



Rapport annuel 2002

Annexes



Jaarverslag 2002

Bijlagen

---

**Raad voor de Mededinging  
de Meeûssquare 23  
1000 Brussel**

**Tel.: + 32 . 2 . 506.52.19**

Fax : + 32 . 2 . 506.57.91

**e-mail : RACO@mineco.fgov.be**

**Verantwoordelijke uitgever:  
Patrick De Wolf,  
de Meeûssquare, 23 te 1000 Brussel.**

---

---

**Conseil de la concurrence  
Square de Meeûs, 23  
1000 Bruxelles**

**Tél.: + 32 . 2 . 506.52.19**

Fax : + 32 . 2 . 506.57.91

**e-mail : RACO@mineco.fgov.be**

**Editeur responsable :  
Patrick De Wolf,  
Square de Meeûs, 23 à 1000 Bruxelles.**

---

## Bijlagen - Annexes

<b>1. DÉCISIONS - BESLISSINGEN .....</b>	<b>6</b>
DECISION N°2002-V/M-01 DU 8 JANVIER 2002 .....	6
DECISION N°2002-V/M-02 DU 25 JANVIER 2002 .....	19
DECISION N°2002-C/C-03 DU 29 JANVIER 2002 .....	30
DECISION N°2002-C/C-04 DU 29 JANVIER 2002 .....	32
BESLISSING NR. 2002-P/K-05 VAN 8 FEBRUARI 2002 .....	36
BESLISSING NR. 2002-P/K-06 VAN 8 FEBRUARI 2002 .....	39
BESLISSING NR. 2002-P/K-07 VAN 8 FEBRUARI 2002 .....	41
BESLISSING NR. 2002-P/K-08 VAN 8 FEBRUARI 2002 .....	43
BESLISSING NR. 2002-P/K-09 VAN 8 FEBRUARI 2002 .....	45
BESLISSING NR. 2002-P/K-10 VAN 8 FEBRUARI 2002 .....	47
BESLISSING NR. 2002-P/K-11 VAN 8 FEBRUARI 2002 .....	49
BESLISSING NR. 2002-P/K-12 VAN 8 FEBRUARI 2002 .....	51
BESLISSING NR. 2002-C/C-13 VAN 8 FEBRUARI 2002 .....	53
BESLISSING NR. 2002-C/C-14 VAN 8 FEBRUARI 2002 .....	56
DECISION N°2002-C/C-15 DU 15 FEVRIER 2002 .....	60
DECISION N°2002-C/C-16 DU 15 FEVRIER 2002 .....	64
BESLISSING NR. 2002-E/A-17 VAN 18 FEBRUARI 2002 .....	68
DECISION N°2002-P/K-18 DU 19 FEVRIER 2002 .....	70
DECISION N°2002-P/K-19 DU 19 FEVRIER 2002 .....	74
DECISION N°2002-P/K-20 DU 19 FEVRIER 2002 .....	79
DECISION N°2002-C/C-21 DU 20 FEVRIER 2002 .....	82
DECISION N°2002-C/C-22 DU 20 FEVRIER 2002 .....	86
BESLISSING NR. 2002-C/C-23 VAN 4 MAART 2002 .....	91
DECISION N°2002-E/A-24 DU 19 MARS 2002 .....	99
DECISION N°2002-P/K-25 DU 19 MARS 2002 .....	101
BESLISSING NR. 2002-C/C-26 VAN 25 MAART 2002 .....	103
BESLISSING NR. 2002-P/K-27 VAN 3 AVRIL 2002 .....	106
BESLISSING NR. 2002-C/C-28 VAN 8 AVRIL 2002 .....	110
DECISION N°2002-P/K-29 DU 9 AVRIL 2002 .....	114
DECISION N°2002-P/K-30 DU 9 AVRIL 2002 .....	116
BESLISSING NR. 2002-C/C-31 VAN 12 AVRIL 2002 .....	118
DECISION N°2002-C/C-32 DU 18 AVRIL 2002 .....	122
BESLISSING NR. 2002-C/C-33 VAN 25 AVRIL 2002 .....	125
BESLISSING NR. 2002-P/K-34 VAN 3 MEI 2002 .....	129
BESLISSING NR. 2002-C/C-35 VAN 7 MEI 2002 .....	132
BESLISSING NR. 2002-P/K-36 VAN 22 MEI 2002 .....	136
BESLISSING NR. 2002-C/C-37 VAN 24 MEI 2002 .....	140
BESLISSING NR. 2002-V/M-38 VAN 27 MEI 2002 .....	143
BESLISSING NR. 2002-C/C-39 VAN 29 MEI 2002 .....	150
BESLISSING NR. 2002-C/C-40 VAN 30 MEI 2002 .....	155
BESLISSING NR. 2002-C/C-41 VAN 11 JUNI 2002 .....	158
BESLISSING NR. 2002-V/M-42 VAN 11 JUNI 2002 .....	161
DECISION N°2002-V/M-43 DU 13 JUNI 2002 .....	166
DECISION N°2002-C/C-44 DU 13 JUNI 2002 .....	177
BESLISSING NR. 2002-P/K-45 VAN 19 JUNI 2002 .....	179
DECISION N°2002-C/C-46 DU 26 JUNI 2002 .....	188
DECISION N°2002-E/A-47 DU 27 JUNI 2002 .....	197
BESLISSING NR. 2002-C/C-48 VAN 27 JUNI 2002 .....	201
DECISION N°2002-C/C-49 DU 28 JUNI 2002 .....	204
DECISION N°2002-C/C-50 DU 28 JUNI 2002 .....	213
BESLISSING NR. 2002-P/K-51 VAN 4 JULI 2002 .....	222
BESLISSING NR. 2002-C/C-52 VAN 5 JULI 2002 .....	230
DECISION N°2002-C/C-53 DU 9 JUILLET 2002 .....	235
DECISION N°2002-C/C-54 DU 9 JUILLET 2002 .....	239
DECISION N°2002-C/C-55 DU 9 JUILLET 2002 .....	243

BESLISSING NR. 2002-C/C-56 VAN 12 JULI 2002.....	250
BESLISSING NR. 2002-C/C-57 VAN 12 JULI 2002.....	254
BESLISSING NR. 2002-C/C-58 VAN 2 AUGUSTUS 2002 .....	258
DECISION N°2002-C/C-59 DU 7 AOUT 2002 .....	262
BESLISSING NR. 2002-C/C-60 VAN 26 AUGUSTUS 2002 .....	268
DECISION N°2002-C/C-61 DU 30 AOUT 2002.....	272
DECISION N°2002-C/C-62 DU 30 AOUT 2002.....	280
DECISION N°2002-C/C-63 DU 30 AOUT 2002.....	288
DECISION N°2002-C/C-64 DU 30 AOUT 2002.....	297
BESLISSING NR. 2002-C/C-65 VAN 9 SEPTEMBER 2002.....	306
DECISION N°2002-C/C-66 DU 11 SEPTEMBRE 2002 .....	311
DECISION N°2002-C/C-67 DU 11 SEPTEMBRE 2002 .....	324
DECISION N°2002-C/C-68 DU 12 SEPTEMBRE 2002 .....	333
BESLISSING NR. 2002-V/M-69 VAN 13 SEPTEMBER 2002 .....	342
DECISION N°2002-C/C-70 DU 2 OCTOBRE 2002 .....	346
BESLISSING NR. 2002-C/C-71 VAN 2 OKTOBER 2002 .....	351
BESLISSING NR. 2002-V/M-72 VAN 4 OKTOBER 2002 .....	356
DECISION N°2002-C/C-73 DU 9 OCTOBRE 2002.....	371
BESLISSING NR. 2002-C/C-74 VAN 16 OKTOBER 2002 .....	377
DECISION N°2002-C/C-75 DU 16 OCTOBRE 2002 .....	383
DECISION N°2002-C/C-76 DU 16 OCTOBRE 2002 .....	385
DECISION 2002-P/K-77 DU 29 OCTOBRE 2002.....	387
DECISION N°2002-P/K-78 DU 29 OCTOBRE 2002.....	391
DECISION N°2002-P/K-79 DU 29 OCTOBRE 2002.....	398
BESLISSING NR. 2002-P/K-80 VAN 5 NOVEMBER 2002.....	401
DECISION N°2002-C/C-81 DU 12 NOVEMBRE 2002.....	416
DECISION N°2002-C/C-82 DU 12 NOVEMBRE 2002.....	432
DECISION N°2002-C/C-83 DU 12 NOVEMBRE 2002.....	448
BESLISSING NR. 2002-C/C-84 VAN 22 NOVEMBER 2002.....	464
DECISION N°2002-C/C-85 DU 28 NOVEMBRE 2002.....	473
BESLISSING NR.2002-C/C-86 VAN 2 DECEMBER 2002.....	477
BESLISSING NR. 2002-P/K-87 VAN 6 DECEMBER 2002.....	479
DECISION N° 2002-E/A-88 DU 11 DECEMBRE 2002 .....	481
BESLISSING NR. 2002-C/C-89 VAN 18 DECEMBER 2002.....	483
DECISION N°2002-C/C-90 DU 19 DECEMBRE 2002.....	493
DECISION N°2002-V/M-91 DU 20 DECEMBRE 2002 .....	500
BESLISSING NR. 2002-C/C-92 VAN 20 DECEMBER 2002.....	520
BESLISSING NR. 2002-C/C-93 VAN 20 DECEMBER 2002.....	522
BESLISSING NR. 2002-C/C-94 VAN 20 DECEMBER 2002.....	525
BESLISSING NR. 2002-V/M-95 VAN 24 DECEMBER 2002 .....	529
<b>2. AVIS - ADVIEZEN .....</b>	<b>541</b>
2.1. ADVIES INZAKE HET VERZOEKSRIFT VAN FEBETRA EN SAV OP GROND VAN ARTIKEL 5 VAN HET KB NR. 62 VAN 13 JANUARI 1935 WAARBIJ TOELATING WORDT VERLEEND TOT HET OPRICHTEN VAN EEN ECONOMISCHE REGLEMENTERING VAN DE VOORTBRENGING EN DE VERDELING.....	541
2.2. ADVIES OVER DE HERZIENING VAN DE AANMELDINGSDREMPELS VOOR CONCENTRATIES ZOALS VOORZIEN DOOR ARTIKEL 11 W.B.E.M. ....	550
AVIS SUR LA REVISION DES SEUILS DE NOTIFICATION POUR LES CONCENTRATIONS, TELLE QUE PREVUE PAR L'ARTICLE 11 DE LA LPCE.....	560
2.3. ADVIES VAN DE RAAD VOOR DE MEDEDINGING OVER HET VOORONTWERP VAN WET TOT WIJZIGING VAN DE WET VAN 5 AUGUSTUS 1991 TOT BESCHERMING VAN DE ECONOMISCHE MEDEDINGING.....	569
AVIS DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE SUR L'AVANT-PROJET DE LOI MODIFIANT LA LOI DU 5 AOUT 1991 SUR LA PROTECTION DE LA CONCURRENCE ECONOMIQUE.....	577
<b>3. SCHRIFTELIJKE OPMERKINGEN NEERGELEGD VOOR HET HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL - OBSERVATIONS DEPOSEES A LA COUR D'APPEL DE BRUXELLES .....</b>	<b>584</b>
3.1. SCHRIFTELIJKE OPMERKINGEN INZAKE A.R. NR.2001/MR/10.....	584
3.2. SCHRIFTELIJKE OPMERKINGEN INZAKE A.R. NR.2002/MR/4.....	588
3.3. SCHRIFTELIJKE OPMERKINGEN INZAKE A.R. NR.2002/MR/3.....	590

**4. ARRESTEN VAN HET HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL M.B.T. BESLISSINGEN VAN DE RAAD VOOR DE MEDEDINGING - ARRETS DE LA COUR D'APPEL DE BRUXELLES RELATIFS AUX DECISIONS DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE .....591**

4.1. Hof van Beroep te Brussel, negende kamer bis, 21.01.2002, SABAM t. VZW Radio Tienen / VZW Radio K.O.L.M. e.a.

4.2. Hof van Beroep te Brussel, negende kamer bis, 25.02.2002, BIAC / NV Restair

4.3. Hof van Beroep te Brussel, negende kamer bis, 25.06.2002, VT4 Ltd. t. Vlaamse Mediamaatschappij NV

4.4. Hof van Beroep te Brussel, negende kamer bis, 28.06.2002, BVBA Daems Racing t. VZW Vlaamse Autosportfederatie

4.5. Cour d'appel de Bruxelles, neuvième chambre, 19.09.2002, Belgacom c. Way Up

Way Up c. Belgacom / Etat Belge

4.6. Hof van Beroep te Brussel, negende kamer bis, 12.11.2002, NV Rendac t. BVBA Incine

**5. ARRESTEN VAN HET HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL M.B.T. PREJUDICIËLE VRAGEN ARRETS DE LA COUR D'APPEL DE BRUXELLES RELATIFS A DES QUESTIONS PREJUDICIELLES**

5.1. Hof van Beroep te Brussel, negende kamer bis, 11.01.2002, NV Aqua Reno t. NV Emotec

5.2. Hof van Beroep te Brussel, negende kamer bis, 29.10.2002, Decock Etienne t. Claerhout Danny / De Ketelaere Louis

# 1. Décisions - Beslissingen

## **Décision n°2002-V/M-01 du 8 janvier 2002**

Affaire CONC-VMP-96/0001

Vu :

- la lettre du 23 janvier 1996, enregistrée le 29 janvier 1996, par laquelle le conseil de Maître Raphaël TAMBUE a saisi le Conseil de la Concurrence en déposant plainte contre l'Ordre national des avocats de Belgique et le Conseil de l'ordre des avocats du Barreau d'Arlon et sollicité des mesures provisoires sur base de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique
- le rapport du Service de la concurrence déposé le 26 février 1996
- la décision de Madame la Présidente du Conseil de la Concurrence du 19 mars 1996 et la question préjudicielle posée à la Cour d'arbitrage
- l'arrêt du 30 avril 1997 de la Cour d'arbitrage
- la plainte déposée le 12 novembre 1997 par le demandeur auprès de la Commission de l'Union Européenne, Service de la Concurrence, contre l'Ordre national des avocats de Belgique et divers Ordres locaux
- la décision de rejet de cette plainte du 21 septembre 1998 par la Commission des Communautés Européennes
- le rapport du Service de la Concurrence du 8 janvier 1999
- les mémoires de synthèse déposés par le demandeur le 8 janvier 2001, pour l'Ordre des avocats du Barreau Arlon le 2 février 2001 et pour l'Ordre national des avocats de BELGIQUE le même jour
- la décision du Conseil de la Concurrence du 3 octobre 2001

Entendu à l'audience du 7 novembre 2001 le demandeur, les parties et leurs conseils ainsi que les rapporteurs du Service de la concurrence.

Après délibéré, le Conseil prononce la décision suivante :

### **I. La demande et les antécédents de procédure**

Par courrier daté du 23 janvier 1996 adressé au secrétariat du Conseil de la Concurrence, Monsieur Raphaël TAMBUE (ci-après « le demandeur ») dépose plainte contre le Conseil des avocats du Barreau d'Arlon et contre l'Ordre national des avocats de BELGIQUE entre les mains du Conseil de la Concurrence.

Les plaintes du demandeur tendent, au fond, à :

- constater que les règlements de l'Ordre national des avocats de BELGIQUE du 13 janvier 1994 ainsi que les divers règlements adoptés dans la plupart des barreaux pour restreindre l'accès à la profession d'avocat et notamment par le Barreau d'Arlon qui limite le nombre de stagiaires à un stagiaire par patron de stage constituent des pratiques restrictives de concurrence
- ordonner la cessation de ces pratiques en faisant interdiction à l'Ordre national des avocats de BELGIQUE, à l'Ordre des avocats du barreau d'Arlon ou à tout autre Conseil de l'Ordre d'exiger du demandeur la possession du certificat d'aptitude à la profession d'avocat comme condition d'admission ou de maintien sur une liste des stagiaires ou sur un tableau des avocats inscrits
- faire interdiction à l'Ordre national des avocats de BELGIQUE, à l'Ordre des avocats du barreau d'Arlon ou à tout autre Conseil de l'Ordre de s'opposer à l'admission du demandeur comme stagiaire par tout patron de stage au motif que ce patron de stage assumerait déjà la maîtrise de stage d'un ou de plusieurs autres stagiaires
- décider de toutes autres modalités qu'il plaira au Conseil de la Concurrence pour assurer la cessation des pratiques restrictives de concurrence dénoncées conformément à l'article 31 de la loi du 5 août 1991.

Au provisoire, le demandeur sollicite du Conseil de la Concurrence les mesures suivantes :

- faire interdiction au Barreau d'Arlon de poursuivre la procédure d'omission annoncée à l'encontre du demandeur et lui faire injonction de s'abstenir de toute autre mesure de nature à entraver le déroulement normal du stage de celui-ci tant que le Conseil de la Concurrence n'aura pas statué
- enjoindre au Barreau d'Arlon ( pour son propre ressort territorial) et à l'Ordre national (pour le reste du pays) de faire en sorte que le demandeur ne puisse provisoirement se voir opposer aucun règlement ni aucune pratique limitant l'accès au stage d'avocat, notamment en prévoyant une limitation du nombre de stagiaires par patron de stage.

En son rapport du 26 février 1996, l'Inspection générale des Prix et de la Concurrence a proposé au Conseil de la Concurrence de prendre les mesures provisoires suivantes :

- faire injonction à l'Ordre national des avocats de BELGIQUE de suspendre les dispositions du règlement incriminé relatives au CAPA ( certificat d'aptitude à la profession d'avocat ) dans la mesure où les règlements de l'Ordre national sont obligatoires à l'égard des Ordres locaux
- interdire à l'Ordre des avocats du Barreau d'Arlon et, par l'intermédiaire de l'Ordre national, à tout Ordre local, d subordonner la réussite du stage et, par voie de conséquence, l'inscription au tableau de l'Ordre à la réussite du CAPA
- faire injonction à l'Ordre des avocats du Barreau d'ARLON et, par l'intermédiaire de l'Ordre national, à tout Ordre local, de suspendre les dispositions de leurs règlements limitant directement ou indirectement le nombre de stagiaires par patron de stage
- assortir ses décisions d'une astreinte.

Par décision du 19 mars 1996, Madame la Présidente du Conseil de la Concurrence a posé à la Cour d'arbitrage la question préjudicielle suivante :

Les dispositions de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique relatives à la saisine du Conseil de la Concurrence et aux compétences du Conseil de la Concurrence à l'égard des entreprises et des associations d'entreprise et notamment les articles 6 § 1er, 10 § 1er, 12 § 5, 16, 23 § 1er, 27 à 33, 35, 36 à 41, violent-elles l'article 10 de la Constitution dans la mesure où il faudrait déduire de ces dispositions, interprétées à la lumière des articles 468, 469 bis, 477, 502, 610 et 611 et 1088 du Code judiciaire, qu'elles échappent à la juridiction du Conseil de la Concurrence - à supposer qu'elles constituent des pratiques restrictives de concurrence au sens de la loi du 5 août 1991 ou des articles 85 et 86 du Traité de ROME - les règles et usages de la profession d'avocat arrêtés par voie de règlement du Conseil général de l'Ordre national des avocats, ou résultant des actes des autorités du barreau, en ce compris les résolutions réglementaires que les Conseils de l'Ordre adoptent et, dans la mesure où il faudrait dès lors constater que la loi du 5 août 1991 crée, sur le plan de l'application du droit de la concurrence, entre les titulaires de la profession d'avocat et ceux d'autres professions libérales, un traitement différencié sur base d'un critère de rattachement de leur Ordre respectif à l'ordre administratif ou à l'ordre judiciaire ?

Par arrêt du 30 avril 1997, la Cour d'arbitrage a répondu de la manière suivante :

« L'article 10 de la Constitution n'est pas violé par les dispositions de la loi du 5 août sur la concurrence économique relatives à la saisine du Conseil de la Concurrence et aux compétences du Conseil de la concurrence à l'égard des entreprises et associations d'entreprises, et notamment les articles 6,6 1, 10 § 1, 12 6 (, 16, 23 § 1, 27 à 33, 35, 36 à 41, n ce que ces dispositions, interprétées à la lumière des articles 468, 469 bis, 477, 502, 610, 611 et 1088 du code judiciaire, font échapper à la juridiction du Conseil de la Concurrence - à supposer qu'elles constituent des pratiques restrictives de concurrence au sens de la loi du 5 août 1991 et des articles 85 et 86 du Traité de Rome - les règles et usages de la profession d'avocat arrêtés par voie de règlements du Conseil général de l'Ordre national des avocats, ou résultant des actes des autorités du barreau, en ce compris les résolutions réglementaires que les Conseils de l'Ordre adoptent ».

Suite à cet arrêt, et sur invitation de Madame la Présidente du Conseil de la Concurrence, la Division Prix et Concurrence a établi un rapport complémentaire en vue d'actualiser le rapport du 26 février 1996.

Le 8 janvier 1999, le Service a proposé à Madame la Présidente de :

- faire injonction à l'Ordre national des avocats de BELGIQUE de suspendre les dispositions du règlement incriminé relatives au CAPA, dans la mesure où les règlements de l'Ordre national sont obligatoires à l'égard des Ordres locaux
- interdire à l'Ordre des avocats du Barreau ( d'Arlon ) et, par l'intermédiaire de l'Ordre national, à tout Ordre local, de subordonner la réussite du stage et, par voie de conséquence, l'inscription au tableau de l'Ordre, à la réussite du CAPA
- assortir ces décisions d'une astreinte.

Le demandeur sollicite, dans son mémoire de synthèse, qu'il soit fait droit à ces demandes.

## II. Exposé des faits

Le demandeur, né en République démocratique du CONGO en 1947, est de nationalité allemande.

Il est titulaire d'une licence en droit délivrée en 1975 par la Faculté de Droit de l'Université de STRASBOURG. Il termine une maîtrise en droit à l'Université de METZ un an plus tard.

De 1977 à 1983, il est fonctionnaire au Ministère des Transports et Communication à KINSHASA. De 1984 à 1993, il est juriste-collaborateur au sein d'un cabinet d'avocats situé à SARREBRUCK.

Le 18 mai 1993, le demandeur prête le serment d'avocat à la Cour d'Appel de LIEGE et est inscrit à la liste des stagiaires le 22 mai suivant.

Le règlement de l'Ordre national des avocats de BELGIQUE sur le stage et la formation professionnelle ( ci-après « RON » ) lui est applicable.

Ce règlement prévoit, entre autre, que :

- article 7 : Sont seuls reçus à présenter l'épreuve les stagiaires qui justifient avoir effectivement suivi les 2/3 des cours au moins, dans les deux années qui précèdent. (...)
- article 8 : Chaque stagiaire doit réussir, au plus tard, à l'issue de la deuxième année de stage, une épreuve consistant en une interrogation verbale ou écrite sur chacune des matières faisant l'objet du programme. Chaque stagiaire ne peut représenter cette épreuve qu'à deux reprises.
- article 16 : Le jury décerne le CAPA au stagiaire qui a obtenu une cote de 12/20 dans toutes les matières. Il peut décerner également ce certificat au stagiaire qui a obtenu 12/20 dans 5 matières au moins, et une moyenne de 50% des points au moins pour l'ensemble des matières.
- article 17 : En cas d'échec, le stagiaire doit représenter celui-ci au plus tard à la fin de sa deuxième année de stage. En cas de deuxième échec ou en cas de circonstances exceptionnelles, le stagiaire est invité devant le conseil de l'Ordre pour y présenter ses explications. Le conseil de l'Ordre pourra soit l'autoriser à présenter une dernière épreuve dans les six mois, soit l'omettre conformément au code judiciaire pour non-accomplissement des obligations de stage.
- article 20 : Le stagiaire qui demande son inscription à la liste des stagiaires d'un autre barreau doit justifier de la délivrance du CAPA dans son barreau d'origine. Sinon, il est tenu de suivre ou de compléter le cycle de cours et de présenter l'épreuve au sein du barreau dans lequel il demande son inscription.

Le demandeur a présenté les épreuves en avril 1994 et septembre 1994. A chaque fois, il a échoué. Par décision du conseil de l'Ordre du barreau d'Arlon du 5 décembre 1994 il fût autorisé à présenter une « troisième et dernière fois » les examens du CAPA.

Dans l'intervalle, le maître de stage du demandeur fût nommé magistrat et un autre membre du barreau d'Arlon accepta d'assumer la continuation de la charge de maître de stage.

Le demandeur représenta les examens relatifs à l'épreuve CAPA en avril 1995. Sans obtenir la cote de 12/20, il pouvait prétendre au bénéfice des dispositions de l'article 16 al .2 dont il vient d'être fait état.



Toutefois, la délibération du Conseil de l'Ordre ne fût pas positive en ce qui le concernait. Le demandeur fût cependant autorisé « à titre tout-à-fait exceptionnel » à représenter une quatrième fois les examens du CAPA. Ce qu'il fit, sans succès, en septembre 1995.

Le 11 décembre 1995, le conseil de l'Ordre des avocats du barreau d'Arlon décide d'entamer la procédure d'omission du demandeur de la liste des stagiaires, et ce pour non-accomplissement des obligations de stage.

Le 23 janvier 1996, celui-ci dépose une plainte devant le Conseil belge de la concurrence pour violation de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique. Cette plainte est assortie d'une demande de mesures provisoires laquelle fait l'objet des présents débats.

Comme déjà exposé, Madame la Présidente du Conseil de la concurrence posa, en date du 19 mars 1996, une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage à laquelle il fût répondu par un arrêt du 30 avril 1997 ( cfr. supra ).

Le 12 novembre 1997, le demandeur introduisit une plainte assortie d'une demande de mesures provisoires devant la Commission des Communautés Européennes. Par une décision de la Commission du 17 septembre 1998, la plainte est rejetée pour défaut d'intérêt communautaire suffisant.

Entre temps, le demandeur avait sollicité, en raison d'un état de santé déficient et de difficultés financières, la suspension de ses obligations de stage. Cette demande fût repoussée le 27 avril 1998 au motif que celui-ci n'avait pas produit de document prouvant son état de santé et qu'il ne justifiait pas en quoi sa situation financière serait exceptionnelle par rapport à celle des autres stagiaires.

Les débats reprirent devant Madame la Présidente le 16 décembre 1998 et celle-ci invita la Division Prix et Concurrence d'établir un complément de rapport, ce qui fût fait le 8 janvier 1999 (cfr. supra).

Le 26 février 1999, le Conseil de l'Ordre du barreau d'Arlon omet le demandeur de la liste des stagiaires et motive sa décision par le fait que celui-ci n'a pas fréquenté le cabinet de son deuxième patron, qu'il n'a pas fréquenté assidûment les audiences et qu'il n'a pas réussi les épreuves du CAPA.

Le 15 mars 1999, le demandeur relève appel de cette décision devant le Conseil de discipline d'appel, ce qui a pour effet de suspendre la décision d'omission. L'affaire, à ce jour, est toujours pendante devant le Conseil de discipline d'appel.

### III. Position des parties et décision du 3 octobre 2001

#### Maître Raphaël TAMBUE

Le demandeur déclare conserver un intérêt à agir et explique qu'il souhaite obtenir son inscription au Tableau de l'Ordre pour retourner ensuite exercer la profession de magistrat dans son pays d'origine ( la République Démocratique du CONGO ).

Il est à relever que le demandeur est toujours inscrit sur la liste des avocats stagiaires du barreau d'Arlon, en raison de l'effet suspensif de l'appel du 15 mars 1999 à l'encontre de la décision du 26 février 1999 du Conseil de l'Ordre des avocats du barreau d'Arlon.

Le demandeur considère que le règlement litigieux n'a pas de fondement légal, mais à supposer même qu'il en ait un, la qualification de décision d'association d'entreprises est maintenue et donne compétence au Conseil de la Concurrence pour connaître de la demande.

A son estime, l'intérêt économique général au sens de l'article 35 de la loi du 5 août 1991 est mis en péril - ce qui constitue une condition de compétence du Président - et l'adoption de mesures instaurant

une restriction de concurrence ne se justifie pas et n'est nullement nécessaire au maintien des règles fondamentales de la profession.

Le demandeur sollicite en conséquence qu'il soit fait droit à la demande de mesures provisoires telles que formulées par le Service de la Concurrence dans son rapport du 8 janvier 1999

L'Ordre national des avocats de BELGIQUE et l'Ordre des avocats du barreau d'ARLON

La position des deux Ordres s'articule autour de quatre axes :

- le demandeur n'a plus d'intérêt à son action
- les conditions du référé, à savoir l'urgence et l'apparence de bon droit ne sont pas réunies
- le Conseil de la Concurrence n'est pas compétent, les règlements incriminés relèvent de la compétence exclusive des autorités judiciaires
- les règlements incriminés ne sont pas des décisions d'associations d'entreprises qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible la concurrence sur le marché belge ou une partie substantielle de celui-ci
- en toute hypothèse, les règlements incriminés se justifient par des motifs touchant à l'intérêt général

La décision du Conseil de la Concurrence du 3 octobre 2001

La loi du 4 juillet 2001, publiée au Moniteur Belge du 25 juillet 2001, a organisé la disparition de l'Ordre national des avocats de Belgique ainsi que son remplacement par deux nouvelles institutions autonomes.

L'Ordre des barreaux francophones et germanophone réunit les ordres francophones ainsi que l'Ordre des avocats du barreau d'Eupen et l'Orde van Vlaamse balies regroupent les ordres néerlandophones.

Ces Ordres succèdent à la Conférence des barreaux francophones et germanophone et à la Vereniging van Vlaamse balies, associations constituées sur une base consensuelle suite aux difficultés rencontrées par l'Ordre national des avocats de Belgique.

La loi du 4 juillet 2001 confère aux deux Ordres leur autonomie organisationnelle.

Désormais, les deux Ordres communautaires sont compétents, entre autres, en matière d'aide juridique, de stage, de formation professionnelle des avocats stagiaires et de formation de tous les avocats appartenant aux barreaux qui en font partie.

Le 3 octobre 2001, le Conseil de la Concurrence a décidé de communiquer aux deux nouvelles entités - qui n'étaient pas à la cause - l'état de la présente procédure dans la mesure où l'objet des débats relèvent de compétences désormais attribuées aux deux Ordres créés par la nouvelle loi afin de permettre à ceux-ci de faire valoir, s'ils l'estiment opportuns, leur point de vue respectif quant aux présents débats.

Le Président de l'Ordre des Barreaux francophones et germanophone a fait savoir au Conseil de la Concurrence, par courrier du 18 octobre 2001 que « Monsieur le Bâtonnier Antoine BRAUN poursuivra la défense de l'Ordre des Barreaux francophones et germanophone » alors que la Présidente de l'Orde van Vlaamse Balies a fait savoir, par courrier du 15 octobre 2001, que cet Ordre n'envisageait pas pour l'heure d'intervention et ne comparaitrait en conséquence pas à l'audience du 7 novembre 2001.

A l'heure actuelle, l'Ordre national des avocats de Belgique n'est cependant toujours pas dissous et ne le sera qu'au moment où les deux Ordres seront opérationnels, et ce en exécution de l'article 506 nouveau du code judiciaire.

Il résulte enfin des dispositions transitoires de la loi du 4 juillet 2001 que les règlements adoptés par l'Ordre national restent d'application jusqu'à leur remplacement (éventuel) par de nouveaux règlements édictés par les deux Ordres.

## IV. Position du Conseil

### 4.1. L'intérêt à agir

L'Ordre des Avocats du Barreau Arlon et l'Ordre National des Avocats de BELGIQUE considèrent que le demandeur n'a pas d'intérêt à son action, dans la mesure où, même dans l'hypothèse d'une suspension des règlements litigieux, « le Conseil de discipline d'appel devrait constater que, cinq ans après son admission, M.TAMBUE n'a toujours pas rempli les obligations légales établies par son barreau et, partant, l'omettre de la liste des stagiaires ».

Les obligations concernées sont les suivantes :

- fréquenter le cabinet d'un patron
- fréquenter assidûment les audiences des cours et tribunaux
- assumer la défense des personnes dont les intérêts lui sont confiés par le bureau de consultation et de défense
- suivre avec fruit des cours de formation professionnelle.

Dans la mesure où le demandeur sollicite du Conseil la suspension et l'interdiction d'une des obligations ayant entraîné en raison de sa violation la décision d'omission prise à son encontre le 26 février 1999 par le Conseil de l'Ordre du Barreau d'Arlon, le demandeur a intérêt à agir.

Le demandeur conserve également un intérêt à agir dès lors qu'il est toujours réputé inscrit à la liste des stagiaires en raison de l'effet suspensif de l'appel dirigé devant le Conseil de discipline d'appel.

Enfin, le fait qu'il ait provisoirement cessé ses activités au Barreau d'Arlon est sans incidence sur la question de l'intérêt vu le souhait réitéré du demandeur de solliciter son inscription au Tableau de l'Ordre, en vue notamment de son intention déclarée d'entamer une carrière dans la magistrature en République démocratique du Congo.

### 4.2. La réunion des conditions du référé

Aux termes de l'article 35 de la loi du 5 août 1991, l'urgence, qui doit s'apprécier au moment où le juge statue, se définit comme la menace d'un préjudice grave, imminent et irréparable pour l'intéressé ou l'intérêt général.

Le demandeur a été omis de la liste des stagiaires par décision du 26 février 1999, décision suspendue par l'effet de l'appel aussi longtemps que le conseil de discipline d'appel ne se sera pas prononcé.

Une décision définitive d'omission aurait pour conséquence la fermeture de l'accès à la profession d'avocat pour le demandeur.

La décision du 26 février 1999 est motivée par le fait que le demandeur n'a pas fréquenté le cabinet de son deuxième patron, qu'il n'a pas fréquenté assidûment les audiences et qu'il n'a pas réussi les épreuves du CAPA.

Si les mesures provisoires demandées venaient à lui être accordées par le Conseil de la Concurrence, une au moins des motivations d'omission, soit l'échec dans les épreuves du CAPA, viendrait, même le cas échéant à titre provisoire, à disparaître.

A défaut, le demandeur se verrait priver de l'accès à la barre.

Il en résulte qu'à ce stade, la condition de l'urgence telle qu'elle vient d'être rappelée est remplie.

Quant à l'apparence de bon droit, il se conçoit difficilement, toujours à ce stade, de ne pas considérer que, *prima facie*, les règlements litigieux puissent, le cas échéant, être contraires à l'article 2 de la loi du 5 août 1991, fût-ce simplement en raison même des décisions déjà prises en cette cause, e.a. celle du 19 mars 1996 de la Présidente du Conseil ainsi que celle de la Commission du 17 septembre 1998.

Enfin, la circonstance que la suspension des règlements incriminés léseraient l'ensemble des avocats stagiaires qui n'ont pas encore subi les épreuves du CAPA n'est pas établie.

On voit mal en effet en quoi l'obligation de devoir ultérieurement entreprendre des démarches nécessaires à l'obtention du certificat léseraient gravement ceux-ci dans la mesure où, au jour d'aujourd'hui, ils en sont de toutes façons astreints.

### 4.3. La question de la compétence du Conseil de la Concurrence

Il importe d'examiner si :

- les règles incriminées relèvent de la compétence exclusive des autorités judiciaires
- à défaut, si la notion d'entreprise recouvre l'activité d'avocat et si l'Ordre National et/ou les Ordres locaux doivent être considérés comme association d'entreprises
- en pareille hypothèse, si les règlements incriminés ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible la concurrence sur le marché belge ou une partie substantielle de celui-ci.

#### 4.3.1. Les règles incriminées relèvent-elles de la compétence exclusive des autorités judiciaires ?

Face à une exception d'incompétence, la Présidente du Conseil de la Concurrence avait décidé, par décision du 19 mars 1996 ( cfr. supra ) de surseoir à statuer et de poser à la Cour d'Arbitrage une question préjudicielle sur la question de savoir si, dans l'hypothèse où il faudrait interpréter la loi du 5 août 1991, à la lumière des articles du Code Judiciaire organisant des recours contre les actes et règlements des autorités du Barreau devant le pouvoir judiciaire, comme excluant sa compétence à l'égard des actes et règlements du Barreau, cette législation ne violerait-elle pas la règle constitutionnelle d'égalité, dans la mesure où les autres ordres des professions libérales sont justiciables du Conseil de la Concurrence.

Cette question a été posée le 19 mars 1996. La Cour Constitutionnelle y a répondu par un arrêt du 30 avril 1997.

Il convient d'analyser la portée de celui-ci.

La réponse de la Cour d'Arbitrage ne permet de tirer aucune conclusion définitive au sujet de la compétence du Conseil de la Concurrence à l'égard des actes et règlements du Barreau.

Elle comporte deux volets :

- Les dispositions du Code judiciaire mentionnée dans la question préjudicielle figurent dans la deuxième partie du Code qui traite de l'organisation judiciaire.

Elles organisent des recours contre les décisions et règlements des autorités du barreau. Les unes attribuent aux conseils de discipline d'appel la connaissance des recours dirigés contre les sentences disciplinaires rendus par les conseils de l'Ordre et contre les décisions prises par ces conseils en matière d'inscription au tableau et d'admission au stage.

Les autres traitent des recours en annulation qui peuvent être exercés pour excès de pouvoir, notamment contre les actes des conseils de l'Ordre et contre les règlements du conseil général de l'Ordre national des avocats. Elles en attribuent la connaissance à la Cour de cassation.

- Les dispositions de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique mentionnées dans la question préjudicielle ont trait aux attributions du Conseil et du Service de la concurrence et aux règles de fonctionnement qu'ils sont tenus d'observer.

Elles confèrent au Conseil de la Concurrence la qualité de juridiction administrative et lui confient une compétence de décision, de proposition et d'avis.

Elles déterminent sa compétence à l'égard de pratiques restrictives de concurrence et de concentration entre deux ou plusieurs entreprises.

En tirant les conclusions de ces deux réponses, la Cour d'arbitrage a ensuite décidé que :

- Les contestations auxquelles donnent lieu les dispositions réglementaires arrêtées par les Ordres des avocats sont attribuées par le Code judiciaire, tantôt aux autorités disciplinaires du barreau, tantôt à la Cour de Cassation.
- A supposer que le Code judiciaire ait ainsi pour effet de faire échapper ces contestations à la compétence du Conseil de la Concurrence et que de telles contestations, lorsqu'elles concernent les titulaires des autres professions libérales, y seraient au contraire soumises, une différence de traitement serait opérée par le législateur dont il est demandé à la Cour d'apprécier l'éventuel caractère discriminatoire
- La Cour limite son examen à la seule différence de traitement mentionnée dans la question préjudicielle. Elle n'examine pas si, d'une manière générale, des accords, des associations, des pratiques concertées ou des concentrations entre cabinets d'avocats sont soumis aux dispositions de la loi sur la protection de la concurrence économique.

Elle n'examine pas non plus si certains actes des autorités des barreaux peuvent constituer des pratiques restrictives de concurrence.

Elle n'a pas d'avantage à vérifier si, comme le suppose le juge a quo, les règlements arrêtés par les autorités d'autres professions libérales sont soumis aux dispositions de la loi du 5 août 1991.

La Cour d'arbitrage a rappelé le principe général selon lequel les contestations auxquelles donnent lieu les dispositions réglementaires arrêtées par les ordres des avocats sont attribuées, par le Code judiciaire, tantôt aux autorités disciplinaires du barreau, tantôt à la Cour de Cassation.

Cependant, comme le souligne le représentant de l'Ordre des Avocats du Barreau d'Arlon, le recours judiciaire d'un particulier à l'encontre d'une disposition réglementaires dont celui-ci conteste la légalité ne paraît pas, de prime abord, exclu.

En conséquence les avocats ne paraissent donc pas, dans cette mesure, dépourvus de moyens pour réagir contre un règlement pris par le Conseil général de l'Ordre dans la mesure où celui-ci le concerne.

Cette possibilité n'est cependant pas de nature à conférer aux autorités judiciaires la compétence exclusive de l'examen des règlements incriminés.

Tout d'abord, il convient de rappeler que la loi du 5 août 1991 est postérieure aux dispositions du Code judiciaire qui ont attribué à la Cour de Cassation le contentieux des actes et règlements du Barreau et a institué une nouvelle juridiction compétente pour connaître du contentieux de violation des règles de concurrence par toutes décisions d'associations d'entreprises.

L'argument de la séparation des pouvoirs invoqué à l'appui de l'incompétence du Conseil de la Concurrence en tant que juridiction administrative vis-à-vis des actes et règlements des autorités du Barreau n'est pas déterminant.

Ainsi, il ne vaut pas nécessairement en ce qui concerne le droit communautaire de la concurrence ( arrêt Factortame – C-221/89, 25.07.1991 cité par le demandeur en mémoire de synthèse p.6 ) et ne s'est pas opposé, au niveau de l'Union, à la compétence d'autorités nationales de concurrence à l'égard des pratiques du Barreau. Tel est ainsi le cas en France.

D'autre part, s'il est vrai que les travaux préparatoires du Code judiciaire relatifs aux dispositions organisant des recours devant la Cour de Cassation indiquent la volonté du législateur d'exclure la compétence du Conseil d'Etat à l'égard des actes individuels des Conseils de l'Ordre et des règlements de l'Ordre national des Avocats (Doc. Parl. Ch. Repr., sess.1989/1990, 1281/1, PP.15-16), ils ne sont cependant pas de nature à exclure la compétence du Conseil de la Concurrence, dont la création est ultérieure.

Ils le sont d'autant moins que les travaux préparatoires de la loi du 5 août 1991 n'excluent nullement une compétence de principe du Conseil de la Concurrence à l'égard des Ordres des professions libérales.

S'il est vrai que la Cour d'Arbitrage a constaté que certaines dispositions du code judiciaire font échapper des contestations relatives à des dispositions réglementaires adoptées par des ordres d'avocat à la compétence du Conseil de la Concurrence - d'où il résulte une différence de traitement par rapport aux autres professions libérales - en se référant entre autres à la participation des avocats au service public de la justice ainsi qu'à leur rattachement à l'ordre judiciaire, la Cour d'Arbitrage n'a cependant nullement exclu que même en ce qui concerne les actes des barreaux, les autorités ne peuvent organiser ou favoriser des pratiques restrictives de concurrence qui ne seraient pas en rapport avec les caractéristiques essentielles de nature non économique de la profession.

Il en résulte que l'incompétence du Conseil de la Concurrence ne vaudraient que dans les cas où les règlements incriminés ne porteraient pas une atteinte injustifiée aux règles de la concurrence.

A contrario, il convient donc de considérer que toute atteinte injustifiée au droit de la concurrence qui serait la conséquence d'actes du barreau peut être sanctionnée par une juridiction, fut-elle même considérée comme administrative, comme, par exemple, le Conseil de la Concurrence ou son Président (cfr. commentaires de Koen PLATTEAU de l'arrêt du 30 avril 1997 --RDC 1997, p. 575 et svtes.).

En conséquence, s'il n'appartient pas au Conseil de la Concurrence d'examiner si, en adoptant les règlements litigieux, les conseils des ordres sont ou non sortis de leur mission légale, il lui revient cependant d'examiner si ceux-ci portent ou non aux règles de la concurrence une atteinte injustifiée.

La compétence du Conseil de la Concurrence à l'égard des règlements adoptés par les conseils des ordres se mesure donc à cette aune.

#### 4.3.2. La profession d'avocat est-elle une entreprise et les règlements litigieux (règlement national et règlements d'application ) sont-elles des « décisions d'associations d'entreprises » ?

##### A. La profession d'avocat et la notion d'entreprise

La notion d'entreprise comprend « toute entité exerçant une activité économique indépendamment du statut juridique de cette entité ou de son mode de financement » (Arrêt du 23 avril 1991, Höfner et Elser – C-41/90, Rec.p.I-1979, point 21).

Comme le souligne l'Ordre des avocats du barreau d'Arlon, il ne peut plus être contesté qu'un avocat constitue une association d'entreprise au sens de l'article 2 de la loi du 5 août 1991 (cfr. mémoire de synthèse du Barreau d'Arlon- n° 46 p. 19).

Conformément à la définition livrée par la Cour de justice des Communautés européennes dans le cadre de l'article 85 - maintenant 81 - du Traité C.E., l'avocat, en donnant des consultations, en rédigeant des actes de procédure et des conclusions, en représentant ses clients devant les juridictions, en négociant des transactions, exerce une activité économique consistant à offrir, contre rémunération, des services sur un marché donné ( cfr. mémoire de synthèse précité, idem ).

## B. Les règlements litigieux et les décisions d'association d'entreprises

Les règlements litigieux constituent-ils des « décisions d'associations d'entreprises » ?

Les parties défenderesses exposent qu' « une décision prise par un organisme composé de représentants de la profession ne peut être qualifiée de « décision d'association d'entreprises » au sens de l'article 85 du Traité C.E. que si elle vise exclusivement les intérêts économiques de la profession, les deux conditions étant dès lors cumulatives » (cfr. mémoire de synthèse précité P. 22).

A l'appui de leur thèse, elles citent deux décisions de la Cour (17 novembre 1993, C-185/91, Rec.p.I-5801 et A juin 1994, C-153/3, Rec. P.2517) dans lesquelles la Cour avait décidé que les tarifs du transport routier et fluvial fixés par des commissions composées de représentants du secteur concerné, qui n'étaient pas liés par instructions émanant de ce secteur, ne relevaient pas de l'article 85 du Traité C.E. « dès lors que ces tarifs étaient également fixés en fonction de considérations d'intérêt général ».

Le demandeur considère que l'Ordre national et les conseils des Ordres jouent avant tout le rôle d'organismes de contrôle et d'instances de régulation d'une profession qui exerce par ailleurs une activité économique.

Il ajoute que « quant aux prérogatives de puissance publique attribuées par la loi aux ordres professionnels, si elles échappent, semble-t-il, à l'heure actuelle, au droit de la concurrence, il faut alors que l'inapplicabilité soit d'interprétation stricte et que tous les comportements détachables puissent être appréhendés par le droit de la concurrence » (cfr. mémoire de synthèse du demandeur, p.10).

La notion d'association d'entreprise n'est pas définie par le Traité. Elle regroupe des entreprises de la même branche et se charge de représenter et de défendre leurs intérêts communs à l'égard des autres opérateurs économiques, des organismes gouvernementaux et du public en général ( Le droit de la CE, volume 4, Concurrence, éditions de l'université libre de Bruxelles, 1997, 2ème. Ed. - point 128 )

Le concept d'association d'entreprises vise à éviter que les entreprises puissent échapper aux règles de la concurrence en raison de la seule forme par laquelle elles coordonnent leur comportement sur le marché.

Pour garantir l'effectivité de ce principe, l'article 85 appréhende non seulement les modalités directes de coordination de comportement entre entreprises ( les accords et les pratiques concertées ), mais aussi les formes institutionnalisées de coopération, c.à.d. les situations où les opérateurs économiques agissent par l'intermédiaire d'une structure collective ou d'un organe commun ( Conclusions de l'Avocat Général M.Philippe LEGER présentée le 10 juillet 2001 –Affaire C-309/99 – points 61 et 62).

Dans ses conclusions, Monsieur l'Avocat Général Philippe LEGER

fait référence à l'affaire CNSD ( décision 93/438/CEEdU 30 juin 1993 relative à une procédure d'application de l'article 85 du Traité CEE ( IV/33.407 - CNSD - JO L 203,p.27 ) où la Cour a appliqué pour la première fois la notion d'entreprises à un ordre professionnel.

Sur base de cet arrêt, une entreprise ne saurait être qualifiée d'association d'entreprise lorsque d'une part elle est composée d'une majorité de représentants de la puissance publique et d'autre part, elle est

tenue par la législation nationale de prendre ses décisions en tenant compte d'un certain nombre de critères d'intérêts public.

La question se pose de savoir si le fait pour une entité d'être investie d'une mission d'intérêt général - comme l'Ordre national ou les autorités ordaniques locales - a pour effet de les soustraire, de ce fait, c.a.d. en raison même de la mission particulière qui leur est imparties, du champ d'application du droit de la concurrence.

Comme rappelé plus haut, la notion d'entreprise comprend « toute entité exerçant une activité économique indépendamment du statut juridique de cette entité ou de son mode de financement ».

Une entité n'échappera donc au champ d'application des règles de concurrence que lorsque son activité ne présente aucun caractère économique.

A défaut, elle doit être qualifiée d'entreprise, le fait qu'elle soit ou non investie d'une mission d'intérêt général ou de service public important peu.

Il en résulte que si une entité exerce une activité économique et une mission d'intérêt général ou de service public, il n'y a pas lieu de dissocier celles-ci et cette entité n'échappe pas au champ d'application des règles de concurrence.

Qu'en est-il au niveau des autorités ordaniques, nationales ou locales ?

La mission d'intérêt général ou de service public de ces autorités est établie.

Leur mission légale est déterminée en fonction d'un système établi par le législateur.

Ainsi, le Code judiciaire confie des missions aux diverses autorités de(s) l'Ordre(s) en matière de sauvegarde de l'honneur, de maintien des principes de dignité, de probité et de délicatesse ( articles 456 et 494 du Code judiciaire ).

Il s'agit de considérations générales qui rencontrent l'intérêt de la profession dont il s'agit de préserver, dans l'intérêt de tous, l'image de marque et la dignité.

Exercent-elles une activité économique ?

Il convient de répondre par l'affirmative.

Tout d'abord, il y a lieu de rappeler que l'activité de l'avocat est une activité économique qui consiste à offrir, contre rémunération, des services sur un marché donné ( cfr.supra ).

Il est permis de considérer que lorsqu'ils concluent des accords entre eux - la première mission de l'avocat n'est-elle pas de concilier ? -, les avocats, en tant qu'acteurs économiques privés agissent dans l'intérêt de leur mandant et non dans l'intérêt public - en ce sens que les accords conclus ne correspondent pas nécessairement à l'intérêt public.

Ensuite, l'Ordre et les Ordres locaux sont composés exclusivement( ou tout-à-fait majoritairement en ce qui concerne le cas spécifique des Conseils de discipline d'appel ) de membres de la profession que le loi n'oblige pas à tenir compte de l'intérêt général dans l'exercice des compétences réglementaires en manière telle que rien ne les empêche, dans certaines décisions, de se préoccuper exclusivement des intérêts de la profession.

Enfin, dans les missions dévolues aux autorités ordaniques, il y a lieu de relever « les intérêts professionnels communs des avocats » et, à cet égard, on peut se rallier à la thèse défendue par le professeur DELPEREE et citée par le conseil du requérant (cfr. mémoire de synthèse page 12 in fine)



selon laquelle « à côté de l'exercice de l'autorité publique l'ordre exerce d'autres responsabilités dans un but d'intérêt social ou exclusivement professionnel ».

Il convient donc de considérer la profession d'avocat comme une entreprise et les règlements litigieux (règlement national et règlements d'application) « décisions d'associations d'entreprises ».

#### 4.3.3. Les règlements incriminés ont-ils pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible la concurrence sur le marché belge ou une partie substantielle de celui-ci.

Il convient maintenant d'examiner si, en ajoutant aux conditions légales d'accès à la profession la nécessité de réussir l'examen du CAPA, l'Ordre national a instauré une restriction de concurrence ou, plus précisément, si le règlement national et ses règlements d'application ont pour objet ou pour effet de restreindre de manière sensible la concurrence sur le marché des services affectés par les avocats.

Il y a d'abord lieu de rappeler que la réussite de l'examen CAPA, si elle ajoute à une condition d'accès à la profession d'avocat, n'est pas le seul ajout du genre.

Ainsi, le licencié ou le docteur en droit qui souhaite s'inscrire au tableau de l'Ordre des avocats doit, au préalable, avoir réussi un examen de déontologie (ce qui sert l'intérêt général).

En outre, rien ne permet d'exclure que l'objectif poursuivi par l'obligation de la réussite de l'examen CAPA soit de familiariser les avocats stagiaires avec la pratique de la profession et dès lors d'améliorer la production des services prestés par les avocats dans l'intérêt des consommateurs de ces services (ce qui sert également l'intérêt général) plutôt que de détourner de la profession un certain nombre de licenciés ou de docteurs en droit.

Le règlement litigieux a déjà été évoqué (cfr. supra). La sanction de l'omission est prévue en son article 17 (En cas d'échec, le stagiaire doit représenter celui-ci au plus tard à la fin de sa deuxième année de stage. En cas de deuxième échec ou en cas de circonstances exceptionnelles, le stagiaire est invité devant le conseil de l'Ordre pour y présenter ses explications. Le conseil de l'Ordre pourra soit l'autoriser à présenter une dernière épreuve dans les six mois, soit l'omettre conformément au code judiciaire pour non-accomplissement des obligations de stage).

Le requérant, après avoir deux fois échoué, avait vainement été autorisé à présenter une « troisième et dernière fois », puis, tout aussi vainement, une quatrième fois « à titre tout-à-fait exceptionnel » les examens du CAPA.

Dans son mémoire de synthèse, l'Ordre des Avocats du Barreau d'Arlon rappelle, sans être contredit, qu'au cours des années 1991-1992 à 1999-2000, 609 stagiaires ont été inscrits à l'école du stage du barreau de Liège (stagiaires provenant des barreaux de Liège, Verviers, Marche, Neufchâteau, Arlon et Eupen).

Sur ces 609 personnes, 4 n'ont pu obtenir le CAPA alors qu'elles se sont présentées aux épreuves.

Il en résulte que le taux d'échec définitif est inférieur à 1%.

Ce chiffre est certes relatif.

Ainsi, il y a lieu de prendre en considération les avocats stagiaires qui ne s'y sont pas inscrits, tantôt en raison d'un échec aux épreuves, tantôt en raison du caractère dissuasif de celles-ci, tantôt en raison de la difficulté de trouver un maître de stage, tantôt en raison de la précarité des revenus, surtout en début de carrière, tantôt parce qu'ils ont fait le choix d'une autre orientation professionnelle.

Il pourrait, de ce fait, être soutenu que l'accès à la profession d'avocat est restreint, voire entravé, par l'exigence de la réussite de l'épreuve CAPA et que le règlement incriminé induit une restriction de concurrence.

Encore faudrait-il établir que s'il y ait en l'espèce, quod non, restriction de concurrence, encore celle-ci devrait-elle présenter un caractère sensible.

Sur base des éléments de faits portés à la connaissance du Conseil ( e.a. le taux excessivement réduit d'échec et les multiples possibilités offertes au demandeur - au delà même des prescrits du règlement du stage - de passer avec fruit les examens du CAPA ) et des motifs ci-avant exposés, le Conseil de la Concurrence est amené à constater que le règlement national et les règlements d'application litigieux n'ont pas pour objet de restreindre de manière sensible la concurrence sur le marché des services affectés par les avocats.

Il en résulte que la demande doit être déclarée non fondée.

## PAR CES MOTIFS

Nous, Jacques SCHAAR, membre du Conseil de la Concurrence, exerçant les fonctions de Président du Conseil,

Déclarons la demande recevable

Constatons l'urgence

Nous déclarons compétent pour connaître de la demande

Constatons que le règlement national et les règlements d'application litigieux n'ont pas pour objet de restreindre de manière sensible la concurrence sur le marché des services affectés par les avocats et déclarons en conséquence la demande non fondée

## **Décision n°2002-V/M-02 du 25 janvier 2002**

Affaire CONC-V/M-01/0058

### **S.A. Clear Channel Belgium c/ S.A. JC Decaux Belgium Publicité**

Vu la plainte datée du 12 octobre 2001 par laquelle la S.A. Clear Chanel Belgium anciennement dénommée City Advertising dénonce une violation de l'article 3 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique (abus de position dominante) à charge de la S.A. JC Decaux Belgium Publicité et sollicite des mesures provisoires conformément à l'article 35 de cette loi ;

Vu le rapport motivé du service de la concurrence daté du 7 novembre 2001 ;

Vu la décision sur la confidentialité du 9 novembre 2001 ;

Vu la demande de report de la date d'audience des conseils de la partie plaignante ;

Entendu à l'audience du 12 décembre 2001 :

- Le rapporteur, Monsieur Patrick Marchand ;
- Monsieur Hubert JANVIER, Maître Luc MISSON, Maître Patrick M'BAYA et Maître Emmanuelle BERTRAND, représentant la société anonyme Clear Channel Belgium ;
- Monsieur LAURENT, Madame DEKEZEL, Maître Dirk VANDEMEERSCH, Maître Marc WAHA et Maître Damien GERARD, représentant la Société anonyme JC Decaux Belgium Publicité

Vu la note d'observations de la S.A. Clear Channel Belgium transmise après l'audience et datée du 13 décembre 2001 ;

Vu le mémoire de la S.A. JC Decaux Belgium Publicité déposé le 11 décembre 2001 et la note transmise après l'audience, datée du 14 décembre 2001 ;

Vu les pièces de la procédure ;

Vu la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 1er juillet 1999 notamment son article 35 qui prévoit que "le président du Conseil de la concurrence peut, sur demande du plaignant ou du Ministre (de l'Économie), prendre des mesures provisoires destinées à suspendre les pratiques restrictives de concurrence faisant l'objet de l'instruction, s'il est urgent d'éviter une situation susceptible de provoquer un préjudice grave, imminent et irréparable aux entreprises dont les intérêts sont affectés par ces pratiques ou de nuire à l'intérêt économique général".

### **I. Les faits**

La S.A. Clear Channel Belgium dont le siège social est établi à 1050 Bruxelles, Boulevard de la Plaine, 5 inscrite au registre de commerce de Bruxelles sous le n° 371266 est une filiale belge du groupe international Clear Channel Communication Inc. Elle a pour objet statutaire " (...) la publicité sous toutes ses formes et par toutes voies : affichage, presse, cinéma, radio, télévision, étalages, objets publicitaires, peintures publicitaires, organisation de stands, enseignes lumineuses et toute autre réalisation publicitaire faite directement ou indirectement. (...)".

Elle exerce notamment une activité de fourniture, de placement et d'exploitation de mobilier urbain dans les villes et les communes en Belgique.

La S.A. JC Decaux Belgium Publicité ayant son siège social à 1000 Bruxelles, Allée Verte, 50 inscrite au registre de commerce de Bruxelles sous le n° 338440 est active en Belgique dans le secteur de la

publicité extérieure et plus particulièrement du mobilier urbain (fourniture, placement et entretien). La S.A. JC Decaux Belgium Publicité est une filiale à 100 % de la société de droit français JC Decaux.

Les sociétés Clear Channel Belgium et JC Decaux Belgium Publicité sont ainsi concurrentes sur le marché du mobilier urbain et sont systématiquement en compétition lorsqu'une commune décide d'adjuger ou de contracter une concession domaniale sur le mobilier urbain.

La S.A. Clear Channel Belgium considère que la S.A. JC Decaux Belgium Publicité est en position dominante sur ce marché du mobilier urbain et qu'elle abuse de cette position notamment à l'occasion de la passation des marchés publics et concessions domaniales relatifs à la ville de Liège et aux communes de Turnhout et d'Edegem.

Le Conseil communal d'Edegem a le 02 octobre 2001 attribué par adjudication un contrat de placement et d'entretien de 24 abris voyageurs et de 10 panneaux d'information de 2 m<sup>2</sup> à la S.A. JC Decaux Belgium Publicité. Lors de la mise en adjudication, la S.A. JC Decaux Belgium Publicité offrait des compensations financières en faveur de cette commune de l'ordre de [CONFIDENTIEL] BEF alors que la S.A. Clear Channel Belgium proposait des compensations financières que de [CONFIDENTIEL] BEF .

Le Conseil communal de Turnhout a le 26 septembre 2001 attribué par adjudication le contrat de placement et d'entretien des abris voyageurs à la S.A. JC Decaux Belgium Publicité. La S.A. JC Decaux Belgium Publicité offrait pour l'octroi de cette concession une compensation financière annuelle de [CONFIDENTIEL] BEF par abri alors que la S.A. Clear Channel Belgium ne proposait qu'un montant de [CONFIDENTIEL] BEF par an et par abri.

Le Conseil communal de la Ville de Liège a décidé le 23 avril 2001, d'organiser une procédure de consultation restreinte, avec publicité préalable, en vue de la conclusion d'un contrat de concession domaniale pour le renouvellement du mobilier urbain de la ville, les anciens contrats prenant fin le 18 septembre 2001. En effet, le 18 septembre 1986, des contrats de concession domaniale relatifs au mobilier urbain de la Ville de Liège avaient été conclus avec la société S.A. JC Decaux Belgium Publicité (pour le centre ville) et la société S.A. Clear Channel Belgium (pour la périphérie) pour une durée de quinze ans. La société Decaux disposait ainsi sur la base de l'ancienne concession de 832 faces (principalement au centre ville) pour 132 faces à la société Clear Chanel (sur des territoires administrés par la ville de Liège, en périphérie).

Le Conseil communal de la Ville de Liège a également adopté ce même jour le cahier des clauses et conditions contractuelles.

L'objet de cette concession est limité au territoire sous administration de la Ville de Liège et ne remet pas en cause la concession du domaine public des autres communes de l'agglomération liégeoise.

L'article 8 du cahier des clauses et conditions contractuelles précise la nature juridique de la convention : "la présente convention constitue un contrat de mobilier urbain, passé sous la forme d'une concession domaniale, en vertu duquel une société s'engage, d'une part à installer, à titre gratuit, pour la Ville, du mobilier urbain sur le domaine public de celle-ci et, d'autre part obtient en contrepartie l'autorisation d'exploiter à titre exclusif les supports (faisant l'objet du contrat) à des fins publicitaires, étant entendu qu'il se réserve la propriété du mobilier et laisse une partie des emplacements à la disposition de la Ville pour la diffusion d'informations locales".

Le cahier des clauses et conditions contractuelles précise notamment que la désignation du concessionnaire sera réalisée par le Conseil communal.

Le 04 mai 2001, un avis portant appel aux candidatures est publié au Bulletin des Adjudications, la date ultime de réception des candidatures étant fixée au 21 mai 2001.

Le 14 juin 2001, le Collège échevinal décide de retenir les candidatures des sociétés S.A. JC Decaux Belgium Publicité et S.A. Clear Channel Belgium. Ces deux sociétés sont invitées à déposer leur offre pour le 03 août 2001 au plus tard.

Le 29 juin 2001, une séance d'information a lieu, à l'hôtel de ville de Liège, en présence des deux candidats.

Le 03 août 2001, les S.A. Clear Channel Belgium et S.A. JC Decaux Belgium Publicité déposent chacune trois offres. Ces offres reprennent des styles de mobilier différents.

Le 23 août 2001, les candidats sont auditionnés séparément.

L'examen des offres par la ville de Liège met en exergue quatre problèmes particuliers:

1) Les surfaces publicitaires proposées par les trois offres de la S.A. Clear Channel Belgium comportent notamment des caissons trop encombrants de 8 m<sup>2</sup>. Ces dispositifs publicitaires de 8 m<sup>2</sup> ne peuvent en effet être placés sur le territoire communal en raison de leur encombrement visuel outrancier. Il est alors demandé à S.A. Clear Channel Belgium de revoir ses offres sur base de caissons de 2 m<sup>2</sup>.

2) Les propositions d'amélioration proposées par la S.A. JC Decaux Belgium Publicité (dalles en fonte, marquages des structures par blason, ...) ne peuvent être valorisées. Ces équipements ne sont en effet pas prévus par le cahier des clauses et conditions contractuelles. Il est demandé à S.A. JC Decaux Belgium Publicité que ces améliorations soient valorisées financièrement avec droit pour la ville d'opter plutôt pour une compensation financière majorée.

3) La S.A. JC Decaux Belgium Publicité propose dans ses offres [CONFIDENTIEL] appareils d'affichage dynamique (non publicitaire) contre [CONFIDENTIEL] pour la S.A. Clear Channel Belgium. Dans le même souci d'une comparaison objective des offres proposées, il est demandé à chacun des deux candidats de valoriser financièrement ces appareils.

4) La troisième offre de S.A. Clear Channel Belgium est non-conforme avec le cahier des clauses et conditions contractuelles. En effet, cette offre ne répond pas au critère "d'homogénéité du mobilier et d'unicité d'images" exigé par le cahier des clauses et conditions contractuelles. Il est demandé à la S.A. Clear Channel Belgium de revoir cette offre. Suite à ce problème, la S.A. Clear Channel Belgium décide de retirer sa troisième offre.

Le 1er septembre 2001, les deux candidats sont reçus séparément par la ville aux fins de négocier les conditions et modalités du contrat de concession domaniale à venir.

Le 04 septembre 2001, les sociétés S.A. JC Decaux Belgium Publicité et S.A. Clear Channel Belgium déposent leur offre amendée. L'analyse des offres est effectuée par un groupe de travail administratif de douze fonctionnaires qui établit un rapport. De ce rapport, il résulte que la meilleure offre de la S.A. JC Decaux Belgium Publicité, dite "Cox", obtient 89,2 points (sur 100) tandis que les deux offres de S.A. Clear Channel Belgium obtiennent respectivement 62,5 points (offre Flausch) et 68,2 points (offre Agoris). Il est ainsi décidé que l'offre dite "Cox" de S.A. JC Decaux Belgium Publicité serait présentée le 17 septembre 2001 au Conseil communal.

Le 11 septembre 2001, la S.A. Clear Channel Belgium prend encore contact avec la ville de Liège suite à un article de presse publié le 10 septembre et à certaines rumeurs. La S.A. JC Decaux Belgium Publicité proposerait un montant de [CONFIDENTIEL] francs de compensation financière à la ville de Liège en rapport avec une rentabilité en rentrées publicitaires qui atteindrait un montant annuel de [CONFIDENTIEL] francs pendant 15 ans.

Le 13 septembre 2001, la S.A. Clear Channel Belgium mandate un expert aux fins d'effectuer une analyse financière et économique de l'offre de S.A. JC Decaux Belgium Publicité à la lumière des chiffres susmentionnés. Cet expert conclut que le montant de [CONFIDENTIEL] francs de compensation financière entraîne pour la S.A. JC Decaux Belgium Publicité une perte d'au moins [CONFIDENTIEL] francs.

Le 17 septembre 2001, la S.A. Clear Channel Belgium dépose une requête unilatérale visant à ordonner à la ville de Liège de surseoir à l'attribution du contrat. Le président du tribunal de première instance de Liège déboute le même jour la S.A. Clear Channel Belgium de sa demande pour défaut d'urgence.

Le 17 septembre 2001, sur appel de cette décision, la Cour d'appel de Liège :

"Interdit à la ville de Liège, représentée par son Collège des Bourgmestre et Échevins, ... , d'attribuer par son Conseil communal, le contrat de concession du mobilier urbain de la ville de Liège lors de sa séance du 17 septembre 2001 et avant que ne soit intervenue une décision contradictoire en référé sur la régularité de la procédure d'attribution du marché, ...". Cette interdiction prendra fin le 15 décembre 2001, sauf à obtenir à cette date sa prolongation par le juge des référés qui aura été saisi.

Le Bourgmestre de la ville de Liège décide alors de supprimer la séance du Conseil communal, initialement prévue le 17 septembre 2001.

Le 19 septembre 2001, la S.A. Clear Channel Belgium cite la ville de Liège en référé devant le président du tribunal de première instance de Liège pour l'audience le 25 septembre 2001.

Le 20 septembre 2001, la S.A. Clear Channel Belgium cite la S.A. JC Decaux Belgium Publicité en intervention forcée et déclaration d'ordonnance commune et d'expertise commune pour la même audience du 25 septembre 2001. Deux audiences successives ont lieu le 03 et 10 octobre 2001.

Le 20 septembre 2001, la ville de Liège fait tierce opposition à l'arrêt prononcé par la Cour d'appel le 17 septembre.

Le 02 octobre 2001, la Cour d'appel reçoit la tierce opposition, la dit partiellement fondée, confirme l'interdiction faite à la ville de Liège d'attribuer le contrat de concession du mobilier urbain, tout en la limitant au 10 octobre 2001 ou à toute date plus proche où le juge des référés statuera.

Le 12 octobre 2001, alors que la cause est en délibéré, la S.A. Clear Channel Belgium dépose une requête en réouverture des débats.

Le 12 octobre 2001, la S.A. Clear Channel Belgium dépose également une plainte auprès du Conseil de la concurrence et sollicite des mesures provisoires.

Le 23 octobre 2001, le président du tribunal de première instance de Liège, statuant en référé, déboute la S.A. Clear Channel Belgium de sa demande en considérant que "dans le cadre de la présente action, en l'absence de preuve d'irrégularité manifeste au niveau de la procédure préliminaire à la désignation du concessionnaire, au vu des arguments sérieux avancés par les défenderesses, il n'y a pas lieu de faire droit aux mesures postulées par la demanderesse".

Le 24 octobre, la S.A. Clear Channel Belgium interjette appel de cette décision. L'affaire est plaidée devant la Cour d'appel le 06 novembre 2001 et prise en délibéré.

Le 12 novembre 2001, la Cour d'appel, relevant que la S.A. Clear Channel Belgium n'a pas agi et n'annonce pas une action au fond devant les cours et tribunaux pour faire valoir ses prétentions, constate le défaut d'urgence de la demande en référé formée sur base d'une prétendue violation des dispositions d'exclusion du cahier des clauses et conditions contractuelles.

## II. Griefs reprochés

La S.A. Clear Channel Belgium fait grief à la S.A. JC Decaux Belgium Publicité d'abuser de sa position dominante sur le marché du mobilier urbain dans le cadre du renouvellement de trois contrats de concessions domaniales, pour la Ville de Liège et pour les communes de Turnhout et d'Edegem.

La S.A. Clear Channel Belgium reproche à la S.A. JC Decaux Belgium Publicité :

1) Pour ce qui concerne la concession à Liège, de pratiquer des prix « prédateurs ». Elle soutient que la S.A. JC Decaux Belgium Publicité n'a pas prévu d'installer d'office des dispositifs dérouleurs dans les caissons de 2 m<sup>2</sup>. L'écart entre les offres des deux parties ne s'explique que par la production d'une offre à perte, fondée sur la position dominante de la S.A. JC Decaux Belgium Publicité.

En outre, du fait de l'augmentation de l'offre découlant du placement des panneaux dérouleurs, les annonceurs devront soit augmenter leur budget au profit de la S.A. JC Decaux Belgium Publicité, soit ne plus faire appel à la S.A. Clear Channel Belgium, ce qui se traduirait par son éviction du marché de Liège et une diminution de parts de marché dans le Royaume.

2) Pour la zone d'Anvers - et plus particulièrement, les communes d'Edegem et de Turnhout -, de tenter d'affermir sa position dominante à Anvers en s'octroyant les marchés situés dans la périphérie de la métropole et d'exclure ainsi de la zone sa concurrente, la S.A. Clear Channel Belgium.

Selon la S.A. Clear Channel Belgium, la S.A. JC Decaux Belgium Publicité peut pour ce faire s'appuyer sur la modicité des compensations financières qu'elle verse à la ville d'Anvers pour formuler des offres exorbitantes à des communes dont l'importance commerciale ne justifie pas de telles sommes.

En agissant de la sorte, la S.A. JC Decaux Belgium Publicité propose aux communes d'Edegem et de Turnhout des marchés qui, en eux-mêmes, sont purement à perte, se reposant sur les bénéfices qui vont résulter de l'exploitation de ses réseaux publicitaires dans la ville d'Anvers. La S.A. JC Decaux Belgium Publicité abuse ainsi de sa position dominante en usant à nouveau de la méthode dite des « prix prédateurs ».

## III. Objet de la demande de mesures provisoires

Les mesures sollicitées par la S.A. Clear Channel Belgium dans le cadre de la demande de mesures provisoires sont les suivantes :

1) interdire à la S.A. JC Decaux Belgium Publicité de maintenir ses offres contraires à la loi du 5 août 1991;

2) adopter des mesures provisoires adéquates qui permettent à la S.A. Clear Channel Belgium de concourir à nouveau pour l'obtention des marchés de Liège et d'Edegem, les procédures en cause ayant fait l'objet d'une suspension par décision judiciaire.

## IV. Marchés concernés

Le secteur économique concerné par la présente plainte est celui de la gestion des supports de publicité (code NACE 74.402).

La S.A. Clear Channel Belgium, dans le cadre de sa plainte et de sa demande de mesures provisoires, estime que le marché de référence est celui du mobilier urbain. Elle fait notamment référence à la jurisprudence du Conseil de la concurrence français qui, dans une décision du 7 juillet 1998 définissait le marché de référence dans une affaire similaire comme celui du mobilier urbain, et en particulier distinguait nettement le mobilier urbain publicitaire, du mobilier urbain non publicitaire. La S.A. Clear

Channel Belgium signale également que les différents segments du marché de la publicité extérieure se démarquent chacun par une structure de prix, des utilisations et des caractéristiques particulières ... Dès lors, ces différents produits n'entrent pas en concurrence directe et ne peuvent donc pas être considérés comme faisant partie d'un marché unique en Belgique.

Selon la S.A. JC Decaux Belgium Publicité, le marché pertinent en l'espèce est le marché de la publicité extérieure, sur lequel la S.A. JC Decaux Belgium Publicité et la S.A. Clear Channel Belgium sont toutes deux actives en tant que vendeurs et prestataires de services. Selon la S.A. JC Decaux Belgium Publicité, le marché qui fait l'objet véritable de la demande comprend la fourniture d'espaces à des fins d'utilisation publicitaire, marché sur lequel les deux entreprises sont actives en tant "qu'acheteurs". Ce marché se situe en amont du premier cité.

Elle précise en outre que dans l'affaire Rizzoli / Publitransport / Decaux, la Commission européenne a considéré que "le marché de produit pertinent est celui de la publicité extérieure [comprenant] entre autres les panneaux d'affichage, les véhicules de transports publics, le mobilier urbain (par ex. les abribus, les panneaux publicitaires sur pied, les colonnes décoratives, les kiosques et autres équipements urbains), les aéroports, les centres commerciaux, etc. Il ne peut être exclu, sur base de l'enquête, que les catégories spécifiques ci-dessus ne peuvent constituer des segments de marché différents."

Comme le signale le Corps des Rapporteurs dans son rapport motivé, à ce stade de l'analyse, il ne paraît pas nécessaire de définir plus avant le marché concerné en optant entre le marché de la publicité extérieure -le plus large- et le marché de la publicité sur mobilier urbain obtenu par concession -le plus étroit- en passant par un marché intermédiaire que pourrait constituer la publicité extérieure "petits formats". En effet, il ne semble pas *prima facie* que la S.A. JC Decaux Belgium Publicité dispose d'une position dominante au sens de l'article 1er de la loi et ce, quel que soit le marché retenu.

En ce qui concerne la délimitation géographique du marché concerné, il s'agit de l'ensemble du territoire belge en raison notamment du caractère essentiellement national des campagnes de publicité réalisées par les grands annonceurs sur ces types de supports publicitaires extérieurs.

## V. Arguments des parties

### 1. Arguments de la S.A. Clear Channel Belgium

La S.A. Clear Channel Belgium considère sur base des pièces en sa possession, que dans le cadre de la concession domaniale de la ville de Liège, la S.A. JC Decaux Belgium Publicité n'avait pas prévu d'installer d'office des dispositifs dérouleurs dans les caissons de 2 m<sup>2</sup> et par conséquent avait l'intention de pratiquer des prix « prédateurs » dans le cadre de cette concession.

La méthode dite des prix prédateurs consiste en une concurrence de prix destinée à éliminer du Marché un concurrent qui ne dispose pas des moyens financiers suffisants pour supporter longtemps des ventes en dessous du prix de revient.

La S.A. JC Decaux Belgium Publicité a fait trois offres à la ville de Liège selon le type de mobilier à installer. Sur base des renseignements en sa possession, la S.A. Clear Channel Belgium estime, que les conditions offertes par la S.A. JC Decaux Belgium Publicité sont délibérément trop intéressantes pour la ville de Liège par rapport aux conditions du marché. La S.A. Clear Channel Belgium a mandaté un expert en vue d'effectuer une analyse économique et financière des offres de la S.A. JC Decaux Belgium Publicité. Sur base des pièces en sa possession et de ses travaux d'analyse et d'investigations, l'expert conclut que « la S.A. JC Decaux Belgium Publicité a manifestement déposé à la villes de Liège une offre à perte. L'estimation de la perte ... est de plus de [CONFIDENTIEL] de francs. Une telle méthode ne peut se concevoir que pour acquérir ou conserver une position dominante sur le marché du mobilier urbain. La seule explication technique économique envisageable serait que, grâce à sa position exclusive obtenue à Liège et profitant de sa position dominante à Bruxelles et



Anvers, la société Decaux n'augmente fortement par la suite les tarifs publicitaires, de manière à spéculer sur un bénéfice final, supporté en réalité par ses clients-annonceurs."

## 2. Arguments de la S.A. JC Decaux Belgium Publicité

### A. La demande est irrecevable

La S.A. JC Decaux Belgium Publicité estime que, par le biais de la plainte déposée auprès du conseil de la concurrence et de sa demande de mesures provisoires, la S.A. Clear Channel Belgium cherche à obtenir ce que le président du tribunal de première instance de Liège siégeant en référé et ensuite la Cour d'appel de Liège statuant en degré d'appel, lui ont refusé, à savoir la réouverture de la procédure d'octroi de la concession domaniale de la ville de Liège sur base de l'irrégularité prétendue des offres présentées par la S.A. JC Decaux Belgium Publicité. La S.A. JC Decaux Belgium Publicité considère que la demande de mesures provisoires a le même objet que les actions intentées devant les juridictions liégeoises et s'appuie sur les mêmes faits et arguments.

La S.A. JC Decaux Belgium Publicité estime qu'en l'espèce, il apparaît que l'objet véritable de la plainte et de la demande de la S.A. Clear Channel Belgium auprès du conseil de la concurrence consiste à solliciter de la part d'une juridiction administrative une décision sur l'atteinte qui est faite au droit subjectif de cette dernière à participer à un processus d'adjudication objectif et à exploiter son entreprise. Conformément à l'article 144 de la Constitution, telle n'est pas la compétence d'une juridiction administrative à laquelle il revient de déclarer la demande irrecevable.

### B. La demande n'est pas fondée

#### a) Absence de préjudice grave, immédiat et irréparable établissant l'urgence de mesures provisoires

La S.A. Clear Channel Belgium n'apporte pas les éléments de preuve matérielle de son préjudice allégué, alors qu'il lui appartient d'apporter la preuve que les conditions pour l'octroi de mesures provisoires sont remplies.

Pour rappel, jusqu'au 18 septembre dernier, la S.A. JC Decaux Belgium Publicité était concessionnaire de la majorité du domaine public qui fait l'objet de la procédure actuelle d'adjudication. La S.A. Clear Channel Belgium partage la concession pour certains territoires limités (Angleur, Bressoux, Chênée, Jupille et Sclessin), sur lesquels elle exploite 132 panneaux d'affichage sur mobilier urbain. Dès lors si la S.A. Clear Channel Belgium perd l'adjudication, elle perdra 132 espaces d'affichage dans la ville de Liège mais en conservera près de 570 dans l'agglomération liégeoise (sur un total de l'ordre de 1500).

La S.A. JC Decaux Belgium Publicité considère qu'il n'est pas question en l'espèce de l'élimination de la S.A. Clear Channel Belgium de la région liégeoise, les deux sociétés concurrentes ayant chacune actuellement un nombre similaire de faces, ce qui ne serait par contre plus le cas si la S.A. Clear Channel Belgium obtenait l'adjudication de la ville de Liège.

L'attribution des concessions litigieuses n'aura pas pour effet de priver la plaignante de ses parts de ventes, ni même de revenus, ni de la possibilité d'offrir à ses clients des réseaux de publicité extérieure à couverture nationale, régionale ou locale. La perte éventuelle de revenus restera très limitée et ne saurait en aucun cas constituer un préjudice grave au sens de l'article 35 de la loi.

Enfin, la S.A. JC Decaux Belgium Publicité tient à rappeler que, dans son analyse de la gravité du préjudice et des intérêts en présence, le président du Conseil doit prendre en considération l'intérêt économique général, et donc aussi celui du concédant, à savoir la ville de Liège. Or, la nécessité de suspendre la procédure d'adjudication, voire de la rouvrir, alors que celle-ci a été menée de façon transparente et équitable, est susceptible de causer à la ville un préjudice financier certain.

## b) Absence de position dominante

La S.A. JC Decaux Belgium Publicité estime ne pas détenir de position dominante sur le marché belge de la publicité extérieure, ni sur celui du mobilier urbain.

Elle avance plusieurs arguments pour asseoir cette affirmation :

- la S.A. JC Decaux Belgium Publicité est "contrainte" par un concurrent puissant qui dispose d'une part de marché supérieure sur le marché de la publicité extérieure. Cette part reste encore très importante même si l'on restreint le marché à la publicité extérieure sur mobilier urbain installé dans le cadre de concession du domaine public;
- la S.A. JC Decaux Belgium Publicité est "contrainte" par la concentration extrême de la demande (la quasi-totalité des ventes est réalisée par trois centrales d'achat d'espaces média) et par les pressions sur les prix exercées par les annonceurs;
- la S.A. JC Decaux Belgium Publicité est "contrainte" par ses fournisseurs d'espace, qui exigent une rémunération croissante pour la location ou la concession d'espace à des fins d'utilisation publicitaire;
- La publicité extérieure subit la pression émanant des autres formes de publicité.

## c) Absence de pratiques anticoncurrentielles

La S.A. JC Decaux Belgium, bien que ne se considérant pas en position dominante, estime devoir fournir certains éléments qui permettent d'écarter les allégations d'abus.

### - Une entreprise dominante peut participer au jeu de la concurrence

La S.A. JC Decaux Belgium Publicité estime utile de rappeler que le fait même de détenir une position dominante n'est pas en soi une infraction au droit de la concurrence.

Même si une entreprise en position dominante adoptait une pratique qui a pour effet d'exclure un concurrent, ce n'est que si elle utilise des moyens autres que la concurrence légitime fondée sur les mérites qu'elle devra être sanctionnée. Le jeu de la concurrence exige que toutes les entreprises, y compris celles qui détiennent une position dominante, puissent participer au jeu concurrentiel et aux appels d'offres.

### - La S.A. JC Decaux Belgium Publicité, qui n'est pas en position dominante, ne pratique pas de prix prédateurs.

Dans le cadre de l'obtention d'une concession ou d'une location, la S.A. JC Decaux Belgium Publicité et la S.A. Clear Channel Belgium sont amenées à installer du mobilier urbain. Elles le font gratuitement pour le concédant. Le propre de ces situations est que le mobilier urbain sera payé par des tiers, les annonceurs, au bénéfice des collectivités locales. La rentabilité des offres faites par les concessionnaires potentiels doit donc s'apprécier sur les recettes futures dégagées par l'exploitation de l'espace publicitaire. L'accusation de la S.A. Clear Channel Belgium est donc pour le moins prématurée puisque la S.A. JC Decaux Belgium Publicité n'a fait que proposer un montant pour la redevance relative à la concession du domaine public. Il est tout à fait remarquable que la S.A. Clear Channel Belgium reproche à la S.A. JC Decaux Belgium Publicité de faire des pertes sur des ventes qu'elle n'a pas encore réalisées.

La S.A. JC Decaux Belgium Publicité a en outre fourni au Conseil de la concurrence des informations sur la rentabilité escomptée des concessions du domaine public à Liège, Edegem et Turnhout et affirme que les prix pratiqués couvriront bien ses coûts totaux pour chacune de ces localités, ce qui l'exonère de toute allégation de prix prédateurs.

Pour conclure, la S.A. JC Decaux Belgium Publicité souligne que la vraisemblance d'une éventuelle "vente à perte" ou de "prix prédateurs" est mise en cause par les actions de la S.A. Clear Channel Belgium elle-même. En effet, celle-ci a proposé le 11 octobre 2001 dans le cadre de l'adjudication de

la ville de Liège, un montant de redevance bien supérieur à celui proposé par la S.A. JC Decaux Belgium. On ne comprend pas comment la S.A. Clear Channel Belgium peut argumenter avec sérieux que la S.A. JC Decaux Belgium Publicité ne sera pas capable de couvrir ses coûts alors que la S.A. Clear Channel Belgium serait capable de supporter les coûts engendrés par une offre supérieure.

## VI. En droit

### A. Conditions d'octroi de mesures provisoires

Pour que des mesures provisoires au sens de l'article 35 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique puissent être prononcées par le président du Conseil de la concurrence, il faut que trois conditions soient cumulativement remplies :

1. l'existence d'une plainte recevable ;
2. l'existence *prima facie* d'une infraction à la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique .
3. la probabilité d'un préjudice grave, imminent et irréparable dans le chef de la demanderesse ou de nature à nuire à l'intérêt économique général ;

#### 1. Existence d'une plainte recevable

Une plainte a été déposée par la S.A. Clear Channel Belgium contre la S.A. JC Decaux Belgium Publicité le 12 octobre 2001 et a été enregistrée au secrétariat du Conseil de la concurrence sous la référence CONC-P/K- 01/0057. La S.A. JC Decaux Belgium Publicité est en outre une entreprise au sens de l'article 1er a) de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique. La plaignante justifie d'un intérêt direct et actuel en tant qu'acteur important dans le secteur de la gestion des supports de publicité en ce compris le segment de la publicité sur mobilier urbain.

La S.A. Clear Channel Belgium est systématiquement concernée lorsqu'une commune ou une ville décide d'adjuger ou de contracter une concession domaniale.

La plainte introduite par la S.A. Clear Channel Belgium est par conséquent recevable.

La S.A. JC Decaux Belgium Publicité considère que la demande de mesures provisoires est irrecevable d'une part sur base du principe de l'autorité de chose jugée car la même demande a été soumise et tranchée par les juridictions de l'Ordre judiciaire et d'autre part en raison du fait que le Conseil de la concurrence ne serait pas compétent pour connaître de cette demande. La S.A. JC Decaux Belgium Publicité invoque également l'*exceptio obscuri libelli* pour soutenir que la plainte de la S.A. Clear Channel Belgium et la demande de mesures provisoires qui y est assortie, devraient être déclarées irrecevables à défaut d'objet.

L'argument d'irrecevabilité de la demande de mesures provisoires avancé par la S.A. JC Decaux Belgium Publicité n'est pas fondé.

En effet, l'article 23 du Code judiciaire dispose que "l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet de la décision. Il faut que la chose demandée soit la même, que la demande soit fondée sur la même cause, que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité".

Comme elle le signale expressément dans sa note d'observations du 10 décembre 2001, la jurisprudence concernant les compétences parallèles mais distinctes du Conseil de la concurrence (et de son président) et des autres juridictions et réfutant que l'autorité de la chose jugée des décisions rendues par les juridictions de l'Ordre judiciaire puisse entraîner l'incompétence du Conseil et de son

président, se base sur les travaux préparatoires de la loi sur la protection de la concurrence économique. Dans l'Exposé des motifs, le gouvernement a clairement précisé que les éventuels différences d'appréciation entre le Conseil et une autre juridiction ne constituent pas de réels conflits, car dans ce genre de situation, ni la chose demandée, ni la loi invoquée, ni les parties en présence ne sont les mêmes : les actions se meuvent sur des plans différents qui ne se recoupent pas (Doc. Parl., Ch. Repr., sess. ord. 1989-1990, n°1282/1, pp. 33, 34).

En effet, le risque de contradiction n'existe pas dès lors que les motifs des décisions prononcées par les Cours et Tribunaux d'une part, et par le Conseil de la Concurrence d'autre part sont nécessairement différents. La loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique est la seule susceptible de fonder une décision du Conseil de la concurrence et de son président.

Le président du conseil de la concurrence peut ainsi en vertu de l'article 35 de cette loi sur la protection de la concurrence économique, prendre des mesures provisoires destinées à suspendre les pratiques restrictives de concurrence faisant l'objet d'une instruction, s'il est urgent d'éviter une situation susceptible de provoquer un préjudice grave, imminent et irréparable aux entreprises dont les intérêts sont affectés par ces pratiques ou de nuire à l'intérêt général et ce, nonobstant l'existence d'éventuelles décisions judiciaires.

Si dans le cadre des procédures menées en parallèle le dispositif de la demande formée par la S.A. Clear Channel Belgium est similaire, l'intervention du Conseil de la concurrence - et de son président dans le cadre des mesures provisoires -, se situe dans le cadre d'un contentieux objectif de légalité et de protection de la concurrence économique et non dans le cadre d'un contentieux subjectif tranchant des contestations particulières ou consacrant un droit d'une partie.

Les intérêts protégés sont donc avant tout publics et non particuliers, ce qui justifie d'ailleurs le caractère erga omnes des décisions du conseil qui doivent être publiées au Moniteur belge en vertu de l'article 41 de la loi du 5 août 1991, à la différence des décisions prononcées par les Cours et Tribunaux de l'Ordre Judiciaire.

En outre, le (président du) Conseil lorsqu'il est appelé à statuer sur l'objet particulier relevant de sa compétence, dispose notamment du rapport motivé du service de la concurrence rédigé au terme d'une enquête approfondie sur l'existence éventuelle d'une violation des règles de la concurrence économique, ce dont les juridictions de l'Ordre Judiciaire appelées à se prononcer sur d'éventuelles violations de droits subjectifs, ne disposent pas.

Dès lors, il ne peut être question d'invoquer l'autorité de la chose jugée s'agissant de juridictions appartenant à des ordres distincts, dont les compétences matérielles ne se recouvrent pas et dont les décisions ont une portée fondamentalement différente.

La demande de mesures provisoires doit dès lors être déclarée recevable.

## 2. Examen de l'existence prima facie d'une infraction à la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique .

La S.A. Clear Channel Belgium fait grief à la S.A. JC Decaux Belgium Publicité, qu'elle qualifie d'entreprise en position dominante, de pratiquer des « prix prédateurs » dans le cadre des offres soumises pour l'octroi de concessions de mobilier urbain en vue de l'écartier à terme du marché de la publicité sur mobilier urbain ou à tout le moins d'entraîner son éviction du marché de Liège et de la zone d'Anvers ainsi qu'une diminution de ses parts de marché dans le Royaume. Ce faisant, selon la S.A. Clear Channel Belgium, la S.A. JC Decaux Belgium Publicité abuse de sa position dominante et contrevient à l'article 3 de la loi sur la protection de la concurrence économique.

Avant de déterminer si la S.A. JC Decaux Belgium Publicité a commis un abus de position dominante, il convient d'examiner si elle est en position dominante sur le marché de la publicité extérieure ou du mobilier urbain.

Il résulte des pièces du dossier et d'une enquête du Service de la concurrence que sur base des données disponibles, la S.A. JC Decaux Belgium Publicité n'est pas en position dominante et ce, quelque soit le marché considéré comme pertinent pour la détermination des positions des entreprises visées dans cette affaire.

En effet, si l'on prend comme marché de référence celui de la publicité extérieure (comme le préconise la S.A. JC Decaux Belgium Publicité), il apparaît au dire même de la S.A. Clear Channel Belgium qu'elle détient le leadership du marché. La S.A. JC Decaux Belgium Publicité ne saurait donc y être en position dominante.

Si on retient comme marché de référence le marché le plus étroit relatif à la publicité sur mobilier urbain obtenu par concession (comme le souhaite la S.A. Clear Channel Belgium), on relève que la S.A. JC Decaux Belgium Publicité détient des parts de marché de près de 60 % contre 42 à son seul concurrent.

Cette part de marché importante au niveau national ne suffit pas à elle seule pour qualifier la position de la S.A. JC Decaux Belgium Publicité de dominante au sens de l'article 1er de la loi.

En effet, comme le signale la S.A. JC Decaux Belgium Publicité, elle est "contrainte" par un concurrent puissant qui dispose d'un réseau certes moins performant mais malgré tout bien implanté au niveau national et même meilleur sur le Sud du pays. En outre, elle doit tenir compte de la concentration extrême de la demande entre quelques centrales d'achats et de la pression sur les prix exercée indirectement par les annonceurs dont les budgets communications sont très sensibles à l'évolution économique. Enfin, elle est "contrainte" par les exigences financières croissantes des fournisseurs d'espace à fins publicitaires.

Ces arguments avancés par la partie incriminée se trouvent confortés par l'étude Mediactive de Carat Crystal.

Cette analyse, qui tend à rejeter l'existence d'une position dominante dans le chef des opérateurs présents sur le marché au niveau national, est également suivie dans une autre étude réalisée en décembre 2000 par "Space – Spac'Essentials" qui compare les réseaux de City et de Decaux.

Dans la mesure où la S.A. JC Decaux Belgium Publicité ne dispose pas d'une position dominante, et ce quel que soit le marché concerné retenu, elle ne peut a fortiori en abuser.

Étant donné que les conditions d'octroi des mesures provisoires sont cumulatives, il n'y a pas lieu, en l'absence de position dominante, d'examiner si les pratiques dénoncées doivent être considérées comme un abus au sens de l'article 3, c de la loi, ni de vérifier si ces pratiques sont de nature à causer un préjudice grave, imminent et irréparable, le défaut de l'une de ces conditions entraînant l'absence de fondement de la demande.

## PAR CES MOTIFS,

Nous, Patrick De Wolf, vice-président faisant fonction de président du conseil de la concurrence, décidons qu'il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de mesures provisoires sollicitées par la S.A. Clear Channel Belgium dans sa lettre du 12 octobre 2001 enregistrée au secrétariat du conseil de la concurrence sous la référence CONC-V/M-01/0058 .

Ainsi décidé le 25 janvier 2002 par Patrick De Wolf, vice-président faisant fonction de président du Conseil de la Concurrence.

## **Décision n°2002-C/C-03 du 29 janvier 2002**

Affaire CONC-C/C-01/0063: METRAUX SERVICES BELGIUM SA / SODIMAT SA

Vu la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique ;

Vu la notification de l'opération de concentration déposée au secrétariat du Conseil de la concurrence le 7 décembre 2001.

Vu le Rapport du Corps des Rapporteurs du 14 janvier 2002.

Entendu à l'audience du 29 janvier 2002 :

- le Rapporteur, Monsieur Patrick Marchand en son rapport;
- Me Christophe Hoogstoel, Avocat à l'ordre francophone des avocats du barreau de Bruxelles, représentant commun des parties notifiantes.

### **A. Les parties en cause**

#### **1. L'acquéreur**

Metraux Services Belgium sa (ci-après "MSB") est une société de droit belge qui est contrôlée à 99,8% par la société de droit suisse Metraux Services sa. Elle a pour vocation de servir de société de contrôle des participations détenues dans des sociétés actives sur le marché de la vente en gros et au détail de produits liés à l'entretien, la réparation et l'accessoire pour véhicules automobiles.

#### **2. Le vendeur**

Sodimat sa est une société de droit belge active dans le secteur de la distribution de produits pour véhicules automobiles.

#### **3. La société cible**

Ernotte sa est une société de droit belge active sur le marché belge de la distribution de produits d'entretien, de réparation et d'accessoires pour véhicules automobiles. Elle contrôle à 100% la société de droit belge Devillers sa, active sur le même marché.

### **B. L'opération notifiée**

La concentration envisagée est la résultante d'une convention de cession d'actions conclue le 7 novembre 2001 entre MSB et Sodimat. Elle porte sur l'acquisition par MSB de la totalité des actions représentatives du capital de la sa Ernotte.

La prise de contrôle de la sa Ernotte entre dans un processus engagé par la société mère de MSB, soucieuse de développer sa division "automotive". Cette croissance a déjà pu être assurée en Belgique par l'acquisition du contrôle de la sa Auto Distribution Belgium, active en tant qu'importateur et distributeur sur le marché belge de la vente de produits liés à l'entretien, la réparation et l'accessoire pour véhicules automobiles.

Les sociétés précitées sont des entreprises au sens de l'article 1er de la loi et l'opération notifiée est une opération de concentration au sens de l'article 9 de la loi.

Il résulte du dossier d'instruction établi par le Corps des Rapporteurs que METRAUX SERVICES n'a réalisé aucun chiffre d'affaires en Belgique lors de l'exercice social 2000, le chiffre d'affaires

mentionné au point 2.3. de la notification se rapportant à l'année 2001 et à la société Auto Distribution Belgium sa dont elle n'a pris le contrôle qu'en avril 2001.

L'article 46, §1er, alinéa 2, de la loi dispose que "Le chiffre d'affaires visé à l'article 11 est le chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent en Belgique".

En l'espèce, le Conseil estime que l'opération ne devait pas, dans les conditions inhérentes à la cause, être notifiée.

## PAR CES MOTIFS

### LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Constate que la concentration ne tombe pas dans le champ d'application de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique et ne devait, dès lors, pas être notifiée.

Ainsi décidé le 29 janvier 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Jacques Schaar (Président), Monsieur Patrick De Wolf, Madame Dominique Smeets et Monsieur David Szafran, Membres.

## **Décision n°2002-C/C-04 du 29 janvier 2002**

Affaire CONC-C/C-01/0064

Crédit Commercial de France – Financière Groupe Dewaay

Vu la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique ;

Vu la notification de l'opération de concentration déposée au secrétariat du Conseil de la concurrence le 14 décembre 2001.

Vu le Rapport du Corps des Rapporteurs du 14 janvier 2002.

Entendu à l'audience du 29 janvier 2002 :

- le Rapporteur, Monsieur Patrick Marchand en son rapport;
- Me Francesca R. Crotti, Avocat à l'Ordre francophone des avocats du barreau de Bruxelles, représentant commun des parties notifiantes.

### **A. Les parties en cause**

#### **1. L'acquéreur**

Crédit Commercial de France, S.A. de droit français (ci-après CCF) est un établissement de crédit français. CCF est actif en Europe et fournit des services bancaires et financiers aux entreprises et aux particuliers. La plus grande partie de son revenu réalisé dans la Communauté européenne est générée par des services bancaires en France, où il possède aussi une présence limitée dans le secteur des assurances.

CCF est présent en Belgique par le biais du groupe Dewaay (dont les activités sont décrites en A.3) ainsi que, marginalement, par sa succursale en Belgique active dans la banque commerciale (essentiellement crédit aux clients institutionnels et aux entreprises) et au niveau des opérations sur les marchés financiers ( " bond selling " et trading pour compte propre).

CCF est depuis octobre 2000 une filiale à part entière du groupe HSBC. Ce groupe dispose également d'une succursale en Belgique (HSBC Bank plc Brussels) dont l'activité principale est le cash management à destination de clients grandes entreprises. Les activités du groupe HSBC/CCF (hors FGD) restent en Belgique très marginales.

#### **2. Le vendeur**

Finanpar Lux S.A. (ci-après Finanpar) est une société anonyme de droit luxembourgeois. Elle détient les actions de Financière Groupe Dewaay (société cible) mais n'exerce pas d'activités opérationnelles, ni en Belgique, ni ailleurs. Finanpar est elle-même détenue par une société luxembourgeoise, Financière Dasdeu, et un actionnaire personne physique.

Les actionnaires de Financière [CONFIDENTIEL], le groupe Dewaay.

#### **3. La Société cible**

Financière Groupe Dewaay S.A. (ci-après FGD) est une société anonyme de droit luxembourgeois. FGD est à la tête du groupe Dewaay, actif dans les secteurs de la banque de détail (gestion de fortune privée ou " private banking "), de la banque commerciale (gestion de fortune des institutionnels et, à titre marginal, crédit aux institutionnels et aux entreprises) et des marchés financiers.



Le groupe Dewaay est présent en Belgique et au Luxembourg grâce à la filiale de FGD, Banque Dewaay S.A., établissement de crédit actif en matière de :

- intermédiation en actions et obligations belges et étrangères;
- contrepartie en valeurs étrangères cotées à Bruxelles, à Paris, en Suisse et en Allemagne;
- gestion de fortune pour compte de clients privés et institutionnels;
- intermédiation et contrepartie en valeurs cotées à la Bourse de Luxembourg;
- et crédit aux particuliers et entreprises.

Banque Dewaay S.A. dispose de deux filiales qui interviennent en Belgique : Dewaay Broking (activités de courtage en instruments financiers) et Sogès Dewaay (émission de certificats représentatifs de valeurs mobilières et exercice d'activités fiduciaires).

Outre sa filiale Banque Dewaay S.A., FGD dispose également en Belgique d'un groupement européen d'intérêt économique, Dewaay Securities Services, GEIE qui fournit des services aux membres du groupe FGD.

## B. L'opération notifiée

La notification a pour objet une opération de concentration qui concerne l'acquisition par CCF de l'intégralité des actions détenues par Finanpar dans FGD.

FGD est une société actuellement contrôlée conjointement par CCF (74,9 % du capital) et Finanpar (25,1 % du capital).

Cette acquisition confèrera donc à CCF le contrôle unique de FGD et de ses filiales.

Les sociétés précitées sont des entreprises au sens de l'article 1er de la loi et l'opération notifiée est une opération de concentration au sens de l'article 9 de la loi.

Sur la base des indications fournies par les parties au point 2.3. de la notification, les seuils de chiffres d'affaires visés à l'article 11 de la loi sont atteints.

## C. Les marchés concernés

### 1. Secteur économique concerné

Le secteur économique mis en cause par la concentration est le secteur bancaire (intermédiation financière, code NACE 65).

### 2. Marché de produits concerné

Il y a principalement quatre marchés qui peuvent être distingués au sein du secteur bancaire :

#### A. Les services bancaires de détail à l'attention des particuliers et des ménages ("banque de détail")

Ces services comprennent notamment la banque universelle qui regroupe les activités liées aux systèmes de paiement (comptes à vue) et les activités connexes, les comptes courants, les comptes de dépôt, l'épargne (comptes à vue, bons de caisse, livrets et comptes à terme), l'épargne hors bilan (sicav, fonds communs de placement et fonds de pension), les crédits aux particuliers (les prêts à la consommation et autres financements, les prêts hypothécaires) et le "private banking".

Ce marché est considéré traditionnellement par la Commission comme étant de dimension nationale .

## B. Les services bancaires aux entreprises (" banque commerciale ")

Ces services comprennent les crédits d'investissement, les produits à court terme, les dépôts, le leasing et les émissions de dettes.

La Commission européenne a considéré ces services comme ayant une dimension nationale. Néanmoins, elle a reconnu que, dans certains cas spécifiques, les services bancaires aux entreprises peuvent avoir une dimension internationale .

## C. Les opérations sur les marchés financiers

Ces opérations comprennent le négoce des actions et des emprunts (" secondary market "),

Les opérations sur produits dérivés (" swaps " et " options ") de même que les opérations sur devises et de change et celles sur d'autres instruments financiers.

La Commission européenne considère les activités sur les marchés financiers comme ayant une dimension internationale, ou du moins européenne .

## D. Les activités de banque d'investissement

La banque d'investissement concerne entre autres les produits suivants : le conseil en fusions-acquisitions, l'introduction en bourse d'entreprises, les émissions d'actions et d'emprunts (" marché primaire ").

Comme les services de banque d'investissement requièrent une connaissance détaillée du droit des sociétés national de même que des structures des entreprises, de la comptabilité et des habitudes locales du marché, la Commission européenne a considéré ce marché comme ayant une dimension nationale .

## 3. Marché géographique concerné

Le marché géographique concerné est l'ensemble du territoire belge.

## D. Analyse concurrentielle: Parts de marché des parties en Belgique

### 1. FGD/Groupe Dewaay

Le groupe Dewaay est actif en Belgique dans la banque de détail, la banque commerciale et les opérations sur les marchés financiers.

Quelle que soit la définition de marché retenue, et même dans une définition étroite des marchés en considérant les différents segments sur lesquels le groupe Dewaay est présent, selon les estimations de FGD, les parts de marché estimées du groupe sont largement inférieures à 25 %.

### 2. HSBC/CCF

Les activités du groupe HSBC/CCF sont marginales sur le territoire belge.

En dehors de sa participation dans FGD, la succursale de CCF offre des services de banque commerciale et est active dans les opérations sur les marchés financiers.

Les seules activités en Belgique qui se chevauchent entre le groupe HSBC/CCF et le groupe Dewaay concernent les crédits aux clients institutionnels et aux entreprises et le " bond selling " (le négoce

d'obligations). Les parts de marché combinées estimées par les parties pour ces activités sont largement inférieures à 25 %.

La présente opération de concentration n'aura qu'un effet limité en Belgique, eu égard aux faibles parts de marché des parties, quelle que soit la définition de marché retenue.

CCF est déjà présent en Belgique par l'intermédiaire de FGD, qui détient de faibles parts de marché. Il développe aussi directement sur le territoire belge des activités bancaires marginales qui, cumulées aux activités de FGD, représentent des parts largement inférieures à [CONFIDENTIEL] %.

Suite à l'opération, CCF restera confronté à la concurrence d'un grand nombre d'acteurs de taille, dont les grandes banques traditionnelles Fortis, BBL, Dexia, KBC et Deutsche Bank les banques d'affaires telles Puilaetco, Petercam, Banque Delen, Degroof, et les nombreuses sociétés de bourse.

De plus, dans la mesure où FGD est contrôlée actuellement de façon conjointe par CCF et une société financière sans activités opérationnelles, elle-même sous contrôle d'une société dont les actionnaires [CONFIDENTIEL], l'acquisition du contrôle unique par CCF ne modifie guère la structure de la concurrence en Belgique.

Le Conseil de la concurrence estime en conséquence que la concentration notifiée n'aura pas pour effet l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante qui entrave de manière significative une concurrence effective sur les marchés belges concernés ou sur une partie substantielle de ceux-ci.

## PAR CES MOTIFS

### LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Constate que la concentration tombe dans le champ d'application de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique et est admissible en vertu de l'article 33, §2, 1. a, de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique.

Ainsi décidé le 29 janvier 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de

Monsieur Patrick De Wolf (Président), Monsieur Jacques Schaar, Madame Dominique Smeets et Monsieur David Szafran, Membres.

## **Beslissing nr. 2002-P/K-05 van 8 februari 2002**

INZAKE :

Van Nieuwenhuysen N., (B.V.B.A. Van Nieuwenhuysen & Co), Parfumerie BO, 1730 ASSE, Velm 2,

tegen :

Michel Beaumaine & Co N.V., 1030 Brussel, Gen. Eisenhowerlaan 167,

Gelet op de brief van 4 oktober 1993 van klager mevrouw N. Van Nieuwenhuysen, door de Dienst voor de Mededinging geregistreerd op 6 oktober 1993 onder nummer PRA - 93/0012D, waarbij de klager de Dienst verzoekt een onderzoek te verrichten met betrekking tot de verkoopsweigering van de cosmetica leverancier Michel Beaumaine & Co N.V. aan Parfumerie Bo.

Gelet op het verslag van de Dienst voor de Mededinging neergelegd op 16 februari 1995.

Gelet op de beslissing van de Raad voor de Mededinging dd 9 november 1995 waarbij de zaak naar de Dienst voor de Mededinging werd verwezen voor onderzoek.

Gezien het onderzoekverslag van de verslaggever dd 6 november 2001 dat aan de Raad voor de Mededinging werd overgemaakt in toepassing van artikel 24, § 2, van de Wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, zoals gecoördineerd bij koninklijk besluit van 1 juli 1999 (verder : W.B.E.M.) en dat het verslag op 26 november 2001 aan de klager in toepassing van artikel 24, §2, W.B.E.M. werd overgemaakt.

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken.

Overwegende dat de verslaggever in zijn verslag van 6 november 2001 aan de Raad een gemotiveerd voorstel tot sepot op grond van artikel 24, § 2, van de W.B.E.M. heeft voorgelegd.

Overwegende dat de klager, ter zitting vertegenwoordigd werd door de heer Van Nieuwenhuysen.

Gehoord ter zitting van 1 februari 2002 :

- de verslaggever, de heer B. Stulens.

### **Over het voorwerp van de klacht en over de proceduriële voorgaanden**

Overwegende dat mevrouw N. Van Nieuwenhuysen blijkens schrijven dd 4 oktober 1993 gericht aan de Dienst voor de Mededinging, de Dienst verzoekt een onderzoek in te stellen met betrekking tot de verkoopsweigering van de cosmetica leverancier Michel Beaumaine & Co aan parfumerie Bo.

Dat dit schrijven op 6 oktober 1993 als klacht werd geregistreerd door de Dienst onder het nummer PRA-93/0012D.

Dat de Dienst op 16 februari 1995 een verslag bezorgde aan de Raad voor de Mededinging, waarin voorgesteld werd de zaak te seponeren bij gebrek aan rechtstreeks en dadelijk belang van de klager nu de klager de klacht had ingetrokken.

Dat de Raad op 9 november 1995 besliste dat de zaak toch als een klacht moest worden behandeld en besliste dat de Dienst niet kon gevolgd worden in haar voorstel tot sepot onder de enige motivering dat de klager haar klacht heeft teruggetrokken.

Dat de Raad alsdan de zaak terug naar de Dienst verzond voor verder onderzoek.

Dat er na de beslissing van de Raad dd 9 november 1995 door de Dienst geen enkele onderzoeksdaad werd gesteld.

### Over de toepasselijke wet in verband met de verjaring

Overwegende dat huidige procedure op 4 oktober 1993 werd ingeleid onder toepassing van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging.

Dat de gewijzigde wet tot bescherming van de economische mededinging, zoals gecoördineerd bij K.B. van 1 juli 1999 bepaalt dat deze gewijzigde wet niet van toepassing is op de procedures die hangende zijn bij de Raad voor de Mededinging of bij het Hof van Beroep te Brussel op het ogenblik van de inwerkingtreding van deze gewijzigde wet (art.47 van de Wet van 26 april 1999 (II)), nl. 1 oktober 1999.

Dat de tekst in verband met de verjaring overigens zowel in de oude als in de nieuwe wet dezelfde is.

Dat de Raad slechts een procedure bij hem als hangende beschouwt wanneer een verslag bij hem werd voorgelegd door de Dienst voor 1 oktober 1999.

Dat in casu het verslag van de verslaggever bij de Raad werd neergelegd op 6 november 2001, zodat de nieuwe wet dan ook van toepassing is.

Dat artikel 48 § 1 van de W.B.E.M. bepaalt :

"Het onderzoek bedoeld in artikel 23 mag slechts betrekking hebben op feiten die zich niet langer dan vijf jaar geleden voordeden. De termijn wordt berekend vanaf de datum van de beslissing van de Dienst voor de Mededinging om ambtshalve een onderzoek in te stellen of vanaf de datum van het aanhangig maken van de zaak bij de Dienst overeenkomstig artikel 23 § 1".

Dat artikel 48 § 2 van de W.B.E.M. bepaalt :

"De verjaringstermijn met betrekking tot de procedure van onderzoek en beslissing is vijf jaar te rekenen vanaf de datum bedoeld bij § 1. De verjaring wordt slechts gestuit door daden van onderzoek of daden van beslissing verricht binnen de termijn bepaald in het vorige lid; met die daden begint een nieuwe termijn van gelijke duur te lopen".

Dat wij moeten vaststellen dat er sinds meer dan vijf jaar geen onderzoeksdaaden werden gesteld, zodat onderhavige zaak verjaard is.

Dat het dossier om die reden moet worden geseponeerd.

Dat voor zoveel als nodig moet opgemerkt worden dat inzake selectieve distributiecontracten de toen geldende Europese regelgeving niet meer van toepassing is en dat de inwerkingtreding van Verordening 2790/1999 inzake groepsvrijstelling verticale overeenkomsten met zich brengt dat alle selectieve distributiecontracten op 1 januari 2002 aangepast en in regel moeten zijn met deze nieuwe Verordening verticale afspraken.

### OM DEZE REDENEN,

De Raad voor de Mededinging,

Verklaart de zaak gekend onder nr. PRA 93/0012D verjaard en seponeert het dossier in toepassing van artikel 24, § 2, W.B.E.M.

Aldus uitgesproken op 1 februari 2002, door de Kamer van de Raad voor de Mededinging samengesteld uit:

de heer Peter Poma, kamervoorzitter, mevrouw Béatrice Ponet, Voorzitter Raad voor de Mededinging, de heren Geert Zonnekeyn en Robert Van Osselaer, leden.

## **Beslissing nr. 2002-P/K-06 van 8 februari 2002**

INZAKE :

Van Nieuwenhuysen N., Parfumerie BO, 1730 ASSE, Velm 2,

tegen :

Le Must de Cartier Belgique, 1050 Brussel, Louisaplein 5,

Gelet op de brief van 4 oktober 1993 van klager mevrouw N. Van Nieuwenhuysen, door de Dienst voor de Mededinging geregistreerd op 6 oktober 1993 onder nummer PRA - 93/0012B, waarbij de klager de Dienst verzoekt een onderzoek te verrichten met betrekking tot de verkoopsweigering van de cosmetica leverancier Le Must de Cartier Belgique aan Parfumerie Bo.

Gezien het onderzoekverslag van de verslaggever dd 6 november 2001 dat aan de Raad voor de Mededinging werd overgemaakt in toepassing van artikel 24, § 2, van de Wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, zoals gecoördineerd bij koninklijk besluit van 1 juli 1999 (verder : W.B.E.M.) en dat het verslag op 26 november 2001 aan de klager in toepassing van artikel 24, §2, W.B.E.M. werd overgemaakt.

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken.

Overwegende dat de verslaggever in zijn verslag van 6 november 2001 aan de Raad een gemotiveerd voorstel tot sepot op grond van artikel 24, § 2, van de W.B.E.M. heeft voorgelegd.

Overwegende dat de klager, ter zitting vertegenwoordigd werd door de heer Van Nieuwenhuysen.

Gehoord ter zitting van 1 februari 2002 :

- de verslaggever, de heer B. Stulens;

### **Over het voorwerp van de klacht en over de proceduriële voorgaanden**

Overwegende dat mevrouw N. Van Nieuwenhuysen blijkens schrijven dd 4 oktober 1993 gericht aan de Dienst voor de Mededinging, de Dienst verzoekt een onderzoek in te stellen met betrekking tot de verkoopsweigering van de cosmetica leverancier Le Must de Cartier Belgique aan parfumerie Bo.

Dat dit schrijven op 6 oktober 1993 als klacht werd geregistreerd door de Dienst onder het nummer PRA-93/0012B.

Dat aan de klacht, na het verkrijgen van beklagde van inlichtingen op 29 april 1996, geen verder gevolg werd gegeven.

Dat klager in een schrijven dd 19 oktober 1994 de klacht heeft ingetrokken en in een schrijven dd 21 augustus 1996 de klacht heeft hernieuwd.

Dat aan de hernieuwde klacht geen gevolg is gegeven.

### **Over de toepasselijke wet in verband met de verjaring**

Overwegende dat huidige procedure op 4 oktober 1993 werd ingeleid onder toepassing van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging.

Dat de gewijzigde wet tot bescherming van de economische mededinging, zoals gecoördineerd bij K.B. van 1 juli 1999 bepaalt dat deze gewijzigde wet niet van toepassing is op de procedures die hangende zijn bij de Raad voor de Mededinging of bij het Hof van Beroep te Brussel op het ogenblik van de inwerkingtreding van deze gewijzigde wet (art.47 van de Wet van 26 april 1999 (II)), nl. 1 oktober 1999.

Dat de tekst in verband met de verjaring overigens zowel in de oude als in de nieuwe wet dezelfde is.

Dat de Raad slechts een procedure bij hem als hangende beschouwt wanneer een verslag bij hem werd voorgelegd door de Dienst voor 1 oktober 1999.

Dat in casu het verslag van de verslaggever bij de Raad werd neergelegd op 6 november 2001, zodat de nieuwe wet dan ook van toepassing is.

Dat artikel 48 § 1 van de W.B.E.M. bepaalt :

"Het onderzoek bedoeld in artikel 23 mag slechts betrekking hebben op feiten die zich niet langer dan vijf jaar geleden voordeden. De termijn wordt berekend vanaf de datum van de beslissing van de Dienst voor de Mededinging om ambtshalve een onderzoek in te stellen of vanaf de datum van het aanhangig maken van de zaak bij de Dienst overeenkomstig artikel 23 § 1".

Dat artikel 48 § 2 van de W.B.E.M. bepaalt :

"De verjaringstermijn met betrekking tot de procedure van onderzoek en beslissing is vijf jaar te rekenen vanaf de datum bedoeld bij § 1. De verjaring wordt slechts gestuit door daden van onderzoek of daden van beslissing verricht binnen de termijn bepaald in het vorige lid; met die daden begint een nieuwe termijn van gelijke duur te lopen".

Dat wij moeten vaststellen dat er sinds meer dan vijf jaar geen onderzoeksdaden werden gesteld, zodat onderhavige zaak verjaard is.

Dat het dossier om die reden moet worden geseponeerd.

Dat voor zoveel als nodig moet opgemerkt worden dat inzake selectieve distributiecontracten de toen geldende Europese regelgeving niet meer van toepassing is en dat de inwerkingtreding van Verordening 2790/1999 inzake groepsvrijstelling verticale overeenkomsten met zich brengt dat alle selectieve distributiecontracten op 1 januari 2002 aangepast en in regel moeten zijn met deze nieuwe Verordening verticale afspraken.

**OM DEZE REDENEN,**

**De Raad voor de Mededinging,**

Verklaart de zaak gekend onder nr. PRA 93/0012B verjaard en seponeert het dossier in toepassing van artikel 24, § 2, W.B.E.M.

Aldus uitgesproken op 1 februari 2002, door de Kamer van de Raad voor de Mededinging samengesteld uit :

de heer Peter Poma, kamervoorzitter, mevrouw Béatrice Ponet, Voorzitter Raad voor de Mededinging, de heren Geert Zonnekeyn en Robert Van Osselaer, leden.



## **Beslissing nr. 2002-P/K-07 van 8 februari 2002**

INZAKE :

Van Nieuwenhuysen N., (B.V.B.A. Van Nieuwenhuysen & Co), Parfumerie BO, 1730 ASSE, Velm 2,

tegen :

Clinique Laboratories, 1932 St. Stevens - Woluwe, Woluwedal 26,

Gelet op de brief van 27 juli 1994 van klager mevrouw N. Van Nieuwenhuysen, door de Dienst voor de Mededinging geregistreerd op 28 juli 1994 onder nummer PRA - 94/0011B, waarbij de klager de Dienst verzoekt een onderzoek te verrichten met betrekking tot de verkoopsweigering van de cosmetica leverancier Clinique Laboratories aan Parfumerie Bo.

Gezien het onderzoekverslag van de verslaggever dd 26 november 2001 dat aan de Raad voor de Mededinging werd overgemaakt in toepassing van artikel 24, § 2, van de Wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, zoals gecoördineerd bij koninklijk besluit van 1 juli 1999 (verder : W.B.E.M.) en dat het verslag op 6 december 2001 aan de klager in toepassing van artikel 24, §2, W.B.E.M. werd overgemaakt.

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken.

Overwegende dat de verslaggever in zijn verslag van 26 november 2001 aan de Raad een gemotiveerd voorstel tot sepot op grond van artikel 24, § 2, van de W.B.E.M. heeft voorgelegd.

Overwegende dat de klager, ter zitting vertegenwoordigd werd door de heer Van Nieuwenhuysen.

Gehoord ter zitting van 1 februari 2002 :

- de verslaggever, de heer B. Stulens.

### **Over het voorwerp van de klacht en over de proceduriële voorgaanden**

Overwegende dat mevrouw N. Van Nieuwenhuysen blijkens schrijven dd 27 juli 1994 gericht aan de Dienst voor de Mededinging, de Dienst verzoekt een onderzoek in te stellen met betrekking tot de verkoopsweigering van de cosmetica leverancier Clinique Laboratories aan parfumerie Bo.

Dat dit schrijven op 28 juli 1994 als klacht werd geregistreerd door de Dienst onder het nummer PRA-94/0011B.

Dat klager in een schrijven dd 19 oktober 1994 de klacht heeft ingetrokken en in een schrijven dd 21 augustus 1996 de klacht heeft hernieuwd.

Dat aan de hernieuwde klacht geen gevolg is gegeven.

### **Over de toepasselijke wet in verband met de verjaring**

Overwegende dat huidige procedure op 27 juli 1994 werd ingeleid onder toepassing van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging.

Dat de gewijzigde wet tot bescherming van de economische mededinging, zoals gecoördineerd bij K.B. van 1 juli 1999 bepaalt dat deze gewijzigde wet niet van toepassing is op de procedures die hangende zijn bij de Raad voor de Mededinging of bij het Hof van Beroep te Brussel op het ogenblik

van de inwerkingtreding van deze gewijzigde wet (art.47 van de Wet van 26 april 1999 (II)), nl. 1 oktober 1999.

Dat de tekst in verband met de verjaring overigens zowel in de oude als in de nieuwe wet dezelfde is.

Dat de Raad slechts een procedure bij hem als hangende beschouwt wanneer een verslag bij hem werd voorgelegd door de Dienst voor 1 oktober 1999.

Dat in casu het verslag van de verslaggever bij de Raad werd neergelegd op 26 november 2001, zodat de nieuwe wet dan ook van toepassing is.

Dat artikel 48 § 1 van de W.B.E.M. bepaalt :

"Het onderzoek bedoeld in artikel 23 mag slechts betrekking hebben op feiten die zich niet langer dan vijf jaar geleden voordeden. De termijn wordt berekend vanaf de datum van de beslissing van de Dienst voor de Mededinging om ambtshalve een onderzoek in te stellen of vanaf de datum van het aanhangig maken van de zaak bij de Dienst overeenkomstig artikel 23 § 1".

Dat artikel 48 § 2 van de W.B.E.M. bepaalt :

"De verjaringstermijn met betrekking tot de procedure van onderzoek en beslissing is vijf jaar te rekenen vanaf de datum bedoeld bij § 1. De verjaring wordt slechts gestuit door daden van onderzoek of daden van beslissing verricht binnen de termijn bepaald in het vorige lid; met die daden begint een nieuwe termijn van gelijke duur te lopen".

Dat wij moeten vaststellen dat er sinds meer dan vijf jaar geen onderzoeksdaden werden gesteld, zodat onderhavige zaak verjaard is.

Dat het dossier om die reden moet worden geseponneerd.

Dat voor zoveel als nodig moet opgemerkt worden dat inzake selectieve distributiecontracten de toen geldende Europese regelgeving niet meer van toepassing is en dat de inwerkingtreding van Verordening 2790/1999 inzake groepsvrijstelling verticale overeenkomsten met zich brengt dat alle selectieve distributiecontracten op 1 januari 2002 aangepast en in regel moeten zijn met deze nieuwe Verordening verticale afspraken.

## OM DEZE REDENEN,

### De Raad voor de Mededinging,

Verklaart de zaak gekend onder nr. PRA 94/0011B verjaard en seponneert het dossier in toepassing van artikel 24, § 2, W.B.E.M.

Aldus uitgesproken op 1 februari 2002, door de Kamer van de Raad voor de Mededinging samengesteld uit :

de heer Peter Poma, kamervoorzitter, mevrouw Béatrice Ponet, Voorzitter Raad voor de Mededinging, de heren Geert Zonnekeyn en Robert Van Osselaer, leden.

## **Beslissing nr. 2002-P/K-08 van 8 februari 2002**

INZAKE :

Van Nieuwenhuysen N., (B.V.B.A. Van Nieuwenhuysen & Co), Parfumerie BO, 1730 ASSE, Velm 2,

tegen :

Diacosmo Belgique N.V, 3940 Hechtel, Hasseltsebaan 147,

Gelet op de brief van 4 oktober 1993 van klager mevrouw N. Van Nieuwenhuysen, door de Dienst voor de Mededinging geregistreerd op 6 oktober 1993 onder nummer PRA - 93/0012F, waarbij de klager de Dienst verzoekt een onderzoek te verrichten met betrekking tot de verkoopsweigerings van de cosmetica leverancier Diacosmo Belgique N.V. aan Parfumerie Bo.

Gezien het onderzoekverslag van de verslaggever dd 26 november 2001 dat aan de Raad voor de Mededinging werd overgemaakt in toepassing van artikel 24, § 2, van de Wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, zoals gecoördineerd bij koninklijk besluit van 1 juli 1999 (verder : W.B.E.M.) en dat het verslag op 6 december 2001 aan de klager in toepassing van artikel 24, §2, W.B.E.M. werd overgemaakt.

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken.

Overwegende dat de verslaggever in zijn verslag van 26 november 2001 aan de Raad een gemotiveerd voorstel tot sepot op grond van artikel 24, § 2, van de W.B.E.M. heeft voorgelegd.

Overwegende dat de klager ter zitting vertegenwoordigd werd door de heer Van Nieuwenhuysen.

Gehoord ter zitting van 1 februari 2002 :

- de verslaggever, de heer B. Stulens.

### **Over het voorwerp van de klacht en over de proceduriële voorgaanden**

Overwegende dat mevrouw N. Van Nieuwenhuysen blijkens schrijven dd 4 oktober 1993 gericht aan de Dienst voor de Mededinging, de Dienst verzoekt een onderzoek in te stellen met betrekking tot de verkoopsweigerings van de cosmetica leverancier Diacosmo Belgique N.V. aan parfumerie Bo.

Dat dit schrijven op 6 oktober 1993 als klacht werd geregistreerd door de Dienst onder het nummer PRA-93/0012F.

Dat aan de klacht, na het verkrijgen van beklagde van inlichtingen op 7 maart 1994, geen verder gevolg werd gegeven.

Dat klager in een schrijven dd 19 oktober 1994 de klacht heeft ingetrokken en in een schrijven dd 21 augustus 1996 de klacht heeft hernieuwd.

Dat aan de hernieuwde klacht geen gevolg is gegeven.

### **Over de toepasselijke wet in verband met de verjaring**

Overwegende dat huidige procedure op 4 oktober 1993 werd ingeleid onder toepassing van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging.

Dat de gewijzigde wet tot bescherming van de economische mededinging, zoals gecoördineerd bij K.B. van 1 juli 1999 bepaalt dat deze gewijzigde wet niet van toepassing is op de procedures die hangende zijn bij de Raad voor de Mededinging of bij het Hof van Beroep te Brussel op het ogenblik van de inwerkingtreding van deze gewijzigde wet (art.47 van de Wet van 26 april 1999 (II)), nl. 1 oktober 1999.

Dat de tekst in verband met de verjaring overigens zowel in de oude als in de nieuwe wet dezelfde is.

Dat de Raad slechts een procedure bij hem als hangende beschouwt wanneer een verslag bij hem werd voorgelegd door de Dienst voor 1 oktober 1999.

Dat in casu het verslag van de verslaggever bij de Raad werd neergelegd op 26 november 2001, zodat de nieuwe wet dan ook van toepassing is.

Dat artikel 48 § 1 van de W.B.E.M. bepaalt :

"Het onderzoek bedoeld in artikel 23 mag slechts betrekking hebben op feiten die zich niet langer dan vijf jaar geleden voordeden. De termijn wordt berekend vanaf de datum van de beslissing van de Dienst voor de Mededinging om ambtshalve een onderzoek in te stellen of vanaf de datum van het aanhangig maken van de zaak bij de Dienst overeenkomstig artikel 23 § 1".

Dat artikel 48 § 2 van de W.B.E.M. bepaalt :

"De verjaringstermijn met betrekking tot de procedure van onderzoek en beslissing is vijf jaar te rekenen vanaf de datum bedoeld bij § 1. De verjaring wordt slechts gestuit door daden van onderzoek of daden van beslissing verricht binnen de termijn bepaald in het vorige lid; met die daden begint een nieuwe termijn van gelijke duur te lopen".

Dat wij moeten vaststellen dat er sinds meer dan vijf jaar geen onderzoeksdaden werden gesteld, zodat onderhavige zaak verjaard is.

Dat het dossier om die reden moet worden geseponeerd.

Dat voor zoveel als nodig moet opgemerkt worden dat inzake selectieve distributiecontracten de toen geldende Europese regelgeving niet meer van toepassing is en dat de inwerkingtreding van Verordening 2790/1999 inzake groepsvrijstelling verticale overeenkomsten met zich brengt dat alle selectieve distributiecontracten op 1 januari 2002 aangepast en in regel moeten zijn met deze nieuwe Verordening verticale afspraken.

**OM DEZE REDENEN,**

**De Raad voor de Mededinging,**

Verklaart de zaak gekend onder nr. PRA 93/0012F verjaard en seponeert het dossier in toepassing van artikel 24, § 2, W.B.E.M.

Aldus uitgesproken op 1 februari 2002, door de Kamer van de Raad voor de Mededinging samengesteld uit :

de heer Peter Poma, kamervoorzitter, mevrouw Béatrice Ponet, Voorzitter Raad voor de Mededinging, de heren Geert Zonnekeyn en Robert Van Osselaer, leden.

## **Beslissing nr. 2002-P/K-09 van 8 februari 2002**

INZAKE :

Van Nieuwenhuysen N., (B.V.B.A. Van Nieuwenhuysen & Co), Parfumerie BO, 1730 ASSE, Velm 2,

tegen :

Guerlain Belgique N.V., 6220 Fleurus, Parc Industriel,

Gelet op de brief van 27 juli 1994 van klager mevrouw N. Van Nieuwenhuysen, door de Dienst voor de Mededinging geregistreerd op 28 juli 1994 onder nummer PRA - 94/0011A, waarbij de klager de Dienst verzoekt een onderzoek te verrichten met betrekking tot de verkoopsweigering van de cosmetica leverancier Guerlain Belgique N.V. aan Parfumerie Bo.

Gezien het onderzoekverslag van de verslaggever dd 26 november 2001 dat aan de Raad voor de Mededinging werd overgemaakt in toepassing van artikel 24, § 2, van de Wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, zoals gecoördineerd bij koninklijk besluit van 1 juli 1999 (verder : W.B.E.M.) en dat het verslag op 6 december 2001 aan de klager in toepassing van artikel 24, §2, W.B.E.M. werd overgemaakt.

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken.

Overwegende dat de verslaggever in zijn verslag van 26 november 2001 aan de Raad een gemotiveerd voorstel tot sepot op grond van artikel 24, § 2, van de W.B.E.M. heeft voorgelegd.

Overwegende dat de klager ter zitting vertegenwoordigd werd door de heer Van Nieuwenhuysen.

Gehoord ter zitting van 1 februari 2002 :

- de verslaggever, de heer B. Stulens.

### **Over het voorwerp van de klacht en over de proceduriële voorgaanden**

Overwegende dat mevrouw N. Van Nieuwenhuysen blijkens schrijven dd 27 juli 1994 gericht aan de Dienst voor de Mededinging, de Dienst verzoekt een onderzoek in te stellen met betrekking tot de verkoopsweigering van de cosmetica leverancier Guerlain Belgique N.V. aan parfumerie Bo.

Dat dit schrijven op 28 juli 1994 als klacht werd geregistreerd door de Dienst onder het nummer PRA-94/0011A.

Dat de onderneming Guerlain Belgique N.V. de overeenkomst met betrekking tot selectieve distributie van parfumproducten bij de Dienst heeft aangemeld.

Dat de Dienst zulks op 5 maart 1996 aan de klager mededeelde, met vermelding dat de klacht in het kader van deze overeenkomst zou behandeld worden.

Dat sindsdien aan deze klacht geen gevolg meer werd gegeven.

### **Over de toepasselijke wet in verband met de verjaring**

Overwegende dat huidige procedure op 27 juli 1994 werd ingeleid onder toepassing van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging.

Dat de gewijzigde wet tot bescherming van de economische mededinging, zoals gecoördineerd bij K.B. van 1 juli 1999 bepaalt dat deze gewijzigde wet niet van toepassing is op de procedures die hangende zijn bij de Raad voor de Mededinging of bij het Hof van Beroep te Brussel op het ogenblik van de inwerkingtreding van deze gewijzigde wet (art.47 van de Wet van 26 april 1999 (II)), nl. 1 oktober 1999.

Dat de tekst in verband met de verjaring overigens zowel in de oude als in de nieuwe wet dezelfde is.

Dat de Raad slechts een procedure bij hem als hangende beschouwt wanneer een verslag bij hem werd voorgelegd door de Dienst voor 1 oktober 1999.

Dat in casu het verslag van de verslaggever bij de Raad werd neergelegd op 26 november 2001, zodat de nieuwe wet dan ook van toepassing is.

Dat artikel 48 § 1 van de W.B.E.M. bepaalt :

"Het onderzoek bedoeld in artikel 23 mag slechts betrekking hebben op feiten die zich niet langer dan vijf jaar geleden voordeden. De termijn wordt berekend vanaf de datum van de beslissing van de Dienst voor de Mededinging om ambtshalve een onderzoek in te stellen of vanaf de datum van het aanhangig maken van de zaak bij de Dienst overeenkomstig artikel 23 § 1".

Dat artikel 48 § 2 van de W.B.E.M. bepaalt :

"De verjaringstermijn met betrekking tot de procedure van onderzoek en beslissing is vijf jaar te rekenen vanaf de datum bedoeld bij § 1. De verjaring wordt slechts gestuit door daden van onderzoek of daden van beslissing verricht binnen de termijn bepaald in het vorige lid; met die daden begint een nieuwe termijn van gelijke duur te lopen".

Dat wij moeten vaststellen dat er sinds meer dan vijf jaar geen onderzoeksdaden werden gesteld, zodat onderhavige zaak verjaard is.

Dat het dossier om die reden moet worden geseponeerd.

Dat voor zoveel als nodig moet opgemerkt worden dat inzake selectieve distributiecontracten de toen geldende Europese regelgeving niet meer van toepassing is en dat de inwerkingtreding van Verordening 2790/1999 inzake groepsvrijstelling verticale overeenkomsten met zich brengt dat alle selectieve distributiecontracten op 1 januari 2002 aangepast en in regel moeten zijn met deze nieuwe Verordening verticale afspraken.

**OM DEZE REDENEN,**

**De Raad voor de Mededinging,**

Verklaart de zaak gekend onder nr. PRA 94/0011A verjaard en seponeert het dossier in toepassing van artikel 24, § 2, W.B.E.M.

Aldus uitgesproken op 1 februari 2002, door de Kamer van de Raad voor de Mededinging samengesteld uit :

de heer Peter Poma, kamervoorzitter, mevrouw Béatrice Ponet, Voorzitter Raad voor de Mededinging, de heren Geert Zonnekeyn en Robert Van Osselaer, leden.

## **Beslissing nr. 2002-P/K-10 van 8 februari 2002**

INZAKE :

Van Nieuwenhuysen N., (B.V.B.A. Van Nieuwenhuysen & C°), Parfumerie BO, 1730 Asse, Velm 2,

tegen:

Mansco B.V.B.A., 1332 Genval, Albert I laan 155.

Gelet op de brief van 4 oktober 1993 van klager mevrouw N. Van Nieuwenhuysen, door de Dienst voor de Mededinging geregistreerd op 6 oktober 1993 onder nummer PRA – 93/0012C, waarbij de klager de Dienst verzoekt een onderzoek te verrichten met betrekking tot de verkoopsweigering van de cosmetica leverancier Mansco B.V.B.A. aan Parfumerie Bo.

Gezien het onderzoeksverslag van de verslaggever dd 26 november 2001 dat aan de Raad voor de Mededinging werd overgemaakt in toepassing van artikel 24, § 2, van de Wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, zoals gecoördineerd bij Koninklijk Besluit van 1 juli 1999 (verder : W.B.E.M.) .) en dat het verslag op 6 december 2001 aan de klager in toepassing van artikel 24, §2, W.B.E.M. werd overgemaakt.

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken.

Overwegende dat de verslaggever in zijn verslag van 26 november 2001 aan de Raad een gemotiveerd voorstel tot sepot op grond van artikel 24, § 2, van de W.B.E.M. heeft voorgelegd.

Overwegende dat de klager, ter zitting vertegenwoordigd werd door de heer Van Nieuwenhuysen.

Gehoord ter zitting van 1 februari 2002:

- de verslaggever, de heer B. Stulens.

### **Over het voorwerp van de klacht en over de proceduriële voorgaanden**

Overwegende dat Mevrouw N. Van Nieuwenhuysen blijkens schrijven dd 4 oktober 1993 gericht aan de Dienst voor de Mededinging, de Dienst verzoekt een onderzoek in te stellen met betrekking tot de verkoopsweigering van de cosmetica leverancier Mansco B.V.B.A. aan Parfumerie Bo.

Dat dit schrijven op 6 oktober 1993 als klacht werd geregistreerd door de Dienst onder het nummer PRA-93/0012C.

Dat aan de klacht, na het verkrijgen van beklagde van inlichtingen op 28 februari 1994 en na het verkrijgen van documenten van Parfumerie Bo op 21 juni 1994, geen verder gevolg werd gegeven.

### **Over de toepasselijke wet in verband met de verjaring**

Overwegende dat huidige procedure op 4 oktober 1993 werd ingeleid onder toepassing van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging.

Dat de gewijzigde wet tot bescherming van de economische mededinging, zoals gecoördineerd bij K.B. van 1 juli 1999 bepaalt dat deze gewijzigde wet niet van toepassing is op de procedures die hangende zijn bij de Raad voor de Mededinging of bij het Hof van Beroep te Brussel op het ogenblik van de inwerkingtreding van deze gewijzigde wet (art. 47 van de Wet van 26 april 1999(II), nl. 1 oktober 1999.

Dat de tekst in verband met de verjaring overigens zowel in de oude als in de nieuwe wet dezelfde is.

Dat de Raad slechts een procedure bij hem als hangende beschouwt wanneer een verslag bij hem werd voorgelegd door de Dienst voor 1 oktober 1999.

Dat in casu het verslag van de verslaggever bij de Raad werd neergelegd op 26 november 2001, zodat de nieuwe wet dan ook van toepassing is.

Dat artikel 48 § 1 van de W.B.E.M. bepaalt :

« Het onderzoek bedoeld in artikel 23 mag slechts betrekking hebben op feiten die zich niet langer dan vijf jaar geleden voordeden. De termijn wordt berekend vanaf de datum van de beslissing van de Dienst voor de Mededinging om ambtshalve een onderzoek in te stellen of vanaf de datum van het aanhangig maken van de zaak bij de Dienst overeenkomstig artikel 23 § 1 ».

Dat artikel 48 § 2 van de W.B.E.M. bepaalt :

« De verjaringstermijn met betrekking tot de procedure van onderzoek en beslissing is vijf jaar te rekenen vanaf de datum bedoeld bij § 1. De verjaring wordt slechts gestuit door daden van onderzoek of daden van beslissing verricht binnen de termijn bepaald in het vorige lid ; met die daden begint een nieuwe termijn van gelijke duur te lopen « .

Dat wij moeten vaststellen dat er sinds meer dan vijf jaar geen onderzoeksdaden werden gesteld, zodat onderhavige zaak verjaard is.

Dat het dossier om die reden moet worden geseponeerd.

Dat voor zoveel als nodig moet opgemerkt worden dat inzake selectieve distributiecontracten de toen geldende Europese regelgeving niet meer van toepassing is en dat de inwerkingtreding van Verordening 2790/1999 inzake groepsvrijstelling verticale overeenkomsten met zich brengt dat alle selectieve distributiecontracten op 1 januari 2000 aangepast en in regel moeten zijn met deze nieuwe Verordening verticale afspraken.

**OM DEZE REDENEN,**

**De Raad voor de Mededinging,**

Verklaart de zaak gekend onder nr. PRA 93/0012C verjaard en seponeert het dossier in toepassing van artikel 24, § 2, W.B.E .M..

Aldus uitgesproken op 1 februari 2002, door de Kamer van de Raad voor de Mededinging samengesteld uit :

de heer Peter Poma, kamervoorzitter, mevrouw Béatrice Ponet, Voorzitter Raad voor de Mededinging, de heren Geert Zonnekeyn en Robert Van Osselaer, leden.



## **Beslissing nr. 2002-P/K-11 van 8 februari 2002**

INZAKE :

Van Nieuwenhuysen N., (B.V.B.A. Van Nieuwenhuysen & Co), Parfumerie BO, 1730 ASSE, Velm 2,

tegen :

Parfums Rochas N.V, 1080 Brussel, Rue des Franchises 18,

Gelet op de brief van 4 oktober 1993 van klager mevrouw N. Van Nieuwenhuysen, door de Dienst voor de Mededinging geregistreerd op 6 oktober 1993 onder nummer PRA - 93/0012E, waarbij de klager de Dienst verzoekt een onderzoek te verrichten met betrekking tot de verkoopsweigering van de cosmetica leverancier Parfums Rochas N.V. aan Parfumerie Bo.

Gezien het onderzoekverslag van de verslaggever dd 26 november 2001 dat aan de Raad voor de Mededinging werd overgemaakt in toepassing van artikel 24, § 2, van de Wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, zoals gecoördineerd bij koninklijk besluit van 1 juli 1999 (verder : W.B.E.M.) en dat het verslag op 6 december 2001 aan de klager in toepassing van artikel 24, §2, W.B.E.M. werd overgemaakt.

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken.

Overwegende dat de verslaggever in zijn verslag van 26 november 2001 aan de Raad een gemotiveerd voorstel tot sepot op grond van artikel 24, § 2, van de W.B.E.M. heeft voorgelegd.

Overwegende dat de klager ter zitting vertegenwoordigd werd door de heer Van Nieuwenhuysen.

Gehoord ter zitting van 1 februari 2002 :

- de verslaggever, de heer B. Stulens.

### **Over het voorwerp van de klacht en over de proceduriële voorgaanden**

Overwegende dat mevrouw N. Van Nieuwenhuysen blijkens schrijven dd 4 oktober 1993 gericht aan de Dienst voor de Mededinging, de Dienst verzoekt een onderzoek in te stellen met betrekking tot de verkoopsweigering van de cosmetica leverancier Parfums Rochas N.V. aan parfumerie Bo.

Dat dit schrijven op 6 oktober 1993 als klacht werd geregistreerd door de Dienst onder het nummer PRA-93/0012E.

Dat de Dienst op 15 februari 1995 een verslag bezorgde aan de Raad voor de Mededinging, waarin voorgesteld werd de zaak te seponeren op grond van art. 24 § 1 W.B.E.M. gezien de klacht ingetrokken was en er geen rechtstreeks en actueel belang meer was.

Dat de Raad op 9 november 1995 besliste dat de zaak toch als een klacht moest worden behandeld en besliste dat de Dienst niet kon worden gevolgd in haar voorstel tot sepot onder de enige motivering dat de klager haar klacht heeft teruggetrokken.

Dat de Raad alsdan de zaak terug naar de Dienst verzond voor verder onderzoek.

Dat er na de beslissing van de Raad dd 9 november 1995 door de Dienst geen enkele onderzoeksdaad werd gesteld.

## Over de toepasselijke wet in verband met de verjaring

Overwegende dat huidige procedure op 4 oktober 1993 werd ingeleid onder toepassing van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging.

Dat de gewijzigde wet tot bescherming van de economische mededinging, zoals gecoördineerd bij K.B. van 1 juli 1999 bepaalt dat deze gewijzigde wet niet van toepassing is op de procedures die hangende zijn bij de Raad voor de Mededinging of bij het Hof van Beroep te Brussel op het ogenblik van de inwerkingtreding van deze gewijzigde wet (art.47 van de Wet van 26 april 1999 (II)), nl. 1 oktober 1999.

Dat de tekst in verband met de verjaring overigens zowel in de oude als in de nieuwe wet dezelfde is.

Dat de Raad slechts een procedure bij hem als hangende beschouwt wanneer een verslag bij hem werd voorgelegd door de Dienst voor 1 oktober 1999.

Dat in casu het verslag van de verslaggever bij de Raad werd neergelegd op 26 november 2001, zodat de nieuwe wet dan ook van toepassing is.

Dat artikel 48 § 1 van de W.B.E.M. bepaalt :

"Het onderzoek bedoeld in artikel 23 mag slechts betrekking hebben op feiten die zich niet langer dan vijf jaar geleden voordeden. De termijn wordt berekend vanaf de datum van de beslissing van de Dienst voor de Mededinging om ambtshalve een onderzoek in te stellen of vanaf de datum van het aanhangig maken van de zaak bij de Dienst overeenkomstig artikel 23 § 1".

Dat artikel 48 § 2 van de W.B.E.M. bepaalt :

"De verjaringstermijn met betrekking tot de procedure van onderzoek en beslissing is vijf jaar te rekenen vanaf de datum bedoeld bij § 1. De verjaring wordt slechts gestuit door daden van onderzoek of daden van beslissing verricht binnen de termijn bepaald in het vorige lid; met die daden begint een nieuwe termijn van gelijke duur te lopen".

Dat wij moeten vaststellen dat er sinds meer dan vijf jaar geen onderzoeksdaden werden gesteld, zodat onderhavige zaak verjaard is.

Dat het dossier om die reden moet worden geseponeerd.

Dat voor zoveel als nodig moet opgemerkt worden dat inzake selectieve distributiecontracten de toen geldende Europese regelgeving niet meer van toepassing is en dat de inwerkingtreding van Verordening 2790/1999 inzake groepsvrijstelling verticale overeenkomsten met zich brengt dat alle selectieve distributiecontracten op 1 januari 2002 aangepast en in regel moeten zijn met deze nieuwe Verordening verticale afspraken.

## OM DEZE REDENEN,

### De Raad voor de Mededinging,

Verklaart de zaak gekend onder nr. PRA 93/0012E verjaard en seponeert het dossier in toepassing van artikel 24, § 2, W.B.E.M.

Aldus uitgesproken op 1 februari 2002, door de Kamer van de Raad voor de Mededinging samengesteld uit : de heer Peter Poma, kamervoorzitter, mevrouw Béatrice Ponet, Voorzitter Raad voor de Mededinging, de heren Geert Zonnekeyn en Robert Van Osselaer, leden.

## **Beslissing nr. 2002-P/K-12 van 8 februari 2002**

INZAKE :

Van Nieuwenhuysen N., (B.V.B.A. Van Nieuwenhuysen & Co), Parfumerie BO, 1730 ASSE, Velm 2,  
tegen :

Shiseido N.V., 1180 Brussel, Wilde Rozelaarslaan 31,

Gelet op de brief van 4 oktober 1993 van klager mevrouw N. Van Nieuwenhuysen, door de Dienst voor de Mededinging geregistreerd op 6 oktober 1993 onder nummer PRA - 93/0012G, waarbij de klager de Dienst verzoekt een onderzoek te verrichten met betrekking tot de verkoopsweigering van de cosmetica leverancier Shiseido N.V. aan Parfumerie Bo.

Gezien het onderzoekverslag van de verslaggever dd 26 november 2001 dat aan de Raad voor de Mededinging werd overgemaakt in toepassing van artikel 24, § 2, van de Wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, zoals gecoördineerd bij koninklijk besluit van 1 juli 1999 (verder : W.B.E.M.) en dat het verslag op 6 december 2001 aan de klager in toepassing van artikel 24, §2, W.B.E.M. werd overgemaakt.

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken.

Overwegende dat de verslaggever in zijn verslag van 26 november 2001 aan de Raad een gemotiveerd voorstel tot sepot op grond van artikel 24, § 2, van de W.B.E.M. heeft voorgelegd.

Overwegende dat de klager, ter zitting vertegenwoordigd werd door de heer Van Nieuwenhuysen.

Gehoord ter zitting van 1 februari 2002 :

- de verslaggever, de heer B. Stulens.

### **Over het voorwerp van de klacht en over de proceduriële voorgaanden**

Overwegende dat mevrouw N. Van Nieuwenhuysen blijkens schrijven dd 4 oktober 1993 gericht aan de Dienst voor de Mededinging, de Dienst verzoekt een onderzoek in te stellen met betrekking tot de verkoopsweigering van de cosmetica leverancier Shiseido N.V. aan parfumerie Bo.

Dat dit schrijven op 6 oktober 1993 als klacht werd geregistreerd door de Dienst onder het nummer PRA-93/0012G.

Dat aan de klacht, na het verkrijgen van beklagde van inlichtingen op 25 februari 1994, geen verder gevolg werd gegeven.

Dat klager in een schrijven dd 19 oktober 1994 de klacht heeft ingetrokken en in een schrijven dd 21 augustus 1996 de klacht heeft hernieuwd.

Dat aan de hernieuwde klacht geen gevolg is gegeven.

### **Over de toepasselijke wet in verband met de verjaring**

Overwegende dat huidige procedure op 4 oktober 1993 werd ingeleid onder toepassing van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging.

Dat de gewijzigde wet tot bescherming van de economische mededinging, zoals gecoördineerd bij K.B. van 1 juli 1999 bepaalt dat deze gewijzigde wet niet van toepassing is op de procedures die

hangende zijn bij de Raad voor de Mededinging of bij het Hof van Beroep te Brussel op het ogenblik van de inwerkingtreding van deze gewijzigde wet (art.47 van de Wet van 26 april 1999 (II)), nl. 1 oktober 1999.

Dat de tekst in verband met de verjaring overigens zowel in de oude als in de nieuwe wet dezelfde is.

Dat de Raad slechts een procedure bij hem als hangende beschouwt wanneer een verslag bij hem werd voorgelegd door de Dienst voor 1 oktober 1999.

Dat in casu het verslag van de verslaggever bij de Raad werd neergelegd op 26 november 2001, zodat de nieuwe wet dan ook van toepassing is.

Dat artikel 48 § 1 van de W.B.E.M. bepaalt :

"Het onderzoek bedoeld in artikel 23 mag slechts betrekking hebben op feiten die zich niet langer dan vijf jaar geleden voordeden. De termijn wordt berekend vanaf de datum van de beslissing van de Dienst voor de Mededinging om ambtshalve een onderzoek in te stellen of vanaf de datum van het aanhangig maken van de zaak bij de Dienst overeenkomstig artikel 23 § 1".

Dat artikel 48 § 2 van de W.B.E.M. bepaalt :

"De verjaringstermijn met betrekking tot de procedure van onderzoek en beslissing is vijf jaar te rekenen vanaf de datum bedoeld bij § 1. De verjaring wordt slechts gestuit door daden van onderzoek of daden van beslissing verricht binnen de termijn bepaald in het vorige lid; met die daden begint een nieuwe termijn van gelijke duur te lopen".

Dat wij moeten vaststellen dat er sinds meer dan vijf jaar geen onderzoeksdaden werden gesteld, zodat onderhavige zaak verjaard is.

Dat het dossier om die reden moet worden geseponeerd.

Dat voor zoveel als nodig moet opgemerkt worden dat inzake selectieve distributiecontracten de toen geldende Europese regelgeving niet meer van toepassing is en dat de inwerkingtreding van Verordening 2790/1999 inzake groepsvrijstelling verticale overeenkomsten met zich brengt dat alle selectieve distributiecontracten op 1 januari 2002 aangepast en in regel moeten zijn met deze nieuwe Verordening verticale afspraken.

## OM DEZE REDENEN,

### De Raad voor de Mededinging,

Verklaart de zaak gekend onder nr. PRA 93/0012G verjaard en seponeert het dossier in toepassing van artikel 24, § 2, W.B.E.M.

Aldus uitgesproken op 1 februari 2002, door de Kamer van de Raad voor de Mededinging samengesteld uit :

de heer Peter Poma, kamervoorzitter, mevrouw Béatrice Ponet, Voorzitter Raad voor de Mededinging, de heren Geert Zonnekeyn en Robert Van Osselaer, leden.

## **Beslissing nr. 2002-C/C-13 van 8 februari 2002**

Inzake:

NV BRICORAMA, 2031 Antwerpen, Noorderlaan 99 A  
en  
NV POGAM, 9000 Gent, Maisstraat 62  
en  
NV TERBASSENWEI, 8680 Koekelare, Brouwerijstraat 14  
en  
NV C.B. BOUWMARKTEN, 2440 Geel, Acaciastraat 25  
en  
Mr. POLLET en Mrs. WYTINCK, 8680 Koekelare, Provinciebaan 25b  
en  
NV BOUWMAR, 8680 Koekelare, Brouwerijstraat 14  
en  
NV ROBO, 9000 Gent, Maisstraat 62  
en  
NV WABO, 9000 Gent, Maisstraat 62  
en  
NV MULTI HOBBY, 9000 Gent, Maisstraat 62  
en  
BVBA GRUTO, 2200 Herentals, Hemeldonk 3  
en  
NV BOCO, 9000 Gent, Maisstraat 62  
en  
BVBA MAZ, 9060 Zelzate, Suikerkaai 17  
en  
BVBA MAG, 9000 Gent, Maisstraat 62  
en  
MAATSCHAP BOUWMARKT GENT, 9000 Gent, Maisstraat 62  
en  
BVBA ANDENNE BRICOLAGE, 9000 Gent, Maisstraat 62  
en  
BVBA BRAINE L'ALLEUD BRICOLAGE, 9000 Gent, Maisstraat 62  
en  
BVBA LOKEREN DOE HET ZELF, 9000 Gent, Maisstraat 62

Gelet op de Wet op de Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (WBEM) ;

Gezien de aanmelding aan het Secretariaat van de Raad voor de Mededinging van een con-centratie, neergelegd op 19 november 2001 ;

Gezien de mededeling voor onderzoek door het Secretariaat van de Raad aan het korps van verslaggevers conform art.32bis §1 WBEM op 22 november 2001 ;

Gezien de stukken van het dossier en het gemotiveerde verslag van de Dienst voor de Mededinging zoals medegedeeld aan de verslaggever op 16 januari 2002 ;

Gezien het gemotiveerd verslag van de verslaggever zoals dit op 17 januari 2002 werd opge-steld en op 18 januari 2002 werd betekend aan de Raad ;

Gehoord het verslag van de verslaggever dhr. Bert Stulens ;

Gehoord de partijen die verschenen ter zitting op 8 februari 2002:

- mr. Coox.

## 1. De aanmeldende en betrokken partijen

- Als koper treedt op: NV BRICORAMA, een 100% dochteronderneming van SA BRICO-RAMA FRANCE, Boulevard du Maréchal de Lattre de Tassigny 21, Fontenay sous Bois, Frankrijk. Het zijn vestigingen met een aanzienlijke opslag- en verkoopsruimte voor doe-het-zelf materiaal.
- Als verkopers treden op: NV POGAM, NV TERBASSEWEL, NV C.B. BOUWMARKTEN en Mr. POLLET & Mrs. WYTINCK.
- Doelondernemingen met directe controleverwerving: NV BOUWMAR, NV ROBO, NV WABO, NV MULTI HOBBY, NV C.B. BOUWMARKTEN, BVBA GRUTO en NV BOCO.
- Er is indirecte controleverwerving (via overname van NV C.B. BOUWMARKTEN) van: BVBA MAZ, BVBA MAG, MAATSCHAP BOUWMARKT GENT, BVBA ANDENNE BRICOLAGE, BVBA BRAINE L'ALLEUD BRICOLAGE en BVBA LOKEREN DOE HET ZELF.

Genoemde vennootschappen zijn alle ondernemingen in de zin van art. 1 WBEM.

## 2. Aanmeldingsplicht – overeenkomst van concentratie

De concentratie betreft de overname via aankoop van de aandelen van een reeks ondernemingen, alle actief in de doe-het-zelf sector, die rechtstreeks of onrechtstreeks worden bestuurd door dhr. Pollet. De NV BRICORAMA verwerft een directe of indirecte controle over de overgenomen ondernemingen. Deze laatste hebben ook een franchiseovereenkomst met het merk "GAMMA".

Deze operatie is een concentratie in de zin van art. 9 §1a WBEM.

De overeenkomst werd ondertekend op 18 oktober 2001.

De concentratie werd tijdig aangemeld op 19 november 2001. De ontbrekende inlichtingen werden binnen de door de verslaggever aan de partijen toegekende termijn verstrekt.

Uit de voorgelegde (vertrouwelijke) omzetcijfers van de betrokken ondernemingen blijkt dat de drempels zoals opgelegd conform art. 11 §1 WBEM worden behaald, zodat de concentratie diende te worden aangemeld.

De aangemelde concentratie valt overeenkomstig art. 33 §1.1 WBEM binnen het toepassingsgebied van de wet.

## 3. De relevante productenmarkten

Het betreft de markt van de kleinhandel in doe-het-zelf producten bestaande uit grote ketens en zelfstandigen die verkopen aan het grote publiek, zowel particulieren en professionelen.

## 4. De relevante geografische markt

De relevante geografische markt is België.

## 5. De marktaandeelen

Op de markt voor de kleinhandel van doe-het-zelf zaken voor het grote publiek in België, bedraagt het gezamenlijk marktaandeel na de betrokken concentratie minder dan 5%. Wanneer de markt in de enge zin wordt beschouwd (uitsluitend de ketens), beloopt dit gezamenlijk marktaandeel minder dan 15%.

## 6. Economische analyse

Uit het onderzoek van de Dienst voor de Mededinging blijkt dat de aanmelders, de concurrenten en de leveranciers allen stellen dat binnen de doe-het-zelf sector, zowel de grote ketens (met grote

opslagruimte en verkoopoppervlakte) als de zelfstandigen tot dezelfde markt behoren. Gezien de onderzochte marktaandeelen, is de verschuiving na de fusie dan ook zeer gering op de totale markt van de doe-het-zelf sector.

Door de concentratie worden in België alle BRICORAMA-vestigingen GAMMA-winkels. Het marktaandeel van GAMMA wordt zodoende geconsolideerd. De positie van GAMMA is en blijft op de tweede plaats na marktleider BRICO en dus treedt er geen verschuiving op.

BRICORAMA wordt een belangrijke franchisehouder binnen de GAMMA-groep. De concurrentie wordt echter niet belemmerd, omdat de markt van de kleinhandel van de doe-het-zelf sector zeer versnipperd is in België.

Gezien er enorm veel spelers zijn op deze markt, is het duidelijk dat huidige concentratie geen machtspositie in het leven roept of versterkt, die tot gevolg heeft dat de daadwerkelijke mededinging op significante wijze wordt belemmerd (art. 10 §3 WBEM).

De Raad beslist dan ook dat de voorgelegde concentratie kan worden toegelaten conform art. 33 §2.1.a WBEM.

## OM DEZE REDENEN

### DE RAAD VOOR DE MEDEDINGING

Gelet op de art. 2 e.v. van de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken van toepassing overeenkomstig art. 54bis WBEM ;

Stelt vast dat de betrokken concentratie aanmeldingsplichtig is en conform art. 33 § 1.1 WBEM binnen het toepassingsgebied valt van de wet ;

Verklaart de concentratie toelaatbaar conform art. 33 §2.1.a WBEM ;

Aldus uitgesproken op 8 februari 2002 door de Kamer van de Raad voor de Mededinging, samengesteld uit: de heer Frank Deschoolmeester, kamervoorzitter ; de heren Peter Poma, Wouter Devroe en Geert Zonnekeyn, leden.

## **Beslissing nr. 2002-C/C-14 van 8 februari 2002**

INZAKE :

Brink's Security International Inc.

en :

Lagerhaus Dornach AG, Nauta Holding AG, Balspeed Re AG, Balspeed AG

en :

SA Brink's-Ziegler, SA Brink's-Ziegler Luxemburg

Gelet op de Wet op de Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (W.B.E.M.).

Gezien de aanmelding aan het Secretariaat van de Raad voor de Mededinging van een concentratie op 20 december 2001.

Gezien de mededeling voor onderzoek door het Secretariaat van de Raad aan het korps verslaggevers conform artikel 32 bis § 1 W.B.E.M. door de verslaggever ontvangen op 3 januari 2002.

Gezien de stukken van het dossier en het onderzoeksdossier van de Dienst voor de Mededinging.

Gezien het gemotiveerd verslag van de verslaggever zoals dit op 17 januari 2002 werd opgesteld en op 18 januari 2002 werd overgemaakt aan de Raad.

Gehoord de verslaggever, de heer Bert Stulens, ter zitting van 8 februari 2002.

Gehoord de aanmeldende partijen bij monde van meester G. Corstens en de heer D. Pieters.

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken van toepassing overeenkomstig artikel 54 bis W.B.E.M..

### **1. De aanmeldende en betrokken partijen :**

Als koper treedt op Brink's Security International Inc. (verder Brink's), gevestigd in de USA, Connecticut, Darien.

Deze onderneming maakt deel uit van Brink's Incorporated, die 's werelds grootste verlener is van diensten op het gebied van waardentransport en bewaring van waarden.

Brink's Incorporated wordt gecontroleerd door The Pittston Company (USA).

Als verkopers treden een aantal ondernemingen op die op geen enkele Belgische markt actief zijn, namelijk :

- Lagerhaus Dornach AG, gevestigd in Zwitserland, Dornach,
- Nauta Holding AG, gevestigd in Zwitserland, Munchenstein,
- Balspeed Re AG, gevestigd in Luxemburg, Strassen,
- Balspeed AG, gevestigd in Zwitserland, Basel.

Als doelonderneming treedt op enerzijds de vennootschap naar Belgisch recht, namelijk SA Brink's-Ziegler en de vennootschap naar Luxemburgs recht, namelijk SA Brink's-Ziegler Luxembourg,



tesamen "Brink's-Ziegler", twee vennootschappen waarin de verkopers en de koper voor de transactie elk 50 % van de aandelen hielden.

Brink's-Ziegler is derhalve een gemeenschappelijke onderneming van enerzijds Brink's en anderzijds de vier verkopers.

Brink's-Ziegler is in België actief in het waardentransport.

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

## 2. De aangemelde operatie :

De aangemelde operatie betreft de verkoop en levering door de verkopers van alle aandelen die zij voor de transactie in "Brink's-Ziegler" hielden.

Het gevolg van de operatie is dat "Brink's" de uitsluitende zeggenschap verkrijgt over "Brink's-Ziegler".

De bij de transactie betrokken partijen zijn overeengekomen dat koper Brink's de naam "Ziegler" zal schrappen in de benaming van de verworven vennootschappen.

De transactie bevat onder meer een non-concurrentiebeding voor de verkopers en de SA Ziegler voor een periode van vijf jaar op de Belgische en Luxemburgse relevante productmarkt, alsmede verder eveneens voor vijf jaar een wederzijds niet-wervingsbeding.

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

## 3. De aanmeldingstermijn :

De overeenkomst, die het voorwerp uitmaakt van de aanmelding, namelijk de 'Protocole d'accord portant cession d'actions et autres conventions' werd op 28 november 2001 ondertekend. Op 20 december 2001 werd bij de Raad aangemeld, hetzij binnen één maand na de sluiting van de overeenkomst.

De aanmelding was evenwel niet vergezeld van een aantal stukken, waaronder het document waaruit het voornemen blijkt om de concentratie tot stand te brengen.

Uit het K.B. van 23 maart 1993 betreffende het aanmelden van concentraties volgt dat deze stukken moeten neergelegd worden samen met de aanmelding.

De overeenkomst werd in casu pas op 7 januari 2002 overgemaakt. Partijen konden ter zitting deze nalatigheid niet ernstig verantwoorden.

Ingevolge artikel 37 § 1, lid b, W.B.E.M. legt de Raad dan ook een boete op van 1500 euro.

## 4. De omzetrempels :

Voor wat de koper betreft moet de omzet van de moeder-onderneming, namelijk The Pittson Company weerhouden worden.

Artikel 46 § 4 W.B.E.M. bepaalt immers dat voor de toepassing van artikel 11 W.B.E.M. (in verband met de omzetrempels) het omzetcijfer van elk der ondernemingen bekomen wordt door de som te maken van de omzetcijfers van alle ondernemingen die tot dezelfde groep behoren.

Op basis van de ons verstrekte inlichtingen blijkt dat zowel Pittston als Brink's-Ziegler in België in 2000 samen een omzet behaalden van meer dan 40 miljoen euro en dat elk van hen in België in 2000 afzonderlijk een omzet realiseerden van meer dan 15 miljoen euro.

De concentratie valt dan ook onder het toepassingsgebied van de W.B.E.M..

## 5. De marktafbakening :

De relevante productmarkt kan omschreven worden als de markt van het waardentransport en de bewaring van waarden, dit is het verstrekken aan derden van diensten van toezicht op en bescherming bij het vervoer van waarden.

Deze omschrijving van de relevante markt stemt overeen met diegene die de aanmeldende partijen voorstellen en kan weerhouden worden, rekening houdende met de definitie die in artikel 1 van de wet op de bewakingsondernemingen wordt gegeven in verband met een bewakingsonderneming, verder rekening houdende met eerdere rechtspraak van de Raad, onder andere in de zaak nv Group 4 Securitas/Avia Partner (beslissing dd 31 mei 1995).

De hierboven gegeven marktdefinitie kan weerhouden worden met evenwel de bedenking dat gezien de toenemende belangrijkheid van elektronische beveiligingssystemen bij het waardentransport in de toekomst een opsplitsing tussen gewoon waardenvervoer en waardenvervoer met beveiligingssysteem niet uitgesloten is.

De relevante geografische markt is België.

In deze relevante productmarkt is Brink's wereldwijd actief, terwijl Brink's-Ziegler enkel in België actief is.

## 6. Over de marktaandelen :

Op de relevante productmarkt in België heeft Brink's-Ziegler een marktaandeel dat beneden de 25 % ligt.

Er is geen sprake van marktaandeel van Brink's, noch van de andere onderdelen van Pittston.

Deze activiteiten waren voor wat België en Luxemburg betreft immers ondergebracht in de gemeenschappelijke onderneming Brink's-Ziegler.

De voorliggende concentratie brengt geen verschuivingen teweeg op het vlak van de concurrentieverhoudingen, vermits deze operatie enkel de hertekening is van de eigendomsstructuur van Brink's-Ziegler.

Artikel 33 § 2.1.a) W.B.E.M. stelt : "Wanneer de betrokken ondernemingen samen minder dan 25 % van de betrokken markt controleren wordt de concentratie toelaatbaar verklaard.

## OM DEZE REDENEN,

De Raad voor de Mededinging,

Stelt vast dat de betrokken concentratie onder het toepassingsgebied valt van de W.B.E.M..

Verklaart de concentratie toelaatbaar conform artikel 33 § 2.1.a) W.B.E.M..

Veroordeelt de aanmeldende partijen tot een geldboete van zeventienhonderd vijftig euro.

Aldus uitgesproken op 8 februari 2002, door de Kamer van de Raad voor de Mededinging samengesteld uit :

de heer Peter Poma, kamervoorzitter, de heren Frank Deschoolmeester, prof. Wouter Devroe en Geert Zonnekeyn, leden.

## **Décision n°2002-C/C-15 du 15 février 2002**

Affaire CONC-C/C-01/0069 : DaimlerChrysler Belgium Luxembourg sa / I.T.A.P. nv

Vu la notification de l'opération de concentration déposée au secrétariat du Conseil de la concurrence le 21 décembre 2001.

Vu le Rapport du Corps des Rapporteurs du 28 janvier 2002.

Entendu à l'audience du 15 février 2002 :

- le Rapporteur en son rapport;
- Me Peter Wytinck, Avocat à l'ordre néerlandais du barreau de Bruxelles, représentant commun de la partie notificante.

### **A. Les parties en cause**

#### **La partie notificante**

DaimlerChrysler Belgium Luxembourg S.A. (ci-après DC Belux), immatriculée au R.C.B. n°423.726 est une société anonyme belge qui a son siège social 68 avenue du péage à 1200 Bruxelles et qui importe et distribue en gros et au détail des voitures et véhicules utilitaires.

La DC Belux est une filiale à 100% de DaimlerChrysler AG, société par action de droit allemand.

#### **Le vendeur**

La S.A. Willy Van Doorne International est une société anonyme belge sise à 2970 Schilde, Bellevuedreef 3, qui détient toutes les actions nominatives représentatives du capital de I.T.A.P. S.A.

#### **La société cible**

La société International Trading and Project, en abrégé I.T.A.P. S.A., est un société anonyme de droit belge immatriculée au R.C. Anvers n°228.351 et dont le siège social est établi 3 Bellevuedreef à 2970 Schilde et qui exerce le commerce sous la dénomination commerciale "Automobielbedrijf Antwerpen", en abrégé "A.B.A." est un concessionnaire exclusif qui appartient au réseau de distribution sélective établi par DC Belux pour les voitures et les véhicules utilitaires de la marque Mercedes-Benz.

La I.T.A.P. S.A. assure la distribution via un concessionnaire voitures ("A.B.A." à Borgherhout), un agent voitures ("A.B.A." à Schilde) et via un concessionnaire véhicules utilitaires ("Truck Center Antwerpen", en abrégé "T.C.A." à Wilrijk) dont les ventes sont incluses dans celles de I.T.A.P. nv.

### **B. L'opération notifiée**

La notification a pour objet un projet d'accord de concentration par laquelle DC Belux souhaite acquérir le contrôle exclusif de I.T.A.P. S.A. par le biais de l'acquisition de l'ensemble des actions de cette dernière.

Il s'agit d'une intégration verticale dont le closing est prévu pour le 31 mars 2002.

La concentration fait suite à la volonté de DC Belux de prendre le contrôle de cette concession et d'investir dans la qualité du service et ainsi dans l'image de marque de Mercedes-Benz.

Les sociétés précitées sont des entreprises au sens de l'article 1er de la loi et l'opération notifiée est une opération de concentration au sens de l'article 9 de la loi.

Sur la base des indications fournies par les parties, les seuils de chiffres d'affaires visés à l'article 11 de la loi sont atteints.

## C. Les marchés concernés

Le secteur économique concerné par la concentration est celui du commerce de gros et de détail des véhicules automobiles (code NACE 50.10).

### 1. Marchés de produits concernés

#### 1.1. Commerce de gros et au détail des voitures passagers

Les parties affirment que l'un des marchés en cause est celui des véhicules passagers en se référant notamment à la décision IV/M1036 Chrysler Distribution de la Commission européenne. Sur ce marché, les parties notifiantes n'atteignent pas 25% de parts de marché.

Dans d'autres affaires, la Commission européenne a segmenté différemment le marché suivant la taille ou les prix des produits concernés. Suivant cette approche, un des marchés de produits en cause serait le commerce de gros et au détail des voitures particulières toutes marques.

Pour ces marchés, il y a lieu de faire une distinction entre le marché de gros sur lequel DC Belux est actif et le marché au détail sur lequel DC Belux et I.T.A.P. sont actifs.

Dans cette hypothèse, le marché de la vente au détail n'est pas affecté, seul le marché de commerce de gros des voitures de classe F (voitures de luxe, principalement la classe S de Mercedes-Benz) serait un marché concerné de plus 25%.

Le Conseil considère qu'il n'importe pas, dans le cadre de la présente concentration, de trancher la question relative à la définition des marchés dès lors qu'il estime que même dans la définition la plus restrictive, l'opération n'entraînera pas la constitution ou le renforcement d'une position dominante dans le chef des parties notifiantes, et que, comme relevé ci-après dans l'appréciation, l'opération d'intégration verticale ne modifiera pas le pouvoir de l'acquéreur sur le marché.

#### 1.2. Commerce de gros et au détail de véhicules utilitaires

Par référence à différentes décisions de la Commission européenne, la classification retenue par la Commission Européenne aboutit à la distinction suivante :

- le marché des véhicules utilitaires de moins de 5/7 tonnes (" light duty ");
- le marché des véhicules utilitaires entre 5/7 et 16 tonnes (" medium duty ");
- et le marché des véhicules utilitaires de plus de 16 tonnes (" heavy duty ").

Selon la décision, il est à noter que la Commission différencie la catégorie " light duty " de la catégorie " medium duty " en utilisant comme point de démarcation parfois 5 tonnes, parfois 6 tonnes ou encore 7 tonnes.

Dans la mesure où le groupe Daimler Chrysler utilise 6 tonnes comme point de référence, les parties notifiantes proposent de considérer la classification suivante :

- le marché des véhicules utilitaires de moins de 6 tonnes (" light duty ");
- le marché des véhicules utilitaires entre 6 et 16 tonnes (" medium duty ");
- et le marché des véhicules utilitaires de plus de 16 tonnes (" heavy duty ").

Pour ces marchés, il y a lieu de faire une distinction entre le marché de gros sur lequel DC Belux est actif et le marché au détail sur lequel DC Belux et I.T.A.P. sont actifs.

Dans cette hypothèse, le marché de la vente au détail n'est pas concerné. Seul, le marché de commerce de gros des véhicules utilitaires entre 6 et 16 tonnes est un marché concerné de plus de 25%.

## 2. Marché géographique concerné

Le marché géographique est l'ensemble du territoire belge. Les parties font toutefois remarquer qu'au niveau de la production, le marché est clairement mondial, tandis qu'au niveau de la distribution, il tendrait à acquérir une dimension européenne. Cette tendance est confortée par l'introduction de l'euro qui augmentera la transparence des prix ainsi que la possibilité pour les consommateurs d'acheter hors les frontières nationales.

## D. Analyse concurrentielle

### 1. Structure de l'offre et de la demande

Aucun développement notable n'est intervenu sur le marché de commerce de gros des voitures de classe F et sur celui du commerce de gros des véhicules utilitaires depuis les notifications précédentes effectuées par DC Belux.

### 2. Réseau de distribution de DC Belux

Le réseau de distribution des véhicules Mercedes-Benz compte 100 points de vente en Belgique.

### 3. La stratégie commerciale mise en œuvre par DC Belux

La S.A. DC Belux fait part au Service que la tendance vers une intégration verticale est une tendance générale en Europe pour une grande partie des entreprises actives dans la production de voitures y compris Daimler Chrysler AG. La S.A. DC Belux précise que cette tendance a d'ailleurs été reconnue par la Commission dans sa décision du 27/07/2001, affaire Mazda Motor Corporation / MCL n° M.2514.

Cette tendance résulte de la volonté de réduire les coûts de distribution, d'avoir quelques concessions afin de garantir et maintenir l'image de marque, la qualité de la vente ainsi que du service après vente à un niveau élevé.

La S.A. DC Belux précise qu'une concession exploitée par la marque elle-même a des effets positifs sur les investissements et les prestations des concessionnaires indépendants.

### 4. La réaction du secteur

Les concurrents n'émettent pas d'avis négatif quant à l'opération en cause.

Les marques BMW ainsi que JAGUAR estiment que ces reprises peuvent s'expliquer par la volonté de l'importateur d'assurer une rentabilité saine.

Les concurrents ne voient pas d'effet négatif résultant de ces opérations s'agissant de la concurrence entre marques.

JAGUAR déclare qu'il est possible que DC Belux se prépare à la nouvelle réglementation européenne et qu'il tente de contrôler la gestion de la chaîne de distribution dans sa globalité ou tout au moins les points de vente les plus importants (principalement ceux situés dans les grandes agglomérations).

La FEBIAC est d'avis que ces opérations n'auront pas de conséquence ni pour la concurrence entre marques ni pour la concurrence dans la marque. Elle fait remarquer que cette tendance à l'intégration verticale dans ce secteur est perceptible au niveau européen.

## Appréciation

Dans les décisions des 25 septembre et 18 décembre 2001, le Conseil avait déjà relativisé l'importance de la part de marché des parties notifiantes compte tenu du caractère fluctuant et aléatoire du marché. Ainsi, pour l'année 2000, leur part de marché passe de [CONFIDENTIEL]% à près de [CONFIDENTIEL]%. Cela résulte de la combinaison d'une augmentation des immatriculations de véhicules de luxe commercialisés par les parties et d'une légère diminution du volume total des immatriculations dans ce segment.

Outre le fait que, sur ce marché extrêmement étroit, une légère variation des immatriculations peut en effet entraîner une fluctuation sensible des parts de marché, il y lieu de prendre également en considération le fait que s'agissant d'une intégration verticale, l'acquéreur n'augmente pas sa part de marché.

Sur le marché belge des véhicules utilitaires de 6 à 16 tonnes, la part de marché de DC Belux est moindre, de l'ordre de [CONFIDENTIEL]%. De solides concurrents semblent bien implantés sur ce marché avec des parts relativement stables et conséquentes pour les trois dernières années écoulées. Citons en particulier les groupes Volvo, Man, Iveco et Daf.

Le Conseil estime en conséquence que la concentration notifiée n'aura pas pour effet l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante qui entrave de manière significative une concurrence effective sur le marché belge concerné ou sur une partie substantielle de celui-ci.

## PAR CES MOTIFS

### LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Constate que la concentration tombe dans le champ d'application de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique et est admissible en vertu de l'article 33, §2, 1. a, de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique.

Limite les effets de la décision aux éléments qui lui furent notifiés.

Invite les entreprises concernées à lui transmettre dès leur signature une copie du contrat relatif à la cession de la totalité des actions de la ITAP S.A.

Ainsi décidé le 15 février 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Madame Marie-Claude Grégoire, Président, de Monsieur De Wolf, de Monsieur Robert Sacré et de Monsieur Roger Ramaekers, Membres.

## **Décision n°2002-C/C-16 du 15 février 2002**

Affaire CONC-C/C-01/0070

DaimlerChrysler Belgium Luxembourg sa / Deman Brussels sa

Vu la notification de l'opération de concentration déposée au secrétariat du Conseil de la concurrence le 21 décembre 2001.

Vu le Rapport du Corps des Rapporteurs du 28 janvier 2002.

Entendu à l'audience du 15 février 2002 :

- le Rapporteur en son rapport;
- Me Peter Wytinck, Avocat à l'ordre néerlandais du barreau de Bruxelles, représentant commun de la partie notifiante.

### **A. Les parties en cause**

#### **La partie notifiante**

DaimlerChrysler Belgium Luxembourg S.A. (ci-après DC Belux), immatriculée au R.C.B. n°423.726 est une société anonyme belge qui a son siège social 68 avenue du péage à 1200 Bruxelles et qui importe et distribue en gros et au détail des voitures et véhicules utilitaires.

La DC Belux est une filiale à 100% de DaimlerChrysler AG, société par action de droit allemand.

#### **La société cible**

Deman Brussels S.A. est une société anonyme de droit belge dont le siège social est établi Boulevard du Triomphe 103 à 1160 Auderghem. Deman Brussels S.A. est un concessionnaire exclusif qui appartient au réseau de distribution sélective établi par DC Belux pour les voitures et les véhicules utilitaires de la marque Mercedes-Benz.

### **B. L'opération notifiée**

La notification a pour objet un projet de convention par laquelle DC Belux souhaite acquérir le contrôle exclusif des activités de Deman Brussels S.A. par la reprise d'une partie du fond de commerce de cette dernière société.

La cession ne comprend pas l'immeuble dans lequel le fond de commerce est exploité, ni les dettes, litiges, véhicules d'occasion, pièces de rechanges exclues et investissements dans le cadre du leasing immobilier.

Il s'agit d'une intégration verticale dont le closing est prévu pour le 31 mai 2002.

La concentration fait suite à la volonté de DC Belux de prendre le contrôle de cette concession et d'investir dans la qualité des conseils et du service aux clients et de réaliser certaines synergies (au niveau des coûts, de l'organisation et de la gestion des stocks).

Les sociétés précitées sont des entreprises au sens de l'article 1er de la loi et l'opération notifiée est une opération de concentration au sens de l'article 9 de la loi.



Sur la base des indications fournies par les parties, les seuils de chiffres d'affaires visés à l'article 11 de la loi sont atteints.

## C. Les marchés concernés

Le secteur économique concerné par la concentration est celui du commerce de gros et de détail des véhicules automobiles (code NACE 50.10).

### 1. Marchés de produits concernés

#### 1.1. Commerce de gros et au détail des voitures passagers

Les parties affirment que l'un des marchés en cause est celui des véhicules passagers en se référant notamment à la décision IV/M1036 Chrysler Distribution de la Commission européenne. Sur ce marché, les parties notifiantes n'atteignent pas 25% de parts de marché.

Dans d'autres affaires, la Commission européenne a segmenté différemment le marché suivant la taille ou les prix des produits concernés. Suivant cette approche, un des marchés de produits en cause serait le commerce de gros et au détail des voitures particulières toutes marques.

Pour ces marchés, il y a lieu de faire une distinction entre le marché de gros sur lequel DC Belux est actif et le marché au détail sur lequel DC Belux et Deman Brussels sont actifs.

Dans cette hypothèse, le marché de la vente au détail n'est pas affecté, seul le marché de commerce de gros des voitures de classe F (voitures de luxe, principalement la classe S de Mercedes-Benz) serait un marché concerné de plus 25%.

Le Conseil considère qu'il n'importe pas, dans le cadre de la présente concentration, de trancher la question relative à la définition des marchés dès lors qu'il estime que même dans la définition la plus restrictive, l'opération n'entraînera pas la constitution ou le renforcement d'une position dominante dans le chef des parties notifiantes, et que, comme relevé ci-après dans l'appréciation, l'opération d'intégration verticale ne modifiera pas le pouvoir de l'acquéreur sur le marché.

#### 1.2. Commerce de gros et au détail de véhicules utilitaires

Par référence à différentes décisions de la Commission européenne, la classification retenue par la Commission Européenne aboutit à la distinction suivante :

- le marché des véhicules utilitaires de moins de 5/7 tonnes (" light duty ");
- le marché des véhicules utilitaires entre 5/7 et 16 tonnes (" medium duty ");
- et le marché des véhicules utilitaires de plus de 16 tonnes (" heavy duty ").

Selon la décision, il est à noter que la Commission différencie la catégorie " light duty " de la catégorie " medium duty " en utilisant comme point de démarcation parfois 5 tonnes, parfois 6 tonnes ou encore 7 tonnes.

Dans la mesure où le groupe Daimler Chrysler utilise 6 tonnes comme point de référence, les parties notifiantes proposent de considérer la classification suivante :

- le marché des véhicules utilitaires de moins de 6 tonnes (" light duty ");
- le marché des véhicules utilitaires entre 6 et 16 tonnes (" medium duty ");
- et le marché des véhicules utilitaires de plus de 16 tonnes (" heavy duty ").

Pour ces marchés, il y a lieu de faire une distinction entre le marché de gros sur lequel DC Belux est actif et le marché au détail sur lequel DC Belux et Deman Brussels sont actifs.

Dans cette hypothèse, le marché de la vente au détail n'est pas concerné. Seul, le marché de commerce de gros des véhicules utilitaires entre 6 et 16 tonnes est un marché concerné de plus de 25%.

## 2. Marché géographique concerné

Le marché géographique est l'ensemble du territoire belge. Les parties font toutefois remarquer qu'au niveau de la production, le marché est clairement mondial, tandis qu'au niveau de la distribution, il tendrait à acquérir une dimension européenne. Cette tendance est confortée par l'introduction de l'euro qui augmentera la transparence des prix ainsi que la possibilité pour les consommateurs d'acheter hors les frontières nationales.

## D. Analyse concurrentielle

### 1. Structure de l'offre et de la demande

Aucun développement notable n'est intervenu sur le marché de commerce de gros des voitures de classe F et sur celui du commerce de gros des véhicules utilitaires depuis les notifications précédentes effectuées par DC Belux.

### 2. Réseau de distribution de DC Belux

Le réseau de distribution des véhicules Mercedes-Benz compte 100 points de vente en Belgique.

### 3. La stratégie commerciale mise en œuvre par DC Belux

La S.A. DC Belux fait part au Service que la tendance vers une intégration verticale est une tendance générale en Europe pour une grande partie des entreprises actives dans la production de voitures y compris Daimler Chrysler AG. La S.A. DC Belux précise que cette tendance a d'ailleurs été reconnue par la Commission dans sa décision du 27/07/2001, affaire Mazda Motor Corporation / MCL n° M.2514.

Cette tendance résulte de la volonté de réduire les coûts de distribution, d'avoir quelques concessions afin de garantir et maintenir l'image de marque, la qualité de la vente ainsi que du service après vente à un niveau élevé.

La S.A. DC Belux précise qu'une concession exploitée par la marque elle-même a des effets positifs sur les investissements et les prestations des concessionnaires indépendants.

### 4. La réaction du secteur

Les concurrents n'émettent pas d'avis négatif quant à l'opération en cause.

Les marques BMW ainsi que JAGUAR estiment que ces reprises peuvent s'expliquer par la volonté de l'importateur d'assurer une rentabilité saine.

Les concurrents ne voient pas d'effet négatif résultant de ces opérations s'agissant de la concurrence entre marques.

JAGUAR déclare qu'il est possible que DC Belux se prépare à la nouvelle réglementation européenne et qu'il tente de contrôler la gestion de la chaîne de distribution dans sa globalité ou tout au moins les points de vente les plus importants (principalement ceux situés dans les grandes agglomérations).

La FEBIAC est d'avis que ces opérations n'auront pas de conséquence ni pour la concurrence entre marques ni pour la concurrence dans la marque. Elle fait remarquer que cette tendance à l'intégration verticale dans ce secteur est perceptible au niveau européen.

## Appréciation

Dans les décisions des 25 septembre et 18 décembre 2001, le Conseil avait déjà relativisé l'importance de la part de marché des parties notifiantes compte tenu du caractère fluctuant et aléatoire du marché. Ainsi, pour l'année 2000, leur part de marché passe de [CONFIDENTIEL]% à près de [CONFIDENTIEL]%. Cela résulte de la combinaison d'une augmentation des immatriculations de véhicules de luxe commercialisés par les parties et d'une légère diminution du volume total des immatriculations dans ce segment.

Outre le fait que, sur ce marché extrêmement étroit, une légère variation des immatriculations peut en effet entraîner une fluctuation sensible des parts de marché, il y lieu de prendre également en considération le fait que s'agissant d'une intégration verticale, l'acquéreur n'augmente pas sa part de marché.

Sur le marché belge des véhicules utilitaires de 6 à 16 tonnes, la part de marché de DC Belux est moindre, de l'ordre de [CONFIDENTIEL]%. De solides concurrents semblent bien implantés sur ce marché avec des parts relativement stables et conséquentes pour les trois dernières années écoulées. Citons en particulier les groupes Volvo, Man, Iveco et Daf.

Le Conseil estime en conséquence que la concentration notifiée n'aura pas pour effet l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante qui entrave de manière significative une concurrence effective sur le marché belge concerné ou sur une partie substantielle de celui-ci.

## PAR CES MOTIFS

### LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Constate que la concentration tombe dans le champ d'application de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique et est admissible en vertu de l'article 33, §2, 1. a, de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique.

Limite les effets de la décision aux éléments qui lui furent notifiés.

Invite les entreprises concernées à lui transmettre dès leur signature une copie du contrat relatif à la cession d'une partie du fond de commerce de la SA Deman Brussels.

Ainsi décidé le 15 février 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Madame Marie-Claude Grégoire, Président, de Monsieur De Wolf, de Monsieur Robert Sacré et de Madame Roger Ramaekers, Membres.

## **Beslissing nr. 2002-E/A-17 van 18 februari 2002**

Inzake:

NV VEEVOEDERBEDRIJF NAVOBI, met zetel te 2470 Retie, Pontfort 128

en

NV VEE- EN VLEESHANDEL VANLOMMEL, met zetel te 2260 Westerlo, Olenseweg 240

Gelet op de Wet op de Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (WBEM) ;

Gelet op de aanmelding van een overeenkomst door partijen op 11 maart 1994 bij de Dienst voor de Mededinging met het oog op het verkrijgen van een individuele vrijstelling conform art.2§3 WBEM ;

Gelet op het verzoek van 11 augustus 1994 van de Dienst voor de Mededinging tot het bekomen van bijkomende inlichtingen, waarop partijen op 13 december 1994 hebben geantwoord ;

Gelet op de brief van partijen van 6 november 1995 waarbij ze aan de Dienst lieten weten dat de aangemelde overeenkomst door hen was opgezegd op 17 augustus 1995 ;

Gelet op het gemotiveerd verslag van de verslaggever van 30 oktober 2001 ;

Gelet op het schrijven van partijen van 1 februari 2002, waarbij ze afstand doen van hun recht om gehoord te worden ;

Overwegende dat de verslaggever in zijn verslag van 30 oktober 2001 aan de Raad een gemotiveerd voorstel tot sepot heeft voorgelegd ;

Gehoord ter zitting op 18 februari 2002 de verslaggever dhr. Bert Stulens ;

### **Het voorwerp van de aanmelding**

De NV Veevoederbedrijf Navobi is producent en handelaar in veevoerders. Ze is ook integrator: ze koopt nuchtere kalveren en brengt deze onder bij zelfstandige vetmesters die vergoed worden voor het voederen en voor de medische kosten.

De NV Vee- en Vleeshandel Vanlommel is handelaar in kalveren en kalfsvlees. Ze is eveneens integrator.

De aangemelde overeenkomst betrof de oprichting van de 50/50 joint-venture BVBA PROMEKAL die de contracten tussen partijen en met hun vetmesters ging beheren. De bedoeling van partijen was om samen te werken i.v.m. het vetmesten van kalveren.

De overeenkomst werd door de betrokken partijen echter op 17 augustus 1995 opgezegd, zodat de aanmelding sindsdien zonder voorwerp is gevallen.

### **De toepasselijke wet inzake de verjaring**

Overwegende dat huidige procedure op 11 maart 1994 werd ingeleid onder toepassing van de Wet van 5 augustus 1991 tot Bescherming van de Economische Mededinging ;

Dat de gewijzigde Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd bij K.B. van 1 juli 1999 bepaalt dat deze gewijzigde wet niet van toepassing is op de procedures die hangende zijn bij de Raad voor de Mededinging of bij het Hof van Beroep te Brussel op het ogenblik van de inwerkingtreding van deze gewijzigde wet (art.47 van de Wet van 26 april 1999 (II)), zijnde 1 oktober 1999. Dat de tekst i.v.m. de verjaring overigens zowel in de oude als in de nieuwe wet dezelfde is.

Dat de Raad slechts een procedure bij hem als hangende beschouwt wanneer een verslag bij hem werd voorgelegd door de Dienst voor 1 oktober 1999 ; Dat in casu het verslag van de verslaggever dateert van 30 oktober 2001, zodat in elk geval de nieuwe wet van toepassing is ;

Dat art.48§1 WBEM bepaalt: "Het onderzoek bedoeld in artikel 23 mag slechts betrekking hebben op feiten die zich niet langer dan vijf jaar geleden voordeden. De termijn wordt berekend vanaf de datum van de beslissing van de Dienst voor de Mededinging om ambtshalve een onderzoek in te stellen of vanaf de datum van het aanhangig maken van de zaak bij de Dienst overeenkomstig artikel 23§1".

Dat art.48§2 WBEM bepaalt: "De verjaringstermijn met betrekking tot de procedure van onderzoek en beslissing is vijf jaar te rekenen vanaf de datum bedoeld bij §1. De verjaring wordt slechts gestuit door daden van onderzoek of daden van beslissing verricht binnen de termijn bepaald in het vorig lid ; met die daden begint een nieuwe termijn van gelijke duur te lopen".

Dat de Raad vaststelt dat er in dit dossier gedurende méér dan 5 jaar geen verdere onderzoeksdaden werden gesteld, nl. sinds 13 december 1994, datum waarop de aanmeldende partijen geantwoord hebben op het verzoek om inlichtingen vanwege de Dienst voor de Mededinging, zodat de verjaringstermijn voorzien in art.48§2 WBEM is ingetreden ; Dat het dossier ook om deze reden moet worden geseponneerd ;

## OM DEZE REDENEN

### DE RAAD VOOR DE MEDEDINGING

Gelet op de art. 2 e.v. van de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken van toepassing overeenkomstig art. 54bis WBEM ;

Verklaart dat de zaak gekend onder nr. E/A - 94/0004 verjaard is, alsook dat de aanmelding zonder voorwerp is gevallen ;

Seponeert het dossier in toepassing van art.24§2 WBEM ;

Aldus uitgesproken op 18 februari 2002 door de Kamer van de Raad voor de Mededinging, samengesteld uit: de heer Frank Deschoolmeester, kamervoorzitter ; mevrouw Béatrice Ponet, Voorzitter van de Raad voor de Mededinging, de heren Geert Zonnekeyn en Wouter Devroe, leden.

## **Décision n°2002-P/K-18 du 19 février 2002**

Affaire PRA 93/0006, en cause DERBY sa et TIERCE LADBROKE sa / PMU BELGE SC et CONSORTS

### 1. Les parties en cause

#### 1.1. les plaignants

Le 17 juin 1993, les sociétés anonymes DERBY (RCB n° 366.437) et TIERCE LADBROKE (RCB n° 442.732) ont déposé plainte auprès du Service de la Concurrence à l'encontre de la S.C. Pari Mutuel Unifié belge (RCB 452.410) et de ses fondateurs, (à l'exception de l'asbl Hippodroom Oostende). Les plaignantes invoquent une violation de l'article 2 § 1er et de l'article 3 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique.

Les S.A. Derby et S.A. Tiercé Ladbroke, sont deux sociétés anonymes de droit belge, faisant partie du groupe britannique Ladbroke. Leur siège social est situé à 1180 Bruxelles, Chaussée de Waterloo 715.

Leurs activités principales consistent à accepter en Belgique des paris sur des courses de chevaux courues à l'étranger.

Elles ont le statut d'exploitant d'agences autorisées au sens des articles 50 et suivants de l'Arrêté Royal du 8 juillet 1970 portant règlement général des taxes assimilées aux impôts sur les revenus.

#### 1.2. les entreprises en cause

Le Pari Mutuel Unifié belge S.C. (ci-après "Le PMU belge") était constitué à l'époque du dépôt de la plainte par les 11 associations sans but lucratif qui organisaient des courses de chevaux en Belgique. Son siège social est situé à 1040 Bruxelles, Bd St-Michel 109-111.

Ces associations, appelées « sociétés de courses », sont les seules à être autorisées par les pouvoirs publics à prendre des paris sur les courses qu'elles organisent.

Ces « sociétés de courses » étaient les suivantes :

1/ l'asbl Société Royale d'Encouragement pour l'Amélioration des Races de Chevaux en Belgique, dont le siège est établi à Bruxelles, Chaussée de La Hulpe, 53;

2/ l'asbl Hippodrome des Quatre Bras à Sterrebeek, dont le siège est établi à Bruxelles, Avenue J. du Roy de Blicquy, 43;

3/ la vzw Koninklijke Waregemse Koersvereniging, dont le siège est établi à Waregem, Zuiderlaan, 60a;

4/ l'asbl Société des Steeple-Chases de Belgique, dont le siège est établi à Bruxelles, Chaussée de La Hulpe, 53;

5/ la vzw Société Belge de Chevaux Trotteurs et des Sports Hippiques, dont le siège est établi à Deinze, Tolpoortstraat, 51;

6/ l'asbl Société Sportive du Demi-Sang, dont le siège est établi à Bruxelles, Boulevard Lambermont, 410;

7/ la vzw Waregemse Ren-en Rijvereniging, dont le siège est établi à Waregem, Ruitersdreef, 42;

(8/ la vzw Wellington Oostende, dont le siège est établi à Oostende, Princes Stephanielein, 41);

9/ la vzw Club Hippodrome de Geer, dont le siège est établi à Tongres, Maastrichtsestraat, 51;

10/ la vzw Drafwedrennen Kortrijk, dont le siège est établi à Kuurne, Kattestraat, 188;

11/ la vzw Hippodroom Oostende , dont le siège est établi à Oostende, Sportstraat, 47.

Les associations reprises aux n° 1, 2, 9, 10 et 11 ci-dessus étant dissoutes, seules les six associations subsistantes constituent désormais le PMU belge.

Le PMU belge a pour objet l'organisation et l'acceptation des paris mutuels et la gestion de ces paris, ainsi que la mise en œuvre de toutes les actions ou mesures tendant au développement des paris sur les courses de chevaux courues en Belgique.

Les 11 « sociétés de courses » ont le 22 août 1986 donné un mandat au PMU belge en vertu duquel elles lui confient à titre exclusif l'organisation et la gestion, en leur nom et pour leur compte, de l'acceptation des paris hors hippodromes sur les courses de chevaux courues en Belgique.

## 2. Les faits

Les sociétés plaignantes reprochent aux sociétés de course qui disposent du monopole légal de l'organisation et de la gestion des paris sur les courses de chevaux en Belgique, de méconnaître l'interdiction des ententes contenues dans l'article 2 § 1er de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, en ayant confié par deux conventions de mandat du 22 août 1986 (et en continuant à confier) au PMU belge l'exclusivité de l'organisation et de l'acceptation de paris mutuels hors hippodromes sur des courses courues en Belgique.

Elles reprochent également à la S.C. Pari Mutuel Unifié belge de violer l'article 3 de la loi. En effet, alors que le PMU belge accorde à certaines agences hippiques, qui normalement ne peuvent prendre que des paris à l'étranger, le droit en tant que sous-mandataires, de prendre également des paris hors hippodromes sur les courses de chevaux courues en Belgique, il refuse ce même droit aux sociétés plaignantes, ou, du moins, il soumet l'octroi de ce droit à des conditions inacceptables et objectivement non justifiées.

Par une convention de commission du 1er juin 1995, le PMU belge a toutefois accordé aux sociétés plaignantes, le droit d'offrir dans leurs agences, les différents produits commercialisés par le PMU belge.

Les S.A. Derby et S.A. Tiercé Ladbroke, par le biais d'un courrier du 22 août 1995 (Doc. 71 329) adressé par leur conseil au Service de la concurrence, ont considéré que cet accord du 1er juin 1995 rendait la plainte qu'elles avaient déposée le 17 juin 1993 sans objet et ont expressément déclaré vouloir se désister de cette plainte .

## 3. Rétroacte de la procédure

La plainte du 17 juin 1993 des S.A. Derby et S.A. Tiercé Ladbroke a été enregistrée au Service de la concurrence sous le numéro PRA 93/0006;

Le rapport motivé du Corps des Rapporteurs daté du 8 novembre 2001 précise que le dernier acte d'instruction fait par le Service de la Concurrence remonte au 24 octobre 1995 et qu'aucun autre acte d'instruction ou de décision n'a été fait dans les cinq ans qui ont suivi cette date ;

Ce rapport motivé a été notifié à la partie plaignante par le Corps des Rapporteurs par lettre du 14 novembre 2001 ;

Lors de l'audience du 19 février 2002, Monsieur Patrick Marchand, Rapporteur a été entendu au nom du Corps des Rapporteurs.

Le plaignant, bien que régulièrement convoqué, n'a pas comparu à cette audience;

#### 4. En droit

##### Prescription des faits et droit applicable

Attendu que la présente procédure a été initiée le 17 juin 1993 ;

Que par lettre du 22 août 1995, les parties plaignantes ont considéré que la convention qu'elles avaient signée avec le PMU belge le 1er juin 1995 rendait leur plainte déposée le 17 juin 1993 sans objet et ont expressément déclaré vouloir s'en désister ;

Que le dernier acte d'instruction fait par le Service de la Concurrence remonte au 24 octobre 1995 (Doc. 75 338) et qu'aucun autre acte d'instruction ou de décision n'a été fait dans les cinq ans qui ont suivi cette date;

Que le rapport motivé du Corps des Rapporteurs date du 8 novembre 2001;

Attendu que l'article 47 alinéa 2 de la loi du 26 avril 1999 stipule que les dispositions de la (nouvelle) loi ne s'appliquent pas aux procédures engagées auprès du Conseil de la concurrence ou de la Cour d'appel de Bruxelles au moment de l'entrée en vigueur de cette loi. Que toutes les dispositions de cette loi sont en outre entrées en vigueur au plus tard le premier jour du sixième mois qui a suivi celui au cours duquel elle a été publiée au Moniteur, soit le 1er octobre 1999.

Qu'il s'en suit que les dispositions de la (l'ancienne) loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique doivent dès lors être appliquées. (voir notamment décisions n° 2001-56 du 5 novembre 2001, 2001-PK 62 du 3 décembre 2001);

Attendu que l'article 48 § 1er de loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique énonce que « L'instruction visée à l'article 23 ne peut porter que sur des faits ne remontant pas à plus de cinq ans. Ce délai se compte à partir de la date de la décision du Service de la concurrence de procéder à une instruction d'office ou de la date de saisine du Service conformément à l'article 23, § 1er. »

Le paragraphe 2 de cette disposition précise que "Le délai de prescription en ce qui concerne la procédure d'instruction et de décision est de cinq ans à partir de la date visée au § 1er" .

La prescription ne sera interrompue que par des actes d'instruction ou de décision faits dans le délai déterminé sous l'alinéa précédent; ces actes font courir un nouveau délai d'égale durée... »

Attendu que plus de cinq ans se sont écoulés depuis la date de saisine du Service conformément à l'article 23, § 1er sans que la prescription ne soit interrompue par des actes d'instruction ou de décision, de sorte que les faits sont par conséquent prescrits.

Que le dossier doit dès lors, être classé.

#### PAR CES MOTIFS

Vu la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire et loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique ;



## le Conseil de la concurrence

constate que les faits visés dans la procédure enregistrée sous le n° PRA 93/0006 sont prescrits et en ordonne le classement conformément à l'art. 24 § 2 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique.

Ainsi statué le 19 février 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Patrick DE WOLF, Président, et de Mesdames Marie-Claude GREGOIRE, Dominique SMEETS et Carine DOUTRELEPONT, Membres.

## **Décision n°2002-P/K-19 du 19 février 2002**

Affaire PRA 94/0005, en cause la Ligue de Football en Salle Francophone contre l'Union Royale Belge des Sociétés de Football Association

### **1. Les parties**

#### **1.1. La plaignante**

La Ligue de Football en Salle Francophone (ci-après la LFFS) est une association sans but lucratif, située Quai du Roi Albert, 72 à 4020 Liège.

Elle a pour objet l'organisation et la propagation du football en salle au niveau de la Communauté française ou germanophone.

#### **1.2. Entreprise en cause**

L'Union Royale Belge des Sociétés de Football Association (ci-après URBSFA) est une association sans but lucratif sise Avenue Houba de Strooper, 145 à 1020 Bruxelles.

Elle a pour objet social l'organisation administrative et sportive, ainsi que la propagation du football sous toutes ses formes.

Depuis le 24 mai 1991, l'URBSFA organise également le football en salle.

### **2. Les faits**

1. La L.F.F.S. est une association sans but lucratif fondée le 14 janvier 1978, qui a pour objet social l'organisation et la propagation du football en salle au niveau de la communauté culturelle de langue française ou germanophone. Ses membres adhérents sont les personnes (joueurs membres des clubs ou arbitres), les clubs ou les groupements de clubs qui pratiquent le football en salle. Financée notamment par les recettes des manifestations qu'elle organise, par les cotisations des clubs de football en salle, par les droits de compétition de ses clubs pour les championnats et coupes qu'elle organise, le L.F.F.S. présente pour l'exercice 1993 des recettes totales de 35.998.032 francs. Au 31.12.1993, elle comptait 989 clubs et 20.580 affiliés. La L.F.F.S. et son homologue flamand (le V.Z.V.B.) sont les membres de l'Association Belge de Football en Salle (A.B.F.S.), organe de coordination nécessaire à l'organisation d'un championnat de football en salle en Belgique, à la mise sur pied de compétitions internationales entre la sélection belge formée de joueurs affiliés aux clubs de la L.F.F.S. et de V.Z.V.B. et d'autres équipes nationales, et, enfin, organe compétent pour les relations avec d'autres fédérations, notamment l'U.R.B.S.F.A..

2. L'U.R.B.S.F.A., communément appelée Union Belge, est également une association sans but lucratif, créée en 1895. Ayant pour objet social l'organisation administrative et sportive ainsi que la propagation du football sous toutes ses formes, elle organise également le football en salle. Ses membres sont principalement les clubs de football (en plein air comme en salle). Ces deux disciplines sont gérées de manière distincte selon leurs propres règles et par des organes statutaires distincts, l'assemblée générale extraordinaire de l'U.R.B.S.F.A. restant l'organe souverain. Les recettes de l'U.R.B.S.F.A. proviennent des cotisations de ses membres, de taxes sur les transferts, de contributions sur les recettes des matches joués en Belgique, de contrats de sponsoring, de droits sur les retransmissions télévisées, etc... Le budget de 1994 est de 424.774.000 francs. L'U.R.B.S.F.A. compte 457.000 personnes physiques affiliées, 7300 arbitres et 2300 clubs.

3. Le football en salle et le football sont apparus comme concurrents en 1976, situation qui généra entre les parties en cause les rapports que l'on peut résumer comme suit :

a) Dans une "chronique fédérale" parue à "La Vie Sportive" du 31 mars 1976, on peut lire que l'Union Belge admet que le football en salle est un sport à part entière, distinct du football, géré par une fédération susceptible de concurrencer l'Union Belge.

Le même chronique fédérale de 1976 fait apparaître que le succès grandissant du football en salle à travers le monde a amené les fédérations internationales (U.E.F.A. et F.I.F.A.) à prier les fédérations nationales d'organiser ce sport en leur sein.

L'U.E.F.A. laissait cependant aux fédérations nationales la possibilité de conclure une convention de collaboration avec une fédération de football en salle déjà existante.

b) Le 27 juillet 1976, une convention est conclue "par laquelle l'Union Belge, qui est responsable du football en salle, confie au B.Z.M.V.B. (première fédération belge de football en salle qui deviendra, en 1978, la L.F.F.S. et le V.Z.V.B.) le mandat d'organiser, de développer et de gérer le football en salle en Belgique". Elle sera tacitement reconduite jusqu'en 1985.

c) A cette convention succède pour la saison 1986/87 une nouvelle convention entre l'Union Belge et, cette fois, l'A.B.F.S., ayant le même objet. Cette convention, reconduite saison après saison, arrivera à expiration le 30 juin 1991.

d) Les négociations relatives à l'élaboration d'une nouvelle convention échouèrent suite, notamment, au refus de l'A.B.F.S. d'accepter les propositions de l'Union Belge formulées dans un document intitulé "Étude prospective pour l'intégration éventuelle du football en salle".

e) Le 24 mai 1991, le Comité exécutif de l'U.R.B.S.F.A. décida de confier l'organisation, la gestion au plan national et la représentation au plan international du football en salle en Belgique à l'Union Belge.

f) L'Union Belge décida, le 14 septembre 1991, de considérer l'A.B.F.S. comme groupement non conventionné et de lui appliquer les dispositions de l'article IV/4.22 de ses statuts.

g) Le 4 octobre 1991, la L.F.F.S. assigne l'Union Belge devant le tribunal de première instance de Liège (référé)

h) Une ordonnance est rendue par le Président du tribunal de première instance de Liège le 25 octobre 1991.

i) Le 19 décembre 1991, la L.F.F.S. dépose plainte devant la Commission des Communautés Européennes contre l'Union Belge.

j) Le 2 avril 1992, la L.F.F.S. assigne l'Union Belge devant le tribunal de première instance de Liège (fond).

k) Le 2 avril 1993, l'A.B.F.S. cite à nouveau l'Union Belge devant le tribunal de première instance de Liège (référé).

l) Le président du tribunal de première instance de Liège se déclare incompétent à défaut d'urgence par une ordonnance du 12 mai 1993.

m) La Commission des Communautés Européennes, annonce le 23 novembre 1993, avoir rédigé un projet de décision négative.

n) Une plainte fut encore déposée le 30 mai 1994 au Conseil de la concurrence (enregistrée sous le numéro PRA-94/0005) par laquelle la LFFS demande au Conseil de la concurrence de constater que

l'URBSFA aurait commis une violation des articles 2 et 3 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique et sollicite également des mesures provisoires;

o) Une décision (n° 94-VMP-3) fut rendue le 29 juin 1994 par laquelle le président du Conseil de la concurrence concluait que la demande de mesures provisoires était non-fondée ;

p) Le 19 novembre 1994, le Comité Exécutif national de l'A.B.F.S. (association regroupant la L.F.F.S. et son homologue flamand, la V.Z.V.B.) a décidé de s'affilier à la Federacion Internacional de Futbol Sala (F.I.F.U.S.A.). Cette affiliation permettait notamment à la V.Z.V.B. de maintenir sa reconnaissance par le BLOSO.

### 3. En droit

3.1 Attendu que la LFFS a déposé plainte par lettre du 30 mai 1994 contre l'URBSFA et a sollicité l'ouverture d'une enquête portant sur les faits qu'elle dénonçait. Elle sollicitait également que des mesures provisoires soient prises pour mettre un terme au préjudice qu'elle subissait;

3.2 Par décision du 29 juin 1994 n° 94-VMP-3, le Président du Conseil de la concurrence a conclu que la demande de mesures provisoires était recevable mais non fondée.

Dans cette décision , le Président du Conseil relevait déjà :

"...

qu'il résulte tant des pièces déposées que des explications fournies par les parties à l'audience qu'en réalité, le but de la demande de mesures provisoires est moins de voir éliminer des pratiques abusives reprochées à l'Union belge que de revenir à une situation analogue à celle qui existait entre parties de 1986 à 1991, période au cours de laquelle l'U.R.B.S.F.A. et l'A.B.F.S. se reconnaissaient réciproquement comme les fédérations organisant respectivement le football et le football en salle selon les règles fixées par l'U.E.F.A. et/ou par la F.I.F.A., et où l'A.B.F.S. organisait le championnat de Belgique et participait aux compétitions de football en salle organisées par l'U.E.F.A., la F.I.F.A. et le Comité Olympique;

Que s'il est vrai qu'en revenant à une situation analogue la plaignante échapperait au préjudice que le maintien de la situation actuelle lui fait subir, il n'en demeure pas moins que tant les règles établies à l'époque que celles proposées par la plaignante à titre de transaction paraissent pour le moins discutables sur le plan du droit de la concurrence dont elle invoque le respect;

Qu'il résulte en effet notamment de ce document que la plaignante propose la création d'une ligue de football en salle qui, rassemblant les ligues existantes que sont l'U.R.B.S.F.A., la L.F.F.S. et la V.Z.V.B., organiserait les compétitions nationales et internationales de football en salle en veillant à préserver l'unité des compétitions nationales de football en salle, en limitant la concurrence "dans un but d'efficacité économique au niveau de l'élaboration et de la commercialisation du produit final", et même en interdisant dans certains cas la double affiliation.

Attendu dès lors qu'il apparaît prima facie que ce n'est pas tant l'illicéité de pratiques concurrentielles de l'Union belge que la plaignante met en cause que le non-maintien ou la disparition d'une situation que lui conférait le monopole de l'organisation du football en salle;

Que la plaignante reproche actuellement à la défenderesse ce qu'elle proposerait de faire elle-même ultérieurement, seule ou conjointement avec l'Union belge, si elle recouvrait le droit d'organiser les compétitions nationales et internationales de football en salle;

Que les motifs de la présente demande ne rencontrent pas les objectifs de l'article 35 de la loi du 5 août 1991 en ce qu'ils visent à rétablir directement ou indirectement au profit de la plaignante un système restrictif de concurrence; "

3.3 Que depuis le 15 février 1996 aucun acte d'instruction ou de décision n'est intervenu ;

Que la plaignante n'a pas estimé devoir comparaître à l'audience du 19 février 2002.

### 3.4 Prescription des faits et droit applicable

Attendu que la présente procédure a été initiée en 1994;

Que l'article 47 alinéa 2 de la loi du 26 avril 1999 stipule que les dispositions de la (nouvelle) loi ne s'appliquent pas aux procédures engagées auprès du Conseil de la concurrence ou de la Cour d'appel de Bruxelles au moment de l'entrée en vigueur de cette loi. Toutes les dispositions de cette loi sont en outre entrées en vigueur au plus tard le premier jour du sixième mois qui a suivi celui au cours duquel elle a été publiée au Moniteur, soit le 1er octobre 1999.

Le rapport motivé établi par le Corps des Rapporteurs est daté du 29 octobre 2001.

Les dispositions de la (l'ancienne) loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique doivent dès lors être appliquées.

L'article 48 § 1er de loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique énonce que «L'instruction visée à l'article 23 ne peut porter que sur des faits ne remontant pas à plus de cinq ans. Ce délai se compte à partir de la date de la décision du Service de la concurrence de procéder à une instruction d'office ou de la date de saisine du Service conformément à l'article 23, § 1er. »

Le paragraphe 2 de cette disposition précise que "Le délai de prescription en ce qui concerne la procédure d'instruction et de décision est de cinq ans à partir de la date visée au § 1er" .

La prescription ne sera interrompue que par des actes d'instruction ou de décision faits dans le délai déterminé sous l'alinéa précédent; ces actes font courir un nouveau délai d'égale durée... »

Force est de constater que plus de cinq ans se sont écoulés depuis la date de saisine du Service conformément à l'article 23, § 1er sans que la prescription ne soit interrompue par des actes d'instruction ou de décision, de sorte que les faits sont par conséquent prescrits.

3.5 Attendu que le Corps des Rapporteurs, dans son rapport motivé du 29 octobre 2001, propose également au Conseil de la concurrence de constater que les faits de la cause sont prescrits et d'en ordonner le classement ;

Le dossier doit dès lors, être classé.

Vu le rapport motivé du Corps des Rapporteurs daté du 29 octobre 2001;

Vu la notification de ce rapport à la partie plaignante par le Corps des Rapporteurs de la concurrence par lettre du 14 novembre 2001 ;

Vu la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire et loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique ;

Entendu lors de l'audience du 19 février 2002, Monsieur Patrick Marchand, Rapporteur au nom du Corps des Rapporteurs ;

Attendu que le plaignant, bien que régulièrement convoqué, n'a pas comparu ;

## PAR CES MOTIFS

### le Conseil de la concurrence

- constate que les faits visés dans la procédure enregistrée sous le n° PRA 94/0005 sont prescrits et en ordonne le classement conformément aux articles 24 § 2 et 48 §2 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique.

Ainsi statué le 19 février 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Patrick DE WOLF, Président, et de Mesdames Marie-Claude GREGOIRE Dominique SMEETS et Carine DOUTRELEPONT, Membres.

## **Décision n°2002-P/K-20 du 19 février 2002**

Affaire PRA - 94/0013, HPC Hypocaust SA c/ Deceuninck Plastics Industries NV

En cause de :

Hypocaust SA, société anonyme de droit belge, ayant son siège social à 1000 Bruxelles, Quai du Commerce, 20 et ayant pour activité de grossiste en chauffage ;

Contre :

Deceuninck NV, société anonyme de droit belge, ayant son siège social à 8840 Hooglede-Gits, Bruggesteeweg, 164, et ayant pour activité la fabrication de châssis en PVC ;

Vu la lettre du 13 septembre 1994 adressée au Conseil de la concurrence et enregistrée sous le numéro PRA - 94/0013, par laquelle la S.A. Hypocaust dépose plainte contre la S.A. Deceuninck pour violation de l'article 3 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique;

Vu le rapport motivé du Corps des Rapporteurs daté du 31 octobre 2001 et reçu au secrétariat du Conseil de la concurrence le 5 novembre 2001 ;

Vu la notification de ce rapport à la partie plaignante par le Corps des Rapporteurs par lettre du 14 novembre 2001 ;

Vu la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire et la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique;

Attendu que le Corps des Rapporteurs, dans son rapport motivé du 31 octobre 2001, propose au Conseil de la concurrence de constater que les faits visés au dossier sont prescrits et d'en ordonner le classement ;

Entendu lors de l'audience du 19 février 2002, Monsieur Patrick Marchand, Rapporteur au nom du Corps des Rapporteurs ;

Attendu que le plaignant, bien que régulièrement convoqué, n'a pas comparu à cette audience;

### **Objet de la plainte**

Attendu qu'il résulte de la plainte du 13 septembre 1994 adressée par la S.A. Hypocaust au Service de la concurrence qu'elle a signé le 24 mai 1984 une convention de vente avec les Ets Deceuninck Plastics SA comprenant un engagement d'utilisation exclusive des profilés de châssis en PVC Deceuninck, sans mention de quantités minimales à acheter ;

Qu'en 1991 et en 1993, la S.A. Deceuninck a, par courrier, informé la S.A. Hypocaust que l'octroi de remises sur les prix tarifs serait lié à la réalisation d'un chiffre d'affaires minimum ;

Que depuis le 2 juin 1994, la S.A. Hypocaust n'est plus reconnue par la S.A. Deceuninck comme "constructeur agréé", le chiffre d'affaires minimum fixé par la S.A. Deceuninck pour obtenir les conditions de tarifs liés à cette quantité n'étant plus atteint ;

La S.A. Hypocaust estime dès lors que la S.A. Deceuninck, en violation de l'article 3 de la loi, a abusé de sa position dominante sur le marché de la fabrication de profilés en PVC, lui créant un énorme préjudice ;

Qu'à la date du dépôt de la plainte, la S.A. Hypocaust était à la recherche d'un nouveau fournisseur de profilés ;

Que des modifications de programmation des machines de la S.A. Hypocaust seraient nécessaires en raison du fait qu'un programme informatique spécifique avait été réalisé pour les profilés Deceuninck et ne pouvait servir qu'à ces profilés ;

Qu'un préjudice commercial important allait probablement en résulter dans le chef de la S.A. Hypocaust ;

Attendu que le dernier acte d'instruction du Service de la Concurrence a été réalisé en cette procédure le 25 avril 1995 ;

Que la S.A. Hypocaust s'est en outre désintéressée de la plainte qu'elle a déposée en 1994 et n'a pas estimé devoir comparaître à l'audience de ce jour ;

### Prescription des faits et droit applicable

Attendu que la présente procédure a été initiée le 13 septembre 1994 ;

Que l'article 47 alinéa 2 de la loi du 26 avril 1999 stipule que les dispositions de la (nouvelle) loi ne s'appliquent pas aux procédures engagées auprès du Conseil de la concurrence ou de la Cour d'appel de Bruxelles au moment de l'entrée en vigueur de cette loi ;

Que toutes les dispositions de cette loi sont entrées en vigueur au plus tard le premier jour du sixième mois qui a suivi celui au cours duquel elle a été publiée au Moniteur, soit le 1er octobre 1999 ;

Attendu que le rapport motivé établi par le Corps des Rapporteurs est daté du 31 octobre 2001 et a été transmis au secrétariat du Conseil de la concurrence le 5 novembre 2001 ;

Que les dispositions de la (l'ancienne) loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique doivent dès lors être appliquées. (voir notamment décisions n° 2001-P/K-56 du 5 novembre 2001, 2001-PK-62 du 3 décembre 2001) ;

Attendu par ailleurs que l'article 48 § 1er de loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique énonce que « l'instruction visée à l'article 23 ne peut porter que sur des faits ne remontant pas à plus de cinq ans. Ce délai se compte à partir de la date de la décision du Service de la concurrence de procéder à une instruction d'office ou de la date de saisine du Service conformément à l'article 23, § 1er. » ;

Le paragraphe 2 de cette disposition précise que « le délai de prescription en ce qui concerne la procédure d'instruction et de décision est de cinq ans à partir de la date visée au § 1er" . La prescription ne sera interrompue que par des actes d'instruction ou de décision faits dans le délai déterminé sous l'alinéa précédent; ces actes font courir un nouveau délai d'égale durée... » ;

Attendu que plus de cinq ans se sont écoulés depuis la date de la décision du Service de la concurrence de procéder à une instruction d'office ou depuis la date de saisine du Service conformément à l'article 23, § 1er sans que la prescription ne soit interrompue par des actes d'instruction ou de décision, de sorte que les faits sont prescrits ;

Que le dossier doit dès lors, être classé.



## PAR CES MOTIFS

### le Conseil de la concurrence

Constate que les faits visés dans la procédure enregistrée sous le n° PRA - 94/0013 sont prescrits et en ordonne le classement conformément aux articles 24 § 2 et 48 (ancien) de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique.

Ainsi statué le 19 février 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Patrick DE WOLF, Président, et de Mesdames Marie-Claude GREGOIRE, Dominique SMEETS, et Carine DOUTRELEPONT, Membres.

## **Décision n°2002-C/C-21 du 20 février 2002**

Affaire CONC-C/C-02/0002

### **BERNHEIM COMOFI SA / IMMOBILIERE GENERALE DES PARKINGS SA – INTERPARKING SA**

Vu la notification de l'opération de concentration déposée au secrétariat du Conseil de la concurrence le 7 janvier 2002.

Vu le Rapport du Corps des Rapporteurs du 30 janvier 2002.

Entendu à l'audience du 20 février 2002 :

- le Rapporteur en son rapport;
- Maîtres Johan Ysewyn et Peter Camasasca, Avocats à l'ordre néerlandais du barreau de Bruxelles, représentant commun de la partie notifiante.

#### **A. Les parties en cause**

##### **L'acquéreur**

La S.A. Bernheim Comofi ayant son siège social chaussée de la Hulpe 166 à 1170 Bruxelles (R.C.B. 76.580) est une société de droit belge active dans le secteur de la propriété immobilière en Belgique et en Europe de l'Est, dans la gestion d'actifs et dans la gestion immobilière. C'est une filiale entièrement détenue par la société Security Capital European Realty, société de droit luxembourgeois.

En 2000, Bernheim Comofi a réalisé 83 % de son chiffre d'affaires communautaire par la consolidation du chiffre d'affaires d'Interparking.

##### **Le vendeur**

La famille De Clercq détient 26,4 % des actions de la société Interparking S.A. par le biais de la S.A. Immobilière Générale des Parkings (ci-après "IGP"), ayant son siège social rue de l'Evêque 1 à 1000 Bruxelles (R.C.B. 554.613).

##### **La société cible**

La S.A. Interparking ayant son siège social rue de l'Evêque 1 à 1000 Bruxelles (R.C.B. 223.432) est une société commerciale et une société holding active dans le secteur du développement et de l'exploitation de parkings publics.

La S.A. Interparking est active dans l'Union Européenne, et principalement en Belgique et en Allemagne, et à un moindre niveau, en Autriche, en France, en Italie, aux Pays-Bas et en Espagne.

Avant l'opération, Interparking était contrôlé conjointement par Bernheim Comofi (73.6 %) et IGP (26,4 %).

#### **B. L'opération notifiée**

Par l'opération en cause, Bernheim Comofi entend acquérir 11,4 % supplémentaires des actions d'Interparking et son contrôle, en vertu d'un accord signé le 7 décembre 2001 par lequel la famille De Clerck lui transfère ses actions de IGP.

Après la concentration, Bernheim Comofi détiendra par conséquent le contrôle unique d'Interparking avec 85 % des actions.

La concentration notifiée a pour effet de transformer une situation de contrôle conjoint en une situation de contrôle unique.

Les sociétés précitées sont des entreprises au sens de l'article 1er de la loi et l'opération notifiée est une opération de concentration au sens de l'article 9 de la loi.

Sur la base des indications fournies par les parties, les seuils de chiffres d'affaires visés à l'article 11 de la loi sont atteints.

La notification de concentration a été effectuée dans le délai visé à l'article 12, §1, de la L.P.C.E.

## C. Les marchés concernés

Le secteur économique concerné par la concentration est celui des services annexes des transports terrestres (code NACE 63.21).

### 1. Marchés de produits concernés

Le marché des emplacements de parkings se présente comme suit :

- les garages privés;
- les garages et parkings privés situés dans des immeubles de bureaux;
- les emplacements de parkings publics gratuits situés sur la voirie;
- les emplacements de parkings publics gratuits situés dans des hôpitaux, des grandes surfaces commerciales ou centres commerciaux;
- les emplacements de parkings publics payants situés en dehors de la voirie;
- les emplacements de parkings publics payants situés sur la voirie (horodateurs, parcomètres...).

Selon les parties notifiantes, le marché concerné par l'opération se limite au marché des emplacements de parkings publics payants. Cette définition du marché exclut deux segments: celui des emplacements de parkings publics gratuits et celui des garages privés (incluant les garages parkings situés dans des immeubles résidentiels ou commerciaux qui ne sont pas ouverts au public).

Les parties estiment que le volume total du marché des emplacements de parking en Belgique est de 500.000 places (en ce compris les emplacements gratuits et privés).

Les parties considèrent qu'au moins la moitié de ces emplacements sont des emplacements de parkings publics ou des emplacements de parkings payants situés sur ou en dehors de la voirie ("open lots") ou des parkings indépendants (parkings immeubles). De ce chiffre 98.000 à 100.000 emplacements relèvent des parkings publics payants hors voirie (de plus de 100 emplacements).

La S.A. City Parking partage grosso modo l'avis des parties quant à la définition du marché. En revanche, Parking Cathédrale estime que les emplacements de parking situés sur ou près de la voirie forment un marché distinct de celui des emplacements de parking situés dans des immeubles. Dans ce cas de figure, le volume du marché serait limité à environ 100.000 emplacements.

La Fédération des Parkings de Belgique estime pour sa part que le marché du parking hors voirie s'inscrit dans le cadre plus large du marché du stationnement qu'il soit payé par l'utilisateur ou organisé et financé par le point de destination de l'utilisateur. Cependant, elle exclut le marché des emplacements de garage dans la mesure où ceux-ci répondent essentiellement à un besoin de stockage du véhicule au domicile plutôt que de stationnement à l'occasion d'un déplacement.

Le Conseil de la concurrence estime qu'il n'y a pas lieu de trancher la question relative à la définition du marché dès lors que, sur la base des informations communiquées par les parties, l'opération n'entraîne pas la constitution ou le renforcement d'une position dominante dans le chef des parties notifiantes, quel que soit le marché retenu et même dans l'hypothèse où la définition de marché la plus restrictive serait retenue.

## 2. Marché géographique concerné

Le marché géographique est l'ensemble du territoire belge du point de vue de l'offre. Cependant, il peut être restreint aux diverses agglomérations belges, voire aux zones de chalandise du point de vue de la demande.

## D. Analyse concurrentielle

### 1. Structure de l'offre et de la demande

Outre Interparking, les principaux concurrents sur ce marché sont : City Parking, Setex (Vinci), Parking Cathédrale et Q Park.

D'après l'étude réalisée par la Fédération des Parkings de Belgique, leurs parts de marché sont les suivantes si l'on restreint le marché aux seuls emplacements de parkings publics payants hors voirie :

<b>Société</b>	<b>Nombre d'emplacements</b>	<b>Part de marché</b>
INTERPARKING	35.572	36,2 %
CITY PARKING	7.475	7,6 %
PARKING CATHEDRALE	3.621	3,7 %
SETEX (VINCI)	2.747	2,8 %
AUTRES	48.908	49,7 %
<b>TOTAL</b>	<b>98.323</b>	<b>100 %</b>

La répartition par agglomération en Belgique des emplacements de parkings payants d'Interparking est la suivante :

<b>Ville</b>	<b>Parkings</b>	<b>Emplacements</b>
ANVERS	17	6.200
BRUGES	6	3.910
BRUXELLES	24	12.907
GAND	3	2.000
KNOKKE	2	340
LIEGE	2	55
NAMUR	1	250
ZAVENTEM	7	9.461
<b>TOTAL</b>	<b>62</b>	<b>35.623</b>

Les emplacements publics payants sont détenus en propriété ou font l'objet d'un bail, d'une concession ou sont administrés par une autorité publique locale ou par des opérateurs privés. Souvent, l'autorité publique locale fixe une partie des conditions d'exploitation et des prix. Sous cette réserve, un opérateur, qui est propriétaire ou locataire d'un parking, fixe généralement les conditions d'exploitation et les prix.

Si l'on retient par contre le marché des emplacements de parkings publics payants en Belgique, les parties disposent alors d'une part de marché de 10 à 20 % , nettement inférieure à 25%.

## 2. Discussion

Les parties signalent que le segment des emplacements de parkings publics gratuits et celui des emplacements de parkings privés exercent des contraintes compétitives sur le marché des

emplacements de parkings publics payants. Ce point est également relevé par la Fédération des Parkings de Belgique.

Le Conseil constate que quelle que soit la définition du marché retenue, la concentration n'entraînera pas de modifications au niveau des parts de marché sur le marché en cause. Comme le fait remarquer la S.A. CityParking, "la société Bernheim Comofi, qui accroît sa participation dans notre concurrent Interparking, n'est pas présente dans cette activité, et dès lors ne modifie pas la concurrence dans ce secteur par son opération portant sur le contrôle unique d'Interparking."

Aucun acteur interrogé par le Service de la concurrence n'émet de remarques quant à l'opération en cause.

Quelle que soit la définition de marché susceptible d'être retenue, la présente opération de concentration n'aura qu'un effet concurrentiel limité en Belgique, dans la mesure où Interparking est contrôlée actuellement de façon conjointe par IGP et Bernheim Comofi et que cette dernière société est exclusivement active sur ce segment en Belgique via sa participation dans Interparking.

Le Conseil estime en conséquence que la concentration notifiée n'aura pas pour effet l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante qui entrave de manière significative une concurrence effective sur le marché belge concerné ou sur une partie substantielle de celui-ci.

## PAR CES MOTIFS

### LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Constata que la concentration tombe dans le champ d'application de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique et est admissible en vertu de l'article 33, §2, 1. a, de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique.

Ainsi décidé le 20 février 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur De Wolf, Président de chambre, de Madame Béatrice Ponet, de Madame Dominique Smeets et de Monsieur Pierre Battard, Membres.

## **Décision n°2002-C/C-22 du 20 février 2002**

Affaire CONC-C/C-02/0004

American Express International Inc – BBL Travel American Express S.A.

Vu la notification de l'opération de concentration déposée au secrétariat du Conseil de la concurrence le 9 janvier 2002.

Vu le Rapport du Corps des Rapporteurs du 30 janvier 2002.

Entendu à l'audience du 20 février 2002 :

- le Rapporteur en son rapport;
- Maître Lionel Evrard, Avocat à l'ordre francophone du barreau de Bruxelles, représentant commun des parties notifiantes.

### **A. Les parties en cause**

#### **L'acquéreur**

American Express International Inc. (ci-après " Amex "), ayant son siège social World Financial Center, American Express Tower, New York, NY, 10285-0550 et une succursale en Belgique située boulevard du Souverain 100 à 1170 Bruxelles, est une société de droit américain régie par les lois de l'Etat du Delaware.

Amex est une filiale à 100 % de la société American Express Travel Related Services, elle-même filiale à 100 % de la société American Express Co.

Amex exploite directement ou au titre de holding les activités de voyage du groupe American Express dans le monde.

Amex exerce plus particulièrement l'activité de voyage d'affaires en Belgique et au Luxembourg par le biais de la société BBL Travel American Express.

#### **Le vendeur**

La S.A. Banque Bruxelles Lambert (ci-après " BBL "), ayant son siège social avenue Marnix 24 à 1000 Bruxelles, est une société anonyme de droit belge.

BBL est une filiale à 99,05 % du groupe ING. Le solde des actions est réparti entre le personnel de la BBL et le grand public.

BBL est présente principalement dans les activités bancaires et d'assurance. Elle assume également des activités d'agence de voyage, de financement-location et de conseils.

#### **La société cible**

La S.A. BBL Travel American Express ayant son siège social Lenneke Marelaan 6 à 1932 Sint Stevens-Woluwe, est une société anonyme de droit belge.

Cette joint-venture a été constituée le 25 juin 1998 par Amex et BBL en vue d'unir leurs activités respectives dans le domaine des agences de voyage d'affaires sur les marchés belge et luxembourgeois.

L'essentiel des contacts avec la clientèle belge s'effectuant par téléphone, courrier, courriels ou via un site Internet, BBL Travel American Express dispose de deux "call centers" situés à Bruxelles. Elle est aussi directement implantée au sein de vingt-quatre grandes sociétés clientes (ex : [CONFIDENTIEL], ...) et possède encore cinq agences en Belgique : Tournai, Antwerpen, Liège, Diest et Gent.

## B. L'opération notifiée

La notification a pour objet une opération de concentration qui concerne la prise de contrôle réalisée par le biais du rachat par Amex des actions détenues par BBL dans BBL Travel American Express, à savoir 50 % de son capital.

[CONFIDENTIEL]

En cas de réalisation de l'opération de concentration en cours, Amex détiendra 100 % du capital de BBL Travel American Express.

Les sociétés précitées sont des entreprises au sens de l'article 1er de la loi et l'opération notifiée est une opération de concentration au sens de l'article 9 de la loi.

Sur la base des indications fournies par les parties, les seuils de chiffres d'affaires visés à l'article 11 de la loi sont atteints.

## C. Les marchés concernés

Le secteur économique mis en cause par la concentration est le secteur des "agences de voyage et tour operators". (code NACE 63.3)

### 1. Marchés de produits concernés

Selon les parties, le marché en cause est celui des services prestés par les agences de voyage pour les voyages d'affaires.

Dans ses décisions (Affaire IV/M.564, Havas Voyage / American Express, décision du 6 avril 1995 et affaire IV/M.1102, BBL / American Express, décision du 29 avril 1998), la Commission des communautés européennes a précisé que le marché des services prestés par les agences de voyage pour les voyages d'affaires est distinct de celui des services prestés par les agences de voyage de loisirs.

Ainsi, la Commission des communautés européennes a estimé que :

"s'agissant de marché de produits, plusieurs éléments conduisent à considérer que les deux activités appartiennent à des marchés distincts :

- la prestation rendue est différente. Il s'agit d'une prestation complexe portant sur l'organisation globale d'un séjour en ce qui concerne l'activité de loisirs et essentiellement la billetterie en ce qui concerne l'activité de voyage d'affaires;

- la structure de l'offre est différente. Certains acteurs importants ne sont présents que dans l'une de ces activités (...). Les acteurs qui exercent les deux activités les exercent dans le cadre de structures différentes;

- les clients sont différents, il s'agit d'entreprises dans un cas, de particuliers dans l'autre;

- les conditions de paiement sont également différentes ainsi que le taux de rémunération de l'agence de voyage (...) pour le voyage d'affaires par rapport au voyage de loisirs. "

Le Conseil de la concurrence s'est également prononcé dans ce sens et a fait une distinction entre le marché des voyages d'affaire et le marché des voyages de loisirs (Décision n°2001-C/C-32 du 18 juin 2001, en cause Ticket BBL Travel et Reizen Theo Huybrechts - Kroon Reizen - L'Epervier).

Les concurrents Carlson Wagonlit Travel, V.I.P. Travel International et TQ3 sont aussi d'accord avec la définition de marché proposée par les parties.

Selon les parties, les services prestés par les agences de voyage d'affaires sont les suivants :

- réservation et émission de tickets d'avion, de train ou de ferry;
- réservation d'hôtels et de location de voitures;
- vente de produits d'assurance liés au voyage d'affaires;
- vente de produits " foires ";
- vente de produits groupes et incentives;
- vente de produits loisirs au personnel des sociétés sous contrat avec l'agence de voyage d'affaires ;
- et service après-vente.

## 2. Marché géographique concerné

Le marché géographique porte sur l'ensemble du territoire belge. Au sujet de la dimension géographique du marché en cause, la Commission des communautés européennes a reconnu à plusieurs reprises que le marché du voyage d'affaires présente une dimension nationale (Affaire IV/M.564, Havas Voyage / American Express, op. cit., page 4, affaire IV/M.1102, BBL / American Express, op. cit., page 3 et affaire IV/M.350, West L.B. / Thomas Cook / LTU, décision du 30 juin 1993, page 2).

Le Conseil de la concurrence s'est également prononcé dans ce sens (Décision n°2001-C/C-32 du 18 juin 2001, en cause Ticket BBL Travel et Reizen Theo Huybrechts - Kroon Reizen - L'Epervier).

## D. Analyse concurrentielle

### 1. Position des parties sur le marché belge

L'opération de concentration en cours n'a pas pour effet de réaliser une addition de parts de marché pour les parties sur le marché belge en cause. En effet, BBL Travel American Express a été créée en 1998 par Amex et BBL en vue d'unir au sein de cette joint-venture l'ensemble de leurs activités respectives dans le domaine de l'agence de voyages d'affaires pour les territoires belge et luxembourgeois.

Selon les parties, en l'absence de données plus précises, les acteurs sur le marché des voyages d'affaires considèrent que le montant consolidé correspondant à l'ensemble des tickets d'avions vendus en Belgique et au Luxembourg pour une année est représentatif du chiffre d'affaires réalisé sur ce marché cette année.

Suivant cette estimation, les chiffres d'affaires totaux des billets d'avions vendus dans le cadre du marché des voyages d'affaires en Belgique et au Luxembourg se présentent comme suit pour les trois dernières années écoulées :

- pour 2001 : 850.000.000 euro (11 mois) ;
- pour 2000 : 929.500.000 euro;
- pour 1999 : 832.000.000 euro.

Les chiffres d'affaires correspondants (même secteur, même dimension géographique et mêmes années) de BBL Travel American Express sont les suivants :

- pour 2001 : 188.520.419 euro (12 mois);



- pour 2000 : 217.254.421 euro;
- pour 1999 : 211.318.248 euro.

La part de marché détenue par BBL Travel American Express est donc évaluée par les parties pour 2001 à environ 23 %.

V.I.P. Travel International donne les estimations suivantes en ce qui concerne la valeur totale du marché belge des voyages d'affaires pour les trois dernières années écoulées :

- pour 2000 : 39 milliards BEF (966.784.740 euro);
- pour 1999 : 38 milliards BEF (941.995.390 euro);
- pour 1998 : 37 milliards BEF (917.206.040 euro).

Il apprécie la part de marché de BBL Travel American Express sur le marché belge du voyage d'affaires pour chacune des trois dernières années écoulées à 20 %.

TQ3 donne pour 2001 à BBL Travel American Express une part de marché de 15 % .

Carlson Wagonlit Travel fournit une estimation du marché BSP (billetterie aérienne sur vol régulier) pour 2000 : 1.250.000.000 euro. La société considère que le voyage d'affaires représente probablement 60 % de ce volume (750.000.000 euro).

## 2. Présentation globale des autres acteurs sur le marché en cause

Il n'existe aucun degré d'intégration verticale sur le marché des voyages d'affaires par opposition à celui des voyages de loisirs où les tours opérateurs possèdent également leur propre réseau de distribution.

Les fournisseurs des agences de voyages d'affaires, à savoir principalement les compagnies aériennes, les loueurs de voitures et les chaînes hôtelières fixent le prix de leurs services. Les agences sont rétribuées par leurs fournisseurs par le biais d'une commission fixe à toutes les agences et, éventuellement, par une commission supplémentaire.

Les principaux fournisseurs de BBL Travel American Express sont les compagnies aériennes (anciennement Sabena : 48% du montant des achats, Lufthansa : 9% et Air France : 4%) et les loueurs de voitures (Hertz : 57% et Avis : 39%).

La clientèle est composée de grandes multinationales, de sociétés à vocation internationale et de PME.

Si les grandes sociétés multinationales opèrent par appels d'offres internationaux auprès de réseaux d'agences présents mondialement, les autres sociétés, qui représentent la grande majorité du marché, font appel à tout type d'agence, spécialisée ou non, nationale ou locale.

Les cinq clients principaux de BBL Travel American Express représentent ensemble 19 % de son chiffre d'affaires.

Quant aux principaux concurrents des parties sur le marché belge en cause, il s'agit de Carlson Wagonlits, TQ3, World Travel Partners et VIP Travel.

Ces cinq acteurs représentent 65 % du marché total des services prestés par les agences de voyage d'affaires. Le solde se répartit entre plus ou moins 1100 autres agences de voyage présentes en Belgique.

### 3. Appréciation

Sur la marché des services prestés par les agences de voyage pour les voyages d'affaires, la présente opération de concentration n'aura qu'un effet concurrentiel limité en Belgique, dans la mesure où BBL Travel American Express est contrôlée actuellement de façon conjointe par BBL et par Amex et que cette dernière société est exclusivement active sur ce segment en Belgique via sa participation dans BBL Travel American Express.

Aucun acteur interrogé par le Service de la concurrence n'émet par ailleurs de remarques quant à l'opération en cause.

En outre, les parts de marché des parties à l'opération ne dépassent pas 25 %.

En conséquence, le Conseil de la concurrence estime que la concentration notifiée n'aura pas pour effet l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante qui entrave de manière significative une concurrence effective sur le marché belge concerné ou sur une partie substantielle de celui-ci.

### E. Délais

La notification a été effectuée le 9 janvier 2002, soit avec un très léger retard par rapport au délai d'un mois visé à l'article 12 § 1er de la loi sur la protection de la concurrence économique.

Nonobstant les arguments avancés, le Conseil de la concurrence estime devoir imposer une amende de principe, conformément à l'article 37, §1, de la L.P.C.E.

## PAR CES MOTIFS

### LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE

- Constate que la concentration tombe dans le champ d'application de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique et est admissible en vertu de l'article 33, §2, 1. a, de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique.
- inflige aux parties notifiantes solidairement une amende de 500 euros.

Ainsi décidé le 20 février 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Patrick De Wolf, Président de chambre, de Madame Béatrice Ponet, de Madame Dominique Smeets et de Monsieur Pierre Battard, Membres.

## **Beslissing nr. 2002-C/C-23 van 4 maart 2002**

Inzake :

Sobel N.V., met maatschappelijke zetel te NL-5680 AJ Best, Postbus 380, NCB-Weg 10

en:

Degussa AG, met maatschappelijke zetel te D-40474 Düsseldorf, Bennigsen Platz 1

en:

SKW Gelatine & Specialities, met adres te F-92641 Boulogne-Billancourt Cedex, Place des Ailes 4

Gelet op de Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (hierna "W.B.E.M.");

Gezien de aanmelding aan het Secretariaat van de Raad voor de Mededinging van een concentratie, aangemeld op 16 januari 2002;

Gezien de mededeling voor onderzoek door het Secretariaat van de Raad voor de Mededinging aan het Korps van Verslaggevers conform artikel 32 bis §1 W.B.E.M. op 17 januari 2002;

Gezien het onderzoeksdossier van de Dienst voor de Mededinging, zoals meegedeeld aan de Verslaggever op 5 februari 2002;

Gezien het gemotiveerd verslag van de Verslaggever in toepassing van artikel 32 §2 W.B.E.M. opgesteld op 6 februari 2002 en betekend aan de Raad voor de Mededinging op 7 februari 2002;

Gehoord de Verslaggever de heer Bert Stulens ter zitting dd. 4 maart 2002;

Gehoord de partijen die ter zitting verschenen zijn op 4 maart 2002:

- Mr. Bernard van de Walle de Ghelcke;
- Mr. Thomas Franchoo
- De heer Anton Lammers, vice-voorzitter van de Raad van Bestuur van Sobel N.V.

### **1. De aanmeldende en betrokken partijen**

Als koper treedt op Sobel N.V. (hierna "Sobel"). Sobel is de moedermaatschappij van vijf internationaal opererende divisies die wereldwijd actief zijn binnen twee segmenten: "healthcare products" (producten voor gezondheidszorg) en "natural organic products" (natuurlijke, organische producten). De producten van Sobel worden als grondstof in de voedings-, de diervoeder- en de farmaceutische industrie gebruikt.

Als verkoper treedt op Degussa AG (hierna "Degussa"). Degussa is een multinationale onderneming met tweeëntwintig business units, die in zes divisies zijn gegroepeerd: "Health & Nutrition", "Construction Chemicals", "Fine & Industrial Chemicals", "Performance Chemicals", "Coatings & Advanced Fillers" en "Speciality Polymers". Daarnaast is er een unit waarin Degussa haar niet-kernactiviteiten heeft ondergebracht. Het productgamma van Degussa bevat onder meer: voedingssupplementen, textuursystemen, chemicaliën voor andere bouw- en industriële verven, fijne chemicaliën voor de farmaceutische en de agro-industrie, bleek- en waterchemicaliën, superabsorbenten, siliconen, coatings, kleurstoffen, geavanceerde vulmiddelen, hoogwaardige polymeren en plexiglas. Degussa is een multinationale onderneming, gecontroleerd door E.ON AG.

De doelonderneming is SKW Gelatin & Specialties (hierna "SKW G&S"). SKW G&S produceert en verkoopt gelatine. De gelatine van SKW G&S wordt voor een brede waaier van toepassingen verkocht, hoofdzakelijk voor toepassingen in de farmaceutische, de fotografische en de voedingsindustrie. Andere gelatinetoepassingen omvatten de elektrometallurgie, lucifers, plastics en lijm. Als bijproducten van gelatine produceert SKW G&S eveneens vet en dicalciumfosfaat (hierna "DCF"). Vet wordt als grondstof voor de productie van diervoeder gebruikt. DCF wordt als diervoeder voor de pluimveeindustrie en als meststof gebruikt. Er dient te worden opgemerkt dat SKW G&S als een business unit binnen de Health and Nutrition divisie van Degussa opereert en tot op heden alle juridische entiteiten van Degussa's gelatinebusiness groepeerd. Deze juridische entiteiten worden door Degussa via haar dochterondernemingen gecontroleerd. SKW G&S is uitsluitend de benaming van een business unit maar vormt zelf geen juridische entiteit.

## 2. De aanmeldingsplicht – overeenkomst van concentratie

Op 21 december 2001 sloten de verkoper en koper een "Sale and Purchase" overeenkomst. Volgens deze overeenkomst verkopen Degussa en haar vijf dochterondernemingen (deze vijf dochterondernemingen zijn: Degussa Health and Nutrition GmbH; Degussa Health and Nutrition Holding France SAS; Degussa Health and Nutrition France SAS; Degussa Health and Nutrition US, LP; Degussa Health and Nutrition Sales Inc.) hun rechten, aanspraken en belangen in de juridische eenheden van Degussa's gelatinebusiness SKW G&S. De concentratie bestaat uit een gecombineerde verkoop van aandelen en activa.

Tevens worden ook de relevante intellectuele eigendomsrechten met betrekking tot SKW G&S van Degussa Health & Nutrition France SAS aan Sobel verkocht conform afzonderlijke overeenkomsten tot overdracht van aandelen en een overeenkomst tot overdracht van de Franse intellectuele eigendom.

Deze transacties leiden tot een verkrijging van uitsluitende zeggenschap van Sobel over de juridische entiteiten van SKW G&S. Concreet verwerft Sobel aandelen in de volgende juridische entiteiten:

- SKW Gelatin & Specialties France SAS (Frankrijk);
- SKW Gelatin & Specialties Manufacturing, LLC (V.S.);
- SKW Gelatin & Specialties Sales, LLC (V.S.);
- SKW Gelatin & Specialties GmbH.

Door de overname van SKW Gelatin & Specialties GmbH verkrijgt Sobel de controle over de volgende ondernemingen:

- SKW Biosystems N.V. (België);
- SKW Biosystems Ltd. (Verenigd Koninkrijk);
- SKW Biosystems Argentina S.A. (Argentinië);
- SKW Gelatin & Specialties S.L. (Spanje);
- SKW Gelatin & Specialties (M) Sdn. Bhd. (Maleisië);
- Guangdong Bio-industries Co. (China).

Na de totstandbrenging van de concentratie verkrijgt Sobel alle aandelen van Degussa in SKW G&S. SKW G&S zal in Sobel worden geïntegreerd en zal als een afzonderlijke divisie "gelatineproducten" opereren, naast de bestaande divisies "natural organic products" en "healthcare products".

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

De aanmelding van de concentratie gebeurde op 16 januari 2002. De aanmelding geschiedde derhalve tijdig conform artikel 12, §1 W.B.E.M.

Uit de voorgelegde omzetcijfers van de betrokken ondernemingen blijkt dat de drempels voorzien in artikel 11, §1 W.B.E.M. werden overschreden, zodat de concentratie diende te worden aangemeld. Sobel behaalde in het boekjaar 2000 een omzet van 63,2 miljoen euro in België. De door SKW G&S

voorgelegde omzetcijfers zijn vertrouwelijk. De individuele omzet van SKW G&S in België tijdens datzelfde boekjaar bedroeg meer dan 15 miljoen euro.

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

### 3. De marktafbakening

#### 3.1. De relevante productmarkten

De voorgenomen concentratie heeft betrekking op vijf afzonderlijke productmarkten:

- De markt voor de productie en verkoop van gelatine;
- De markt voor de productie en verkoop van lijm;
- De markt voor de productie en verkoop van vetten;
- De markt voor de productie en verkoop van fosfaat;
- De markt voor de productie en de marketing van gelatinecapsules.

De Raad voor de Mededinging is van mening dat drie van de vijf afzonderlijke productmarkten niet als betrokken markten kunnen worden weerhouden. De redenen hiervoor worden hierna uiteengezet.

Wat de markt voor de productie en verkoop van lijm betreft, is er geen overlapping tussen de activiteiten van Sobel en SKW G&S op deze markt in België.

Wat de markt voor de productie en verkoop van vetten betreft, die kan worden verdeeld in voedings- en voedervetten, stelt de Raad voor de Mededinging vast dat het totale aandeel van de aanmeldende partijen in België aanzienlijk minder dan 25 % bedraagt;

Wat de markt voor de productie en verkoop van fosfaat betreft, stelt de Raad voor de Mededinging vast dat Sobel geen marktaandeel in België heeft.

Bijgevolg is de Raad voor de Mededinging van mening dat er in deze concentratie slechts twee markten moeten worden onderzocht, met name:

- De markt voor de productie en verkoop van gelatine en
- De markt voor de productie en de marketing van gelatinecapsules.

#### De markt voor de productie en verkoop van gelatine

Zowel een dochteronderneming van Sobel, GSB, als SKW G&S produceren en verkopen gelatine. GSB produceert en verkoopt gelatine voor farmaceutische en eetbare toepassingen. SKW G&S produceert en verkoopt gelatine voor eveneens de farmaceutische en de voedingsindustrie, maar ook voor de fotografische industrie.

Afhankelijk voor welke industrie de gelatine is bestemd, worden voor de productie andere grondstoffen aangewend. Hierdoor kan deze markt in twee verschillende segmenten worden opgedeeld. Deze segmenten zijn de volgende:

- "specialty gelatine": deze gelatine wordt in de farmaceutische en de fotografische industrie aangewend en wordt als gelatine voor bijzondere doeleinden aangeduid;
- "eetbare gelatine": deze gelatine is voor de voedingsindustrie bestemd.

Naast de toepassingen in deze drie industrieën wordt gelatine ook nog in technische nichemarkten gebruikt, zoals die van de elektrometallurgie, lucifers, plastics en lijm.

Onderstaande tabel geeft de correlatie weer tussen de gebruikte grondstoffen en de eindtoepassing van gelatine.

	<b>Fotografisch</b>	<b>Farmaceutisch</b>	<b>Eetbaar</b>
<b>Runderbeenderen</b>	100 %	75 %	Verwaarloosbaar
<b>Varkenshuiden</b>	Verwaarloosbaar	25 %	50 %
<b>Runderhuiden</b>	-	-	50 %

Bron: aanmeldende partijen

Volgens de aanmeldende partijen zijn de verschillende grondstoffen in zekere mate verwisselbaar maar er bestaan bepaalde voorkeuren. In de voedingsindustrie wordt voornamelijk gelatine op basis van varkens- en runderhuiden gebruikt omdat de winstmarges binnen deze industrie lager zijn. Gelatine op basis van varkenshuiden heeft daarenboven andere kenmerken dan gelatine van beenderen, waardoor dit op het productieproces van het eindproduct gevolgen heeft (bijvoorbeeld in de farmaceutische industrie).

Het productieproces om van varkens- en runderhuiden gelatine te maken is daarenboven goedkoper omdat het minder tijdsintensief is dan het gebruik van beenderen als grondstof. In dat geval moeten de beenderen ontvet en gedemineraliseerd en vervolgens met zuren of calciumloog worden bewerkt om tot gelatine te komen.

GSB gebruikt voor de productie van haar gelatine uitsluitend beenderen en heeft leveringen aan de farmaceutische en de voedingsindustrie. SKW G&S verwerkt in België beenderen en varkenshuiden tot gelatine voor de verkoop aan de fotografische, de farmaceutische en de voedingsindustrie.

Niet alleen de aanwending van verschillende grondstoffen verklaart een opdeling van deze markt in twee segmenten. Ook de structuur van de vraag verschilt in zekere mate tussen de specialty gelatine en de eetbare gelatine. Zo wordt specialty gelatine aan een beperkt aantal, meestal grote internationale ondernemingen geleverd, die hun voorraad in grote hoeveelheden via eigen gecentraliseerde commerciële afdelingen aankopen. Dit blijkt zeker het geval te zijn in de fotografische industrie.

Het marktsegment van de eetbare gelatine is meer lokaal en over een meer gevarieerde groep van kleinere klanten gefragmenteerd. Grote voedingsconcerns verzekeren hun voorraden echter op een gelijkaardige wijze dan de grote farmaceutische en fotografische ondernemingen.

#### De markt voor de productie en de marketing van gelatinecapsules

In de farmaceutische en parafarmaceutische industrie wordt gelatine onder meer gebruikt voor de productie van harde en zachte capsules, alsook voor de coating van tabletten. Gelatine wordt in deze industrieën als omhulsel voor actieve farmaceutische ingrediënten en voedingssupplementen gebruikt.

Ongeveer 80 % van de samenstelling van een harde gelatinecapsule bestaat uit gelatine. Voor een zachte gelatinecapsule is dat 60 %.

Harde gelatinecapsules worden op basis van gelatine met een hoge gelsterke ("hoge Bloom gelatine" genaamd) vervaardigd. De grondstoffen om tot een hoge Bloom gelatine te komen bestaan voor 80 % uit beenderen voor 20 % uit varkenshuiden.

Zachte gelatinecapsules bestaan uit lagere Bloom gelatines. Lagere Bloom gelatines worden op basis van beenderen (voor 50 %) en varkenshuiden (eveneens voor 50 %) geproduceerd. Deze fiftyfifty - verhouding kan naargelang de verwerkingsmogelijkheden van de farmaceutische en parafarmaceutische ondernemingen verschillen.

Harde en zachte capsules zijn volgens de aanmeldende partijen volledig substitueerbaar en vormen bijgevolg één productmarkt.

Bij wijze van conclusie en in navolging van het Korps Verslaggevers sluit de Raad voor de Mededinging zich bij deze marktafbakening aan en is van oordeel dat een meer precieze marktafbakening zich in dit dossier niet opdringt.

Voor beide markten is ook sprake van verticale integratie.

#### De markt voor de productie en verkoop van gelatine

Met betrekking tot het productieproces van gelatine ontstaat er door deze concentratie een verticale integratie. Sobel bezit namelijk een ontvettingsinstallatie voor dierlijke beenderen in tegenstelling tot de verwerkingsinstallaties van SKW G&S. Door de inbreng van de installaties van SKW G&S in deze van Sobel ontstaat er een volledig geïntegreerd productieproces.

#### De markt voor de productie en de marketing voor gelatinecapsules

Binnen de Sobel groep produceert GSB gelatine, die door Banner (een dochteronderneming van Sobel die receptplichtige en niet-receptplichtige farmaceutische producten en voedingssupplementen ontwikkelt en produceert, die in de vorm van zachte gelatinecapsules en met gelatine bedekte tabletten worden verkocht) voor de productie van gelatinecapsules en -tabletten kan worden gebruikt. Op deze wijze is er dus binnen deze groep een verticale integratie aanwezig.

### 3.2. De relevante geografische markt

#### De markt voor de productie en verkoop van gelatine

Met betrekking tot de markt voor de productie en verkoop van gelatine, stelt de Raad voor de Mededinging vast dat relevante geografische markt zowel voor de totale gelatinemarkt als voor de twee onderscheiden marktsegmenten zich minstens over het grondgebied van de EER/Europese Unie uitstrekt. De aanmeldende partijen zijn zelfs van oordeel dat het hier over een wereldmarkt zou kunnen gaan.

De aanmeldende partijen hebben hiervoor twee argumenten aangehaald, zijnde de grondstoffen die over heel de wereld kunnen worden aangekocht en de structuur van de markt aan de vraagzijde.

Inzake de grondstoffen stellen de aanmeldende partijen, dat door de recente Europese voedselcrisis de aanvoer van Europese grondstoffen drastisch is ingekrompen. Het grootste gedeelte van runderbeenderen, runderhuiden en varkenshuiden moeten worden vernietigd, waardoor de gelatineproducenten in toenemende mate beroep moeten doen op grondstoffen, afkomstig van landen buiten Europa.

Voor wat betreft de structuur van de markt aan de aanbodzijde zijn de belangrijkste klanten grote internationale ondernemingen, die hun aankopen centraliseren teneinde betere prijzen te verkrijgen omwille van de aankoop van grote volumes. Hierdoor worden de voorraden dus niet lokaal, maar op wereldniveau aangekocht.

#### De markt voor de productie en de marketing voor gelatinecapsules

Wat de markt voor de productie en de marketing van gelatinecapsules betreft, is de Raad voor de Mededinging, in navolging van het Korps Verslaggevers, van oordeel dat de relevante geografische markt de gehele wereldmarkt is omwille van de hierna volgende redenen.

Producenten van gelatinecapsules werken voornamelijk als "contract manufacturer" (onderaannemer of toeleverancier). Zij concurreren onderling met mekaar om contracten met grote farmaceutische ondernemingen en producenten van voedingssupplementen in de wacht te slepen. Deze hoofdzakelijk

grote, internationale ondernemingen zijn de grootste afnemers op deze markt en zijn vrij om contracten met eender welke producent, die waar ook ter wereld een afleveringsfaciliteit heeft, af te sluiten.

Omwille van het feit dat er geen economische en juridische belemmeringen zijn speuren deze grote afnemers van gelatinecapsules de hele wereld af om de beste voorwaarden te bekomen. Daarenboven sluiten deze ondernemingen per afzonderlijk product een overeenkomst met hun contract manufacturers af.

Wanneer een gelatinecapsuleafnemer dat wenst, kan hij deze capsules bij zowel een grote als een kleine leverancier, waar ook ter wereld gevestigd, aankopen.

Tevens zijn de transportkosten laag, waardoor de wereldwijde aanvoer van gelatinecapsules naar de farmaceutische, de cosmetische en de voedingsindustrie helemaal geen belemmeringen met zich meebrengt.

De aanmeldende partijen hebben benadrukt dat er slechts één producent van harde gelatinecapsules in België actief is, namelijk Capsugel, en dat er hoegenaamd geen productiefaciliteiten voor zachte gelatinecapsules in België aanwezig zijn.

### 3.3. De marktaandelen

De markt voor de productie en verkoop van gelatine

De totale gelatinemarkt

Met betrekking tot het gezamenlijke marktaandeel van Sobel en SKW G&S op de totale gelatinemarkt, kan het volgende worden vastgesteld.

Op wereldvlak is hun gezamenlijk marktaandeel beneden de grens van de 25 %, zowel in volume als in waarde.

Op Europees vlak situeert zich dat boven de 25 %-drempel en op Belgisch vlak zelfs ruimschoots boven die drempelwaarde.

Het samenvoegen van de marktaandelen van Sobel en SKW G&S brengt geen significante marktwijzigingen met zich mee. Hiervoor zijn de marktaandelen van Sobel te laag (0 % < 5 %), waardoor de marktpositie van SKW G&S niet wezenlijk wordt gewijzigd.

De specialty gelatine voor de farmaceutische industrie

Wat deze industrie betreft zijn er minimale overlappingsen tussen Sobel (0 % < 5 % marktaandeel) en SKW G&S. Het gezamenlijke marktaandeel in volume en waarde wijzigt de positie van SKW G&S niet noemenswaardig.

Er dient te worden opgemerkt dat het gezamenlijke marktaandeel in volume op wereldschaal meer dan 25 % bedraagt, maar de 30 % niet overstijgt. Op de Europese markt hebben Sobel en SKW G&S een marktaandeel van meer dan 30 % maar beneden de 35 %.

Op Belgisch vlak hebben ze samen een marktaandeel van boven de 35 %. Toch dient te worden opgemerkt dat de concentratie geen verschuivingen op deze markt veroorzaakt.



## De specialty gelatine voor de fotografische industrie

Sobel produceert noch verkoopt gelatine bestemd voor de fotografische industrie. Bijgevolg is er geen sprake van overlapping van activiteiten en wijzigt deze concentratie niets aan de huidige positie van SKW G&S op deze markt, dit zowel op wereldvlak als op Europees en Belgisch vlak.

## De eetbare gelatine voor de voedingsindustrie

De vaststellingen voor dit marktsegment zijn dezelfde als voor de voorgaande segmenten en als voor de totale gelatinemarkt. Er zijn bijna geen overlappings tussen Sobel (0 % < 5 % marktaandeel) en SKW G&S op deze markt, waardoor de huidige marktsituatie quasi ongewijzigd zal blijven ten gevolge van deze concentratie.

Op wereldvlak ligt het gezamenlijk marktaandeel in volume ver onder de 25 %-grens, op Europees vlak tussen de 25 en 30 % en op Belgisch vlak boven de 40 %.

## De markt voor de productie en de marketing voor gelatinecapsules

De aanmeldende partijen hebben onder meer marktaandeelgegevens over de belangrijkste producenten van zachte capsules binnen de EG meegedeeld. Gegevens over de Belgische en de wereldwijde markt konden de partijen niet voorleggen.

Zachte capsules zouden naar schatting minder dan 5 % van afleveringstechnieken - gebruikt door de farmaceutische producenten - uitmaken en dit zowel in België, de Europese Unie als wereldwijd. Ongeveer 20% wordt door de harde capsules ingenomen en het overige deel door vloeistoffen, oplospoeders of tabletten.

Om deze reden besluit de Raad voor de Mededinging dat de markt voor de productie en de marketing van gelatinecapsules uiteindelijk geen betrokken markt is.

## 4. Economische analyse

De Raad merkt op dat de betrokken sector zelf geen bezwaren tegen deze concentratie heeft geformuleerd. De gecontacteerde concurrenten (Pont Brulé en Capsugel Bornem) hadden immers geen problemen met de overname van SGW G&S door Sobel.

Uit het onderzoek blijkt voorts dat de marktaandelen van Sobel door deze overname amper zullen wijzigen. Niettegenstaande de positie van Sobel binnen de relevante geografische markt door de overname van SGW G&S lichtjes zal versterkt worden mede door de verticale integratie die hierdoor zal ontstaan, ziet geen van de ondervraagde concurrenten hierdoor zijn positie in gevaar gebracht of aangetast.

De Raad voor de Mededinging stelt vast dat de aangemelde concentratie geen machtspositie in het leven roept of versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging in de zin van artikel 10, §3, W.B.E.M. op de nationale markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd en beslist dan ook dat de voorgelegde concentratie toegelaten kan worden conform artikel 33, §2.1 a) W.B.E.M.

## OM DEZE REDENEN

### De Raad voor de Mededinging

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

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

Verklaart de concentratie toelaatbaar conform artikel 33, §2, 1 a) W.B.E.M. en artikel 10, §3 W.B.E.M.;

Aldus uitgesproken op 4 maart 2002 door de Kamer van de Raad voor de Mededinging, samengesteld uit:

Mevrouw Béatrice Ponet, Kamervoorzitter; De heren Geert Zonnekeyn, Frank Deschoolmeester en Marc Jegers, leden.

## **Décision n°2002-E/A-24 du 19 mars 2002**

En cause de :

- Groupe Bruxelles Lambert SA, R.C.B. 246.108 (ci-après dénommée groupe Bruxelles Lambert ou GBL) ayant son siège social avenue Marnix, 24 à 1050 Bruxelles;
- Axa Royale Belge SA, R.C.B. 356.389 ayant repris et succédant aux droits et obligations des sociétés anonymes de droit belge Royale Belge et Royale Belge 1994, ayant son siège social boulevard du Souverain, 25 à 1170 Bruxelles (ci-après dénommée Groupe Royale Belge) ;
- Dexia Banque Belgique SA, R.C.B. 604.747, ayant repris et succédant aux droits et obligations de la société anonyme de droit belge Crédit Communal de Belgique, ayant son siège social boulevard Pachéco, 44 à 1000 Bruxelles, et Dexia Banque Internationale à Luxembourg SA, R.C.L. B 6307, ayant repris et succédant aux droits et obligations de la société anonyme de droit luxembourgeois Banque Internationale à Luxembourg, ayant son siège social Route d'Esch, 69 à 2953 Luxembourg (Luxembourg),.

Vu la notification du 7 février 1996 reçue au Service de la concurrence le 8 février 1996 et enregistrée sous le numéro CONC-E/A-96/0002 par laquelle les groupes Bruxelles Lambert, Royale Belge et CCB sollicitent l'octroi d'une attestation négative sur base de l'article 6 de la loi (ancienne) du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, en ce qui concerne une convention instaurant un contrôle conjoint de la Banque Bruxelles Lambert.

Vu le rapport et le dossier d'instruction établi par Mme Marie-Anne Lagneau pour la Division Prix et Concurrence, le 9 novembre 1998, déposé au Conseil de la concurrence à la même date et notifié aux parties le 24 octobre 2001.

Entendu lors de l'audience du 5 décembre 2001, le Service de la concurrence.

Vu la mise en continuation de la cause au 17 décembre 2001 et la réponse du Service du 7 février 2002;

Après en avoir délibéré, le Conseil adopte la décision fondée sur les constatations et les motifs ci-après exposés :

Une convention a été conclue le 30 août 1995 entre les groupes Bruxelles Lambert, Royale Belge et Crédit Communal instaurant un contrôle conjoint à l'égard de la Banque Bruxelles Lambert. Ces trois groupes avaient convenu que leurs décisions relatives à l'orientation de la stratégie et de la gestion de la BBL ne seraient prises que de commun accord.

Cet accord étant susceptible, *prima facie*, d'être restrictif de concurrence au sens de l'article 2 § 1er de la loi (ancienne) du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, les groupes Bruxelles Lambert, Royale Belge et Crédit Communal ont sollicité l'obtention d'une attestation négative sur base de l'article 6 de cette loi.

Par un courrier du 9 octobre 1998, le conseil commun des parties à la convention du 30 août 1995, a précisé :

- que les trois parties détenant, à l'époque de la convention du 30 août 1995, un contrôle conjoint sur la BBL ne détenaient plus aucun contrôle sur cette banque ;
- que le groupe ING a pris le contrôle exclusif de la BBL ;
- que la notification déposée le 8 février 1996 est devenue caduque à partir de cette prise de contrôle.

Après examen, le Service de la concurrence propose de déclarer la notification recevable et d'en ordonner le classement pour caducité d'objet.

Le Conseil estime, après examen des éléments de la cause et des pièces du dossier, qu'il y a lieu d'ordonner le classement comme ci-après précisé.

PAR CES MOTIFS,

Le Conseil de la concurrence constate que la notification de la convention de contrôle conjoint notifiée est devenue sans objet et ordonne en conséquence le classement de l'affaire.

Ainsi statué le 6 mars 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Patrick DE WOLF, Président de chambre, et de Messieurs Jacques SCHAAR, Pierre BATTARD ainsi que de Madame Dominique SMEETS, membres.

## **Décision n°2002-P/K-25 du 19 mars 2002**

Affaire CONC-PRA-94/0009

En cause :

Monsieur Robert HIARD, domicilié Rue Reine Astrid 73 à 4500 Huy, ci-après dénommé le plaignant.

Contre

Columbia Tristar Home Video bv, société de droit néerlandais dont le siège social est situé Vreelandsweg 42 B à NL-1216 CH Hilversum qui dispose d'une filiale en Belgique dont le siège social est situé Rue de Genève 10 à 1140 Evere.

Et

Warner Bros. Belgium sa, société de droit belge dont le siège social est établi Boulevard Brand Whitlock 42 à 1200 Woluwé-Saint-Lambert.

Vu la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 1er juillet 1999;

Vu la lettre datée du 27 juin 1994 de Monsieur Robert Hiard par laquelle ce dernier a déposé une plainte auprès du Conseil de la Concurrence;

Vu le rapport du Corps des rapporteurs du 5 juin 2001;

Entendu à l'audience du 19 mars 2002 le rapporteur, Monsieur Patrick Marchand, audience à laquelle le plaignant, quoique régulièrement convoqué, n'a pas comparu ni personne en son nom.

Attendu que la présente procédure a été introduite le 27 juin 1994 en application de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique (ci-après L.P.C.E.), qui fut modifiée par deux lois du 26 avril 1999 puis coordonnée par arrêté royal le 1er juillet 1999; qu'il sied de relever que, depuis l'introduction de la procédure, le plaignant ne s'est plus manifesté;

Attendu que l'article 47 de la loi du 26 avril 1999 modifiant la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique énonce que les dispositions de la nouvelle loi "ne s'appliquent pas aux procédures engagées auprès du Conseil de la concurrence ou de la cour d'appel de Bruxelles au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi", soit le premier octobre 1999;

Attendu que le texte concernant la prescription n'a pas été modifié;

Attendu que le Conseil de la concurrence considère qu'une procédure est pendante devant lui à partir du moment où il a été saisi par le rapport du Corps des rapporteurs;

Attendu qu'en l'espèce, le rapport du Corps des rapporteurs ayant été transmis au Conseil de la concurrence le 5 juin 2001, la loi modifiée est d'application;

Attendu que l'article 48, §1, de la L.P.C.E. dispose que "L'instruction visée à l'article 23 ne peut porter que sur des faits ne remontant pas à plus de cinq ans. Ce délai se compte à partir de la date de la décision du Service de la concurrence de procéder à une instruction d'office ou de la date de saisine du Service conformément à l'article 23, §1er."; que l'article 48, §2, de la L.P.C.E. dispose que "Le délai de prescription en ce qui concerne la procédure d'instruction et de décision est de cinq ans à partir de la date visée au § 1er. La prescription ne sera interrompue que par des actes d'instruction ou de décision faits dans le délai déterminé sous l'alinéa précédent; ces actes font courir un nouveau délai d'égale durée."

Attendu que le Conseil de la concurrence constate qu'aucun acte d'instruction n'a été fait dans ce dossier depuis plus de cinq ans, soit depuis que le Service de la concurrence a envoyé une demande de renseignements le 14 février 1995 à la Belgian Video Federation asbl;

Attendu que le délai de prescription prévu par l'article 48, §2, de la L.P.C.E. est de ce fait atteint; qu'il y a lieu en conséquence de classer le dossier.

Par ces motifs,

#### Le Conseil de la concurrence

- Constate que l'affaire enregistrée sous le numéro CONC-PRA-94/0009 est prescrite;
- Classe en conséquence le dossier;

Ainsi décidé le 19 mars 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Jacques Schaar, président de chambre, et de Madame Dominique Smeets, Monsieur Patrick De Wolf et Monsieur Pierre Battard, membres.

## **Beslissing nr. 2002-C/C-26 van 25 maart 2002**

INZAKE :

Record c.v.b.a.

en

Vebel n.v. en Brokers Finance c.v.b.a.

en

Westkrediet n.v.

Gelet op de Wet op de Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (W.B.E.M.).

Gezien de aanmelding aan het Secretariaat van de Raad voor de Mededinging van een concentratie op 11 februari 2002.

Gezien de mededeling voor onderzoek door het Secretariaat van de Raad aan het korps van verslaggevers conform artikel 32 bis § 1 W.B.E.M. op 13 februari 2002.

Gezien de stukken van het dossier en het onderzoeksdossier van de Dienst voor de Mededinging.

Gezien het gemotiveerd verslag van de verslaggever zoals dit op 4 maart 2002 werd opgesteld en op 5 maart 2002 werd overgemaakt aan de Raad.

Gehoord de verslaggever, de heer Bert Stulens, ter zitting van 25 maart 2002.

Gehoord de aanmeldende partijen bij monde van Jan Vreys van het kantoor Liedekerke Wolters Waelbroek Kirkpatrick & Cerfontaine te Brussel.

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken van toepassing overeenkomstig artikel 54 bis W.B.E.M..

### **1. De aanmeldende en betrokken partijen :**

Als koper treedt op de c.v.b.a. Record, gevestigd te Luik, Rue Forgeur 17-21, die actief is in de banksector, meer bepaald in de verkoop van eenvoudige spaar- en beleggingsproducten, consumentenkredieten en hypothecaire kredieten, verder op het gebied van de distributie van beleggingsverzekeringen van het type TAK 23 (beleggingsproducten in de vorm van verzekeringen).

De c.v.b.a. Record wordt gecontroleerd door de n.v. BBL, die op haar beurt wordt gecontroleerd door de n.v. ING-Bank.

Als verkopers treden op enerzijds de n.v. Vebel, gevestigd te Waregem, Markt 2, en anderzijds de c.v.b.a. Brokers Finance, gevestigd te Wommelgem, Autolei 228, die holdingmaatschappijen zijn en die elk participeren in de n.v. Westkrediet.

De n.v. Westkrediet is voor 73,9 % in handen van de n.v. Vebel en voor 26,1 % in handen van de c.v.b.a. Brokers Finance.

Als doelonderneming treedt op de n.v. Westkrediet gevestigd te Waregem, Markt 2, die actief is in de banksector, meer bepaald in de verkoop van spaar- en beleggingsproducten zoals rekeningen, kasbons

en certificaten, verder in de verkoop van consumentenkredieten en hypothecaire kredieten, verder als tussenpersoon in de verkoop van buitenbalansproducten (Tak 23, beleggingsfondsen en asset management).

De n.v. Westkrediet stelt zichzelf voor als de bank van en voor de (verzekerings-)makelaars aan wie zij een specifieke rekening aanbiedt voor het incasso van de verzekeringspremies.

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

## 2. De aangemelde operatie :

De c.v.b.a.Record, optredende als koper en de n.v. Veibel en de c.v.b.a. Brokers Finance, optredende als verkopers, ondertekenden op 11 januari 2002 een overeenkomst blijkens dewelke de n.v. Veibel en de c.v.b.a. Brokers Finance alle aandelen in de n.v. Westkrediet verkopen aan de c.v.b.a. Record, waardoor de c.v.b.a. Record 100 % aandeelhouder wordt van de n.v. Westkrediet en derhalve de uitsluitende zeggenschap krijgt over deze onderneming.

De aangemelde transactie is afgesloten onder een aantal opschortende voorwaarden, waaronder de goedkeuring door de Raad voor de Mededinging.

De aangemelde transactie is een concentratie in de zin van artikel 9 van de W.B.E.M..

## 3. De aanmeldingstermijn :

De overeenkomst, die het voorwerp uitmaakt van de aanmelding, werd op 11 januari 2002 ondertekend en op 11 februari 2002 aangemeld.

De aanmelding van de concentratie moet dan ook conform artikel 12 § 1 van de W.B.E.M. als tijdig beoordeeld worden.

## 4. De omzetrempels :

De concentratie valt onder het toepassingsgebied van de W.B.E.M. vermits de omzetrempels zoals voorzien in artikel 11 § 1 en artikel 46 § 3 van de W.B.E.M. werden bereikt.

Artikel 46 § 3 van de W.B.E.M. bepaalt dat de omzet bij de banken, kredietinstellingen en andere financiële instellingen moet vervangen worden door één/tiende van het balanstotaal.

Uit de ons verstrekte vertrouwelijke omzetcijfers blijkt dat de Belgische omzet van de ING groep, waartoe de koper behoort en de Belgische omzet van de n.v. Westkrediet, zijnde de doelonderneming, de drempels voorzien in artikel 11 § 1 W.B.E.M. overschrijden.

## 5. De marktafbakening en marktaandelen :

De c.v.b.a. Record en de n.v. Westkrediet zijn beiden actief in de banksector in België, die dan ook de relevante geografische productmarkt is.

Voor wat het bepalen van de relevante productmarkt betreft kan verwezen worden naar de beslissing van de Raad voor de Mededinging nr. 2001-C/C-51 dd 1 oktober 2001 inzake Delta Lloyd / P & V Holding / Bank Nagelmackers 1747, waar gesteld werd dat de relevante productmarkt kan afgebakend worden hetzij overeenkomstig de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie, hetzij overeenkomstig de zienswijze van de Belgische Vereniging van Banken en de Belgische banksector.



De Europese Commissie (zaak nr. Comp/M.1769 Delta Lloyd Verzekeringsgroep /Nuts Ohra dd. 10 november 1999) deelt de bankdiensten op in drie sectoren, namelijk particuliere markt, zakelijke markt en internationale financiële producten, terwijl de Belgische banksector stelt dat de sector eerder moet geanalyseerd worden op basis van het balanstotaal, de totale cliëntendeposito's en kredieten.

In huidige zaak kan het probleem van de afbakening van de relevante productmarkt evenwel worden opengelaten vermits zowel in de marktafbakening van de Europese Commissie als van de Belgische banksector, de bij de concentratie betrokken partijen een gezamenlijk marktaandeel hebben onder de 25 %.

Berekend op basis van het balanstotaal ligt het gezamenlijk marktaandeel van de betrokken ondernemingen beneden de 25 % drempel.

Maakt men de berekening op basis van cliëntendeposito's of op basis van kredieten aan cliënten, dan nog ligt het gezamenlijk marktaandeel beneden de 25 %.

Berekend op basis van het onderscheid particuliere en zakelijke markt, waarbij geen onderscheid moet worden gemaakt tussen kredieten en deposito's, dan ook ligt het gezamenlijke marktaandeel beneden de 25 %

In de E.G.indeling onderscheidt men ook de markt van de internationale financiële producten, doch de n.v. Westkrediet is hierop niet aanwezig.

Artikel 33 § 2.1.a) W.B.E.M. stelt ondermeer : "Wanneer de betrokken ondernemingen samen minder dan 25 % van de betrokken markt controleren wordt de concentratie toelaatbaar verklaard".

Bovendien blijkt uit de economische analyse dat de concurrenten en de Belgische Vereniging van Banken geen nadeel zien in de concentratie.

**OM DEZE REDENEN,**

**De Raad voor de Mededinging,**

Stelt vast dat de betrokken concentratie onder het toepassingsgebied valt van de W.B.E.M..

Verklaart de concentratie toelaatbaar conform artikel 33 § 2.1.a) W.B.E.M..

Aldus uitgesproken op 25 maart 2002, door de Kamer van de Raad voor de Mededinging samengesteld uit :

de heer Peter Poma, kamervoorzitter, mevrouw Béatrice Ponet, voorzitter Raad voor de Mededinging, de heren Geert Zonnekeyn en Erik Mewissen, le den.

## **Beslissing nr. 2002-P/K-27 van 3 april 2002**

Inzake :

Boekhandel Degheldere, met zetel te 8000 Brugge, Leemputstraat 2-4,

en

De NV Brugs Agentschap, met zetel te 8200 Sint-Andries-Brugge, Peter Benoîtlaan 23 ontbonden bij notariële akte van 29 september 2001, gepubliceerd in het B.S. van 25 oktober 2001.

Gelet op de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging (W.B.E.M.);

Gelet op de klacht gekend onder PRA-93/13 die door de heer Willy Degheldere op 5 november 1993 aan de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging werd toegestuurd, en die op 9 november 1993 aan de Dienst voor de Mededinging werd overgemaakt;

Gelet op het Verslag van de Dienst voor de Mededinging dd.4 september 1996, die volgens artikel 24 van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de Economische Mededinging, aan de Raad voor de Mededinging werd overgemaakt op 5 september 1996;

Gelet op de betekening van het Verslag van de Dienst voor de Mededinging aan de klager, de heer Willy Degheldere;

Gelet op de betekening van het Verslag van de Dienst voor de Mededinging aan de NV Brugs Persagentschap;

Gelet op de oproeping van partijen voor de hoorzitting van 3 april 2002;

Gelet op het schrijven van de NV Brugs Persagentschap dd 12 maart 2002, waarbij deze meldt dat de NV Brugs Persagentschap ontbonden werd op 29 september 2001, zoals gepubliceerd in het B.S. van 25 oktober 2001 en waarin gesteld wordt dat alle waarborgen aan de klanten, dus ook aan de heer Degheldere, werden terugbetaald;

Gehoord ter zitting van 3 april 2002:

- De heer Johan Isselée, verslaggever, namens de Dienst voor de Mededinging, die ter zitting opmerkt dat de zaak inmiddels verjaard is.

### **1. De feiten en de procedure**

1. De klagende partij is de heer Willy Degheldere, die een boekhandel Degheldere uitbaat. De boekhandel Degheldere is een kleinhandel in de verkoop van kranten, tijdschriften, persartikelen, tabak en rookwaren, tevens boekhandel en antiquariaat. De heer Willy Degheldere is de zaakvoerder.

De klacht is gericht tegen: De NV Brugs Persagentschap die een distributiebedrijf van persartikelen (kranten en tijdschriften) is met als activiteitsterrein het noorden van de provincie West-Vlaanderen.

De NV Brugs Persagentschap werd ontbonden bij akte dd. 29 september 2001, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 25 oktober 2001.

De betrokken partijen zijn derhalve ondernemingen in de zin van artikel 1 van de wet van de wet van 5 augustus 1991.

2. De heer Degheldere is de exploitant van de Boekhandel Degheldere, een verkooppunt van boeken, kranten, tijdschriften, papierwaren e.d.

De kranten, tijdschriften, e.d. die hij verkoopt in zijn winkel worden hem geleverd door het Brugs Persagentschap, dat het enige verdelingsbedrijf is voor dergelijke artikelen in het noorden van West-Vlaanderen, met uitzondering van de kuststreek.

Andere persdistributeurs komen daar niet leveren. In die zin is de klager verplicht zich voor zijn bevoorrading tot het Brugs Persagentschap te wenden.

Aan dit Brugs Persagentschap verwijt de klager misbruik te maken van zijn machtspositie om hem :

- onredelijke voorwaarden op te leggen inzake waarborg en gespreide betaling (voorschotten)
- en om deze voorwaarden niet aan elke wederverkoper op te leggen.

De klager heeft bijgevolg een rechtstreeks en dadelijk belang bij de klacht.

3. Klager beoogt met zijn klacht te bekomen dat het systeem van de waarborgen veroordeeld wordt gezien volgens hem alle leveringen steeds gedekt worden door de voorschotten die betaald worden driemaal per maand en die zijn volledige levering dekken. Klager meent dat het eisen van een waarborg en het opleggen van de betaling van deze voorschotten door het Brugs Persagentschap een misbruik van machtspositie uitmaakt. De klager verwijst hierbij naar artikel 2 en 3 van de wet van 5 augustus 1991, waarbij hij stelt dat door het Brugs Persagentschap een discriminerende houding wordt aangenomen die erin bestaat dat alle klanten van het Brugs Persagentschap een waarborg hebben moeten stellen en dat de leveringen afhankelijk worden gesteld van het aanvaarden van de betaling van deze voorschotten.

4. In zijn klachtbrief van 5 november 1993 heeft de klagende partij tevens een vraag om voorlopige maatregelen gericht aan de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging, op grond van artikel 35 van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de Economische Mededinging. Bij beslissing van 4 februari 1994 oordeelde de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging dat de vordering van de heer Willy Degheldere ontvankelijk doch ongegrond was, gezien er geen aanleiding tot voorlopige maatregelen op basis van artikel 35 van de wet van 5 augustus 1991 bestond.

De Voorzitter van de Raad voor de Mededinging oordeelde hierbij dat "vastgesteld moest worden dat de oorsprong van de toestand die de heer Degheldere vreesde, nl. het faillissement van zijn cocontractant, en die de voorlopige maatregelen z.i. zou moeten verantwoorden, uit de economische situatie van het Brugs Persagentschap voortspruitte doch geen verband vertoonde met een misbruik van mededingingspraktijken in de zin van de wet van 1991 ter bescherming van de economische mededinging".

## 2. Het standpunt van de Dienst voor de Mededinging.

De Dienst voor de Mededinging is van oordeel dat het Brugs Persagentschap weliswaar een machtspositie bekleedt voor dit deel van het grondgebied waar het zijn activiteiten uitoefent, waardoor het over een machtspositie op een wezenlijk deel van de Belgische markt beschikt, doch de Dienst voor de Mededinging is van oordeel dat er geen misbruik van machtspositie aangetoond wordt. In haar voorstel tot beslissing stelt de Dienst voor de Mededinging dat zij van oordeel is dat het vragen van een borgstelling of waarborg door het Brugs Persagentschap noch de gevraagde betaling via voorschotten en afrekening achteraf een misbruik uitmaken van haar machtspositie. De Dienst is bovendien eveneens van mening dat het Brugs Persagentschap geen discriminerende houding aanneemt ten opzichte van de heer Degheldere. Daarom stelt de Dienst aan de Raad voor de Mededinging voor om te beslissen dat de klacht wel ontvankelijk doch ongegrond is.

### 3. De toepasselijke wet.

Huidige klacht werd op 5 november 1993 neergelegd. Het verslag van de Dienst voor de Mededinging werd op 5 september 1996 aan de Raad voor de Mededinging overgemaakt.

De gewijzigde wet tot bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd bij K.B. van 1 juli 1999 bepaalt dat deze gewijzigde wet niet van toepassing is op de procedures die hangende zijn bij de Raad voor de Mededinging of bij het Hof van Beroep te Brussel op het ogenblik van de inwerkingtreding van deze gewijzigde wet (artikel 47 van de Wet van 26 april 1999 (II)), zijnde 1 oktober 1999.

De Raad beschouwt een procedure bij hem als hangende wanneer een verslag bij hem werd voorgelegd door de Dienst voor de Mededinging vóór 1 oktober 1999.

In casu dient de Raad voor de Mededinging vast te stellen dat het verslag van de Dienst voor de Mededinging dateert van 4 september 1996 en op 5 september 1996 aan de Raad voor de Mededinging werd overgemaakt, zodat de oude wet van 5 augustus 1991 van toepassing is.

### 4. De verjaring.

Artikel 48 §1 van de (oude) wet van 5 augustus 1991 bepaalt : "Het onderzoek bedoeld in artikel 23 mag slechts betrekking hebben op feiten die zich niet langer dan vijf jaar geleden voordeden. De termijn wordt berekend vanaf de datum van de beslissing van de Dienst voor de Mededinging om ambtshalve een onderzoek in te stellen of vanaf de datum van het aanhangig maken van de zaak bij de Dienst overeenkomstig artikel 23 §1".

Artikel 48 §2 van de (oude) Wet van 5 augustus 1991 bepaalt voorts: "De verjaringstermijn met betrekking tot de procedure van onderzoek en beslissing is vijf jaar te rekenen vanaf de datum bedoeld bij §1.

De verjaring wordt slechts gestuit door daden van onderzoek of daden van beslissing verricht binnen de termijn bepaald in het vorige lid; met die daden begint een nieuwe termijn van gelijke duur te lopen."

De Raad voor de Mededinging dient vast te stellen dat er in dit dossier gedurende meer dan 5 jaar geen verdere onderzoeksdaden werden gesteld, nl. sinds 5 september 1996, datum waarop het verslag van de Dienst voor de Mededinging aan de Raad voor de Mededinging werd overgemaakt, zodat de verjaringstermijn voorzien in artikel 48 §2 van de Wet van 5 augustus 1991 is ingetreden.

Het Brugs Persagentschap werd ontbonden op 29 september 2001 (B.S. 25 oktober 2001).

Een vennootschap wordt na haar ontbinding geacht voort te bestaan voor haar vereffening (artikel 183 W. Venn.). Een vennootschap met rechtspersoonlijkheid die in vereffening wordt gesteld, behoudt de rechtspersoonlijkheid (Cass., 17 mei 1906, Pas, 1906, I, 249).

De Raad kan bijgevolg nog steeds een beslissing opzichts deze vennootschap nemen. (zie in dezelfde zin: Cass. Fr., 20 november 2001, Contrats-Concurrence-Consommation, Ed. du Jurisclasseur, februari 2002, p. 14, dat oordeelde dat, zolang een onderneming haar rechtspersoonlijkheid behoudt, los van een overdracht van activa, zij nog steeds gesanctioneerd kan worden door de Raad voor de Mededinging wegens misbruik van machtspositie of kartelafspraken).

Voor zover als nodig merkt de Raad voor de Mededinging op dat, zodra de afsluiting van de vereffening van een vennootschap is gepubliceerd, de rechtspersoon ophoudt te bestaan. Desalniettemin blijft een zekere passieve rechtsbekwaamheid bestaan (Cass., 22 maart 1962, Pas., 1962, I, 807; Cass., 17 juni 1965, Pas., 1965, I, 1134).

Dat de N.V.Brugs Persagentschap ontbonden is, verhindert derhalve niet dat thans de verjaring wordt vastgesteld door de Raad voor de Mededinging.

## OM DEZE REDENEN

De Raad voor de Mededinging:

Verklaart dat de zaak gekend onder nr. PRA-93/0013 verjaard is.

Aldus uitgesproken op 3 april 2002 door de Kamer van de Raad voor de Mededinging, samengesteld uit: Mevrouw Béatrice Ponet, Kamervoorzitter; De heer Peter Poma, De heer Geert Zonnekeyn, en De heer Robert Vanosselaer, leden.

## **Beslissing nr. 2002-C/C-28 van 8 april 2002**

Inzake:

NV ELECTRONIC DATA SYSTEMS BELGIUM, 2800 Mechelen, Blarenberglaan 2

en

NV ATRAXIS BELGIUM, 1200 Brussel, E. Mounierlaan 2

Gelet op de Wet op de Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (WBEM) ;

Gezien de aanmelding aan het Secretariaat van de Raad voor de Mededinging van een con-centratie, neergelegd op 22 februari 2002 ;

Gezien de mededeling voor onderzoek door het Secretariaat van de Raad aan het korps van verslaggevers conform art.32bis §1 WBEM op 22 februari 2002 ;

Gezien de stukken van het dossier en het gemotiveerde verslag van de Dienst voor de Mede-dinging zoals medegedeeld aan de verslaggever op 6 maart 2002 ;

Gezien het gemotiveerd verslag van de verslaggever zoals dit op 7 maart 2002 werd opgesteld en op 8 maart 2002 werd betekend aan de Raad ;

Gelet op het schrijven dd. 5 april 2002 waarin mr. Thomas Chellingsworth meedeelt dat de aanmelding wordt ingetrokken, gezien de transactie sedert 31 maart 2002 zonder voorwerp zou zijn, nu één der opschortende voorwaarden niet vervuld zou zijn binnen de toegestane termijn ;

Gehoord het verslag van de verslaggever dhr. Bert Stulens ;

Gehoord de partijen die verschenen ter zitting op 8 april 2002:

### **1. De aanmeldende en betrokken partijen**

- Als koper treedt op: NV ELECTRONIC DATA SYSTEMS BELGIUM (hierna: NV EDS), een vennootschap die voor 100% deel uitmaakt van de EDS-groep. De kernactiviteit betreft het verstrekken van informaticadiensten. Via haar dochteronderneming UNIGRAPHS biedt zij ook CAD/CAE/CAM software aan. De EDS-groep biedt tevens management consulting diensten aan via haar dochteronderneming AT KEARNEY.
- Als verkoper treedt op: NV ATRAXIS BELGIUM (hierna: NV ATRAXIS), een gemeen-schappelijke onderneming waarin enerzijds de curatoren q.q. van het faillissement van SA-BENA en anderzijds ATRIB SWITZERLAND AG elk 50% van de aandelen en stemrechten bezitten. Laatstgenoemde maatschappij is 100% dochter van SAirlines (waartoe het gefail-leerde SWISSAIR behoort). De NV ATRAXIS biedt informaticadiensten aan hoofdzakelijk Belgische klanten die actief zijn in de luchtvaartindustrie.

Genoemde vennootschappen zijn alle ondernemingen in de zin van art. 1 WBEM.

### **2. Aanmeldingsplicht – overeenkomst van concentratie**

De concentratie betreft de overname door de NV EDS van bepaalde activa, waaronder intel-lectuele eigendomsrechten en werknemers, doch met uitsluiting van contracten met klanten en leveranciers.

Deze operatie is een concentratie in de zin van art. 9 §1b WBEM.

De overeenkomst "betreffende de verwerving van een bedrijfstak" werd tussen de NV EDS en de NV ATRAXIS ondertekend op 14 februari 2002.

De concentratie werd tijdig aangemeld op 22 februari 2002.

Uit de voorgelegde (vertrouwelijke) omzetcijfers van de betrokken ondernemingen blijkt dat de drempels zoals opgelegd conform art. 11 §1 WBEM worden behaald, zodat de concentratie dient te worden aangemeld.

De aangemelde concentratie valt overeenkomstig art. 33 §1.1 WBEM binnen het toepas-singsgebied van de wet.

### 3. Gevolgen van de intrekking van de aanmelding

Concentratiecontrole is van openbare orde. Eens de concentratie aangemeld, hebben de partij-en geen vat op het verdere verloop van de procedure. Het behoort hen derhalve niet toe door middel van een intrekking van de aanmelding het onderzoek aan de Raad te onttrekken (per analogie: Raad voor de Mededinging 26 april 1999 - nr. 99 - C/C - 04, The Coca-Cola Com-pany en Cadbury Schweppes, BS, 07 juli 1999).

Hiervan kan enkel worden afgeweken indien vaststaat dat de voorgenomen concentratie defi-nitief onmogelijk is geworden (Raad voor de Mededinging 22 november 2000 - nr. 2000 - C/C -38, De Beers Australia Holdings Pty Ltd en Ashton Mining Ltd, BS, 03 mei 2001).

In voorliggend geval blijkt niet dat de voorgenomen concentratie definitief onmogelijk is ge-worden. Art. 7 van de overeenkomst bevat weliswaar een aantal opschortende voorwaarden, doch bepaalt tevens dat de koper discretionair kan afzien van de vervulling van de voorwaar-den.

De conclusie luidt dan ook dat de intrekking van de aangemelde concentratie zonder inciden-tie blijft op de saisine van de Raad.

### 4. De relevante productenmarkten

Het betreft hier een horizontale concentratie die betrekking heeft op de verlening van infor-maticadiensten (IT services).

Conform de recente beschikkingspraktijk van de Europese Commissie dient als relevante pro-ductenmarkt de markt van de verlening van informaticadiensten te worden weerhouden

Terwijl in vroegere beschikkingen de Europese Commissie de markt van de informaticadien-sten onderverdeelde in 7 segmenten (hardware maintenance, software maintenance, consul-ting, ontwikkeling en integratie, IT management-diensten, business management-diensten en onderwijs/opleiding), heeft zij in recente beschikkingen erkend dat deze subgroepen steeds minder van elkaar te onderscheiden vallen (Beschikking van 28 juni 1999, zaak IV/M.1580, CAI/Platinum, para 11 ; Beschikking van 17 mei 2000, zaak COMP./M.1901, Cap Gemi-ni/Ernst & Young, para 9).

Door de snelle technologische veranderingen in de informaticasector, dienen producten en diensten steeds aangepast te worden aan de behoeften van de klant, zodat precieze afbakenin-geen onduidelijk worden en steeds wijzigen. Ook schaffen de klanten meer en meer een volle-dig dienstenpakket aan of doen beroep op "outsourcing" (Beschikking van 29 juni 2001, zaak COMP./M. 2478, IBM/Italia/Business Solutions/JV, para 22).

Dat er geen aanleiding meer bestaat om de markt van de informaticadiensten te segmenteren, komt eveneens overeen met de beschikkingspraktijk van de Raad voor de Mededinging ( Be-slissing van 5 februari 2001, nr. 2001-C/C-05, NV HEWLETT-PACKARD BELGIUM/NV IMAWARE- B.S.

22/11/2001 ; Beslissing van 13 december 2000, nr. 2000-C/C-40, NV OR-DA-B/NV COI - B.S. 03/05/2001).

De NV EDS is eveneens actief via dochtervennootschappen op de markt van de applicatie-software CAD/CAE/CAM en op de markt van de management consulting diensten. Daar de NV ATRAXIS echter op deze twee markten niet actief is en er geen horizontale of verticale banden bestaan, zijn dit geen betrokken markten.

## 5. De relevante geografische markt

De relevante geografische markt is België.

## 6. De marktaandelen

Uit het onderzoek van de Dienst en op basis van de thans beschikbare gegevens, is gebleken dat bij huidige operatie op de markt van de verlening van informaticadiensten in België, een gezamenlijk marktaandeel wordt bereikt dat ver beneden de 25% blijft.

## 7. Economische analyse

Er zijn veel spelers actief op de markt van de verlening van informaticadiensten. De grootste speler IBM heeft slechts een marktaandeel van 10% en de eerste 10 van de ranglijst hebben samen slechts een marktaandeel van 37%. De NV EDS is de tweede grootste speler volgens de West-Europese ranking, doch de derde en de vierde grootste speler hebben ongeveer een even groot marktaandeel.

Huidige concentratie brengt hierin geen verschuiving teweeg, noch een echte versterking van een machtspositie. In het kader van het onderzoek door de Dienst werden een aantal concurrenten en leveranciers ondervraagd. De concurrenten zien in de concentratie geen probleem, die enkel de tweede plaats van de NV EDS op voormelde ranglijst consolideert. Een aantal leveranciers spreken zelfs van een positieve evolutie.

In het kader van de faillissementen van SWISSAIR en SABENA verkopen de resp. curatoren bepaalde activa, nl. deze welke géén betrekking hebben op de kernactiviteiten van een lucht-vaartmaatschappij o.a. informaticadiensten. Huidige verkoop in "going concern" biedt als voordelen dat de waarde van deze activa gemaximaliseerd wordt en dat de werkgelegenheid veilig gesteld wordt.

De Zwitserse Commissie voor de Mededinging heeft in haar beschikking d.d. 03/12/2001 de concentratie goedgekeurd waarbij EDS de activa verwierf van diverse Zwitserse vennootschappen uit de ATRAXIS-groep.

Gezien er veel spelers zijn op deze markt, is het duidelijk dat huidige concentratie geen machtspositie in het leven roept of versterkt, die tot gevolg heeft dat de daadwerkelijke mededinging op significante wijze wordt belemmerd (art. 10 §3 WBEM). De Raad beslist dan ook dat de voorgelegde concentratie moet worden toegelaten conform art. 33 §2.1.a WBEM.

## OM DEZE REDENEN

### De Raad voor de Mededinging

Gelet op de art. 2 e.v. van de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken van toepassing overeenkomstig art. 54bis WBEM ;

Stelt vast dat de betrokken concentratie aanmeldingsplichtig is en conform art. 33 § 1.1 WBEM binnen het toepassingsgebied valt van de wet ;



Verklaart de concentratie toelaatbaar conform art. 33 §2.1.a WBEM ;

Aldus uitgesproken op 8 april 2002 door de Kamer van de Raad voor de Mededinging, samengesteld uit: de heer Frank Deschoolmeester, kamervoorzitter ; mevrouw Béatrice Ponet, Voorzitter van de Raad voor de Mededinging, de heren Paul Blondeel en Patrick Van Cayseele, leden.

## **Décision n°2002-P/K-29 du 9 avril 2002**

Affaire CONC-I/O-97/0016

En cause :

Stora Enso Langerbrugge, (ci-après dénommé le plaignant) société anonyme de droit belge ayant son siège social Wondelgemkaai, 200 à 9000 Gent, est une filiale du groupe Stora dont fait également partie Stora Corbehem sa, société de droit français dont le siège social est situé Rue de Brebières à Corbehem (France).

Contre

Fruytier Scierie, société anonyme de droit belge ayant son siège social rue St-Isidore 3, à 6900 Marche-en-Famenne, active dans l'exploitation forestière et le sciage de bois résineux.

Vu la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 1er juillet 1999;

Vu la plainte déposée le 25 août 1997 par le plaignant auprès du Service de la concurrence et enregistrée le même jour sous le numéro CONC-I/O-97/0016;

Vu le rapport du Corps des rapporteurs du 24 janvier 2002;

Entendu à l'audience du 9 avril 2002, Madame Anne Bouillet, pour le corps des rapporteurs, et le plaignant, représenté par ses conseils Miguel Troncoso-Ferrer et Hugo Keulers.

Attendu que la présente procédure a été introduite le 25 août 1997 en application de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique (ci-après L.P.C.E.), qui fut modifiée par deux lois du 26 avril 1999 puis coordonnée par arrêté royal le 1er juillet 1999;

Attendu que l'article 47 de la loi du 26 avril 1999 modifiant la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique énonce que les dispositions de la nouvelle loi "ne s'appliquent pas aux procédures engagées auprès du Conseil de la concurrence ou de la cour d'appel de Bruxelles au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi", soit le premier octobre 1999;

Attendu que le texte concernant la prescription n'a pas été modifié;

Attendu que le Conseil de la concurrence considère qu'une procédure est pendante devant lui à partir du moment où il a été saisi par le rapport du Corps des rapporteurs;

Attendu qu'en l'espèce, le rapport du Corps des rapporteurs ayant été transmis au Conseil de la concurrence le

24 janvier 2002, la loi modifiée est d'application;

Attendu que la plainte concernait un contrat signé entre les parties le 14 septembre 1995, contrat que le plaignant estimait restrictif de concurrence.

Attendu que le marché de produits concerné est celui des plaquettes blanches TMP (thermo mechanical pulp) provenant du sciage de l'épicéa;

Que ces plaquettes forment la matière première nécessaire à la production d'un certain type de papier de qualité fabriqué par Stora Langerbrugge, le papier SC (super-calendered mechanical printing paper) utilisé pour l'impression des magazines;

Qu'il n'existe aucun produit véritablement substituable aux plaquettes blanches TMP pour la production du papier SC.

Attendu que le marché géographique concerné doit être délimité à l'ensemble du territoire belge, le Luxembourg, une partie de l'ouest de l'Allemagne et de l'est de la France, soit dans un rayon de 300 km autour de la scierie, et ce en raison du coût de transport élevé des plaquettes blanches TMP.

Attendu que le 17 septembre 1997, les représentants du plaignant ont informé par courrier le Service du retrait de la plainte, le contrat concerné n'étant plus en vigueur;

Qu'en conséquence, il convient de classer le dossier, la plainte étant devenue sans objet.

Par ces motifs,

#### Le Conseil de la concurrence

- Reçoit la plainte;
- Constate que l'affaire enregistrée sous le numéro CONC-I/O-97/0016 est devenue sans objet;
- Classe en conséquence le dossier;

Ainsi décidé le 9 avril 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Jacques Schaar, président de chambre, de Madame Marie-Claude Grégoire, de Madame Dominique Smeets, et de Monsieur David Szafran, membres.

## **Décision n°2002-P/K-30 du 9 avril 2002**

Affaire CONC-PRA-95/0014

En cause :

Computer Media sa, société de droit belge ayant son siège social rue Reper Vreven, 97, à 1020 Bruxelles, ci-après dénommé le plaignant.

Contre

A T&T Belgium sa., société de droit belge ayant son siège social rue de la fusée, 50 à 1130 Bruxelles.

Vu la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 1er juillet 1999;

Vu la plainte déposée le 6 juillet 1995 par le plaignant auprès du Service de la concurrence et enregistrée le 11 juillet 1995 sous le numéro CONC-PRA-95/0014;

Vu le rapport du Corps des rapporteurs du 30 janvier 2002;

Entendu à l'audience du 9 avril 2002, Madame Anne Bouillet, pour le corps des rapporteurs, audience à laquelle le plaignant, quoique régulièrement convoqué, n'a pas comparu ni personne en son nom.

Attendu que la présente procédure a été introduite le 6 juillet 1995 en application de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique (ci-après L.P.C.E.), qui fut modifiée par deux lois du 26 avril 1999 puis coordonnée par arrêté royal le 1er juillet 1999; qu'il sied de relever que, depuis l'introduction de la procédure, le plaignant ne s'est plus manifesté;

Attendu que l'article 47 de la loi du 26 avril 1999 modifiant la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique énonce que les dispositions de la nouvelle loi "ne s'appliquent pas aux procédures engagées auprès du Conseil de la concurrence ou de la cour d'appel de Bruxelles au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi", soit le premier octobre 1999;

Attendu que le texte concernant la prescription n'a pas été modifié;

Attendu que le Conseil de la concurrence considère qu'une procédure est pendante devant lui à partir du moment où il a été saisi par le rapport du Corps des rapporteurs;

Attendu qu'en l'espèce, le rapport du Corps des rapporteurs ayant été transmis au Conseil de la concurrence le 30 janvier 2002, la loi modifiée est d'application;

Attendu que l'article 48, §1, de la L.P.C.E. dispose que "L'instruction visée à l'article 23 ne peut porter que sur des faits ne remontant pas à plus de cinq ans. Ce délai se compte à partir de la date de la décision du Service de la concurrence de procéder à une instruction d'office ou de la date de saisine du Service conformément à l'article 23, §1er."; que l'article 48, §2, de la L.P.C.E. dispose que "Le délai de prescription en ce qui concerne la procédure d'instruction et de décision est de cinq ans à partir de la date visée au § 1er. La prescription ne sera interrompue que par des actes d'instruction ou de décision faits dans le délai déterminé sous l'alinéa précédent; ces actes font courir un nouveau délai d'égale durée."

Attendu que le Conseil de la concurrence constate qu'aucun acte d'instruction n'a été fait dans ce dossier depuis plus de cinq ans, soit depuis que le Service de la concurrence a, par télécopie datée du 14 septembre 1995, invité le plaignant à une réunion d'information devant se tenir le 5 octobre 1995, réunion dont aucune trace n'apparaît au dossier;

Attendu que le délai de prescription prévu par l'article 48, §2, de la L.P.C.E. est de ce fait atteint; qu'il y a lieu en conséquence de classer le dossier.

Par ces motifs,

#### Le Conseil de la concurrence

- Reçoit la plainte
- Constate que l'affaire enregistrée sous le numéro CONC-PRA-95/0014 est prescrite;
- Classe en conséquence le dossier;

Ainsi décidé le 9 avril 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Madame Marie-Claude Grégoire, président de chambre, de Madame Dominique Smeets, de Monsieur Jacques Schaar, et de Monsieur David Szafran, membres.

## **Beslissing nr. 2002-C/C-31 van 12 april 2002**

INZAKE :

General Electric Company

en :

Hercules Incorporated

en :

BetzDearborn Inc.

Gelet op de Wet op de Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (W.B.E.M.).

Gezien de aanmelding aan het Secretariaat van de Raad voor de Mededinging van een concentratie op 22 februari 2002, aanmelding die vervolledigd werd op 26 februari 2002.

Gezien de mededeling voor onderzoek door het Secretariaat van de Raad aan het korps van verslaggevers conform artikel 32 bis § 1 W.B.E.M. op 25 februari 2002.

Gezien de stukken van het dossier.

Gezien het onderzoeksdossier van de Dienst voor de Mededinging.

Gezien het gemotiveerd verslag van de verslaggever zoals dit op 14 maart 2002 werd opgesteld en overgemaakt aan de Raad.

Gehoord de verslaggever, de heer Bert Stulens, ter zitting van 12 april 2002.

Gehoord de aanmeldende partijen bij monde van de gemeenschappelijke vertegenwoordiger, meester Marjan Mondt van het kantoor Clifford Chance Punder te Brussel, en de heer Andre Vanhove namens BetzDearborn en meester Johan Ysewyn van het kantoor Linklaters & Alliance te Brussel namens Hercules Inc.

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken van toepassing overeenkomstig artikel 54 bis W.B.E.M..

### **1. De aanmeldende en betrokken partijen :**

Als koper treedt op de onderneming General Electric Company, gevestigd in de USA, Fairfield CT 06341, Eastern Turnpike 3135.

General Electric is een gediversifieerde onderneming actief in verschillende zeer uiteenlopende sectoren, waaronder vliegtuigmotoren, huishoudtoestellen, informaticasystemen, energiesystemen, verlichting, industriële systemen, medische toepassingen, plastic, omroepen, financiële dienstverlening en transportsystemen.

General Electric produceert via haar dochteronderneming General Electric Water Technologies Inc. industriële waterzuiverings-installaties. General Electric verkoopt deze installaties echter niet in België.

Als verkoper treedt op de onderneming Hercules Incorporated gevestigd in de USA, DE 19894-0001, Wilmington, 1313 North Market Street, actief in de productie en verkoop van specifieke chemicaliën, die gebruikt worden in het productieproces voor huis-, kantoor- en industriële toepassingen.

De doelonderneming is de onderneming BetzDearborn Inc, gevestigd in de USA, Trevose, PA 19053-6783, 4636 Somerton Road, actief als producent en leverancier van chemicaliën, die gebruikt worden voor waterconditionering.

BetzDearborn Inc. is een dochterbedrijf van Hercules Incorporated.

De dochteronderneming van Hercules die in België overgedragen wordt is de n.v. BetzDearborn, gevestigd in Herentals, Toekomstlaan 54.

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

## 2. De aangemelde operatie :

Ten gevolge van een overeenkomst van koop en verkoop van aandelen, afgesloten op 12 februari 2002, verkrijgt General Electric Company, door middel van Falcon Acquisition Corporation, - een 100 % dochteronderneming van General Electric gecreëerd ten behoeve van deze transactie -, uitsluitende controle over het "Waterbedrijf" van Hercules Inc. dat voornamelijk in handen is van Hercules divisie BetzDearborn Inc..

General Electric Company verkrijgt de uitsluitende zeggenschap over het "Waterbedrijf" van Hercules door de overname van (i) het uitstaande aandelenkapitaal van BetzDearborn Inc. en bepaalde andere dochterondernemingen van Hercules die watergerelateerde activiteiten uitoefenen, (ii) andere activa en passiva met betrekking tot water-gerelateerde activiteiten.

Na de voltrekking van de concentratie zal BetzDearborn direct of indirect worden ondergebracht in één of meer volledig gehouden dochterondernemingen van General Electric.

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

## 3. De aanmeldingstermijn :

De overeenkomst die het voorwerp uitmaakt van de aanmelding, namelijk de overeenkomst van koop en verkoop van aandelen (stock and asset purchase agreement) werd op 12 februari 2002 ondertekend en op 26 februari 2002 aangemeld.

De aanmelding van de concentratie moet dan ook conform artikel 12 § 1 van de W.B.E.M. als tijdig beoordeeld worden.

## 4. De omzetrempels :

De concentratie valt onder het toepassingsgebied van de W.B.E.M. vermits de omzetrempels zoals voorzien in artikel 11 § 1 en artikel 46 van de W.B.E.M. werden bereikt.

Uit de ons verstrekte vertrouwelijke gegevens blijkt immers dat de Belgische omzet van de koper, General Electric Company, en de Belgische omzet van de doelonderneming BetzDearborn Inc., de drempels voorzien in artikel 11 § 1 W.B.E.M. overschrijden.

## 5. De marktafbakening en marktaandelen :

De concentratie heeft betrekking op de sector van de waterconditionering door chemicaliën.

Uit de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie blijkt dat waterconditionering kan omschreven worden als het samenstellen en het commercialiseren van chemische producten die de chemische en biologische eigenschappen van water wijzigen (zie beslissing van de Europese Commissie van 20 augustus 1999, zaak nr. IV/1631 inzake Suez Lyonnaise/Nalco).

Uit de hierboven aangehaalde beschikkingspraktijk van de Europese Commissie blijkt dat de relevante geografische markt voor waterconditioneringsondernemingen als Europees moet beschouwd worden. Binnen de concentratiecontrole is de ruimst mogelijke relevante geografische markt echter de Belgische.

De Europese Commissie stelde in haar beslissingen Vivendi/US filters (dd 26 januari 1999, zaaknr. IV.M.1514) en Suez Lyonnaise/Nalco (dd 20 augustus 1999, zaak IV/1631) dat er vooral een onderscheid moet gemaakt worden tussen waterconditionering door middel van chemicaliën voor overheden enerzijds en voor de industrie anderzijds.

Uit de hierboven aangehaalde beschikkingspraktijk van de Europese Commissie inzake Suez Lyonnaise/Nalco blijkt verder dat er zes relevante productmarkten zijn, namelijk :

- markt van de industriële waterconditioneringschemicaliën
- markt van de waterconditioneringschemicaliën voor overheden
- markt van de organische stollings- en uitvlokingschemicaliën
- markt van de anorganische stollings- en uitvlokingschemi-ca-liën
- markt van de hydro-carbonproceschemicaliën
- markt van de metaalproceschemicaliën

BetzDearborn is in Europa actief op elk van deze zes markten weliswaar met telkens een marktaandeel dat onder de 25 % ligt.

BetzDearborn is in België actief op vijf van deze zes markten, doch bereikt enkel in twee markten, namelijk de markt van de industriële waterconditioneringschemicaliën en de markt van de hydro-carbonproceschemicaliën, een marktaandeel dat boven de 25 % ligt.

General Electric produceert via haar dochteronderneming General Electric Water Technologies Inc. industriële waterzuiveringsinstallaties, maar verkoopt ze niet in België.

De activiteiten van enerzijds General Electric en anderzijds BetzDearborn zijn dan ook totaal verschillend, zodat er geen sprake kan zijn van een horizontale overlapping tussen de activiteiten van General Electric en BetzDearborn.

De transactie zal ook geen verticale integratie teweeg brengen.

Het gebruik van General Electric's producten, namelijk de installaties om water te zuiveren, vereist immers niet de aankoop van BetzDearborns chemicaliën voor waterconditionering.

De transactie zal dus niet tot gevolg hebben dat General Electric actief zal worden in een bedrijf actief op een hoger of een lager gelegen markt dan deze waarop zij actief is op het gebied van waterzuiveringsinstallaties.

Vermits de beide ondernemingen actief zijn op markten die zowel horizontaal als verticaal niet met elkaar in verbinding staan, kan er geen sprake zijn van een betrokken markt.

Bovendien blijkt dat niemand van de ondervraagde concurrenten een ernstig nadeel ziet in deze concentratie.



De concentratie moet dan ook worden toegelaten omdat zij conform artikel 10 § 3 geen machtspositie in het leven roept of versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de nationale markt significant wordt belemmerd.

#### OM DEZE REDENEN,

#### De Raad voor de Mededinging,

- Stelt vast dat de betrokken concentratie onder het toepassingsgebied valt van de W.B.E.M..
- Verklaart de concentratie toelaatbaar conform artikel 10 § 3 en artikel 33 § 2 punt 1a W.B.E.M..

Aldus uitgesproken op 12 april 2002, door de Kamer van de Raad voor de Mededinging samengesteld uit : de heer Peter Poma, kamervoorzitter, mevrouw Béatrice Ponet, voorzitter Raad voor de Mededinging, de heren Marc Jegers en Robert Vanosselaer, leden.

## **Décision n°2002-C/C-32 du 18 avril 2002**

Affaire CONC-C/C-02/0015 - Autoliv Inc. - Visteon Corporation

Vu la notification de l'opération de concentration déposée au secrétariat du Conseil de la concurrence le 4 mars 2002.

Vu le Rapport du Corps des Rapporteurs du 27 mars 2002.

Entendu à l'audience du 18 avril 2002 le Rapporteur en son rapport. Bien que régulièrement convoquées, les parties n'ont pas estimé devoir être entendues par le Conseil de la concurrence et ont, par courrier du 12 avril 2002, acquiescé aux conclusions du rapport.

### **A. Les parties en cause**

#### **L'acquéreur**

Autoliv Inc. est une société incorporée sous les lois de l'Etat du Delaware, aux Etats-Unis, et dont le siège exécutif est situé à Stockholm, en Suède. Elle développe, fabrique et commercialise des systèmes automobiles de retenue. Elle possède une unité de production en Belgique, Autoliv Belgium nv, dont le siège social se situe Mai Zetterlingstraat, 70 à 9042 Gent [secret d'affaires].

Autoliv a acquis l'unité "sécurité automobile" de Morton International en 1997 .

#### **Le vendeur**

Visteon Corporation est une société incorporée sous les lois de l'Etat du Delaware, aux Etats-Unis et établie à Dearborn, dans l'Etat du Michigan, aux Etats-Unis d'Amérique. Elle fabrique et commercialise également des systèmes automobiles de retenue.

#### **La société cible**

Les opérations acquises sont les activités nord-américaines et européennes de composants électroniques de retenue de Visteon Corporation (Etats-Unis, Canada et Portugal).

### **B. L'opération notifiée**

Autoliv se propose d'acquérir une partie des actifs "composants électroniques de retenue" de Visteon en Amérique du nord et en Europe. Cette unité produit et vend des composants électroniques de contrôle d'airbag. Les deux parties produisent et vendent ces produits, mais Autoliv n'est pas active sur ce marché en Belgique.

Cette transaction permettra à Autoliv de s'implanter aux Etats-Unis où elle n'est pas encore active, contrairement à Visteon.

Les sociétés précitées sont des entreprises au sens de l'article 1er de la loi et l'opération notifiée est une opération de concentration au sens de l'article 9 de la loi.

Sur la base des indications fournies par les parties, les seuils de chiffres d'affaires visés à l'article 11 de la loi sont atteints.

## C. Les marchés concernés

Le secteur économique concerné par la concentration est celui de la fabrication de parties et accessoires pour les véhicules à moteur (code NACE 34.3), mais également celui du commerce d'équipements automobiles (code NACE : 50.3).

### 1. Marchés de produits concernés

Sur un plan mondial, les deux parties développent, fabriquent et commercialisent des composants électroniques de contrôle d'airbag. Ceux-ci sont constitués d'une unité de contrôle électronique comprenant un détecteur. Ils sont intégrés dans les véhicules où ils sont liés, via un câble, au module d'airbag qu'ils déclenchent en cas d'impact tel un accident. Les modules d'airbag sont constitués d'un générateur de gaz et d'un sac dans un couvercle en plastique s'intégrant au volant ou au tableau de bord.

Les modules d'airbag et les composants électroniques de contrôle d'airbag sont des produits sophistiqués adaptés individuellement à chaque modèle de véhicule. Pour des raisons de sécurité et de qualité, aucun marché de remplacement des composants électroniques de contrôle d'airbag n'existe et tous les produits de rechange sont fournis par le fabricant initial d'automobiles qui, lui, les obtient directement du fournisseur de systèmes d'airbag. Les producteurs d'automobiles, en règle générale, achètent les composants électroniques de contrôle d'airbag séparément des modules d'airbag. Ils préfèrent effectuer l'intégration des produits eux-mêmes, dans la mesure où cela leur permet d'accroître leur flexibilité en termes de technologie et de prix.

Conformément avec l'approche adoptée par la Commission européenne en application du règlement sur les concentrations, les parties considèrent la fabrication et la commercialisation des composants électroniques de contrôle d'airbag comme un marché distinct (cf. décisions n° IV/M.686, Nokia/Autoliv du 05/02/1996 et n° IV/M.872, TRW/Magna du 01/01/1997).

Par conséquent, le marché de produits en cause pouvant être retenu est celui de la fabrication et la commercialisation des composants électroniques de contrôle d'airbag.

### 2. Marché géographique concerné

Le marché géographique est constitué de l'ensemble du territoire belge.

Les parties font cependant remarquer que le marché géographique est en réalité au minimum l'Espace Economique Européen .

## D. Analyse concurrentielle

### 1. Structure de l'offre et de la demande

La valeur du marché de la fabrication et de la commercialisation de composants électroniques de contrôle d'airbag en Belgique est de [secret d'affaires] Mio € d'après Siemens. [secret d'affaires]

Autoliv ne vend pas de composants électroniques de contrôle d'airbag en Belgique. Il n'existe donc pas en l'espèce de marché affecté par l'opération.

Outre Visteon, deux autres sociétés sont présentes sur le marché en cause en Belgique, il s'agit de Bosch et de Siemens. Les parties estiment leurs parts de marché de la manière suivante :

VISTEON : [secret d'affaires] %

SIEMENS : [secret d'affaires] %

BOSCH : [secret d'affaires] %

Siemens attribue à Visteon une part de marché de l'ordre de [secret d'affaires] % en Belgique et évalue sa part de marché à [secret d'affaires] % si l'on se base sur les chiffres mentionnés au doc. 4 ([secret d'affaires]).

[secret d'affaires]

Selon les parties, Autoliv possède une part de marché de [secret d'affaires] % au niveau européen, tandis que les Opérations Acquisées représentent environ [secret d'affaires] %.

## 2. Appréciation

Autoliv n'étant pas présente sur le marché en cause, les parts de marché des parties resteront inchangées après l'opération.

En outre, aucun acteur interrogé par le Service de la concurrence n'émet de remarques quant à cette concentration.

Le Conseil estime en conséquence que la concentration notifiée n'aura pas pour effet l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante qui entrave de manière significative une concurrence effective sur le marché belge en cause ou sur une partie substantielle de celui-ci.

## PAR CES MOTIFS

### Le Conseil de la concurrence

Constate que la concentration tombe dans le champ d'application de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique et est admissible en vertu des articles 33 § 1er et 33, §2, 1.a de cette loi.

Ainsi décidé le 18 avril 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Madame Marie-Claude Grégoire, Président de chambre, de Monsieur Patrick De Wolf, Monsieur Pierre Battard et Monsieur Roger Ramaekers, Membres.

## **Beslissing nr. 2002-C/C-33 van 25 april 2002**

INZAKE :

Galoo n.v.

en :

Galloometal n.v.

en :

Trade Arbed s.a.

Gelet op de Wet op de Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (W.B.E.M.).

Gezien de aanmelding aan het Secretariaat van de Raad voor de Mededinging van een concentratie op 11 maart 2002.

Gezien de mededeling voor onderzoek door het Secretariaat van de Raad aan het korps van verslaggevers conform artikel 32 bis § 1 W.B.E.M. op 12 maart 2002.

Gezien de stukken van het dossier.

Gezien het onderzoeksdossier van de Dienst voor de Mededinging, zoals dit op 8 april 2002 werd overgemaakt aan de verslaggever.

Gezien het gemotiveerd verslag van de verslaggever zoals dit op 8 april 2002 werd opgesteld en overgemaakt aan de Raad.

Gezien de memorie van antwoord op 22 april 2002 neergelegd bij de Raad namens de aanmeldende partijen.

Gehoord de verslaggever, de heer Bert Stulens, ter zitting van 25 april 2002.

Gehoord namens de Dienst, de heren Johan Isselée en Erwin Verhaeren.

Gehoord de aanmeldende partijen bij monde van de heer Patrick De Jonghe, de heer Pierre Vandeputte van de n.v. Galoo en meester Koen De Bock voor de n.v. Galoo en de n.v. Galloometal.

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken van toepassing overeenkomstig artikel 54 bis W.B.E.M..

### **1. De aanmeldende en betrokken partijen :**

Als koper treden op de n.v. Galoo en de n.v. Galloometal.

De n.v. Galoo is gevestigd in België te 8390 Menen, Wervikstraat 320, en is actief in de aan- en verkoop, bewerken en verwerken van alle metalen, verder ondermeer in het uitvoeren van alle grondwerken en in het verzorgen van tolformaliteiten inzake invoer, uitvoer en doorvoer.

De n.v. Galloometal is eveneens gevestigd op hetzelfde adres als de n.v. Galoo, namelijk in België te 8390 Menen, Wervikstraat 320, en is actief in de recuperatie en het verwerken (zoals het zuiveren, scheiden, smelten en gieten) van alle metalen, alsook de aankoop en verkoop ervan zowel in binnen-

als buitenland, verder inzake de verwerking tot tussen en/of eindproduct, alsmede inzake het dumpen, recupereren en recyclen van alle afvalproducten.

Als verkoper treedt op de s.a. Arbed, gevestigd in Luxemburg, te 2930 Luxemburg, Avenue de la Liberté 19, die actief is in de handel van ertsen, bewerkte en onbewerkte metalen, alle waren afkomstig van, bestemd voor of die van nut zijn in de metaal-, delfstof- of steenkoolverwerkende industrie of aanverwante bedrijven.

Als doelonderneming treedt op de n.v. Almetal Holding, gevestigd in België, te 9000 Gent, Scheepzatestraat 9.

De n.v. Almetal Holding groepeerd en controleert via de n.v. Almetal Beheer, gevestigd op hetzelfde adres, een aantal filialen die eveneens deel uitmaken van de concentratieoperatie.

Deze filialen zijn :

- Van Heyghen Recycling n.v., gevestigd in België, 9000 Gent, Scheepzatestraat 9.
- D'Hollander Recycling n.v., gevestigd in België, 9000 Gent, Scheepzatestraat 9.
- Retra n.v., gevestigd in België, 9000 Gent, Scheepzatestraat 5.
- Nefer n.v., gevestigd in België, 3690 Zutendaal, Tiendenstraat 8.
- Almetal Deutschland GmbH, gevestigd in Duitsland, 58456 Witten, Wittener Strasse 168.

Al deze ondernemingen zijn actief op het gebied van de handel in schroot en metalen, alsook op het vlak van afbraak- en slopingswerken.

De n.v. Van Heyghen Recycling richt zich samen met haar tradingdivisie Ferinter te Luik ondermeer op export van ferroschroot vanuit de Gentse zeehaven.

De n.v. Retra, alsook haar divisies Renofe en Besri, zijn gespecialiseerd in de recuperatie van non-ferrometalen en elektronicaschroot. De n.v. Retra beschikt over een shredderinstallatie.

De n.v. Nefer, samen met de Duitse tradingvennootschap Almetal Deutschland (Nefer bezit een participatie van 50 % van de aandelen) hebben dezelfde specialisaties als Retra, met uitzondering van de shredderinstallatie.

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

## 2. De aangemelde operatie :

Ten gevolge van een overeenkomst van koop en verkoop van aandelen, afgesloten op 19 februari 2002, verkrijgen de n.v. Galloo en de n.v. Galloometal van de s.a. Trade Arbed alle aandelen van de holding Almetal Holding.

Hierdoor verwerven de kopers de directe zeggenschap over de n.v. Almetal Holding en haar filialen. De kopers worden de enige eigenaars van de activiteiten van de n.v. Almetal op Vlaams grondgebied. De n.v. Galloo verwerft 70 % van de aandelen en de n.v. Galloometal de overige 30 %.

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

## 3. De aanmeldingstermijn :

De overeenkomst die het voorwerp uitmaakt van de aanmelding, namelijk de overeenkomst van koop en verkoop van aandelen werd op 19 februari 2002 ondertekend en op 11 maart 2002 aangemeld.

De aanmelding van de concentratie moet dan ook conform artikel 12 § 1 van de W.B.E.M. als tijdig beoordeeld worden.

#### 4. De omzetrempels :

De concentratie valt onder het toepassingsgebied van de W.B.E.M. vermits de omzetrempels zoals voorzien in artikel 11 § 1 en artikel 46 van de W.B.E.M. werden bereikt.

Uit de ons verstrekte gegevens blijkt immers dat de Belgische omzet van de kopers, de n.v. Galloo en de n.v. Galloometal, en de Belgische omzet van de doelonderneming, namelijk de n.v. Almetal Holding, de n.v. Almetal Beheer en de vijf hierboven vernoemde filialen, de drempels voorzien in artikel 11 § 1 W.B.E.M. overschrijden.

#### 5. De marktafbakening en marktaandelen :

##### a. Over de relevante productmarkt :

De concentratie heeft betrekking op de schrootmarkt in metalen, onder te verdelen in twee deelmarkten, namelijk de markt van de recuperatie van ferrometalen en de markt van de recuperatie van non-ferrometalen, waarbij elk van deze deelmarkten kan bekeken worden enerzijds langs de aankoopzijde, anderzijds langs de verkoopzijde.

Voor wat de recuperatie van ferrometalen betreft moet vastgesteld worden dat voor wat de aankoop betreft (aankoopzijde) het schroot lokaal wordt aangekocht bij ofwel lokale schroothandelaars, ofwel bij de containerparken van intercommunales, ofwel bij autokerkhoven, waarna de verwerkte ferrometalen als secundaire grondstoffen aan de staalbedrijven worden verkocht (verkoopzijde), met dien verstande dat de recuperatiebedrijven die in het binnenland zijn gelegen voornamelijk aan Europese staalbedrijven verkopen, terwijl de bedrijven die in het havengebied zijn gelegen tevens kunnen exporteren en verkopen aan buiten Europa gelegen staalbedrijven.

Voor wat de recuperatie van non-ferrometalen betreft moet vastgesteld worden dat voor wat de aankoop betreft (aankoopzijde) het schroot wordt aangekocht op een markt die minder lokaal is (gezien de hogere waarde ervan) bij ofwel schroothandelaars, hetzij flotatiebedrijven (die de materialen in een niet metaalfractie en in een metaalfractie scheiden), waarna de verwerkte non-ferrometalen (gezien hun hogere waarde) in de non-ferroindustrie worden verkocht.

##### b. Over de relevante geografische markt :

De relevante geografische markt van de markt van de recuperatie van "ferrometalen" omvat volgens de verslaggever langs de aankoopzijde minstens de drie Belgische provincies West Vlaanderen, Oost Vlaanderen en Henegouwen, volgens de aanmeldende partijen zelfs gans België, en langs de verkoopzijde het gehele Belgische grondgebied, met zelfs een sterke Europese dimensie.

De relevante geografische markt van de recuperatie van "non-ferrometalen" omvat langs de aankoopzijde het gehele Belgische grondgebied, met een Europese dimensie en langs de verkoopzijde geheel België, zij het met een ruimere Europese tot zelfs mondiale dimensie.

##### c. Over de marktaandelen :

De aanmeldende partijen stellen met verwijzing naar onder meer marktaandeelcijfers dat er geen sprake is van een betrokken markt nu enerzijds de n.v. Galloo en de n.v. Galloometal en anderzijds de doelonderneming, in het bijzonder de filialen, samen in België zowel langs de aankoopzijde als langs de verkoopzijde van respectievelijk de ferro en de non-ferrometalen een marktaandeel ver beneden de 25 % behalen.

Gezien het ontbreken van een aantal gegevens ontbreekt het in dit stadium de Raad aan de noodzakelijke, objectieve en betrouwbare beoordelingsgegevens om zich uit te spreken over de al dan niet aanwezigheid van (een) betrokken markt(en) en over de al of niet dominante machtspositie van de aanmeldende partijen op deze markt(en).

Gezien ook de negatieve reacties van de concurrenten, stelt de Raad vast dat er ernstige twijfels bestaan betreffende de toelaatbaarheid van de concentratie.

Een tweede faseonderzoek conform artikel 33 § 2.1b en artikel 34 § 1, alinea 1 W.B.E.M. is dan ook noodzakelijk.

## OM DEZE REDENEN,

### De Raad voor de Mededinging,

- Stelt vast dat de betrokken concentratie onder het toepassingsgebied valt van de W.B.E.M..
- Vooraleer over de al dan niet toelaatbaarheid van de concentratie te oordelen, verzoekt de Raad aan de verslaggever om conform artikel 33 § 2.1,b uiterlijk op 14 mei 2002 een bijkomend verslag neer te leggen, in het bijzonder betreffende de juiste geografische afbakening van de markt van de recuperatie van ferrometalen langs de aankoopzijde en verder ter verificatie van de marktaandeelcijfers van de aanmeldende partijen op de beide relevante productmarkten en dit telkens langs de aankoopzijde en langs de verkoopzijde.
- Stelt de zaak voor verdere behandeling op donderdag 30 mei tweeduizend en twee, te vijftien uur.

Aldus uitgesproken op 25 april 2002, door de Kamer van de Raad voor de Mededinging samengesteld uit : de heer Peter Poma, kamervoorzitter, de heren Paul Blondeel, Geert Zonnekeyn en Wouter Devroe, leden.



## **Beslissing nr. 2002-P/K-34 van 3 mei 2002**

Zaak nr. MEDE - PRA - 94/0003

Inzake:

NV MAURETUS SPAARBANK, met zetel te 2018 Antwerpen, Rubenslei 11

tegen

NV BANKSYS, met zetel te 1130 Brussel, Haachtsesteenweg 1442

Gelet op de Wet op de Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (WBEM) ;

Gelet op de brief van 11 mei 1994 vanwege de NV MAURETUS SPAARBANK aan de Dienst voor de Mededinging, waarin klacht lastens de NV BANKSYS, die werd geregistreerd op 13 mei 1994 ;

Gelet op het verzoek van 4 juli 1994 van de Dienst voor de Mededinging aan de NV BANKSYS tot het bekomen van inlichtingen ;

Gelet op het toekennen op 15 juli 1994 van een bijkomende termijn voor het antwoorden op het verzoek tot inlichtingen aan de NV BANKSYS ;

Gelet op het antwoord vanwege de NV BANKSYS op 31 augustus 1994 ;

Gelet op het gemotiveerd verslag van de verslaggever van 6 november 2001 ;

Gelet op het overmaken door de verslaggever op 7 november 2001 van zijn verslag aan de Raad, inhoudende een gemotiveerd voorstel tot sepot ;

Gehoord ter zitting op 3 mei 2002 de verslaggever dhr. Bert Stulens ;

Gehoord ter zitting op 3 mei 2002 meester Carl Raymaekers namens de nv Mauretus-Spaarbank ;

### **Over de vraag tot uitstel van wege de klager**

Op het verzoek tot uitstel kan niet ingegaan worden om volgende redenen :

- art 27, §2, in fine W.B.E.M. bepaalt dat de Raad binnen een termijn van 6 maanden nadat het verslag is ingediend, een beslissing moet nemen, hetzij in casu uiterlijk op 6 mei 2002 ;
- dat klager ten onrechte opwerpt dat hij beschikt over een termijn van 15 dagen na kennisname van het verslag van de verslaggever, nu hiervoor geen rechtsgrond bestaat ;
- dat integendeel uit de lezing van de artikelen 9, §1, 10 en 12 van het K.B. van 15 maart 1993 betreffende de procedure inzake de bescherming van de economische mededinging blijkt dat de klager uiterlijk de dag voor de zitting schriftelijke opmerkingen kan neerleggen bij de secretaris van de Raad, terwijl de termijn van 15 dagen waarvan sprake in artikel 9, §1 van het K.B. slechts geldt ten aanzien van de onderzochte partij ;
- dat volledigheidshalve bovendien uit de stukken blijkt dat de klager reeds op 11 december 2001 kennis kreeg van het verslag van de verslaggever.

### **Inhoud van de klacht en standpunt van de klager**

NV BANKSYS commercialiseert de systemen "Bancontact" en "Mister Cash" voor betalingen en geldopvragingen via automaten met gebruik van een plastic bankkaart.

Op 6 november 1987 werd de klager aangeschreven door de toenmalige SV BANCON-TACT, waarin het product werd voorgesteld en 2 formules werden aangeboden:

- (1) het onderschrijven van een aandeel van de CV, het betalen van een toetredingsrecht en het deelnemen in de financiering via een bijdragesysteem, of
- (2) een aansluiting bij het Bancontact-netwerk met betaling van kosten inherent aan de kaart (34 Fr./kaart), aan het bestand (35 Fr./kaart) en aan het gebruik (35 Fr. voor op-vraging of storting en 20 Fr. voor betaling).

Bij brief van 4 februari 1988 opteerde de klager voor de 2de formule.

N.a.v. een kapitaalverhoging van de CV BANCONTACT ontving de klager een bericht op 9 juni 1989, waarin haar nieuwe voorwaarden werden aangeboden om lid te worden van de CV. De klager ging in op dit voorstel. In 1989 werd de CV BANCONTACT omgevormd tot NV BANKSYS. De kosten voor het gebruik van het netwerk kwamen volgens de klager voor haar toen neer op 20.567 Fr./jaar.

In 1992 werd beslist om het bijdragesysteem te wijzigen. De 5 grote instellingen die deel uitmaken van de NV BANKSYS (ASLK, CCB-GKB, G-Bank, BBL en KB+COB +HSA) werkten een nieuw systeem uit, welk de Raad van Bestuur goedkeurde. Het nieuwe tarief werd aan de klager medegedeeld op 24 december 1992.

Volgens de klager werd dit nieuw systeem éézijdig opgelegd in het uitsluitend belang van de grote bankinstellingen. Voor haar kwam dit in 1993 neer op een jaarlijkse bijdrage van 500.000 Fr. + BTW en vanaf 1994 zelfs 1.250.000 Fr. + BTW.

De nieuwe prijzen zorgen er volgens de klager voor dat zij het product "Bancontact -Mister Cash" onmogelijk nog op een rendabele wijze aan haar klanten kan aanbieden, zodat zij en andere kleine financiële instellingen (minder dan 10.000 verrichtingen per jaar) hiervan in feite worden uitgesloten. Volgens de klager zijn de opgelegde kosten totaal buiten verhouding tot de verstrekte dienstverlening.

De klager stelt dat de NV BANKSYS inbreuk pleegt op art.2 §1b WBEM (een on-rechtmatig besluit tot beperking van de afzet), op art.2 §1c+d WBEM (ongelijke voor-waarden aan de handelspartners, niet in verhouding tot de bestaande verschillen) en art.3 WBEM (misbruik van economische machtspositie).

## Het verweer van de NV BANKSYS

Bij brief d.d. 31 augustus 1994 replikeerde de NV BANKSYS met haar standpunt:

- dat de klager als aandeelhouder nog geen enkele vordering heeft ingesteld voor de Rechtbank tegen enige beslissing van haar vennootschap ;
- dat de klager de enige is die het nieuwe facturatiesysteem aanklaagt ;
- dat de klager geen enkele verplichting had om aandeelhouder van de vennootschap te worden of verplicht is te blijven ;
- dat de klager niet verplicht is beroep te doen op de diensten van de NV BANKSYS en zo gewent kan toetreden tot het systeem van haar concurrent DE POST ;
- dat de klacht de finaliteit van het automatisch systeem miskent, welk slechts ten volle kan renderen door de vermenigvuldiging van de transacties, verantwoord door de hoe-grootheid van de investerings- en werkingskosten ;
- dat een financiële instelling zich niet rechtmatig en billijk kan beperken tot enkele al-leenstaande transacties en hierbij voorhouden dat haar bijdrage moet beperkt zijn tot de kostprijs van deze beperkte transacties, waarbij dan de integraliteit van de investerings- en werkingskosten wordt afgeschoven op de andere financiële instellingen die een ruimer gebruik maken van het opgezet systeem ;
- dat de ingediende klacht als onontvankelijk en ongegrond moet worden aanzien.

## De toepasselijke wet inzake de verjaring

Overwegende dat huidige procedure op 13 mei 1994 werd ingeleid onder toepassing van de Wet van 5 augustus 1991 tot Bescherming van de Economische Mededinging ;

Dat de gewijzigde Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd bij K.B. van 1 juli 1999 bepaalt dat deze gewijzigde wet niet van toepassing is op de procedures die hangende zijn bij de Raad voor de Mededinging of bij het Hof van Beroep te Brussel op het ogenblik van de inwerkingtreding van deze gewijzigde wet (art.47 van de Wet van 26 april 1999 (II)), zijnde 1 oktober 1999. Dat de tekst i.v.m. de verjaring overigens zowel in de oude als in de nieuwe wet dezelfde is.

Dat de Raad slechts een procedure bij hem als hangende beschouwt wanneer een verslag bij hem werd voorgelegd door de Dienst voor 1 oktober 1999 ; Dat in casu het verslag van de verslaggever dateert van 6 november 2001, zodat in elk geval de nieuwe wet van toepassing is ;

Dat art.48§1 WBEM bepaalt: "Het onderzoek bedoeld in artikel 23 mag slechts betrekking hebben op feiten die zich niet langer dan vijf jaar geleden voordeden. De termijn wordt berekend vanaf de datum van de beslissing van de Dienst voor de Mededinging om ambtshalve een onderzoek in te stellen of vanaf de datum van het aanhangig maken van de zaak bij de Dienst overeenkomstig artikel 23§1".

Dat art.48§2 WBEM bepaalt: "De verjaringstermijn met betrekking tot de procedure van onderzoek en beslissing is vijf jaar te rekenen vanaf de datum bedoeld bij §1. De verjaring wordt slechts gestuit door daden van onderzoek of daden van beslissing verricht binnen de termijn bepaald in het vorig lid ; met die daden begint een nieuwe termijn van gelijke duur te lopen".

## Beoordeling door de Raad

In huidige zaak werd de klacht op 13 mei 1994 ontvangen en geregistreerd onder het nummer PRA - 94/0003.

Op 4 juli 1994 stuurde de Dienst een verzoek om inlichtingen naar de NV BANKSYS, waarna op 15 juli 1994 een bijkomende termijn voor het antwoorden werd toegekend. De NV BANKSYS antwoordde op 31 augustus 1994.

Uit het onderzoeksdossier van de Dienst blijken geen elementen waaruit kan worden afgeleid dat verdere onderzoeksdaden werden gesteld. Het verzoek om inlichtingen op 4 juli 1994 dient als de laatste onderzoeksdaad van de Dienst te worden beschouwd.

Dat de Raad vaststelt dat er in dit dossier gedurende méér dan 5 jaar geen verdere onderzoeksdaaden werden gesteld, nl. sinds 4 juli 1994, zodat de verjaringstermijn voorzien in art.48§2 WBEM is ingetreden ; Dat het dossier om deze reden moet worden ge-seponeerd ;

## OM DEZE REDENEN

### De Raad voor de Mededinging

- Gelet op de art. 2 e.v. van de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken van toepassing overeenkomstig art. 54bis WBEM ;
- Verklaart dat de zaak gekend onder nr. MEDE - PRA - 94/0003 verjaard is ;
- Seponeert het dossier in toepassing van art.24§2 WBEM ;

Aldus uitgesproken op 3 mei 2002 door de Kamer van de Raad voor de Mededinging, samengesteld uit: de heer Frank Deschoolmeester, kamervoorzitter ; de heren Peter Poma, Geert Zonnekeyn en Erik Mewissen, leden.

## **Beslissing nr. 2002-C/C-35 van 7 mei 2002**

Zaak MEDE-C/C-02/0018

Inzake:

NV ING LEASE HOLDING, met zetel te 1101 CK Amsterdam-Zuidoost (Nederland), Karspeldreef 14

en

NV FORTIS BANK NEDERLAND HOLDING, met zetel te 3584 BA Utrecht (Nederland), Archimedeslaan 6.

en

NV TOP LEASE, gevestigd te 4817 BL Breda (Nederland), Takkebijsters 59

Gelet op de Wet op de Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (WBEM) ;

Gezien de aanmelding aan het Secretariaat van de Raad voor de Mededinging van een concentratie, neergelegd op 25 maart 2002 ;

Gezien de mededeling voor onderzoek door het Secretariaat van de Raad aan het korps van verslaggevers conform art. 32bis §1 WBEM op 26 maart 2002 ;

Gezien de stukken van het dossier en het gemotiveerde verslag van de Dienst voor de Mededinging zoals medegedeeld aan de verslaggever op 4 april 2002 ;

Gezien het gemotiveerd verslag van de verslaggever zoals dit op 9 april 2002 werd opgesteld en op 18 april 2002 werd betekend aan de Raad ;

Gehoord het verslag van de verslaggever dhr. Bert Stulens ;

Gehoord de partijen die verschenen ter zitting op 7 mei 2002:

- Meester Thomas Franchoo (gemeenschappelijk vertegenwoordiger)
- Dhr. Paul Cocquet (ING Car Lease)
- Dhr. Rob Fischmann (ING Groep NV)
- Dhr. Bram Witsenburg (ING Groep NV)
- Meester Frank De Paepe (namens Fortis)

### **1. De aanmeldende en betrokken partijen**

- Als koper treedt op: de NV ING Lease Holding (hierna: ING Lease), een 100% dochteronderneming van de bank- en verzekeringsinstelling NV ING Groep. Deze laatste brengt bijna al haar activiteiten samen in 2 vennootschappen, waarvan zij alle aandelen heeft: NV ING Bank en NV ING Verzekeringen.

ING Lease is een op Europese schaal opererende onderneming die diensten levert inzake financiële en operationele leasing, meer in het bijzonder het financieren van kapitaal-goederen, vendorleasing en operationele auto- en vrachtwagenleasing.

De ondernemingen die actief zijn binnen ING Lease inzake operationele autolease in België, zijn ING Car Lease Belgium en Locabel. In januari 1998 verwierf de ING Groep de controle over de BBL met dochteronderneming Locabel, die ook actief is op het vlak van de operationele autoleasing.

- Als verkoper treedt op: de NV Fortis Bank Nederland Holding (hierna: Fortis), een holdingmaatschappij waaronder de bancaire activiteiten van Fortis Groep vallen. Fortis heeft als voornaamste taak het beheren en besturen van ondernemingen en het verlenen van diensten aan groepsmaatschappijen.

- De doelonderneming is TOP Lease, een 100% dochteronderneming van Fortis en in hoofdzaak actief in operationele autoleasing. Fortis behoudt zijn financiële leasingbe-drijf Fortis Lease. TOP Lease is houdster van alle aandelen van de NV TOP Lease Bel-gium, die op haar beurt houdster is van alle aandelen van de NV Drive Lease Belgium.

Deze ondernemingen staan in België in voor de operationele autolease activiteiten van TOP Lease. De autoleasebedrijven Eurolease Auto (ex Generale Bank) en Drive Lease (ex ALSK) werden al in 1990 bij TOP Lease gevoegd.

TOP Lease biedt diverse lease-opties aan en levert ook tal van aanvullende diensten zo-als brandstofbeheer, vervangend vervoer en wagenparkbeheer. TOP Lease is ook actief inzake de verhuur van auto's.

Genoemde vennootschappen zijn alle ondernemingen in de zin van art. 1 WBEM.

## 2. Aanmeldingsplicht - overeenkomst van concentratie

Volgens de bepalingen en de voorwaarden van de ontwerpovereenkomst betreft de aan-gemelde concentratie de verwerving door ING Lease van alle uitstaande aandelen van TOP Lease, die worden gehouden door Fortis.

Deze operatie is een concentratie in de zin van art. 9§1b WBEM.

De aanmeldende partijen hebben een bindende intentieverklaring ondertekend op 25 fe-bruari 2002. Een door de partijen gearafeerde ontwerpovereenkomst werd bijge-voegd, die samen met de intentieverklaring de basis vormen voor de aanmelding con-form art. 12§1 WBEM.

De concentratie werd tijdig aangemeld op 25 maart 2002.

De definitieve overeenkomst die dateert van 12 april 2002, werd door partijen neerge-legd ter zitting van 7 mei 2002. Deze overeenkomst verschilt niet merkbaar van het aangemelde ontwerp op alle mededingingsrechtelijke relevante punten (art. 12, §1, WBEM).

Binnen de autoleasingmarkt dient een onderscheid gemaakt te worden tussen de financiële autoleasing (zuivere financiering) en de operationele autoleasing (financiering ge-paard gaande met tal van diensten zoals onderhoud, herstelling, verzekering, pechdien-sten, alarmdiensten, brandstofbeheer, enz. ...).

Dit onderscheid wordt ook gemaakt in de beslissingspraktijk van de Europese Commis-sie (Zaak nr. IV/M.234 GECC / Avis Lease, en zaak nr. COMP/M.1947 ABN AMRO Lease Holding / Dial Group).

In haar mededeling betreffende de berekening van de omzet in de zin van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op con-centraties van ondernemingen (98/C66/04), stelt de Commissie dat er een fundamenteel onderscheid moet gemaakt worden tussen financiële en operationele leasing (punt 55).

Vermits TOP Lease in hoofdzaak operationele leasing verricht, zijn de algemene regelen conform art. 46§1 WBEM van toepassing voor deze berekening van de omzet.

Uit de voorgelegde (vertrouwelijke) omzetcijfers van de betrokken ondernemingen blijkt dat de drempels zoals opgelegd conform art. 11§1 WBEM worden behaald, zodat de concentratie diende te worden aangemeld.

De aangemelde concentratie valt overeenkomstig art. 33§1.1 WBEM binnen het toepassingsgebied van de wet.

### 3. De relevante productenmarkten

Zowel ING Lease als TOP Lease zijn actief op de markt van de operationele autoleasing, zodat er sprake is van een horizontale band. Gezien TOP Lease niet actief is in de financiële autoleasing, is deze markt in casu niet relevant.

De operationele autoleasing kan nog verder onderverdeeld worden naargelang het type voertuig. Hier is dit niet relevant, want TOP Lease biedt in België enkel operationele leasing van auto's, zijnde personenwagens en bestelwagens.

De betrokken ondernemingen bieden ook ondersteunende activiteiten aan (brandstof-beheer, alarmservice, sale & lease back en extern wagenparkbeheer), doch deze zijn rechtstreeks verbonden aan de leasingactiviteiten en vormen dus geen aparte markt.

Ook worden aan de klanten huurauto's ter beschikking gesteld voor korte termijn. Hierbij wordt niet opgetreden als zelfstandige aanbieder op de autoverhuurmarkt, zodat deze laatste markt hier niet als relevante productmarkt kan worden beschouwd.

### 4. De relevante geografische markt

De relevante geografische markt is België.

De markt voor de operationele autoleasing kan beschouwd worden als een nationale markt, gezien de mededingingsvoorwaarden over het land voldoende homogeen zijn (vgl. de markt voor de huur van opleggers - Beslissing Raad voor de Mededinging van 13 oktober 1994 - nr. 94-C/C-34 - zaak T.I.P. Trailer Rentals NV, B.S. 11 november 1994.)

### 5. De marktaandelen

Uit de cijfers van het onderzoek blijkt dat het gezamenlijke marktaandeel van de partijen op de markt van operationele autoleasing in België, na de voorgenomen concentratie ruim beneden de 25% blijft.

### 6. Economische analyse

Volgens de ranking van BBVV en naar de mening van de belangrijkste marktspelers, doet er zich door deze concentratie een kleine concurrentiële verschuiving voor, waarbij ING Lease van de derde plaats naar de tweede plaats gaat. Er is echter geen versteviging van een machtspositie, gezien er nog voldoende andere spelers op de markt zijn.

De mededinging wordt volgens de ondervraagde concurrenten niet verstoord omdat TOP Lease slechts een kleine speler is op de Belgische markt. De ondervraagde derden stelden de toelaatbaarheid van deze concentratie nergens in vraag.

Uit het onderzoek is gebleken dat er in de sector van de operationele autolease een consolidatiebeweging aan de gang is - naar analogie met de banksector - omdat alle actoren behoefte hebben aan een Europees netwerk om internationale klanten een goede service te kunnen aanbieden. Het gaat om een normale evolutie.

Het blijkt dan ook duidelijk uit het dossier en de antwoorden van de ondervraagde der-den dat huidige concentratie géén machtspositie in het leven roept of versterkt, die tot gevolg heeft dat de daadwerkelijke mededinging op de nationale markt of een wezenlijk deel ervan op een significante wijze wordt belemmerd (art. 10§3 WBEM).

Vermits de betrokken ondernemingen samen minder dan 25% marktaandeel hebben, moet de voorgelegde concentratie worden toegelaten conform art. 33§2.1.a WBEM.

## OM DEZE REDENEN

### De Raad voor de Mededinging

- Gelet op de art. 2 e.v. van de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken van toepassing overeenkomstig art. 54bis WBEM ;
- Stelt vast dat de betrokken concentratie aanmeldingsplichtig is en conform art. 33 §1.1 WBEM binnen het toepassingsgebied valt van de wet ;
- Verklaart de concentratie toelaatbaar conform art. 33§2.1.a WBEM ;

Aldus uitgesproken op 7 mei 2002 door de Kamer van de Raad voor de Mededinging, samengesteld uit: de heer Frank Deschoolmeester, kamervoorzitter ; mevrouw Béatrice Ponet, Voorzitter van de Raad voor de Mededinging, de heren Geert Zonnekeyn en Marc Jegers, leden.

## **Beslissing nr. 2002-P/K-36 van 22 mei 2002**

INZAKE:

LUDWIG VAN DER AUWERA, Pelgrimstraat 15, B-2820 Bonheiden.

TEGEN:

ZIEKENFONDSEN, ARTSENSYNDICATEN EN DE BELGISCHE STAAT

Gelet op de brief van 4 juni 1999 van klager de heer Ludwig Van der Auwera, door de Dienst voor de Mededinging geregistreerd op 18 juni 1999 onder het nummer I/O – 99/0018, waarbij de klager verzoekt een onderzoek te verrichten met betrekking tot het nationaal akkoord gesloten tussen de geneesheren en de ziekenfondsen dat werd bekrachtigd door de overheid.

Gelet op het onderzoeksverslag van de Dienst voor de Mededinging van 6 augustus 1999 dat op 13 augustus 1999 aan de Raad voor de Mededinging werd overgemaakt en dat op 10 april 2002 aan de Heer Van der Auwera werd betekend.

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken.

Gelet op de Wet van 5 augustus 1991 tot Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (hierna de "WBEM").

Gelet op de memorie van antwoord neergelegd door de heer Ludwig Van der Auwera op 6 mei 2002 waarbij de heer Ludwig Van der Auwera de Raad voor de Mededinging verzoekt zijn klacht ontvankelijk te verklaren en de zaak voor verder onderzoek naar de verslaggever terug te sturen.

Gehoord op de zitting van 22 mei 2002:

- De heer Antoon Kyndt, Dienst voor de Mededinging.

De heer Van der Auwera is niet ter zitting verschenen, alhoewel behoorlijk opgeroepen.

### **1. De feiten**

Op 4 juni 1999 werd door de heer Ludwig Van der Auwera een klacht neergelegd waarbij de klager verzoekt een onderzoek te verrichten met betrekking tot het nationaal akkoord tussen de geneesheren en de ziekenfondsen waarbij aan patiënten van 60 jaar en ouder een vermindering van het remgeld met 30% wordt toegekend bij een bezoek aan hun vaste huisarts. Dit akkoord werd door de overheid bekrachtigd.

Op het ogenblik van de klacht was de Heer Van der Auwera student geneeskunde.

In zijn memorie van 6 mei 2002 stelt de klager dat hij thans geen student doch wel arts is. Vanaf 1 september 2000 is de Heer Van der Auwera de huisartsgeneeskunde in eigen praktijk gaan uitoefenen eerst als HIBO (niet erkend-huisarts) en vanaf 4 maart 2002 als erkend huisarts.

### **2. De klacht**

In een schrijven van 4 juni 1999 gericht aan de Dienst voor de Mededinging, heeft de heer Ludwig Van der Auwera de Dienst voor de Mededinging verzocht een onderzoek in te stellen met betrekking tot het nationaal akkoord gesloten tussen de geneesheren en de ziekenfondsen dat op 15 december 1998 werd gesloten.



Dit schrijven werd op 18 juni 1999 als klacht geregistreerd door de Dienst voor de Mededinging onder het nummer I/O - 99/0018.

De klacht van de heer Ludwig Van der Auwera betreft een onderdeel uit het nationaal akkoord dat op 15 december 1998 werd gesloten tussen de geneesheren en de ziekenfondsen. De klacht richt zich meer bepaald tot de regeling waarbij aan patiënten van zestig jaar en ouder een vermindering van het remgeld met 30% (ongeveer 1,24 euro) wordt toegekend bij bezoek aan hun vaste huisarts. Om van deze regeling te kunnen genieten moeten deze patiënten zich laten registreren bij hun vaste huisarts die als enige het globaal medisch dossier van de bij hem geregistreerde patiënt bijhoudt.

Klager beweert dat deze regeling leidt tot oneerlijke concurrentie in het nadeel van nieuwe, pas afgestudeerde huisartsen omdat patiënten bij een andere huisarts dan hun vaste huisarts niet van bovenvermelde remgeldvermindering kunnen genieten. Deze regeling zou volgens de klager een drempel doen ontstaan voor de patiënt om een andere huisarts dan zijn vaste huisarts te consulteren. Dergelijk systeem werkt in het nadeel van de pas gevestigde huisartsen die op die wijze zeer moeilijk een patiëntenbestand kunnen opbouwen.

### 3. Juridisch kader

Het nationaal akkoord geneesheren-ziekenfondsen van 15 december 1998, gesloten door de Nationale Commissie geneesheren-ziekenfondsen (hierna "NCGZ"), werd op 8 januari 1999 gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad. Dit akkoord voorziet onder andere in de door de klager betwiste vermindering van het remgeld van 30% voor alle patiënten van zestig jaar en ouder bij een consultatie van hun vaste huisarts. Het nationaal akkoord van de NCGZ bevat enkel een advies aan de Minister van Sociale Zaken die het akkoord bij Koninklijk Besluit kan uitvoeren. De door klager betwiste regeling werd door de overheid bekrachtigd.

### 4. Het standpunt van de Dienst voor de Mededinging

De Dienst voor de Mededinging stelt aan de Raad voor de Mededinging voor om de klacht onontvankelijk te verklaren en dienvolgens het dossier te seponeren op grond van artikel 24 § 1 WBEM, omdat de klager geen rechtstreeks en dadelijk belang kan laten gelden en omdat het voorwerp van de klacht niet onder het toepassingsgebied van de WBEM valt, gezien de ziekenfondsen met betrekking tot de voorliggende problematiek niet als een onderneming worden beschouwd en gelet op de toepassing van artikel 47 van de WBEM.

### 5. Het standpunt van de klager

Klager beweert dat het nationaal akkoord tussen geneesheren en ziekenfondsen, inzoverre het de regeling van het remgeld en het globaal medisch dossier betreft, de mededinging beperkt en dus strijdig is met artikel 2, §1 van de WBEM.

In zijn memorie van 6 mei 2002 stelt de klager onder meer dat de klacht wel ontvankelijk is nu de klager erkend huisarts is sedert 4 maart 2002.

### 6. Juridische beoordeling

#### 6.1. De toepasselijke wet

Huidige procedure werd op 4 juni 1999 ingeleid onder toepassing van de Wet van 5 augustus 1991 tot Bescherming van de Economische Mededinging.

De gewijzigde Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd bij Koninklijk Besluit van 1 juli 1999, bepaalt dat deze gewijzigde wet niet van toepassing is op de

procedures die hangende zijn bij de Raad voor de Mededinging of bij het Hof van Beroep te Brussel op het ogenblik van de inwerkingtreding van deze gewijzigde wet (artikel 47 van de Wet van 26 april 1999 (II)), namelijk 1 oktober 1999.

De Raad voor de Mededinging beschouwt dat een procedure bij hem hangende is op het ogenblik dat hem een verslag werd voorgelegd door de Dienst voor de Mededinging vóór 1 oktober 1999.

In casu werd het verslag van de Dienst voor de Mededinging aan de Raad voor de Mededinging overgemaakt op 13 augustus 1999. De zaak was dus reeds aanhangig bij de Raad voor de Mededinging op het ogenblik dat de gewijzigde wet in werking is getreden.

Bijgevolg is de gewijzigde wet tot Bescherming van de Economische Mededinging niet van toepassing op deze zaak en gelden de bepalingen van de wet tot Bescherming van de Economische Mededinging van 5 augustus 1991 zoals deze golden voor de inwerkingtreding van de gewijzigde wet.

## 6.2. Ontvankelijkheid

### Rechtstreeks en dadelijk belang

Overeenkomstig artikel 23, §1, c) van de WBEM moet de klager het bewijs leveren van een rechtstreeks en dadelijk belang bij het indienen van een klacht.

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

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

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

Ten derde bepaalt het Hof van Beroep dat het belang persoonlijk moet zijn in hoofde van de klager waardoor de klager juridisch niet beschermd is wanneer het belang hem slechts indirect treft (Verslag Van Reepinghen, 1964, p. 39 en overgenomen door het Hof van Beroep).

Het Hof van Beroep besluit dat het rechtstreeks verkregen en dadelijk belang, welke is vereist opdat een klacht ontvankelijk zou zijn op grond van artikel 23 §1 van de WBEM van 5 augustus 1991, niet enkel reëel maar ook persoonlijk moet zijn in hoofde van de klager.

Bovendien dient opgemerkt te worden dat een eventueel belang niet volstaat om een ontvankelijke vordering in de zin van artikel 18 van het Gerechtelijk Wetboek in te stellen. Een vordering 'ad

futurum' is in beginsel immers niet toegelaten (A. Fettweis, Manuel de procédure civile, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1985, nr. 33, p. 45-46)

Aangezien de klager op het ogenblik van het indienen van de klacht nog steeds student geneeskunde was en pas op 4 maart 2002 werd geregistreerd als erkend huisarts, kon hij op het ogenblik van het indienen van de klacht geen rechtstreeks en dadelijk belang laten gelden zoals vereist door artikel 23, §1, c) van de WBEM.

Om deze redenen besluit de Raad voor de Mededinging dat de klacht van de heer Ludwig Van der Auwera onontvankelijk is.

Er is derhalve geen reden noch om de andere ontvankelijkheidsvereisten te onderzoeken, noch om de grond van de klacht te onderzoeken.

## OM DEZE REDENEN

### De Raad voor de Mededinging,

- Verklaart de zaak gekend onder nummer I/O – 99/0018 onontvankelijk.
- Beslist dat de klager geen rechtstreeks en dadelijk belang kan doen gelden als bedoeld in artikel 23, §1 c) van de WBEM.
- Seponeert derhalve het dossier op grond van artikel 24 § 1 van de wet van 5 augustus 1991 (WBEM).

Aldus uitgesproken op 22 mei 2002, door de Kamer van de Raad voor de Mededinging samengesteld uit: Mevrouw Béatrice Ponet, Voorzitter van de Raad voor de Mededinging, Kamervoorzitter, de heer Geert Zonnekeyn, de heer Frank Deschoolmeester en de heer Erik Mewissen, leden.

## ***Beslissing nr. 2002-C/C-37 van 24 mei 2002***

INZAKE :

ABN AMRO Participaties BV

en :

EMG Euromarine Electronics GmbH

en :

SRH Marine NV, SRH Marine BV en Radio Holland Marine BV

Gelet op de Wet op de Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (W.B.E.M.).

Gezien de aanmelding aan het Secretariaat van de Raad voor de Mededinging van een concentratie op 4 april 2002.

Gezien de mededeling voor onderzoek door het Secretariaat van de Raad aan het Korps van verslaggevers conform artikel 32 bis § 1 W.B.E.M. op 4 april 2002.

Gezien de stukken van het dossier.

Gezien het onderzoeksdossier van de Dienst voor de Mededinging.

Gezien het gemotiveerd verslag van de verslaggever zoals dit op 30 april 2002 werd opgesteld en overgemaakt aan de Raad.

Gehoord de verslaggever, de heer Bert Stulens, ter zitting van 24 mei 2002.

Gehoord de aanmeldende partijen bij monde van de gemeenschappelijke vertegenwoordiger, meester Hendrik Viaene van het kantoor Stibbe te Brussel.

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken van toepassing overeenkomstig artikel 54 bis W.B.E.M..

### **1. De aanmeldende en betrokken partijen :**

Als koper treedt op de onderneming ABN Amro Participatie Holding BV, gevestigd in Nederland, 1082 PP Amsterdam, Gustav Mahlerlaan 10.

Deze onderneming is een volle dochter van ABN Amro Holding nv, een Nederlandse investeringsmaatschappij, die investeert in diverse sectoren, zoals ICT, de automobielsector, de farmaceutische industrie, enz.

Als verkoper treedt op de onderneming EMG Euromarine Electronics GmbH, gevestigd in Duitsland, 22763 Hamburg, Behringstrasse 120. Deze onderneming is wereldwijd actief via haar dochterondernemingen die de doelonderneming vormen.

Als doelonderneming treedt op de onderneming SRH Marine NV, gevestigd in België, 2100 Deurne, Herentalsebaan 55, verder de onderneming SRH Marine BV en de onderneming Radio Holland Marine BV, beiden gevestigd in Nederland, 3087 AB Rotterdam, Eeckhoutstraat 2.

Deze drie dochterondernemingen van EMG Euromarine Electronics, zijn actief in de distributie van maritieme navigatie apparatuur, maritieme communicatieapparatuur en aanverwante diensten en vormen samen de Radio Holland Group.

Naast deze drie dochterondernemingen, die de doelonderneming vormen, heeft Euromarine Electronics nog twee andere ondernemingen, nl. STN Atlas marine Electronics en Eurocom Industries As. Euromarine, die niet alleen actief zijn in de distributie van maritieme elektronica, maar ook in de productie ervan.

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

## 2. De aangemelde operatie :

De op 5 maart 2002 ondertekende overeenkomst, die op 4 april 2002 werd aangemeld, betreft een gewone overname van de aandelen in SRH Marine BV, SRH Marine NV en Radio Holland Marine BV door enerzijds ABN Amro Participaties (60 %) en anderzijds de Stichting CO-Investors Radio Holland (40 %).

Na afloop van de transactie zal ABN Amro Participaties via haar filiaal Radio Holland Group 100 % van de aandelen in de drie doelondernemingen controleren.

Het doel van de concentratie bestaat erin om via de participatie van ABN Amro een management buyout te organiseren.

De Radio Holland Group wordt met het afsluiten van deze overeenkomst een zelfstandig internationaal bedrijf op de maritieme markt.

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

## 3. De aanmeldingstermijn :

De overeenkomst die het voorwerp uitmaakt van de aanmelding, namelijk de overeenkomst tot overdracht van aandelen werd op 5 maart 2002 ondertekend en op 4 april 2002 aangemeld.

De aanmelding van de concentratie moet dan ook conform artikel 12 § 1 van de W.B.E.M. als tijdig beoordeeld worden.

## 4. De omzeldrempels :

De concentratie valt onder het toepassingsgebied van de W.B.E.M. vermits de omzeldrempels zoals voorzien in artikel 11 § 1 en artikel 46 van de W.B.E.M. werden bereikt.

Uit de ons verstrekte vertrouwelijke gegevens blijkt immers dat de Belgische omzet van de koper, ABN Amro Participaties BV en de Belgische omzet van de doelonderneming SRH Marine NV de drempels voorzien in artikel 11 § 1 W.B.E.M. overschrijden.

## 5. De marktafbakening en marktaandelen :

Overeenkomstig de beschikkingspraktijk van de Raad voor de Mededinging (beslissing Raad dd 11.03.1997, nr.97 - C/C - 6, B.S. 22.04.1997 inzake Sait RH, Ines NV en AMRC NV) en van de Europese Commissie (beslissing Europese Commissie dd 08.09.1999, nr. IV/M 1559 inzake STN Atlas Marine Electronics/Sait Radio Holland) kan rekening houdende met de activiteiten van de betrokken partijen de relevante productmarkt opgedeeld worden in drie markten, nl. de markt voor de

distributie van navigatieapparatuur, de markt voor de distributie van maritieme communicatieapparatuur, de markt voor de aanverwante onderhoudsdiensten.

Daarnaast moet ook de markt van de distributie van automatiseringssystemen weerhouden worden.

De economische analyse brengt evenwel aan het licht dat er voor geen enkele van de relevante productmarkten sprake is van een betrokken markt vermits er in België geen markten bestaan waarop zowel de koper als de doelondernemingen samen tegelijk bedrijfsactiviteiten uitoefenen.

Op de markten van de distributie van navigatiemateriaal, van maritieme communicatieapparatuur en van aanverwante onderhoudsdiensten heeft de Radio Holland Group (de drie doelondernemingen) telkens in België een zeer groot marktaandeel, in zoverre dat zij in België de grootste speler zijn, waarbij moet opgemerkt worden dat enkel de markt voor aanverwante onderhoudsdiensten een nationaal karakter heeft, terwijl de twee andere minstens een Europese dimensie hebben.

Op de markt van de distributie van automatiseringssystemen, heeft enkel SRH Marine NV in België een activiteit, die echter uiterst gering is.

De koper, ABN Amro Participaties heeft in België rechtstreeks geen participaties op dezelfde markten waarop de Radio Holland Group actief is.

ABN Amro Participaties controleert nog wel indirect één bedrijf dat actief is op de markt van de maritieme communicatie, nl. Westcane Ltd, via haar dochter Aquamarine UK Ltd, echter met een geringe omzet die enkel in het Verenigd Koninkrijk wordt gerealiseerd.

ABN Amro Participaties heeft ook geen controle op bedrijven die actief zijn op een stroomopwaartse of stroomafwaartse markt ten aanzien van de markten waarop de overgenomen bedrijven actief zijn.

Volledigheidshalve kan nog vermeld worden dat dezelfde transactie reeds werd goedgekeurd door het Duitse Bundeskartellamt op 18 april 2002 en de Nederlandse Mededingingsautoriteit op 16 mei 2002.

De concentratie moet dan ook worden toegelaten omdat zij conform artikel 10 § 3 geen machtspositie in het leven roept of versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de nationale markt significant wordt belemmerd.

## OM DEZE REDENEN,

### De Raad voor de Mededinging,

- Stelt vast dat de betrokken concentratie onder het toepassingsgebied valt van de W.B.E.M..
- Verklaart de concentratie toelaatbaar conform artikel 10 § 3 en artikel 33 § 2 punt 1a W.B.E.M..

Aldus uitgesproken op 24 mei 2002, door de Kamer van de Raad voor de Mededinging samengesteld uit : de heer Peter Poma, kamervoorzitter, de heren Frank Deschoolmeester, Robert Vanosselaer en Geert Zonnekeyn, leden.

## **Beslissing nr. 2002-V/M-38 van 27 mei 2002**

Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging tot het nemen van voorlopige maatregelen ingediend door de N.V. MSA /Gilde Van Vlaamse Antiquairs.

Gezien de klacht ten gronde dd.24 juni 1998, gekend onder nr. IO-98/0017;

Gezien het verzoek neergelegd op 24 juni 1998, waarbij om voorlopige maatregelen werd gevraagd door de N.V. MSA, met maatschappelijke zetel te 8310 Brugge, Gemeneweideweg Noord, 9, geregistreerd onder nr. VMP-98-0004, met betrekking tot de praktijken van de volgende onderneming:

De Gilde Van Vlaamse Antiquairs, met zetel te 9000 Gent, Jan Breydelstraat 13;

Gezien het verslag van de Afdeling Prijzen en Mededinging in toepassing van artikel 35 van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, opgesteld op 8 juli 1998 en op dezelfde datum overgemaakt aan de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging;

Gezien het schrijven van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging dd.30 juni 1998, waarin gemeld wordt dat de Raad de hangende zaken niet binnen een redelijke termijn kan behandelen, bij gebrek aan voltijdse functies binnen de Raad en waarin opgemerkt wordt dat aan deze toestand wellicht binnenkort zal verholpen worden, gelet op de recente wetgevende initiatieven;

Gezien de memorie namens de N.V. M.S.A. neergelegd op 28 juli 1998;

Gezien het schrijven van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging dd.23 november 1998, waarin gemeld wordt dat geen magistraat – lid van de Raad – voor deze zaak kan worden aangewezen, gezien de werkoverlast waarmee de magistraten van de Raad, die verder voorrang moeten geven aan hun hoofdfunctie binnen de magistratuur, geconfronteerd zijn;

Gezien het schrijven dd.26 oktober 1999 van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging, waarin medegedeeld wordt dat de zaak nog niet kan worden toegewezen aan een magistraat van de Raad en waarbij gemeld wordt dat de mandaten van alle leden van de Raad verstreken op 27 april 1999 en de benoeming van de leden volgens de nieuwe bepalingen van de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 1 juli 1999, nog niet heeft plaatsgevonden;

Gehoord op de zitting van 20 maart 2002:

- De heer Isselée, namens de Dienst voor de Mededinging;
- De N.V. M.S.A., vertegenwoordigd door de heer Gill Tuteleers, afgevaardigd bestuurder, en bijgestaan door Mr. Pierre De Keukelaere, advocaat te Brugge;
- De Gilde Van Vlaamse Antiquairs, vertegenwoordigd door Mr.Frank Sablon, loco Mr.Nadine Duerinck, advocaat te Brussel;

Gehoord op de zitting van 6 mei 2002:

- De heer Isselée, namens de Dienst voor de Mededinging;
- De N.V. M.S.A., vertegenwoordigd door de heer Gill Tuteleers, afgevaardigd bestuurder, en bijgestaan door Mr. Pierre De Keukelaere, advocaat te Brugge;
- De Gilde Van Vlaamse Antiquairs, vertegenwoordigd door Mr.Frank Sablon, loco Mr.Nadine Duerinck, advocaat te Brussel;

Gezien de memories neergelegd door de N.V. MSA op 2 mei 2002;

Gezien de memories neergelegd door de Gilde Van Vlaamse Antiquairs op 10 april 2002 en 6 mei 2002;

Gezien de stukken van het dossier;

Gezien de Wet van 5 augustus 1991 tot Bescherming van de Economische Mededinging (hierna W.B.E.M.), in het bijzonder artikel 35 van deze wet luidens hetwelk de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging op aanvraag van de klager of van de Minister, voorlopige maatregelen kan nemen bestemd om de restrictieve mededingingspraktijken die het voorwerp van het onderzoek uitmaken te schorsen, indien het dringend is een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden door deze praktijken of die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang.

## I. De feiten

1. De N.V. MSA, met maatschappelijke zetel te 8310 Brugge, Gemeneweideweg Noord 9, heeft o.m. tot doel: "uitbaten van een reclame- en publicitaironderneming in de ruimste zin, met inbegrip van het ontwerpen, uitgeven en verspreiden van publiciteits- en ander drukwerk; De organisatie, het ontwikkelen, inrichten en leiden van culturele, intellectuele, kunst, sport en ontspanningsmanifestaties, handelsbeurzen, expo's en alle vormen van publicitaire promotie".

De N.V. MSA organiseert ook jaarlijks twee antiekbeurzen. Het betreft enerzijds de "Internationale Kunst- en Antiekbeurs" te Brugge die eind oktober – begin november plaatsvindt. In oktober /november 2001 vond de meest recente 18e beurs te Brugge plaats. De N.V. MSA organiseert in de eerste helft van augustus bovendien de "Internationale Kunst- en Antiekbeurs" te Knokke / Scharpoord. De 26e beurs vond plaats in 2001.

De N.V. MSA brengt diverse catalogi en persmappen bij, waaruit blijkt dat de door haar georganiseerde beurzen in Brugge en Knokke nog steeds plaatsvinden in de periode 1998 – 2001. De N.V. MSA merkt op dat deze beurzen ook in 2002 zullen georganiseerd worden, zodat zij meent dat haar klacht en verzoek tot voorlopige maatregelen nog steeds actueel is.

2. De Gilde Van Vlaamse Antiquairs, met maatschappelijke zetel te 9000 Gent, Jan Breydelstraat 13, is een sinds 1938 wettig (onder nr.237) erkende beroepsvereniging onder de wet van 31 maart 1898 op de beroepsverenigingen. Krachtens artikel 2 van haar statuten heeft de vereniging voor doel : "de studie, de verdediging en de uitbreiding van de beroepsbelangen van haar leden. Het inrichten van manifestaties ter bevordering van de handelsbelangen, het in stand houden van de beroepseer en de handelseerlijkheid."

In 1997 telde de Gilde Van Vlaamse Antiquairs 42 leden. Dit aantal zou in 2002 uitgebreid zijn tot 45 leden.

De Gilde Van Vlaamse Antiquairs organiseert eveneens beurzen (en is derhalve een concurrent van de N.V. MSA) en staat daarnaast aan haar leden toe om deel te nemen aan andere beurzen, op voorwaarde dat deze andere beurzen niet gelijktijdig vallen of overlappen met de door de Gilde Van Vlaamse Antiquairs georganiseerde beurzen. De door de Gilde georganiseerde beurzen zijn :

- Het "Kunst- en Antieksalon" dat in de zomer plaatsvindt in hotel La Réserve te Knokke.
- De "Kunst- en Antiekbeurs van Vlaanderen", die eind januari / begin februari te Gent doorgaat. Begin 2002 werd de 13e beurs georganiseerd.

3. De feiten die aan de basis van het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen liggen, kunnen bondig als volgt samengevat worden.

\* Bij beslissing van de Algemene Vergadering van de Gilde Van Vlaamse Antiquairs van 17 november 1997 wordt aan de leden van de Gilde Van Vlaamse Antiquairs verbod opgelegd om nog deel te nemen aan de beurzen georganiseerd door de N.V. MSA. In het verslag van de algemene vergadering van 17 november 1997 wordt gesteld : "Vermits Knokke niet meer doorgaat neemt



uiteraard niemand van leden van de Gilde deel aan enig andere beurs georganiseerd in Knokke tijdens de zomermaanden."

Deze beslissing wordt door de Gilde van Vlaamse Antiquairs schriftelijk aan de leden medegedeeld (schrijven dd .8 januari 1998, dat verkeerdelijk melding maakt van de datum van 30 januari 1997).

\* Op 14 januari 1998 richt de N.V. MSA een schrijven aan de leden van de Gilde van Vlaamse Antiquairs, waarbij zij meldt niet akkoord te gaan met het besluit van de algemene vergadering van de Gilde Van Vlaamse Antiquairs. Eveneens op 14 januari 1998 richt de N.V. MSA een protestschrijven aan de Voorzitter van de Gilde Van Vlaamse Antiquairs.

Bij schrijven dd. 22 januari 1998 (dat verkeerdelijk 4 februari 1998 gedateerd is) protesteert de raadsman van de Gilde Van Vlaamse Antiquairs de protestbrief van de N.V. MSA dd.14 januari 1998 en maant hij de N.V. MSA aan om zich in de toekomst te onthouden van elke commentaar op, of ongeoorloofde inmengingen met de Gilde Van Vlaamse Antiquairs.

De N.V. MSA reageert bij schrijven dd.27 januari 1998, waarin o.m. de vraag gesteld wordt of het geoorloofd is leden het verbod op te leggen tot deelname aan antiekbeurzen en hen desgevallend uit te sluiten. De N.V. MSA stelt zich hierbij de vraag of statuten onwettige bepalingen mogen inhouden, die indruisen tegen iedere vorm van vrije handel. De N.V. MSA dringt tevens aan dat het standpunt van de Gilde zou herzien worden op de statutaire vergadering van 1 februari 1998.

\* Op 1 februari 1998 volgt een tweede statutaire vergadering van de Gilde Van Vlaamse Antiquairs tijdens dewelke het verbod om deel te nemen aan de beurzen van de N.V. MSA wordt bevestigd in de volgende woorden : "Wie deelneemt aan een beurs in Knokke of Brugge niet georganiseerd door de Gilde, stelt zichzelf buiten de Gilde".

\* Op 15 januari 1998 boeken de antiquairs W § V Lefevre voor zowel de beurs in Brugge als de beurs in Knokke, georganiseerd door de N.V. MSA. Bij aangetekend schrijven dd.10 februari 1998 bevestigen W § V Lefevre dat zij niet aan de antiekbeurs in Knokke kunnen deelnemen en dat zij nog afwachten wat de beurs in Brugge betreft. Dit wordt overigens nog bevestigd in het aangetekend schrijven dd.18 mei 1998 van de antiquairs W § V Lefevre.

\* Op 27 mei 1998 richten vier antiquairs (de heren Jan Pareyn, Serge Govaert, Jozef Depijpere en Willy Lefevre) een schrijven aan de Gilde Van Vlaamse Antiquairs, waarbij zij wederom verzoeken om toelating te kunnen verkrijgen om deel te nemen aan de beurs georganiseerd door de N.V. MSA te Brugge. Bij schrijven dd.25 juni 1998 antwoordt de Gilde Van Vlaamse Antiquairs aan deze vier personen (schrijven dat tevens gericht wordt aan alle leden van de Gilde) dat het antwoord negatief is, en dit onder verwijzing naar het besluit van de statutaire vergadering van 1 februari 1998. In dit schrijven wordt nogmaals herhaald dat wie deelneemt aan een beurs te Knokke of Brugge, niet georganiseerd door de Gilde, zichzelf buiten de Gilde stelt.

\* De antiquairs W § V Lefevre nemen klaarblijkelijk toch deel aan de beurs georganiseerd door de N.V. MSA te Brugge. Om die reden zouden de betrokken antiquairs uit de Gilde Van Vlaamse Antiquairs gesloten zijn. Partijen zouden hieromtrent een procedure voor de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent en voor de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent gevoerd hebben, doch hieromtrent worden geen stukken bijgebracht.

De N.V. MSA legt een klacht neer op 24 juni 1998, waarin zij stelt dat "het duidelijk is dat de Gilde Van Vlaamse Antiquairs door aldus te handelen op discretionaire wijze aan hun leden verbod hebben opgelegd om deel te nemen aan de door ondergetekende georganiseerde Kunst- en Antiekbeurs, wat in zich een vervalsing inhoudt van de normale economische mededinging in de zin van artikel 2 en 3 van de wet van 5 augustus 1991". In bijlage bij de klacht wordt een inventaris der overtuigingsstukken gevoegd, inhoudende 17 stukken.

\* Het besluit genomen tijdens de algemene vergadering van de Gilde Van Vlaamse Antiquairs van 17 november 1997 en bevestigd tijdens de algemene vergadering van 1 februari 1998, is volgens partijen in 2002 nog steeds van kracht.

## II. De aanvraag tot voorlopige maatregelen.

De N.V. MSA vraagt aan de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging het volgende :

"- Dat de beslissing van de Gilde Van Vlaamse Antiquairs van 17 november 1997 zou geschorst worden en de Gilde Van Vlaamse Antiquairs zou verplicht worden binnen de 48 uur deze schorsing kenbaar te maken aan al haar leden met verplichting tot publicatie van deze schorsing in de media en dit omwille van het feit dat bij niet-schorsing van deze beslissing verschillende leden niet zullen durven deel te nemen aan de antiekbeurzen georganiseerd door verzoekster in Knokke en in Brugge in het jaar 1998.

- Dat bij niet-schorsing van deze beslissing van de Gilde Van Vlaamse Antiquairs van 17 november 1997, er inderdaad ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel zal veroorzaakt worden aan verzoekster, nu het nadien niet mogelijk zal zijn op dezelfde wijze vergoeding te bekomen voor de geleden schade ingevolge de afwezigheid van verschillende leden van de Gilde Van Vlaamse Antiquairs, terwijl indien de beslissing geschorst wordt de schade zich als dusdanig niet zal voordoen.

- Huidig verzoek van verzoekster ontvankelijk en gegrond te verklaren en derhalve de Gilde Van Vlaamse Antiquairs, wettig erkende beroepsvereniging nr. 237, waarvan de maatschappelijke zetel gevestigd is Jan Breydelstraat 13 te 9000 Gent, te veroordelen tot het horen schorsen van de beslissing van de Gilde Van Vlaamse Antiquairs dd.17 november 1997, waarbij verbod werd opgelegd aan de leden van de Gilde om deel te nemen aan de antiekbeurzen georganiseerd door verzoekster, zo in Knokke als in Brugge.

- Dezelfde Gilde zich zien en horen veroordelen tot het meedelen van de tussen te komen beslissing aan haar leden en tot het horen publiceren van de tussen te komen beslissing in de media zijnde minstens in twee nationale kranten".

## III. Het standpunt van de Dienst voor de Mededinging.

De Dienst voor de Mededinging is van mening dat het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen niet ernstig is. De Dienst meent dat de hoogdringendheid niet gemotiveerd wordt in het verzoekschrift en de geleden schade niet aangeduid noch bewezen wordt. Zowel de zaak ten gronde als het verzoek tot voorlopige maatregelen zijn volgens de Dienst vaag en onvoldoende gemotiveerd. Dit maakt het voor de Dienst onmogelijk om op het ogenblik van het opstellen van het verslag de zaak te onderzoeken zoals voorzien in artikel 35 van de W.B.E.M. De Dienst vindt dat de verzoeker verplicht is om zijn verzoek voldoende toe te lichten en te motiveren. De Dienst besluit dat het voorliggende verzoek onontvankelijk en niet gegrond is. In eerste instantie wegens het onvoldoende ernstig karakter van zowel de klacht als het verzoekschrift. Subsidiair omwille van het ontbreken van een prima facie sterke zaak en enige hoogdringendheid. Daarnaast meent de Dienst dat er geen situatie is te ontwaren waarin het dringend is een toestand te vermijden die schadelijk is voor het algemeen economisch belang.

Rekening houdend met bovenstaande argumentatie stelt de Dienst voor de Mededinging de Voorzitter van de Raad voor het voorliggend verzoek niet ontvankelijk te verklaren.

## IV. Over de ontvankelijkheid en de gegrondheid van het verzoek.

Teneinde voorlopige maatregelen in de zin van artikel 35 van de W.B.E.M. te kunnen toekennen, dienen drie cumulatieve toepassingsvoorwaarden vervuld te zijn:

- Het bestaan van een klacht ten gronde en daaraan verbonden het bestaan van een rechtstreeks en dadelijk belang van de klager.
- Het bestaan van een prima facie inbreuk op de W.B.E.M.
- Het vermoeden van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat in verband staat met de aangeklaagde praktijk en dat dringend moet vermeden worden (zie o.m. Brussel, 18 december 1996, N.V. Honda Belgium e.a. /Belgische Staat, B.S., 8 januari 1997, 381; Jaarboek Handelspraktijken § Mededinging, 1996, 836).

Er dient thans onderzocht te worden of deze voorwaarden vervuld zijn.

## 1. Een klacht ten gronde.

1.1. De N.V. MSA heeft op 24 juni 1998 een klacht tegen de Gilde van Vlaamse Antiquairs neergelegd, op grond van een schending van artikel 2 en artikel 3 van de W.B.E.M.

Onder verwijzing naar artikel 3 §2 van het Koninklijk Besluit van 22 januari 1998 betreffende het indienen van de klachten en verzoeken bedoeld bij artikel 23 §1 c) en d) van de wet tot bescherming van de economische mededinging, meent de Dienst voor de Mededinging dat de klacht van de N.V. MSA niet ontvankelijk is. De Dienst is van oordeel dat de klacht en het verzoek tot voorlopige maatregelen te beknopt en te weinig gemotiveerd zijn, waardoor de klacht onontvankelijk is omwille van onvoldoende gemotiveerde bewijskrachtige elementen. De Dienst besluit dan ook dat, gezien de klacht niet ontvankelijk is, ook het verzoek tot voorlopige maatregelen niet ontvankelijk is, aangezien de eerste voorwaarde niet vervuld zou zijn.

Artikel 3 §2 van het Koninklijk Besluit van 22 januari 1998 luidt als volgt : "De klachten en verzoeken moeten omstandig zijn en op duidelijke wijze de betrokken mededingingspraktijken en ondernemingsconcentraties bedoeld in de wet omschrijven. De klachten en verzoeken worden ondersteund door afdoende bewijskrachtige documenten".

Wij zijn van oordeel dat de klacht van de N.V. MSA, ingediend op 24 juni 1998, wel degelijk voldoende omstandig is en op voldoende duidelijke wijze de betrokken mededingingspraktijk omschrijft. De N.V. MSA stipt immers duidelijk aan dat zij van oordeel is dat er een inbreuk is op artikel 2 en 3 van de wet van 5 augustus 1991, waarbij zij op voldoende wijze het feitenrelaas weergeeft en in het bijzonder uiteenzet dat zij van oordeel is dat het besluit van de Gilde van Vlaamse Antiquairs van 17 november 1997 een ongeoorloofde mededingingspraktijk uitmaakt.

Wij stellen bovendien vast dat de N.V. MSA een omstandige bundel overtuigingsstukken (met inventaris) in bijlage bij haar klacht heeft opgenomen, bestaande uit 17 stukken, o.m. omvattende :

- De statuten, het huishoudelijk reglement en de ledenlijst van de Gilde van Vlaamse Antiquairs.
- Het litigieuze besluit van de algemene vergadering van de Gilde van Vlaamse Antiquairs van 17 november 1997.
- De briefwisseling die vervolgens gevoerd werd tussen de N.V. MSA en de Gilde van Vlaamse Antiquairs.
- Stukken waaruit blijkt dat de Gilde van Vlaamse Antiquairs haar leden verhindert om verder nog deel te nemen aan de beurzen georganiseerd door de N.V. MSA.

Deze stukken vormen afdoende bewijskrachtige documenten in de zin van artikel 3 §2 alinea 2 van het K.B. van 22 januari 1998.

Wij zijn derhalve van oordeel dat de klacht van de N.V. MSA ontvankelijk is. Gezien er een ontvankelijke klacht ten gronde bestaat, is deze voorwaarde teneinde voorlopige maatregelen te kunnen vorderen, voldaan.

1.2. Wij dienen tevens te onderzoeken of er een rechtstreeks en dadelijk belang is in hoofde van de klager.

Overeenkomstig artikel 23 §1 c van de W.B.E.M. moet de klager aantonen dat hij een rechtstreeks en dadelijk belang heeft bij het indienen van de klacht.

De N.V. MSA organiseert antiekbeurzen te Knokke en Brugge. Als beroepsvereniging legt de Gilde van Vlaamse Antiquairs enerzijds verplichtingen op aan haar leden (antiquairs), bestaande o.m. uit het verbod voor haar leden om deel te nemen aan de beurzen georganiseerd door de klager. Anderzijds organiseert de Gilde tevens zelf antiekbeurzen (te Gent en te Knokke), zodat zij als een rechtstreekse concurrent van de klager dient aanzien te worden. De klager heeft derhalve een rechtstreeks en dadelijk belang bij de klacht ingediend tegen het besluit van de Gilde, zoals genomen tijdens de algemene vergadering dd.17 november 1997 (en bevestigd tijdens de algemene vergadering dd.1 februari 1998).

\* \* \*

Het verzoek tot voorlopige maatregelen is derhalve ontvankelijk.

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

Wij stellen vast dat de Dienst voor de Mededinging tot de onontvankelijkheid van het verzoek besluit, waardoor De dienst deze tweede voorwaarde slechts zeer summier onderzocht heeft.

Nu Wij van oordeel zijn dat de klacht ten gronde ontvankelijk is waardoor ook het verzoek tot voorlopige maatregelen ontvankelijk verklaard wordt, zijn Wij van oordeel dat de Dienst voor de Mededinging, na de inwerkingtreding van de gewijzigde wet van 5 augustus 1991 zoals gecoördineerd bij koninklijk besluit van 1 juli 1999, het korps verslaggevers, een nader onderzoek dient te voeren naar het bestaan van een prima facie inbreuk op de artikelen 2 en 3 van de W.B.E.M. De Dienst voor de Mededinging heeft de toepassingsvoorwaarden van de artikelen 2 en 3 van de W.B.E.M. immers niet systematisch onderzocht. Wij merken hierbij op dat het besluit van de Gilde van Vlaamse Antiquairs, genomen tijdens de algemene vergadering dd.17 november 1997 en bevestigd tijdens de algemene vergadering dd.1 februari 1998, volgens partijen nog steeds van kracht is.

Wij verzenden derhalve de zaak terug naar de Dienst voor de Mededinging, na de inwerkingtreding van de gewijzigde wet van 5 augustus 1991 zoals gecoördineerd bij koninklijk besluit van 1 juli 1999, het korps verslaggevers, met het verzoek een aanvullend onderzoeksverslag op te stellen inzake huidig verzoek tot voorlopige maatregelen, en in het bijzonder de volgende twee voorwaarden nader te onderzoeken :

- Het bestaan van een prima facie inbreuk op de W.B.E.M.
- Het bestaan van een toestand die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden door deze praktijken of die schadelijk zijn voor het algemeen economisch belang en die dringend moet vermeden worden.

Wij verzoeken de Dienst voor de Mededinging, na de inwerkingtreding van de gewijzigde wet van 5 augustus 1991 zoals gecoördineerd bij koninklijk besluit van 1 juli 1999, het korps verslaggevers, Ons dit aanvullend onderzoeksverslag, zo mogelijk, binnen de twee maanden na de datum van huidige beslissing over te maken.

## OM DEZE REDENEN

Wij, Béatrice Ponet, Voorzitter van de Raad voor de Mededinging,

- Verklaaren het verzoek tot nemen van voorlopige maatregelen ontvankelijk.
- Alvorens verder over de gegrondheid ervan uitspraak te doen, verzenden de zaak terug naar de Dienst voor de Mededinging, na de inwerkingtreding van de gewijzigde wet van 5 augustus 1991 zoals gecoördineerd bij koninklijk besluit van 1 juli 1999, het korps verslaggevers, met het verzoek een aanvullend onderzoeksverslag op te stellen zoals uiteengezet in het motiverend gedeelte van deze beslissing en Ons, zo

mogelijk, dit aanvullend onderzoeksverslag binnen de twee maanden na de datum van huidige beslissing over te maken.

Aldus beslist op 27 mei 2002 door Béatrice Ponet, Voorzitter van de Raad voor de Mededinging.

## **Beslissing nr. 2002-C/C-39 van 29 mei 2002**

Inzake:

- NV ERIKS GROUP, met zetel Victory Building 32c, Arcadialaan 14, Postbus 1088 te 1810 KB Alkmaar (Nederland)
- NV ERIKS, met zetel Boombekelaan 3 te 2660 Hoboken

en

- BAUDOIN Monique, wonende Lakenmakerstraat 31 te 2400 Mol
- BAUDOIN Nicole, wonende Beekstraat 5 te 2400 Mol
- VERBE BETEILIGUNGSGESELLSCHAFT AG, met zetel Rue Glesener 21 te 1631 Luxemburg (Luxemburg)

en

- NV FIRMA BAUDOIN, met zetel Nijverheidsstraat 13, Industrierrein II te 2400 Mol
- NV BAUDOIN GENT, met zetel Nieuwe Vaart 6 te 9000 Gent
- NV BAUDOIN ANTWERPEN, met zetel Noorderlaan 31 te 2030 Antwerpen
- NV BAUDOIN TURNHOUT, met zetel Nijverheidsstraat 13, Industrierrein II te 2400 Mol (zetel) en Steenweg op Gierle 271 te 2300 Turnhout (exploitatiezetel)
- NV BAUDOIN GENK, met zetel Hasseltweg 308 te 3600 Genk
- NV BAUDOIN HAINAUT, met zetel Rue du Grand Courant 21 te 7033 Mons
- NV BAUDOIN LIEGE, met zetel Rue du Parc 46 te 4432 Alleur
- NV MECHANISCHE KONSTRUCTIE BAUDOIN, met zetel Ambachtsstraat 10, Industrierrein II te 2400 Mol
- NV WERKHUIZEN BAUDOIN, met zetel Ambachtsstraat 10 te 2400 Mol
- NV INDUSTRIËLE TOELEVERING BAUDOIN, met zetel Nijverheidsstraat 13, Industrierrein II te 2400 Mol
- NV TRADCOM, met zetel Steenweg op Gierle 271 te 2300 Turnhout
- NV INDUSTRIËLE TOELEVERING SITTARD, met zetel Havikstraat 7A te 6135 ED Sittard (Nederland)
- NV INDUSTRIËLE TOELEVERING ALMELO, met zetel Plesmanweg 12 te 7602 Almelo (Nederland)
- SA BAUDOIN LUXEMBOURG, met zetel Rue des Joncs 4 BAT8 te 1818 Howald (Luxemburg)

Gelet op de Wet op de Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (WBEM) ;

Gezien de aanmelding aan het Secretariaat van de Raad voor de Mededinging van een concentratie, neergelegd op 10 april 2002 ;

Gezien de mededeling voor onderzoek door het Secretariaat van de Raad aan het korps van verslaggevers conform art. 32bis §1 WBEM op 10 april 2002 ;

Gezien de stukken van het dossier en het gemotiveerde verslag van de Dienst voor de Mededinging zoals medegedeeld aan de verslaggever op 13 mei 2002 ;

Gezien het gemotiveerd verslag van de verslaggever zoals dit op 13 mei 2002 werd op-gesteld en op 14 mei 2002 werd betekend aan de Raad ;

Gelet op de beslissing inzake de vertrouwelijkheid van de stukken d.d. 21 mei 2002, zo-als gewezen door de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging ;

Gehoord het verslag van de verslaggever dhr. Bert Stulens ;

Gehoord de partijen die verschenen ter zitting op 29 mei 2002:

- dhr. Louis De Harthogh namens Eriks Nederland;
- dhr. Roel Sleebus namens Baudoin;
- mr. Marc Picat, mr. Guy Palmaers en mr. Anouk Theissen
- dhr. H.A. van den Berg namens Eriks Group NV

## 1. De aanmeldende en betrokken partijen

- Als koper treedt op: de NV ERIKS GROUP (hierna genoemd: Eriks Group), een Nederlandse holdingmaatschappij van een groep technische ondernemingen. Ze treedt op via de NV ERIKS, een 100% dochteronderneming.

- Als verkopers treden op: BAUDOIN Monique en BAUDOIN Nicole, beiden privé-aandeelhouders, en de Luxemburgse investeringsmaatschappij VERBE BETEILI-GUNGSGESELLSCHAFT AG, met belangen in een groep technische ondernemingen.

- De doelondernemingen zijn: NV FIRMA BAUDOIN, NV BAUDOIN GENT, NV BAUDOIN ANTWERPEN, NV BAUDOIN TURNHOUT, NV BAUDOIN GENK, NV BAUDOIN HAINAUT, NV BAUDOIN LIEGE, NV MECHANISCHE KON-STRUCTIE BAUDOIN, NV WERKHUIZEN BAUDOIN, NV INDUSTRIËLE TOELEVERING BAUDOIN, NV TRADCOM, NV INDUSTRIËLE TOELEVE-RING SITTARD, NV INDUSTRIËLE TOELEVERING ALMELO, SA BAUDOIN LUXEMBOURG (hierna genoemd: de groep Baudoin).

Deze doelondernemingen (behalve de NV Tradcom) zijn actief in de import en export van en de handel in technische onderhoudsproducten. De activiteiten betreffen hoofd-zakelijk groothandel en in beperkte mate ook kleinhandel.

De groep Baudoin verhandelt producten in de volgende sectoren: aandrijftechniek (met name Lagertechniek), technische onderhoudsproducten, hydrauliek/pneumatiek & slan-gen, gereedschappen, machines, producten ten behoeve van goederenbehandeling en veiligheidsproducten.

De NV Tradcom is de eigenaar van een internet portal waarmee de transacties voor aan- en verkoop van voormelde producten worden vergemakkelijkt.

Genoemde vennootschappen zijn alle ondernemingen in de zin van art. 1 WBEM.

## 2. Aanmeldingsplicht - overeenkomst van concentratie

De aanmeldende partijen hebben op 28 maart 2002 een definitieve overeenkomst ondertekend betreffende de (on)rechtstreekse koop-verkoop van 100% van de aandelen van de ondernemingen die de groep Baudoin uitmaken. Eriks Group bekomt hiermede volledige zeggenschap over de groep Baudoin, behalve voor het 25% belang van de groep Baudoin in de NV Tradcom welk Eriks Group onrechtstreeks verwerft.

Deze operatie is een concentratie in de zin van art. 9§1b WBEM.

De concentratie werd tijdig aangemeld op 10 april 2002 volgens art. 12§1 WBEM.

Uit de voorgelegde (vertrouwelijke) omzetcijfers van de betrokken ondernemingen blijkt dat de drempels zoals opgelegd conform art. 11§1 WBEM worden behaald, zodat de concentratie diende te worden aangemeld.

De aangemelde concentratie valt overeenkomstig art. 33§1.1 WBEM binnen het toe-passingsgebied van de wet.

### 3. De relevante productenmarkten

De relevante markt is de groot- en kleinhandel in technische componenten aan de industriële onderhoudsmarkt, alsook de productie van machines en wisselstukken. De verschillende activiteiten van beide partijen betreffen:

#### - afdichtingstechniek

Tot deze producten behoren: oliekeerringen, V-ringen, O-ringen, rubber platen, vlakke dichtingen, spiraalgewonden dichtingen, rubber profielen, celrubber strippen, sponsrubber, vormwerk, trillingsdempers, mechanical seals, pomp-as en spindelafdichtingen. Deze producten worden toegepast in alle sectoren van de economie.

#### - aandrijftechniek

Deze groep onderscheidt hydrauliek, pneumatiek, mechanische aandrijftechniek, lager-techniek en elektrische aandrijftechniek. Deze producten worden direct of indirect gebruikt voor het aandrijven van een apparaat, machine of installatie zoals o.a. pompen, motoren, cilinders, ventielen, slangen, koppelingen, V-riemen V-riemschijven, kettingen, kettingwielen, kogellagers, besturingen en aggregaten.

#### - stromingstechniek

Het productassortiment van deze groep bestaat uit subgroepen afsluiters (o.a. klepafsluiters, membraanafsluiters, schuifafsluiters, kogelkranen, vlinderkleppen, terugslagkleppen, filters, reduceertoestellen, veiligheidstoestellen en condenspotten), instrumentatie (o.a. magneetventielen, thermometers, manometers, kijkglazen, debietmeters en peilglastoestellen), kunststof leidingsystemen (PVC/PE/PVDF/PP/ABS buizen, fittingen en afsluiters, alsook beugelingssystemen) en industriële slangen/koppelingen (o.a. waterslangen, luchtslangen, stoomslangen, olieslangen, gasslangen, laboslangen, voedings-slangen, slijtvaste slangen, verfslangen, kunststofslangen, draadkoppelingen, Eritite koppelingen, Storz koppelingen, Guillemin koppelingen, DSP koppelingen, tankwagen koppelingen, slangklemmen en spuitpistolen).

#### - industriële kunststoffen

Hier kunnen drie productassortimenten worden onderscheiden, nl. kunststoffen voor (1) bouw-, signaal en displaytoestellen, lichtreclame, geluidsschermen en nummerplaten, (2) constructieve en slijtvaste toepassingen, leidingsystemen, ventilatiekokers, afzuigkasten, afdekplaten, tanks, enz... (3) hoogwaardige toepassingen, medische toepassingen, enz...

#### - klimaattechniek

Deze activiteit werd stopgezet in september 2001.

#### - gereedschappen

Hieronder valt allerlei gereedschap: elektrisch, pijpbewerkings-, meet-, pneumatisch en hydraulisch gereedschap, tuinbenodigdheden, lasmateriaal, reinigingsmiddelen, onderhoudsproducten, slijp- en schuurmaterialen, interne transportmiddelen, hef- en hijsmaterialen, klimmaterialen, bouwbenodigdheden, reinigingsmachines, pompen, compressoren, werkplaatsmachines, veiligheidsartikelen en magazijninrichting.

#### - overige

Dit betreft o.a. bevestigingsmaterialen (chemische, mechanische en andere bevestigingen), automaterialen (voertuigonderdelen, garagetoebereiden, allerlei klein materiaal).



#### 4. De relevante geografische markt

De relevante geografische markt is België.

#### 5. De marktaandelen

Uit de vertrouwelijke cijfers blijkt dat inzake afdichtingstechniek ASEMIA de grootste distributeur is van deze productgroep nà Eriks. Eriks produceert zelf een verwaarloosbaar deel van haar assortiment en de groep Baudoin doet geen productie.

Inzake aandrijftechniek blijkt dat er nog minstens twee concurrenten zijn die een groter marktaandeel hebben dan de aanmeldende partijen samen, nl. Festo Belgium en MCB.

M.b.t. stromingstechniek zijn er een drietal concurrenten met een gelijkaardig marktaandeel, nl. Marmon/Keystone Anbuma, Prometal en Econosto.

Voor de industriële kunststoffen is de rol van de groep Baudoin beperkt. De firma Vink is hier de marktleider. Andere kleinere concurrenten zijn Plastiservice en Nemetal.

Uit de beschikbare cijfers blijkt dat het gezamenlijke marktaandeel van de betrokken partijen nà de voorgenomen concentratie beneden de 25% blijft, zelfs indien het marktaandeel wordt gedefinieerd aan de hand van de kleinst denkbare onderverdeling.

#### 6. Economische analyse

De ondervraagde concurrenten konden geen exacte cijfers geven van de marktaandelen in de sector en deden enkel een schatting. In de sector bestaat er geen eenduidige marktafbakening. De meeste ondernemingen beschouwen de industriële onderhoudsmarkt als relevante markt, doch er wordt ook steeds onderverdeeld volgens de diverse activiteiten binnen deze markt.

De Raad voor de Mededinging sluit zich aan bij de marktafbakening, zoals door de aanmeldende partijen voorgesteld.

Ook is uit het onderzoek gebleken dat de activiteiten van Eriks Group en de groep Baudoin elkaar grotendeels aanvullen en slechts in beperkte mate overlappen. Hierdoor zal het marktaandeel van de aanmeldende partijen door de concentratie niet aanzienlijk veranderen.

Hieruit volgt dat huidige concentratie géén machtspositie in het leven roept of versterkt, die tot gevolg heeft dat de daadwerkelijke mededinging op de nationale markt of een wezenlijk deel ervan op een significante wijze wordt belemmerd (art. 10§3 WBEM).

Vermits de klanten van de aanmeldende partijen grote ondernemingen zijn, zal het onmogelijk zijn om na de concentratie misbruik van een enigszins sterkere positie te maken. Dergelijke grote klanten zullen immers bij prijsstijgingen vlug naar de concurrentie overstappen.

Vermits de betrokken ondernemingen samen minder dan 25% marktaandeel hebben, moet de voorgelegde concentratie worden toegelaten conform art. 33§2.1.a WBEM.

#### OM DEZE REDENEN

##### De Raad voor de Mededinging

- Gelet op de art. 2 e.v. van de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken van toepassing overeenkomstig art. 54bis WBEM ;

- Stelt vast dat de betrokken concentratie aanmeldingsplichtig is en conform art. 33 §1.1 WBEM binnen het toepassingsgebied valt van de wet ;
- Verklaart de concentratie toelaatbaar conform art. 33§2.1.a WBEM ;

Aldus uitgesproken op 29 mei 2002 door de Kamer van de Raad voor de Mededinging, samengesteld uit: de heer Frank Deschoolmeester, kamervoorzitter ; de heren Peter Poma, Geert Zonnekeyn en Marc Jegers, leden.

## **Beslissing nr. 2002-C/C-40 van 30 mei 2002**

INZAKE :

Galoo n.v.

en :

Galloometal n.v.

en :

Trade Arbed s.a.

Gelet op de Wet op de Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (W.B.E.M.).

Gezien de proceduriële voorgaanden waaronder onze beslissing van 25 april 2002, waarbij conform artikel 33 § 2.1.b W.B.E.M. om een bijkomend verslag werd verzocht betreffende de vraag over de juiste geografische afbakening van de markt van de recuperatie van ferrometalen langs de aankoopzijde en verder ter verificatie van de marktaandeelcijfers van de aanmeldende partijen op de beide relevante productmarkten en dit telkens langs de aankoopzijde en langs de verkoopzijde;

Gezien het onderzoeksdossier van de Dienst voor de Mededinging;

Gezien het bijkomend gemotiveerd verslag van de verslaggever, de heer Bert STULENS, dd 14 mei 2002, zoals dit op 15 mei 2002 aan de Raad werd overgemaakt.

Gehoord namens de Dienst de heren Johan Isselée en Erwin Verhaeren;

Gehoord de verslaggever de heer Bert Stulens;

Gehoord de aanmeldende partijen bij monde van meester Patrick De Jonghe, de heer Pierre Vandeputte van de n.v. Galloo, meester Koen De Bock voor de n.v. Galloo en de n.v. Galloometal en meester Koen Platteau voor de n.v. Trade Arbed;

Gezien de schriftelijke opmerkingen neergelegd namens de aanmeldende partijen, waaronder de memorie neergelegd namens Trade Arbed s.a..

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken van toepassing overeenkomstig artikel 54 bis W.B.E.M..

### **1. Over de voorgaanden**

In onze beslissing van 25 april 2002 hebben wij vastgesteld:

- dat alle betrokken ondernemingen ondernemingen zijn in de zin van artikel 1 W.B.E.M.;
- dat de voorgenomen operatie, namelijk de verkrijging van alle aandelen van de holding n.v. Almetal Holding ingevolge verkoop door s.a. Trade Arbed aan de n.v. Galloo en de n.v. Galloometal, een concentratie in de zin van artikel 9 § 1.b van de W.B.E.M. is;
- dat de drempels voorzien in artikel 11 § 1 van de W.B.E.M. zijn overschreden zodat de concentratie aanmeldensplichtig is;
- dat de concentratie aangemeld is binnen de termijn zoals voorzien in artikel 12 § 1 W.B.E.M.

Voor wat de marktafbakening betreft werd door ons vastgesteld dat de relevante productmarkt deze is van de schrootmarkt in metalen, onder te verdelen in twee deelmarkten, namelijk de markt van de recuperatie van ferrometalen en de markt van de recuperatie van non-ferrometalen, waarbij elk van deze deelmarkten kan bekeken worden enerzijds langs de aankoopzijde, anderzijds langs de verkoopzijde.

Vooraleer over de toelaatbaarheid van de concentratie te beslissen heeft de Raad in zijn beslissing van 25 april 2002 conform artikel 33 § 2.1.b van de W.B.E.M. om een bijkomend onderzoek verzocht met betrekking tot de vraag over de afbakening van de geografische markt in het bijzonder van de recuperatie van de ferrometalen langs de aankoopzijde en verder over de marktaandeelcijfers van de betrokken partijen op de relevante productmarkten en dit telkens langs de aankoopzijde en langs de verkoopzijde.

## 2. Over de grond van de concentratie :

### a. Over de ferromarkt

Artikel 66 van het E.G.K.S.-Verdrag dat uitwerking behoudt tot 23 juli 2002, bepaalt dat concentraties waarbij ten minste één van de betrokken ondernemingen zich bezig houdt met de productie van kolen en staal ter goedkeuring aan de Europese Commissie moeten worden voorgelegd.

Artikel 13 W.B.E.M. bepaalt dat de concentraties die onderworpen zijn aan het toezicht van de Europese Commissie niet onderworpen zijn aan het toezicht ingesteld door de Mededingingswet.

De Raad stelt vast dat voor wat de ferromarkt betreft, hij zich over de concentratie, zoals ze is aangemeld, niet hoeft uit te spreken.

Dit betekent niet dat de concentratie in zijn geheel niet moest worden aangemeld, vermits, in tegenstelling tot wat de aanmeldende partijen stellen, artikel 46, §2, W.B.E.M. hier niet van toepassing is.

### b. Over de non-ferromarkt

De relevante geografische markt van de recuperatie van "non-ferrometalen" omvat zoals in de tussenbeslissing uiteengezet, langs de aankoop- en de verkoopzijde minstens het gehele Belgische grondgebied.

De aanmeldende partijen kunnen gevolgd worden wanneer zij stellen dat er geen sprake is van een betrokken markt nu enerzijds de n.v. Galloo en de n.v. Galloometal en anderzijds de doelonderneming, in het bijzonder de filialen, samen in België zowel langs de aankoopzijde als langs de verkoopzijde van de non-ferrometalen een marktaandeel beneden de 25 % behalen.

Zulks blijkt thans na het bijkomend onderzoek op basis van de eerder zowel door de aanmeldende partijen als door de Dienst en door de verslaggever vooropgestelde percentages, alsmede op basis van door bepaalde concurrenten vooropgestelde cijfers.

Specifiek voor wat de markt van de recuperatie van "non-ferrometalen" betreft moet bovendien opgemerkt worden dat de markt een Europese, zelfs mondiale dimensie heeft, met talrijke nationale en internationale spelers.

Tenslotte moet opgemerkt worden dat de prijsvorming op de markt, dit zowel langs de aanbodzijde als langs de verkoopzijde door verschillende factoren beïnvloed wordt, derwijze dat na de concentratie er op de Belgische markt nog steeds voldoende factoren zullen aanwezig zijn, die de prijsvorming op het terrein onafhankelijk van de aanmeldende partijen zullen beïnvloeden.

De concentratie zal dan ook geen dominante positie van de aanmeldende partijen in het leven roepen.

OM DEZE REDENEN,

**De Raad voor de Mededinging,**

- Na vastgesteld te hebben dat de betrokken concentratie onder het toepassingsgebied valt van de Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging.
- Verklaart de betrokken concentratie voor wat de non-ferromarkt betreft bovendien toelaatbaar conform artikel 10 § 3 en artikel 33 § 2 punt 1 a van de W.B.E.M..

Aldus uitgesproken op 30 mei 2002, door de Kamer van de Raad voor de Mededinging samengesteld uit : de heer Peter Poma, kamervoorzitter, de heren Paul Blondeel, Geert Zonnekeyn en Wouter Devroe, leden.

## **Beslissing nr. 2002-C/C-41 van 11 juni 2002**

INZAKE :

GRAM Tony

en :

UBS CAPITAL AG

en :

KIPLING INTERNATIONAL SA

Gelet op de Wet op de Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (W.B.E.M.).

Gezien de aanmelding aan het Secretariaat van de Raad voor de Mededinging van een concentratie op 25 april 2002.

Gezien de mededeling voor onderzoek door het Secretariaat van de Raad aan het korps van verslaggevers conform artikel 32 bis § 1 W.B.E.M. op 29 april 2002.

Gezien de stukken van het dossier en het onderzoeksdossier van de Dienst voor de Mededinging.

Gezien het gemotiveerd verslag van de verslaggever zoals dit op 15 mei 2002 werd opgesteld en werd overgemaakt aan de Raad.

Gehoord de verslaggever, de heer Bert Stulens, ter zitting van 11 juni 2002.

Gehoord de aanmeldende partijen bij monde van meester Laurent Garzaniti en meester Benedicte Claes van het kantoor Freshfields, meester Thomas Peperstraete van het kantoor De Backer te Antwerpen en dhr. Blake Moore van UBS Capital.

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken van toepassing overeenkomstig artikel 54 bis W.B.E.M..

### **1. De aanmeldende en betrokken partijen :**

Als koper treedt op de heer Antonius (Tony) Gram, ondernemer, van Nederlandse nationaliteit, wonende in België, te Schoten, Peerdsboslaan 9.

De heer Gram heeft belangen in verschillende ondernemingen die actief zijn in onder meer de bagagemarkt (de n.v. Delsey Benelux en de n.v. Rodelle), onroerend goed, textiel, tapijten, constructie en renovatie van gebouwen.

Als verkoper treedt op UBS Capital AG, gevestigd in Zwitserland, te 8098 Zurich, Bahnhofstrasse 45.

Deze onderneming maakt deel uit van de UBS Warburg ondernemingsgroep, die op haar beurt een afdeling is van de Zwitserse bank UBS AG.

Deze onderneming is actief in het verwerven, houden, beheren en overdragen van aandelen in andere vennootschappen, verder in het beleggen in andere vennootschappen door middel van allerlei soorten van financiële structuren.

Als doelonderneming treedt op de s.a. Kipling International, een holdingmaatschappij naar Luxemburgs recht, gevestigd in Luxemburg, L-2137 Luxemburg, rue Charles Martel 53.

Deze onderneming heeft de volledige controle over de n.v. Kipling Belgium en is voor 100 % eigendom van UBS Capital AG.

De n.v. Kipling Belgium ontwerpt, commercialiseert en verdeelt verschillende soorten tassen, terwijl zij ook actief is op het gebied van schoenen, kledij, kantoorbenodigdheden en accessoires, zoals brillen, horloges, juwelen en decoratieartikelen.

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

## 2. De aangemelde operatie :

De drie betrokkenen, namelijk T. Gram, UBS Capital AG en Kipling Belgium sloten op 25 maart 2002 een overeenkomst blijkens dewelke UBS Capital AG alle uitgegeven aandelen van Kipling aan T. Gram verkoopt, waardoor deze de exclusieve en rechtstreekse controle verwerft over Kipling, waarbij tevens door UBS Capital AG de rechten en verplichtingen betreffende bepaalde leningen worden overgedragen aan T. Gram.

De aangemelde transactie is een concentratie in de zin van artikel 9 van de W.B.E.M..

## 3. De aanmeldingstermijn :

De overeenkomst, die het voorwerp uitmaakt van de aanmelding, werd op 25 maart 2002 ondertekend en op 25 april 2002 aangemeld.

De aanmelding van de concentratie moet dan ook conform artikel 12 § 1 van de W.B.E.M. als tijdig beoordeeld worden.

## 4. De omzetrempels :

De concentratie valt onder het toepassingsgebied van de W.B.E.M. vermits de omzetrempels zoals voorzien in artikel 11 § 1 van de W.B.E.M. werden bereikt.

Uit de ons verstrekte gegevens blijkt dat de Belgische omzet van de koper en de Belgische omzet van de doelonderneming, de drempels voorzien in artikel 11 § 1 W.B.E.M. overschrijden.

## 5. De marktafbakening :

### 5.1 De relevante productmarkten :

De relevante productmarkt is deze van de tassen, waarbij een onderscheid moet gemaakt worden tussen "soft-side" producten, namelijk de zachte tassen en "hard-side" producten, namelijk tassen en valiezen in harde materialen.

De "hard-side" producten vertonen immers specifieke kenmerken, zoals het feit dat zij uit andere materialen bestaan dan de "soft-side" producten, dat zij specifiek voor reisdoeleinden worden gebruikt, dat zij door hun gewicht minder aangewezen zijn voor dagelijks gebruik en dat ze zich meestal in een hogere prijsklasse situeren.

De "soft-side" producten kunnen nog eens ingedeeld worden in twee soorten, namelijk zachte reistassen en zachte tassen voor dagelijks gebruik.

Zowel Kipling als Gram via Rodelle zijn actief in "soft-side" producten, terwijl enkel Gram via Delsey ook actief is in "hard-side" producten.

De vraag of zachte reistassen en zachte tassen voor dagelijks gebruik al dan niet samen één markt uitmaken kan echter open gelaten worden gezien de marktaandelen in beide gevallen onder de 25 % blijven.

## 5.2 De relevante geografische markt :

De relevante geografische markt is het grondgebied België.

Vermits de distributie en marketing van de tassen op nationaal vlak georganiseerd wordt, is er geen reden om de geografische markt te definiëren op een regionale of lokale basis.

## 5.3 De marktaandelen :

De marktaandelen van Kipling en Gram, via Delsey en Rodelle, van de "soft-side" producten, al dan niet opgesplitst in zachte reistassen en zachte tassen voor dagelijks gebruik, liggen samen onder de 25 %, zodat er geen betrokken markt is.

Artikel 33 § 2.1.a) W.B.E.M. stelt ondermeer : "Wanneer de betrokken ondernemingen samen minder dan 25 % van de betrokken markt controleren wordt de concentratie toelaatbaar verklaard".

Bovendien blijkt uit de economische analyse dat de concurrenten geen nadeel zien in de concentratie.

## OM DEZE REDENEN,

### De Raad voor de Mededinging,

- Stelt vast dat de betrokken concentratie onder het toepassingsgebied valt van de W.B.E.M..
- Verklaart de concentratie toelaatbaar conform artikel 33 § 2.1.a) W.B.E.M..

Aldus uitgesproken op 11 juni 2002, door de Kamer van de Raad voor de Mededinging samengesteld uit : de heer Peter Poma, kamervoorzitter, de heren Geert Zonnekeyn, Patrick Van Cayseele en Robert Vanosselaer, leden.



## **Beslissing nr. 2002-V/M-42 van 11 juni 2002**

Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging tot het nemen van voorlopige maatregelen ingediend door de heer Janssens / de Orde van Architecten, Raad van de Provincie Brabant

Gezien de klacht ten gronde d.d. 2 juni 1997 gekend onder nr.I-O-97/0014;

Gezien het verzoek neergelegd op 2 juni 1997, waarbij om voorlopige maatregelen werd gevraagd door de heer Roger Janssens, wonende te 1800 Vilvoorde, Beneluxlaan 6, die met volmacht optreedt voor de Heer en Mevrouw Janssens-Schoevaers, geregistreerd onder nr. I-O-97/0015, met betrekking tot de praktijken van de volgende onderneming:

De Orde van Architecten, Raad van de provincie Brabant, met zetel te 1080 Brussel, Jubelfeestlaan 71;

Gezien het verslag van de Algemene Inspectie van de prijzen en de mededinging in toepassing van artikel 35 van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, opgesteld op 17 juni 1997 en op dezelfde datum overgemaakt aan de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging;

Gezien het schrijven d.d. 3 juli 1997 van de heer Roger Janssens, waarin deze opmerkingen formuleert op het verslag van de Algemene Inspectie;

Gezien het schrijven d.d. 14 augustus 1997 van de Orde van Architecten waarin de Orde opmerkingen maakt bij het verslag van de Algemene Inspectie;

Gezien de beslissing inzake de vertrouwelijke stukken van het dossier, genomen door de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging op 24 april 2002;

Gezien het faxbericht d.d. 30 april 2002 van de heer Roger Janssens, waarin deze stelt na meer dan 5 jaar niets meer te bezitten van dit dossier en de zaak als geklasseerd te beschouwen;

Gezien het schrijven van de Orde van Architecten van 22 mei 2002, waarbij de Orde een schrijven d.d. 7 juli 1997 overmaakt, waarin toelating verleend werd aan de opvolgende architect om de opdracht voor de bouwheer Janssens – Schoevaers (of diens gemachtigde) uit te voeren;

Gehoord op de zitting van 27 mei 2002:

- de Dienst voor de Mededinging, vertegenwoordigd door de Heer Herman Sleebus;
- de heer Roger Janssens;
- de Orde van Architecten, Raad van de provincie Brabant, vertegenwoordigd door Meester Geert Carlier, advocaat te Brussel (Halle);

Gezien de memorie neergelegd ter zitting door de Orde van Architecten, Raad van de Provincie Brabant;

Gezien de stukken van het dossier;

Gezien de Wet van 5 augustus 1991 tot Bescherming van de Economische Mededinging (hierna W.B.E.M.) in het bijzonder artikel 35 van deze wet krachtens hetwelk de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging op aanvraag van de klager of van de Minister, voorlopige maatregelen kan nemen bestemd om de restrictieve mededingingspraktijken die het voorwerp van het onderzoek uitmaken te schorsen, indien het dringend is een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden door deze praktijken of die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang.

## I. De feiten

De familie Janssens-Schoevaers heeft op 16 augustus 1996 architect Guy Decoster, Kluitingsstraat 96 te 1800 Vilvoorde, de opdracht toevertrouwd haar woning te verbouwen. Het gezin Janssens-Schoevaers verlaat haar woning en trekt in bij een familielid waarmee zij een "huurovereenkomst" ten bedrage van 2.000 Bfr./maand afsluit.

De bouwheer stelt dat architect Decoster zijn opdracht niet heeft uitgevoerd en dat onder meer nooit een bouwaanvraag werd ingediend. Op 02 april 1997 werd aan de overeenkomst met architect Decoster een einde gesteld door middel van een dading. Ter afsluiting van alle rekeningen moest het gezin Janssens een bedrag van 36.300 Bfr. betalen. Zij zouden in ruil hiervoor echter nooit enig plan of document ontvangen hebben.

Over de betaling van dit bedrag ontstaat een betwisting.

Als de heer Janssens (die als gevolmachtigde van de familie Janssens-Schoevaers optreedt) een ander architect contacteert, wil die de opdracht niet aanvaarden zonder de formele toestemming van de Orde van Architecten. Daarop richt hij op 11 april 1997 een schrijven naar de Orde van Architecten.

Bij schrijven d.d. 13 mei 1997 meldt de Orde van Architecten (Raad van de Provincie Brabant) dat zij beslist heeft, na architect Decoster op 12 mei 1997 te hebben gehoord dat de deontologische regels van opvolging onder architecten van toepassing zijn gezien architect Decoster beweert dat het bedrag van 36.300 Bfr. hem nooit overgemaakt werd. Slechts nadat de familie Janssens-Schoevaers het bedrag in kwestie in consignatie geeft totdat de betalingskwestie beslecht is kan een nieuwe architect worden aangesteld. De Orde van Architecten maakt hierbij toepassing van artikel 26 van het K.B. van 18 april 1985 inzake het reglement van beroepsplichten vastgesteld door de Orde van Architecten.

De bouwheer weigert een bedrag van 36.300 Bfr. in bewaring te geven gezien hij reeds betaald heeft. Als bewijs hiervan wordt verwezen naar de schriftelijke overeenkomst van dading die met de architect gesloten werd. De bouwheer beschikt evenwel niet over enig ander document dat als bewijs van betaling kan gelden.

Op 2 juni 1997 legt de Heer Roger Janssens, als volmacht houder van het echtpaar Werner Janssens en Else Schoenaers een klacht en een verzoek tot voorlopige maatregelen neer tegen de Orde van Architecten, Raad van de Provincie Brabant. In zijn klacht stelt de klager dat de Orde van Architecten (Raad van de Provincie Brabant) in haar brief van 13 mei 1997 een beslissing genomen heeft die strijdig is met artikel 2 van de Wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, nu zij een besluit treft waardoor de aanstelling en aldus de mededinging van een architect op de Belgische markt wordt verhinderd.

Op 11 juni 1997 meldt de Heer Janssens dat hij een andere architect gevraagd heeft om de opdracht uit te voeren en verzoekt hij de Orde hiermee in te stemmen.

Bij schrijven d.d. 7 juli 1997 (dat slechts op 22 mei 2002 bij de Raad voor de Mededinging werd neergelegd) meldt de Orde van Architecten, Raad van de Provincie Brabant, aan de opvolgende architect dat hij zijn opdracht mag aanvaarden.

De werken werden inmiddels uitgevoerd en het gebouw van de familie Janssens-Schoevaers is opgericht.

## II. De aanvraag tot voorlopige maatregelen

Dhr. Janssens vraagt de Voorzitter van de Raad overeenkomstig artikel 35 van de W.E.B.M. voorlopige maatregelen te nemen om de restrictieve mededingingspraktijken die het voorwerp uitmaken van zijn klacht te schorsen.

Die praktijken zouden erin bestaan dat de Orde van Architecten de familie Janssens-Schoevaers belet op grond van artikel 26 van het K.B. van 18 april 1985 tot goedkeuring van het door de Nationale Raad van de Orde van Architecten voorgestelde reglement van beroepslichten, een nieuwe architect aan te stellen na beëindiging van haar overeenkomst met een eerste architect die haar inziens niet voldeed en waarmee later een conflict over een betaling ontstond.

De familie Janssens zou een onherstelbaar verlies lijden dat erin bestaat dat zij de verbouwing van haar woning niet kan aanvatten tenzij zij bij de Orde een bedrag van 36.300 Bfr. in consignatie geeft totdat de zaak met de eerste architect uitgeklaard is. Verzoeker stelt dat het gezin Janssens-Schoevaers een onherstelbaar en ernstig nadeel ondergaat vermits het niet kan starten met de verbouwing van haar woning en nog meer tijd dreigt te verliezen. De borgstelling van 36.300 Bfr. zou bovendien een nutteloze uitgave zijn.

In het verzoek tot voorlopige maatregelen vraagt verzoeker aan de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging "(...) de echtgenoten Janssens-Schoevaers het recht te verlenen om een architect te mogen aanstellen voor de verbouwing van hun woning, onafhankelijk van elke borgstelling en zonder belemmering van de uitvoering van de opdracht van die architect."

### III. Het standpunt van de Dienst voor de Mededinging

De Dienst voor de Mededinging stelt aan de Voorzitter van de Raad voor het verzoek niet ontvankelijk te verklaren.

De Dienst meent immers dat het verzoek niet uitgaat van een onderneming of een ondernemingsvereniging, dat de kern van het verzoek een burgerrechtelijk privé-geschil betreft en niets wijst op de noodzaak tot dringend optreden om schade aan het algemeen economisch belang te voorkomen.

### IV. Over de rechtsmacht van de Voorzitter

Ten onrechte stelt de Orde van Architecten in haar brief d.d. 14 augustus 1997 dat de Voorzitter van de Raad geen rechtsmacht heeft om kennis te nemen van het verzoek op grond van het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 14 november 1996 (Orde van Architecten / Belgische Staat / R.Clarysse en J.Bossuyt, B.S., 26 november 1996; voorziening in cassatie verworpen door Cass., 27 november 1997, Arr.Cass., 1997, 1233).

Uit dit arrest van het Hof van Beroep te Brussel kan geenszins afgeleid worden dat de Voorzitter van de Raad geen rechtsmacht zou hebben ten aanzien van een verzoek tot voorlopige maatregelen uitgaande zoals in casu van een derde die geen partij is bij een mogelijke tuchtprocedure uitgaande van de Orde van Architecten.

Overigens wordt het verweer inzake de rechtsmacht niet meer hernomen in de memorie die door de Orde van Architecten werd neergelegd op 27 mei 2002.

Volledigheidshalve (en voor zoveel als nodig) kan opgemerkt worden dat er klaarblijkelijk geen tuchtprocedure meer hangende is bij de Orde van Architecten, Raad van de Provincie Brabant, gezien de Orde toelating verstrekke aan de opvolgende architect (los van artikel 26 van het K.B. van 18 april 1985) om de opdracht uit te voeren.

Wij zijn derhalve bevoegd om uitspraak te doen.

### V. Over de ontvankelijkheid en de gegrondheid van het verzoek

Teneinde voorlopige maatregelen in de zin van artikel 35 van de W.B.E.M. te kunnen toekennen, dienen drie cumulatieve toepassingsvoorwaarden vervuld te zijn:

- Het bestaan van een klacht ten gronde en daaraan verbonden het bestaan van een rechtstreeks en dadelijk belang van de klager.
- Het bestaan van een prima facie inbreuk op de W.B.E.M.
- Het vermoeden van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat in verband staat met de aangeklaagde praktijk en dat dringend moet vermeden worden (zie o.m. Brussel, 18 december 1996, N.V. Honda Belgium e.a. /Belgische Staat, B.S., 8 januari 1997, 381; Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging, 1996, 836).

Er dient thans onderzocht te worden of deze voorwaarden vervuld zijn.

## 1. Een klacht ten gronde.

1.1. Verzoeker heeft op 2 juni 1997 een klacht tegen de Orde van Architecten, Raad van de Provincie Brabant, neergelegd op grond van een schending van artikel 2 van de W.B.E.M.

Aan deze voorwaarde is derhalve voldaan.

1.2. Wij dienen tevens te onderzoeken of er een rechtstreeks en dadelijk belang is in hoofde van de klager.

Dienaangaande merkt de Dienst op dat er een probleem is met de hoedanigheid van verzoeker nu het gezin Janssens niet aan het begrip onderneming zoals gekwalificeerd in artikel 1 van de W.B.E.M. beantwoordt, doch het een consument betreft. Tevens meent de Dienst dat het geschil tussen verzoeker en zijn architect een privé-geschil betreft, waarbij het algemeen belang niet de kern uitmaakt van het verzoek tot voorlopige maatregelen.

Overeenkomstig artikel 23 §1c van de W.B.E.M. moet de klager aantonen dat hij een rechtstreeks en dadelijk belang heeft bij het indienen van de klacht. Het betreft elke persoon die het bewijs kan leveren dat de beweerde mededingingspraktijk hem nadeel berokkent of kan berokkenen. (Gedr.St., Senaat, 1990-91, nr. 1289/2, p.56). Ook een consument kan het vereiste belang hebben.

Deze stelling wordt bevestigd door een beslissing van de Raad waarin geoordeeld werd dat een verbruiker er belang bij kan hebben dat de Dienst voor de Mededinging een onderzoek verricht naar vermeende restrictieve praktijken en waarin zelfs gesteld werd dat dit het geval kan zijn zonder dat de verbruiker het bewijs dient te leveren het betrokken product gekocht te hebben. (Beslissing van de Raad voor de Mededinging van 10 april 1996, nr. 96 RPR-4, Vranken /Pentax, niet gepubliceerd in het B.S.).

Wij zijn derhalve van oordeel dat het feit dat de klacht niet uitgaat van een onderneming doch van een privé-persoon/consument, de ontvankelijkheid van de klacht en het verzoek geenszins aantast.

Verzoeker had op het tijdstip van het indienen van het verzoek tot voorlopige maatregelen wel degelijk een rechtstreeks en dadelijk belang, gezien verzoeker opkwam tegen een besluit van de Orde van Architecten (verwoord in de brief d.d.13 mei 1997) waardoor volgens verzoeker de aanstelling en aldus de mededinging op de Belgische markt werd verhinderd. Dit verzoek raakt bovendien niet alleen zijn privé belangen doch ook het algemeen economisch belang.

Het verzoek tot voorlopige maatregelen is derhalve ontvankelijk.

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

Wij stellen vast dat verzoeker vordert dat aan de echtgenoten Janssens-Schoevaers het recht zou verleend worden om een architect te mogen aanstellen voor de verbouwing van hun woning, onafhankelijk van elke borgstelling en zonder belemmering van de uitvoering van de opdracht van die architect.

Bij schrijven d.d.7 juli 1997 (neergelegd bij de Raad op 22 mei 2002) heeft de Orde van Architecten echter toelating gegeven aan de opvolgende architect om zijn opdracht uit te voeren.

Ter zitting stelt verzoeker dat de opdracht inmiddels uitgevoerd werd, waardoor het verzoek zonder voorwerp is geworden. Dit werd tevens bevestigd bij faxbericht d.d. 30 april 2002 van verzoeker, waarin hij stelt dat hij de zaak als geklasseerd beschouwt.

Verzoeker stelt weliswaar dat hij de toepassing van artikel 26 van het K.B. van 18 april 1985 strijdig acht met artikel 2 van de W.B.E.M., doch dit vormt het voorwerp van de klacht ten gronde die Wij in het kader van huidige procedure niet verder dienen te onderzoeken, nu het verzoek tot voorlopige maatregelen zonder voorwerp is geworden.

Wij dienen derhalve niet nader in te gaan op de vraag of er een prima facie inbreuk is noch op de vraag of er een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel is die dringend dient vermeden te worden.

## OM DEZE REDENEN

Wij, Béatrice Ponet, Voorzitter van de Raad voor de Mededinging,

- Verklaren Ons bevoegd om kennis te nemen van huidig verzoek tot voorlopige maatregelen.
- Verklaren het verzoek tot voorlopige maatregelen ontvankelijk.
- Verklaren het verzoek tot voorlopige maatregelen ongegrond, gezien het zonder voorwerp is geworden.

Aldus beslist op 11 juni 2002 door Béatrice Ponet, Voorzitter van de Raad voor de Mededinging.

## **Décision n°2002-V/M-43 du 13 juin 2002**

Affaire CONC-V/M-02/0008 : INTERDAMO S.A. / ITM Belgium S.A. et Société Centrale d'Approvisionnement en Produits régionaux S.A.

### I. Les parties en cause

#### 1. le demandeur en mesures provisoires

Le demandeur en mesures provisoires est la S.A. de droit belge INTERDAMO dont le siège social est établi à 4633 Melen, rue du Parc Hauzeur, 70 inscrite au registre de commerce de Verviers sous le n° 68.141, qui exploite un commerce de type supermarché sous l'enseigne Intermarché.

#### 2. Les parties incriminées

##### 2.1. S.A. ITM Belgium

La S.A. de droit belge ITM Belgium, (ci-après dénommée S.A. ITM ou ITM) est inscrite au registre de commerce de Nivelles sous le numéro 90.049 et a son siège social établi à 1348 Louvain-la-Neuve, Traverse d'Esopé, 6. Elle représente la société anonyme de droit français, ITM Entreprises (ci-après S.A. ITME) dont elle est une filiale et a pour objet la mise sur pied et la promotion d'un réseau de franchisés de la distribution en supermarchés à l'enseigne Intermarché ou apparentée.

##### 2.2. S.A. Société Centrale d'Approvisionnement en Produits régionaux

La S.A. de droit belge Société Centrale d'Approvisionnement en Produits régionaux (ci-après dénommée S.A. SCA) est inscrite au registre de commerce de Namur sous le numéro 72.540 et a son siège social établi à 5000 Beez, rue de Namur, 45. Cette société, filiale d'ITM, est chargée des achats de marchandises et de l'approvisionnement des franchisés du réseau (« Mousquetaires »).

### II. Rétroactes de la procédure en mesures provisoires

La S.A. Interdamo a, par une plainte datée du 14 janvier 2002 et déposée le 18 janvier 2002, dénoncé une violation de l'article 2 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique à charge des S.A. ITM Belgium et Société Centrale d'Approvisionnement en produits régionaux et a sollicité que le président du Conseil de la concurrence prenne conformément à l'article 35 de cette loi, des mesures provisoires tendant à « suspendre les règles en litige ».

Par un courrier du 13 février 2002, la partie plaignante et demanderesse en mesures provisoires a fait savoir qu'elle souhaitait déposer une plainte ampliative. Cette dernière a été déposée le 20 février 2002.

Le Corps des Rapporteurs a transmis le 28 février 2002 son rapport motivé au secrétariat du Conseil de la concurrence.

L'audience devant le Conseil de la concurrence a été fixée au 21 mars 2002.

Par courrier du 18 mars 2002, la partie demanderesse en mesures provisoires a, par le biais d'un des conseils, informé le Conseil de la concurrence que le président du Tribunal de commerce de Liège avait désigné d'office un administrateur provisoire pour sa cliente, ayant pour première mission de la citer en faillite et que dans ces conditions, il était à craindre que cette action soit devenue sans intérêt.

Par lettre du 20 mars 2002, cet avocat informait le Conseil de la concurrence que deux administrateurs provisoires avaient été désignés le 19 mars 2002 par le président du Tribunal de commerce de Liège et sollicitait une remise sine die de l'audience en mesures provisoires du 21 mars 2002, le temps de permettre aux administrateurs provisoires de prendre connaissance du litige et de s'en faire une opinion.

Par fax du 20 mars 2002, le Secrétaire du Conseil de la concurrence signala conformément aux instructions qui lui avaient été données, que l'audience du 21 mars était maintenue et que pour autant que de besoin, il était toujours possible d'envisager une mise en continuation de l'affaire en vue de permettre aux administrateurs provisoires de s'exprimer ou de désigner une représentant à cette fin.

Le 21 mars 2002, l'examen de l'affaire a été entamé en présence du Corps des Rapporteurs représenté par Monsieur P. Marchand, Rapporteur et des Conseils des parties incriminées. La partie demanderesse n'étant ni présente, ni représentée, l'affaire a été mise en continuation au 18 avril 2002 afin de permettre aux administrateurs provisoires désignés, d'intervenir.

Par courrier du 11 avril 2002, un des administrateurs provisoires de la S.A Interdamo a fait savoir qu'il ne comparaitrait pas à l'audience du 18 avril, l'avocat représentant initialement la société Interdamo se chargeant de défendre la position de cette société.

Par fax du 18 avril 2002, ce dernier a fait savoir que la S.A. Interdamo ne comparaitrait pas à l'audience du même jour et qu'au vu de sa situation et du fait qu'une citation en faillite avait été déposée par les administrateurs provisoires, elle ne comptait plus poursuivre les demandes en mesures provisoires dépourvues d'objet.

### III. Faits de la cause

Le demandeur en mesures provisoires, la S.A Interdamo exploite un commerce de type supermarché principalement axé sur des produits alimentaires, sous l'enseigne Intermarché.

Cette société a en effet signé le 1er juillet 1996 un contrat d'enseigne (de franchise) avec la S.A. ITM Belgium, titulaire exclusif sur le territoire belge des droits d'exploitation de la marque relative à l'enseigne Intermarché ou apparentée. L'administrateur-délégué de la S.A. Interdamo, Dominique Langlet ainsi que son épouse, Anne-Marie Langlet-Dejasse étaient cosignataires de cette convention.

Les époux Langlet-Dejasse ont également signé avec la S.A. de droit français ITM Entreprises dont le siège social est à 75015 Paris, rue Auguste Chabrières 24, un contrat d'adhésion au "Réseau des Mousquetaires" (à une date non précisée dans cette convention) par l'intermédiaire de la S.A. de droit belge ITM Belgium mandatée à cet effet.

Ces contrats ont été conclus pour une durée de dix ans.

Dès 1997, les parties s'accusent mutuellement de ne pas respecter les règles et les principes contenus dans ces conventions.

Il appert ainsi notamment des documents transmis par le demandeur en mesures provisoires, que dès le 26 mars 1997, la S.A. Interdamo a fait procéder par constat d'huissier au relevé des produits commandés mais non livrés par la société responsable des approvisionnements de ce point de vente. L'administrateur délégué de la S.A. Interdamo soutient que cette situation perdurait déjà depuis environ deux mois.

A partir du mois d'août 2000, moult reproches sont formulés de part et d'autre :

- la S.A. ITM reproche ainsi notamment aux époux Langlet et à la S.A. Interdamo un manquement d'esprit de solidarité et des campagnes publicitaires autonomes et trop coûteuses;

- la S.A. Interdamo et les époux Langlet reprochent quant à eux à la S.A. SCA et à la S.A. ITM un manque de ponctualité dans les livraisons ainsi que des carences dans les informations qu'ils sont tenus de leur transmettre.

En juin 2001, Madame A.-M. Dejasse apparaît officiellement en qualité d'administrateur délégué de la S.A. Interdamo en lieu et place de son époux.

En septembre 2001, Monsieur Langlet, actionnaire majoritaire de la S.A. Interdamo informe la S.A. ITM de sa décision de réorienter sa carrière professionnelle et de céder ses parts à son épouse pour un prix de 36 millions (BEF).

En novembre 2001, la S.A. ITM apprend que Monsieur Langlet se serait fait engager par une société concurrente, à savoir la société Carrefour.

Madame Dejasse, confirmera cette information et se verra interdire le 28 novembre 2001, de participer à une réunion de coordination au siège de la S.A. ITM. L'intéressée a fait constater ce fait par l'huissier de justice Martine Cuisenaire.

La S.A. ITM a, par ailleurs, par courrier du 5 décembre 2001, informé Monsieur Langlet qu'elle levait l'option d'achat prévue au contrat d'adhésion tout en contestant le prix de cession.

Selon la partie demanderesse en mesures provisoires, la S.A. SCA aurait modifié à partir du 29 novembre 2001, l'ordre des tournées de ses camions au départ de la base de Villers-Le-Bouillet en vue de retarder l'heure de livraison du point de vente que la S.A. Interdamo exploite à Battice. Cela a eu pour effet, alors qu'elle était habituellement livrée avant 5h30, de n'être, à partir de cette date, approvisionnée en marchandises périssables que peu avant 7 h et quelques fois même plus tard (8h 20 le 15/12/2001, 7h10 le 27/12/2001, 7h45 le 29/01/2002). D'autres manquements relatifs à la communication des informations nécessaires à l'exploitation ou à la fourniture de meubles publicitaires auraient également été commis selon la S.A. Interdamo, fin 2001.

Par citation en référé du 18 décembre 2001, la S.A. Interdamo a demandé au président du tribunal de commerce de Verviers d'ordonner la suspension de l'exécution du contrat d'enseigne au motif de manquements délibérés de la S.A. ITM traduisant sa volonté de ne plus collaborer loyalement et de bonne foi avec elle.

Une ordonnance a été rendue dans le cadre de cette action le 18 janvier 2002 et a déclaré les demandes formulées à titre principal et à titre subsidiaire recevables mais non fondées. Appel a été interjeté contre cette décision par la S.A. Interdamo.

Le 18 janvier 2002, la S.A. Interdamo a déposé plainte auprès du Conseil de la concurrence et a sollicité que des mesures provisoires soient prises conformément à l'article 35 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique.

Compte tenu de la contestation entre les parties portant sur la propriété des titres de la S.A. Interdamo anciennement détenus par Monsieur Langlet et des risques que ceux-ci soient revendus à un tiers, la S.A. ITM a, sur requête unilatérale, obtenu le 7 février 2002 une ordonnance du président du Tribunal de commerce de Liège, de mise sous séquestre de ces titres.

Par un arrêt du 15 février 2002, la Cour d'appel de Liège a confirmé l'ordonnance de référé du 18 janvier 2002. Cet arrêt reconnaît les spécificités du réseau Intermarché et considère que le passage de Dominique Langlet chez un concurrent important (Carrefour), alors qu'il était l'élément essentiel de la SA Interdamo, apparaissait comme une violation directe du contrat d'adhésion et par voie de conséquence un manquement fautif aux obligations contenues dans le contrat d'enseigne. Le souhait de la SA ITM de reprendre les actions de la SA Interdamo dont Dominique Langlet était titulaire se situe dans la ligne de ce que prévoit ce contrat. Au surplus, cet arrêt réfute les différents griefs avancés par



la SA Interdamo en constatant qu'ils ne reposent pas sur un manquement coupable, un abus de droit ou une mauvaise volonté dans le chef de la SA ITM.

Le 19 février 2002, Interdamo a déposé une plainte ampliative auprès du Conseil de la concurrence.

Par ordonnance du 19 mars 2002, le président du Tribunal de commerce de Liège a considéré que les conditions de la faillite paraissaient réunies dans le chef de la S.A. Interdamo et qu'il y avait urgence et absolue nécessité de dessaisir ses organes de leurs pouvoirs de gestion. Conformément à l'article 8 de la loi sur les faillites du 8 août 1997, deux administrateurs provisoires ont ainsi été désignés en vue notamment d'assigner cette société en faillite.

Par fax du 18 avril 2002, un des conseils de la S.A. Interdamo a fait savoir au Conseil de la concurrence qu'elle ne comptait plus poursuivre les demandes en mesures provisoires dépourvues d'objet.

#### IV. Grievs invoqués par S.A. Interdamo

La S.A. Interdamo considère que les contrats d'enseigne et les contrats d'adhésion sont contraires à l'article 2 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique étant donné qu'ils constituent un accord entre les différentes parties (entreprises) contractantes, qui crée un réseau contrôlé par la S.A. ITM à son seul et unique profit, au détriment des franchisés.

Elle rappelle que l'article 2 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique énonce que "Sont interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible la concurrence sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci et notamment ceux qui consistent à :

a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction;

(...)

d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;

e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats."

La S.A. Interdamo soutient que les conventions d'adhésion et les contrats d'enseigne signés par la S.A. ITM Belgium avec de nombreux affiliés contiennent de nombreuses restrictions de concurrence qui n'ont d'autres buts que de diminuer les coûts de la S.A. ITM Belgium sans pour autant qu'une contrepartie équivalente ne soit octroyée aux franchisés qui par ailleurs ne connaissent que des bilans et des résultats négatifs.

Ces pratiques restrictives dénoncées par la S.A. ITM peuvent être résumés comme suit:

##### 1. Restriction de la liberté d'action des adhérents en matière publicitaire.

L'article 1.1. alinéa 2 du contrat d'enseigne stipule que " La société d'exploitation s'engage à exploiter l'entreprise directement, sans intermédiaire, ni locataire, ou sous-concessionnaire, à ses pleins risques et à son entier profit mais respectant toutes ses obligations contractuelles et le système ITM."

Or, selon la S.A. Interdamo, cette disposition est contredite par les articles 4.4 et 5.6 de ce contrat et par la circonstance que, dans les faits, la S.A. ITM refuse aux franchisés de faire une publicité qui

répondrait mieux aux attentes de la population qui compose leur clientèle et de leur zone de chalandise.

## 2. Obligation de prise en charge de frais liés aux prestations réalisées pour compte de ITM ou de ses filiales.

L'article 5.8. du contrat d'enseigne prévoit en son alinéa 2 que les frais exposés par l'adhérent actionnaire majoritaire de la société franchisée, lors des réunions organisées par la S.A. ITM Belgium, doivent être supportés par cette société franchisée. La S.A. Interdamo en conclut que le but ainsi poursuivi est de diminuer les coûts de fonctionnement de ITM au détriment des entreprises d'exploitation.

## 3. refus systématique de fournisseurs alternatifs.

Alors que l'article 6 du contrat d'enseigne prévoit expressément que la société d'exploitation est libre de s'approvisionner auprès de fournisseurs extérieurs au réseau si elle peut apporter la preuve que le rapport qualité - prix est plus intéressant, le demandeur en mesures provisoires affirme que, pour ce faire, il faut obtenir l'approbation de la SA ITM et que celle-ci est systématiquement refusée même lorsque les franchisés démontrent que le prix de vente d'un produit du réseau est plus élevé que celui pratiqué par des concurrents.

## 4. obligation de fixation des prix.

Le contrat d'adhésion développe en son chapitre I, intitulé « principes fondamentaux » une politique dite de prix bas. L'alinéa 9 de ce chapitre précise que "Si la pratique des prix bas implique qu'elle s'applique à tous les produits, elle doit être aussi appliquée tous les jours en tous lieux par tous les membres du Réseau. (...) Les prix maxima déterminés par le Réseau doivent (...) être appliqués par tous (...)."

Le chapitre II indique (qu') "A cet effet, les sociétés d'approvisionnement ou de référencement du Réseau éditent des barèmes indicatifs de prix de vente maxima calculés au plus juste. Un seul prix supérieur au prix maximum indiqué remet en cause ces principes de base."

La SA Interdamo considère que la fixation des prix telle que prévue par ces contrats est contraire à l'article 2 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique à l'instar de ce que la Cour de Justice des Communautés Européennes et la Commission européenne ont décidé dans l'affaire Hennessy-Henkell (J.O. n° L 383 du 31 décembre 1980).

## 5. obligation de caution solidaire.

Le contrat d'adhésion, énonce comme deuxième principe (alinéa 6), que " le Réseau est, avant tout, un rassemblement de chefs d'entreprises, à la tête d'entreprises de taille humaine ... Le responsable de chaque entreprise doit être l'apporteur majoritaire de capitaux et doit engager sa responsabilité personnelle en ce qui concerne ses obligations envers le Réseau ou les tiers...."

Le demandeur en mesures provisoires en conclut que les responsables des sociétés franchisées sont tenus de respecter les conditions contractuelles contraires à la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique sous peine de sanctions. La S.A. Interdamo soutient en outre que la majorité des adhérents connaissent des situations difficiles et sont débitrices vis-à-vis de la S.A. ITM Belgium et de ses filiales dont principalement la S.A. SCA. Cette situation génère une menace de saisie des biens personnels des dirigeants et conditionne le comportement des entreprises franchisées.

## 6. interdépendance.

Selon la S.A. Interdamo, l'interdépendance, troisième principe du contrat d'adhésion, permet à la S.A. ITM et à sa société mère d'indiquer aux franchisés que leur situation précaire est insignifiante face à l'avenir et au profit du Réseau soit de ITME. Les adhérents et leurs sociétés doivent en effet privilégier les intérêts du Réseau par rapport à leur propre intérêt. Par cette obligation reprise au contrat d'adhésion, les sociétés ITME et ITM Belgium oublient manifestement, selon la S.A. Interdamo, les fondements de la liberté économique et de la libre concurrence.

Selon les termes de la S.A. Interdamo, les exemples d'entreprises en difficultés foisonnent dans ce groupe ce qui démontreraient clairement que les franchisés sont délaissés pour répondre aux intérêts financiers de ITM. Les franchisés supportent ainsi selon le demandeur en mesures provisoires, les coûts économiques, sociaux et autres de la mauvaise politique du Réseau justifiée par l'intérêt de ITM.

## 7. système du "Tiers-Temps".

Le contrat d'adhésion prévoit en son article 6 une règle appelée "Tiers-Temps", que l'adhérent s'engage à respecter.

Il s'agit en fait pour les adhérents de consacrer un tiers de leur temps de travail, (soit deux jours par semaine), au service du Réseau, à titre gracieux.

Le demandeur en mesures provisoires considère que cette obligation n'a d'autre but que de donner une main d'œuvre gratuite à la S.A. ITM et de lui permettre de réduire ainsi ses coûts fixes de fonctionnement au détriment des franchisés qui doivent prendre en charge les coûts de ces prestations sans la moindre contrepartie.

## 8. mécanisme sanctionnant la transgression des obligations contractuelles.

La S.A. Interdamo considère également que le mécanisme des sanctions prévu par les contrats d'adhésion et d'enseigne en cas de manquements aux obligations contractuelles, qui laisse l'application de ces sanctions à la discrétion de la S.A. ITM, viole les règles de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique.

## 9. mécanisme relatif au transfert des titres de la société franchisée

Dans sa plainte ampliative déposée le 20 février 2002, la S.A. Interdamo invoque encore un nouveau grief résultant spécifiquement de l'article 5 du contrat d'adhésion qui régit le transfert des titres de la société franchisée et qui octroie un droit de préemption à la S.A. ITM. La S.A. Interdamo estime que ce droit donné à ITM ne peut se justifier que si le franchiseur l'exerce de manière loyale, sans recourir à des mécanismes qui ont pour but de réduire les avantages du franchisé au seul profit du franchiseur et de permettre à ce dernier d'obtenir un point de vente à bas prix.

## V. Objet de la demande de mesures provisoires

La S.A. Interdamo sollicite que le président du Conseil de la Concurrence suspende les règles en litige, soit les contrats d'adhésion et d'enseigne, et inflige des astreintes pour inciter les parties incriminées à respecter la décision à intervenir. A tout le moins, le demandeur en mesures provisoires sollicite la suspension du contrat d'adhésion spécialement ses articles 4, 5 et 10 ainsi que les dispositions du contrat d'enseigne correspondantes sous astreintes.

## VI. Marchés concernés

Le secteur économique concerné par la présente demande est celui du commerce de détail en magasins non spécialisés, à prédominance alimentaire (code NACE 52.11).

Le marché concerné vise celui de la distribution au détail de produits alimentaires et d'articles ménagers non alimentaires de consommation courante, visant à la satisfaction des besoins récurrents des ménages. A cet égard, le Conseil de la concurrence dans sa décision du 1er octobre 2001 n° 2001-C/C-53 "Delhaize De Leeuw / Supermarkt De Wolf" a déjà retenu comme marché concerné, le marché du commerce au détail pour les biens de consommation courante en se référant également à la jurisprudence de la Commission européenne en la matière qui considère qu'il existe, dans le marché de la distribution, un marché distinct qui correspond à la distribution au détail de produits alimentaires et d'articles ménagers non alimentaires de consommation courante, visant à la satisfaction des besoins récurrents des ménages .

En ce qui concerne la délimitation géographique du marché concerné, le Conseil de la concurrence a considéré dans cette même décision du 1er octobre 2001 n° 2001-C/C-53 "Delhaize De Leeuw / Supermarkt De Wolf", à l'instar de la Commission européenne, que le marché géographique relevant dans le marché du commerce au détail pour les biens de consommation courante, pouvait porter soit sur l'ensemble du territoire, soit sur une ou plusieurs régions déterminées ou sur un espace limité.

Ni le plaignant, ni le Service de la concurrence, ni le Corps des rapporteurs ne se sont prononcés sur le marché géographique relevant dans le cadre de cette procédure.

Une pièce reposant au dossier d'instruction et déposée par la S.A. Interdamo permet de constater que les franchisés de ce réseau sont principalement implantés en région wallonne et dans une moindre mesure en région flamande.

En l'absence d'examen plus approfondi sur ce point et compte tenu du fait d'une part, que le demandeur en mesures provisoires semble de manière informelle avoir renoncé à sa demande, et d'autre part, que l'intérêt économique général ne paraît pas menacé, il n'y a pas lieu de définir le marché géographique en cause.

## VII. Argumentation des parties incriminées

La SA ITM fait observer que le contrat d'adhésion et le contrat d'enseigne établissent ensemble une franchise entre d'une part le franchiseur ITM et d'autre part les franchisés adhérents de son réseau.

La conclusion de ces contrats s'effectue *intuitu personae*, c'est-à-dire en pleine "considération de la personnalité de l'adhérent actionnaire majoritaire et dirigeant de la société d'exploitation qui, en effet, doit posséder une expérience professionnelle, une capacité d'adaptation aux contraintes de la vie des franchisés du réseau ITM, un certain nombre de qualités morales indispensables et une surface financière personnelle suffisante.

La S.A. ITM considère en outre que le contentieux l'opposant à la S.A. Interdamo trouve son origine dans le fait que Monsieur Langlet, en contrevenant à ce principe de l'*intuitu personae*, a cédé au mépris du cadre contractuel prévu à cet effet, l'ensemble de ses parts dans la société Interdamo à son épouse et s'est engagé auprès d'une chaîne de grande distribution concurrente de ITM, « Carrefour ».

Lorsqu'ITM a voulu exercer son droit de préemption prévu au contrat d'adhésion, elle s'est vue contester ce droit par les époux Langlet.

Quant au régime juridique de la franchise, se basant sur les enseignements de la Cour de justice, ITM affirme que toutes les clauses classiques du contrat de franchise, en ce qu'elles sont indispensables pour protéger le savoir-faire du franchiseur d'une part et pour organiser le contrôle de l'identité et de la

réputation du réseau d'autre part, ne sont pas considérées comme restrictives de concurrence au sens de l'article 81 § 1 du Traité CE.

La S.A. ITM précise également détenir une part de marché de [0-5%] sur le territoire belge. En conséquence, les contrats passés avec ses franchisés se situent très largement en dessous du seuil des 30 % de parts de marché visées en droit communautaire par le règlement 2790/1999 sur les restrictions verticales. Dès lors, selon la S.A. ITM, ils devraient bénéficier de l'exemption par catégorie, sauf à établir qu'ils contiendraient des dispositions énoncées à l'article 4 dudit règlement. En outre, les contrats dont question tombent largement sous le seuil de 15 % défini par la Commission dans sa communication de minimis.

Quant aux clauses litigieuses, la S.A. ITM formule diverses observations:

- quant à la publicité: les dispositions du contrat d'enseigne n'empêchent nullement le franchisé de programmer ses propres campagnes de promotion. L'accord préalable de ITM découle du droit du franchiseur de contrôler la politique commerciale des franchisés afin de s'assurer que les campagnes de promotion menées individuellement ne portent pas atteinte à l'image et à la réputation de réseau. Le règlement 4087/88 sur le contrat de franchise autorisait expressément de telles pratiques en son article 3.1 g).

Pour le surplus, compte tenu du fait que les contrats sont exempts d'exclusivité territoriale, rien n'empêche un franchisé de mener sa propre campagne publicitaire et de démarcher la clientèle où il l'entend. La concurrence entre les franchisés joue donc librement.

- la prise en charge des frais: par la signature du contrat, l'adhérent marque son adhésion à ce principe qui est de nouveau inhérent à l'idée même d'un contrat de franchise (qui regroupe plusieurs indépendants sous une enseigne commune). La restriction, purement contractuelle, ne peut pas être qualifiée de restriction de concurrence.

- fournisseurs alternatifs: pour développer un réseau d'approvisionnement, ITM a investi lourdement pour constituer un réseau de "sociétés affiliées" qui offrent des services spécifiques au réseau ITM et réalisent les conditions de qualité et de prix bas. Pour des raisons de rentabilité et d'équilibre de l'organisation, ITM indique aux franchisés que lesdites sociétés doivent être choisies par préférence pour leur approvisionnement.

A cet égard, les arrêts *Pronuptia* et *Gøttrup-Klim* reconnaissent qu'une telle clause doit être admise lorsqu'elle est nécessaire à la protection de la réputation du réseau ou lorsque l'objectif poursuivi est de ne pas mettre en péril à la fois le bon fonctionnement de la coopérative et sa puissance contractuelle vis-à-vis des producteurs.

Par ailleurs, ITM n'interdit pas à ses franchisés d'avoir d'autres fournisseurs mais leur demande de prouver que le produit correspond aux conditions de prix et de qualité propres au réseau. En pratique, ajoute ITM, tous les points de vente disposent de leurs petits fournisseurs "directs" pour l'approvisionnement de certains produits "de proximité" sans que cela ne fasse l'objet d'une censure.

- fixation de prix maxima: la politique de prix bas, qui implique de ne pas dépasser les prix maxima fixés par le réseau, est également une caractéristique du réseau ITM.

La S.A. ITM précise que la détermination de prix maxima dans les relations verticales entre entreprises ne constitue pas une restriction de concurrence interdite par l'article 81 § 1 CE. La concurrence joue pour la fixation de prix moindres et non plus élevés. En conséquence, les prix maxima sont considérés comme pro-concurrentiels. Le franchisé est libre de fixer ses prix au niveau souhaité, tout en respectant le prix maximum, et donc de concurrencer les autres franchisés à l'intérieur du réseau. Les franchisés conviennent de ne pas réaliser un bénéfice excessif au détriment des

consommateurs. La S.A. ITM a encore précisé qu'en pratique, les prix maxima sont plutôt des prix conseillés qui ne sont pas respectés de façon uniforme, sans qu'aucune sanction ne soit prise.

- caution solidaire: la philosophie du contrat de franchise est de promouvoir l'initiative privée tout en faisant bénéficier les franchisés des atouts d'une enseigne et d'un savoir-faire. A ce titre, ils s'engagent personnellement vis-à-vis du réseau et des tiers. Il s'agit d'une disposition contractuelle à laquelle le franchisé a librement souscrit lors de la conclusion du contrat.

- interdépendance: La S.A. ITM rappelle qu'un système de franchise repose par définition sur l'idée de l'interdépendance entre les franchisés qui partagent la même enseigne afin de conserver une certaine harmonie au sein du réseau qui lui donne son identité. ITM précise qu'il n'y a pas dans les principes du contrat d'adhésion, de restriction de concurrence qui irait au-delà de ce qui est indispensable pour assurer le bon fonctionnement de la franchise.

- sanctions discrétionnaires: La S.A. ITM affirme que les sanctions visées aux contrats d'adhésion et d'enseigne sont conformes au droit réservé au franchiseur de "prendre les mesures propres à préserver l'identité et la réputation du réseau qui est symbolisé par l'enseigne." Dans ce sens, il est constant que sont admissibles les obligations imposées à des revendeurs de coopérer au développement du réseau, et de se conformer aux méthodes commerciales mises au point par le franchiseur. Il ne s'agit pas d'une infraction à l'article 2 de la loi, mais bien d'une obligation strictement contractuelle qui lie le signataire du contrat et qui entraîne la rupture de ce dernier lorsqu'elle n'est pas respectée.

La S.A. ITM signale en outre que l'objet de la présente procédure est sinon identique, au moins similaire aux procédures judiciaires qui ont été menées entre les parties.

## VIII. En droit

Pour que des mesures provisoires au sens de l'article 35 de la loi sur la protection de la concurrence économique puissent être prononcées par le président du Conseil de la concurrence, il faut que trois conditions soient cumulativement remplies:

1. l'existence d'une plainte faisant l'objet d'une instruction;
2. l'existence prima facie d'une infraction à la loi;
3. la probabilité d'un préjudice grave, imminent et irréparable dans le chef de la demanderesse ou de nature à nuire à l'intérêt économique général.

### 1. Existence d'une plainte faisant l'objet d'une instruction

Une plainte a été déposée par la S.A. Interdamo contre les S.A. ITM Belgium et SCA Produits régionaux le 18 janvier 2002 et a été enregistrée au secrétariat du Conseil de la concurrence sous la référence CONC-P/K-02/0007.

Le plaignant est une entreprise au sens de l'article 1er a) de la loi, qui justifiait d'un intérêt direct et actuel au moment du dépôt de la plainte et de la demande en mesures provisoires. En effet, en tant que membre du Réseau de franchisés mis sur pied par la S.A. ITM Belgium et ses filiales, il considère avoir été préjudicié par la mise en place d'une entente prohibée par l'article 2 de la loi au moyen de ces contrats d'adhésion et d'enseigne. Ceux-ci contiendraient des dispositions qui auraient pour objet de limiter la politique commerciale, non seulement de l'intéressé, mais également des autres adhérents.

La S.A. Interdamo affirme en outre connaître des difficultés importantes depuis le 28 novembre 2001 suite à l'interdiction faite à son administrateur délégué d'assister à une réunion mensuelle des franchisés au siège d'ITM. Ces difficultés résultent, selon le demandeur en mesures provisoires, de

l'absence de transmission par ITM d'informations importantes et nécessaires au fonctionnement de son point de vente (tels les prix d'une série de marchandises) et des horaires de livraison non respectés.

La S.A. ITM conteste la recevabilité de la présente demande au motif que des procédures parallèles ont été introduites devant les juridictions de l'Ordre judiciaire et les autorités nationales de concurrence concernant un litige et des questions qui semblent être sinon identiques, du moins similaires.

L'existence de telles procédures concomitantes ne fait pas obstacle à la compétence du Conseil de la concurrence et de son Président dans la mesure où ni la chose demandée, ni la loi invoquée, ni les parties en présence ne sont les mêmes: les actions se meuvent sur des plans différents qui ne se recoupent pas (Exposé des motifs, Doc. Parl., Ch. Repr., sess. Ord. 1989-1990, n° 1282/1, pp. 33,34).

Diverses décisions en mesures provisoires prononcées conformément à l'article 35 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique explicitent pourquoi le risque de contradiction n'existe pas dès lors que les motifs des décisions prononcées par les Cours et Tribunaux d'une part, et par le Conseil d'autre part sont nécessairement différents. La loi sur la protection de la concurrence économique est seule susceptible de fonder une décision du Conseil de la concurrence et de son président.

Le président du Conseil de la concurrence peut ainsi en vertu de l'article 35 de la loi prendre des mesures provisoires destinées à suspendre les pratiques restrictives de concurrence faisant l'objet d'une instruction, s'il est urgent d'éviter une situation susceptible de provoquer un préjudice grave, imminent et irréparable aux entreprises dont les intérêts sont affectés par ces pratiques ou de nuire à l'intérêt économique général et ce, nonobstant l'existence d'éventuelles procédures ou décisions judiciaires.

Si dans le cadre des procédures menées en parallèle le dispositif de la demande formée par Interdamo est similaire, l'intervention du Conseil de la concurrence - et de son président dans le cadre des mesures provisoires -se situe dans le cadre d'un contentieux objectif de légalité et de protection de la concurrence économique et non dans le cadre d'un contentieux subjectif tranchant des contestations particulières ou consacrant le droit d'une partie.

Les intérêts protégés sont donc avant tout publics et non particuliers, ce qui justifie d'ailleurs le caractère erga omnes des décisions du Conseil qui doivent être publiées au Moniteur belge en vertu de l'article 41 de la loi, à la différence des décisions prononcées par les Cours et Tribunaux de l'Ordre Judiciaire.

En outre, le (président du) Conseil lorsqu'il est appelé à statuer sur l'objet particulier relevant de sa compétence, dispose notamment du rapport motivé du Corps des Rapporteurs rédigé au terme d'une enquête approfondie sur l'existence éventuelle d'une violation des règles de la concurrence économique, ce dont les juridictions de l'Ordre Judiciaire appelées à se prononcer sur d'éventuelles violations de droits subjectifs, ne disposent pas.

S'agissant de juridictions appartenant à des ordres distincts, les compétences matérielles ne se recoupent pas et les décisions ont une portée fondamentalement différente.

La demande de mesures provisoires introduite par la S.A. Interdamo est par conséquent recevable.

## 2. Existence prima facie d'une infraction à la loi (article 2)

Compte tenu de la spécificité de la procédure prévue par l'article 35 LPCE, il convient de vérifier si sur base des éléments du dossier d'instruction dont on dispose, il existe prima facie une infraction à la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique. L'infraction dénoncée doit ainsi avoir un caractère vraisemblable: il n'est toutefois pas nécessaire à ce stade de la procédure d'établir l'existence d'une infraction aux règles de la concurrence avec le même degré de certitude que celui requis pour une décision au fond.

L'examen du dossier d'instruction et des pièces de la procédure révèle que la S.A. Interdamo se contente d'invoquer des griefs et d'avancer des affirmations sans apporter d'éléments de preuve établissant l'existence d'une infraction *prima facie* à la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique.

Cette partie demanderesse en mesures provisoires n'a en outre pas estimé devoir comparaître aux audiences du Conseil de la concurrence pour étayer ses accusations et a même fait savoir par fax le jour de l'audience fixée pour lui permettre de développer ses griefs qu'elle ne comptait pas poursuivre sa demande en mesures provisoires.

Force est par ailleurs de constater que la S.A. ITM a produit des pièces (et notamment des publicités d'adhérents dont celles émanant du demandeur en mesures provisoires), démontrant sur base des éléments actuels du dossier que ces griefs ne sont pas pertinents.

Rien ne permettant, à ce stade, de conclure à l'existence d'une infraction *prima facie*, il y a lieu de constater l'absence de fondement de la demande de mesures provisoires déposée par la S.A. Interdamo.

Etant donné qu'une des conditions de l'octroi des mesures provisoires fait défaut, il n'y a aucun intérêt à examiner celles relatives au préjudice grave et irréparable, et à l'urgence ou celle visant à vérifier si l'intérêt économique général n'est pas lésé.

#### PAR CES MOTIFS

Nous, Patrick DE WOLF, vice-président du Conseil de la concurrence faisant fonction de président,

Déclarons la demande de mesures provisoires déposée par la S.A. Interdamo et enregistrée sous la référence CONC-V/M-02/0008 recevable mais non fondée ;

Ainsi décidé le 13 juin 2002



## **Décision n°2002-C/C-44 du 13 juin 2002**

Affaire CONC-C/C-02/0026 : VMS-Keytrade.Com s.a. – RealBank s.a.

Vu la notification de concentration déposée le 29 avril 2002;

Vu le rapport du rapporteur du 24 mai 2002;

Entendu à l'audience du 13 juin 2002 :

- Monsieur Patrick Marchand, rapporteur;
- Maître Henri Delwaide, avocat inscrit à l'ordre francophone et germanophone des avocats du barreau de Bruxelles, représentant commun des parties notifiantes.

### **1. Les parties notifiantes**

#### **1.1. Entreprise absorbante:**

VMS-Keytrade.Com S.A. (ci-après VMS) est une société anonyme de droit belge ayant son siège social Boulevard du Souverain, 100 à 1170 Bruxelles, et inscrite au registre de commerce de Bruxelles sous le numéro 627.795.

Elle a pour objet de mettre à la disposition de ses clients, personnes physiques ou morales, privées ou institutionnelles, de sociétés de bourse ou de banques, tant en Belgique qu'à l'étranger, des outils leur permettant de gérer eux-mêmes leur portefeuille, en temps réel ou différé, par voie électronique en général et via le réseau Internet en particulier.

La société VMS, en pratique, concentre ses activités sur l'offre d'un service d'intermédiation (courtage) relatif à l'exécution d'ordres de bourses. Les ordres peuvent être transmis à la société par téléphone, fax, courrier ou directement en ligne par Internet. Sur le marché des services d'exécution de transactions boursières (sur Euronext Bruxelles), sa part de marché est inférieure à [secret d'affaires] %. Son statut de société de Bourse ne lui permettait cependant pas d'être une banque à part entière.

#### **1.2. Entreprise absorbée:**

RealBank s.a. (ci-après RealBank) est une société anonyme de droit belge ayant son siège social rue des Colonies 1 à 1000 Bruxelles et inscrite au registre de commerce de Bruxelles sous le numéro 81.690.

Elle a pour objet les opérations de banque, les opérations financières, de courtage et de commission. Elle peut réaliser toutes entreprises et opérations se rapportant directement ou indirectement à son objet ou de nature à en favoriser la réalisation. La société peut posséder des parts d'associés et des participations dans les limites prévues par le statut légal des banques.

Concrètement, cette société offre une gamme complète de services bancaires, à l'exception du crédit qui demeure une activité marginale [secret d'affaires].

Dans le classement de toutes les banques belges établi en fonction du montant total de "dépôts de la clientèle", Realbank occupait, en 2000, ["entre la 50<sup>ième</sup> et la 100<sup>ième</sup> position" - secret d'affaires]. Sur le marché des services d'exécution de transactions boursières (sur Euronext Bruxelles), sa part de marché est inférieure à 2%.

## 2. Description de l'opération

La notification a pour objet une opération de concentration par laquelle VMS désire absorber RealBank et ses filiales par le biais d'une fusion par absorption.

Selon les parties notifiantes, le but de cette concentration est de créer un nouveau groupe bancaire visant le secteur "retail" en Belgique et offrant progressivement une gamme complète de produits bancaires. Cependant, même après fusion, la nouvelle société ne disposera pas des moyens nécessaires pour concurrencer les grandes banques de réseau auprès de la clientèle "retail". En conséquence, sa stratégie consistera principalement à approcher de manière directe le client, par toutes les techniques de commercialisation à distance (Internet, mailing, groupe d'affinités, etc.).

L'objectif est donc de créer une banque "directe", à l'instar de ce qu'ont réalisé certains concurrents bien établis (DHB Bank, Dexia-Cortal, Deutsche Bank-Bank24, Citibank, Banque Delen, Robeco Bank Belgium, etc).

Cette fusion est soumise à l'accord préalable de la Commission bancaire et financière.

## 3. Champ d'application

Les sociétés précitées sont des entreprises au sens de l'article 1er de la loi et l'opération notifiée est une opération de concentration au sens de l'article 9 de la loi.

Comme prévu à l'article 46 §3 a) de la loi, pour les banques, les établissements de crédit et autres établissements financiers, le chiffre d'affaires est remplacé par le dixième du total des bilans, ce qui correspond respectivement pour les groupes VMS et RealBank à 9,2 millions € et 23,9 million €

L'article 11 de la loi dispose que la concentration tombe dans le champ d'application de la loi dès lors que les entreprises concernées totalisent ensemble en Belgique un chiffre d'affaires de plus de 40 millions d'euro et qu'au moins deux des entreprises concernées réalisent chacune en Belgique un chiffre d'affaires d'au moins 15 millions d'euro.

Dans le cas d'espèce, les sociétés VMS et Realbank n'atteignent pas ensemble en Belgique le seuil de 40 millions d'euro requis par l'article 11 de la loi. De plus, VMS n'atteint pas le seuil des 15 millions d'euro requis en Belgique.

Les seuils visés à l'article 11 de la loi ne sont donc pas atteints.

## PAR CES MOTIFS

### Le Conseil de la concurrence

- Constate que la concentration ne tombe pas dans le champ d'application de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique et ne devait, dès lors, pas être notifiée.

Ainsi décidé le 13 juin 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de

Madame Marie-Claude Grégoire (président de chambre), Monsieur Patrick De Wolf, Madame Dominique Smeets et Monsieur Roger Ramaekers, Membres.

## **Beslissing nr. 2002-P/K-45 van 19 juni 2002**

INZAKE:

MARC DE SMET (B.V.B.A. De Smet), Hollekenstraat 5, 9960 Assenede.

Tegen:

BEROEPSINSTITUUT VAN VASTGOEDMAKELAARS, Luxemburgstraat 16 B, 1000 Brussel.

Gelet op de brief van 12 december 1996 van klager de heer Marc De Smet, door de Dienst voor de Mededinging geregistreerd op 20 januari 1997 onder het nummer I/O – 97/01, waarbij de klager verzoekt een onderzoek te verrichten met betrekking tot de lidmaatschapspolitiek gehanteerd door het Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars (hierna "BIV").

Gelet op de verzoeken om inlichtingen van de Dienst voor de Mededinging van 21 november 1997 en 17 april 1998 aan het BIV, waarop het BIV op 25 november 1997 en op 21 april 1998 heeft geantwoord.

Gelet op het verzoek om inlichtingen van de Dienst voor de Mededinging van 9 december 1997 aan de heer Marc De Smet, waarop de heer Marc De Smet op 23 januari 1998 heeft geantwoord.

Gelet op het onderzoeksverslag van de Dienst voor de Mededinging van 18 december 1998 dat op 22 december 1998 aan de Raad voor de Mededinging werd overgemaakt.

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken.

Gelet op de Wet van 5 augustus 1991 tot Bescherming van de Economische Mededinging (hierna de "WBEM").

Gehoord op de zitting van 18 februari 2002:

- De Dienst voor de Mededinging, vertegenwoordigd door de heer Erwin Verhaeren;
- Het Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars, vertegenwoordigd door de heer Jurgen Vansteene;

De klager, alhoewel behoorlijk opgeroepen, is niet ter zitting verschenen.

Gelet op de memorie neergelegd namens het BIV door meester Jules Stuyck en meester Isabelle Buelens op 11 maart 2002.

Gehoord op de zitting van 5 april 2002:

- De Dienst voor de Mededinging, vertegenwoordigd door de heer Erwin Verhaeren;
- Het BIV, vertegenwoordigd door meester Jules Stuyck en door meester Isabelle Buelens;

De klager, alhoewel behoorlijk opgeroepen, is niet ter zitting verschenen.

Gelet op de memorie neergelegd namens het BIV door meester Jules Stuyck en meester Isabelle Buelens op 3 mei 2002.

Gehoord op de zitting van 31 mei 2002:

- De Dienst voor de Mededinging, vertegenwoordigd door de heer Erwin Verhaeren;
- Het BIV, vertegenwoordigd door meester Jules Stuyck en door meester Isabelle Buelens;

De klager, alhoewel behoorlijk opgeroepen, is niet ter zitting verschenen.

## 1. De feiten

Op 16 december 1996 werd door de heer Marc De Smet een klacht ingediend tegen het BIV. De klacht van de heer De Smet betreft de door het BIV gehanteerde "lidmaatschapspolitiek", respectievelijk "lidgeldpolitiek". De heer Marc De Smet treedt in hoofdberoep op als agent van een verzekeringsmaatschappij. In bijberoep werkt hij als vastgoedmakelaar.

Alle vastgoedmakelaars die hun beroep wensen uit te oefenen zijn verplicht om de jaarlijkse BIV-bijdrage te betalen. Op het ogenblik van het indienen van de klacht bedroeg dit lidgeld 10.000 BEF. Ter zitting van 18 februari 2002 verklaarde de heer Vansteene dat de jaarlijkse BIV-bijdrage in 2001 11.500 BEF bedroeg en voor het jaar 2002 326 euro bedraagt.

## 2. De klacht

In een schrijven van 12 december 1996 gericht aan de Dienst voor de Mededinging, heeft de heer Marc De Smet de Dienst voor de Mededinging verzocht een onderzoek in te stellen naar de lidmaatschapspolitiek van het BIV.

Dit schrijven werd op 20 januari 1997 als klacht geregistreerd door de Dienst voor de Mededinging onder het nummer I/O – 97/01.

De klacht van de heer Marc De Smet betreft de door het BIV gehanteerde "lidmaatschapspolitiek" of "lidgeldpolitiek".

Klager beweert dat het BIV bij haar lidgeldpolitiek op geen enkele wijze rekening houdt met het draagkrachtbeginsel en dat aan alle vastgoedmakelaars hetzelfde lidgeld wordt aangerekend, ongeacht de omzet van de vastgoedmakelaar. Het feit dat er door het BIV geen aanpassing van het lidgeld wordt overwogen voor de kleinere leden (zoals klager) en het feit dat de verzoeken van klager hiertoe door het BIV werden afgewezen, zouden volgens klager strijdig zijn met de WBEM.

## 3. Juridisch kader

### Het beroep van vastgoedmakelaar

De aanzet tot het reglementeren van het beroep van vastgoedmakelaar werd in België gegeven door de kaderwet van 1 maart 1976 tot reglementering van de beroepstitel en van de uitoefening van de dienstverlenende intellectuele beroepen.

Deze kaderwet heeft enerzijds tot doel een reglementering uit te werken voor de zogenaamde "nieuwe" vrije beroepen, en anderzijds de toelatingsvoorwaarden voor de uitoefening van deze beroepen vast te leggen. Het gaat hier onder meer om het beroep van vastgoedmakelaar, landmeter en boekhouder.

In artikel 3 van de kaderwet wordt de algemene doelstelling van de wet verwoord als volgt: "niemand mag in de hoedanigheid van zelfstandige, als hoofd- of bijberoep, een ter uitvoering van deze wet gereguleerd beroep uitoefenen, of er de beroepstitel van voeren, indien hij niet is ingeschreven op het tableau van de beoefenaars van het bureau of de lijst van stagiairs." Uit dit artikel blijkt onder meer dat er per beroepscategorie die men wil reglementeren een afzonderlijk uitvoeringsbesluit moet worden genomen.

Het beroep van vastgoedmakelaar wordt geregeld door het Koninklijk Besluit van 6 september 1993 tot bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van het beroep van vastgoedmakelaar. Bovendien werden bij Koninklijk Besluit van 3 februari 1999 een stagereglement en een reglement van plichtenleer aangenomen. Bij Koninklijk Besluit van 28 september 2000 werd het reglement van plichtenleer opgeheven en vervangen door een nieuw reglement.

## Het BIV

Het BIV werd opgericht op 1 maart 1995 door het Koninklijk Besluit van 17 februari 1995. Het BIV heeft tot taak, diegenen die daartoe de wettelijke voorwaarden vervullen, tot de uitoefening van het beroep toe te laten, hun beroepsplichten te bepalen, de nakoming ervan te verzekeren door het opleggen van tuchtstraffen. Om de kosten te dekken die verbonden zijn aan de organisatie van dit tuchtrecht, beschikt het BIV over twee bronnen van inkomsten. Artikel 6 §4 van de kaderwet bepaalt dat het BIV kan beschikken over schenkingen ten zijnen bate gedaan en over de bijdragen van de leden en de stagiairs. De hoogte van deze bedragen wordt jaarlijks vastgesteld door de Nationale Raad van het BIV en dit onder toezicht van een regeringscommissaris (zie artikel 7 §3 van de kaderwet van 1 maart 1976).

## De organen van het BIV

Alle beroepsinstituten die naar aanleiding van de kaderwet van 1 maart 1976 zijn opgericht, zijn verplicht op identieke wijze gestructureerd, zowel met betrekking tot hun organen, als wat de werking van deze organen betreft. Dit werd geregeld bij Koninklijk Besluit van 27 november 1985 tot bepaling van de regels inzake de organisatie en de werking van de beroepsinstituten die voor de dienstverlenende intellectuele beroepen zijn opgericht.

Deze beroepsinstituten bestaan uit drie erkennings- en controleorganen: de Nationale Raad die het regelgevend orgaan is; de uitvoerende kamer en de kamer van beroep die belast zijn met de inschrijving en met de tucht van de beroepsbeoefenaars en een regeringscommissaris die namens de overheid toezicht uitoefent op de Nationale Raad.

## Het honorarium van de vastgoedmakelaar

De makelaarsvergoeding kan op drie wijzen worden vastgesteld: een forfaitaire som, een vast percentage op de prijs die door de makelaar wordt onderhandeld en de meerwaarde of het verschil tussen de door de opdrachtgever vastgestelde en de door de makelaar werkelijk bekomen prijs.

Tijdens het onderzoek heeft de Dienst voor de Mededinging vastgesteld dat het BIV betreffende deze honoraria een brochure heeft uitgegeven, met als titel "aanbevolen minimumbarema's" (zie verzoek om inlichtingen van 17 april 1998). Tijdens de hoorzitting van 18 november 1998 bij de Dienst voor de Mededinging heeft de heer Vansteene namens het BIV verklaard dat het BIV geen controle uitoefent op de eventuele naleving van deze barema's en dat er geen sancties worden voorzien bij niet naleving. De door het BIV aanbevolen minimumtarieven zouden louter indicatief zijn. Tijdens de zitting van 18 februari 2002 voor de Raad voor de Mededinging verklaarde de heer Vansteene dat de website van het BIV nog steeds melding maakt van deze aanbevolen minimumbarema's.

Dit wordt tevens bevestigd door de stukken door het BIV bijgebracht. Zo vermeldt het BIV Bulletin (editie nr. 3 van Immobiliem van juli/augustus/september 2000) dat "het BIV in 1996 gestart is met de jaarlijkse publicatie van de brochure 'Aanbevolen Minimum Barema's'. In 1996, 1997 en 1998 werd deze publicatie uitgegeven in brochurevorm en voor de jaren 1999 en 2000 zijn deze barema's te consulteren via CD-rom en op de BIV-website." (zie bijlage 6 bij de memorie van 11 maart 2002 van het BIV).

Het BIV erkent tevens in haar memorie neergelegd op 11 maart 2002 dat de aanbevolen minimumbarema's op haar website gepubliceerd worden (zie blz. 4 van de memorie).

## 4. Het standpunt van de Dienst voor de Mededinging

De Dienst voor de Mededinging stelt aan de Raad voor de Mededinging voor om de klacht ontvankelijk te verklaren.

Tevens stelt de Dienst voor de Mededinging aan de Raad voor de Mededinging voor om de klacht ongegrond te verklaren.

De door klager ingeroepen feiten kunnen immers niet beschouwd worden als een verboden mededingingsbeperkende afspraak van het BIV, noch als een misbruik van machtspositie in hoofde van het BIV. Verwijzende naar de minimumbarema's gehanteerd door het BIV, concludeert de Dienst voor de Mededinging dat uit het feit dat het jaarlijkse inschrijvingsgeld al na de behandeling van één zaak door een vastgoedmakelaar kan worden terugverdiend, kan worden afgeleid dat het inschrijvingsgeld in geen geval te hoog is.

## 5. Het standpunt van het BIV

In haar memories van 11 maart 2002 en 3 mei 2002 beweert het BIV dat de aanbevolen minimumbarema's werden opgesteld door een werkgroep binnen het BIV op basis van de gebruiken in de praktijk. De barema's functioneren als een werkdocument dat de vastgoedmakelaars in staat moet stellen zich op de markt te positioneren en dat dient als leidraad bij eventuele betwistingen over erelonen.

Elke vastgoedmakelaar is volledig vrij om deze barema's al dan niet toe te passen. De aanbevolen minimum barema's gelden enkel als aanbeveling en zijn niet verplichtend. Bovendien wordt er geen sanctie voorzien indien van deze barema's wordt afgeweken.

Het BIV beweert ook dat de aanbevolen minimumbarema's in de praktijk niet als verplichtend worden ervaren en dat vele vastgoedmakelaars lagere of hogere tarieven toepassen.

Dit toont volgens het BIV aan dat de vastgoedmakelaar in praktijk volledig vrij is zijn erelonen te bepalen of overeen te komen met zijn cliënt.

Het BIV besluit dat de aanbevolen minimumbarema's, zowel in de regelgeving als in de praktijk, louter dienen als aanbeveling en geenszins verplichtend zijn en dat de vastgoedmakelaars steeds vrij zijn om de hoogte van hun commissielonen te bepalen.

Het BIV vraagt de Raad voor de Mededinging de klacht van de BVBA Marc De Smet ongegrond te verklaren. In haar memorie van 11 maart 2002 stelt het BIV "mocht de Raad voor de Mededinging toch van mening zijn dat er een mededingingsrechtelijk probleem is, dat neemt het BIV aan dat de Raad hierover eerst een bijkomend verslag zal vragen aan het Korps voor Verslaggevers. Het BIV behoudt zich in elk geval uitdrukkelijk het recht voor om in voorkomend geval opmerkingen te maken overeenkomstig artikel 24, §3 en artikel 27, §1 in fine van de WBEM."

In haar memorie van 3 mei 2002 antwoordt het BIV op een aantal vragen gesteld door de Raad, onder meer inzake het overgangsrecht en de toepasselijke wet.

Voor het overige deel van de klacht sluit het BIV zich aan bij het standpunt van de Dienst voor de Mededinging.

## 6. Beoordeling

### 6.1. De toepasselijke wet

Huidige procedure werd op 20 januari 1997 ingeleid onder toepassing van de wet van 5 augustus 1991 tot Bescherming van de Economische Mededinging.

De gewijzigde Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd bij Koninklijk Besluit van 1 juli 1999, bepaalt dat deze gewijzigde wet niet van toepassing is op de procedures die hangende zijn bij de Raad voor de Mededinging of bij het Hof van Beroep te Brussel

op het ogenblik van de inwerkingtreding van deze gewijzigde wet (artikel 47 van de Wet van 26 april 1999 (II)), namelijk 1 oktober 1999.

De Raad voor de Mededinging beschouwt dat een procedure bij hem hangende is op het ogenblik dat hem een verslag werd voorgelegd door de Dienst voor de Mededinging vóór 1 oktober 1999.

In casu werd het verslag van de Dienst voor de Mededinging aan de Raad voor de Mededinging overgemaakt op 22 december 1998. De zaak was dus reeds aanhangig bij de Raad voor de Mededinging op het ogenblik dat de gewijzigde wet in werking is getreden.

Bijgevolg is de gewijzigde wet tot Bescherming van de Economische Mededinging niet van toepassing op deze zaak en gelden de bepalingen van de wet tot Bescherming van de Economische Mededinging van 5 augustus 1991 zoals deze golden voor de inwerkingtreding van de gewijzigde wet.

## 6.2. Ontvankelijkheid

### Het begrip onderneming en ondernemingsvereniging

De Raad voor de Mededinging sluit zich in zijn beslissingen inzake de toepassing van de WBEM aan bij de rechtspraak van het EG Hof van Justitie en het EG Gerecht van Eerste Aanleg en de beslissingspraktijk van de Europese Commissie.

Dit was overigens de uitdrukkelijke wil van de wetgever (Memorie van Toelichting van het wetsontwerp tot bescherming van de economische mededinging, Kamer, 1282/1-89/90, gewone zitting, 1989-1990, 10 september 1990, blz. 9).

Het Hof van Justitie van de EG heeft duidelijk gesteld dat het begrip onderneming een functionele invulling moet krijgen.

Het Hof van Justitie van de EG heeft het begrip onderneming gedefinieerd als "elk tot een zelfstandig rechtssubject behorend geheel van persoonlijke, materiële en immateriële factoren waarmee op duurzame wijze een economisch doel wordt nagestreefd." (H.v.J., 13 juli 1962, Mannesman t. Hoge Autoriteit, 19/61, Jur. 1962, 675).

Verder hebben zowel het Hof van Justitie van de EG en het Gerecht van Eerste Aanleg van de EG benadrukt dat de concrete rechtsvorm of de wijze waarop de betrokken entiteit of economische eenheid wordt gefinancierd geen doorslaggevende rol speelt (Zie o.a. H.v.J., 23 april 1991, Höfner en Elsnér, 41/90, Jur. 1991, I-1979, ro. 21; Gerecht van eerste aanleg, 2 juli 1992, Dansk Peldyravlerforening, T-61/89, Jur. 1992, II-1935, ro. 44; H.v.J., 17 februari 1993, Poucet en Pistre, C-159 en 160/91, Jur. 1993, I-637, ro. 17, H.v.J., 19 januari 1994, SAT Fluggesellschaft t. Eurocontrol, C-364/92, Jur. 1994, I-55, ro. 18 en H.v.J., 25 oktober 2001, Firma Ambulanz Glöckner t. Landkreis Südwestpfalz e.a., C-475/99, nog niet gepubliceerd in de Jur., r.o. 19). Het hoofddaccent ligt dus duidelijk op het uitoefenen van een economische activiteit.

De wetgever heeft zich bij deze definitie aangesloten door in artikel 1 WBEM te bepalen dat "voor de toepassing van deze wet [onder onderneming] wordt verstaan: alle natuurlijke of rechtspersonen die op duurzame wijze een economisch doel nastreven."

In de voorbereidende werken wordt trouwens uitdrukkelijk bepaald dat aan het begrip onderneming een ruime betekenis moet worden gegeven en dat het in ieder geval ook de beroepsverenigingen en -ordes omvat (Memorie van Toelichting van het wetsontwerp tot bescherming van de economische mededinging, Kamer, 1282/1-89/90, gewone zitting, 1989-1990, 10 september 1990, blz. 15-16).

In dezelfde zin heeft de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging beslist dat de Orde van Architecten als een ondernemingsvereniging in de zin van artikel 2, §1 van de WBEM moet worden

beschouwd (Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 31 oktober 1995 in Zaak nr. 95-VMP-3, Roland Clarysse t. Orde van Architecten, A.J.T., 1995-96, blz. 176-185).

Deze rechtspraak werd in een recent arrest van het Hof van Cassatie bevestigd. Het Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat de Orde van Apothekers als een ondernemingvereniging in de zin van artikel 2, §1 van de WBEM moet worden beschouwd (Arrest van het Hof van Cassatie van 3 januari 2002 in Zaak D.00.0024.N, M.L. t. Nationale Orde van Apothekers e.a.; zie ook Arrest van het Hof van Cassatie van 2 mei 2002 in Zaak D.01.0011.N, Feriduni Bijan t. Orde der Geneesheren betreffende de kwalificatie van de Orde der Geneesheren als een ondernemingsvereniging in de zin van artikel 2, §1 van de WBEM).

Eveneens heeft de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging recent beslist dat de Orde(s) van Advocaten ondernemingsverenigingen zijn in de zin van artikel 2, §1 van de WBEM (Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 8 januari 2002 in Zaak nr. 2002-V/M-01, Raphaël Tambué t. Ordre national des avocats de Belgique en Ordre des avocats du Barreau d'Arlon. Zie ook het arrest van het Hof van Justitie van de EG, 19 februari 2002, J.C.J. Wouters e.a. t. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten e.a., C-309/99, r.o. 65, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie).

In dezelfde zin dient het BIV als een ondernemingsvereniging in de zin van artikel 2, §1 van de WBEM te worden beschouwd.

#### Rechtstreeks en dadelijk belang

Overeenkomstig artikel 23, lid 1, c) van de WBEM moet de klager het bewijs leveren van een rechtstreeks en dadelijk belang bij het indienen van een klacht.

Het is duidelijk dat elke vermindering van het lidgeld een onmiddellijk voordeel oplevert voor de klager.

De klager heeft dus een rechtstreeks en dadelijk belang aangetoond.

De Raad voor de Mededinging heeft beslist dat een klacht niet ontvankelijk is, wanneer de ingeroepen feiten geenszins feiten zijn die onder het toepassingsgebied van de WBEM kunnen vallen en de klacht steunt op beweringen waarvan de waarachtigheid door niets kan worden aangetoond of op feiten waarvoor geen afdoende bewijselementen worden aangebracht (Beslissing van de Raad voor de Mededinging van 6 september 1994, Degheldere t. Regma Belgium NV, T.B.H., 1995, blz. 338). Deze rechtspraak werd later overgenomen in artikel 3, §2 van het Koninklijk Besluit van 22 januari 1998 betreffende het indienen van de klachten en verzoeken bedoeld bij artikel 23, §1, c) en d) van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging (B.S., 24 april 1998, blz. 12644). Artikel 3, §2 bepaalt dat de klachten omstandig moeten zijn en op duidelijke wijze de betrokken mededingingspraktijken moeten omschrijven. De klachten dienen tevens ondersteund te worden door afdoende bewijskrachtige elementen.

Aan beide voorwaarden werd voldaan. Zoals uit de feiten blijkt heeft klager afdoende bewijsgegevens bijgebracht en heeft hij zich op aannemelijke wijze op de artikelen 2 en 3 van de WBEM beroepen.

De klacht is bijgevolg ontvankelijk.



## 6.3. Ten gronde

### 6.3.1. Restrictieve mededingingspraktijken

#### Weigering tot vermindering van het lidgeld door het BIV

Klager heeft het BIV verzocht om een vermindering van het lidgeld bij toepassing van artikel 10 van het huishoudelijk reglement van het BIV. Artikel 10 van het huishoudelijk reglement voorziet in een vermindering van het lidgeld voor de vastgoedmakelaars die als hoofdberoep zijn ingeschreven bij een ander beroepsinstituut dat, net zoals het BIV, is opgericht overeenkomstig de kaderwet van 1976.

Het huishoudelijk reglement werd opgesteld door de Nationale Raad van het BIV onder toezicht van een regeringscommissaris.

Dit huishoudelijk reglement moet beschouwd worden als een besluit van een ondernemingsvereniging.

De weigering van het BIV om artikel 10 van het huishoudelijk reglement toe te passen ten voordele van klager kan niet worden beschouwd als een restrictieve mededingingspraktijk in de zin van artikel 2 van de WBEM omdat het noch beoogt, noch het effect heeft de mededinging te beperken. Daarnaast blijkt ook dat artikel 10 van het huishoudelijk reglement geen onredelijk onderscheid maakt tussen de verschillende beroepsmakelaars.

Tevens dient te worden opgemerkt dat niet aan de merkbaarheidsvereiste zoals vervat in artikel 2, §1 van de WBEM, werd voldaan (zie in dit verband ook de Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 8 januari 2002 in Zaak nr. 2002-V/M-01, Raphaël Tambué t. Ordre national des avocats de Belgique en Ordre des avocats du Barreau d'Arlon).

De weigering van het BIV tot vermindering van het lidgeld conform artikel 10 van het Huishoudelijk Reglement dient bijgevolg niet als een restrictieve mededingingspraktijk in de zin van artikel 2, §1 van de WBEM beschouwd te worden.

#### De aanbevolen minimum tarieven van het BIV

Tijdens het onderzoek is gebleken dat het BIV een systeem van minimum honorariaschalen hanteert voor de verschillende diensten die door de vastgoedmakelaars kunnen worden geleverd. Deze feiten vormden echter niet het voorwerp van de klacht.

De Raad voor de Mededinging wenst echter op te merken dat een dergelijk systeem als een besluit van een ondernemingsvereniging moet worden beschouwd.

De Voorzitter van de Raad voor de Mededinging heeft in het verleden beslist dat het hanteren van minimumerelonen een inbreuk vormt op artikel 2 van de WBEM (Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 31 oktober 1995 in zaak nr. 95-VMP-3, Roland Clarysse t. de Orde van Architecten, A.J.T., 1995-96, blz. 176-185. Hervormd door het Hof van Beroep te Brussel doch op andere gronden in een arrest van 14 november 1996, in Zaak 1995/AR/3566, Orde van Architecten t. Belgische Staat, B.S. van 26 november 1996, blz. 29790. Zie verder ook het arrest van het Hof van Cassatie van 27 november 1997 in Zaak C.97.0049.N., Clarysse Roland en Bossuyt Jan t. Orde van Architecten en Belgische Staat, Arr. Cass., 1997, blz. 1233).

Na de beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 31 oktober 1995 heeft het BIV deze barema's niet meer dwingend opgelegd aan de vastgoedmakelaars. Ter zitting hierover ondervraagd heeft het BIV benadrukt dat het gaat om richtlijnen die strikt indicatief zijn. Dit wordt ook op hun website benadrukt. De website maakt nog steeds melding van de aanbevolen minimumtarieven.

De Raad voor de Mededinging wenst op te merken dat ook het hanteren van indicatieve minimumtarieven zowel door het Hof van Justitie van de EG als door de Europese Commissie strijdig werd bevonden met artikel 81, §1 van het EG-Verdrag.

De Raad voor de Mededinging verwijst hiervoor naar een arrest van het Hof van Justitie van 17 oktober 1972 (H.v.J., 17 oktober 1972, Vereniging van Cementhandelaren t. Commissie, 8/72, Jur., 1972, 977). Het Hof heeft in dit arrest beslist dat "een systeem van gebonden verkoopprijzen duidelijk in strijd is met deze bepaling [artikel 81, §1 EG-Verdrag], doch dat dit evenzeer geldt voor een systeem van "richtprijzen". Dat immers niet mag worden aangenomen dat de bepalingen van de ondernemersafspraken inzake de vaststelling van "richtprijzen" van elke betekenis zijn ontbloot. Dat immers zelfs de vaststelling van slechts een "richt"-prijs de mededinging ongunstig beïnvloedt, daar de deelnemers hierbij met een redelijke mate van zekerheid kunnen voorzien welk prijsbeleid hun concurrenten zullen volgen." (rechtsoverwegingen 19 t.e.m. 21).

Deze rechtspraak werd later bevestigd door de Europese Commissie in een beschikking van 5 juni 1996 in Zaak IV/34.983 – FENEX (Pb., 20 juli 1996, L 181/28, paragrafen 45 en 46 van de beschikking).

De Raad voor de Mededinging verzoekt op grond van artikel 23, §1 c) van de WBEM de Dienst voor de Mededinging - na de inwerkingtreding van de gewijzigde wet van 5 augustus 1991, zoals gecoördineerd bij koninklijk besluit van 1 juli 1999, het korps verslaggevers - om een onderzoek uit te voeren naar de verenigbaarheid met de WBEM en het Europese mededingingsrecht van de door het BIV aanbevolen minimumtarieven.

De Raad voor de Mededinging merkt overigens op dat het BIV zulk onderzoek zelf heeft gesuggereerd in haar memorie van 11 maart 2002 (blz. 8 van de memorie en supra nr. 5).

Dit onderzoek dient inzonderheid te bepalen in welk percentage van de vastgoedtransacties de door het BIV aanbevolen minimumbarema's toegepast worden.

### 6.3.2. Misbruik van machtspositie

Het BIV beschikt als beroepsinstituut over een machtspositie op de Belgische markt aangezien vastgoedmakelaars lid moeten zijn van het BIV om hun beroep te kunnen uitoefenen.

Een machtspositie is een positie die een onderneming in staat stelt om de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging te verhinderen en het haar mogelijk maakt zich, jegens haar concurrenten, afnemers of leveranciers, in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen (artikel 1 b van de WBEM en zie o.m. ook H.v.J., 14 februari 1978, United Brands t. Commissie, 27/76, Jur., 1978, 276; H.v.J., 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche t. Commissie, 85/76, Jur., 1979, 461. Zie ook de Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 9 maart 2001 in Zaak nr. 2001-V/M-12, BVBA Incine t. NV Rendac, B.S., 28 september 2001, blz. 33024).

Het vragen van een lidgeld van 10.000 BEF kan niet worden beschouwd als een misbruik van deze machtspositie door het BIV aangezien het lidgeld uitsluitend wordt aangewend om de werkingskosten van het BIV te financieren, onder andere het bekostigen van de administratie en de organisatie van het tuchtrecht, en zeker niet buitensporig hoog is. Dergelijk bedrag kan immers zeer vlug worden terugverdiend.

Bovendien was het lidgeld op het ogenblik van het indienen van de klacht net verlaagd en blijkt dat het sindsdien ook niet substantieel is gestegen.

Het vragen van een lidgeld van 10.000 BEF door het BIV kan bijgevolg niet worden beschouwd als een misbruik van machtspositie in de zin van artikel 3 van de WBEM.

## OM DEZE REDENEN

### De Raad voor de Mededinging,

- Verklaart de zaak gekend onder nummer I/O – 97/01 ontvankelijk.
- Beslist dat de weigering van het BIV tot vermindering van het lidgeld conform artikel 10 van het Huishoudelijk Reglement niet als een restrictieve mededingingspraktijk in de zin van artikel 2, §1 van de WBEM kan worden beschouwd.
- Beslist dat het vragen van een lidgeld van 10.000 BEF door het BIV niet kan worden beschouwd als een misbruik van machtspositie in de zin van artikel 3 van de WBEM.
- Verzoekt op grond van artikel 23, §1 c) van de WBEM de Dienst voor de Mededinging - na de inwerkingtreding van de gewijzigde wet van 5 augustus 1991, zoals gecoördineerd bij koninklijk besluit van 1 juli 1999, het korps verslaggevers - om een onderzoek uit te voeren naar de verenigbaarheid met de WBEM en het Europese mededingingsrecht van de door het BIV aanbevolen minimumtarieven.
- Dit onderzoek dient inzonderheid te bepalen in welk percentage van de vastgoedtransacties de door het BIV aanbevolen minimumbarema's toegepast worden.

Aldus uitgesproken op 19 juni 2002, door de Kamer van de Raad voor de Mededinging samengesteld uit: Mevrouw Béatrice Ponet, Voorzitter van de Raad voor de Mededinging, Kamervoorzitter, de heer Geert Zonnekeyn, de heer Frank Deschoolmeester en de heer Wouter Devroe, leden.

## **Décision n°2002-C/C-46 du 26 juin 2002**

Affaire n°CONC-C/C-02/0027. - AB Electrolux / Diamant Boart International sa

Vu la notification de concentration déposée par les parties notifiantes au secrétariat du Conseil de la concurrence le 8 mai 2002.

Vu le rapport déposé par Patrick Marchand au nom du corps des rapporteurs en date du 7 juin 2002.

Entendu à l'audience du 26 juin 2002 :

- Monsieur Patrick Marchand, rapporteur.
- Maîtres Dirk Vandermeersch et Marc Waha, représentants communs des parties notifiantes

### **1. Les parties notifiantes**

#### **1.1. L'acquéreur**

AB Electrolux (publ) est une société de droit suédois établie 143 S:t. Göransgatan SE-105 45 à Stockholm en Suède dont les actions sont cotées sur plusieurs bourses, dont Stockholm et Londres.

Elle est active à l'échelle mondiale dans plusieurs secteurs : les appareils de cuisine et de restauration (systèmes de cuisson, lave-vaisselle, réfrigérateurs, etc.), les appareils de nettoyage (aspirateurs, lave-linge industriels, etc.) et les travaux d'extérieurs à usages privé et professionnel (taille-haies, tronçonneuses, tracteurs de jardin, tondeuses, etc.).

Electrolux est également active via sa filiale Dimas AB dans la fabrication de machines de découpe au diamant destinées à l'industrie de la construction. Dimas AB fabrique également des outils abrasifs au diamant ("outils diamantés") pouvant équiper les machines qu'elle produit mais également celles produites par d'autres fabricants.

En Belgique, l'activité d'Electrolux dans le secteur de la découpe au diamant est limitée aux scies murales et aux outils diamantés (disques diamantés) destinés à certains types de scies, et ce uniquement pour l'utilisation dans le secteur de la construction.

#### **1.2. Les vendeurs**

Les vendeurs concernés dans la présente opération sont au nombre de 22. Il s'agit des actionnaires de Diamant Boart International composés de personnes physiques et de personnes morales dont une société cotée en bourse de Londres (Candover Investments plc).

#### **1.3. L'entreprise cible**

Diamant Boart International, est une société anonyme de droit belge. Elle est établie au 74 Avenue du Pont de Luttre à 1190 Bruxelles et est inscrite au registre de commerce de Bruxelles sous le n°638.636.

L'activité de cette entreprise se répartit en trois domaines principaux:

- la fabrication et la vente de machines de découpe au diamant destinées à l'industrie de la construction
- la fabrication et la vente d'outils diamantés, destinés principalement aux machines de découpe dans l'industrie de la construction, dans l'industrie de la pierre et dans l'industrie de la céramique; et

- la vente de diamants industriels et de diamants de joaillerie. Cette activité est exercée par deux filiales, Custodiam sa (entreprise belge) et Custodiam (Xiamen) co., Ltd. qui est une entreprise chinoise (ci-après, pour ces deux filiales, Custodiam).

## 2. L'opération notifiée

La notification a pour objet une opération de concentration par laquelle AB Electrolux (ci-après Electrolux) désire acquérir le contrôle exclusif de Diamant Boart International sa (ci-après Diamant Boart). Cette notification fait suite à une convention de cession d'actions signée le 2 mai 2002 en vertu de laquelle les Vendeurs cèdent à Electrolux la totalité des actions qu'ils détiennent dans Diamant Boart.

L'opération envisagée a pour but de permettre à Electrolux de pénétrer de nouveaux segments de l'industrie de la coupe au diamant et d'entrer dès lors en concurrence avec les principaux producteurs actifs sur ce marché. De plus, l'opération permettra à Electrolux d'acquérir une certaine présence dans certaines régions du monde où elle n'est pas encore active dans ce domaine.

L'opération a également été notifiée en Autriche, Allemagne, Irlande, Italie, Finlande, République Tchèque, Brésil et Etats-Unis.

Les sociétés précitées sont des entreprises au sens de l'article 1er de la loi et l'opération notifiée est une opération de concentration au sens de l'article 9 de la loi.

En ce qui concerne l'opération de concentration telle que notifiée, il apparaît qu'Electrolux a réalisé en Belgique un chiffre d'affaires consolidé d'environ [confidentiel] millions d'euros (dont moins de 0,1 % dans le secteur concerné par l'opération) et que l'entreprise cible, Diamant Boart, a réalisé en Belgique un chiffre d'affaires consolidé d'environ [confidentiel] millions d'euros.

Sur la base des indications fournies par les parties, les seuils de chiffres d'affaires visés à l'article 11 sont donc atteints.

## 3. Marché en cause

### 3.1. Secteur économique concerné

Les secteurs économiques concernés par la concentration sont :

- le secteur des machines de découpe au diamant et des outils diamantés correspondants (code nace 29 405);
- le secteur des diamants (code nace 36.221 et 51.561).

### 3.2. Marché de produits en cause

Les parties identifient dans un premier temps trois secteurs d'activités pertinents :

- le secteur des machines de découpe au diamant;
- le secteur des outils diamantés;
- le secteur des diamants.

#### 3.2.1. Le secteur des machines de découpe au diamant

Ces machines sont des appareils utilisés pour couper, aiguiser, forer ou pour polir des matériaux durs. Elles sont composées d'un mécanisme abrasif indépendant (appelé outils de découpe) afin de pouvoir aisément être remplacé lorsque cela s'avère nécessaire.

Les machines de découpe peuvent être réparties en trois segments selon le secteur d'activité dans lequel ces mécaniques sont utilisées :

- la construction,
- l'industrie de la pierre,
- la taille de la céramique.

Les parties estiment que cette distinction s'impose tant sous l'angle de la demande que sous l'angle de l'offre (les caractéristiques techniques des machines, leur fonctionnement, les clients, ...).

### 3.2.1.1. L'industrie de la pierre et de la céramique

Etant donné que les parties ne fabriquent pas de machines de découpe dans ces secteurs, il n'y a pas lieu d'approfondir d'avantage ces segments.

### 3.2.1.2. L'industrie de la construction

Les parties estiment que ce secteur est composé de sept marchés distincts, de sept catégories de machines de découpe pouvant être dotées d'outils abrasifs:

- les scies à sol;
- les scies murales;
- les scies sur table;
- les scies portatives;
- les machines de taillage au câble;
- les foreuses;
- et les appareils de surfaçage.

Cette distinction s'impose, selon les parties, par le fait que ces machines sont conçues en vue d'une utilisation particulière, le consommateur final n'utilise généralement pas une machine conçue pour un certain type de travail dans le cadre d'une application nécessitant en principe un autre type de machine. Ces appareils sont en outre fabriqués par des lignes de production différentes qui utilisent des équipement qui leur sont propres, eu égard à leur forme, leur taille et la puissance de leur moteur.

### 3.2.2. Le secteur des outils diamantés

Les parties estiment que ces outils, destinés à être utilisés avec les machines de découpes appropriées, peuvent entrer en concurrence avec les outils abrasifs conventionnels. Toutefois, étant donné l'opération envisagée, les parties n'ont pas estimé nécessaire d'examiner plus en détail le degré de substitution entre les outils diamantés et les outils conventionnels dès lors qu'en retenant une définition de marché restreinte limitée aux outils diamantés, l'opération envisagée n'engendre pas la création ou le renforcement d'une position dominante. La description qui suit concerne donc uniquement les outils diamantés.

Ce secteur, tout comme celui des machines de découpe, peut être réparti en trois segments selon le secteur d'activités dans lequel ces outils sont utilisés:

- la construction;
- l'industrie de la pierre;
- la taille de la céramique.

Dans ce secteur, les parties sont actives sur le segment de la construction ainsi que sur le segment de l'industrie de la pierre. Etant donné qu'Electrolux et Diamant Boart ne sont pas présents sur le segment de la taille de la céramique, ce dernier ne sera pas abordé.

En ce qui concerne le segment de la construction, les parties ont identifié quatre marchés distincts :

- les disques diamantés. Ces disques pour scies circulaires peuvent être utilisés et adaptés à la fois sur les scies au sol, les scies murales, les scies sur table et les scies portatives. Ces disques sont interchangeables dans une large mesure.
- les câbles diamantés. Les câbles diamantés sont principalement utilisés dans le secteur de la construction pour découper les divers types de bétons. L'utilisation de câble de ce type constitue une technique différente de découpage.
- les mèches de forage. L'utilisation de mèches est uniquement destinée aux opérations de forage. Elles ne sont donc pas substituables à d'autres formes d'outils diamantés.
- les plateaux de surfacage. Ces outils sont exclusivement employés pour polir, nettoyer, ou aplanir des surfaces sales ou rugueuses, ou encore pour enlever des couches de surface (par exemple mastic, résine, ...).

D'une manière générale, les outils diamantés sont utilisés pour couper, forer ou traiter différents types de matériaux, parmi lesquels plusieurs sortes de béton, la brique, l'acier, le verre et l'asphalte.

Dans leur notification, les parties ont cependant également expliqué que, bien que présentant des différences fonctionnelles, sous l'angle de l'offre, ces différents outils ont plusieurs caractéristiques communes. De ce fait, il existe un degré élevé de substituabilité au niveau de l'offre en ce qui concerne la fabrication de ces outils dans le secteur de la construction.

En ce qui concerne le segment de l'industrie de la pierre, les parties ont également identifié quatre marchés distincts:

- les disques diamantés;
- les câbles diamantés;
- les plateaux de surfacage;
- et les lames d'armure. Ces lames sont spécifiquement destinées aux scies à lames multiples utilisées pour la taille de la pierre et en particulier afin de trancher les blocs de pierre en dalles de dimension régulière.

Les outils diamantés utilisés dans l'industrie de la pierre permettent de traiter la pierre naturelle depuis son extraction dans les carrières jusqu'à son polissage final.

Les parties estiment que ces quatre catégories d'outils constituent autant de marchés distincts sous l'angle de la demande, même si, comme c'est le cas pour le segment de la construction, on constate une réelle substituabilité sous l'angle de l'offre.

### 3.2.3. Le secteur des diamants

Les diamants sont des pierres produites naturellement à partir du carbone. Des découvertes scientifiques ont permis de produire des diamants artificiels. Ces diamants synthétiques sont fabriqués par un procédé industriel alliant haute température et très haute pression. Les multiples utilisations des diamants, tant synthétiques que naturels, sont regroupées dans deux catégories, à savoir les diamants industriels et de joaillerie.

#### 3.2.3.1. Les diamants industriels

Ces diamants (synthétiques ou naturels) sont utilisés pour des applications industrielles (par exemple pour le forage pétrolier ou minier) et sont vendus sous forme de mélanges ou "blend".

La plus grande partie des diamants industriels sont des diamants synthétiques.

Dans de nombreuses applications industrielles, les diamants entrent en concurrence avec d'autres "superabrasifs", tels que les nitrures de bore cubiques.

Des parties à la concentration, seule Diamant Boart via ses filiales Custodiam, est active sur ce marché. Elle s'approvisionne auprès des principaux fabricants et les mélange ensuite avec un savoir-faire particulier développé historiquement pour servir les besoins de sa maison mère (à raison de deux tiers). Le solde est vendu à des tiers dont des sociétés qui faisaient anciennement partie du groupe Diamant Boart. Un mélange différent permet une meilleure adéquation à l'application industrielle à laquelle les diamants sont destinés. Custodiam entre ainsi en concurrence avec ses fournisseurs qui développent également des blends adaptés aux besoins spécifiques de certaines applications industrielles. En Belgique, les ventes aux tiers se répartissent en clients industriels et revendeurs qui livrent à leur tour les utilisateurs c'est-à-dire les fabricants d'outils abrasifs.

Une grande proportion des diamants vendus à ces intermédiaires est ensuite exportée à des clients en dehors de la Belgique, selon Diamant Boart.

### 3.2.3.2. Les diamants de joaillerie

Un grand nombre de débouchés dans le domaine de la joaillerie et des bijoux de fantaisie existe pour les diamants naturels et synthétiques. Eu égard à l'absence de relations tant horizontales que verticales avec les autres marchés en cause, ces activités ne sont pas plus amplement décrites. La part de marché de Diamant Boart dans ce domaine, seule partie active, est extrêmement faible.

## 3.3. Marché géographique

Les marchés en cause identifiés ci-dessus ont une dimension européenne, voire plus étendue. En effet, comme le soulignent les Parties, les prix de ces produits comme la façon dont ils sont vendus sont très similaires à travers toute l'Europe.

En ce qui concerne tout particulièrement le marché des diamants industriels, les parties ont insisté sur le fait que la fabrication de ces diamants se faisait en dehors de la zone européenne et qu'ils sont exportés dans de nombreuses régions du monde, grâce en grande partie aux très faibles coûts de transport (environ 2 % du prix) et aux droits douaniers très limités. La taille mondiale de ce marché a par ailleurs été reconnue par le Conseil de la concurrence dans plusieurs affaires récentes.

## 4. Analyse concurrentielle

Les parties à la concentration sont actives en Belgique dans les marchés suivants:

<b>Machines de découpe au diamant - Activités des parties en Belgique</b>			
<b>Industrie</b>	<b>Machines</b>	<b>Electrolux</b>	<b>Diamant Boart</b>
Construction	les scies à sol	Non	Oui
	<i>les scies murales</i>	<i>Oui</i>	<i>Oui</i>
	les scies portatives	Non	Oui
	les scies sur tables	Non	Oui
	les machines de taillage au câble	Non	Non
	les foreuses	Non	Oui
	les appareils de surfacage	Non	Non
Pierre		Non	Non
Céramique		Non	Non

On constate donc qu'en Belgique les activités des parties se chevauchent seulement partiellement au niveau des scies murales destinées à l'industrie de la construction.



Outils diamantés - Activités des parties en Belgique			
Industrie	Marché	Electrolux	Diamant Doart
Construction	<i>Disques diamantés</i>	<i>Oui</i>	<i>Oui</i>
	<b>Câbles diamantés</b>	Non	Oui
	Mèches de forage	Non	Oui
	Plateaux de surfaçage	Non	Non
Pierre		Non	Oui
Céramique		Non	Non

En ce qui concerne les outils diamantés, les activités des parties se chevauchent uniquement sur un seul marché, celui des disques diamantés destinés à l'industrie de la construction.

Les diamants - Activités des parties en Belgique		
Secteur d'activités	Electrolux	Diamant Boart
Diamants industriels	Non	Oui
Diamants de joaillerie	Non	Oui

Il n'y a par contre pas de chevauchement en ce qui concerne les diamants tant industriels que de joaillerie.

#### 4.1. Parts de marché des parties et des concurrents

Les parties ont fourni dans leur notification plusieurs tableaux. Ceux-ci reprennent les valeurs de chaque marché de produits en cause impliquant au moins une des parties en cause ainsi que les ventes et parts de marché respectives réalisées dans ces marchés par les parties et leurs concurrents.

##### 4.1.1. Machines de découpe au diamant destinées au secteur de la construction

Ventes en 2001 en Belgique (en euros)						
Machines	Electrolux	Diamant Boart	Autres			Valeur totale du marché
les scies à sol	0	[...]	[...]			€1.500.000
les scies sur table	0	[...]	[...]			€2.500.00
les scies portatives	0	[...]	[...]			€1.500.000
les machines de taillage au câble	0	0	200.000			€200.000
Les foreuses	0	[...]	[...]			€750.000
les appareils de surfaçage	0	0	Non disponible			Non disponible
			<b>NORTON</b>	<b>TYROLIT</b>	<b>AUTRES</b>	
<b>Les scies murales</b>	[...]	[...]	100.000	60.000	[...]	€500.000

Parts des Ventes en 2001 en Belgique (en pourcentage)						
Machines	ELECTROLUX	DIAMANT	AUTRES			TOTAL
les scies à sol	0 %	[15-25 %]	[75-85 %]			100 %
les scies portatives	0 %	[< 5 %]	[> 95 %]			100 %
les scies sur tables	0 %	[< 10 %]	[> 90 %]			100 %
les machines de taillage au câble	0 %	0 %	100 %			100 %
les foreuses	0 %	[10-20 %]	[80-90 %]			100 %
les appareils de surfaçage	0 %	0 %	100 %			100 %
			<b>NORTON</b>	<b>TYROLIT</b>	<b>AUTRES</b>	
<b>Les scies murales</b>	[5-15 %]	[10-20 %]	20 %	12 %	[35-55 %]	100 %

Au niveau des machines de découpe, le seul chevauchement entre la production d'Electrolux et de Diamant Boart se situe dans le secteur de l'industrie de la construction et plus précisément dans le marché des scies murales. Toutefois, les parts de marchés n'atteignent pas le seuil de 25 %. Il ne s'agit dès lors pas d'un marché concerné horizontal.

#### 4.1.2. Outils diamantés

##### 4.1.2.1. Outils diamantés destinés au secteur de la construction.

Ventes en 2001 en Belgique (en euros)							
Machines	Electrolux	Diamant Boart	Autres				Valeur totale du marché
Disques diamantés	[...]	[...]	[...]				€12.000.000
Plateaux de surfaçage	Pas actif	Pas actif	Pas disponible				Pas disponible
			ADAMAS	TYROLIT	HILTI	AUTRES	
Câbles diamantés	Pas actif	[...]	Pas actif	90.000	60.000	[...]	€300.000
Mèches de forage	Pas actif	[...]	382.500	337.500	450.000	[...]	€2.250.000

Parts de ventes en 2001 en Belgique (en pourcentage)							
Machines	ELECTROLUX	DIAMANT	AUTRES				Valeur totale du marché
Disques diamantés	[< 1 %]	[5-15 %]	[85-95 %]				100 %
Plateaux de surfaçage	Pas actif	Pas actif	100 %				100 %
			ADAMAS	TYROLIT	HILTI	AUTRES	
Câbles diamantés	Pas actif	[20-30 %]	Pas actif	30 %	20 %	[20-30 %]	100 %
Mèches de forage	Pas actif	[20-30 %]	17 %	15 %	20 %	[20-30 %]	100 %

##### 4.1.2.2. Outils diamantés destinés au secteur de la pierre

Ventes en 2001 en Belgique (en euros)								
Machines	Electrolux	Diamant Boart	Magediam	Tyrolit	Saint Gobain	Heger	Autres	Valeur totale du marché
Disques Diamantés	Pas actif	[...]	-	450.000	750.000	450.000	[...]	€3.000.000
Plateaux de surfaçage	Pas actif	[...]	-	340.000	-	-	[...]	€850.000
Câbles diamantés	Pas actif	[...]	750.000	600.000	480.000	-	[...]	€3.000.000
Lames D'armure	Pas actif	[...]	25.000	-	240.000	-	[...]	€800.000

Ventes en 2001 en Belgique (en pourcentage)								
Machines	Electrolux	Diamant Boart	Magediam	Tyrolit	Saint Gobain	Heger	Autres	Valeur totale du marché
Disques diamantés	Pas actif	[35-45 %]	-	15 %	25 %	15 %	[0-10 %]	100 %
Plateaux de surfaçage	Pas actif	[25-35 %]	-	40 %	-	-	[25-35 %]	100 %
Câbles diamantés	Pas actif	[20-30 %]	25 %	20 %	16 %	-	[10-20 %]	100 %
Lames D'armure	Pas actif	[60-70 %]	3 %	-	30 %	-	[< 5%]	100 %

En ce qui concerne les outils diamantés, le chevauchement est limité aux disques diamantés utilisés dans le domaine de la construction. Pour la même raison, il ne s'agit pas d'un marché concerné horizontal.

#### 4.1.3. Diamants industriels.

Diamants industriels (en millions de carats)						
	DIAMAND BOART (Custodiam)	GENERAL ELECTRIC	DE BEERS	ILIJN DIAMOND	AUTRES	VALEUR TOTALE DU MARCHE
2001						
Monde	[...]	220	202	67	[...]	1.170
Europe	[...]	61	107	30	[...]	320
2000						
Monde	[...]	210	193	55	[...]	1.130
Europe	[...]	55	102	27	[...]	310

Diamants industriels (en pourcentage)						
	DIAMAND BOART (Custodiam)	GENERAL ELECTRIC	DE BEERS	ILIJN DIAMOND	AUTRES	VALEUR TOTALE DU MARCHE
2001						
Monde	[< 5 %]	18,8 %	17,3 %	5,7 %	[50-60 %]	100 %
Europe	[< 10 %]	19 %	33,4 %	9,4 %	[30-40 %]	100 %
2000						
Monde	[< 5 %]	18,6 %	17 %	4,9 %	[50-60 %]	100 %
Europe	[< 10 %]	17,7 %	32,9 %	8,7 %	[30-40 %]	100 %

Le marché des diamants industriels a été considéré par les parties comme un marché concerné vertical par mesure de précaution dans la mesure où il y a lieu de limiter le marché géographique au marché belge, de se focaliser uniquement sur les diamants industriels et compte tenu de l'absence de statistiques publiques sur le total des ventes en Belgique. C'est la raison pour laquelle, les chiffres cités concernent le Monde et l'Europe. Custodiam précise cependant qu'il estime que les ventes totales de diamants industriels en Belgique sont clairement supérieures à 50 millions de carats. En outre, les parties ont considéré que les ventes de Custodiam en Belgique pouvaient dépasser plus de 25 % du total des ventes des diamants industriels dans l'hypothèse où il devait être tenu compte de ses ventes captives à sa maison mère et si, eu égard à la valeur ajoutée du processus de blending, il fallait considérer qu'elle n'intervenait pas en tant que simple revendeur pour le compte des producteurs de diamants industriels.

Sur ce marché, les grands acteurs sont General Electric, De Beers et Ilijn (coréen). Ces trois entreprises représentent environ [confidentiel]% des achats de Custodiam. Le solde se fait auprès de nombreux producteurs, principalement chinois. A la connaissance des parties, il existerait plus de 100 sites de production, principalement en Chine.

#### 4.2. Réactions du marché.

Les opérateurs présents sur les différents marchés qui ont répondu ne contredisent pas les affirmations des parties.

Tyrolit se présente comme étant actif dans le secteur de la fabrication des machines de découpe au diamant destinées au secteur de la construction ainsi que dans le secteur des outils diamantés pour la construction et la pierre naturelle. Il dispose d'une clientèle directe et recourt également à la distribution par l'intermédiaire de magasins spécialisés (quincailleries). Outre Diamant Boart, Norton, Hilti et Adamas déjà cités par les parties, il identifie également Inter-Fixings, Sadu Abrasives, Carbodiam, Carat, Spit et Sedima en qualité de concurrents.

Hilti précise être actif uniquement dans le secteur de la construction, en ce compris machines de découpe et outils diamantés (scies murales, portatives, machines de taillage au câble et foreuses, d'une part et d'autre part, disques et câbles diamantés, mèches de forage). Il mentionne comme concurrent supplémentaire Diacom.

Norton et Saint Gobain n'ont pas répondu.

Magediam quant à lui est présent uniquement dans les outils diamantés destinés au secteur de la pierre avec les câbles diamantés et les lames d'armure. Il précise en outre que sa présence est réduite au secteur des carrières. Son chiffre d'affaires est sensiblement différent de celui présenté par les parties.

Sur le marché des diamants industriels, présenté par précaution par les parties comme marché concerné vertical, Ilijn et Diarop (De Beers) ont été interrogés. Une seule réponse plus ou moins utile émane de Diarop. Ce dernier estime vraisemblable que Custodiam achète plus de 25 % du total acheté en Belgique, abstraction faite du marché anversois qui doit être important. S'il devait être tenu compte de ce marché anversois par contre, Custodiam ne représente pas 25 %. L'expression "marché anversois" doit être comprise comme se référant uniquement au marché du diamant industriel (il peut y avoir autre chose que de la poudre mais dans ce cas, c'est limité à 10 pierres par carat).

Il poursuit en signalant que, selon lui, Custodiam joue le rôle de centrale d'achats pour les sociétés du groupe Diamant Boart vers lesquelles une part probablement majoritaire est réexportée.

Compte tenu de cette réponse et pour autant que les proportions réservées au groupe soient correctes, il est permis de conclure que les parts de marchés de Custodiam sont inférieures à 25 %.

## 5. Conclusion.

L'opération notifiée n'entraînera qu'une addition de parts de marché très limitée sur seulement deux marchés spécifiques (les scies murales et les disques diamantés pour le secteur de la construction) sur lesquels en outre les parts de marché des parties à l'opération ne dépassent pas 25 %. Il n'y a donc pas de marché concerné au sens de la loi.

Sur la marché vertical des diamants industriels, présenté comme concerné par les parties par sécurité juridique, et si l'on applique les éléments de réponse apportés par De Beers concernant l'étendue du marché à la jurisprudence précitée du Conseil de la concurrence, la part de marché des parties à l'opération ne dépasse pas 25 % et ce marché n'est pas non plus concerné au sens de la loi.

## Par ces motifs

### Le Conseil de la concurrence

- estime que la concentration notifiée n'aura pas pour effet l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante qui entrave de manière significative une concurrence effective sur les marchés belges concernés ou sur une partie substantielle de ceux-ci.
- constate que la concentration en cause tombe dans le champ d'application de la loi et la déclare admissible, conformément aux articles 33 § 1er et 33, §2, 1.a de la loi.

Ainsi décidé le 26 juin 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Patrick De Wolf, président de chambre, et de Madame Marie-Claude Grégoire, Madame Dominique Smeets et Monsieur Pierre Battard, membres.

## **Décision n°2002-E/A-47 du 27 juin 2002**

En cause de :

- la société anonyme de droit français Club Méditerranée (ci-après Club Med) dont le siège social est établi 11 rue de Cambrai à 75019 Paris.

Vu la notification du contrat type mettant en place un nouveau réseau de distribution des produits Club Med caractérisé par une exclusivité territoriale, reçue le 28 février 2002 et enregistrée au Conseil de la concurrence sous le numéro CONC-E/A-01/0014 par laquelle la société Club Med demande :

- à titre principal le bénéfice de l'octroi d'une attestation négative prévue à l'article 6 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique (ci-après dénommée LPCE);
- à titre subsidiaire, le classement du dossier sur base de l'article 32 de cette loi ;
- à titre très subsidiaire, l'octroi d'une exemption individuelle au titre de l'article 2 § 3 de cette loi ;

Vu le rapport motivé du corps des rapporteurs du 4 février 2002, notifié à la société Club Med le même jour ;

Entendu lors de l'audience du 25 mars 2002, le corps des rapporteurs et la partie notifiante, la société Club Med, représentée par Monsieur Jeff Van Bever, Directeur général, et Madame Maria Pia Nardone, assistés par leur conseil, Maître Peter Wytinck, avocat à Bruxelles ;

Attendu que la composition de la chambre a dû être modifiée pour des raisons de force majeure ;

Entendu lors de l'audience du 27 juin 2002, le corps des rapporteurs et la partie notifiante, la société Club Med, représentée par Monsieur Jeff Van Bever, Directeur général, et Madame Maria Pia Nardone, assistés par leur conseil, Maître Peter Wytinck, avocat à Bruxelles ;

Attendu que la société Club Med exerce une activité de tour-opérateur généraliste qui consiste essentiellement en la conception et la commercialisation, dans près de 50 pays, d'une catégorie de vacances fondée sur le « système tout compris », comprenant le transport, l'hébergement, la restauration et l'animation.

Que selon la partie notifiante, le réseau de distribution mis en place est basé sur un contrat type d'agent exclusif. Ce contrat aura la nature d'un contrat d'agence dans la mesure où les clients finaux seront contractuellement liés à Club Med et non aux agences.

Qu'afin d'assurer la couverture de la totalité du territoire belge, dans chaque arrondissement ou commune (selon la densité de population ou le potentiel économique) les produits Club Med seront commercialisés par une ou plusieurs agences, choisies en fonction des intérêts commerciaux de Club Med et de leur capacité à commercialiser ces produits. Les agences retenues bénéficieront d'une exclusivité territoriale.

Que le contrat est conclu pour une durée de 3 ans, c'est à dire du 1er janvier 2002 au 31 décembre 2004.

### **Recevabilité de la demande**

Attendu que la demande d'attestation négative et d'exemption introduite par la société Club Med doit être déclarée recevable étant donné qu'elle est une personne morale qui poursuit de manière durable un but économique (et est donc une entreprise au sens de l'article 1er de la loi) et qu'elle justifie d'un intérêt suffisant en agissant en vue d'obtenir des garanties sur la validité de son contrat type de distribution au regard de la loi.

## Raisons invoquées par la partie notifiante pour justifier le choix d'un réseau fermé de distribution

Attendu que la partie notifiante expose que sa politique commerciale est d'assurer non seulement une constante amélioration de la qualité de ses produits finaux mais également d'offrir avant toute vente, un service de conseil de qualité aux clients.

Que pour ce faire, elle estime que la compétence de son personnel est essentielle, et que celle-ci passe par une formation permanente. Cela requiert des investissements importants en terme de ressources financières et personnelles tant de sa part que de ses agences locales. Elle soutient que cette formation n'est possible que si le réseau de distribution est limité et prétend que dans le cas contraire, les investissements supplémentaires ne pourraient se répercuter que sur les engagements qu'elle demande aux agences agréées, avec comme conséquence, une augmentation de prix demandé à la clientèle.

Que par ailleurs, elle soutient également qu'une distribution ouverte mettrait en péril la volonté des agences d'investir dans la vente des produits Club Med car la rentabilité serait remise en question.

Que selon la société Club Med, le réseau de distribution tel qu'envisagé permettra aux agences de répondre de manière globale, adéquate et rapide à la demande de ses produits et de manière rentable pour elles. Il est ainsi justifié selon elle, d'opter pour un réseau de distribution de ses produits, fermé.

## Le marché

### Le marché de produits ou de services concerné

Attendu que la société Club Med propose de retenir comme marché concerné, le marché des vacances à forfait à l'étranger au départ de la Belgique.

Attendu que le corps des rapporteurs considère que les produits Club Med rentrent effectivement dans la définition des voyages à forfait et qu'il pourrait être possible dans le cas d'espèce d'envisager une segmentation du marché des voyages à forfait selon la formule de vacances (vacances en formule village club ou autres...), d'autant que Club Méditerranée insiste sur les caractéristiques spécifiques des produits Club Med pour justifier le caractère fermé de son réseau de distribution.

Que cependant, le corps des rapporteurs relève que les réactions des concurrents de la société Club Méditerranée sur la segmentation à retenir ne vont pas dans ce sens. Des tour-opérateurs comme Ticket BBL Travel, VIP Travel, Sunsnacks ( Thomas Cook), VTB Reizen sont d'accord avec la présentation de Club Méditerranée.

Que seule, Nouvelles Frontières segmente son activité selon trois segments qui correspondent à la segmentation réalisée dans sa brochure.

Que dans sa décision Preussag/Nouvelles Frontières du 14 novembre 2000 (N°COMP/M.2186), la Commission a considéré Club Med comme un concurrent de Bosphorus, de Nouvelles Frontières etc...sur le marché des voyages à forfait en Belgique, avec une part de marché de 3-4 %.

Qu'en conclusion, le Rapporteur propose de retenir comme marché concerné, à l'instar de la partie notifiante, le marché des vacances à forfait à l'étranger au départ de la Belgique.

Attendu que la société notifiante se réfère également à la décision de la Commission européenne du 22 septembre 1999 rendue dans l'affaire IV/M.1524 Airtours/First Choice (JOCE L-93 du 13 avril 2000) pour considérer que la définition du marché relevant à retenir en ce qui la concerne reprise dans l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 22 avril 1999 n'était pas fondée.

Attendu que depuis lors le tribunal de première instance des communautés européennes s'est prononcé sur cette décision par son arrêt du 6 juin 2002 (T342/99).

Attendu que le marché des produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés (communication de la Commission, JOCE 1997 C/372, p 51).

Attendu que le Conseil de la concurrence s'est également déjà prononcé dans des affaires de concentration portant sur ce secteur (décision n°2001-C/C-32 du 18 juin 2001, Ticket BBL Travel / Reizen Theo Huybrechts / Kroon Reizen / L'Epervier, décision n°2001-C/C-48 du 19 septembre 2001, C&N Touristic Belgium NV / City Bird Holding SA / City Bird SA et décision n°2002-C/C-22 du 20 février 2002, American Express International Inc / BBL Travel American Express SA) .

Que les décisions précitées portent toutes sur des concentrations.

Qu'il échet de relever que la présente procédure porte sur une matière visée à l'article 2 L.P.C.E.

Attendu que le Conseil de la concurrence estime, dans le cas d'espèce et sur base des éléments en sa possession ne pas pouvoir nécessairement retenir le marché des vacances à forfait à l'étranger au départ de la Belgique, comme marché en cause dans la présente affaire.

Qu'en effet, comme le fait remarquer la société Club Med. elle même, pour justifier le caractère fermé de son réseau de distribution, le produit qu'elle offre est un produit spécifique fondé sur le « tout compris » et comprenant dans le prix du forfait le transport, l'hébergement, la restauration et l'animation.

Qu'en outre, la Cour d'appel de Bruxelles, par son arrêt du 22 septembre 1999, a relevé plusieurs éléments particuliers et caractéristiques qui démontreraient qu'il s'agit d'un marché spécifique, et notamment le service particulier offert, la formule des villages de vacances offrant une animation particulière.

Attendu que partant, il y a lieu d'inviter le corps des rapporteurs à définir le marché concerné en tenant compte du degré de substituabilité des services offerts, tant par la SA Club Med que par ses concurrents, et en outre, d'évaluer la part de marché de la partie notifiante, sur ce marché ainsi défini.

## Analyse du contrat

Attendu que dans la notification, la société Club Med. a transmis un modèle de contrat-type.

Attendu que ce contrat-type est utilisé depuis le 1er janvier 2002 ;

Qu'il convient d'examiner les contrats déjà souscrits afin de mieux pouvoir se prononcer sur la demande formulée par la société notifiante ;

Que la portée qui est ou sera donnée à certaines clauses de ce contrat, s'avère également importante ;

Que lors de l'audience de ce 27 juin 2002, une copie d'un contrat a déjà été déposée ;

Qu'il importe de se faire communiquer une copie de tous les contrats entrés en vigueur depuis le 1er janvier 2002 et visés par la présente notification, notamment en raison des clauses laissées à l'appréciation des parties ;

PAR CES MOTIFS,

**le Conseil de la concurrence**

- décide qu'il y a lieu d'inviter le corps des rapporteurs à définir le marché concerné en tenant compte du degré de substituabilité des services offerts, tant par la SA Club Med que par ses concurrents, et en outre, d'évaluer la part de marché de la partie notifiante, sur ce marché ainsi défini.
- Ordonne à la société notifiante de communiquer au corps des rapporteurs une copie de tous les contrats d'agents exclusifs (et avenants) en vigueur depuis le 1er janvier 2002 .

Ainsi statué le 27 juin 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Patrick De Wolf, président de chambre, Mesdames Béatrice Ponet et Dominique Smeets, Monsieur Eric Balate, membres.



## ***Beslissing nr. 2002-C/C-48 van 27 juni 2002***

INZAKE :

ANGLO AMERICAN PLC

en :

EXXON MOBIL CORPORATION

en :

COMPANIA MINERA DISPUTADA DE LAS CONDES LIMITADA GROUP

Gelet op de Wet op de Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (W.B.E.M.).

Gezien de aanmelding aan het Secretariaat van de Raad voor de Mededinging van een concentratie op 23 mei 2002.

Gezien de mededeling voor onderzoek door het Secretariaat van de Raad aan het korps van verslaggevers conform artikel 32 bis § 1 W.B.E.M. op 24 mei 2002.

Gezien de stukken van het dossier en het onderzoeksdossier van de Dienst voor de Mededinging.

Gezien het gemotiveerd verslag van de verslaggever zoals dit op 5 juni 2002 werd opgesteld en 6 juni 2002 werd overgemaakt aan de Raad.

Gehoord de verslaggever, de heer Patrick Marchand, en namens de Dienst, de heer Herman Sleebus, ter zitting van 27 juni 2002.

Gehoord de aanmeldende partijen bij monde meester Thomas Franchoo van het kantoor Linklaters & Alliance te Brussel.

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken van toepassing overeenkomstig artikel 54 bis W.B.E.M..

### **1. De aanmeldende en betrokken partijen :**

Als koper treedt op Anglo American plc (Anglo), een beursgenoteerde vennootschap, gevestigd in het Verenigd Koninkrijk, London SW1Y5AN, Carlton House Terrace, nr. 20.

Deze onderneming is actief, ondermeer via dochterondernemingen, in de sector van het goud, platinummetalen, diamant (uitsluitend via een 45 % participatie in De Beers), steenkool, basis- en ferrometalen, industriële mineralen en woudproducten.

Anglo verkoopt in België kathodekoper.

Geen enkele aandeelhouder, noch groep van aandeelhouders oefent exclusieve of gezamenlijke controle uit over Anglo.

Als verkoper treedt op Exxon Mobil Corporation (Exxon), een beursgenoteerde vennootschap, gevestigd in de USA, Irving-Texas 75039-2298, Las Colinas Boulevard 5959.

Deze onderneming is actief in de sector van ruwe aardolie, aardgas, geraffineerde petroleumproducten, chemische producten, steenkool, mineralen (waaronder koper) en stroomontwikkeling.

Geen enkele aandeelhouder noch groep van aandeelhouders oefent exclusieve of gezamenlijke controle uit over Exxon.

De doelondernemingen zijn twee Chileense ondernemingen, namelijk :

- Compania Minera Disputada de Las Condes Limitada (CMD)
- CMD Inmobiliaria Limitada (CMDI)

die handelen onder de de-facto gezamenlijke benaming Compania Minera Disputada de Las Condes Limitada group (Disputada), gevestigd in Chili, Providencia, Santiago, Avda Pedro de Valdivia 291.

Alle belangen in deze twee ondernemingen zijn in handen van twee dochterondernemingen van Exxon, namelijk:

- Exxon Mobil Minerals International Inc.
- Exxon Mobil Holding Latin America Ltd.

Deze twee Exxon-ondernemingen worden ook overgenomen door Anglo, maar zullen op het ogenblik van de overname geen activiteiten meer hebben buiten de participaties in CMD en CMDI.

Disputada produceert en verkoopt koperconcentraat, blitserkoper en kathodekoper.

Disputada verkoopt in België blitserkoper.

CMDI heeft geen kopergebonden activiteiten en is dan ook niet relevant voor de analyse van de aangemelde operatie.

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

## 2. De aangemelde operatie :

Anglo en Exxon ondertekenden op 25 april 2002 een "Memorandum of Understanding" (MOU), waaruit blijkt dat partijen onderhandelingen zullen aanvatten en een definitieve overeenkomst, namelijk "Sale and Purchase Agreement for the Shares" (SPA) zullen afsluiten, in verband met de verkoop door Exxon van de Disputada groep aan Anglo, waarbij Anglo de rechtstreekse en volledige controle zal verwerven over de twee Exxon-dochters en de indirecte en volledige controle over Disputada, bestaande uit CMD en CMDI.

Voorafgaand aan de concentratie zullen de twee Exxon-dochters geherstructureerd worden, derwijze dat ze na herstructurering geen andere activiteiten zullen overhouden dan de 100 % deelname in CMD en CMDI.

De partijen hebben overeenkomstig artikel 12 van de W.B.E.M. uitdrukkelijk verklaard dat zij een bindende overeenkomst tot verkoop van aandelen zullen ondertekenen die op alle mededingingsrechtelijk relevante punten niet merkbaar zal verschillen van het aangemelde ontwerp.

De aangemelde transactie is een concentratie in de zin van artikel 9 b. van de W.B.E.M..

## 3. De aanmeldingstermijn :

De "Memorandum of Understanding" werd ondertekend op 25 april 2002 en op 23 mei 2002 aangemeld.

De aanmelding van de concentratie is in overeenstemming met artikel 12 § 1 van de W.B.E.M.

#### 4. De omzeldrempels :

De concentratie valt onder het toepassingsgebied van de W.B.E.M. vermits de omzeldrempels zoals voorzien in artikel 11 § 1 van de W.B.E.M. werden bereikt.

Uit de ons verstrekte gegevens blijkt dat in 2001 de Belgische omzet van de koper (Anglo) en de Belgische omzet van de doelonderneming (Disputada), de drempels voorzien in artikel 11 § 1 van de W.B.E.M. overschrijden.

#### 5. De marktafbakening :

De relevante geografische markt is België.

De Europese Commissie onderscheidt in haar beslissing BHP/Billiton dd 14 juni 2001 (SG-2001/D 289186 - Case No COMP/M2413) twee markten, namelijk enerzijds de verkoop van koperconcentraat en anderzijds de verkoop van kathodekoper.

De aanmeldende partijen verkopen in België geen koperconcentraat.

Anglo verkoopt wel kathodekoper, terwijl Disputada blitserkoper verkoopt.

Gezien de uiterst geringe marktaandelen van respectievelijk Anglo en Disputada, namelijk ver beneden de 25 % en gezien er op de Belgische markt geen overlapping is van producten, zodat er horizontaal geen betrokken markten zijn, is het dan ook niet noodzakelijk om na te gaan of blitserkoper al dan niet een aparte markt vormt.

Artikel 33 § 2.1.a) W.B.E.M. stelt ondermeer : "Wanneer de betrokken ondernemingen samen minder dan 25 % van de betrokken markt controleren wordt de concentratie toelaatbaar verklaard".

Bovendien blijkt uit de economische analyse dat er bij de ondervraging van derden geen negatieve reacties werden genoteerd.

#### OM DEZE REDENEN,

##### De Raad voor de Mededinging,

- Stelt vast dat de betrokken concentratie onder het toepassingsgebied valt van de W.B.E.M..
- Verklaart de concentratie toelaatbaar conform artikel 33 § 2.1.a) W.B.E.M..

Aldus uitgesproken op 27 juni 2002, door de Kamer van de Raad voor de Mededinging samengesteld uit : de heer Peter Poma, kamervoorzitter, mevrouw Beatrice Ponet, de heren Geert Zonnekeyn en Erik Mewissen, leden.

## **Décision n°2002-C/C-49 du 28 juin 2002**

Affaire CONC-C/C-02/29 : ELECTRABEL CUSTOMER SOLUTIONS S.A. / IDEG SCRL

En cause :

Electrabel Customer Solutions S.A. (ci-après "ECS"), ayant son siège social 8, boulevard du Régent à 1000 Bruxelles

et

Intercommunale de Distribution d'Électricité et de Gaz ayant pris la forme d'une S.C.R.L. (ci-après "Ideg"), ayant son siège social à 5000 Namur, 19 avenue Albert Ier ;

Vu la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 1er juillet 1999 (ci-après LPCE) ;

Vu la notification datée du 21 mai 2002 d'une concentration qui consiste en la reprise par ECS, filiale d'Electrabel, de la clientèle de l'intercommunale Ideg au fur et à mesure qu'elle devient éligible ;

Vu les pièces du dossier du Service de la concurrence ;

Vu le rapport motivé du Corps des rapporteurs daté du 12 juin 2002 ;

Vu la décision sur la confidentialité des pièces du dossier du 17 juin 2002 ;

Vu la demande introduite sur base de l'article 32 quater §2 LPCE, le 13 juin 2002 par la S.A. Luminus d'être entendue dans cette procédure ;

Vu la décision du 18 juin 2002 faisant droit à cette demande ;

Vu la demande introduite sur base de l'article 32 quater §2 LPCE, le 17 juin 2002 par la N.V. Nuon Energy Trade & Wholesale d'être entendue dans cette procédure ;

Vu la décision du 19 juin 2002 faisant droit à cette demande ;

Vu la demande datée du 20 juin 2002 et transmise au Conseil de la concurrence le 21 juin 2002 par laquelle la Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz (en abrégé CREG) sollicite sur base de l'article 32 quater §2 LPCE et de l'article 23 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, d'être entendue dans cette procédure ;

Vu la décision du 24 juin 2002 faisant droit à cette demande ;

Entendu à l'audience du 26 juin 2002, les S.A. Luminus et Nuon Energy Trade & Wholesale et la Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz;

Entendu à l'audience du 27 juin 2002 Monsieur le rapporteur P. Marchand et les parties notifiantes représentées par Monsieur de Garcia et Monsieur Baeten et assistées par Maître Vandencastelee, Maître Brinckman et Maître Vronincks, avocats à Bruxelles ;

## 1. les parties notifiantes

### 1.1. Acquéreur

La société Electrabel Customer Solutions (ci-après "ECS") est une société anonyme de droit belge constituée par acte du 12 décembre 2001 publié dans les annexes du Moniteur belge du 28 décembre 2001, ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent, 8 et ayant pour objet la fourniture d'électricité et de gaz ainsi que la fourniture de produits et services y afférents. Cette société est en fait une filiale à 100% d'Electrabel S.A.

La société anonyme de droit belge Electrabel ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent, 8 est une entreprise active à tous les stades dans le secteur de l'électricité, de la production à la fourniture au client final.

### 1.2. Vendeur

L'Intercommunale de Distribution d'Energie et de Gaz (ci-après "Ideg") est une association intercommunale ayant pris la forme d'une société coopérative à responsabilité limitée, constituée pour assurer la distribution d'électricité et de gaz aux clients situés sur le territoire des communes affiliées de la province de Namur et de deux communes hennuyères.. Son siège social est établi à Namur, avenue Albert Ier, 19.

Ideg est une intercommunale mixte. Elle est constituée sur base d'un partenariat avec une société privée, en l'occurrence Electrabel, actuellement actionnaire majoritaire (à concurrence de 62,25 %). Les communes qui y sont associées détiennent 37,75 % de son capital.

Des dispositions réglementaires et notamment les dispositions du décret du 5 décembre 1996 relatif aux intercommunales wallonnes, prévoient toutefois que les communes disposent toujours de la majorité des voix ainsi que de la présidence dans les organes de gestion et de contrôle, et ce quelque soit la proportion des apports des diverses parties à la constitution du capital.

### 1.3. Entreprise ou partie d'entreprise cible

L'opération vise la clientèle d'Ideg devenant éligible sur le marché de la fourniture d'électricité.

## 2. Description de l'opération

### 2.1. Préambule

La concentration notifiée porte sur le marché de l'électricité qui se trouve actuellement en pleine phase de libéralisation.

Cette libéralisation du marché de l'électricité a été décidée au niveau européen par la directive 96/92 du 19 décembre 1996 qui impose une ouverture limitée et progressive du marché de l'électricité. Cette libéralisation s'accompagne d'une réglementation qui accorde une attention particulière à l'accès au réseau.

L'énergie en Belgique est une matière dont les compétences sont réparties entre l'autorité fédérale et les Régions.

De manière très schématique, cette ventilation de pouvoirs s'établit comme suit :

- l'État fédéral est compétent pour ce qui a trait à la production, au transport et aux tarifs ;
- la distribution et la fourniture sont des matières régionales.

Le cadre normatif en cette matière comprend :

- la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après "loi électricité") publiée au Moniteur belge du 11 mai 1999;
- le décret de la Région flamande du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après "décret flamand") ;
- le décret de la Région wallonne du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité (ci après "décret wallon") et l'arrêté du Gouvernement wallon du 21 mars 2002 relatif aux clients devenus éligibles et au contrôle de leur éligibilité ;
- l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles - Capitale (ci après "l'Ordonnance") .

Les différents niveaux de compétence ont adopté leurs propres calendriers d'ouverture du marché. Ceux-ci diffèrent tant du point de vue des seuils d'éligibilité que des dates.

A l'issue de cette libéralisation du marché de l'électricité en Belgique, la distribution de l'électricité devrait être scindée en deux activités devant être confiées à des sociétés distinctes:

- la gestion du réseau, qui vise l'exploitation, la maintenance et le développement du réseau de distribution. Le gestionnaire de réseau devra se concentrer sur son activité principale. Il ne peut réaliser d'activités de production -autres que l'électricité verte- ni d'activités de vente -autres que la vente à la clientèle captive et la vente à la clientèle dite protégée.
- la vente d'électricité qui concerne l'approvisionnement en énergie des clients éligibles.

Or dès 1996, des communes en partenariat avec Electrabel avaient décidé de poursuivre, au sein d'intercommunales mixtes, des activités de gestion du réseau de distribution et de vente à la clientèle sous monopole communal.

Des intercommunales mixtes assurent ainsi à l'heure actuelle la gestion du réseau de distribution ainsi que la fourniture d'électricité. Or, l'article 8, § 1 du décret wallon relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité applicable à Ideg prévoit expressément que le gestionnaire du réseau de distribution ne peut réaliser des activités de production autres que de l'électricité verte ou de vente d'électricité autres que les ventes nécessitées par son activité de gestionnaire de réseau. Le gestionnaire du réseau de distribution ne peut s'engager dans des activités de fourniture aux clients éligibles ni dans la fourniture d'autres services sur le marché de l'électricité qui ne sont pas directement liés à l'exécution des tâches visées à l'article 11 (càd la gestion du réseau). Toutefois, à la demande des communes, le gestionnaire du réseau de distribution peut fournir l'électricité aux clients captifs....

Il s'ensuit que les intercommunales mixtes wallonnes, telle que Ideg, qui souhaitent être désignées comme gestionnaire de réseau, ne pourront plus en même temps fournir de l'électricité aux clients (devenus) éligibles.

Compte tenu des implications du processus de libéralisation en cours, Electrabel et Intermixt Wallonie (établissement d'utilité publique regroupant tous les mandataires publics des intercommunales mixtes) ont ainsi négocié les termes d'un nouvel accord susceptible de maintenir leur partenariat dans un cadre équilibré.

Le principe retenu est que les communes et les intercommunales s'impliqueront d'avantage dans la gestion des réseaux, activités de type monopolistique et régulée, tandis qu'Electrabel se concentrera à titre principal sur l'activité de fourniture aux clients. Cette spécialisation des uns et des autres n'est pas exclusive: les communes via les intercommunales continueront à être intéressées dans le résultat de la société de commercialisation d'électricité et Electrabel conservera une participation -minoritaire mais importante- au capital des gestionnaires de réseau de distribution dont elle continuera à assurer l'exploitation.

Afin de valoriser la clientèle que ces intercommunales alimentent actuellement en électricité et qu'elles ne pourront plus alimenter dès leur éligibilité, les communes ont convenu avec leur partenaire

au sein des intercommunales mixtes, Electrabel, qu'une société ECS, constituée en décembre 2001 et dont les actions sont entièrement détenues par Electrabel, reprendra cette clientèle. En contrepartie de cette prise de contrôle par ECS et de cette cession de clientèle par Ideg, les communes se voient offrir la possibilité d'augmenter leur actionnariat dans l'intercommunale. Ces communes deviendront en outre actionnaires minoritaires (maximum 5 % du capital) dans cette société ECS et participeront aux bénéfices à concurrence de 40 % du résultat réalisé.

Ces négociations ont débouché sur l'élaboration des diverses conventions et d'un Mémoire d'Understanding signé le 30 mars 2001.

## 2.2. Opération visée par la notification

L'opération qui fait l'objet de la présente notification consiste en la reprise par ECS (constituée le 12 décembre 2001 et filiale à 100% d'Electrabel), de la clientèle d'Ideg portant sur la fourniture d'électricité aux clients de celle-ci au fur et à mesure qu'ils deviennent éligibles et dans la mesure où ils ne décident pas de conclure un contrat avec un autre fournisseur.

On entend par client éligible le client qui a le droit de conclure un contrat de fourniture avec l'entreprise de son choix et pour ce faire a un droit d'accès au réseau.

La reprise par ECS de cette clientèle éligible d'Ideg visée par cette notification n'a pas fait l'objet d'un document spécifique mais doit se déduire d'un ensemble de documents parmi lesquels le document intitulé « Mémoire d'Understanding entre Intermix – Electrabel signé le 30 mars 2001 » et les modifications apportées aux statuts d'Ideg adoptées le 19 avril 2002. Le conseil d'administration d'Ideg a, le 6 juin 2001, décidé à l'unanimité de faire adhérer leur intercommunale au Mémoire d'Understanding.

En contrepartie de cette cession de clientèle par Ideg, les communes se voient offrir la possibilité d'augmenter leur actionnariat dans l'intercommunale à des conditions avantageuses ainsi que de participer aux bénéfices de ECS dans une mesure plus grande que le montant d'actions détenues dans celle-ci. La participation des communes dans la société ECS sera en effet limitée à 5 % de son capital, mais donnera droit à une participation aux bénéfices à concurrence de 40 % du résultat.

## 3. Délais

La notification a été effectuée le 22 mai 2002. Le délai visé à l'article 33 de la loi expire en application de l'article 33, §§ 1 et 2 de la LPCE, le 5 juillet 2002.

## 4. Champ d'application

Les sociétés ECS et Ideg sont des entreprises au sens de l'article 1er de la LPCE.

Après la concentration, ECS détiendra le contrôle exclusif de l'activité d'Ideg de fourniture d'électricité aux clients éligibles (ou qui le deviendront).

L'opération consiste donc à une concentration au sens de l'article 9 §1 de la loi.

Sur la base des chiffres fournis par les parties dans la notification, les seuils des chiffres d'affaires visés à l'article 11 de la loi sont atteints.

## 5. Marché concerné

### 5.1. Secteur économique concerné

Le secteur économique concerné par la concentration est celui de la production et de la distribution d'électricité (code NACE : 40.1).

### 5.2. Marché de produits concerné

Dans le secteur de l'électricité, cinq types d'activités différentes peuvent être distingués, soit la génération, le transport, la distribution, la fourniture et le négoce .

- La génération consiste en la production d'électricité.
- Le transport est l'acheminement de l'électricité sur des câbles de haute tension.
- La distribution est l'acheminement de l'électricité sur des câbles de moyenne et basse tension.
- La fourniture consiste en la livraison au consommateur final.
- Le négoce est l'achat et la revente d'électricité.

Les quatre premières activités peuvent être considérées comme relevant de marchés de produits distincts, puisque celles-ci nécessitent des actifs et des ressources différents et parce que les conditions de marché et de concurrence sont différentes pour chacune d'entre elles.

Quant au négoce d'électricité, la question de savoir s'il constitue un marché distinct du négoce général des produits d'énergie a été laissée ouverte par la Commission européenne. Ce marché ne constituant pas un marché concerné pour la présente, il n'y a pas lieu de se prononcer sur cette question.

#### Fourniture d'électricité

Suite à la libéralisation d'une partie du marché de l'électricité initiée par la directive CE 96/92, une distinction supplémentaire doit être faite entre la fourniture d'électricité aux clients éligibles et non éligibles (ou captifs, c.à.d. qui ne peuvent pas choisir leur fournisseur). Ceux-ci relèvent de deux marchés de produits distincts, dans la mesure où les conditions de concurrence sont différentes, et où, le plus souvent, ils sont soumis à des réglementations spécifiques.

C'est dans ce contexte que s'inscrit la présente opération puisque, en vertu de l'article 8 § 1 du décret wallon, le gestionnaire du réseau de distribution se voit interdire toute activité de fourniture aux clients éligibles. Ce gestionnaire du réseau sera probablement l'intercommunale ou une nouvelle filiale de celle-ci créée à cet effet.

Electrabel est active directement ou indirectement sur les marchés de production, de transport, de distribution, de fourniture d'électricité et de négoce de produits liés à l'électricité.

Ideg est active sur les marchés de la distribution et de la fourniture d'électricité.

Cette dernière activité, pour autant qu'elle concerne les clients devenant éligibles n'ayant pas choisi de fournisseur, sera exercée par ECS, filiale à 100 % d' Electrabel.

Par conséquent, le marché de produits concerné est celui de la fourniture d'électricité aux clients éligibles.

### 5.3. Marché géographique concerné

Le marché géographique est au maximum national. En effet, compte tenu des problèmes liés aux capacités limitées des interconnexions, les importations sont restreintes dans une mesure assez significative.



## 6. Analyse concurrentielle

### 6.1. Structure de l'offre: Position dominante d'Electrabel

Electrabel occupe une position privilégiée sur le marché belge puisqu'il détient des parts de marché extrêmement élevées quel que soit le marché envisagé.

#### 6.1.1. Fourniture

Le marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles en Belgique est estimé par les parties en volume (GWh) à 30.962,4 pour l'année 2001 .

La part de marché d'Electrabel s'élève à plus de 90%.

Aucun autre concurrent, quelle que soit sa puissance économique et financière (EDF, RWE, E.ON), ne possède individuellement une part de marché supérieure ou égale à 5%.

#### 6.1.2. Production

La position dominante d'Electrabel sur le marché de la fourniture aux clients éligibles doit également être examinée en tenant compte de la situation quasi monopolistique d'Electrabel sur le marché de la production en Belgique.

Depuis 1995, la S.A. Electrabel et la S.A. SPE sont regroupées au sein d'une société coopérative (CPTE) dont le but est d'assurer la coordination de la production et du transport de l'énergie électrique des deux entreprises. Electrabel y est actionnaire à concurrence de 91,5%.

Sur une production totale en 2001 estimée à 75.953 GWh par la CREG et à [secrets d'affaires] GWh par les parties notifiantes, [secrets d'affaires] GWh ont été produits par Electrabel, soit une part de marché de [plus de 90% - le pourcentage exact relève du secret des affaires].

Aucune évolution significative n'est à prévoir, ni à court et ni à moyen terme sur ce marché. Elle tendrait même à conforter la position d'Electrabel.

Cette situation pose d'autant plus de problèmes que les importations d'électricité sont d'un niveau assez faible.

### 6.2. Transport

L'activité de transport concerne l'acheminement de l'électricité sur le réseau haute tension. La société coopérative CPTE, filiale d'Electrabel et de la SPE, était propriétaire de la majeure partie du réseau de haute tension en Belgique et en assurait la gestion.

Le 28 juin 2001, le réseau haute tension a été apporté à une société filiale de CPTE, la société ELIA. Cette dernière sera le gestionnaire du réseau de transport dont la désignation, les missions et le contrôle sont réglés par la loi électricité et les arrêtés d'exécution.

### 6.3. Distribution

Electrabel dispose également d'une position privilégiée au niveau de la distribution (acheminement de l'électricité depuis le réseau de transport jusqu'au consommateur sur un réseau à moyenne et basse tension). En effet, les activités de distribution relèvent du monopole des communes qui pour la plupart se sont rassemblées au sein d'intercommunales. Ces intercommunales sont pour la majorité d'entre elles qualifiées de mixtes car elles comptent un associé privé, en l'espèce dans tous les cas Electrabel

qui est actionnaire généralement majoritaire. Ainsi, les 16 intercommunales mixtes dans lesquelles Electrabel est actionnaire regroupent plus de 500 communes et desservent quotidiennement plus de 8 millions d'habitants en Belgique, soit plus de 82% de l'électricité distribuée distribuée.

#### 6.4. Structure de la demande

Actuellement, les seuils d'éligibilité par rapport au niveau de consommation annuelle sont les suivants:

- au niveau fédéral: plus de 20 GWh  
plus de 10 GWh à partir du 31 décembre 2002;
- en Région flamande: plus de 1 GWh  
plus de 56 Kva à partir du 1er mars 2003
- en Région wallonne: supérieur ou égal à 20 GWh  
supérieur ou égal à 10 GWh pour le 31 décembre 2002.
- en Région de Bruxelles - Capitale : plus de 20 GWh  
plus de 10 GWh à partir du 01 janvier 2003.

#### 6.5. Barrières à l'entrée

Selon les parties notifiantes, l'entrée sur le marché est, en terme de coûts, relativement facile puisqu'il suffit d'établir un bureau d'achat / vente. En pratique, cela paraît beaucoup moins évident.

En effet, l'instruction du dossier et les auditions ont fait notamment apparaître l'existence de barrières juridiques et techniques à l'entrée sur le marché belge.

##### 6.5.1. Barrières juridiques

###### 6.5.1.1. Incertitudes juridiques

Force est de constater que la législation, qui consacre en pratique le droit du client éligible à se fournir auprès du fournisseur de son choix, est toujours incomplète.

Il manque toujours certaines réglementations visant à assurer un accès transparent et non discriminatoire au réseau. Ce vide juridique a pour effet de favoriser de facto l'opérateur historique.

###### 6.5.1.2. Durée des contrats de fourniture/ Résiliation

Un système de transition a été mis en place en Région wallonne pour les clients (devenant) éligibles. Selon ce système, le gestionnaire du réseau de distribution ne pouvant s'engager dans des activités de fourniture aux clients éligibles, désigne un fournisseur à cet effet (en l'occurrence Electrabel). L'intercommunale, deux mois avant la date d'éligibilité, a l'obligation d'en informer le client final. Une fois devenu éligible, le client continue à être approvisionné par le fournisseur désigné par le gestionnaire, à défaut d'un accord passé avec un autre fournisseur. Il reste cependant libre de changer de fournisseur moyennant un préavis d'un mois .

La liberté de changer de fournisseur et, partant, de mettre un terme à l'approvisionnement par le fournisseur désigné n'est totale qu'à défaut de contrat dûment signé avec le fournisseur désigné .

Il ressort de l'instruction et des auditions qu'un examen complémentaire s'avère nécessaire sur la durée de ces contrats.

### 6.5.2. Barrières techniques/physiques: interconnexion

L'importation d'électricité de l'étranger est restreinte de manière substantielle par le manque de capacité des interconnexions aux frontières. La Belgique possède des lignes d'interconnexion avec la France et les Pays-Bas.

En effet, dans sa décision dans l'affaire IV/M.1803 : Electrabel/Epon, la Commission indique que :

"Concernant la Belgique, il existe également des restrictions au niveau de l'interconnexion : on constate que les importations théoriques en provenance des Pays-Bas vers la Belgique représentent une quantité négligeable. "

Non seulement les capacités d'interconnexion sont limitées, mais de surcroît elles ne sont pas entièrement attribuées selon les règles du marché. En effet, malgré un système de mise aux enchères mis en place en 2001, il est à souligner que les capacités d'interconnexion sont toujours réservées à Electrabel .

Le même problème existe à la frontière franco-belge, d'autant plus que la demande d'interconnexions est plus importante dans le sens France - Belgique .

### 6.6. Renforcement de la position dominante d'Electrabel

L'opération envisagée pourrait être de nature à rendre le marché impénétrable pour une trop longue période.

En effet, de par la position privilégiée d'Electrabel, cette dernière bénéficie déjà des avantages concurrentiels précités. Elle dispose de plus de l'accès à des informations essentielles dont les concurrents ne disposent pas ou de manière fragmentaire. On peut ainsi citer entre autres les conditions d'accès et d'utilisation du réseau et la liste des clients éligibles et de ceux qui vont le devenir. Une illustration de l'utilisation par Electrabel de ces informations privilégiées se trouve dans son rapport annuel 2001 , où Electrabel précise avoir déployé en 2001 une action marketing très ciblée à l'égard des quelques 2000 clients éligibles en Flandres à partir du 1er janvier 2002.

Les éventuelles barrières doivent être examinées de manière d'autant plus stricte que le marché est en pleine phase de transition et qu'il s'agit d'éviter l'établissement d'une situation de fait dommageable pour le développement d'une véritable concurrence, avant que tous les mécanismes de régulation (et notamment des autorités de régulation ayant la plénitude de leurs compétences) ne fonctionnent efficacement.

## 7. Réaction des entreprises interrogées

Toutes les entreprises concurrentes qui ont répondu ont émis à tout le moins de nettes réserves voire un avis défavorable à propos de la présente opération.

Elles confirment l'existence de barrières juridiques et techniques à l'accès au marché belge et prétendent éprouver des difficultés importantes à proposer des contrats concurrentiels.

Ainsi que le relève EDF dans sa réponse du 10 juin 2002:

"Au regard de ce qui précède, il est donc possible de considérer que le transfert à un unique opérateur de l'ensemble de la clientèle éligible des sociétés intercommunales pourrait être justifié par des

considérations tenant à la réorganisation nécessaire de la gestion et de la distribution de l'électricité en Belgique dans des conditions prévues par les textes.

Il en irait toutefois différemment si ce transfert se réalisait immédiatement au profit d'un seul opérateur, sans qu'aient été levées les incertitudes tenant notamment à l'identification des clients éligibles, ainsi qu'aux coûts intermédiaires de distribution et de transports de l'énergie, qui constituent des barrières importantes pour les concurrents de l'opérateur historique désireux d'accéder au marché belge.

Afin de favoriser une concurrence loyale entre l'opérateur historique et les nouveaux acteurs, au bénéfice des consommateurs finaux, il conviendrait donc au préalable et en priorité d'établir et de mettre en œuvre des règles claires, transparentes et non discriminatoires concernant les régimes d'accès aux réseaux de transport et de distribution d'électricité aux clients éligibles belges, ainsi que les conditions de fourniture de cette électricité en Belgique (régulation, information des clients éligibles sur les fournisseurs opérant le marché belge, facilité de rupture des contrats avec l'opérateur historique, notamment)."

La CREG a également insisté sur le besoin de procéder à un examen complémentaire des relations contractuelles qui seront nouées entre ECS et les clients éligibles.

## 8. Conclusion

Les éléments recueillis lors de l'instruction effectuée par le Service et lors des auditions font apparaître qu'à ce stade de la procédure, la concentration notifiée présente des doutes sérieux quant à son admissibilité et qu'il s'impose d'engager la procédure prévue à l'article 34 de la L.P.C.E.

## PAR CES MOTIFS

### Le Conseil de la concurrence

- Constate que l'opération en cause entre dans le champ d'application de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique et qu'elle suscite conformément à l'article 33 §2 b), des doutes sérieux quant à son admissibilité ;
- Décide d'engager la procédure prévue à l'article 34 et qu'il convient d'examiner notamment :
  - Les modalités de la mise à disposition des informations relatives aux clients devenus éligibles aux acteurs du marché;
  - Les conditions contractuelles proposées par ECS;
  - Les éventuelles conditions d'admissibilité de l'opération;
  - La réelle capacité des concurrents à offrir une autre solution que celle visée par l'opération.
- Invite le corps des rapporteurs à lui communiquer un rapport motivé complémentaire au plus tard le 31 juillet 2002 ;

Ainsi statué le 28 juin 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Patrick De Wolf, président de chambre, Mesdames Marie-Claude Grégoire et Dominique Smeets et Monsieur Pierre Battard, membres.

## **Décision n°2002-C/C-50 du 28 juin 2002**

Affaire CONC-C/C-02/25 : ELECTRABEL CUSTOMER SOLUTIONS S.A. /  
INTERLUX S.C.R.L.

En cause :

Electrabel Customer Solutions S.A. (ci-après "ECS"), ayant son siège social 8, boulevard du Régent à 1000 Bruxelles

et

Intercommunale pour la distribution d'énergie pour la province du Luxembourg ayant pris la forme d'une S.C.R.L. (ci-après "Interlux"), ayant son siège social à l'hôtel de ville d'Arlon, 8 rue Paul Reuter à 6700 Arlon ;

Vu la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 1er juillet 1999 (ci-après LPCE) ;

Vu la notification datée du 25 avril 2002 d'une concentration qui consiste en la prise de contrôle exclusif par ECS, filiale d'Electrabel, de l'activité d'Interlux de fourniture d'électricité aux clients de celle-ci au fur et à mesure qu'ils deviennent éligibles ;

Vu les pièces du dossier du Service de la concurrence ;

Vu le rapport motivé du Corps des rapporteurs daté du 11 juin 2002 ;

Vu la décision sur la confidentialité des pièces du dossier du 13 juin 2002 ;

Vu la demande introduite sur base de l'article 32 quater §2 LPCE, le 13 juin 2002 par la S.A. Luminus d'être entendue dans cette procédure ;

Vu la décision du 18 juin 2002 faisant droit à cette demande ;

Vu la demande datée du 20 juin 2002 et transmise au Conseil de la concurrence le 21 juin 2002 par laquelle la Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz (en abrégé CREG) sollicite sur base de l'artic le 32 quater §2 LPCE et de l'article 23 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, d'être entendue dans cette procédure ;

Vu la décision du 24 juin 2002 faisant droit à cette demande ;

Entendu à l'audience du 26 juin 2002, la S.A. Luminus et la Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz;

Entendu à l'audience du 27 juin 2002 Monsieur le rapporteur P. Marchand et les parties notifiantes représentées par Monsieur de Garcia et Monsieur Baeten et assistées par Maître Vandencastelee, Maître Brinckman et Maître Vronincks, avocats à Bruxelles ;

### **1. les parties notifiantes**

#### **1.1. Acquéreur**

La société Electrabel Customer Solutions (ci-après "ECS") est une société anonyme de droit belge constituée par acte du 12 décembre 2001 publié dans les annexes du Moniteur belge du 28 décembre

2001, ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent, 8 et ayant pour objet la fourniture d'électricité et de gaz ainsi que la fourniture de produits et services y afférents. Cette société est en fait une filiale à 100% de la S.A. Electrabel.

La société anonyme de droit belge Electrabel ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent, 8 est une entreprise active à tous les stades dans le secteur de l'électricité, de la production à la fourniture au client final.

## 1.2. Vendeur

L'Intercommunale pour la distribution d'énergie pour la province du Luxembourg (ci-après "Interlux") est une association intercommunale ayant pris la forme d'une société coopérative à responsabilité limitée, constituée pour assurer la distribution d'énergie dans la province de Luxembourg. Elle a comme activité principale la distribution d'électricité et de gaz aux clients situés sur le territoire des communes affiliées. Son siège social est établi à l'hôtel de ville d'Arlon, rue Paul Reuter, 8.

Interlux est une intercommunale mixte. Elle est constituée sur base d'un partenariat avec une société privée, en l'occurrence Electrabel, actuellement actionnaire majoritaire (à concurrence de 69%). Les communes qui y sont associées détiennent 31 % du capital.

Des dispositions réglementaires et notamment les dispositions du décret du 5 décembre 1996 relatif aux intercommunales wallonnes, prévoient toutefois que les communes disposent toujours de la majorité des voix ainsi que de la présidence dans les organes de gestion et de contrôle, et ce quelque soit la proportion des apports des diverses parties à la constitution du capital.

## 1.3. Entreprise ou partie d'entreprise cible

L'opération vise la clientèle d'Interlux devenant éligible sur le marché de la fourniture d'électricité.

## 2. Description de l'opération

### 2.1. Préambule

La concentration notifiée porte sur le marché de l'électricité qui se trouve actuellement en pleine phase de libéralisation.

Cette libéralisation du marché de l'électricité a été décidée au niveau européen par la directive 96/92 du 19 décembre 1996 qui impose une ouverture limitée et progressive du marché de l'électricité. Cette libéralisation s'accompagne d'une réglementation qui accorde une attention particulière à l'accès au réseau.

L'énergie en Belgique est une matière dont les compétences sont réparties entre l'autorité fédérale et les Régions.

De manière très schématique, cette ventilation de pouvoirs s'établit comme suit :

- l'État fédéral est compétent pour ce qui a trait à la production, au transport et aux tarifs ;
- la distribution et la fourniture sont des matières régionales.

Le cadre normatif en cette matière comprend :

- la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après "loi électricité") publiée au Moniteur belge du 11 mai 1999;
- le décret de la Région flamande du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après "décret flamand") ;

- le décret de la Région wallonne du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité (ci après "décret wallon") et l'arrêté du Gouvernement wallon du 21 mars 2002 relatif aux clients devenus éligibles et au contrôle de leur éligibilité ;
- l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles - Capitale (ci après "l'ordonnance") .

Les différents niveaux de compétence ont adopté leurs propres calendriers d'ouverture du marché. Ceux-ci diffèrent tant du point de vue des seuils d'éligibilité que des dates.

A l'issue de cette libéralisation du marché de l'électricité en Belgique, la distribution de l'électricité devrait être scindée en deux activités devant être confiées à des sociétés distinctes:

- la gestion du réseau, qui vise l'exploitation, la maintenance et le développement du réseau de distribution. Le gestionnaire de réseau devra se concentrer sur son activité principale. Il ne peut réaliser d'activités de production -autres que l'électricité verte- ni d'activités de vente -autres que la vente à la clientèle captive et la vente à la clientèle dite protégée.
- la vente d'électricité qui concerne l'approvisionnement en énergie des clients éligibles.

Or dès 1996, des communes en partenariat avec Electrabel avaient décidé de poursuivre, au sein d'intercommunales mixtes, des activités de gestion du réseau de distribution et de vente à la clientèle sous monopole communal.

Des intercommunales mixtes assurent ainsi à l'heure actuelle la gestion du réseau de distribution ainsi que la fourniture d'électricité. Or, l'article 8, § 1 du décret wallon relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité applicable à Interlux prévoit expressément que le gestionnaire du réseau de distribution ne peut réaliser des activités de production autres que de l'électricité verte ou de vente d'électricité autres que les ventes nécessitées par son activité de gestionnaire de réseau. Le gestionnaire du réseau de distribution ne peut s'engager dans des activités de fourniture aux clients éligibles ni dans la fourniture d'autres services sur le marché de l'électricité qui ne sont pas directement liés à l'exécution des tâches visées à l'article 11 (càd la gestion du réseau). Toutefois, à la demande des communes, le gestionnaire du réseau de distribution peut fournir l'électricité aux clients captifs....

Il s'ensuit que les intercommunales mixtes wallonnes, telle que Interlux, qui souhaitent être désignées comme gestionnaire de réseau, ne pourront plus en même temps fournir de l'électricité aux clients (devenus) éligibles.

Compte tenu des implications du processus de libéralisation en cours, Electrabel et Intermixt Wallonie (établissement d'utilité publique regroupant tous les mandataires publics des intercommunales mixtes) ont ainsi négocié les termes d'un nouvel accord susceptible de maintenir leur partenariat dans un cadre équilibré.

Le principe retenu est que les communes et les intercommunales s'impliqueront d'avantage dans la gestion des réseaux, activités de type monopolistique et régulée, tandis qu'Electrabel se concentrera à titre principal sur l'activité de fourniture aux clients. Cette spécialisation des uns et des autres n'est pas exclusive: les communes via les intercommunales continueront à être intéressées dans le résultat de la société de commercialisation d'électricité et Electrabel conservera une participation -minoritaire mais importante- au capital des gestionnaires de réseau de distribution dont elle continuera à assurer l'exploitation.

Afin de valoriser la clientèle que ces intercommunales alimentent actuellement en électricité et qu'elles ne pourront plus alimenter dès leur éligibilité, les communes ont convenu avec leur partenaire au sein des intercommunales mixtes, Electrabel, qu'une société ECS, constituée en décembre 2001 et dont les actions sont entièrement détenues par Electrabel, reprendra cette clientèle. En contrepartie de cette prise de contrôle par ECS et de cette cession de clientèle par Interlux, les communes se voient offrir la possibilité d'augmenter leur actionariat dans l'intercommunale. Ces communes deviendront en outre actionnaires minoritaires (maximum 5 % du capital) dans cette société ECS et participeront aux bénéfices à concurrence de 40 % du résultat réalisé.

Ces négociations ont débouché sur l'élaboration des diverses conventions et d'un *Mémorandum of Understanding* signé le 30 mars 2001.

## 2.2. Opération visée par la notification

L'opération qui fait l'objet de la présente notification consiste en la reprise par ECS (constituée le 12 décembre 2001 et filiale à 100% d'Electrabel), de la clientèle d'Interlux portant sur la fourniture d'électricité aux clients de celle-ci au fur et à mesure qu'ils deviennent éligibles et dans la mesure où ils ne décident pas de conclure un contrat avec un autre fournisseur.

On entend par client éligible le client qui a le droit de conclure un contrat de fourniture avec l'entreprise de son choix et pour ce faire a un droit d'accès au réseau.

La reprise par ECS de cette clientèle éligible d'Interlux visée par cette notification n'a pas fait l'objet d'un document spécifique mais doit se déduire d'un ensemble de documents parmi lesquels le document intitulé « *Mémorandum of understanding* entre Intermix – Electrabel » signé le 30 mars 2001 et les modifications apportées aux statuts d'Interlux adoptées le 25 mars 2002.

## 3. Délais

La notification effectuée le 25 avril 2002, était incomplète sur un point important au sens de l'article 5 §2 de l'arrêté royal du 23 mars 1993 relatif à la notification des concentrations d'entreprises : elle ne contenait notamment pas l'accord constitutif de la concentration notifiée, ni le procès-verbal d'Assemblée Générale du 25 mars 2002 portant modifications des statuts d'Interlux.

Les renseignements manquants ont été fournis par les parties au rapporteur le 13 mai 2002.

Le délai visé à l'article 33 de la loi prend par conséquent cours le 14 mai 2002 et expire en application de l'article 33, §§ 1 et 2 de la LPCE, le 28 juin 2002.

## 4. Champ d'application

Les sociétés ECS et Interlux sont des entreprises au sens de l'article 1er de la LPCE.

Après la concentration, ECS détiendra le contrôle exclusif de l'activité d'Interlux de fourniture d'électricité aux clients éligibles (ou qui le deviendront).

L'opération consiste donc à une concentration au sens de l'article 9 §1 de la loi.

Sur la base des chiffres fournis par les parties dans la notification, les seuils des chiffres d'affaires visés à l'article 11 de la loi sont atteints.

## 5. Marché concerné

### 5.1. Secteur économique concerné

Le secteur économique concerné par la concentration est celui de la production et de la distribution d'électricité (code NACE : 40.1).

### 5.2. Marché de produits concerné

Dans le secteur de l'électricité, cinq types d'activités différentes peuvent être distingués, soit la génération, le transport, la distribution, la fourniture et le négoce :



- La génération consiste en la production d'électricité.
- Le transport est l'acheminement de l'électricité sur des câbles de haute tension.
- La distribution est l'acheminement de l'électricité sur des câbles de moyenne et basse tension.
- La fourniture consiste en la livraison au consommateur final.
- Le négoce est l'achat et la revente d'électricité.

Les quatre premières activités peuvent être considérées comme relevant de marchés de produits distincts, puisque celles-ci nécessitent des actifs et des ressources différents et parce que les conditions de marché et de concurrence sont différentes pour chacune d'entre elles.

Quant au négoce d'électricité, la question de savoir s'il constitue un marché distinct du négoce général des produits d'énergie a été laissée ouverte par la Commission européenne. Ce marché ne constituant pas un marché concerné pour la présente, il n'y a pas lieu de se prononcer sur cette question.

### Fourniture d'électricité

Suite à la libéralisation d'une partie du marché de l'électricité initiée par la directive CE 96/92, une distinction supplémentaire doit être faite entre la fourniture d'électricité aux clients éligibles et non éligibles (ou captifs, c.à.d. qui ne peuvent pas choisir leur fournisseur). Ceux-ci relèvent de deux marchés de produits distincts, dans la mesure où les conditions de concurrence sont différentes, et où, le plus souvent, ils sont soumis à des réglementations spécifiques.

C'est dans ce contexte que s'inscrit la présente opération puisque, en vertu de l'article 8 § 1 du décret wallon, le gestionnaire du réseau de distribution se voit interdire toute activité de fourniture aux clients éligibles. Ce gestionnaire du réseau sera probablement l'intercommunale ou une nouvelle filiale de celle-ci créée à cet effet.

Electrabel est active directement ou indirectement sur les marchés de production, de transport, de distribution, de fourniture d'électricité et de négoce de produits liés à l'électricité.

Interlux est active sur les marchés de la distribution et de la fourniture d'électricité.

Cette dernière activité, pour autant qu'elle concerne les clients devenant éligibles n'ayant pas choisi de fournisseur, sera exercée par ECS, filiale à 100 % d' Electrabel.

Par conséquent, le marché de produits concerné est celui de la fourniture d'électricité aux clients éligibles.

### 5.3. Marché géographique concerné

Le marché géographique est au maximum national. En effet, compte tenu des problèmes liés aux capacités limitées des interconnexions, les importations sont restreintes dans une mesure assez significative.

## 6. Analyse concurrentielle

### 6.1. Structure de l'offre: Position dominante d'Electrabel

Electrabel occupe une position privilégiée sur le marché belge puisqu'il détient des parts de marché extrêmement élevées quel que soit le marché envisagé.

### 6.1.1. Fourniture

Le marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles en Belgique est estimé par les parties en volume (GWh) à 30.962,4 pour l'année 2001 .

La part de marché d'Electrabel s'élève à plus de 90%.

Aucun autre concurrent, quelle que soit sa puissance économique et financière (EDF, RWE, E.ON), ne possède individuellement une part de marché supérieure ou égale à 5%.

### 6.1.2. Production

La position dominante d'Electrabel sur le marché de la fourniture aux clients éligibles doit également être examinée en tenant compte de la situation quasi monopolistique d'Electrabel sur le marché de la production en Belgique.

Depuis 1995, la S.A. Electrabel et la S.A. SPE sont regroupées au sein d'une société coopérative (CPTE) dont le but est d'assurer la coordination de la production et du transport de l'énergie électrique des deux entreprises. Electrabel y est actionnaire à concurrence de 91,5%.

Sur une production totale en 2001 estimée à 75.953 GWh par la CREG et à [secrets d'affaires] GWh par les parties notifiantes, [secrets d'affaires] GWh ont été produits par Electrabel, soit une part de marché de [plus de 90% - le pourcentage exact relève du secret des affaires].

Aucune évolution significative n'est à prévoir, ni à court et ni à moyen terme sur ce marché. Elle tendrait même à conforter la position d'Electrabel.

Cette situation pose d'autant plus de problèmes que les importations d'électricité sont d'un niveau assez faible.

## 6.2. Transport

L'activité de transport concerne l'acheminement de l'électricité sur le réseau haute tension. La société coopérative CPTE, filiale d'Electrabel et de la SPE, était propriétaire de la majeure partie du réseau de haute tension en Belgique et en assurait la gestion.

Le 28 juin 2001, le réseau haute tension a été apporté à une société filiale de CPTE, la société ELIA. Cette dernière sera le gestionnaire du réseau de transport dont la désignation, les missions et le contrôle sont réglés par la loi électricité et les arrêtés d'exécution.

## 6.3. Distribution

Electrabel dispose également d'une position privilégiée au niveau de la distribution (acheminement de l'électricité depuis le réseau de transport jusqu'au consommateur sur un réseau à moyenne et basse tension). En effet, les activités de distribution relèvent du monopole des communes qui pour la plupart se sont rassemblées au sein d'intercommunales. Ces intercommunales sont pour la majorité d'entre elles qualifiées de mixtes car elles comptent un associé privé, en l'espèce dans tous les cas Electrabel qui est actionnaire généralement majoritaire. Ainsi, les 16 intercommunales mixtes dans lesquelles Electrabel est actionnaire regroupent plus de 500 communes et desservent quotidiennement plus de 8 millions d'habitants en Belgique, soit plus de 82% de l'électricité distribuée.

## 6.4. Structure de la demande

Actuellement, les seuils d'éligibilité par rapport au niveau de consommation annuelle sont les suivants:

- au niveau fédéral: plus de 20 GWh  
plus de 10 GWh à partir du 31 décembre 2002;
- en Région flamande: plus de 1 GWh  
plus de 56 Kva à partir du 1er mars 2003
- en Région wallonne: supérieur ou égal à 20 GWh  
supérieur ou égal à 10 GWh pour le 31 décembre 2002.
- en Région de Bruxelles - Capitale : plus de 20 GWh  
plus de 10 GWh à partir du 01 janvier 2003.

## 6.5. Barrières à l'entrée

Selon les parties notifiantes, l'entrée sur le marché est, en terme de coûts, relativement facile puisqu'il suffit d'établir un bureau d'achat / vente. En pratique, cela paraît beaucoup moins évident.

En effet, l'instruction du dossier et les auditions ont fait notamment apparaître l'existence de barrières juridiques et techniques à l'entrée sur le marché belge.

### 6.5.1. Barrières juridiques

#### 6.5.1.1. Incertitudes juridiques

Force est de constater que la législation, qui consacre en pratique le droit du client éligible à se fournir auprès du fournisseur de son choix, est toujours incomplète.

Il manque toujours certaines réglementations visant à assurer un accès transparent et non discriminatoire au réseau. Ce vide juridique a pour effet de favoriser de facto l'opérateur historique.

#### 6.5.1.2. Durée des contrats de fourniture/ Résiliation

Un système de transition a été mis en place en Région wallonne pour les clients (devenant) éligibles. Selon ce système, le gestionnaire du réseau de distribution ne pouvant s'engager dans des activités de fourniture aux clients éligibles, désigne un fournisseur à cet effet (en l'occurrence Electrabel). L'intercommunale, deux mois avant la date d'éligibilité, a l'obligation d'en informer le client final. Une fois devenu éligible, le client continue à être approvisionné par le fournisseur désigné par le gestionnaire, à défaut d'un accord passé avec un autre fournisseur. Il reste cependant libre de changer de fournisseur moyennant un préavis d'un mois.

La liberté de changer de fournisseur et, partant, de mettre un terme à l'approvisionnement par le fournisseur désigné n'est totale qu'à défaut de contrat dûment signé avec le fournisseur désigné.

Il ressort de l'instruction et des auditions qu'un examen complémentaire s'avère nécessaire sur la durée de ces contrats.

### 6.5.2. Barrières techniques/physiques: interconnexion

L'importation d'électricité de l'étranger est restreinte de manière substantielle par le manque de capacité des interconnexions aux frontières. La Belgique possède des lignes d'interconnexion avec la France et les Pays-Bas.

En effet, dans sa décision dans l'affaire IV/M.1803 : Electrabel/Epon, la Commission indique que :

"Concernant la Belgique, il existe également des restrictions au niveau de l'interconnexion : on constate que les importations théoriques en provenance des Pays-Bas vers la Belgique représentent une quantité négligeable. "

Non seulement les capacités d'interconnexion sont limitées, mais de surcroît elles ne sont pas entièrement attribuées selon les règles du marché. En effet, malgré un système de mise aux enchères mis en place en 2001, il est à souligner que les capacités d'interconnexion sont toujours réservées à Electrabel .

Le même problème existe à la frontière franco-belge, d'autant plus que la demande d'interconnexions est plus importante dans le sens France - Belgique .

## 6.6. Renforcement de la position dominante d'Electrabel

L'opération envisagée pourrait être de nature à rendre le marché impénétrable pour une trop longue période.

En effet, de par la position privilégiée d'Electrabel, cette dernière bénéficie déjà des avantages concurrentiels précités. Elle dispose de plus de l'accès à des informations essentielles dont les concurrents ne disposent pas ou de manière fragmentaire. On peut ainsi citer entre autres les conditions d'accès et d'utilisation du réseau et la liste des clients éligibles et de ceux qui vont le devenir. Une illustration de l'utilisation par Electrabel de ces informations privilégiée se trouve dans son rapport annuel 2001 , où Electrabel précise avoir déployé en 2001 une action marketing très ciblée à l'égard des quelques 2000 clients éligibles en Flandres à partir du 1er janvier 2002.

Les éventuelles barrières doivent être examinées de manière d'autant plus stricte que le marché est en pleine phase de transition et qu'il s'agit d'éviter l'établissement d'une situation de fait dommageable pour le développement d'une véritable concurrence, avant que tous les mécanismes de régulation (et notamment des autorités de régulation ayant la plénitude de leurs compétences) ne fonctionnent efficacement.

## 7. Réaction des entreprises interrogées

Toutes les entreprises concurrentes qui ont répondu ont émis à tout le moins de nettes réserves voire un avis défavorable à propos de la présente opération.

Elles confirment l'existence de barrières juridiques et techniques à l'accès au marché belge et prétendent éprouver des difficultés importantes à proposer des contrats concurrentiels.

Ainsi que le relève EDF dans sa réponse du 10 juin 2002:

"Au regard de ce qui précède, il est donc possible de considérer que le transfert à un unique opérateur de l'ensemble de la clientèle éligible des sociétés intercommunales pourrait être justifié par des considérations tenant à la réorganisation nécessaire de la gestion et de la distribution de l'électricité en Belgique dans des conditions prévues par les textes.

Il en irait toutefois différemment si ce transfert se réalisait immédiatement au profit d'un seul opérateur, sans qu'aient été levées les incertitudes tenant notamment à l'identification des clients éligibles, ainsi qu'aux coûts intermédiaires de distribution et de transports de l'énergie, qui constituent des barrières importantes pour les concurrents de l'opérateur historique désireux d'accéder au marché belge.

Afin de favoriser une concurrence loyale entre l'opérateur historique et les nouveaux acteurs, au bénéfice des consommateurs finaux, il conviendrait donc au préalable et en priorité d'établir et de mettre en œuvre des règles claires, transparentes et non discriminatoires concernant les régimes d'accès aux réseaux de transport et de distribution d'électricité aux clients éligibles belges, ainsi que les conditions de fourniture de cette électricité en Belgique (régulation, information des clients éligibles sur les fournisseurs opérant le marché belge, facilité de rupture des contrats avec l'opérateur historique, notamment)."

La CREG a également insisté sur le besoin de procéder à un examen complémentaire des relations contractuelles qui seront nouées entre ECS et les clients éligibles.

## 8. Conclusion

Les éléments recueillis lors de l'instruction effectuée par le Service et lors des auditions font apparaître qu'à ce stade de la procédure, la concentration notifiée présente des doutes sérieux quant à son admissibilité et qu'il s'impose d'engager la procédure prévue à l'article 34 de la L.P.C.E.

## PAR CES MOTIFS

### Le Conseil de la concurrence

- Constate que l'opération en cause entre dans le champ d'application de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique et qu'elle suscite conformément à l'article 33 §2 b), des doutes sérieux quant à son admissibilité ;
- Décide d'engager la procédure prévue à l'article 34 et qu'il convient d'examiner notamment :
  - Les modalités de la mise à disposition des informations relatives aux clients devenus éligibles aux acteurs du marché;
  - Les conditions contractuelles proposées par ECS;
  - Les éventuelles conditions d'admissibilité de l'opération;
  - La réelle capacité des concurrents à offrir une autre solution que celle visée par l'opération.
- Invite le corps des rapporteurs à lui communiquer un rapport motivé complémentaire au plus tard le 31 juillet 2002 ;

Ainsi statué le 28 juin 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Patrick De Wolf, président de chambre, Mesdames Marie-Claude Grégoire et Dominique Smeets et Monsieur Pierre Battard, membres.

## **Beslissing nr. 2002-P/K-51 van 4 juli 2002**

Inzake:

- R C, architect, wonende te met als raadsliden: Mter Chris Declerck, advocaat te 8530 Harelbeke, Kortrijksesteenweg 387, en Mter Jozef Van den Broecke, advocaat te 8790 Waregem, F. Verhaeghestraat 5.

- T D, architect, wonende te met als raadsliden: Mter Chris Declerck en Mter Piet Lombaerts, advocaten te 8530 Harelbeke, Kortrijksesteenweg 387.

- H S, architect, wonende te met als raadsman Mter Luc Binnenmans, advocaat te 3980 Tessenderlo, Schoterweg 40.

- M V, architect, wonende te

- J B, architect, wonende te

die niet verschijnen, noch iemand in hun naam.

Tegen:

- Orde van Architecten, gevestigd te 1000 Brussel, Livornostraat 160 bus 2, vertegenwoordigd door de Nationale Raad van de Orde van Architecten, met als raadsliden Mter Jules Stuyck en Isabelle Buelens, met kantoor te 1000 Brussel, Keizerslaan 3.

### **I. Over de klachten en het administratief onderzoek.**

1. De klachten die aan deze beslissing ten grondslag liggen werden door de boven vermelde partijen gericht aan de Dienst voor de Mededinging en door deze geregistreerd op 23 mei 1995 (95/0006), 16 juni 1995 (95/0008), 20 juni 1995 (95/0009), 28 juni 1995 (95/0010) en 22 april 1996 (I-O 96/0010).

2. De voornoemde klachten betreffen alle een schending van artikel 2, §1 van de Wet van 5 augustus 1991 tot Bescherming van de Economische Mededinging, die de Orde van Architecten wordt toegeschreven.

Meer in het bijzonder worden het Reglement van Beroepslichten der architecten van 16 december 1983 en de deontologische norm nr. 2 aangewezen als een verboden restrictieve mededingingspraktijk.

3. Navolgend werden door de Dienst voor de Mededinging verschillende vragen en verzoeken om inlichtingen gericht tot de Orde van Architecten, die hierop heeft geantwoord.

4. Met brieven van 3 juni 1997 werden de klagers uitgenodigd tot een hoorzitting die werd gehouden door de Algemene Inspectie van de Prijzen en de Mededinging, op 10 juni 1997 wat partij H S betreft en op 11 juni 1997 voor alle andere partijen, om hen de gelegenheid te bieden hun opmerkingen te formuleren nopens de resultaten van het onderzoek dat inmiddels werd beëindigd.

5. De Algemene Inspectie van de Prijzen en de Mededinging heeft de klachten gevoegd en één gemotiveerd verslag opgesteld, dat beëindigd werd op 27 juni 1997.

## II. De rechtspleging voor de Raad.

6. Krachtens artikel 47 van de wet van 26 april 1999 (II) blijft de afhandeling van de boven geciteerde klachten onderworpen aan de bepalingen van de wet van 5 augustus 1991, voor de wijziging ervan door de eerstvermelde wijzigingswet.

7. Het vermelde verslag van de Algemene Inspectie van de Prijzen en de Mededinging werd op 4 juli 1997 toegezonden aan de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging.

Bij brief van 16 mei 2002 werd het gemotiveerd verslag toegezonden aan de partijen.

Bij dezelfde brief werden deze uitgenodigd enerzijds om hun bemerkingen op het verslag te formuleren tegen uiterlijk 14 juni 2002 en anderzijds om aanwezig te zijn op de zitting van de Raad van 28 juni 2002 met het oog op de behandeling van de gevoegde zaken.

De Orde van Architecten en de partijen R C en T D hebben ieder een algemene memorie neergelegd en vervolgens een tweede nopens de problematiek van de verjaring.

8. Op de zitting van 28 juni 2002 zijn verschenen en gehoord: de raadslieden van de partijen en de Dienst voor de Mededinging in de persoon van de heer Isselée.

De heren M V en J B zijn niet verschenen en werden ook niet vertegenwoordigd.

De debatten werden er beperkt tot de middelen die door de Orde van Architecten worden tegengeworpen en die niet de grond van de klachten betreffen.

Op verzoek van de Orde van Architecten werd een bijkomende termijn toegestaan om een standpunt te verduidelijken nopens de problematiek van de verjaring.

De Raad besliste er tevens dat de zaak op 4 juli 2002 wordt in beraad gesteld.

## III. Feitelijke situering van de klachten.

9. De klagers zijn alle zelfstandige architecten, ingeschreven op het tableau van verschillende provinciale Raden van de Orde van Architecten, en zijn sedert 1992 en 1993 betrokken geraakt in een tuchtrechtelijk contentieux.

Naar zij betogen kan samengevat worden gesteld dat hen tuchtrechtelijk wordt euvel geduid stelselmatig te hebben gewerkt aan erelonen die niet in verhouding zijn tot de geleverde of te leveren prestaties en de te dragen beroepsverantwoordelijkheid.

Partij H S werd in het bijzonder ten laste gelegd dat hij meer opdrachten aanvaardde dan hij redelijkerwijze en menselijkerwijze kon uitvoeren met inachtneming van alle voorschriften van de plichtenleer.

10. De tuchtrechtelijke tekortkoming aan de plichtenleer werd in het bijzonder gesitueerd in de schending van de deontologische norm nr. 2, die de schaal bevat van de honoraria die minimaal verschuldigd zijn aan een architect voor zijn prestaties als zelfstandige.

Deze norm werd op 12 juli 1967 vastgesteld door de Nationale Raad van de Orde van Architecten -en herzien op 23 juni 1978- op grond van artikel 12 van het Reglement van de Beroepsplichten der architecten.

De klagers vertalen zulks naar een gericht vervolgen van architecten die op één of andere manier professionele contacten onderhouden met bouwpromotoren en daarbij de ereloonsschaal uit de deontologische norm nr. 2 niet naleven.

11. Onder verwijzing naar artikel 2, §1 van de Wet op de Bescherming van de Economische Mededinging voeren de klagers aan dat ten hunne laste een besluit wordt toegepast van een ondernemingsvereniging dat er toe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging op de Belgische betrokken markt of op een wezenlijk deel ervan merkbaar wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

Het verboden besluit houdt in dat de aan- of verkoopprijzen of andere contractuele voorwaarden rechtstreeks of zijdelings worden bepaald (art. 2 §1, a) WBEM).

Met name bestaat de wettschending er volgens hen in dat alle Belgische architecten worden genoopt, op straffe van een tuchtmaatregel, een verplichte minimum ereloonsschaal toe te passen.

Hierdoor wordt de mededingingsvrijheid uitgeschakeld of ernstig gehinderd en beperkt, waardoor architecten en particulieren niet kunnen genieten van de gunstige effecten van de concurrentie op prijzen en kwaliteit.

#### IV. Het verslag van de Algemene Inspectie van de Prijzen en van de Mededinging.

12. De verslaggever van de Algemene Inspectie van de Prijzen en de Mededinging kwalificeert de Orde van Architecten als een ondernemingsvereniging en het Reglement van Beroepslichten der Architecten als een besluit van een ondernemingsvereniging.

Hij onderkent als merkbare concurrentiebeperkingen: het opleggen van een minimumprijs, de beperking van de toetredingsmogelijkheden, de verdeling van de markt, het bepalen van de productie en de beperking in de variatie van het aanbod.

De verslaggever besluit als volgt:

Het opleggen van een prijs door een ondernemingsvereniging aan haar leden is ondubbelzinnig een overtreding van de mededingingsregels. Het barema van de architectenhonoraria, dat door de Orde opgelegd wordt, beantwoordt bovendien aan geen enkele economische noodzaak. Het niet respecteren van een minimumbarema kan niet gebruikt worden als element in een tuchtprocedure. Indien de Orde dat doet, dan begeeft ze zich op het economische terrein van de architect en raakt daarmee dus aan de concurrentiële voorwaarden die de architect voor zichzelf kan scheppen.

In beginsel moet het nochtans mogelijk zijn om het principe van de vrije (prijs)concurrentie en volledige informatie voor de verbruiker toe te passen op het beroep van architect zonder dat het kwaliteitsniveau, onder andere vastgelegd in de voorwaarden tot toegang tot het beroep en terug te vinden in de hoge morele standaard van het vrije beroep, noodzakelijk moet afnemen.

Het moet tevens mogelijk zijn om een situatie te creëren die aan de architecten toelaat om hun activiteiten, respectievelijk specialiteiten en omvang en duur, voor te stellen aan het publiek.

Momenteel verzet de Orde zich daartegen. Bijgevolg is het noodzakelijk dat er een aantal overtredingen van de wet tot bescherming van de mededinging vastgesteld worden."

13. De Algemene Inspectie stelt voor om volgende besluiten van een ondernemingsvereniging als inbreuken op artikel 2§1 van de wet tot bescherming van de economische mededinging vast te stellen en deze beperkingen van rechtswege nietig te verklaren overeenkomstig artikel 2§2 WBEM:

- (a) artikel 12, alinea 3 en 4 van het Reglement van Beroepslichten;
- (b) de honorariumtabel van de architecten (de Deontologische Norm nr. 2);
- (c) alle besluiten waarbij de toetredingsmogelijkheden voor nieuwe architecten verhinderd wordt;
- (d) alle besluiten waarbij een verdeling van de markt nagestreefd wordt;



(e) alle besluiten waarbij het aantal opdrachten (de productie) van de architect beperkt of opgelegd wordt;

(f) alle bepalingen waarin verwezen wordt naar de volledige opdracht en waarmee dus de variatie in het aanbod beperkt wordt.

Volgens de inspectie volgt hieruit dat de door de Orde uitgesproken sancties, die gedeeltelijk of volledig gebaseerd zijn op de bovenvermelde verboden restrictieve praktijken, ongedaan moeten gemaakt worden.

De Orde moet tevens onverwijld alle nodige maatregelen nemen om de hierboven beschreven inbreuken te beëindigen en zich in de toekomst te onthouden van het nemen van maatregelen die hetzelfde doel of werking hebben.

De Algemene Inspectie stelt voor om de Orde op te leggen haar leden schriftelijk in kennis te stellen van de inhoud van de beslissing van de Raad, met vermelding van de praktische gevolgen die daaruit voortvloeien, met name met vermelding van de vrijheid voor elk lid zelf zijn/haar tarieven vast te stellen.

Ze stelt tevens voor om de Orde op te leggen om alle akten die door haar moeten worden genomen ter uitvoering van de beslissing van de Raad, binnen 90 dagen na de betekening van de beslissing aan de Algemene Inspectie kenbaar te maken.

## V. De standpunten van de partijen.

14. De partijen R C en J D besluiten in hun antwoordnota als volgt.

A. Ze verzoeken om recht te doen zoals gevorderd in het verslag van 27 juni 1997 van de Algemene Inspectie van de Prijzen en de Mededinging:

B. Ze vragen om aan de Orde van Architecten en haar organen:

- op te leggen om de module "VISA" die deel uitmaakt van het bestand "ARCHI" te verwijderen uit al haar bestanden en van al haar dragers op straffe van verbeurte van een dwangsom;

- verbod op te leggen om de module "VISA" die deel uitmaakt van het bestand "ARCHI" nog op enigerlei wijze te gebruiken op straffe van verbeurte van een dwangsom;

- op te leggen om de drukknop "VISA AFDRUKKEN" en alle daartoe noodzakelijke software in het programma "ARCHI" te verwijderen uit al haar bestanden en van al haar dragers op straffe van verbeurte van een dwangsom;

- verbod op te leggen om de drukknop "VISA AEDRUKKEN" in het programma "ARCHI" nog op enigerlei wijzen te gebruiken op straffe van verbeurte van een dwangsom;

- verbod op te leggen om nog op enigerlei wijze gegevens te verzamelen die voorkomen op de visumaanvragen van de architecten, dergelijke gegevens te bewaren, te verwerken en te gebruiken op straffe van verbeurte van een dwangsom;

- op te leggen om alle gegevens die zij bijhoudt van architecten en die rechtstreeks of onrechtstreeks afkomstig zijn van de visumaanvragen uit al haar bestanden te verwijderen en/of te vernietigen, evenals alle dragers van deze gegevens.

15. De Orde van Architecten werpt tegen dat de zaak op 27 juni 2002 verjaart, met toepassing van artikel 48 WBEM.

Een op 4 juli 1997 gedateerd geschrift, dat haar op de zitting van 28 juni 2002 werd meegedeeld en waarover zij een standpunt heeft kunnen innemen, maakt volgens haar geen deel uit van het dossier voor de Raad.

Verder doet ze haar beklag erover dat haar rechten van verdediging werden geschonden: het omvangrijk dossier was niet behoorlijk toegankelijk, bij gemis aan behoorlijke nummering van enkele duizenden bladzijden en ze diende haar memorie neer te leggen binnen een termijn van veertien dagen.

Ze verzoekt in dit verband om een bijkomende termijn van minstens twee maanden om een gefundeerd memorandum te kunnen neerleggen.

In dit verband voert ze nog aan dat haar recht op repliek wordt geschonden nu ze slechts over een zeer korte termijn beschikt om de nota van de klagers tijdig te beantwoorden.

Ze betoogt verder dat het beginsel van de redelijke termijn kennelijk werd geschonden, derwijze dat de Raad geen beslissing meer kan treffen: na afloop van de administratieve procedure werd onredelijk lang gewacht met de behandeling van de zaak voor de Raad.

Ten gronde bekritiseert de Orde van Architecten de inhoud van het verslag over de hele lijn, en inzonderheid ook wat de door de Algemene Inspectie als merkbaar bestempelde concurrentiebeperkingen aangaat.

Zij besluit dat de voorgestelde maatregelen in elk geval niet kunnen worden opgelegd aangezien zij zouden neerkomen op de nietigverklaring van een reglementaire bepaling.

## VI. Beoordeling.

Wat de verjaring aangaat.

16. Artikel 48§1 van de WBEM bepaalt dat het onderzoek bedoeld in artikel 23 van de wet slechts betrekking mag hebben op feiten die zich niet langer dan vijf jaar geleden voordeden. De termijn wordt berekend vanaf de datum van de beslissing van de Dienst voor de Mededinging om ambtshalve een onderzoek in te stellen of vanaf de datum van aanhangig maken van de zaak bij de Dienst overeenkomstig artikel 23§1.

In paragraaf 2 van hetzelfde artikel wordt voorgeschreven dat de verjaringstermijn met betrekking tot de procedure van onderzoek en beslissing vijf jaar is te rekenen vanaf de datum bedoeld in paragraaf 1.

De verjaring wordt slechts gestuit door daden van onderzoek of daden van beslissing verricht binnen de termijn bepaald in lid 1; met die daden begint een nieuwe termijn te lopen.

17. In het voorliggende dossier werden de gevoegde zaken aanhangig gemaakt bij de Dienst voor de Mededinging tussen 23 mei 1995 en 22 april 1996.

De laatste daad van onderzoek in die gevoegde zaken dateert van 27 juni 1997: de datum waarop de verslaggever zijn verslag heeft beëindigd.

De laatste daad van beslissing dateert evenwel later: het is deze waarbij de Adviseur-generaal van het Bestuur Handelsbeleid het verslag heeft overgemaakt aan de Voorzitter van de Raad, en zij dateert van 4 juli 1997.

Anders dan de Orde van Architecten voorhoudt, maakt genoemde brief, waarbij het origineel van het verslag aan de Raad wordt toegestuurd, deel uit van het dossier voor de Raad, die de datum van ontvangst ervan, eveneens 4 juli 1997, heeft aangebracht.

Van een kopie van deze brief werd overigens op 28 juni 2002 kennis gegeven aan de raadslieden van de Orde van Architecten die de hen geboden gelegenheid hebben benut om hieromtrent een standpunt te formuleren.

18. Binnen de oorspronkelijke termijn van vijf jaar werd in alle gevoegde zaken de verjaring gestuit op 4 juli 1997, datum waarop een nieuwe termijn van vijf jaar is begonnen lopen, die zal verstreken zijn op 5 juli 1997.

Het besluit luidt dan ook dat op 4 juli 2002, datum van deze beslissing, de verjaring niet is ingetreden.

Ten aanzien van de redelijke termijn.

19. De Orde van Architecten werpt tegen dat het beginsel van de redelijke termijn kennelijk werd geschonden en leidt zulks af uit de volgende gegevens.

De partijen werd kennis gegeven van het verslag van de Dienst voor de Mededinging bij brief van 16 mei 2002, terwijl dit verslag al werd neergelegd op 27 juni 1997.

Bij dezelfde brief werden zij uitgenodigd om een memorie neer te leggen voor 14 juni 2002 en om aanwezig te zijn op de zitting van 28 juni 2002 waar de zaak te behandelen stond.

De klachten werden ingediend tussen mei 1995 en april 1996 en de navolgende administratieve procedure werd beëindigd met de neerlegging van het verslag op 4 juli 1997 ten behoeve van de Voorzitter van de Raad.

Sindsdien liet de verdere procedurale afhandeling op zich wachten.

Deze onredelijk lange wachttijd veroorzaakt een schending van de rechten van verdediging.

20. Het middel geput uit de schending van de redelijke termijn houdt niet in dat door het enkel verstrijken van een te lang geachte tijdsperiode een onregelmatigheid is ontstaan in de procedure voor de Raad.

Niet het verstrijken van een, weze het lange, termijn op zich is determinerend, maar wel of hierdoor de rechten van de betrokken partijen om zich naar behoren te kunnen verdedigen worden geschaad.

21. De rechten van verdediging vormen in de Belgische rechtsorde een algemeen rechtsbeginsel waarvan de naleving door alle rechtscolleges moet worden verzekerd, en derhalve ook door de Raad.

In de mate de rechten van verdediging van één der partijen door het procedureverloop zouden zijn geschonden, zou de Raad dan ook dienen vast te stellen dat hij niet rechtsgeldig over de grond van de klachten kan beslissen.

22. Bij de afweging naar het al dan niet redelijk karakter van een verlopen behandelingstermijn behoren, in navolging van hetgeen werd geoordeeld door de Europese gerechten in zaken van mededinging, in aanmerking te worden genomen: de omstandigheden van de zaak, het procesgedrag van de betrokken partijen, de ingewikkeldheid van de zaak en het belang ervan voor de betrokken partijen (cfr. GEA, 22 april 1997 inzake Stichting Certificatie Kranverhuurbedrijf (SCK) nen Federatie van Nederlandse Kraanverhuurbedrijven (FNK) t. Commissie, in de gevoegde zaken T-213/95 en T-18/96, inz. R.O. 57; HvJEG, 17 december 1998, inzake Baustahlgewebe GmbH t. Commissie, in de zaak C-185/95 P, R.O. 26-49).

23. In het voorliggend geval nam de afhandeling van de klachten tot dusver méér dan zeven jaar in beslag, met uitzondering van de klacht van partij H S, die zes jaar geleden werd ingediend.

De eerste fase van de afhandeling, de administratieve procedure, werd beëindigd op 4 juli 1997, hetzij na verloop van ongeveer 25 maanden sedert de indiening van de eerste klacht.

Na het einde van de eerste fase werd aan het verslag geen gevolg verleend tot de Voorzitter van de Raad op 16 mei 2002 de boven vermelde uitnodigingen verstuurd aan de betrokken partijen.

24. Omtrent het tijdsverloop tijdens de eerste fase van de procedure kan alleen maar worden vastgesteld dat ze de perken van het redelijke geenszins overschrijdt.

25. Betreffende het tijdsverloop tijdens de tweede fase van de gerechtelijke afhandeling tot op de datum van 16 mei 2002, hetzij een duur van 1.775 dagen, overweegt de Raad het volgende.

26. De inzet van de klachten is welomlijnd en zij vereisten geen extensieve onderzoeken.

De rapporteur legde een relatief beknopt verslag neer over de problematiek die niet zomaar als complex kan worden gekwalificeerd.

Het dossier omvat 2.537 genummerde bladzijden -overigens in een rangschikking die bezwaarlijk als behoorlijk toegankelijk kan worden genoemd-, maar slechts van een beperkt deel ervan kan de inhoud relevant worden geacht.

27. De partijen kan niets euvel worden geduid in verband met hun processueel gedrag.

Van het bestaan van het verslag werd hen eerst op 16 mei 2002 kennis gegeven, samen met de tekst ervan.

Afgezien van het feit dat de procesgang voor de Raad door de partijen niet kan worden gestuurd, konden ze ook om reden van dit gemis aan kennis geen gericht initiatief nemen om het procesverloop enigszins te activeren.

28. De praktijk die voorwerp is van de klachten raakt aan de uitoefening van de disciplinaire functie door de Orde en de naleving van beroepsplichten door de klagers.

Het belang van de geïncrimineerde praktijk moet dan ook voor alle betrokken partijen als wezenlijk worden beschouwd.

29. In die omstandigheden kan een periode van 1.775 dagen, gedurende dewelke de procedure voor de Raad op geen enkele wijze werd geactiveerd, alleen maar als kennelijk onredelijk worden bestempeld.

Hieraan doet niet af het gegeven dat de Raad slagkracht miste bij gebreke aan mensen en middelen.

30. De laatste onderzoeksverrichtingen op grond waarvan de Raad zich een oordeel moet vormen dateren van juni 1997.

Ook al is de positie die de Orde van Architecten op publiekrechtelijk vlak bekleedt niet gewijzigd sinds juni 1997, het verslag mist de nodige actualiteit wat de aangehouden uitgangspunten betreft, in het bijzonder ook ingevolge de evolutie inzake de Europeesrechtelijke interpretatie van de mededingingsregels ten aanzien van de organisatie en de werking van vrije beroepen.

Evenmin kan ingevolge het lange tijdsverloop nog met zekerheid worden aangenomen dat de feiten die mededingingsrechtelijk worden getoetst, op het terrein niet dermate zijn geëvolueerd dat een op het verslag gebaseerde beslissing de vereiste effectiviteit niet zou missen.

31. De Raad beaamt dat ingevolge het onredelijk lange tijdsverloop van de procedure voor de Raad, de Orde van Architecten zich niet meer met de vereiste doeltreffendheid kan verdedigen, zodat de procesgang haar rechten van verdediging schendt.

Hij besluit dan ook dat er thans een procesrechtelijk beletsel bestaat om de gevoegde klachten ten gronde te behandelen.

32. De Raad merkt tenslotte op dat het desgevallend aan de klagende partijen staat om, indien de door hen aangevoerde feiten sinds juni 1997 niet aan relevantie hebben ingeboet, de mededingingsautoriteiten opnieuw te adiëren betreffende de ten laste van de Orde van Architecten geïncrimineerde praktijken.

Op deze gronden,

#### Besluit de Raad voor de Mededinging:

1. De klachten in de gevoegde zaken waarvan de nummers in de hoofding van deze beslissing worden vermeld zijn ontvankelijk.
2. De rechten van verdediging staan er als procesrechtelijk beletsel aan in de weg dat alsnog over de gegrondheid van deze klachten wordt beslist.

Aldus uitgesproken op 4 juli 2002 door een kamer van de Raad samengesteld uit: de heer Paul Blondeel, Kamervoorzitter, de heer Geert Zonnekeyn, de heer Frank Deschoolmeester en de heer Wouter Devroe, Raadsleden.

## **Beslissing nr. 2002-C/C-52 van 5 juli 2002**

INZAKE:

N.V. L.S.G. SKY CHEFS BELGIUM, met maatschappelijke zetel te 1930 Zaventem, Brussels Airport, Gebouw 53

EN

Mr. Van Buggenhout en mr. D'Ieteren qq., advocaten te Brussel, curatoren van de NV SABENA, met zetel te 1200 Brussel, E.Mounierlaan 2, failliet verklaard bij vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Brussel dd.7 november 2001 (hierna genoemd Sabena);

Gelet op de Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (hierna W.B.E.M.);

Gezien de aanmelding aan het Secretariaat van de Raad voor de Mededinging van een concentratie op 13 juni 2002;

Gezien de mededeling voor onderzoek door het Secretariaat van de Raad voor de Mededinging aan het Korps van Verslaggevers conform artikel 32 bis §1 van de W.B.E.M. op 17 juni 2002;

Gezien het onderzoeksdossier van de Dienst voor de Mededinging, zoals medegedeeld aan de Verslaggever op 25 juni 2002;

Gezien het gemotiveerd verslag van de Verslaggever in toepassing van artikel 32 §2 van de W.B.E.M. opgesteld op 25 juni 2002 en betekend aan de Raad voor de Mededinging op 26 juni 2002;

Gehoord ter zitting van 5 juli 2002:

- De heer Bert Stulens, verslaggever;
- De heer Johan Isselée en de heer Patrick Coppé, namens de Dienst;
- Mr. Catriona Hatton en mr. Wim Nauwelaerts, advocaten te Brussel, namens de aanmeldende partijen, die per schrijven dd. 5 juli 2002 verklaren afstand te doen van de termijn voorzien in artikel 32 bis §3 van de W.B.E.M.;

### **1. De aanmeldende en betrokken partijen.**

Als koper treedt op de N.V. L.S.G. Sky Chefs Belgium (hierna L.S.G.Belgium). L.S.G. Belgium is een recent opgerichte Belgische dochtervennootschap van L.S.G. Lufthansa Service Europa / Afrika GmbH (Duitsland), dat zelf een 100% dochter is van L.S.G. Lufthansa Service Holding AG. Deze holding is integraal eigendom van Deutsche Lufthansa A.G. L.S.G. Lufthansa Service Holding is wereldwijd actief in het verstrekken van cateringdiensten aan luchtvaartmaatschappijen (in-flight catering) en in mindere mate aan restaurants in luchthavens.

Als verkoper treedt op de N.V. Sabena. De N.V. Sabena was de belangrijkste Belgische luchtvaartmaatschappij toen het bij vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Brussel dd.7 november 2001 failliet verklaard werd. Eén van de kernactiviteiten van Sabena bestond uit het verstrekken van cateringdiensten aan boord van vliegtuigen en andere cateringdiensten in de luchthaven van Brussel via haar lokale bedrijfsafdeling die zich specialiseert in het verstrekken van cateringdiensten.

De overgenomen activiteit betreft het verwerven van sommige activa van de business unit "Sabena catering". In het bijzonder wenst de koper de volgende activa te verwerven: enerzijds de in-flight catering van Sabena en anderzijds de provisieshop van Sabena. De "in-flight catering" omvat het verstrekken van cateringdiensten aan boord van vliegtuigen zowel binnen de eigen groep als voor derde-luchtvaartmaatschappijen. De provisieshop is een winkel die zich op de Brusselse luchthaven bevindt, waar enkel het cabinepersoneel van vliegtuigmaatschappijen vooral luxeartikelen kan bestellen.

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

## 2. De aanmeldingsplicht – overeenkomst van concentratie.

De aanmeldende partijen hebben een ontwerpovereenkomst aangemeld (het ontwerp vermeldt als datum 23 mei 2002) waaruit blijkt dat de overeenkomst betrekking heeft op een overname van sommige activa van Sabena Catering, in het bijzonder de activa die betrekking hebben op de in-flight catering en de provisieshop.

Uit de overeenkomst blijkt dat de overname ook betrekking heeft op de overdracht van de licenties die BIAC heeft verleend aan Sabena voor de uitvoering van de cateringdiensten als onderdeel van de grondafhandeling. Deze licenties worden door BIAC toegekend op grond van het K.B. van 12 november 1998 betreffende de toegang tot de grondafhandelingsmarkt op de luchthaven Brussel-Nationaal. De overdracht van de licentie is op grond van het K.B. van 12 november 1998 en de concessieovereenkomst van 1 augustus 2001 afhankelijk van de goedkeuring van de luchthavenbeheerder BIAC.

De koper zal na het sluiten van een definitieve overeenkomst, de volle eigendom verwerven van de bedoelde activa.

Bovenvermelde operatie is een concentratie in de zin van artikel 9 §1 b) en artikel 9 §3 van de W.B.E.M.

Partijen hebben van de mogelijkheid gebruik gemaakt om een ontwerpovereenkomst aan te melden overeenkomstig artikel 12 §1 van de W.B.E.M., waarbij de aanmeldende partijen uitdrukkelijk verklaard hebben dat zij de intentie hebben om een overeenkomst te sluiten die op de mededingingsrechtelijke relevante punten niet merkbaar verschilt van het aangemelde ontwerp.

Ter zitting hebben de aanmeldende partijen de definitieve overeenkomst ondertekend op 26 juni 2002, neergelegd.

Uit de voorgelegde omzetcijfers van de betrokken ondernemingen blijkt dat de drempels voorzien in artikel 11 §1 van de W.B.E.M. werden overschreden, zodat de concentratie diende aangemeld te worden. Op grond van artikel 46 §1 van de W.B.E.M. is de "omzet" bedoeld bij artikel 11 van de W.B.E.M., de totale omzet, gerealiseerd tijdens het vorig boekjaar in België (vergelijk tevens punt 24 en 25 van de Mededeling van de Europese Commissie betreffende de berekening van de omzet, Pb.C, 66/25 van 2 maart 1998). Ten onrechte houden de aanmeldende partijen, voor de berekening van de omzet van Sabena Catering, geen rekening met de omzet van de luchtvaartmaatschappijen die in 2002 geen klant meer bij Sabena zijn (vergelijk punt 28 van de Mededeling van de Europese Commissie betreffende de berekening van de omzet, reeds geciteerd, waarin gesteld wordt: Andere factoren die een tijdelijke invloed op de omzet kunnen hebben, ..., zullen voor de berekening van de omzet niet in aanmerking worden genomen). Op grond van artikel 46 §1 van de W.B.E.M. dient de omzet van het vorig boekjaar in België, in casu het jaar 2001, als basis gehanteerd te worden voor de berekening van de omzetrempels. Hierbij dient enkel de omzet gerealiseerd met Swissair, Sabena Airlines en Sobelair buiten beschouwing gelaten te worden, gezien deze tot de "intra-groep"-omzet behoort (vergelijk punt 22 en 23 van de Mededeling van de Europese Commissie betreffende de berekening

van de omzet, reeds geciteerd, waar de interne omzet van de betrokken ondernemingen evenmin in rekening wordt gebracht).

De concentratie is bijgevolg aanmeldingsplichtig.

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

### 3. De marktafbakening.

#### 3.1. De relevante productmarkten.

De Raad voor de Mededinging is van oordeel dat de relevante productmarkt voor de beoordeling van de huidige concentratie de markt van de catering betreft. (vergelijk punt 11 van de bijlage van de Richtlijn van de Raad 96/67/ EG van 15 oktober 1996 betreffende de toegang tot de grondafhandelingsmarkt op de luchthavens van de Gemeenschap, die de catering als afzonderlijke grondafhandelingsdienst vermeldt).

De Raad merkt hierbij op dat de Europese Commissie de in-flight cateringdiensten als een aparte relevante productmarkt heeft beschouwd (zie Beslissing van de Europese Commissie van 1 juni 2001, zaak Comp /M/2190 – LSG /OFSI).

Bovendien beantwoordt deze marktafbakening tevens aan de economische realiteit, gezien er een afgescheiden omzetcijfer kan toegewezen worden aan de business unit "catering" van Sabena.

Tenslotte aanvaarden de aanmeldende partijen zelf deze marktafbakening in hun aanmelding.

Een verdere opsplitsing tussen de "economy-business /first class" of tussen de lange en korte vluchten dringt zich niet op inzake de cateringdiensten nu deze diensten op zichzelf voldoende homogeen zijn. Bovendien werd een dergelijke opsplitsing evenmin weerhouden door de Europese Commissie (Beslissing van de Europese Commissie van 1 juni 2001, zaak Comp /M-2190-LSG-OFSI).

De relevante productmarkten voor deze concentratie zijn bijgevolg de in-flight cateringdiensten en de provisieshop.

#### 3.2. De relevante geografische markt.

Uit de beslissingspraktijk van de Europese Commissie kan afgeleid worden dat de Europese Commissie geneigd lijkt om de geografische markt voor de grondafhandelingsdiensten en de in-flight cateringdiensten in het algemeen te beperken tot een bepaalde luchthaven, gezien de luchtvaartmaatschappijen doorgaans niet wisselen van luchthaven met de bedoeling een goedkopere cateringservice te bekomen. Toch heeft de Europese Commissie het niet nodig geacht om een definitief antwoord te geven op de vraag welke de exacte geografische markt is voor de grondafhandelingsdiensten noch voor de in-flight catering. (zie Beslissing van de Europese Commissie van 6 juli 1998, zaak nr. IV/M 1124, Maersk Air/ LFV Holding; Beslissing van de Europese Commissie dd. 30 juni 1998, zaak nr. IV /M.1165-Lufthansa /Menzies /LCC; Beslissing van de Europese Commissie van 1 juni 2001, zaak nr. Comp /M.2190, reeds geciteerd).

De aanmeldende partijen zijn van oordeel dat de geografische markt ruimer moet afgebakend worden dan de afzonderlijke luchthavens. Zij spreken over een "Belgische Luchthaven Systeem" dat zowel de luchthaven van Zaventem als de kleinere regionale luchthavens omvat.

De Raad voor de Mededinging sluit zich aan bij de beslissingspraktijk van de Europese Commissie en meent dat de geografische markt voor in-flight catering in beginsel beperkt blijft tot een bepaalde luchthaven, waarop evenwel uitzonderingen kunnen bestaan. De Raad is echter van oordeel dat zij



zich niet nader dient uit te spreken over de omschrijving van de geografische markt met het oog op de beoordeling van deze concentratie, nu de operatie niet zal leiden tot het ontstaan of het versterken van een machtspositie.

### 3.3. De marktaandelen.

Inzake de marktaandelen dient vooraf opgemerkt te worden dat, op grond van het K.B. van 12 november 1998 betreffende de toegang tot de grondafhandelingsmarkt op de luchthaven Brussel-Nationaal, de luchthavenautoriteit het maximum aantal toegestane grondafhandelaars aan derden zelf kan bepalen. Wat de catering betreft heeft BIAC enkel een concessie verleend aan Sabena en Avia Partner. Er dient derhalve opgemerkt te worden dat de totale markt beheerst wordt door twee spelers, Sabena en Avia Partner.

Uit de ons verstrekte gegevens blijkt dat, terwijl Sabena over een aanzienlijk marktaandeel beschikte tot en met 2000, dit marktaandeel echter in belangrijke mate gedaald is in 2001 ten gevolge van de gebeurtenissen van 11 september 2001 en de faillietverklaring van Sabena op 7 november 2001.

De neerwaartse evolutie van de omzet in 2001 zorgt er alleszins voor dat het marktaandeel van Sabena Catering thans aanmerkelijk lager is dan in het verleden, doch dit marktaandeel ligt nog steeds tussen de 25 en de 50%.

Een verdere inschatting van de marktaandelen van de doelonderneming is niet van essentieel belang, vermits door de operatie de marktstructuur niet wordt gewijzigd. De markt blijft immers ook na de concentratie een niet-vrije gereguleerde markt, waarbij het aantal spelers op wettelijke basis beperkt wordt door het K.B. van 12 november 1998.

## 4. Economische analyse van de betrokken markten.

4.1. Aangezien Lufthansa thans nog niet actief is op de Belgische markt van de in-flight cateringdiensten, bestaat er geen horizontale relatie tussen partijen en is er geen horizontale betrokken markt. Daarentegen is er wel een verticale relatie tussen de activiteiten van L.S.G. Lufthansa Service Holding en de overgenomen Sabena Catering, vermits deze laatste een leverancier is van cateringdiensten aan L.S.G. Lufthansa Service Holding. Er vindt derhalve op het vlak van de cateringdiensten een verticale integratie binnen de Lufthansa Groep plaats.

Hoger werd reeds opgemerkt dat het aandeel van Sabena Catering tussen de 25 en 50% ligt, terwijl de aanmeldende partijen bij schrijven dd.19 juni ll. meedeelden dat het marktaandeel van Deutsche Lufthansa AG voor luchtvervoer van passagiers vanuit de Brusselse luchthaven minder dan 10% bedraagt.

Er dient derhalve vastgesteld te worden dat er een verticale betrokken markt bestaat.

4.2. Op grond van artikel 10 §3 en 4 van de W.B.E.M. moeten concentraties beoordeeld worden rekening houdend met de machtspositie die zij in het leven roepen of versterken en die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de nationale markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd.

De Raad is van oordeel dat door huidige concentratie geen machtspositie in het leven wordt geroepen of versterkt.

Vooreerst dient immers opgemerkt te worden dat de marktstructuur ongewijzigd blijft.

Voorts dient vastgesteld te worden dat de concentratie de mededinging tussen de twee enige spelers op de markt (Sabena Catering en Avia Partners) eerder zal versterken, gelet op het faillissement van Sabena waardoor de positie van Sabena Catering sterk verzwakt werd.

Bovendien zal de overname beletten dat één van de twee spelers op de cateringmarkt definitief zou verdwijnen ten gevolge van het faillissement van de N.V. Sabena.

Er dient tevens vastgesteld te worden dat Sabena Catering (in tegenstelling tot concurrent Avia Partner) geen zogenaamde "package deals" kan sluiten met vliegtuigmaatschappijen, waardoor geïntegreerde service met betrekking tot de grondafhandelingsdiensten kan aangeboden worden. Voor de concurrentiepositie van Sabena Catering is het derhalve een goede zaak dat ze overgenomen wordt door een internationale groep met een sterke internationale reputatie, waardoor het nadeel op nationaal vlak (als gevolg van het niet kunnen afsluiten van "package deals") gecompenseerd wordt.

Tenslotte kan opgemerkt worden dat concurrent Avia Partner klaarblijkelijk geen opmerkingen geformuleerd heeft na de publicatie van de aanmelding van huidige concentratie in het Belgisch Staatsblad, noch hebben andere belanghebbende enige opmerkingen overgemaakt.

Besluitend is de Raad voor de Mededinging van oordeel dat de aangemelde concentratie geen machtspositie in het leven roept of versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging in de zin van artikel 10 §3 van W.B.E.M. op de nationale markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd.

De voorgelegde concentratie kan dan ook toegelaten worden conform artikel 33 §2.1 a) van de W.B.E.M.

Om deze redenen

#### De Raad voor de Mededinging

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

Stelt vast dat de betrokken concentratie aanmeldingsplichtig is en conform artikel 33 §1, 1 van de W.B.E.M. binnen het toepassingsgebied van de Wet valt;

Verklaart de concentratie toelaatbaar conform artikel 33 §2, 1 a) en artikel 10 §3 van de W.B.E.M.;

Aldus uitgesproken op 5 juli 2002 door de Kamer van de Raad voor de Mededinging, samengesteld uit: mevrouw Béatrice Ponet, Kamervoorzitter; de heren Geert Zonnekeyn, Frank Deschoolmeester en Eric Mewissen, leden van de Raad.

## **Décision n°2002-C/C-53 du 9 juillet 2002**

Affaire CONC-C/C-02/0028 : Banque Cortal – Cortal Belgique

Vu la notification de concentration déposée le 13 mai 2002 par les parties notifiantes ;

Vu le rapport motivé déposé le 21 juin 2002 pour le corps des rapporteurs ;

Entendu à l'audience du 9 juillet 2002 :

- Monsieur Patrick Marchand pour le corps des rapporteurs ;
- Maître Yves Brulard, représentant commun des parties notifiantes ;

### **I. Description des entreprises**

#### **- L'acquéreur**

S.A. Banque Cortal (ci-après Banque Cortal) est une société anonyme de droit français, agréée au titre de banque par l'autorité de contrôle de son pays.

Elle est détenue par BNP Paribas S.A. (ci-après BNP), société anonyme de droit français, banque agréée par l'autorité de contrôle de son pays.

#### **- Le vendeur**

Artesia Banking Corporation S.A. (ci-après Artésia) est une société anonyme de droit belge, agréée comme banque par l'autorité de contrôle de son pays.

#### **- La société cible**

Cortal Belgique S.A. (ci-après Cortal Belgique) est une société anonyme de droit belge. Elle a pour activité la distribution de produits financiers sans intermédiaires, s'adressant directement à l'épargnant particulier pour des produits à court terme, des fonds d'investissement, de l'assurance-vie et du courtage en bourse.

Cortal Belgique exerce plus particulièrement l'activité d'agent délégué au sens de la circulaire B95/3 de la Commission Bancaire et financière (CBF). En vertu de cette directive, un agent délégué ne peut, à l'exception de l'activité en matière de prêt et de leasing, représenter qu'un seul établissement de crédit au niveau de l'activité bancaire. En l'espèce, Cortal Belgique représente actuellement, de manière exclusive, Artesia.

La clientèle contactée par l'intermédiaire de Cortal Belgique fait donc, selon les parties, part intégrante du fonds de commerce de Cortal Belgique, et ceci en vertu du contrat d'agent délégué conclu entre les parties.

### **II. Description de l'opération**

La notification a pour objet une opération de concentration qui concerne l'acquisition par Banque Cortal de 60 % des actions de Cortal Belgique, [CONFIDENTIEL].

Banque Cortal possède déjà 40 % des actions de Cortal Belgique. Ce pourcentage passera donc, suite à la réalisation de l'opération de concentration, à 100 %.

Le but de la concentration est de permettre à Banque Cortal de prendre le contrôle de l'agent délégué à qui elle référerait, grâce à son nom et à ses techniques commerciales, les clients qu'elle parvenait à recruter, en rattachant désormais à Banque Cortal les comptes clients gérés pour eux.

Cortal Belgique restera donc l'agent délégué, au sens de la circulaire de la CBF, d'un seul établissement bancaire, en l'espèce Banque Cortal, laquelle a obtenu du CECEI l'autorisation d'établir une succursale en Belgique, ladite autorisation ayant été notifiée à la CBF.

### III. Instruction

La notification a été effectuée le 13 mai 2002 de façon incomplète. Le rapporteur a de ce fait invité par courrier du 15 mai 2002 le représentant des parties notifiantes à compléter celle-ci.

Le 22 mai 2002, ce dernier a transmis par recommandé une partie des renseignements demandés, sans toutefois produire une copie complète de la convention qui faisait l'objet de la notification. Il argumentait que cette convention contenait des secrets d'affaires que les parties notifiantes ne souhaitaient pas révéler (et notamment le prix de la transaction). Par ailleurs, le représentant commun déclarait ne pas trouver "dans l'arrêté royal l'obligation de faire autant de copies des annexes qu'il n'y a de copies de la notification".

Par lettre du 24 mai 2002, le rapporteur réitère sa demande, en précisant les bases légales, à savoir l'article 3, de l'arrêté royal du 23 mars 1993 relatif à la notification des concentrations d'entreprises.

Le 28 mai 2002 le représentant commun transmet les documents demandés, à l'exception des annexes à la convention ainsi que des bilans 2001 des différentes filiales et succursales de BNP Paribas sur le sol belge.

Les difficultés rencontrées par le Service de la concurrence et le corps des rapporteur pour se faire communiquer les informations et les pièces indispensables à l'analyse de la concentration notifiée ont été soulignées par le rapporteur. Celui-ci propose de ce fait au Conseil d'infliger une amende de principe aux parties notifiantes en application de l'article 37, § 1er, b de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 1er juillet 1999, pour leur manque de collaboration.

Il ressort à suffisance du dossier d'instruction, notamment les courriers échangés entre les autorités chargées de l'instruction et les parties que ces dernières ont montré très peu de bonne volonté pour fournir les informations qui leur était demandées, contraignant par la même l'instruction du dossier et perturbant le travail du rapporteur.

L'instruction d'audience n'a fait que confirmer ce manque de collaboration.

Il apparaît en conséquence opportun d'infliger une amende aux parties notifiantes. Cependant, au vu de la faible importance de l'opération concernée et dont l'admissibilité sera discutée ci-après, le Conseil de la concurrence estime devoir fixer le montant de cette amende à la somme de 6.000 euros.

### IV. Champ d'application

Les sociétés précitées sont des entreprises au sens de l'article 1er de la loi sur la protection de la concurrence économique et l'opération notifiée est une opération de concentration au sens de l'article 9 de la loi précitée.

L'article 11 de la loi dispose que la concentration tombe dans le champ d'application de la loi dès lors que les entreprises concernées totalisent ensemble en Belgique un chiffre d'affaires de plus de 40 millions d'euros et qu'au moins deux des entreprises concernées réalisent chacune en Belgique un chiffre d'affaires d'au moins 15 millions d'euros.

En vertu de l'article 46 § 3.a de la loi, ces chiffres d'affaires sont cependant remplacés pour les banques, les établissements de crédit et autres établissements financiers, par le dixième du total des bilans.

Pour ce qui concerne l'acquéreur, même en se référant aux seules activités bancaires, les seuils sont largement dépassés .

Quant à la société cible, Cortal Belgique, le dixième du total du bilan de l'exercice 2001 n'atteint pas le seuil de 15 millions d'euros. Cependant, outre la prise de contrôle de Cortal Belgique par Banque Cortal, l'opération de concentration concerne aussi l'acquisition concomitante des comptes clients attachés aux clients de Cortal Belgique, comptes détenus actuellement par Artesia et devant, suite à la réalisation de l'opération de concentration, être transférés à l'acquéreur ou à une entité désignée par lui à la date du closing. Suivant les parties, ces comptes représentent, en 2001, 472.223.465 d'euros.

Dans la mesure où le transfert de ces comptes doit être considéré comme la cession d'une branche d'activités relative à des activités bancaires et en vue de déterminer si les seuils visés par l'article 11 de la loi sont atteints, il y a lieu de considérer le dixième de ces montants, soit 47.222.347 d'euros. En effet, l'encours total des comptes en cause serait venu s'ajouter au total du bilan relatif à l'activité transférée si un tel bilan avait existé.

## V. Marchés en cause

Le secteur économique concerné par la concentration est le secteur bancaire (intermédiation financière, code NACE 65).

### - Marché de services en cause

Trois grands secteurs sont traditionnellement distingués au niveau des activités bancaires :

- les services bancaires de détail à l'attention des particuliers et des ménages (" banque de détail ");
- les services bancaires aux entreprises (" banque commerciale ");
- et les opérations sur les marchés financiers (" banque d'investissement ").

Les services bancaires à l'attention des particuliers et des ménages constituent la " banque de détail ". Selon les parties, au sein de ces services se différencient les services de banque universelle de ceux de " private banking ", ces deux formes de services ne visant en effet pas le même type de clientèle.

L'opération de concentration ne met en cause que le marché relatif aux services prestés dans le cadre de la banque universelle. Les services entrant dans " la banque universelle " regroupent les activités liées aux systèmes de paiement (comptes à vue) et les activités connexes, les comptes courants, les comptes de dépôt, l'épargne (comptes à vue, bons de caisse, livrets et comptes à terme), l'épargne hors bilan (sicav, fonds communs de placement et fonds de pension), et les crédits aux particuliers (les prêts à la consommation et autres financements, les prêts hypothécaires). Ce marché est de dimension nationale.

## VI. Analyse concurrentielle

### - Estimation de la valeur du marché en cause et position des parties sur ce marché

L'estimation du marché belge des services de " banque universelle " peut, selon les parties, être considérée en fonction du nombre de comptes bancaires ouverts ou en fonction du volume des encours gérés sur ces comptes.

L'Association belge des banques indique qu'en 1998, le nombre de comptes ouverts était de 32.948.000.

La même association a évalué, pour l'exercice 2000, l'encours total géré sur ces comptes à 595.053 millions d'euros, et ceci pour 119 établissements bancaires. Parmi ces derniers, quatre établissements couvraient, chacun pris isolément, plus de 10 % de parts de marché en matière de banque universelle en 2000 :

- Fortis Banque (195 109 millions € soit 32,8 % de parts de marché);
- KBC Bank (107 248 millions € soit 18,2 % de parts de marché);
- Dexia Banque Belgique (93 715 millions € soit 15,8 % de parts de marché);
- Banque Bruxelles Lambert (62 378 millions € soit 10,5 % de parts de marché).

Ces quatre seules banques prises ensemble totalisaient donc, en 2000, plus de 75 % de parts de marché.

Quant aux activités bancaires de l'acquéreur en Belgique, elles sont peu importantes, BNP Paribas se classant en cinquantième position et BNP Securities Services en quatre-vingt-huitième position, en terme de volume des encours gérés, avec un total de 408 millions d'euros, soit 0,07 % de parts de marché.

Même en tenant compte du transfert d'activités lié à l'opération en cause, la part de marché cumulée des parties en cause restera nettement inférieure à 1% et l'opération n'aura quasiment pas d'impact sur le marché.

#### - Appréciation

Une analyse des informations disponibles montre que la part de marché combinée des parties sur les marchés en cause n'atteignent pas 25%. Il n'y a dès lors pas de marché concerné au sens de la loi.

En outre, la modification de part de marché résultant de l'opération - part déjà très peu importante au départ- est insignifiante.

Par ces motifs,

#### Le Conseil de la concurrence

- inflige une amende de 6.000 euros aux parties notifiantes, pour leur manque de collaboration, en application de l'article 37, § 1er, b de la loi ;
- constate que la concentration en cause tombe dans le champ d'application de la loi ;
- constate que la concentration notifiée n'aura pas pour effet l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante qui entrave de manière significative une concurrence effective sur le marché belge en cause ou sur une partie substantielle de celui-ci ;
- la déclare admissible, conformément aux articles 33 § 1er et 33, §2, 1.a de la loi.

Ainsi décidé le 9 juillet 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Jacques Schaar, président de chambre, de Madame Dominique Smeets, et de Messieurs Eric Balate et David Szafran, membres.

## **Décision n°2002-C/C-54 du 9 juillet 2002**

Affaire CONC-C/C- 02/0031: Advent International Corporation – Viatris

Vu la notification de concentration déposée au secrétariat du Conseil de la concurrence par les parties notifiantes en date du 24 mai 2002 ;

Vu le rapport du rapporteur du 17 juin 2002 ;

Entendu à l'audience du 9 juillet 2002 :

- Monsieur Patrick Marchand pour le corps des rapporteurs ;
- Maître Jacques Derenne, représentant commun des parties notifiantes ;

### **I. Description des entreprises**

#### **- Acquéreur**

Advent International Corporation (ci-après AIC) est une société constituée selon les lois de l'Etat du Delaware (Etats-Unis).

AIC est une société de capital-investissement ayant pour activités la gestion de fonds d'investissement et la fourniture de conseils en investissements.

AIC détient, par l'intermédiaire d'associés commandités et de fonds d'investissement, des participations majoritaires ou minoritaires dans plus d'une centaine de sociétés-portefeuilles opérant sur tous les marchés de biens et services, et notamment dans le secteur des produits pharmaceutiques.

#### **[CONFIDENTIEL]**

#### **- Vendeur**

Degussa AG (ci-après Degussa) est une société de droit allemand.

Degussa est active dans le secteur de la chimie (troisième société chimique allemande et septième mondiale). Elle fait partie du groupe E.ON (groupe diversifié dans de multiples secteurs).

#### **- Société cible**

L'objet de la transaction entre Degussa et AIC est le transfert des actions des sociétés du groupe Viatris. Ce groupe est constitué de plusieurs sociétés actuellement contrôlées indirectement (via Asta Medica GmbH pour les sociétés établies en Europe) par Degussa.

Les activités du groupe Viatris incluent le développement, la production, la vente et la distribution de médicaments disponibles sur ordonnance ou en vente libre. Ces médicaments concernent, pour l'essentiel, les indications thérapeutiques suivantes :

- troubles respiratoires / allergies;
- anti-douleurs / neurologie;
- dermatologie / hygiène;
- et régulation métabolique.

En Belgique, le groupe Viatris est actif au travers de la société S.A. Viatris dont le siège est établi à Bruxelles.

La présente notification concerne le transfert des actions de la société anonyme de droit belge Viatris.

## II. Description de l'opération

La notification a pour objet une opération de concentration par laquelle douze fonds d'investissement conseillés par AIC vont acquérir indirectement le contrôle des sociétés du groupe Viatris, suivant un accord signé le 17 mai 2002.

Les actions détenues par les filiales de Degussa dans les sociétés du groupe Viatris aux Etats-Unis seront cédées à une société américaine créée pour l'occasion et contrôlée par AIC par l'intermédiaire de plusieurs fonds d'investissement conseillés par AIC et dont AIC est le general partner.

En ce qui concerne les activités du groupe Viatris autres que celles implantées aux Etats-Unis, l'opération de concentration sera réalisée par l'intermédiaire [CONFIDENTIEL].

La société belge S.A. Viatris fera partie des sociétés ainsi acquises par AIC via [CONFIDENTIEL].

A l'issue de l'opération, AIC contrôlera indirectement la totalité du capital des sociétés du groupe Viatris. [CONFIDENTIEL]

La transaction est subordonnée à un certain nombre de conditions suspensives, et en particulier à son approbation par les autorités de concurrence de Belgique, d'Allemagne, d'Autriche, du Brésil, d'Espagne et du Portugal, auxquelles la présente opération sera également notifiée. Aux dires du représentant commun des parties, l'autorité de concurrence allemande a marqué son accord et l'autorité de concurrence du Portugal devrait prendre la même décision.

Les sociétés précitées sont des entreprises au sens de l'article 1er de la loi sur la protection de la concurrence économique et l'opération notifiée est une opération de concentration au sens de l'article 9 de la loi précitée.

AIC a réalisé, en 2001, en Belgique, un chiffre d'affaires de [CONFIDENTIEL] millions d'euros et S.A. Viatris un chiffre d'affaires de [CONFIDENTIEL] millions d'euros.

L'article 11 de la loi dispose que la concentration tombe dans le champ d'application de la loi dès lors que les entreprises concernées totalisent ensemble en Belgique un chiffre d'affaires de plus de 40 millions d'euros et qu'au moins deux des entreprises concernées réalisent chacune en Belgique un chiffre d'affaires d'au moins 15 millions d'euros.

Les seuils visés à l'article 11 sont donc atteints.

## III. Marchés en cause

Le secteur économique concerné par la concentration est le secteur pharmaceutique (fabrication de produits pharmaceutiques, code NACE 24.42 et commerce de gros de produits pharmaceutiques, code NACE 51.46).

### - Marchés de produits en cause

En Belgique, le groupe Viatris est notamment présent sur les marchés des produits antiseptiques et désinfectants, des antidouleurs, des produits neurologiques et des produits ophtalmologiques. La concentration aura une incidence sur 4 marchés non concernés sur lesquels les sociétés du groupe Viatris effectuent l'essentiel de leurs ventes.

Les parties notifiantes définissent les marchés belges visés par cette opération de concentration en référence à la classification " Anatomical Therapeutic Chemical " (ATC).



Viatris commercialise en Belgique, des spécialités correspondant aux quatre marchés de produits suivants, les autres ventes étant d'un montant négligeable:

6. le marché des analgésiques (opioïdes et autres analgésiques et antipyrétiques, sous-classes N2A et N2B);
7. le marché des antiparkinsoniens (classe N4A);
8. le marché des produits antiseptiques et désinfectants tant dermatologiques que buccaux (sous-classes A1A et D8A);
9. le marché des produits ophtalmologiques (classe S1).

L'association professionnelle AGIM (cf. doc. 16) et le concurrent Roche (cf. doc. 14) sont d'accord avec les définitions de marché proposées par les parties. L'AGIM confirme aussi que les ventes pharmaceutiques du groupe Viatris en Belgique, en dehors des quatre marchés mentionnés par les parties, sont négligeables.

#### - Marché géographique concerné

Pour ces quatre marchés, le marché géographique à considérer est l'ensemble du territoire belge.

### IV. Analyse concurrentielle

#### - Position des parties et de leurs concurrents sur ces marchés en Belgique

Suivant les affirmations des parties, il n'existe aucun marché de produit en cause sur lesquels AIC et le groupe Viatris exercent ensemble des activités et ce, quelle que soit la nature, horizontale ou verticale, des relations possibles entre les parties.

Seul le groupe Viatris est actuellement présent sur les quatre marchés belges en cause. En outre, les sociétés pharmaceutiques contrôlées par AIC ne sont pas actives en Belgique (ni même ailleurs) sur les marchés de produits en cause.

#### - Le marché des analgésiques

La valeur du marché belge des produits analgésiques est estimé, selon les parties, à 95,847 millions d'euros.

Sur ce marché, le groupe Viatris commercialise du MS Contin, du Tradonal et, plus marginalement, du MS Direct et du Codicontin. Les ventes du groupe sont estimées, suivant les parties, à [CONFIDENTIEL] millions d'euros, ce qui correspond à une part de marché de [CONFIDENTIEL - moins de 5%].

#### - Le marché des antiparkinsoniens

La valeur du marché belge des antiparkinsoniens est estimé, selon les parties, à 14,613 millions d'euros.

Sur ce marché, les ventes du groupe sont estimées, suivant les parties, à [CONFIDENTIEL] millions d'euros, ce qui correspond à une part de marché de [CONFIDENTIEL - de 10 à 20%].

#### - Le marché des produits antiseptiques et désinfectants tant dermatologiques que buccaux

La valeur du marché belge des produits antiseptiques et désinfectants est estimé, selon les parties, à 12,219 millions d'euros.

Sur ce marché, le groupe Viatris commercialise de l'Iso-Betadine et plus marginalement du Betadermyl. Les ventes du groupe sont estimées, suivant les parties, à [CONFIDENTIEL] millions d'euros, ce qui correspond à une part de marché de [CONFIDENTIEL - de 30 à 45%].

#### - Le marché des produits ophtalmologiques

La valeur du marché belge des produits ophtalmologiques est estimée, selon les parties, à 23,998 millions d'euros.

Sur ce marché, le groupe Viatris commercialise du Carteol et plus marginalement d'autres produits, notamment du Pranox, du De Icol et du Lacrystat. Les ventes du groupe sont estimées, suivant les parties, à [CONFIDENTIEL]millions d'euros, ce qui correspond à une part de marché de [CONFIDENTIEL - de 10 à 20%].

#### - Appréciation

En ce qui concerne les quatre marchés belges visés par la concentration, le Conseil constate l'absence de chevauchements - et ce, quelle que soit la nature, horizontale ou verticale, des relations entre les parties - entre les activités du repreneur et celles de la société cible.

AIC n'étant pas présent sur les marchés en cause, les parts de marché resteront inchangées après l'opération et il n'y a pas de marché concerné au sens de la loi.

Le Conseil relève en outre qu'aucun des acteurs interrogés par le Service de la concurrence n'a émis de remarques quant à cette concentration.

Par ces motifs,

#### Le Conseil de la concurrence

- constate que la concentration en cause tombe dans le champ d'application de la loi ;
- constate que la concentration notifiée n'aura pas pour effet l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante qui entrave de manière significative une concurrence effective sur le marché belge en cause ou sur une partie substantielle de celui-ci ;
- la déclare admissible, conformément aux articles 33 § 1er et 33, §2, 1.a de la loi.

Ainsi décidé le 9 juillet 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Jacques Schaar, président de chambre, de Madame Dominique Smeets, et de Messieurs Eric Balate et David Szafran, membres.

## **Décision n°2002-C/C-55 du 9 juillet 2002**

### **Affaire CONC-C/C-02/32 : BARRY CALLEBAUT AG / STOLLWERCK AG**

Vu la notification de concentration déposée le 24 mai 2002 au secrétariat du Conseil de la concurrence par les parties notifiantes ;

Vu le rapport établi par Monsieur Patrick Marchand, rapporteur, en date du 21 juin 2002 ;

Entendu à l'audience du 9 juillet 2002 :

- Monsieur Patrick Marchand pour le corps des rapporteurs ;
- Maître Nathalie Flandin, représentant commun des parties notifiantes ;

### **I. Description des entreprises**

#### **- Acquéreur**

Barry Callebaut AG (ci-après Barry Callebaut) est une société de droit suisse. Elle est active dans l'industrie du cacao et du chocolat, en ce compris le concassage et le broyage de fèves de cacao. Elle fabrique et vend du chocolat de couverture ainsi que des produits finis à base de chocolat.

Barry Callebaut a deux filiales en Belgique:

- Barry Callebaut Services NV. Cette société de services est le centre de coordination du groupe, sans activités commerciales.
- Barry Callebaut Belgium NV reprend toutes les activités commerciales en Belgique. Elle fabrique, à partir des fèves de cacao, la masse de cacao ainsi que le beurre et la poudre de cacao afin de procéder, par la suite, à la fabrication du chocolat de couverture destiné aux industriels ainsi qu'au marché artisanal.

Barry Callebaut est une filiale de la société Klaus J Jacobs AG à Zurich.

#### **- Vendeur**

Imhoff Industrie Holding GmbH et Imhoff Stiftung, sociétés de droit allemand, toutes deux situées à Cologne.

#### **- Société cible**

Le groupe Stollwerck est un groupe allemand actif dans la fabrication et la distribution de chocolat.

Stollwerck AG (ci-après Stollwerck) est une société qui agit en tant que société de tête d'un groupe de sociétés actives surtout dans le secteur de la fabrication et de la distribution de produits finis à base de chocolat à la fois sur le marché intérieur et à l'étranger. Stollwerck est spécialisée dans la fourniture aux grandes chaînes de supermarchés de produits finis à base de chocolat (tablettes de chocolat, barres de chocolat, confiseries, chocolats pour les enfants, chocolats fourrés et pâtisseries).

Le groupe Stollwerck a trois filiales en Belgique:

- Jacques Chocolaterie SA. qui fabrique du chocolat de couverture.
- Stollwerck-Sprengel Belgien SA, entreprise dormante.
- Euro Confectionary Distribution SA qui gère le musée Jacques à Eupen et est la société propriétaire de toutes les marques Jacques.

Le chiffre d'affaires des sociétés belges du groupe Stollwerck ne représente que [CONFIDENTIEL]% de son chiffre d'affaires mondial.

## II. Description de l'opération

Le 26 avril 2002, Barry Callebaut a signé une convention de cession d'actions avec Imhoff Stiftung et Imhoff Industrie Holding GmbH concernant la majorité des actions de Stollwerck.

Cette acquisition sera effectuée par la société Van Houten Beteiligings AG & Co. KG, spécialement créée à cette fin. Les actions restantes feront l'objet d'une offre publique d'acquisition.

## III. Champ d'application

Les sociétés précitées sont des entreprises au sens de l'article 1er de la loi sur la protection de la concurrence économique et l'opération notifiée est une opération de concentration au sens de l'article 9 de la loi.

Les seuils de chiffres d'affaires visés à l'article 11 de la loi sont atteints.

## IV. Marchés concernés

Le secteur économique concerné est celui de l'industrie du chocolat (code NACE 15.84).

Le processus de fabrication du chocolat est traditionnellement divisé en cinq phases:

- 1. La torréfaction.
- 2. Le broyage.
- 3. Le pressage.
- 4. La fabrication du chocolat de couverture.
- 5. La confection de produits finis.

Chacune de ces étapes constitue un marché distinct.

### - Marchés de produits sur lesquels les parties sont actives

Selon les parties, Barry Callebaut est essentiellement actif dans les quatre premières phases du processus de fabrication et de façon limitée au niveau de la phase 5.

Les activités de Stollwerck concernent la phase 4 (chocolat de couverture) et principalement la phase 5 (confection de produits finis).

Seuls deux marchés de produits doivent être considérés comme des marchés concernés au sens de la loi, dès lors que les parties y disposent de plus de 25% de parts de marché:

1° le marché de la production de chocolat de couverture (relation horizontale);

2° le marché de la production des produits finis à base de chocolat "Private Label" (relation verticale).

### - Le marché du chocolat de couverture (relation horizontale)

Le marché du chocolat de couverture inclut tant le chocolat de couverture produit et vendu sur le segment du marché ouvert que le chocolat de couverture utilisé par le fabricant pour sa propre production de produits de consommation à base de chocolat (marché captif)

## - Le marché des produits finis à base de chocolat "Private Label" (relation verticale)

### A. Préambule

Les parties estiment qu'il convient de distinguer le marché des produits finis à base de chocolat distribués en nom propre du marché des produits finis "private label" en se basant sur la décision N° 4064/89 de la Commission européenne du 31/01/2001.

Bien que les parties détiennent plus de 25 % de parts de marché sur le marché des produits finis à base de chocolat "Private Label", elles n'ont pas considéré, dans le formulaire de notification, que ce marché pouvait constituer un marché concerné au sens de la loi et n'ont dès lors pas fourni de renseignements complets sur ce marché.

Le rapporteur a conclu que le marché des produits finis "Private Label" ne constituait pas un marché concerné au sens de la loi.

Il a toutefois considéré que même si les marchés des produits finis à base de chocolat n'étaient pas des marchés horizontaux concernés, ils n'en restaient pas moins des marchés verticaux concernés dans la mesure où Barry Callebaut possède une part de marché largement supérieure à 25% sur le marché du chocolat de couverture (amont) tandis que de Jacques dépasse largement les 25% sur le marché des produits finis à base de chocolat "Private Label" (aval).

### B. Marché de produits

Le marché des produits finis à base de chocolat "Private Label" concerne la production de produits de consommation chocolatés pour des grandes surfaces qui les vendent sous leurs propres marques dans leurs rayons respectifs. Ces produits peuvent être produits sous forme de tablettes, bâtons ou encore mignonnettes.

Le marché des produits finis à base de chocolat distribués en nom propre concerne la production et distribution de produits de consommation distribués sous des marques appartenant aux producteurs.

## - Marché géographique concerné

### Chocolat de couverture

Selon les parties, le marché géographique pertinent pour la production et la distribution de chocolat de couverture ne peut être limité au marché belge. Selon elles, l'ensemble des fabricants de chocolat distribuent leurs produits à travers l'Europe. Dans la mesure où 95% du chocolat de couverture vendu en Belgique est fabriqué en Belgique et où les barrières à l'entrée restent relativement importantes, le marché géographique à prendre en considération est l'ensemble du territoire belge.

### Produits finis à base de chocolat ("Private Label")

Les parties tiennent le même raisonnement pour les produits finis à base de chocolat (private label ou de marques). Toutefois, très peu de produits finis sont importés en Belgique. Si au niveau de l'offre une certaine internationalisation est à prendre en compte, il n'en reste pas moins qu'au niveau de la demande, le marché géographique reste principalement le territoire belge.

## IV. Analyse concurrentielle:

### IV. 1. Le marché du chocolat de couverture

#### - Phase d'évolution du marché

Barry Callebaut estime que le marché du chocolat de couverture a augmenté, à partir de 1990, de 2 à 3 % par an. Actuellement, ce marché est arrivé à maturité.

Selon OCG, ce marché est devenu stable après avoir été en progression durant plusieurs années de 4 % par an.

#### - Structure de l'offre

##### Concurrents

Les principaux producteurs de chocolat de couverture sur le marché belge identifiés par les parties notifiantes ainsi que les concurrents et clients interrogés sont Barry Callebaut, OCG, Belcolade, Jacques et Fruibel.

Le niveau de l'importation du chocolat de couverture sur le marché belge est minime.

##### La capacité de production

Sur la base des chiffres communiqués par les parties et les entreprises interrogées, on peut constater que l'ensemble des producteurs disposent de capacités libres relativement importantes même s'il faut relativiser ces chiffres compte tenu des pics de production en haute saison.

#### - Barrières à l'entrée

Les matières premières et l'équipement sont facilement accessibles et ne constituent pas de barrières à l'entrée.

Les contrats fournisseurs-clients sont en général conclus pour une courte durée (3 à 6 mois) et il existe également la possibilité de conclure des contrats globaux à durée limitée. Une pratique de plus en plus courante dans ce secteur est de travailler sur base de contrats globaux. Ces contrats ont une durée limitée dans le temps (entre 2 et 3 ans). Ces contrats ne lient pas les clients qui peuvent se fournir chez les concurrents. Dans le cas où le client n'achète pas le volume auquel il s'est engagé, il doit reverser une somme, peu importante à Barry Callebaut.

Le coût d'installation d'une unité de production de 20.000 T de chocolat de couverture est estimé entre 12,5 millions d'euros et 23 millions d'euros. La barrière n'est pas tant le coût de l'installation mais surtout le temps nécessaire pour que cette unité soit opérationnelle (permis de bâtir, permis d'exploitation, durée de la construction, etc.) dès lors qu'il est indispensable que cette unité de production soit installée en Belgique afin de pouvoir bénéficier du label "chocolat belge".

Le know-how au niveau de la mise au point d'une recette et sa durée de mise au point constitue une barrière à l'entrée importante. Le chocolat de couverture est fourni au client suivant des recettes standard et recettes clients qui répondent à un ensemble de caractéristiques déterminées par le client lui-même et qui font l'objet d'un cahier de charge. Pour rappel, la durée de mise au point d'une recette de chocolat de couverture peut dépasser plusieurs mois.

Une recette ne peut se résumer aux pourcentages des différents ingrédients nécessaires à sa confection (cacao, beurre de cacao, lait, ...), elle se particularise aussi par l'origine et le type des produits utilisés.

Le label "chocolat belge" conserve en outre un effet persuasif.

Toutefois, il faudra relativiser l'impact des barrières à l'entrée une fois que la directive européenne 2000/36/CE relative aux produits de cacao et de chocolat destinés à l'alimentation humaine sera entrée en application, c'est à dire au plus tard au mois d'août 2003.

#### - Intégration verticale

Selon Barry Callebaut, la plupart des grands fabricants de produits de chocolat sont intégrés verticalement. Ils sont en effet présents sur au moins 3 des 5 phases de la production de chocolat. Souvent, il s'agit des phases 3 à 5 : le marché de la production de beurre de cacao ou poudre de cacao, le marché du chocolat de couverture et le marché de produits finis à base de chocolat.

#### - Entrées sur le marché

Ces cinq dernières années, le marché a considérablement évolué puisqu'il a vu apparaître de nouveaux concurrents. C'est le cas d'OCG qui est entré sur ce marché en 1997 et qui est actuellement en phase d'expansion et de Fruibel qui est entré sur le marché en 1999.

Le développement rapide et important d'OCG sur le marché belge résulte de circonstances particulières: ce groupe a été lancé par d'anciens cadres dirigeants de la société Cocoa Barry et de la société Goemaere et a repris l'usine de production de Nestlé à Anvers. Il dispose en outre de l'expérience requise et de la connaissance du marché.

#### - Structure de la demande

La demande sur le marché du chocolat de couverture est composée de deux catégories de clients : les clients industriels et les nombreux clients artisanaux.

#### - Position dominante de Barry Callebaut

Le Conseil de la concurrence avait conclu dans ses deux décisions du 19 décembre 1996 n°96-C/C-29 et du 3 juin 1997 n°97-C/C-14 que la nouvelle entité Callebaut/Barry disposait d'une position dominante sur le marché du chocolat de couverture en Belgique.

A l'heure actuelle, Barry Callebaut détient à lui seul, une part de marché de [CONFIDENTIEL] % sur le marché.

Le plus proche concurrent de Barry Callebaut possède une part de marché estimée entre 9 et 12 %.

Les barrières à l'entrée sur ce marché demeurent nombreuses.

Barry Callebaut appartient à un groupe important, KJ Jacobs AG.

Si par rapport à la situation en 1996, la majorité des éléments sur lesquels s'appuyaient la position dominante de Barry Callebaut reste d'actualité, il y a lieu de souligner que le marché a évolué et qu'un certain nombre d'autres éléments viennent atténuer l'importance de cette position dominante: durée des contrats et possibilité de s'approvisionner auprès de concurrents, apparition d'un concurrent dynamique sur le marché (OCG), érosion des parts de marché détenues par Barry Callebaut, stabilité du marché, augmentation des capacités de production des concurrents, pression concurrentielle sur les prix.

Malgré la prise en considération de cette évolution du marché, le Conseil estime qu'il y a toujours lieu de considérer que Barry Callebaut possède avant la concentration une position dominante sur le marché belge du chocolat de couverture.

#### - Absence de renforcement de position dominante entraînant une restriction significative de la concurrence

Sur le marché ouvert du chocolat de couverture, Jacques détient une part de marché minimale qui résulte essentiellement de ventes auprès d'un nombre très restreint de clients.

La présente opération aura en théorie pour conséquence de transférer les clients de l'entreprise Jacques (filiale de Stollwerck) sur ce marché au sein du groupe Barry Callebaut faisant accroître automatiquement la part de marché de ce dernier de [CONFIDENTIEL] %. Des informations recueillies, il faut considérer cette évaluation comme un maximum.

La Commission européenne considère qu'un accroissement inférieur à 2 % peut ne pas constituer un renforcement de position dominante.

De plus, il est nécessaire de prendre en considération l'évolution des parts de marché dans le temps. Les parts de marché de Barry Callebaut sont en déclin continu depuis plusieurs années alors que les parts de marché de son concurrent le plus important sont en constante augmentation depuis 1999.

Il convient de relever que la concentration de 1996 entre Barry et Callebaut n'a pas débouché sur l'addition pure et simple des parts de marché comme le présageait le Conseil de la concurrence et que la pression concurrentielle actuelle a fait perdre à Barry Callebaut de nombreux tonnages en chocolat de couverture au profit de ses concurrents directs.

A cet égard, il y a lieu de relever que les parts de marché de son concurrent le plus direct ont presque doublé en trois ans et que la capacité de production de ce concurrent atteindra 50.000 tonnes en 2004 pour un marché actuel de 81.000 tonnes.

Ces différents éléments rendent fort peu probable un renforcement de position dominante de Barry Callebaut sur le marché belge du chocolat de couverture.

#### IV. 2. Le marché des produits finis à base chocolat "Private Label"

##### - Structure de l'offre

Il existe 8 fabricants de "private label" en Belgique et les parties font remarquer que d'autres producteurs, nationaux ou étrangers, sont susceptibles d'entrer sur ce marché.

Barry Callebaut rappelle en outre qu'il a décidé dès 2001 de se retirer de ce marché en vendant son usine Chocodif.

##### - Structure de la demande

La demande est constituée par les grands groupes de distribution présents sur le territoire belge. Selon les parties, les contrats sont des "contrats – cadres", d'une durée maximum d'un an, négociés par les grandes centrales de distribution. Celles-ci assurent un véritable contrôle du produit en maîtrisant la distribution (endroit de référencement), en exigeant le paiement d'une prime de référencement, en poussant la vente de leurs propres produits ("Private Label") et en refusant des contrats de plus longue durée.

##### - Appréciation

Au niveau du marché des produits finis à base de chocolat "Private Label" la part de marché des parties est importante. Cependant cette importance est contrebalancée par plusieurs facteurs à savoir entre autres:



- La puissance d'achat des clients: ce sont les principaux groupes de la grande distribution ou des centrales d'achat puissantes;
- Les producteurs de "Private Label" ne disposent pas du poids de la marque dans leurs relations commerciales;
- Les producteurs ne jouent aucun rôle dans la distribution des produits;
- Les producteurs ne choisissent ni la quantité ni la qualité des produits;
- Jacques Chocolaterie produit son propre chocolat de couverture pour la fabrication de ses produits finis en ce compris les produits "Private Label" et ne se fournit pas auprès d'autres sociétés. Il n'y aura donc pas, suite à la transaction, d'impact sur le marché.
- En outre du fait de la puissance des clients "Private Label", les grandes surfaces, les parts de marchés sont extrêmement volatiles ce qui est indicateur de la puissance d'achat de ces derniers.
- Barry Callebaut confirme son intention de ne plus faire de ventes "Private Label" et en tout état de cause de ne pas modifier la décision prise fin 2000 de se retirer du marché suite à l'acquisition du groupe Stollwerck.

Aucun des acteurs interrogés n'a émis d'objections fondamentales sous l'angle concurrentiel si ce n'est sur la constatation qu'un fournisseur alternatif disparaissait.

Au vu de ce qui précède, le Conseil de la concurrence estime que l'opération en cause n'aura pas d'impact sur le marché des produits finis à base de chocolat "Private Label".

Le Conseil décide en conséquence de ne pas s'opposer à la concentration.

Par ces motifs,

#### Le Conseil de la concurrence

- constate que la concentration en cause tombe dans le champ d'application de la loi ;
- constate que la concentration notifiée n'aura pas pour effet l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante qui entrave de manière significative une concurrence effective sur le marché belge en cause ou sur une partie substantielle de celui-ci ;
- la déclare admissible, conformément aux articles 33 § 1er et 33, §2, 1.a de la loi.

Ainsi décidé le 9 juillet 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Jacques Schaar, président de chambre, de Madame Dominique Smeets, et de Messieurs Eric Balate et David Szafran, membres.

## **Beslissing nr. 2002-C/C-56 van 12 juli 2002**

Inzake:

CRH Public Limited Company, met zetel Fitzwilliam Square 42 te Dublin 2 (Ierland)

en

DOUTERLOIGNE Jan, wonende Razenheidstraat 2 te 8570 Anzegem

en

NV DOUTERLOIGNE, met zetel Vichtsesteenweg 159 te 8570 Anzegem

NV VAN STEENBERGEN - VERVAET, met zetel Rijkvorscheweg 11 te 2340 Beerse

NV SOTREJAN, met zetel Vichtsesteenweg 159 te 8570 Anzegem

NV PAUMATH, met zetel Tiegemberg 10 te 8573 Tiegem

Gelet op de Wet op de Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (WBEM) ;

Gezien de aanmelding aan het Secretariaat van de Raad voor de Mededinging van een concentratie, neergelegd op 7 juni 2002 ;

Gezien de mededeling voor onderzoek door het Secretariaat van de Raad aan het korps van verslaggevers conform art. 32bis §1 WBEM op 12 juni 2002 ;

Gezien de stukken van het dossier en het gemotiveerde verslag van de Dienst voor de Mededinging zoals medegedeeld aan de verslaggever op 18 juni 2002 ;

Gezien het gemotiveerd verslag van de verslaggever zoals dit op 20 juni 2002 werd opgesteld en op dezelfde dag werd betekend aan de Raad ;

Gehoord het verslag van de verslaggever dhr. Bert Stulens ;

Gehoord de partijen die verschenen ter zitting op 12 juli 2002:

- Mr. Carmen Verdonck, gemeenschappelijke vertegenwoordiger.

### **1. De aanmeldende en betrokken partijen**

- Als koper treedt op: CRH plc, een internationale holdingmaatschappij die actief is in de handel en productie van bouwstoffen zoals cement, aggregaat, asfalt en oppervlaktemateriaal, gebruiksklaar beton, landbouw- en chemische kalk, zeewatermagnesia en bouwproducten zoals betonnen vloersystemen en blokken, straatstenen, dakpannen, klei-bakstenen, vloertegels, isolatieproducten, aluminium producten, veiligheidshelmen, lichtdoorlatende constructies, ventilatieproducten, afvoerpijpen en glasproducten.

Op de Belgische markt is de onderneming actief in betonstraatstenen, betontegels, geprefabriceerde breedplaatvloeren en voorgespannen welfsels.

De overname van de Douterloigne-groep door CRH gebeurt door CRH BELGIUM NV of een andere dochteronderneming van de CRH-groep. Ter zitting werd gesteld dat het wellicht via de NV MARLUX zal gebeuren.

- Als verkoper treedt de heer DOUTERLOIGNE Jan op.
- De doelondernemingen zijn: NV DOUTERLOIGNE, NV VAN STEENBERGHE-VERVAET, NV SOTREJAN en NV PAUMATH.

De NV DOUTERLOIGNE produceert betonblokken, betonstraatstenen en geprefabriceerde vloeren (gewapende welfsels). De drie andere doelondernemingen zijn vast-goedvennootschappen waarin de - voor de activiteiten van de hoofdzakelijk in België werkende Douterloigne-groep gebruikte - goederen zijn ondergebracht.

Genoemde vennootschappen zijn alle ondernemingen in de zin van art. 1 WBEM.

## 2. Aanmeldingsplicht - overeenkomst van concentratie

De aanmeldende partijen hebben op 29 mei 2002 een principeovereenkomst ondertekend tot verkoop van 100% van de aandelen in de Douterloigne-groep aan de NV CRH Belgium, die hiermede de uitsluitende zeggenschap verkrijgt over deze groep.

Op dit ogenblik zijn de activiteiten van de CRH-groep in België nog relatief beperkt op het gebied van de verhardingsmarkt (productie van betonstraatstenen en betontegels via NV Marlux en beperkte invoer vanuit Duitsland van gebakken straatstenen) en van de vloerenmarkt (productie van geprefabriceerde breedplaatvloeren via NV Omnidal en beperkte invoer van voorgespannen welfsels via Dycore uit Nederland). Door huidige concentratie kan de CRH-groep haar activiteiten op deze terreinen versterken, alsook uitbreiden tot de markt van de bouwblokken waar zij tot op heden niet actief was.

De streefdatum voor de definitieve overeenkomst is 31/07/2002 en partijen verklaren dat deze overeenkomst op alle mededingingsrechtelijk relevante punten niet merkbaar zal afwijken van de aangemelde principeovereenkomst.

Deze operatie is een concentratie in de zin van art. 9§1b WBEM.

Uit de voorgelegde (vertrouwelijke) omzetcijfers van de betrokken ondernemingen blijkt dat de drempels zoals opgelegd conform art. 11§1 WBEM worden behaald, zodat de concentratie diende te worden aangemeld.

De aangemelde concentratie valt overeenkomstig art. 33§1.1 WBEM binnen het toe-passingsgebied van de wet.

## 3. De relevante productenmarkten

De kernactiviteiten van de CRH-groep zijn bouwstoffen en bouwproducten. CRH Belgium is vooral actief in betonstraatstenen, betontegels, geprefabriceerde breedplaatvloeren en voorgespannen welfsels. De NV Douterloigne produceert betonblokken, betonstraatstenen en geprefabriceerde vloeren (gewapende welfsels).

Waar beide partijen actief zijn in de betonstraatstenen (verhardingsmateriaal), geprefabriceerde breedplaatvloeren en voorgespannen en gewapende welfsels (geprefabriceerde betonvloeren), zijn dit horizontale banden tussen de activiteiten van de aanmeldende partijen. Inzake betonblokken is enkel de NV Douterloigne in België actief, zodat deze markt verder buiten beschouwing kan worden gelaten.

De bouwmarkt bestaat uit drie segmenten: (1) de woningbouw: residentiële woningen ; (2) de industrie- en utiliteitsbouw: fabrieken, kantoorgebouwen, hotels, ziekenhuizen, scholen, winkelcentra ; (3) de burgerlijke bouwkunde: grondwerken, wegenbouw, mili-euwerken, spoorwegen, stations, havendokken en parkings (Raad voor de Mededinging, beslissing d.d. 21 augustus 2001 - nr. 2001 C/C

42 - inzake Koninklijke BAM, Strukton Groep NV en Strukton De Meyer NV ; beslissing d.d. 5 juli 2000 - nr. 2000 C/C 24 - inzake Heijmans International BV en Alcatel NV).

Los van de vraag of de markt van de verhardingsmaterialen die behoort tot het segment burgerlijke bouwkunde sector wegenbouw, moet onderverdeeld worden in submarkten volgens de diverse soorten materialen inzake verhardingen, is enkel de markt van de betonstraatstenen relevant, gezien de NV Douerlaigne niet actief is op de markt voor betontegels.

Op de markt van de constructievloeren bestaan er verschillende types: gewapende welfsels en voorgespannen welfsels (zijnde geprefabriceerde betonvloeren verstevigd met staal tijdens de productie voor het opnemen van trekkrachten), breedplaten, balken en potten vloeren, alsook vloeren uit ter plaatste gestort beton.

Niet elke materiaalsoort vormt echter een aparte relevante markt, omdat op basis van de karakteristieken van de producten, het vergelijkbaar gebruik en de vergelijkbare prijzen deze verschillende types constructievloeren tot dezelfde markt behoren. Wel moet een onderscheid gemaakt worden tussen woningbouw en utiliteitsbouw (Raad voor de Mededinging, beslissingen d.d. 21 augustus 2001 - nr. 2001 C/C 42 en d.d. 5 juli 2000 - nr. 2000 C/C 24 - o.c.).

De relevante productmarkten voor deze concentratie zijn derhalve: (1) de markt van de betonstraatstenen, (2) de markt van de constructievloeren voor woningbouw, en (3) de markt van de constructievloeren voor utiliteitsbouw.

#### 4. De relevante geografische markt

De bouwmarkt vertoont een nationaal karakter, temeer de uiteenlopende nationale bouwvoorschriften en assortimentsvoorkeuren maken dat buitenlandse producten vaak ongeschikt zijn voor toepassing binnen het nationale grondgebied. De relevante geogra-fische markt is dus België.

#### 5. De marktaandelen

Het marktaandeel in de verhardingsmarkt in de ruime betekenis bedraagt voor beide partijen samen minder dan 5%. Beperkt tot gebakken straatstenen, betonstraatstenen en betontegels, belooft dit marktaandeel samen minder dan 10%. Beschouwen we enkel de markt van de betonstraatstenen, dan hebben beide partijen samen een marktaandeel van minder dan 10%.

Het marktaandeel in de constructievloeren belooft voor partijen samen minder dan 10%. Indien we de markt van de constructievloeren uitsplitsen, bedraagt het marktaan-deel samen voor woningbouw minder dan 15% en voor utiliteitsbouw minder dan 10%.

Welke marktafbakening ook gevolgd wordt, de betrokken ondernemingen bereiken nà concentratie een gezamenlijk marktaandeel dat aanzienlijk kleiner is dan 25%.

#### 6. Economische analyse

Huidige concentratie heeft betrekking op de verhardingsmarkt zowel in ruime zin als beperkte zin (enkel de betonstraatstenen) en op de markt van de constructievloeren, uit-gesplitst naar woningbouw en utiliteitsbouw in België.

Alle ondervraagde concurrenten en afnemers van CRH en Douerlaigne zijn van oordeel dat deze overname de concurrentie niet belemmert en er geen concurrentiële verschui-vingen zullen plaatshebben. Er zijn vele spelers actief o.m. op de markt van de beton-straatstenen. Door de sterke fragmentering van de markt in België is er weinig invloed op de prijszetting en is er geen gevaar voor een machtspositie.

Hieruit volgt dat huidige concentratie géén machtspositie in het leven roept of versterkt, die tot gevolg heeft dat de daadwerkelijke mededinging op de nationale markt of een wezenlijk deel ervan op een significante wijze wordt belemmerd (art. 10§3 WBEM).

Vermits de betrokken ondernemingen samen minder dan 25% marktaandeel hebben, moet de voorgelegde concentratie worden toegelaten conform art. 33§2.1.a WBEM.

Om deze redenen

### De Raad voor de Mededinging

Gelet op de art. 2 e.v. van de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken van toepassing overeenkomstig art. 54bis WBEM ;

Stelt vast dat de betrokken concentratie aanmeldingsplichtig is en conform art. 33 §1.1 WBEM binnen het toepassingsgebied valt van de wet ;

Verklaart de concentratie toelaatbaar conform art. 33§2.1.a WBEM ;

Aldus uitgesproken op 12 juli 2002 door de Kamer van de Raad voor de Mededinging, samengesteld uit: de heer Frank Deschoolmeester, kamervoorzitter ; mevrouw Béatrice Ponet, Voorzitter van de Raad voor de Mededinging ; de heren Patrick Van Cayseele en Robert Van Osselaer, leden.

## **Beslissing nr. 2002-C/C-57 van 12 juli 2002**

INZAKE :

N.V. WARCOING, met maatschappelijke zetel te 7740 Warcoing, Rue de la Sucrierie 1;

EN

De N.V. TIENSE SUIKERRAFFINADERIJ, met maatschappelijke zetel te 1150 Brussel, Tervurenlaan 182;

EN

De N.V. SUIKERFABRIEK VAN VEURNE, met maatschappelijke zetel te 8630 Veurne, Zuidburgweg 40;

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

Gezien de aanmelding aan het Secretariaat van de Raad voor de Mededinging van een concentratie op 7 juni 2002;

Gezien de mededeling voor onderzoek door het Secretariaat van de Raad voor de Mededinging aan het Korps Verslaggevers conform artikel 32 bis §1 van de W.B.E.M. op 12 juni 2002;

Gezien het onderzoeksdossier van de Dienst voor de Mededinging, zoals medegedeeld aan de Verslaggever op 19 juni 2002;

Gezien het gemotiveerd verslag van de Verslaggever in toepassing van artikel 32 §2 van de W.B.E.M., opgesteld op en betekend aan de Raad voor de Mededinging op 20 juni 2002;

Gehoord ter zitting van 12 juli 2002:

- De heer Bert Stulens, verslaggever;
- Mr. Hans Gilliams en mr. Jan Bocken, advocaten te Brussel, namens de NV Warcoing;
- Mr. Annick Vroninks, advocaat te Brussel, namens de NV Tiense Suikerraffinaderij.

### **1. De aanmeldende en betrokken partijen**

Als koper treedt op de N.V. Warcoing, de houdstervennootschap van de Groep Warcoing. De N.V. Warcoing is actief in de productie en de verkoop van enerzijds een aantal gespecialiseerde voedingsingrediënten (voedingsvezels, proteïnes en stijfjel, telkens behaald uit de behandeling van cichorei en/of erwten) die worden geleverd aan de voedingsindustrie en van anderzijds zoetstoffen, namelijk suiker (uit suikerbieten) en fructose (uit cichorei). De N.V. Warcoing is tevens actief in de productie en de verkoop van een aantal bijproducten van suiker, namelijk melasse, bietenpulp en schuimaarde. De N.V. Warcoing houdt voorts een meerderheidsbelang aan in twee landbouwbedrijven (de N.V. Ferme de l'Anglée en de N.V. Ferme du Petit Fresnoy). Tenslotte beschikt de N.V. Warcoing tevens over 50% van de aandelen van de N.V. Sucrierie de Fontenoy, terwijl de overige 50% van de aandelen van deze N.V. in handen zijn van de N.V. Sucrierie Couplet.

Als verkoper treedt op de N.V. Tiense Suikerraffinaderij, die actief is op de Belgische markt voor industriesuiker en huishoudsuiker. De zeggenschap over de N.V. Tiense Suikerraffinaderij behoort volledig tot het Duitse concern AG Südzucker, die wereldwijd tot de grootste suikerproducenten behoort en actief is in de productie en de distributie van industriesuiker, huishoudsuiker en suiker voor handelsmerken evenals de bijproducten van suiker.

De doelonderneming betreft de N.V. Suikerfabriek Van Veurne, die enkel actief is op het gebied van industriesuiker en in de sector van de bijproducten van industriesuiker, namelijk melasse, bietenpulp en schuimaarde. De N.V. Suikerfabriek Van Veurne wordt gecontroleerd door de N.V. Tiense Suikerraffinaderij, die 67,95 van de aandelen in handen heeft. De overige aandelen zijn in handen van de N.V. Warcoing.

Bovenvermelde vennootschappen zijn ondernemingen in de zin van artikel 1 van de W.B.E.M.

## 2. De aanmeldingsplicht - overeenkomst van concentratie

De aanmeldende partijen hebben op 17 mei 2002 een overeenkomst (genaamd "Stock Purchase Agreement") gesloten, waardoor de N.V. Tiense Suikerraffinaderij haar aandelenpakket in de N.V. Suikerfabriek Van Veurne (67,95% van de aandelen, zijnde 897 aandelen) overdraagt aan de N.V. Warcoing, die reeds 32,05% (zijnde 423 aandelen) van de aandelen in de N.V. Suikerfabriek Van Veurne bezat.

De overeenkomst betreft derhalve een overdracht van aandelen, waardoor de N.V. Warcoing de volledige eigendom (100 % van de aandelen) van de N.V. Suikerfabriek Van Veurne in handen krijgt, zodat het een concentratie in de zin van artikel 9 §1 b) van de W.B.E.M. betreft.

De overeenkomst houdende overdracht van aandelen geschiedt ten gevolge van de verbintenissen die AG Südzucker op zich genomen heeft ten opzichte van de EG Commissie in de beschikking van 20 december 2001 (zaak nr. COMP/M.2530-Südzucker /Saint Louis Sucre). De concentratie die aan de EG Commissie werd voorgelegd betrof een operatie, waardoor de AG Südzucker de alleencontrole verwierf over de holding maatschappij Financière Franklin Roosevelt SAS, waardoor ook indirect de controle over de Franse Onderneming SA Louis Sucre verworven werd. Teneinde te vermijden dat de overname van SA Louis Sucre SA een negatieve invloed zou kunnen hebben op de Belgische Suikermarkt, werd door de EG Commissie geëist dat de AG Südzucker haar aandeel in de N.V. Suikerfabriek Van Veurne zou verkopen aan één van haar concurrenten, teneinde de mededinging in de Belgische Suikerindustrie te versterken. De verbintenis houdt tevens in dat de overnemende onderneming in staat moet zijn Veurne als een actieve concurrent van Südzucker te laten opereren. (zie paragraaf 151 en 154 tot en met 156 van de Beschikking van de EG Commissie van 20 december 2001, reeds geciteerd).

De overeenkomst gesloten op 17 mei 2002 bevat drie opschortende voorwaarden :

- De goedkeuring van de concentratie door de Raad voor de Mededinging
- De goedkeuring door de EG Commissie van Warcoing als verwerver.

Bij fax van 11 juli 2002 hebben partijen een brief van 5 juli 2002 overhandigd waaruit blijkt dat de EG Commissie haar goedkeuring verstrekt heeft, onder de voorwaarde dat Warcoing kan beschikken over de totaliteit van de A en B quota van de Suikerfabriek van Veurne.

- De goedkeuring van de concentratie door de moedervernootschap van de verkoper, de AG Südzucker, die volgens de aanmelding op 19 juni 2002 zou verleend worden.

Ter zitting overhandigen partijen een verklaring dd. 26 juni 2002 van dhr. Dirk Claeys in zijn hoedanigheid van General Counsel van de NV Tiense Suikerraffinaderij die bevestigt dat de goedkeuring door de Aufsichtsrat van de AG Südzucker gegeven werd.

De overeenkomst werd gesloten op 17 mei 2002 en aangemeld op 7 juni 2002, zodat de overeenkomst tijdig werd aangemeld in toepassing van artikel 12 §1 van de W.B.E.M.

De Belgische omzet van de N.V. Warcoing bedraagt 20,8 miljoen euro, terwijl de Belgische omzet van de N.V. Suikerfabriek Van Veurne 26,1 miljoen euro bedraagt.

De drempels voorzien in artikel 11 §1 van de W.B.E.M. werden derhalve overschreden, zodat de concentratie aangemeld diende te worden.

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

### 3. De marktafbakening

#### 3.1. De relevante productmarkt

Huidige concentratie heeft betrekking op de suikermarkt. Er dient opgemerkt te worden dat de mededingingsregels onverkort van toepassing zijn op de suikermarkt (zie H.v.J., 16 december 1975, gevoegde zaken 40-48, 50, 54-56, 111, 113 en 114 /73, Suiker Unie e.a. / Commissie, Jur., 1975, 1673).

De Raad voor de Mededinging sluit zich aan bij de beschikkingspraktijk van de EG Commissie, die in de suikermarkt drie onderscheiden markten heeft afgebakend (zie Beschikking van 20 december 2001 van de EG Commissie in zaak nr. COMP/ M.2530, reeds geciteerd):

- De markt van "industriesuiker": industriesuiker wordt los ( in bulk) of in grote verpakkingen (in zakken) dit wil zeggen in hoeveelheden van meer dan 5 kg verkocht. Industriesuiker wordt hoofdzakelijk afgenomen door verwerkingsbedrijven in de levensmiddelen- en drankindustrie (zie paragraaf 14 van de Beschikking van 20 december 2001).
- De markt van de "huishoudsuiker": huishoudsuiker (ook "kleinhandelssuiker" genoemd) wordt onder het merk van de betrokken producent en in kleinere hoeveelheden (verpakkingen tot 5kg) verkocht. Hij wordt hoofdzakelijk door eindverbruikers in het huishouden of in de horeca gebruikt. Huishoudsuiker wordt via de groot- en kleinhandel verkocht. (zie paragraaf 15-16 van de Beschikking van 20 december 2001).
- De markt van de "levering van suiker voor handelsmerken": het gaat hierbij om de levering van suiker aan handelsondernemingen, met name grote winkelketens, die huishoudsuiker onder hun eigen merk verkopen en die van suiker worden voorzien door producenten (zie paragraaf 17-21 van de Beschikking van 20 december 2001).

De koper en de doelonderneming zijn enkel actief in de markt van de industriesuiker zodat er met betrekking tot deze producten een horizontale relatie bestaat. De koper en de doelonderneming zijn tevens beiden actief in de sector van de bijproducten van de industriesuiker (melasse, bietenpulp en schuimaarde). Voor zover de bijproducten van de industriesuiker als een afzonderlijke markt zouden dienen beschouwd te worden, hetgeen impliciet tegengesproken wordt door de Commissiebeschikking van 20 december 2001 waar deze producten niet als een afzonderlijke markt worden omschreven, zijn de marktaandelen op deze markten in ieder geval niet hoger dan de marktaandelen op de Belgische suikermarkt.

Enkel de koper is voorts actief op de markt van de suikervervangers en de gespecialiseerde voedingsingrediënten. Deze producten hebben echter geen horizontale noch een verticale band en vormen derhalve geen betrokken markt.

De koper is tenslotte tevens actief op de markt van de landbouwproducten via twee landbouwbedrijven die o.m. suikerbieten telen zodat er een verticale relatie is met de markt van de industriesuiker waarop de doelonderneming actief is.

#### 3.2. De relevante geografische markt

De Raad voor de Mededinging sluit zich aan bij de Beschikkingspraktijk van de EG Commissie, die terecht van oordeel is dat de relevante geografische markt voor industriesuiker in wezen nationaal is (Beschikking van de EG Commissie van 20 december 2001, reeds geciteerd, paragraaf 42). Voor zover de bijproducten van industriesuiker als een afzonderlijke markt zouden beschouwd worden, dient ook deze markt als nationaal gekwalificeerd te worden.



De afbakening van de overige markten kan opengelaten worden, nu deze geen betrokken markten zijn.

### 3.3. De marktaandelen

De gezamenlijke marktaandelen voor industriesuiker van de koper en de doelonderneming bedragen berekend naar volume 11,85%, naar suikerproductie quota 14% en naar bewerkte oppervlakte 14,19%. Derhalve blijven de gezamenlijke marktaandelen in de drie gevallen ontegensprekelijk onder de 25%. Deze cijfers worden tevens bevestigd door de EG Commissie (Beschikking van 20 december 2001, reeds geciteerd, paragraaf 54) waar gesteld wordt dat de koper en de doelonderneming samen een marktaandeel van 14 % realiseren, gebaseerd op de suikerquota.

Gezien de marktaandelen voor de bijproducten van industriesuiker nauw aansluiten bij de marktaandelen voor industriesuiker, bedraagt dit marktaandeel evenzeer minder dan 25%.

Op de markt van de landbouwproducten heeft enkel de koper een zeer klein marktaandeel, zodat deze markt geen betrokken markt is.

Samengevat kan derhalve gesteld worden dat de koper en de doelonderneming op geen enkele markt een marktaandeel van 25% behalen, zodat er geen betrokken markten zijn.

## 4. Economische analyse

Gezien huidige operatie kadert in een beslissing van de EG Commissie teneinde de concurrentiestructuur op de Belgische suikermarkt te verbeteren, spreekt het voor zich dat de resultaten van de economische analyse positief zijn (onder voorbehoud van de goedkeuring door de EG Commissie van de overname van de doelonderneming door de koper).

Uit het aanmeldingsdossier blijkt bovendien dat partijen een afzonderlijke "service agreement" hebben opgesteld teneinde de overnemer (koper) als een actieve concurrent van de AG Südzucker te laten optreden, hetgeen de concurrentiesituatie op de Belgische suikermarkt dient te garanderen.

Tenslotte dient opgemerkt te worden dat na de publicatie van de aanmelding in het Belgisch Staatsblad noch de concurrenten noch andere belanghebbende derden opmerkingen hebben overgemaakt.

De voorgelegde concentratie kan dan ook toegelaten worden conform artikel 33 §2.1 a) van de W.B.E.M.

Om deze redenen

### De Raad voor de Mededinging

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

Stelt vast dat de betrokken concentratie aanmeldingsplichtig is en conform artikel 33 §1, 1 van de W.B.E.M. binnen het toepassingsgebied van de Wet valt;

Verklaart de concentratie toelaatbaar conform artikel 33 §2, 1 a) van de W.B.E.M.

Aldus uitgesproken op 12 juli 2002 door de Kamer van de Raad voor de Mededinging, samengesteld uit : Mevrouw Béatrice Ponet, Kamervoorzitter, De heren Frank Deschoolmeester, Patrick Van Cayseele, en Robert Vanosselaer, leden van de Raad.

## **Beslissing nr. 2002-C/C-58 van 2 augustus 2002**

Inzake:

Lyfra Partagro NV, Kapelstraat 100 te 2610 Wommelgem

en:

Tabavin BVBA, Kerkstraat 114 te 1150 Sint-Pieters- Woluwe.

beiden met als raadsman Mter Didier Putzeys, advocaat te 1060 Brussel, Sint-Bernardusstraat 76.

### **I. Over de administratieve procedure en de rechtspleging.**

1. Op 17 juni 2002 werd op het secretariaat van de Raad voor de Mededinging -verder geciteerd als 'de Raad'- een concentratie aangemeld.

Bij brief van 18 juni 2002 heeft het secretariaat deze aanmelding voor onderzoek overgemaakt aan het Korps van Verslaggevers overeenkomstig artikel 32 bis, §1 van de WBEM.

2. De Dienst voor de Mededinging heeft op verzoek van de verslaggever een beperkt onderzoek gevoerd en het desbetreffend dossier op 28 juni 2002 overgemaakt aan de verslaggever.

3. De verslaggever heeft op 2 juli 2002 een gemotiveerd verslag overgemaakt aan de Raad.

Hij stelt samengevat voor:

- vast te stellen dat de concentratie aanmeldingsplichtig is en op grond van artikel 33 §1.1 WBEM binnen het toepassingsgebied van de wet valt en dat ze toelaatbaar is op grond van artikel 33 §2, 1 a WBEM;
- de aanmeldende partijen solidair te veroordelen tot een geldboete op basis van artikel 37, §1 b en tot een geldboete zoals bedoeld in artikel 36 §1 op basis van artikel 38 WBEM.

4. Op de terechtzitting van 2 augustus 2002 werden de verslaggever en de raadslieden van de aanmeldende partijen gehoord.

5. De wet van 15 juni 1935 op het gebruik van talen in gerechtszaken werd in acht genomen.

### **II. De betrokken partijen.**

6. Als koper van een algemeenheid van goederen treedt op de naamloze vennootschap Lyfra-Partagro, die een 100% dochteronderneming is van Tabacofina Vander Elst, die op haar beurt een 100% dochter is van British American Tobacco Belgium.

Haar bedrijfsactiviteit bestaat in groothandel in tabakswaren, zoetwaren, frisdranken, tabaksbenodigdheden, telefoonkaarten en aanverwante artikelen.

7. Verkoper is de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Tabavin, die een groothandel én kleinhandel exploiteert in wijnen, alcohol, geestrijke dranken, tabaksproducten en benodigdheden.

### **III. De aangemelde concentratie.**

8. Als voor de aangemelde concentratie constitutieve akte wordt door de partijen verwezen naar een intentieverklaring van 5 juni 2002, die volgens hen de aanmeldingstermijn deed lopen.

In de stavingsstukken die bij de aanmelding zijn gevoegd bevindt zich ook een document dat betiteld wordt als 'Overeenkomst tot overdracht van aandelen dd. 11 juni 2002'.

9. De intentieverklaring waarnaar partijen verwijzen betreft een door hen ondertekend geschrift waarin zij verklaren de principes uiteen te zetten waarvan de modaliteiten verder genegotieerd zullen worden met het oog op een later af te sluiten overeenkomst.

Deze principes blijken te betreffen: het voorwerp van de overname (exploitatiemiddelen, voorraad, cliënteel en personeel), en het referentiekader ter bepaling van de overnameprijs.

Er wordt verder gestipuleerd dat de specifieke inhoud en toelichtingen evenals de bijzondere en algemene voorwaarden van deze transactie het voorwerp uitmaken van een latere overeenkomst.

10. Betreffende deze intentieverklaring overweegt de Raad het volgende.

Luidens artikel 12 §1 WBEM kunnen de partijen ook een ontwerpovereenkomst aanmelden mits alle partijen uitdrukkelijk verklaren dat zij de intentie hebben om een overeenkomst te sluiten die op alle mededingingsrechtelijk relevante punten niet merkbaar verschilt van het aangemelde ontwerp.

In het voorliggende geval bevat de meerszijdige intentieverklaring geen enkel inhoudelijk concreet mededingingsrechtelijk punt, en dienvolgens ook geen verklaring om in de nagestreefde overeenkomst hiervan niet af te wijken.

Deze intentieverklaring voldoet dan ook niet aan het bepaalde in artikel 12 §1 WBEM.

11. In de navolgende overeenkomst -waarvan het meegedeelde exemplaar niet is gedateerd, maar die volgens partijen werd gesloten op 11 juni 2002- wordt gecontracteerd nopens de activabestanddelen toebehorend aan BVBA Tabavin, maar enkel voor zover deze haar groothandelsactiviteit betreffen.

Anders dan door de aanmeldende partijen als kwalificatie van de overeenkomst wordt verstrekt, betreft deze dus niet een overname van aandelen, maar wel van vermogensbestanddelen.

12. De algemeenheid van goederen die krachtens de overeenkomst van 11 juni 2002 door de koper worden verworven betreft het cliënteel, de voorraden, de exploitatiegoederen en het personeel verbonden aan de groothandel van de verkoper.

Deze aangemelde verwerving van vermogensbestanddelen, zoals geformaliseerd in de overeenkomst van 11 juni 2002, is een concentratie in de zin van artikel 9 §1 van de WBEM.

#### IV. De aanmeldingstermijn.

13. De aanmelding van de concentratie werd gedaan binnen de wettelijke termijn van één maand bepaald in artikel 12 §1 WBEM.

Ze gebeurde derhalve tijdig.

#### V. De omzetrempels.

14. De omzet van de bij de concentratie betrokken ondernemingen overschrijdt de drempel ingesteld bij artikel 11 van de WBEM, zowel vanuit het oogpunt van de gezamenlijke als de voor ieder van hen afzonderlijk bepaalde omzet.

15. De concentratie valt zodoende onder het toepassingsgebied van de WBEM.

## VI. De marktafbakening.

16. De relevante productenmarkt betreft de totale markt van tabaksproducten bestemd voor doorverkoop aan de detailhandel.

17. De relevante geografische markt omvat het hele Belgische grondgebied.

De beide ondernemingen zijn enkel in België actief en BVBA Tabavin hoofdzakelijk in de regio Brussel.

18. Het marktaandeel van Lyfra Partagro op de relevante productenmarkt wordt -geëxtrapoleerd vanaf de omzet op de sigarettenmarkt- begroot op 18,85% en dat van Tabavin op 0,96%.

De betrokken ondernemingen controleren samen minder van 25% van de markt.

19. Op de ranglijst van BAT wordt Lyfra Partagro vermeld als tweede belangrijkste speler, Tabavin als dertiende, op een totaal van 54 bedrijven die 100% van de markt vormen.

Met de overname van de activa verwerft Lyfra Partagro een marktaandeel van 19,81%, maar deze toename veroorzaakt geen wijziging in haar tweede plaats op de reeds geciteerde lijst van bedrijven.

De kleine toename van het marktaandeel na de overname brengt als zodanig dan ook geen wijziging mee in de concurrentiële posities.

20. De twee belangrijkste spelers halen een marktaandeel van om en bij de 22% en 20%, vier andere halen tussen 5% en 8,15 %, elf bedrijven halen tussen 1% en 2,59%, terwijl de marktpositie van alle overige minder dan 1% belooft.

De belangrijkste concurrenten van Lyfra Partagro ervaren de concentratie in geen enkele mate als problematisch maar beschouwen ze integendeel als een normale evolutie, aangezien de winstmarges klein zijn en de kleine spelers zich niet kunnen handhaven.

De afnemers in de detailhandel staan overwegend onverschillig tegenover de concentratie.

## VII. Nopens geldboeten.

21. De aanmeldende partijen, die aanvankelijk in gebreke bleven om de lijst van klanten mee te delen, hebben bij brief van 3 juli 2002 de gevraagde inlichting verstrekt.

Er bestaat dan ook geen aanleiding om een boete op te leggen met toepassing van artikel 37 §1 b.

22. Uit de vaststaande gegevens moet verder worden afgeleid dat de aanmeldende partijen, met schending van artikel 12 §4 WBEM, thans reeds maatregelen hebben getroffen die de omkeerbaarheid van de concentratie belemmeren.

Immers in uitvoering van artikel 5.6 van de aangemelde overeenkomst heeft de zaakvoerder van de overdrager al een arbeidsovereenkomst gesloten met de overnemer.

Vanaf de inwerkingtreding oefent de betrokkene zijn vorige activiteit als zaakvoerder van een familiebedrijf uit als handelsvertegenwoordiger. Hierbij moet hij er meteen over waken niet de indruk te wekken nog langer voor de overdrager op te treden. Het door hem aangebracht cliënteel behoort exclusief toe aan de overnemer.

Deze uit de aangemelde overeenkomst voortvloeiende maatregel belemmert de omkeerbaarheid van de concentratie, ook omdat in geval van deconcentratie partijen niet de minste garantie kunnen geven dat de betrokkene zal worden gereïntegreerd in het bedrijf van de overdrager.

Met toepassing van artikel 36, §1, en artikel 38 WBEM beslist de Raad een boete op te leggen aan elk van de partijen, waarbij wordt rekening gehouden met hun respectievelijke draagkracht en marktsterkte.

Op deze gronden,

#### De Raad voor de Mededinging

1. Stelt vast dat de aangemelde concentratie onder het toepassingsgebied valt van de WBEM.
2. Zegt dat de concentratie wordt toegelaten met toepassing van artikel 33 § 2, 1. a) WBEM.
3. Veroordeelt Lyfra Partagro tot een geldboete van 35.000 euro en Tabavin tot een geldboete van 2.500 euro.

Aldus uitgesproken op 2 augustus 2002 door een kamer van de Raad samengesteld uit: P. Blondeel, raadslidkamervoorzitter, P. Poma, raadslid, W. Devroe, raadslid, en G. Zonnekeyn, permanent raadslid.

## **Décision n°2002-C/C-59 du 7 août 2002**

Affaire CONC-C/C-02/0040 - Deloitte & Touche Belgique / Arthur Andersen Belgique

Vu la notification de concentration déposée le 21 juin 2002 au secrétariat du Conseil de la concurrence.

Vu le dossier d'instruction et le rapport motivé du Corps des rapporteurs daté du 19 juillet 2002.

Entendu à l'audience du 7 août 2002 :

- Bert Stulens, pour le Corps des rapporteurs, Anne Bouillet et Cosimo Capiერი pour le Service de la concurrence.
- Maître A. Vandencastele, représentant de D&T Belgique et Maître Francis Herbert, représentant d'Andersen Belgique.

### **A. Les parties**

#### **1. Les acquéreurs**

Les sociétés acquéreuses sont au nombre de huit. Il s'agit de Deloitte & Touche Réviseurs d'Entreprises scrl, Deloitte & Touche Tax & Legal SA, Deloitte & Touche Fiduciaire scrl, General Services & Investments SA, Deloitte & Touche Human Capital SA, Deloitte & Touche Corporate Finance scrl, Deloitte & Touche Management Solutions SA, toutes établies au 240 avenue Louise à 1050 Bruxelles ainsi que Deloitte & Touche Financial Ressources SA établie au 8b Berkenlaan à 1831 Machelen.

Les sociétés précitées sont juridiquement distinctes les unes des autres mais constituent, pour les besoins des règles de concurrence, une entité économique dans la mesure où elles harmonisent leur approche du marché au travers d'une structure conventionnelle les chapeautant.

Toute référence visée dans la présente décision à "D&T Belgique" doit donc être comprise comme une référence à l'ensemble des sociétés Deloitte & Touche citées ci-dessus.

D&T Belgique a pour objet la prestation de services spécialisés incluant la vérification de comptes conformément aux règles imposées en la matière par les lois du 22 juillet 1953 et du 21 février 1985, des services d'audit et de conseil réglementés par la loi de 1985, le conseil et l'assistance en fiscalité, le conseil en gestion, y compris dans le domaine des technologies de l'information, des études stratégiques et des ressources humaines ainsi que l'assistance financière aux entreprises.

D&T Belgique est membre du réseau d'entreprises d'audit et de conseil Deloitte Touche Tohmatsu International (ci-après "DTT"). Ce réseau comprend 74 sociétés membres établies dans 140 pays.

#### **2. Les entreprises acquises**

Les entreprises acquises sont au nombre de trois. Il s'agit de: Arthur Andersen Réviseurs d'Entreprises scrl, Arthur Andersen Conseils Fiscaux et Experts Compatibles scrl et Arthur Andersen scrl. Ces sociétés sont toutes établies 4 Montagne du Parc à 1000 Bruxelles.

Les activités de ces trois sociétés, qui forment des entités juridiques autonomes, sont coordonnées en termes d'approche de marchés, de ressources, de compétences et de services support (comptabilité, marketing, ...)

Ces trois entreprises doivent par conséquent être considérées au titre de la loi sur la protection de la concurrence économique comme formant une entité économique, à savoir Andersen Belgique, qui ne

constitue pas en tant que telle une entité juridique. Dans la présente décision, toute référence à Andersen Belgique doit être comprise comme une référence à l'ensemble des sociétés citées ci-dessus.

Andersen Belgique a également pour objet la prestation de services spécialisés incluant la vérification de comptes conformément aux règles imposées en la matière par les lois du 22 juillet 1953 et du 21 février 1985, d'autres services d'audit et de conseil réglementés par la loi de 1985, le conseil et l'assistance en fiscalité, le conseil en gestion, y compris dans le domaine des technologies de l'information, des études stratégiques et des ressources humaines ainsi que l'assistance financière aux entreprises.

La compagnie Andersen Belgique faisait jusque très récemment partie d'un groupe mondial plus large, à savoir Andersen Worldwide.

## B. L'opération notifiée

La notification a pour objet une opération de concentration entre Deloitte & Touche Belgique et Arthur Andersen Belgique. Cette notification fait suite aux accords conclus (3 accords de principe et 1 accord financier) par ces entreprises le 27 mai 2002 en vue d'une collaboration étroite pouvant conduire à une fusion légale. Ces quatre accords sont des accords contraignants dont les modalités de mise en œuvre seront précisées dans des accords ultérieurs.

En vertu de ces accords, la collaboration entre Deloitte & Touche Belgique et Arthur Andersen Belgique concerne les trois activités de base: "audit", "management consulting" et "tax & legal". Elle est établie selon les modalités suivantes :

- **[Confidentiel - secrets d'affaires]**
- A partir du 1er septembre 2002, et pour une période de trois ans, les entités resteront juridiquement séparées mais un comité de coordination sera créé pour aligner les politiques commerciales respectives de chacune des branches d'activités mentionnées ci-dessus.
- Dès le 1 juin 2005, une fusion au sens juridique du terme pourrait, sous certaines conditions, intervenir.

Les parties considèrent que les accords précités aboutissent à la création entre elles d'une unité économique opérant selon les mêmes principes et dans le respect d'une stratégie commune.

La concentration s'inscrit dans le contexte général de la désintégration d'Arthur Andersen Worldwide et du réseau y afférent. Ce réseau se composait de sociétés ("partnerships") nationales (dont Andersen Belgique) qui menaient leurs activités sous une dénomination commune.

Andersen Belgique a considéré qu'une association avec Deloitte & Touche Belgique s'avérait la meilleure solution pour ses clients, ses employés et ses associés.

En l'absence d'une telle opération, les parties soulignent qu'une interruption des activités d'Andersen Belgique pourrait se traduire par des audits inachevés empêchant certaines sociétés de publier leurs résultats.

## C. Champ d'application

Les sociétés précitées sont des entreprises au sens de l'article 1er de la loi et l'opération notifiée est une opération de concentration au sens de l'article 9 de la loi.

Sur la base des indications fournies par les parties dans leur notification, les seuils de chiffres d'affaires visés à l'article 11 de la loi sont atteints.

## D. Marchés en cause

### 1. Secteur économique concerné

Les secteurs économiques concernés sont ceux de la fourniture de services spécialisés qui incluent la vérification de comptes conformément aux règles imposées en la matière par les différentes législations ("audit legal"), d'autres services d'audit et de comptabilité, des services de conseil et d'assistance en fiscalité, des services de conseils en gestion, y compris dans le domaine des technologies de l'information, des études stratégiques et des ressources humaines, ainsi que des services d'assistance financière aux entreprises.

### 2. Marchés de services en cause

Les parties font référence à une décision de la Commission européenne relative à la concentration entre Price Waterhouse et Coopers & Lybrand (Affaire IV/M.1016 - Price Waterhouse / Coopers & Lybrand - Décision de la Commission du 20 mai 1998) pour déterminer les marchés de produits en cause.

Ainsi, la Commission européenne a indiqué que la fourniture de services professionnels à des clients composés essentiellement de grandes sociétés, de dimension tant nationale que multinationale, peut être subdivisée en cinq grands domaines, qu'elle a estimé constituer des marchés de services en cause, à savoir :

- L'audit (et services de comptabilités rattachés à cette activité);
- Le conseil et l'assistance en fiscalité;
- Le conseil en gestion;
- L'assistance financière aux entreprises;
- Les conseils aux entreprises en difficulté.

### 3. Marché géographique

Les parties font également référence à la décision de la Commission qui considère que les différents marchés en cause, hormis le marché des services de conseil en gestion, ont une dimension nationale. La dimension nationale de ces marchés est notamment justifiée par le fait que, dans l'ensemble, ces services sont strictement réglementés au niveau de chaque Etat membre ou encore qu'ils nécessitent une certaine présence locale.

Pour le marché des services de conseil en gestion, la Commission a laissé la définition du marché géographique ouverte. Elle a toutefois remarqué que ce marché compte une série de prestataires se faisant concurrence aussi bien au niveau national qu'au niveau international.

Le Conseil constate qu'il en va de même en Belgique.

## E. Analyse concurrentielle

### 1. Parts de marché des parties et des concurrents en Belgique

#### 1.1. Le marché de l'audit

Les parties estiment la valeur totale du marché de l'audit en Belgique entre 300 et 350 millions €. Environ deux tiers de ce montant est réalisé par les grands cabinets d'audit internationaux.

Le tableau ci-après vise le marché de l'audit qui couvre les "grandes" sociétés telles que définies à l'article 15 du Code des Sociétés.



Marché de l'audit en 2001 en termes de chiffres d'affaires / de parts de marché en Belgique				
	Chiffres d'affaires (en milliers d'euros)		Parts de marché	
PWC	61.027		19,5 %	
E&Y	44.692		14,3 %	
<b>KPMG</b>	31.118		10 %	
<b>D&amp;T</b>	33.345	59.694	10,7 %	19,1 %
ANDERSEN	26.349		8,4 %	
AUTRES	116.182		37,1 %	
<b>TOTAL</b>	312.713		100 %	

Dans l'audit destiné aux grands clients, les parties ont également estimé leurs parts de marchés en tenant compte:

- soit des sociétés belges cotées sur Euronext Bruxelles (A);
- soit des sociétés se trouvant uniquement dans le BEL 20 (B);
- soit des 250 plus grandes sociétés en Belgique (C).

On obtient alors le tableau suivant

Marché de l'audit aux grandes entreprises en 2000 en terme de parts de marchés en Belgique						
TYPES DE SOCIETES	PWC	KPMG	E & Y	ANDERSEN	D&T	AUTRES
<b>A</b>	<b>[Confidentiel - secrets d'affaire]</b>					
<b>B</b>						
<b>C</b>						

Il résulte de ces considérations que sur le marché de l'audit, les parts de marché des parties sont inférieures à 25%.

## 1.2. Le marché du conseil et de l'assistance en matière de fiscalité

Les parties ne disposent pas d'études relatives à la valeur totale de ce marché, marché qui se compose d'environ 4000 conseillers fiscaux et de plus de 6.000 comptables / fiscalistes.

Les concurrents des parties pour les services de conseil et d'assistance fiscale sont tous les avocats spécialisés en droit fiscal et tous les conseillers fiscaux.

En se basant sur les chiffres d'affaires des cinq grands cabinets d'audit internationaux en Belgique et en considérant que ces cinq grands cabinets représentent 50 % du marché, ce qui paraît élevé selon les parties, les parts de marché respectives seraient les suivantes

Marché du conseil et de l'assistance en matière de fiscalité en 2001 en terme de parts de marché en Belgique		
PWC	18,1 %	
E&Y	8,4%	
ANDERSEN	8,1 %	18,4 %
<b>D&amp;T</b>	10,3 %	
<b>TOTAL</b>	50 %	

Il résulte de ce tableau que les parts de marché des parties sont également inférieures à 25 % sur le marché du conseil et de l'assistance en matière de fiscalité.

### 1.3. Le marché du conseil en gestion

A défaut d'études sur le marché du conseil en gestion en Belgique, les parties ont utilisé une étude récente portant sur le marché du conseil en technologie de l'information en Belgique.

Il appert de cette étude que le marché global du conseil en gestion en Belgique peut être estimé à 4.140 millions d'euros pour l'année 2001.

Marché du conseil en gestion	Millions d'euros	Parts de marché
Valeur totale du marché	4.140	100 %
Andersen Belgique	<b>Confidentiel - Secrets d'affaires</b>	
D&T Belgique		
Andersen + D&T		

Andersen Belgique y aurait une part de marché de 0,7 % et D&T Belgique de 2 %.

Leurs parts de marché cumulées seront aussi largement inférieures au seuil des 25%.

### 1.4. Le marché de l'assistance financière aux entreprises

Comme pour la plupart des autres marchés décrits ci-dessus, il n'existe pas, selon les parties, d'études sur le marché de l'assistance financière aux entreprises en Belgique.

Les parties estiment que leur part de marché cumulée n'excède pas 5% du marché total du "corporate finance" en Belgique. Le seuil de 25% n'est dès lors pas atteint.

### 1.5. Le marché des conseils aux entreprises en difficulté

Les parties à la concentration ne sont pas actives dans ce domaine.

## 2. Réactions des marchés en cause

Les opérateurs présents sur les différents marchés de services qui ont répondu à la demande du Service n'ont pas formulé d'avis négatif à l'égard de la présente concentration .

### 3. Conclusion

L'analyse des informations disponibles montre que la part de marché combinée des parties sur les différents marchés en cause n'atteint pas 25%. Il n'y a dès lors pas de marché concerné au sens de la loi.

Par ces motifs,

Le Conseil de la concurrence

- Constate que la concentration notifiée n'aura pas pour effet l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante qui entrave de manière significative une concurrence effective sur les marchés belges en cause ou sur une partie substantielle de ceux-ci.
- La déclare admissible conformément aux articles 33 § 1er et 33, § 2, 1.a de la loi.

Ainsi décidé le 7 août 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Patrick De Wolf, président de chambre, et de Messieurs Paul Blondeel, Jacques Schaar, et Pierre Battard, membres.

## **Beslissing nr. 2002-C/C-60 van 26 augustus 2002**

INZAKE :

HEIJMANS (B) N.V.

en :

MOESKOPS' BOUWBEDRIJF N.V.

Gelet op de Wet op de Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (W.B.E.M.).

Gezien de aanmelding op 5 juli 2002 door de betrokken partijen aan het Secretariaat van de Raad voor de Mededinging van een concentratie.

Gezien de mededeling op 8 juli 2002 voor onderzoek door het Secretariaat van de Raad aan het korps van verslaggevers conform artikel 32 bis § 1 W.B.E.M..

Gezien de stukken van het dossier.

Gezien het onderzoeksdossier van de Dienst voor de Mededinging.

Gezien het gemotiveerd verslag van de verslaggever zoals dit op 5 augustus 2002 werd opgesteld en overgemaakt aan de Raad.

Gehoord de heer Patrick Coppé namens de Dienst voor de Mededinging.

Gehoord het verslag van de verslaggever, de heer Bert Stulens, ter zitting van 26 augustus 2002 vertegenwoordigd door de heer Patrick Marchand.

Gehoord de aanmeldende partijen bij monde van meester Dirk Arts en meester Toon Musschoot van het kantoor Allen & Overy te Brussel.

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken van toepassing overeenkomstig artikel 54 bis W.B.E.M..

### **1. De aanmeldende en betrokken partijen :**

Als koper treedt op de n.v. Heijmans (B) gevestigd in België te 1930 Zaventem, Belgicastraat 13.

De n.v. Heijmans (B) is een dochtermaatschappij van de Nederlandse holdingmaatschappij Heijmans n.v. die participaties heeft in bedrijven die actief zijn in de bouwnijverheid (zowel in de burgerlijke bouwkunde, vooral op het gebied van grond-, water- en wegenbouw, als in de woningbouw en de utiliteitsbouw) en in aanverwante activiteiten (nl. markt voor projectontwikkeling en markt voor het beheer van gebouwen).

De Nederlandse holdingmaatschappij is in België werkzaam via die dochterbedrijven, nl. de n.v. Heijmans (B), die in huidige concentratie als koper optreedt, verder de b.v. Heijmans België en de b.v. Heijmans International.

De koper, n.v. Heijmans (B) controleert in België negen bouwondernemingen, nl. n.v. IBC Vastgoed (actief in bouw- en vastgoedsector), n.v. IBC Waterloo (actief als projectmaatschappij), n.v. Resiterra (actief als grondfonds), n.v. De Coene Construct (actief in appartementen en industriebouw), City Promotion n.v. (actief als projectmaatschappij), Kenpro n.v. (eigenares van kantoorruimte en

parkings), Luximco n.v. (actief als projectmaatschappij), Artecon n.v. (niet operationeel), I.B.E.M. n.v. (actief als dienstverlenend bedrijf inzake huurbeheer en inrichting van kantoren, winkels en woningen).

De b.v. Heijmans International controleert in België de n.v. Astra Garden (actief als projectmaatschappij).

De b.v. Heijmans België controleert een zestal bedrijven, nl. de n.v. Alcagro (actief in het plaatsen van kabels en leidingen, elektriciteitswerken, netwerken, e.d.), de n.v. Algemene Ondernemingen V.A.G. (actief inzake infrastructuurwerken, gebouwen, kabels en leidingen), de n.v. Herco (verricht grondwerken), de n.v. Heijmans Aannemingen (actief inzake grondwerken, rioleringswerken en verhardingen), de n.v. Algemene Centrale Regio Antwerpen (actief in leveren van asfalt) en de n.v. Scheldekant (actief in o.a. het produceren van betonproducten).

Als doelonderneming treedt op de n.v. Moeskops' Bouwbedrijf, gevestigd in België te 3583 Paal-Beringen, Schoebroekstraat 52.

N.v. Moeskops' Bouwbedrijf is uitsluitend actief in België en heeft enkel twee aandeelhouders, namelijk de n.v. T.M.A. en de n.v. V.E.B., die als verkopers optreden.

De n.v. Moeskops' Bouwbedrijf oefent geen zeggenschap uit over andere ondernemingen.

De n.v. Moeskops' Bouwbedrijf ontwikkelt activiteiten in de woningbouw (o.a. appartementen en sociale woningbouw), in de utiliteitsbouw (o.a. rust- en verzorgingstehuizen) en in de burgerlijke bouwkunde (hoofdzakelijk waterzuivering), verder in beperkte mate in de markt voor projectontwikkeling.

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

## 2. De aangemelde transactie :

De voorliggende concentratie betreft de verkoop van aandelen tegen een vooraf afgesproken koopprijs, waardoor de n.v. Heijmans (B) de uitsluitende zeggenschap verkrijgt over de n.v. Moeskops' Bouwbedrijf.

De door de partijen op 27 juni 2002 ondertekende bindende overeenkomst bevat een niet-concurrentiebeding.

De aangemelde transactie is een concentratie in de zin van artikel 9 § 1,a) van de W.B.E.M..

## 3. De aanmeldingstermijn :

De overeenkomst die het voorwerp uitmaakt van de aanmelding werd op 27 juni 2002 ondertekend en op 5 juli 2002 aangemeld.

De aanmelding van de concentratie moet dan ook conform artikel 12 § 1 van de W.B.E.M. als tijdig beoordeeld worden.

## 4. De omzetrempels :

De concentratie valt onder het toepassingsgebied van de W.B.E.M. vermits de omzetrempels zoals voorzien in artikel 11 § 1 en artikel 46 van de W.B.E.M. werden bereikt.

Uit de ons verstrekte vertrouwelijke gegevens blijkt immers dat de Belgische omzet van de koper en van de doelonderneming de drempels voorzien in artikel 11 § 1 van de W.B.E.M. overschrijden.

## 5. De relevante productmarkt en de marktaandeelen :

De betrokken ondernemingen zijn actief op drie markten (a) de bouwmarkt, (b) de markt voor projectontwikkeling en (c) de markt voor het beheer van gebouwen.

### a. De bouwmarkt :

De bouwmarkt kan worden opgesplitst in drie segmenten : de woningbouw (o.a. residentiële bouwwerken), de niet woningbouw (industrie- en utiliteitsbouw, zoals de bouw van fabrieken, kantoren, scholen, e.d.) en de burgerlijke bouwkunde (o.a. wegen- en waterwerken, aanleg van nutsleidingen, spoorwegen, havendokken ...).

Binnen deze drie segmenten kan men verder een onderscheid maken op grond van de uitgevoerde werkzaamheden.

Een argument om elk van de drie segmenten op te splitsen in meer specifieke deelmarkten vindt men in het feit dat er in België een systeem van erkenningen bestaat per soort activiteit, wat een specialisatie in de hand werkt.

Aan de aanbodzijde zijn er echter ondernemingen die actief zijn in verscheidene "werkzaamheden" die tot de respectievelijke markten worden gerekend en het geheel van deze werkzaamheden als een eenheid op de markt aanbieden (wat een argument oplevert voor een brede marktdefinitie), terwijl andere ondernemingen zich specialiseren op één enkele werkzaamheid (wat een argument oplevert voor een marktopdeling naar specialiteit).

De relevante geografische markt voor de bouwmarkt is België, onder meer ingevolge de verschillen die er in de nationale reglementering van de lidstaten van de E.U. bestaan (zie o.a. beslissingen Raad voor de Mededinging van 21 augustus 2001 inzake nr.2001 - c/c - 42 en van 30 maart 2001 inzake nr.2001 -c/c - 15).

Uit de ons verstrekte gegevens blijkt dat in de minst strenge hypothese, nl. dat de algemene bouwsector als één markt wordt beschouwd zonder verdere opsplitsing naar specifieke activiteiten, de betrokken ondernemingen alsdan een gezamenlijk marktaandeel bekomen dat ver beneden de 25 % ligt.

In de hypothese dat wordt rekening gehouden met de specialiteiten waarin de partijen een belangrijke positie hebben, moet vastgesteld worden dat in die sectoren waarin er een overlapping bestaat tussen Heijmans en Moeskops, namelijk de waterzuivering en de aanleg van elektriciteitsleidingen, het gezamenlijk marktaandeel ver beneden de 25 % ligt.

Artikel 33 § 2.1.a) W.B.E.M. stelt onder meer : "Wanneer de betrokken ondernemingen samen minder dan 25 % van de betrokken markt controleren wordt de concentratie toelaatbaar verklaard".

Tenslotte moet er nog volledigheidshalve op gewezen worden dat de Confederatie Bouw bevestigt dat er een zeer intense concurrentie bestaat op alle deelmarkten van de bouwsector, waarbij telkens vele ondernemingen werkzaam zijn in elke specialiteit, zodat de concentratie geen reële bedreiging kan vormen voor de concurrentie.

### b. De markt voor projectontwikkeling :

De markt voor projectontwikkeling betreft de planning en de financiering van grootschalige projecten (appartementengebouwen, kantoorruimten, winkelcentra).

De relevante geografische markt voor projectontwikkeling is België.

In België wordt deze markt gekenmerkt door een zeer grote concurrentie met veel kleine spelers en een aantal grootschalige professionele ontwikkelaars.

Zowel Heijmans als Moeskops' Bouwbedrijf hebben op deze markt een verwaarloosbaar klein marktaandeel, samen ver beneden de 25 %.

#### c. De markt voor het beheer van gebouwen :

De markt voor het beheer van gebouwen is een dienstenmarkt waarbij zowel voor technisch als financieel beheer wordt gezorgd.

De relevante geografische markt voor het beheer van gebouwen is België.

Vermits enkel Heijmans, via haar dochter I.B.E.M., aanwezig is op deze markt en Moeskops' Bouwbedrijf hierop niet actief is, is deze markt geen relevante markt.

Om deze redenen,

De Raad voor de Mededinging,

Stelt vast dat de betrokken concentratie onder het toepassingsgebied valt van de W.B.E.M..

Verklaart de concentratie toelaatbaar conform artikel 10 § 3 en artikel 33 § 2.1.a) W.B.E.M..

Aldus uitgesproken op 26 augustus 2002, door de Kamer van de Raad voor de Mededinging samengesteld uit : de heer Peter Poma, kamervoorzitter, de heren Marc Jegers, Wouter Devroe en Robert Vanosselaer, leden.

## **Décision n°2002-C/C-61 du 30 août 2002**

Affaire CONC-C/C-02/25 : Electrabel Customer Solutions S.A. / Interlux S.C.R.L.

En cause :

Electrabel Customer Solutions S.A. (ci-après "ECS"), ayant son siège social 8, boulevard du Régent à 1000 Bruxelles

et

Intercommunale pour la distribution d'énergie pour la province du Luxembourg ayant pris la forme d'une S.C.R.L. (ci-après "Interlux"), ayant son siège social à l'hôtel de ville d'Arlon, 8 rue Paul Reuter à 6700 Arlon ;

Vu la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 1er juillet 1999 (ci-après LPCE) ;

Vu la notification datée du 25 avril 2002 d'une concentration qui consiste en la prise de contrôle exclusif par ECS, filiale d'Electrabel, de l'activité d'Interlux de fourniture d'électricité aux clients de celle-ci au fur et à mesure qu'ils deviennent éligibles ;

Vu la décision n°2002-C/C – 50 du 28 juin 2002 par laquelle le Conseil de la concurrence a décidé d'engager la procédure prévue à l'article 34 de la loi et de renvoyer l'affaire au rapporteur pour un complément d'instruction ;

Vu les pièces des dossiers (1e phase et 2e phase) du Service de la concurrence ;

Vu les rapports motivés du Corps des rapporteurs datés du 11 juin et 31 juillet 2002 ;

Vu les décisions sur la confidentialité des pièces de ces dossiers du 13 juin et du 6 août 2002 ;

Vu les ordonnances autorisant l'audition des personnes justifiant d'un intérêt suffisant conformément à l'article 32 quater § 2 LPCE ;

Vu les observations des parties notifiantes du 24 juin 2002 et leurs observations sur les rapports complémentaires du 23 août 2002 ;

Vu les autres pièces transmises et jointes au dossier de la procédure ;

Entendu à l'audience du 27 août 2002, la Commission Wallonne pour l'Énergie ( en abrégé la Cwape) représentée par son président, Monsieur Francis Ghigny, la S.A. Luminus représentée par Maître Marc Van der Woude, avocat au barreau de Bruxelles , la N.V. Nuon Energy Trade & Wholesale représentée par Maître Dirk Arts, avocat au barreau de Bruxelles et la Federation of Belgian Large Industrial Energy Consumers ASBL (en abrégé Febeliec) représentée par son président Monsieur Peter Claes et Monsieur Franck Vandermarliere ;

Entendu à l'audience du 28 août 2002 le Corps des rapporteurs représenté par Monsieur Patrick Marchand, rapporteur et les parties notifiantes représentées par Monsieur de Garcia, Monsieur Etienne Snyers et Monsieur Patrick Baeten et assistées par Maître Alexandre Vandencastele, Maître Dirk Brinckman et Maître Annick Vronincks, avocats à Bruxelles ;

Vu la demande de prolongation des délais adressée par courrier du 29 août 2002 par les parties notifiantes au Conseil de la concurrence ;



Après délibéré, le Conseil de la concurrence prononce la décision suivante.

## 1. les parties notifiantes

### 1.1. Acquéreur

La société Electrabel Customer Solutions (ci-après "ECS") est une société anonyme de droit belge constituée par acte du 12 décembre 2001 publié dans les annexes du Moniteur belge du 28 décembre 2001, ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent, 8 et ayant pour objet la fourniture d'électricité et de gaz ainsi que la fourniture de produits et services y afférents.

La S.A. E.C.S. est une filiale de la S.A. Electrabel et de la Naanloze Venootschap voor de Oprichting en Uitbating van een FM- en TV-distributienet te Oostende en abrégé Teveo qui détiennent respectivement 49.999 actions et 1 action de celle-ci.. La S.A. Teveo est pour sa part contrôlée par Electrabel qui détient 99,975 % de ses actions, l'actionnaire minoritaire étant M. Yvan Dupon, par ailleurs administrateur de la S.A. Electrabel. La société E.C.S. est ainsi en fait une filiale à 100% de la S.A. Electrabel.

La société anonyme de droit belge Electrabel ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent, 8 est une entreprise active à tous les stades dans le secteur de l'électricité, de la production à la fourniture au client final.

### 1.2. Vendeur

L'Intercommunale pour la distribution d'énergie pour la province du Luxembourg (ci-après "Interlux") est une association intercommunale ayant pris la forme d'une société coopérative à responsabilité limitée, constituée pour assurer la distribution d'énergie dans la province de Luxembourg. Elle a comme activité principale la distribution d'électricité et de gaz aux clients situés sur le territoire des communes affiliées. Son siège social est établi à l'hôtel de ville d'Arlon, rue Paul Reuter, 8.

Interlux est une intercommunale mixte. Elle est constituée sur base d'un partenariat avec une société privée, en l'occurrence la S.A. Electrabel, actuellement actionnaire majoritaire (à concurrence de 69%). Les communes qui y sont associées détiennent 31 % du capital.

Des dispositions réglementaires notamment les dispositions du décret du 5 décembre 1996 relatif aux intercommunales wallonnes, prévoient toutefois que les communes doivent toujours disposer de la majorité des voix ainsi que de la présidence dans les organes de gestion et de contrôle, et ce quelque soit la proportion des apports des diverses parties à la constitution du capital.

### 1.3. Entreprise ou partie d'entreprise cible

L'opération vise la clientèle d'Interlux devenant éligible sur le marché de la fourniture d'électricité.

## 2. Description de l'opération

### 2.1. Préambule

La concentration notifiée s'inscrit dans le cadre de la libéralisation du marché de l'électricité décidée au niveau européen par la directive 96/92 du 19 décembre 1996 (Directive 96/92/CE du Parlement et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité publiée au JO L27 du 30 janvier 1997) qui impose une ouverture limitée et progressive du marché de l'électricité. Les modalités de cette libéralisation sont (ou seront) prévues dans une réglementation nationale et régionale.

De manière très schématique, l'État fédéral est compétent pour ce qui a trait à la production, au transport et aux tarifs ; la distribution et la fourniture relèvent de la compétence des Régions.

Le cadre normatif en cette matière comprend notamment:

- la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après "loi électricité") publiée au Moniteur belge du 11 mai 1999 et modifiée successivement par une loi du 12 août 2000, du 16 juillet 2001 et du 30 décembre 2001;
- le décret de la Région flamande du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après "décret flamand") publié au Moniteur Belge du 22 septembre 2000;
- le décret de la Région wallonne du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité (ci après "décret wallon") publiée au M.B. du 01 mai 2001 et l'arrêté du Gouvernement wallon du 21 mars 2002 relatif aux clients devenus éligibles et au contrôle de leur éligibilité publié au M.B. du 27 avril 2002;
- l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles - Capitale (ci après "l'ordonnance") publiée au M.B. 17 novembre 2001 ;
- l'A.R. du 11 juillet 2002 relatif à la structure tarifaire générale et aux principes de base et procédures en matière de tarifs de raccordement aux réseaux de distribution et d'utilisation de ceux-ci, de services auxiliaires fournis par les gestionnaires de ces réseaux et en matière de comptabilité des gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité publié au M.B. 27 juillet 2002 et entrant en vigueur le 1er janvier 2003;

Les seuils d'éligibilité ainsi que des dates limites d'ouverture du marché varient ainsi en fonction de la région et de la réglementation applicable.

A l'issue de cette libéralisation du marché de l'électricité en Belgique, la distribution de l'électricité devrait être scindée en deux activités devant être confiées à des sociétés distinctes:

- la gestion du réseau, qui vise l'exploitation, la maintenance et le développement du réseau de distribution.
- la vente d'électricité qui concerne l'approvisionnement en énergie des clients éligibles.

Dès 1996, des communes en partenariat avec Electrabel avaient décidé de poursuivre, au sein d'intercommunales mixtes, des activités de gestion du réseau de distribution et de vente à la clientèle sous monopole communal et aboutit à l'élaboration de statuts dits « de troisième génération » qui reçurent à l'époque l'aval des autorités européennes en ce qui concernait leurs aspects intracommunautaires.

Diverses intercommunales mixtes dont Interlux assurent ainsi encore actuellement la gestion du réseau de distribution ainsi que la fourniture d'électricité.

L'article 8, § 1 du décret wallon relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, prévoit expressément que le gestionnaire du réseau de distribution ne peut réaliser des activités de production autres que de l'électricité verte ou de vente d'électricité autres que les ventes nécessitées par son activité de gestionnaire de réseau. Le gestionnaire du réseau de distribution ne peut s'engager dans des activités de fourniture aux clients éligibles ni dans la fourniture d'autres services sur le marché de l'électricité qui ne sont pas directement liés à l'exécution des tâches visées à l'article 11 (càd la gestion du réseau) . Toutefois, à la demande des communes, le gestionnaire du réseau de distribution peut fournir l'électricité aux clients captifs....

Il s'ensuit que les intercommunales mixtes wallonnes, telle que Interlux, qui souhaitent être désignées comme gestionnaire de réseau, ne pourront plus à terme, fournir en même temps de l'électricité aux clients (devenus) éligibles.

Compte tenu des implications et des conséquences de ce processus de libéralisation en cours, la S.A. Electrabel et Intermixt Wallonie (établissement d'utilité publique regroupant tous les mandataires publics des intercommunales mixtes) ont négocié les termes d'un nouvel accord susceptible de maintenir leur partenariat dans un cadre équilibré.

Le principe retenu a été que dans le marché de la distribution, les communes et les intercommunales choisiraient la gestion des réseaux, activités de type monopolistique et régulée, tandis qu'Electrabel par le biais d'une filiale, se concentrerait sur l'activité de fourniture aux clients.

Afin de valoriser la clientèle que ces intercommunales alimentent actuellement en électricité et qu'elles ne pourront plus alimenter dès leur éligibilité, les communes ont convenu avec leur partenaire au sein des intercommunales mixtes, Electrabel, que la société ECS, constituée en décembre 2001 et dont les actions sont entièrement détenues directement ou indirectement par Electrabel, reprendrait cette clientèle. En contrepartie de cette prise de contrôle par ECS et de cette cession de clientèle par Interlux, les communes se verraient offrir la possibilité d'augmenter leur actionariat dans l'intercommunale. Ces communes deviendraient en outre actionnaires minoritaires (maximum 5 % du capital) dans cette société ECS et participeraient aux bénéfices à concurrence de 40 % du résultat réalisé.

Ces négociations ont débouché sur l'élaboration de diverses conventions et d'un « Mémoire of Understanding » signé le 30 mars 2001.

Cette concentration est la première d'une série d'autres opérations visant la reprise par ECS de la clientèle éligible de toutes les intercommunales mixtes en Belgique.

Depuis la notification de la présente opération, d'autres concentrations impliquant d'autres intercommunales ont été notifiées au Conseil de la concurrence.

Confirmant les informations fournies par les parties, la Commission européenne a signalé qu'une concentration avait déjà fait l'objet d'une pré-notification et que d'autres notifications devraient également suivre au niveau européen.

## 2.2. Opération visée par la notification

L'opération qui fait l'objet de la présente notification consiste en la reprise par ECS (constituée le 12 décembre 2001 et filiale en fait à 100% d'Electrabel), de la clientèle d'Interlux portant sur la fourniture d'électricité aux clients de celle-ci au fur et à mesure qu'ils deviennent éligibles et dans la mesure où ils ne décident pas de conclure un contrat avec un autre fournisseur.

Les parties notifiantes ont déclaré que la reprise par ECS de cette clientèle éligible d'Interlux visée par cette notification n'a pas fait l'objet d'un document spécifique mais doit se déduire d'un ensemble de documents parmi lesquels le document intitulé « Mémoire of understanding entre Internix – Electrabel » signé le 30 mars 2001 et les modifications apportées aux statuts d'Interlux adoptées le 25 mars 2002.

## 3. Délais

La décision du Conseil de la concurrence prise au terme de la première phase et par laquelle le Conseil de la concurrence a décidé d'engager la procédure prévue à l'article 34 de la loi et de renvoyer l'affaire au rapporteur pour un complément d'instruction a été le 28 juin 2002.

Le délai visé à l'article 34 §1er de la loi prend par conséquent cours à cette date et la décision du Conseil de la concurrence prise en application de l'article 34, §§ 1 et 2 de la loi doit être rendue pour le 30 août 2002 au plus tard.

## 4. Le marché

### 4.1. Marché de produits concerné

Pour rappel, cinq types d'activités différentes peuvent être distingués dans le secteur de l'électricité, en l'espèce :

- la production d'électricité,
- le transport qui consiste en l'acheminement de l'électricité sur des câbles de haute tension,
- la distribution qui est l'acheminement de l'électricité sur des câbles de moyenne et basse tension,
- la fourniture qui consiste en la livraison au consommateur final ;
- le négoce qui vise l'achat et la revente d'électricité.

Les quatre premières activités peuvent être considérées comme relevant de marchés de produits distincts, puisque celles-ci nécessitent des actifs et des ressources différents et parce que les conditions de marché et de concurrence sont différentes pour chacune d'entre elles.

La question de savoir si le négoce d'électricité constitue un marché distinct du négoce général des produits d'énergie ne doit pas être tranchée dans le cadre de la présente procédure en raison du fait que cette activité n'est pas visée dans la présente notification.

L'instruction menée en première phase aboutissait à la conclusion qu'Electrabel occupe une position dominante sur les marchés belges de l'électricité en raison des parts de marché extrêmement élevées détenus quel que soit le marché envisagé. L'instruction en seconde phase a confirmé l'existence de cette position dominante. Cette position dominante sur les quatre marchés susmentionnés, n'est au demeurant pas contestée, en ce compris par les parties notifiantes.

### 4.2. La position du corps des rapporteurs.

Le corps des rapporteurs estime que l'opération renforce une position dominante et a pour conséquence d'entraver de manière significative la concurrence sur le marché belge de la fourniture d'électricité aux clients éligibles.

Le rapporteur propose, à titre principal, de dire la concentration en cause non admissible et par conséquent d'interdire la mise en œuvre de l'ensemble des différents conventions et documents dont l'application aboutirait à la cession à titre exclusif à ECS de l'activité d'Interlux de fourniture d'électricité aux clients éligibles.

Subsidiairement, le rapporteur note que le cas échéant, le Conseil pourrait imposer certaines conditions et charges de manière à faciliter la pénétration de concurrents sur le marché en cause, ce qui permettrait de retenir l'admissibilité de l'opération.

### 4.3. Position des parties intervenantes :

Les concurrents entendus aux audiences et / ou ayant fait part de leur position dans le cours de l'instruction du rapporteur développent la même position.

Ils concluent à l'interdiction de la concentration ou à tout le moins à l'imposition de conditions relatives à tous les niveaux du marché de l'électricité, suffisamment rigoureuses et cohérentes.

### 4.4. Position de Febeliec :

Les représentants de Febeliec approuvent la plupart des conditions retenues par le corps des rapporteurs mais craint que l'application trop radicale de certaines d'entre elles n'aient des effets défavorables pour le client.

#### 4.5. Position de la CWaPE :

La CWaPE considère que l'opération en cause respecte le texte du décret du 12 avril 2001 et de ses arrêtés d'application.

Elle relève cependant que la stricte observance des lois et décrets pourrait à elle seule ne pas garantir les conditions d'une saine concurrence, car les textes réglementaires, dans l'état actuel, laissent la porte ouverte à de possibles, voire probables, discriminations, rendant le rôle des régulateurs particulièrement important.

La CWaPE termine en donnant quelques pistes de réflexion concernant des conditions qui devraient accompagner une décision d'admissibilité.

#### 4.6. Position de la CREG :

La CREG a été entendue par le Conseil de la concurrence dans le cadre de la première phase et a déposé divers documents dans lesquels elle relève une série d'obstacles à une véritable concurrence sur le marché belge.

Elle a exposé que les parties notifiantes bénéficiaient du fait qu'aucune disposition ne détermine de procédure à suivre par les intercommunales dans le choix du fournisseur par défaut, ce qui leur permet de décider sans nécessairement faire jouer la concurrence.

#### 4.7. Position des parties notifiantes :

Les parties estiment que l'opération répond complètement à l'obligation légale imposée au gestionnaire du réseau d'abandonner toute activité de fourniture d'électricité et qu'elle est, à l'heure actuelle, la seule de nature à assurer aux clients devenus éligibles une véritable liberté de choix sans être soumis à l'insécurité d'approvisionnement.

Elles estiment qu'actuellement, seule Electrabel, par sa filiale ECS, est en mesure de garantir la continuité de la fourniture d'électricité.

Elles reconnaissent l'existence de barrières à l'entrée sur le marché belge mais réfutent l'idée que l'opération accroisse ces barrières.

Si elles admettent se trouver dans une position plus confortable que les concurrents nouveaux entrants sur le marché belge, elles expliquent que celle-ci résulte principalement de leur qualité de fournisseur historique ayant bénéficié d'un monopole, ce qui leur donne nécessairement une parfaite connaissance du marché, des différents coûts de production, de transport et vente, des profils des clients, et une reconnaissance par les consommateurs.

Dans leur note d'observation, elles déclarent être disposées à accepter que :

- l'identité des clients appelés à devenir éligibles et leur date d'éligibilité soient accessibles aux concurrents d'Electrabel ;
- les clients ayant signé un contrat d'une durée de plus de 3 ans se voient reconnaître un droit de résiliation unilatérale, moyennant un préavis de six mois, et sans indemnité à la fin de cette période.

### 5. Position du Conseil de la concurrence

Attendu que par sa décision du 28 juin 2002, le Conseil a constaté que la concentration notifiée présentait des doutes sérieux quant à son admissibilité et décidé d'engager la procédure prévue à l'article 34 de la L.P.C.E. ;

Attendu qu'au stade actuel de la procédure, il importe pour le Conseil d'examiner s'il y a lieu de faire droit à la demande de prorogation et, à défaut, de dire si la concentration est ou non admissible et, en cas de non admissibilité, de préciser si des conditions et charges doivent ou non être imposées.

### 5.1. Quant à la demande de prorogation

Attendu que le Conseil considère que la cause est en état d'être jugée et qu'il n'y a, en conséquence, pas lieu de faire droit à la demande de prorogation des parties.

### 5.2. Analyse concurrentielle

Attendu que le Conseil constate que les parties bénéficient d'avantages évidents de par leur position historique monopolistique à tous les niveaux du marché de l'électricité, de la production à la fourniture;

Que l'entrée effective sur le marché d'autres fournisseurs d'électricité implique la modification en profondeur de la structure qui a existé jusqu'à ce jour, ce qui ne peut se faire brutalement alors que la libéralisation est en cours de réalisation ;

Que les concurrents doivent consentir d'importants investissements pour pénétrer le marché ;

Qu'il s'agit d'avoir l'accès au marché de la production d'électricité (marché qui ne concerne pas directement la présente concentration) et d'obtenir l'ensemble des informations nécessaires pour faire une offre comme le profil de consommation, les conditions d'accès et de raccordement au réseau, les coûts de transport et de distribution.

Attendu que le Conseil constate qu'actuellement, ces informations ne sont pas encore complètement disponibles, non pas du fait de l'opération notifiée, mais principalement du retard pris dans la transposition de la directive européenne;

Que, comme le relève la CREG et la CwaPE, on ne peut que regretter que la mise en oeuvre des dispositions ne soit pas plus rapide (absence de désignation des gestionnaires des réseaux, lenteur de la mise en place des normes régissant la structure des coûts).

Attendu que la position dominante des parties notifiantes a été reconnue par le Conseil au travers de sa décision du 28 juin 2002 ;

Attendu qu'il importe d'examiner si cette position dominante sortira ou non renforcée de l'opération de concentration ;

Qu'ECS, quoique nouvel entrant sur le marché concerné de la fourniture aux clients éligibles, est favorisé par la détention des informations que ne possèdent pas ses concurrents potentiels.

Que cette position déjà favorable est renforcée par sa désignation comme "fournisseur par défaut" (ce qui lui permet d'acquérir sans investissement une clientèle encore peu ou mal informées des possibilités qui s'ouvrent à elle) et la confusion possible avec l'identité du producteur ;

Attendu qu'il résulte de ces considérations que la concentration a pour effet de renforcer la position dominante des parties.

\*\*\*

Attendu qu'en raison ce renforcement de position dominante, il importe pour le Conseil d'examiner s'il n'est pas de nature à constituer une entrave à la concurrence effective sur le marché belge.

Attendu que l'opération est la mise en oeuvre par l'opérateur historique des dispositions légales prises à ce jour pour amorcer la libéralisation du marché de l'électricité, libéralisation qui à ce jour est incomplète, et que les diverses conventions et documents communiqués au Conseil dans le cadre de cette notification respectent la lettre du décret du 12 avril 2001 et de ses arrêtés d'application ;

Que le Conseil estime qu'il n'y aura pas d'entrave significative à la concurrence effective sur le marché belge pour autant que les parties respectent certaines conditions de nature à faciliter la pénétration de concurrents sur le marché, en attendant l'achèvement du processus réglementaire de libéralisation.

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

Que les conditions à l'admissibilité telle qu'elles seront définies ci-après s'avèrent malgré cela nécessaires ;

Que dans l'examen de celles-ci, le Conseil a été plus spécialement attentif à l'accès à la clientèle et à la souplesse des contrats.

Attendu enfin que dans le cadre des autres procédures de concentration, le Conseil se réserve le droit d'examiner le cas échéant d'autres conditions et engagements selon l'évolution des parts de marché, de la réglementation, les interventions éventuelles des organes de contrôle et de régulation et des propositions qu'ils pourraient faire notamment en ce qui concerne les facultés d'approvisionnement des entrants tant auprès du producteur Electrabel (qui doit s'abstenir de toute discrimination) qu'auprès des producteurs étrangers via les capacités d'interconnexion.

## PAR CES MOTIFS

### Le Conseil de la concurrence

Constata que la concentration telle que notifiée renforce la position des parties sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles.

Décide toutefois de ne pas s'y opposer et la déclare en conséquence admissible pour autant que les parties respectent les conditions et charges suivantes :

- Aviser six mois à l'avance chaque client , par courrier séparé, de la date de sa prochaine éligibilité et de la liberté de choix qui s'offre à lui en lui communiquant la liste et les coordonnées complètes des fournisseurs ayant obtenu une licence de livraison (à ce jour, 7 entreprises) et en l'informant de la possibilité d'obtenir sans frais son profil détaillé de consommation ;
- Accorder aux clients qui ont signé un contrat d'une durée de trois ans et plus, un droit de résiliation unilatérale moyennant un préavis de six mois et sans indemnité.
- Aviser les clients de cette modification aux conditions contractuelles.

Ainsi statué le 30 août 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Patrick De Wolf, président de chambre, Mesdames Marie-Claude Grégoire et Messieurs Jacques Schaar et Pierre Battard, membres.

## **Décision n°2002-C/C-62 du 30 août 2002**

Affaire CONC-C/C-02/29 : Electrabel Customer Solutions S.A. / IDEG S.C.R.L.

En cause :

Electrabel Customer Solutions S.A. (ci-après "ECS"), ayant son siège social 8, boulevard du Régent à 1000 Bruxelles

et

Intercommunale de Distribution d'Électricité et de Gaz ayant pris la forme d'une S.C.R.L. (ci-après "Ideg"), ayant son siège social au 19 avenue Albert Ier, à 5000 Namur ;

Vu la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 1er juillet 1999 (ci-après LPCE) ;

Vu la notification datée du 25 avril 2002 d'une concentration qui consiste en la prise de contrôle exclusif par ECS, filiale d'Electrabel, de l'activité d'Ideg de fourniture d'électricité aux clients de celle-ci au fur et à mesure qu'ils deviennent éligibles ;

Vu la décision n°2002-C/C-49 du 28 juin 2002 par laquelle le Conseil de la concurrence a décidé d'engager la procédure prévue à l'article 34 de la loi et de renvoyer l'affaire au rapporteur pour un complément d'instruction ;

Vu les pièces des dossiers (1e phase et 2e phase) du Service de la concurrence ;

Vu les rapports motivés du Corps des rapporteurs datés du 12 juin et 31 juillet 2002 ;

Vu les décisions sur la confidentialité des pièces de ces dossiers du 17 juin et du 6 août 2002 ;

Vu les ordonnances autorisant l'audition des personnes justifiant d'un intérêt suffisant conformément à l'article 32 quater § 2 LPCE ;

Vu les observations des parties notifiantes du 24 juin 2002 et leurs observations sur les rapports complémentaires du 23 août 2002 ;

Vu les autres pièces transmises et jointes au dossier de la procédure ;

Entendu à l'audience du 27 août 2002, la Commission Wallonne pour l'Énergie ( en abrégé la Cwape) représentée par son président, Monsieur Francis Ghigny, la S.A. Luminus représentée par Maître Marc Van der Woude, avocat au barreau de Bruxelles , la N.V. Nuon Energy Trade & Wholesale représentée par Maître Dirk Arts, avocat au barreau de Bruxelles et la Federation of Belgian Large Industrial Energy Consumers ASBL (en abrégé Febeliec) représentée par son président Monsieur Peter Claes et Monsieur Franck Vandermarliere ;

Entendu à l'audience du 28 août 2002 le Corps des rapporteurs représenté par Monsieur Patrick Marchand, rapporteur et les parties notifiantes représentées par Monsieur de Garcia, Monsieur Etienne Snyers et Monsieur Patrick Baeten et assistées par Maître Alexandre Vandencastele, Maître Dirk Brinckman et Maître Annick Vronincks, avocats à Bruxelles ;

Vu la demande de prolongation des délais adressée par courrier du 29 août 2002 par les parties notifiantes au Conseil de la concurrence ;

Après délibéré, le Conseil de la concurrence prononce la décision suivante.



## 1. les parties notifiantes

### 1.1. Acquéreur

La société Electrabel Customer Solutions (ci-après "ECS") est une société anonyme de droit belge constituée par acte du 12 décembre 2001 publié dans les annexes du Moniteur belge du 28 décembre 2001, ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent, 8 et ayant pour objet la fourniture d'électricité et de gaz ainsi que la fourniture de produits et services y afférents.

La S.A. E.C.S. est une filiale de la S.A. Electrabel et de la Naanloze Venootschap voor de Oprichting en Uitbating van een FM- en TV-distributienet te Oostende en abrégé Teveo qui détiennent respectivement 49.999 actions et 1 action de celle-ci.. La S.A. Teveo est pour sa part contrôlée par Electrabel qui détient 99,975 % de ses actions, l'actionnaire minoritaire étant M. Yvan Dupon, par ailleurs administrateur de la S.A. Electrabel. La société E.C.S. est ainsi en fait une filiale à 100% de la S.A. Electrabel.

La société anonyme de droit belge Electrabel ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent, 8 est une entreprise active à tous les stades dans le secteur de l'électricité, de la production à la fourniture au client final.

### 1.2. Vendeur

L'Intercommunale de Distribution d'Energie et de Gaz (ci-après "Ideg") est une association intercommunale ayant pris la forme d'une société coopérative à responsabilité limitée, constituée pour assurer la distribution d'électricité et de gaz aux clients situés sur le territoire des communes affiliées de la province de Namur et de deux communes hennuyères.. Son siège social est établi à Namur, avenue Albert Ier, 19.

Ideg est une intercommunale mixte. Elle est constituée sur base d'un partenariat avec une société privée, en l'occurrence Electrabel, actuellement actionnaire majoritaire (à concurrence de 62,25 %). Les communes qui y sont associées détiennent 37,75 % de son capital.

Des dispositions réglementaires notamment les dispositions du décret du 5 décembre 1996 relatif aux intercommunales wallonnes, prévoient toutefois que les communes doivent toujours disposer de la majorité des voix ainsi que de la présidence dans les organes de gestion et de contrôle, et ce quelque soit la proportion des apports des diverses parties à la constitution du capital.

### 1.3. Entreprise ou partie d'entreprise cible

L'opération vise la clientèle d'Ideg devenant éligible sur le marché de la fourniture d'électricité.

## . Description de l'opération

### 2.1. Préambule

La concentration notifiée s'inscrit dans le cadre de la libéralisation du marché de l'électricité décidée au niveau européen par la directive 96/92 du 19 décembre 1996 (Directive 96/92/CE du Parlement et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité publiée au JO L27 du 30 janvier 1997) qui impose une ouverture limitée et progressive du marché de l'électricité. Les modalités de cette libéralisation sont (ou seront) prévues dans une réglementation nationale et régionale.

De manière très schématique, l'État fédéral est compétent pour ce qui a trait à la production, au transport et aux tarifs ; la distribution et la fourniture relèvent de la compétence des Régions.

Le cadre normatif en cette matière comprend notamment:

- la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après "loi électricité") publiée au Moniteur belge du 11 mai 1999 et modifiée successivement par une loi du 12 août 2000, du 16 juillet 2001 et du 30 décembre 2001;
- le décret de la Région flamande du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après "décret flamand") publié au Moniteur Belge du 22 septembre 2000;
- le décret de la Région wallonne du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité (ci après "décret wallon") publiée au M.B. du 01 mai 2001 et l'arrêté du Gouvernement wallon du 21 mars 2002 relatif aux clients devenus éligibles et au contrôle de leur éligibilité publié au M.B. du 27 avril 2002;
- l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles - Capitale (ci après "l'ordonnance") publiée au M.B. 17 novembre 2001 ;
- l'A.R. du 11 juillet 2002 relatif à la structure tarifaire générale et aux principes de base et procédures en matière de tarifs de raccordement aux réseaux de distribution et d'utilisation de ceux-ci, de services auxiliaires fournis par les gestionnaires de ces réseaux et en matière de comptabilité des gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité publié au M.B. 27 juillet 2002 et entrant en vigueur le 1er janvier 2003;

Les seuils d'éligibilité ainsi que des dates limites d'ouverture du marché varient ainsi en fonction de la région et de la réglementation applicable.

A l'issue de cette libéralisation du marché de l'électricité en Belgique, la distribution de l'électricité devrait être scindée en deux activités devant être confiées à des sociétés distinctes:

- la gestion du réseau, qui vise l'exploitation, la maintenance et le développement du réseau de distribution.
- la vente d'électricité qui concerne l'approvisionnement en énergie des clients éligibles.

Dès 1996, des communes en partenariat avec Electrabel avaient décidé de poursuivre, au sein d'intercommunales mixtes, des activités de gestion du réseau de distribution et de vente à la clientèle sous monopole communal et aboutit à l'élaboration de statuts dits « de troisième génération » qui reçurent à l'époque l'aval des autorités européennes en ce qui concernait leurs aspects intracommunautaires.

Diverses intercommunales mixtes dont Ideg assurent ainsi encore actuellement la gestion du réseau de distribution ainsi que la fourniture d'électricité.

L'article 8, § 1 du décret wallon relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, prévoit expressément que le gestionnaire du réseau de distribution ne peut réaliser des activités de production autres que de l'électricité verte ou de vente d'électricité autres que les ventes nécessitées par son activité de gestionnaire de réseau. Le gestionnaire du réseau de distribution ne peut s'engager dans des activités de fourniture aux clients éligibles ni dans la fourniture d'autres services sur le marché de l'électricité qui ne sont pas directement liés à l'exécution des tâches visées à l'article 11 (càd la gestion du réseau) . Toutefois, à la demande des communes, le gestionnaire du réseau de distribution peut fournir l'électricité aux clients captifs....

Il s'ensuit que les intercommunales mixtes wallonnes, telle que Ideg, qui souhaitent être désignées comme gestionnaire de réseau, ne pourront plus à terme, fournir en même temps de l'électricité aux clients (devenus) éligibles.

Compte tenu des implications et des conséquences de ce processus de libéralisation en cours, la S.A. Electrabel et Intermixt Wallonie (établissement d'utilité publique regroupant tous les mandataires publics des intercommunales mixtes) ont négocié les termes d'un nouvel accord susceptible de maintenir leur partenariat dans un cadre équilibré.

Le principe retenu a été que dans le marché de la distribution, les communes et les intercommunales choisiraient la gestion des réseaux, activités de type monopolistique et régulée, tandis qu'Electrabel par le biais d'une filiale, se concentrerait sur l'activité de fourniture aux clients.

Afin de valoriser la clientèle que ces intercommunales alimentent actuellement en électricité et qu'elles ne pourront plus alimenter dès leur éligibilité, les communes ont convenu avec leur partenaire au sein des intercommunales mixtes, Electrabel, que la société ECS, constituée en décembre 2001 et dont les actions sont entièrement détenues directement ou indirectement par Electrabel, reprendrait cette clientèle. En contrepartie de cette prise de contrôle par ECS et de cette cession de clientèle par Ideg, les communes se verraient offrir la possibilité d'augmenter leur actionnariat dans l'intercommunale. Ces communes deviendraient en outre actionnaires minoritaires (maximum 5 % du capital) dans cette société ECS et participeraient aux bénéfices à concurrence de 40 % du résultat réalisé.

Ces négociations ont débouché sur l'élaboration de diverses conventions et d'un « Memorandum of Understanding » signé le 30 mars 2001.

Cette concentration est la première d'une série d'autres opérations visant la reprise par ECS de la clientèle éligible de toutes les intercommunales mixtes en Belgique.

Depuis la notification de la présente opération, d'autres concentrations impliquant d'autres intercommunales ont été notifiées au Conseil de la concurrence.

Confirmant les informations fournies par les parties, la Commission européenne a signalé qu'une concentration avait déjà fait l'objet d'une pré-notification et que d'autres notifications devraient également suivre au niveau européen.

## 2.2. Opération visée par la notification

L'opération qui fait l'objet de la présente notification consiste en la reprise par ECS (constituée le 12 décembre 2001 et filiale en fait à 100% d'Electrabel), de la clientèle d'Ideg portant sur la fourniture d'électricité aux clients de celle-ci au fur et à mesure qu'ils deviennent éligibles et dans la mesure où ils ne décident pas de conclure un contrat avec un autre fournisseur.

Les parties notifiantes ont déclarées que la reprise par ECS de cette clientèle éligible d'Ideg visée par cette notification n'a pas fait l'objet d'un document spécifique mais doit se déduire d'un ensemble de documents parmi lesquels le document intitulé « Memorandum of understanding entre Intermix – Electrabel » signé le 30 mars 2001 et les modifications apportées aux statuts d'Ideg adoptées le 19 avril 2002.

## 3. Délais

La décision du Conseil de la concurrence prise au terme de la première phase et par laquelle le Conseil de la concurrence a décidé d'engager la procédure prévue à l'article 34 de la loi et de renvoyer l'affaire au rapporteur pour un complément d'instruction a été le 28 juin 2002.

Le délai visé à l'article 34 §1er de la loi prend par conséquent cours à cette date et la décision du Conseil de la concurrence prise en application de l'article 34, §§ 1 et 2 de la loi doit être rendue pour le 30 août 2002 au plus tard.

## 4. Le marché

### 4.1. Marché de produits concerné

Pour rappel, cinq types d'activités différentes peuvent être distingués dans le secteur de l'électricité, en l'espèce :

- la production d'électricité,
- le transport qui consiste en l'acheminement de l'électricité sur des câbles de haute tension,

- la distribution qui est l'acheminement de l'électricité sur des câbles de moyenne et basse tension,
- la fourniture qui consiste en la livraison au consommateur final ;
- le négoce qui vise l'achat et la revente d'électricité.

Les quatre premières activités peuvent être considérées comme relevant de marchés de produits distincts, puisque celles-ci nécessitent des actifs et des ressources différents et parce que les conditions de marché et de concurrence sont différentes pour chacune d'entre elles.

La question de savoir si le négoce d'électricité constitue un marché distinct du négoce général des produits d'énergie ne doit pas être tranchée dans le cadre de la présente procédure en raison du fait que cette activité n'est pas visée dans la présente notification.

L'instruction menée en première phase aboutissait à la conclusion qu'Electrabel occupe une position dominante sur les marchés belges de l'électricité en raison des parts de marché extrêmement élevées détenues quel que soit le marché envisagé. L'instruction en seconde phase a confirmé l'existence de cette position dominante. Cette position dominante sur les quatre marchés susmentionnés, n'est au demeurant pas contestée, en ce compris par les parties notifiantes.

#### 4.2. La position du corps des rapporteurs.

Le corps des rapporteurs estime que l'opération renforce une position dominante et a pour conséquence d'entraver de manière significative la concurrence sur le marché belge de la fourniture d'électricité aux clients éligibles.

Le rapporteur propose, à titre principal, de dire la concentration en cause non admissible et par conséquent d'interdire la mise en œuvre de l'ensemble des différents conventions et documents dont l'application aboutirait à la cession à titre exclusif à ECS de l'activité d'Ideg de fourniture d'électricité aux clients éligibles.

Subsidiairement, le rapporteur note que le cas échéant, le Conseil pourrait imposer certaines conditions et charges de manière à faciliter la pénétration de concurrents sur le marché en cause, ce qui permettrait de retenir l'admissibilité de l'opération.

#### 4.3. Position des parties intervenantes :

Les concurrents entendus aux audiences et / ou ayant fait part de leur position dans le cours de l'instruction du rapporteur développent la même position.

Ils concluent à l'interdiction de la concentration ou à tout le moins à l'imposition de conditions relatives à tous les niveaux du marché de l'électricité, suffisamment rigoureuses et cohérentes.

#### 4.4. Position de Febeliec :

Les représentants de Febeliec approuvent la plupart des conditions retenues par le corps des rapporteurs mais craint que l'application trop radicale de certaines d'entre elles n'aient des effets défavorables pour le client.

#### 4.5. Position de la CWaPE :

La CWaPE considère que l'opération en cause respecte le texte du décret du 12 avril 2001 et de ses arrêtés d'application.

Elle relève cependant que la stricte observance des lois et décrets pourrait à elle seule ne pas garantir les conditions d'une saine concurrence, car les textes réglementaires, dans l'état actuel, laissent la porte

ouverte à de possibles, voire probables, discriminations, rendant le rôle des régulateurs particulièrement important.

La CWaPE termine en donnant quelques pistes de réflexion concernant des conditions qui devraient accompagner une décision d'admissibilité.

#### 4.6. Position de la CREG :

La CREG a été entendue par le Conseil de la concurrence dans le cadre de la première phase et a déposé divers documents dans lesquels elle relève une série d'obstacles à une véritable concurrence sur le marché belge.

Elle a exposé que les parties notifiantes bénéficiaient du fait qu'aucune disposition ne détermine de procédure à suivre par les intercommunales dans le choix du fournisseur par défaut, ce qui leur permet de décider sans nécessairement faire jouer la concurrence.

#### 4.7. Position des parties notifiantes :

Les parties estiment que l'opération répond complètement à l'obligation légale imposée au gestionnaire du réseau d'abandonner toute activité de fourniture d'électricité et qu'elle est, à l'heure actuelle, la seule de nature à assurer aux clients devenus éligibles une véritable liberté de choix sans être soumis à l'insécurité d'approvisionnement.

Elles estiment qu'actuellement, seule Electrabel, par sa filiale ECS, est en mesure de garantir la continuité de la fourniture d'électricité.

Elles reconnaissent l'existence de barrières à l'entrée sur le marché belge mais réfutent l'idée que l'opération accroisse ces barrières.

Si elles admettent se trouver dans une position plus confortable que les concurrents nouveaux entrants sur le marché belge, elles expliquent que celle-ci résulte principalement de leur qualité de fournisseur historique ayant bénéficié d'un monopole, ce qui leur donne nécessairement une parfaite connaissance du marché, des différents coûts de production, de transport et vente, des profils des clients, et une reconnaissance par les consommateurs.

Dans leur note d'observation, elles déclarent être disposées à accepter que :

- l'identité des clients appelés à devenir éligibles et leur date d'éligibilité soient accessibles aux concurrents d'Electrabel ;
- les clients ayant signé un contrat d'une durée de plus de 3 ans se voient reconnaître un droit de résiliation unilatérale, moyennant un préavis de six mois, et sans indemnité à la fin de cette période.

### 5. Position du Conseil de la concurrence

Attendu que par sa décision du 28 juin 2002, le Conseil a constaté que la concentration notifiée présentait des doutes sérieux quant à son admissibilité et décidé d'engager la procédure prévue à l'article 34 de la L.P.C.E. ;

Attendu qu'au stade actuel de la procédure, il importe pour le Conseil d'examiner s'il y a lieu de faire droit à la demande de prorogation et, à défaut, de dire si la concentration est ou non admissible et, en cas de non admissibilité, de préciser si des conditions et charges doivent ou non être imposées.

## 5.1. Quant à la demande de prorogation

Attendu que le Conseil considère que la cause est en état d'être jugée et qu'il n'y a, en conséquence, pas lieu de faire droit à la demande de prorogation des parties.

## 5.2. Analyse concurrentielle

Attendu que le Conseil constate que les parties bénéficient d'avantages évidents de par leur position historique monopolistique à tous les niveaux du marché de l'électricité, de la production à la fourniture;

Que l'entrée effective sur le marché d'autres fournisseurs d'électricité implique la modification en profondeur de la structure qui a existé jusqu'à ce jour, ce qui ne peut se faire brutalement alors que la libéralisation est en cours de réalisation ;

Que les concurrents doivent consentir d'importants investissements pour pénétrer le marché ;

Qu'il s'agit d'avoir l'accès au marché de la production d'électricité (marché qui ne concerne pas directement la présente concentration) et d'obtenir l'ensemble des informations nécessaires pour faire une offre comme le profil de consommation, les conditions d'accès et de raccordement au réseau, les coûts de transport et de distribution.

Attendu que le Conseil constate qu'actuellement, ces informations ne sont pas encore complètement disponibles, non pas du fait de l'opération notifiée, mais principalement du retard pris dans la transposition de la directive européenne;

Que, comme le relève la CREG et la CwaPE, on ne peut que regretter que la mise en oeuvre des dispositions ne soit pas plus rapide (absence de désignation des gestionnaires des réseaux, lenteur de la mise en place des normes régissant la structure des coûts).

Attendu que la position dominante des parties notifiantes a été reconnue par le Conseil au travers de sa décision du 28 juin 2002 ;

Attendu qu'il importe d'examiner si cette position dominante sortira ou non renforcée de l'opération de concentration ;

Qu'ECS, quoique nouvel entrant sur le marché concerné de la fourniture aux clients éligibles, est favorisé par la détention des informations que ne possèdent pas ses concurrents potentiels.

Que cette position déjà favorable est renforcée par sa désignation comme "fournisseur par défaut" (ce qui lui permet d'acquérir sans investissement une clientèle encore peu ou mal informées des possibilités qui s'ouvrent à elle) et la confusion possible avec l'identité du producteur ;

Attendu qu'il résulte de ces considérations que la concentration a pour effet de renforcer la position dominante des parties.

\*\*\*

Attendu qu'en raison ce renforcement de position dominante, il importe pour le Conseil d'examiner s'il n'est pas de nature à constituer une entrave à la concurrence effective sur le marché belge.

Attendu que l'opération est la mise en oeuvre par l'opérateur historique des dispositions légales prises à ce jour pour amorcer la libéralisation du marché de l'électricité, libéralisation qui à ce jour est incomplète, et que les diverses conventions et documents communiqués au Conseil dans le cadre de cette notification respectent la lettre du décret du 12 avril 2001 et de ses arrêtés d'application ;

Que le Conseil estime qu'il n'y aura pas d'entrave significative à la concurrence effective sur le marché belge pour autant que les parties respectent certaines conditions de nature à faciliter la pénétration de concurrents sur le marché, en attendant l'achèvement du processus réglementaire de libéralisation.

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

Que les conditions à l'admissibilité telle qu'elles seront définies ci-après s'avèrent malgré cela nécessaires ;

Que dans l'examen de celles-ci, le Conseil a été plus spécialement attentif à l'accès à la clientèle et à la souplesse des contrats.

Attendu enfin que dans le cadre des autres procédures de concentration, le Conseil se réserve le droit d'examiner le cas échéant d'autres conditions et engagements selon l'évolution des parts de marché, de la réglementation, les interventions éventuelles des organes de contrôle et de régulation et des propositions qu'ils pourraient faire notamment en ce qui concerne les facultés d'approvisionnement des entrants tant auprès du producteur Electrabel (qui doit s'abstenir de toute discrimination) qu'auprès des producteurs étrangers via les capacités d'interconnexion.

## PAR CES MOTIFS

### Le Conseil de la concurrence

Constate que la concentration telle que notifiée renforce la position des parties sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles.

Décide toutefois de ne pas s'y opposer et la déclare en conséquence admissible pour autant que les parties respectent les conditions et charges suivantes :

- Aviser six mois à l'avance chaque client , par courrier séparé, de la date de sa prochaine éligibilité et de la liberté de choix qui s'offre à lui en lui communiquant la liste et les coordonnées complètes des fournisseurs ayant obtenu une licence de livraison (à ce jour, 7 entreprises) et en l'informant de la possibilité d'obtenir sans frais son profil détaillé de consommation ;
- Accorder aux clients qui ont signé un contrat d'une durée de trois ans et plus, un droit de résiliation unilatérale moyennant un préavis de six mois et sans indemnité.
- Aviser les clients de cette modification aux conditions contractuelles.

Ainsi statué le 30 août 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Patrick De Wolf, président de chambre, Mesdames Marie-Claude Grégoire et Messieurs Jacques Schaar et Pierre Battard, membres.

## **Décision n°2002-C/C-63 du 30 août 2002**

Affaire CONC-C/C-02/44 : ELECTRABEL CUSTOMER SOLUTIONS S.A. / SEDILEC S.C.R.L.

En cause :

Electrabel Customer Solutions S.A. (ci-après "ECS"), ayant son siège social 8, boulevard du Régent à 1000 Bruxelles

et

Sedilec S.C.R.L., intercommunale ayant pris la forme d'une S.C.R.L. (ci-après "Sedilec"), ayant son siège social avenue Jean Monnet 2 à 1348 Louvain-la-Neuve ;

Vu la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 1er juillet 1999 (ci-après LPCE);

Vu la notification datée du 15 juillet 2002 d'une concentration qui consiste en la reprise par ECS, filiale d'Electrabel, de la clientèle de l'intercommunale Sedilec au fur et à mesure qu'elle devient éligible ;

Vu les pièces du dossier du Service de la concurrence ;

Vu le rapport motivé du Corps des rapporteurs daté du 14 août 2002 ;

Vu la note transmise par la CREG en date du 14 août 2002 ;

Vu la décision sur la confidentialité des pièces du dossier du 20 août 2002 ;

Vu la demande introduite sur base de l'article 32 quater §2 LPCE, le 30 juillet 2002 par la S.A. Luminus d'être entendue dans cette procédure ;

Vu la décision du 23 août 2002 faisant droit à cette demande ;

Vu la demande introduite sur base de l'article 32 quater §2 LPCE, le 20 août 2002 par la N.V. Nuon Energy Trade & Wholesale d'être entendue dans cette procédure ;

Vu la décision du 23 août 2002 faisant droit à cette demande ;

Vu la note d'observations des parties notifiantes du 29 août 2002 ;

Vu le courrier envoyé par les conseils de la S.A. Luminus et par les représentants communs des parties notifiantes le 29 août 2002 ;

Entendu à l'audience du 30 août 2002 Monsieur le rapporteur P. Marchand ;

### **1. les parties notifiantes**

#### **1.1. Acquéreur**

La société Electrabel Customer Solutions (ci-après "ECS") est une société anonyme de droit belge constituée par acte du 12 décembre 2001 publié dans les annexes du Moniteur belge du 28 décembre



2001, ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent, 8 et ayant pour objet la fourniture d'électricité et de gaz ainsi que la fourniture de produits et services y afférents.

La S.A. E.C.S. est une filiale de la S.A. Electrabel et de la Naamloze Vennootschap voor de Oprichting en Uitbating van een FM- en TV-distributienet te Oostende en abrégé Teveo qui détiennent respectivement 49.999 actions et 1 action de celle-ci.. La S.A. Teveo est pour sa part contrôlée par Electrabel qui détient 99,975 % de ses actions, l'actionnaire minoritaire étant M. Yvan Dupon, par ailleurs administrateur de la S.A. Electrabel. La société E.C.S. est ainsi en fait une filiale à 100% de la S.A. Electrabel.

La société anonyme de droit belge Electrabel ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent, 8 est une entreprise active à tous les stades dans le secteur de l'électricité, de la production à la fourniture au client final.

## 1.2. Vendeur

La sclr Sedilec (ci-après "Sedilec") est l'intercommunale pour la distribution d'énergie dans la province du Brabant wallon. Elle a comme activité principale la distribution d'électricité et de gaz aux clients sis sur le territoire des communes affiliées.

Sedilec est une intercommunale mixte, en raison du fait qu'elle est constituée sur base d'un partenariat avec une société privée qui est Electrabel, actuellement actionnaire majoritaire.

Des dispositions réglementaires et notamment les dispositions du décret du 5 décembre 1996 relatif aux intercommunales wallonnes, prévoient toutefois que les communes disposent toujours de la majorité des voix ainsi que de la présidence dans les organes de gestion et de contrôle, et ce quelque soit la proportion des apports des diverses parties à la constitution du capital.

## 1.3. Entreprise ou partie d'entreprise cible

L'opération vise la clientèle de Sedilec devenant éligible sur le marché de la fourniture d'électricité.

## 2. Description de l'opération

### 2.1. Préambule

La concentration notifiée porte sur le marché de l'électricité qui se trouve actuellement en pleine phase de libéralisation.

Cette libéralisation du marché de l'électricité a été décidée au niveau européen par la directive 96/92 du 19 décembre 1996 qui impose une ouverture limitée et progressive du marché de l'électricité. Cette libéralisation s'accompagne d'une réglementation qui accorde une attention particulière à l'accès au réseau.

L'énergie en Belgique est une matière dont les compétences sont réparties entre l'autorité fédérale et les Régions.

De manière très schématique, l'État fédéral est compétent pour ce qui a trait à la production, au transport et aux tarifs ; la distribution et la fourniture relèvent de la compétence des Régions.

Le cadre normatif en cette matière comprend :

- la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après "loi électricité") publiée au Moniteur belge du 11 mai 1999;

- le décret de la Région flamande du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après "décret flamand") ;
- le décret de la Région wallonne du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité (ci après "décret wallon") et l'arrêté du Gouvernement wallon du 21 mars 2002 relatif aux clients devenus éligibles et au contrôle de leur éligibilité ;
- l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles - Capitale (ci après "l'Ordonnance") ;
- l'A.R. du 11 juillet 2002 relatif à la structure tarifaire générale et aux principes de base et procédures en matière de tarifs de raccordement aux réseaux de distribution et d'utilisation de ceux-ci, de services auxiliaires fournis par les gestionnaires de ces réseaux et en matière de comptabilité des gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité publié au M.B. 27 juillet 2002 et entrant en vigueur le 1er janvier 2003.

Les différents niveaux de compétence ont adopté leurs propres calendriers d'ouverture du marché. Ceux-ci diffèrent tant du point de vue des seuils d'éligibilité que des dates.

A l'issue de cette libéralisation du marché de l'électricité en Belgique, la distribution de l'électricité devrait être scindée en deux activités devant être confiées à des sociétés distinctes:

- la gestion du réseau, qui vise l'exploitation, la maintenance et le développement du réseau de distribution. Le gestionnaire de réseau devra se concentrer sur son activité principale. Il ne peut réaliser d'activités de production -autres que l'électricité verte- ni d'activités de vente -autres que la vente à la clientèle captive et la vente à la clientèle dite protégée.
- la vente d'électricité qui concerne l'approvisionnement en énergie des clients éligibles.

Or dès 1996, des communes en partenariat avec Electrabel avaient décidé de poursuivre, au sein d'intercommunales mixtes, des activités de gestion du réseau de distribution et de vente à la clientèle sous monopole communal.

Des intercommunales mixtes assurent ainsi à l'heure actuelle la gestion du réseau de distribution ainsi que la fourniture d'électricité. Or, l'article 8, § 1 du décret wallon relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité applicable à Sedilec prévoit expressément que le gestionnaire du réseau de distribution ne peut réaliser des activités de production autres que de l'électricité verte ou de vente d'électricité autres que les ventes nécessitées par son activité de gestionnaire de réseau. Le gestionnaire du réseau de distribution ne peut s'engager dans des activités de fourniture aux clients éligibles ni dans la fourniture d'autres services sur le marché de l'électricité qui ne sont pas directement liés à l'exécution des tâches visées à l'article 11 (càd la gestion du réseau). Toutefois, à la demande des communes, le gestionnaire du réseau de distribution peut fournir l'électricité aux clients captifs....

Il s'ensuit que les intercommunales mixtes wallonnes, telle que Sedilec, qui souhaitent être désignées comme gestionnaire de réseau, ne pourront plus en même temps fournir de l'électricité aux clients (devenus) éligibles.

Compte tenu des implications du processus de libéralisation en cours, Electrabel et Intermixt Wallonie (établissement d'utilité publique regroupant tous les mandataires publics des intercommunales mixtes) ont ainsi négocié les termes d'un nouvel accord susceptible de maintenir leur partenariat dans un cadre équilibré.

Le principe retenu est que les communes et les intercommunales s'impliqueront d'avantage dans la gestion des réseaux, activités de type monopolistique et régulée, tandis qu'Electrabel se concentrera à titre principal sur l'activité de fourniture aux clients. Cette spécialisation des uns et des autres n'est pas exclusive: les communes via les intercommunales continueront à être intéressées dans le résultat de la société de commercialisation d'électricité et Electrabel conservera une participation -minoritaire mais importante- au capital des gestionnaires de réseau de distribution dont elle continuera à assurer l'exploitation.

Afin de valoriser la clientèle que ces intercommunales alimentent actuellement en électricité et qu'elles ne pourront plus alimenter dès leur éligibilité, les communes ont convenu avec leur partenaire

au sein des intercommunales mixtes, Electrabel, qu'une société ECS, constituée en décembre 2001 et dont les actions sont entièrement détenues par Electrabel, reprendra cette clientèle. En contrepartie de cette prise de contrôle par ECS et de cette cession de clientèle par Sedilec, les communes se voient offrir la possibilité d'augmenter leur actionnariat dans l'intercommunale. Ces communes deviendront en outre actionnaires minoritaires (maximum 5 % du capital) dans cette société ECS et participeront aux bénéfices à concurrence de 40 % du résultat réalisé.

Ces négociations ont débouché sur l'élaboration des diverses conventions et d'un *Mémorandum of Understanding* signé le 30 mars 2001.

## 2.2. Opération visée par la notification

L'opération qui fait l'objet de la présente notification consiste en la reprise par ECS (constituée le 12 décembre 2001 et filiale à 100% d'Electrabel), de la clientèle de Sedilec portant sur la fourniture d'électricité aux clients de celle-ci au fur et à mesure qu'ils deviennent éligibles et dans la mesure où ils ne décident pas de conclure un contrat avec un autre fournisseur.

On entend par client éligible le client qui a le droit de conclure un contrat de fourniture avec l'entreprise de son choix et pour ce faire a un droit d'accès au réseau.

La reprise par ECS de cette clientèle éligible de Sedilec visée par cette notification n'a pas fait l'objet d'un document spécifique mais doit se déduire d'un ensemble de documents parmi lesquels le document intitulé "*Mémorandum of Understanding* entre Intermix – Electrabel signé le 30 mars 2001" et les modifications apportées aux statuts de Sedilec adoptées le 14 juin 2002. Le conseil d'administration de Sedilec a, le 5 mars 2002, décidé de faire adhérer leur intercommunale au *Mémorandum of Understanding*.

En contrepartie de cette cession de clientèle par Sedilec, les communes se voient offrir la possibilité d'augmenter leur actionnariat dans l'intercommunale à des conditions avantageuses ainsi que de participer aux bénéfices de ECS dans une mesure plus grande que le montant d'actions détenues dans celle-ci. La participation des communes dans la société ECS sera en effet limitée à 5 % de son capital, mais donnera droit à une participation aux bénéfices à concurrence de 40 % du résultat.

## 3. Délais

La notification a été effectuée le 15 juillet 2002. Le délai visé à l'article 33 de la loi expire en application de l'article 33, §§ 1 et 2 de la LPCE, le 2 septembre 2002.

## 4. Champ d'application

Les sociétés ECS et Sedilec sont des entreprises au sens de l'article 1er de la LPCE.

Après la concentration, ECS détiendra le contrôle exclusif de l'activité de Sedilec de fourniture d'électricité aux clients éligibles (ou qui le deviendront).

L'opération consiste donc à une concentration au sens de l'article 9 §1 de la loi.

Sur la base des chiffres fournis par les parties dans la notification, les seuils des chiffres d'affaires visés à l'article 11 de la loi sont atteints.

## 5. Marché concerné

### 5.1. Secteur économique concerné

Le secteur économique concerné par la concentration est celui de la production et de la distribution d'électricité (code NACE : 40.1).

### 5.2. Marché de produits concerné

Pour rappel, cinq types d'activités différentes peuvent être distingués dans le secteur de l'électricité, en l'espèce :

- la production d'électricité,
- le transport qui consiste en l'acheminement de l'électricité sur des câbles de haute tension,
- la distribution qui est l'acheminement de l'électricité sur des câbles de moyenne et basse tension,
- la fourniture qui consiste en la livraison au consommateur final ;
- le négoce qui vise l'achat et la revente d'électricité.

Les quatre premières activités peuvent être considérées comme relevant de marchés de produits distincts, puisque celles-ci nécessitent des actifs et des ressources différents et parce que les conditions de marché et de concurrence sont différentes pour chacune d'entre elles.

La question de savoir si le négoce d'électricité constitue un marché distinct du négoce général des produits d'énergie ne doit pas être tranchée dans le cadre de la présente procédure en raison du fait que cette activité n'est pas visée dans la présente notification.

Suite à la libéralisation d'une partie du marché de l'électricité initiée par la directive CE 96/92, une distinction supplémentaire doit être faite entre la fourniture d'électricité aux clients éligibles et non éligibles (c.à.d. qui ne peuvent pas choisir leur fournisseur). Ceux-ci relèvent de deux marchés de produits distincts, dans la mesure où les conditions de concurrence sont différentes, et où, le plus souvent, ils sont soumis à des réglementations spécifiques.

C'est dans ce contexte que s'inscrit la présente opération puisque, en vertu de l'article 8 § 1 du décret wallon relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité du 12 avril 2002, le gestionnaire du réseau de distribution se voit interdire toute activité de fourniture aux clients éligibles.

Electrabel est active directement ou indirectement sur tous les marchés de l'électricité (cf. supra).

Sedilec est active sur les marchés de la distribution et de la fourniture d'électricité.

Cette dernière activité, pour autant qu'elle concerne les clients devenant éligibles n'ayant pas choisi de fournisseur, sera exercée par ECS, filiale à 100 % d' Electrabel.

Par conséquent, le marché de produits concerné est celui de la fourniture d'électricité aux clients éligibles.

### 5.3. Marché géographique concerné

Le marché géographique est national. En effet, les clients éligibles établis sur le territoire de l'intercommunale Sedilec et repris par ECS peuvent s'approvisionner auprès des fournisseurs établis partout en Belgique, voire même dans d'autres Etats membres. Des problèmes liés aux capacités limitées des interconnexions restreignent toutefois les importations dans une mesure assez significative.

## 6. Analyse concurrentielle

### 6.1. Structure de l'offre: Position dominante d'Electrabel

Electrabel occupe une position privilégiée sur le marché belge puisqu'il détient des parts de marché extrêmement élevées quel que soit le marché envisagé.

#### 6.1.1. Fourniture

Le marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles en Belgique est estimé par les parties en volume (GWh) à 30.962,4 pour l'année 2001 .

La part de marché d'Electrabel s'élève à plus de 90%.

Aucun autre concurrent, quelle que soit sa puissance économique et financière (EDF, RWE, E.ON), ne possède individuellement une part de marché supérieure ou égale à 5%.

#### 6.1.2. Production

La position dominante d'Electrabel sur le marché de la fourniture aux clients éligibles doit également être examinée en tenant compte de la situation quasi monopolistique d'Electrabel sur le marché de la production en Belgique.

Depuis 1995, la S.A. Electrabel et la S.A. SPE sont regroupées au sein d'une société coopérative (CPTE) dont le but est d'assurer la coordination de la production et du transport de l'énergie électrique des deux entreprises. Electrabel y est actionnaire à concurrence de 91,5%.

Sur une production totale en 2001 estimée à 75.953 GWh par la CREG et à 76.285 GWh par les parties notifiantes, [CONFIDENTIEL] GWh ont été produits par Electrabel, soit une part de marché de [CONFIDENTIEL] %.

Aucune évolution significative n'est à prévoir, ni à court et ni à moyen terme sur ce marché. Elle tendrait même à conforter la position d'Electrabel.

Cette situation pose d'autant plus de problèmes que les importations d'électricité sont d'un niveau assez faible.

## 6.2. Transport

L'activité de transport concerne l'acheminement de l'électricité sur le réseau haute tension. La société coopérative CPTE, filiale d'Electrabel et de la SPE, était propriétaire de la majeure partie du réseau de haute tension en Belgique et en assurait la gestion.

Le 28 juin 2001, le réseau haute tension a été apporté à une société filiale de CPTE, la société ELIA. Cette dernière devrait être désignée comme le gestionnaire du réseau de transport.

## 6.3. Distribution

Electrabel dispose également d'une position privilégiée au niveau de la distribution (acheminement de l'électricité depuis le réseau de transport jusqu'au consommateur sur un réseau à moyenne et basse tension). En effet, les activités de distribution relèvent du monopole des communes qui pour la plupart se sont associées au sein d'intercommunales. Ces intercommunales sont pour la majorité d'entre elles qualifiées d'intercommunales mixtes car elles se sont adjoints les services d'un partenaire privé pour les assister dans la poursuite de leur mission. Ce partenaire privé est systématiquement Electrabel et

actionnaire généralement majoritaire. Ainsi, les 16 intercommunales mixtes dans lesquelles Electrabel est actionnaire regroupent plus de 500 communes et desservent quotidiennement plus de 8 millions d'habitants en Belgique, soit plus de 82% de l'électricité distribuée.

## 6.4. Structure de la demande

Actuellement, les seuils d'éligibilité par rapport au niveau de consommation annuelle sont les suivants:

- au niveau fédéral : plus de 20 GWh (plus de 10 GWh à partir du 31 décembre 2002) ;
- en Région flamande : plus de 1 GWh (plus de 56 Kva à partir du 1er mars 2003) ;
- en Région wallonne : supérieur ou égal à 20 GWh (supérieur ou égal à 10 GWh pour le 31 décembre 2002) ;
- en Région de Bruxelles - Capitale : plus de 20 GWh (plus de 10 GWh à partir du 1er janvier 2003).

## 6.5. Barrières à l'entrée

Selon les parties notifiantes, l'entrée sur le marché est, en terme de coûts, relativement facile puisqu'il suffit d'établir un bureau d'achat / vente. En pratique, cela paraît beaucoup moins évident.

En effet, l'instruction du dossier et les auditions ont fait notamment apparaître l'existence de barrières juridiques et techniques à l'entrée sur le marché belge.

### 6.5.1. Barrières juridiques

#### 6.5.1.1. Incertitudes juridiques

Force est de constater que la législation, qui consacre en pratique le droit du client éligible à se fournir auprès du fournisseur de son choix, est toujours incomplète.

Il manque toujours certaines réglementations visant à assurer un accès transparent et non discriminatoire au réseau. Ce vide juridique a pour effet de favoriser de facto l'opérateur historique.

#### 6.5.1.2. Durée des contrats de fourniture/ Résiliation

Un système de transition a été mis en place en Région wallonne pour les clients (devenant) éligibles. Selon ce système, le gestionnaire du réseau de distribution ne pouvant s'engager dans des activités de fourniture aux clients éligibles, désigne à cet effet un fournisseur par défaut (en l'occurrence ECS). L'intercommunale, deux mois avant la date d'éligibilité, a l'obligation d'en informer le client final. Une fois devenu éligible, le client continue à être approvisionné par le fournisseur désigné par le gestionnaire, à défaut d'un accord passé avec un autre fournisseur. Il reste cependant libre de changer de fournisseur moyennant un préavis d'un mois .

La liberté de changer de fournisseur et, partant, de mettre un terme à l'approvisionnement par le fournisseur désigné par défaut n'est totale qu'à défaut de contrat dûment signé avec le fournisseur désigné .

Il ressort de l'instruction et des auditions qu'un examen complémentaire s'avère nécessaire sur la durée de ces contrats.

### 6.5.2. Barrières techniques/physiques: interconnexion

L'importation d'électricité de l'étranger est restreinte de manière substantielle par le manque de capacité des interconnexions aux frontières. La Belgique possède des lignes d'interconnexion avec la France et les Pays-Bas.

En effet, dans sa décision dans l'affaire IV/M.1803 : Electrabel/Epon, la Commission indique que :

"Concernant la Belgique, il existe également des restrictions au niveau de l'interconnexion : on constate que les importations théoriques en provenance des Pays-Bas vers la Belgique représentent une quantité négligeable. "

Non seulement les capacités d'interconnexion sont limitées, mais de surcroît elles ne sont pas entièrement attribuées selon les règles du marché. En effet, malgré un système de mise aux enchères mis en place en 2001, il est à souligner que les capacités d'interconnexion sont toujours réservées à Electrabel .

Le même problème existe à la frontière franco-belge, d'autant plus que la demande d'interconnexions est plus importante dans le sens France - Belgique .

## 6.6. Renforcement de la position dominante d'Electrabel

L'opération envisagée pourrait être de nature à rendre le marché impénétrable pour une trop longue période.

En effet, de par la position privilégiée d'Electrabel, cette dernière bénéficie déjà des avantages concurrentiels précités. Elle dispose de plus de l'accès à des informations essentielles dont les concurrents ne disposent pas ou de manière fragmentaire. On peut ainsi citer entre autres les conditions d'accès et d'utilisation du réseau et la liste des clients éligibles et de ceux qui vont le devenir. Une illustration de l'utilisation par Electrabel de ces informations privilégiée se trouve dans son rapport annuel 2001, où Electrabel précise avoir déployé en 2001 une action marketing très ciblée à l'égard des quelques 2000 clients éligibles en Flandres à partir du 1er janvier 2002.

Les éventuelles barrières doivent être examinées de manière d'autant plus stricte que le marché est en pleine phase de transition et qu'il s'agit d'éviter l'établissement d'une situation de fait dommageable pour le développement d'une véritable concurrence, avant que tous les mécanismes de régulation (et notamment des autorités de régulation ayant la plénitude de leurs compétences) ne fonctionnent efficacement.

## 7. Réaction des entreprises interrogées

Toutes les entreprises concurrentes qui ont répondu ont émis à tout le moins de nettes réserves voire un avis défavorable à propos de la présente opération.

Elles confirment l'existence de barrières juridiques et techniques à l'accès au marché belge et prétendent éprouver des difficultés importantes à proposer des contrats concurrentiels.

La CREG a également insisté sur le besoin de procéder à un examen complémentaire des relations contractuelles qui seront nouées entre ECS et les clients éligibles.

## 8. Conclusion

Les éléments recueillis lors de l'instruction effectuée par le Service et lors des auditions font apparaître qu'à ce stade de la procédure, la concentration notifiée présente des doutes sérieux quant à son admissibilité et qu'il s'impose d'engager la procédure prévue à l'article 34 de la L.P.C.E.

## PAR CES MOTIFS

### Le Conseil de la concurrence

Constate que l'opération en cause entre dans le champ d'application de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique et qu'elle suscite conformément à l'article 33 §2 b), des doutes sérieux quant à son admissibilité ;

Décide d'engager la procédure prévue à l'article 34 et qu'il convient d'examiner notamment :

- Les modalités de la mise à disposition des informations relatives aux clients devenus éligibles aux acteurs du marché;
- Les conditions contractuelles proposées par ECS et spécialement la durée des contrats;
- Les éventuelles conditions d'admissibilité de l'opération;
- La réelle capacité des concurrents à offrir une autre solution que celle visée par l'opération.

Invite le corps des rapporteurs à lui communiquer un rapport motivé complémentaire au plus tard le 4 octobre 2002 ;

Ainsi statué le 30 août 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Patrick De Wolf, président de chambre, de Madame Marie-Claude Grégoire, de Monsieur Jacques Schaar et de Monsieur Pierre Battard, membres.



## **Décision n°2002-C/C-64 du 30 août 2002**

Affaire CONC-C/C-02/45 : ELECTRABEL CUSTOMER SOLUTIONS S.A. / Simogel S.C.R.L.

En cause :

Electrabel Customer Solutions S.A. (ci-après "ECS"), ayant son siège social 8, boulevard du Régent à 1000 Bruxelles

et

Simogel S.C.R.L., intercommunale ayant pris la forme d'une S.C.R.L. (ci-après "Simogel"), ayant son siège social Hôtel de Ville de Mouscron à 7700 Mouscron ;

Vu la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 1er juillet 1999 (ci-après LPCE) ;

Vu la notification datée du 23 juillet 2002 d'une concentration qui consiste en la reprise par ECS, filiale d'Electrabel, de la clientèle de l'intercommunale Simogel au fur et à mesure qu'elle devient éligible ;

Vu les pièces du dossier du Service de la concurrence ;

Vu le rapport motivé du Corps des rapporteurs daté du 14 août 2002 ;

Vu la note transmise par la CREG en date du 14 août 2002 ;

Vu la décision sur la confidentialité des pièces du dossier du 20 août 2002 ;

Vu la demande introduite sur base de l'article 32 quater §2 LPCE, le 6 août 2002 par la S.A. Luminus d'être entendue dans cette procédure ;

Vu la décision du 23 août 2002 faisant droit à cette demande ;

Vu la demande introduite sur base de l'article 32 quater §2 LPCE, le 6 août 2002 par la N.V. Nuon Energy Trade & Wholesale d'être entendue dans cette procédure ;

Vu la décision du 23 août 2002 faisant droit à cette demande ;

Vu la note d'observations des parties notifiantes du 29 août 2002 ;

Vu le courrier envoyé par les conseils de la S.A. Luminus et par les représentants communs des parties notifiantes le 29 août 2002 ;

Entendu à l'audience du 30 août 2002 Monsieur le rapporteur P. Marchand ;

### **1. les parties notifiantes**

#### **1.1. Acquéreur**

La société Electrabel Customer Solutions (ci-après "ECS") est une société anonyme de droit belge constituée par acte du 12 décembre 2001 publié dans les annexes du Moniteur belge du 28 décembre

2001, ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent, 8 et ayant pour objet la fourniture d'électricité et de gaz ainsi que la fourniture de produits et services y afférents.

La S.A. E.C.S. est une filiale de la S.A. Electrabel et de la Naamloze Vennootschap voor de Oprichting en Uitbating van een FM- en TV-distributienet te Oostende en abrégé Teveo qui détiennent respectivement 49.999 actions et 1 action de celle-ci.. La S.A. Teveo est pour sa part contrôlée par Electrabel qui détient 99,975 % de ses actions, l'actionnaire minoritaire étant M. Yvan Dupon, par ailleurs administrateur de la S.A. Electrabel. La société E.C.S. est ainsi en fait une filiale à 100% de la S.A. Electrabel.

La société anonyme de droit belge Electrabel ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent, 8 est une entreprise active à tous les stades dans le secteur de l'électricité, de la production à la fourniture au client final.

## 1.2. Vendeur

La sclr Simogel (ci-après "Simogel") est l'intercommunale pour la distribution d'énergie dans la région de Mouscron. Elle a comme activité principale la distribution d'électricité et de gaz aux clients sis sur le territoire des communes affiliées.

Simogel est une intercommunale mixte, en raison du fait qu'elle est constituée sur base d'un partenariat avec une société privée qui est Electrabel, actuellement actionnaire majoritaire.

Des dispositions réglementaires et notamment les dispositions du décret du 5 décembre 1996 relatif aux intercommunales wallonnes, prévoient toutefois que les communes disposent toujours de la majorité des voix ainsi que de la présidence dans les organes de gestion et de contrôle, et ce quelque soit la proportion des apports des diverses parties à la constitution du capital.

## 1.3. Entreprise ou partie d'entreprise cible

L'opération vise la clientèle de Simogel devenant éligible sur le marché de la fourniture d'électricité.

## 2. Description de l'opération

### 2.1. Préambule

La concentration notifiée porte sur le marché de l'électricité qui se trouve actuellement en pleine phase de libéralisation.

Cette libéralisation du marché de l'électricité a été décidée au niveau européen par la directive 96/92 du 19 décembre 1996 qui impose une ouverture limitée et progressive du marché de l'électricité. Cette libéralisation s'accompagne d'une réglementation qui accorde une attention particulière à l'accès au réseau.

L'énergie en Belgique est une matière dont les compétences sont réparties entre l'autorité fédérale et les Régions.

De manière très schématique, l'État fédéral est compétent pour ce qui a trait à la production, au transport et aux tarifs ; la distribution et la fourniture relèvent de la compétence des Régions.

Le cadre normatif en cette matière comprend :

- la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après "loi électricité") publiée au Moniteur belge du 11 mai 1999;

- le décret de la Région flamande du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après "décret flamand") ;
- le décret de la Région wallonne du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité (ci après "décret wallon") et l'arrêté du Gouvernement wallon du 21 mars 2002 relatif aux clients devenus éligibles et au contrôle de leur éligibilité ;
- l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles - Capitale (ci après "l'Ordonnance") ;
- l'A.R. du 11 juillet 2002 relatif à la structure tarifaire générale et aux principes de base et procédures en matière de tarifs de raccordement aux réseaux de distribution et d'utilisation de ceux-ci, de services auxiliaires fournis par les gestionnaires de ces réseaux et en matière de comptabilité des gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité publié au M.B. 27 juillet 2002 et entrant en vigueur le 1er janvier 2003.

Les différents niveaux de compétence ont adopté leurs propres calendriers d'ouverture du marché. Ceux-ci diffèrent tant du point de vue des seuils d'éligibilité que des dates.

A l'issue de cette libéralisation du marché de l'électricité en Belgique, la distribution de l'électricité devrait être scindée en deux activités devant être confiées à des sociétés distinctes:

- la gestion du réseau, qui vise l'exploitation, la maintenance et le développement du réseau de distribution. Le gestionnaire de réseau devra se concentrer sur son activité principale. Il ne peut réaliser d'activités de production -autres que l'électricité verte- ni d'activités de vente -autres que la vente à la clientèle captive et la vente à la clientèle dite protégée.
- la vente d'électricité qui concerne l'approvisionnement en énergie des clients éligibles.

Or dès 1996, des communes en partenariat avec Electrabel avaient décidé de poursuivre, au sein d'intercommunales mixtes, des activités de gestion du réseau de distribution et de vente à la clientèle sous monopole communal.

Des intercommunales mixtes assurent ainsi à l'heure actuelle la gestion du réseau de distribution ainsi que la fourniture d'électricité. Or, l'article 8, § 1 du décret wallon relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité applicable à Simogel prévoit expressément que le gestionnaire du réseau de distribution ne peut réaliser des activités de production autres que de l'électricité verte ou de vente d'électricité autres que les ventes nécessitées par son activité de gestionnaire de réseau. Le gestionnaire du réseau de distribution ne peut s'engager dans des activités de fourniture aux clients éligibles ni dans la fourniture d'autres services sur le marché de l'électricité qui ne sont pas directement liés à l'exécution des tâches visées à l'article 11 (càd la gestion du réseau). Toutefois, à la demande des communes, le gestionnaire du réseau de distribution peut fournir l'électricité aux clients captifs....

Il s'ensuit que les intercommunales mixtes wallonnes, telle que Simogel, qui souhaitent être désignées comme gestionnaire de réseau, ne pourront plus en même temps fournir de l'électricité aux clients (devenus) éligibles.

Compte tenu des implications du processus de libéralisation en cours, Electrabel et Intermixt Wallonie (établissement d'utilité publique regroupant tous les mandataires publics des intercommunales mixtes) ont ainsi négocié les termes d'un nouvel accord susceptible de maintenir leur partenariat dans un cadre équilibré.

Le principe retenu est que les communes et les intercommunales s'impliqueront d'avantage dans la gestion des réseaux, activités de type monopolistique et régulée, tandis qu'Electrabel se concentrera à titre principal sur l'activité de fourniture aux clients. Cette spécialisation des uns et des autres n'est pas exclusive: les communes via les intercommunales continueront à être intéressées dans le résultat de la société de commercialisation d'électricité et Electrabel conservera une participation -minoritaire mais importante- au capital des gestionnaires de réseau de distribution dont elle continuera à assurer l'exploitation.

Afin de valoriser la clientèle que ces intercommunales alimentent actuellement en électricité et qu'elles ne pourront plus alimenter dès leur éligibilité, les communes ont convenu avec leur partenaire

au sein des intercommunales mixtes, Electrabel, qu'une société ECS, constituée en décembre 2001 et dont les actions sont entièrement détenues par Electrabel, reprendra cette clientèle. En contrepartie de cette prise de contrôle par ECS et de cette cession de clientèle par Simogel, les communes se voient offrir la possibilité d'augmenter leur actionnariat dans l'intercommunale. Ces communes deviendront en outre actionnaires minoritaires (maximum 5% du capital) dans cette société ECS et participeront aux bénéfices à concurrence de 40 % du résultat réalisé.

Ces négociations ont débouché sur l'élaboration des diverses conventions et d'un Mémoire d'Understanding signé le 30 mars 2001.

## 2.2. Opération visée par la notification

L'opération qui fait l'objet de la présente notification consiste en la reprise par ECS (constituée le 12 décembre 2001 et filiale à 100% d'Electrabel), de la clientèle de Simogel portant sur la fourniture d'électricité aux clients de celle-ci au fur et à mesure qu'ils deviennent éligibles et dans la mesure où ils ne décident pas de conclure un contrat avec un autre fournisseur.

On entend par client éligible le client qui a le droit de conclure un contrat de fourniture avec l'entreprise de son choix et pour ce faire a un droit d'accès au réseau.

La reprise par ECS de cette clientèle éligible de Simogel visée par cette notification n'a pas fait l'objet d'un document spécifique mais doit se déduire d'un ensemble de documents parmi lesquels le document intitulé "Mémoire d'Understanding entre Intermix – Electrabel signé le 30 mars 2001" et les modifications apportées aux statuts de Simogel adoptées le 24 juin 2002. Le conseil d'administration de Simogel a, le 22 mai 2002, décidé de faire adhérer leur intercommunale au Mémoire d'Understanding.

En contrepartie de cette cession de clientèle par Simogel, les communes se voient offrir la possibilité d'augmenter leur actionnariat dans l'intercommunale à des conditions avantageuses ainsi que de participer aux bénéfices de ECS dans une mesure plus grande que le montant d'actions détenues dans celle-ci. La participation des communes dans la société ECS sera en effet limitée à 5 % de son capital, mais donnera droit à une participation aux bénéfices à concurrence de 40 % du résultat.

## 3. Délais

La notification a été effectuée le 23 juillet 2002. Le délai visé à l'article 33 de la loi expire en application de l'article 33, §§ 1 et 2 de la LPCE, le 9 septembre 2002.

## 4. Champ d'application

Les sociétés ECS et Simogel sont des entreprises au sens de l'article 1er de la LPCE.

Après la concentration, ECS détiendra le contrôle exclusif de l'activité de Simogel de fourniture d'électricité aux clients éligibles (ou qui le deviendront).

L'opération consiste donc à une concentration au sens de l'article 9 §1 de la loi.

Sur la base des chiffres fournis par les parties dans la notification, les seuils des chiffres d'affaires visés à l'article 11 de la loi sont atteints.

## 5. Marché concerné

### 5.1. Secteur économique concerné

Le secteur économique concerné par la concentration est celui de la production et de la distribution d'électricité (code NACE : 40.1).

### 5.2. Marché de produits concerné

Pour rappel, cinq types d'activités différentes peuvent être distingués dans le secteur de l'électricité, en l'espèce :

- la production d'électricité,
- le transport qui consiste en l'acheminement de l'électricité sur des câbles de haute tension,
- la distribution qui est l'acheminement de l'électricité sur des câbles de moyenne et basse tension,
- la fourniture qui consiste en la livraison au consommateur final ;
- le négoce qui vise l'achat et la revente d'électricité.

Les quatre premières activités peuvent être considérées comme relevant de marchés de produits distincts, puisque celles-ci nécessitent des actifs et des ressources différents et parce que les conditions de marché et de concurrence sont différentes pour chacune d'entre elles.

La question de savoir si le négoce d'électricité constitue un marché distinct du négoce général des produits d'énergie ne doit pas être tranchée dans le cadre de la présente procédure en raison du fait que cette activité n'est pas visée dans la présente notification.

Suite à la libéralisation d'une partie du marché de l'électricité initiée par la directive CE 96/92, une distinction supplémentaire doit être faite entre la fourniture d'électricité aux clients éligibles et non éligibles (c.à.d. qui ne peuvent pas choisir leur fournisseur). Ceux-ci relèvent de deux marchés de produits distincts, dans la mesure où les conditions de concurrence sont différentes, et où, le plus souvent, ils sont soumis à des réglementations spécifiques.

C'est dans ce contexte que s'inscrit la présente opération puisque, en vertu de l'article 8 § 1 du décret wallon relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité du 12 avril 2002, le gestionnaire du réseau de distribution se voit interdire toute activité de fourniture aux clients éligibles.

Electrabel est active directement ou indirectement sur tous les marchés de l'électricité (cf. supra).

Simogel est active sur les marchés de la distribution et de la fourniture d'électricité.

Cette dernière activité, pour autant qu'elle concerne les clients devenant éligibles n'ayant pas choisi de fournisseur, sera exercée par ECS, filiale à 100 % d' Electrabel.

Par conséquent, le marché de produits concerné est celui de la fourniture d'électricité aux clients éligibles.

### 5.3. Marché géographique concerné

Le marché géographique est au maximum national. En effet, compte tenu des problèmes liés aux capacités limitées des interconnexions, les importations sont restreintes dans une mesure assez significative.

## 6. Analyse concurrentielle

### 6.1. Structure de l'offre: Position dominante d'Electrabel

Electrabel occupe une position privilégiée sur le marché belge puisqu'il détient des parts de marché extrêmement élevées quel que soit le marché envisagé.

#### 6.1.1. Fourniture

Le marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles en Belgique est estimé par les parties en volume (GWh) à 30.962,4 pour l'année 2001 .

La part de marché d'Electrabel s'élève à plus de 90%.

Aucun autre concurrent, quelle que soit sa puissance économique et financière (EDF, RWE, E.ON), ne possède individuellement une part de marché supérieure ou égale à 5%.

#### 6.1.2. Production

La position dominante d'Electrabel sur le marché de la fourniture aux clients éligibles doit également être examinée en tenant compte de la situation quasi monopolistique d'Electrabel sur le marché de la production en Belgique.

Depuis 1995, la S.A. Electrabel et la S.A. SPE sont regroupées au sein d'une société coopérative (CPTE) dont le but est d'assurer la coordination de la production et du transport de l'énergie électrique des deux entreprises. Electrabel y est actionnaire à concurrence de 91,5%.

Sur une production totale en 2001 estimée à 75.953 GWh par la CREG et à 76.285 GWh par les parties notifiantes, [CONFIDENTIEL] GWh ont été produits par Electrabel, soit une part de marché de [CONFIDENTIEL] %.

Aucune évolution significative n'est à prévoir, ni à court et ni à moyen terme sur ce marché. Elle tendrait même à conforter la position d'Electrabel.

Cette situation pose d'autant plus de problèmes que les importations d'électricité sont d'un niveau assez faible.

## 6.2. Transport

L'activité de transport concerne l'acheminement de l'électricité sur le réseau haute tension. La société coopérative CPTE, filiale d'Electrabel et de la SPE, était propriétaire de la majeure partie du réseau de haute tension en Belgique et en assurait la gestion.

Le 28 juin 2001, le réseau haute tension a été apporté à une société filiale de CPTE, la société ELIA. Cette dernière devrait être désignée comme le gestionnaire du réseau de transport.

## 6.3. Distribution

Electrabel dispose également d'une position privilégiée au niveau de la distribution (acheminement de l'électricité depuis le réseau de transport jusqu'au consommateur sur un réseau à moyenne et basse tension). En effet, les activités de distribution relèvent du monopole des communes qui pour la plupart se sont associées au sein d'intercommunales. Ces intercommunales sont pour la majorité d'entre elles qualifiées d'intercommunales mixtes car elles se sont adjoints les services d'un partenaire privé pour les assister dans la poursuite de leur mission. Ce partenaire privé est systématiquement Electrabel et

actionnaire généralement majoritaire. Ainsi, les 16 intercommunales mixtes dans lesquelles Electrabel est actionnaire regroupent plus de 500 communes et desservent quotidiennement plus de 8 millions d'habitants en Belgique, soit plus de 82% de l'électricité distribuée.

## 6.4. Structure de la demande

Actuellement, les seuils d'éligibilité par rapport au niveau de consommation annuelle sont les suivants:

- au niveau fédéral : plus de 20 GWh (plus de 10 GWh à partir du 31 décembre 2002) ;
- en Région flamande : plus de 1 GWh (plus de 56 Kva à partir du 1er mars 2003) ;
- en Région wallonne : supérieur ou égal à 20 GWh (supérieur ou égal à 10 GWh pour le 31 décembre 2002) ;
- en Région de Bruxelles - Capitale : plus de 20 GWh (plus de 10 GWh à partir du 1er janvier 2003).

## 6.5. Barrières à l'entrée

Selon les parties notifiantes, l'entrée sur le marché est, en terme de coûts, relativement facile puisqu'il suffit d'établir un bureau d'achat / vente. En pratique, cela paraît beaucoup moins évident.

En effet, l'instruction du dossier et les auditions ont fait notamment apparaître l'existence de barrières juridiques et techniques à l'entrée sur le marché belge.

### 6.5.1. Barrières juridiques

#### 6.5.1.1. Incertitudes juridiques

Force est de constater que la législation, qui consacre en pratique le droit du client éligible à se fournir auprès du fournisseur de son choix, est toujours incomplète.

Il manque toujours certaines réglementations visant à assurer un accès transparent et non discriminatoire au réseau. Ce vide juridique a pour effet de favoriser de facto l'opérateur historique.

#### 6.5.1.2. Durée des contrats de fourniture/ Résiliation

Un système de transition a été mis en place en Région wallonne pour les clients (devenant) éligibles. Selon ce système, le gestionnaire du réseau de distribution ne pouvant s'engager dans des activités de fourniture aux clients éligibles, désigne à cet effet un fournisseur par défaut (en l'occurrence ECS). L'intercommunale, deux mois avant la date d'éligibilité, a l'obligation d'en informer le client final. Une fois devenu éligible, le client continue à être approvisionné par le fournisseur désigné par le gestionnaire, à défaut d'un accord passé avec un autre fournisseur. Il reste cependant libre de changer de fournisseur moyennant un préavis d'un mois .

La liberté de changer de fournisseur et, partant, de mettre un terme à l'approvisionnement par le fournisseur désigné par défaut n'est totale qu'à défaut de contrat dûment signé avec le fournisseur désigné .

Il ressort de l'instruction et des auditions qu'un examen complémentaire s'avère nécessaire sur la durée de ces contrats.

### 6.5.2. Barrières techniques/physiques: interconnexion

L'importation d'électricité de l'étranger est restreinte de manière substantielle par le manque de capacité des interconnexions aux frontières. La Belgique possède des lignes d'interconnexion avec la France et les Pays-Bas.

En effet, dans sa décision dans l'affaire IV/M.1803 : Electrabel/Epon, la Commission indique que :

"Concernant la Belgique, il existe également des restrictions au niveau de l'interconnexion : on constate que les importations théoriques en provenance des Pays-Bas vers la Belgique représentent une quantité négligeable. "

Non seulement les capacités d'interconnexion sont limitées, mais de surcroît elles ne sont pas entièrement attribuées selon les règles du marché. En effet, malgré un système de mise aux enchères mis en place en 2001, il est à souligner que les capacités d'interconnexion sont toujours réservées à Electrabel .

Le même problème existe à la frontière franco-belge, d'autant plus que la demande d'interconnexions est plus importante dans le sens France - Belgique .

## 6.6. Renforcement de la position dominante d'Electrabel

L'opération envisagée pourrait être de nature à rendre le marché impénétrable pour une trop longue période.

En effet, de par la position privilégiée d'Electrabel, cette dernière bénéficie déjà des avantages concurrentiels précités. Elle dispose de plus de l'accès à des informations essentielles dont les concurrents ne disposent pas ou de manière fragmentaire. On peut ainsi citer entre autres les conditions d'accès et d'utilisation du réseau et la liste des clients éligibles et de ceux qui vont le devenir. Une illustration de l'utilisation par Electrabel de ces informations privilégiée se trouve dans son rapport annuel 2001, où Electrabel précise avoir déployé en 2001 une action marketing très ciblée à l'égard des quelques 2000 clients éligibles en Flandres à partir du 1er janvier 2002.

Les éventuelles barrières doivent être examinées de manière d'autant plus stricte que le marché est en pleine phase de transition et qu'il s'agit d'éviter l'établissement d'une situation de fait dommageable pour le développement d'une véritable concurrence, avant que tous les mécanismes de régulation (et notamment des autorités de régulation ayant la plénitude de leurs compétences) ne fonctionnent efficacement.

## 7. Réaction des entreprises interrogées

Toutes les entreprises concurrentes qui ont répondu ont émis à tout le moins de nettes réserves voire un avis défavorable à propos de la présente opération.

Elles confirment l'existence de barrières juridiques et techniques à l'accès au marché belge et prétendent éprouver des difficultés importantes à proposer des contrats concurrentiels.

La CREG a également insisté sur le besoin de procéder à un examen complémentaire des relations contractuelles qui seront nouées entre ECS et les clients éligibles.

## 8. Conclusion

Les éléments recueillis lors de l'instruction effectuée par le Service et lors des auditions font apparaître qu'à ce stade de la procédure, la concentration notifiée présente des doutes sérieux quant à son admissibilité et qu'il s'impose d'engager la procédure prévue à l'article 34 de la L.P.C.E.



## PAR CES MOTIFS

### Le Conseil de la concurrence

Constate que l'opération en cause entre dans le champ d'application de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique et qu'elle suscite conformément à l'article 33 §2 b), des doutes sérieux quant à son admissibilité ;

Décide d'engager la procédure prévue à l'article 34 et qu'il convient d'examiner notamment :

- Les modalités de la mise à disposition des informations relatives aux clients devenus éligibles aux acteurs du marché;
- Les conditions contractuelles proposées par ECS et spécialement la durée des contrats;
- Les éventuelles conditions d'admissibilité de l'opération;
- La réelle capacité des concurrents à offrir une autre solution que celle visée par l'opération.

Invite le corps des rapporteurs à lui communiquer un rapport motivé complémentaire au plus tard le 4 octobre 2002 ;

Ainsi statué le 30 août 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Patrick De Wolf, président de chambre, de Madame Marie-Claude Grégoire, de Monsieur Jacques Schaar et de Monsieur Pierre Battard, membres.

## **Beslissing nr. 2002-C/C-65 van 9 september 2002**

Inzake:

Meester Christian VAN BUGGENHOUT q.q. curator van het faillissement van de NV SABENA, met zetel Sabena House te 1930 Zaventem, uitgesproken bij vonnis d.d. 7 november 2001 van de Rechtbank van Koophandel te Brussel

en

NV BELGIAN GROUND SERVICES, met zetel Louisalaan 149, bus 24 te 1050 Brussel

Gelet op de Wet op de Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (WBEM) ;

Gezien de aanmelding aan het Secretariaat van de Raad voor de Mededinging van een concentratie, neergelegd op 25 juli 2002 ;

Gezien de mededeling voor onderzoek door het Secretariaat van de Raad aan het korps van verslaggevers conform art. 32bis §1 WBEM op 29 juli 2002 ;

Gezien de stukken van het dossier en het gemotiveerde verslag van de Dienst voor de Mededinging zoals medegedeeld aan de verslaggever op 2 augustus 2002 ;

Gezien het gemotiveerd verslag van de verslaggever zoals dit op 13 augustus 2002 werd opgesteld en op 14 augustus 2002 werd betekend aan de Raad ;

Gehoord het verslag van de verslaggever dhr. Bert Stulens ;

Gehoord de partijen die verschenen ter zitting op 9 september 2002:

- Mr. Geert Van Calster;
- Mr. Wim De Bus.

### **1. De aanmeldende en betrokken partijen**

- Als koper treedt op: de NV BELGIAN GROUND SERVICES. Deze vennootschap werd op 18 maart 2002 opgericht door de Spaanse vennootschappen FCC Entorno Urbano SA (hoofdaandeelhouder met 99,9%) en Logistica de Mercancias Aeroportuarias SA (LMA). De hoofdaandeelhouder is volle dochter van de groep FCC, welke op haar beurt voor 57% in handen is van de groep B-1998 GW.

De Spaanse groep FCC is vooral actief in de bouwsector en de dienstensector. FCC is zowel in openbare diensten actief (waterzuivering en afvalverwerking) als in industriële diensten (verwarmingsinstallaties, airconditioning, industriële machines en elektrische installaties). Ook heeft zij een afdeling "groundhandling" die diensten aanbiedt op enkele Spaanse luchthavens (Barcelona, Madrid, Bilbao, Canarische eilanden, Valencia) en in de V.S. (Miami).

FCC is voor 51% eigendom van een privépersoon, Mevrouw E. Koplowitz, en voor 49% eigendom van Vivendi Environnement (Vivendi Universal bezit 63% van deze laatste). Huidige koper staat dus onder de gemeenschappelijke controle van enerzijds Mevrouw E. Koplowitz en anderzijds Vivendi Universal.

Vivendi Universal, een Franse multinational, is actief in meer dan 100 landen o.a. op het vlak van energie-, water- en milieuvorzieningen, telecommunicatie, internet, multimedia, TV & film

(Universal Studio's, Universal Pictures en Canal Plus), muziek (UMG) en de immobiliën- en bouwsector.

- Als verkoper treedt op: Mr. Christian Van Buggenhout q.q. curator van het faillissement van de NV SABENA.

- Inzake de doelonderneming betreft deze concentratie het verwerven van zeggenschap over twee business units van Sabena, nl. de "groundhandling" en de "cargo".

Genoemde vennootschappen zijn alle ondernemingen in de zin van art. 1 WBEM.

## 2. Aanmeldingsplicht - juridische analyse van de concentratie

De overname betreft het verwerven van de volle eigendom door de koper van de activa van de business units "groundhandling" en "cargo" van Sabena, inclusief de licenties die BIAC heeft verleend aan Sabena voor de uitvoering van de grondafhandelingsdiensten, de overdracht van de klantenportefeuille, de huur- en leasingcontracten m.b.t. het materiaal van beide business units en de leveranciersovereenkomsten. De overname wordt gefinancierd deels uit eigen middelen via kapitaalverhoging, deels met vreemde middelen.

Deze overdracht kadert binnen de vereffening van het faillissement van de NV SABENA, uitgesproken bij vonnis d.d. 7 november 2001 door de Rechtbank van Koophandel te Brussel. De handelsactiviteiten m.b.t. de grondafhandeling werden sindsdien door de curator voortgezet met machtiging van de Rechtbank.

De unit "groundhandling" omvat alle grondafhandelingsdiensten, behalve de categorieën brandstof- en olielevering, lijnonderhoud, vracht- en postafhandeling (cargo) en catering. De unit "cargo" betreft de fysieke afhandeling van vracht en post en de behandeling van de vereiste documenten, alsook de "warehousingdiensten" buiten de gecontroleerde zone van de luchthaven.

De grondafhandelingsdiensten worden opgesomd in de Richtlijn 96/67/EG van 15 oktober 1996 m.b.t. de toegang tot de grondafhandelingsmarkt op de EG luchthavens. Deze Richtlijn voorziet dat de lidstaten het recht hebben om het aantal grondafhandelaars te beperken tot twee voor de categorieën bagageafhandeling, platformafhandeling, brandstof- en olielevering en vracht- en postafhandeling.

De mogelijkheid om het aantal dienstverleners bij de "groundhandling" te beperken is gemotiveerd door de beschikbare ruimte en de veiligheid. Deze activiteiten vinden nl. plaats op de "airside" van de luchthaven (tarmac en bagagesystemen), waar de toegang tot de vliegtuigen streng gecontroleerd moet kunnen worden. Het aantal dienstverleners kan niet beperkt worden op de "landside", zijnde luchthavengebouw en alle andere publiek toegankelijke delen.

Genoemde Richtlijn werd in het Belgisch recht omgezet door het KB van 12 november 1998 m.b.t. toegang tot de grondafhandelingsmarkt op de luchthaven Brussel-Nationaal. In uitvoering van de Richtlijn voorziet dit KB dat het aantal grondafhandelaars "aan derden" beperkt moet worden tot 2 dienstverleners van de vier categorieën "airside".

Na een selectieprocedure heeft de Raad van Bestuur van BIAC op 31 oktober 2000 beslist om de licentie voor grondafhandeling aan derden (platform, bagage, vracht en post) exclusief te verlenen aan Sabena en Aviapartner. Het zijn gereserveerde diensten. Deze overeenkomst tussen BIAC en Sabena - gesloten op 1 augustus 2001 en geldig tot 31 oktober 2004 - maakt deel uit van huidige overname.

M.b.t. de grondafhandeling die niet gereserveerd werd d.m.v. de selectieprocedure van BIAC (vooral passagiersafhandeling, vliegtuigservices, lijnonderhoud en catering), bestaat er vrije concurrentie.

De toegang tot deze niet-gereserveerde diensten wordt ook gereguleerd door BIAC, gezien elke kandidaat-dienstverlener een toelating of vergunning moet bekomen waaraan een aantal voorwaarden zijn verbonden inzake knowhow, opleiding van personeel en financiële draagkracht. Sabena kwam vergunning voor de niet-gereserveerde diensten bij overeenkomst d.d. 1 augustus 2001, deel uitmakende van deze overname.

Naast Sabena zijn o.a. Aviapartner, Globe Ground, Alitalia, British Midlands en British Airways actief in de grondafhandeling "landside" (vooraf passagiersafhandeling).

De overgenomen business units zijn dus enerzijds actief op een gereguleerde niet-vrije markt, vastgelegd bij KB van 12 november 1998 voor de gereserveerde diensten, en anderzijds op een gereguleerde vrije markt voor de niet-gereserveerde diensten.

Het KB van 12 november 1998, gewijzigd door het KB van 31 oktober 2001, voorziet dat in geval van faillissement of vereffening van een geselecteerde dienstverlener de overdracht van de licentie voor de uitoefening van de gereserveerde grondafhandelingsdiensten aan de overnemer enkel mogelijk is mits goedkeuring van de luchthavenbeheerder BIAC en op voorwaarde dat de overnemer de diensten zal verlenen aan dezelfde voorwaarden als de oorspronkelijke dienstverlener. BIAC heeft inmiddels haar goedkeuring gegeven voor de overdracht van de licentie aan de groep FCC, zowel voor de gereserveerde als voor de vrije diensten en dit tot 31 oktober 2004.

Deze operatie is een concentratie in de zin van art. 9§1b WBEM.

De overeenkomst werd ondertekend op 25 juni 2002. De concentratie werd binnen de wettelijk voorziene termijn aangemeld op 25 juli 2002.

Uit de voorgelegde omzetcijfers van de betrokken ondernemingen blijkt dat de drempels zoals opgelegd conform art. 11§1 WBEM worden behaald, zodat de concentratie diende te worden aangemeld.

De aangemelde concentratie valt overeenkomstig art. 33§1.1 WBEM binnen het toepassingsgebied van de wet.

### 3. De relevante productenmarkten

In enkele beslissingen heeft de Europese Commissie de activiteiten op de luchthaven onderverdeeld in drie markten: (1) grondafhandelingsdiensten, (2) diensten i.v.m. de infrastructuur bv. taxiways, (3) aanverwante commerciële diensten bv. lounges, parkeerplaatsen, duty free shops (zie zaak COMP/M.2254 - Aviapartner/ Maersk/Novia).

De activiteiten van de overgenomen business units behoren tot de markt van de diensten inzake grondafhandeling, met uitzondering van de "warehousing"-diensten, die niet zijn opgenomen op de lijst van de "groundhandling services" in voornoemde Richtlijn 96/67/EG van 15 oktober 1996.

In deze EG-Richtlijn worden de grondafhandelingsdiensten opgesomd en als volgt omschreven en ingedeeld: (1) administratieve grondafhandeling en supervisie ; (2) passagiersafhandeling - nl. controle van tickets en reisdocumenten, registratie van bagage en vervoer van bagage tot de sorteersystemen ; (3) bagageafhandeling - nl. behandeling van de bagage in de sorteerruimte, sorteren ervan en vervoer van bagage tussen sorteer- en distributieruimte ; (4) vracht- en postafhandeling en behandeling van vereiste documenten en douaneformaliteiten ; (5) platformafhandeling - nl. begeleiden van het vliegtuig op de grond, bijstand bij parkeren en taxiën, laden en lossen van het vliegtuig, alsook transport van bemanning, passagiers en bagage tussen vliegtuig en luchthavengebouw ; (6) vliegtuigservicing o.a. het schoonmaken van het vliegtuig, verwarming ; (7) brandstof- en olielevering ; (8) lijnonderhoud o.a. levering van onderhoudsmaterieel en reserveonderdelen ; (9) vluchtafhandeling en administratie van cabinepersoneel ; (10) grondtransportafhandeling - nl.

transport van passagiers, bemanning, bagage, vracht en post tussen de diverse luchthavengebouwen ; (11) catering.

Deze 11 diensten moeten onderverdeeld worden in gereserveerde en niet-gereserveerde diensten. De gereserveerde diensten zijn in België: bagageafhandeling, platformafhandeling, vracht- en postafhandeling, en brandstof- en olielevering. Deze diensten op de "airside" (behalve brandstof- en olielevering) heeft BIAC in uitvoering van het KB van 12 november 1998 voorbehouden voor Sabena en Aviapartner. Door het beperken tot twee spelers heeft de wetgever een feitelijk duopolie doen ontstaan. De concurrentie speelt enkel bij het toekennen van de licenties voor een bepaalde periode, hetgeen in casu zal gebeuren op 31 oktober 2004. Bij de niet-gereserveerde diensten speelt de concurrentie wel voluit en zijn meerdere spelers actief op de markt.

De markt van de grondafhandeling kan worden opgesplitst in voormelde 11 subcategorieën, indeling welke de IATA hanteert (International Air Transport Association) - een beroepsvereniging die 280 luchtvaartmaatschappijen groepeerd. In hun contracten kunnen luchtvaartmaatschappijen afzonderlijke overeenkomsten sluiten per subcategorie.

Anderzijds verkiezen de meeste luchtvaartmaatschappijen in de praktijk om globale contracten te sluiten voor het geheel van de grondafhandeling via zgn. "package deals", omdat dan per luchthaven slechts met één of enkele dienstverleners moet onderhandeld worden.

Vermits de koper in casu echter niet actief is op de markt van de grondafhandeling op de luchthaven van Zaventem, kan het volstaan om als relevante productenmarkten te weerhouden: de gereserveerde diensten en de niet-gereserveerde diensten.

#### 4. De relevante geografische markt

Eenzijds heeft de Europese Commissie geoordeeld dat de geografische markt voor de grondafhandeling in het algemeen beperkt blijft tot een bepaalde luchthaven, gezien de grondafhandeling een specifieke dienst betreft welke enkel kan verleend worden op de luchthaven waar het vliegtuig zich bevindt.

Anderzijds kan rekening gehouden worden met de situatie waarbij bepaalde luchtvaartmaatschappijen hun vluchten gaan uitvoeren vanuit een luchthaven waar de tarieven voor grondafhandeling lager liggen dan in de nabijgelegen luchthavens (Beslissing van de Europese Commissie nr. IV/M.1165 - Lufthansa/Menzies/LCC, in dezelfde zin: Raad voor de Mededinging, beslissing van 5 juli 2002 - nr. C/C - 02/0052 - LSG Sky Chefs Belgium/NV Sabena - niet gepubliceerd). In casu zal de overname van de units "grondafhandeling" en "cargo" van Sabena echter vooral effect hebben op de markt van de grondafhandeling in Brussel-Zaventem.

#### 5. De marktaandelen

Uit het onderzoek van de Dienst is gebleken dat de business unit "groundhandling" van Sabena een marktaandeel heeft van boven de 50%, terwijl het marktaandeel m.b.t. de cargo beneden de 20% ligt. Sabena en Aviapartner zijn de belangrijkste marktspelers en de rest van de markt is sterk gefragmenteerd.

#### 6. Economische analyse

Het belangrijkste punt is de vaststelling dat er in casu géén betrokken markten zijn, gezien noch FCC noch Vivendi Universal actief zijn op de markt van de grondafhandeling op de luchthaven te Zaventem.

De hoge marktaandelen zijn op de markt van de reserveerde diensten het gevolg van de wettelijke reglementering van de grondafhandeling, waardoor het aantal marktspelers werd beperkt tot 2 dienstverleners. Een marktaandeel van 50% is dan ook "normaal" gezien er op wettelijke basis slechts twee spelers mogen optreden (wettelijk duopolie).

Verder is de overname van de business units van Sabena noodzakelijk in het kader van de vereffening van het faillissement van de NV Sabena door de curatele. Op de luchthaven van Zaventem moet de continuïteit van de grondafhandeling worden verzekerd.

Huidige koper is zelf niet actief op het vlak van de grondafhandeling te Zaventem, zodat door de betrokken overname de marktstructuur niet zal wijzigen.

Hieruit volgt dat huidige overname géén machtspositie in het leven roept of versterkt, die tot gevolg heeft dat de daadwerkelijke mededinging op de nationale markt of een wezenlijk deel ervan op een significante wijze wordt belemmerd (art. 10§3 WBEM).

Om deze redenen

### De Raad voor de Mededinging

Gelet op de art. 2 e.v. van de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken van toepassing overeenkomstig art. 54bis WBEM ;

Stelt vast dat de betrokken concentratie aanmeldingsplichtig is en conform art. 33 §1.1 WBEM binnen het toepassingsgebied valt van de wet ;

Verklaart de concentratie toelaatbaar conform art. 33§2.1.a WBEM ;

Aldus uitgesproken op 9 september 2002 door de Kamer van de Raad voor de Mededinging, samengesteld uit: de heer Frank Deschoolmeester, kamervoorzitter ; mevrouw Béatrice Ponet, Voorzitter van de Raad voor de Mededinging ; de heren Geert Zonnekeyn en Eric Mewissen, leden.

## **Décision n°2002-C/C-66 du 11 septembre 2002**

Affaire CONC-C/C-02/0049 : Cadbury Denmark A/S / Dandy holding A/S

Vu la notification de concentration déposée le 29 juillet 2002 au secrétariat du Conseil de la concurrence ;

Vu le dossier d'instruction et le rapport motivé du Corps des rapporteurs daté du 26 août 2002 ;

Entendu à l'audience du 11 septembre 2002 :

Monsieur Patrick Marchand, Rapporteur représentant le Corps des rapporteurs, accompagné par Monsieur Géry Marlière et Monsieur Alain Godfumon du Service de la concurrence.

Monsieur Peter Panait, Madame Connie Astrup-Larsen, Monsieur Chris Van Steenberghe, Monsieur Dominique Faguet, représentants les parties notifiantes et assistés par Madame Valérie Landes, avocat à l'ordre francophone des avocats du Barreau de Bruxelles.

### **1. Les parties en cause**

#### **1.1 L'acquéreur**

Cadbury Denmark A/S (ci-après: Cadbury) est une société anonyme de droit danois, établie C/o Gorrissen Federspiel Kierkegaard, Silkeborgvej, 2 à 8000 Aarhus C (Danemark).

Elle est une société holding filiale à 100% de la société Cadbury Schweppes Overseas Limited, membre du groupe Cadbury Schweppes.

Cadbury Schweppes est un groupe de dimension mondiale dont les activités se répartissent en 2 pôles:

- les boissons (eaux, jus de fruits, boissons au goût de fruit, thés et laits aromatisés) sous les marques Schweppes, Orangina, Dr Pepper, Spring Valley, etc...
- la confiserie (chocolats, bonbons et confiserie de poche) sous les marques Cadbury, Hollywood, Poulain, La Pie qui Chante, Kent, Basset's, etc...

Cadbury Schweppes ne dispose pas de filiale en Belgique dans le secteur de la confiserie de poche.

#### **1.2. Le vendeur**

Dandy Holding A/S, société anonyme de droit danois, établie au Danemark à 7001 Vejle Dandyvej 19 P.O. Box 208, est la société holding du groupe danois Bagger-Sørensen spécialisé dans la fabrication et la distribution de chewing-gums.

Les activités du groupe sont réparties entre les chewing-gums de confiserie et les chewing-gums médicaux.

Préalablement à l'opération, Dandy Holding A/S a procédé à l'éclatement en deux parties de sa filiale Dandy A/S:

- Dandy Own Brands A/S (ci-après: Dandy) qui commercialise des chewing-gums (non-médicaux) sous ses marques Stimorol, V6 et Dirol, et fabrique des chewing-gums dans son usine de Novgorod (Russie),
- Dandy B2B (ci-après: B2B) qui fabrique des chewing-gums pour des tiers dont Dandy A/S et Fertin A/S, Delhaize (marque distributeur), Fresh-Life (Aldi), Signal (Unilever) et Aquafresh (Smith Kline) et ne vend pas sous ses propres marques.

Seule Dandy, par sa cession à Cadbury, est concernée par la présente opération de concentration.

Les chewing-gums médicaux relèvent de la catégorie des médicaments. Ces chewing-gums sont fabriqués par la société Fertin A/S (également filiale de Dandy Holding A/S). Fertin A/S ne fait pas partie de l'ensemble cédé à Cadbury et demeure la propriété du groupe Bagger-Sørensen.

### 1.3. la société cible:

Dandy est une société anonyme de droit danois établie à la même adresse que Dandy Holding A/S. Constituée en tant que société du groupe Bagger-Sørensen pour les besoins de la cession à Cadbury, cette société est détentrice des marques Stimorol, V6 et Dirol. Elle dispose d'une usine de fabrication de chewing-gums à Novgorod (Russie) et commercialise ses produits par des filiales de distribution ou des distributeurs indépendants.

Dandy commercialise ses produits en Belgique par l'intermédiaire d'une filiale à 100 %, la société Stimorol Belgium SA dont le siège est à Plezanstraat 17, 9100 Saint-Nicolas.

La commercialisation de Hollywood (marque appartenant à Cadbury qui l'a acquise en août 2000) en Belgique et au Grand Duché de Luxembourg est effectuée par Stimorol Belgium SA suite à un accord de distribution exclusive signé le 17 juillet 2001, avec effet au 1er janvier 2001, pour une durée de 3 ans. Il échet de relever que cet accord n'a à ce jour pas été notifié au Conseil de la concurrence.

## 2. L'opération notifiée

La notification a pour objet l'acquisition par la société Cadbury Denmark A/S, filiale à 100 % de Cadbury Schweppes Overseas Ltd et constituée aux fins de cette acquisition, de la société Dandy Own Brands A/S, filiale du groupe familial Bagger-Sørensen.

L'activité "à marque" (correspondant aux marques [CONFIDENTIEL]) n'existant pas en tant qu'entité séparée avant l'acquisition, elle a été constituée avant signature du contrat de cession entre les parties. C'est ainsi que Dandy A/S, filiale de la holding Dandy Holding A/S, a été scindée en deux sociétés distinctes : les sociétés Dandy et B2B, seule la première étant cédée à Cadbury.

L'acquisition porte sur les actifs suivants:

- [CONFIDENTIEL]
- [CONFIDENTIEL]
- [CONFIDENTIEL]
- [CONFIDENTIEL]

Le contrat de cession de la société Dandy a été signé par les parties le jeudi 27 juin 2002.

A l'issue de l'opération envisagée, Cadbury détiendra 100% du capital de Dandy.

[CONFIDENTIEL]

[CONFIDENTIEL]

[CONFIDENTIEL]

L'acquisition de Dandy, détenteur de marques à forte renommée, permet au groupe Cadbury de renforcer ses positions sur les activités Chewing-gums, et par voie de conséquence sur le marché de la confiserie de poche, dans des pays comme la France, le Danemark, la Belgique, la Suisse, la Russie, la Suède et les Pays-Bas.



### 3. Champ d'application

Les sociétés précitées sont des entreprises au sens de l'article 1er de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique et l'opération notifiée est une opération de concentration au sens de l'article 9 de cette loi.

Sur la base des indications fournies par les parties dans leur notification, les seuils de chiffres d'affaires visés à l'article 11 de cette loi sont atteints.

### 4. Secteur économique concerné

Le secteur économique concerné est celui de la fabrication de confiserie (code NACE 15.84).

### 5. Marchés de produits en cause

Le secteur de la confiserie regroupe un grand nombre de produits tels que les chocolats, les chewing-gums, les réglisses, les barres chocolatées, les pastilles, les dragées, les gommes, les bonbons, les caramels, les acidulés, les sucettes, les lards, etc

Afin de déterminer les effets de l'opération notifiée au regard de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique et de se prononcer sur l'admissibilité de l'opération, il est essentiel de déterminer avec précision le marché pertinent des produits en cause.

Au cours de l'instruction de cette notification, les parties notifiantes ont présenté le marché de la confiserie comme pouvant être segmenté en trois marchés distincts:

- le marché de la confiserie chocolatée;
- le marché de la confiserie sucrée;
- le marché de la confiserie de poche.

Selon les parties à la notification, les professionnels du secteur considèrent qu'il est pertinent d'isoler, au sein de ce secteur, le marché de la confiserie de poche.

#### 5.1. Segmentation du marché proposée par les parties : le marché de la confiserie de poche

Selon les parties notifiantes, la confiserie de poche présente les caractéristiques suivantes: il s'agit d'une confiserie d'impulsion (dont on n'a pas besoin, qui ne figure pas sur la liste de « courses », d'où l'importance du marketing et de sa présence près des caisses), de petite quantité (tenant dans la poche), pour la consommation individuelle (par opposition au partage qu'évoque la confiserie en sachet), ambulatoire (dont la consommation s'opère dans la rue ou au bureau par opposition à la confiserie consommée à domicile), dépourvue d'une dimension nutritive et répondant à des besoins et attentes spécifiques de la part des consommateurs. Ces besoins sont liés à la recherche d'un certain bien-être (fraîcheur en bouche, libération des voies respiratoires, voire relaxation), à un certain plaisir sensoriel (sucrer, mâcher), à l'hygiène bucco-dentaire (haleine et soins dentaires).

Ils peuvent également procurer un effet de stimulation (coup de fouet) ou être utilisés comme coupe-faim. Ces caractéristiques les distingueraient des autres produits du secteur de la confiserie qui ne remplissent pas ces besoins: caramels, sucettes, lards, ...

Les parties ajoutent que plusieurs éléments viendraient confirmer cette délimitation du marché. Premièrement, les produits regroupés sous la dénomination "confiserie de poche" présenteraient tous les mêmes signes distinctifs à savoir, apporter au consommateur une sensation de fraîcheur, d'hygiène orale et de relaxation. Le degré de fraîcheur varie d'une fraîcheur douce (fruits, menthe douce, eucalyptus, chlorophylle) à une fraîcheur plus forte. Ces qualités rafraîchissantes seraient d'ailleurs le

principal argument de communication de la part des fabricants qu'il s'agisse de chewing-gums, de dragées ou de pastilles.

Elles précisent en outre que deux études, réalisées respectivement aux Pays-Bas et en France, viennent confirmer la substituabilité de ces produits aux yeux des consommateurs finaux. Ces études révèlent que la première raison pour laquelle les consommateurs achètent les chewing-gums, les pastilles et les confiseries protectrices de la bouche est la qualité rafraîchissante de ces produits.

Ces produits seraient également substituables aux yeux des fabricants. Le fait que Ferrero (Tic-Tac) et Perfetti Van Melle aient demandé à la société Nielsen des relevés sur le marché belge de la confiserie de poche confirmerait que ces deux entreprises estimeraient être en concurrence avec des marques telles que Hollywood et Stimorol. Cette affirmation est cependant contredite par Ferrero qui n'estime pas être en concurrence avec les parties notifiantes.

Les parties font encore observer que ces produits sont vendus ensemble sur les mêmes linéaires et elles produisent des photos pour étayer leur affirmation.

Les parties estiment également que le prix de vente de ces différents produits prouvent leur substituabilité. Les parties estiment le prix de vente de ces produits se situent sur une échelle de prix allant de 0,60 à 1 ou 2 euros.

Ces différents éléments prouveraient qu'il est pertinent d'isoler le marché de la confiserie de poche au sein du secteur de la confiserie.

Si on retient cette définition de marché, les parties possèdent une part de marché cumulée de plus de [CONFIDENTIEL - entre 30 et 50%] en valeur et de plus de [CONFIDENTIEL - entre 20 et 40] en volume pour l'année 2001.

#### Parts de marché en volume

	1999	2000	2001
Cadbury Schweppes (Hollywood)	[CONFIDENTIEL]		
Dandy (Stimorol, V6)			
Perfetti Van Melle (Mentos)			
Continental Sweets (Sportlife, Ricola, King, Frisk*, Smint*)			
Aldi (Fresh-Life)			
Ferrero (Tic-Tac)			
Wrigley / Solinest (Freedent Fisherman's Friend*)			
Procter & Gamble (Vicks)			
Autres			

\* Les parts de marché des produits Frisk, Smint et Fisherman's friend sont comptabilisées dans la catégorie "autres".

#### Parts de marché en valeur

	1999	2000	2001
Cadbury Schweppes (Hollywood)	[CONFIDENTIEL]		
Dandy (Stimorol, V6)			
Perfetti Van Melle (Mentos)			
Continental Sweets (Sportlife, Ricola, King, Frisk*, Smint*)			
Aldi (Fresh-Life)			
Ferrero (Tic-Tac)			
Wrigley / Solinest (Freedent Fisherman's Friend*)			
Procter & Gamble (Vicks)			
Autres			

\* Les parts de marché des produits Frisk, Smint et Fisherman's friend sont comptabilisées dans la catégorie "autres".

## 5.2. Le marché des chewing-gums et le marché des dragées et autres pastilles

Une autre segmentation serait également encore envisageable au sein de la confiserie de poche.

Une distinction pourrait en effet être opérée entre d'une part le marché des chewing-gums et d'autre part le marché des dragées et autres pastilles.

Selon les parties, cette distinction n'est pas pertinente pour plusieurs raisons.

Premièrement, ce que rechercherait avant tout le consommateur serait la fraîcheur et l'intensité du goût. A ce propos, les parties soulignent que la plupart des acteurs (Wriggley, CSM, Perfetti Van Melle, Adams, ...) proposent aux consommateurs à la fois des chewing gums et des pastilles.

Deuxièmement, les parties soutiennent que la distinction entre les chewing-gums et les pastilles tend à s'estomper dans les faits. Elles citent l'exemple de Perfetti Van Melle qui indique sur certains emballages de Mentos la mention "chewy dragées" et que cette entreprise a récemment lancé un produit contenant à la fois de la dragée et une substance à mâcher, le "Mentos Cool Chew".

Pour appuyer leurs dires, les parties citent un article de presse relatant, au travers des difficultés que connaît la société Wrigley sur le territoire américain, le glissement d'habitude chez les adolescents américains de passer du chewing gum aux pastilles (cf. annexe 10). Les parties ajoutent à ce sujet que cette société a lancé au début de l'année un produit du nom de "Crunch Pearl" dont le slogan est "plus qu'une menthe, plus qu'une gomme". Les parties rappellent également que l'étude Nielsen consacrée au marché français fait ressortir ce fait.

Dans l'hypothèse où on isole le marché des chewing-gums, les parties ont donné une estimation des parts de marché des différents acteurs en présence. Dans cette hypothèse, les parties possèdent pour 2001 des parts de marché cumulées de plus de [CONFIDENTIEL - entre 50 et 70%] en volume et de plus de [CONFIDENTIEL - entre 50 et 70%] en valeur.

### Parts de marché sur le marché belge des chewing-gums en volume

	1999	2000	2001
Cadbury Schweppes (Hollywood)	[CONFIDENTIEL]		
Dandy (Stimorol, V6)			
Continental Sweets (Sportlife)			
Aldi (Fresh-Life)			
Wrigley / Solinest (Freedent)			

### Parts de marché sur le marché belge des chewing-gums en valeur

	1999	2000	2001
Cadbury Schweppes (Hollywood)	[CONFIDENTIEL]		
Dandy (Stimorol, V6)			
Continental Sweets (Sportlife)			
Aldi (Fresh-Life)			
Wrigley / Solinest (Freedent)			

## 5.3. Réactions du marché

Aucun des concurrents interrogés ne soutient la thèse défendue par les parties.

Selon Solinest (distributeur exclusif de Wrigley), l'unique marché concerné par cette concentration est celui des chewing-gums.

Continental Sweets (Sportlife, Ricola, King, Frisk, Smint) en se basant sur Nielsen estime également qu'il est pertinent d'isoler le marché des chewing-gums.

Ferrero précise que le marché de la confiserie de poche regroupe l'ensemble des produits de confiserie, gommes non incluses, dont le poids unitaire par packaging est inférieur ou égal à 50 gr. Il poursuit en identifiant ses concurrents parmi lesquels ne se trouve aucun chewing gum.

Procter&Gamble distingue, dans le marché de la confiserie, trois catégories:

- les bonbons "bien-être" (à base de plante pour la gorge ou l'haleine, etc ...);
- les chewing-gums;
- les autres bonbons et confiseries (chocolatée ou non, caramel, sucrerie, etc ...).

Parmi les clients interrogés, seul Sugro qui est un grossiste et qui n'est donc pas en contact direct avec le consommateur final, marque son accord avec la définition proposée par les parties.

Lekkerland estime par contre qu'il est pertinent de faire la distinction entre quatre marchés:

le marché des pastilles, le marché des gommes, le marché des chewing-gums et le marché des produits pour enfants. Selon lui, cette segmentation est basée sur les caractéristiques intrinsèques des produits ainsi que sur leurs publics cibles, toute autre segmentation basée sur des critères différents n'est pas pertinente.

Quant aux clients de la grande distribution, si Colruyt estime que le marché des chewing-gums est un marché bien délimité au sein du marché de la confiserie, Carrefour et Delhaize Le Lion se rangent pour leur part à la définition proposée.

#### 5.4. Observations complémentaires

Il convient également d'avoir égard à d'autres éléments pertinents dans le cadre de la détermination de la définition du marché pertinent.

Cadbury dispose, sur son site internet, d'un "dossier étudiant: Hollywood Chewing Gum".

Ce dossier montre bien qu'il existe un marché spécifique dans le secteur de la confiserie: celui des chewing-gums. Cadbury y analyse le marché en cause, présente un historique de la marque, les caractéristiques du produit et y décrit son positionnement.

Cadbury affirme être "fortement leader sur le marché du chewing gum en France avec plus de 60% de part de marché volume." Tandis que Wrigley (Freedent) est le leader mondial du segment.

Il y a lieu d'observer qu'en France, Cadbury assure, depuis juillet 2000, la distribution de la marque Stimorol par la reprise des contrats de distribution avec le propriétaire danois que possédait le groupe Kraft Food France.

Cadbury présente la marque Hollywood chewing-gum comme étant:

- leader en France et DOM-TOM;
- challenger (2ème ou 3ème marque du marché) en Belgique, Suisse, Grèce, Italie, Bolivie, Allemagne, Tunisie, Maroc et Algérie;
- présente en Russie, Ukraine, Lettonie, Norvège, Chypre, Irlande, Sénégal et Côte d'Ivoire.

Y figurent également les investissements media 1998 des principales marques - "Total marché gum" pour 1998.

Le communiqué de presse également accessible sur le site Internet relatif à l'acquisition opérée en juillet 2000, mentionne la reprise des activités chewing-gum et confiserie en France.

Le CEO de Cadbury Schweppes en fait le commentaire suivant: "Kraft Food's strong brands help us build critical mass in the French sugar confectionery market and give us entry into the profitable chewing gum segment."

Cette opération a fait l'objet d'une décision ministérielle (décision du 31 juillet 2000 - Cadbury Schweppes France et Kraft Food France - BOCCRF n° 13 du 05 décembre 2000) laquelle, après avoir rappelé que le secteur de la confiserie de sucre était distinct de celui de la confiserie de chocolat, retient comme marchés pertinents ceux de la confiserie de sucre en sachet, de la confiserie de sucre de poche et les gommes (gomme et chewing gum étant synonymes).

Quant au communiqué de presse relatif à la présente opération, il mentionne "Combined with Cadbury Schweppes' existing chewing gum businesses, this acquisition makes Cadbury Schweppes the second largest player in the European Chewing gum market, with N° 1 positions in France, Denmark, Belgium and Switzerland and N° 2 positions in Russia, Sweden, and the Netherlands".

Un article de presse du FET daté du 18 juillet 2002 fait en outre état de l'intérêt de Cadbury à la reprise de Adams, deuxième acteur mondial ([CONFIDENTIEL - entre 15 et 25%]) sur le marché du chewing gum (doc. 28).

## 5. 5. Détermination du marché pertinent des produits en cause

Les parties se basent principalement sur deux études pour soutenir que le secteur des chewing-gums fait partie du marché de la petite confiserie de poche, une étude Nielsen réalisée en France et une étude Intomart réalisée aux Pays-Bas.

Il convient dès lors d'examiner le contenu de ces études et la pertinence des conclusions qu'en tirent les parties.

L'étude Intomart opère une distinction claire entre les pastilles et les chewing-gums. Dans ses conclusions, cette étude signale que le chewing-gum est un substitut à la cigarette lorsque l'on tente de diminuer sa consommation et que les pastilles à la menthe est un substitut aux chewing-gums lorsque il n'est pas socialement permis de mâcher ou lorsqu'il est difficile de jeter son chewing-gum (école, bar, ...). En outre, cette étude conclut à la substitution entre les pastilles à la menthe et les chewing-gums seulement dans certaines situations, et non en général. Enfin, cette étude ne voit aucune substitution entre les pastilles pour la gorge et les chewing-gums. Il en résulte qu'il semble difficile de conclure sur la base de cette étude que les chewing-gums et les autres confiseries de poche appartiennent au même marché.

La seconde étude mise en exergue par les parties est une étude Nielsen réalisé en 2001 pour Cadbury-Schweppes sur le territoire français. Les parties soulignent que l'étude en question démontre que [CONFIDENTIEL - entre 50 et 65%] des acheteurs de chewing-gums achètent également de la petite confiserie de poche (PCP) et que [CONFIDENTIEL - entre 55 et 65%] des acheteurs de PCP achètent des chewing-gums. Selon elles, ce fait démontre que ces deux types de produits appartiennent au même marché. Or, affirmer que dès lors qu'un consommateur d'un produit "x" achète également un produit "y", entraîne comme conclusion que ces deux produits sont substituables n'est pas un raisonnement pertinent pour démontrer la substituabilité entre deux produits.

L'étude approfondit également les transferts de volume entre la petite confiserie de poche et le chewing-gum. Elle en conclut que la croissance du chewing-gum est due à l'augmentation de la consommation pour [CONFIDENTIEL - entre 60 et 80%] et à la cannibalisation des volumes issue de la PCP pour [CONFIDENTIEL - entre 20 et 40%].

On peut dès lors avancer qu'une certaine substitution existe entre ces deux types de produits.

Par contre, la croissance de la petite confiserie de poche est uniquement due à la croissance de la consommation. Dans ce dernier cas, le raisonnement soutenu par les parties devient caduc.

Il est également utile de souligner que les parties estiment que la dimension géographique des marchés des différents produits alimentaires reste principalement nationale et que cette étude a été réalisée en France... A ce propos, un concurrent souligne que selon Nielsen, en ce qui concerne le marché belge, le marché du chewing-gum est distinct du marché de la petite confiserie de poche.

Les parties avancent également que la manière dont sont disposés les chewing-gums et les petites confiseries de poche dans les rayonnages des magasins prouve également qu'ils appartiennent au même marché. Elles fournissent à ce sujet une série de photographies de rayonnages.

Un premier cliché montre effectivement un linéaire dans lequel les différents types de confiserie sont mélangés. Mais, à suivre le raisonnement des parties, il serait alors pertinent d'inclure dans le même marché à la fois les bubble-gums (Bubblicious, ...) et les confiseries de poche au chocolat telles que Mars, Leo, ou encore Cha-Cha, ce qu'elles ne soutiennent absolument pas.

Une deuxième photographie montre également un linéaire où sont présents à la fois des petites confiseries de poche et des chewing-gum. Cependant, bien que ces produits soient présentés l'un à côté de l'autre, il y a manifestement une séparation claire entre d'une part les chewing-gums et les autres confiseries de poche.

Un dernier cliché montre un linéaire d'impulsion (situé aux caisses) où sont également disposés les différentes confiseries de poche. Cependant, à nouveau il existe une frontière entre les chewing-gums (situés en haut) et les autres confiseries de poche (situées en bas). Sur base de ces clichés, il est difficile d'affirmer qu'ils démontrent de quelque manière que ce soit une quelconque substituabilité entre les chewing-gums et les autres confiseries de poche.

Les parties ont également fourni différentes présentations de produits qui vont prochainement faire leur apparition dans différents pays. Il s'agit tous de produits présentant des variétés à la fois sous forme de chewing-gums et sous forme de pastilles. Ce fait démontrerait que la frontière entre chewing-gum et pastille s'est effacée. Cependant, il s'agit tous de produits en phase de lancement et leur succès commercial ne peut encore être garanti. De plus, le fait que chacune de ces marques est disponible à la fois sous forme de chewing-gum et de pastille peut également vouloir signifier qu'elles ont la volonté d'être à la fois présentes sur les deux marchés. S'il existait une parfaite substitution entre les chewing-gums et les petites confiseries de poche, quelle serait l'utilité d'occuper à la fois les deux segments ? En outre, aucun de ces exemples ne concerne le marché belge.

En conséquence, le marché concerné à prendre en considération est celui des chewing-gums.

## 6. Marché géographique concerné

A l'occasion d'une concentration dans le secteur de la confiserie, la Commission européenne a estimé que, comme dans de nombreuses affaires concernant le secteur de l'alimentation, les différents marchés de produits alimentaires doivent encore être considérés nationaux (Aff. COMP / M.2072; Phillip Morris / Nabisco; 16 octobre 2000; p. 4).

Du point de vue de l'offre, les paramètres de la concurrence (gamme de produits, publicité, prix, ...) sont déterminés au niveau national. Les réseaux de distribution sont également organisés au niveau national.

Les parties soulignent toutefois que du point de vue des consommateurs, le marché apparaît comme local, la zone de chalandise étant délimitée par la durée limitée dans laquelle le point de vente peut

être atteint ou par la distance que le consommateur est prêt à parcourir pour effectuer son acte d'achat. Les parties ajoutent que dans la mesure où les zones d'achat se superposent les unes aux autres, cela provoque un effet de réaction en chaîne et dès lors le marché géographique à prendre en considération est l'ensemble du territoire national.

Il convient donc de considérer que le marché géographique concerné s'étend à l'entièreté du territoire belge.

## 7. Analyse concurrentielle

### 7.1. Structure de l'offre et la demande

#### 7.1.1. l'offre

Le secteur de la confiserie de poche est caractérisé par un haut degré de concentration. La plupart des fabricants de chewing-gums et de confiserie de poche appartiennent à des groupes puissants, présents à l'échelle européenne ou mondiale.

Le groupe Wrigley, présent en Belgique avec la marque Freedent, est le plus important de tous, leader mondial et européen du chewing-gum. Il dispose de quatre unités de production en Europe.

Continental Sweets (groupe CSM), commercialise en Belgique entre autres King, Smint, Sportlife et se présente comme le numéro 2 européen sur le marché de la confiserie de sucre (chewing-gums exclus) et comme le numéro 1 en Scandinavie, Finlande et dans le Benelux. Il commercialise des gommes, des chewing-gums, des pastilles.

Perfetti Van Melle est présent en Europe avec ses marques Fruitella, Chloralit, Mentos, etc. Il a récemment (1995) acquis en Belgique la société Frisk et se positionne comme numéro 2 européen du marché de la confiserie de poche et des chewing-gums.

A ce propos, les parties précisent que si l'on considère le seul segment du chewing-gum, la nouvelle entité issue de la concentration détiendra [CONFIDENTIEL - entre 0 et 20%] du marché mondial derrière Wrigley ([CONFIDENTIEL]) et Adams ([CONFIDENTIEL]). Au niveau européen, elle occupera la deuxième place avec [CONFIDENTIEL] % du marché, devancée par Wrigley ([CONFIDENTIEL]) mais avant Perfetti Van Melle ([CONFIDENTIEL]).

Généralement, les fabricants de confiserie de poche et de chewing-gums présents en Belgique commercialisent leurs produits sur le marché belge par l'intermédiaire de filiales. Deux entreprises font cependant exception à la règle, Wrigley et Cadbury Schweppes. Wrigley commercialise ses produits en Belgique par l'intermédiaire de la société Solinest, tandis que Cadbury Schweppes commercialise les siens par la filiale belge du groupe Dandy, Stimorol Belgium.

Les parties soulignent que de nouveaux entrants sont arrivés récemment sur le marché. Ils citent entre autres l'arrivée de Aquafresh chewing-gum en 1998 (Smith Kline Beecham) et de Signal (Unilever) en 1999, également un chewing-gum. La part de marché obtenue par Signal sur le marché des chewing-gums est évaluée à [CONFIDENTIEL - entre 0 et 10%] en volume et à [CONFIDENTIEL - entre 0 et 10%] en valeur et celle d'Aquafresh à [CONFIDENTIEL - entre 0 et 10%] en volume et [CONFIDENTIEL - entre 0 et 10%] en valeur. Aldi a également commencé à commercialiser une marque de chewing-gums sous la marque Fresh-Life qui à ce jour occupe déjà [CONFIDENTIEL - entre 10 et 20%] du marché des chewing-gums en volume.

Les parties estiment également que de grands groupes absents du marché belge seraient susceptibles de rentrer facilement sur ce marché. Ils citent notamment Perfetti, qui pourrait profiter du rachat de Van Melle (Mentos,...) pour commercialiser des chewing-gums en Belgique, ce qu'elle a commencé à

faire en France. Mars serait également intéressé à développer ses activités dans ce secteur comme l'atteste le lancement l'année passée d'un bubble-gum "Harry Potter". Les parties estiment également que des entrées sont possibles de la part de groupes comme Mars ou Nestlé. Ce dernier serait intéressé au rachat de Adams qui possède les marques Clarks, Trident et Chiclet. Ces possibles nouveaux entrants ne sont pas confirmés par les différents acteurs interrogés. Selon eux, il n'y a pas à prévoir de nouvelles entrées dans un futur proche.

De nouveaux types de chewing-gums ont également fait leur apparition sur le marché tels que les produits "white" censés blanchir les dents, les chewing-gums "énergétiques", contenant de la vitamine C.

Etant basé sur les achats impulsifs, le marché du chewing-gum est caractérisé par une énorme importance du marketing. Le choix de l'achat se faisant quasiment instantanément, il est nécessaire que la marque soit connue du consommateur afin qu'il puisse identifier le plus rapidement possible le produit. Il est donc nécessaire d'effectuer de fréquentes campagnes publicitaires.

Il n'existe pas de législation particulière en ce qui concerne le marché des chewing-gums sauf s'ils contiennent certaines substances actives telles que le zinc (Stimorol Big Fresh). Pour la grande majorité des produits, les fabricants doivent uniquement se plier aux prescriptions en matière d'étiquetage.

Les matières premières sont abondantes (gomme base, sucres naturels ou artificiels et arômes) et les coûts de R&D sont limités, entre [CONFIDENTIEL - entre 0 et 10%] du CA pour Dandy et [CONFIDENTIEL - entre 0 et 10%] du CA de Cadbury France (confiserie).

Alors que les parties concluent à l'absence de barrières à l'entrée sur le marché belge de la confiserie de poche, Solinest identifie, sur le marché du chewing-gum, deux difficultés qui ne sont toutefois pas insurmontables mais qui entraînent des coûts et demandent du temps: la notoriété des marques et la densité des points de vente. Delhaize et Lekkerland citent les coûts de transport et de distribution, tandis que Sugro met en avant le plurilinguisme des emballages.

Une autre barrière, liée au caractère impulsif du produit et par conséquent à son emplacement privilégié (près des caisses) dans un espace nécessairement limité, pourrait être liée aux coûts (paiements) demandés par la grande distribution pour placer le produit en sortie de caisse. Dans la mesure où le marché se compose de quelques grands opérateurs, les petits opérateurs risquent de devoir payer plus cher leurs emplacements ou d'en être exclus. Dans le cas d'espèce, ce risque ne semble pas s'être concrétisé, alors que la distribution des produits Hollywood (Cadbury), Stimorol et V6 est déjà assurée par le même distributeur (Stimorol NV- groupe Dandy) depuis janvier 2001.

Selon les estimations des parties, le marché des chewing-gums a connu en volume une croissance de [CONFIDENTIEL - entre 0 et 10%] entre 1999 et 2000, et de [CONFIDENTIEL - entre 0 et 10%] entre 2000 et 2001. Les parties estiment que ce marché est particulièrement concurrentiel. Cependant au regard des chiffres avancés par les parties, on remarque que les parts de marché des différents acteurs sont relativement stables.

### 7.1.2. La demande

Il existe deux types de clients: les clients appartenant au monde de la grande distribution et les grossistes qui approvisionnent en aval ce que les parties nomment le marché gris, à savoir les kiosques, les stations services, les petites épiceries et les marchands de journaux.

Trois des principaux clients des parties appartiennent au secteur de la grande distribution, à savoir [CONFIDENTIEL]. [CONFIDENTIEL] proposent les chewing-gums à la fois dans les linéaires consacrés à la confiserie et dans les linéaires d'impulsion situés au passage aux caisses.



[CONFIDENTIEL] ne disposant pas de présentoir aux caisses, ne propose les chewing-gums que dans ses linéaires "classiques".

Comme l'a souligné à plusieurs reprises la Commission européenne, les acteurs de la grande distribution par le biais de leurs centrales d'achats disposent d'un pouvoir de négociation non-négligeable (notamment Aff. N° IV/M.445, comp/M.1684.). [CONFIDENTIEL]. Les parties soulignent également que [CONFIDENTIEL - entre 50 et 70%] de leurs ventes sont réalisées par l'intermédiaire des grandes surfaces tandis qu'elles ne représentent qu'une petite partie du chiffre d'affaires de ces grandes surfaces.

Les grossistes quant à eux approvisionnent la majeure partie des points de vente ne relevant pas de la grande distribution. Il existe environ 5.500 points de vente dans lesquels les chewing-gums sont vendus. Le marché belge est composé d'une demi-douzaine de ces grossistes dont deux d'entre eux, Lekkerland et Sugro, disposent d'une position importante étant donné qu'ils fournissent [CONFIDENTIEL - entre 50 et 70%] des points de vente hors grande distribution. Lekkerland est une centrale d'achats de six grossistes régionaux. Sugro est quant à lui spécialisé dans l'approvisionnement de stations service. Il est à noter que, mises à part quelques exceptions notoires, les fabricants de produits alimentaires ne peuvent que difficilement se passer des grossistes pour atteindre la multitude de détaillants disséminée sur le territoire national. Cela nécessiterait en effet la mise en place d'un système de distribution conséquent et extrêmement coûteux. Ces grossistes possèdent également un pouvoir de négociation non négligeable à l'instar de la grande distribution.

## 7.2. Parts de marché

Comme le souligne la Communication de la Commission sur la définition du marché en cause, "on considère souvent que les ventes en valeur et la part de marché correspondante donnent une meilleure idée de la position et de la puissance relative de chaque fournisseur" (Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence 97/C 372/03 - pt 55) . Pour rappel, les parts de marché en valeur sur le marché belge des chewing-gums sont les suivantes:

	1999	2000	2001
Cadbury Schweppes (Hollywood)	[CONFIDENTIEL]		
Dandy (Stimorol, V6)			
Continental Sweets (Sportlife)			
Aldi (Fresh-Life)			
Wrigley / Solinest (Freedent)			

## 7.3. Appréciation

Afin de déterminer si une concentration débouche sur l'acquisition d'une position dominante, il est nécessaire d'analyser la part de marché de la nouvelle entité comme indicateur fiable de sa puissance commerciale. Généralement des parts de marché comprises entre 70 et 80% sont généralement interprétées comme l'indice sérieux de l'existence d'une position dominante (Aff. N° IV/M68).

L'opération notifiée débouchera sur l'acquisition par la nouvelle entité d'une part de marché de [CONFIDENTIEL]. Cette importante part de marché est en soi un indice sérieux que la nouvelle entité disposera d'une puissance non-négligeable sur le marché. Cependant, cela ne constitue pas en soi la preuve de l'acquisition d'une position dominante. Il est nécessaire d'examiner la structure même du marché.

L'offre sur le marché belge des chewing-gums est fort concentrée. Le plus proche concurrent de la nouvelle entité sera Continental Sweets (Sportlife) avec [CONFIDENTIEL - entre 10 et 20%] du marché. Viennent ensuite, Wrigley (Freedent) par l'intermédiaire de Solinest, avec [CONFIDENTIEL - entre 10 et 20%] du marché et Aldi avec [CONFIDENTIEL - entre 0 et 10%].

Parmi ces concurrents, seul Continental Sweets fait partie d'un groupe d'une dimension comparable à Cadbury Schweppes. Bien que commercialisant un produit du groupe Wrigley (leader mondial et européen du chewing-gum), Solinest n'est que le distributeur exclusif de la marque Freedent et ne fait pas partie intégrante en tant que tel de ce groupe.

En rachetant Dandy, Cadbury Schweppes rachète les marques Stimorol et V6 et disposera dès lors du portefeuille de marques le plus important du marché belge des chewing-gums. Il est utile de noter que Fresh-Life est une marque de distributeur, à savoir Aldi, dont la principale caractéristique est son prix relativement bas. La différence de parts de marché en valeur et en volume de cette marque en est d'ailleurs la preuve. La marque Fresh-Life ne dispose pas en tant que tel d'un poids comparable à Stimorol ou Hollywood, sa principale force commerciale étant son prix de vente nettement en dessous de la moyenne. Pour mémoire, la vente des chewing-gums est principalement basée sur des achats impulsifs impliquant une importance certaine du marketing. La Commission européenne a d'ailleurs souvent souligné que l'attachement à la marque pouvait constituer une barrière à l'entrée (Aff. Nestlé / Perrier, 22 juillet 1992, § 96).. Les marques dont question bénéficient d'une notoriété bien établie.

Selon les acteurs interrogés, il ne semble pas non plus y avoir de concurrence potentielle possible à court terme.

Les parties soutiennent que "cette concentration n'emporte aucun changement sur le marché belge par rapport à la situation existant à ce jour. Stimorol Belgium est en effet le distributeur exclusif des chewing-gums de Cadbury Schweppes en Belgique. Les marques Hollywood, Stimorol et V6 sont donc déjà commercialisées par la même entité et le demeureront de la même façon à l'issue de la concentration".

Il importe donc de souligner dans le cas d'espèce que, selon les parties, une éventuelle décision d'inadmissibilité n'aurait aucun impact sur leur situation contractuelle. Abstraction faite de cette observation, les parties font état de la puissance d'achat de la grande distribution et des grossistes qui est de nature à empêcher l'adoption d'un comportement indépendant.

Il convient toutefois de nuancer cette opinion en faisant remarquer que le portefeuille de marques disposant d'une image reconnue - toutes activités confondues - que détient Cadbury Schweppes lui permet de contrebalancer cette puissance et d'arriver à équilibrer le pouvoir de négociation

De même, la hauteur des parts de marchés que Cadbury détiendra après concentration et la qualité de son portefeuille de marques semblent être contrebalancées par la puissance d'achat des clients.

Le fait que la frontière entre le marché concerné du chewing-gum et les autres produits appartenant au segment de la confiserie de poche reste faible rend peu crédible la possibilité d'un comportement indépendant en matière de prix notamment, de par la taille des principaux producteurs concurrents de chewing-gum.

En outre, il convient de préciser qu'aucun concurrent n'émet de réserve sur l'opération envisagée et que les autres opérateurs du marché interrogés donnent en général des avis neutres.

Rien ne vient dès lors confirmer que, malgré la hauteur des parts de marché, la position dont disposera Cadbury à l'issue de l'opération serait tellement importante que des restrictions significatives de concurrence y seraient liées.

## 8. Conclusion

Le Conseil de la concurrence estime en conséquence que la concentration notifiée n'aura pas pour effet l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante qui entrave de manière significative une concurrence effective sur le marché belge en cause ou sur une partie substantielle de celui-ci.

PAR CES MOTIFS,

Le Conseil de la concurrence

- Constate que la concentration en cause tombe dans le champ d'application de la loi;
- Constate qu'elle n'aura pas pour effet l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante qui entrave de manière significative une concurrence effective sur les marchés belges en cause ou sur une partie substantielle de ceux-ci ;
- La déclare admissible conformément aux articles 33 § 1er et 33, §2, 1.a de la loi.

Ainsi décidé le 11 septembre 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Patrick De Wolf, Président de Chambre, Madame Dominique Smeets, de Messieurs David Szafran et Eric Balate, Membres.

## **Décision n°2002-C/C-67 du 11 septembre 2002**

Affaire CONC-C/C-02/0041: SA Onveco et SA Ets Fr. Colruyt / SA Diswel, SA Disbo, SA Disroche et SA Boucherie Pasquasy

Vu la notification de concentration déposée le 4 juillet 2002 au secrétariat du Conseil de la concurrence ;

Vu le dossier d'instruction et le rapport motivé du Corps des rapporteurs daté du 14 août 2002 ;

Entendu à l'audience du 11 septembre 2002 :

Monsieur Patrick Marchand, Rapporteur représentant le Corps des rapporteurs, accompagné par M. Géry Marlière et Mme Michèle Makoko du Service de la concurrence.

Maître Lefèbre, représentant commun des parties notifiantes.

### **1. Les parties en cause**

#### **1.1. Les acquéreurs**

La S.A. Ets Fr. Colruyt, dont le siège social est établi à 1500 Halle, Edingensesteenweg 196, inscrite au registre de commerce de Bruxelles sous le numéro 12.121, est à la tête du "groupe Colruyt". Cette société de distribution à succursales multiples est active notamment dans le secteur alimentaire.

La S.A. Onveco dont le siège social est établi à 1500 Halle, Edingensesteenweg 196, inscrite au registre de commerce de Bruxelles sous le numéro 419.248 est une filiale du groupe Colruyt et s'occupe de la gestion immobilière du groupe.

#### **1.2. Les vendeurs**

Monsieur Guy PASQUASY domicilié à 6920 Wellin, rue Pâchis Lamkin n° 44D ;

Madame Claire WATTE domiciliée à 6920 Wellin, rue Pâchis Lamkin n° 44D ;

Madame Maria PASQUASY domiciliée à 6924 Lomprez, Grand Rue n° 30 ;

Monsieur Marc FORTUNE domicilié à 6920 Wellin, Mauvaise-Presle n° 168 ;

Madame Nicole FORTUNE domicilié à 6924 Lomprez, Grand Rue n° 10A.

#### **1.3. Les sociétés cibles**

La S.A. Diswel ayant son siège social situé rue de la Station 52 à 6920 Wellin, inscrite au registre de commerce de Neufchâteau sous le numéro RCN 16.646 et immatriculée à la TVA sous le numéro BE 430.862.122, exploite un magasin d'alimentation à Wellin à l'enseigne "Supermarché Pasquasy" ;

La S.A. Disbo ayant son siège social situé Grand Rue 30 à 6924 Lomprez-Wellin, inscrite au registre de commerce de Neufchâteau sous le numéro RCN 16.653 et immatriculée à la TVA sous le numéro BE 430.863.211, exploite un magasin d'alimentation dans la ville de Bouillon à l'enseigne "Supermarché Pasquasy" ;

La S.A. Disroche ayant son siège social situé rue Pachis Lamkin 44D à 6920 Wellin, inscrite au registre de commerce de Neufchâteau sous le numéro RCN 16.657 et immatriculée à la TVA sous le numéro BE 430.986.638, exploite un magasin d'alimentation à Rochefort à l'enseigne "Supermarché Pasquasy" ;

La S.A. Boucherie Pasquasy ayant son siège social situé rue de la Station 52 à 6920 Wellin, inscrite au registre de commerce de Neufchâteau sous le numéro RCN 21.974 et immatriculée à la TVA sous le numéro BE 459.426.741 exploite le rayon boucherie dans les trois magasins susmentionnés.

## 2. L'opération notifiée

La notification a pour objet l'acquisition par les sociétés Onveco et Ets Fr. Colruyt de la totalité des actions des quatre sociétés cibles. La S.A. Ets Fr. Colruyt acquiert une action de ces quatre sociétés et la S.A. Onveco acquiert les autres actions. Ces actions sont actuellement détenues par les vendeurs mieux identifiés sous le point 1.2.

Ces 4 sociétés seront intégrées comme telles dans l'organigramme du groupe Colruyt et feront partie plus spécifiquement de Colruyt Distribution.

L'objectif du groupe Colruyt est de renforcer sa présence dans les provinces de Namur et de Luxembourg.

## 3. Délais

La notification a été effectuée le 4 juillet 2002 mais a, à juste titre, été considérée comme incomplète par le Corps des rapporteurs qui a dès lors invité le représentant des parties notifiantes à la compléter.

La notification n'a ainsi été considérée comme complète qu'après réception des renseignements complémentaires fournis par courrier du 25 juillet 2002, reçu le 26 juillet 2002.

Le délai visé à l'article 33 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique prend par conséquent cours à la date du 29 juillet 2002 conformément à l'art. 21, §§1 et 3 de l'arrêté royal du 15 mars 1993 relatif aux procédures en matière de protection de la concurrence économique modifié par les arrêtés royaux du 22 janvier 1998, 11 mars 1999 et 28 décembre 1999, et la décision du Conseil de la concurrence prise en application de l'article 33, § 2 de cette loi doit dès lors être rendue pour le 13 septembre 2002 au plus tard.

## 4. Champ d'application

Les sociétés précitées sont des entreprises au sens de l'article 1er de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique et l'opération notifiée est une opération de concentration au sens de l'article 9 de cette loi.

Sur la base des indications fournies par les parties dans leur notification, les seuils de chiffres d'affaires visés à l'article 11 de cette loi sont atteints.

## 5. Marchés en cause

### 5.1. Secteur économique concerné

Le secteur économique concerné est celui du commerce de détail en magasins non spécialisés à prédominance alimentaire (NACE 52.11).

## 5.2. Marchés de produits en cause

Dans le secteur de la distribution, deux marchés de produits en cause peuvent être distingués:

le marché de la distribution des biens de consommation courante et le marché de l'approvisionnement. Cette distinction a été reprise par le Conseil de la concurrence dans sa décision 2001-C/C-53 du 1<sup>er</sup> octobre 2001 (en cause de N.V. Gebroeders DELHAIZE en Cie "De Leeuw / N.V. DELIMMO) et par le Président du Conseil dans sa décision en mesures provisoires n° 2002-V/M-43 du 13 juin 2002 (en cause de INTERDAMO S.A. / ITM Belgium S.A. et Société Centrale d'Approvisionnement en Produits régionaux S.A.).

### 5.2.1 Le marché de la distribution des biens de consommation courante

Selon les parties notifiantes, le marché de produits en cause en l'espèce est le marché de la vente d'une gamme de produits alimentaires et complémentaires par des supermarchés en commerce de détail.

Il convient de situer ce marché de produits en cause et de distinguer dans le secteur de la vente alimentaire de détail, à l'instar de la Commission européenne (cf. e.a. décision du 25 janvier 2001, Carrefour/Promodès, pt. n°9. décision du 3 février 1999, Rewe/Meinl, pt. n°10), trois marchés distincts :

- le marché de la distribution au détail de produits alimentaires et d'articles ménagers non alimentaires répondant aux besoins récurrents des ménages. Ces points de vente assurent la vente d'un ensemble de biens appartenant au panier des biens de consommation courante. Il s'agit du commerce de détail à prédominance alimentaire (épiceries, supermarchés, hypermarchés, ...);
- le commerce de détail dont la vente de produits alimentaires n'est pas dominante (stations service);
- le commerce de détail de produits alimentaires spécialisés (boucherie, boulangerie, ...).

Au sein du marché de la distribution de biens de consommation courante, il est également possible comme le rappelle la Commission (e.a. dans la décision Carrefour/Promodès, op. cit., pt. n° 10) d'identifier différentes formes de distribution qui se distinguent entre elles selon des critères tels que la surface du point de vente, le degré d'assortiment des produits, le nombre de gammes et de références, le service offert, les articles de marque et les prix. C'est ainsi qu'une distinction peut être réalisée entre les petits commerces de proximité (petits libres services, supérettes) souvent caractérisés par une surface restreinte de vente et un assortiment réduit, les supermarchés et les hypermarchés dans lesquels l'offre de produits est souvent très importante. La séparation entre ces formes de distribution n'est pas étanche. C'est ainsi que certains supermarchés ont tendance à se rapprocher du petit commerce de proximité, tandis que d'autres sont plus proches de l'hypermarché.

Il convient également d'avoir égard aux magasins de type « *maxi discounts* » qui occupent dans la plupart des cas une surface identique à celle d'un supermarché. Par contre, le nombre de produits offerts est beaucoup plus réduit que dans un supermarché. Les services offerts par ce type de magasins sont par ailleurs moins complets que ceux offerts par les supermarchés et les hypermarchés. Les magasins *maxi discounts* pratiquent des « prix bas ». Il y a toutefois lieu de considérer à l'instar de la Commission (cf. Carrefour/Promodès, pt. n° 12 op.cit.) que le rapport de concurrence entre d'une part les supermarchés et les hypermarchés et d'autre part les magasins *maxi discounts*, est limitée. Dans certaines circonstances, il est toutefois possible que des magasins *maxi discounts* soient en concurrence directe avec les hypermarchés.

Le marché de la distribution de biens de consommation courante peut en outre être envisagé de deux façons:

- soit chaque forme de distribution est envisagée comme un marché distinct (absence de substituabilité entre ces différentes formes);
- soit dans sa globalité. Dans cette hypothèse, le marché de la distribution de biens de consommation courante comprend les différentes formes de distribution.

Il n'y a pas lieu pour l'analyse de cette concentration d'opérer une distinction entre ces différentes formes de distribution.

Dans le cadre de l'examen de la présente notification, il convient d'effectuer l'analyse concurrentielle en tenant compte de l'ensemble des concurrents présents dans les différentes zones de chalandise concernées sans faire de distinction entre le petit commerce de proximité, les supermarchés, les hypermarchés et les maxi discounts.

Il y a en outre lieu de considérer que la superficie d'un petit commerce de proximité est inférieure à 400 m<sup>2</sup>, celle d'un supermarché est comprise entre 400 et 2.499 m<sup>2</sup> et la superficie d'un hypermarché est supérieure à 2.500 m<sup>2</sup>.

### 5.2.2. le marché de l'approvisionnement

Sur le marché de l'approvisionnement, l'offre émane des producteurs de biens de consommation courante et la demande émane de grossistes, détaillants et autres entreprises (cafés, hôtels et restaurants).

Ni Colruyt, ni le « groupe Pasquasy » ne sont présents sur ce marché en tant que fournisseurs.

Depuis septembre 2000, Colruyt est membre du groupement d'achats Europartners. Tandis que le groupe Pasquasy est membre des centrales d'achats SAMGO et INTERRING.

Il n'y a dès lors pas lieu d'examiner plus avant ce marché.

### 5.3. Marché géographique de la distribution de biens de consommation courante

Les acquisitions qui seront réalisées par le Groupe Colruyt sont situées dans une zone géographique bien déterminée. Colruyt est présent sur l'ensemble du territoire belge. Les magasins Pasquasy sont situés dans la province de Namur (ville de Rochefort) et dans la province du Luxembourg (villes de Wellin et Bouillon).

La distance entre ces trois magasins est de +/- 30 km et leur zone de chalandise est de +/- 20 km à partir de chaque point de vente.

Le marché de la distribution de biens de consommation courante est dans la plupart des cas, un marché local délimité par les zones de chalandise. La zone de chalandise correspond à un rayon de 10 à 30 minutes de transport, à partir du point de vente donné. Les critères qui permettent de déterminer les zones de chalandise sont: la taille du point de vente, les infrastructures commerciales associées à ce point de vente, les voies de communication et la qualité de leur desserte, la taille des ménages, le temps disponible des ménages et la capacité de déplacement.

Le marché géographique peut néanmoins, dans certains cas, être plus large que le marché local et s'étendre à une région voire même au territoire national (cf. e.a. décision du président du Conseil de la concurrence n° 2002-V/M-43 du 13 juin 2002 INTERDAMO S.A. / ITM Belgium S.A. et Société Centrale d'Approvisionnement en Produits régionaux S.A et la décision de la Commission du 20 novembre 1996, IV/M. 784 - Kesko/Tuko, pt. n° 21, J.O. 26.04.97, N° L 110/53. Rewe).

En effet, dans les grandes chaînes de supermarchés et d'hypermarchés:

- la structure de l'assortiment, du moins de base, peut faire l'objet d'une décision centrale;
- les campagnes publicitaires sont souvent menées à l'échelle nationale;
- la collaboration avec les fournisseurs s'élaborent plutôt au niveau national;
- les actions de promotions, le lancement d'un nouveau produit ainsi que la politique de fidélisation sont menés au niveau national.

## 6. Analyse concurrentielle

### 6. 1. Le marché de la distribution de biens de consommation courante

#### 6.1.1. Chiffre d'affaires du secteur concerné et parts de marché des parties

Le chiffre d'affaires total réalisé en 2000 dans le secteur de la distribution en Belgique s'élevait à 644 milliards de BEF.

Les parts de marché du groupe Colruyt au niveau national s'élevaient en 2000 à *{... entre 10 et 20 % : Secrets d'affaires}* et au niveau régional, dans la zone 5 concernée par la présente concentration, à *{... entre 5 et 15 % : Secrets d'affaires}*.

Le groupe Pasquasy a réalisé en 2000 un chiffre d'affaires de 710.744.928 BEF.

Les parts de marché du groupe Pasquasy s'élèvent à *{... entre 0 et 3 % : Secrets d'affaires}*

Il n'y a dès lors pas de marché concerné au sens de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique puisque les parts de marché cumulées des parties sont inférieures à 25%.

#### Les parts de marchés au niveau national des 10 chaînes les plus importantes

Les parts de marché au niveau national des dix chaînes les plus importantes s'établissent comme suit :

	2000	Evolution par rapport à 1999
Carrefour F1	Entre 10 et 20% Secrets d'affaires	Secrets d'affaires
Delhaize superm.	Entre 10 et 20% Secrets d'affaires	Secrets d'affaires
Colruyt	Entre 10 et 20% Secrets d'affaires	Secrets d'affaires
Aldi	Entre 5 et 15% Secrets d'affaires	Secrets d'affaires
Aff. Delhaize	Entre 5 et 15% Secrets d'affaires	Secrets d'affaires
GB Partner +Contact	Entre 5 et 15% Secrets d'affaires	Secrets d'affaires
Cora	Entre 0 et 10% Secrets d'affaires	Secrets d'affaires
Alvo	Entre 0 et 10% Secrets d'affaires	Secrets d'affaires
GR. Mestdagh	Entre 0 et 10% Secrets d'affaires	Secrets d'affaires
Match	Entre 0 et 10% Secrets d'affaires	Secrets d'affaires
<b>TOTAL</b>		Secrets d'affaires

#### 6.1.3. Les parts de marché au niveau régional:

*{... Secrets d'affaires}* la Belgique peut être divisée en 5 zones et la zone 5 comprend les provinces de Liège, Luxembourg et Namur. Les acquisitions du groupe Colruyt sont situées dans les provinces de Namur et du Luxembourg.

En 2000, une quotité de *{... entre 15 et 25 % : Secrets d'affaires}* du chiffre d'affaires réalisé dans le secteur du commerce de détail, a été réalisée dans cette région.



Le chiffre d'affaires total réalisé dans la région est de {... entre 115 et 120: Secrets d'affaires} milliards de BEF. Le groupe Pasquasy a réalisé un chiffre d'affaires de 710.744.928 BEF. Ce qui fait une part de marché de {... entre 0 et 3 % : Secrets d'affaires}%.

Les parts de marchés des 10 chaînes les plus importantes dans la zone 5 s'établissent comme suit :

Carrefour F1	{... entre 15 et 20 % : Secrets d'affaires}
Delhaize	{... entre 10 et 20 % : Secrets d'affaires}
Aff. Delhaize	{... entre 10 et 20 % : Secrets d'affaires}
GB Partner+Contact	{... entre 5 et 15 % : Secrets d'affaires}
Colruyt	{... entre 5 et 15 % : Secrets d'affaires}
Aldi	{... entre 5 et 15 % : Secrets d'affaires}
Cora	{... entre 5 et 15 % : Secrets d'affaires}
ITM	{... entre 0 et 10 % : Secrets d'affaires}
Match	{... entre 0 et 10 % : Secrets d'affaires}
Laurus. Spar (F2+F3)	{... entre 0 et 10 % : Secrets d'affaires}
<b>TOTAL</b>	{... entre 80 et 100 % : Secrets d'affaires}

Ces 10 chaînes se partagent {... entre 80 et 100 % : Secrets d'affaires} du marché.

L'évolution des parts de marchés des 10 chaînes les plus importantes dans la zone 5 peut être schématisé comme suit :

	<b>1998</b>		<b>1999</b>		<b>2000</b>
Carrefour F1	Secrets d'affaires	Carrefour F1	Secrets d'affaires	Carrefour F1	Secrets d'affaires
Delhaize	Secrets d'affaires	Delhaize	Secrets d'affaires	Delhaize	Secrets d'affaires
Aff. Delhaize	Secrets d'affaires	Aff. Delhaize	Secrets d'affaires	Aff. Delhaize	Secrets d'affaires
Colruyt	Secrets d'affaires	Colruyt	Secrets d'affaires	GB Part+Cont	Secrets d'affaires
Aldi	Secrets d'affaires	GB Part+Cont	Secrets d'affaires	Colruyt	Secrets d'affaires
Unic+Nopri	Secrets d'affaires	Aldi	Secrets d'affaires	Aldi	Secrets d'affaires
GB Part+Cont	Secrets d'affaires	Cora	Secrets d'affaires	Cora	Secrets d'affaires
Cora	Secrets d'affaires	ITM	Secrets d'affaires	ITM	Secrets d'affaires
ITM	Secrets d'affaires	Match	Secrets d'affaires	Match	Secrets d'affaires
Match	Secrets d'affaires	Echo	Secrets d'affaires	Laur. Spar(F2+F3)	Secrets d'affaires

L'évolution du nombre de magasins peut être schématisée sous forme du tableau suivant :

	<b>Nombre de magasins 1999</b>	<b>Nombre de magasins 2000</b>
Carrefour F1	- 1	- 1
Delhaize	+ 1	
Aff. Delhaize	+ 1	+ 5
GB Partn+Cont	+ 21	+ 7
Aldi	+2	
ITM	+ 1	+ 1
Laurus. Spar		+ 9
Echo	+3	
Total	+ 28	+ 29

#### 6.1.4. Les parts de marché par catégories au niveau national

{ ...Secrets d'affaires : On } distingue 4 catégories de magasins:

- F1 : la grande distribution qui comprend le groupe Colruyt, Delhaize (supermarchés), le groupe Carrefour Belgium (super GB, Carrefour hypermarchés), le groupe Louis Delhaize (Cora et Match) et le groupe Mestdagh (super M et Champion);
- F2 I: la distribution intégrée en surface moyenne il s'agit des entreprises à succursales multiples, qui comprend Aldi, Delhaize (Delhaize 2 et Delhaize City), Lidl, le groupe Louis Delhaize (Profi et Smatch) et Laurus (Battard, Central Cash).

- F2 NI : la distribution non intégrée en surface moyenne (supermarchés indépendants, les franchisés et les affiliés) qui comprend notamment les supermarchés indépendants dont la superficie est supérieure à 400 m<sup>2</sup>.
- F3 : les magasins libre-service et traditionnel d'une surface inférieure à 400 m<sup>2</sup>.

L'évolution des parts de marché par catégorie s'établit comme suit :

Catégories	1998	1999	2000
F1	{... entre 50 et 60 % : Secrets d'affaires}	{... entre 50 et 60 % : Secrets d'affaires}	{... entre 50 et 60 % : Secrets d'affaires}
F2 I	{... entre 10 et 20 % : Secrets d'affaires}	{... entre 10 et 20 % : Secrets d'affaires}	{... entre 10 et 20 % : Secrets d'affaires}
F2 N.I.	{... entre 20 et 30 % : Secrets d'affaires}	{... entre 20 et 30 % : Secrets d'affaires}	{... entre 20 et 30 % : Secrets d'affaires}
F3	{... entre 5 et 15 % : Secrets d'affaires}	{... entre 5 et 15 % : Secrets d'affaires}	{... entre 5 et 15 % : Secrets d'affaires}

Colruyt est un « *discounter* » et appartient à la catégorie F1. Les supermarchés Pasquasy appartiennent à la catégorie F2 N.I.

Par « *discounter* », il faut entendre une entreprise qui pratique une méthode de vente au détail fondée sur la pratique permanente et généralisée de prix et de marges systématiquement bas, inférieurs à ceux de la concurrence; elle est rendue possible grâce à l'augmentation du volume de vente et la réduction des charges (par un équipement simplifié du magasin, un assortiment limité, une rotation rapide des stocks et un service réduit offert au client);

Le nombre de magasins (classifiés par catégories) dans la zone 5 a connu une évolution qui peut se résumer comme suit :

En 2000, il y avait {... Secrets d'affaires}magasins dont {... Secrets d'affaires} de la catégorie F1, {... Secrets d'affaires} de la catégorie F2 I, {... Secrets d'affaires} de la catégorie F2 NI et {... Secrets d'affaires} de la catégorie F3.

Entre 1999 et 2000, il y a un magasin de type F1 de plus, 2 magasins de type F2 I en moins, 6 magasins de type F2 NI de plus et 126 magasins de type F3 en moins.

### 6.1.5. Evolution du marché de la distribution

Selon les parties notifiantes, le marché de la distribution en Belgique a évolué de la façon suivante:

- il a connu l'entrée de chaînes étrangères (Aldi et Lidl: chaînes allemandes et Intermarché: chaîne française);
- il a connu la reprise de grands groupes (la reprise de GB par Carrefour);
- enfin, il a connu des changements d'enseignes (des magasins Nopri et Unic sont devenus des affiliés de GB Partner et AD Delhaize).

Les parties notifiantes estiment par ailleurs que l'entrée d'une nouvelle chaîne de distribution est difficile car le marché est saturé.

### 6.1.6. Réactions des marchés en cause

Les opérateurs présents sur les différents marchés de produits en cause qui ont répondu à la demande du Service, ont formulé diverses observations à l'égard de la présente concentration

Le point de vente AD Delhaize à Beauraing (à +/- 2km de Wellin) soutient que la venue de Colruyt va rendre la concurrence encore plus rude et est dès lors néfaste pour la santé commerciale et sociale de la région.

Le Proxy Delhaize à Corbion (+/- 5km de Bouillon) affirme que la venue de Colruyt aura certaines répercussions comme ce fut le cas lorsque Aldi est venu s'implanter dans la région. Mais ces répercussions doivent être relativisées dans la mesure où il n'y a pas de nouvelle implantation mais un changement d'enseigne.

Aldi estime que l'arrivée de Colruyt va provoquer un déséquilibre dans la région entre les distributeurs discounts et les distributeurs généralistes. Aldi et Lidl sont en effet déjà présents dans la région.

Laurus a répondu pour le supermarché Central Cash situé à Wellin et pour le supermarché Spar situé à Rochefort. Selon lui, l'arrivée de Colruyt aura des conséquences néfastes pour ces supermarchés ainsi que pour le commerce local (boucherie, boulangerie et petits magasins de quartier), notamment en raison de la politique de prix très agressive menée par Colruyt. Il confirme, sur base de l'étude Nielsen, que les parts de marché de Colruyt tant au niveau national que régional sont inférieures à 25%

Le super GB Partner situé à Bertrix n'a pas répondu à la demande de renseignements.

Les concurrents interrogés ont surtout insisté sur le renforcement de la concurrence dans la région que va provoquer la venue de Colruyt et les conséquences économiques et sociales qui s'ensuivront.

L'objectif de Colruyt est d'améliorer sa présence dans une région où il n'est que peu représenté. Sur 160 magasins en Belgique (156 Colruyt et 4 Okay), 5 à 6 sont situés dans la province de Namur et il en va de même pour la province du Luxembourg, alors que plus de 15 magasins Colruyt sont recensés dans la province du Hainaut.

## 6. 2. Le marché de l'approvisionnement

Etant donné (comme déjà signalé supra) que ni Colruyt, ni le groupe Pasquasy ne sont actifs sur ce marché, il n'y a pas lieu d'examiner ce marché.

## 7. Conclusion

L'analyse des informations disponibles montre que la part de marché cumulée des parties sur les différents marchés en cause n'atteint pas 25%. Il n'y a dès lors pas de marché concerné au sens de la loi.

La concentration en cause tombe dans le champ d'application de la loi et doit être déclarée admissible, conformément aux articles 33 § 1<sup>er</sup> et 33, §2, 1.a de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique .

La concentration notifiée n'aura pas pour effet l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante qui entrave de manière significative une concurrence effective sur les marchés belges en cause ou sur une partie substantielle de ceux-ci.

**PAR CES MOTIFS,**

### Le Conseil de la concurrence

- Constate que la concentration en cause tombe dans le champ d'application de la loi;
- Constate qu'elle n'aura pas pour effet l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante qui entrave de manière significative une concurrence effective sur les marchés belges en cause ou sur une partie substantielle de ceux-ci ;
- La déclare admissible conformément aux articles 33 § 1<sup>er</sup> et 33, §2, 1.a de la loi.

Ainsi décidé le 11 septembre 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Patrick De Wolf, Président de Chambre, de Madame Dominique Smeets et de Messieurs David Szafran et Roger Ramaekers, Membres.

## **Décision n°2002-C/C-68 du 12 septembre 2002**

Affaire CONC-C/C-02/0050 : Electrabel Customer Solutions S.A. / Interмосane 2

En cause :

Electrabel Customer Solutions S.A. (ci-après "ECS"), ayant son siège social 8, boulevard du Régent à 1000 Bruxelles

et

Interмосane S.C.R.L. (Secteur 2), intercommunale ayant pris la forme d'une S.C.R.L. (ci-après "Interмосane 2"), ayant son siège social à l'hôtel de ville de Liège ;

Vu la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 1er juillet 1999 (ci-après LPCE) ;

Vu la notification datée du 1er août 2002 d'une concentration qui consiste en la reprise par ECS, filiale d'Electrabel, de la clientèle de l'intercommunale Interмосane 2 au fur et à mesure qu'elle devient éligible ;

Vu les pièces du dossier du Service de la concurrence ;

Vu le rapport motivé du Corps des rapporteurs daté du 26 août 2002 ;

Vu la note transmise par la CREG en date du 14 août 2002 ;

Vu la décision sur la confidentialité des pièces du dossier du 4 septembre 2002 ;

Vu la demande introduite sur base de l'article 32 quater §2 LPCE, le 14 août 2002 par la S.A. Luminus d'être entendue dans cette procédure ;

Vu la décision du 4 septembre 2002 faisant droit à cette demande ;

Vu la demande introduite sur base de l'article 32 quater §2 LPCE, le 29 août 2002 par la N.V. Nuon Energy Trade & Wholesale d'être entendue dans cette procédure ;

Vu la décision du 4 septembre 2002 faisant droit à cette demande ;

Vu la note d'observations des parties notifiantes du 9 septembre 2002 et le courrier de leur conseil daté du même jour ;

Vu le courrier du 10 septembre 2002 transmis par le conseil de la S.A. Luminus précisant que cette dernière ne serait pas représentée à l'audience du 12 septembre mais confirmait les arguments exposés en cours d'instruction;

Vu le courrier du 11 septembre 2002 transmis par le conseil de la S.A. Nuon précisant que cette dernière ne serait pas représentée à l'audience du 12 septembre mais confirmait les arguments exposés en cours d'instruction;

Entendu à l'audience du 12 septembre 2002 :

- Monsieur le rapporteur P. Marchand ;
- Monsieur P. Baeten, Monsieur J. De Garcia, Maître D. Brinckman et Maître A. Vroninks pour les parties notifiantes

## 1. les parties notifiantes

### 1.1. Acquéreur

La société Electrabel Customer Solutions (ci-après "ECS") est une société anonyme de droit belge constituée par acte du 12 décembre 2001 publié dans les annexes du Moniteur belge du 28 décembre 2001, ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent, 8 et ayant pour objet la fourniture d'électricité et de gaz ainsi que la fourniture de produits et services y afférents.

La S.A. E.C.S. est une filiale de la S.A. Electrabel et de la Naamloze Vennootschap voor de Oprichting en Uitbating van een FM- en TV-distributienet te Oostende en abrégé Teveo qui détiennent respectivement 49.999 actions et 1 action de celle-ci. La S.A. Teveo est pour sa part contrôlée par Electrabel qui détient 99,975 % de ses actions, l'actionnaire minoritaire étant M. Yvan Dupon, par ailleurs administrateur de la S.A. Electrabel. La société E.C.S. est ainsi en fait une filiale à 100% de la S.A. Electrabel.

La société anonyme de droit belge Electrabel ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent, 8 est une entreprise active à tous les stades dans le secteur de l'électricité, de la production à la fourniture au client final.

### 1.2. Vendeur

La scrl Intermosane (secteur 2) (ci-après "Intermosane 2") est l'intercommunale pour la distribution d'énergie dans la région de Liège. Elle a comme activité principale la distribution d'électricité et de gaz aux clients sis sur le territoire des communes affiliées.

Intermosane 2 est une intercommunale mixte, c'est à dire qu'elle est constituée sur base d'un partenariat avec une société privée qui est Electrabel, actuellement actionnaire majoritaire.

Des dispositions réglementaires et notamment les dispositions du décret du 5 décembre 1996 relatif aux intercommunales wallonnes, prévoient toutefois que les communes disposent toujours de la majorité des voix ainsi que de la présidence dans les organes de gestion et de contrôle, et ce quelque soit la proportion des apports des diverses parties à la constitution du capital.

### 1.3. Entreprise ou partie d'entreprise cible

L'opération vise la clientèle de Intermosane 2 devenant éligible sur le marché de la fourniture d'électricité.

## 2. Description de l'opération

### 2.1. Préambule

La concentration notifiée porte sur le marché de l'électricité qui se trouve actuellement en pleine phase de libéralisation.

Cette libéralisation du marché de l'électricité a été décidée au niveau européen par la directive 96/92 du 19 décembre 1996 qui impose une ouverture limitée et progressive du marché de l'électricité. Cette libéralisation s'accompagne d'une réglementation qui accorde une attention particulière à l'accès au réseau.

L'énergie en Belgique est une matière dont les compétences sont réparties entre l'autorité fédérale et les Régions.

De manière très schématique, l'État fédéral est compétent pour ce qui a trait à la production, au transport et aux tarifs ; la distribution et la fourniture relèvent de la compétence des Régions.

Le cadre normatif en cette matière comprend :

- la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après "loi électricité") publiée au Moniteur belge du 11 mai 1999;
- le décret de la Région flamande du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après "décret flamand") ;
- le décret de la Région wallonne du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité (ci après "décret wallon") et l'arrêté du Gouvernement wallon du 21 mars 2002 relatif aux clients devenus éligibles et au contrôle de leur éligibilité ;
- l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles - Capitale (ci après "l'Ordonnance") ;
- l'A.R. du 11 juillet 2002 relatif à la structure tarifaire générale et aux principes de base et procédures en matière de tarifs de raccordement aux réseaux de distribution et d'utilisation de ceux-ci, de services auxiliaires fournis par les gestionnaires de ces réseaux et en matière de comptabilité des gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité publié au M.B. 27 juillet 2002 et entrant en vigueur le 1er janvier 2003.

Les différents niveaux de compétence ont adopté leurs propres calendriers d'ouverture du marché. Ceux-ci diffèrent tant du point de vue des seuils d'éligibilité que des dates.

A l'issue de cette libéralisation du marché de l'électricité en Belgique, la distribution de l'électricité devrait être scindée en deux activités devant être confiées à des sociétés distinctes:

- la gestion du réseau, qui vise l'exploitation, la maintenance et le développement du réseau de distribution. Le gestionnaire de réseau devra se concentrer sur son activité principale. Il ne peut réaliser d'activités de production -autres que l'électricité verte- ni d'activités de vente -autres que la vente à la clientèle captive et la vente à la clientèle dite protégée.
- la vente d'électricité qui concerne l'approvisionnement en énergie des clients éligibles.

Des communes en partenariat avec Electrabel avaient décidé dès 1996 de poursuivre, au sein d'intercommunales mixtes, des activités de gestion du réseau de distribution et de vente à la clientèle sous monopole communal.

Des intercommunales mixtes assurent ainsi à l'heure actuelle la gestion du réseau de distribution ainsi que la fourniture d'électricité. Or, l'article 8, § 1 du décret wallon relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité applicable à Interfosane 2 prévoit expressément que le gestionnaire du réseau de distribution ne peut réaliser des activités de production autres que de l'électricité verte ou de vente d'électricité autres que les ventes nécessitées par son activité de gestionnaire de réseau. Le gestionnaire du réseau de distribution ne peut s'engager dans des activités de fourniture aux clients éligibles ni dans la fourniture d'autres services sur le marché de l'électricité qui ne sont pas directement liés à l'exécution des tâches visées à l'article 11 (c'est-à-dire la gestion du réseau). Toutefois, à la demande des communes, le gestionnaire du réseau de distribution peut fournir l'électricité aux clients captifs.

Il s'ensuit que les intercommunales mixtes wallonnes, telle que Interfosane 2, qui souhaitent être désignées comme gestionnaire de réseau, ne pourront plus en même temps fournir de l'électricité aux clients (devenus) éligibles.

Compte tenu des implications du processus de libéralisation en cours, Electrabel et Intermixt Wallonie (établissement d'utilité publique regroupant tous les mandataires publics des intercommunales mixtes) ont ainsi négocié les termes d'un nouvel accord susceptible de maintenir leur partenariat dans un cadre équilibré.

Le principe retenu est que les communes et les intercommunales s'impliqueront d'avantage dans la gestion des réseaux, activités de type monopolistique et régulée, tandis qu'Electrabel se concentrera à titre principal sur l'activité de fourniture aux clients. Cette spécialisation des uns et des autres n'est pas

exclusive: les communes via les intercommunales continueront à être intéressées dans le résultat de la société de commercialisation d'électricité et Electrabel conservera une participation -minoritaire mais importante- au capital des gestionnaires de réseau de distribution dont elle continuera à assurer l'exploitation.

Afin de valoriser la clientèle que ces intercommunales alimentent actuellement en électricité et qu'elles ne pourront plus alimenter dès leur éligibilité, les communes ont convenu avec leur partenaire au sein des intercommunales mixtes, Electrabel, qu'une société ECS, constituée en décembre 2001 et dont les actions sont entièrement détenues par Electrabel, reprendra cette clientèle. En contrepartie de cette prise de contrôle par ECS et de cette cession de clientèle par InterMosane 2, les communes se voient offrir la possibilité d'augmenter leur actionnariat dans l'intercommunale. Ces communes deviendront en outre actionnaires minoritaires (maximum 5% du capital) dans cette société ECS et participeront aux bénéfices à concurrence de 40 % du résultat réalisé.

Ces négociations ont débouché sur l'élaboration des diverses conventions et d'un Mémoire of Understanding signé le 30 mars 2001.

## 2.2. Opération visée par la notification

L'opération qui fait l'objet de la présente notification consiste en la reprise par ECS (constituée le 12 décembre 2001 et filiale à 100% d'Electrabel), de la clientèle de InterMosane 2 portant sur la fourniture d'électricité aux clients de celle-ci au fur et à mesure qu'ils deviennent éligibles et dans la mesure où ils ne décident pas de conclure un contrat avec un autre fournisseur.

On entend par client éligible le client qui a le droit de conclure un contrat de fourniture avec l'entreprise de son choix et pour ce faire a un droit d'accès au réseau.

La reprise par ECS de cette clientèle éligible de InterMosane 2 visée par cette notification n'a pas fait l'objet d'un document spécifique mais doit se déduire d'un ensemble de documents parmi lesquels le document intitulé "Mémoire of Understanding entre InterMix – Electrabel signé le 30 mars 2001" et les modifications apportées aux statuts de InterMosane 2 adoptées le 1er juillet 2002. Le conseil d'administration de InterMosane 2 a, le 3 juin 2002, décidé de faire adhérer leur intercommunale au Mémoire of Understanding.

En contrepartie de cette cession de clientèle par InterMosane 2, les communes se voient offrir la possibilité d'augmenter leur actionnariat dans l'intercommunale à des conditions avantageuses ainsi que de participer aux bénéfices de ECS dans une mesure plus grande que le montant d'actions détenues dans celle-ci. La participation des communes dans la société ECS sera en effet limitée à 5 % de son capital, mais donnera droit à une participation aux bénéfices à concurrence de 40 % du résultat.

## 3. Délais

La notification a été effectuée le 1er août 2002. Le délai visé à l'article 33 de la loi expire en application de l'article 33, §§ 1 et 2 de la LPCE, le 17 septembre 2002.

## 4. Champ d'application

Les sociétés ECS et InterMosane 2 sont des entreprises au sens de l'article 1er de la LPCE.

Après la concentration, ECS détiendra le contrôle exclusif de l'activité de InterMosane 2 de fourniture d'électricité aux clients éligibles (ou qui le deviendront).

L'opération consiste donc à une concentration au sens de l'article 9 §1 de la loi.



Sur la base des chiffres fournis par les parties dans la notification, les seuils des chiffres d'affaires visés à l'article 11 de la loi sont atteints.

## 5. Marché concerné

### 5.1. Secteur économique concerné

Le secteur économique concerné par la concentration est celui de la production et de la distribution d'électricité (code NACE : 40.1).

### 5.2. Marché de produits concerné

Pour rappel, cinq types d'activités différentes peuvent être distingués dans le secteur de l'électricité, en l'espèce :

- la production d'électricité,
- le transport qui consiste en l'acheminement de l'électricité sur des câbles de haute tension,
- la distribution qui est l'acheminement de l'électricité sur des câbles de moyenne et basse tension,
- la fourniture qui consiste en la livraison au consommateur final ;
- le négoce qui vise l'achat et la revente d'électricité.

Les quatre premières activités peuvent être considérées comme relevant de marchés de produits distincts, puisque celles-ci nécessitent des actifs et des ressources différents et parce que les conditions de marché et de concurrence sont différentes pour chacune d'entre elles.

La question de savoir si le négoce d'électricité constitue un marché distinct du négoce général des produits d'énergie ne doit pas être tranchée dans le cadre de la présente procédure en raison du fait que cette activité n'est pas visée dans la présente notification.

Suite à la libéralisation d'une partie du marché de l'électricité initiée par la directive CE 96/92, une distinction supplémentaire doit être faite entre la fourniture d'électricité aux clients éligibles et non éligibles (c.à.d. qui ne peuvent pas choisir leur fournisseur). Ceux-ci relèvent de deux marchés de produits distincts, dans la mesure où les conditions de concurrence sont différentes, et où, le plus souvent, ils sont soumis à des réglementations spécifiques.

C'est dans ce contexte que s'inscrit la présente opération puisque, en vertu de l'article 8 § 1 du décret wallon relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité du 12 avril 2002, le gestionnaire du réseau de distribution se voit interdire toute activité de fourniture aux clients éligibles.

Electrabel est active directement ou indirectement sur tous les marchés de l'électricité (cf. supra).

Intermosane 2 est active sur les marchés de la distribution et de la fourniture d'électricité.

Cette dernière activité, pour autant qu'elle concerne les clients devenant éligibles n'ayant pas choisi de fournisseur, sera exercée par ECS, filiale à 100 % d' Electrabel.

Par conséquent, le marché de produits concerné est celui de la fourniture d'électricité aux clients éligibles.

### 5.3. Marché géographique concerné

Le marché géographique est national. En effet, les clients éligibles établis sur le territoire de l'intercommunale Interмосane 2 et repris par ECS peuvent s'approvisionner auprès des fournisseurs établis partout en Belgique, voire même dans d'autres Etats membres. Des problèmes liés aux

capacités limitées des interconnexions restreignent toutefois les importations dans une mesure assez significative.

## 6. Analyse concurrentielle

### 6.1. Structure de l'offre: Position dominante d'Electrabel

Electrabel occupe une position privilégiée sur le marché belge puisqu'il détient des parts de marché extrêmement élevées quel que soit le marché envisagé.

#### 6.1.1. Fourniture

Le marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles en Belgique est estimé par les parties en volume (GWh) à 30.962,4 pour l'année 2001 .

La part de marché d'Electrabel s'élève à plus de 90%.

Aucun autre concurrent, quelle que soit sa puissance économique et financière (EDF, RWE, E.ON), ne possède individuellement une part de marché supérieure ou égale à 5%.

#### 6.1.2. Production

La position dominante d'Electrabel sur le marché de la fourniture aux clients éligibles doit également être examinée en tenant compte de la situation quasi monopolistique d'Electrabel sur le marché de la production en Belgique.

Depuis 1995, la S.A. Electrabel et la S.A. SPE sont regroupées au sein d'une société coopérative (CPTE) dont le but est d'assurer la coordination de la production et du transport de l'énergie électrique des deux entreprises. Electrabel y est actionnaire à concurrence de 91,5%.

Sur une production totale en 2001 estimée à 75.953 GWh par la CREG et à 76.285 GWh par les parties notifiantes, [CONFIDENTIEL] GWh ont été produits par Electrabel, soit une part de marché de [CONFIDENTIEL] %.

Aucune évolution significative n'est à prévoir, ni à court et ni à moyen terme sur ce marché. Elle tendrait même à conforter la position d'Electrabel.

Cette situation pose d'autant plus de problèmes que les importations d'électricité sont d'un niveau assez faible.

## 6.2. Transport

L'activité de transport concerne l'acheminement de l'électricité sur le réseau haute tension. La société coopérative CPTE, filiale d'Electrabel et de la SPE, était propriétaire de la majeure partie du réseau de haute tension en Belgique et en assurait la gestion.

Le 28 juin 2001, le réseau haute tension a été apporté à une société filiale de CPTE, la société ELIA. Cette dernière devrait être désignée comme le gestionnaire du réseau de transport.

## 6.3. Distribution

Electrabel dispose également d'une position privilégiée au niveau de la distribution (acheminement de l'électricité depuis le réseau de transport jusqu'au consommateur sur un réseau à moyenne et basse tension). En effet, les activités de distribution relèvent du monopole des communes qui pour la plupart

se sont associées au sein d'intercommunales. Ces intercommunales sont pour la majorité d'entre elles qualifiées d'intercommunales mixtes car elles se sont adjoints les services d'un partenaire privé pour les assister dans la poursuite de leur mission. Ce partenaire privé est systématiquement Electrabel et actionnaire généralement majoritaire. Ainsi, les 16 intercommunales mixtes dans lesquelles Electrabel est actionnaire regroupent plus de 500 communes et desservent quotidiennement plus de 8 millions d'habitants en Belgique, soit plus de 82% de l'électricité distribuée.

#### 6.4. Structure de la demande

Actuellement, les seuils d'éligibilité par rapport au niveau de consommation annuelle sont les suivants:

- au niveau fédéral : plus de 20 GWh (plus de 10 GWh à partir du 31 décembre 2002) ;
- en Région flamande : plus de 1 GWh (plus de 56 Kva à partir du 1er mars 2003) ;
- en Région wallonne : supérieur ou égal à 20 GWh (supérieur ou égal à 10 GWh pour le 31 décembre 2002) ;
- en Région de Bruxelles - Capitale : plus de 20 GWh (plus de 10 GWh à partir du 1er janvier 2003).

#### 6.5. Barrières à l'entrée

Selon les parties notifiantes, l'entrée sur le marché est, en terme de coûts, relativement facile puisqu'il suffit d'établir un bureau d'achat / vente. En pratique, cela paraît beaucoup moins évident.

En effet, l'instruction du dossier et les auditions ont fait notamment apparaître l'existence de barrières juridiques et techniques à l'entrée sur le marché belge.

##### 6.5.1. Barrières juridiques

###### 6.5.1.1. Incertitudes juridiques

Force est de constater que la législation, qui consacre en pratique le droit du client éligible à se fournir auprès du fournisseur de son choix, est toujours incomplète.

Il manque toujours certaines réglementations visant à assurer un accès transparent et non discriminatoire au réseau. Ce vide juridique a pour effet de favoriser de facto l'opérateur historique.

###### 6.5.1.2. Durée des contrats de fourniture/ Résiliation

Un système de transition a été mis en place en Région wallonne pour les clients (devenant) éligibles. Selon ce système, le gestionnaire du réseau de distribution ne pouvant s'engager dans des activités de fourniture aux clients éligibles, désigne à cet effet un fournisseur par défaut (en l'occurrence ECS). L'intercommunale, deux mois avant la date d'éligibilité, a l'obligation d'en informer le client final. Une fois devenu éligible, le client continue à être approvisionné par le fournisseur désigné par le gestionnaire, à défaut d'un accord passé avec un autre fournisseur. Il reste cependant libre de changer de fournisseur moyennant un préavis d'un mois .

La liberté de changer de fournisseur et, partant, de mettre un terme à l'approvisionnement par le fournisseur désigné par défaut n'est totale qu'à défaut de contrat dûment signé avec le fournisseur désigné .

Il ressort de l'instruction et des auditions qu'un examen complémentaire s'avère nécessaire sur la durée de ces contrats.

### 6.5.2. Barrières techniques/physiques: interconnexion

L'importation d'électricité de l'étranger est restreinte de manière substantielle par le manque de capacité des interconnexions aux frontières. La Belgique possède des lignes d'interconnexion avec la France et les Pays-Bas.

En effet, dans sa décision dans l'affaire IV/M.1803 : Electrabel/Epon, la Commission indique que :

"Concernant la Belgique, il existe également des restrictions au niveau de l'interconnexion : on constate que les importations théoriques en provenance des Pays-Bas vers la Belgique représentent une quantité négligeable. "

Non seulement les capacités d'interconnexion sont limitées, mais de surcroît elles ne sont pas entièrement attribuées selon les règles du marché. En effet, malgré un système de mise aux enchères mis en place en 2001, il est à souligner que les capacités d'interconnexion sont toujours réservées à Electrabel .

Le même problème existe à la frontière franco-belge, d'autant plus que la demande d'interconnexions est plus importante dans le sens France - Belgique .

### 6.6. Renforcement de la position dominante d'Electrabel

L'opération envisagée pourrait être de nature à rendre le marché impénétrable pour une trop longue période.

En effet, de par la position privilégiée d'Electrabel, cette dernière bénéficie déjà des avantages concurrentiels précités. Elle dispose de plus de l'accès à des informations essentielles dont les concurrents ne disposent pas ou de manière fragmentaire. On peut ainsi citer entre autres les conditions d'accès et d'utilisation du réseau et la liste des clients éligibles et de ceux qui vont le devenir. Une illustration de l'utilisation par Electrabel de ces informations privilégiée se trouve dans son rapport annuel 2001, où Electrabel précise avoir déployé en 2001 une action marketing très ciblée à l'égard des quelques 2000 clients éligibles en Flandres à partir du 1er janvier 2002.

Les éventuelles barrières doivent être examinées de manière d'autant plus stricte que le marché est en pleine phase de transition et qu'il s'agit d'éviter l'établissement d'une situation de fait dommageable pour le développement d'une véritable concurrence, avant que tous les mécanismes de régulation (et notamment des autorités de régulation ayant la plénitude de leurs compétences) ne fonctionnent efficacement.

## 7. Réaction des entreprises interrogées

Toutes les entreprises concurrentes qui ont répondu ont émis à tout le moins de nettes réserves voire un avis défavorable à propos de la présente opération.

Elles confirment l'existence de barrières juridiques et techniques à l'accès au marché belge et prétendent éprouver des difficultés importantes à proposer des contrats concurrentiels.

La CREG a également insisté sur le besoin de procéder à un examen complémentaire des relations contractuelles qui seront nouées entre ECS et les clients éligibles.

## 8. Conclusion

Les éléments recueillis lors de l'instruction effectuée par le Service et lors des auditions font apparaître qu'à ce stade de la procédure, la concentration notifiée présente des doutes sérieux quant à son admissibilité et qu'il s'impose d'engager la procédure prévue à l'article 34 de la L.P.C.E.

## PAR CES MOTIFS

### Le Conseil de la concurrence

Constate que l'opération en cause entre dans le champ d'application de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique et qu'elle suscite conformément à l'article 33 §2 b), des doutes sérieux quant à son admissibilité ;

Décide d'engager la procédure prévue à l'article 34 et qu'il convient d'examiner notamment :

- Les modalités de la mise à disposition des informations relatives aux clients devenus éligibles aux acteurs du marché;
- Les conditions contractuelles proposées par ECS et spécialement la durée des contrats;
- Les éventuelles conditions d'admissibilité de l'opération;
- La réelle capacité des concurrents à offrir une autre solution que celle visée par l'opération.

Invite le corps des rapporteurs à lui communiquer un rapport motivé complémentaire au plus tard le 18 octobre 2002 ;

Ainsi statué le 12 septembre 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Patrick De Wolf, président de chambre, de Madame Marie-Claude Grégoire, de Monsieur Jacques Schaar et de Monsieur Pierre Battard, membres.

## **Beslissing nr. 2002-V/M-69 van 13 september 2002**

Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging houdende samenvoeging van de zaken MEDE - V/M - 02/0022 en MEDE - V/M - 02/0048 inzake de verzoeken tot het nemen van voorlopige maatregelen neergelegd door de BVBA Gema Plastics in de zaken MEDE - P/K - 02/0021 en MEDE - P/K - 02/0047 aangaande de Belgische kwaliteitsnormering inzake pvc hulpstukken.

Gezien de klacht ten gronde van de BVBA Gema Plastics dd. 5 april 2002, gekend onder MEDE-P/K-02/0021;

Gezien het verzoek tot voorlopige maatregelen waarbij om voorlopige maatregelen werd gevraagd door de BVBA Gema Plastics, met maatschappelijk zetel te 3580 Beringen, Paalsesteenweg 73, geregistreerd onder nr. MEDE-VMP-02/0022, met betrekking tot de praktijken van de volgende ondernemingen:

- FECHIPLAST VZW met maatschappelijke zetel in B – 1000 Brussel, Square Marie-Louise 49;
- BELGIAN CONSTRUCTION CERTIFICATION ASSOCIATION VZW (hierna 'VZW BCCA'), met maatschappelijke zetel in B – 1040 Brussel, Aarlenstraat 53;
- DYKA PLASTICS NV, met maatschappelijke zetel in B – 3900 Overpelt, Nolimpark 4004;
- MARTENS PLASTICS NV, met maatschappelijke zetel in B – 2400 Mol, Berkebossenlaan 10;
- PIPELIFE BELGIUM NV, met maatschappelijke zetel in B – 2920 Kalmthout, Brasschaatsteenweg 302;
- WAVIN BELGIUM NV, met maatschappelijke zetel in B – 9880 Aalter, Leon Bekaertlaan 30.

Gezien het onderzoeksdossier door de Dienst voor de Mededinging aan het Korps Verslaggevers overgemaakt op 8 mei 2002;

Gezien het gemotiveerd verslag van het Korps Verslaggevers in toepassing van artikel 35 van de Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging, gecoördineerd op 1 juli 1999 (hierna "WBEM") en overgemaakt aan de Raad voor de Mededinging op 13 mei 2002;

Gehoord op de zitting van 21 juni 2002:

- De Heer Bert Stulens, verslaggever en De Heer Erwin Verhaeren namens de Dienst voor de Mededinging;
- De B.V.B.A. GEMA PLASTICS, vertegenwoordigd door De Heer Patrick Vreys en bijgestaan door Meester Luc Savelkoul en Meester Steve Geerdens, advocaten te Hasselt;
- De VZW FECHIPLAST, vertegenwoordigd door De Heer Geert Scheys, secretaris-generaal en bijgestaan door Meester Herman De Bauw, advocaat te Brussel;
- De VZW BELGIAN CONSTRUCTION CERTIFICATION ASSOCIATION, vertegenwoordigd door De Heren F. Donck en B. De Blaere en bijgestaan door Meester Frank Wijckmans en Meester Mieke Beeuwsaert, advocaten te Brussel,
- De N.V. DYKA PLASTICS, vertegenwoordigd door Meester Koen Platteau, advocaat te Brussel;
- De N.V. MARTENS PLASTICS, vertegenwoordigd door Meester Karel Van Overstraeten, advocaat te Mol,
- De N.V. PIPELIFE BELGIUM, vertegenwoordigd door Meester Frédéric Louis, advocaat te Brussel;
- De N.V. WAVIN BELGIUM, vertegenwoordigd door Meester Peter Wytinck en Meester Hendrik Viaene, advocaten te Brussel,

Gezien de memories namens de VZW BCCA neergelegd op 20 juni 2002 en 11 september 2002;

Gezien de memories namens de VZW Fechiplast neergelegd op 21 juni 2002 en 10 september 2002,

Gezien de memories namens de N.V. Pipelife Belgium neergelegd op 21 juni 2002 en 11 september 2002;

Gezien de memories namens de N.V. Wavin Belgium neergelegd op 21 juni 2002 en 10 september 2002;

Gezien de memorie namens de N.V. Martens Plastics neergelegd op 2 juli 2002;

Gezien de memories namens de N.V. Dyka Plastics neergelegd op 5 juli 2002 en 10 september 2002;

Gezien de memorie namens de B.V.B.A. Gema Plastics neergelegd op 2 augustus 2002;

Gehoord op de zitting van 13 september 2002:

- De Heer Bert Stulens, verslaggever en De Heer Erwin Verhaeren, namens de Dienst voor de mededinging;
- De B.V.B.A. GEMA PLASTICS, vertegenwoordigd door De Heer Patrick Vreys en bijgestaan door Meester Luc Savelkoul en Meester Steve Geerdens, advocaten te Hasselt, en Meester Jules Stuyck, advocaat te Brussel;
- De VZW FECHIPLAST, vertegenwoordigd door De Heer Geert Scheys, secretaris-generaal en bijgestaan door Meester Herman De Bauw en Meester Laurence Van Wymeersch, advocaten te Brussel;
- De VZW BELGIAN CONSTRUCTION CERTIFICATION ASSOCIATION, vertegenwoordigd door De Heer Daniël Goossens en bijgestaan door Meester Frank Wijckmans, advocaat te Brussel,
- De N.V. DYKA PLASTICS, vertegenwoordigd door Meester Koen Platteau, advocaat te Brussel;
- De N.V.. MARTENS PLASTICS, vertegenwoordigd door Meester Karel Van Overstraeten, advocaat te Mol,
- De N.V. PIPELIFE BELGIUM, vertegenwoordigd door Meester Frédéric Louis, advocaat te Brussel;
- De N.V. WAVIN BELGIUM, vertegenwoordigd door Meester Peter Wytinck en Meester Hendrik Viaene, advocaten te Brussel,

Gezien de stukken van het dossier,

Gezien de klacht ten gronde van de BVBA Gema Plastics dd. 26 juli 2002, gekend onder MEDE-P/K-02/0047;

Gezien het verzoek tot voorlopige maatregelen waarbij om voorlopige maatregelen werd gevraagd door de BVBA Gema Plastics, met maatschappelijk zetel te 3580 Beringen, Paalsesteenweg 73, geregistreerd onder nr. MEDE - V/M - 02/0048, met betrekking tot de praktijken van de volgende onderneming:

- BIN VZW, met maatschappelijke zetel in B-1000 Brussel, Brabançonnellaan 29.

Gezien het gemotiveerd verslag van het Korps Verslaggevers in toepassing van artikel 35 WBEM en overgemaakt aan de Raad voor de Mededinging op 11 september 2002;

Gezien het onderzoeksdossier door de Dienst voor de Mededinging;

Gehoord op de zitting van 13 september 2002:

- De Heer Bert Stulens, verslaggever en De Heer Erwin Verhaeren, namens de Dienst voor de mededinging;
- De B.V.B.A. GEMA PLASTICS, vertegenwoordigd door De Heer Patrick Vreys en bijgestaan door Meester Luc Savelkoul en Meester Steve Geerdens, advocaten te Hasselt, en Meester Jules Stuyck, advocaat te Brussel;
- BIN VZW, vertegenwoordigd door De Heer H. Voorhof en De Heer H. Janssens.

Gezien de stukken van het dossier,

Gezien de Wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 en o.m. artikel 35 volgens hetwelk de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging op aanvraag van de klager of de minister, voorlopige maatregelen kan nemen bestemd om de restrictieve mededingingspraktijken die het voorwerp van het onderzoek uitmaken te schorsen,

indien het dringend is een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden door deze praktijken of die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang.

## Samenvoeging

1. Ter zitting van 13 september 2002 hebben de verwerende partijen in de zaak MEDE - V/M - 02/0022 verzocht om de procedures gekend onder MEDE - V/M - 02/0022 en MEDE - V/M - 02/0048 samen te voegen en vervolgens een kalender te bepalen voor het opstellen van memories.

Het Korps Verslaggever heeft ter zitting tevens aangedrongen op het samenvoegen van beide procedures.

De verzoekende partij inzake de procedures gekend onder nr. MEDE - V/M - 02/0022 en MEDE - 02/0048 heeft zich voor wat de samenvoeging betreft naar de wijsheid van de Voorzitter gedragen.

2. De algemene bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek zijn conform artikel 2 Gerechtelijk Wetboek van toepassing op de procedures die gevoerd worden in toepassing van de WBEM, voorzover deze wet en haar uitvoeringsbesluiten geen bijzondere procedureregels voorzien (Hof van Beroep Brussel, 5 april 1996, B.S., 16 april 1996, 9014; zie tevens o.m. Beslissing van de Raad voor de Mededinging, nr. 2000-C/C-32 van 25 oktober 2000, De Beers Australia Holdings Pty Ltd, / Ashton Mining Ltd, B.S., 3 mei 2001).

Noch de WBEM noch haar uitvoeringsbesluiten bevatten specifieke procedureregels over de samenhang.

Artikel 30 Gerechtelijk Wetboek is derhalve van toepassing, dat bepaalt dat rechtsvorderingen als samenhangende zaken kunnen worden behandeld wanneer zij onderling zo nauw verbonden zijn dat het wenselijk is ze samen te behandelen en te berechten teneinde oplossingen te vermijden die onverenigbaar kunnen zijn wanneer de zaken afzonderlijk worden berecht.

De tussen verschillende zaken bestaande samenhang staat ter vrije beoordeling van de feitenrechter (Cass., 29 juni 1998, A.C., 1998, nr. 348).

In casu zijn Wij van oordeel dat er wel degelijk sprake is van samenhang, nu verzoekende partij precies een tweede klacht en verzoek tot voorlopige maatregel heeft neergelegd als reactie op de bemerkingen van de verwerende partijen in de eerste procedure voorlopige maatregelen.

Bovendien vordert verzoekende partij in haar tweede klacht dd. 26 juli 2002 (pag 3) dat de tweede klacht zou samengevoegd worden met de initiële klacht van 4 april 2002.

Alhoewel huidige procedures betrekking hebben op voorlopige maatregelen, komt het Ons voor dat het proceduraal niet mogelijk is om de klachten ten gronde samen te voegen, wijl dit niet het geval zou zijn voor de procedures in voorlopige maatregelen.

Er dient bovendien opgemerkt te worden dat ook het verslag van het Korps Verslaggever in de procedure MEDE - V/M - 02/0048 refereert aan de oorspronkelijke procedure MEDE - V/M - 02/0022 hetgeen mede aantoont dat de procedures onderling nauw verbonden zijn.

Beide procedures gekend onder nr. MEDE - V/M - 02/0022 en MEDE - V/M - 02/0048 dienen derhalve samengevoegd te worden.

3. Op het verzoek van partijen om een kalender te bepalen teneinde memories neer te leggen, dient tevens ingegaan te worden.



Verzoekende partij stelt geen nadere memories te willen opstellen zodat aan deze partij geen termijn dient toegekend te worden.

Aan de VZW BIN (verwerende partij in de procedure MEDE - V/M - 02/0048) en de verwerende partijen in de zaak MEDE - V/M - 02/0022 wordt een termijn verleend om memories op te stellen tot en met 25 september 2002.

De beide procedures worden in voortzetting gesteld op vrijdag 27 september 2002 te 11.00 uur.

### Om deze redenen

Wij, Béatrice Ponet, Voorzitter van de Raad voor de Mededinging,

Beslissen om de zaken gekend onder nr. MEDE - V/M - 02/0022 en MEDE - V/M - 02/0048 samen te voegen.

Verlenen een termijn tot en met 25 september aan de VZW BIN (verwerende partij in de procedure MEDE - V/M - 02/0048) en de verwerende partijen in de procedure MEDE - V/M - 02/0022 om memories neer te leggen.

Stellen de zaak in voortzetting op vrijdag 27 september 2002 te 11.00 uur.

Aldus geoordeeld door Béatrice Ponet, Voorzitter van de Raad voor de mededinging op 13 september 2002.

## **Décision n°2002-C/C-70 du 2 octobre 2002**

Affaire CONC-C/C-02/52 : IEH S.C.R.L. / IGEHO S.C.R.L.

En cause de :

1. L'Intercommunale d'électricité du Hainaut S.C.R.L. (ci-après "IEH") ayant actuellement son siège social à l'hôtel de ville de Mons et immatriculée à la T.V.A. sous le numéro 223.414.061 ;

2. L'Intercommunale de gaz, d'électricité et de distribution de signaux analogues et numériques en Hainaut occidental S.C.R.L. (ci-après "IGEHO") ayant son siège social à l'hôtel de ville de Tournai, et immatriculée à la T.V.A. sous le numéro 202.500.366 ;

Vu la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 1er juillet 1999 (ci-après LPCE ou la loi) ;

Vu la notification datée du 22 août 2002 d'une concentration qui consiste en un apport de la branche d'activités « électricité » (distribution et fourniture) de IGEHO à IEH;

Vu les pièces du dossier du Service de la concurrence ;

Vu le rapport motivé du Corps des rapporteurs daté du 16 septembre 2002 ;

Entendu à l'audience du 2 octobre 2002 :

- Monsieur le rapporteur P. Marchand représentant le Corps des rapporteurs et Messieurs Benjamin Matagne et Axel Frennet du Service de la concurrence ;
- Messieurs F. Grifnee et M. Burtomboy représentant les parties notifiantes assistés par Maîtres A. Vroninks et V. Kasparian, avocats à Bruxelles ;

Après délibéré, le Conseil de la concurrence prononce la décision suivante.

### **1. les parties notifiantes**

#### **1.1. Acquéreur**

**L'Intercommunale d'électricité du Hainaut S.C.R.L.** (ci-après "IEH") a comme activité principale la distribution et la fourniture d'électricité aux clients établis sur le territoire des communes affiliées des régions de Mons, La Louvière, Charleroi.

#### **1.2. Vendeur**

L'Intercommunale de gaz, d'électricité et de distribution de signaux analogues et numériques en Hainaut occidental S.C.R.L. (ci-après "IGEHO") a comme activité principale la distribution et la fourniture d'électricité et de gaz ainsi que la distribution de signaux analogiques et numériques aux clients établis sur le territoire des communes affiliées du Hainaut occidental

#### **1.3. Entreprise ou partie d'entreprise cible**

L'opération notifiée vise la branche d'activité "électricité" (distribution et fourniture) de l'intercommunale IGEHO.

## 2. Description de l'opération

L'opération notifiée consiste en un apport de la branche d'activités « électricité » (distribution et fourniture) de IGEHO à IEH.

Le capital social d'IEH est augmenté de 97.592.317,16 € et est porté de 200.052.169,76 € à 297.644.486,92 € par création de 3.640.017 parts nouvelles.

En contrepartie de son apport de branche d'activité, IGEHO reçoit ces 3.640.017 parts de la catégorie A de IEH, réparties en 4.975 parts nouvelles de la catégorie A1 et 3.635.042 parts nouvelles de la catégorie A2, créées par IEH lors de l'augmentation de son capital.

Cet apport a, selon les parties notifiantes, pour principal objectif une rationalisation de leurs activités.

Il constitue en outre, toujours selon les parties notifiantes, une opération préalable à la concentration entre IEH et la S.A. Electrabel Customer Solutions (en abrégé, ECS) par laquelle IEH apporte sa clientèle éligible à ECS aussi longtemps que cette clientèle n'a pas choisi d'autre fournisseur. La société Electrabel Customer Solutions est une société anonyme de droit belge constituée par acte du 12 décembre 2001 publié dans les annexes du Moniteur belge du 28 décembre 2001, ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent, 8 et ayant pour objet la fourniture d'électricité et de gaz ainsi que la fourniture de produits et services y afférents.

La S.A. E.C.S. est une filiale de la S.A. Electrabel et de la Naamloze Venootschap voor de Oprichting en Uitbating van een FM- en TV-distributienet te Oostende en abrégé Teveo qui détiennent respectivement 49.999 actions et 1 action de celle-ci. La S.A. Teveo est pour sa part contrôlée par Electrabel qui détient 99,975 % de ses actions. La société E.C.S. est ainsi en fait une filiale à 100% de la S.A. Electrabel. La société anonyme de droit belge Electrabel ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent, 8 est une entreprise active à tous les stades dans le secteur de l'électricité, de la production à la fourniture au client final.

## 3. Délais

Les assemblées générales extraordinaires de IEH et de IGEHO au cours desquelles a été approuvée la présente opération se sont déroulées respectivement les 27 et 30 mai 2002. La notification n'a été effectuée que le 22 août 2002, en dehors du délai prévu la loi.

Quant au délai visé à l'article 33 de la loi, il prend cours le 23 août 2002 et la décision du Conseil de la concurrence prise en application de l'article 33, §§ 1 et 2 de la loi doit être rendue avant le 7 octobre 2002.

## 4. Obligation de notification

### 4.1. Position des parties

Selon les parties notifiantes, cette opération ne constitue pas une concentration au sens de la loi.

En effet, elles estiment que tant les parties à l'opération que le secteur d'activité concerné échappent à toute forme de concurrence économique en raison de la législation applicable en la matière pour deux raisons :

- d'une part, les intercommunales IEH et IGEHO ne peuvent, en vertu de l'article 5 § 1 du décret du 5 décembre 1996 relatif aux intercommunales wallonnes, avoir un caractère commercial;
- d'autre part, l'activité qui fait l'objet de l'apport, à savoir la distribution d'électricité aux clients non éligibles, fait l'objet d'un monopole légal reconnu aux communes en vertu de l'article 30 du décret wallon relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité.

Par conséquent, la branche d'activité "électricité" de IGEHO, transférée à l'intercommunale IEH ne relèverait pas d'une activité exposée à la concurrence économique, et les intercommunales ne voient pas en quoi cette opération pourrait restreindre la concurrence économique que la loi protège.

#### 4.2. Position du Corps des rapporteurs

Le rapporteur dans son rapport motivé a fait savoir qu'il ne partage pas l'avis des parties dans la mesure où les arguments invoqués ne concernent pas l'obligation légale de notifier une concentration en vertu des articles 9 à 12 de la loi.

#### 4.3. Décision du Conseil

L'article 47 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique stipule expressément que *'les entreprises publiques et les entreprises auxquelles les autorités publiques accordent des droits spéciaux ou exclusifs sont soumises aux dispositions de la présente loi dans les limites où cette application ne fait pas échec en droit ou en fait à la mission particulière qui leur est impartie par ou en vertu de la loi.'*

En outre, parmi les opérations considérées comme une concentration au sens de la L.P.C.E., l'article 9, §1, b), vise le cas où *'une ou plusieurs entreprises acquièrent directement ou indirectement, que ce soit par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises.'* L'apport de l'activité électricité de IGEHO à IEH en échange d'actions de IEH entre bien dans ce cas de figure.

La notion d'entreprise au sens du droit de la concurrence se définit à titre principal par l'exercice d'une activité économique, et ce indépendamment notamment de la forme, de l'objet ou du mode de financement de celle-ci. (Arrêt de la C.J.C.E. du 23 avril 1991, Affaire C-41/90, Rec - I-01979, att. 21). Par activité économique, il faut entendre l'offre rémunérée de biens et de services sur le marché (Voir Arrêt de la C.J.C.E. du 16 juin 1987, Affaire 118/85 Commission des Communautés européennes contre République italienne. Rec. – 02599, att. 7).

Dans le cas présent, les parties ont comme activité la fourniture d'électricité des ménages et entreprises situés sur le territoire des communes affiliées.

Il ressort de ce qui précède que les parties notifiantes sont bien des entreprises au sens de l'article 1er de la loi et qu'elles ont procédé à une concentration au sens de l'article 9 de la loi.

Le fait que l'activité transférée soit toujours sous monopole des communes ne change en rien la conclusion que cette opération doit être notifiée puisque la loi ne fait pas une distinction concernant cette obligation selon que l'activité économique exercée soit sous monopole ou ouverte à la concurrence.

Enfin, il convient de rappeler que huit dossiers de concentrations ont été notifiés en 2002 au Conseil de la concurrence concernant à chaque fois d'une part, la S.A. E.C.S., filiale à 100 % d'Electrabel et d'autre part une intercommunale mixte. Le Conseil de la concurrence a déjà pris sept décisions dans lesquelles il constate qu'il s'agit d'opérations de concentrations entre entreprises au sens de l'article 9 de la loi.

Cette position a en outre déjà été adoptée par le Conseil de la concurrence dans l'affaire Luminus (décision n°2001-C/C-47) alors qu'elle concernait des intercommunales pures.

IEH et IGEHO devant par conséquent être considérées comme des entreprises, il y a lieu de constater que, sur la base des chiffres fournis par les parties au point 2.3.3 de la notification, les seuils des chiffres d'affaire visés à l'article 11 de la loi sont atteints.

## 5. Marché concerné

### 5.1. Secteur économique concerné

Le secteur économique concerné par la concentration est celui de la production et de la distribution d'électricité (code NACE : 40.1).

### 5.2. Marché de produits concerné

Dans le secteur de l'électricité, cinq types d'activités différentes peuvent être distingués, en l'espèce :

- la production d'électricité ;
- le transport qui consiste en l'acheminement de l'électricité sur des câbles de haute tension ;
- la distribution qui est l'acheminement de l'électricité sur des câbles de moyenne et basse tension ;
- la fourniture qui consiste en la livraison au consommateur final ;
- le négoce qui vise l'achat et la revente d'électricité.

Les quatre premières activités peuvent être considérées comme relevant de marchés de produits distincts, puisque celles-ci nécessitent des actifs et des ressources différents et parce que les conditions de marché et de concurrence sont différentes pour chacune d'entre elles.

La question de savoir si le négoce d'électricité constitue un marché distinct du négoce général des produits d'énergie ne doit pas être tranchée dans le cadre de la présente procédure en raison du fait que cette activité n'est pas visée dans la présente notification et que dès lors ni le Service de la concurrence, ni le Corps des Rapporteurs n'ont instruit cet aspect.

Suite à la libéralisation d'une partie du marché de l'électricité initiée par la directive CE 96/92, une distinction supplémentaire doit être faite entre la fourniture d'électricité aux clients éligibles et non éligibles (c.à.d. qui ne peuvent pas choisir leur fournisseur). Ceux-ci relèvent de deux marchés de produits distincts, dans la mesure où les conditions de concurrence sont différentes, et où, le plus souvent, ils sont soumis à des réglementations spécifiques.

Par conséquent, les marchés de produits concernés par la présente opération sont ceux de la distribution et de la fourniture d'électricité aux clients non-éligibles.

### 5.3. Marché géographique concerné

La Commission européenne considère que les différents marchés de l'électricité sont substantiellement de dimension nationale. Pour ce qui concerne les marchés de la distribution et de la fourniture à des clients finals, elle n'a toutefois pas déterminé s'il convenait de prendre en considération l'ensemble du territoire belge ou seulement l'espace géographique limité au territoire couvert par chaque intercommunale. (voir décision IV/M.493-Tractebel/Distrigaz (II)).

Selon les parties notifiantes, l'aire géographique à prendre en considération doit être limitée au territoire des communes affiliées aux deux intercommunales.

Le Conseil de la concurrence considère également sur base des éléments du dossier et en raison du fait que les activités concernées sont toujours sous monopole des communes, que le marché géographique pertinent doit être limité au territoire des communes affiliées.

## 6. Analyse concurrentielle

L'opération notifiée présente la caractéristique de ne constituer qu'un transfert d'une activité sous monopole, dans un secteur où les prix ne sont pas libres. Par conséquent, cette opération n'aura pas d'impact pour le consommateur.

Les parties détenant le monopole légal de distribution, leur part de marché sur le marché géographique sur lequel elles sont présentes s'élève tout naturellement à 100%. Elles n'ont pas de concurrents.

IEH et IGEHO ne sont par ailleurs actives que sur les marchés « protégés » de la gestion des réseaux de distribution locale en ce compris la fourniture à la clientèle non éligible située sur le territoire des communes affiliées à ces intercommunales.

## 7. Réaction des marchés

Compte tenu de la nature de l'opération notifiée, seuls les fournisseurs (ex : câbles,...) pourraient constater un certain renforcement du pouvoir de négociation de leur interlocuteur dans la mesure où celui-ci étend son territoire géographique et augmente par conséquent son nombre de clients.

L'opération de concentration notifiée n'a engendré aucune plainte auprès du Conseil de la concurrence d'aucun acteur économique (ni même de consommateur).

Vu la nature de l'activité transférée, le Corps des Rapporteurs a considéré ne pas devoir poursuivre plus avant les investigations sur l'opération en cause.

## 8. Conclusion

Sur base des éléments du dossier et pour ce qui a trait spécifiquement à l'apport de la branche d'activité « électricité » de IGEHO à IEH, le Conseil de la concurrence estime que la concentration notifiée n'aura pas pour effet l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante qui entrave de manière significative une concurrence effective sur le marché belge en cause ou sur une partie substantielle de celui-ci.

Quant au caractère tardif de la notification, le Conseil estime qu'une amende telle que prévue par l'article 37 § 2 de la loi doit être infligée aux parties notifiantes pour avoir procédé à une concentration sans notification préalable.

Force est de constater que les parties notifiantes n'ont pas interrogé le Corps des rapporteurs sur l'obligation de notifier leur opération.

Il y a toutefois lieu de prendre en considération d'une part les explications fournies par les parties sur ce point et d'autre part le fait que les parties ont immédiatement notifié l'opération dès que l'information sur la nécessité de notifier leur a été transmise par le Service de la concurrence et le Corps des rapporteurs. Une amende de principe dont le montant sera modéré doit être dans ces conditions être prononcée.

## PAR CES MOTIFS

### Le Conseil de la concurrence

- Constate que l'opération en cause entre dans le champ d'application de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique et qu'elle ne suscite pas des doutes sérieux quant à son admissibilité ;
- Décide de la déclarer admissible, conformément aux articles 33 § 1er et 33, §2, 1.a de la loi ;
- Décide qu'en égard au caractère tardif de la notification, d'infliger aux parties notifiantes une amende de 500 € telle que prévue par l'article 37 § 2 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, pour avoir procédé à une concentration sans notification préalable ;

Ainsi statué le 2 octobre 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Patrick De Wolf, Président de Chambre, Madame Marie-Claude Grégoire et Messieurs Jacques Schaar et Pierre Battard, Membres.

## **Beslissing nr. 2002-C/C-71 van 2 oktober 2002**

INZAKE :

CARESTEL N.V.

en :

G.I.B. N.V.

en :

LUNCH GARDEN N.V. en CROCK'IN N.V.

Gelet op de Wet op de Bescherming van de Economische Mededinging zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (W.B.E.M.).

Gezien de aanmelding aan het Secretariaat van de Raad voor de Mededinging van een concentratie op 23 augustus 2002.

Gezien de mededeling voor onderzoek door het Secretariaat van de Raad aan het Korps van verslaggevers conform artikel 32 bis § 1 W.B.E.M. op 26 augustus 2002.

Gezien de stukken van het dossier.

Gezien het onderzoeksdossier van de Dienst voor de Mededinging zoals dit op 11 september 2002 aan de verslaggever werd overgemaakt.

Gezien het gemotiveerd verslag van de verslaggever zoals dit op 16 september 2002 werd opgesteld en aan de Raad werd overgemaakt.

Gehoord de verslaggever, de heer Bert Stulens, ter zitting van 2 oktober 2002.

Gehoord de aanmeldende partijen bij monde van de gemeenschappelijke vertegenwoordiger, meester Jacques Steenbergen en meester Toon Musschoot van het kantoor Allen & Overy te Brussel, alsmede meester Katrien Veranneman van het kantoor Linklaters te Brussel namens G.I.B.

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken van toepassing overeenkomstig artikel 54 bis W.B.E.M..

### **1. De aanmeldende en betrokken partijen :**

Als koper treedt op de onderneming N.V. CARESTEL, gevestigd in België, te 9051 Sint-Denijs-Westrem (Gent), Maaltekouter 3.

Deze onderneming is een holdingonderneming naar Belgisch Recht, genoteerd op de beurs van Brussel, actief via volgende dochterondernemingen :

- HOT CUISINE N.V. : leveren van voorbereide maaltijden voor de consument en voor de horeca.
- CARESTEL MOTORWAY SERVICES N.V. : concessie-catering langs autosnelwegen.
- RESTAIR N.V. : concessie-catering in luchthavens.
- GOURMET EVENTS N.V. en TEN BOSCH CATERING N.V. : concessie-catering voor evenementen.
- GLOBAL HOTEL : uitbaten van hotels.
- RESTEL RESIDENCES N.V. en RESTEL FLATS B.V.B.A. : uitbaten van service residenties en service flats voor autonome senioren.

CARESTEL wordt gezamenlijk gecontroleerd door de N.V. Assart (voor 31 %) en de B.V.B.A. Megafood Participation (voor 31 %) terwijl de overige aandelen behoren tot de N.V. GIMV (20 %) en het publiek (de overige 18 %).

Als verkoper treedt op de N.V. G.I.B., gevestigd in België te 1140 BRUSSEL, Olympiadelaan 20.

De N.V. G.I.B. is een holdingonderneming naar Belgisch Recht, onder meer actief in de sectoren van de restauratie (Quick, Lunch Garden/Crock'In en Exki) en verder in de informaticasector en in de gespecialiseerde distributie, onder andere van sportbenodigdheden.

Als doelonderneming treedt op de N.V. Lunch Garden, gevestigd in België te 1140 Brussel, Genèvestraat 10 bus 1 (Leopold toren).

Deze maatschappij is een honderd procent dochteronderneming van N.V. G.I.B..

Lunch Garden baat een keten van 62 selfservice restaurants uit verspreid over gans België.

Lunch Garden heeft op haar beurt één honderd procent dochteronderneming Crock'In, namelijk een keten van twaalf sandwichbars, gevestigd in het Brusselse.

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

## 2. De aangemelde operatie :

Carestel en G.I.B. tekenden op 2 augustus 2002 een overeenkomst die bepaalt dat Carestel 100 % van de aandelen van Lunch Garden overneemt van G.I.B. waardoor Carestel direct de volledige controle verkrijgt over Lunch Garden en indirect over Crock'In.

De overeenkomst voorziet onder meer in een niet-concurrentiebeding blijkens hetwelk de G.I.B.-groep gedurende een periode van twee jaar niet zal deelnemen aan activiteiten die in concurrentie staan met de activiteiten van Lunch Garden en Crock'In.

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

## 3. De aanmeldingstermijn :

De overeenkomst die het voorwerp uitmaakt van de aanmelding werd ondertekend op 2 augustus 2002 en werd aangemeld op 23 augustus 2002.

De aanmelding van de concentratie moet dan ook conform artikel 12 § 1 van de W.B.E.M. als tijdig beoordeeld worden.

## 4. De omzetrempels :

De concentratie valt onder het toepassingsgebied van de W.B.E.M. vermits de omzetrempels zoals voorzien in artikel 11 § 1 en artikel 46 van de W.B.E.M. werden bereikt.

Uit de ons verstrekte gegevens blijkt immers dat de Belgische omzet van de koper en de Belgische omzet van de doelonderneming de drempels voorzien in artikel 11 § 1 W.B.E.M. overschrijden.

## 5. Over de marktafbakening :

De partijen zijn respectievelijk actief in de volgende vijf sectoren :

- Lunch Garden / Crock'In :



1. informal eating out market

- Carestel :

2. voorbereide maaltijden : via dochter Hot Cuisine

3. concessie catering

\* langs autosnelwegen via dochter Carestel Motorway Services

\* in luchthavens via dochter Restair

\* op evenementen via dochters Gourmet Events en Ten Bosch Catering

4. uitbaten hotels via dochter Global Hotel

5. uitbaten service residenties via dochters Restel Residences en Restel Flats.

a) Informal eating out market :

Lunch Garden, dat een keten van 62 selfservice restaurants uitbaat en Crock'In, dat 12 sandwichbars uitbaat, zijn actief in de "informal eating out market", een markt, gekenmerkt onder andere door scherpe prijzen en een korte prestatieduur, waartoe zes categorieën behoren, namelijk 1. restaurants zoals Lunch Garden, Makro, Ikea, 2. café's/brasseries die dagschotels aanbieden, 3. goedkopere traditionele restaurants (Chinees, Grieks, ...), 4. Pizza Hut, 5. fastfood zoals Quick en Mc Donalds en 6. sandwichbars zoals Crock'In.

In de meest ruime marktaflijning, namelijk dat deze zes vermelde categorieën samen één markt uitmaken, hebben de betrokken partijen Lunch Garden en Crock'In, een zeer beperkt marktaandeel.

In een meer engere marktaflijning, namelijk indien men enkel de ketens neemt, dan heeft Lunch Garden een groter marktaandeel dat echter toch nog onder de 20 % blijft, terwijl Crock'In dan in een andere markt valt, waarin het vergeleken met vele andere sandwichbars op de markt een klein marktaandeel heeft.

Indien men alle ketens van zelfbedieningsrestaurants samen neemt (inclusief de restaurants langs de snelwegen) dan komen de aanmelders met de samenvoeging van Lunch Garden en restaurants van Carestel langs autosnelwegen tot een zeer groot marktaandeel.

Restaurants zoals Lunch Garden en restaurants langs de snelwegen behoren echter niet tot dezelfde markt, zoals hierna in de rubriek concessie-catering uiteengezet.

De Raad sluit zich aan bij het standpunt van de verslaggever en van de aanmelders dat zelfbedieningsrestaurants geen aparte markt uitmaken.

Consumenten kiezen niet specifiek voor zelfbediening maar wel voor snel en goedkoop eten.

Dit betekent dat de restaurants van categorie 1 zoals Lunch Garden in concurrentie staan met restaurants uit categorie 2 en 3.

In deze laatste marktaflijning ligt het marktaandeel van Lunch Garden toch onder de 25 % vermits de categorieën 2 en 3 een zeer groot aantal eetgelegenheden omvatten.

De relevante geografische markt kan opengelaten worden nu enerzijds de geografische marktaflijning lokaal kan zijn gezien de consument niet bereid is om een grote afstand af te leggen, terwijl anderzijds

bepaalde elementen zoals merkbekendheid en nationale reclamecampagnes wijzen op een nationale markt.

Uit het dossier blijkt dat men uitgegaan is van nationale cijfers.

#### b) De voorbereide maaltijden :

Carestel levert via haar dochtermaatschappij Hot Cuisine voorbereide maaltijden enerzijds aan retail, namelijk voor verkoop aan de individuele gebruiker (onder andere in grootwarenhuizen) en anderzijds aan horeca, namelijk vooral aan collectiviteiten (grote restaurateurs) en dit onder andere aan Lunch Garden.

Gezien de ondernemingen in deze sector zeer uitgebreide gamma's aanbieden, die ze overal in het land kunnen leveren, is de relevante geografische markt minstens nationaal.

De markt van de voorbereide maaltijden die geleverd worden aan retail kan buiten beschouwing gelaten worden gezien deze producten geen verticale of horizontale band hebben met de producten van Lunch Garden.

De markt van de voorbereide maaltijden die geleverd worden aan de horeca heeft een verticale band met de markt waarop Lunch Garden actief is.

De Raad kan zich aansluiten bij de verslaggever die stelt dat het niet nodig is om de markt van de voorbereide maaltijden aan de horeca verder af te lijnen, hetzij als één markt, hetzij als een markt die nog verder opgesplitst moet worden, nu zelfs in de meest enge marktaflijning "Hot Cuisine" een marktaandeel heeft dat beneden de 25 % ligt.

#### c) Concessie catering :

Carestel is actief in de sector van de concessie-catering via de volgende ondernemingen :

- Carestel Motorway Services N.V. (langs autosnelwegen)
- Restair N.V. (in luchthavens)
- Gourmet Events N.V. en Ten Bosch Catering N.V. (evenementen).

De relevant geografische markt voor concessie catering is de nationale markt.

De restaurants langs autosnelwegen, in luchthavens en op evenementen hebben karakteristieken die sterk verschillen van de selfservice restaurants van Lunch Garden, zodat de catering activiteiten van de dochterondernemingen van Carestel niet behoren tot dezelfde markt als de restaurants van Lunch Garden.

De totaal verschillende karakteristieken blijken onder meer uit het feit dat de consument die niet op de snelweg is niet speciaal een omweg zal maken om in een snelwegrestaurant te kunnen gaan eten, verder uit het feit dat concessies voor catering meestal worden aanbesteed.

De Raad kan zich dan ook aansluiten bij de verslaggever die tot het besluit komt dat de catering activiteiten van Carestel zich op een andere markt afspelen dan de selfservice restaurants van Lunch Garden en dat er dus geen horizontale band en evenmin een verticale band is tussen de catering activiteiten van Carestel en de restaurant activiteiten van Lunch Garden.

#### d) De andere markten :

Carestel is ook actief in twee andere sectoren via :

- Global Hotel (uitbaten van hotels)

- Restel Résidences N.V. en Restel Flats B.V.B.A. (uitbaten van service residenties en service flats voor autonome senioren).

Vermits er geen horizontale of verticale relatie is met de activiteiten van Lunch Garden, kunnen deze andere markten buiten beschouwing gelaten worden.

## 6. Besluit :

De overname van Lunch Garden zal een belangrijke stijging inhouden van de Belgische omzet van Carestel.

In de markten van de "informal eating out" en de voorbereide maaltijden hebben Carestel en Lunch Garden een verticale band, doch partijen realiseren hier een marktaandeel onder de 25 %.

In de concessie catering worden belangrijke aandelen gerealiseerd door Carestel, doch deze markten hebben geen horizontale of verticale band met de activiteiten van Lunch Garden.

Er zijn derhalve geen betrokken markten.

Alle ondervraagde derden (uitgezonderd één leverancier die echter ten onrechte denkt dat de restaurants van Lunch Garden en van Carestel (snelwegen) behoren tot dezelfde markt) stellen dat deze overname weinig impact zal hebben op de markt en dat er geen machtspositie ontstaat of versterkt.

Om deze redenen,

De Raad voor de Mededinging,

Stelt vast dat de betrokken concentratie onder het toepassingsgebied valt van de W.B.E.M..

Verklaart de concentratie toelaatbaar conform artikel 10 § 3 en artikel 33 § 2 punt 1a W.B.E.M..

Aldus uitgesproken op 2 oktober 2002 door de Kamer van de Raad voor de Mededinging samengesteld uit : de heer Peter Poma, kamervoorzitter, de heren Frank Deschoolmeester, Robert Vanosselaer en Geert Zonnekeyn, leden.

## **Beslissing nr. 2002-V/M-72 van 4 oktober 2002**

Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging tot het nemen van voorlopige maatregelen ingediend door de BVBA Gema Plastics tegen VZW Fechiplast/VZW BCCA/ NV DYKA PLASTICS/NV MARTENS PLASTICS/NV PIPELIFE BELGIUM /NV WAVIN BELGIUM/VZW BIN

Gezien de klacht ten gronde van de BVBA Gema Plastics dd. 5 april 2002, gekend onder MEDE-P/K-02/0021;

Gezien het verzoek waarbij om voorlopige maatregelen werd gevraagd door de BVBA Gema Plastics, met maatschappelijk zetel te 3580 Beringen, Paalsesteenweg 73, geregistreerd onder nr. MEDE-V/M-02/0022, met betrekking tot de praktijken van de volgende ondernemingen:

- FECHIPLAST VZW met maatschappelijke zetel in B – 1000 Brussel, Square Marie-Louise 49;
- BELGIAN CONSTRUCTION CERTIFICATION ASSOCIATION VZW (hierna ‘VZW BCCA’), met maatschappelijke zetel in B – 1040 Brussel, Aarlenstraat 53;
- DYKA PLASTICS NV, met maatschappelijke zetel in B – 3900 Overpelt, Nolimpark 4004;
- MARTENS PLASTICS NV, met maatschappelijke zetel in B – 2400 Mol, Berkebossenlaan 10;
- PIPELIFE BELGIUM NV, met maatschappelijke zetel in B – 2920 Kalmthout, Brasschaatsteenweg 302;
- WAVIN BELGIUM NV, met maatschappelijke zetel in B – 9880 Aalter, Leon Bekaetlaan 30.

Gezien het onderzoeksdossier door de Dienst voor de Mededinging aan het Korps Verslaggevers overgemaakt op 8 mei 2002;

Gezien het gemotiveerd verslag van het Korps Verslaggevers in toepassing van artikel 35 van de Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging, gecoördineerd op 1 juli 1999 (hierna "W.B.E.M.") en overgemaakt aan de Raad voor de Mededinging op 13 mei 2002;

Gehoord op de zitting van 21 juni 2002:

- De Heer Bert Stulens, verslaggever en de Heer Erwin Verhaeren namens de Dienst voor de Mededinging;
- De B.V.B.A. GEMA PLASTICS, vertegenwoordigd door de Heer Patrick Vreys en bijgestaan door Meester Luc Savelkoul en Meester Steve Geerdens, advocaten te Beringen;
- De VZW FECHIPLAST, vertegenwoordigd door De Heer Geert Scheys, secretaris-generaal en bijgestaan door Meester Herman De Bauw, advocaat te Brussel;
- De VZW BELGIAN CONSTRUCTION CERTIFICATION ASSOCIATION, vertegenwoordigd door de Heren F. Donck en B. De Blaere en bijgestaan door Meester Frank Wijckmans en Meester Mieke Beeuwsaert, advocaten te Brussel,
- De N.V. DYKA PLASTICS, vertegenwoordigd door Meester Koen Platteau, advocaat te Brussel;
- De N.V. MARTENS PLASTICS, vertegenwoordigd door Meester Karel Van Overstraeten, advocaat te Mol,
- De N.V. PIPELIFE BELGIUM, vertegenwoordigd door Meester Frédéric Louis, advocaat te Brussel;
- De N.V. WAVIN BELGIUM, vertegenwoordigd door Meester Peter Wytinck en Meester Hendrik Viaene, advocaten te Brussel,

Gezien de memorie van het Korps Verslaggevers op de memories van de klagende partij en de verwerende partijen in de procedure MEDE - V/M – 02/0022 d.d. 14 augustus 2002 en overgemaakt aan de Raad voor de Mededinging op 19 augustus 2002, evenals het aanvullend onderzoeksdossier en het erratum op de memorie van het Korps Verslaggevers d.d. 26 augustus 2002 aan de Raad voor de Mededinging overgemaakt op 27 augustus 2002;

Gezien de memories namens de VZW BCCA neergelegd op 20 juni 2002, 11 september 2002 en 25 september 2002;

Gezien de memories namens de VZW Fechiplast neergelegd op 21 juni 2002, 10 september 2002 en 25 september 2002,

Gezien de memories namens de N.V. Pipelife Belgium neergelegd op 21 juni 2002, 11 september 2002 en 25 september 2002;

Gezien de memories namens de N.V. Wavin Belgium neergelegd op 21 juni 2002, 10 september 2002 en 25 september 2002;

Gezien de memorie namens de N.V. Martens Plastics neergelegd op 2 juli 2002 en 6 september 2002;

Gezien de memories namens de N.V. Dyka Plastics neergelegd op 5 juli 2002, 10 september 2002 en 25 september 2002;

Gezien de memorie namens de B.V.B.A. Gema Plastics neergelegd op 2 augustus 2002;

Gehoord op de zitting van 13 september 2002:

- De Heer Bert Stulens, verslaggever en De Heer Erwin Verhaeren, namens de Dienst voor de Mededinging;
- De B.V.B.A. GEMA PLASTICS, vertegenwoordigd door De Heer Patrick Vreys en bijgestaan door Meester Luc Savelkoul en Meester Steve Geerdens, advocaten te Beringen, en Meester Jules Stuyck, advocaat te Brussel;
- De VZW FECHIPLAST, vertegenwoordigd door De Heer Geert Scheys, secretaris-generaal en bijgestaan door Meester Herman De Bauw en Meester Laurence Van Wymeersch, advocaten te Brussel;
- De VZW BELGIAN CONSTRUCTION CERTIFICATION ASSOCIATION, vertegenwoordigd door De Heer Daniël Goossens en bijgestaan door Meester Frank Wijckmans, advocaat te Brussel,
- De N.V. DYKA PLASTICS, vertegenwoordigd door Meester Koen Platteau, advocaat te Brussel;
- De N.V.. MARTENS PLASTICS, vertegenwoordigd door Meester Karel Van Overstraeten, advocaat te Mol,
- De N.V. PIPELIFE BELGIUM, vertegenwoordigd door Meester Frédéric Louis, advocaat te Brussel;
- De N.V. WAVIN BELGIUM, vertegenwoordigd door Meester Peter Wytinck en Meester Hendrik Viaene, advocaten te Brussel,

Gezien de stukken van het dossier,

Gezien de klacht ten gronde van de BVBA Gema Plastics dd. 26 juli 2002, gekend onder MEDE-P/K-02/0047;

Gezien het verzoek waarbij om voorlopige maatregelen werd gevraagd door de BVBA Gema Plastics, met maatschappelijk zetel te 3580 Beringen, Paalsesteenweg 73, geregistreerd onder nr. MEDE - V/M - 02/0048, met betrekking tot de praktijken van de volgende onderneming:

- BIN VZW, met maatschappelijke zetel in B-1000 Brussel, Brabançonnellaan 29.

Gezien het gemotiveerd verslag van het Korps Verslaggevers in toepassing van artikel 35 W.B.E.M. en overgemaakt aan de Raad voor de Mededinging op 11 september 2002;

Gezien het onderzoeksdossier van de Dienst voor de Mededinging;

Gehoord op de zitting van 13 september 2002:

- De Heer Bert Stulens, verslaggever en De Heer Erwin Verhaeren, namens de Dienst voor de Mededinging;
- De B.V.B.A. GEMA PLASTICS, vertegenwoordigd door De Heer Patrick Vreys en bijgestaan door Meester Luc Savelkoul en Meester Steve Geerdens, advocaten te Beringen, en Meester Jules Stuyck, advocaat te Brussel;
- De VZW BIN, vertegenwoordigd door De Heer H. Voorhof en De Heer H. Janssens.

Gezien de stukken van het dossier,

Gezien de Beslissing nr. 2002-V/M-69 van 13 september 2002 van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging houdende samenvoeging van de zaken MEDE -V/M- 02/0022 en MEDE-V/M-02/0048 inzake de verzoeken tot het nemen van voorlopige maatregelen neergelegd door de BVBA Gema Plastics;

Gehoord op de zitting van 27 september 2002:

- De Heer Bert Stulens, verslaggever en de Heer Johan Isselée en de Heer Erwin Verhaeren, namens de Dienst voor de Mededinging;
- De B.V.B.A. GEMA PLASTICS, vertegenwoordigd door De Heer Patrick Vreys en bijgestaan door Meester Luc Savelkoul en Meester Steve Geerdens, advocaten te Beringen, en Meester Jules Stuyck, advocaat te Brussel;
- De VZW FECHIPLAST, vertegenwoordigd door De Heer Geert Scheys, secretaris-generaal en bijgestaan door Meester Herman De Bauw, advocaat te Brussel;
- De VZW BELGIAN CONSTRUCTION CERTIFICATION ASSOCIATION, vertegenwoordigd door De Heer B. De Blaere en bijgestaan door Meester Frank Wijckmans en Meester Mieke Beeuwaert, advocaten te Brussel,
- De N.V. DYKA PLASTICS, vertegenwoordigd door Meester Koen Platteau, advocaat te Brussel;
- De N.V. MARTENS PLASTICS, vertegenwoordigd door de Heer C. Rutsaert en bijgestaan door Meester Karel Van Overstraeten, advocaat te Mol,
- De N.V. PIPELIFE BELGIUM, vertegenwoordigd door Meester Frédéric Louis, advocaat te Brussel;
- De N.V. WAVIN BELGIUM, vertegenwoordigd door Meester Peter Wytinck, advocaat te Brussel;
- De VZW BIN, vertegenwoordigd door De Heer H. Janssens.

Gezien de Wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (hierna W.B.E.M.) en o.m. artikel 35 volgens hetwelk de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging op aanvraag van de klager of de minister, voorlopige maatregelen kan nemen bestemd om de restrictieve mededingingspraktijken die het voorwerp van het onderzoek uitmaken te schorsen, indien het dringend is een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden door deze praktijken of die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang.

\* \* \* \* \*

## Beslissingen inzake vertrouwelijkheid

Gezien de beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging inzake de vertrouwelijke stukken van het dossier van 15 mei 2002, de aanvullende beslissing inzake de vertrouwelijke stukken van het dossier van 11 september 2002 en de aanvullende beslissing inzake de vertrouwelijke stukken van het dossier van 27 september 2002;

Gezien volledigheidshalve nog gepreciseerd wordt dat verzoekende partij, op verzoek van de Voorzitter, een niet-vertrouwelijke versie van de stukken 25-57 heeft neergelegd, die tevens aan alle partijen werden ter kennis gebracht,

Dat de stukken 25-57 van verzoekende partijen in hun oorspronkelijke versie immers zakengeheimen bevatten (de identificatiegegevens van de klanten van verzoekende partij) hetgeen overigens niet betwist werd door de betrokken ondernemingen, zodat de mededeling van deze stukken geweigerd werd en de stukken uit het dossier verwijderd werden ten aanzien van de betrokken ondernemingen;

Dat deze stukken als B dienen gekwalificeerd te worden (toegankelijk enkel voor de verzoekende partij, het Korps Verslaggevers, de Dienst voor de Mededinging en de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging).

Gezien tevens volledigheidshalve gepreciseerd wordt dat het stuk neergelegd door de N.V. Wavin Belgium samen met de aanvullende schriftelijke opmerkingen van de N.V. Wavin Belgium van 10 september 2002 als vertrouwelijk dient gekwalificeerd te worden ten aanzien van alle partijen behalve de auteur, de verzoekende partij, het Korps Verslaggevers, de Dienst voor de Mededinging en de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging;

Dat dit stuk immers een offerte van de N.V. Wavin Belgium aan de verzoekende partij betreft en derhalve zakengeheimen bevat, hetgeen overigens niet betwist werd door de overige betrokken ondernemingen, zodat de mededeling van deze stukken geweigerd werd en de stukken uit het dossier verwijderd werden ten aanzien van de overige betrokken ondernemingen;

Dat dit stuk als C dient gekwalificeerd te worden met dien verstande dat het toegankelijk is enkel voor de auteur (N.V. Wavin Belgium), de verzoekende partij en het korps Verslaggevers, de Dienst voor de Mededinging en de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging.

Gezien tenslotte volledigheidshalve gepreciseerd wordt dat N.V. Pipelife Belgium een niet-vertrouwelijke versie van haar memories van 11 september en 25 september 2002 heeft neergelegd, waarbij gesteld wordt dat de vertrouwelijke versie zakengeheimen bevat;

Dat dit evenmin betwist werd door de verzoekende partij en de overige betrokken ondernemingen zodat de vertrouwelijke versie van de memories van de N.V. Pipelife Belgium niet medegedeeld werd aan de verzoekende partij noch aan de overige betrokken ondernemingen en deze stukken uit het dossier werden verwijderd ten aanzien van de verzoekende partij en de overige betrokken ondernemingen.

## Nota buiten beraad

De zaakvoerster van de BVBA Gema Plastic s heeft op 30 september 2002, derhalve na de sluiting van debatten op 27 september 2002, nog een nota neergelegd. Stukken, nota's of conclusies die een partij neerlegt na het sluiten van de debatten, worden buiten het beraad gehouden (Cass., 1 juni 1977, R.W., 1977-78, 248). De nota die door de zaakvoerster van verzoekende partij op 30 september 2002 neergelegd werd, wordt derhalve buiten het beraad gehouden.

## I. De partijen, de feiten en de procedure

1 BVBA GEMA PLASTICS, met maatschappelijke zetel te 3580 Beringen, Paalsesteenweg 73, is een fabrikant van PVC toezichtputten. De BVBA Gema Plastics heeft tevens een groothandelsactiviteit in PVC Benor buizen, alsook in PVC Benor hulpstukken, PVC goten, druk PVC, drainageproducten en aanverwante bouwspecialiteiten.

Het cliënteel van de B.V.B.A. Gema Plastics bestaat uit aannemers in grondwerken, aannemers in wegebouw, dakwerkers, beregeningswerken, groot- en kleinhandel in sanitair en doe-het-zelfzaken.

2 De VZW FECHIPLAST, met maatschappelijke zetel te 1000 Brussel, Square Marie-Louise 49 is binnen Fedichem, de Federatie van de Chemische Industrie van België, een beroepssectie die als leden 147 kunststofverwerkende bedrijven in België en Luxemburg telt. Fechiplast is in deelsecties en werkgroepen ingedeeld, die binnen Fechiplast elk een eigen taak te vervullen hebben. Fechiplast heeft ook partnerships met andere actoren binnen de kunststofverwerkende sector aangegaan, voor onder meer opleidingen, het opzetten en het valoriseren van recyclageactiviteiten, enz... Daarnaast heeft Fechiplast de opdracht om decision makers (politici en ambtenaren), als ook de pers en andere actoren in de maatschappij te informeren over thema's, die haar leden aanbelangen. Tevens houdt zij haar leden up-to-date over de aanwezige trends en genomen initiatieven binnen de kunststofverwerkende sector. Fechiplast onderhoudt tenslotte ook externe en internationale betrekkingen, waarbij ze onder meer deelneemt aan werkgroepen en secties van de Europese overkoepelende organisatie EuPC, alsook van de sectorale Europese verenigingen. Via deze kanalen

worden belangrijke, Europese dossiers opgevolgd. Fechiplast wekt bovendien nauw samen met APME, Association of Plastics Manufacturers in Europe, om de Belgische overheden en leden van het Europese Parlement over het standpunt van de kunststofindustrie in Europese dossiers in te lichten. Fechiplast beantwoordt hierbij ook vragen om informatie, zowel van haar leden als van het onderwijs en van industriële en commerciële contacten in binnen- en buitenland.

Fechiplast telt de volgende leden: de vier ondernemingen die in deze mede het voorwerp van het onderzoek uitmaken, zijnde N.V. Dyka Plastics, N.V. Martens Plastics, N.V. Pipelife Belgium en N.V. Wavin Belgium en de volgende ondernemingen: N.V. Kabelfabriek EUPEN, N.V. MSC – divisie Storama (behoort tot de Wavin-groep), N.V. MSC – divisie Makubo (behoort tot de Wavin-groep) en Ravago – divisie Lentrex N.V.

3 De VZW BCCA, met maatschappelijke zetel te 1040 Brussel, Aarlenstraat 53, is leider inzake certificatie in de bouwsector en is voor de certificatie van kwaliteitssystemen geaccrediteerd. Daarnaast is het BCCA als certificeerder voor meerdere productfamilies door het Belgisch Instituut voor Normalisatie (hierna het 'BIN') aangewezen (zie hierover infra onder nr. 9). Op het vlak van certificatie neemt het BCCA tevens deel aan activiteiten van diverse nationale en internationale instanties.

Binnen de BCCA is er een adviesraad die samengesteld is uit alle relevante maatschappelijke groepen die in de betrokken sector belang hebben en dit conform de eisen van het Comité voor het merk Benor (zie hierover infra onder nr. 9). De Adviesraad van de BCCA heeft geen afzonderlijke rechtspersoonlijkheid. Bij de samenstelling van de adviesraad wordt er volgens de VZW BCCA over gewaakt dat zowel de overheid, de producenten als de gebruikers vertegenwoordigd zijn. De adviesraad wordt voorgezeten door een vertegenwoordiger van het BIN. Volgens de VZW BCCA bestaat de BCCA adviesraad in de sector van de kunststofbuizen uit de volgende leden:

<b>Aantal</b>	<b>Leden</b>	<b>Aantal vertegenwoordigers</b>
1.	BCCA	2
2.	BECETEL	1
3.	BIN	1
4.	C.R.R. / O.C.W.	1
5.	COPRO	1
6.	FAB	1
7.	KBVG	1
8.	SECO	2
9.	SWDE	1
10.	Wetenschappelijk en Technisch Centrum voor het Bouwbedrijf (WTCB)	1
11.	BELGAQUA	1
12.	Ministerie van Verkeer en Infrastructuur – DGV	2
13.	SOLVAY Polyolefins Europe-Belgium	1
14.	NVBB	1
15.	Regie der Gebouwen	1
16.	Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap - Administratie Wegen en Verkeer Afdeling Wegen WVC	1
17.	Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap Afdeling Betonstructuren	1
18.	Ministère Wallon de l'Équipement et des Transport - Division du Contrôle technique	1
19.	Ministère de la Région de Bruxelles – Capitale - Adm. de l'Equip. et de la Politique des Dépiac. Serv. A1	1
20.	Université de Liège – Institut du Génie Civil - Laboratoire des Matériaux de Construction	1
21.	Aquafin – Directie Engineering en Leidingen	1
22.	Vlaamse Maatschappij voor Watervoorziening	1



23.	Agoria Kunststoffen - Vereniging van kunststofverwerkers bij Agoria	1
24.	NV Pipelife Belgium	1
25.	NV Dyka Plastics	1
26.	NV Storama	1
27.	Fechiplast VZW	1
28.	SA Cablerie d'Eupen	1
29.	NV Intraco	1
30.	NV Akatherm Benelux	1
		<b>33</b>

Volgens BCCA bestaat de taak van de Adviesraad erin de Benor toepassingsreglementen op te stellen en voor te stellen ter goedkeuring aan het comité van het merk Benor van het BIN.

BCCA stelt bovendien dat er een strikt onderscheid dient gemaakt te worden tussen de instanties die belast zijn met de creatie van de toetsingscriteria (Adviesraad/ Comité van het merk) en de instantie die deze criteria in concreto moet toepassen (BCCA).

4 De N.V.DYKA PLASTICS, met maatschappelijke zetel te 3900 Overpelt, Nolimpark 4004, is een Belgische producent van kunststofleidingsystemen in PVC en PE met zustermaatschappijen in diverse Europese landen. Dyka Plastics is actief in de bouw (buitenriolering, binnenriolering, regenwaterafvoer, watertoevoer, electro), in het openbaar nut (gasleidingen, drinkwaterleidingen, telecomleidingen, leidingen voor gestuurde boringen), in de industrie (kunststofleidingen voor industrieel gebruik) en in het milieu (milieusaneringsprojecten).

5 De N.V. MARTENS PLASTICS met maatschappelijke zetel te 2400 Mol, Berkebossenlaan 10 verkoopt Benor buizen en hulpstukken aan de grotere bouwmaterialaandelhandel in België.

6 De N.V. PIPELIFE BELGIUM, met maatschappelijke zetel te 2920 Kalmthout, Brasschaatsteenweg 302 is een leverancier van kunststofleidingsystemen in België en Luxemburg en dit voor alle mogelijke toepassingen zoals gas, water, kabelbescherming, drainage, sanitair en rioolleidingen. Het grootste gedeelte van de productie van buizen voor de Belgische en Luxemburgse markt gebeurt in België. Hulpstukken en andere accessoires, die nodig zijn om een volledig leidingsysteem op de markt te brengen, worden zowel in België als in het buitenland aangekocht en dit zowel binnen als buiten de Pipelife Groep. De Pipelife Groep heeft in de meeste Europese landen activiteiten, alsook in China en Amerika. Er is eveneens een joint-venture (fifty-fifty) tussen de Solvay Groep en Wienerberger Groep

7 De N.V.WAVIN BELGIUM, met maatschappelijke zetel te 9880 Aalter, Leon Bekaertlaan 30 is actief in de productie van PVC buizen en in de verkoop van leidingssystemen aan de bouwstofhandel en doe-het-zelfzaken. De PVC hulpstukken worden zowel binnen als buiten de Wavin Groep aangekocht (ook Duitse niet-Benor hulpstukken met korte insteekdiepte zoals Gema). Naast de Belgische productieonderneming Wavin Belgium zijn er binnen de Wavin Groep in België nog twee handelsondernemingen actief, zijnde: MSC NV en de SA Crame-Crame. Deze twee handelsondernemingen zijn actief in de verkoop aan handel en nutsbedrijven en in de verkoop op de eindmarkt van producten, die betrekking hebben op kunststofafvoer- en drukleidingen als op allerhande toebehoren.

8 De verzoekende partij heeft op 5 april 2002 een (eerste) klacht tegen de hogervermelde organisaties en ondernemingen bij de Raad neergelegd wegens schending van artikel 2, § 1 W.B.E.M. Op dezelfde datum heeft de verzoekende partij een aanvraag tot voorlopige maatregelen aan de Voorzitter van de Raad gericht, waarbij de verzoekende partij voorhield dat de aangeklaagde praktijken haar een onmiddellijk en onherstelbaar nadeel zouden kunnen veroorzaken.

Volgens verzoekende partij liggen de volgende feiten aan de basis van de klacht en de aanvraag tot voorlopige maatregelen:

Op 28 september 2001 heeft BCCA beslist de Belgische normering van PVC hulpstukken NBN T 42-601 te veranderen, met name de insteekdiepten. In de aanvraag tot voorlopige maatregelen stelt de verzoekende partij dat BCCA hierover op 28 september 2001 een beslissing genomen heeft, doch de beslissing door de BCCA adviesraad werd door het BIN op 24 augustus 2001 gevalideerd en geregistreerd. Het nieuwe Benor toepassingsreglement heeft de Belgische normering van PVC hulpstukken NBN T 42-601 gewijzigd, met name werden de insteekdiepte als volgt gewijzigd:

- Voor diameter 110: een insteekdiepte van 40 mm;
- Voor diameter 125: een insteekdiepte van 43 mm;
- Voor diameter 160: een insteekdiepte van 50 mm.

Door deze beslissing wijken, volgens de verzoekende partij, de Belgische normen voor deze PVC hulpstukken af van de Europese norm NBN EN 1401-1, zijnde:

- Voor diameter 110: een insteekdiepte van 32 mm;
- Voor diameter 125: een insteekdiepte van 35 mm;
- Voor diameter 160: een insteekdiepte van 42 mm.

Het nieuwe toepassingsreglement zal, na een overgangperiode, vanaf 3 oktober 2002 van kracht zijn.

Het Korps Verslaggevers heeft na onderzoek dienen vast te stellen dat het niet om nieuwe Belgische normen gaat, die strijdig zouden zijn met de Europese normen. Het betreft daarentegen wel het nieuwe Benor toepassingsreglement TR 1401.

Volgens verzoekende partij druist deze beslissing tegen de Europese reglementering in, die in andere Europese landen van kracht zou blijven.

Volgens verzoekende partij is deze wijziging in de Belgische normering er onder druk van de VZW Fechiplast gekomen met de bedoeling de concurrentie op de Belgische markt uit te schakelen. Tijdens het onderzoek verklaarde de VZW BCCA dat de vertegenwoordigers van VZW Fechiplast de probleemstelling van de verschillende insteekdieptes tussen de twee toepassingen (sanitair en riool) op de adviesraad te berde hebben gebracht. Dit voorstel werd volgens de VZW BCCA vervolgens in de Technische Werkgroep behandeld, waarna het aan de adviesraad werd voorgesteld die het heeft aanvaard. Alle partijen hadden hierover volgens de VZW BCCA snel een consensus bereikt.

Deze wijziging zou volgens de verzoekende partij aan vier (Nederlandse) fabrikanten van PVC hulpstukken ten goede komen, waardoor er op een kunstmatige wijze een monopolistische situatie zou worden gecreëerd. Deze wijziging zou een onmiddellijke weerslag hebben op verzoekende partij, gezien verzoekende partij geen PVC hulpstukken uit andere landen meer kan importeren en derhalve haar activiteiten op dat vlak dient te staken. Buitenlandse ondernemingen zouden nog alleen maar PVC hulpstukken produceren volgens de Europese normering. Buitenlandse producenten zouden dan ook hun PVC hulpstukken niet meer in België aan de man kunnen brengen.

Ten gevolge van deze hele wijziging van normering zou een zeer aanzienlijk deel van de activiteiten van verzoekende partij nadelige effecten kunnen ondervinden en dit op een onmiddellijke, ernstige en onherstelbare wijze, namelijk marktverlies en klantenverlies en het staken van de importactiviteiten.

Verzoekende partij besluit dan ook dat de wijziging van normering door BCCA en dit zonder enige, objectieve reden, een inbreuk is op artikel 2, § 1 W.B.E.M.

9 Het merk Benor is een collectief merk, dat in het kader van de Beneluxmerkenwet werd gedeponeerd. Het Belgisch Instituut voor Normalisatie is eigenaar van het merk Benor.

Het merk Benor is een vrijwillig en niet dwingend kwaliteitskeurmerk, waarbij een product het Benormerk kan voeren, wanneer het product conform is met de relevante normen en met specificaties is aangevuld, die de relevante normen niet mogen veranderen maar die omwille van de

noodwendigheden gerechtvaardigd zijn. Die aanvullende specificaties worden door de adviesraden uitgewerkt en door het BIN aanvaard. De fabrikant van het product doet hiervoor een aanvraag bij de VZW BCCA.

Binnen het BIN werd een orgaan opgericht, het Comité van het Merk Benor, dat voor het bepalen van het algemeen beleid bevoegd is en o.m. voor het aanstellen van certificatie-instellingen, welke bevoegd zijn voor het toekennen van het merk Benor.

Voor het merk Benor is de VZW BCCA door het Comité van het Merk Benor als certificatie-instelling aangeduid. Volgens het BIN is de aanduiding gebeurd op basis van de nodige waarborgen inzake onafhankelijkheid, onpartijdigheid, integriteit, betrouwbaarheid en technische deskundigheid.

Binnen het BCCA zijn er drie organen die voor het merk Benor actief zijn. Vooreerst is er de BCCA adviesraad voor de sector van de thermoplastische kunststofbuizen wiens opdracht erin bestaat de technische en procedurele reglementen goed te keuren (zoals TR 1401) en toezicht op de certificatie te houden. De voorbereidende teksten worden door een technische werkgroep gemaakt en aan de adviesraad gerapporteerd. Vervolgens is er het BCCA certificatiecomité, dat adviezen verstrekt met betrekking tot de certificatie, de toekenning, de voorwaardelijke toekenning, de weigering of intrekking van het certificaat om technische redenen en tenslotte bestaat er de BCCA directie, die de beslissing tot de toekenning van de certificaten neemt op basis van de door de certificatiecomités uitgebrachte adviezen.

De adviezen van de BCCA adviesraad voor onder meer een nieuw toepassingsreglement worden door het BIN gevalideerd en geregistreerd.

10 Het nieuwe Benor toepassingsreglement TR 1401, dat het gebruik en de controle van het Benor merk in de sector van de kunststofbuizen regelt, vormt bijgevolg het voorwerp van de aanvraag tot voorlopige maatregelen.

Het nieuwe Benor toepassingsreglement TR 1401 regelt in het bijzonder de kunststofleidingssystemen van ongeplastificeerd poly vinyl chloride (PVC-U) voor drukloze ondergrondse afvoer van afvalwater (kortweg: rioolleidingen). Dit toepassingsreglement heeft zowel betrekking op buizen als op hulpstukken. De verzoekende partij richt zowel de aanvraag tot voorlopige maatregelen als de klacht op de hulpstukken (met diameters 110, 125 en 160 mm) en niet op de buizen.

Dit nieuwe Benor toepassingsreglement TR 1401 is op de Europese norm EN 1401-1 en de Belgische norm NBN EN 1401-1 gebaseerd. De Europese norm EN 1401-1 is sinds 1998 van kracht en werd zonder wijzigingen in de Belgische norm NBN EN 1401-1 omgezet. Die norm NBN EN 1401-1 heeft de oude normen NBN T42-108 (norm voor rioleringsbuizen in PVC) en NBN T42-601 (norm voor hulpstukken sanitair en riool in PVC) reeds in 1999 vervangen. Voor dit nieuwe Benor toepassingsreglement TR 1401 was er een BCCA reglement, dat het toekennen van het merk Benor op basis van de oude normen NBN T42-108 en NBN T42-601 regelde.

Het nieuwe Benor toepassingsreglement TR 1401 vormt een aanvulling op de norm NBN EN 1404-1, die in het bijzonder betrekking heeft op de insteekdieptes voor de ongeplastificeerde PVC hulpstukken voor rioolleidingen. Deze aanvulling kan schematisch als volgt voorgesteld worden:

	NBN EN 1401-1	TR 1401
Voor diameter 110 mm	Insteekdiepte 32 mm	Insteekdiepte 40 mm
Voor diameter 125 mm	Insteekdiepte 35 mm	Insteekdiepte 43 mm
Voor diameter 160 mm	Insteekdiepte 42 mm	Insteekdiepte 50 mm

De langere insteekdieptes van het nieuwe Benor toepassingsreglement TR 1401 zijn van het type medium, die in het Benor toepassingsreglement TR 1329 zijn voorzien. Dit Benor toepassingsreglement werd tevens op 24 augustus 2001 door het BIN goedgekeurd en is van toepassing op buizen en hulpstukken in ongeplastificeerd PVC voor huishoudelijke afvoerleidingen.

Het nieuwe Benor toepassingsreglement TR 1401 voert bijgevolg geen nieuwe Belgische norm in (die in NBN EN 1401-1 is vastgelegd), maar legt aanvullende eisen op om het collectief merk Benor te kunnen dragen.

11 De verzoekende partij heeft op 26 juli 2002 een (tweede) klacht neergelegd tegen de VZW BIN, eveneens wegens schending van artikel 2 § 1 van de W.B.E.M.

Op dezelfde datum richt verzoekende partij tevens een verzoek tot voorlopige maatregelen tot de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging. Verzoekende partij vraagt aan de Voorzitter van de Raad om de onmiddellijke schorsing van de beslissing van de VZW BIN dd.24 augustus 2001 en van de beslissing van de VZW BCCA dd.28 september 2001 te bevelen.

12 Het Belgisch Instituut voor Normalisatie (BIN) is een VZW onder de voogdij van het Ministerie van Economische Zaken en is erkend als een instelling van openbaar nut. De belangrijkste taak van het BIN is het uitwerken van normen. Het doel hiervan is het scheppen van een optimaal maatschappelijk economisch kader, waarbinnen handelsbelemmeringen zijn weggewerkt, producten diensten en processen zijn geoptimaliseerd en de veiligheid van mens en milieu zijn gewaarborgd.

13 In haar memorie neergelegd op 2 augustus 2002 breidt verzoekende partij haar verzoek tot voorlopige maatregelen uit waarbij zij niet alleen de door haar gevorderde voorlopige maatregelen nader specificeert, doch tevens nieuwe restrictieve mededingingspraktijken (o.m. inzake de toegepaste prijzen) aanvoert.

14 Verzoekende partij brengt een "attest van overeenkomstigheid" bij van de VZW Copro. Dit attest van overeenkomstigheid draagt als nr. 22125-00 en dateert van 25 februari 2000. Het attest heeft betrekking op hulpstukken in PVC die nagezien werden inzake de NBN T 42-601. Er wordt vermeld dat het attest 499 stuks betreft, dat de producent Gema is en onder merktekens wordt Redi vermeld. Het attest geeft aan dat de bochten voldoen aan de norm NBN T42-601. Tenslotte vermeldt het attest dat het document niet van toepassing is voor een specifieke bouwplaats.

Verzoekende partij was oorspronkelijk van mening dat de in dit attest vermelde PVC-hulpstukken als Benor goedgekeurd dienden beschouwd te worden en als zodanig onder dat collectief merk mochten verkocht worden. Uit het bijkomend onderzoek van het Korps Verslaggevers (o.m. een verzoek om inlichtingen dd. 8 juli 2002 aan de VZW Copro) blijkt verzoekende partij aan de hand van dit attest enkel kan aantonen dat de 499 erop vermelde PVC-hulpstukken, partijgoedgekeurd zijn en overeenkomstig met de vermelde norm zijn. Het bovenvermelde attest is blijkens het onderzoek tevens slechts een "moederattest", wat betekent dat voor levering naar een specifieke bouwplaats de leverancier (in deze de verzoekende partij) aan de VZW Copro een "deelattest" moet vragen. Dit deelattest vermeldt de geleverde hoeveelheid, de bouwplaats, de bouwheer en de aannemer. Uit het onderzoek van het Korps blijkt voorts dat verzoekende partij nooit deelattesten heeft aangevraagd. Volgens de partijkeuringsprocedures die de VZW Copro in acht moet nemen, worden geen deelattesten meer afgeleverd één jaar na het uitgeven van het moederattest.

Uit het onderzoek blijkt tevens dat de VZW Copro geen Benor-certificaten voor PVC-hulpstukken kan afleveren, omdat zij hiervoor niet gemandateerd is door het Comité voor het merk Benor van de VZW BIN. Verzoekende partij dient zich hiervoor tot de BCCA te richten, die hiervoor wel gemandateerd is door het Comité voor het merk Benor.

15 Uit het onderzoek van het Korps Verslaggevers blijkt bovendien dat de Italiaanse fabrikant Redi nooit Benor PVC-hulpstukken aan verzoekende partij heeft kunnen leveren, vermits de fabrikant Redi

op geen enkel ogenblik een Benor-certificatie bij de BCCA aangevraagd heeft voor de bewuste PVC hulpstukken.

16 Bij beslissing nr.2002 – V/M-69 van 13 september 2002 van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging werden de zaken gekend onder nr. MEDE-V/M-02/0022 en MEDE-V/M-02/0048 samengevoegd.

## II. De aanvraag tot voorlopige maatregelen

1. De verzoekende partij vraagt in haar oorspronkelijk verzoek tot voorlopige maatregelen dd. 5 april 2002 om de toepassing van artikel 35 WBEM en van de artikels 17 e.v. van het KB van 15 maart 1993 betreffende de procedures inzake de bescherming van de economische mededinging.

Volgens de verzoekende partij is de restrictieve mededingingspraktijk te vinden in de wijziging van de insteekdiepten van de PVC hulpstukken door het BCCA (in het bijzonder ongeplastificeerde PVC hulpstukken voor rioolleidingen met diameters 110, 125 en 160 mm), waarvan die insteekdiepten door de norm NBN T 42-601 werden geregeld. Deze norm NBN T 42-601 dateerde van 1976 en stemde met de Europese norm overeen. Door de beslissing van 28 september 2002 van het BCCA is er afgeweken van deze Europese norm voor wat betreft de insteekdiepten.

De verzoekende partij vraagt aan de Voorzitter van de Raad om de beschreven restrictieve mededingingspraktijk te schorsen, gezien deze praktijk een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel voor de verzoekende partij zou vormen. Het nadeel zou ernstig zijn, aangezien een zeer aanzienlijk onderdeel van de activiteit van de verzoekende partij door die wijziging in normering van PVC hulpstukken wordt getroffen. Het nadeel zou onmiddellijk voelbaar zijn, aangezien de verzoekende partij thans geen PVC hulpstukken meer uit het buitenland kan importeren en derhalve haar activiteiten op dat vlak dient te staken. Het nadeel zou tenslotte onherstelbaar zijn voor de verzoekende partij in de vorm van marktverlies en klantenverlies.

Om die reden verzoekt de verzoekende partij de Voorzitter van de Raad om in het kader van de mogelijkheid tot het nemen van voorlopige maatregelen de hierboven beschreven restrictieve mededingingspraktijk te schorsen op basis van artikel 35 W.B.E.M.

2. Op 26 juli 2002 legt de verzoekende partij een (tweede) verzoek tot voorlopige maatregelen neer, gericht tegen de VZW BIN, waarbij de verzoekende partij aan de Voorzitter van de Raad vraagt om de onmiddellijke schorsing van de beslissing van het BIN dd.24 augustus 2002 en van de beslissing van de BCCA dd.28 september 2001 te bevelen, met verbod van de volgende restrictieve mededingingspraktijken uitgaande van Dyka, Pipelife en Wavin:

- identieke prijsverhogingen van 6% op alle producten, uitgezonderd één product waarvoor de prijsstijging 10% bedraagt;
- het toekennen aan verzoekende partij van kortingen op de brutoprijs overeenkomstig de kortingen, die aan kleine aankopers zoals installateurs worden toegestaan, in plaats van het toestaan van de gebruikelijke kortingen aan de verzoekende partij voor groothandelaars en distributeurs.

Verzoekende partij is hierbij van oordeel dat deze praktijken een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel voor haar vormen.

Verzoekende partij vraagt dan ook dat de hierboven beschreven beslissingen van het BIN en de BCCA zouden geschorst worden en de restrictieve mededingingspraktijken zouden verboden worden op basis van artikel 35 van de W.B.E.M.

3. Op 2 augustus 2002 legt verzoekende partij een memorie neer aangaande het oorspronkelijk verzoek tot voorlopige maatregelen, gekend onder MEDE-V/M-02/0022, waarin zij haar (oorspronkelijk) verzoek tot voorlopige maatregelen uitbreidt en waarin zij vordert dat de Voorzitter de volgende maatregelen zou bevelen:

1. Vast te stellen dat de besluiten die binnen Fechiplast en BCCA in augustus-september 2001 m.b.t. PVC hulpstukken werden genomen en door het BIN werden goedgekeurd geen uitwerking kunnen hebben tot op het moment waarop de Raad voor de Mededinging een uitspraak ten gronde zal hebben gedaan over de klacht van de verzoekende partij;
2. Dyka, Martens, Pipelife en Wavin te bevelen zich tot op het onder 1 bedoelde moment te onthouden van elke handeling die ertoe strekt ondernemingen van de markt uit te sluiten, op basis van de onder 1 bedoelde Belgische normering;
3. De ondernemingen Dyka, Pipelife en Wavin België te verbieden a) tot op het onder 1 bedoelde moment, bij de levering van de onder 1 bedoelde hulpstukken aan de verzoekende partij discriminerende voorwaarden, onder meer inzake prijzen, toe te passen en b) deze ondernemingen te verplichten aan de verzoekende partij groothandelsvoorwaarden toe te kennen;
4. Voor recht te verklaren dat de verzoekende partij ook na 3 oktober 2002 en tot op het onder 1 bedoelde moment het recht heeft op de Belgische markt bedoelde hulpstukken aan te bieden, voor zover zij beantwoorden aan de Europese norm NBN EN 1401-1;
5. Tot op het onder 1 bedoelde moment, het BIN, subsidiair BCCA, of de beklagde ondernemingen, te verplichten op ruime schaal een aankondiging te verspreiden waarin aan alle marktdeelnemers wordt aangekondigd dat de Voorzitter voor de Raad voor de Mededinging, bij wijze van voorlopige maatregel, heeft beslist dat het nieuwe Benor- toepassingsreglement TR 1401, dat op 24 augustus 2001 door het BIN werd gevalideerd en in september 2001 werd meegedeeld, zich geenszins verzet tegen het gebruik op de Belgische markt van hulpstukken die beantwoorden aan de Europese norm BN EN 1401-1, met andere woorden:
  - voor diameter 110 : een insteekdiepte van 32 mm.;
  - voor diameter 125 : een insteekdiepte van 35 mm;
  - voor diameter 160 : een insteekdiepte van 42 mm;

Het BIN, BCCA , Fechiplast, Dyka, Pipelife, Wavin en Martens te veroordelen tot een dwangsom van 4.000 euro per dag dat zij één van de hierboven genoemde verplichtingen niet zouden nakomen.

### III. Het standpunt van het korps verslaggever

1. Het Korps Verslaggevers is in zijn gemotiveerd verslag in de zaak MEDE V/M- 02/0022 de mening toegedaan dat niet is voldaan aan de voorwaarde van ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel (voorwaarde 3) in de zin van artikel 35 van de W.B.E.M.

Gezien aan voorwaarde 1 (het bestaan van een klacht ten gronde en daaraan verbonden het bestaan van een rechtstreeks en dadelijk belang voor de klager) en aan voorwaarde 2 (het bestaan van een prima facie inbreuk op de mededingingsregels) is voldaan concludeert het Korps Verslaggevers dat het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen ingeleid door de verzoekende partij ontvankelijk is.

Het Korps Verslaggevers is echter de mening toegedaan dat in het kader van art. 35 WBEM niet is voldaan aan de voorwaarde van ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel, (voorwaarde 3), waardoor het verzoek van verzoekende partij tot het nemen van voorlopige maatregelen ongegrond kan worden verklaard.

In zijn voorstel tot beslissing stelt het Korps Verslaggevers de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging voor de voorliggende aanvraag van verzoekende partij tot het nemen van voorlopige maatregelen als ontvankelijk doch ongegrond te verklaren.

Het Korps Verslaggevers preciseert in zijn gemotiveerd verslag tevens dat verzoekende partij enkel benor-hulpstukken van ongeplastificeerd pvc voor rioolleidingen verdeelt van de buitenlandse fabrikant Redi. Verzoekende partij verdeelt echter ook nog hulpstukken van ongeplastificeerd pvc

voor rioolleidingen van de buitenlandse fabrikant Funke, doch deze zijn niet benor gekeurd. (Antwoord van de Raadsman van Gema Plastics BVBA dd. 29 april 2002 op het verzoek om inlichtingen van de Dienst). Het Korps Verslaggevers is dan ook van oordeel dat de klacht en het verzoek van verzoekende partij tot het nemen van voorlopige maatregelen enkel slaat op de benorhulpstukken (diameter 110, 125 en 160) van ongeplastificeerd pvc voor rioolleidingen van de buitenlandse, Italiaanse fabrikant Redi.

2. In zijn memorie dd.14 augustus 2002 in de zaak MEDE V/M 02/0022 handhaaft het Korps Verslaggevers zijn standpunt en oordeelt het Korps dat de aanvraag tot voorlopige maatregelen ontvankelijk doch ongegrond is. Het Korps bevestigt zijn standpunt dat aan de eerste twee toepassingsvoorwaarden wordt voldaan maar niet aan de derde toepassingsvoorwaarde omwille van het gemis van een vermoeden van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel, dat in verband staat met de aangeklaagde praktijk en dat dringend moet worden vermeden.

Aangaande de uitbreiding van het oorspronkelijk verzoek in de memorie van 2 augustus 2002 van de verzoekende partij, stelt het Korps dat aan de bijkomende, gevraagde maatregelen geen gevolg kan worden gehecht, gezien het oorspronkelijk verzoek enkel betrekking had op de schorsing van het nieuwe Benor toepassingsreglement TR 1401 tot aan de uitspraak ten gronde van de Raad over de klacht ten gronde. Gezien de Dienst voor de Mededinging geen onderzoek heeft gevoerd omtrent deze nieuwe, uitgebreide verzoeken tot voorlopige maatregelen, om dit al dan niet prima facie te kunnen staven, heeft het Korps niet de mogelijkheid gehad hierover een standpunt in te nemen.

Het Korps Verslaggevers herhaalt zijn voorstel tot beslissing aan de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging en meent dat de voorliggende aanvraag van de klager, met name Gema, tot het nemen van voorlopige maatregelen als ontvankelijk doch ongegrond dient verklaard te worden.

3. In het gemotiveerd verslag aangaande de zaak MEDE-V/M-02/0048 is het Korps Verslaggevers eveneens de mening toegedaan dat de aanvraag tot voorlopige maatregelen, gericht tegen de VZW BIN, ontvankelijk doch ongegrond is. Het Korps meent eveneens dat aan de eerste twee toepassingsvoorwaarden wordt voldaan maar niet aan de derde toepassingsvoorwaarde omwille van het gemis van een vermoeden van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat in verband staat met de aangeklaagde praktijk en dat dringend moet worden vermeden. Het Korps oordeelt derhalve dat aan de derde cumulatieve toepassingsvoorwaarde in het kader van artikel 35 van de W.B.E.M. niet voldaan is.

In zijn voorstel tot beslissing stelt het Korps Verslaggevers evenzeer de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging voor de voorliggende aanvraag van de verzoekende partij, met name Gema, tot het nemen van voorlopige maatregelen als ontvankelijk doch ongegrond te verklaren.

#### IV. Over de bevoegdheid van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging

De NV Pipelife Belgium verzoekt de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging zich onbevoegd te verklaren om de door de verzoekende partij gevraagde maatregelen te verlenen. De NV Pipelife is hierbij van oordeel dat de verzoekende partij als voorlopige maatregel vraagt om een recht te krijgen dat hij nooit heeft gehad. Onder verwijzing naar een uitspraak van de Voorzitter van het Gerecht van Eerste Aanleg van de E.G. (Beschikking van de Voorzitter van het Gerecht van Eerste Aanleg van 10 augustus 2001, zaak T184/01 R, IMS Health t. Commissie, waar de Voorzitter van het Gerecht prima facie zou geoordeeld hebben dat in zulke gevallen de gevraagde maatregelen buiten de bevoegdheden van een mededingingsautoriteit vallen) besluit deze partij dan ook dat de Voorzitter van Raad voor de Mededinging zich niet bevoegd dient te verklaren.

Wij zijn echter van oordeel dat het door de NV Pipelife Belgium ingeroepen argument, te weten het feit dat de verzoekende partij via een procedure voorlopige maatregelen tracht een recht te krijgen dat hij nooit heeft gehad, de ontvankelijkheid (in het kader van het onderzoek van het rechtstreeks en

dadelijk belang) en /of de gegrondheid (in het kader van het onderzoek naar een prima facie inbreuk) betreft.

Wij zien derhalve geen reden om Ons onbevoegd te verklaren, zodat de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging bevoegd is.

## V. Over de ontvankelijkheid en de gegrondheid van het verzoek tot voorlopige maatregelen

Teneinde voorlopige maatregelen in de zin van artikel 35 van de W.B.E.M. te kunnen toekennen, dienen drie cumulatieve toepassingsvoorwaarden vervuld te zijn:

- Het bestaan van een klacht ten gronde en daaraan verbonden het bestaan van een rechtstreeks en dadelijk belang van de klager.
- Het bestaan van een prima facie inbreuk op de W.B.E.M.
- Het vermoeden van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat in verband staat met de aangeklaagde praktijk en dat dringend moet vermeden worden (zie o.m. Brussel, 18 december 1996, N.V. Honda Belgium e.a. /Belgische Staat, B.S., 8 januari 1997, 381; Jaarboek Handelspraktijken § Mededinging, 1996, 836).

Er dient thans onderzocht te worden of deze voorwaarden vervuld zijn.

1. Het bestaan van een klacht ten gronde en daaraan verbonden het bestaan van een rechtstreeks en dadelijk belang van de klager.

In casu dient vastgesteld te worden dat aan de voorwaarde van het bestaan van een klacht ten gronde voldaan is.

Verzoekende partij heeft immers op 5 april 2002 een (eerste) klacht ten gronde neergelegd tegen Fechiplast, BCCA, Dyka Plastics, Martens Plastics, Pipelife Belgium en Waving Belgium.

Voorts heeft de verzoekende partij een (tweede) klacht ten gronde neergelegd tegen de VZW BIN op 26 juli 2002.

Beide klachten vermelden dat er een inbreuk op artikel 2 §1 van de W.B.E.M. zou zijn.

De voorlopige maatregelen die op 5 april 2002 en 26 juli 2002 werden neergelegd, zijn gebaseerd op de respectieve klachten, zodat besloten dient te worden dat er wel degelijk een klacht ten gronde is en dat aan deze voorwaarde voldaan is.

2. Het bestaan van een rechtstreeks en dadelijk belang van de klager.

2.1. Overeenkomstig artikel 23 §1 c) van de W.B.E.M. moet de klager aantonen dat hij een rechtstreeks en dadelijk belang heeft bij het indienen van de klacht.

Het Hof van Beroep te Brussel heeft, gesteund op de voorbereidende werken van de W.B.E.M. (Gedr.St., Senaat, Verslag, Commissie, 1289-2 (1990-91) p.55) vastgesteld dat het belang dat vereist wordt van een klager op hetzelfde niveau moet gesteld worden als het belang dat vereist is bij een vordering in rechte overeenkomstig artikel 18 Ger.W. (Brussel, 11 september 1996, R.T.B.F. e.a.t. Belgische Staat e.a. B.S., 20 september 1996, p.24607). Het Hof voegde hier bovendien aan toe dat, voor de precieze inhoud van artikel 18 van het Ger. W., teruggesproken moet worden naar het Verslag van Reepinghen van 1964 en dus naar de voorbereidende werken van het Gerechtelijk Wetboek zelf. Op grond van deze voorbereidende werken besloot het Hof van Beroep dat de klager, wil hij zijn klacht ontvankelijk horen verklaren, moet aantonen dat hij een reeds verkregen en dadelijk belang heeft. Dit bestaat uit ieder materieel en moreel voordeel – effectief en niet theoretisch – dat de eiser uit zijn vordering kan halen en die hij formuleert op het ogenblik van het instellen van de vordering



(Verslag van Reepinghen, 1964, p. 39, geciteerd door het Hof van Beroep). Tenslotte bepaalde het Hof van Beroep dat het belang persoonlijk moet zijn in hoofde van de klager waardoor de klager juridisch niet beschermd is wanneer het belang hem slechts indirect treft (Verslag van Reepinghen, 1964 p.39 en geciteerd door het Hof van Beroep). Het Hof van Beroep besluit dat het rechtstreeks verkregen en dadelijk belang, welke is vereist opdat een klacht ontvankelijk zou zijn op grond van artikel 23 §1 van de W.B.E.M., niet enkel reëel maar ook persoonlijk moet zijn in hoofde van de klager.

Deze rechtspraak werd voorts bevestigd door de Raad voor de Mededinging (zie o.m. Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 1 april 1999, zaak 99 – VMP-04, François Detimmerman t. Association Pharmaceutique de Tournai et Conseil Provincial du Hainaut de l'Ordre des Pharmaciens, niet gepubliceerd in het B.S. ; beslissing van de Raad voor de Mededinging nr. 2002 – P/K –36 van 22 mei 2002, Ludwig Van Der Auwera t. Ziekenfondsen, Artsensyndicaten en de Belgische Staat, nog niet gepubliceerd in het B.S.). Wij sluiten Ons bij deze rechtspraak aan.

2.2. Wij dienen thans in concreto te onderzoeken of de verzoekende partij wel over een rechtstreeks en dadelijk belang beschikt.

Het Korps Verslaggevers is, zowel in het verslag neergelegd in de zaak MEDE V/M 02/0022 als in het verslag neergelegd in de zaak MEDE V/M 02/0048, van oordeel dat de klager een rechtstreeks belang heeft bij de klacht en dat, aangezien het aangeklaagde toepassingsreglement vanaf 3 oktober 2002 van kracht zal zijn voor eenieder die Benor overeenkomstige ongeplastificeerde PVC-hulpstukken voor rioolleidingen op de markt wil brengen, de klager tevens een dadelijk belang heeft bij de klacht. Het Korps besluit dan ook dat de verzoekende partij aan de eerste cumulatieve toepassingsvoorwaarde in de zin van artikel 35 van de W.B.E.M. voldaan heeft.

Het Korps Verslaggevers heeft weliswaar ernstige bedenkingen bij het feit dat het door de verzoekende partij bijgebrachte attest van overeenkomstigheid dd.25 februari 2000 met nr. 22125-00, in tegenstelling tot wat de klagende partij voorhield, niet aantoonde dat de verzoekende partij Benor – hulpstukken heeft laten goedkeuren.

Het Korps Verslaggevers besluit hier echter uit dat het bestaan van het vermoeden van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel voor de klager niet bewezen wordt, nu enerzijds de verzoekende partij nooit Benor PVC-hulpstukken, afkomstig van Redi op de markt heeft kunnen brengen, daar Redi nooit een Benor-certificatie bij de BCCA voor die PVC-hulpstukken in kwestie heeft aangevraagd en uit het onderzoek bij de VZW Copro blijkt dat de verzoekende partij het kwaliteitskeurmerk Benor niet mocht en mag hanteren voor het op de markt brengen van ongeplastificeerde PVC-hulpstukken voor rioolleidingen met diameters 110, 125 en 160mm.

In tegenstelling tot het standpunt van het Korps Verslaggevers, zijn Wij van oordeel dat deze feitelijke gegevens tot gevolg hebben dat er geen rechtstreeks belang is in hoofde van de verzoekende partij.

Terwijl het Korps Verslaggevers er van uit ging dat verzoekende partij in België oorspronkelijk hulpstukken van ongeplastificeerd pvc voor rioolleidingen (diameter 110, 125, 160) van de buitenlandse fabrikant Redi mocht verdelen onder het Benormerk, terwijl dit volgens het nieuwe Benor toepassingsreglement TR 1401 niet meer het geval zou zijn, dienen Wij vast te stellen dat uit het aanvullend onderzoek van het Korps is gebleken dat verzoekende partij in feite nooit hulpstukken onder het Benormerk mocht verdelen.

Wij verwijzen hierbij in het bijzonder naar de feiten uiteengezet onder I, nrs. 14 en 15, waaruit blijkt dat het zogenaamde "attest van overeenkomstigheid" dd. 25 februari 2000 niet voor gevolg heeft dat de bewuste PVC hulpstukken over een Benor-certificatie beschikken en dat de firma Redi evenmin op enig ogenblik een benor-certificatie aangevraagd heeft. Wij stellen wel vast dat de te volgen procedures om een Benor-certificatie te verkrijgen (op zijn minst gezegd) niet transparant zijn. Hetzelfde geldt overigens inzake de precieze besluitvorming inzake het nieuwe toepassingsreglement TR 1401.

Wij zijn niettemin van oordeel dat verzoekende partij hic et nunc niet aantoonbaar een materieel en/of moreel voordeel uit zijn verzoek te kunnen halen, nu ook voor 3 oktober 2002 verzoekende partij niet gerechtigd was hulpstukken onder het Benor-merk te verdelen. Het in extremis door verzoekende partij bijgebrachte stuk (brief dd. 12 september 2002 van de Duitse fabricant Funke), dat volstrekt onduidelijk is, is evenmin van aard een rechtstreeks belang in hoofde van verzoekende partij aan te tonen.

Verzoekende partij toont hic et nunc evenmin aan om een persoonlijk belang te hebben bij zijn verzoek. De louter hypothetische veronderstelling dat verzoekende partij mogelijkerwijze ooit hulpstukken zou wensen te laten Benor-goedkeuren, volstaat niet om hem hic et nunc een rechtstreeks belang te verlenen. Het belang van verzoeker dient immers effectief en niet theoretisch te zijn en vermag niet enkel een indirect belang te zijn.

Wij zijn bovendien van oordeel dat het belang in het kader van een procedure voorlopige maatregelen op grond van artikel 35 van de W.B.E.M. strikt dient geïnterpreteerd te worden gezien een verzoek tot voorlopige maatregelen, bestemd is om restrictieve mededingingspraktijken te schorsen, na (slechts) een prima facie onderzoek van de praktijken.

Nu verzoekende partij niet over een rechtstreeks belang beschikt, dienen Wij niet verder te onderzoeken of hij over een dadelijk belang beschikt.

Besluitend zijn Wij derhalve van oordeel dat verzoekende partij niet over een rechtstreeks en dadelijk belang in de zin van artikel 35 W.B.E.M. beschikt zodat het verzoek tot voorlopige maatregelen onontvankelijk dient verklaard te worden.

2 & 3. Het bestaan van een prima facie inbreuk op de W.B.E.M. en het vermoeden van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat in verband staat met de aangeklaagde praktijk en dat dringend moet vermeden worden.

Gezien drie cumulatieve voorwaarden vervuld dienen te zijn teneinde voorlopige maatregelen in de zin van artikel 35 van de W.B.E.M. te kunnen toekennen, en de eerste voorwaarde niet vervuld is, dienen Wij de tweede en derde voorwaarde niet verder te onderzoeken.

Niettegenstaande de afwezigheid van een rechtstreeks en dadelijk belang in hoofde van de verzoekende partij teneinde voorlopige maatregelen te kunnen aanvragen, lijkt het Ons aangewezen dat het Korps Verslaggevers de procedure ten gronde zou activeren, nu het Korps Verslaggevers van oordeel is dat er sprake is van een prima facie inbreuk op artikel 2 §1 van de W.B.E.M.

**Om deze redenen**

**Wij, Béatrice Ponet, Voorzitter van de Raad voor de Mededinging**

De beslissing van 13 maart 2002 verder uitwerkend,

Houden de nota van de zaakvoerster van verzoekende partij, neergelegd op 30 september 2002, buiten het beraad,

Verklaren het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen in de zaken MEDE V/M 02/0022 en MEDE V/M 02/0048 onontvankelijk gezien de voorwaarde van het bestaan van een rechtstreeks en dadelijk belang in de zin van artikel 35 van de W.B.E.M. in hoofde van de verzoekende partij niet aanwezig is.

Aldus beslist op vrijdag 4 oktober 2002 door Béatrice Ponet, Voorzitter van de Raad voor de Mededinging.

## **Décision n°2002-C/C-73 du 9 octobre 2002**

Affaire CONC-C/C- 02/0055: SMAP Droit commun / Naviga SA

Vu la notification de concentration déposée le 29 août 2002.

Vu le rapport du rapporteur du 23 septembre 2002 ainsi que le dossier d'instruction.

Entendu à l'audience du 9 octobre 2002 : Maître K. Veranneman et Maître M. Denruyter, représentants communs des parties notifiantes, ainsi que Monsieur B. Verwilghen, représentant Naviga SA.

Après en avoir délibéré, le Conseil de la concurrence prononce la décision suivante :

### **1. Parties en cause**

#### **1.1. Acquéreur**

La Société mutuelle des administrations publiques, caisse commune pour l'assurance contre les accidents "droit commun" et la responsabilité civile (ci-après SMAP Droit commun), dont le siège social est établi à 4000 Liège, rue des Croisiers 24, est une association d'assurances mutuelles de droit belge faisant partie du Groupe SMAP.

Le Groupe SMAP est un consortium de quatre caisses d'assurances distinctes:

(1) la SMAP Droit commun s'occupe des risques suivants: accidents, maladie, marchandises transportées, autres dommages aux biens, responsabilité civile des véhicules automobiles, responsabilités civiles des bateaux, responsabilité civile générale, protection juridique;

(2) la Société mutuelle des administrations publiques, caisse commune d'assurance contre les accidents du travail, pour l'assurance contre les accidents du travail;

(3) la Société mutuelle des administrations publiques pour l'assurance contre l'incendie, la foudre et les explosions pour pratiquer l'assurance contre incendie, éléments naturels, autres dommages aux biens, responsabilité civile générale et pertes pécuniaires diverses;

(4) la Société mutuelle des administrations publiques, caisse commune des pensions pour pratiquer l'assurance sur la vie et la gestion de fonds collectifs de retraite.

L'assurance mutuelle n'a aucun caractère commercial, elle a pour seul objet de rassembler par la voie de l'association, un ensemble de personnes physiques ou morales qui s'assurent collectivement les unes les autres.

La SMAP est également présente depuis septembre 2001 dans le secteur bancaire via la SMAP Banque S.A. qui offre des services de banque de détail et de banque commerciale. Ces services bancaires sont offerts aux affiliés. Elle a pour objectif de développer un service bancaire standard complet pour les particuliers.

#### **1.2. Vendeurs**

- CMB Invest SA ("CMB Invest") est une société de droit belge dont le siège social est établi à 2000 Anvers, De Gerlachekaai 20. CMB Invest, filiale de la Compagnie Maritime Belge, est chargée principalement du pôle investissement du groupe CMB.

- Compagnie Maritime Belge SA ("CMB) est une société anonyme de droit belge dont le siège social est établi à 2000 Anvers, De Gerlachekaai, 20. Elle est active principalement dans les secteurs directement ou indirectement liés à l'industrie de la navigation. Via ses filiales, elle exerce des activités de transport de marchandises sèches, de pétrole brut, de gaz et preste d'autres sortes de services portuaires.

### 1.3. Société cible

Naviga SA (Naviga) dont le siège social est établi à 2018 Anvers, Mechelsesteenweg 66 est une filiale du groupe CMB qui en détient le contrôle exclusif.

Naviga et ses filiales (groupe Naviga) sont présentes sur:

- le marché des assurances: les assurances terrestres (assurances automobiles, incendie et droit commun), les assurances transport maritime (assurances corps, facultés et responsabilité civile) et les assurances vie (produits classiques d'assurances vie).

Naviga contrôle également 4 filiales spécialisées:

- La Médicale couvre les risques afférents à la responsabilité civile professionnelle médicale,
- Naviga Luxembourg propose au Luxembourg des produits d'assurances vie,
- KSA B.V., établie aux Pays-Bas, est un agent d'assurances qui propose des assurances couvrant les risques d'incendie industriel et les risques afférents aux marchandises transportées par voie maritime,
- Le Mans Assurances (assurances terrestres).

Le groupe Naviga distribue ses produits d'assurance essentiellement par l'intermédiaire de courtiers indépendants.

- le marché bancaire (Naviga Banque).

Naviga Banque offre des services de banque de détail et de banque commerciale. Elle détient le contrôle exclusif d'Ader Finance. Naviga Banque offre des services de banque commerciale à des bateliers (principalement du financement hypothécaire) et Ader Finance octroie des prêts personnels aux particuliers.

## 2. Description et but de l'opération

### 2.1. La convention de cession

La SMAP Droit commun a acquis 100% des actions de Naviga SA. La convention de cession d'actions conclue entre la SMAP Droit commun d'une part et CMB Invest et CMB d'autre part (ci après la convention ) a été signée le 31 juillet 2002 et le transfert de propriété a eu lieu. Elle est cependant assortie de plusieurs conditions résolutoires dont la non-approbation par le Conseil de la concurrence de l'opération de concentration.

Après la réalisation de la concentration, la SMAP droit commun détiendra l'intégralité du capital social de Naviga, à l'exception d'une action cédée à la SMAP Pensions. La structure de l'actionnariat des filiales de Naviga restera inchangée.

### 2.2. Restriction accessoire de la convention

**[CONFIDENTIEL]**

### 2.3. Les objectifs de la concentration

Les objectifs de cette concentration sont: une avancée importante dans la stratégie de distribution multicanaux de la SMAP, une diversification du portefeuille en assurances non-vie vers l'assurance

transport et l'assurance marchandises et enfin, un renforcement du pôle bancaire naissant de la SMAP par une intégration progressive des deux établissements de crédits.

Cette concentration va permettre à Naviga de bénéficier de l'expérience, du potentiel financier et de la stabilité de la SMAP. Cela permettra à Naviga de développer rapidement des produits d'assurance à destination des particuliers tout en réalisant des économies d'échelle.

### 3. Délais

La notification a été effectuée le 29 août 2002, le délai visé à l'article 33 de la loi prend cours le 30 août 2002 et la décision du Conseil de la concurrence prise en application de l'article 33, § 2 de la loi doit être rendue pour le 14 octobre 2002 au plus tard.

### 4. Champ d'application

Les sociétés précitées sont des entreprises au sens de l'article 1er de la loi et l'opération notifiée est une opération de concentration au sens de l'article 9 de la loi.

Sur la base des indications fournies par les parties dans la notification, les seuils de chiffres d'affaires visés à l'article 11 de la loi sont atteints.

### 5. Marchés concernés

#### 5.1. Secteurs économiques concernés

Les secteurs économiques concernés sont le secteur de l'assurance (Code Nace 66.00), le secteur de la distribution des produits d'assurances (code Nace 67.201) et le secteur bancaire (code Nace 65.00).

#### 5.2. Marchés de produits en cause

L'opération de concentration concerne le marché des services bancaires et le marché des assurances.

##### 5.2.1 Le marché des services bancaires

###### A. Définition

Le marché des services bancaires se compose de :

- (1) la banque de détail (ou les services à destination des ménages et des particuliers);
- (2) la banque commerciale (ou les services offerts aux entreprises);
- (3) les opérations sur les marchés financiers;
- (4) la banque d'investissement.

Le marché des services bancaires offerts aux ménages et aux particuliers est de dimension nationale, tandis que le marché des services bancaires offerts aux entreprises est de dimension nationale ou internationale en fonction de la nature du service rendu .

SMAP et Naviga sont actives sur le marché de la banque de détail et sur le marché de la banque commerciale.

###### B. Position des parties

SMAP et Naviga ont sur le marché de la banque de détail et sur celui de la banque commerciale, en Belgique, des parts cumulées largement inférieures à 25 %.

Pour le secteur des services bancaires, aucun marché concerné horizontal ou vertical n'est identifié.

## 5.2.2. Le marché des assurances

### A. Définition

Dans le secteur des assurances, on distingue le marché de la distribution des produits d'assurance et le marché des produits d'assurance.

- En ce qui concerne la distribution des produits d'assurance, la clientèle de la SMAP soit souscrit directement aux produits d'assurance vie et non-vie (via internet, call center ou bureaux régionaux), soit se fournit auprès de courtiers indépendants. La SMAP n'est pas elle-même active en tant que courtier de produits d'assurance en Belgique.

Les produits d'assurance de Naviga sont exclusivement mis sur le marché via des courtiers indépendants. Naviga n'est pas elle-même active en tant que courtier de produits d'assurance en Belgique (elle a une activité minimale sur ce marché aux Pays-Bas via un agent d'assurance KSA Verzekeringen B.V.).

- Le marché des produits d'assurance

Ce marché comprend le marché de la réassurance, le marché de l'assurance vie et le marché de l'assurance non-vie. Les marchés de l'assurance vie et de l'assurance non-vie peuvent être subdivisés en autant de marchés qu'il existe d'assurances couvrant différentes catégories de risque.

SMAP et Naviga sont actives sur certains marchés de produits d'assurance vie et non-vie.

### B. Position des parties

Le marché des assurances "transport" - qui regroupe plusieurs branches d'assurance - peut être lui-même subdivisé en plusieurs marchés parmi lesquels le marché des assurances afférentes aux corps des véhicules maritimes, lacustres et fluviaux (branche 6), le marché de l'assurance des marchandises transportées y compris les bagages et autres biens (branche 7) et le marché de la responsabilité civile des véhicules maritimes, lacustres et fluviaux (branche 12).

Les marchés relatifs aux branches 7 et 12 sont des marchés horizontaux voisins du marché des assurances afférentes aux corps des véhicules maritimes, lacustres et fluviaux. La dimension géographique de ces deux marchés est plus large que la dimension nationale.

Sur ces marchés, la SMAP n'est pas présente et Naviga détient, en Belgique, des parts de marché largement inférieures à 25 %. Ces marchés ne sont donc pas concernés.

Par contre, sur base des informations versées au dossier, le marché des assurances afférentes aux corps des véhicules maritimes, lacustres et fluviaux (branche 6) constitue bien un marché concerné qui peut être retenu dans le cadre de cette concentration. Sur ce marché ainsi défini, en Belgique, les parties ont une part de marché cumulée supérieure à 25%.

## 5.3. Marché géographique concerné

Le marché géographique concerné par le marché des assurances afférentes aux corps des véhicules maritimes, lacustres et fluviaux est l'ensemble de la Belgique, pour l'application de la loi belge.

## 6. Analyse concurrentielle

### 6.1. Dimension géographique du marché

Le marché des assurances afférentes aux corps des véhicules maritimes, lacustres et fluviaux (branche 6) est un marché de dimension communautaire voire internationale, même si en application de la loi belge le marché concerne l'ensemble de la Belgique.

Cette position est partagée par les parties, les clients, les concurrents qui ont répondu et les associations interrogées.

### 6.2. Part de marché

Sur le marché concerné des assurances afférentes aux corps des véhicules maritimes, lacustres et fluviaux, les parties disposent, sur base des informations versées au dossier, d'une part de marché cumulée supérieure à 25%.

### 6.3. L'offre et la demande

Sur le marché des assurances afférentes aux corps des véhicules maritimes, lacustres et fluviaux, l'offre est formée par les sociétés d'assurances spécialisées et la demande émane des courtiers spécialisés. Le destinataire final du service d'assurance est l'armateur et le batelier ou l'entreprise d'un secteur industriel donné qui fait appel à des services de transport maritime, lacustre ou fluvial.

Les courtiers spécialisés sont des courtiers nationaux et internationaux.

### 6.4. Réaction des concurrents

Comme déjà souligné, l'opération de concentration n'a fait l'objet d'aucune critique.

### 6.5. Barrières à l'entrée

Pour entrer sur le marché de la branche 6, il faut avoir une certaine connaissance du secteur du transport et établir un réseau (contact avec des courtiers d'assurance transport).

Pour exercer des activités dans le secteur des assurances, il est nécessaire d'avoir un agrément. A l'exception de cette exigence légale, il n'y a pas de barrières à l'entrée sur le marché.

### 6.6. Évolution du marché

Le marché de la branche 6 est un marché dynamique et flexible.

La durée moyenne des contrats est de un an. Soit le contrat est reconduit tacitement à l'échéance de la période d'un an, soit le preneur d'assurance peut y mettre fin en notifiant son intention au plus tard trois mois avant l'échéance du terme. Cette durée moyenne a été confirmée par les clients et concurrents interrogés.

Selon les parties notifiantes, ce marché a été en expansion jusque début 1995 puis en déclin jusqu'en 2001. Depuis 2001, la demande a repris et ce marché semble à nouveau en croissance.

## 7. Conclusion

Compte tenu de ce qui précède, le Conseil de la concurrence estime que la concentration notifiée n'aura pas pour effet l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante qui entrave de manière

significative une concurrence effective sur le marché belge en cause ou sur une partie substantielle de celui-ci.

Par ces motifs,

### Le Conseil de la concurrence

constate que la concentration en cause tombe dans le champ d'application de la loi et la déclare admissible, conformément aux articles 33 § 1er et 33 § 2, 1.a de la loi.

Ainsi décidé le 9 octobre 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de M. Jacques Schaar, président de chambre, de Mme. Dominique Smeets, de M. Eric Balate et de M. David Szafran, membres.



## **Beslissing nr. 2002-C/C-74 van 16 oktober 2002**

Inzake :

N.V. Belgacom, met zetel te 1030 Brussel, Koning Albert II laan 27;

en

N.V. De Post, met zetel te 1000 Brussel, Muntcentrum;

en

N.V. BPG e-services, met zetel te 1000 Brussel, Muntcentrum 59.

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

Gezien de aanmelding aan het Secretariaat van de Raad voor Mededinging van een concentratie, aangemeld op 30 augustus 2002;

Gezien de mededeling voor onderzoek door het Secretariaat van de Raad aan het Korps van Verslaggevers conform artikel 32bis § 1 van de W.B.E.M. op 2 september 2002;

Gezien de stukken van het dossier en het gemotiveerd verslag van de Dienst voor de Mededinging zoals overgemaakt aan de verslaggever in toepassing van de artikelen 14 en 23 van de W.B.E.M. op 26 september 2002;

Gezien het gemotiveerd verslag van de Verslaggever in toepassing van artikel 32 § 2 van de W.B.E.M. zoals op 27 september 2002 opgesteld en op 1 oktober 2002 overgemaakt aan de Raad voor de Mededinging;

Gezien het verzoek dd. 30 september 2002 ontvangen op 2 oktober 2002 en het aanvullend verzoek dd. 3 oktober 2002 waarbij de VZW ISPA Belgium, de N.V. Planet Internet Belgium, de N.V. Telenet Operaties, de N.V. Tiscali en de N.V. Wanadoo Belgium verzochten om in overeenstemming met artikel 27 § 2 van de W.B.E.M. als belanghebbende partijen in deze procedure erkend en gehoord te worden, alsmede toegang tot het dossier te krijgen;

Gezien de beschikking dd. 8 oktober 2002 waardoor verklaard werd dat de VZW ISPA Belgium, de N.V. Planet Internet Belgium, de N.V. Telenet Operaties, de N.V. Tiscali en de N.V. Wanadoo Belgium blijfven geven van een voldoende belang in de zin van artikel 32 quater § 2 van de W.B.E.M. en het verzoek om tussen te komen in het kader van de procedure ontvankelijk en gegrond verklaard werd;

Gezien de beslissing inzake de vertrouwelijke stukken van het dossier van 14 oktober 2002;

Gezien de memorie en de stukken neergelegd door de aanmeldende partijen op 11 september 2002;

Gezien de pleitnota neergelegd door de VZW ISPA Belgium op 14 oktober 2002;

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

Gehoord de Dienst voor de Mededinging vertegenwoordigd door De Heer Johan Isselée en de Heer Eric Moerman;

Gehoord de partijen die verschenen zijn ter zitting op 14 oktober 2002:

- De N.V. Belgacom, vertegenwoordigd door de Heer P. Carlier, de Heer P. De Roeck en mevrouw N. Everaert en bijgestaan door Meester H. De Bauw en Meester G. Vandendriessche, advocaten te Brussel en tevens gemeenschappelijk vertegenwoordiger van de aanmeldende partijen;
- De N.V. De Post, vertegenwoordigd door de Heer J. Vantomme, de Heer J.-M. Woden, de Heer E. Goditiabois en bijgestaan door Meester D. Vandermeersch en Meester M. Waha, advocaten te Brussel en bijgestaan door de gemeenschappelijk vertegenwoordiger;
- De N.V. BPG e-Services, vertegenwoordigd door de Heer E. Weytjens en bijgestaan door de gemeenschappelijk vertegenwoordiger;
- De VZW ISPA Belgium, vertegenwoordigd door de Heer R. Reynaers en de Heer C. Van Hunen en bijgestaan door Meester A. Vanderelst en Meester F. Tuytschaever, advocaten te Brussel;
- De N.V. Telenet Operaties, vertegenwoordigd door de Heer P. Theyskens en bijgestaan door Meester A. Vanderelst en Meester F. Tuytschaever, advocaten te Brussel;
- De N.V. Planet Internet, vertegenwoordigd door de Heer P. Cautereels en de Heer C. Van Hunen en bijgestaan door Meester A. Vanderelst en Meester F. Tuytschaever, advocaten te Brussel.

## 1. De aanmeldende en betrokken partijen.

De moedermaatschappijen van de joint venture zijn:

- De N.V. BELGACOM, met zetel te 1030 Brussel, Koning Albert II laan 27 die een naamloze vennootschap van publiek recht onder Belgisch recht is. De N.V. Belgacom is voor 50% minus één aandeel in handen van ADSB Telecommunications BV. Dit is de houdstermaatschappij waarin TDC (Tele Danmark), Singapore Telecom en SBC (voorheen Ameritech) hun belang in Belgacom hebben ondergebracht. Naast de drie grote aandeelhouders hebben Dexia, KBC en Sofina een aandeel van 5% in ADSB. Binnen het segment van ADSB is de verdeling van de aandeelhouders als volgt: SBC 35%, TDC 33% en Singapore Telecom 27%. De overige aandelen 50% + 1 zijn in handen van de Belgische Staat. De N.V. Belgacom levert telecommunicatiediensten.
- De N.V. De Post, met zetel te 1000 Brussel, Muntcentrum, die tevens een naamloze vennootschap naar publiek recht onder Belgisch recht is. De Post is voor 100% eigendom van de Belgische staat en is hoofdzakelijk actief op de volgende domeinen:
  - mail met o.a. de binnenlandse en internationale briefwisseling,
  - retail met o.m. de postkantoren die dienst doen als verkooppunten,
  - nieuwe activiteiten met o.a. Taxipost en BPG e- Services NV .

Aan De Post worden een aantal verplichtingen opgelegd in het kader van het algemeen belang.

- De doelonderneming is GO, de N.V. BPG e-Services, met zetel te 1000 Brussel, Muntcentrum.

Belgacom zal haar E-trust-activiteiten in de GO onderbrengen, terwijl De Post hetzelfde zal doen met haar dochter e-Services. Voor Belgacom gaat het om de Certification Authority, die bevoegd is voor het aanmaken en beheren van digitale certificaten. Voor de Post gaat het om het PostBox-platform, met daarin o.a. het beveiligd e-loket voor gemeenten en notarissen, de elektronische facturatie-toepassingen, het aangetekende elektronische schrijven en ook nog de adresnotificatie.

Inzake e-government zal de GO volgende producten aanbieden:

- De levering aan overheidsinstellingen van geïntegreerde elektronische oplossingen waarbij beveiliging en identificatie worden gegarandeerd.
- Een voortzetting van de certificatieactiviteiten in de overheidsopdrachten waar de Belgacom e-Trust technologie reeds wordt gebruikt. Deze overheidsopdrachten betreffen Belpic (de beveiligde infrastructuur voor de communicatie uitgewisseld tussen de verschillende overheidsinstellingen en kaartproducenten die tussenkomen voor het aanmaken van elektronische identiteitskaarten), Dimona (certificatiediensten m.b.t. de elektronische RSZ aangiftes) en Intervat (certificatiediensten m.b.t. het systeem voor elektronische BTW aangiftes).
- De inschrijving op toekomstige overheidsopdrachten in verband met e-government projecten.

Wat betreft de activiteiten van de GO in het kader van e-commerce, betreft het diensten en producten die vooral de ontwikkeling van e-commerce ondersteunen en bevorderen:

- De GO zal aan eindgebruikers producten en diensten aanbieden die deze gebruikers zullen toelaten om hun commerciële transacties via elektronische weg te beveiligen.
- De GO zal eveneens producten en diensten aan bedrijven leveren, waardoor deze bedrijven in staat zullen zijn hun eigen producten en diensten via een beveiligde elektronische weg aan te bieden aan hun klanten, of waardoor zij met hun klanten commerciële gegevens kunnen uitwisselen op een beveiligde en geauthentificeerde manier.

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

Bovendien zijn de N.V. Belgacom en de N.V. De Post autonome overheidsbedrijven in de zin van artikel 1 van de Wet van 21 maart 1991 (Wet betreffende de hervorming van sommige overheidsbedrijven)

## 2. Aanmeldingsplicht - overeenkomst van concentratie

De voorgenomen transactie betreft de inbreng van de activiteiten van Belgacom betreffende digitale certificatie-diensten (E-Trust bedrijfstak) en van de elektronische communicatieactiviteiten van De Post in een 50/50 joint venture. De transactie zal als volgt worden verwezenlijkt:

- inbreng in natura door Belgacom van de E-Trust Bedrijfstak in het kapitaal van e-services waarvoor zij 50% van de aandelen van de joint venture zal krijgen;
- de aandeelhoudersovereenkomst waardoor beide moedermaatschappijen de gezamenlijke controle zullen uitoefenen over de GO;
- de commerciële overeenkomst tussen de GO en haar twee aandeelhouders.

De GO zal volgens de aanmeldende partijen duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervullen in de zin van artikel 9, § 2 van de W.B.E.M.. Zij zal volgens de aanmeldende partijen immers haar eigen beheersstructuur en personeelsbestand hebben en als onafhankelijke marktspeler optreden. Bovendien zal de GO zelf een groot deel van haar producten ontwikkelen, en zal zij haar producten en diensten verdelen zowel via de distributiekkanalen van haar moedervennootschappen als via andere distributiekkanalen.

De aanmeldende partijen gaan er in hun aanmelding derhalve van uit dat de oprichting van deze GO kan worden gezien als de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming in de zin van artikel 9, § 2 van de W.B.E.M. en dus als een concentratie moet worden beschouwd.

De aanmeldende partijen hebben hun aanmelding gebaseerd op een ontwerp van aandeelhoudersovereenkomst en een ontwerp van commerciële overeenkomst die eveneens integraal deel uitmaakt van de transactie.

Overeenkomstig artikel 12 § 2 van de W.B.E.M. hebben de aanmeldende partijen verklaard dat zij de intentie hebben om overeenkomsten te sluiten die op alle mededingingsrechtelijk relevante punten niet merkbaar verschillen van de toegevoegde ontwerpen van de aandeelhoudersovereenkomst en de commerciële overeenkomst.

Uit de voorgelegde omzetcijfers van de betrokken ondernemingen blijkt dat de drempels voorzien in artikel 11 § 1 van de W.B.E.M. overschreden werden, zodat de concentratie diende te worden aangemeld. De N.V. Belgacom en de N.V. De Post behalen meer dan 2/3 van hun omzet in één lidstaat van de Europese Unie zodat de concentratie niet diende aangemeld te worden op grond van de Verordening EEG nr. 4064/89 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (Pb.L., 30 december 1989, 395/1 en Pb.L., 21 september 1990, 257/14, zoals gewijzigd door de Verordening EG nr. 1310/97, Pb.L., 9 juli 1997, 180).

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

### 3. De marktafbakening

\* De GO is volgens de aanmeldende partijen actief op de markt voor beveiligde platformen voor elektronische communicatie, de markt voor de digitale certificatediensten en de verschillende IT markten. De aanmeldende partijen gaan er van uit dat in de markt van de beveiligde platformen voor elektronische communicatie en in de markt voor de certificatediensten, de GO geen 25% marktaandeel bereikt en dus niet betrokken zijn.

De Dienst voor de Mededinging heeft naar aanleiding van deze aanmelding een uitvoerig onderzoek verricht bij concurrenten, klanten, beroepsverenigingen (ISPA), Internet Service Providers, die met betrekking tot de marktafbakening bemerkingen hebben geformuleerd. Gelet op het voorgaande maakt het Korps Verslaggevers in zijn verslag dan ook voorbehoud aangaande de marktafbakening door de aanmeldende partijen voorgesteld voor wat de GO betreft. Ook de tussenkomende partijen hebben ter zitting en in hun pleitnota ernstige bedenkingen geformuleerd bij de door de aanmeldende partijen voorgestelde marktafbakening.

Op het eerste zicht is er onvoldoende substitueerbaarheid, zowel aan aanbod- als vraagzijde, tussen een aantal diensten die de aanmeldende partijen beschouwen als deel uitmakend van eenzelfde relevante markt.

De Raad voor de Mededinging is van oordeel dat nader onderzocht dient te worden of voor de marktafbakening de markt voor "digitale certificatediensten" inderdaad onderscheiden dient te worden van de markt van "digitale certificaten" zoals de tussenkomende partij voorhoudt, temeer daar de GO reeds (zelf indien geen onderscheid gemaakt wordt tussen de markt voor digitale certificatediensten en de markt voor digitale certificaten), een niet onaanzienlijk marktaandeel zal hebben op de markt voor de certificatediensten in zijn geheel.

De Raad voor de Mededinging verzoekt het Korps Verslaggevers tevens nader te onderzoeken of er geen aparte markt voor e-government diensten bestaat en of deze markt mogelijkerwijze niet verder onderverdeeld dient te worden. De Raad voor de Mededinging stelt immers vast dat op 27 september 2002 het consortium Belgacom- De Post door de federale overheid uitgekozen werd om een cruciale rol te spelen in het kader van de Belgische elektronische identiteitskaart (zie brief van 27 september 2002 en bijgevoegd persbericht).

Opmerkingen waarvan hierboven sprake, zijn geenszins vrijblijvend maar doen bij de Raad intengedeel ernstige twijfels ontstaan aangaande de toelaatbaarheid van de voorgenomen transactie.

\* De Raad voor de Mededinging is voorts van oordeel dat ook de positie van de aanmeldende partijen op de zeven verticaal betrokken markten nader dient onderzocht te worden.

De N.V. Belgacom en de N.V. De Post zullen immers actief blijven op de volgende zeven markten waarop zij een marktaandeel van meer dan 25 % realiseren, zodat deze markten als betrokken markten, - ook volgens de aanmeldende partijen- dienen aanzien te worden:

- de markt voor aansluiting op het vaste openbare telecommunicatienet (Belgacom);
- de markt voor de publieke telefonie (Belgacom);
- de markt voor de huurlijnen (Belgacom);
- de markt voor mobiele telefonie (Belgacom);
- de markt voor internet toegang (Belgacom);
- de markt voor de distributie van poststukken (De Post);
- de pakketmarkten (De Post).

De mogelijke impact van de voorgenomen concentratie op deze markten dient tevens nader onderzocht te worden nu bovendien vastgesteld dient te worden dat de aanmeldende partijen op al deze verticaal betrokken markten over een zeer ruim marktaandeel beschikken.

#### 4. Andere factoren die ernstige twijfels doen rijzen over de toelaatbaarheid.

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

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

De Raad voor de Mededinging is hierbij van oordeel dat volgende punten en onduidelijkheden (naast de marktafbakeningen, waarvan reeds sprake supra) in ieder geval verder onderzocht dienen te worden:

- Het feit dat de verticale banden tussen de beide moedermaatschappijen en de op te richten gemeenschappelijke onderneming blijvend zijn, waardoor de verhoudingen tussen de moedermaatschappijen enerzijds en de GO anderzijds onduidelijk blijven. De vraag dient beantwoord te worden of er wel degelijk sprake is van vooreerst een autonome gemeenschappelijke onderneming en vervolgens of er wel sprake is van een gemeenschappelijke onderneming van concentratieve of eerder van coöperatieve aard. Terecht merkt het Korps immers op dat, gezien de verticaal betrokken markten waarop de moedermaatschappijen actief zijn onmisbaar blijken voor de werking van de GO, de autonomie van de Go in vraag kan gesteld worden.
- Er dient vervolgens ook grondiger onderzocht te worden of het door de GO aangeboden systeem gesloten of open van aard zal zijn en de mogelijke mededingingsbeperkingen (en markttoegangsbelemmeringen) die hieruit kunnen voortvloeien dienen verder bestudeerd te worden.

De Raad voor de Mededinging merkt bovendien op dat er een aantal zeer recente evoluties en nieuwe feitelijke gegevens (sedert het onderzoek van de Dienst voor de Mededinging en het verslag van de Verslaggever) zijn, die het bestaan van ernstige twijfels omtrent de toelaatbaarheid van de concentratie nog bevestigen:

- Vooreerst werd zoals reeds aangehaald op 27 september 2002 het consortium Belgacom De Post door de federale overheid uitgekozen om een cruciale rol te spelen in het kader van de Belgische elektronische identiteitskaart, zoals supra reeds vermeld werd. Dit nieuw feit kan mogelijkwijze tevens invloed hebben op de mededingingsrechtelijke analyse.
- Voorts werd de N.V. Aditel Belgium nog als een concurrent van de aanmeldende partijen beschouwd door de Dienst voor de Mededinging en het Korps Verslaggevers terwijl de N.V. De Post inmiddels de N.V. Aditel overgenomen heeft. Er dient onderzocht te worden welke mededingingsrechtelijke impact de overname op de positie van de N.V. De Post heeft.
- Op 11 oktober 2002 hebben de aanmeldende partijen en de geplande GO tenslotte een brief gericht aan de VZW ISPA Belgium waardoor zij eenzijdige verbintenissen aangaan ten aanzien van de VZW ISPA Belgium en dit in het licht van een mogelijke goedkeuring van de gemeenschappelijke onderneming door de Raad voor de Mededinging. De aanmeldende partijen en de GO trachten hierdoor in extremis nog tegemoet te komen aan de bezwaren die de VZW ISPA Belgium en haar leden met betrekking tot de GO hebben geuit. Terecht merkt het Korps Verslaggevers op dat uit het feit dat de aanmeldende partijen naar de toekomst toe willen tegemoet komen aan de bezwaren van de VZW ISPA Belgium, afgeleid kan worden dat deze bezwaren mogelijkwijze gegrond zijn. Het Korps stelde bovendien vast dat er slechts onderhandelingen waren tussen de aanmeldende partijen en de VZW ISPA Belgium, die nog niet tot bindende afspraken hadden geleid teneinde een open en billijke mededinging op de markten waarop de GO actief is, te waarborgen. Deze bemerking van het Korps is nog steeds ten eerste actueel nu het eenzijdige engagement van de aanmeldende partijen vervat in de brief van 11 oktober 2002 evenmin een bindende afspraak is en de VZW ISPA Belgium van oordeel is dat de principes vervat in de brief dd. 11 oktober 2002 geen afdoend

antwoord bieden op de bezwaren. De Raad voor de Mededinging merkt tenslotte op dat, in het kader van een eerste fase-onderzoek, in beginsel geen voorwaarden kunnen opgelegd worden zodat de Raad de verbintenissen uit de brief van 11 oktober 2002 niet kan opnemen in zijn beslissing.

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

Om deze redenen

## De Raad voor de Mededinging

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

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

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

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

- de vraag of voor de marktafbakening de markt voor "digitale certificatie-diensten" inderdaad onderscheiden dient te worden van de markt van "digitale certificaten";
- de vraag of er een aparte markt voor e-government diensten bestaat en of deze markt mogelijkerwijze niet verder onderverdeeld dient te worden;
- de positie van de aanmeldende partijen op de zeven verticaal betrokken markten;
- het feit dat de verticale banden tussen de beide moedermaatschappijen en de op te richten GO blijvend zijn, waardoor de verhoudingen tussen de moedermaatschappijen enerzijds en de GO anderzijds onduidelijk blijven. De vraag dient beantwoord te worden of er wel degelijk sprake is van vooreerst een autonome GO en vervolgens of er wel sprake is van een GO van concentratieve of eerder van coöperatieve aard.
- de vraag of het door de GO aangeboden systeem gesloten of open van aard zal zijn en de mogelijke mededingingsbeperkingen (en markttoegangsbelemmeringen) die hieruit kunnen voortvloeien.
- de vraag of de op 27 september 2002 aan het consortium Belgacom-De Post door de federale overheid toegekende rol in het kader van de Belgische elektronische identiteitskaart invloed heeft op de mededingingsrechtelijke analyse.
- de vraag welke impact de overname van de N.V. Aditel door de N.V. De Post op de positie van de N.V. De Post heeft.
- de principes vervat in de brief van 11 oktober 2002 van de aanmeldende partijen en de GO aan de VZW ISPA Belgium waardoor zij eenzijdige verbintenissen aangaan ten aanzien van de VZW ISPA Belgium en dit in het licht van een mogelijke goedkeuring van de gemeenschappelijke onderneming door de Raad voor de Mededinging, te bestuderen en te onderzoeken of deze voorwaarden volstaan om een open en billijke mededinging op de markten waarop de geplande GO actief zal zijn, te waarborgen.

Stellen de zaak voor behandeling op maandag 9 december 2002 te 14.00 uur.

Aldus uitgesproken op 16 oktober 2002 door de Kamer van de Raad voor de Mededinging, samengesteld uit : Mevrouw Béatrice Ponet, Kamervoorzitter; De heren Peter Poma, Wouter Devroe en Geert Zonnekeyn, leden van de Raad.

## **Décision n°2002-C/C-75 du 16 octobre 2002**

Affaire CONC-C/C-02/44 : Electrabel Customer Solutions S.A. / SEDILEC S.C.R.L.

En cause :

Electrabel Customer Solutions S.A. (ci-après "E.C.S."), ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent 8;

et

Sedilec S.C.R.L., intercommunale ayant pris la forme d'une S.C.R.L. (ci-après "Sedilec"), ayant son siège social à 1348 Louvain-la-Neuve, avenue Jean Monnet 2;

Vu la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 1er juillet 1999 (ci-après LPCE);

Vu la notification datée du 15 juillet 2002 et enregistrée sous les références CONC-C/C-02/44 d'une concentration qui consiste en la reprise par E.C.S., filiale d'Electrabel, de la clientèle de l'intercommunale Sedilec au fur et à mesure qu'elle devient éligible ;

Vu la décision n° 2002-C/C-63 du 30 août 2002 du Conseil de la concurrence constatant que cette opération suscite des doutes sérieux quant à son admissibilité et décidant d'engager la procédure prévue à l'article 34 de loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique ;

Vu les pièces du dossier et le rapport motivé complémentaire du Corps des Rapporteurs daté du 3 octobre 2002;

Vu la demande datée du 10 octobre 2002 par laquelle les parties notifiantes sollicitent conformément à l'article 34, §3 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique une prorogation du délai jusqu'au 12 novembre 2002 ;

Attendu que le Conseil de la concurrence doit se prononcer conformément à l'art. 34,§1 LPCE sur l'admissibilité de cette concentration, au plus tard le 28 octobre 2002, soit dans les 60 jours de la décision du 30 août 2002 d'engager une procédure en seconde phase ;

Attendu qu'à défaut de décision dans ce délai, la concentration est réputée faire l'objet d'une décision favorable ;

Attendu que toutefois les parties notifiantes peuvent conformément à l'article 34, §3 de cette loi demander expressément au Conseil de la concurrence de proroger ce délai ;

Attendu que des affaires similaires sont actuellement pendantes devant le Conseil de la concurrence ;

Qu'une décision devrait ainsi être rendue par le Conseil de la concurrence :

- dans les mêmes délais dans l'affaire enregistrée sous la référence CONC-C/C-02/45 portant sur la concentration entre la S.A. Electrabel Customer Solutions (en abrégé E.C.S.) et la S.C.R.L. Simogel, notifiée le 23 juillet 2002. Une décision n° 2002-C/C-64 du 30 août 2002 constate en effet que cette opération suscite des doutes sérieux quant à son admissibilité et décide d'engager la procédure prévue à l'article 34 de loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique ;
- avant le 12 novembre 2002 dans l'affaire enregistrée sous la référence CONC-C/C-02/50 portant sur la concentration entre la S.A. Electrabel Customer Solutions (en abrégé E.C.S.) et la S.C.R.L. Intermosane 2, notifiée le 1<sup>er</sup> août 2002. Une décision n° 2002-C/C-68 du 12 septembre 2002 constate en effet que cette opération suscite des doutes sérieux quant à son admissibilité et décide d'engager la procédure prévue à l'article 34 de loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique ;

Attendu qu'il paraît opportun d'examiner ces trois affaires, concomitamment ;

Attendu qu'il est justifié dans ces conditions de faire droit à la demande des parties notifiantes reprise dans leur courrier du 10 octobre 2002 et de proroger les délais visés à l'article 34, § 1 LPCE pour prendre une décision sur l'admissibilité de cette concentration enregistrée sous les références CONC-C/C-02/44, jusqu'au 12 novembre 2002 afin de pouvoir examiner les trois affaires lors des mêmes audiences ;

**Par ces motifs**

**Le Conseil de la concurrence**

Décide conformément à l'article 34, §3 de proroger les délais visés à l'article 34, § 1 LPCE pour prendre une décision sur l'admissibilité de la concentration enregistrée sous les références CONC-C/C-02/44 et ayant fait l'objet de la décision n° 2002-C/C-63 du 30 août 2002, jusqu'au 12 novembre 2002 ;

Ainsi statué le 16 octobre 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Patrick De Wolf, Président de Chambre, de Madame Marie-Claude Grégoire, de Monsieur Jacques Schaar et de Monsieur Pierre Battard, Membres.



## **Décision n°2002-C/C-76 du 16 octobre 2002**

Affaire CONC-C/C-02/45 : Electrabel Customer Solutions S.A. / SIMOGEL S.C.R.L.

En cause :

Electrabel Customer Solutions S.A. (ci-après "E.C.S."), ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent 8;

et

Simogel S.C.R.L., intercommunale ayant pris la forme d'une S.C.R.L. (ci-après "Simogel"), ayant son siège social à 7700 Mouscron en l'Hôtel de Ville de Mouscron;

Vu la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 1er juillet 1999 (ci-après LPCE);

Vu la notification datée du 23 juillet 2002 et enregistrée sous les références CONC-C/C-02/45 d'une concentration qui consiste en la reprise par E.C.S., filiale d'Electrabel, de la clientèle de l'intercommunale Simogel au fur et à mesure qu'elle devient éligible ;

Vu la décision n° 2002-C/C-64 du 30 août 2002 du Conseil de la concurrence constatant que cette opération suscite des doutes sérieux quant à son admissibilité et décidant d'engager la procédure prévue à l'article 34 de loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique ;

Vu les pièces du dossier et le rapport motivé complémentaire du Corps des Rapporteurs daté du 3 octobre 2002;

Vu la demande datée du 10 octobre 2002 par laquelle les parties notifiantes sollicitent conformément à l'article 34, §3 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique une prorogation du délai jusqu'au 12 novembre 2002 ;

Attendu que le Conseil de la concurrence doit se prononcer conformément à l'art. 34,§1 LPCE sur l'admissibilité de cette concentration, au plus tard le 28 octobre 2002, soit dans les 60 jours de la décision du 30 août 2002 d'engager une procédure en seconde phase ;

Attendu qu'à défaut de décision dans ce délai, la concentration est réputée faire l'objet d'une décision favorable ;

Attendu que toutefois les parties notifiantes peuvent conformément à l'article 34, §3 de cette loi demander expressément au Conseil de la concurrence de proroger ce délai ;

Attendu que des affaires similaires sont actuellement pendantes devant le Conseil de la concurrence ;

Qu'une décision devrait également être rendue par le Conseil de la concurrence :

- dans les mêmes délais, dans l'affaire enregistrée sous la référence CONC-C/C-02/44 portant sur la concentration entre la S.A. E.C.S. et la S.C.R.L. Sedilec, notifiée le 15 juillet 2002. Une décision n° 2002-C/C-63 du 30 août 2002 constate en effet que cette opération suscite des doutes sérieux quant à son admissibilité et décide d'engager la procédure prévue à l'article 34 de loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique ;
- avant le 12 novembre 2002 dans l'affaire enregistrée sous la référence CONC-C/C-02/50 portant sur la concentration entre la S.A. Electrabel Customer Solutions (en abrégé E.C.S.) et la S.C.R.L. Intermosane 2, notifiée le 1er août 2002. Une décision n° 2002-C/C-68 du 12 septembre 2002 constate en effet que cette opération suscite des doutes sérieux quant à son admissibilité et décide d'engager la procédure prévue à l'article 34 de loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique ;

Attendu qu'il paraît opportun d'examiner ces trois affaires, concomitamment ;

Attendu qu'il est justifié dans ces conditions de faire droit à la demande des parties notifiantes reprise dans leur courrier du 10 octobre 2002 et de proroger les délais visés à l'article 34, § 1 LPCE pour prendre une décision sur l'admissibilité de cette concentration enregistrée sous les références CONC-C/C-02/45, jusqu'au 12 novembre 2002 afin de pouvoir examiner les trois affaires lors des mêmes audiences ;

Par ces motifs,

Le Conseil de la concurrence,

Décide conformément à l'article 34, §3 de proroger les délais visés à l'article 34, §1 LPCE pour prendre une décision sur l'admissibilité de la concentration enregistrée sous les références CONC-C/C-02/45 et ayant fait l'objet de la décision n°2002-C/C-64 du 30 août 2002, jusqu'au 12 novembre 2002 ;

Ainsi statué le 16 octobre 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Patrick De Wolf, Président de Chambre, de Madame Marie-Claude Grégoire, de Monsieur Jacques Schaar et de Monsieur Pierre Battard, Membres.

## **Décision 2002-P/K-77 du 29 octobre 2002**

Affaire CONC-PRA-95/0007

Vu la plainte déposée au Service de la concurrence le 2 juin 1995, par l'Urbem, l'UPACI et le ZAMU contre la Sabam pour abus de position dominante ;

Vu le rapport du corps des rapporteurs du 6 mai 2002 ;

Entendu, à l'audience du 29 octobre 2002,

- Mme Bouillet et Mme Fassin, représentant le corps des rapporteurs ;

Vu la lettre de convocation à l'audience envoyée aux plaignants en date du 2 octobre 2002 ;

Vu la réponse de Maître Defalque du 10 octobre 2002 par laquelle elle fait savoir au Conseil de la concurrence que les plaignants ne seront ni présents ni représentés à l'audience.

### **1. LES PARTIES**

#### **1.1. Les plaignants**

- Union Royale Belge des Editeurs de Musique SCRL (URBEM), société coopérative à responsabilité limitée sise avenue Albert Giraud 95 à 1030 Bruxelles.
- Union Professionnelle des Auteurs Compositeurs Interprètes – UPACI – (en constitution au moment du dépôt).
- Vereniging voor Zangers en Musikanten VZW (ZAMU – Association pour chanteurs et musiciens ASBL), association sans but lucratif sise rue des Pierres 23 à 1000 Bruxelles.

#### **1.2. La société mise en cause**

La Société Belge des Auteurs-Compositeurs et Editeurs (ci-après SABAM) est une société civile coopérative à responsabilité limitée des associés dont le siège social est établi rue d'Arlon 75-77 à 1040 Bruxelles.

La société a pour objet la perception, la répartition, l'administration et la gestion dans le sens le plus large du mot, de tous les droits d'auteur sur le territoire belge ainsi que sur les territoires qui tombent sous le champ d'application des contrats de réciprocité conclus avec des sociétés sœurs, pour elle-même, pour ses associés, pour des mandants et des sociétés correspondantes.

### **2. SAISINE**

Par courrier du 19 mai 1995, déposé au Service le 2 juin 1995, l'Urbem, l'UPACI et le ZAMU déposent une plainte contre la Sabam pour abus de position dominante.

Les plaignants invoquent la violation de l'article 3 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, en ce que la Sabam voudrait imposer un contrat de cession à tous ses membres.

### 3. EXAMEN DE LA RECEVABILITE

#### 3.1. Qualité

En vertu de l'article 23 § 1er, c de la loi, l'instruction des affaires par le Corps des rapporteurs se fait sur plainte d'une personne physique ou morale démontrant un intérêt direct et actuel dans le cadre d'une infraction à l'article 2 § 1er (ententes) ou à l'article 3 (abus de position dominante) ou à l'article 12, §1er, de la loi.

#### Les plaignants justifient-ils d'un intérêt direct ?

L'Urbem est une société coopérative à responsabilité limitée qui se compose d'associés, éditeurs de musique légère et de musique sérieuse. Elle a pour objet: l'étude, la protection, le développement et la gestion des intérêts professionnels de ses membres. Les statuts précisent que la société: «-2 ...exercera toutes les activités soit en nom propre soit au nom de ses membres pouvant concourir directement ou indirectement à la protection, la mise en valeur, l'exploitation de droits d'auteur et d'autres droits intellectuels ainsi que tous droits de propriété susceptibles de produire des redevances en faveur de chacun de ses membres...»

Le ZAMU est une asbl qui regroupe des artistes de nationalité belge.

L'UPACI était une société en voie de constitution au moment du dépôt de la plainte. Elle ne disposait dès lors pas d'un intérêt au sens de la loi.

L'Urbem et Zamu sont des associations professionnelles chargées de défendre les intérêts de leurs membres. Elles justifient bien d'un intérêt direct.

#### Les plaignants justifient-ils d'un intérêt actuel ?

Telle que déposée et formulée, la plainte ne semble traduire qu'une simple crainte: «Dans son projet de modification des statuts, la Sabam entend imposer à tous ses membres (auteurs, compositeurs et éditeurs) une cession complète de leurs droits actuels et futurs et ce sans pour autant assurer les obligations légales imposées au cessionnaire de droits patrimoniaux par la nouvelle loi».

En fait, la Sabam impose depuis le 1er janvier 1995 cette cession à ses membres, l'article 10 de ses statuts en vigueur à cette date précisant que «Quiconque devient associé cède à la Société les droits d'auteurs et voisins dont il est ou deviendra ayant droit à quelque titre que ce soit, pour toutes œuvres présentes et futures».

La plainte, qui parle d'un projet de modification, comporterait donc une erreur dans sa rédaction. En effet, il n'existe pas de trace dans le dossier d'instruction de «ce projet», les statuts du 1er janvier 1995 existaient déjà à cette époque.

La cession qui existait à ce moment porte préjudice aux plaignants représentant les professionnels dans le monde musical. L'Urbem et Zamu disposaient donc d'un intérêt actuel lors du dépôt de la plainte.

#### 3.2. La notion d'entreprise

En vertu de l'article 1er, a de la loi, celle-ci s'applique aux entreprises, c'est-à-dire à «toute personne physique ou morale poursuivant de manière durable un but économique».

La Sabam a pour objet la perception, la répartition, l'administration et la gestion dans le sens le plus large du mot, de tous les droits d'auteur sur le territoire belge ainsi que sur les territoires qui tombent

sous le champ d'application des contrats de réciprocité conclu avec les sociétés sœurs. Elle poursuit dès lors de manière durable un but économique au sens de la loi.

### 3.3. Conclusion

La plainte est recevable dans le chef de deux des trois plaignants, à savoir l'Urbem et Zamu.

## 4. INSTRUCTION

En date du 7 juin 1995, les plaignants représentant les associations professionnelles dans le monde musical ont demandé au Service de suspendre la procédure afin de négocier lors d'une Assemblée générale extraordinaire avec la Sabam le changement de la clause concernant la cession reprise dans les contrats conclus entre les associés et la Sabam.

Au cours de cette assemblée générale extraordinaire qui s'est tenue le 24 juin 1995, il a été décidé notamment que:

- 1. un nouveau contrat d'affiliation sera mis au point pour le 1er novembre 1995 au plus tard, contrat qui confirmera que la cession des droits est bien une cession fiduciaire;
- 2. la Sabam rendra compte au cédant en établissant un tableau par année comptable, tableau qui reprendra la ventilation de l'intégralité des montants encaissés et leur répartition par rubrique (tableau disponible la première fois pour l'année de perception 1995);
- 3. la Sabam s'engage à publier dans le magazine Sabam, au fur et à mesure de leur mise au point, les règles de procédure de mise en application des normes de répartition;
- 4. au plus tard le 1er janvier 1997, la Sabam renoncera à la gestion des droits voisins.

Les statuts de la Sabam en vigueur au 1er janvier 1997 ont été effectivement modifiés dans ce sens:

- 1. la gestion des droits voisins a été supprimée dans l'article 1er des statuts;
- 2. l'article 10 des statuts précise qu'il s'agit bien d'un contrat de cession fiduciaire: "... conformément au contrat d'affiliation et de cession fiduciaire conclu ...";
- 3. l'article 34 précise qu'un commissaire-réviseur sera chargé du "contrôle de la situation financière, des comptes annuels et de la régularité des opérations à constater dans les comptes annuels de la Société...";
- 4. la manière dont la Sabam rendra compte au cédant est reprise à l'article 37 du règlement général.

Les différentes modifications apportées lors de cette assemblée aux articles des statuts qui permettent aux membres d'exercer leur droit de contrôle sur la perception et la répartition des droits de même que le nouveau contrat de cession fiduciaire qui a pu être conclu par l'ensemble des membres dès le 1er novembre 1995 ont pour résultat de mettre fin à l'éventuel abus dénoncé par les plaignants et leur donnent entière satisfaction.

Dès lors, par lettre du 26 juin 1995, Maître Lucette Defalque a avisé le Service de la concurrence de la décision des trois associations de se désister de la plainte déposée le 2 juin 1995.

Lors de l'instruction, le Service et le corps des rapporteurs ont constaté que les griefs invoqués par les plaignants avaient bien disparus et décidé, vu la période limitée d'une éventuelle infraction au droit de la concurrence et l'impact limité de celle-ci sur le marché concerné, de ne pas procéder à une instruction approfondie de la validité de la clause en question, qui supposait une étude complète du marché afin d'établir une éventuelle position dominante dans le chef de la Sabam et sa qualification ou non (mais plus généralement de tout le contrat) de clause restrictive de concurrence au sens de l'article 3 de la loi.

Cette conclusion est partagée par le Conseil de la concurrence.

Par ces motifs,

### Le Conseil de la concurrence

- constate que la plainte est devenue sans objet suite à son retrait et, en application de l'article 24, §2 de la loi, classe la plainte en cause.

Ainsi décidé le 29 octobre 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Madame Marie-Claude Grégoire, président de chambre, de Monsieur Jacques Schaar, de Monsieur Eric Balate, et de Madame Dominique Smeets, membres.

## **Décision n°2002-P/K-78 du 29 octobre 2002**

Affaire PRA- 95/0017 - Union Belge des Annonceurs asbl contre TVB sa

Vu la lettre du 23 novembre 1995 adressée au Conseil de la concurrence et reçue au Service de la concurrence le 24 novembre 1995, par laquelle l'Union Belge des Annonceurs asbl a déposé une plainte à l'encontre de TVB sa.

Vu le rapport du corps des rapporteurs du 3 mai 2002.

Entendu à l'audience du 29 octobre 2002 :

- Mme Bouillet et Mme Fassin, représentant le corps des rapporteurs ;

Vu la lettre de convocation à l'audience envoyée aux plaignants en date du 2 octobre 2002 ;

Vu la réponse de l'Union Belge des Annonceurs du 17 octobre 2002 par laquelle elle fait savoir au Conseil de la concurrence que les plaignants ne seront ni présents ni représentés à l'audience.

### **1. Les parties**

#### **1.1. La plaignante**

L'Union Belge des Annonceurs (ci-après UBA) est une asbl dont le siège social est établi à 1050 Bruxelles, avenue Louise 120/2 (anc. 1000 Bruxelles, rue des Colonies 18/24).

UBA représente 85% des annonceurs en Belgique. Elle a pour activité la défense des intérêts des entreprises membres qui ont recours à la publicité et a pour objectif d'étudier et de promouvoir les différents modes de publicité et de veiller à l'application du code des pratiques loyales en matière de publicité (élaboré le 8 juin 1948).

#### **1.2. Les entreprises mises en cause**

##### **1.2.1. TVB sa (ci-après TVB)**

TVB est une société anonyme créée le 25 août 1989, dont le siège d'exploitation était situé à 1160 Bruxelles rue Jules Cockx, 6.

Lors du dépôt de la plainte, TVB se composait de deux régies publicitaires: Régie Media Belge sa (RMB) et Information Publicité sa (IP). TVB constituait une filiale de commercialisation agissant pour le compte de ces deux régies et de Canal+ TVCF (à partir du 1er septembre 1990). Elle s'occupait de la gestion et de la commercialisation des espaces de publicité commerciale de la RTBF, de RTL-TVI et des sociétés de radiodiffusion s'adressant à l'ensemble du public de la communauté française.

TVB a été dissoute le 1er octobre 1996.

##### **1.2.2. IP Belgium sa (ci-après IP)**

IP (anciennement Informations et Publicité Benelux) est une société anonyme dont le siège social est établi rue Jules Cockx, 6 à 1160 Bruxelles. Elle est principalement la régie publicitaire de la société de radiodiffusion RTL-TVI.

### 1.2.3. Régie Media Belge sa (ci-après RMB)

RMB est une société anonyme dont le siège social est établi à 1140 Bruxelles, rue Colonel Bourg 133. Elle est une régie publicitaire active en télévision, en radio, en presse, au cinéma et on-line. RMB est notamment la régie publicitaire de la RTBF et de Canal+.

### 1.2.4. TVI sa (ci-après RTL-TVI)

RTL-TVI est une société anonyme dont le siège social est établi avenue Ariane 1 à 1200 Bruxelles. Elle a pour objet l'exploitation d'un service d'émissions télévisée et radiodiffusée destinée au public.

### 1.2.5. La Radio-télévision belge de la Communauté française (ci-après RTBF)

La RTBF est une entreprise publique autonome chargée du service public de radiodiffusion qui opère sur le territoire francophone de la Belgique. Son siège est établi boulevard Reyers 52 à 1040 Bruxelles.

Aujourd'hui, la RTBF édite trois chaînes de télévision - la Une et la Deux en hertzien, et six chaînes radios. Son budget annuel approche les neuf milliards de francs belges. Elle occupe quelque 2.400 personnes. La RTBF produit elle-même ou avec la collaboration de partenaires locaux environ la moitié des quelque 7.000 minutes d'antenne qu'elle diffuse chaque semaine en télévision. Elle produit la presque totalité de ses programmes de radio.

## 2. Les griefs

La plaignante estime que l'accord réalisé entre la RTBF et RTL-TVI qui a donné naissance à TVB viole l'article 85 § 1 du traité CE (article 81 CE) et doit donc être déclaré nul de plein droit en application de l'article 85 § 2 (article 81 § 2 CE) car l'indépendance de comportement des actionnaires de TVB a été sensiblement modifiée et la concurrence entre les régies a été réduite par "l'effet du groupe".

De plus, la situation duopolistique des régies RMB et IP aggrave la restriction de concurrence et ce, autant entre elles qu'entre chaînes elles-mêmes .

Selon la plaignante, la concertation entre les régies IP et RMB en vue de proposer aux annonceurs des espaces publicitaires suivant le système des rômes, imposant par ce biais la diffusion simultanée sur la RTBF et RTL-TVI, constitue une pratique concertée qui élimine la concurrence.

La plaignante est d'avis que cette pratique, justifiée notamment par la volonté des parties à l'accord TVB de créer une solidarité entre les chaînes, est contraire à l'article 2 de la loi.

Pour UBA, TVB disposant de l'ensemble de l'offre d'espaces publicitaires susceptible d'être proposée par les chaînes de la Communauté française se trouve en position de monopole. Or TVB, grâce à son exclusivité de commercialisation des espaces publicitaires disponibles sur les chaînes, dispose d'un pouvoir absolu dans la fixation des prix qui, selon la plaignante, ne sont pas déterminés par des conditions normales de marché.

UBA estime que TVB abuse de sa position dominante et viole l'article 3 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique.

La plaignante insiste sur le fait que l'Exécutif de la Communauté Française de Belgique a violé l'article 90 § 1 et 2 du Traité de Rome en accordant à TVB l'exclusivité de la commercialisation des espaces publicitaires disponibles sur les chaînes de la RTBF et RTL-TVI .



UBA souligne que, en vertu de l'application combinée des articles 3g, 5, 85 et 86 du traité CE, les Etats membres sont tenus de s'abstenir d'adopter des mesures réglementaires portant atteinte à l'effet utile des règles européennes de concurrence.

Selon UBA, l'accord portant sur la création d'une filiale commune de vente et la répartition des recettes publicitaires sur base de prix fixés en commun est restrictif de concurrence. Cet accord a été conclu en présence de l'Exécutif de la Communauté française, qui lui a donné force réglementaire.

Pour retenir une violation des règles du Traité en matière d'interdiction des ententes restrictives de concurrence et d'abus de position dominante par un Etat membre, il faut démontrer l'existence de comportements anticoncurrentiels dans le chef des entreprises concernées et le lien entre ces comportements et la mesure étatique en question. Selon UBA, les conditions en l'espèce sont réunies pour retenir une violation des dites règles par la Belgique.

### 3. Les faits

#### 3.1. L'accord TVB

##### 3.1.1. Le contexte législatif

Le 6/02/87, la loi relative aux réseaux de radiodiffusion et de télédistribution et à la publicité commerciale à la radio et à la télévision autorise les sociétés privées et publiques, par Communauté, à insérer de la publicité dans leurs programmes de télévision.

Le 19/06/87, RTL-TVI reçoit par arrêté royal le monopole de la diffusion de la publicité commerciale dans ses programmes de télévision.

Le 4/07/89, un décret autorise la diffusion de la publicité commerciale pour les chaînes de la Communauté française titulaires d'une autorisation de l'Exécutif.

##### 3.1.2. La négociation de l'accord

Le 20/03/89, la RTBF et RTL-TVI concluent un projet de protocole d'accord visant le maintien du pluralisme audiovisuel en Communauté française dont l'objet principal est:

"...d'établir le principe d'une solidarisation des recettes de publicité commerciale récoltées sur l'ensemble de leurs chaînes débouchant sur la mise en œuvre d'un système de plancher financier procurant à tous deux les moyens indispensables à leur survie".

Les deux chaînes de télévision s'adressant à l'ensemble du public de la Communauté française, la RTBF et RTL-TVI se réunissent et mettent au point un accord visant à se répartir les recettes publicitaires selon la clef de répartition suivante: 75% pour RTL-TVI et 25% pour la RTBF.

Le dessein de création d'une filiale commune de commercialisation naît à cette même époque.

En effet, l'article 5.2 du protocole prévoit que : "... IP et RMB procèdent à la création d'une société commune de vente constituée à 50/50, chargée de l'exclusivité de la commercialisation en Belgique des espaces de publicité commerciale TV ouverts sur RTL-TVI et la RTBF".

Le 25/08/89, la constitution de TVB intervient en exécution du protocole d'accord du 20/03/89. Elle est postérieurement confirmée par l'adoption des arrêtés de l'Exécutif de la Communauté française de Belgique du 31/08/89.

Le mécanisme de répartition des recettes publicitaires fonctionne notamment au travers de concertations sur la fixation des prix des espaces publicitaires entre les deux régies et TVB.

### 3.2. La fixation des prix des espaces publicitaires par TVB

TVB gère un planning hebdomadaire de +/- 575 écrans publicitaires répartis à concurrence de quelques 263 écrans disponibles sur RTL-TVI, 113 écrans pour Club RTL, 106 écrans pour la RTBF, 47 écrans pour Télé 21 et 46 écrans pour Canal+ TVCF.

La sélection et la vente de ces espaces s'effectuent écran par écran et chaîne par chaîne.

Comme convenu dans le protocole d'accord, les annonceurs ont le choix entre le système du RATING (tarifs découplés) ou le système de NOMES.

#### 3.2.1. Le système du RATING

Ce système permet d'acheter n'importe quel écran publicitaire sur n'importe quelle chaîne en orientant l'achat dans n'importe quelle direction (tout RTL-TVI, tout RTBF ou un choix de deux trois ou quatre chaînes).

Le principe de cette vente consiste à facturer au client un prix correspondant à l'audience exactement obtenue par la diffusion de son message.

Le tarif publié par TVB fixe un prix par pourcentage de population touchée. La fixation du prix des écrans individuels en fonction de l'audience obtenue est imposée par l'article 2 de l'arrêté royal de l'Exécutif du 31/08/89.

Au lendemain de la diffusion de l'écran acheté, TVB détermine le coût du spot en multipliant le tarif par le résultat d'audience effectivement contacté.

Ce coût est facturé à l'annonceur qui paie ainsi le prix correspondant à l'audience obtenue.

#### 3.2.2. Le système de NOMES

Ce système permet de sélectionner n'importe quel écran publicitaire de n'importe quelle chaîne. Il propose plus particulièrement l'achat de combinaisons d'écrans à diffuser par au moins deux chaînes différentes.

Ces combinaisons comportent trois écrans publicitaires dont deux proviennent de TVI et le dernier, de la RTBF et/ou de Canal+.

Le tarif applicable à cette formule propose des prix fixes pour chaque nôme pour des périodes plus ou moins longues (1 mois environ). Il existe en principe douze tarifs par an. Toutefois en raison de promotions tarifaires proposées pendant certains mois, le nombre de tarifs peut être plus élevé (en 1996, 25 tarifs ont été proposés).

Quelle que soit l'audience obtenue, le prix facturé ne varie pas. Compte tenu de l'équilibrage (2 pour 1) suivi par les acheteurs lorsqu'ils choisissent le système de NOMES et du caractère difficilement prévisible des audiences, le tarif pratiqué dans cette technique à risque se révèle moins onéreux que l'achat au RATING.

## 4. Recevabilité de la plainte

### 4.1. La notion d'intérêt

En application de l'article 23 §1er , c de la loi, l'instruction des affaires par le Corps des rapporteurs se fait sur plainte d'une personne physique ou morale démontrant un intérêt direct et actuel dans le cas d'une infraction à l'article 2§1er (entente), à l'article 3 (abus de position dominante).

A cet égard, il y a lieu d'interpréter la notion d'intérêt direct et actuel au regard de l'article 18 du code judiciaire . Au sens de l'article 18 du Code judiciaire, l'intérêt né et actuel consiste "en tout avantage matériel ou moral effectif et non théorique que le demandeur peut retirer de la demande qu'il intente au moment où il la forme" . La notion d'intérêt né et actuel rejoint celle de l'intérêt requis pour saisir la Commission de l'Union européenne.

En effet, comme le précise l'article 3 §2b du règlement CEE n° 17, "les personnes physiques et morales qui font valoir un intérêt légitime" peuvent saisir la Commission lors d'une infraction aux articles 85 et 86 du traité de Rome, dispositions qui ont directement inspiré la rédaction des articles de loi 2 et 3 de la LPCE du 5 août 1991.

Tout tiers qui peut prouver que le comportement anticoncurrentiel incriminé lui porte préjudice, même potentiellement, est considéré comme ayant un intérêt légitime à la cessation du comportement litigieux .

### La plaignante justifie-t-elle de l'intérêt requis par la loi?

D'après UBA, les prix pratiqués en Communauté française de Belgique par TVB sont artificiellement élevés et se situent parmi les plus hauts d'Europe, sans aucune justification objective.

UBA justifie donc de l'intérêt requis par la loi dans la mesure où ayant pour activité principale de défendre les intérêts de ses membres, la plainte introduite par elle vise à permettre à ses membre d'acheter des espaces publicitaires disponibles sur la chaîne de leur choix sans devoir passer par une société de vente en commun, à un prix concurrentiel déterminé par des conditions normales de marché.

### 4.2. La notion d'entreprise

En vertu de l'article 1er a, de la loi, celle-ci s'applique aux entreprises, c'est-à-dire à "toute personne physique ou morale poursuivant de manière durable un but économique".

TVB, IP, RMB, RTL-TVI et RTBF sont des entreprises au sens de l'article 1er précité.

### 4.3. Conclusion

Au moment du dépôt de la plainte, celle-ci était recevable.

## 5. Évènements intervenus depuis le dépôt de la plainte

### 5.1. La demande de mesures provisoires introduite par UBA

Le 14 juin 1996, UBA a introduit auprès du Conseil de la concurrence une demande de mesures provisoires.

UBA reprochait aux régies publicitaires et chaînes de télévision de la Communauté française de négocier activement sous l'égide de la Communauté française, les conséquences du démantèlement du

mécanisme TVB et son remplacement éventuel par d'autres mécanismes de répartition des recettes publicitaires. UBA craignait que l'Exécutif de la Communauté française soit amené à adopter dans les jours qui suivaient un arrêté abrogeant le système existant et, donnerait force réglementaire aux nouveaux accords qui se négociaient et qui auraient pour objet ou pour effet de permettre la fixation des prix des espaces publicitaires à un niveau artificiellement élevé.

Le 19 juillet 1996, la Présidente du Conseil de la concurrence rendait sa décision dans laquelle elle déclarait la demande de mesures provisoires non fondée car les conditions n'étaient pas toutes réunies en l'espèce, et notamment que l'existence d'un accord entre les chaînes concernées ou d'une proposition commune visant l'abrogation ou la modification du dispositif TVB n'apparaissait pas *prima facie* dans les pièces produites.

## 5.2. La disparition de TVB

En juin 1996, la RTBF, RTL et leurs régies décident de mettre fin au dispositif TVB par lequel les chaînes vendaient ensemble depuis 7 ans leurs espaces publicitaires et se partageaient les recettes.

Le 25 juillet 1996, le gouvernement de la Communauté française décida d'abroger les arrêtés d'application du décret qui confiaient à TVB l'exclusivité de cette commercialisation et qui organisait pratiquement le partage des recettes.

D'autre part, le gouvernement conclut un accord avec chaque chaîne fixant certaines conditions (ex: pour la RTBF, fixation notamment d'un plafond pour la diffusion de publicité à 6 minutes par heure et pour RTL-TVi accord qui lui assure le renouvellement de sa convention d'autorisation qui expirait fin 1996 à charge pour elle de maintenir ses engagements financiers dans l'audiovisuel, à un niveau indexé).

Dès lors, les deux régies publicitaires, IP et RMB reprirent leur liberté et TVB fut liquidée. L'abrogation de TVB n'a été effective que le 1er octobre 1996, afin de ne pas déstabiliser outre mesure la rentrée publicitaire et les contrats conclus.

Ainsi depuis le 1er octobre 1996, la libre concurrence publicitaire à la télévision s'est ouverte. Une libéralisation qui n'est cependant pas absolue puisque le gouvernement de la Communauté française et la RTBF ont signé un protocole d'accord (re)fixant certaines conditions imposées, comme sous l'ère TVB, à la télévision de service public (interdiction pour la RTBF de couper ses émissions, JT ou films par des écrans publicitaires, interdiction de dépasser une durée moyenne de 8 minutes de publicité par heure de transmission, ...).

Les deux régies ont retrouvé une liberté de tarification, laquelle ne se traduit pas par une augmentation des prix mais par une volonté d'assainissement de tarifs et de primes et autres avantages.

Dorénavant, les télévisions commercialisent directement leurs espaces publicitaires sans passer par une structure commune.

## 6. DELAI

L'article 48, §2 de la loi prévoit que le délai de prescription en ce qui concerne la procédure est de cinq ans à partir de la décision de procéder à une instruction d'office ou de la date de la saisine conformément à l'article 23, §1er.

Le dernier acte d'instruction fait par le Service est daté du 19 juillet 1996, et aucun autre acte d'instruction ou de décision n'a été fait dans les cinq ans qui ont suivi cette date. En conséquence, le délai de prescription visé à l'article 48, §2 de la loi est atteint .

Par ces motifs

### Le Conseil de la concurrence

- Constate l'expiration du délai d'instruction tel que visé à l'article 48, § 2, de la loi et, en conséquence, classe la plainte en cause.

Ainsi décidé le 29 octobre 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Madame Marie-Claude Grégoire, président de chambre, de Monsieur Jacques Schaar, de Monsieur Eric Balate, et de Madame Dominique Smeets, membres.

## **Décision n°2002-P/K-79 du 29 octobre 2002**

Affaire CONC-P/K-00/0038 Henri Koene / Litto-Color sa

Vu la plainte déposée le 3 août 2000 au secrétariat du Conseil de la concurrence ;

Vu le rapport du corps des rapporteurs du 6 mai 2002 ;

Vu la lettre de convocation à l'audience envoyée aux plaignants en date du 2 octobre 2002 ;

Entendu à l'audience du 29 octobre 2002 :

- Mme Bouillet et Mme Fassin, représentant le corps des rapporteurs, le plaignant, quoique régulièrement convoqué, n'ayant pas comparu ni personne en son nom

### **1. Les parties**

#### **1.1. Le plaignant**

Monsieur Henri KOENE exerçait, lors du dépôt de la plainte, la profession de photographe professionnel sans magasin.

#### **1.2. L'entreprise en cause**

Litto-Color, société anonyme de droit belge inscrite au registre de commerce à Ostende sous le n°31.013, est une entreprise de photofinishing qui offre, sous le nom de Labo Service Kodak, le service de photofinishing et autres services de traitement d'images sur le marché belge des revendeurs (matériel et accessoires photo) en Belgique et au Grand Duché du Luxembourg. Les revendeurs qui souhaitent adhérer au réseau "Labo Service Kodak" sont liés à Litto-Color par la signature d'une convention de collaboration.

### **2. Saisine**

Par note du 3 août 2000, le Conseil de la concurrence a transmis au Corps des rapporteurs la plainte déposée le même jour par Monsieur Henri KOENE à l'encontre de Litto-Color, pour violation de l'article 2 §1er e) et l'article 3 d) de la loi.

### **3. Objet de la plainte**

La convention de collaboration prévoit en son article 4:

"Vente de produits Kodak

Le revendeur s'engage également à offrir à sa clientèle, de façon préférentielle, les autres produits Kodak, principalement le film Kodak Gold, et de suivre loyalement les promotions et actions Kodak dans ce contexte.

La gamme des produits Kodak qui doivent obligatoirement être référencés par le revendeur est indiquée dans une liste mise à jour périodiquement par Kodak et qui est initialement jointe à la présente convention en annexe.

Le revendeur doit en permanence tenir en stock une proportion cohérente de tous les produits Kodak référencés (...), Les parties détermineront de commun accord pour chaque année les quotas d'achat minima (...).

Le revendeur s'engage à exposer en évidence au premier plan et de manière prépondérante les films Kodak proposés à la vente, de telle sorte que ces films soient clairement visibles pour la clientèle à l'intérieur du magasin."

Le plaignant considère que cet article 4 de la convention de collaboration qu'il a signée avec Litto color, est contraire à l'article 2 §1er e) et à l'article 3 d) de la loi.

#### 4. Les faits à l'origine de la plainte

Le 4 avril 1995, Monsieur Koene exerçant la profession de photographe et revendeur d'articles de photographie sous l'appellation "PHOT' HIBOU" a signé une convention de collaboration avec Litto-Color pour une durée de 5 ans avec tacite reconduction pour une nouvelle période d'un an, sauf si un préavis a été signifié par une des parties au moins trois mois avant la fin de la période en cours (art. 5).

Par cette convention, Monsieur Koene adhère au réseau "Labo Service Kodak" de Litto-Color. Il s'engage à apposer le matériel d'identification propre au réseau et à confier ses commandes photofinishing et autres traitements d'images au Labo Service Kodak. Il s'engage également à offrir, de façon préférentielle à sa clientèle les produits Kodak, principalement les films Kodak Gold et à réaliser un certain chiffre d'affaires avec Labo Service Kodak. En contrepartie, il reçoit notamment le matériel de publicité, l'enseigne et un budget publicitaire et bénéficie des promotions nationale et locales organisées par Labo Service Kodak.

Dans le courant 1996, le plaignant met unilatéralement un terme à la convention de collaboration en invoquant la mauvaise qualité des travaux confiés au laboratoire en cause. Litto-Color a dès lors assigné le plaignant devant le Tribunal de commerce de Bruges section Ostende pour rupture abusive de contrat.

Le 15 mai 1997, le Tribunal de commerce a condamné le plaignant par défaut, le contraignant à indemniser Litto-Color à concurrence de 1 500 000 francs augmenté des intérêts judiciaires et des frais d'instance.

Sur opposition formée par le plaignant le 26 juin 1997, le Tribunal de Commerce de Bruges section Ostende a confirmé, le 15 janvier 1999, le premier jugement.

L'intéressé a introduit appel de ce jugement devant la Cour d'appel de Gand. La procédure est toujours pendante, n'ayant pas été diligentée à ce jour.

Depuis lors, l'intéressé signale avoir remis son commerce sis à Rocourt en février 1998 et ouvert un commerce identique à Auvelais en avril 1999, cette dernière activité ayant été arrêtée 8 mois plus tard.

Au moment du dépôt de la plainte, le 3 août 2000, le plaignant se décrit comme photographe professionnel sans magasin.

#### 5. Recevabilité de la plainte

L'instruction des affaires par le Corps des rapporteurs se fait, conformément à l'article 23 §1er c), sur plainte d'une personne physique ou morale démontrant un intérêt direct et actuel dans le cas d'une infraction à l'article 2 §1er, à l'article 3 ou à l'article 12 §1er.

A cet égard, il y a lieu d'interpréter la notion d'intérêt direct et actuel au regard de l'article 18 du code judiciaire . Au sens de l'article 18 du Code judiciaire, l'intérêt né et actuel consiste "en tout avantage matériel ou moral effectif et non théorique que le demandeur peut retirer de la demande qu'il intente au moment où il la forme" . La notion d'intérêt né et actuel rejoint celle de l'intérêt requis pour saisir la Commission de l'Union européenne.

En effet, comme le précise l'article 3 §2b du règlement CEE n° 17, "les personnes physiques et morales qui font valoir un intérêt légitime" peuvent saisir la Commission lors d'une infraction aux articles 85 et 86 du traité de Rome, dispositions qui ont directement inspiré la rédaction des articles de loi 2 et 3 de la LPCE du 5 août 1991.

Tout tiers qui peut prouver que le comportement anticoncurrentiel incriminé lui porte préjudice, même potentiellement, est considéré comme ayant un intérêt légitime à la cessation du comportement litigieux .

### Le plaignant justifie-t-il de l'intérêt requis par la loi?

Le plaignant ayant cessé ses activités de revendeur en matériel et accessoires photo au moment de l'introduction de sa plainte, ne dispose plus de l'intérêt actuel requis par la loi.

En outre, le fait que la nullité de l'article 4 du contrat d'adhésion - voire du contrat en totalité - permettrait éventuellement au plaignant d'éviter d'être condamné pour rupture abusive de contrat ne constitue pas un intérêt légitime au sens de la loi.

En effet, que ce soit dans la plainte initiale ou dans sa réponse à une demande de renseignements du Service de la concurrence, le plaignant précise que le but de la plainte est de trouver un argument supplémentaire pour sa défense devant la Cour d'appel de Gand, à savoir la nullité de l'article 4 de la convention de collaboration pour violation des articles 2 § 1er e) et 3 d) de la loi. On peut à cet égard relever que ce moyen de nullité de la convention n'a pas été invoqué devant le Tribunal de commerce de Bruges.

Dans le cas d'espèce, l'intérêt du plaignant ne trouve pas sa source dans une prétendue pratique restrictive de concurrence liée à la convention de collaboration en cause et qui lui serait préjudiciable, mais bien dans la contestation de la décision du Tribunal de commerce de Bruges le condamnant pour rupture abusive d'une relation contractuelle.

Par ces motifs,

### Le Conseil de la concurrence

- Constate que Monsieur Koene ne dispose pas de l'intérêt direct et actuel prévu à l'article 23, § 1er, c) de la loi ;
- Déclare en conséquence la plainte irrecevable ;
- Classe le dossier en application de l'article 24 § 2 de la loi.

Ainsi décidé le 29 octobre 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Jacques Schaar, président de chambre, de Madame Marie-Claude Grégoire, de Monsieur Eric Balate, et de Madame Dominique Smeets, membres.



## **Beslissing nr. 2002-P/K-80 van 5 november 2002**

Inzake:

NATIONALE UNIE VAN BELGISCHE EXPORTEURS VAN LAND- EN TUINBOUWPRODUCTEN ("Nubelt"), met maatschappelijke zetel te Kempenarenstraat 64, B-2860 Sint-Katelijne-Waver.

Tegen:

VENNOOTSCHAP MECHELSE VEILINGEN CVBA ("VMV"), met maatschappelijke zetel te Kempenarenstraat 64, bus 1, B-2860 Sint-Katelijne-Waver.

BELGISCHE FRUITVEILING CVBA ("BFV"), met maatschappelijke zetel te Montenakenweg 82, B-3800 Sint-Truiden.

VEILING BORGLOON CV ("VB"), met maatschappelijke zetel te Kernielerweg 17 B, B-3840 Borgloon.

VEILING HASPENGOUW CVBA ("VHA"), met maatschappelijke zetel te Tongersesteenweg 152, B-3800 Sint-Truiden.

VEILING DER KEMPEN ("VDK"), thans VEILING HOOGSTRATEN CV ("VHO"), met maatschappelijke zetel te Loenhoutsweg 59, B-2320 Hoogstraten.

LIMBURGSE TUINBOUWVEILING ("LTV"), met maatschappelijke zetel te Industrieweg, B-3540 Herk-de-Stad.

De Raad voor de Mededinging merkt op dat de VMV samen met de VHO en de LTV het zogenaamde VMS-systeem, of voluit Veiling Marketing Service, heeft opgericht. Bepaalde aantijgingen tegen VMV betreffen ook praktijken van VMS wat tot gevolg heeft dat ook de VHO en de LTV door de Dienst voor de Mededinging bij het onderzoek werden betrokken. De Raad voor de Mededinging is van oordeel dat de VHO en de LTV als partijen in deze procedure moeten worden beschouwd. Zelfs al heeft Nubelt VHO en LTV niet in zijn klacht vermeld, kan de Raad voor de Mededinging ook andere ondernemingen dan deze die uitdrukkelijk in de klacht worden vermeld sanctioneren indien blijkt dat zij een inbreuk zouden hebben gepleegd op de Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging. De Raad voor de Mededinging verwijst in dit verband naar een arrest van het Hof van Beroep te Brussel waar het Hof besliste dat "le plaignant se limite (...) à révéler à l'autorité publique une situation dont il prétend qu'elle porte atteinte à la libre concurrence; (...) passé ce stade, son rôle s'estompe pour ne plus laisser en présence que le Conseil de la Concurrence, gardien du respect de la loi sur la protection de la concurrence économique, et les entreprises, personnes physiques ou morales, qui ont adopté un comportement anticoncurrentiel." (Hof van Beroep te Brussel, arrest van 4 september 1996, Agicoa t. Belgische Staat, B.S., 14 september 1996, p. 24190).

"Het Hof van Beroep besliste dat de klager zich ertoe beperkte aan de overheid een situatie te bekennen, waarvan hij beweert dat zij de vrije mededinging aantast; (...) voorbij dit stadium vervaagt zijn rol teneinde enkel de aanwezigheid te laten van de Raad voor de Mededinging, bewaarder van de naleving van de Wet tot bescherming van de Economische Mededinging en de ondernemingen, natuurlijke of rechtspersonen, die een anti-concurrentiële gedraging hebben aangenomen." (vrije vertaling)

De Raad voor de Mededinging meende daarom dat ook deze ondernemingen moesten worden opgeroepen en in de gelegenheid moesten worden gesteld zich te verdedigen over de hen ten laste gelegde praktijken.

Gelet op de klacht van 3 oktober 1996 van Nubelt, door de Dienst voor de Mededinging geregistreerd op 4 oktober 1996 onder het nummer I/O-96/20.

Gelet op het onderzoeksverslag van de Dienst voor de Mededinging van 27 april 1998 dat op 11 mei 1998 aan de Raad voor de Mededinging werd overgemaakt.

Gelet op de Wet van 5 augustus 1991 tot Bescherming van de Economische Mededinging (hierna de "WBEM").

Gelet op de memories die door de diverse partijen werden neergelegd, met name :

- De memorie van antwoord van Nubelt, neergelegd op 24 mei 2002;
- De voorlopige memorie van VMV, neergelegd op 15 februari 2002 in een vertrouwelijke versie en op 27 februari 2002 in een niet-vertrouwelijke versie; de tweede voorlopige memorie van VMV, neergelegd op 12 april 2002 in een vertrouwelijke versie en op 24 april 2002 in een niet-vertrouwelijke versie en de aanvullende voorlopige memorie van VMV, neergelegd op 5 juli 2002;
- Het schrijven van de VHO neergelegd op 15 februari 2002, de eerste voorlopige memorie van de VHO neergelegd op 12 april 2002 in een vertrouwelijke versie en op 24 april 2002 in een niet-vertrouwelijke versie, en de aanvullende voorlopige memorie van de VHO, neergelegd op 5 juli 2002;
- Het schrijven van VMS neergelegd op 15 februari 2002 (met in bijlage de jaarrekening VMS 2002);
- De memorie van antwoord van BFV, neergelegd op 14 februari 2002, de aanvullende memorie van antwoord van BFV met bijlagen, neergelegd op 12 april 2002 en de tweede aanvullende memorie van antwoord van BFV neergelegd op 5 juli 2002;
- Het schrijven van de VB neergelegd op 15 februari 2002, de tweede memorie van de VB neergelegd op 21 mei 2002 en de synthese-memorie van de VB neergelegd op 5 juli 2002;
- De memorie van antwoord van VHA neergelegd op 13 februari 2002, de eerste definitieve memorie van antwoord van VHA met bijlagen neergelegd op 11 april 2002 en de tweede definitieve memorie van antwoord van VHA ( met bijlagen) neergelegd op 2 juli 2002.
- Gezien de bemerkingen door de Dienst voor de Mededinging neergelegd op 12 juni 2002.

Gehoord op de zitting van 1 maart 2002:

- De Dienst voor de Mededinging, vertegenwoordigd door de heer Johan Isselée;
- Nubelt, vertegenwoordigd door de heer Antoine Gielen en bijgestaan door meester Rony Gerrits, advocaat te Brussel;
- De VMV, vertegenwoordigd door de heer Op De Beeck en bijgestaan door meester Dirk Arts, advocaat te Brussel;
- De VHO, vertegenwoordigd door de heer Paul Van der Hallen en bijgestaan door meester Dirk Arts, advocaat te Brussel;
- De VHA, vertegenwoordigd door de heer R. Kuipers en bijgestaan door meester Jean De Brabander, advocaat te Borgloon;
- De BFV, vertegenwoordigd door meester Stefan Sablon, advocaat te Brussel;
- De VB, vertegenwoordigd door meester Jo Everaerts, advocaat te Sint-Truiden;
- De LTV, vertegenwoordigd door de heer Jeurissen.

Gehoord op de zitting van 20 september 2002:

- De Dienst voor de Mededinging, vertegenwoordigd door de heer Johan Isselée;
- Nubelt, vertegenwoordigd door de heer Antoine Gielen en bijgestaan door meester Rony Gerrits, advocaat te Brussel;
- De VMV, vertegenwoordigd door de heer Op De Beeck en bijgestaan door meester Dirk Arts, advocaat te Brussel ;
- De VHO, vertegenwoordigd door de heer Opdekamp en bijgestaan door meester Dirk Arts, advocaat te Brussel;
- De VHA, vertegenwoordigd door de heer R. Kuipers en bijgestaan door meester Jean De Brabander, advocaat te Borgloon;

- DE BFV, vertegenwoordigd door meester Goedele Clauwers, loco meester Stefan Sablon, advocaat te Brussel;
- De VB, vertegenwoordigd door meester Jo Everaerts, advocaat te Sint-Truiden;
- De LTV, alhoewel behoorlijk opgeroepen, is niet ter zitting verschenen

## 1. De klacht

Op 3 oktober 1996 werd door Nubelt, de Nationale Unie van Belgische Exporteurs van Land- en Tuinbouwproducten, een klacht ingediend bij de Dienst voor de Mededinging wegens inbreuk op het verbod van restrictieve mededingingspraktijken in de zin van artikel 4 van de WBEM tegen enerzijds VMV en anderzijds tegen BFV, VB en VHA.

Nubelt is een vereniging zonder winstoogmerk, opgericht op 10 januari 1976, waarvan het doel de sociale, economische, juridische, fiscale, administratieve en culturele begeleiding is van haar leden, allen exporteurs in land- en tuinbouwproducten.

Het aantal leden van Nubelt zou ongeveer 66% van het totaal aantal exporteurs bedragen en zij zouden instaan voor 75% van de totale export van land- en tuinbouwproducten.

De restrictieve mededingingspraktijken die het voorwerp uitmaken van de klacht betreffen inbreuken op de artikelen 2, §1 en 3 van de WBEM.

Tot een inbreuk op artikel 2, §1 van de WBEM besluit Nubelt uit het bestaan van mededingingsbeperkende clausules in de kopersreglementen van de BFV, de VB en VHA. Volgens Nubelt strekken de artikelen 3 en 10 van deze kopersreglementen ertoe de mededinging te beperken, daar zij ten opzichte van handelspartners ongelijke voorwaarden toepassen bij gelijkwaardige prestaties.

De misbruiken van machtspositie in hoofde van de fruitveilingen, die een inbreuk vormen op artikel 3 van de WBEM bestaan volgens Nubelt onder meer, maar niet louter, uit het hanteren van uitsluitingen zonder objectieve redenen, het toekennen van kortingen aan Belgische grootwarenhuisketens, verkoopswegering, onbillijke verkoopprijzen en contractuele voorwaarden.

VMV maakt volgens Nubelt voornamelijk misbruik van haar machtspositie op de Belgische markt van de klokverkoop van producten van de tuinbouw, inzonderheid groenten, om de markt van de export van tuinbouwproducten binnen te treden. Dit betreft voornamelijk het zogenaamde VMS-systeem.

## 2. Het standpunt van de Dienst voor de Mededinging

2.1. De Dienst voor de Mededinging stelt aan de Raad voor de Mededinging voor om de klacht ontvankelijk te verklaren.

Tevens stelt de Dienst voor de Mededinging aan de Raad voor de Mededinging voor om de klacht gedeeltelijk gegrond te verklaren.

Inzake de toepassing van artikel 2, §1 van de WBEM stelt de Dienst voor de Mededinging vast dat :

1. Artikel 3 van de kopersreglementen van BFV en VB, dat bepaalt dat de veiling zonder motivering afnemers kan weigeren,
2. Artikel 10 van de kopersreglementen van de BFV en VB, dat bepaalt dat de veiling zonder motivering afnemers kan uitsluiten,
3. De beslissingen van respectievelijk BFV en VB om twee exporteurs uit te sluiten overeenkomstig artikel 10 van hun kopersreglement, en

4. De beslissing van VHA om één exporteur uit te sluiten zonder verwijzing naar welk kopersreglement en/of andere tekst ook,

strijdig zijn met artikel 2, §1 van de WBEM, in zoverre de bedoelde artikelen en beslissingen de mededinging op de Belgische markt van de verkoop via de veiling van in België geteeld fruit merkbaar belemmeren. De vernoemde artikelen stemmen niet overeen met wat het Europees mededingingsrecht omschrijft als "objectieve vooraf opgestelde voorwaarden" en de beslissingen die erop steunen, steunen derhalve niet op dezelfde "objectieve vooraf gestelde voorwaarden". Tenslotte, voor een beslissing die niet steunt op een kopersreglement en/of een andere tekst geldt het voorafgaande per definitie.

De Dienst voor de Mededinging stelt ook vast dat het probleem van de niet-conforme etiketten, waarnaar Nubelt in zijn klacht verwijst, niet onder het toepassingsgebied van artikel 2, §1 van de WBEM valt en dat de klacht op dit punt ongegrond is.

Inzake de toepassing van artikel 3 van de WBEM stelt de Dienst voor de Mededinging vast dat :

1. De hoger vermelde praktijken strijdig zijn met artikel 3 van de WBEM. Zij vormen een misbruik van gezamenlijke machtspositie door de fruitveilingen op de Belgische markt van de verkoop via de veiling van in België geteeld fruit.
2. Het opnemen in een kopersreglement en het toepassen van te vage en/of onduidelijke bepalingen inzake de klachten- en aansprakelijkheidsregeling, bij de BFV en de VB, en het afwenden van hun verantwoordelijkheid na een onredelijk korte termijn na verlading strijdig zijn met artikel 3 van de WBEM. Voor de VHA geldt mutadis mutandis hetzelfde, met dien verstande dat er bij de VHA geen reglementaire grondslag is voor hetzelfde handelen.
3. Een laatste misbruik van de gezamenlijke machtspositie van de fruitveilingen het verlenen van kortingen op basis van andere dan "objectieve criteria" is.

De Dienst voor de Mededinging stelt ook vast dat de VMV en de VDK (thans de "VHO") misbruik maken van hun gezamenlijke machtspositie, en dus een inbreuk begaan op artikel 3 WBEM, door een discriminerende en niet-transparante prijzenpolitiek te hanteren door middel van het zogenaamde VMS-systeem.

Om de veilingen tegemoet te laten komen aan zowel de bezwaren inzake de inbreuken op artikel 2, §1 van de WBEM als inzake de inbreuken op artikel 3 van de WBEM, stelt de Dienst voor de Mededinging een aantal concrete maatregelen voor, waarbij het accent ligt op duidelijkheid en transparantie, wat onder meer mogelijk kan worden gemaakt door te zorgen voor een voldoende schriftelijke basis van het handelen van zowel de fruitveilingen als de VMV, de VDK (thans de "VHO") en VMS.

De Dienst voor de Mededinging merkt tenslotte op, voornamelijk in verband met het misbruik van gezamenlijke machtspositie, dat bepaalde handelingen die de VMK en de VDK (thans de "VHO") gezamenlijk, door middel van VMS stellen, ook worden gesteld door de fruitveilingen. Deze problematiek heeft niet het voorwerp uitgemaakt van een afzonderlijk onderzoek, al heeft de Dienst voor de Mededinging er wel meermaals de nadruk op gelegd dat ditzelfde handelen wellicht eveneens als strijdig met artikel 3 van de WBEM moet worden beschouwd. De Dienst voor de Mededinging is van oordeel dat de beslissing van de Raad voor de Mededinging in verband met het VMS-systeem bijzonder richtinggevend kan zijn voor de bedoelde problematiek.

2.2. In zijn bemerkings neergelegd op 12 juni 2002 handhaaft de Dienst voor de Mededinging zijn opmerkingen en merkt de Dienst voor de Mededinging tevens op dat, aangezien het VMS-systeem vervangen lijkt te zijn door het samenwerkingssysteem Lava, het de Dienst voor de Mededinging onmogelijk lijkt om hierover een standpunt in te nemen, zonder voorafgaandelijk onderzoek naar dit

Lava-systeem. Wat dit samenwerkingssysteem Lava betreft, meent de Dienst voor de Mededinging dat een nieuw onderzoek eventueel zal moeten uitmaken welke eventuele bemerkingen door (de Dienst) en het Korps verslaggevers dienen gemaakt te worden. De Dienst richt zich naar de te nemen beslissing van de Raad ter zake.

### 3. Het standpunt van de partijen

De partijen beroepen zich in essentie op de onontvankelijkheid van de klacht wegens het verstrijken van de redelijke termijn in strijd met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden en de onbevoegdheid van de Raad voor de Mededinging wegens het bestaan van Verordening 2200/96. Tevens maken zij een aantal bemerkingen inzake de toegang tot het dossier en de vertrouwelijkheid van een aantal stukken. Ten gronde tenslotte betwisten zij dat er een inbreuk zou zijn op de artikelen 2 en 3 van de WBEM.

### 4. Beoordeling

#### 4.1. De toepasselijke wet

Huidige procedure werd op 4 oktober 1996 ingeleid onder toepassing van de Wet van 5 augustus 1991 tot Bescherming van de Economische Mededinging.

De gewijzigde Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd bij Koninklijk Besluit van 1 juli 1999, bepaalt dat deze gewijzigde wet niet van toepassing is op de procedures die hangende zijn bij de Raad voor de Mededinging of bij het Hof van Beroep te Brussel op het ogenblik van de inwerkingtreding van deze gewijzigde wet (artikel 47 van de Wet van 26 april 1999 (II)), namelijk 1 oktober 1999.

De Raad voor de Mededinging beschouwt dat een procedure bij hem hangende is op het ogenblik dat hem een verslag werd voorgelegd door de Dienst voor de Mededinging vóór 1 oktober 1999 (zie onder andere beslissing van de Raad voor de Mededinging van 3 april 2002, nr. 2002-P/K-27, Degheldere t. N.V. Brugs Persagentschap, nog niet gepubliceerd in het B.S.; beslissing van de Raad voor de Mededinging van 22 mei 2002, nr. 2002-P/K-36, Ludwig Van der Auwera t. Ziekenfondsen, Artsensyndicaten en de Belgische Staat, nog niet gepubliceerd in het B.S. en beslissing van de Raad voor de Mededinging van 19 juni 2002, nr. 2002-P/K-45, Marc De Smet BVBA t. Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars, nog niet gepubliceerd in het B.S.).

In casu werd het verslag van de Dienst voor de Mededinging aan de Raad voor de Mededinging overgemaakt op 11 mei 1998. De zaak was dus reeds aanhangig bij de Raad voor de Mededinging op het ogenblik dat de gewijzigde wet in werking trad.

Bijgevolg is de gewijzigde wet tot Bescherming van de Economische Mededinging niet van toepassing op deze zaak en gelden de bepalingen van de wet tot Bescherming van de Economische Mededinging van 5 augustus 1991 zoals deze golden vóór de inwerkingtreding van de gewijzigde wet.

#### 4.2. Ontvankelijkheid

Overeenkomstig artikel 23, lid 1, c) van de WBEM moet de klager het bewijs leveren van een rechtstreeks en dadelijk belang bij het indienen van een klacht.

Het belang van Nubelt, die een ondernemingsvereniging is, vloeit rechtstreeks voort uit de mogelijkheid de belangen van haar leden te behartigen. Er bestaat weinig twijfel over dat dit ook de mogelijkheid omvat een procedure in te leiden bij de Dienst voor de Mededinging en/of de Raad voor de Mededinging, wanneer één van haar leden gewag zou maken van een voldoende belang. Dit wordt bevestigd door de rechtspraak van het Gerecht van eerste aanleg (Gerecht, 24 januari 1995, Bureau

européén des médias de l'industrie musicale (BENIM) t. Commissie, T-114/92, Jur. 1995, II-147) en door de parlementaire voorbereidingen van de WBEM (Gedr. St. Senaat, 1990-91, nr. 1286/2, p. 55-56). Het belang van een ondernemersvereniging, is zo meent de Raad voor de Mededinging, immers niets anders dan het belang van haar leden. Dit is in casu het geval voor alle exporteurs-afnemers van de eerder vernoemde veilingen in het algemeen, en voor de enkele exporteurs die, volgens Nubelt, al in de praktijk werden geconfronteerd met heel concrete inbreuken op de WBEM.

Het belang is rechtstreeks vermits de leden van Nubelt er alle belang bij hebben dat een bepaalde gedraging wordt stopgezet omdat deze hen mogelijkwijze schade berokkent. Er kan immers een oorzakelijk verband bestaan tussen de beweerde inbreuken en de geleden schade.

Het dadelijk belang van Nubelt kan volgens de Raad voor de Mededinging worden afgeleid uit de gevolgen van de bovenvermelde gedragingen. Het belang is dus geenszins eventueel of hypothetisch, hetzij voor de kopers van de veilingen in het algemeen, hetzij voor bepaalde kopers die meer dan anderen het voorwerp zijn geweest van deze gedragingen.

De klager heeft dus een rechtstreeks en dadelijk belang aangetoond.

De Raad voor de Mededinging heeft beslist dat een klacht onontvankelijk is, wanneer de ingeroepen feiten geenszins feiten zijn die onder het toepassingsgebied van de WBEM kunnen vallen of de klacht steunt op beweringen waarvan de waarachtigheid door niets kan worden aangetoond of op feiten waarvoor geen afdoende bewijselementen worden aangebracht (Beslissing van de Raad voor de Mededinging van 6 september 1994, Degheldere t. Regma Belgium NV, T.B.H., 1995, blz. 338 en beslissing van de Raad voor de Mededinging van 19 juni 2002, nr. 2002-P/K-45, Marc De Smet BVBA t. Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars). Deze rechtspraak werd later overgenomen in artikel 3, §2 van het Koninklijk Besluit van 22 januari 1998 betreffende het indienen van de klachten en verzoeken bedoeld bij artikel 23, §1, c) en d) van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging (B.S., 24 april 1998, blz. 12644). Artikel 3, §2 van de WBEM bepaalt dat de klachten omstandig moeten zijn en op duidelijke wijze de betrokken mededingingspraktijken moeten omschrijven. De klachten dienen tevens ondersteund te worden door afdoende bewijskrachtige elementen.

Aan beide voorwaarden werd voldaan. Zoals uit de feiten blijkt heeft klager afdoende bewijsgegevens bijgebracht en heeft zij zich op aannemelijke wijze op de artikelen 2 en 3 van de WBEM beroepen.

De klacht is bijgevolg ontvankelijk.

### 4.3. Procedure

#### 4.3.1. Schending van artikel 6, lid 1 EVRM

Op 3 oktober 1996 werd door Nubelt een klacht neergelegd bij de Dienst voor de Mededinging. Op 27 april 1998 beëindigde de Dienst voor de Mededinging haar onderzoek en maakte op 11 mei 1998 een onderzoeksverslag over aan de Raad voor de Mededinging.

Het onderzoeksverslag van de Dienst voor de Mededinging werd op 24 januari 2002 aan de betrokken partijen ter kennis gebracht door de adjunct-secretaris van de Raad voor de Mededinging. Tevens werden de betrokken partijen bij brief van 24 januari 2002 door de adjunct-secretaris van de Raad voor de Mededinging uitgenodigd voor het bijwonen van een hoorzitting voor de Raad voor de Mededinging op 1 maart 2002. Op de hoorzitting van 1 maart 2002 verzochten de partijen om conclusietermijnen.

Een tweede hoorzitting voor de Raad voor de Mededinging werd gehouden op 20 september 2002.

De betrokken partijen kregen dus kennis van het onderzoeksverslag van de Dienst voor de Mededinging minder dan 45 maanden nadat dit aan de Raad voor de Mededinging werd overgemaakt en werden ook uitgenodigd voor een hoorzitting binnen een termijn van 48 maanden na het neerleggen van het onderzoeksverslag.

Huidige beslissing van de Raad voor de Mededinging wordt genomen binnen een termijn van 55 maanden nadat het onderzoeksverslag van de Dienst voor de Mededinging aan de Raad voor de Mededinging werd overgemaakt.

Uit de rechtspraak van het Gerecht van eerste aanleg kan worden afgeleid dat bij de afweging naar het al dan niet redelijk karakter van het nemen van een eindbeslissing na afloop van de onderzoeksprocedure onder andere rekening moet worden gehouden met de omstandigheden van de zaak en de complexiteit van de zaak (zie Gerecht, 22 oktober 1997, SCK en FNK t. Commissie, T-213/95 en T-18/96, Jur., 1997, II-1739, r.o. 57 en H.v.J., 17 december 1998, Baustahlgewebe GmbH t. Commissie, C-185/95, Jur., 1998, I-8417, r.o. 29). Gelet op de complexiteit van deze zaak, besluit de Raad voor de Mededinging dat de redelijke termijn niet werd overschreden en dat de door partijen ingeroepen schending van artikel 6, lid 1 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens niet kan worden weerhouden.

#### 4.3.2. Verhouding WBEM en Verordening 2200/96

De Raad voor de Mededinging is van oordeel dat het bestaan van een gemeenschappelijke marktordening voor groenten en fruit, zoals neergelegd in Verordening 2200/96 van de Raad van de Europese Unie, geen afbreuk doet aan de toepassing van de WBEM en meer bepaald de artikelen 2, §1 en 3 van de WBEM.

De mogelijkheid van een conflict tussen het landbouwbeleid en het mededingingsbeleid wordt erkend door de Europese wetgever. De verhouding tussen beide wordt geregeld door Raadsverordening 26/62 van 4 april 1962 (Pb EG van 20 april 1962, p. 993). Deze Verordening voorziet enkel in een beperkte inperking van de algemene toepassing van Artikel 81 EG-verdrag en voorziet niet in een beperking van de toepassing van Artikel 82 EG-Verdrag.

Artikel 2, §1 van Verordening 26/62 voorziet dat artikel 81, §1 van het EG-Verdrag niet van toepassing is in twee gevallen: (i) voor afspraken die een wezenlijk bestanddeel vormen van een nationale marktorganisatie en (ii) voor afspraken die vereist zijn voor de verwezenlijking van de in artikel 39 van het EG-Verdrag (thans artikel 33) omschreven doelstellingen. De Raad voor de Mededinging spreekt zich niet uit over de toepassing van artikel 2, §1 van Verordening 26/62 maar wenst te benadrukken dat deze uitzonderingen restrictief dienen te worden geïnterpreteerd (Gerecht, 14 mei 1997, Florimex BV en Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijproducten t. Commissie, T-70/92 en T-71/92, Jur., 1997, II-693).

De Raad voor de Mededinging wenst echter te benadrukken dat het Europese landbouwbeleid de toepassing van het nationale mededingingsrecht niet uitsluit. Er moet onder andere rekening gehouden worden met de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie in Walt Wilhelm die een parallelle toepassing van het Europese en nationale mededingingsrecht erkent (H.v.J., 13 februari 1969, Walt Wilhelm e.a. t. Bundeskartellamt, 14/68, Jur., 1969, 1). Er bestaat daarom geen enkele twijfel dat de Raad voor de Mededinging de WBEM kan toepassen met betrekking tot de mogelijks abusieve gedragingen van de veilingen.

De Raad voor de Mededinging verwijst hier eveneens naar de Conclusie van advocaat-generaal Stix-Hackl van 17 september 2002 in zaak C-123/00, R. v. The Monopolies and Mergers Commission and The Secretary of State for Trade and Industry (nog niet gepubliceerd in de Jur.). In deze zaak besluit de advocaat-generaal dat de nationale mededingingsautoriteiten bevoegd zijn om maatregelen te nemen ter afdwinging van hun nationale mededingingsregels, zelfs in deze sectoren waar een marktordening bestaat. Er worden hiervoor twee argumenten aangehaald. Enerzijds, omdat

mededinging een essentieel bestanddeel is van de gemeenschappelijke landbouwmarkt en anderzijds, omdat de toepassing van het Europese mededingingsrecht de toepassing van het nationale mededingingsrecht niet uitsluit (zie r.o. 39 en 40 van bovenvermelde Conclusie). De Raad voor de Mededinging sluit zich bij dit standpunt aan niettegenstaande het feit dat er op dit ogenblik nog geen arrest van het Hof is.

Tenslotte dient te worden opgemerkt dat de Belgische wetgever er voor gekozen heeft de WBEM van toepassing te verklaren in de landbouwsector zonder een uitzonderingsregime in het leven te roepen.

#### 4.3.3. Toegang tot het dossier en vertrouwelijkheid der stukken

Ten onrechte stellen (een aantal) partijen dat hun rechten van verdediging geschonden zouden zijn door het feit dat zij geen toegang tot het dossier zouden hebben. Vooreerst dient opgemerkt te worden dat de toepasselijke wet (zoals supra reeds uiteengezet) de wet van 5 augustus 1991 is. Artikel 27 § 1 van de Wet van 5 augustus 1991 bepaalt dat, indien het dossier vertrouwelijke stukken bevat, ze er door de Voorzitter van de Raad uit worden verwijderd. Bij beslissing inzake de vertrouwelijke stukken van het dossier van 24 januari 2002 werd een eerste beslissing genomen over de vertrouwelijkheid van de stukken. Door de aanvullende beslissing inzake de vertrouwelijke stukken van het dossier van 29 juli 2002 werd een tweede beslissing genomen over de vertrouwelijkheid van de stukken, waarbij de vertrouwelijkheid van alle oorspronkelijk "B" geclassificeerde stukken werd opgeheven zodat deze stukken door alle betrokken ondernemingen ingezien konden worden. In deze beslissing werd bovendien de toegang tot het dossier geregeld wat betreft de door partijen neergelegde memories evenals wat betreft de door de Dienst voor de Mededinging neergelegde bemerkingsen. Tenslotte werd in deze aanvullende beslissing ook een beslissing genomen inzake de toegang tot het dossier wat betreft de brieven die door Nubelt werden neergelegd op 3 juni 2002 en 4 juli 2002 en werd een beslissing over de vertrouwelijkheid van de bijlagen vermeld onder 6 van het gemotiveerd verslag van de Dienst voor de Mededinging genomen. Door deze beslissingen werd de toegang tot het dossier derhalve geregeld, zodat partijen ten onrechte menen dat hun rechten van verdediging zouden geschonden zijn. Enkel de stukken geclassificeerd als stukken "C" werden op grond van de beslissing inzake de vertrouwelijke stukken van het dossier van 24 januari 2002 als zakengeheimen beschouwd, waardoor de mededeling van deze stukken geweigerd werd aan andere partijen dan de verstrekkers van de inlichtingen en de stukken derhalve uit het dossier verwijderd werden ten aanzien van de overige betrokken ondernemingen.

Volledigheidshalve wordt nog opgemerkt dat de beslissing van de Raad voor de Mededinging niet steunt op stukken die uit het dossier zijn verwijderd. De betrokken ondernemingen hebben derhalve alle documenten "à charge" en "à décharge" ter kennis gekregen welke in de loop van het onderzoek door de Dienst voor de Mededinging werden vergaard of aan de Raad voor de Mededinging rechtstreeks werden overgemaakt, behoudens de documenten die onder het zakengeheim vallen.

#### 4.4. Ten gronde

##### 4.4.1. Inbreuk op artikel 2, §1 van de WBEM

Artikel 2, §1 van de WBEM verbiedt "alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemingsverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Belgische betrokken markt of op een wezenlijk deel ervan wordt verhinderd, beperkt of vervalst."

Voor de toepassing van artikel 2, §1 van de WBEM moet bijgevolg aan een aantal voorwaarden zijn voldaan:

1. het moet gaan om een afspraak, i.e. een overeenkomst, een besluit van een ondernemersvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging,



2. die op de betrokken markt in België of een wezenlijk deel daarvan
3. leidt tot een daadwerkelijke of potentiële, merkbare aantasting van de mededinging.

De Raad voor de Mededinging is van oordeel dat de BFV en de VB door middel van mededingingsbeperkende clausules neergelegd in hun kopersreglementen de mededinging merkbaar aantasten op de betrokken markt in België. De VHA beweert weliswaar over geen kopersreglement te beschikken maar er dient te worden vastgesteld dat naar de toepassing van een kopersreglement wordt verwezen op de achterzijde van haar facturen.

#### A. Een overeenkomst

De Raad voor de Mededinging is van oordeel dat de kopersreglementen als een overeenkomst in de zin van artikel 2, §1 van de WBEM moeten worden beschouwd tussen de veilingen enerzijds en de kopers anderzijds.

Volgens vaststaande beschikkingspraktijk van de Europese Commissie bestaat er geen enkele twijfel over dat een kopersreglement uitgevaardigd door een veiling als een "overeenkomst" in de zin van artikel 2, §1 van de WBEM dient te worden beschouwd (zie in dit verband o.a. beschikking 88/491/EEG van de Commissie van 26 juli 1988 inzake een procedure van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/31.379 – Bloemenveilingen Aalsmeer), PbEG L 262/27 van 22 september 1988).

De Raad voor de Mededinging wenst hieraan toe te voegen dat ook dat ook het éézijdig handelen van de veilingen onder het toepassingsgebied van artikel 2, §1 van de WBEM valt, hetzij t.o.v. een koper, die het kopersreglement heeft ondertekend, hetzij met een potentiële koper, die werd geweigerd. De Raad voor de Mededinging wenst in deze context op te merken dat het Europese Hof van justitie heeft bevestigd dat bepaalde vormen van éézijdig optreden binnen het toepassingsgebied van artikel 81, §1 van het EG-Verdrag vallen (zie o.a. H.v.J., 17 september 1985, Ford-Werke AG en Ford of Europe Inc. t. Commissie, gevoegde zaken 25 en 26/84, Jur., 1985, 2725). De Raad voor de Mededinging besluit hieruit dat ook éézijdig handelen gevat wordt door het verbod van artikel 2, §1 van de WBEM.

#### B. De betrokken markt

In dit onderdeel worden respectievelijk de dienstenmarkt en de geografische markt omschreven.

##### B.1. De relevante dienstenmarkt

De Raad voor de Mededinging meent dat eerst de vraag aan de orde is of er een onderscheid moet worden gemaakt tussen de diensten (i) klokverkoop, (ii) verkoop "buiten de klok om" en (iii) rechtstreekse verkoop door de telers. De Raad voor de Mededinging is van oordeel dat er minstens een onderscheid dient te worden gemaakt tussen de veilingverkoop (zijnde de klokverkoop en de verkoop buiten de klok om) en de rechtstreekse verkoop door de telers.

Vervolgens komt de vraag aan de orde of er per verkoopswijze een onderscheid dient te worden gemaakt tussen de verkoop van groenten en de verkoop van fruit, dan wel of er sprake is van slechts één markt, namelijk de verkoop via de veiling van tuinbouwproducten. Het lijkt duidelijk dat er minstens een onderscheid dient te worden gemaakt tussen de verkoop van groenten en fruit.

Als uitgangspunt kan worden genomen de "waarschijnlijke reactie van de afnemer (de exporteur) op een hypothetische kleine (5 tot 10 %) duurzame wijziging van de prijs" (Zie in dit verband de Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt, PbEG C 372 van 9 december 1997, paragraaf 17.)

Indien men de koper (exporteur) als uitgangspunt neemt, is het duidelijk dat er minstens een verschillende markt bestaat voor de verkoop via de veiling (klokverkoop en verkoop "buiten de klok om") en de rechtstreekse verkoop door de telers:

- Telers die lid zijn van een veiling zijn wettelijk en statutair verplicht 100% van hun afzet via de veiling te verhandelen. (Zie in dit verband artikel 11, lid 3 van Raadsverordening 2200/96 houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector groenten en fruit, PbEG, L 297/1 van 21 november 1996).
- De individuele telers die geen lid zijn van een veiling bieden slechts een beperkte hoeveelheid producten aan en kunnen niet voldoen aan de constante vraag van de kopers.

Indien men de koper (exporteur) als uitgangspunt neemt, lijkt er minstens een verschillende markt te bestaan voor de verkoop via de veiling van groenten en fruit:

- Het grootste deel van de veilingen zijn gespecialiseerd naar productgroep. Zij verkopen voornamelijk groenten dan wel fruit. Er bestaat dus geen substitueerbaarheid aan de aanbodzijde.
- Er bestaat ook geen substitueerbaarheid aan de vraagzijde. Het spreekt voor zich dat een koper (exporteur) die groenten wenst aan te kopen op de veiling niet aan de vraag van zijn klant kan voldoen door het leveren van fruit.

## B.2. De relevante geografische markt

De Raad voor de Mededinging is van oordeel dat de Belgische markt of een substantieel deel ervan als de relevante geografische markt moet worden weerhouden.

Zoals boven reeds vermeld is het uitgangspunt "de waarschijnlijke reactie van de koper (exporteur) op een hypothetische kleine (5 tot 10 %) duurzame wijziging van de prijs ."

Bij de afbakening van de geografische markt dient men te vertrekken van het standpunt van de koper (exporteur), niet de uiteindelijke consument noch de grootdistributie. Voor de exporteur aan wie de mogelijkheid wordt ontzegd op de veiling te kopen is dit vanzelfsprekend. Hij zal hoe dan ook op zoek moeten naar andere manieren om zijn producten te kopen, wat ongetwijfeld een meerkost zal betekenen. Het betekent echter ook en vooral dat hij van een belangrijk aanvoerkanaal wordt afgesneden. Voortaan moet hij bijvoorbeeld een beroep doen op onafhankelijke telers, een situatie die niet zo gunstig is, denkt men bijvoorbeeld alleen al aan de moeilijkheden die hij zal ervaren om bepaalde hoeveelheden op te kopen, of aan de moeilijkheden om producten van een bepaalde kwaliteit af te nemen. Voor andere handelingen is dit niet anders.

De aankopen door de Belgische exporteurs bij veilingen in het buitenland zijn verwaarloosbaar en vinden enkel sporadisch plaats in geval van schaarste. Het gemiddelde percentage per exporteur van aankopen in het buitenland is lager dan 3 % in het geval van fruit en lager dan 5 % wat betreft groenten. Dit wordt in de hand gewerkt door een aantal specifieke elementen, met name de bederfbaarheid van de goederen, de hoge waarde en het grote te vervoeren volume en de specialisatie van bepaalde veilingen die tot gevolg heeft dat het moeilijk is om zich te bevoorraden op andere veilingen voor een welbepaald soort product.

## C. Een daadwerkelijke of potentiële, merkbare aantasting van de mededinging

De WBEM verbiedt afspraken die de mededinging aantasten, dit wil zeggen "verhinderen, beperken of vervalsen".

Artikel 2, §1 van de WBEM geeft een niet-exhaustieve opsomming van afspraken die de mededinging aantasten. Artikel 2, §1 b) van de WBEM vermeldt dat "het beperken of controleren van de productie, de afzet, de technische ontwikkeling of de investeringen" als een inbreuk op artikel 2, §1 van de WBEM moet worden beschouwd. Artikel 2, §1 d) van de WBEM vermeldt dat "het ten opzichte van handelspartners toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties" als een inbreuk op artikel 2, §1 van de WBEM moet worden beschouwd.

Opdat artikel 2, §1 van de WBEM van toepassing zou zijn, is het voldoende dat de afspraak ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging wordt aangetast. Het gebruik van de woorden "er toe strekken" betekent dat afspraken, die de beperking van de mededinging beogen, als restrictief moeten worden aangemerkt, en derhalve verboden, zelfs wanneer zij (nog niet) de mededinging daadwerkelijk hebben aangetast.

### De kopersreglementen in abstracto

In casu strekken bepaalde artikelen uit de kopersreglementen van de BVF en de VB ertoe de mededinging te beperken, daar zij ten opzichte van handelspartners ongelijke voorwaarden toepassen bij gelijkwaardige prestaties.

#### **Artikel 3, lid 1 van het kopersreglement van de BFV**

Artikel 3, lid 1 van het kopersreglement van de BFV bepaalt dat de BFV "steeds het recht (heeft), (...), een kopersnummer te weigeren of uit te schakelen. Zowel de kassier als de directie hebben ook het recht eventueel een borgsom of voorschot te eisen vooraleer een kopersnummer toe te kennen, zonder dat zij voor deze beslissing verantwoording moeten geven aan de belanghebbende koper." (de Raad voor de Mededinging onderlijnt).

#### **Artikel 1, lid 2 van het kopersreglement van de VB**

Artikel 1, lid 2 van het kopersreglement van de VB bepaalt dat de VB "mits akkoord van de Directie (...) een kopernummer (kan) weigeren of uitschakelen. (...) Zij dien(t) voor deze beslissing geen verantwoording af te leggen aan de betreffende koper." (de Raad voor de Mededinging onderlijnt).

#### **De facturen en algemene voorwaarden van de VHA**

De VHA beweert niet over een kopersreglement te beschikken. Wel bestaan er algemene verkoopsvoorwaarden (op de achterzijde van de kopersfactuur) waarin er in paragraaf 1 wordt verwezen naar een (zogenaamd niet bestaand) kopersreglement. Ter zitting van 20 september 2002 heeft de VHA bevestigd dat deze verwijzing op de achterzijde van de facturen werd weggelaten, echter zonder dat hiervan aan de Raad voor de Mededinging een exemplaar ter verificatie werd voorgelegd. Zelfs indien de verwijzing naar het kopersreglement in de algemene voorwaarden van de VHA inderdaad inmiddels zou weggelaten zijn, impliceert dit geenszins dat de VHA niet in het verleden toepassing gemaakt heeft van een kopersreglement, nu de VHA er precies naar verwees in haar algemene voorwaarden. Het past dan ook aan de VHA te bevelen haar gewijzigde facturen bij te brengen zoals hierna bepaald.

Uit de bewoordingen van bovenvermelde kopersreglementen blijkt duidelijk dat de BFV en de VB, zonder enige objectieve rechtvaardiging, kopers kunnen uitsluiten van de toegang tot de veiling. Dergelijke clausules zijn strijdig met artikel 2, §1 van de WBEM. Uit de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie blijkt trouwens dat kopersreglementen die bepalen dat de toelating van nieuwe kopers afhankelijk wordt gesteld van een gunstig besluit van de statutaire bestuursorganen van de veiling, zonder verwijzing naar objectieve, vooraf opgestelde toelatingsvoorwaarden, een inbreuk vormen op artikel 81, §1 van het EG-Verdrag (zie o.a. Beschikking 77/66/EEG van de Commissie van 2 december 1977 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/28.948 – Bloemkool), PbEG L 21/23 van 26 januari 1978).

#### **Artikel 10 van het kopersreglement van de BFV**

Overeenkomstig artikel 10 van het kopersreglement van de BFV "(behoudt) de directie (...) zich het recht voor om ten allen tijde een kopersnummer uit te sluiten, zonder dat zij voor deze beslissing verantwoording moeten geven aan de belanghebbende koper." (de Raad voor de Mededinging onderlijnt).

#### **Artikel 10 van het kopersreglement van de VB**

Overeenkomstig artikel 10 van het kopersreglement van de VB heeft de directie "het recht om in soevereiniteit van beslissing en ten allen tijde een kopersnummer uit te sluiten of een nieuwe koper te

weigeren. Zij dient hiervoor geen verantwoording af te leggen aan de betreffende koper." (de Raad voor de Mededinging onderlijnt).

In tegenstelling tot artikel 3, lid 1 van het kopersreglement van de BFV en artikel 1, §2 van het kopersreglement van de VB, die betrekking hebben op de toegang tot de veiling, strekken de artikelen 10 van beide kopersreglementen ertoe veilingen de mogelijkheid te bieden exporteurs, éénmaal toegelaten, zonder enige objectieve rechtvaardiging van de veiling uit te sluiten. Naar analogie met de bovenvermelde Bloemkool-beschikking van de Europese Commissie, is een dergelijke clause strijdig met artikel 2, §1 van de WBEM. Er is immers geen objectieve reden waarom een discriminatoire toegangsregeling wel als strijdig met het mededingingsrecht zou aangemerkt worden, en een discriminatoire uitsluiting niet.

Wat de merkbaarheidsvereiste betreft, is het duidelijk dat, gezien het cumulatieve effect van de identieke kopersreglementen van de verschillende betrokken fruitveilingen, de restrictieve afspraken een meer dan onbeduidende invloed hebben op de Belgische betrokken markt zoals hierboven omschreven.

De Raad voor de Mededinging wenst tevens op te merken dat de bovenvermelde kopersreglementen van de BFV en de VB nooit werden aangemeld met het oog op verkrijgen van een negatieve verklaring of vrijstelling zoals ter zitting van 20 september 2002 door de partijen werd bevestigd na hieromtrent te zijn ondervraagd door de Raad voor de Mededinging.

De Raad voor de Mededinging stelt vast dat de betwiste artikelen uit de kopersreglementen van de BVF en de VB ook in de praktijk door deze veilingen werden toegepast. De Raad voor de Mededinging stelt vast er twee concrete gevallen van uitsluiting zijn en één geval van geïnciteerde uitsluiting. De twee concrete gevallen van uitsluiting worden hierna beschreven.

## De kopersreglementen in concreto

### Uitsluiting 1:

Een eerste geval betreft de uitsluiting van de NV [**VERTROUWELIJK**] door de BFV. Het betreft meer bepaald een uitsluiting naar aanleiding van een levering door de veiling die niet conform zou zijn geweest met de bestelling. De Raad voor de Mededinging merkt op dat de vertrouwelijkheid van de gegevens voor dit geval van uitsluiting uitdrukkelijk werd opgeheven.

De feiten kunnen als volgt worden samengevat:

De NV [**VERTROUWELIJK**] reageert telefonisch en per fax op 31 juli 1996 en deelt aan de veiling mee dat hij een tegensprekelijke expertise wil laten uitvoeren en dat hij "(zich) indien effectief blijkt dat de caliber en kwaliteit niet voldoen, (...) verplicht zal zien om de (...) ontstane kosten aan te rekenen (aan de veiling), t.w.: transport, verloren terugvracht en de douanekosten."

Op de uitnodiging aanwezig te zijn bij de expertise – met een omstandige beschrijving overigens van de geraamde kosten, die de veiling zullen worden aangerekend – wordt door de BFV niet gereageerd.

In een antwoord van 31 juli 1996 laat de BVF aan de NV [**VERTROUWELIJK**] weten dat "(zij) na verlading (...) geenszins verantwoordelijk (kan) worden gesteld voor eventuele kwaliteitsproblemen (zie kopersreglement)."

Op de expertise van 1 augustus 1996, die wordt uitgevoerd door AMACS N.V., wordt vastgesteld dat de producten niet aan de gewenste kwaliteit voldoen.

De NV [**VERTROUWELIJK**] richt op 17 september 1996 andermaal een schrijven aan de BFV met een "factuur voor de gemaakte kosten en opgelopen schade."

De BFV besluit uiteindelijk de NV [**VERTROUWELIJK**] uit te sluiten op basis van artikel 10 van het kopersreglement. De beslissing wordt gemotiveerd als volgt: "Het standpunt van de BFV in deze zaak is bekend (...) en blijft onveranderd, eveneens rekening houdend met de argumentatie van uw brief d.d. 29/11/96. Gezien de BFV geen nood heeft verder commerciële relaties te blijven onderhouden met een koper die louter fungeert als transporteur en die weigert enige verantwoordelijkheid te nemen over de goederen die hijzelf gekocht heeft, en die bij eventuele weigering van deze goederen door zijn afnemer bovendien nog een onaanvaardbare en hoogoverschatte schadeclaim factureert, zien wij ons verplicht het artikel 10 van ons kopersreglement toe te passen."

In de daarop volgende periode wordt de NV [**VERTROUWELIJK**] meermaals verhinderd te kopen op de betrokken veiling. Uiteindelijk werd de NV [**VERTROUWELIJK**], na het intrekken van zijn schadeclaim, toch weer toegelaten.

### **Uitsluiting 2:**

Een tweede geval betreft de uitsluiting van Deplecker-Lauwers door de VB. Het betrof een discussie over de kwaliteit van een lading aardbeien die resulteerde in de uitsluiting van Deplecker-Lauwers. Deze uitsluiting, alsmede de uitsluiting van een andere exporteur, meer bepaald Van Vliet, wordt door de VB expliciet bevestigd in een niet-vertrouwelijke brief aan de Raad voor de Mededinging van 15 februari 2002.

Bovenvermelde uitsluitingen door de BFV en de VB zijn geen alleenstaande gevallen maar hebben ook belangrijke gevolgen voor de handelswijze van andere kopers zoals blijkt uit de "geïnciteerde" uittreding van een koper die uit vrees voor represailles en uit vrees voor zijn reputatie in geval van een eventuele directe uitsluiting, besloot niet langer producten af te nemen bij de BFV na het protesteren van bepaalde facturen.

De Raad voor de Mededinging is van oordeel dat de twee bovenvermelde gevallen van uitsluiting niet berusten op objectieve gronden. De vage formulering van de artikelen 10 van de kopersreglementen van de BFV en de VB bevestigen deze stelling. De Raad voor de Mededinging besluit daarom dat deze uitsluitingen en de toepassing van de artikelen 10 van de kopersreglementen strijdig zijn met artikel 2, §1 van de WBEM.

### **3. De niet-conforme etiketten**

Wat de problematiek van de niet-conforme etiketten betreft, sluit de Raad voor de Mededinging zich aan bij het standpunt van de Dienst voor de Mededinging en besluit dat dit niet onder het toepassingsgebied van artikel 2, §1 van de WBEM valt en dat de klacht op dit punt ongegrond is.

De Raad voor de Mededinging besluit dat de artikelen 3, lid 1 en 10 van het kopersreglement van de BFV en de artikelen 1, lid 2 en 10 van het kopersreglement van de VB, alsmede de concrete toepassing van deze kopersreglementen door de BFV en de VB, strijdig zijn met artikel 2, §1 van de WBEM.

De Raad voor de Mededinging beslist dat de BFV en de BV geen gebruik meer kunnen maken van bovenvermelde artikelen uit hun kopersreglement of elke andere bepaling uit het kopersreglement die op een analoge wijze ertoe strekt de mededinging op de Belgische markt of een substantieel deel ervan te beperken of te verhinderen, doordat zij op een niet-objectieve wijze de toegang tot de veiling kunnen weigeren aan kopers of kopers op een niet-objectieve wijze kunnen uitsluiten.

De Raad voor de Mededinging beslist dat de BFV en de BVF binnen een termijn van drie maand te rekenen na de kennisgeving van deze beslissing hun gewijzigde kopersreglementen aan de Raad voor de Mededinging moeten overmaken op straffe van een dwangsom van 2.500 euro per dag vertraging conform artikel 36, §1 van de WBEM.

De Raad voor de Mededinging beslist dat aan de BFV en aan de VB elk een geldboete van 10.000 euro moet worden opgelegd conform artikel 36, §1 van de WBEM.

De Raad voor de Mededinging beveelt aan de VHA om 10 uitgaande facturen uit de maand oktober 2002 en één blanco originele factuur, waar op de achterzijde niet meer wordt verwezen naar een kopersreglement, binnen een termijn van drie dagen na de kennisgeving van deze beslissing over te maken aan de Raad voor de Mededinging op straffe van een dwangsom van 2.500 euro per dag vertraging.

De Raad voor de Mededinging beslist dat de problematiek van de niet-conforme etiketten niet onder het toepassingsgebied van artikel 2, §1 van de WBEM valt en dat de klacht op dit punt ongegrond is.

#### 4.4.2. Misbruik van machtspositie

De Raad voor de Mededinging wijst de klacht inzake misbruik van machtspositie en de mogelijke inbreuk op artikel 3 van de WBEM in hoofde van de BFV, de VB, de VHA en de LTV af, bij gebreke aan bewijs.

De Raad voor de Mededinging wenst op te merken dat hij zich in deze beslissing niet expliciet zal uitspreken over het bestaan van een mogelijk misbruik van een individuele dan wel gezamenlijke machtspositie door VMV en VHO via het VMS-systeem. Zoals door Nubelt tijdens de hoorzitting van 1 maart 2002 werd meegedeeld en bevestigd door de VMV tijdens de hoorzitting van 20 september 2002 is het VMS-systeem ondertussen vervangen door Logistieke en Administratieve Veilingassociatie (hierna "Lava") (zie het zittingsblad van de hoorzitting van 20 september 2002).

Er blijkt thans een commerciële samenwerking te bestaan tussen bijna alle Belgische veilingen (met uitzondering van de VB en de VHA) met betrekking tot de termijnverkoop. Volgens Nubelt is er echter niets veranderd inzake het totale gebrek aan transparantie van het bestaande trading platform, zoals gehanteerd door VMS, en de hieruit voortvloeiende misbruiken.

Volgens Nubelt is Lava een voortzetting en uitbreiding van het door de Dienst voor de Mededinging aangeklaagde VMS-systeem en wel om de volgende redenen:

- VMS is niet langer operatief en in staat van vereffening. Het trading platform (termijnverkoop buiten de klok om) dat oorspronkelijk door het VMS-systeem werd uitgebaat, wordt nu uitgebaat door Lava. Lava omvat alle Belgische veilingen die lid zijn van de Vereniging van Belgische Tuinbouwveilingen, met uitzondering van de VHA en de VB. De veilingen-vennoten van Lava zouden een gezamenlijk marktaandeel hebben op de Belgische veilingmarkt voor groenten van 99,72 % en op de Belgische veilingmarkt voor fruit van 57,34 %.
- De Raad van Bestuur van het VMS werd voorgezeten door de heer De Ridder; de Raad van Bestuur van Lava wordt voorgezeten door dezelfde persoon, namelijk, de heer De Ridder.
- De marketingfunctie binnen Lava werd aanvankelijk waargenomen door de heer Maarten De Moor, tevens het hoofd van marketing binnen de vroegere VMS-structuur.
- Het vroegere personeel van het VMS (met name de heren B. Cuypers en R. De Blaiser, evenals de secretaressen) is nu het personeel van Lava.
- De exploitatiezetel van Lava bevond zich aanvankelijk in de gebouwen van het VMV te Sint-Katelijne-Waver, waar ook de exploitatiezetel van het VMS gevestigd was.
- De Raad voor de Mededinging noteert de schijnbare toevalligheid dat VMS in de loop van 1998 haar activa heeft verkocht en haar dienstprestaties beëindigd heeft, waardoor VMS sedert 31 december 1998 een slapende vennootschap zou zijn (zoals de CVBA VMS zelf stelt in haar schrijven van 14 februari 2002 gericht aan de Raad voor de Mededinging) terwijl de oprichtingsakte van de CVBA Lava van dezelfde periode (in het bijzonder 20 augustus 1998) dateert, hetgeen de stelling zou bevestigen dat Lava in feite een verderzetting zou zijn van VMS.
- De Raad voor de Mededinging vindt het bovendien merkwaardig dat de Directeur van Lava het nodig geacht heeft bij de voorzitter van Nubelt aan te dringen (bij schrijven van 28 juni 2002) om Lava buiten het dossier

te houden, waarbij verwezen werd naar het feit dat de leden van Nubelt dagelijks een beroep doen op de diensten van Lava.

De Raad voor de Mededinging besluit daarom om zich nog niet uit te spreken over het VMS systeem en de mogelijke misbruiken van (gezamenlijke) machtspositie. Wat VMS/Lava betreft, verzoekt de Raad voor de Mededinging verzoekt op grond van artikel 23, §1 c) van de WBEM de Dienst voor de Mededinging - na de inwerkingtreding van de gewijzigde wet van 5 augustus 1991, zoals gecoördineerd bij koninklijk besluit van 1 juli 1999, het korps verslaggevers - om een onderzoek uit te voeren naar de verenigbaarheid met de WBEM en, zo nodig het Europese mededingingsrecht, van het Lava-systeem zoals uitdrukkelijk wordt gevraagd door Nubelt in zijn memorie van 24 mei 2002.

## Om deze redenen

### De Raad voor de Mededinging,

Verklaart de zaak gekend onder nummer I/O – 96/20 ontvankelijk.

Beslist dat de artikelen 3, lid 1 en 10 van het kopersreglement van de BFV en de artikelen 1, lid 2 en 10 van het kopersreglement van de VB strijdig zijn met artikel 2, §1 van de WBEM.

Beslist dat de BFV en de BV geen gebruik meer kunnen maken van bovenvermelde artikelen uit hun kopersreglement of elke andere bepaling uit het kopersreglement die op analoge wijze ertoe strekt de mededinging op de Belgische markt of een substantieel deel ervan te beperken of te verhinderen, doordat zij op een niet-objectieve wijze de toegang tot de veiling kunnen weigeren aan kopers of kopers op een niet-objectieve wijze kunnen uitsluiten.

Beslist dat de BFV en de BV binnen een termijn van drie maand te rekenen na de kennisgeving van deze beslissing hun gewijzigde kopersreglementen aan de Raad voor de Mededinging moeten overmaken op straffe van een dwangsom van 2.500 euro per dag vertraging conform artikel 36, §1 van de WBEM

Beslist dat aan de BFV en aan de VB elk een geldboete van 10.000 euro moet worden opgelegd conform artikel 36, §1 van de WBEM.

Beveelt aan de VHA om 10 uitgaande facturen uit de maand oktober 2002 en één blanco originele factuur, waar op de achterzijde niet meer wordt verwezen naar een kopersreglement, binnen een termijn van drie dagen na de kennisgeving van deze beslissing over te maken aan de Raad voor de Mededinging op straffe van een dwangsom van 2.500 euro per dag vertraging.

Beslist dat de problematiek van de niet-conforme etiketten niet onder het toepassingsgebied van artikel 2, §1 van de WBEM valt en dat de klacht op dit punt ongegrond is.

Beslist dat de klacht wegens inbreuk op artikel 3 van de WBEM in hoofde van de BFV, de VB, de VHA en de LTV ontvankelijk maar ongegrond is.

Verzoekt op grond van artikel 23, §1 c) van de WBEM de Dienst voor de Mededinging - na de inwerkingtreding van de gewijzigde wet van 5 augustus 1991, zoals gecoördineerd bij koninklijk besluit van 1 juli 1999, het korps verslaggevers - om een onderzoek uit te voeren naar de verenigbaarheid met de WBEM, en zo nodig het Europese mededingingsrecht, van het Lava-systeem.

Aldus uitgesproken op 5 november 2002, door de Kamer van de Raad voor de Mededinging samengesteld uit:

Mevrouw Béatrice Ponet, Voorzitter van de Raad voor de Mededinging, Kamervoorzitter, de heer Geert Zonnekeyn, de heer Patrick Van Cayseele en de heer Marc Jegers, leden van de Raad.

## **Décision n°2002-C/C-81 du 12 novembre 2002**

Affaire CONC-C/C-02/44 : Electrabel Customer Solutions S.A. / SEDILEC S.C.R.L.

En cause :

Electrabel Customer Solutions S.A. (ci-après "ECS"), ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent 8 ;

Sedilec S.C.R.L., intercommunale ayant pris la forme d'une S.C.R.L. (ci-après "Sedilec"), ayant son siège social à 1348 Louvain-la-Neuve, avenue Jean Monnet 2;

Vu la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 1er juillet 1999 (ci-après LPCE);

Vu la notification datée du 15 juillet 2002 et enregistrée sous les références CONC-C/C-02/44 d'une concentration qui consiste en la reprise par ECS, filiale d'Electrabel, de la clientèle de l'intercommunale Sedilec au fur et à mesure qu'elle devient éligible ;

Vu la décision n° 2002-C/C-63 du 30 août 2002 du Conseil de la concurrence constatant que cette opération suscite des doutes sérieux quant à son admissibilité et décidant d'engager la procédure prévue à l'article 34 de loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique ;

Vu les pièces des dossiers d'instruction (1e et 2e phase) ;

Vu le rapport motivé et le rapport motivé complémentaire du Corps des rapporteurs;

Vu les notes d'observations des parties notifiantes sur le rapport motivé et le rapport complémentaire du Corps des rapporteurs;

Vu les ordonnances autorisant l'audition des personnes justifiant d'un intérêt suffisant conformément à l'article 32 quater §2 LPCE ;

Vu la demande datée du 10 octobre 2002 par laquelle les parties notifiantes sollicitent conformément à l'article 34, §3 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, une prorogation du délai visé au paragraphe 1er de cet article jusqu'au 12 novembre 2002 ;

Vu la décision n° 2002-C/-75 du 16 octobre 2002 décidant de faire droit à cette demande des parties notifiantes et prorogeant le délai visé à l'article 34, §1 LPCE, jusqu'au 12 novembre 2002 ;

Vu les pièces transmises et jointes au dossier de la procédure ;

Entendus à l'audience du 6 novembre 2002,

Les intervenants :

- Mmes Christine Vanderveeren représentant la Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz en abrégé CREG assistée par Mme C. Miserque ;
- MM. Jan Robberechts, Rob Leonard et Philippe Putman représentant la S.A. Luminus assistés par Me Marc Van der Woude, avocat au barreau de Bruxelles ;
- MM. Dirk Meire et Lennart Deridder, Mme Kathleen Van Boxelaer représentant la N.V. Nuon Energy Trade & Wholesale assistés par Me Dirk Arts, avocat au barreau de Bruxelles ;

Les experts désignés par le Corps des rapporteurs:

- Francis Ghigny (expert désigné au sein de la Commission Wallonne pour l'Énergie en abrégé CWAPE) ;



- André Pictoel ( expert désigné au sein de la Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteit- en Gasmarkt en abrégé VREG) ;
- Barbara Heremans ( expert désigné au sein de la CREG) ;

En présence :

- des parties notifiantes, en l'espèce la S.A. ECS représentée par MM. Jean de Garcia et Patrick Baeten, assistés par Me Annick Vroninks et Me Vanig Kasparian, avocats au barreau de Bruxelles représentant également Sedilec ;
- du Corps des rapporteurs représenté par Monsieur Patrick Marchand, rapporteur ;
- du Service de la Concurrence représenté par Messieurs Gerry Marlière, Géry Marlière, Benjamin Matagne, Antoon Kyndt et Axel Frennet ;

Entendus à l'audience du 7 novembre 2002 :

- le Corps des rapporteurs représenté par Monsieur le rapporteur Patrick Marchand;
- les parties notifiantes, en l'espèce la S.A. ECS représentée par Monsieur Jean de Garcia et Monsieur Patrick Baeten, assistés par Me Alexandre Vandencastele, Me Dirk Brinckman et Me Annick Vroninks, avocats au barreau de Bruxelles représentant également l'intercommunale Sedilec ;
- la N.V. Nuon Energy Trade & Wholesale représentée par MM. Dirk Meire et Lennart Deridder assistés par Me Dirk Arts, avocat au barreau de Bruxelles ;

En présence du Service de la Concurrence représenté par Messieurs Gerry Marlière, Géry Marlière, Benjamin Matagne, Antoon Kyndt et Axel Frennet ;

Après en avoir délibéré, le Conseil de la concurrence prononce la décision suivante :

## 1. les parties notifiantes

### 1.1. Acquéreur

La société Electrabel Customer Solutions (ci-après "ECS") est une société anonyme de droit belge constituée par acte du 12 décembre 2001 publié dans les annexes du Moniteur belge du 28 décembre 2001, ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent, 8 et ayant pour objet la fourniture d'électricité et de gaz ainsi que la fourniture de produits et services y afférents.

La S.A. ECS est une filiale de la S.A. Electrabel et de la Naamloze Vennootschap voor de Oprichting en Uitbating van een FM- en TV-distributienet te Oostende en abrégé Teveo qui détiennent respectivement 49.999 actions et une action de celle-ci. La S.A. Teveo est pour sa part contrôlée par Electrabel qui détient 99,975 % de ses actions, l'actionnaire minoritaire étant M. Yvan Dupon, par ailleurs administrateur de la S.A. Electrabel. La société ECS est ainsi en fait une filiale à 100% de la S.A. Electrabel.

La société anonyme de droit belge Electrabel ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent, 8 est une entreprise active à tous les stades dans le secteur de l'électricité, de la production à la fourniture au client final, soit directement, soit par le biais de ses filiales.

### 1.2. Vendeur

La SCRL Sedilec (ci-après "Sedilec") est l'intercommunale pour la distribution d'énergie dans la province du Brabant wallon ;

Elle a comme activité principale la distribution d'électricité et de gaz aux clients situés sur le territoire des communes affiliées.

Sedilec est une intercommunale mixte à raison du fait qu'elle est constituée sur base d'un partenariat avec la S.A. Electrabel, actuellement actionnaire majoritaire. Toutefois, des dispositions

réglementaires et notamment les dispositions du décret du 5 décembre 1996 relatif aux intercommunales wallonnes, prévoient que les communes disposent toujours de la majorité des voix ainsi que de la présidence dans les organes de gestion et de contrôle dans ces intercommunales, et ce, quelque soit la proportion des apports des diverses parties à la constitution du capital.

### 1.3. Entreprise ou partie d'entreprise cible

L'opération vise la clientèle de Sedilec devenant éligible sur le marché de la fourniture d'électricité.

## 2. Description de l'opération

### 2.1. Préambule

La concentration notifiée s'inscrit dans le cadre de la libéralisation du marché de l'électricité décidée au niveau européen par la directive 96/92 du 19 décembre 1996 (Directive 96/92/CE du Parlement et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité publiée au JO L27 du 30 janvier 1997) qui impose une ouverture limitée et progressive du marché de l'électricité. Les modalités de cette libéralisation sont déterminées dans une réglementation fédérale et régionale en raison du fait que l'énergie en Belgique est une matière dont les compétences sont réparties entre l'autorité fédérale et les Régions.

De manière très schématique, l'État fédéral est compétent pour ce qui a trait à la production, au transport et aux tarifs. La distribution et la fourniture relèvent de la compétence des Régions.

Le cadre normatif en cette matière comprend notamment:

- la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après "loi électricité") publiée au Moniteur belge du 11 mai 1999;
- le décret de la région flamande du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité;
- le décret de la région wallonne du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et l'arrêté du gouvernement wallon du 21 mars 2002 relatif aux clients devenus éligibles et au contrôle de leur éligibilité ;
- l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en région de Bruxelles - Capitale;
- l'A.R. du 11 juillet 2002 relatif à la structure tarifaire générale et aux principes de base et procédures en matière de tarifs de raccordement aux réseaux de distribution et d'utilisation de ceux-ci, de services auxiliaires fournis par les gestionnaires de ces réseaux et en matière de comptabilité des gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité publié au Moniteur belge 27 juillet 2002 et entrant en vigueur le 1er janvier 2003.
- l'arrêté du gouvernement de la région de Bruxelles-Capitale du 18 juillet 2002 fixant les critères et la procédure d'octroi, de renouvellement, de cession et de retrait d'une autorisation de fourniture d'électricité publié au Moniteur belge du 6 novembre 2002.

Les seuils d'éligibilité ainsi que les dates d'ouverture du marché varient ainsi en fonction de la région et de la réglementation applicable.

A l'issue de cette libéralisation du marché de l'électricité, la distribution de l'électricité doit être scindée en deux activités devant être confiées à des sociétés distinctes:

- la gestion du réseau de distribution, qui englobe l'exploitation, la maintenance et le développement du réseau de distribution ;
- la vente d'électricité qui concerne l'approvisionnement en énergie des clients éligibles.

Dès 1996, des communes en partenariat avec Electrabel avaient décidé de poursuivre, au sein d'intercommunales mixtes, des activités de gestion du réseau de distribution et de vente à la clientèle.

Des statuts dits « de troisième génération » avaient à l'époque été rédigés et avaient reçu l'aval des autorités européennes pour ce qui concernait leurs aspects intracommunautaires.

Des intercommunales mixtes et notamment Sedilec assurent encore à l'heure actuelle la gestion du réseau de distribution et la fourniture d'électricité.

L'article 8, §1 du décret wallon relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité prévoit expressément que le gestionnaire du réseau de distribution ne peut réaliser des activités de production autres que de l'électricité verte ou de vente d'électricité autres que les ventes nécessitées par son activité de gestionnaire de réseau. Le gestionnaire du réseau de distribution ne peut ni s'engager dans des activités de fourniture aux clients éligibles ni dans la fourniture de services qui ne sont pas directement liés à l'exécution des tâches visées à l'article 11 (à savoir la gestion du réseau). Toutefois, à la demande des communes, le gestionnaire du réseau de distribution peut fournir l'électricité aux clients captifs.

Il s'ensuit que les intercommunales mixtes wallonnes, et notamment Sedilec, qui souhaitent être désignées comme gestionnaire de réseau de distribution, ne pourront plus en même temps fournir de l'électricité aux clients (devenus) éligibles.

Compte tenu des accords existants entre les intercommunales mixtes et Electrabel et des implications du processus de libéralisation, Electrabel et Intermix Wallonie (établissement d'utilité publique regroupant tous les mandataires publics des intercommunales mixtes) ont négocié les termes d'un nouvel accord susceptible de maintenir leur partenariat. Ces négociations ont débouché sur l'élaboration des diverses conventions et d'un « Mémoire of Understanding » signé le 30 mars 2001.

Le principe retenu est que les communes et les intercommunales s'impliqueront d'avantage dans la gestion des réseaux de distribution, activités de type monopolistique et régulée, tandis qu'Electrabel, par le biais d'une filiale, se concentrera à titre principal sur l'activité de fourniture aux clients. Cette spécialisation des uns et des autres n'est pas exclusive: les communes via les intercommunales continueront à être intéressées dans le résultat de la société de commercialisation d'électricité et Electrabel conservera une participation -minoritaire mais importante- au capital des gestionnaires de réseau de distribution dont elle continuera à assurer l'exploitation.

Afin de valoriser la clientèle que ces intercommunales alimentent en électricité et qu'elles ne pourront plus alimenter dès leur éligibilité, il a été convenu qu'une société filiale d'Electrabel, (la S.A. ECS) reprendrait cette clientèle.

En contrepartie de cette cession de clientèle, les communes se voient offrir la possibilité d'augmenter leur actionariat dans l'intercommunale mixte. Ces communes deviendront en outre actionnaires minoritaires dans cette société ECS (à concurrence de maximum 5 % du capital) et participeront aux bénéfices à concurrence de 40 % du résultat réalisé.

## 2.2. Opération visée par la notification

L'opération qui fait l'objet de la présente notification consiste en la reprise par ECS (constituée le 12 décembre 2001 et filiale à 100% d'Electrabel), de la clientèle de Sedilec portant sur la fourniture d'électricité aux clients de celle-ci au fur et à mesure qu'ils deviennent éligibles et dans la mesure où ils ne décident pas de conclure un contrat avec un autre fournisseur.

La reprise par ECS de cette clientèle éligible de Sedilec visée par cette notification n'a pas fait l'objet d'un document spécifique mais doit se déduire d'un ensemble de documents parmi lesquels le document intitulé Mémoire of Understanding signé entre Intermix et Electrabel le 30 mars 2001 et les modifications apportées aux statuts de Sedilec adoptées le 14 juin 2002. Le conseil

d'administration de Sedilec a décidé, le 5 mars 2002, de faire adhérer leur intercommunale au Mémorandum of Understanding.

### 3. Délais

La décision du Conseil de la concurrence dans le cadre de la première phase de cette procédure a été prise le 30 août 2002.

Le Conseil de la concurrence devait ainsi se prononcer conformément à l'art. 34,§1 LPCE sur l'admissibilité de cette concentration, au plus tard le 28 octobre 2002, soit dans les 60 jours de la décision du 30 août 2002 d'engager une procédure en seconde phase

Une décision devait également être rendue par le Conseil de la concurrence :

- dans les mêmes délais dans l'affaire enregistrée sous la référence CONC-C/C-02/45 portant sur la concentration entre la S.A. Electrabel Customer Solutions et la SCRL. Simogel, notifiée le 23 juillet 2002. Une décision n° 2002-C/C-64 du 30 août 2002 constate en effet également que cette opération suscite des doutes sérieux quant à son admissibilité et décide d'engager la procédure prévue à l'article 34 de loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique ;
- le 12 novembre 2002 au plus tard dans l'affaire enregistrée sous la référence CONC-C/C-02/50 portant sur la concentration entre la S.A. Electrabel Customer Solutions et la SCRL Interfosane 2, notifiée le 1er août 2002 ;

Les parties notifiantes ont sollicité par courrier daté du 10 octobre 2002 conformément à l'article 34, §3 LPCE, une prorogation du délai visé au paragraphe 1er de cet article jusqu'au 12 novembre 2002. Ces affaires sont en effet similaires et il était opportun de les examiner concomitamment .

Le Conseil de la concurrence par sa décision n° 2002-C/-75 du 16 octobre 2002, a décidé de faire droit à cette demande des parties notifiantes et a prorogé les délais jusqu'au 12 novembre 2002 ;

### 4. Champ d'application

Les sociétés ECS et Sedilec sont des entreprises au sens de l'article 1er de la LPCE.

Après la concentration, ECS détiendra le contrôle exclusif de l'activité de Sedilec de fourniture d'électricité aux clients éligibles (ou qui le deviendront).

L'opération consiste donc en une concentration au sens de l'article 9 §1 LPCE. Sur la base des chiffres fournis par les parties dans la notification, les seuils des chiffres d'affaires visés à l'article 11 de la loi sont atteints.

### 5. Marché concerné

#### 5.1. Secteur économique concerné

Le secteur économique concerné par la concentration est celui de la production et de la distribution d'électricité (code NACE : 40.1).

#### 5.2. Marché de produits concerné

Cinq types d'activités différentes peuvent être distingués dans le secteur de l'électricité, en l'espèce :

- la production d'électricité ;
- le transport qui consiste en l'acheminement de l'électricité sur des câbles de haute tension ;
- la distribution qui est l'acheminement de l'électricité sur des câbles de moyenne et basse tension;
- la fourniture qui consiste en la livraison au consommateur final ;

- le négoce qui vise l'achat et la revente d'électricité.

Les quatre premières activités peuvent être considérées comme relevant de marchés de produits distincts, puisque celles-ci nécessitent des actifs et des ressources différents et parce que les conditions de marché et de concurrence sont différentes pour chacune d'entre elles.

La question de savoir si le négoce d'électricité constitue un marché distinct du négoce général des produits d'énergie ne doit pas être tranchée dans le cadre de la présente procédure en raison du fait que cette activité n'est pas visée dans la présente notification et n'existe pas en Belgique.

Suite à la libéralisation d'une partie du marché de l'électricité initiée par la directive CE 96/92 du 19 décembre 1996, une distinction supplémentaire doit être faite entre la fourniture d'électricité aux clients éligibles et non éligibles (qui ne peuvent pas choisir leur fournisseur). Ces activités relèvent de deux marchés de produits distincts, dans la mesure où les conditions de concurrence sont différentes, et où, le plus souvent, ils sont soumis à des réglementations spécifiques.

C'est dans ce contexte que s'inscrit la présente opération puisque, en vertu de l'article 8 § 1 du décret wallon relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité du 12 avril 2002, le gestionnaire du réseau de distribution se voit interdire toute activité de fourniture aux clients éligibles.

Par conséquent, le marché des produits concerné au sens strict, est celui de la fourniture d'électricité aux clients éligibles.

L'intercommunale Sedilec est active sur les marchés de la distribution et de la fourniture d'électricité. Cette dernière activité, pour autant qu'elle concerne les clients devenant éligibles n'ayant pas choisi de fournisseur, sera exercée par ECS, filiale à 100 % d'Electrabel.

La société Electrabel est active directement ou indirectement sur tous les marchés de l'électricité. L'instruction menée en première phase aboutissait à la conclusion qu'Electrabel occupe une position dominante sur les différents marchés belges de l'électricité en raison des parts de marché extrêmement élevées détenues quel que soit le marché envisagé. L'instruction en seconde phase a confirmé l'existence de cette position dominante. Cette position dominante sur les quatre marchés susmentionnés, n'est au demeurant pas contestée, en ce compris par les parties notifiantes. Cette position dominante d'Electrabel sur ces différents marchés est de nature à générer des effets sur le marché concerné au sens strict.

### 5.2.1. Marché de la production

On distingue principalement trois sources d'approvisionnement: l'achat d'électricité auprès de producteurs, l'importation et l'achat dans une bourse. Comme déjà mentionné, il n'existe actuellement pas de bourse d'échanges en Belgique. En outre, les importations sont non seulement très limitées, mais, de plus, réalisées majoritairement par Electrabel.

Sur une production totale en 2001 estimée à 75.953 GWh par la CREG et à 76.085 GWh par les parties notifiantes, [Secrets des affaires] GWh ont été produits par Electrabel, soit une part de marché de [plus de 95 % - le pourcentage exact relève du secret des affaires].

La part de marché d'Electrabel sur le marché de la production s'élevait en 1999 à [plus de 95 % - le pourcentage exact relève du secret des affaires] et en 2000 à [plus de 95% - le pourcentage exact relève du secret des affaires].

Dans ces conditions, dès qu'un nouvel entrant veut vendre des volumes importants sur le marché belge, il est obligé d'envisager un approvisionnement auprès d'Electrabel qui dispose d'un quasi-monopole de la capacité totale de production en Belgique.

En outre, il convient également de tenir compte d'un « accord CPTE » conclu en 1995 entre les deux principaux producteurs en Belgique, Electrabel et SPE qui renforce encore la position d'Electrabel sur ce marché. En effet, par une convention du 20 janvier 1995, la S.A. Electrabel et la S.A. SPE ont décidé d'apporter à la S.C. CPTE dont Electrabel est actionnaire à concurrence de 91,5%, le droit d'usage des capacités de production d'électricité existantes en Belgique dont elles sont propriétaires, dans le but d'assurer la coordination de la production, l'achat, la transmission et la vente de toute l'électricité nécessaire en Belgique aux clients directs de la production et aux organismes de distribution publique que les parties alimentent.

Ainsi que le relève un concurrent, investir dans de nouvelles capacités de production est impossible à court terme, vu qu'il faut d'abord passer par un long processus d'approbation et qu'il y a pour l'instant suffisamment, et même trop, de capacité. Effectivement, l'instruction a révélé que le taux d'utilisation des installations de production en 2001 par Electrabel s'élevait à [entre 60 et 70 % - le pourcentage exact relève du secret des affaires].

### 5.2.2. Marché du transport

L'activité de transport concerne l'acheminement de l'électricité sur le réseau haute tension. La société coopérative CPTE, filiale d'Electrabel et de la SPE, était propriétaire de la majeure partie du réseau de haute tension en Belgique et en assurait la gestion.

Le 28 juin 2001, le réseau haute tension a été apporté à une société filiale de CPTE, la SA Elia System Operator.

Le 31 mai 2002, Electrabel a cédé 30 % du capital d'Elia System Operator à la SCRL Publi-T, société dont l'actionnariat est directement ou indirectement aux mains des communes. Il est prévu à moyen terme (2 ans) d'introduire 40 % du capital d'Elia en bourse. Ces cessions ont été imposées par le gouvernement belge pour assurer l'indépendance d'Elia qui n'était alors que candidat Gestionnaire du Réseau de Transport.

La SA Elia System Operator ayant été désignée officiellement par arrêté ministériel du 13 septembre 2002 publié au Moniteur belge du 17 septembre 2002 en tant que gestionnaire de réseau de transport (GRT) au niveau fédéral, cette désignation lève une partie des incertitudes juridiques relevées dans les précédentes décisions.

En tant que gestionnaire du réseau, Elia aura trois missions principales :

- l'exploitation du réseau, c'est-à-dire le transport d'électricité, en ce inclus les services auxiliaires;
- l'entretien du réseau à haute tension;
- le développement du réseau à haute tension.

Elia ne vend ni n'achète d'électricité. Cette opération se conclut entre le fournisseur (producteur ou intermédiaire) et le consommateur qui s'accordent sur des contrats de fourniture. En exécution de ce contrat, ils désignent un responsable qui conclut avec Elia un contrat d'accès pour le transport d'électricité sur le réseau Elia et qui est appelé le responsable d'accès. Il peut s'agir du fournisseur, du consommateur ou d'un tiers. Toute partie reconnue par Elia au titre de responsable d'accès peut conclure un contrat d'accès.

Le responsable d'accès garantit l'équilibre à l'échelle du quart d'heure entre la totalité des injections et la totalité des prélèvements pour lesquels il est responsable. Il s'engage à respecter les procédures d'Elia en matière de nominations.

Un responsable d'accès peut obtenir les droits d'accès suivants:

- droits d'accès à la frontière sud pour importation en provenance de France;
- droits d'accès à la frontière sud pour exportation vers la France;

- droits d'accès à la frontière nord;
- droits d'accès à un point de prélèvement en Belgique;
- droits d'accès à un point d'injection en Belgique.

En effet, la Belgique possède des lignes d'interconnexion avec la France et les Pays-Bas. L'importation d'électricité de l'étranger est toutefois restreinte de manière substantielle par le manque de capacité des interconnexions aux frontières.

Dans sa décision dans l'affaire IV/M.1803 : Electrabel/Epon, la Commission européenne indique que :

"Concernant la Belgique, il existe également des restrictions au niveau de l'interconnexion : on constate que les importations théoriques en provenance des Pays-Bas vers la Belgique représentent une quantité négligeable. "

Non seulement les capacités d'interconnexion sont limitées, mais de surcroît, elles ne sont pas entièrement attribuées selon les règles du marché. En effet, malgré un système de mise aux enchères mis en place en 2001, les capacités d'interconnexion sont toujours en grande partie réservées à Electrabel .

Le même problème existe à la frontière franco-belge, d'autant plus que la demande d'interconnexions est plus importante dans le sens France - Belgique .

En 2001, les importations nettes d'électricité en Belgique s'élèvent à 10,598,516 GWh dont approximativement [entre 80 et 90% - le pourcentage exact relève du secret des affaires] ont été importés par Electrabel/SPE (CPTE)

### 5.2.3. Marché de la distribution

L'activité de distribution proprement dite du courant qui consiste à assurer l'acheminement de l'électricité depuis le réseau de transport jusqu'au consommateur sur un réseau à moyenne et basse tension relève de la compétence des communes qui disposent de droits exclusifs en la matière. Comme déjà exposé, la plupart des communes se sont rassemblées au sein d'intercommunales aux fins de poursuivre ces activités de distribution. La majorité de ces intercommunales se sont adjoints les services d'Electrabel en tant que partenaire privé afin de les assister dans la poursuite de leur mission. Elles sont dénommées pour cette raison « intercommunales mixtes » pour les distinguer des « intercommunales pures » auxquelles ne participent que des pouvoirs publics. Le réseau de transport est clairement distinct du réseau de distribution.

Sedilec, en tant qu'intercommunale mixte est présente sur le marché de la distribution d'électricité pour les communes associées de la province du Brabant Wallon, de la province de Liège, et du Hainaut.

Outre certains problèmes résultant de l'absence partielle de transposition au niveau fédéral ou régional, des règlements techniques relatifs aux conditions d'accès et à la tarification, les concurrents font état de l'avantage dont disposerait Electrabel en raison du fait que cette société procède à la gestion opérationnelle des réseaux de distribution et qu'elle continuera à y procéder dans le futur, et en raison de l'enchevêtrement des intérêts existants entre Electrabel et les intercommunales mixtes, futures gestionnaires de réseau de distribution (GRD).

La CREG s'interroge par ailleurs en ces termes : "Outre la question de savoir si une telle construction est légale en vertu des dispositions d'undbundling prévue par le décret wallon en matière d'électricité, d'aucuns s'interrogent sur la mesure dans laquelle le gestionnaire de réseau de distribution, sous le contrôle exclusif des communes, sera prêt à laisser un accès transparent et non discriminatoire aux concurrents d'ECS alors que les communes ont tout intérêt à ce qu'ECS enregistre un résultat optimal et, inversement, qu'elles seraient fortement affectées par une perte éventuelle dans le chef d'ECS."

Cette réserve est également mise en avant par un autre concurrent. Ce dernier fait également état du fait que, non seulement les tarifs définitifs pour l'accès aux réseaux de distribution ne sont toujours pas publiés, mais que la base des coûts des opérateurs de réseaux est encore inconnue, rendant impossible de savoir si un tarif de transport déterminé n'inclut que le service qui règle le transport ou si d'autres éléments sont comptés dans les tarifs (p. ex. les coûts échoués).

Un autre problème qui est soulevé dans les réponses des concurrents est celui de la gestion journalière de l'intercommunale qui risque d'être toujours assurée -hormis quelques tâches stratégiques- par du personnel d'Electrabel.

Ces préoccupations ont été prises en compte récemment par le VREG dans ses décisions du 5 septembre 2002 relatives à la désignation des GRD, les intercommunales mixtes n'ayant reçu d'agrément que pour une durée limitée à un an en raison des doutes émis sur leur indépendance par rapport à Electrabel, alors que les intercommunales pures ont été désignées pour une période de douze ans.

#### 5.2.4. Marché de la fourniture

Les volumes estimés du marché concerné ont été repris au point 6.3.2 pour les années 2002 à 2005.

La part de marché d'Electrabel s'élève à plus de 90%. La position d'Electrabel/SPE sur le marché belge de la fourniture d'électricité aux clients finals s'élève selon les parties notifiantes à [plus de 95% - le pourcentage exact relève du secret des affaires] en 1999, à [plus de 95% - le pourcentage exact relève du secret des affaires] en 2000 et est estimée à [entre 90 et 95% - le pourcentage exact relève du secret des affaires] en 2001.

Aucun autre concurrent, quelle que soit sa puissance économique et financière (EDF, RWE, EON), ne possède individuellement une part de marché supérieure ou égale à 5%.

#### 5.3. Marché géographique concerné

Le marché géographique concerné est national. En effet, les clients éligibles établis sur le territoire de l'intercommunale Sedilec et repris par ECS peuvent s'approvisionner auprès des fournisseurs établis partout en Belgique, voire même dans d'autres Etats membres. Des problèmes liés aux capacités limitées des interconnexions restreignent toutefois les importations dans une mesure significative.

### 6. Libéralisation du marché

#### 6.1. Désignation du gestionnaire du réseau de transport (GRT)

Par arrêté ministériel du 13 septembre 2002 publié au Moniteur belge du 17 septembre 2002, la SA Elia System Operator a été désignée pour une période de 20 ans comme gestionnaire du réseau de transport au sens de l'article 10, § 1 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité.

La société Elia System Operator, de par sa désignation en tant que GRT en vertu de cette loi, se voit également confier la gestion du réseau de transport local en région wallonne (réseau compris entre 30 et 70 Kilovolts) en vertu de l'article 4 du décret du 12 avril 2001 de la région wallonne relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité.

De même en Flandre, la société Elia System Operator a été désignée le 5 septembre 2002 à titre provisoire en tant que gestionnaire du réseau de distribution pour les réseaux de 70 KV à 26 KV. Un délai d'un an lui a été accordé afin de se conformer aux exigences de la section IV du chapitre II de l'arrêté du gouvernement flamand du 15 juin 2001 relatif aux gestionnaires des réseaux de distribution



d'électricité publié au Moniteur belge du 5 septembre 2001, section qui traite de l'indépendance juridique et de gestion du gestionnaire du réseau vis-à-vis des producteurs, des titulaires d'une autorisation de fourniture et des intermédiaires.

Pour la Région de Bruxelles-Capitale, Elia System Operator a également été désigné provisoirement en tant que gestionnaire du réseau de transport régional (réseau d'une tension nominale de 36 KV).

## 6.2. Désignation des gestionnaires des réseaux de distribution (GRD)

Pour la région flamande, la VREG a désigné certains GRD pour une période de 12 ans et d'autres de manière provisoire, pour une durée de 12 mois.

En Région wallonne, la procédure de désignation de tous les GRD n'est pas terminée. Cette désignation devait en principe être réalisée pour le 25 octobre 2002 et semble ainsi imminente.

## 6.3. Éligibilité

### 6.3.1. Nouveaux seuils d'éligibilité à partir du 1er janvier 2003

A partir du 1er janvier 2003, de nouvelles catégories de clients seront éligibles:

- les clients finals ayant une consommation annuelle de plus de 10 GWh au niveau fédéral, en région de Bruxelles-Capitale et en région wallonne;
- les clients finals ayant une puissance de raccordement au réseau de distribution et au site de consommation qui est égale ou supérieure à 56 KVA en région flamande.

### 6.3.2. Volume du marché concerné par la fourniture d'électricité aux clients éligibles

Selon Electrabel, le volume total des ventes en Belgique est de l'ordre de 79.667,5 GWh en 2001.

L'évolution du marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles en Belgique se présentera comme suit :

Pour l'année 2002: 41.427 GWh/an, soit 52 % du marché ;

Au 1er mars 2003: 47.800 GWh/an, soit 60 % du marché ;

(ce qui correspond à l'éligibilité des clients consommant plus de 20 GWh/an dans la Région de Bruxelles-Capitale, plus de 10 GWh/an en Wallonie et des clients dont la puissance mise à disposition est supérieure à 56 kVA en Région flamande);

Au 1er juillet /2003: 62.937 GWh/an , soit 79 % du marché ;

(ce qui correspond à l'éligibilité des clients dont la puissance mise à disposition est inférieure à 56 kVA en Région flamande);

Au 1er janvier 2005: 69.311 GWh/an, soit 87 % du marché ;

(ce qui correspond à l'éligibilité des clients raccordés au réseau haute tension en Wallonie).

## 7. Contraintes influençant la libéralisation du marché de l'électricité

### 7.1. Barrières juridiques

#### a) Incertitudes juridiques

Même si les parties invoquent le fait qu'elles ne sont nullement responsables du retard pris dans la transposition totale de la directive, ce qui ne saurait être mis en doute, il n'en reste pas moins qu'il convient d'être attentif à ne pas accroître les effets qui en résultent au niveau de la concurrence. Il ne faudrait pas que ces incertitudes, qui empêchent les concurrents d'entrer efficacement sur le marché belge de l'électricité, favorisent anormalement l'acteur dominant pendant la période transitoire et lui permettent d'occuper une position sur laquelle les mécanismes de régulation, une fois opérationnels, seront dans une grande mesure sans effet.

#### b) Durée des contrats de fourniture

Comme signalé dans la décision rendue le 30 août 2002 dans le cadre de la présente notification au terme de la première phase, un système de transition a été mis en place en Région wallonne pour les clients (devenant) éligibles. L'intercommunale, deux mois avant la date d'éligibilité, a l'obligation d'en informer le client final. Une fois devenu éligible, le client continue à être approvisionné par le fournisseur désigné par le gestionnaire, à défaut d'un accord passé avec un autre fournisseur. Il reste cependant libre de changer de fournisseur moyennant un préavis d'un mois.

La liberté de changer de fournisseur et, partant, de mettre un terme à l'approvisionnement par le fournisseur désigné par défaut n'est totale qu'à défaut de contrat dûment signé avec le fournisseur désigné.

L'instruction et des auditions intervenues dans le cadre de la première phase révélaient qu'un examen complémentaire s'avérait nécessaire sur la durée de ces contrats. Cet examen a été réalisé dans le cadre de l'instruction complémentaire. Les résultats de cet examen peuvent être résumés comme suit :

##### b.1. Clients haute tension

Ces contrats sont conclus directement avec Electrabel S.A..

Le pourcentage de clients par durée contractuelle est le suivant (sur un total de [Secrets des affaires] contrats) :

1 an	2 ans	3 ans	4 ans	5 ans	6 ans	+ de 6 ans
[Secrets des affaires]						

Il ressort que la majorité des contrats sont conclus pour une durée à moyen terme de [Secrets des affaires], soit environ [Secrets des affaires] %.

Le pourcentage de clients par année d'échéance est la suivante :

31/12/2002	31/12/2003	31/12/2004	31/12/2005	31/12/2006	Après 2006
[Secrets des affaires]					

##### b.2 Clients basse et moyenne tension

Ces contrats sont conclus avec ECS.

Le pourcentage de clients par durée contractuelle est le suivant (sur un total de [Secrets des affaires] contrats < 10 GWh/an et [Secrets des affaires] contrats > 10 et < 20 GWh/an), la majorité de ces contrats entrent en vigueur à partir du [Secrets des affaires] :

Durée contractuelle	< 10 GWh/an	> 10 et < 20 GWh/an
1 an	[Secrets des affaires]	
2 ans		
3 ans		
4 ans		
5 ans		
>= 6 ans		
Durée moyenne par client		

## 7.2. Informations essentielles pour entrer sur le marché

### a) Information sur l'éligibilité

Il ressort de l'instruction ainsi que des réponses fournies par les concurrents qu'il n'existe à l'heure actuelle aucun système d'informations efficace, centralisé et complet. Certaines données sont disponibles auprès de divers organismes et autorités fédérales et régionales; cependant, celles-ci sont insuffisantes, voire dépassées.

A ce sujet, la CREG mentionne le fait qu'aucune réglementation n'impose au gestionnaire du réseau de transport de publier une liste de clients éligibles ainsi qu'une liste de fournisseurs alternatifs.

Cette situation, quelle qu'en soit la raison, est préjudiciable à l'établissement d'un marché concurrentiel. Il faut tenir compte du fait qu'Electrabel, en tant qu'opérateur historique verticalement intégré, possède un avantage considérable sur ses concurrents puisqu'il a un accès privilégié aux informations essentielles et ce, à tous les niveaux du marché.

### b) Autres informations manquantes

Des informations se situant à tous les niveaux du marché de l'électricité, nécessaires aux concurrents désireux de pénétrer le marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles, ne sont actuellement pas disponibles, si ce n'est dans le chef de l'opérateur historique qu'est Electrabel. Le rapport du Corps des Rapporteurs énumère divers renseignements essentiels, et notamment :

Au niveau de la production:

- informations relatives aux excédents de production et aux capacités disponibles à la vente pour les fournisseurs alternatifs;
- date et durée des entretiens des grandes centrales prévus sur le long terme;
- publication en temps réel des incidents influençant la production et la capacité disponible d'électricité;

Au niveau du transport et de la distribution :

- les conditions d'accès et de raccordement au réseau;
- les coûts de transport et de distribution d'électricité;

Au niveau de la fourniture :

- concernant les clients éligibles :
  - consommation sur base quart-horaire
  - historique de consommation
  - localisation et coordonnées
- concernant les fournisseurs alternatifs : identité et coordonnées des fournisseurs alternatifs à transmettre aux clients éligibles. Il existe une liste de fournisseurs ayant obtenu l'autorisation de fourniture sur le site Internet de la VREG, mais ces informations devraient en plus être transmises par le gestionnaire de réseau aux clients en même temps qu'il les informe de leur éligibilité future. Ces informations, dans la mesure où elles concernent des clients qui ne sont pas encore éligibles, devraient être disponibles suffisamment tôt par rapport à la date d'éligibilité de ces clients.

### 7.3. Capacité des concurrents

Légalement, toute entreprise qui veut entrer sur le marché de la fourniture des clients éligibles doit introduire au préalable auprès des autorités de régulation régionales compétentes une demande d'autorisation ou licence. Les Régions flamande, wallonne et de Bruxelles capitale ont adopté chacune un arrêté organisant la procédure. Il s'agit de l'arrêté du gouvernement flamand du 15 juin 2001 relatif aux autorisations de fourniture d'électricité, publié au Moniteur belge du 05 septembre 2001, de l'arrêté du gouvernement wallon du 21 mars 2002 relatif à la licence de fourniture d'électricité publié au Moniteur belge du 27 avril 2002 et l'arrêté du gouvernement de la région de Bruxelles-Capitale du 18 juillet 2002 fixant les critères et la procédure d'octroi, de renouvellement, de cession et de retrait d'une autorisation de fourniture d'électricité publié au Moniteur belge du 6 novembre 2002.

Le fournisseur doit à cette occasion satisfaire à des conditions d'honorabilité, d'expérience professionnelle, de capacités techniques et financières, et d'organisation.

Des renseignements obtenus, il s'avère que les conditions exigées par ces législations régionales ne constituent pas une barrière insurmontable pour un candidat "sérieux", l'objectif poursuivi ayant manifestement été de favoriser au maximum l'apparition de concurrents potentiels sur le marché de la fourniture d'électricité.

D'un point de vue pratique, différentes sociétés interrogées quant à leur capacité d'approvisionner le marché ont déjà obtenu une licence de fourniture ou compte incessamment introduire une telle licence.

### 8. Conditions d'une éventuelle admissibilité de l'opération et observations des parties

Tant les parties intervenantes justifiant d'un intérêt suffisant, que les experts désignés par le Corps des rapporteurs, que les organes régulateurs fédéral et régionaux et que le Corps des rapporteurs considèrent que l'opération notifiée crée ou renforce la position dominante d'Electrabel et est de nature à entraver de manière significative la concurrence effective sur le secteur de l'électricité et considèrent dans ces conditions que la concentration notifiée devrait être refusée. Ils proposent toutefois à titre subsidiaire des conditions à imposer sur tous les marchés de l'électricité qui doivent absolument être respectées si la concentration était admise.

Les parties estiment que la concentration en cause ne renforce pas la position dominante d'Electrabel et ne voient par conséquent pas la nécessité d'imposer des conditions pour l'admissibilité de l'opération.

Elles sont d'avis que "aucune des conditions suggérées par les concurrents ne sont acceptables dès lors que leur nécessité et leur proportionnalité ne sont pas démontrées."

### 9. Position du Conseil de la concurrence

Attendu que le renforcement de position dominante peut s'apprécier tant sur le marché de la production que sur le marché de la fourniture ;

Qu'Electrabel dispose indubitablement de par sa qualité d'opérateur historique d'avantages par rapport à ses concurrents dans l'approche de la clientèle qui devient éligible ;

Que l'opération envisagée ne fait que conforter sa position puisqu'elle lui confère la sécurité juridique du maintien de la fourniture par ECS de la clientèle "par défaut" tant que ces clients éligibles n'ont pas choisi un fournisseur concurrent ;

Attendu que dans ses décisions n° 2002-C/C-61 et n° 2002-C/C-62 du 30 août 2002, le Conseil a été amené à constater que :

- les parties disposent d'une position dominante sur le marché ;

- la concentration notifiée renforce cette position dominante ;
- ce renforcement entrave la concurrence sur le marché belge ;

Attendu que le Conseil avait considéré que pareille entrave ne serait pas significative pour autant que les parties en cause respectent les conditions et charges suivantes :

- aviser six mois à l'avance chaque client, par courrier séparé, de la date de sa prochaine éligibilité et de la liberté de choix qui s'offre à lui en communiquant la liste et les coordonnées complètes des fournisseurs ayant obtenu une licence de livraison, en l'informant de la possibilité d'obtenir sans frais son profil détaillé de consommateur
- accorder aux clients qui ont signé un contrat d'une durée de trois ans et plus, un droit de résiliation unilatérale moyennant un préavis de six mois sans indemnité ;

Attendu que ces décisions indiquaient clairement qu'il s'agissait d'un minimum en vue de rendre les concentrations admissibles, le Conseil s'étant expressément réservé d'imposer des conditions complémentaires à l'occasion d'autres opérations de concentration ;

Qu'à la connaissance du Conseil, cette décision a été à ce jour frappée d'appel par une des parties intervenantes;

Attendu que dans la présente cause, les parties notifiantes, tout en considérant les conditions retenues par le Conseil dans la décision du 30 août 2002 n'étaient pas nécessaires, ont néanmoins déclaré les accepter pour la présente concentration;

Qu'elles n'ont pas élaboré d'autres propositions ;

Attendu qu'il résulte de l'examen des éléments recueillis dans le cadre du rapport complémentaire établi en application de l'article 34 §1 de la loi sur la protection de la concurrence économique que les conditions émises dans les décisions du 30 août 2002, appliquées au cas d'espèce, ne peuvent être suffisantes pour conférer un caractère admissible à la concentration ;

Attendu que la condition relative à la durée des anciens contrats ne trouve pas à s'appliquer dès lors qu'aucun client éligible n'a conclu de contrat de trois ans et plus;

Que la seule condition relative aux informations à communiquer à chaque client éligible ne se révèle pas en soi suffisante pour empêcher d'entraver de manière significative la concurrence sur le marché concerné ;

Attendu que les experts désignés au sein du CWAPE, de la CREG et de la VREG, ont considéré que des conditions complémentaires plus sévères devraient être imposées par le Conseil si celui-ci venait à ne pas s'opposer à l'opération de concentration ;

Attendu que le rapport en deuxième phase cite les conditions complémentaires suivantes :

- mise aux enchères des capacités virtuelles de production ;
- répartition de la capacité transfrontalière ;
- obligation de mettre fin à l' Accord CPTÉ du 20 janvier 1995 ;
- obligation de mettre en vente les sites de production qui ne sont plus en activité ;
- interdiction d'utiliser le nom ELECTRABEL dans les filiales spécialisées ;

---

Attendu que les dispositions normatives prises tant au niveau fédéral qu'au niveau local sont de nature à permettre la libéralisation du marché de l'électricité ;

Que si les solutions arrêtées par Electrabel et Intermix dans le Mémorandum of Understanding le 30 mars 2001 sont de nature à maintenir un équilibre entre les partenaires des intercommunales mixtes

œuvrant dans le secteur de l'électricité, elles ne sont pas de nature à rencontrer les exigences visées dans la législation sur la protection de la concurrence économique ;

Attendu que les dispositions reprises dans ce Mémoire ont été mieux développées dans la présente procédure notamment dans des notes qui faisaient défaut dans les premiers dossiers transmis au Conseil ;

Que l'opération de concentration notifiée ne fait qu'entériner les principes énoncés dans ce Mémoire ;

Attendu que le Conseil constate que bien que l'opération réponde sous certains aspects à la lettre de la législation mise en place pour libéraliser partiellement le secteur de l'électricité, la méthode utilisée n'est pas conforme à l'esprit de cette libéralisation ;

Attendu que les opérations préalables à cette concentration ont renforcé la position dominante des parties, en organisant le transfert des clients éligibles dans une période d'ouverture du marché à la concurrence, et sans faire appel à celle-ci ;

Attendu que la CREG considère en tant que régulateur fédéral du secteur de l'électricité et du gaz, qu'il est essentiel d'ouvrir la désignation d'un fournisseur par défaut à la concurrence et que pour ce faire, il convient d'appliquer la législation relative aux marchés publics afin d'offrir la meilleure garantie d'une utilisation non discriminatoire et transparente de la concurrence ;

Attendu que le Conseil a pour mission de veiller au respect des dispositions de la législation sur la protection de la concurrence économique ;

Attendu que si, en application de l'article 34 §1 al.2 de cette législation, le Conseil peut imposer les conditions qu'il estime nécessaires et proportionnelles pour justifier du caractère admissible d'une concentration, celles-ci ne peuvent avoir pour effet l'organisation même de l'ouverture du marché, rôle qui revient au législateur ;

Attendu qu'à l'exception des parties notifiantes, les acteurs interrogés ainsi que le Corps des rapporteurs confirment que l'application de l'ensemble des conditions proposées est seule de nature à donner pleine efficacité à la décision ;

Que cependant, le Conseil estime que certaines d'entre elles dépassent sa sphère de compétence puisqu'elles auraient pour effet la véritable « mise en place » de la libéralisation complète des marchés de l'électricité au delà de ce qu'a voulu le législateur à ce jour ;

Attendu que nonobstant cette observation, le Conseil constate que de nombreuses barrières à l'entrée subsistent, entre autres, l'insuffisance de capacité aux interconnexions, la nécessité d'investissements considérables en production d'électricité et la lenteur des procédures de fixation de prix ;

Que ces barrières ne sont pas le fait des parties notifiantes mais résultent de la situation antérieure ;

Que si le rôle du Conseil de la concurrence n'est pas de réduire les parts de marché de l'opérateur historique, il doit vérifier si l'opération notifiée n'a pas pour effet d'augmenter l'impact des barrières à l'entrée ;

Que le législateur a pris une série de mesures pour libéraliser le marché de l'électricité, dont l'une d'entre elles ordonne la séparation des activités de distributeurs de celles de fournisseurs d'électricité ;

Que c'est pour répondre au vœu de la loi qu'Electrabel a créé sa filiale ECS ;

Que le législateur wallon a également prévu (article 6, § 3 du décret du 12 avril 2001) que le fournisseur des clients captifs répondant aux conditions d'éligibilité doit désigner un fournisseur par

défaut afin d'assurer l'approvisionnement des clients aussi longtemps qu'ils n'ont pas choisi un autre fournisseur ;

Attendu que les clients éligibles qui ont choisi de quitter le fournisseur par défaut ne représentent actuellement que 5 à 10 % ;

Que ce pourcentage sera sans doute encore moins élevé chez les petits clients et les clients résidentiels. (cfr rapport Commission sur la mise en œuvre du marché intérieur du gaz et de l'électricité, mars 2002) ;

Que ce marché, qui ne s'ouvre qu'au rythme de l'éligibilité des clients, souffre encore d'une certaine passivité devant le changement ;

Attendu que les fournisseurs alternatifs ne peuvent prospecter ce marché naissant qu'en approchant les clients éligibles ou en se proposant à la désignation comme fournisseur par défaut ;

Qu'ils ont confirmé à l'audience être candidats à une telle désignation ;

Attendu que le fait pour ECS d'être désigné fournisseur par défaut de la totalité des intercommunales mixtes wallonnes en exécution du « Memorandum of Understanding » a pour conséquence de fermer la principale possibilité de pénétration du marché des fournisseurs concurrents, de renforcer les barrières existantes et de réduire considérablement l'efficacité des dispositions réglementaires visant à l'introduction de la libre concurrence ;

Attendu que, dans ces conditions, le Conseil de la concurrence ne peut que constater que l'opération notifiée est de nature à entraver de manière significative la concurrence effective sur une partie substantielle du marché belge ;

Qu'il convient dès lors de l'interdire ;

## Par ces motifs

### Le Conseil de la concurrence

- Constate la position dominante sur le marché concerné des parties notifiantes ;
- Constate que l'opération de concentration notifiée renforce cette position dominante ;
- Constate qu'elle a pour conséquence d'entraver de manière significative la concurrence effective sur une partie substantielle du marché belge ;
- Décide en conséquence d'interdire la réalisation de la concentration notifiée.

Ainsi statué le 12 novembre 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Patrick De Wolf, président de Chambre, de Madame Marie-Claude Grégoire, de Monsieur Jacques Schaar et de Monsieur Pierre Battard, membres.

## **Décision n°2002-C/C-82 du 12 novembre 2002**

Affaire CONC-C/C-02/45 : Electrabel Customer Solutions S.A. / SIMOGEL S.C.R.L.

En cause :

Electrabel Customer Solutions S.A. (ci-après "E.C.S."), ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent 8;

et

Simogel S.C.R.L., intercommunale ayant pris la forme d'une S.C.R.L. (ci-après "Simogel"), ayant son siège social à 7700 Mouscron en l'Hôtel de Ville de Mouscron;

Vu la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 1er juillet 1999 (ci-après LPCE);

Vu la notification datée du 23 juillet 2002 et enregistrée sous les références CONC-C/C-02/45 d'une concentration qui consiste en la reprise par E.C.S., filiale d'Electrabel, de la clientèle de l'intercommunale Simogel au fur et à mesure qu'elle devient éligible ;

Vu la décision n° 2002-C/C-64 du 30 août 2002 du Conseil de la concurrence constatant que cette opération suscite des doutes sérieux quant à son admissibilité et décidant d'engager la procédure prévue à l'article 34 de loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique ;

Vu les pièces des dossiers d'instruction (1ière et 2ième phase) ;

Vu le rapport motivé et le rapport motivé complémentaire du Corps des rapporteurs ;

Vu la demande datée du 10 octobre 2002 par laquelle les parties notifiantes sollicitent conformément à l'article 34, §3 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique une prorogation du délai visé au paragraphe 1er de cet article jusqu'au 12 novembre 2002 ;

Vu la décision n°2002-C/C-76 du 16 octobre 2002 décidant de faire droit à cette demande des parties notifiantes et prorogeant le délai visé à l'article 34, §1, LPCE, jusqu'au 12 novembre 2002 ;

Vu les pièces transmises et jointes au dossier de la procédure ;

Entendus à l'audience du 6 novembre 2002,

Les intervenants :

- Mmes Christine Vanderveeren représentant la Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz en abrégé CREG assistée par Mme C. Miserque ;
- MM. Jan Robberechts, Rob Leonard et Philippe Putman représentant la S.A. Luminus assistés par Me Marc Van der Woude, avocat au barreau de Bruxelles ;
- MM. Dirk Meire et Lennart Deridder , Mme Kathleen Van Boxelaer représentant la N.V. Nuon Energy Trade & Wholesale assistés par Me Dirk Arts, avocat au barreau de Bruxelles ;

Les experts désignés par le Corps des rapporteurs:

- Francis Ghigny (expert désigné au sein de la Commission Wallonne pour l'Énergie en abrégé CWAPE) ;
- André Pictoel ( expert désigné au sein de la Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteit- en Gasmarkt en abrégé VREG) ;
- Barbara Heremans ( expert désigné au sein de la CREG) ;



En présence :

- des parties notifiantes, en l'espèce la S.A. ECS représentée par MM. Jean de Garcia et Patrick Baeten, assistés par Me Annick Vroninks et Me Vanig Kasparian, avocats au barreau de Bruxelles représentant également Simogel ;
- du Corps des rapporteurs représenté par Monsieur Patrick Marchand, rapporteur ;
- du Service de la Concurrence représenté par Messieurs Gerry Marlière, Géry Marlière, Benjamin Matagne, Antoon Kyndt et Axel Frennet ;

Entendus à l'audience du 7 novembre 2002 :

- le Corps des rapporteurs représenté par Monsieur le rapporteur Patrick Marchand;
- les parties notifiantes, en l'espèce la S.A. ECS représentée par Monsieur Jean de Garcia et Monsieur Patrick Baeten, assistés par Me Alexandre Vandencastele, Me Dirk Brinckman et Me Annick Vroninks, avocats au barreau de Bruxelles représentant également l'intercommunale Simogel ;
- la N.V. Nuon Energy Trade & Wholesale représentée par MM. Dirk Meire et Lennart Deridder assistés par Me Dirk Arts, avocat au barreau de Bruxelles ;

En présence du Service de la Concurrence représenté par Messieurs Gerry Marlière, Géry Marlière, Benjamin Matagne, Antoon Kyndt et Axel Frennet ;

Après en avoir délibéré, le Conseil de la concurrence prononce la décision suivante :

## 1. les parties notifiantes

### 1.1. Acquéreur

La société Electrabel Customer Solutions (ci-après "ECS") est une société anonyme de droit belge constituée par acte du 12 décembre 2001 publié dans les annexes du Moniteur belge du 28 décembre 2001, ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent, 8 et ayant pour objet la fourniture d'électricité et de gaz ainsi que la fourniture de produits et services y afférents.

La S.A. ECS est une filiale de la S.A. Electrabel et de la Naamloze Vennootschap voor de Oprichting en Uitbating van een FM- en TV-distributienet te Oostende en abrégé Teveo qui détiennent respectivement 49.999 actions et une action de celle-ci. La S.A. Teveo est pour sa part contrôlée par Electrabel qui détient 99,975 % de ses actions, l'actionnaire minoritaire étant M. Yvan Dupon, par ailleurs administrateur de la S.A. Electrabel. La société ECS est ainsi en fait une filiale à 100% de la S.A. Electrabel.

La société anonyme de droit belge Electrabel ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent, 8 est une entreprise active à tous les stades dans le secteur de l'électricité, de la production à la fourniture au client final, soit directement, soit par le biais de ses filiales.

### 1.2. Vendeur

La scrl Simogel (ci-après "Simogel") est l'intercommunale pour la distribution d'énergie dans la région de Mouscron. Elle a comme activité principale la distribution d'électricité et de gaz aux clients sis sur le territoire des communes affiliées.

Simogel est une intercommunale mixte, en raison du fait qu'elle est constituée sur base d'un partenariat avec une société privée qui est Electrabel, actuellement actionnaire majoritaire.

Des dispositions réglementaires et notamment les dispositions du décret du 5 décembre 1996 relatif aux intercommunales wallonnes, prévoient toutefois que les communes disposent toujours de la majorité des voix ainsi que de la présidence dans les organes de gestion et de contrôle, et ce quelque soit la proportion des apports des diverses parties à la constitution du capital.

### 1.3. Entreprise ou partie d'entreprise cible

L'opération vise la clientèle de Simogel devenant éligible sur le marché de la fourniture d'électricité.

## 2. Description de l'opération

### 2.1. Préambule

La concentration notifiée s'inscrit dans le cadre de la libéralisation du marché de l'électricité décidée au niveau européen par la directive 96/92 du 19 décembre 1996 (Directive 96/92/CE du Parlement et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité publiée au JO L27 du 30 janvier 1997) qui impose une ouverture limitée et progressive du marché de l'électricité. Les modalités de cette libéralisation sont déterminées dans une réglementation fédérale et régionale en raison du fait que l'énergie en Belgique est une matière dont les compétences sont réparties entre l'autorité fédérale et les Régions.

De manière très schématique, l'État fédéral est compétent pour ce qui a trait à la production, au transport et aux tarifs. La distribution et la fourniture relèvent de la compétence des Régions.

Le cadre normatif en cette matière comprend notamment:

- la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après "loi électricité") publiée au Moniteur belge du 11 mai 1999;
- le décret de la région flamande du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité;
- le décret de la région wallonne du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et l'arrêté du gouvernement wallon du 21 mars 2002 relatif aux clients devenus éligibles et au contrôle de leur éligibilité ;
- l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en région de Bruxelles - Capitale;
- l'A.R. du 11 juillet 2002 relatif à la structure tarifaire générale et aux principes de base et procédures en matière de tarifs de raccordement aux réseaux de distribution et d'utilisation de ceux-ci, de services auxiliaires fournis par les gestionnaires de ces réseaux et en matière de comptabilité des gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité publié au Moniteur belge 27 juillet 2002 et entrant en vigueur le 1er janvier 2003.
- l'arrêté du gouvernement de la région de Bruxelles-Capitale du 18 juillet 2002 fixant les critères et la procédure d'octroi, de renouvellement, de cession et de retrait d'une autorisation de fourniture d'électricité publié au Moniteur belge du 6 novembre 2002.

Les seuils d'éligibilité ainsi que les dates d'ouverture du marché varient ainsi en fonction de la région et de la réglementation applicable.

A l'issue de cette libéralisation du marché de l'électricité, la distribution de l'électricité doit être scindée en deux activités devant être confiées à des sociétés distinctes:

- la gestion du réseau de distribution, qui englobe l'exploitation, la maintenance et le développement du réseau de distribution ;
- la vente d'électricité qui concerne l'approvisionnement en énergie des clients éligibles.

Dès 1996, des communes en partenariat avec Electrabel avaient décidé de poursuivre, au sein d'intercommunales mixtes, des activités de gestion du réseau de distribution et de vente à la clientèle. Des statuts dits « de troisième génération » avaient à l'époque été rédigés et avaient reçu l'aval des autorités européennes pour ce qui concernait leurs aspects intracommunautaires.

Des intercommunales mixtes et notamment Simogel assurent encore à l'heure actuelle la gestion du réseau de distribution et la fourniture d'électricité.

L'article 8, §1 du décret wallon relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité prévoit expressément que le gestionnaire du réseau de distribution ne peut réaliser des activités de production autres que de l'électricité verte ou de vente d'électricité autres que les ventes nécessitées par son activité de gestionnaire de réseau. Le gestionnaire du réseau de distribution ne peut ni s'engager dans des activités de fourniture aux clients éligibles ni dans la fourniture de services qui ne sont pas directement liés à l'exécution des tâches visées à l'article 11 (à savoir la gestion du réseau). Toutefois, à la demande des communes, le gestionnaire du réseau de distribution peut fournir l'électricité aux clients captifs.

Il s'ensuit que les intercommunales mixtes wallonnes, et notamment Simogel, qui souhaitent être désignées comme gestionnaire de réseau de distribution, ne pourront plus en même temps fournir de l'électricité aux clients (devenus) éligibles.

Compte tenu des accords existants entre les intercommunales mixtes et Electrabel et des implications du processus de libéralisation, Electrabel et Intermixt Wallonie (établissement d'utilité publique regroupant tous les mandataires publics des intercommunales mixtes) ont négocié les termes d'un nouvel accord susceptible de maintenir leur partenariat. Ces négociations ont débouché sur l'élaboration des diverses conventions et d'un « Mémoire of Understanding » signé le 30 mars 2001.

Le principe retenu est que les communes et les intercommunales s'impliqueront d'avantage dans la gestion des réseaux de distribution, activités de type monopolistique et régulée, tandis qu'Electrabel, par le biais d'une filiale, se concentrera à titre principal sur l'activité de fourniture aux clients. Cette spécialisation des uns et des autres n'est pas exclusive: les communes via les intercommunales continueront à être intéressées dans le résultat de la société de commercialisation d'électricité et Electrabel conservera une participation -minoritaire mais importante- au capital des gestionnaires de réseau de distribution dont elle continuera à assurer l'exploitation.

Afin de valoriser la clientèle que ces intercommunales alimentent en électricité et qu'elles ne pourront plus alimenter dès leur éligibilité, il a été convenu qu'une société filiale d'Electrabel, (la S.A. ECS) reprendrait cette clientèle.

En contrepartie de cette cession de clientèle, les communes se voient offrir la possibilité d'augmenter leur actionnariat dans l'intercommunale mixte. Ces communes deviendront en outre actionnaires minoritaires dans cette société ECS (à concurrence de maximum 5 % du capital) et participeront aux bénéfices à concurrence de 40 % du résultat réalisé.

## 2.2. Opération visée par la notification

L'opération qui fait l'objet de la présente notification consiste en la reprise par ECS (constituée le 12 décembre 2001 et filiale à 100% d'Electrabel), de la clientèle de Simogel portant sur la fourniture d'électricité aux clients de celle-ci au fur et à mesure qu'ils deviennent éligibles et dans la mesure où ils ne décident pas de conclure un contrat avec un autre fournisseur.

La reprise par ECS de cette clientèle éligible de Simogel visée par cette notification n'a pas fait l'objet d'un document spécifique mais doit se déduire d'un ensemble de documents parmi lesquels le document intitulé Mémoire of Understanding entre Intermix – Electrabel signé le 30 mars 2001 et les modifications apportées aux statuts de Simogel adoptées le 24 juin 2002. Le conseil d'administration de Simogel a, le 22 mai 2002, décidé de faire adhérer leur intercommunale au Mémoire of Understanding.

## 3. Délais

La décision du Conseil de la concurrence dans le cadre de la première phase de cette procédure a été prise le 30 août 2002.

Le Conseil de la concurrence devait ainsi se prononcer conformément à l'art. 34,§1 LPCE sur l'admissibilité de cette concentration, au plus tard le 28 octobre 2002, soit dans les 60 jours de la décision du 30 août 2002 d'engager une procédure en seconde phase

Une décision devait également être rendue par le Conseil de la concurrence :

- dans les mêmes délais dans l'affaire enregistrée sous la référence CONC-C/C-02/44 portant sur la concentration entre la S.A. Electrabel Customer Solutions et la SCRL Sedilec, notifiée le 15 juillet 2002. Une décision n° 2002-C/C-63 du 30 août 2002 constate en effet également que cette opération suscite des doutes sérieux quant à son admissibilité et décide d'engager la procédure prévue à l'article 34 de loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique ;
- le 12 novembre 2002 au plus tard dans l'affaire enregistrée sous la référence CONC-C/C-02/50 portant sur la concentration entre la S.A. Electrabel Customer Solutions et la SCRL Interfosane 2, notifiée le 1er août 2002 ;

Les parties notifiantes ont sollicité par courrier daté du 10 octobre 2002 conformément à l'article 34, §3 LPCE, une prorogation du délai visé au paragraphe 1er de cet article jusqu'au 12 novembre 2002. Ces affaires sont en effet similaires et il était opportun de les examiner concomitamment .

Le Conseil de la concurrence par sa décision n° 2002-C/-76 du 16 octobre 2002, a décidé de faire droit à cette demande des parties notifiantes et a prorogé les délais jusqu'au 12 novembre 2002 ;

#### 4. Champ d'application

Les sociétés ECS et Simogel sont des entreprises au sens de l'article 1er de la LPCE.

Après la concentration, ECS détiendra le contrôle exclusif de l'activité de Simogel de fourniture d'électricité aux clients éligibles (ou qui le deviendront).

L'opération consiste donc en une concentration au sens de l'article 9 §1 LPCE. Sur la base des chiffres fournis par les parties dans la notification, les seuils des chiffres d'affaires visés à l'article 11 de la loi sont atteints.

#### 5. Marché concerné

##### 5.1. Secteur économique concerné

Le secteur économique concerné par la concentration est celui de la production et de la distribution d'électricité (code NACE : 40.1).

##### 5.2. Marché de produits concerné

Cinq types d'activités différentes peuvent être distingués dans le secteur de l'électricité, en l'espèce :

- la production d'électricité ;
- le transport qui consiste en l'acheminement de l'électricité sur des câbles de haute tension ;
- la distribution qui est l'acheminement de l'électricité sur des câbles de moyenne et basse tension;
- la fourniture qui consiste en la livraison au consommateur final ;
- le négoce qui vise l'achat et la revente d'électricité.

Les quatre premières activités peuvent être considérées comme relevant de marchés de produits distincts, puisque celles-ci nécessitent des actifs et des ressources différents et parce que les conditions de marché et de concurrence sont différentes pour chacune d'entre elles.

La question de savoir si le négoce d'électricité constitue un marché distinct du négoce général des produits d'énergie ne doit pas être tranchée dans le cadre de la présente procédure en raison du fait que cette activité n'est pas visée dans la présente notification et n'existe pas en Belgique.

Suite à la libéralisation d'une partie du marché de l'électricité initiée par la directive CE 96/92 du 19 décembre 1996, une distinction supplémentaire doit être faite entre la fourniture d'électricité aux clients éligibles et non éligibles (qui ne peuvent pas choisir leur fournisseur). Ces activités relèvent de deux marchés de produits distincts, dans la mesure où les conditions de concurrence sont différentes, et où, le plus souvent, ils sont soumis à des réglementations spécifiques.

C'est dans ce contexte que s'inscrit la présente opération puisque, en vertu de l'article 8 § 1 du décret wallon relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité du 12 avril 2002, le gestionnaire du réseau de distribution se voit interdire toute activité de fourniture aux clients éligibles.

Par conséquent, le marché des produits concerné au sens strict, est celui de la fourniture d'électricité aux clients éligibles.

L'intercommunale Simogel est active sur les marchés de la distribution et de la fourniture d'électricité. Cette dernière activité, pour autant qu'elle concerne les clients devenant éligibles n'ayant pas choisi de fournisseur, sera exercée par ECS, filiale à 100 % d'Electrabel.

La société Electrabel est active directement ou indirectement sur tous les marchés de l'électricité. L'instruction menée en première phase aboutissait à la conclusion qu'Electrabel occupe une position dominante sur les différents marchés belges de l'électricité en raison des parts de marché extrêmement élevées détenues quel que soit le marché envisagé. L'instruction en seconde phase a confirmé l'existence de cette position dominante. Cette position dominante sur les quatre marchés susmentionnés, n'est au demeurant pas contestée, en ce compris par les parties notifiantes. Cette position dominante d'Electrabel sur ces différents marchés est de nature à générer des effets sur le marché concerné au sens strict.

### 5.2.1. Marché de la production

On distingue principalement trois sources d'approvisionnement: l'achat d'électricité auprès de producteurs, l'importation et l'achat dans une bourse. Comme déjà mentionné, il n'existe actuellement pas de bourse d'échanges en Belgique. En outre, les importations sont non seulement très limitées, mais, de plus, réalisées majoritairement par Electrabel.

Sur une production totale en 2001 estimée à 75.953 GWh par la CREG et à 76.085 GWh par les parties notifiantes, [Secrets des affaires] GWh ont été produits par Electrabel, soit une part de marché de [plus de 95 % - le pourcentage exact relève du secret des affaires].

La part de marché d'Electrabel sur le marché de la production s'élevait en 1999 à [plus de 95 % - le pourcentage exact relève du secret des affaires] et en 2000 à [plus de 95% - le pourcentage exact relève du secret des affaires].

Dans ces conditions, dès qu'un nouvel entrant veut vendre des volumes importants sur le marché belge, il est obligé d'envisager un approvisionnement auprès d'Electrabel qui dispose d'un quasi-monopole de la capacité totale de production en Belgique.

En outre, il convient également de tenir compte d'un « accord CPTÉ » conclu en 1995 entre les deux principaux producteurs en Belgique, Electrabel et SPE qui renforce encore la position d'Electrabel sur ce marché. En effet, par une convention du 20 janvier 1995, la S.A. Electrabel et la S.A. SPE ont décidé d'apporter à la S.C. CPTÉ dont Electrabel est actionnaire à concurrence de 91,5%, le droit d'usage des capacités de production d'électricité existantes en Belgique dont elles sont propriétaires, dans le but d'assurer la coordination de la production, l'achat, la transmission et la vente de toute

l'électricité nécessaire en Belgique aux clients directs de la production et aux organismes de distribution publique que les parties alimentent.

Ainsi que le relève un concurrent, investir dans de nouvelles capacités de production est impossible à court terme, vu qu'il faut d'abord passer par un long processus d'approbation et qu'il y a pour l'instant suffisamment, et même trop, de capacité. Effectivement, l'instruction a révélé que le taux d'utilisation des installations de production en 2001 par Electrabel s'élevait à [entre 60 et 70 % - le pourcentage exact relève du secret des affaires].

## 5.2.2. Marché du transport

L'activité de transport concerne l'acheminement de l'électricité sur le réseau haute tension. La société coopérative CPTE, filiale d'Electrabel et de la SPE, était propriétaire de la majeure partie du réseau de haute tension en Belgique et en assurait la gestion.

Le 28 juin 2001, le réseau haute tension a été apporté à une société filiale de CPTE, la SA Elia System Operator.

Le 31 mai 2002, Electrabel a cédé 30 % du capital d'Elia System Operator à la SCRL Publi-T, société dont l'actionariat est directement ou indirectement aux mains des communes. Il est prévu à moyen terme (2 ans) d'introduire 40 % du capital d'Elia en bourse. Ces cessions ont été imposées par le gouvernement belge pour assurer l'indépendance d'Elia qui n'était alors que candidat Gestionnaire du Réseau de Transport.

La SA Elia System Operator ayant été désignée officiellement par arrêté ministériel du 13 septembre 2002 publié au Moniteur belge du 17 septembre 2002 en tant que gestionnaire de réseau de transport (GRT) au niveau fédéral, cette désignation lève une partie des incertitudes juridiques relevées dans les précédentes décisions.

En tant que gestionnaire du réseau, Elia aura trois missions principales :

- l'exploitation du réseau, c'est-à-dire le transport d'électricité, en ce inclus les services auxiliaires;
- l'entretien du réseau à haute tension;
- le développement du réseau à haute tension.

Elia ne vend ni n'achète d'électricité. Cette opération se conclut entre le fournisseur (producteur ou intermédiaire) et le consommateur qui s'accordent sur des contrats de fourniture. En exécution de ce contrat, ils désignent un responsable qui conclut avec Elia un contrat d'accès pour le transport d'électricité sur le réseau Elia et qui est appelé le responsable d'accès. Il peut s'agir du fournisseur, du consommateur ou d'un tiers. Toute partie reconnue par Elia au titre de responsable d'accès peut conclure un contrat d'accès.

Le responsable d'accès garantit l'équilibre à l'échelle du quart d'heure entre la totalité des injections et la totalité des prélèvements pour lesquels il est responsable. Il s'engage à respecter les procédures d'Elia en matière de nominations.

Un responsable d'accès peut obtenir les droits d'accès suivants:

- droits d'accès à la frontière sud pour importation en provenance de France;
- droits d'accès à la frontière sud pour exportation vers la France;
- droits d'accès à la frontière nord;
- droits d'accès à un point de prélèvement en Belgique;
- droits d'accès à un point d'injection en Belgique.

En effet, la Belgique possède des lignes d'interconnexion avec la France et les Pays-Bas. L'importation d'électricité de l'étranger est toutefois restreinte de manière substantielle par le manque de capacité des interconnexions aux frontières.

Dans sa décision dans l'affaire IV/M.1803 : Electrabel/Epon, la Commission européenne indique que :

"Concernant la Belgique, il existe également des restrictions au niveau de l'interconnexion : on constate que les importations théoriques en provenance des Pays-Bas vers la Belgique représentent une quantité négligeable. "

Non seulement les capacités d'interconnexion sont limitées, mais de surcroît, elles ne sont pas entièrement attribuées selon les règles du marché. En effet, malgré un système de mise aux enchères mis en place en 2001, les capacités d'interconnexion sont toujours en grande partie réservées à Electrabel .

Le même problème existe à la frontière franco-belge, d'autant plus que la demande d'interconnexions est plus importante dans le sens France - Belgique .

En 2001, les importations nettes d'électricité en Belgique s'élèvent à 10,598,516 GWh dont approximativement [entre 80 et 90% - le pourcentage exact relève du secret des affaires] ont été importés par Electrabel/SPE (CPTE)

### 5.2.3. Marché de la distribution

L'activité de distribution proprement dite du courant qui consiste à assurer l'acheminement de l'électricité depuis le réseau de transport jusqu'au consommateur sur un réseau à moyenne et basse tension relève de la compétence des communes qui disposent de droits exclusifs en la matière. Comme déjà exposé, la plupart des communes se sont rassemblées au sein d'intercommunales aux fins de poursuivre ces activités de distribution. La majorité de ces intercommunales se sont adjoints les services d'Electrabel en tant que partenaire privé afin de les assister dans la poursuite de leur mission. Elles sont dénommées pour cette raison « intercommunales mixtes » pour les distinguer des « intercommunales pures » auxquelles ne participent que des pouvoirs publics. Le réseau de transport est clairement distinct du réseau de distribution.

Simogel, en tant qu'intercommunale mixte est présente sur le marché de la distribution d'électricité pour les communes associées de la région de Mouscron.

Outre certains problèmes résultant de l'absence partielle de transposition au niveau fédéral ou régional, des règlements techniques relatifs aux conditions d'accès et à la tarification, les concurrents font état de l'avantage dont disposerait Electrabel en raison du fait que cette société procède à la gestion opérationnelle des réseaux de distribution et qu'elle continuera à y procéder dans le futur, et en raison de l'enchevêtrement des intérêts existants entre Electrabel et les intercommunales mixtes, futures gestionnaires de réseau de distribution (GRD).

La CREG s'interroge par ailleurs en ces termes : "Outre la question de savoir si une telle construction est légale en vertu des dispositions d'undbundling prévue par le décret wallon en matière d'électricité, d'aucuns s'interrogent sur la mesure dans laquelle le gestionnaire de réseau de distribution, sous le contrôle exclusif des communes, sera prêt à laisser un accès transparent et non discriminatoire aux concurrents d'ECS alors que les communes ont tout intérêt à ce qu'ECS enregistre un résultat optimal et, inversement, qu'elles seraient fortement affectées par une perte éventuelle dans le chef d'ECS."

Cette réserve est également mise en avant par un autre concurrent. Ce dernier fait également état du fait que, non seulement les tarifs définitifs pour l'accès aux réseaux de distribution ne sont toujours pas publiés, mais que la base des coûts des opérateurs de réseaux est encore inconnue, rendant impossible

de savoir si un tarif de transport déterminé n'inclut que le service qui règle le transport ou si d'autres éléments sont comptés dans les tarifs (p. ex. les coûts échoués).

Un autre problème qui est soulevé dans les réponses des concurrents est celui de la gestion journalière de l'intercommunale qui risque d'être toujours assurée -hormis quelques tâches stratégiques- par du personnel d'Electrabel.

Ces préoccupations ont été prises en compte récemment par le VREG dans ses décisions du 5 septembre 2002 relatives à la désignation des GRD, les intercommunales mixtes n'ayant reçu d'agrément que pour une durée limitée à un an en raison des doutes émis sur leur indépendance par rapport à Electrabel, alors que les intercommunales pures ont été désignées pour une période de douze ans.

#### 5.2.4 Marché de la fourniture

Les volumes estimés du marché concerné ont été repris au point 6.3.2 pour les années 2002 à 2005.

La part de marché d'Electrabel s'élève à plus de 90%. La position d'Electrabel/SPE sur le marché belge de la fourniture d'électricité aux clients finals s'élève selon les parties notifiantes à [plus de 95% - le pourcentage exact relève du secret des affaires] en 1999, à [plus de 95% - le pourcentage exact relève du secret des affaires] en 2000 et est estimée à [entre 90 et 95% - le pourcentage exact relève du secret des affaires] en 2001.

Aucun autre concurrent, quelle que soit sa puissance économique et financière (EDF, RWE, EON), ne possède individuellement une part de marché supérieure ou égale à 5%.

#### 5.3. Marché géographique concerné

Le marché géographique concerné est national. En effet, les clients éligibles établis sur le territoire de l'intercommunale Simogel et repris par ECS peuvent s'approvisionner auprès des fournisseurs établis partout en Belgique, voire même dans d'autres Etats membres. Des problèmes liés aux capacités limitées des interconnexions restreignent toutefois les importations dans une mesure significative.

### 6. Libéralisation du marché

#### 6.1. Désignation du gestionnaire du réseau de transport (GRT)

Par arrêté ministériel du 13 septembre 2002 publié au Moniteur belge du 17 septembre 2002, la SA Elia System Operator a été désignée pour une période de 20 ans comme gestionnaire du réseau de transport au sens de l'article 10, § 1 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité.

La société Elia System Operator, de par sa désignation en tant que GRT en vertu de cette loi, se voit également confier la gestion du réseau de transport local en région wallonne (réseau compris entre 30 et 70 Kilovolts) en vertu de l'article 4 du décret du 12 avril 2001 de la région wallonne relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité.

De même en Flandre, la société Elia System Operator a été désignée le 5 septembre 2002 à titre provisoire en tant que gestionnaire du réseau de distribution pour les réseaux de 70 KV à 26 KV. Un délai d'un an lui a été accordé afin de se conformer aux exigences de la section IV du chapitre II de l'arrêté du gouvernement flamand du 15 juin 2001 relatif aux gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité publié au Moniteur belge du 5 septembre 2001, section qui traite de l'indépendance juridique et de gestion du gestionnaire du réseau vis-à-vis des producteurs, des titulaires d'une autorisation de fourniture et des intermédiaires.



Pour la Région de Bruxelles-Capitale, Elia System Operator a également été désigné provisoirement en tant que gestionnaire du réseau de transport régional (réseau d'une tension nominale de 36 KV).

## 6.2. Désignation des gestionnaires des réseaux de distribution (GRD)

Pour la région flamande, la VREG a désigné certains GRD pour une période de 12 ans et d'autres de manière provisoire, pour une durée de 12 mois.

En Région wallonne, la procédure de désignation de tous les GRD n'est pas terminée. Cette désignation devait en principe être réalisée pour le 25 octobre 2002 et semble ainsi imminente.

## 6.3. Éligibilité

### 6.3.1. Nouveaux seuils d'éligibilité à partir du 1er janvier 2003

A partir du 1er janvier 2003, de nouvelles catégories de clients seront éligibles:

- les clients finals ayant une consommation annuelle de plus de 10 GWh au niveau fédéral, en région de Bruxelles-Capitale et en région wallonne;
- les clients finals ayant une puissance de raccordement au réseau de distribution et au site de consommation qui est égale ou supérieure à 56 KVA en région flamande.

### 6.3.2. Volume du marché concerné par la fourniture d'électricité aux clients éligibles

Selon Electrabel, le volume total des ventes en Belgique est de l'ordre de 79.667,5 GWh en 2001.

L'évolution du marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles en Belgique se présentera comme suit :

Pour l'année 2002: 41.427 GWh/an, soit 52 % du marché ;

Au 1er mars 2003: 47.800 GWh/an, soit 60 % du marché ;

(ce qui correspond à l'éligibilité des clients consommant plus de 20 GWh/an dans la Région de Bruxelles-Capitale, plus de 10 GWh/an en Wallonie et des clients dont la puissance mise à disposition est supérieure à 56 kVA en Région flamande);

Au 1er juillet /2003: 62.937 GWh/an , soit 79 % du marché ;

(ce qui correspond à l'éligibilité des clients dont la puissance mise à disposition est inférieure à 56 kVA en Région flamande);

Au 1er janvier 2005: 69.311 GWh/an, soit 87 % du marché ;

(ce qui correspond à l'éligibilité des clients raccordés au réseau haute tension en Wallonie).

## 7. Contraintes influençant la libéralisation du marché de l'électricité

### 7.1. Barrières juridiques

#### a) Incertitudes juridiques

Même si les parties invoquent le fait qu'elles ne sont nullement responsables du retard pris dans la transposition totale de la directive, ce qui ne saurait être mis en doute, il n'en reste pas moins qu'il convient d'être attentif à ne pas accroître les effets qui en résultent au niveau de la concurrence. Il ne

faudrait pas que ces incertitudes, qui empêchent les concurrents d'entrer efficacement sur le marché belge de l'électricité, favorisent anormalement l'acteur dominant pendant la période transitoire et lui permettent d'occuper une position sur laquelle les mécanismes de régulation, une fois opérationnels, seront dans une grande mesure sans effet.

## b) Durée des contrats de fourniture

Comme signalé dans la décision rendue le 30 août 2002 dans le cadre de la présente notification au terme de la première phase, un système de transition a été mis en place en Région wallonne pour les clients (devenant) éligibles. L'intercommunale, deux mois avant la date d'éligibilité, a l'obligation d'en informer le client final. Une fois devenu éligible, le client continue à être approvisionné par le fournisseur désigné par le gestionnaire, à défaut d'un accord passé avec un autre fournisseur. Il reste cependant libre de changer de fournisseur moyennant un préavis d'un mois.

La liberté de changer de fournisseur et, partant, de mettre un terme à l'approvisionnement par le fournisseur désigné par défaut n'est totale qu'à défaut de contrat dûment signé avec le fournisseur désigné.

L'instruction et des auditions intervenues dans le cadre de la première phase révélaient qu'un examen complémentaire s'avérait nécessaire sur la durée de ces contrats. Cet examen a été réalisé dans le cadre de l'instruction complémentaire. Les résultats de cet examen peuvent être résumés comme suit :

### b.1. Clients haute tension

Ces contrats sont conclus directement avec Electrabel S.A..

Le pourcentage de clients par durée contractuelle est le suivant (sur un total de [Secrets des affaires] contrats) :

1 an	2 ans	3 ans	4 ans	5 ans	6 ans	+ de 6 ans
[Secrets des affaires]						

Il ressort que la majorité des contrats sont conclus pour une durée à moyen terme de [Secrets des affaires], soit environ [Secrets des affaires] %.

Le pourcentage de clients par année d'échéance est la suivante :

31/12/2002	31/12/2003	31/12/2004	31/12/2005	31/12/2006	Après 2006
[Secrets des affaires]					

### b.2 Clients basse et moyenne tension

Ces contrats sont conclus avec ECS.

Le pourcentage de clients par durée contractuelle est le suivant (sur un total de [Secrets des affaires] contrats < 10 GWh/an et [Secrets des affaires] contrats > 10 et < 20 GWh/an), la majorité de ces contrats entrent en vigueur à partir du [Secrets des affaires] :

Durée contractuelle	< 10 GWh/an	> 10 et < 20 GWh/an
1 an	[Secrets des affaires]	
2 ans		
3 ans		
4 ans		
5 ans		
>= 6 ans		
Durée moyenne par client		

## 7.2. Informations essentielles pour entrer sur le marché

### a) Information sur l'éligibilité

Il ressort de l'instruction ainsi que des réponses fournies par les concurrents qu'il n'existe à l'heure actuelle aucun système d'informations efficace, centralisé et complet. Certaines données sont disponibles auprès de divers organismes et autorités fédérales et régionales; cependant, celles-ci sont insuffisantes, voire dépassées.

A ce sujet, la CREG mentionne le fait qu'aucune réglementation n'impose au gestionnaire du réseau de transport de publier une liste de clients éligibles ainsi qu'une liste de fournisseurs alternatifs.

Cette situation, quelle qu'en soit la raison, est préjudiciable à l'établissement d'un marché concurrentiel. Il faut tenir compte du fait qu'Electrabel, en tant qu'opérateur historique verticalement intégré, possède un avantage considérable sur ses concurrents puisqu'il a un accès privilégié aux informations essentielles et ce, à tous les niveaux du marché.

### b) Autres informations manquantes

Des informations se situant à tous les niveaux du marché de l'électricité, nécessaires aux concurrents désireux de pénétrer le marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles, ne sont actuellement pas disponibles, si ce n'est dans le chef de l'opérateur historique qu'est Electrabel. Le rapport du Corps des Rapporteurs énumère divers renseignements essentiels, et notamment :

Au niveau de la production:

- informations relatives aux excédents de production et aux capacités disponibles à la vente pour les fournisseurs alternatifs;
- date et durée des entretiens des grandes centrales prévus sur le long terme;
- publication en temps réel des incidents influençant la production et la capacité disponible d'électricité;

Au niveau du transport et de la distribution :

- les conditions d'accès et de raccordement au réseau;
- les coûts de transport et de distribution d'électricité;

Au niveau de la fourniture :

- concernant les clients éligibles :
  - consommation sur base quart-horaire
  - historique de consommation
  - localisation et coordonnées
- concernant les fournisseurs alternatifs : identité et coordonnées des fournisseurs alternatifs à transmettre aux clients éligibles. Il existe une liste de fournisseurs ayant obtenu l'autorisation de fourniture sur le site Internet de la VREG, mais ces informations devraient en plus être transmises par le gestionnaire de réseau aux clients en même temps qu'il les informe de leur éligibilité future. Ces informations, dans la mesure où elles concernent des clients qui ne sont pas encore éligibles, devraient être disponibles suffisamment tôt par rapport à la date d'éligibilité de ces clients.

## 7.3. Capacité des concurrents

Légalement, toute entreprise qui veut entrer sur le marché de la fourniture des clients éligibles doit introduire au préalable auprès des autorités de régulation régionales compétentes une demande d'autorisation ou licence. Les Régions flamande, wallonne et de Bruxelles capitale ont adopté chacune un arrêté organisant la procédure. Il s'agit de l'arrêté du gouvernement flamand du 15 juin 2001 relatif aux autorisations de fourniture d'électricité, publié au Moniteur belge du 05 septembre 2001, de l'arrêté du gouvernement wallon du 21 mars 2002 relatif à la licence de fourniture d'électricité publié

au Moniteur belge du 27 avril 2002 et l'arrêté du gouvernement de la région de Bruxelles-Capitale du 18 juillet 2002 fixant les critères et la procédure d'octroi, de renouvellement, de cession et de retrait d'une autorisation de fourniture d'électricité publié au Moniteur belge du 6 novembre 2002.

Le fournisseur doit à cette occasion satisfaire à des conditions d'honorabilité, d'expérience professionnelle, de capacités techniques et financières, et d'organisation.

Des renseignements obtenus, il s'avère que les conditions exigées par ces législations régionales ne constituent pas une barrière insurmontable pour un candidat "sérieux", l'objectif poursuivi ayant manifestement été de favoriser au maximum l'apparition de concurrents potentiels sur le marché de la fourniture d'électricité.

D'un point de vue pratique, différentes sociétés interrogées quant à leur capacité d'approvisionner le marché ont déjà obtenu une licence de fourniture ou compte incessamment introduire une telle licence.

## 8. Conditions d'une éventuelle admissibilité de l'opération et observations des parties

Tant les parties intervenantes justifiant d'un intérêt suffisant, que les experts désignés par le Corps des rapporteurs, que les organes régulateurs fédéral et régionaux et que le Corps des rapporteurs considèrent que l'opération notifiée crée ou renforce la position dominante d'Electrabel et est de nature à entraver de manière significative la concurrence effective sur le secteur de l'électricité et considèrent dans ces conditions que la concentration notifiée devrait être refusée. Ils proposent toutefois à titre subsidiaire des conditions à imposer sur tous les marchés de l'électricité qui doivent absolument être respectées si la concentration était admise.

Les parties estiment que la concentration en cause ne renforce pas la position dominante d'Electrabel et ne voient par conséquent pas la nécessité d'imposer des conditions pour l'admissibilité de l'opération.

Elles sont d'avis que "aucune des conditions suggérées par les concurrents ne sont acceptables dès lors que leur nécessité et leur proportionnalité ne sont pas démontrées."

## 9. Position du Conseil de la concurrence

Attendu que le renforcement de position dominante peut s'apprécier tant sur le marché de la production que sur le marché de la fourniture ;

Qu'Electrabel dispose indubitablement de par sa qualité d'opérateur historique d'avantages par rapport à ses concurrents dans l'approche de la clientèle qui devient éligible ;

Que l'opération envisagée ne fait que conforter sa position puisqu'elle lui confère la sécurité juridique du maintien de la fourniture par ECS de la clientèle "par défaut" tant que ces clients éligibles n'ont pas choisi un fournisseur concurrent ;

Attendu que dans ses décisions n° 2002-C/C-61 et n° 2002-C/C-62 du 30 août 2002, le Conseil a été amené à constater que :

- les parties disposent d'une position dominante sur le marché ;
- la concentration notifiée renforce cette position dominante ;
- ce renforcement entrave la concurrence sur le marché belge ;

Attendu que le Conseil avait considéré que pareille entrave ne serait pas significative pour autant que les parties en cause respectent les conditions et charges suivantes :

- aviser six mois à l'avance chaque client, par courrier séparé, de la date de sa prochaine éligibilité et de la liberté de choix qui s'offre à lui en communiquant la liste et les coordonnées complètes des fournisseurs

ayant obtenu une licence de livraison, en l'informant de la possibilité d'obtenir sans frais son profil détaillé de consommateur

- accorder aux clients qui ont signé un contrat d'une durée de trois ans et plus, un droit de résiliation unilatérale moyennant un préavis de six mois sans indemnité ;

Attendu que ces décisions indiquaient clairement qu'il s'agissait d'un minimum en vue de rendre les concentrations admissibles, le Conseil s'étant expressément réservé d'imposer des conditions complémentaires à l'occasion d'autres opérations de concentration ;

Qu'à la connaissance du Conseil, cette décision a été à ce jour frappée d'appel par une des parties intervenantes;

Attendu que dans la présente cause, les parties notifiantes, tout en considérant les conditions retenues par le Conseil dans la décision du 30 août 2002 n'étaient pas nécessaires, ont néanmoins déclaré les accepter pour la présente concentration;

Qu'elles n'ont pas élaboré d'autres propositions ;

Attendu qu'il résulte de l'examen des éléments recueillis dans le cadre du rapport complémentaire établi en application de l'article 34 §1 de la loi sur la protection de la concurrence économique que les conditions émises dans les décisions du 30 août 2002, appliquées au cas d'espèce, ne peuvent être suffisantes pour conférer un caractère admissible à la concentration ;

Attendu que la condition relative à la durée des anciens contrats ne trouve pas à s'appliquer dès lors qu'aucun client éligible n'a conclu de contrat de trois ans et plus;

Que la seule condition relative aux informations à communiquer à chaque client éligible ne se révèle pas en soi suffisante pour empêcher d'entraver de manière significative la concurrence sur le marché concerné ;

Attendu que les experts désignés au sein du CWAPE, de la CREG et de la VREG, ont considéré que des conditions complémentaires plus sévères devraient être imposées par le Conseil si celui-ci venait à ne pas s'opposer à l'opération de concentration ;

Attendu que le rapport en deuxième phase cite les conditions complémentaires suivantes :

- mise aux enchères des capacités virtuelles de production ;
- répartition de la capacité transfrontalière ;
- obligation de mettre fin à l' Accord CPTE du 20 janvier 1995 ;
- obligation de mettre en vente les sites de production qui ne sont plus en activité ;
- interdiction d'utiliser le nom ELECTRABEL dans les filiales spécialisées ;

Attendu que les dispositions normatives prises tant au niveau fédéral qu'au niveau local sont de nature à permettre la libéralisation du marché de l'électricité ;

Que si les solutions arrêtées par Electrabel et Intermix dans le Mémoire of Understanding le 30 mars 2001 sont de nature à maintenir un équilibre entre les partenaires des intercommunales mixtes œuvrant dans le secteur de l'électricité, elles ne sont pas de nature à rencontrer les exigences visées dans la législation sur la protection de la concurrence économique ;

Attendu que les dispositions reprises dans ce Mémoire ont été mieux développées dans la présente procédure notamment dans des notes qui faisaient défaut dans les premiers dossiers transmis au Conseil ;

Que l'opération de concentration notifiée ne fait qu'entériner les principes énoncés dans ce Mémoire ;

Attendu que le Conseil constate que bien que l'opération réponde sous certains aspects à la lettre de la législation mise en place pour libéraliser partiellement le secteur de l'électricité, la méthode utilisée n'est pas conforme à l'esprit de cette libéralisation ;

Attendu que les opérations préalables à cette concentration ont renforcé la position dominante des parties, en organisant le transfert des clients éligibles dans une période d'ouverture du marché à la concurrence, et sans faire appel à celle-ci ;

Attendu que la CREG considère en tant que régulateur fédéral du secteur de l'électricité et du gaz, qu'il est essentiel d'ouvrir la désignation d'un fournisseur par défaut à la concurrence et que pour ce faire, il convient d'appliquer la législation relative aux marchés publics afin d'offrir la meilleure garantie d'une utilisation non discriminatoire et transparente de la concurrence ;

Attendu que le Conseil a pour mission de veiller au respect des dispositions de la législation sur la protection de la concurrence économique ;

Attendu que si, en application de l'article 34 §1 al.2 de cette législation, le Conseil peut imposer les conditions qu'il estime nécessaires et proportionnelles pour justifier du caractère admissible d'une concentration, celles-ci ne peuvent avoir pour effet l'organisation même de l'ouverture du marché, rôle qui revient au législateur ;

Attendu qu'à l'exception des parties notifiantes, les acteurs interrogés ainsi que le Corps des rapporteurs confirment que l'application de l'ensemble des conditions proposées est seule de nature à donner pleine efficacité à la décision ;

Que cependant, le Conseil estime que certaines d'entre elles dépassent sa sphère de compétence puisqu'elles auraient pour effet la véritable « mise en place » de la libéralisation complète des marchés de l'électricité au delà de ce qu'à voulu le législateur à ce jour ;

Attendu que nonobstant cette observation, le Conseil constate que de nombreuses barrières à l'entrée subsistent, entre autres, l'insuffisance de capacité aux interconnexions, la nécessité d'investissements considérables en production d'électricité et la lenteur des procédures de fixation de prix ;

Que ces barrières ne sont pas le fait des parties notifiantes mais résultent de la situation antérieure ;

Que si le rôle du Conseil de la concurrence n'est pas de réduire les parts de marché de l'opérateur historique, il doit vérifier si l'opération notifiée n'a pas pour effet d'augmenter l'impact des barrières à l'entrée ;

Que le législateur a pris une série de mesures pour libéraliser le marché de l'électricité, dont l'une d'entre elles ordonne la séparation des activités de distributeurs de celles de fournisseurs d'électricité ;

Que c'est pour répondre au vœu de la loi qu'Electrabel a créé sa filiale ECS ;

Que le législateur wallon a également prévu (article 6, § 3 du décret du 12 avril 2001) que le fournisseur des clients captifs répondant aux conditions d'éligibilité doit désigner un fournisseur par défaut afin d'assurer l'approvisionnement des clients aussi longtemps qu'ils n'ont pas choisi un autre fournisseur ;

Attendu que les clients éligibles qui ont choisi de quitter le fournisseur par défaut ne représentent actuellement que 5 à 10 % ;

Que ce pourcentage sera sans doute encore moins élevé chez les petits clients et les clients résidentiels. (cfr rapport Commission sur la mise en œuvre du marché intérieur du gaz et de l'électricité, mars 2002) ;

Que ce marché, qui ne s'ouvre qu'au rythme de l'éligibilité des clients, souffre encore d'une certaine passivité devant le changement ;

Attendu que les fournisseurs alternatifs ne peuvent prospecter ce marché naissant qu'en approchant les clients éligibles ou en se proposant à la désignation comme fournisseur par défaut ;

Qu'ils ont confirmé à l'audience être candidats à une telle désignation ;

Attendu que le fait pour ECS d'être désigné fournisseur par défaut de la totalité des intercommunales mixtes wallonnes en exécution du « Memorandum of Understanding » a pour conséquence de fermer la principale possibilité de pénétration du marché des fournisseurs concurrents, de renforcer les barrières existantes et de réduire considérablement l'efficacité des dispositions réglementaires visant à l'introduction de la libre concurrence ;

Attendu que, dans ces conditions, le Conseil de la concurrence ne peut que constater que l'opération notifiée est de nature à entraver de manière significative la concurrence effective sur une partie substantielle du marché belge ;

Qu'il convient dès lors de l'interdire ;

Par ces motifs,

#### **Le Conseil de la concurrence**

- Constate la position dominante sur le marché concerné des parties notifiantes ;
- Constate que l'opération de concentration notifiée renforce cette position dominante ;
- Constate qu'elle a pour conséquence d'entraver de manière significative la concurrence effective sur une partie substantielle du marché belge ;
- Décide en conséquence d'interdire la réalisation de la concentration notifiée.

Ainsi statué le 12 novembre 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Patrick De Wolf, président de Chambre, de Madame Marie-Claude Grégoire, de Monsieur Jacques Schaar et de Monsieur Pierre Battard, membres.

## **Décision n°2002-C/C-83 du 12 novembre 2002**

Affaire CONC-C/C-02/0050 : Electrabel Customer Solutions S.A. / Interмосane 2

En cause :

Electrabel Customer Solutions S.A. (ci-après "ECS"), ayant son siège social 8, boulevard du Régent à 1000 Bruxelles

et

Interмосane S.C.R.L. (Secteur 2), intercommunale ayant pris la forme d'une S.C.R.L. (ci-après "Interмосane 2"), ayant son siège social à l'hôtel de ville de Liège ;

Vu la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 1er juillet 1999 (ci-après LPCE) ;

Vu la notification datée du 1er août 2002 d'une concentration qui consiste en la reprise par ECS, filiale d'Electrabel, de la clientèle de l'intercommunale Interмосane 2 au fur et à mesure qu'elle devient éligible ;

Vu la décision n° 2002-C/C-68 du 12 septembre 2002 du Conseil de la concurrence constatant que cette opération suscite des doutes sérieux quant à son admissibilité et décidant d'engager la procédure prévue à l'article 34 de loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique ;

Vu les pièces des dossiers (1e et 2e phase) et les rapports motivés du Corps des rapporteurs datés 26 août et du 14 octobre 2002;

Vu les notes d'observations des parties notifiantes du 9 septembre et du 4 novembre 2002 ;

Vu les ordonnances autorisant l'audition des personnes justifiant d'un intérêt suffisant conformément à l'article 32 quater §2 LPCE ;

Vu les autres pièces transmises et jointes au dossier de la procédure

Entendus à l'audience du 6 novembre 2002,

Les intervenants :

- Mmes Christine Vanderveeren représentant la Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz en abrégé CREG assistée par Mme C. Miserque ;
- MM. Jan Robberechts, Rob Leonard et Philippe Putman représentant la S.A. Luminus assistés par Me Marc Van der Woude, avocat au barreau de Bruxelles ;
- MM. Dirk Meire et Lennart Deridder , Mme Kathleen Van Boxelaer représentant la N.V. Nuon Energy Trade & Wholesale assistés par Me Dirk Arts, avocat au barreau de Bruxelles ;

Les experts désignés par le Corps des rapporteurs:

- Francis Ghigny (expert désigné au sein de la Commission Wallonne pour l'Énergie en abrégé CWAPE) ;
- André Pictoel ( expert désigné au sein de la Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteit- en Gasmarkt en abrégé VREG) ;
- Barbara Heremans ( expert désigné au sein de la CREG) ;



En présence :

- des parties notifiantes, en l'espèce la S.A. ECS représentée par MM. Jean de Garcia et Patrick Baeten, assistés par Me Annick Vroninks et Me Vanig Kasparian, avocats au barreau de Bruxelles représentant également Interмосane 2 ;
- du Corps des rapporteurs représenté par Monsieur Patrick Marchand, rapporteur ;
- du Service de la Concurrence représenté par Messieurs Gerry Marlière, Géry Marlière, Benjamin Matagne, Antoon Kyndt et Axel Frennet ;

Entendus à l'audience du 7 novembre 2002 :

- le Corps des rapporteurs représenté par Monsieur le rapporteur Patrick Marchand;
- les parties notifiantes, en l'espèce la S.A. ECS représentée par Monsieur Jean de Garcia et Monsieur Patrick Baeten, assistés par Me Alexandre Vandencastele, Me Dirk Brinckman et Me Annick Vroninks, avocats au barreau de Bruxelles représentant également l'intercommunale Interмосane 2 ;
- la N.V. Nuon Energy Trade & Wholesale représentée par MM. Dirk Meire et Lennart Deridder assistés par Me Dirk Arts, avocat au barreau de Bruxelles ;

En présence du Service de la Concurrence représenté par Messieurs Gerry Marlière, Géry Marlière, Benjamin Matagne, Antoon Kyndt et Axel Frennet ;

Après en avoir délibéré, le Conseil de la concurrence prononce la décision suivante :

## 1. les parties notifiantes

### 1.1. Acquéreur

La société Electrabel Customer Solutions (ci-après "ECS") est une société anonyme de droit belge constituée par acte du 12 décembre 2001 publié dans les annexes du Moniteur belge du 28 décembre 2001, ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent, 8 et ayant pour objet la fourniture d'électricité et de gaz ainsi que la fourniture de produits et services y afférents.

La S.A. ECS est une filiale de la S.A. Electrabel et de la Naamloze Vennootschap voor de Oprichting en Uitbating van een FM- en TV-distributienet te Oostende en abrégé Teveo qui détiennent respectivement 49.999 actions et une action de celle-ci. La S.A. Teveo est pour sa part contrôlée par Electrabel qui détient 99,975 % de ses actions, l'actionnaire minoritaire étant M. Yvan Dupon, par ailleurs administrateur de la S.A. Electrabel. La société ECS est ainsi en fait une filiale à 100% de la S.A. Electrabel.

La société anonyme de droit belge Electrabel ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent, 8 est une entreprise active à tous les stades dans le secteur de l'électricité, de la production à la fourniture au client final, soit directement, soit par le biais de ses filiales.

### 1.2. Vendeur

La scrl Interмосane (secteur 2) (ci-après "Interмосane 2") est l'intercommunale pour la distribution d'énergie dans la région de Liège. Elle a comme activité principale la distribution d'électricité et de gaz aux clients sis sur le territoire des communes affiliées.

Interмосane 2 est une intercommunale mixte, c'est à dire qu'elle est constituée sur base d'un partenariat avec une société privée qui est Electrabel, actuellement actionnaire majoritaire.

Des dispositions réglementaires et notamment les dispositions du décret du 5 décembre 1996 relatif aux intercommunales wallonnes, prévoient toutefois que les communes disposent toujours de la majorité des voix ainsi que de la présidence dans les organes de gestion et de contrôle, et ce quelque soit la proportion des apports des diverses parties à la constitution du capital.

### 1.3. Entreprise ou partie d'entreprise cible

L'opération vise la clientèle d'Intermosane 2 devenant éligible sur le marché de la fourniture d'électricité.

## 2. Description de l'opération

### 2.1. Préambule

La concentration notifiée s'inscrit dans le cadre de la libéralisation du marché de l'électricité décidée au niveau européen par la directive 96/92 du 19 décembre 1996 (Directive 96/92/CE du Parlement et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité publiée au JO L27 du 30 janvier 1997) qui impose une ouverture limitée et progressive du marché de l'électricité. Les modalités de cette libéralisation sont déterminées dans une réglementation fédérale et régionale en raison du fait que l'énergie en Belgique est une matière dont les compétences sont réparties entre l'autorité fédérale et les Régions.

De manière très schématique, l'État fédéral est compétent pour ce qui a trait à la production, au transport et aux tarifs. La distribution et la fourniture relèvent de la compétence des Régions.

Le cadre normatif en cette matière comprend notamment:

- la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après "loi électricité") publiée au Moniteur belge du 11 mai 1999;
- le décret de la région flamande du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité;
- le décret de la région wallonne du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et l'arrêté du gouvernement wallon du 21 mars 2002 relatif aux clients devenus éligibles et au contrôle de leur éligibilité ;
- l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en région de Bruxelles - Capitale;
- l'A.R. du 11 juillet 2002 relatif à la structure tarifaire générale et aux principes de base et procédures en matière de tarifs de raccordement aux réseaux de distribution et d'utilisation de ceux-ci, de services auxiliaires fournis par les gestionnaires de ces réseaux et en matière de comptabilité des gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité publié au Moniteur belge 27 juillet 2002 et entrant en vigueur le 1er janvier 2003.
- l'arrêté du gouvernement de la région de Bruxelles-Capitale du 18 juillet 2002 fixant les critères et la procédure d'octroi, de renouvellement, de cession et de retrait d'une autorisation de fourniture d'électricité publié au Moniteur belge du 6 novembre 2002.

Les seuils d'éligibilité ainsi que les dates d'ouverture du marché varient ainsi en fonction de la région et de la réglementation applicable.

A l'issue de cette libéralisation du marché de l'électricité, la distribution de l'électricité doit être scindée en deux activités devant être confiées à des sociétés distinctes:

- la gestion du réseau de distribution, qui englobe l'exploitation, la maintenance et le développement du réseau de distribution ;
- la vente d'électricité qui concerne l'approvisionnement en énergie des clients éligibles.

Dès 1996, des communes en partenariat avec Electrabel avaient décidé de poursuivre, au sein d'intercommunales mixtes, des activités de gestion du réseau de distribution et de vente à la clientèle. Des statuts dits « de troisième génération » avaient à l'époque été rédigés et avaient reçu l'aval des autorités européennes pour ce qui concernait leurs aspects intracommunautaires.

Des intercommunales mixtes et notamment Intermosane 2 assurent encore à l'heure actuelle la gestion du réseau de distribution et la fourniture d'électricité.

L'article 8, §1 du décret wallon relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité prévoit expressément que le gestionnaire du réseau de distribution ne peut réaliser des activités de production autres que de l'électricité verte ou de vente d'électricité autres que les ventes nécessitées par son activité de gestionnaire de réseau. Le gestionnaire du réseau de distribution ne peut ni s'engager dans des activités de fourniture aux clients éligibles ni dans la fourniture de services qui ne sont pas directement liés à l'exécution des tâches visées à l'article 11 (à savoir la gestion du réseau). Toutefois, à la demande des communes, le gestionnaire du réseau de distribution peut fournir l'électricité aux clients captifs.

Il s'ensuit que les intercommunales mixtes wallonnes, et notamment Interrosane 2, qui souhaitent être désignées comme gestionnaire de réseau de distribution, ne pourront plus en même temps fournir de l'électricité aux clients (devenus) éligibles.

Compte tenu des accords existants entre les intercommunales mixtes et Electrabel et des implications du processus de libéralisation, Electrabel et Intermixt Wallonie (établissement d'utilité publique regroupant tous les mandataires publics des intercommunales mixtes) ont négocié les termes d'un nouvel accord susceptible de maintenir leur partenariat. Ces négociations ont débouché sur l'élaboration des diverses conventions et d'un « Mémoire of Understanding » signé le 30 mars 2001.

Le principe retenu est que les communes et les intercommunales s'impliqueront d'avantage dans la gestion des réseaux de distribution, activités de type monopolistique et régulée, tandis qu'Electrabel, par le biais d'une filiale, se concentrera à titre principal sur l'activité de fourniture aux clients. Cette spécialisation des uns et des autres n'est pas exclusive: les communes via les intercommunales continueront à être intéressées dans le résultat de la société de commercialisation d'électricité et Electrabel conservera une participation -minoritaire mais importante- au capital des gestionnaires de réseau de distribution dont elle continuera à assurer l'exploitation.

Afin de valoriser la clientèle que ces intercommunales alimentent en électricité et qu'elles ne pourront plus alimenter dès leur éligibilité, il a été convenu qu'une société filiale d'Electrabel, (la S.A. ECS) reprendrait cette clientèle.

En contrepartie de cette cession de clientèle, les communes se voient offrir la possibilité d'augmenter leur actionariat dans l'intercommunale mixte. Ces communes deviendront en outre actionnaires minoritaires dans cette société ECS (à concurrence de maximum 5% du capital) et participeront aux bénéfices à concurrence de 40% du résultat réalisé.

## 2.2. Opération visée par la notification

L'opération qui fait l'objet de la présente notification consiste en la reprise par ECS (constituée le 12 décembre 2001 et filiale à 100% d'Electrabel), de la clientèle d'Interrosane 2 portant sur la fourniture d'électricité aux clients de celle-ci au fur et à mesure qu'ils deviennent éligibles et dans la mesure où ils ne décident pas de conclure un contrat avec un autre fournisseur.

La reprise par ECS de cette clientèle éligible d'Interrosane 2 visée par cette notification n'a pas fait l'objet d'un document spécifique mais doit se déduire d'un ensemble de documents parmi lesquels le document intitulé "Mémoire of Understanding entre Intermix – Electrabel signé le 30 mars 2001" et les modifications apportées aux statuts d'Interrosane 2 adoptées le 1er juillet 2002. Le conseil d'administration de Interrosane 2 a, le 3 juin 2002, décidé de faire adhérer leur intercommunale au Mémoire of Understanding.

### 3. Délais

La décision du Conseil de la concurrence prise au terme de la première phase et par laquelle le Conseil de la concurrence a décidé d'engager la procédure prévue à l'article 34 de la loi et de renvoyer l'affaire au rapporteur pour un complément d'instruction, date du 12 septembre 2002.

Le délai visé à l'article 34 §1er de la loi prend par conséquent cours à cette date et la décision du Conseil de la concurrence prise en application de l'article 34, §§ 1 et 2 de la loi doit être rendue pour le 12 novembre 2002 au plus tard.

### 4. Champ d'application

Les sociétés ECS et InterMosane 2 sont des entreprises au sens de l'article 1er de la LPCE.

Après la concentration, ECS détiendra le contrôle exclusif de l'activité d'InterMosane 2 de fourniture d'électricité aux clients éligibles (ou qui le deviendront).

L'opération consiste donc en une concentration au sens de l'article 9 §1 LPCE. Sur la base des chiffres fournis par les parties dans la notification, les seuils des chiffres d'affaires visés à l'article 11 de la loi sont atteints.

### 5. Marché concerné

#### 5.1. Secteur économique concerné

Le secteur économique concerné par la concentration est celui de la production et de la distribution d'électricité (code NACE : 40.1).

#### 5.2. Marché de produits concerné

Cinq types d'activités différentes peuvent être distingués dans le secteur de l'électricité, en l'espèce :

- la production d'électricité ;
- le transport qui consiste en l'acheminement de l'électricité sur des câbles de haute tension ;
- la distribution qui est l'acheminement de l'électricité sur des câbles de moyenne et basse tension;
- la fourniture qui consiste en la livraison au consommateur final ;
- le négoce qui vise l'achat et la revente d'électricité.

Les quatre premières activités peuvent être considérées comme relevant de marchés de produits distincts, puisque celles-ci nécessitent des actifs et des ressources différents et parce que les conditions de marché et de concurrence sont différentes pour chacune d'entre elles.

La question de savoir si le négoce d'électricité constitue un marché distinct du négoce général des produits d'énergie ne doit pas être tranchée dans le cadre de la présente procédure en raison du fait que cette activité n'est pas visée dans la présente notification et n'existe pas en Belgique.

Suite à la libéralisation d'une partie du marché de l'électricité initiée par la directive CE 96/92 du 19 décembre 1996, une distinction supplémentaire doit être faite entre la fourniture d'électricité aux clients éligibles et non éligibles (qui ne peuvent pas choisir leur fournisseur). Ces activités relèvent de deux marchés de produits distincts, dans la mesure où les conditions de concurrence sont différentes, et où, le plus souvent, ils sont soumis à des réglementations spécifiques.

C'est dans ce contexte que s'inscrit la présente opération puisque, en vertu de l'article 8 § 1 du décret wallon relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité du 12 avril 2002, le gestionnaire du réseau de distribution se voit interdire toute activité de fourniture aux clients éligibles.

Par conséquent, le marché des produits concerné au sens strict, est celui de la fourniture d'électricité aux clients éligibles.

L'intercommunale Interfosane 2 est active sur les marchés de la distribution et de la fourniture d'électricité. Cette dernière activité, pour autant qu'elle concerne les clients devenant éligibles n'ayant pas choisi de fournisseur, sera exercée par ECS, filiale à 100 % d'Electrabel.

La société Electrabel est active directement ou indirectement sur tous les marchés de l'électricité. L'instruction menée en première phase aboutissait à la conclusion qu'Electrabel occupe une position dominante sur les différents marchés belges de l'électricité en raison des parts de marché extrêmement élevées détenues quel que soit le marché envisagé. L'instruction en seconde phase a confirmé l'existence de cette position dominante. Cette position dominante sur les quatre marchés susmentionnés, n'est au demeurant pas contestée, en ce compris par les parties notifiantes. Cette position dominante d'Electrabel sur ces différents marchés est de nature à générer des effets sur le marché concerné au sens strict.

### 5.2.1. Marché de la production

On distingue principalement trois sources d'approvisionnement: l'achat d'électricité auprès de producteurs, l'importation et l'achat dans une bourse. Comme déjà mentionné, il n'existe actuellement pas de bourse d'échanges en Belgique. En outre, les importations sont non seulement très limitées, mais, de plus, réalisées majoritairement par Electrabel.

Sur une production totale en 2001 estimée à 75.953 GWh par la CREG et à 76.085 GWh par les parties notifiantes, [Secrets des affaires] GWh ont été produits par Electrabel, soit une part de marché de [plus de 95 % - le pourcentage exact relève du secret des affaires].

La part de marché d'Electrabel sur le marché de la production s'élevait en 1999 à [plus de 95% - le pourcentage exact relève du secret des affaires] et en 2000 à [plus de 95% - le pourcentage exact relève du secret des affaires].

Dans ces conditions, dès qu'un nouvel entrant veut vendre des volumes importants sur le marché belge, il est obligé d'envisager un approvisionnement auprès d'Electrabel qui dispose d'un quasi-monopole de la capacité totale de production en Belgique.

En outre, il convient également de tenir compte d'un « accord CPTE » conclu en 1995 entre les deux principaux producteurs en Belgique, Electrabel et SPE qui renforce encore la position d'Electrabel sur ce marché. En effet, par une convention du 20 janvier 1995, la S.A. Electrabel et la S.A. SPE ont décidé d'apporter à la S.C. CPTE dont Electrabel est actionnaire à concurrence de 91,5%, le droit d'usage des capacités de production d'électricité existantes en Belgique dont elles sont propriétaires, dans le but d'assurer la coordination de la production, l'achat, la transmission et la vente de toute l'électricité nécessaire en Belgique aux clients directs de la production et aux organismes de distribution publique que les parties alimentent.

Ainsi que le relève un concurrent, investir dans de nouvelles capacités de production est impossible à court terme, vu qu'il faut d'abord passer par un long processus d'approbation et qu'il y a pour l'instant suffisamment, et même trop, de capacité. Effectivement, l'instruction a révélé que le taux d'utilisation des installations de production en 2001 par Electrabel s'élevait à [entre 60 et 70 % - le pourcentage exact relève du secret des affaires].

### 5.2.2. Marché du transport

L'activité de transport concerne l'acheminement de l'électricité sur le réseau haute tension. La société coopérative CPTE, filiale d'Electrabel et de la SPE, était propriétaire de la majeure partie du réseau de haute tension en Belgique et en assurait la gestion.

Le 28 juin 2001, le réseau haute tension a été apporté à une société filiale de CPTE, la SA Elia System Operator.

Le 31 mai 2002, Electrabel a cédé 30 % du capital d'Elia System Operator à la SCRL Publi-T, société dont l'actionnariat est directement ou indirectement aux mains des communes. Il est prévu à moyen terme (2 ans) d'introduire 40 % du capital d'Elia en bourse. Ces cessions ont été imposées par le gouvernement belge pour assurer l'indépendance d'Elia qui n'était alors que candidat Gestionnaire du Réseau de Transport.

La SA Elia System Operator ayant été désignée officiellement par arrêté ministériel du 13 septembre 2002 publié au Moniteur belge du 17 septembre 2002 en tant que gestionnaire de réseau de transport (GRT) au niveau fédéral, cette désignation lève une partie des incertitudes juridiques relevées dans les précédentes décisions.

En tant que gestionnaire du réseau, Elia aura trois missions principales :

- l'exploitation du réseau, c'est-à-dire le transport d'électricité, en ce inclus les services auxiliaires;
- l'entretien du réseau à haute tension;
- le développement du réseau à haute tension.

Elia ne vend ni n'achète d'électricité. Cette opération se conclut entre le fournisseur (producteur ou intermédiaire) et le consommateur qui s'accordent sur des contrats de fourniture. En exécution de ce contrat, ils désignent un responsable qui conclut avec Elia un contrat d'accès pour le transport d'électricité sur le réseau Elia et qui est appelé le responsable d'accès. Il peut s'agir du fournisseur, du consommateur ou d'un tiers. Toute partie reconnue par Elia au titre de responsable d'accès peut conclure un contrat d'accès.

Le responsable d'accès garantit l'équilibre à l'échelle du quart d'heure entre la totalité des injections et la totalité des prélèvements pour lesquels il est responsable. Il s'engage à respecter les procédures d'Elia en matière de nominations.

Un responsable d'accès peut obtenir les droits d'accès suivants:

- droits d'accès à la frontière sud pour importation en provenance de France;
- droits d'accès à la frontière sud pour exportation vers la France;
- droits d'accès à la frontière nord;
- droits d'accès à un point de prélèvement en Belgique;
- droits d'accès à un point d'injection en Belgique.

En effet, la Belgique possède des lignes d'interconnexion avec la France et les Pays-Bas. L'importation d'électricité de l'étranger est toutefois restreinte de manière substantielle par le manque de capacité des interconnexions aux frontières.

Dans sa décision dans l'affaire IV/M.1803 : Electrabel/Epon, la Commission européenne indique que :

"Concernant la Belgique, il existe également des restrictions au niveau de l'interconnexion : on constate que les importations théoriques en provenance des Pays-Bas vers la Belgique représentent une quantité négligeable. "

Non seulement les capacités d'interconnexion sont limitées, mais de surcroît, elles ne sont pas entièrement attribuées selon les règles du marché. En effet, malgré un système de mise aux enchères mis en place en 2001, les capacités d'interconnexion sont toujours en grande partie réservées à Electrabel .

Le même problème existe à la frontière franco-belge, d'autant plus que la demande d'interconnexions est plus importante dans le sens France - Belgique .

En 2001, les importations nettes d'électricité en Belgique s'élèvent à 10,598,516 GWh dont approximativement [entre 80 et 90% - le pourcentage exact relève du secret des affaires] ont été importés par Electrabel/SPE (CPTE)

### 5.2.3. Marché de la distribution

L'activité de distribution proprement dite du courant qui consiste à assurer l'acheminement de l'électricité depuis le réseau de transport jusqu'au consommateur sur un réseau à moyenne et basse tension relève de la compétence des communes qui disposent de droits exclusifs en la matière. Comme déjà exposé, la plupart des communes se sont rassemblées au sein d'intercommunales aux fins de poursuivre ces activités de distribution. La majorité de ces intercommunales se sont adjoints les services d'Electrabel en tant que partenaire privé afin de les assister dans la poursuite de leur mission. Elles sont dénommées pour cette raison « intercommunales mixtes » pour les distinguer des "intercommunales pures" auxquelles ne participent que des pouvoirs publics. Le réseau de transport est clairement distinct du réseau de distribution.

Intermosane 2, en tant qu'intercommunale mixte est présente sur le marché de la distribution d'électricité pour les communes associées de la province de Liège.

Outre certains problèmes résultant de l'absence partielle de transposition au niveau fédéral ou régional, des règlements techniques relatifs aux conditions d'accès et à la tarification, les concurrents font état de l'avantage dont disposerait Electrabel en raison du fait que cette société procède à la gestion opérationnelle des réseaux de distribution et qu'elle continuera à y procéder dans le futur, et en raison de l'enchevêtrement des intérêts existants entre Electrabel et les intercommunales mixtes, futures gestionnaires de réseau de distribution (GRD).

La CREG s'interroge par ailleurs en ces termes : "Outre la question de savoir si une telle construction est légale en vertu des dispositions d'undbundling prévue par le décret wallon en matière d'électricité, d'aucuns s'interrogent sur la mesure dans laquelle le gestionnaire de réseau de distribution, sous le contrôle exclusif des communes, sera prêt à laisser un accès transparent et non discriminatoire aux concurrents d'ECS alors que les communes ont tout intérêt à ce qu'ECS enregistre un résultat optimal et, inversement, qu'elles seraient fortement affectées par une perte éventuelle dans le chef d'ECS."

Cette réserve est également mise en avant par un autre concurrent. Ce dernier fait également état du fait que, non seulement les tarifs définitifs pour l'accès aux réseaux de distribution ne sont toujours pas publiés, mais que la base des coûts des opérateurs de réseaux est encore inconnue, rendant impossible de savoir si un tarif de transport déterminé n'inclut que le service qui règle le transport ou si d'autres éléments sont comptés dans les tarifs (p. ex. les coûts échoués).

Un autre problème qui est soulevé dans les réponses des concurrents est celui de la gestion journalière de l'intercommunale qui risque d'être toujours assurée -hormis quelques tâches stratégiques- par du personnel d'Electrabel.

Ces préoccupations ont été prises en compte récemment par le VREG dans ses décisions du 5 septembre 2002 relatives à la désignation des GRD, les intercommunales mixtes n'ayant reçu d'agrément que pour une durée limitée à un an en raison des doutes émis sur leur indépendance par rapport à Electrabel, alors que les intercommunales pures ont été désignées pour une période de douze ans.

### 5.2.4. Marché de la fourniture

Les volumes estimés du marché concerné ont été repris au point 6.3.2 pour les années 2002 à 2005.

La part de marché d'Electrabel s'élève à plus de 90%. La position d'Electrabel/SPE sur le marché belge de la fourniture d'électricité aux clients finals s'élève selon les parties notifiantes à [plus de

95% - le pourcentage exact relève du secret des affaires] en 1999, à [plus de 95% - le pourcentage exact relève du secret des affaires] en 2000 et est estimée à [entre 90 et 95% - le pourcentage exact relève du secret des affaires] en 2001.

Aucun autre concurrent, quelle que soit sa puissance économique et financière (EDF, RWE, EON), ne possède individuellement une part de marché supérieure ou égale à 5%.

### 5.3. Marché géographique concerné

Le marché géographique concerné est national. En effet, les clients éligibles établis sur le territoire de l'intercommunale Interomosane 2 et repris par ECS peuvent s'approvisionner auprès des fournisseurs établis partout en Belgique, voire même dans d'autres Etats membres. Des problèmes liés aux capacités limitées des interconnexions restreignent toutefois les importations dans une mesure significative.

## 6. Libéralisation du marché

### 6.1. Désignation du gestionnaire du réseau de transport (GRT)

Par arrêté ministériel du 13 septembre 2002 publié au Moniteur belge du 17 septembre 2002, la SA Elia System Operator a été désignée pour une période de 20 ans comme gestionnaire du réseau de transport au sens de l'article 10, § 1 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité.

La société Elia System Operator, de par sa désignation en tant que GRT en vertu de cette loi, se voit également confier la gestion du réseau de transport local en région wallonne (réseau compris entre 30 et 70 Kilovolts) en vertu de l'article 4 du décret du 12 avril 2001 de la région wallonne relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité.

De même en Flandre, la société Elia System Operator a été désignée le 5 septembre 2002 à titre provisoire en tant que gestionnaire du réseau de distribution pour les réseaux de 70 KV à 26 KV. Un délai d'un an lui a été accordé afin de se conformer aux exigences de la section IV du chapitre II de l'arrêté du gouvernement flamand du 15 juin 2001 relatif aux gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité publié au Moniteur belge du 5 septembre 2001, section qui traite de l'indépendance juridique et de gestion du gestionnaire du réseau vis-à-vis des producteurs, des titulaires d'une autorisation de fourniture et des intermédiaires.

Pour la Région de Bruxelles-Capitale, Elia System Operator a également été désigné provisoirement en tant que gestionnaire du réseau de transport régional (réseau d'une tension nominale de 36 KV).

### 6.2. Désignation des gestionnaires des réseaux de distribution (GRD)

Pour la région flamande, la VREG a désigné certains GRD pour une période de 12 ans et d'autres de manière provisoire, pour une durée de 12 mois.

En Région wallonne, la procédure de désignation de tous les GRD n'est pas terminée. Cette désignation devait en principe être réalisée pour le 25 octobre 2002 et semble ainsi imminente.

### 6.3. Éligibilité

#### 6.3.1. Nouveaux seuils d'éligibilité à partir du 1er janvier 2003

A partir du 1er janvier 2003, de nouvelles catégories de clients seront éligibles:



- les clients finals ayant une consommation annuelle de plus de 10 GWh au niveau fédéral, en région de Bruxelles-Capitale et en région wallonne;
- les clients finals ayant une puissance de raccordement au réseau de distribution et au site de consommation qui est égale ou supérieure à 56 KVA en région flamande.

### 6.3.2. Volume du marché concerné par la fourniture d'électricité aux clients éligibles

Selon Electrabel, le volume total des ventes en Belgique est de l'ordre de 79.667,5 GWh en 2001.

L'évolution du marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles en Belgique se présentera comme suit :

Pour l'année 2002: 41.427 GWh/an, soit 52 % du marché ;

Au 1er mars 2003: 47.800 GWh/an, soit 60 % du marché ;

(ce qui correspond à l'éligibilité des clients consommant plus de 20 GWh/an dans la Région de Bruxelles-Capitale, plus de 10 GWh/an en Wallonie et des clients dont la puissance mise à disposition est supérieure à 56 kVA en Région flamande);

Au 1er juillet /2003: 62.937 GWh/an , soit 79 % du marché ;

(ce qui correspond à l'éligibilité des clients dont la puissance mise à disposition est inférieure à 56 kVA en Région flamande);

Au 1er janvier 2005: 69.311 GWh/an, soit 87 % du marché ;

(ce qui correspond à l'éligibilité des clients raccordés au réseau haute tension en Wallonie).

## 7. Contraintes influençant la libéralisation du marché de l'électricité

### 7.1. Barrières juridiques

#### a) Incertitudes juridiques

Même si les parties invoquent le fait qu'elles ne sont nullement responsables du retard pris dans la transposition totale de la directive, ce qui ne saurait être mis en doute, il n'en reste pas moins qu'il convient d'être attentif à ne pas accroître les effets qui en résultent au niveau de la concurrence. Il ne faudrait pas que ces incertitudes, qui empêchent les concurrents d'entrer efficacement sur le marché belge de l'électricité, favorisent anormalement l'acteur dominant pendant la période transitoire et lui permettent d'occuper une position sur laquelle les mécanismes de régulation, une fois opérationnels, seront dans une grande mesure sans effet.

#### b) Durée des contrats de fourniture

Comme signalé dans la décision rendue le 30 août 2002 dans le cadre de la présente notification au terme de la première phase, un système de transition a été mis en place en Région wallonne pour les clients (devenant) éligibles. L'intercommunale, deux mois avant la date d'éligibilité, a l'obligation d'en informer le client final. Une fois devenu éligible, le client continue à être approvisionné par le fournisseur désigné par le gestionnaire, à défaut d'un accord passé avec un autre fournisseur. Il reste cependant libre de changer de fournisseur moyennant un préavis d'un mois.

La liberté de changer de fournisseur et, partant, de mettre un terme à l'approvisionnement par le fournisseur désigné par défaut n'est totale qu'à défaut de contrat dûment signé avec le fournisseur désigné.

L'instruction et des auditions intervenues dans le cadre de la première phase révélaient qu'un examen complémentaire s'avérait nécessaire sur la durée de ces contrats. Cet examen a été réalisé dans le cadre de l'instruction complémentaire. Les résultats de cet examen peuvent être résumés comme suit :

#### b.1. Clients haute tension

Ces contrats sont conclus directement avec Electrabel S.A..

Le pourcentage de clients par durée contractuelle est le suivant (sur un total de [Secrets des affaires] contrats) :

1 an	2 ans	3 ans	4 ans	5 ans	6 ans	+ de 6 ans
[Secrets des affaires]						

Il ressort que la majorité des contrats sont conclus pour une durée à moyen terme de [Secrets des affaires], soit environ [Secrets des affaires] %.

Le pourcentage de clients par année d'échéance est la suivante :

31/12/2002	31/12/2003	31/12/2004	31/12/2005	31/12/2006	Après 2006
[Secrets des affaires]					

#### b.2 Clients basse et moyenne tension

Ces contrats sont conclus avec ECS.

Le pourcentage de clients par durée contractuelle est le suivant (sur un total de [Secrets des affaires] contrats < 10 GWh/an et [Secrets des affaires] contrats > 10 et < 20 GWh/an), la majorité de ces contrats entrent en vigueur à partir du [Secrets des affaires] :

Durée contractuelle	< 10 GWh/an	> 10 et < 20 GWh/an
1 an	[Secrets des affaires]	
2 ans		
3 ans		
4 ans		
5 ans		
>= 6 ans		
Durée moyenne par client		

### 7.2. Informations essentielles pour entrer sur le marché

#### a) Information sur l'éligibilité

Il ressort de l'instruction ainsi que des réponses fournies par les concurrents qu'il n'existe à l'heure actuelle aucun système d'informations efficace, centralisé et complet. Certaines données sont disponibles auprès de divers organismes et autorités fédérales et régionales; cependant, celles-ci sont insuffisantes, voire dépassées.

A ce sujet, la CREG mentionne le fait qu'aucune réglementation n'impose au gestionnaire du réseau de transport de publier une liste de clients éligibles ainsi qu'une liste de fournisseurs alternatifs.

Cette situation, quelle qu'en soit la raison, est préjudiciable à l'établissement d'un marché concurrentiel. Il faut tenir compte du fait qu'Electrabel, en tant qu'opérateur historique verticalement intégré, possède un avantage considérable sur ses concurrents puisqu'il a un accès privilégié aux informations essentielles et ce, à tous les niveaux du marché.

## b) Autres informations manquantes

Des informations se situant à tous les niveaux du marché de l'électricité, nécessaires aux concurrents désireux de pénétrer le marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles, ne sont actuellement pas disponibles, si ce n'est dans le chef de l'opérateur historique qu'est Electrabel.

Le rapport du Corps des Rapporteurs énumère divers renseignements essentiels, et notamment :

Au niveau de la production:

- informations relatives aux excédents de production et aux capacités disponibles à la vente pour les fournisseurs alternatifs;
- date et durée des entretiens des grandes centrales prévus sur le long terme;
- publication en temps réel des incidents influençant la production et la capacité disponible d'électricité;

Au niveau du transport et de la distribution :

- les conditions d'accès et de raccordement au réseau;
- les coûts de transport et de distribution d'électricité;

Au niveau de la fourniture :

- concernant les clients éligibles :
  - consommation sur base quart-horaire
  - historique de consommation
  - localisation et coordonnées
- concernant les fournisseurs alternatifs : identité et coordonnées des fournisseurs alternatifs à transmettre aux clients éligibles. Il existe une liste de fournisseurs ayant obtenu l'autorisation de fourniture sur le site Internet de la VREG, mais ces informations devraient en plus être transmises par le gestionnaire de réseau aux clients en même temps qu'il les informe de leur éligibilité future. Ces informations, dans la mesure où elles concernent des clients qui ne sont pas encore éligibles, devraient être disponibles suffisamment tôt par rapport à la date d'éligibilité de ces clients.

### 7.3. Capacité des concurrents

Légalement, toute entreprise qui veut entrer sur le marché de la fourniture des clients éligibles doit introduire au préalable auprès des autorités de régulation régionales compétentes une demande d'autorisation ou licence. Les Régions flamande, wallonne et de Bruxelles capitale ont adopté chacune un arrêté organisant la procédure. Il s'agit de l'arrêté du gouvernement flamand du 15 juin 2001 relatif aux autorisations de fourniture d'électricité, publié au Moniteur belge du 05 septembre 2001, de l'arrêté du gouvernement wallon du 21 mars 2002 relatif à la licence de fourniture d'électricité publié au Moniteur belge du 27 avril 2002 et l'arrêté du gouvernement de la région de Bruxelles-Capitale du 18 juillet 2002 fixant les critères et la procédure d'octroi, de renouvellement, de cession et de retrait d'une autorisation de fourniture d'électricité publié au Moniteur belge du 6 novembre 2002.

Le fournisseur doit à cette occasion satisfaire à des conditions d'honorabilité, d'expérience professionnelle, de capacités techniques et financières, et d'organisation.

Des renseignements obtenus, il s'avère que les conditions exigées par ces législations régionales ne constituent pas une barrière insurmontable pour un candidat "sérieux", l'objectif poursuivi ayant manifestement été de favoriser au maximum l'apparition de concurrents potentiels sur le marché de la fourniture d'électricité.

D'un point de vue pratique, différentes sociétés interrogées quant à leur capacité d'approvisionner le marché ont déjà obtenu une licence de fourniture ou compte incessamment introduire une telle licence.

## 8. Conditions d'une éventuelle admissibilité de l'opération et observations des parties

Tant les parties intervenantes justifiant d'un intérêt suffisant, que les experts désignés par le Corps des rapporteurs, que les organes régulateurs fédéral et régionaux et que le Corps des rapporteurs considèrent que l'opération notifiée crée ou renforce la position dominante d'Electrabel et est de nature à entraver de manière significative la concurrence effective sur le secteur de l'électricité et considèrent dans ces conditions que la concentration notifiée devrait être refusée. Ils proposent toutefois à titre subsidiaire des conditions à imposer sur tous les marchés de l'électricité qui doivent absolument être respectées si la concentration était admise.

Les parties estiment que la concentration en cause ne renforce pas la position dominante d'Electrabel et ne voient par conséquent pas la nécessité d'imposer des conditions pour l'admissibilité de l'opération.

Elles sont d'avis que "aucune des conditions suggérées par les concurrents ne sont acceptables dès lors que leur nécessité et leur proportionnalité ne sont pas démontrées."

## 9. Position du Conseil de la concurrence

Attendu que le renforcement de position dominante peut s'apprécier tant sur le marché de la production que sur le marché de la fourniture ;

Qu'Electrabel dispose indubitablement de par sa qualité d'opérateur historique d'avantages par rapport à ses concurrents dans l'approche de la clientèle qui devient éligible ;

Que l'opération envisagée ne fait que conforter sa position puisqu'elle lui confère la sécurité juridique du maintien de la fourniture par ECS de la clientèle "par défaut" tant que ces clients éligibles n'ont pas choisi un fournisseur concurrent ;

Attendu que dans ses décisions n° 2002-C/C-61 et n° 2002-C/C-62 du 30 août 2002, le Conseil a été amené à constater que :

- les parties disposent d'une position dominante sur le marché ;
- la concentration notifiée renforce cette position dominante ;
- ce renforcement entrave la concurrence sur le marché belge ;

Attendu que le Conseil avait considéré que pareille entrave ne serait pas significative pour autant que les parties en cause respectent les conditions et charges suivantes :

- aviser six mois à l'avance chaque client, par courrier séparé, de la date de sa prochaine éligibilité et de la liberté de choix qui s'offre à lui en communiquant la liste et les coordonnées complètes des fournisseurs ayant obtenu une licence de livraison, en l'informant de la possibilité d'obtenir sans frais son profil détaillé de consommateur
- accorder aux clients qui ont signé un contrat d'une durée de trois ans et plus, un droit de résiliation unilatérale moyennant un préavis de six mois sans indemnité ;

Attendu que ces décisions indiquaient clairement qu'il s'agissait d'un minimum en vue de rendre les concentrations admissibles, le Conseil s'étant expressément réservé d'imposer des conditions complémentaires à l'occasion d'autres opérations de concentration ;

Qu'à la connaissance du Conseil, cette décision a été à ce jour frappée d'appel par une des parties intervenantes;

Attendu que dans la présente cause, les parties notifiantes, tout en considérant les conditions retenues par le Conseil dans la décision du 30 août 2002 n'étaient pas nécessaires, ont néanmoins déclaré les accepter pour la présente concentration;

Qu'elles n'ont pas élaboré d'autres propositions ;

Attendu qu'il résulte de l'examen des éléments recueillis dans le cadre du rapport complémentaire établi en application de l'article 34 §1 de la loi sur la protection de la concurrence économique que les conditions émises dans les décisions du 30 août 2002, appliquées au cas d'espèce, ne peuvent être suffisantes pour conférer un caractère admissible à la concentration ;

Attendu que la condition relative à la durée des anciens contrats ne trouve pas à s'appliquer dès lors qu'aucun client éligible n'a conclu de contrat de trois ans et plus;

Que la seule condition relative aux informations à communiquer à chaque client éligible ne se révèle pas en soi suffisante pour empêcher d'entraver de manière significative la concurrence sur le marché concerné ;

Attendu que les experts désignés au sein du CWAPE, de la CREG et de la VREG, ont considéré que des conditions complémentaires plus sévères devraient être imposées par le Conseil si celui-ci venait à ne pas s'opposer à l'opération de concentration ;

Attendu que le rapport en deuxième phase cite les conditions complémentaires suivantes :

- mise aux enchères des capacités virtuelles de production ;
- répartition de la capacité transfrontalière ;
- obligation de mettre fin à l' Accord CPTE du 20 janvier 1995 ;
- obligation de mettre en vente les sites de production qui ne sont plus en activité ;
- interdiction d'utiliser le nom ELECTRABEL dans les filiales spécialisées ;

Attendu que les dispositions normatives prises tant au niveau fédéral qu'au niveau local sont de nature à permettre la libéralisation du marché de l'électricité ;

Que si les solutions arrêtées par Electrabel et Intermix dans le Mémoire of Understanding le 30 mars 2001 sont de nature à maintenir un équilibre entre les partenaires des intercommunales mixtes œuvrant dans le secteur de l'électricité, elles ne sont pas de nature à rencontrer les exigences visées dans la législation sur la protection de la concurrence économique ;

Attendu que les dispositions reprises dans ce Mémoire ont été mieux développées dans la présente procédure notamment dans des notes qui faisaient défaut dans les premiers dossiers transmis au Conseil ;

Que l'opération de concentration notifiée ne fait qu'entériner les principes énoncés dans ce Mémoire ;

Attendu que le Conseil constate que bien que l'opération réponde sous certains aspects à la lettre de la législation mise en place pour libéraliser partiellement le secteur de l'électricité, la méthode utilisée n'est pas conforme à l'esprit de cette libéralisation ;

Attendu que les opérations préalables à cette concentration ont renforcé la position dominante des parties, en organisant le transfert des clients éligibles dans une période d'ouverture du marché à la concurrence, et sans faire appel à celle-ci ;

Attendu que la CREG considère en tant que régulateur fédéral du secteur de l'électricité et du gaz, qu'il est essentiel d'ouvrir la désignation d'un fournisseur par défaut à la concurrence et que pour ce faire, il convient d'appliquer la législation relative aux marchés publics afin d'offrir la meilleure garantie d'une utilisation non discriminatoire et transparente de la concurrence ;

Attendu que le Conseil a pour mission de veiller au respect des dispositions de la législation sur la protection de la concurrence économique ;

Attendu que si, en application de l'article 34 §1 al.2 de cette législation, le Conseil peut imposer les conditions qu'il estime nécessaires et proportionnelles pour justifier du caractère admissible d'une concentration, celles-ci ne peuvent avoir pour effet l'organisation même de l'ouverture du marché, rôle qui revient au législateur ;

Attendu qu'à l'exception des parties notifiantes, les acteurs interrogés ainsi que le Corps des rapporteurs confirment que l'application de l'ensemble des conditions proposées est seule de nature à donner pleine efficacité à la décision ;

Que cependant, le Conseil estime que certaines d'entre elles dépassent sa sphère de compétence puisqu'elles auraient pour effet la véritable « mise en place » de la libéralisation complète des marchés de l'électricité au delà de ce qu'à voulu le législateur à ce jour ;

Attendu que nonobstant cette observation, le Conseil constate que de nombreuses barrières à l'entrée subsistent, entre autres, l'insuffisance de capacité aux interconnexions, la nécessité d'investissements considérables en production d'électricité et la lenteur des procédures de fixation de prix ;

Que ces barrières ne sont pas le fait des parties notifiantes mais résultent de la situation antérieure ;

Que si le rôle du Conseil de la concurrence n'est pas de réduire les parts de marché de l'opérateur historique, il doit vérifier si l'opération notifiée n'a pas pour effet d'augmenter l'impact des barrières à l'entrée;

Que le législateur a pris une série de mesures pour libéraliser le marché de l'électricité, dont l'une d'entre elles ordonne la séparation des activités de distributeurs de celles de fournisseurs d'électricité;

Que c'est pour répondre au vœu de la loi qu'Electrabel a créé sa filiale ECS ;

Que le législateur wallon a également prévu (article 6, § 3 du décret du 12 avril 2001) que le fournisseur des clients captifs répondant aux conditions d'éligibilité doit désigner un fournisseur par défaut afin d'assurer l'approvisionnement des clients aussi longtemps qu'ils n'ont pas choisi un autre fournisseur ;

Attendu que les clients éligibles qui ont choisi de quitter le fournisseur par défaut ne représentent actuellement que 5 à 10 % ;

Que ce pourcentage sera sans doute encore moins élevé chez les petits clients et les clients résidentiels. (cfr rapport Commission sur la mise en œuvre du marché intérieur du gaz et de l'électricité, mars 2002) ;

Que ce marché, qui ne s'ouvre qu'au rythme de l'éligibilité des clients, souffre encore d'une certaine passivité devant le changement ;

Attendu que les fournisseurs alternatifs ne peuvent prospecter ce marché naissant qu'en approchant les clients éligibles ou en se proposant à la désignation comme fournisseur par défaut ;

Qu'ils ont confirmé à l'audience être candidats à une telle désignation ;

Attendu que le fait pour ECS d'être désigné fournisseur par défaut de la totalité des intercommunales mixtes wallonnes en exécution du « Memorandum of Understanding » a pour conséquence de fermer la principale possibilité de pénétration du marché des fournisseurs concurrents, de renforcer les barrières existantes et de réduire considérablement l'efficacité des dispositions réglementaires visant à l'introduction de la libre concurrence ;

Attendu que, dans ces conditions, le Conseil de la concurrence ne peut que constater que l'opération notifiée est de nature à entraver de manière significative la concurrence effective sur une partie substantielle du marché belge ;

Qu'il convient dès lors de l'interdire ;

**Par ces motifs**

#### **Le Conseil de la concurrence**

- Constate la position dominante sur le marché concerné des parties notifiantes ;
- Constate que l'opération de concentration notifiée renforce cette position dominante ;
- Constate qu'elle a pour conséquence d'entraver de manière significative la concurrence effective sur une partie substantielle du marché belge ;
- Décide en conséquence d'interdire la réalisation de la concentration notifiée.

Ainsi statué le 12 novembre 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Patrick De Wolf, président de Chambre, de Madame Marie-Claude Grégoire, de Monsieur Jacques Schaar et de Monsieur Pierre Battard, membres.

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

Inzake :

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

en

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 1. De aanmeldende en betrokken partijen.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 2. Aanmeldingsplicht - overeenkomst van concentratie

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 3. De marktafbakening

#### 3.1. De relevante productmarkten.

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

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

De rechtspraak van de Raad bevestigt deze marktafbakening.

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

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

IMEA is op de volgende markten actief:

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

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

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

### 3.2. De relevante geografische markt

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

### 3.3. De marktaandelen

#### - De markt van de productie van elektriciteit in België

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

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

#### - De markt van het transport van elektriciteit in België

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

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

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

#### - De markt van de elektriciteitsdistributie in België

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### 4. Economische analyse en beoordeling

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

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

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

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

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

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

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

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

## Om deze redenen

### De Raad voor de Mededinging

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

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

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

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

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

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

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

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



## **Décision n°2002-C/C-85 du 28 novembre 2002**

Affaire CONC-C/C-02/0063 : Babcock Borsig AG / Pipe-Tec GmbH & Co KG et Pipe-Tec Verwaltungs GmbH

Vu la notification de concentration déposée par les parties notifiantes le 10 octobre 2002 au secrétariat du Conseil de la concurrence et portant le numéro CONC-C/C-02/0063.

Vu le rapport du 8 novembre 2002 ainsi que le dossier d'instruction établi par le corps des rapporteurs.

Entendu à l'audience du 28 novembre 2002 :

- Monsieur Patrick Marchand, rapporteur ;
- Maîtres Laurent Garzaniti, Inge Bernaerts et Joachim Marchandise, représentant les parties notifiantes.

### **1. Description des entreprises**

#### **2.1. Acquéreur**

Babcock Borsig AG (ci-après Babcock) est une société de droit allemand dont le siège social est situé à 46049 Oberhausen, Duisburger Str. 375, Allemagne.

Babcock offre de l'ingénierie mécanique et des services de construction d'installations. Elle produit des générateurs de vapeur, des chaudières industrielles, des turbines, des installations électriques à énergie fossile ainsi que des installations électriques à énergie éolienne. Elle est active dans la promotion immobilière et construit des bateaux marchands et navals. Babcock est également active dans les domaines de l'ingénierie mécanique et de processus et de la tuyauterie industrielle. Babcock est active au niveau mondial et a des filiales en Allemagne, aux Pays-Bas, en Suisse, en Afrique du Sud, au Royaume-Uni, en Belgique, au Danemark, en Chine, en France, aux Etats-Unis et au Japon.

#### **2.2. Vendeurs**

- MCE Voest GmbH et MCE Voest GmbH & CO (dénommées conjointement MCE) sont des sociétés de droit autrichien dont le siège social est situé à 4031 Linz, Lunzerstr. 64, Autriche.
- Monsieur Hans Schwarzwaldler domicilié à 44805 Bochum, Mengerder Str. 9, Allemagne.
- Monsieur Werner Schindler domicilié à 44799 Bochum, Friedrich-Harkort-Str. 34, Allemagne.

#### **2.3. Sociétés cibles**

Pipe-tec GmbH & Co KG et Pipe-Tec Verwaltungs GmbH (dénommées conjointement Pipe-Tec) sont des sociétés de droit allemand dont le siège social est situé à 51371 Leverkusen, Overfeldweg n°19, Allemagne.

Pipe-Tec est une entreprise commune créée par Babcock et MCE en 2000, ces dernières sociétés y ayant transféré leurs sociétés actives dans le secteur de la construction de tuyaux industriels.

La constitution de cette entreprise commune a été déclarée admissible par la Commission, le 31/03/2000.

## 2. Description et but de l'opération

A la suite des difficultés rencontrées par Babcock, société actuellement sous concordat judiciaire, MCE a décidé par lettre du 12 février 2002 de résilier l'accord relatif à l'entreprise commune Pipe-Tec.

La concentration notifiée est en réalité une conséquence de cette décision de résiliation. En effet, à la dissolution de l'entreprise commune, chacune des entreprises fondatrices va ré-acquérir les sociétés qu'elle avait apportées à l'entreprise commune. Ce transfert se réalise via trois accords conclu le 20 juin 2002.

Après transfert des sociétés apportées par MCE dans l'entreprise commune vers MCE (opération non soumise à notification en Belgique et qui fait l'objet des deux premiers accords du 20 juin 2002), le troisième accord conclu entre Babcock, MCE, les deux actionnaires personnes physiques et Pipe-Tec prévoit que Babcock acquiert 100% de Pipe-Tec GmbH & Co Kg et 70% de Pipe-Tec Verwaltungs GmbH, [CONFIDENTIEL]. Ce faisant, Babcock reprend le contrôle des sociétés qu'elle avait apportées à l'entreprise commune par le biais de l'acquisition du contrôle exclusif de Pipe-Tec.

Pipe-Tec a une filiale en Belgique. Il s'agit de la société Rob Montagebedrijf SA (ci-après Rob) sise à Keetberglaan n° 5 à 9120 Beveren.

## 3. Délais

La convention d'achat a été signée le 20 juin 2002. La notification a été effectuée le 10 octobre 2002. Le délai de notification visé à l'article 12 § 1 de la loi n'a pas été respecté.

Le retard de la notification est dû, selon les parties notifiantes, à la situation difficile à laquelle Babcock doit faire face telle qu'attestée par la procédure de concordat judiciaire, qui a forcé ses dirigeants à mettre la priorité sur la réorganisation de l'entreprise.

La situation d'entreprise sous concordat ne suffit pas à elle seule à justifier un retard de plus de trois mois.

Le Conseil de la concurrence prend cependant en considération le fait que la concentration n'a pas été mise en oeuvre pour décider une amende de principe limitée à 1.000 euros.

## 4. Champ d'application

Les parties en cause sont des entreprises au sens de l'article 1er de la loi et l'opération notifiée est une opération de concentration au sens de l'article 9 de la loi.

Sur la base des indications fournies par les parties au point 2.3 de la notification, les seuils de chiffres d'affaires visés à l'article 11 de la loi sont atteints.

## 5. Marché concerné

### 5.1. Secteur économique concerné

Le secteur économique concerné est le secteur de la construction (code Nace 45) et plus particulièrement le secteur de la construction de tuyaux industriels.

### 5.2. Marché de produits en cause et marché géographique

Le marché de la construction des tuyaux industriels comporte les opérations suivantes : le développement, la production, la fourniture, l'installation et la maintenance.

Il est possible d'envisager ce marché de manière globale ou de le segmenter selon l'opération envisagée (développement, production, fourniture, installation, maintenance) et plus particulièrement d'établir une distinction entre le marché de la production de tuyaux industriels en vue d'être vendus à des installateurs indépendants et le marché de la production qui comprend également l'installation.

Les parties notifiantes estiment que le marché de la construction de tuyaux industriels est un marché unique donc non segmenté. Cette opinion est partagée par le concurrent Fabricom et par Agoria.

Le concurrent Boccard ne partage pas cette position. Il considère que chaque opération correspond à un marché distinct étant donné que pour chacune de ces opérations, l'offre et la demande sont spécifiques.

Une segmentation du marché est également envisageable en fonction de la demande. Cette demande sur le marché de la construction de tuyaux industriels émane d'entreprises présentes dans différents secteurs industriels. Il s'agit d'entreprises qui produisent des gaz ou des liquides ou qui utilisent ces substances dans leur fonctionnement.

On peut dès lors considérer le marché de la construction de tuyaux industriels comme un marché unique ou le segmenter par secteur industriel. Dans la seconde hypothèse, chaque secteur industriel correspond à un marché distinct.

Il n'apparaît toutefois pas nécessaire au Conseil de la concurrence de trancher cette question pour se prononcer sur l'admissibilité de l'opération notifiée. En effet, quelle que soit la définition de marché retenue, l'opération n'aboutira pas à la création ou au renforcement d'une position dominante dans le chef des parties notifiantes.

Quant à la dimension géographique du marché de la construction des tuyaux industriels tel que défini par les parties, elle est au moins communautaire. Les parties notifiantes précisent également que la distance ne constitue pas un obstacle.

Fabricom considère que la dimension du marché est internationale mais précise que la proximité des clients joue un rôle important.

Boccard estime que la dimension du marché est internationale car les acteurs sur ce marché sont des multinationales. Il a toutefois indiqué que le marché a une dimension communautaire voire internationale lorsqu'il s'agit de travaux importants. Par contre, lorsqu'il s'agit d'ouvrages plus petits, la dimension du marché est plutôt régionale en raison notamment des frais de déplacement élevés.

## 6. Analyse concurrentielle

D'après les parties, Babcock n'est présente sur le marché belge que via Rob, filiale de l'entreprise commune Pipe-Tec, dont Babcock est une des entreprises fondatrices.

Rob ne vend pas de tuyaux industriels préfabriqués par elle à des installateurs indépendants, mais les installe elle-même.

Rob réalise entre [CONFIDENTIEL]% de son chiffre d'affaires dans le secteur de la chimie et de la pétrochimie et le reste dans les secteurs de l'automobile, des centrales nucléaires et de l'industrie laitière.

Selon les parties notifiantes, sur le segment de la chimie et de la pétrochimie, Rob détient [CONFIDENTIEL]% de part de marché et ses concurrents détiennent 12% (Fabricom), 8% (MEC) et 5% (Europower). Sur les autres segments, les parts de marché détenues par Rob sont infimes. Les principaux clients de Rob sont situés dans le port d'Anvers et un client est établi à Terneuzen. Ces dernières données sont confirmées en tout ou en partie par les concurrents interrogés, Fabricom

précisant que le marché belge est très fragmenté en raison du fait que de très nombreuses petites entreprises (concurrentes) y opèrent.

En outre, ainsi que les parties le font remarquer, la transaction notifiée n'a pas d'influence sur la part de marché de Rob en Belgique attendu que Babcock n'est pas active en Belgique de manière indépendante (autrement que via Rob) et qu'il n'y a donc pas de chevauchement entre les activités des entreprises concernées.

La résiliation de l'accord d'entreprise commune aura pour conséquence que Babcock et MCE opéreront dorénavant comme concurrents.

## 7. Conclusion

Quelle que soit la définition du marché qui est retenue, il n'y a pas de marché concerné au sens de la loi sur la protection de la concurrence économique. De plus l'opération notifiée consiste pour Babcock en la reprise de sociétés qu'elle avait apportées lors de la constitution de l'entreprise commune. Aucun acteur interrogé par le Service de la concurrence n'émet par ailleurs de remarques quant à cette concentration.

Le Conseil de la concurrence estime en conséquence que la concentration notifiée n'aura pas pour effet l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante qui entrave de manière significative une concurrence effective sur le marché belge en cause ou sur une partie substantielle de celui-ci.

## PAR CES MOTIFS

### Le Conseil de la concurrence

- Constate que l'opération de concentration a été notifiée tardivement ;
- Inflige aux parties notifiantes, conformément aux dispositions de l'article 37, §2, de la LPCE une amende d'un montant de 1.000 euros ;
- Constate que la concentration en cause tombe dans le champ d'application de la loi ;
- La déclare admissible, conformément aux articles 33 § 1er et 33, §2, 1.a de la loi.

Ainsi décidé le 28 novembre 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Madame Marie-Claude Grégoire, président de Chambre, de Monsieur Jacques Schaar, de Madame Dominique Smeets et de Monsieur Roger Ramaekers, Membres.

## **Beslissing nr.2002-C/C-86 van 2 december 2002**

INZAKE :

Kijkshop Holding BV

en :

Joint Services International NV

Gelet op de Wet op de Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (W.B.E.M.).

Gezien de aanmelding aan het Secretariaat van de Raad voor de Mededinging van een concentratie op 11 oktober 2002.

Gezien de mededeling voor onderzoek door het Secretariaat van de Raad aan het korps van verslaggevers conform artikel 32 bis § 1 W.B.E.M. op 16 oktober 2002.

Gezien de stukken van het dossier.

Gezien het schrijven dd 28 oktober 2002 waarbij namens de aanmeldende partijen medegedeeld wordt dat de transactie niet doorgaat.

Gezien het gemotiveerd verslag van de verslaggever zoals dit op 5 november 2002 werd opgesteld.

Gehoord de aanmeldende partijen bij monde van meester Wytinck.

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken van toepassing overeenkomstig artikel 54 bis W.B.E.M..

De aanmeldende partijen ondertekenden op 26 september 2002 een overeenkomst blijkens dewelke de CVC Capital Partners Group Limited, gevestigd te Jersey, via haar volle kleindochter Kijkshop Holding BV, gevestigd in Nederland, alle aandelen overnam van de NV Joint Services International, gevestigd in Nederland, en actief in het ontwerpen, laten fabriceren en distribueren van in hoofdzaak O'Neill vrijetijds- en sportkledij.

De aanmeldende partijen hebben rekening houdende met de omzet in België van enerzijds CVC Capital Holding en anderzijds JSI de transactie aangemeld, maar hebben verder gesteld dat de betrokken ondernemingen beiden in België actief zijn op de markt van de vrijetijds- en sportkledij, waarop de betrokken ondernemingen weliswaar samen geen marktaandeel van meer dan 25 % bereiken.

De gemeenschappelijke vertegenwoordiger stelt in zijn brief van 28 oktober 2002 dat de transactie tussen partijen is beëindigd omdat een opschortende voorwaarde niet is vervuld.

Alhoewel de aanvraag tot toelating van de concentratie daardoor zonder voorwerp is geworden, blijft de Raad bevoegd. Concentratiecontrole is van openbare orde. Eens de concentratie aangemeld, hebben partijen geen vat op het verdere verloop van de procedure. Het behoort derhalve niet toe door middel van een intrekking van de aanmelding het onderzoek aan de Raad te onttrekken (per analogie: Raad voor de Mededinging 26 april 1999 – nr. 99-C/C-04, The Coca-Cola Company en Cadbury Schweppes, BS, 7 juli 1999 en Raad voor de Mededinging 8 april 2002 - nr. 2002-C/C-28, NV Electronic Data Systems Belgium en NV Atraxis Belgium).

Om deze redenen,

De Raad voor de Mededinging,

Stelt vast dat de aanvraag tot toelating van de concentratie zonder voorwerp is geworden.

Aldus uitgesproken op 2 december 2002, door de Kamer van de Raad voor de Mededinging samengesteld uit : de heer Peter Poma, kamervoorzitter, de heren Frank Deschoolmeester, Robert Vanosselaer en Geert Zonnekeyn, leden.

## **Beslissing nr. 2002-P/K-87 van 6 december 2002**

Zaak nr. MEDE - I/O - 97/0020

Inzake:

BVBA R.L. OFFICE, met gewezen zetel te 2200 Herentals, Oudstrijderslaan 13, fail-let verklaard door de rechtbank van koophandel te Turnhout bij vonnis dd. 31 maart 1998, waarbij Meester Rudy Van Gompel als curator werd aangesteld.

tegen

BVBA RAIN AIR BENELUX, met zetel te 9830 Sint-Martens-Latem, Kortrijkse-steenweg 259

Gelet op de Wet op de Bescherming van de Economische Mededinging, dd. 5 augustus 1991 (WBEM);

Gelet op de klacht, neergelegd bij de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging op 19 juni 1997 ;

Gelet op de stukken van het dossier ;

Gelet op het gemotiveerd verslag van de heer Jo Roossens van de Afdeling Prijzen en Mededinging op grond van art.24, 1° WBEM d.d. 13 augustus 1999 ;

Gehoord ter zitting op 6 december 2002:

- Dhr Johan Isselée, namens de Afdeling Prijzen en Mededinging

- Dhr Ronny Spruyt, gewezen zaakvoerder van de klaagster, die evenwel de klaagster niet rechtsgeldig kan vertegenwoordigen wegens faillissement.

### **1. Het voorwerp van de klacht**

Huidige klaagster was sinds begin 1996 exclusieve verdeler van luxe-stofzuigers voor RAIN AIR in België. Volgens klaagster heeft verweerster vanaf oktober 1996 nagelaten om de door haar bestelde stofzuigers te leveren. Tevens verwijt klaagster ernstige contractuele fouten aan verweerster o.a. inzake prijzen voor de aankoop van de toestellen en het transport ervan, alsook m.b.t. opleiding, beschikbaarheid en informatie.

Volgens klaagster betekenden de begane inbreuken het verbreken van de overeenkomst van alleenverkoop en heeft ze recht op een opzegvergoeding en een schadevergoeding conform de Wet van 27 juli 1961 betreffende de éézijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop. Er werd tussen partijen een gemeenschappelijke procedureslag gevoerd: kortgeding, verzet, dagvaarding ten gronde, beslagprocedure, hogere beroepen, enz. ... (zie dagvaarding ten gronde).

### **2. Toepasselijke wet**

Huidige procedure werd op 4 juni 1999 ingeleid onder toepassing van de Wet van 5 augustus 1991 tot Bescherming van de Economische Mededinging.

De gewijzigde Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd bij Koninklijk Besluit van 1 juli 1999, bepaalt dat deze gewijzigde wet niet van toepassing is op de procedures die hangende zijn bij de Raad voor de Mededinging of bij het Hof van Beroep te Brussel

op het ogenblik van de inwerkingtreding van deze gewijzigde wet (artikel 47 van de Wet van 26 april 1999 (II)), namelijk 1 oktober 1999.

De Raad voor de Mededinging beschouwt dat een procedure bij hem hangende is op het ogenblik dat hem een verslag werd voorgelegd door de Dienst voor de Mededinging vóór 1 oktober 1999.

In casu werd het verslag van de Dienst voor de Mededinging aan de Raad voor de Mededinging overgemaakt op 13 augustus 1999. De zaak was dus reeds aanhangig bij de Raad voor de Mededinging op het ogenblik dat de gewijzigde wet in werking is getreden.

Bijgevolg is de gewijzigde wet tot Bescherming van de Economische Mededinging niet van toepassing op deze zaak en gelden de bepalingen van de wet tot Bescherming van de Economische Mededinging van 5 augustus 1991 zoals deze golden voor de inwerkingtreding van de gewijzigde wet.

### 3. De ontvankelijkheid van de klacht

Uit de gegevens van het dossier blijkt dat verweerster als een onderneming kan worden bestempeld in de zin van art. 1a WBEM. Ook beschikte klaagster over een rechtstreeks en dadelijk belang conform art. 23,1<sup>o</sup> WBEM.

Voorwaarde voor ontvankelijkheid van een klacht is echter ook dat de ingeroepen feiten onder het toepassingsgebied van de WBEM moeten vallen (zie beslissing Raad voor de Mededinging d.d. 06/09/94 inzake Degheldere/Regma Belgium NV, T.B.H. 1995, 338).

Verweerster beschikt, gezien de vele producenten van stofzuigers, over géén machtspositie op de Belgische betrokken markt van de verkoop van stofzuigers. Haar producten worden verkocht via de ambulante handel met demonstraties en thuisverkoop.

Uit de gegevens van het dossier blijkt wel dat klaagster economisch afhankelijk was van de leveringen door verweerster, doch dergelijke afhankelijkheid is nog géén restrictieve mededingingspraktijk in de zin van de WBEM.

De beweerde verkoopweigering in casu was geen gevolg van een afspraak tussen leveranciers, noch van een besluit van een ondernemingsvereniging of een onderling afgestemd feitelijk gedrag, noch was het een misbruik in hoofde van een leverancier met een dominante marktpositie (art.2 en 3 WBEM).

Daarenboven baseert klaagster zich op de Wet van 27 juli 1961 tot het verkrijgen van schadevergoeding. Het toepassen van deze wet en het beoordelen van het betrokken geschil behoort niet tot de bevoegdheden van de Raad voor de Mededinging, zodat de klacht als onontvankelijk moet worden afgewezen.

Om deze redenen

### De Raad voor de Mededinging

Wijst de klacht - voorwerp van de zaak gekend onder nr. I/O - 97/0020 - af als ONONTVANKELIJK;

Seponereet derhalve het dossier op grond van art. 24, 1<sup>o</sup>, van de wet van 5 augustus 1991.

Aldus uitgesproken op 6 december 2002 door de Kamer van de Raad voor de Mededinging, samengesteld uit: de heer Frank Deschoolmeester, kamervoorzitter ; mevrouw Béatrice Ponet, Voorzitter van de Raad voor de Mededinging, de heren Robert Vanosselaer en Eric Mewissen, leden.



## **Décision n° 2002-E/A-88 du 11 décembre 2002**

### **Affaire E-A 97/0003: P&O et Stena Line Limited**

Vu la notification d'un accord avec demande d'attestation négative et/ou d'exemption déposé par les parties notifiantes le 3 mars 1997 au Service de la concurrence et portant le numéro E/A-97/03;

Vu le rapport du Service de la concurrence daté du 28 septembre 1999;

Vu la lettre de Maître Vandencastele, représentant des parties notifiantes, du 4 décembre 2002.

### **1. Objet de la demande**

Le Service a reçu en date du 3 mars 1997 la notification d'un accord en vue de l'octroi d'une attestation négative sur base de l'article 6 § 1er de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique (ci-après la loi) et, subsidiairement, d'une exemption individuelle en application de l'article 7 de la loi.

### **2. Les parties**

2.1. The Peninsular and Oriental Steam Navigation Company (ci-après P&O) sise 78, Pall Mall, London SW1Y 5EH, Royaume Uni.

P&O est la société Holding du groupe P&O actif dans le domaine des conteneurs, du transport maritime en vrac, des croisières et des ferries « roll-on roll-off ». Il est également actif dans les secteurs du transport routier européen, de la gestion portuaire internationale, de l'organisation d'expositions, de la construction commerciale, du développement immobilier et de la vente de propriétés immobilières.

2.2. Stena Line Limited (ci-après Stena) située Charter House, Park Street, Ashford, Kent TN24 8EX, Royaume Uni.

Stena fournit des services de transport par ferry entre la Grande Bretagne et le continent (en ce compris sur les routes de la « Short French Sea ») et entre la Grande Bretagne et l'Irlande. Stena fait partie du groupe Stena Line AB qui fournit des services de transport par ferry dans le nord-ouest de l'Europe en ce compris des routes en Scandinavie et les routes entre Harwich et Hook of Holland d'une part, et Zeebrugge d'autre part.

### **3. L'accord**

- L'accord prévoit la fusion, au sein d'une entreprise commune, des activités respectives de P&O et de Stena concernant la fourniture de services de ferry faisant escale soit dans tout port quelconque de l'Europe continentale situé sur la zone littorale comprise entre Dieppe (inclus) et Zeebrugge (exclu), soit dans tout port anglais situé sur la zone littorale comprise entre Newhaven (inclus) et Harwich (exclu).

Les activités de P&O sur la « Short French Sea » comprennent ses services mixtes (transport de passagers et de marchandises) entre Douvres et Calais et ses activités de fret uniquement dans le détroit belge entre Douvres et Zeebrugge.

Les activités de Stena concernées par le projet consistent en services mixtes (transport de passagers et de marchandises) entre Douvres et Calais et entre Newhaven et Dieppe.

La société P&O European Ferries (Dover) Limited qui gérait les services de P&O sur la « Short French Sea » et dans le détroit belge devient l'entreprise commune à qui Stena a transféré tout l'actif

et le passif relatif à ses services Douvres/Calais et Newhaven/Dieppe. Le capital de la société est détenu à hauteur de 40% par Stena et 60% par P&O, mais les droits de vote sont répartis à parts égales entre les deux parties. De même la représentation et les droits de vote au sein du conseil d'administration de l'entreprise commune sont partagés de manière égale entre P&O et Stena.

L'entreprise commune disposera d'actifs s'élevant à 410 millions de livres sterling environ.

L'entreprise commune disposera de tous actifs et ressources financières, humaines et autres nécessaires pour fonctionner en tant qu'opérateur indépendant sur le marché. Les actifs comprennent 14 navires au total: Stena: 5 ferries « multi-purpose » (touristes et fret) et 1 navire rapide, P&O: 5 ferries « multi-purpose » et 3 ferries pour le fret uniquement.

Il était prévu que l'entreprise commune assurerait un service entre Douvres et Calais par intervalles de 45 minutes, service qui serait réalisé avec 6 ferries « multi-purpose ». Pour la route Douvres/Zeebrugge, l'entreprise commune continuerait à utiliser 3 ferries de fret uniquement et pour la route Newhaven/Dieppe, 1 ferry « multi-purpose » et 1 navire rapide.

#### 4. Compétence du Conseil de la concurrence

L'accord a été notifié à la Commission des Communautés Européennes le 31 octobre 1996 (enregistré sous le numéro IV/36.253 - P&O Stena Line). Il a fait l'objet d'une décision de la Commission le 15 janvier 1999 accordant une exemption formelle pour une durée limitée à une période de trois ans en raison des incertitudes qui régnaient quant à l'évolution future du marché. (JOCE L 163/61 82-cfr doc 8.1 et 8.2). La Commission a estimé que les conditions d'applicabilité de l'article 85 paragraphe 3 étaient remplies tant sur le marché du trafic de tourisme transmanche de courte distance que sur le marché anglo-continentale du fret.

Les parties ont demandé à la Commission européenne une nouvelle autorisation en décembre 2000 et la Commission européenne a conclu au terme de son enquête qu'aucune modification substantielle n'était intervenue sur le marché qui justifierait un refus de renouvellement de l'autorisation et elle n'a pas soulevé de doutes sérieux. L'entreprise commune P&O Stena Line a donc été réputée exemptée jusqu'au 7 mars 2007.

Le 5 juillet 2002, les parties ont notifié à la Commission européenne une concentration par laquelle P&O acquiert le plein contrôle de P&O Stena Line. P&O possédait déjà 60% des actions du capital et Stena Line (UK) les 40% restant.

La Commission a conclu qu'une modification du contrôle de P&O Stena Line ne créerait pas de position dominante sur le marché des services de transport de fret et de passagers entre le Continent et le Royaume Uni, quelle que soit le mode de définition du marché (Case n°COMP/M.2838-P&O Stena Line (Holding) Limited). Elle a également indiqué que le passage au contrôle exclusif ne posait pas de problème de concurrence.

Par ces motifs,

#### Le Conseil de la concurrence

- constate qu'en date du 7 août 2002, la Commission européenne a autorisé la concentration notifiée en date du 5 juillet 2002;
- constate dès lors que la demande n'a plus d'objet.

Ainsi statué le 11 décembre 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Madame Marie-Claude Grégoire, présidente de chambre, Madame Dominique Smeets, Messieurs Eric Balate et Pierre Battard, membres.

## **Beslissing nr. 2002-C/C-89 van 18 december 2002**

Inzake :

N.V. Belgacom, met zetel te 1030 Brussel, Koning Albert II laan 27;

en

N.V. De Post, met zetel te 1000 Brussel, Muntcentrum;

en

N.V. BPG e-Services, met zetel te 1000 Brussel, Muntcentrum 59.

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

Gezien de beschikking d.d. 8 oktober 2002 waardoor verklaard werd dat de VZW ISPA Belgium, de N.V. Planet Internet Belgium, de N.V. Telenet Operaties, de N.V. Tiscali en de N.V. Wanadoo Belgium blijf geven van een voldoende belang in de zin van artikel 32 quater § 2 van de WBEM en het verzoek om tussen te komen in het kader van de procedure ontvankelijk en gegrond verklaard werd;

Gezien de beslissing inzake de vertrouwelijke stukken van het dossier van 14 oktober 2002;

Gezien de beslissing nr. 2002-C/C-74 van 16 oktober 2002, waardoor de procedure bepaald in artikel 34 van de WBEM werd ingezet;

Gezien het onderzoeksdossier 2de fase door de Dienst voor de Mededinging samengesteld en overgemaakt aan de verslaggever in toepassing van de artikelen 14 en 23 van de WBEM op 20 november 2002;

Gezien het gemotiveerd verslag van de Verslaggever in toepassing van artikel 34 § 1 van de W.B.E.M. zoals opgesteld op 21 november 2002 en overgemaakt aan de Raad voor de Mededinging op 22 november 2002;

Gezien het verzoek van de N.V. Mobistar dd. 18 oktober 2002, ontvangen op 28 oktober 2002, waardoor de N.V. Mobistar verzocht om in overeenstemming met artikel 32 quater §2 van de WBEM als belanghebbende partij in deze procedure erkend en gehoord te worden alsmede toegang tot het dossier te krijgen;

Gezien de beschikking d.d. 5 december 2002 waardoor verklaard werd dat de N.V. Mobistar blijf geeft van een voldoende belang in de zin van artikel 32 quater § 2 van de W.B.E.M. en het verzoek om tussen te komen in het kader van de procedure ontvankelijk en gegrond verklaard werd;

Gezien de beslissing inzake de vertrouwelijke stukken van het dossier van 9 december 2002;

Gezien de memorie en de stukken neergelegd door de aanmeldende partijen op 5 december 2002;

Gezien het aanvullend memorandum neergelegd door de VZW ISPA Belgium op 5 december 2002;

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

Gehoord de Dienst voor de Mededinging vertegenwoordigd door De Heer Johan Isselée en de Heer Eric Moerman;

Gehoord de partijen die verschenen zijn ter zitting op 9 december 2002:

- De N.V. Belgacom, vertegenwoordigd door de Heer P. Carlier, de Heer P. De Roeck en mevrouw N. Everaert en bijgestaan door Meester H. De Bauw en Meester G. Vandendriessche, advocaten te Brussel en tevens gemeenschappelijk vertegenwoordiger van de aanmeldende partijen;
- De N.V. De Post, vertegenwoordigd door de Heer J. Vantomme, de Heer J.-M. Wodon, en bijgestaan door Meester K. Gistelincx en Meester M. Waha, advocaten te Brussel en bijgestaan door de gemeenschappelijk vertegenwoordiger;
- De N.V. BPG e-Services, vertegenwoordigd door de Heer E. Weytjens en bijgestaan door de gemeenschappelijk vertegenwoordiger;
- De VZW ISPA Belgium, vertegenwoordigd door de Heer C. Van Nunen en bijgestaan door Meester A. Vanderelst en Meester F. Tuytschaever, advocaten te Brussel;
- De N.V. Telenet Operaties, vertegenwoordigd door de Heer P. Theyskens en bijgestaan door Meester A. Vanderelst en Meester F. Tuytschaever, advocaten te Brussel.

## 1. Voorgaanden

Bij beslissing van 16 oktober 2002 werd vastgesteld dat de moedermaatschappijen (de N.V. Belgacom en de N.V. De Post) en de doelonderneming (de gemeenschappelijke onderneming de N.V. BPG e-services), ondernemingen zijn in de zin van artikel 1 van de WBEM en dat de voorgenomen transactie aanmeldingsplichtig was en conform artikel 33 §1.1 van de WBEM binnen het toepassingsgebied van de wet viel. Conform artikel 33 § 2, 1.b van de WBEM werd voorts vastgesteld dat er ernstige twijfels bestonden omtrent de toelaatbaarheid van de concentratie en werd beslist de procedure bepaald in artikel 34 van de WBEM in te zetten.

Vooraleer over de toelaatbaarheid van de concentratie te oordelen, werd in de beslissing van 16 oktober 2002 aan de Verslaggever conform artikel 33 § 2. 1. b en artikel 34 van de WBEM verzocht een bijkomend verslag te maken betreffende:

- de vraag of voor de marktafbakening de markt voor "digitale certificatie-diensten" inderdaad onderscheiden dient te worden van de markt van "digitale certificaten";
- de vraag of er een aparte markt voor e-government diensten bestaat en of deze markt mogelijkerwijze niet verder onderverdeeld dient te worden;
- de positie van de aanmeldende partijen op de zeven verticaal betrokken markten;
- het feit dat de verticale banden tussen de beide moedermaatschappijen en de op te richten gemeenschappelijke onderneming blijvend zijn, waardoor de verhoudingen tussen de moedermaatschappijen enerzijds en de gemeenschappelijke onderneming anderzijds onduidelijk blijven. De vraag dient beantwoord te worden of er wel degelijk sprake is van vooreerst een autonome gemeenschappelijke onderneming en vervolgens of er wel sprake is van een gemeenschappelijke onderneming van concentratieve of eerder van coöperatieve aard.
- de vraag of het door de gemeenschappelijke onderneming aangeboden systeem gesloten of open van aard zal zijn en de mogelijke mededingingsbeperkingen (en markttoegangsbelemmeringen) die hieruit kunnen voortvloeien.
- de vraag of de op 27 september 2002 aan het consortium Belgacom- De Post door de federale overheid toegekende rol in het kader van de Belgische elektronische identiteitskaart invloed heeft op de mededingingsrechtelijke analyse.
- de vraag welke impact de overname van de N.V. Aditel door de N.V. De Post op de positie van de N.V. De Post heeft.
- de principes vervat in de brief van 11 oktober 2002 van de aanmeldende partijen en de gemeenschappelijke onderneming aan de VZW ISPA Belgium waardoor zij eenzijdige verbintenissen aangaan ten aanzien van de VZW ISPA Belgium en dit in het licht van een mogelijke goedkeuring van de gemeenschappelijke onderneming door de Raad voor de Mededinging, te bestuderen en te onderzoeken of deze voorwaarden volstaan om een open en billijke mededinging op de markten waarop de geplande gemeenschappelijke onderneming actief zal zijn, te waarborgen.

De zaak werd voor verdere behandeling gesteld op 9 december 2002.

## 2. De aard van de gemeenschappelijke onderneming

De Raad voor de Mededinging is van oordeel dat de op te richten gemeenschappelijke onderneming, de N.V. BPG e-Services, kan worden beschouwd als een volwaardige gemeenschappelijke onderneming in de zin van artikel 9, §2 van de WBEM zoals gedefinieerd door de Europese Commissie in haar Mededeling "inzake het begrip volwaardige gemeenschappelijke onderneming in de zin van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen" (Pb. EG C 66/1 van 2 maart 1998).

Ten eerste zullen de twee moederondernemingen, Belgacom en De Post, de gezamenlijke zeggenschap verwerven over de gemeenschappelijke onderneming, de N.V. BPG e-Services.

Ten tweede zal de gemeenschappelijke onderneming over voldoende autonomie beschikken om op te treden als een autonome en onafhankelijke marktspeler:

- De gemeenschappelijke onderneming heeft haar eigen beheersstructuur, personeelsbestand en verkoopsteam. Zij beslist zelfstandig over haar eigen commercieel beleid en beschikt over alle faciliteiten om zelfstandig haar activiteiten uit te oefenen. In dit verband kan worden verwezen naar de activa die De Post en Belgacom volledig aan de gemeenschappelijke onderneming zullen overdragen zoals software, hardware, intellectuele eigendomsrechten, contracten met klanten, meubilair en kantoormachines, enz.
- De gemeenschappelijke onderneming zal zelf een groot deel van haar producten ontwikkelen en bepaalt zelf de "branding" van haar producten.
- De gemeenschappelijke onderneming zal haar producten en diensten verdelen zowel via de distributiekkanalen van haar moederverenootschappen als via andere distributiekkanalen.
- De gemeenschappelijke onderneming bepaalt zelf waar zij zich bevoorraadt en zal zelf de producten en diensten die nodig zijn voor haar werking aanschaffen aan de meest voordelige voorwaarden op de markt.

Ten derde zal de gemeenschappelijke onderneming over een duurzame autonomie beschikken omdat zij noch contractueel noch naar haar aard beperkt is in de tijd.

De aanwezigheid van de moedermaatschappijen op de verticaal betrokken markten doet geen afbreuk aan het autonome karakter van de gemeenschappelijke onderneming. Integendeel, het ontwerp van Commerciële Overeenkomst bevat garanties dat de gemeenschappelijke onderneming zich onafhankelijk kan bevoorraden op de markt.

Vervolgens is de Raad voor de Mededinging van oordeel dat de concentratie geen coördinerend effect heeft.

Aangezien Belgacom en De Post geen concurrerende activiteiten zullen ondernemen ten aanzien van de gemeenschappelijke onderneming, zijn de gemeenschappelijke onderneming en Belgacom en De Post niet actief op dezelfde markten ([VERTROUWELIJK]). Er kunnen zich op dit niveau dan ook geen horizontale coördinerende effecten voordoen.

Belgacom en De Post zullen aanwezig zijn op verticale markten. Wanneer er verticale banden bestaan, moet worden nagegaan of deze banden coördinerende effecten hebben zoals op het niveau van het inkoop- of verkoopbeleid van de betrokken ondernemingen. Het ontwerp van Commerciële Overeenkomst bevat geen bepalingen die de aankopen of verkopen van de betrokken ondernemingen coördineren (geen exclusiviteiten, geen minimumafnameverplichtingen, enz.). Het ontwerp bepaalt integendeel dat zowel de gemeenschappelijke onderneming als Belgacom en De Post volledig vrij zullen zijn om hun producten en diensten af te nemen van derde partijen. Een zelfde redenering kan worden gevolgd voor eventuele aanverwante markten waarop de gemeenschappelijke onderneming en de en de moederondernemingen zouden aanwezig zijn.

Tenslotte kan worden gewezen op het wetgevend kader dat op Belgacom en De Post van toepassing is en dat hen verplicht om objectief, transparant, niet-discriminerend te handelen.

Voor Belgacom betekent dit:

- Respecteren van het principe van de kostenoriëntering, reële kosten, met een redelijke winst op investeringen.
- Respecteren van gescheiden boekhouding.
- Respecteren van verbod op (mededingingsbeperkende) kruissubsidiëring.
- Respecteren van het principe van niet-discriminatie.
- Respecteren van het principe van geheimhouding van informatie.
- Interconnectie.
- Nummeroverdraagbaarheid.
- Ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk.

De Post heeft de volgende verplichtingen:

- Niet-discriminatoire levering universele postdienst.
- Tarieven universele postdienst.
- Gescheiden boekhouding.

Belgacom en De Post hebben aldus geen enkele manoeuvreerruimte om via de gemeenschappelijke onderneming op de één of andere wijze een coördinerende invloed uit te oefenen.

Er dient ook herhaald te worden dat de gemeenschappelijke onderneming niet coöperatief van aard is. Het enkele feit dat de gemeenschappelijke onderneming voor een aantal basisbehoeften (namelijk de telefoonlijnen en internettoegang) zich tot de Belgacom-groep zou wenden, heeft niet tot gevolg dat de banden tussen de gemeenschappelijke onderneming en de Belgacom "blijvend" zijn in de zin dat het zou gaan om een gemeenschappelijke onderneming met een coöperatief karakter.

De Raad voor de Mededinging besluit om de hierboven vermelde redenen dat de gemeenschappelijke onderneming, de N.V. BPG e-Services, als een volwaardige gemeenschappelijke onderneming kan worden beschouwd en dat de operatie een concentratieve aard vertoont.

### 3. De marktafbakening

Uit het onderzoek is gebleken dat de gemeenschappelijke onderneming actief zal zijn op de volgende markten:

- De markt van de digitale certificaten;
- De markt van de digitale certificatediensten; en
- De markt van de beveiligde platformen.

#### 3.1. De markt van de digitale certificatediensten en de markt voor digitale certificaten

Uit het onderzoek is gebleken dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen de markt voor digitale certificatediensten en de markt voor digitale certificaten. In essentie komt deze indeling erop neer dat het door middel van het gebruik van een digitaal certificaat mogelijk wordt om digitale certificatediensten aan te bieden. Dit aanbod maakt gebruik van een geheel van hardware, software en infrastructuur, met name een platform voor elektronische communicatie (het PostBox platform).

Digitale certificaten worden door verschillende spelers op de markt aangeboden. Belgacom is, via haar "Belgacom E-Trust Digital certificates", zelf een speler. Het zijn deze E-Trust activiteiten die Belgacom zal inbrengen in de op te richten gemeenschappelijke onderneming.

Door middel van het gebruik van digitale certificaten wordt het mogelijk om verschillende vormen van beveiligde digitale diensten aan te bieden (digitale certificatediensten). De digitale certificatediensten

worden in de gemeenschappelijke onderneming ingebracht door De Post via de "PostBox". Zij omvatten minstens de volgende categorieën van digitale certificaten:

- Secure messaging;
- Secure forms;
- Secure archiving
- E-notariaat;
- Secured authentication; en
- E-invoicing.

De Raad merkt overigens op dat partijen dit onderscheid als zodanig niet meer betwisten (cf. memorie van aanmeldende partijen van 4 december 2002).

### 3.2. De markt van de beveiligde platformen

Uit het onderzoek is gebleken dat er een markt bestaat van beveiligde platformen voor elektronische communicatie. Op dergelijke platformen worden digitale certificatediensten aangeboden waarvoor uiteraard digitale certificaten nodig zijn.

De Raad is van oordeel dat hic et nunc een vrij stringente afbakening binnen deze markt zich opdringt. Minstens vallen momenteel de beveiligde platformen gesloten en "single purpose" te onderscheiden van de beveiligde platformen open en "multi purpose". Tussen beide categorieën is er momenteel immers zowel aan aanbod- als aan vraagzijde onvoldoende substitueerbaarheid.

Het is mogelijk dat in de toekomst een andere onderverdeling in sub-markten noodzakelijk zal zijn, zoals verschillende platformen qua veiligheid, verschillende certificatediensten en verschillende digitale certificaten qua veiligheid en behoeften van de gebruiker. Aangezien deze technieken nog in volle ontwikkeling zijn en het hier gaat over zogenaamde "emerging markets" kan de Raad voor de Mededinging zich beperken tot de drie voornoemde hoofdmarkten.

Het Postboxplatform zal na het vervullen van de nodige voorwaarden behoren tot de categorie van open en "multi purpose" platformen. Het platform waarvan de banksector gebruik maakt, nl. Isabel, is momenteel daarentegen een gesloten platform (enkel cliënteel van de banken) met één enkele doelstelling ("single purpose"), namelijk het genereren van financiële verrichtingen met de bank en tussen de banken onderling. Het is derhalve van een totaal andere orde dan het Postboxplatform waarop onder meer diverse diensten van e-government zullen worden aangeboden. Voor het bepalen van het marktaandeel kan dus momenteel met de bankplatformen en aanverwante platformen (Isabel) geen rekening worden gehouden.

De Raad voor de Mededinging wenst te benadrukken dat hij, in het licht van de gewijzigde marktomstandigheden (het gaat hier immers om zogenaamde "emerging markets"), in de toekomst mogelijkerwijze een andere marktdefinitie zou kunnen hanteren en laat de aanmeldende partijen derhalve toe om de Raad van deze gewijzigde marktomstandigheden op de hoogte te brengen na ten vroegste twaalf volle maanden na kennisgeving van deze beslissing.

## 4. Machtspositie die de mededinging significant belemmert

Uit het onderzoek is gebleken dat de aangemelde concentratie een machtspositie doet ontstaan of versterkt die de mededinging op de markt van de beveiligde platformen open en multi-purpose in België significant belemmert.

Volgens de verslaggever zou het marktaandeel van de gemeenschappelijke onderneming op de markt van de beveiligde platformen open en "multi purpose" na de overname van Aditel NV door de Post meer dan [VERTROUWELIJK - 50 tot 70]% bedragen.

De Raad voor de Mededinging wenst daarbij op te merken dat de marktaandeelcijfers die door de aanmeldende partijen werden meegedeeld niet voldoende gefundeerd zijn en bovendien het resultaat zijn van een verkeerde marktafbakening.

Bovendien stelt de Raad vast dat de overname van de N.V. Aditel door De Post slechts één van de factoren is die bijdraagt tot het vaststellen van een creatie of een versterking van een machtspositie. Immers stelt de Raad vast dat:

- de gemeenschappelijke onderneming onbetwist de grootste speler zal zijn op een markt met slechts weinige actoren;
- de gemeenschappelijke onderneming als enige op de drie markten (beveiligde platformen, digitale certificaten, digitale certificatiendiensten) actief zal zijn, wat haar een zeer gunstige uitgangspositie geeft;
- de gemeenschappelijke onderneming de enige is die over de toegang tot een fijnmazig postkantorennet zal beschikken, die als registratieautoriteit kan worden gebruikt.

Tenslotte wenst de Raad voor de Mededinging te verwijzen naar de brief van de aanmeldende partijen aan ISPA van 11 oktober 2002, waarin de aanmeldende partijen zelf eenzijdig voorwaarden hebben voorgesteld zonder enig voorbehoud te hebben gemaakt omtrent het bestaan of versterken van een machtspositie.

## 5. De voorwaarden in toepassing van artikel 34 §1 van de WBEM

De Raad voor de mededinging heeft vastgesteld dat de concentratie een mededingingsbelemmerende machtspositie doet ontstaan of versterkt op de markt van de beveiligde platformen open en "multi-purpose" in België. De Raad beslist dat, conform artikel 34, §1 van de WBEM, de concentratie toch kan worden toegelaten mits de volgende voorwaarden en verplichtingen worden opgelegd. Deze voorwaarden hebben een algemene draagwijdte en gelden niet enkel voor de ISPA-leden.

1. Het huidige PostBox product van de gemeenschappelijke onderneming zal worden aangepast op een wijze die toelaat dat, mits voorafgaandelijke overeenkomst tussen de gemeenschappelijke onderneming en een ISP, de klanten van deze ISP een PostBox account kunnen openen via de website van deze ISP en dat de ISP de toegang tot de PostBox accounts kan integreren in haar eigen Web Interface met een geëigende, co-branded "Look and Feel".

Aan de vraag van ISPA, om de term "co-branded" te verwijderen, kan volgens de Raad voor de Mededinging niet worden tegemoet gekomen. De discussie over de "branding" van de PostBox producten is immers geen discussie van mededingingsrechtelijke aard, maar eerder een commerciële aangelegenheid. Verder miskent deze eis van ISPA volledig de eigenheid van de diensten die de gemeenschappelijke onderneming, met name haar diensten als "trusted third party". Uiteraard moet diegene die beroep wenst te doen op de diensten van de gemeenschappelijke onderneming, op de hoogte worden gesteld van de identiteit van de "trusted third party". In het andere geval zou er trouwens een inbreuk zijn op artikel 23.3 van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument ("WHPC"). Dat artikel verbiedt met name reclame (aanbiedingen op een website zijn reclame in de zin van artikel 22 WHPC) die misleidt omtrent de identiteit van de dienstverlener. Indien de diensten van de gemeenschappelijke onderneming niet minstens "co-branded" worden aangeboden, wordt de indruk gewekt dat de ISP de PostBox dienst verleent, terwijl in werkelijkheid de gemeenschappelijke onderneming de dienstverlener is.

2. Het PostBox e-mailadres (...@postbox.be) zal worden afgeschaft. PostBox gebruikers krijgen enkel nog een PostBox account, die ze eventueel kunnen koppelen aan een bepaald e-mail adres. PostBox gebruikers kunnen te allen tijde hun PostBox account koppelen aan een ander of nieuw e-mail adres. PostBox gebruikers zullen, om gebruik te kunnen maken van PostBox, niet verplicht zijn om van e-mailadres of van ISP te veranderen.



3. De toekenning van een PostBox account aan gebruikers zal onderworpen worden aan een fysisch registratieproces bij een geaccrediteerde registratieautoriteit. De registratie zal rechtstreeks kunnen gebeuren door de gebruiker zelf dan wel via de ISP'S – waarmee de gemeenschappelijke onderneming ter zake een overeenkomst zal hebben gesloten – door middel van een bulk pre-registratieprocedure. Individuele PostBox gebruikers zullen hun PostBox account kunnen verbinden aan een e-mail adres dat bekomen werd bij een ISP dat voor die doeleinden een overeenkomst heeft ondertekend met de gemeenschappelijke onderneming.

4. PostBox accounts zullen rechtstreeks toegankelijk zijn via de websites van de individuele ISP's waarmee de gemeenschappelijke onderneming ter zake een overeenkomst zal hebben gesloten.

5. Voor klanten van de ISP's die een PostBox account openen via een de ISP zullen deze laatste een vergoeding ontvangen overeenkomstig een commissieschema dat tussen de gemeenschappelijke onderneming en de individuele ISP's zal worden onderhandeld. Dit schema kan gebaseerd zijn op vergoedingen per acquisitie van een PostBox account en/of transactie die via PostBox plaatsvindt.

ISPA wenst dat de ISP's de diensten van de gemeenschappelijke onderneming in de eerste plaats in een "wholesale" model in eigen naam en voor eigen rekening kunnen aanbieden, en ontwikkelt hiervoor argumenten uit het distributierecht. Het is voor de Raad voor de Mededinging onduidelijk welke de mededingingsrechtelijke relevantie is van deze argumenten. Het verzoek van ISPA wordt dan ook afgewezen.

6. De PostBox accounts van de gebruikers die via de website van de ISP's (die een overeenkomst met de gemeenschappelijke onderneming hebben gesloten) werden aangevraagd, zullen dezelfde functionaliteiten hebben als de functionaliteiten van de PostBox accounts die rechtstreeks bij de gemeenschappelijke onderneming werden aangevraagd.

7. Met betrekking tot klantgegevens, zal de gemeenschappelijke onderneming de Belgische wetgeving inzake bescherming van persoonsgegevens in acht nemen, en het principe van de vertrouwelijkheid respecteren bij de behandeling en de verwerking van deze gegevens. In het bijzonder zal de gemeenschappelijke onderneming geen klantgegevens van ISP's meedelen aan andere ISPs of aan haar moedermaatschappijen. De gemeenschappelijke onderneming zal ook een privacy charter opstellen voor het beheer van klantgegevens van de ISP's, en dit charter in acht nemen.

8. Voor sommige PostBox-functionaliteiten zal het gebruik van gekwalificeerde certificaten vereist zijn. PostBox gebruikers die gekwalificeerde certificaten aankopen bij de gemeenschappelijke onderneming zullen deze certificaten ook kunnen gebruiken voor "Non-PostBox" toepassingen ontwikkeld door of voor derden (ISP's, softwareontwikkelaars, overheden, enz.).

9. Gebruikers van PostBox die gekwalificeerde certificaten van andere certificatieautoriteiten dan de gemeenschappelijke onderneming aankopen, zullen deze certificaten kunnen gebruiken op het PostBox platform.

10. De gemeenschappelijke onderneming en de individuele ISP's die zulks wensen en waarmee ter zake een overeenkomst zal gesloten worden, zullen samen nagaan welke gezamenlijke marketingacties kunnen worden gevoerd rond het PostBox-product.

11. De voorwaarden en modaliteiten van de overeenkomsten waarvan hoger sprake zullen door de gemeenschappelijke onderneming te goeder trouw worden onderhandeld met alle ISP's (voor de paragrafen 1,2,3,4,5,6,7 en 10) en alle belanghebbende derden (voor de paragrafen 8 en 9).

12. De Post NV en Belgacom NV zullen op verzoek van andere certificatieautoriteiten de postkantoren en de Belgacom boetieks waarin zij optreedt als registratieautoriteit voor de gemeenschappelijke onderneming, ter beschikking stellen van deze andere certificatieautoriteiten teneinde deze laatste toe

te laten deze kantoren en boetiëks eveneens te gebruiken als registratieautoriteit. Uiteraard mag de normale werking van de Post en Belgacom hierdoor niet worden verstoord. Bovendien zullen alle lasten en kosten voor eventuele opleiding van personeel en bijkomende infrastructuur worden gedragen en betaald door de certificatieautoriteit die de aanvraag doet. De terbeschikkingstelling zal steeds voorafgaandelijk worden vastgelegd in een schriftelijke overeenkomst die te goeder trouw zal worden genegotieerd, en zal betalend zijn aan marktconforme voorwaarden.

De Raad is van oordeel dat een uitbreiding naar de Belgacom boetiëks zich opdringt niettegenstaande het bezwaar van de anmeldende partijen hiertegen nu via de postkantoren en de Belgacom boetiëks een zelfde resultaat bekomen kan worden. De voorwaarde dreigt immers zonder voorwerp te worden zonder deze uitbreiding.

Het past ook de bijkomende infrastructuurkosten in de voorwaarde op te nemen.

13. De gemeenschappelijke onderneming zal op geen enkele wijze, rechtstreeks of onrechtstreeks, de producten of diensten van haar moedermaatschappijen en hun verbonden ondernemingen aanprijzen of verkopen. Dit verbod laat het recht van de gemeenschappelijke onderneming onverlet om de producten en diensten van Belgacom NV, De Post NV, en/of hun verbonden ondernemingen te integreren als component van haar eigen producten of diensten. De gemeenschappelijke onderneming kan samen met de moedermaatschappijen en/of hun verbonden ondernemingen inschrijven op overheidsopdrachten. Uiteraard zal elke partij inschrijven op die loten die betrekking hebben op markten waarop elk van de partijen actief is.

Op de vraag van ISPA om internettoegang uit te sluiten, kan door de Raad voor de Mededinging niet worden ingegaan. Anders bestaat de mogelijkheid dat de gemeenschappelijke onderneming zich in een concurrentieel minder gunstige positie zou bevinden dan de ISPA leden die wel internettoegang kunnen leveren. Dit zou een te verregaande maatregel zijn.

14. De hierboven opgesomde voorwaarden vervallen indien de gemeenschappelijke onderneming haar activiteiten stopzet.

15. Deze voorwaarden gelden voor een periode van 18 maanden, die stilzwijgend wordt verlengd voor gelijke termijnen van 18 maanden tenzij de Raad voor de Mededinging, op verzoek van de partijen ingediend vijf maanden voor het verstrijken van deze termijn, beslist deze voorwaarden te wijzigen.

Om deze redenen,

## De Raad voor de Mededinging

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

Stelt vast dat de aangemelde concentratie tot gevolg heeft dat de machtspositie die de ondernemingen Belgacom en De Post gezamenlijk bezitten, versterkt wordt, wat tot gevolg heeft dat de daadwerkelijke mededinging op de Belgische betrokken markt van de beveiligde platformen open en multipurpose, en op wezenlijke delen daarvan, merkbaar wordt belemmerd;

Geeft zijn goedkeuring tot de verwezenlijking van de aangemelde concentratie onder de volgende voorwaarden en verplichtingen:

1. Het huidige PostBox product van de gemeenschappelijke onderneming zal worden aangepast op een wijze die toelaat dat, mits voorafgaandelijke overeenkomst tussen de gemeenschappelijke onderneming en een ISP, de klanten van deze ISP een PostBox account kunnen openen via de website van deze ISP en dat de ISP de toegang tot de PostBox accounts kan integreren in haar eigen Web Interface met een geëigende, co-branded "Look and Feel".

2. Het PostBox e-mailadres (...@postbox.be) zal worden afgeschaft. PostBox gebruikers krijgen enkel nog een PostBox account, die ze eventueel kunnen koppelen aan een bepaald e-mail adres. PostBox gebruikers kunnen te allen tijde hun PostBox account koppelen aan een ander of nieuw e-mail adres. PostBox gebruikers zullen, om gebruik te kunnen maken van PostBox, niet verplicht zijn om van e-mailadres of van ISP te veranderen.
3. De toekenning van een PostBox account aan gebruikers zal onderworpen worden aan een fysisch registratieproces bij een geaccrediteerde registratieautoriteit. De registratie zal rechtstreeks kunnen gebeuren door de gebruiker zelf dan wel via de ISP'S – waarmee de gemeenschappelijke onderneming ter zake een overeenkomst zal hebben gesloten – door middel van een bulk pre-registratieprocedure. Individuele PostBox gebruikers zullen hun PostBox account kunnen verbinden aan een e-mail adres dat bekomen werd bij een ISP dat voor die doeleinden een overeenkomst heeft ondertekend met de gemeenschappelijke onderneming.
4. PostBox accounts zullen rechtstreeks toegankelijk zijn via de websites van de individuele ISP's waarmee de gemeenschappelijke onderneming ter zake een overeenkomst zal hebben gesloten.
5. Voor klanten van de ISP's die een PostBox account openen via een de ISP zullen deze laatsten een vergoeding ontvangen overeenkomstig een commissieschema dat tussen de gemeenschappelijke onderneming en de individuele ISP's zal worden onderhandeld. Dit schema kan gebaseerd zijn op vergoedingen per acquisitie van een PostBox account en/of transactie die via PostBox plaatsvindt.
6. De PostBox accounts van de gebruikers die via de website van de ISP's (die een overeenkomst met de gemeenschappelijke onderneming hebben gesloten) werden aangevraagd, zullen dezelfde functionaliteiten hebben als de functionaliteiten van de PostBox accounts die rechtstreeks bij de gemeenschappelijke onderneming werden aangevraagd.
7. Met betrekking tot klantgegevens, zal de gemeenschappelijke onderneming de Belgische wetgeving inzake bescherming van persoonsgegevens in acht nemen, en het principe van de vertrouwelijkheid respecteren bij de behandeling en de verwerking van deze gegevens. In het bijzonder zal de gemeenschappelijke onderneming geen klantgegevens van ISP's meedelen aan andere ISPs of aan haar moedermaatschappijen. De gemeenschappelijke onderneming zal ook een privacy charter opstellen voor het beheer van klantgegevens van de ISP's, en dit charter in acht nemen.
8. Voor sommige PostBox-functionaliteiten zal het gebruik van gekwalificeerde certificaten vereist zijn. PostBox gebruikers die gekwalificeerde certificaten aankopen bij de gemeenschappelijke onderneming zullen deze certificaten ook kunnen gebruiken voor "Non-PostBox" toepassingen ontwikkeld door of voor derden (ISP's, softwareontwikkelaars, overheden, enz.).
9. Gebruikers van PostBox die gekwalificeerde certificaten van andere certificatieautoriteiten dan de gemeenschappelijke onderneming aankopen, zullen deze certificaten kunnen gebruiken op het PostBox platform.
10. De gemeenschappelijke onderneming en de individuele ISP's die zulks wensen en waarmee ter zake een overeenkomst zal gesloten worden, zullen samen nagaan welke gezamenlijke marketingacties kunnen worden gevoerd rond het PostBox-product.
11. De voorwaarden en modaliteiten van de overeenkomsten waarvan hoger sprake zullen door de gemeenschappelijke onderneming te goeder trouw worden onderhandeld met alle ISP's (voor de paragrafen 1,2,3,4,5,6,7 en 10) en alle belanghebbende derden (voor de paragrafen 8 en 9).
12. De Post NV en Belgacom NV zullen op verzoek van andere certificatieautoriteiten de postkantoren en de Belgacom boetieks waarin zij optreedt als registratieautoriteit voor de gemeenschappelijke onderneming, ter beschikking stellen van deze andere certificatieautoriteiten teneinde deze laatsten toe

te laten deze kantoren en boetieks eveneens te gebruiken als registratieautoriteit. Uiteraard mag de normale werking van de Post en Belgacom hierdoor niet worden verstoord. Bovendien zullen alle lasten en kosten voor eventuele opleiding van personeel en bijkomende infrastructuur worden gedragen en betaald door de certificatieautoriteit die de aanvraag doet. De ter beschikkingstelling zal steeds voorafgaandelijk worden vastgelegd in een schriftelijke overeenkomst die te goeder trouw zal worden genegotieerd, en zal betalend zijn aan marktconforme voorwaarden.

13. De gemeenschappelijke onderneming zal op geen enkele wijze, rechtstreeks of onrechtstreeks, de producten of diensten van haar moedermaatschappijen en hun verbonden ondernemingen aanprijzen of verkopen. Dit verbod laat het recht van de gemeenschappelijke onderneming onverlet om de producten en diensten van Belgacom NV, De Post NV, en/of hun verbonden ondernemingen te integreren als component van haar eigen producten of diensten. De gemeenschappelijke onderneming kan samen met de moedermaatschappijen en/of hun verbonden ondernemingen inschrijven op overheidsopdrachten. Uiteraard zal elke partij inschrijven op die loten die betrekking hebben op markten waarop elk van de partijen actief is.

14. De hierboven opgesomde voorwaarden vervallen indien de gemeenschappelijke onderneming haar activiteiten stopzet.

15. Deze voorwaarden gelden voor een periode van 18 maanden, die stilzwijgend wordt verlengd voor gelijke termijnen van 18 maanden tenzij de Raad voor de Mededinging, op verzoek van de partijen ingediend vijf maanden voor het verstrijken van deze termijn, beslist deze voorwaarden te wijzigen.

Deze voorwaarden en verplichtingen hebben een algemene draagwijdte.

Aldus beslist op 18 december 2002 door de Kamer van de Raad voor de Mededinging, samengesteld uit : Mevrouw Béatrice Ponet, Kamervoorzitter; de heren Geert Zonnekeyn, Peter Poma en Wouter Devroe, leden van de Raad.

## **Décision n°2002-C/C-90 du 19 décembre 2002**

Affaire CONC-C/C-02/65 : ELECTRABEL CUSTOMER SOLUTIONS S.A. / INTEREST S.C.R.L.

En cause :

**Electrabel Customer Solutions S.A.** (ci-après "ECS"), ayant son siège social 8, boulevard du Régent à 1000 Bruxelles ;

et

**Interest S.C.R.L.** (ci-après "Interest"), ayant son siège social en l'hôtel de ville d'Eupen ;

Vu la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 1er juillet 1999 (ci-après LPCE);

Vu la notification datée du 17 octobre 2002 d'une concentration qui consiste en la reprise par ECS, filiale d'Electrabel, de la clientèle de l'intercommunale Interest au fur et à mesure qu'elle devient éligible ;

Vu les pièces du dossier du Service de la concurrence ;

Vu le rapport motivé du Corps des rapporteurs daté du 3 décembre 2002 ;

Vu la note d'observations des parties notifiantes datée du 16 décembre 2002 et reçue le 17 décembre 2002 par fax et le courrier du 18 décembre 2002 transmettant la lettre d'engagement ainsi qu'un mémorandum explicatif communiqués à la Commission européenne dans le cadre de l'affaire COMP/M.2857- ECS/IEH ;

Entendu à l'audience du 19 décembre 2002 Monsieur le Rapporteur P. Marchand pour le Corps des Rapporteurs assisté par MM. Marlière, Frennet et Matagne et la S.A. ECS représentée par MM. Jean de Garcia et Patrick Baeten, assistés par Me Alexandre Vandencastele et Me Annick Vroninks, avocats au barreau de Bruxelles, représentant également Interest, pour les parties notifiantes ;

### **1. les parties notifiantes**

#### **1.1. Acquéreur**

La société Electrabel Customer Solutions (ci-après "ECS") est une société anonyme de droit belge constituée par acte du 12 décembre 2001 publié dans les annexes du Moniteur belge du 28 décembre 2001, ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent, 8 et ayant pour objet la fourniture d'électricité et de gaz ainsi que la fourniture de produits et services y afférents.

La S.A. E.C.S. est une filiale de la S.A. Electrabel et de la Naamloze Vennootschap voor de Oprichting en Uitbating van een FM- en TV-distributie net te Oostende en abrégé Teveo qui détiennent respectivement 49.999 actions et 1 action de celle-ci.. La S.A. Teveo est pour sa part contrôlée par Electrabel qui détient 99,975 % de ses actions, l'actionnaire minoritaire étant M. Yvan Dupon, par ailleurs administrateur de la S.A. Electrabel. La société E.C.S. est ainsi en fait une filiale à 100% de la S.A. Electrabel.

La société anonyme de droit belge Electrabel ayant son siège social à 1000 Bruxelles, boulevard du Régent, 8 est une entreprise active à tous les stades dans le secteur de l'électricité, de la production à la fourniture au client final, soit directement, soit par le biais de ses filiales.

## 1.2. Vendeur

La société Interest S.C.R.L. (ci-après "Interest") est l'intercommunale pour la distribution d'énergie dans la province de Liège (région d'Eupen). Elle a comme activité principale la distribution d'électricité, de gaz et de signaux analogiques et numériques aux clients sis sur le territoire des communes affiliées.

Interest est une intercommunale mixte, constituée sous forme d'une société coopérative à responsabilité limitée, sur base d'un partenariat avec la société privée Electrabel, actuellement actionnaire majoritaire.

Des dispositions réglementaires et notamment les dispositions du décret du 5 décembre 1996 relatif aux intercommunales wallonnes, prévoient toutefois que les communes disposent toujours de la majorité des voix ainsi que de la présidence dans les organes de gestion et de contrôle, et ce quelque soit la proportion des apports des diverses parties à la constitution du capital.

## 1.3. Entreprise ou partie d'entreprise cible

L'opération vise la clientèle de Interest devenant éligible sur le marché de la fourniture d'électricité.

## 2. Description de l'opération

### 2.1. Préambule

La concentration notifiée s'inscrit dans le cadre de la libéralisation du marché de l'électricité décidée au niveau européen par la directive 96/92 du 19 décembre 1996 (Directive 96/92/CE du Parlement et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité publiée au JO L27 du 30 janvier 1997) qui impose une ouverture limitée et progressive du marché de l'électricité. Les modalités de cette libéralisation sont déterminées dans une réglementation fédérale et régionale en raison du fait que l'énergie en Belgique est une matière dont les compétences sont réparties entre l'autorité fédérale et les Régions.

De manière très schématique, l'État fédéral est compétent pour ce qui a trait à la production, au transport et aux tarifs. La distribution et la fourniture relèvent de la compétence des Régions.

Le cadre normatif en cette matière comprend notamment:

- la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après "loi électricité") publiée au Moniteur belge du 11 mai 1999;
- le décret de la région flamande du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité;
- le décret de la région wallonne du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et l'arrêté du gouvernement wallon du 21 mars 2002 relatif aux clients devenus éligibles et au contrôle de leur éligibilité ;
- l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en région de Bruxelles - Capitale;
- l'A.R. du 11 juillet 2002 relatif à la structure tarifaire générale et aux principes de base et procédures en matière de tarifs de raccordement aux réseaux de distribution et d'utilisation de ceux-ci, de services auxiliaires fournis par les gestionnaires de ces réseaux et en matière de comptabilité des gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité publié au Moniteur belge 27 juillet 2002 et entrant en vigueur le 1er janvier 2003.
- l'arrêté du gouvernement de la région de Bruxelles-Capitale du 18 juillet 2002 fixant les critères et la procédure d'octroi, de renouvellement, de cession et de retrait d'une autorisation de fourniture d'électricité publié au Moniteur belge du 6 novembre 2002.

Les seuils d'éligibilité ainsi que les dates d'ouverture du marché varient ainsi en fonction de la région et de la réglementation applicable.

A l'issue de cette libéralisation du marché de l'électricité, la distribution de l'électricité doit être scindée en deux activités devant être confiées à des sociétés distinctes:

- la gestion du réseau de distribution, qui englobe l'exploitation, la maintenance et le développement du réseau de distribution ;
- la vente d'électricité qui concerne l'approvisionnement en énergie des clients éligibles.

Dès 1996, des communes en partenariat avec Hectrabel avaient décidé de poursuivre, au sein d'intercommunales mixtes, des activités de gestion du réseau de distribution et de vente à la clientèle. Des statuts dits « de troisième génération » avaient à l'époque été rédigés et avaient reçu l'aval des autorités européennes pour ce qui concernait leurs aspects intracommunautaires.

Des intercommunales mixtes et notamment Interest assurent encore à l'heure actuelle la gestion du réseau de distribution et la fourniture d'électricité.

L'article 8, §1 du décret wallon relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité prévoit expressément que le gestionnaire du réseau de distribution ne peut réaliser des activités de production autres que de l'électricité verte ou de vente d'électricité autres que les ventes nécessitées par son activité de gestionnaire de réseau. Le gestionnaire du réseau de distribution ne peut ni s'engager dans des activités de fourniture aux clients éligibles ni dans la fourniture de services qui ne sont pas directement liés à l'exécution des tâches visées à l'article 11 (à savoir la gestion du réseau). Toutefois, à la demande des communes, le gestionnaire du réseau de distribution peut fournir l'électricité aux clients captifs.

Il s'ensuit que les intercommunales mixtes wallonnes, et notamment Interest, qui souhaitent être désignées comme gestionnaire de réseau de distribution, ne pourront plus en même temps fournir de l'électricité aux clients (devenus) éligibles.

Compte tenu des accords existants entre les intercommunales mixtes et Electrabel et des implications du processus de libéralisation, Electrabel et Intermixt Wallonie (établissement d'utilité publique regroupant tous les mandataires publics des intercommunales mixtes) ont négocié les termes d'un nouvel accord susceptible de maintenir leur partenariat. Ces négociations ont débouché sur l'élaboration des diverses conventions et d'un « *Mémorandum of Understanding* » signé le 30 mars 2001.

Le principe retenu est que les communes et les intercommunales s'impliqueront d'avantage dans la gestion des réseaux de distribution, activités de type monopolistique et régulée, tandis qu'Electrabel, par le biais d'une filiale, se concentrera à titre principal sur l'activité de fourniture aux clients. Cette spécialisation des uns et des autres n'est pas exclusive: les communes via les intercommunales continueront à être intéressées dans le résultat de la société de commercialisation d'électricité et Electrabel conservera une participation -minoritaire mais importante- au capital des gestionnaires de réseau de distribution dont elle continuera à assurer l'exploitation.

Afin de valoriser la clientèle que ces intercommunales alimentent en électricité et qu'elles ne pourront plus alimenter dès leur éligibilité, il a été convenu qu'une société filiale d'Electrabel, (la S.A. ECS) reprendrait cette clientèle.

En contrepartie de cette cession de clientèle, les communes se voient offrir la possibilité d'augmenter leur actionariat dans l'intercommunale mixte. Ces communes deviendront en outre actionnaires minoritaires dans cette société ECS (à concurrence de maximum 5 % du capital) et participeront aux bénéfices à concurrence de 40 % du résultat réalisé.

## 2.2. Opération visée par la notification

La présente concentration fait partie d'un ensemble de plusieurs accords passés entre d'une part, ECS et d'autre part, diverses intercommunales mixtes.

La partie, qui fait l'objet plus particulièrement du présent examen concurrentiel, consiste en la cession à titre exclusif à ECS (constituée le 12 décembre 2001 et filiale à 100% d'Electrabel), de l'activité d'Interest de fourniture d'électricité aux clients de celle-ci au fur et à mesure qu'ils deviennent éligibles et ceci dans la mesure où ceux-ci ne décident pas de conclure un contrat avec un autre fournisseur. On entend par client éligible le client qui a le droit de conclure un contrat de fourniture avec l'entreprise de son choix et pour ce faire a un droit d'accès au réseau.

Cette concentration fait ainsi suite à six opérations semblables (ayant fait l'objet des affaires n° Conc-C/C-02/25, 02/29, 02/44, 02/45, 02/50 et 02/53). Ces opérations s'inscrivent dans un processus plus général par lequel ECS entend reprendre la clientèle (devenant) éligible de toutes les intercommunales mixtes.

Les conditions de reprise par ECS de cette clientèle éligible de Interest sont directement fondées sur le "Mémorandum of Understanding entre Intermix – Electrabel signé le 30 mars 2001" et les modifications apportées aux statuts de Interest le 17 septembre 2002. Le conseil d'administration de Interest a, également décidé le 17 septembre 2002, de faire adhérer leur intercommunale au Mémorandum of Understanding.

En contrepartie de cette cession de clientèle par Interest, les communes se voient offrir la possibilité d'augmenter leur actionariat dans l'intercommunale à des conditions avantageuses ainsi que de participer aux bénéfices de ECS dans une mesure plus grande que le montant d'actions détenues dans celle-ci. La participation des communes dans la société ECS sera en effet limitée à 5 % de son capital, mais donnera droit à une participation aux bénéfices à concurrence de 40 % du résultat.

### 3. Délais

La notification a été effectuée le 17 octobre 2002 au Conseil de la Concurrence.

Le 18 octobre 2002, en application de l'article 32bis, § 1<sup>er</sup> de la loi, le Conseil de la concurrence a transmis cette notification de concentration au Corps des Rapporteurs.

Le 22 octobre 2002, le Rapporteur a informé les parties notifiantes qu'en application de l'article 5 § 2 de l'arrêté royal du 23 mars 1993 relatif à la notification des concentrations d'entreprises visée à l'article 12 de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 1<sup>er</sup> juillet 1999 modifié par les arrêtés royaux du 22 janvier 1998 (M.B., 24/04/1998), du 11 mars 1999 (M.B., 19/05/1999) et du 18 juin 1999 (M.B., 12/10/1999), il y avait lieu de considérer que la notification était incomplète.

Le 6 novembre 2002, les parties notifiantes ont fait parvenir au rapporteur les renseignements demandés.

Le délai visé à l'article 33 de la loi prend par conséquent cours le 7 novembre 2002 et la décision du Conseil de la concurrence prise en application de l'article 33, §§ 1 et 2 de la loi doit être rendue pour le 23 décembre 2002 au plus tard.

### 4. Champ d'application

Les sociétés ECS et Interest sont des entreprises au sens de l'article 1er LPCE.

Après la concentration, ECS détiendra le contrôle exclusif de l'activité de Interest de fourniture d'électricité aux clients éligibles (ou qui le deviendront).

L'opération consiste donc à une concentration au sens de l'article 9 §1 LPCE.



Sur la base des chiffres fournis par les parties dans la notification, les seuils des chiffres d'affaires visés à l'article 11 de la loi sont atteints.

## 5. Marché concerné

### 5.1. Secteur économique concerné

Le secteur économique concerné par la concentration est celui de la production et de la distribution d'électricité (code NACE : 40.1).

### 5.2. Marché de produits concerné

Cinq types d'activités différentes peuvent être distingués dans le secteur de l'électricité, en l'espèce :

- la production d'électricité ;
- le transport qui consiste en l'acheminement de l'électricité sur des câbles de haute tension ;
- la distribution qui est l'acheminement de l'électricité sur des câbles de moyenne et basse tension;
- la fourniture qui consiste en la livraison au consommateur final ;
- le négoce qui vise l'achat et la revente d'électricité.

Les quatre premières activités peuvent être considérées comme relevant de marchés de produits distincts, puisque celles-ci nécessitent des actifs et des ressources différents et parce que les conditions de marché et de concurrence sont différentes pour chacune d'entre elles.

La question de savoir si le négoce d'électricité constitue un marché distinct du négoce général des produits d'énergie ne doit pas être tranchée dans le cadre de la présente procédure en raison du fait que cette activité n'est pas visée dans la présente notification et n'existe pas en Belgique.

Suite à la libéralisation d'une partie du marché de l'électricité initiée par la directive CE 96/92 du 19 décembre 1996, une distinction supplémentaire doit être faite entre la fourniture d'électricité aux clients éligibles et non éligibles (qui ne peuvent pas choisir leur fournisseur). Ces activités relèvent de deux marchés de produits distincts, dans la mesure où les conditions de concurrence sont différentes, et où, le plus souvent, ils sont soumis à des réglementations spécifiques.

C'est dans ce contexte que s'inscrit la présente opération puisque, en vertu de l'article 8 § 1 du décret wallon relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité du 12 avril 2002, le gestionnaire du réseau de distribution se voit interdire toute activité de fourniture aux clients éligibles.

Par conséquent, le marché des produits concerné au sens strict, est celui de la fourniture d'électricité aux clients éligibles.

L'intercommunale Interest est active sur les marchés de la distribution et de la fourniture d'électricité. Cette dernière activité, pour autant qu'elle concerne les clients devenant éligibles n'ayant pas choisi de fournisseur, sera exercée par ECS, filiale à 100 % d'Electrabel.

La société Electrabel est active directement ou indirectement sur tous les marchés de l'électricité. L'instruction menée en première phase aboutissait à la conclusion qu'Electrabel occupe une position dominante sur les différents marchés belges de l'électricité en raison des parts de marché extrêmement élevées détenues quel que soit le marché envisagé. L'instruction en seconde phase a confirmé l'existence de cette position dominante. Cette position dominante sur les quatre marchés susmentionnés, n'est au demeurant pas contestée, en ce compris par les parties notifiantes. Cette position dominante d'Electrabel sur ces différents marchés est de nature à générer des effets sur le marché concerné au sens strict.

### 5.3. Marché géographique concerné

Le marché géographique de l'électricité est national mais a cependant à tendance à s'internationaliser. Cette approche est également celle de la Commission européenne dans l'affaire IV/M.1803 - Electrabel/Epon et M.1853 - EDF/EnBW et du Conseil de la concurrence dans ses précédentes décisions.

Les parties considèrent également que la dimension géographique du marché couvre au minimum le territoire belge.

Ce caractère national tient notamment compte des problèmes liés aux capacités limitées des interconnexions, les importations étant restreintes dans une mesure assez significative.

### 6. Analyse concurrentielle

L'analyse réalisée dans le cadre des précédentes décisions prises dans les procédures similaires portées devant le Conseil de la concurrence, l'a amené à considérer que l'opération de concentration notifiée renforce la position dominante des parties sur le marché et entrave de manière significative la concurrence effective sur une partie substantielle du marché belge. La présente notification est comparable aux précédentes.

Les parties notifiantes elles-mêmes ont convenu à l'audience qu'une seconde phase s'imposait d'autant qu'elles ont formulé une série d'engagements communiqués au Conseil de la Concurrence par fax, la veille de l'audience.

Il convient de les analyser.

### 7. Réaction des entreprises interrogées

Les cinq principaux clients d'Interest ont été interrogés. Quatre ont répondu.

Il ressort des réponses reçues et jointes au dossier que ces sociétés n'ont pas nécessairement le même profil de consommation. En effet, le pourcentage que les frais liés à la consommation d'électricité représente dans les coûts d'exploitation varient de manière significative.

En ce qui concerne les entreprises éligibles, la laiterie Walhorn estime qu'elle est suffisamment informée sur l'identité des concurrents d'Electrabel et sur les conséquences pratiques d'un changement de fournisseur. Cependant, elle dit ne pas être suffisamment informée sur les conditions contractuelles régissant la fourniture d'électricité par Electrabel.

En outre, elle souligne qu'aucun concurrent n'a pu lui faire de proposition concrète parce que les coûts de distribution ne sont pas connus.

La société NMC affirme qu'Electrabel lui a fait une proposition pour un nouveau contrat dans lequel le coût de l'électricité serait supérieur de 8,43% au coût actuel. Elle s'estime insuffisamment informée sur les conséquences pratiques d'un changement de fournisseur.

Elle a reçu des offres de fourniture d'électricité d'EDF, d'Electrabel et de Luminus.

Par ces motifs

### Le Conseil de la concurrence

Constate que l'opération en cause entre dans le champ d'application de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique et qu'elle suscite conformément à l'article 33 §2 b), des doutes sérieux quant à son admissibilité ;

Décide d'engager la procédure prévue à l'article 34 et invite le Corps des Rapporteurs :

- à examiner si les engagements proposés par les parties notifiantes, sont de nature à rendre l'opération de concentration admissible ;
- à examiner les éventuelles autres conditions d'admissibilité ;

Invite le corps des rapporteurs à lui communiquer un rapport motivé complémentaire au plus tard le 31 janvier 2003 ;

Ainsi statué le 19 décembre 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Monsieur Patrick De Wolf, président de chambre, de Madame Marie-Claude Grégoire, de Monsieur Jacques Schaar et de Monsieur Pierre Battard, membres.

## **Décision n°2002-V/M-91 du 20 décembre 2002**

Affaire CONC-V/M 02/0037: Ministre de l'Économie / ARGB et consorts

Vu la lettre datée du 13 juin 2002 émanant du Ministre de l'Économie dénonçant au Conseil de la concurrence l'existence d'indices d'une entente en matière de prix des contrôles d'installations au gaz naturel effectués par les organismes agréés et demandant d'ouvrir une instruction sur base de l'article 23, §1er C de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique (en abrégé LPCE) et de prendre des mesures provisoires sur base de l'article 35 de cette loi ;

Vu le dossier d'instruction et le rapport motivé du Corps des Rapporteurs daté du 20 septembre 2002 transmis au Conseil de la concurrence dans le cadre de la procédure en mesures provisoires;

Vu la fixation de la procédure en mesures provisoires à l'audience du 23 octobre 2002 ;

Vu la demande de remise du 21 octobre 2002;

Vu l'audience du 23 octobre 2002 à laquelle étaient présents :

- Monsieur F. de Lichtervelde représentant l'ARGB, assisté par Me F. Herbert et Me D. Arts;
- Monsieur R. Byl, représentant AIB Vinçotte;
- Messieurs Yves Lemense et Michel Smekens, représentants de BTV;
- Monsieur Alain Verhoyen, représentant SGS;
- Monsieur Sébastien Ledure, représentant Apragaz. ;
- Monsieur Patrick Marchand représentant le Corps des Rapporteurs.

Vu le plumitif d'audience du 23 octobre 2002 remettant l'examen de l'affaire au 22 novembre 2002 et fixant un échéancier pour le dépôt des observations des parties;

Vu les notes déposées par les parties et spécialement :

- le mémoire d'observations de l'ARGB daté du 15 novembre 2002 ;
- le mémoire de l'ASBL AIB-Vincotte daté du 15 novembre 2002 ;
- le mémoire de l'ASBL Bureau Technique Verbruggen daté du 15 novembre 2002 ;
- la note de plaidoirie reçue le 22 novembre 2002 de l'ASBL Apragaz ;

Entendu à l'audience du 22 novembre 2002

- Pour l'ARGB : Monsieur F. de Lichtervelde, son Secrétaire général assisté par Maître F. Herbert et Maître D. Arts, avocats à Bruxelles ;
- Pour AIB-Vincotte : Maître R. Byl, avocat à Bruxelles ;
- Pour BTV : Monsieur Miesse ;
- Pour Apragaz : Maître S. Ledure, avocat à Bruxelles ;
- Pour SGS : Monsieur A. Verhoyen ;
- Pour OCB : Monsieur Croas ;
- Pour le Corps des Rapporteurs : Monsieur P. Marchand, Rapporteur assisté par Mesdames Fassin, Godin et Dubois ;

Vu les pièces de la procédure ;

Vu les dispositions de la LPCE et spécialement l'article 35 qui prévoit que « le Président du Conseil de la concurrence peut, sur demande d'un plaignant ou du Ministre de l'Économie, prendre des mesures provisoires destinées à suspendre les pratiques restrictives de concurrence faisant l'objet de l'instruction, s'il est urgent d'éviter une situation susceptible de provoquer un préjudice grave,

imminent et irréparable aux entreprises dont les intérêts sont affectés par ces pratiques ou de nuire à l'intérêt économique général ».

## I. Les parties incriminées

### 1.1. L'Association Royale des Gaziers Belges

L'Association Royale des Gaziers Belges, société technique de l'Industrie du Gaz (en abrégé ARGB et en néerlandais, KVBG, Koninklijke Vereniging van de Belgische Gasvaklieden, Technische Maatschappij van Belgische Gasvaklieden) est une association sans but lucratif dont le siège est établi avenue Palmerston 4 à 1000 Bruxelles, et dont le siège d'exploitation est établi à Linkebeek, Rodestraat, 125 ;

### 1.2. Les organismes agréés de contrôle pour les installations au gaz naturel

Les organismes de contrôle agréés sont actuellement les suivants:

- AIB-Vinçotte Belgium asbl, ayant son siège avenue André Drouart 27-29 à 1160 Bruxelles ;
- Association des propriétaires de récipients à gaz comprimés, liquéfiés ou dissous (en abrégé APRAGAZ), ayant son siège chaussée de Vilvorde 156 à 1120 Bruxelles ;
- Vereniging voor Arbeidsveiligheid door Techniek en Controle vzw (en abrégé ATK), ayant son siège Rijmenansesweg 109 à 2820 Bonheiden ;
- Bureau Technique Verbruggen asbl (en abrégé BTV), ayant son siège boulevard Clovis 15 à 1000 Bruxelles;
- OCB vzw, ayant son siège Koningin Astridlaan 60 à 2550 Kontich ;
- SGS Bureau Nivelles asbl, ayant son siège boulevard Sylvain Dupuis 243 à 1070 Bruxelles ;
- Electro Test Opleidingscentrale vzw, ayant son siège Kerkstraat 35 à 1820 Melsbroek.

## II. Les faits

Par lettre du 23 janvier 2002 (doc. 01 003), le Ministre de l'Économie a été informé des faits suivants :

Un particulier dénommé Pierre Richard souhaitant ouvrir le compteur de gaz de son fils et devant obtenir pour ce faire une attestation de conformité de l'installation, s'est adressé à plusieurs organismes de contrôle agréés, habilités à délivrer une telle attestation de conformité.

Cette personne a dans un premier temps pris contact avec l'asbl AIB VINCOTTE qui lui a signalé que le prix du contrôle était de 151 € quelle que soit l'importance de l'installation, et ce pour chaque compteur de l'immeuble. L'asbl AIB VINCOTTE lui a précisé que ce prix (qui lui paraissait excessif), était fixé par l'ARGB et que les organismes de contrôle étaient tenus d'en reverser une partie à cette dernière.

Monsieur Richard a ensuite pris contact avec l'asbl BTV. Cette association pratiquait le même prix. Le préposé de cet organisme de contrôle lui a confirmé que le montant était imposé par l'ARGB et lui a signalé qu'il avait entendu dire qu'une partie du prix devait être ristournée à l'ARGB.

Monsieur Richard a ensuite pris contact avec l'ARGB qui a nié ces allégations et affirmé, (toujours selon les propos de Monsieur Richard repris dans son courrier adressé le 23 janvier 2002 au Ministre de l'Économie), que les organismes de contrôle s'abritaient derrière elle pour pratiquer des tarifs exorbitants.

Par ailleurs, le Ministre de l'Économie est également entré en possession d'un procès-verbal (portant les références HAB/OC/PV 01-02) d'une réunion du 7 novembre 2001 tenue entre l'ARGB et les

organismes de contrôle suivants: AIB VINCOTTE, APRAGAZ, ATK, BTV, OCB, SGS Bureau Nivelles (doc. 01.010).

Au point 4 de ce procès-verbal intitulé «Afspraken voor 2002», une distinction est opérée entre les contrôles effectués par les organismes agréés d'une part, dans le cadre de l'habilitation et d'autre part, dans le cadre de la filière libre.

Pour les contrôles effectués dans le cadre de l'habilitation, un prix de 75 € hors TVA est fixé pour la facturation en 2002.

Le procès verbal HAB/OC/PV 01-02 révèle également que dans le cadre de la filière libre, une fourchette de prix variant entre 125 et 200 € hors TVA a été fixée pour des contrôles standard d'installations effectuées par un client installateur ordinaire ("gewone installateur klant"), à savoir un installateur "non habilité" ou un particulier.

Le point 4.2.2. de ce procès-verbal mentionne également que pour les contrôles demandés par un installateur ayant introduit une demande d'habilitation recevable, les organismes agréés facturent leurs prestations à concurrence de 65 €(+TVA) au client (c'est à dire à l'installateur « non habilité » ou au particulier) et 15 €(hors TVA) à l'ARGB.

Par ailleurs, des fonctionnaires du ministère des affaires économiques appartenant respectivement à l'administration de la qualité et de la sécurité et à l'administration de l'énergie (division gaz – électricité) siègent également en qualité d'observateurs au sein du conseil de l'habilitation.

Par courrier du 7 mars 2002 adressé au secrétariat du conseil de l'habilitation, ces fonctionnaires avaient déjà fait remarquer que «l'organisme de contrôle doit agir en toute indépendance vis-à-vis du client. Il doit en être de même pour les organismes agréés travaillant pour le secrétariat du conseil de l'habilitation. Dès lors, la mention d'un prix établi et fixe nous paraît être en totale contradiction avec la liberté des prix dont doivent bénéficier les organismes de contrôle».

### III. Griefs invoqués

Il est fait grief aux organismes de contrôle agréés et au secteur gazier de s'être concertés sur le prix à pratiquer lors des contrôles des nouvelles (parties d') installations intérieures au gaz naturel exigés avant l'ouverture de compteur.

### IV. Le cadre réglementaire

#### 1. les arrêtés royaux applicables aux installations construites sur le domaine public

Deux arrêtés royaux datés respectivement du 11 mars 1966 et du 28 juin 1971 déterminent les mesures de sécurité à prendre lors de l'établissement et l'exploitation des installations de distribution de gaz par canalisations. Ces arrêtés précisent notamment les conditions de construction, d'entretien et d'exploitation des installations de distribution de gaz construites sur le domaine public par les sociétés distributrices de gaz.

#### 2. les règlements applicables aux installations intérieures

##### A. Les dispositions normatives

Le chapitre VII de l'arrêté royal du 28 juin 1971 susvisé est consacré aux installations intérieures et détermine en son article 48 qu'« à l'ouverture du compteur, le distributeur de gaz s'assure que les installations intérieures sont étanches à la pression de distribution. De plus, s'il s'agit d'une installation ou partie d'installation neuve, le distributeur exigera de l'installateur une attestation de conformité de

l'installation aux prescriptions des normes NBN correspondantes en vigueur ». L'article 49 de cet arrêté royal prévoit que « les essais, épreuves et contrôles prévus par le présent arrêté sont exécutés à la diligence et aux frais du distributeur de gaz ».

## B. Le « règlement - type » du « Comité de Contrôle de l'Électricité et du Gaz »

Le Comité de Contrôle de l'Électricité et du Gaz (en abrégé CCEG) dans une recommandation du 13 décembre 1989 a établi un « règlement type pour le branchement, la mise à disposition et le prélèvement du gaz naturel en distribution publique ». Ce règlement régit les rapports entre le distributeur et l'abonné. Il détermine les conditions relatives au branchement, les conditions en matière d'installation, les conditions de mise à disposition et de prélèvement de gaz et enfin, des règles en matière de sécurité

Le règlement-type prescrit qu'à l'ouverture du compteur, le distributeur de gaz s'assure que les installations intérieures sont étanches à la pression de distribution, et impose au distributeur d'exiger de l'installateur une attestation de conformité aux normes correspondantes en vigueur s'il s'agit d'alimenter une installation neuve ou partie d'installation neuve. Par installations intérieures, il faut entendre les installations constituées de la tuyauterie et des accessoires en aval du compteur.

Les distributeurs de gaz ayant constaté que de nombreux incidents voire d'accidents parfois très graves étaient encore à déplorer en raison de l'absence ou du non-respect des normes de sécurité, ont souhaité pouvoir mieux maîtriser les facteurs de risques et n'approvisionner en gaz naturel que les installations alimentant des appareils de qualité, installés dans des locaux correctement ventilés, disposant de conduits efficaces d'évacuation de fumées, alimentés par des canalisations correctement construites à l'aide de matériaux appropriés et d'accessoires spécialement conçus pour le combustible gazeux.

Dans cette optique, il a été décidé au sein du secteur concerné que l'alimentation en gaz naturel d'une installation intérieure neuve ou partie d'installation intérieure neuve, devait être subordonnée à la remise au distributeur, lors de l'ouverture du compteur, soit d'une attestation de conformité établie par un installateur "habilité", soit d'une attestation établie par un installateur non-habilité, mais accompagnée d'un schéma de l'installation réalisée et validée, après contrôle sur les lieux, par un rapport favorable d'un organisme agréé pour le contrôle des installations intérieures alimentées au gaz naturel.

L'article IV du règlement type pour le branchement, la mise à disposition et le prélèvement du gaz naturel en distribution publique précité a dès lors été modifié par la recommandation du CCEG du 12 juillet 2000. Cette modification de l'article IV du règlement type est entrée en vigueur le 1er janvier 2002 et est imposée contractuellement à tout abonné depuis cette date.

Le nouvel article IV du règlement type est libellé comme suit :

« L'installation intérieure (c.-à-d. en aval du compteur gaz), les appareils d'utilisation ainsi que le placement et le raccordement des appareils d'utilisation sont soumis aux dispositions légales et aux règlements en vigueur au moment du placement ou du raccordement, dont notamment les normes NBN D 51-003 « Installations alimentées en gaz combustible plus léger que l'air, distribué par canalisations » et NBN D 51-004 « Installations alimentées en gaz combustible plus léger que l'air distribué par canalisations – Installations particulières » publiées par l'Institut Belge de Normalisation, complétées par les conditions techniques particulières du distributeur. Celles-ci comprennent également des exigences en matière de ventilation et d'évacuation des produits de combustion telles que celles reprises dans la NBN D 51-001, et respectivement dans les NBN B 61-001 ou NBN B 61-002.

A l'ouverture du compteur de gaz, le distributeur s'assure que l'installation intérieure est étanche à la pression de distribution.

De plus, s'il s'agit d'une installation ou partie d'installation intérieure neuve, l'installateur est tenu de fournir au distributeur une attestation de la conformité de l'installation intérieure aux prescriptions des normes NBN correspondantes en vigueur. Cette attestation est constituée d'une déclaration en ce sens de l'installateur, c'est-à-dire celui qui a réalisé l'installation, accompagnée d'un schéma de principe de l'installation qu'il a réalisée ; l'attestation doit être validée, après contrôle sur les lieux, par un rapport d'un « organisme de contrôle agréé ». Au cas où celui qui a réalisé l'installation est « installateur habilité », l'installation est présumée conforme aux prescriptions des normes NBN correspondantes en vigueur et la validation par un « organisme de contrôle agréé » ne sera pas demandée par le distributeur.

Est « installateur habilité », l'installateur qui est habilité conformément au règlement établi par le Conseil de l'Habilitation, composé de représentants d'organisations professionnelles belges qui rassemblent les installateurs d'installations gaz naturel, de l'a.s.b.l. Figaz et des Ministres ou Secrétaires d'Etat fédéraux ayant l'énergie et la protection de la consommation dans leur compétence.

Est « organisme de contrôle agréé », l'organisme de contrôle qui est reconnu conformément à l'article 8 de l'arrêté royal du 11 mars 1966 déterminant les mesures de sécurité à prendre lors de l'établissement et dans l'exploitation des installations de transport de gaz par canalisations. Deux ans après l'entrée en vigueur de la réglementation précisant les procédures nécessaires, un organisme de contrôle devra être accrédité par BELTEST, système d'accréditation mis en place par l'arrêté royal du 22 décembre 1992, pour le contrôle des installations intérieures au gaz naturel pour être « organisme de contrôle agréé ... ».

### C. Le « règlement » établi par le conseil de l'habilitation et la procédure d'habilitation

Les acteurs du secteur du gaz ont estimé devoir créer un « conseil de l'habilitation » composé de membres issus des associations professionnelles d'installateurs (FBIC, UBIC, NACEBO INSTALLATEURS) et de représentants de l'industrie gazière (ARGB). Des fonctionnaires du ministère des affaires économiques assistent également aux réunions de ce conseil en qualité d'observateurs (pour ce qui concerne les aspects réglementaires et normatifs en rapport avec la sécurité des appareils à gaz et des installations).

Ce conseil de l'habilitation n'a toutefois aucun statut, ni aucune personnalité juridique.

La présidence du conseil de l'habilitation est assurée par un représentant du secteur gazier. L'Association Royale des Gaziers Belges assure son secrétariat et l'héberge dans ses locaux.

Ce conseil de l'habilitation statue à la majorité des voix exprimées (sauf dans le cas d'une modification du règlement où l'unanimité des voix est requise); en cas d'égalité de voix, celle du président est prépondérante.

Ce conseil a élaboré le 24 août 2000 un « règlement pour l'habilitation des installateurs gaz naturel » qui définit les droits et devoirs des installateurs habilités d'installations intérieures au gaz naturel, des centres de formation et des organismes de contrôle dans le cadre de l'habilitation.

Seules les personnes morales ou les personnes physiques ayant un statut d'employeur ou de travailleur indépendant autonome comme profession principale peuvent introduire une demande valable.

Pour être reconnu en tant qu'installateur habilité, le demandeur - personne physique ou pour les personnes morales, le chef d'entreprise,- doit avoir obtenu un certificat d'établissement au titre d'installateur-sanitaire, d'installateur en chauffage central ou d'installateur d'appareils de chauffage indépendant et doit introduire une demande auprès du secrétariat du conseil de l'habilitation qui examine la recevabilité de celle-ci. Il doit également avoir suivi une formation technique spécifique ayant pour objet les installations au gaz naturel dans un centre de formation agréé. Les frais de cette formation sont à charge du demandeur.



Endéans les deux semaines suivant la communication de la recevabilité de la demande, le demandeur doit verser le montant de l'inscription fixé par le conseil de l'habilitation.

Pour obtenir un numéro d'habilitation, l'installateur établit une liste des dix travaux les plus récents qu'il a effectués sur des installations intérieures au gaz naturel au cours des dix-huit derniers mois.

Le secrétariat du conseil de l'habilitation désigne deux installations de cette liste et charge un organisme de contrôle agréé de contrôler dans un délai d'un mois lesdits travaux en vérifiant leur conformité aux normes applicables. Les frais résultant de ces contrôles sont payés par l'ARGB pour le compte du conseil de l'habilitation. Si le rapport de l'organisme de contrôle est favorable, le conseil attribue un numéro d'habilitation à l'installateur. La décision du conseil de l'habilitation doit être rendue endéans un délai de 100 jours après la réception du paiement du montant de l'inscription.

L'installateur est habilité pour une période de 5 ans.

Chaque année, il communique au conseil de l'habilitation une liste des travaux qu'il a réalisés sur les installations et appareils au gaz naturel -y compris les nouvelles installations- au cours de l'année précédente. Le secrétariat choisit (généralement) un travail (très rarement plusieurs travaux) dans cette liste et demande à un organisme de contrôle agréé et retenu par le conseil de procéder à une vérification de conformité de l'installation réalisée. L'organisme de contrôle dispose pour ce faire d'un délai de 2 mois après réception de la demande. Les frais de ce(s) contrôle(s) sont également payés par l'ARGB pour compte du conseil de l'habilitation.

Le conseil de l'habilitation sur base du rapport de l'organisme de contrôle, décide si l'habilitation de l'installateur peut être maintenue. Dans le cas contraire, l'installateur est informé des insuffisances constatées et du fait que ces dernières empêchent le maintien de l'habilitation.

De plus, afin de conserver son habilitation, l'installateur habilité est tenu de suivre une formation permanente, dont le programme est défini chaque année par le conseil de l'habilitation en tenant compte des lacunes et des insuffisances relevées lors des contrôles effectués par les organismes de contrôle. Le conseil peut décider de définir un programme complémentaire particulier si les normes font l'objet de modifications majeures ou si de nouvelles normes sont publiées. L'article 9.6 prévoit que les frais éventuels sont à charge du demandeur.

Par ailleurs, l'habilité doit verser annuellement au conseil de l'habilitation une somme fixée par celui-ci. Cette somme n'est pas versée la première année mais seulement les quatre dernières années de son habilitation.

Le règlement ne prévoit pas encore les règles applicables lors du renouvellement de l'habilitation qui a lieu tous les 5 ans. Le Conseil de l'habilitation s'engage à compléter ce point en temps utile.

#### D. Maintien de la procédure en filière libre

L'article IV du règlement type tel que modifié par la recommandation du 12 juillet 2000 du CCEG rappelle en préambule que l'installation peut également être réalisée par un installateur (non habilité) ou un particulier qui doit dans ce cas faire valider au préalable une attestation destinée au distributeur par un organisme de contrôle agréé.

Par cette attestation, l'organisme de contrôle atteste de la conformité de l'installation intérieure aux prescriptions des normes NBN correspondantes en vigueur. Cette attestation est constituée d'une déclaration en ce sens de l'installateur (c'est-à-dire celui qui a réalisé l'installation), accompagnée d'un schéma de principe de l'installation qu'il a réalisée. L'attestation doit ensuite être validée, après contrôle sur les lieux, par un rapport d'un organisme de contrôle agréé". L'article 14.5.2 du règlement de l'habilitation précise que l'organisme agréé dispose d'un délai de 5 jours pour effectuer ce contrôle.

## V. Marchés concernés

Le Corps des Rapporteurs propose de retenir comme marché de services concerné, celui du contrôle des installations intérieures alimentées au gaz naturel, et d'établir une distinction entre les contrôles effectués dans le cadre de l'habilitation et ceux effectués dans le cadre de la filière libre.

Si on peut retenir à ce stade de l'instruction, dans le cadre de la présente procédure de mesures provisoires, cette définition du marché concerné, encore faudra-t-il vérifier dans le cadre de l'instruction au fond si d'autres marchés de services ne sont pas également concernés, et notamment le marché des installations intérieures au gaz naturel.

En effet, les éléments recueillis à ce jour dans le cadre de cette procédure semblent indiquer *prima facie* que le marché du placement et de la rénovation d'installations intérieures au gaz naturel pourrait également être concerné.

## VI. En droit

En vertu de l'article 35 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, « le Président du Conseil de la concurrence peut sur demande du plaignant ou du Ministre, prendre des mesures provisoires destinées à suspendre les pratiques restrictives de concurrence faisant l'objet de l'instruction s'il est urgent d'éviter une situation susceptible de provoquer un préjudice grave, imminent et irréparable aux entreprises dont les intérêts économiques sont affectés par ces pratiques ou de nuire à l'intérêt économique général. »

### Conditions d'octroi de mesures provisoires

Pour que des mesures provisoires au sens de l'article 35 LPCE puissent être prononcées par le Président du Conseil de la concurrence, il faut que trois conditions soient cumulativement remplies :

1. l'existence d'une instruction ouverte sur base d'une plainte d'une entreprise préjudiciée ou d'une demande du Ministre de l'Économie ;
2. l'existence *prima facie* d'une infraction à la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique;
3. la probabilité d'un préjudice grave, imminent et irréparable dans le chef du plaignant ou de nature à nuire à l'intérêt économique général.

#### 1. Existence d'une instruction

La loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique prévoit expressément en son article 23, § 1er c, que l'instruction des affaires par le Corps des rapporteurs peut également se faire sur demande du Ministre de l'Économie lorsque des indications sérieuses le justifient. L'article 24, § 1er de cette loi précise que ces demandes et les plaintes relatives aux pratiques restrictives de concurrence sont introduites devant le Conseil de la concurrence qui les transmet au Corps des Rapporteurs pour instruction.

Dans le cas d'espèce, la demande a été introduite par le Ministre de l'Économie auprès du Conseil de la concurrence le 12 juin 2002. Cette demande a été transmise pour instruction au Corps des Rapporteurs le 14 juin 2002.

Ce point n'est pas discuté par les parties

## 2. Existence d'une infraction prima facie

Comme le fait remarquer Laurence IDOT , "les exigences relatives à l'établissement de l'infraction ne sauraient être les mêmes pour une demande de mesures provisoires et pour une interdiction finale. L'appréciation doit nécessairement être plus souple dans le premier cas."

Il convient par conséquent d'examiner si sur base des éléments dont on dispose à ce stade de la procédure, une infraction à la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique au sens des articles 2 et/ou 3 de cette loi, existe prima facie.

Dans le cas d'espèce, il est fait grief aux parties de s'être entendus au niveau de la fixation des prix des contrôles à opérer par les organismes de contrôle lors de l'ouverture des compteurs de gaz, en violation de l'article 2 LPCE.

Pour rappel, l'article 2 LPCE est libellé comme suit :

« § 1er. Sont interdits, tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible la concurrence sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci et notamment ceux qui consistent à:

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction;
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements;
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement;
- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;
- e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

§ 2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.

Il importe ainsi de vérifier si les conditions d'application de l'article 2 LPCE sont ou non réunies sur base des éléments repris au dossier et d'analyser les arguments des parties.

### a. Les parties sont-elles des entreprises ou des associations d'entreprises ?

L'article 2 LPCE interdit toutes pratiques restrictives de concurrence entre entreprises ou associations d'entreprises.

En vertu de l'article 1er, a, LPCE, par entreprise, il faut entendre toute personne physique ou morale poursuivant de manière durable un but économique.

Les organismes de contrôle agréés effectuent contre rémunération, divers contrôles et notamment des contrôles portant sur les installations intérieures de gaz naturel. Ils sont donc indubitablement des entreprises au sens de la loi.

Les organismes de contrôle présents ou représentés dans le cadre de cette procédure ne contestent d'ailleurs pas cette qualité. Ce concept d'entreprise doit en effet être entendu dans son acceptation la plus large et couvre toute entité engagée dans des activités économiques, industrielles ou commerciales telles que production, distribution ou prestation de services. Cette notion d'entreprise

atteint ainsi toute personne physique ou morale même constituée sous forme d'ASBL , qui prend part à une activité économique.

L'Association Royale des Gaziers Belges conteste être une association d'entreprises au sens de l'article 2 de la loi. Elle soutient que ses membres ne représentent ni n'engagent l'entreprise à laquelle ils appartiennent ou à laquelle ils auraient appartenu.

L'ARGB a précisé lors de l'instruction et dans son mémoire d'observations qu'elle est une association sans but lucratif composée de deux catégories de membres, en l'espèce des membres effectifs et des membres associés.

Les membres effectifs doivent être attachés à une exploitation gazière en qualité d'administrateur, directeur, ingénieur soit de société de production, de transport ou de distribution du gaz, ou avoir la qualité de fonctionnaire, effectif ou honoraire soit de services communaux, intercommunaux, provinciaux ou gouvernementaux.

Les membres associés doivent soit être attachés à une société de construction d'appareils, d'engins, de matériaux ou de produits concernant spécialement l'industrie du gaz, en qualité d'administrateur, directeur, ingénieur, technicien ou représentant, soit s'occuper de questions se rattachant à l'industrie gazière. La qualité de membre associé peut être attribuée à toute firme, société ou association de personnes dont l'activité s'exerce soit complètement, soit partiellement, dans tout domaine se rattachant directement à l'industrie du gaz. Le nombre des membres associés est limité par le Comité. Les membres associés ne peuvent en outre participer à la direction et à la gestion de l'ARGB.

« Deux comités exécutifs, le Comité Exécutif Marketing (CEM) et le Comité Exécutif Technique (CET) composés des responsables des entreprises membres de Figaz, pilotent les missions confiées à l'ARGB par Figaz. ».

Elle a notamment pour objet en vertu de l'article 3 de ses statuts:

- d'établir des échanges d'informations entre ses membres ;
- de propager parmi ses membres les découvertes et procédés utiles et de les informer des progrès scientifiques et industriels du secteur ;
- de publier les travaux de ses membres et ceux des tiers intéressant le secteur ;
- de mettre en place des moyens d'étude sur les questions relatives à l'industrie gazière qui offrent un intérêt général ou qui ne concernent qu'un membre en particulier ;
- de mettre à la disposition de ses membres la documentation dont elle dispose ;
- de vulgariser, parmi les autorités et le public, l'emploi du gaz dans toutes ses applications ;
- de défendre par tous les moyens utiles et même par la voie judiciaire, les intérêts généraux de l'industrie du gaz.

Un examen attentif des pièces du dossier révèle que l'Association Royale des Gaziers Belges doit être considérée comme une association d'entreprises et ce pour divers motifs.

Outre le fait que par sa dénomination sociale, cette association semble déjà vouloir indiquer qu'elle se considère comme étant l'association des gaziers belges, force est également de constater que l'ARGB est une instance composée de responsables des entreprises membres de la Fédération de l'Industrie du Gaz (FIGAS) et se voit conférer par cette fédération des missions spécifiques. Le siège de l'ARGB est le même que celui de la Figaz. Le Secrétaire général de la Figaz est également le Secrétaire général de l'ARGB.

L'examen des procès-verbaux joints au dossier révèle d'ailleurs que la distinction entre la Figaz et l'ARGB, n'est pas toujours évidente (cfr notamment le pv du 24 avril 2002 repris sous doc. 03 057).

En outre, il est peu crédible de soutenir que les décisions prises par l'ARGB ne sont pas en fait suivies par les entreprises du secteur.

Il échet également de relever que c'est l'ARGB qui a introduit dans le courant de l'après-midi du 21 novembre 2002, soit à quelques heures de l'audience de plaidoirie fixée dans le cadre de la présente procédure de mesures provisoires, une demande d'attestation négative et à titre subsidiaire, d'exemption fondée sur les articles 6 et 7 LPCE, et ce en qualité d'association d'entreprises (cfr page 2 du formulaire section 1. Identité des participants 1.1 identité du demandeur ou du notifiant et le libellé de l'article 6 indiquant les personnes ayant qualité pour introduire cette demande).

Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que tous les membres d'une association soient des entreprises au sens de la loi pour la qualifier d'association d'entreprises.

En effet, dans la décision de la Cour d'appel de Bruxelles du 1er juillet 2002 (réf. 2001/MR/10 Daems Racing B./Autosportfeder), il est spécifié au deuxième considérant "Overwegende dat er alleen maar sprake is van een ondernemingsvereniging wanneer de natuurlijke of rechtspersonen die er leden van zijn, of sommigen ervan, ondernemingen zijn in de zin van artikel 1 a van de wet, d.i. op duurzame wijze een economisch doel nastreven".

De même, dans les conclusions précédant l'arrêt du 15 décembre 1995 de la Cour de Justice des Communautés Européennes, l'Avocat général Carl Otto Lenz précise que "il ne fait pas de doute que les différentes associations de football doivent être considérées comme des associations d'entreprises au sens de l'article 85. La circonstance que, en plus des clubs professionnels, de nombreux clubs amateurs en fassent partie n'y change rien".

#### b. L'existence d'une infraction prima facie

Il importe également de vérifier si les éléments du dossier révèlent l'existence d'une infraction prima facie.

#### i. arguments de l'ARGB

##### 1. Motivation de l'instauration d'un système d'habilitation

L'ARGB précise dans son mémoire d'observations que le système qui fait l'objet de la présente procédure est le fruit d'une collaboration entre plusieurs entités : l'ARGB, plusieurs associations professionnelles d'installateurs d'installations intérieures au gaz naturel (FBIC, UBIC et NABIC), des représentants du ministère des affaires économiques ainsi que les organismes de contrôle agréés pour les installations au gaz naturel. Ce système repose sur deux piliers :

- le souci d'un renforcement de la sécurité des installations intérieures alimentées au gaz naturel ;
- la mise en place d'un « label de qualité » pour les installateurs appelés à réaliser des installations au gaz naturel.

L'ARGB met en outre en exergue que la profession d'installateur n'est pas adéquatement réglementée et le contrôle des installations intérieures au gaz naturel n'est pas formellement organisé.

Compte tenu de l'insuffisance du cadre normatif applicable, l'ARGB reconnaît que, guidée par le souci d'une plus grande sécurité des installations intérieures au gaz naturel, elle est à l'origine du système de l'habilitation et des contrôles dans le cadre de la filière libre.

Elle précise avoir établi une check-list (indication des différents éléments à contrôler) que les organismes agréés doivent suivre lors des contrôles effectués dans le cadre de la procédure d'habilitation. Cette check-list a ensuite été étendue aux contrôles effectués dans le cadre de la filière libre. En effet, l'ARGB considère que ces contrôles doivent être effectués avec la même rigueur que ceux prévus dans le cadre de l'habilitation pour atteindre l'objectif d'une meilleure sécurité. L'ARGB estime que puisqu'elle connaît les prestations minima à réaliser, elle connaît également leurs coûts.

## 2. Fixation du prix des contrôles dans le cadre de l'habilitation

Dans le cadre de l'habilitation, le prix des contrôles est à payer par l'ARGB (pour le compte du conseil de l'habilitation) puisqu'elle est mandante et cliente de l'organisme agréé (c'est elle qui indique à ce dernier les contrôles à réaliser). Par conséquent, l'ARGB estime qu'en tant que cocontractant, elle doit avoir la liberté de négocier le prix à payer. Elle a donc convenu avec les organismes de contrôle agréés que le prix serait de 75 € par prestation.

Ce prix résulte donc d'une négociation contractuelle entre l'ARGB et les organismes de contrôle. L'ARGB précise que l'organisme de contrôle aurait pu ou pourrait proposer un prix différent, qui ferait l'objet d'une (nouvelle) négociation. Jusqu'à présent, cette situation ne s'est jamais présentée, mais l'ARGB ne l'exclut pas.

## 3. Fixation d'une fourchette indicative de prix des contrôles dans le cadre de la filière libre

Dans le cadre de la filière libre, une fourchette de prix a été prévue dans le règlement du conseil de l'habilitation. Cet article stipule en effet que:

"L'organisme de contrôle détermine les tarifs applicables aux prestations pour les particuliers et les installateurs, en tenant compte des exigences imposées et des exigences de planification et d'organisation résultant du présent règlement.

Le conseil de l'habilitation détermine annuellement les fourchettes tarifaires dans lesquelles se situent ces tarifs pour respectivement des contrôles durant les heures et les jours de travail normaux, des contrôles opérés en dehors des jours de travail ou des heures de travail habituelles et des contrôles dans un délai inférieur à 3 jours ouvrables après réception de la demande".

L'ARGB explique que ces contrôles doivent être réalisés dans un court délai et que les organismes agréés ne connaissent pas leurs volume et débit; de surcroît il ne leur est pas possible de s'organiser comme dans la filière de l'habilitation (possibilité de regrouper les contrôles par secteur géographique, ce qui permet une rationalisation du temps et des coûts) (cf. doc. 03.034).

Pour ces raisons, l'ARGB précise qu'il n'a pas été possible de déterminer un prix, en accord avec les organismes de contrôle, mais seulement une fourchette de prix indicatifs. Une fourchette de prix entre 125 et 200 €(HTVA) a été retenue pour l'année 2002.

L'ARGB insiste sur le fait qu'elle n'est pas co-contractante en ce qui concerne ces contrôles puisque le co-contractant de l'organisme de contrôle est l'installateur non habilité ou le particulier. Cependant, elle estime avoir un intérêt certain d'une part, à ce que les contrôles soient effectués au moyen de la check-list, et d'autre part, à ce qu'ils le soient endéans le court délai qui a été fixé, et ce avec tout le sérieux et toute la compétence professionnelle requis.

Interrogée sur la portée du procès-verbal de la réunion du 7 novembre 2001 où il est fait état que dans certains cas exceptionnels visant des contrôles hors cadre de l'habilitation mais effectués par des installateurs qui ont introduit valablement une demande d'habilitation, et dans lesquels l'organisme de contrôle agréé facture 65 €(hors TVA) au client et 15 €(hors TVA) à l'ARGB, l'ARGB explique que dans les premiers mois de la procédure, des retards dans le traitement des demandes d'habilitation ont été à déplorer. Ces retards n'étaient pas imputables aux installateurs qui avaient introduit valablement leur demande. Ces installateurs subissaient néanmoins un préjudice du fait de ce retard. En effet, n'ayant pas obtenu de numéro d'habilitation, ils devaient logiquement être considérés comme des installateurs non habilités conformément au règlement type. Leurs installations devaient dès lors être également contrôlées par un organisme agréé avant l'ouverture du compteur de gaz et le prix de ces contrôles correspondait à celui qui est convenu pour la filière libre.

Pour accélérer et garantir le démarrage du système de l'habilitation, et donc pour promouvoir la sécurité, les parties ont convenu que pendant une période déterminée (du 1er janvier 2002 au 30 juin 2002), et pour ces cas exceptionnels, le contrôle coûterait 80 €. L'ARGB a convenu avec les installateurs qu'elle paierait elle-même 15€ étant entendu que 65 € seraient payés par le client de l'installateur en voie d'habilitation.

Dans la même optique, et pour inciter les organismes de contrôle à effectuer leurs prestations dans le délai imparti, une réduction de 10 % par mois de retard a été négociée entre les parties. L'ARGB est d'avis que rien n'interdit aux parties contractantes d'introduire une telle clause dans leur convention.

## ii. arguments des organismes de contrôle agréés

Les organismes de contrôle agréés considèrent également qu'il y a lieu de distinguer la filière de l'habilitation de la filière libre.

En ce qui concerne la filière de l'habilitation, ils confirment le point de vue de l'ARGB et ne nient pas avoir convenu un prix unique avec cette association.

APRAGAZ décrit l'accord comme suit: «le prix résulte d'une négociation contractuelle entre le commanditaire, c'est-à-dire l'ARGB, et le prestataire (Apragaz) (cf. doc. 14 255). Il n'y a donc aucune entrave à la libre détermination du prix, lequel résulte au contraire d'un consentement entre les parties contractantes». APRAGAZ confirme que le prix des contrôles dans le cadre de l'habilitation tient compte du fait qu'ils peuvent être regroupés par région et que le délai d'exécution est de 60 jours.

Selon SGS, l'ARGB propose les prix qui sont acceptés après un tour de table, et les critères retenus pour déterminer le prix des contrôles sont la tarification horaire moyenne des organismes de contrôle (50 à 60 €) et le temps nécessaire pour effectuer les contrôles visés dans la check-list établie par l'ARGB (cf. doc. 16 262).

Pour BTV, le montant de 75 € est basé sur une prestation de contrôle pour des prestations groupées dans le cadre d'un mode d'organisation préétabli (cf. doc. 18 271).

En ce qui concerne la filière libre, Electro-Test indique pour sa part n'être entré que plus tard dans le système, mais s'être conformé aux prix convenus (cf. doc. 22 282).

SGS précise que les organismes ne sont pas réellement d'accord mais le tarif semble toutefois répondre à une réalité de terrain. SGS ajoute que le forfait de 123,97 € HTVA qu'il applique n'est pas excessif vu le temps nécessaire pour un contrôle (en moyenne 1h30 à 2 heures) et la prise en compte du déplacement. (cf. doc. 16 262)

Pour BTV, les contrôles se font à la demande de la personne qui a réalisé les travaux ou qui est propriétaire de l'installation et se font d'une manière non groupée. Vu que ces contrôles se font sur base d'une check-list de l'ARGB par des organismes pour lesquels l'ARGB a des exigences d'accréditation, cette dernière a émis une fourchette de prix pour un contrôle standard (appartement seul, maison seule). (cf. doc. 18 271)

AIB Vinçotte quant à lui définit un ensemble de critères économiques ayant présidé à la fixation tant du prix dans le cadre de l'habilitation que de la fourchette dans le cadre de la filière libre (cf. doc. 09.239).

Tous les organismes de contrôle ayant répondu nient rétrocéder ou avoir rétrocedé une partie de leurs honoraires à l'ARGB.

### iii. Analyse des PV des réunions du conseil de l'habilitation - RGB/Organismes de contrôle agréés

Dans le procès-verbal de la réunion 23 décembre 1999 tenue à la Figaz (réf. AGB/PV/99001), le point 2.1. spécifie que "le prix convenu de 2.275,- BEF (hors taxes) pour le contrôle dans le cadre de l'habilitation en 2000 est approuvé étant donné qu'il s'agit d'un prix moyen tenant compte des spécificités retenues [...]. Si après une période de rodage (tour d'expérience), il s'avère que ce prix n'est pas réaliste (en moyenne), les parties concernées réexamineront la chose". Pour les contrôles en "alternative à l'habilitation", le point 2.2 précise que la fourchette de prix proposée pour 2000 a été acceptée. (doc. 3 038-039)

Dans le procès-verbal de la réunion du 20 juin 2000 (réf. AGB/PV/00005), il est spécifié au point 1.2 que les conditions pour l'année 2000 sont confirmées, à savoir 2.275,- BEF hors TVA pour les contrôles dans le cadre du règlement de l'habilitation, et une fourchette comprise entre un minimum de 3.575,- hors TVA pour un particulier (cas simple) et un maximum de 8.000,- hors TVA (cas compliqué ou spécifique) pour les contrôles en dehors de l'habilitation. (doc. 03 041 - 042)

Dans le procès-verbal de la réunion du 18 juin 2001 (réf. AGB/HAB/PV/0101), le point 5 concerne les honoraires et précise que les organismes de contrôle acceptent la proposition globale, à savoir: 2.548 BEF + TVA à partir du 1er avril 2001 pour les contrôles dans le cadre de l'habilitation, 5.000 à 8.000 BEF + TVA pour les contrôles hors habilitation (demande directe du client ou de l'installateur). Une évaluation approfondie des réalités est prévue avant de fixer les honoraires pour 2002. (doc.03 045-046) ;

Dans le procès-verbal de la réunion du 7 novembre 2001 (réf. AGB/HAB/PV/0102), le point 4 intitulé « afspraken voor 2002 » indique d'une part, que pour les « controles binnen de habilitatie , Voor de facturatie in 2002 wordt een prijs van 75 €+ 21 % BTW afgesproken » et d'autre part, que pour les « controles buiten de habilitatie op aanvraag van een « gewone » installateur klant, voor een standaardcontrole wordt de prijslage tussen 125€(+ BTW) en 200 €(+ BTW) bevestigd et op en aanvraag van een installateur met een « geldige » habilitatieaanvraag, KVBG zal aan de betrokken installateurs een « geldigheidsbewijs » met limietdatum verstrekken. In deze uitzonderingsgevallen factureert het CO, 65 €(+ BTW) aan de klant en 15 €(+ BTW) aan KVBG ... (doc. 03 048-049) ;

Dans le procès-verbal de la réunion du 29 janvier 2002 (réf. AGB/HAB/PV/0201), le point 2.3. se réfère à la procédure spéciale temporaire. Le Secrétaire remet à chaque membre un exemple du certificat que le Secrétaire enverra au demandeur (installateur ayant introduit une demande d'habilitation mais n'étant pas encore habilité) et que le client devra remettre à l'OC pour bénéficier du contrôle à prix réduit (65 €). Le point 2.4. intitulé « prix pratiqués en 2002 » précise notamment qu'en cas de re-contrôle (procédure 25 intra habilitation), le même tarif que pour le contrôle initial est appliqué et que pour les contrôles groupés, au même moment et au même endroit, les organismes de contrôle proposent 5.000 BEF pour le premier contrôle et 3.000 BEF par contrôle complémentaire. (doc. . 03 052)

Le document intitulé "Frais en 2002" (réf. HAB/NOTE/02005) confirme que le prix dans le cadre de l'habilitation est de 75 €+ 21 % BTW, soit 90,75 € par contrôle TTC, tout en reprenant le souhait suivant « Ne pourrions nous pas obtenir un moindre prix pour les recontrôles car client plus motivé et vérification de seulement ce qui était mauvais ? Par exemple 65 euro ». Ce procès verbal précise en outre que pour les contrôles « hors habilitation, contrôle standard van 125 tot 200 €(= BTW) bij herkeuring zijn er geen minimum prijzen vastgelegd ; les coûts en cas de re-contrôle n'ont pas été fixés » Pour la procédure « rose » (procédure spéciale temporaire) deux factures par contrôle doivent être établies, à savoir, une facture de 65 €(+ TVA) au demandeur et de 15 €(+ TVA) à l'ARGB). L'ARGB remet à l'installateur une attestation type, l'installateur en remet une copie au client qui la remet à l'organisme de contrôle s'il veut bénéficier du prix spécial pour le contrôle de son installation... (doc.03 056)



Dans le procès-verbal de la réunion du 24 avril 2002 (réf. ARGB/HAB/OC/02-02/PV), le point 4 concerne «l'application des tarifs convenus ». Le secrétaire général de l'ARGB et de la FIGAZ, « Monsieur de Lichtervelde rappelle que les tarifs fixés dans la note HAB/NOT/02-00T du 30 janvier 2002 visent à permettre aux organismes de contrôle d'effectuer un travail de qualité, ce qui est un élément essentiel pour garder une habilitation crédible. Il ajoute que malheureusement, il faut constater que certains organismes disposent de beaucoup de créativité pour effectuer des contrôles à des prix inférieurs. Ceci indiquerait que:

- soit le niveau de qualité n'est pas respecté, ce qui est inadmissible; si un organisme de contrôle est pris en flagrant délit, une sanction grave sera prise immédiatement;
- soit les prix convenus sont surfaits; dans ce cas il faudra au 01 janvier 2003 revoir les prix à la baisse.

D'un large tour de table, il ressort que les organismes de contrôle appliquent les prix convenus quand il s'agit de contrôles complets « art. 48 » mais qu'il y a différents contrôles qui ne tombent pas dans cette définition... En conclusion, le Groupe confirme que... la fourchette fixée est réaliste et continuera à être appliquée pour les contrôles « art. 48 » ; on indiquera simplement dans le document que les prix des contrôles hors habilitations sont des prix indicatifs ... ». (Doc. 03 057 -058)

#### iv. Examen des factures

L'examen des factures révèle très clairement que de manière (quasi) systématique, le prix facturé pour les contrôles des installations effectués dans le cadre de la filière libre s'est élevé soit à 150 €TVAC (123,97 €HTVA), soit à 125 €HTVA (151,25 €TVAC), et ce dans le chef des différents organismes de contrôle. Quant à la différence existant entre le tarif pratiqué par de nombreux organismes de contrôle et le seuil de la fourchette déterminé, on peut comprendre que pour des raisons de facilité, certaines entreprises ont décidé de veiller à ce que le prix TVAC à réclamer lors du contrôle soit un montant sans décimale (soit 150 € plutôt que 151,25 €).

Cette constatation ne fait ainsi que conforter les déclarations énoncées dans le courrier de M. Pierre Richard et les mentions reprises dans les procès verbaux de réunions.

Il échet de remarquer alors que l'examen des factures s'avère essentiel dans le cas d'espèce pour déterminer si une entente en matière de prix existe (ou a existé) et a été suivie d'effets, que certains organismes de contrôles n'ont pas satisfait à la demande de renseignements et de communication d'une copie de ces factures, émanant du Service de la concurrence et perturbent ainsi l'instruction des faits visés dans la présente procédure. Il s'avère dès lors indispensable de prévoir des astreintes pour inciter ces entreprises restant en défaut de satisfaire aux demandes du Service de la concurrence, à communiquer les renseignements et documents demandés.

#### v. Conclusion

En ce qui concerne les prix fixés pour les contrôles effectués par les organismes agréés dans le cadre de l'habilitation, il y a lieu sur base des éléments actuellement réunis, de suivre l'argumentation telle que développée par les entreprises incriminées et en conséquence, de considérer que l'existence prima facie d'une infraction à l'article 2 de la loi n'est pas établie. Dans la mesure où toutes les conditions visées à l'article 35 LPCE doivent être cumulativement remplies pour que des mesures provisoires puissent être prononcées, à défaut d'une des conditions requises (soit l'existence d'une infraction prima facie), aucune mesure provisoire ne pourra être prononcée dans le cadre de la procédure dite de l'habilitation.

Il ressort par contre des éléments du dossier et notamment des procès-verbaux des réunions repris au dossier ainsi que des plaidoiries et des explications fournies lors de l'audience du 22 novembre 2002, que les parties incriminées se sont entendues, et ce depuis au-moins le 23 décembre 1999 (doc. 03 037-0039), en matière de prix des contrôles pour les installations intérieures au gaz naturel effectués dans le cadre de la filière libre. L'existence prima facie d'une infraction à l'article 2 § 1er de la loi est donc établie dans le cadre des contrôles opérés en filière libre.

### 3. L'urgence d'éviter une situation susceptible de nuire à l'intérêt économique général

#### a. Notion d'intérêt économique général

La notion d'intérêt économique général visée notamment à l'article 35 LPCE, n'est définie ni dans la loi, ni dans ses travaux préparatoires.

Cette notion a par ailleurs déjà été invoquée au niveau communautaire dans l'affaire Ford Werke AG . La Commission avait estimé que l'application du système de distribution d'automobiles mis en place compromettrait d'une manière inadmissible le régime de concurrence de la Communauté et ne pouvait être toléré, même temporairement. La Commission a jugé ce système de distribution comme une atteinte intolérable à l'intérêt général à l'intérieur de la Communauté. Elle avait ainsi estimé que des mesures provisoires s'imposaient dans l'intérêt d'un très grand nombre d'utilisateurs et de nombreux distributeurs qui se voyaient privés des avantages d'un marché commun. Il s'agissait de facto d'une volonté de Ford de cloisonner les marchés et d'empêcher des importations parallèles.

Par un arrêt 28 février 1984 la Cour de Justice des Communautés Européennes a annulé cette décision de la Commission sans pour autant remettre en cause la notion d'intérêt général, cette notion n'ayant pas été abordée. La Cour a en effet considéré que la Commission avait, en adoptant des mesures provisoires dans le cadre de cette affaire, outrepassé les limites de ses compétences .

Il en résulte qu'une situation lésant les intérêts des consommateurs en général est une situation qui peut nuire à l'intérêt économique général.

#### b. Application de la notion d'intérêt général au cas d'espèce

##### i. Champ d'application

Dans le cadre de la filière libre, l'obligation d'avoir recours à un organisme de contrôle agréé est imposée dans de très nombreux cas et vise ainsi de très nombreux consommateurs demandant une ouverture de compteur . Au demeurant, cette exigence ne résulte généralement pas d'une disposition normative, en l'espèce l'article 48 de l'arrêté royal du 28 juin 1971 mais découle d'une part, d'un « règlement- type » décidé au sein d'un « conseil de l'habilitation » n'ayant aucun statut juridique créé à l'initiative de la fédération de l'industrie du gaz qui regroupe les entreprises chargées de l'importation, du transport, du stockage ou de la distribution de gaz au moyen de canalisations et composé d'opérateurs du secteur du gaz et d'autre part, d'une obligation imposée par les distributeurs de gaz et ce par le biais, du règlement général de fourniture des intercommunales approuvé par la CCEG. (doc. 03 043 et 052)

En outre, l'étendue exacte de cette obligation d'avoir recours à un organisme de contrôle agréé, imposée après la réalisation (d'une partie) d'une installation intérieure neuve par un particulier ou par un installateur ayant accès à la profession mais n'étant pas "installateur habilité", n'est pas clairement définie. Il en est de même de la définition des notions « d'installation intérieure neuve » ou de « partie d'installation intérieure neuve » et de ce que recouvre la notion d'ouverture et de réouverture d'un compteur.

L'arrêté royal du 28 juin 1971 définit l'installation intérieure comme étant constituée de la tuyauterie et des accessoires en aval du compteur. Cette définition est également reprise par la norme NBN D 51-003.

Le règlement pour l'habilitation des installateurs d'installations au gaz naturel précise davantage cette notion en l'élargissant. Les installations intérieures au gaz naturel y sont définies comme "les installations destinées à la distribution du gaz naturel depuis le compteur de gaz jusqu'aux appareils d'utilisation compris, en incluant également l'influence qu'en vertu de certaines normes ces

appareils et leur placement exercent sur les autres éléments du bâtiment spécialement sur le plan de la ventilation et de l'évacuation éventuelle des produits de combustion."

Les organismes de contrôle agréés retenus par le conseil de l'habilitation (soit à ce jour la totalité des organismes de contrôle agréés pour les installations au gaz naturel) ont pour tâche de vérifier ces installations soit à la demande du particulier ou de l'installateur non habilité dans le cas de la filière libre, soit à la demande du secrétariat du conseil de l'habilitation dans le cas des contrôles effectués pour l'obtention de l'habilitation ou pour le (ou les) contrôle(s) annuel(s) des installateurs habilités.

Il faut donc constater que le placement et le remplacement d'appareils d'utilisation, de conduites d'évacuation ou de ventilation devraient également donner lieu à un contrôle par un organisme de contrôle agréé.

Le particulier au même titre que l'installateur non-habilité aurait donc l'obligation de signifier avant une ouverture de compteur, l'installation ou la partie d'installation neuve qu'il a réalisée. En effet, dans le nouvel article IV du règlement-type, l'installateur est défini comme "celui qui a réalisé l'installation".

A ce stade de l'instruction, ces notions n'ont pas été clarifiées (cf. doc. A01 et svts).

Dans un premier temps, l'Association Liégeoise de Gaz (ci-après ALG) a informé le Service de la concurrence lors d'un contact téléphonique, de la difficulté qu'elle éprouvait pour définir ces notions. Le 18 septembre 2002, l'ALG a précisé dans sa réponse écrite:

« - L'ALG, comme les autres distributeurs belges de gaz naturel, entend par ouverture ou fermeture du compteur l'ouverture ou la fermeture physique du compteur par un agent mandaté par le distributeur.

En cas de déménagement du client et de reprise du compteur, un document type de transfert établi par le distributeur, est rempli par les deux parties et enregistré par le distributeur. Dans ce cas, il n'y a ni fermeture, ni ouverture du compteur ; ceci est considéré comme succession administrative... » (cf. doc. A02 bis ).

Pour ce qui concerne la définition de « tuyauterie et ses accessoires en aval du compteur », l'ALG répond que « Vu la diversité des travaux, il est difficile de donner une liste complète des réalisations de parties d'installations neuves qui devraient entraîner une déclaration de l'installateur.

Vu que l'occupant est le gardien de l'installation intérieure, le distributeur ne peut pas être au courant de tous les changements aux installations existantes. Lors de l'ouverture du compteur, le distributeur vérifie cependant l'étanchéité de l'installation et s'inquiète des modifications éventuelles ».

INTERLUX a décidé de se mettre en rapport avec la FIGAZ pour répondre à la demande de renseignements du Service de la concurrence.

Il convient de constater que même pour les entreprises du secteur qui doivent exiger l'attestation de conformité validée, les différents cas de figure donnant lieu à une obligation de contrôle de l'installation intérieure par un organisme agréé ne sont pas aussi facilement déterminables que la lecture de la réglementation ne le laisse envisager.

## ii. La tarification du contrôle constitue-t-elle une entrave à la concurrence ?

Force est de constater que le prix du contrôle n'est pas librement déterminé par l'organisme agréé vu l'existence de la fourchette tarifaire « indicative » révélée par l'examen des pièces jointes au dossier.

Il semble en outre pour le moins étonnant que le principe d'une fourchette tarifaire pour les contrôles effectués dans le cadre de la filière libre soit expressément prévu dans le règlement pour l'habilitation

des installateurs gaz naturel (article 14.5.5.), qui ne devrait logiquement concerner que le système de l'habilitation.

Il faut également rappeler que la fixation de tarifs indicatifs est considérée par la jurisprudence européenne comme une atteinte à la libre concurrence. En effet, concernant la diffusion de tarifs conseillés, la Cour de justice dans son arrêt *Cementhandelaren/Commission* a dit pour droit que "si un régime de prix de vente imposés est manifestement contraire à cette disposition (article 85 du traité), le régime des prix indicatifs l'est tout autant;

qu'on ne saurait en effet supposer que les clauses de l'entente relatives à la détermination des prix indicatifs seraient dénuées de toute portée utile;

qu'en effet, la fixation d'un prix même simplement indicatif affecte le jeu de la concurrence par le fait qu'il permet à tous les participants de prévoir avec un degré raisonnable de certitude quelle sera la politique de prix poursuivie par leurs concurrents".

Dans la décision FENEX, la Commission européenne n'a pas retenu l'argument de l'association selon lequel, l'intention de l'association n'était pas d'affecter le bon fonctionnement du marché, mais de fournir une aide à ses membres. La Commission a estimé que "s'il est normal pour une organisation professionnelle de fournir à ses membres une aide à la gestion, celle-ci ne doit pas exercer d'influence directe ou indirecte sur le libre jeu de la concurrence, notamment en prenant la forme de tarifs applicables à toutes les entreprises indépendamment de leur propre structure de prix de revient."

La Commission a également considéré que "la diffusion par une organisation professionnelle de tarifs conseillés est de nature à inciter les entreprises en cause à aligner leurs tarifs, abstraction faite de leurs prix de revient.[...] Un tel risque n'est en revanche pas inhérent à la diffusion d'indications facilitant pour les entreprises le calcul de leurs propres structures de prix de revient afin de leur permettre d'établir de façon autonome leur prix de vente."

Ces considérations émises par la Commission européennes s'appliquent également dans la présente affaire. En effet, comme déjà signalé ci-avant, l'examen des factures émises et communiquées sur demande au Service de la Concurrence par les organismes de contrôle, révèle que quasi systématiquement le prix minimum a été réclamé par les organismes de contrôle pour des contrôles ordinaires.

Par ailleurs, l'examen des factures communiquées en annexe au mémoire d'observations déposé avant l'audience du 22 novembre 2002 par un des organismes de contrôle, révèle que le prix réclamé par cet organisme lors des contrôles effectués en octobre 2002 dans le cadre de la filière libre, s'élève à 77 € TVAC.

Interrogé lors de l'audience du 22 novembre 2002, le représentant de cet organisme de contrôle a précisé qu'il était possible d'effectuer moyennant ce prix un contrôle de qualité des installations intérieures de gaz naturel, tout en dégageant une marge bénéficiaire.

L'examen des factures émises par d'autres organismes de contrôle confirme que le plancher de la fourchette des prix fixés au sein de l'ARGB est nettement trop élevé.

Cette fourchette de prix permet ainsi sur base des éléments actuellement recueillis dans le cadre de cette procédure, de maintenir le prix de ces contrôles artificiellement plus élevé que le coût réel du service presté. Cette constatation est d'autant plus inadmissible que cette obligation est imposée à un grand nombre d'abonnés (de toutes conditions sociales) demandant l'ouverture d'un compteur de gaz, sur base d'un « règlement-type » arrêté au sein d'un conseil d'habilitation n'ayant aucun statut juridique et composé d'opérateurs du secteur.

Il n'est pas contesté que le système de l'habilitation imaginé au sein de l'ARGB et organisé au sein de ce forum de discussion que constitue le conseil de l'habilitation, a généré d'importants frais notamment de formation dans le chef des organismes de contrôles. Certains ont d'ailleurs précisé lors de l'audience du 22 novembre 2002, que les organismes de contrôle doivent répercuter une quotité de ces frais dans le prix à réclamer lors des contrôles. La détermination de la fourchette des prix des contrôles à réclamer tient ainsi notamment compte de ces frais. Il est également évident que dans le chef des organismes de contrôle, ces prestations de services ne peuvent réellement être financièrement « rentables » que pour autant que plusieurs contrôles puissent être regroupés et réalisés dans des mêmes zones géographiques, permettant ainsi d'éviter de longs déplacements et des pertes de temps.

S'il s'avère incontestable que des procédures tendant à renforcer la sécurité des installations intérieures au gaz naturel, doivent exister, il n'appartient pas aux acteurs du secteur du gaz de créer au sein d'un forum de concertation informel, des règlements (-types) rendus par ailleurs obligatoires et de fixer des fourchettes de prix des procédures de contrôle tendant à privilégier certains installateurs acceptant de se soumettre à cette procédure d'habilitation conçue et organisée sans textes normatifs, par une instance dénuée de statut juridique.

### iii. Effets sur la concurrence

Comme le relève la Commission, les effets en matière de concurrence du prix de vente minimum et du prix de vente fixe sont néfastes car les distributeurs ne peuvent plus se faire concurrence ...

En l'espèce, la fixation de la fourchette tarifaire dans la filière libre nuit à l'intérêt économique général, dans la mesure où le client final ne peut plus faire jouer valablement la libre concurrence sur le prix des contrôles. Il s'agit d'une des infractions les plus graves au regard du droit de la concurrence.

Conformément à la jurisprudence *Camera Care*, confirmée dans l'ordonnance du Président du Tribunal de Première Instance du 26 octobre 2001, l'intérêt général tendant au maintien d'une concurrence effective sur le marché concerné exige dans certains cas l'adoption de mesures provisoires de protection.

Dans la présente affaire, bien que plusieurs organismes de contrôle soient présents sur le marché belge concerné, aucune concurrence n'est possible du fait de l'entente.

Compte tenu de ce qui précède, la fixation de la fourchette tarifaire pour les contrôles effectués dans le cadre de la filière libre doit être considérée comme constituant une situation qui nuit à l'intérêt économique général.

### c. La notion d'urgence

Le Président du Conseil de la concurrence peut prendre des mesures provisoires s'il est urgent d'éviter une situation susceptible de nuire à l'intérêt économique général.

La jurisprudence du Conseil de la concurrence confirme la nécessité d'une urgence sous-jacente. Dans sa décision *SmithKline Beecham c/ IMS*, le Président du Conseil a estimé que l'intérêt économique général demande une saine concurrence et qu'il y a urgence à prendre des mesures pour faire cesser les comportements qui y font obstacle.

Par ailleurs, dans l'affaire *Ford Werke AG*, la Commission a estimé que l'application du système de distribution d'automobiles mis en place compromettrait d'une manière inadmissible le régime de concurrence de la Communauté et ne pouvait être toléré, même temporairement. La Commission a jugé ce système de distribution comme une atteinte intolérable à l'intérêt général à l'intérieur de la Communauté. L'urgence ne découlait pas de la menace de la disparition des distributeurs, mais simplement du fait qu'on ne pouvait pas demander à un client d'attendre une décision au fond avant d'acheter un véhicule FORD à conduite à droite. Les mesures provisoires ont donc été accordées pour

protéger un grand nombre d'utilisateurs en assurant le maintien d'une concurrence sur le marché concerné entre Etats membres.

Dans le cas d'espèce, on constate, comme déjà exposé ci avant, d'une part que l'obligation incriminée a un champ d'application relativement flou. Les distributeurs eux-mêmes sont dans l'incapacité d'exposer clairement les hypothèses dans lesquelles ils doivent réclamer une attestation de contrôle. Ce flou juridique engendre en outre nécessairement une discrimination entre les consommateurs, lesquels, en fonction de l'endroit où ils habitent et donc du distributeur dont ils dépendent, devront ou non fournir ladite attestation.

Qui plus est, l'ensemble des consommateurs peut être potentiellement touché par cette réglementation (soit plus de 2 millions de ménages).

D'autre part, il y a lieu de relever la gravité de l'infraction à savoir une entente sur les prix, infraction par nature injustifiable au regard du droit de la concurrence. En effet, l'examen des factures communiquées révèle que l'ensemble des organismes respectent la fourchette de prix et appliquent le tarif minimal dans l'hypothèse d'un contrôle standard. Le consommateur se voit donc proposer le même prix quel que soit l'organisme de contrôle auquel il s'adresse et quelle que soit l'importance des vérifications à effectuer. En outre, ce prix paraît sur base des éléments recueillis à ce stade de la procédure, excessif par rapport au prix coûtant.

#### d. effets de l'introduction d'une demande d'attestation négative ou d'exemption sur la présente procédure

Une demande d'attestation négative et à titre subsidiaire, d'exemption a été introduite au Conseil de la concurrence la veille de l'audience du 22 novembre 2002, dans le courant de l'après-midi.

L'ARGB considère que « le Président du Conseil de la concurrence doit, dans son appréciation des conditions légales pour la prise éventuelle des mesures provisoires au sens de l'article 35 LPCE, intégrer l'existence de cette notification, en tant que celle-ci élargit le cadre juridique de référence ».

Selon l'ARGB, « l'appréciation ne doit plus uniquement porter sur l'existence *prima facie* d'une pratique restrictive de concurrence interdite au sens de l'article 2 LPCE, mais doit être étendue à la possibilité d'exemption... Eu égard au fait qu'entre-temps, il est procédé à une demande d'attestation négative/ notification, il faut de surcroît qu'il soit également établi *prima facie* qu'une exemption est tout à fait exclue : l'on imagine en effet pas la prise de mesures provisoires, par exemple de suspension, à l'égard de pratiques dont il est raisonnablement à prévoir qu'elles puissent bénéficier d'une exemption, au cas où il serait préalablement établi qu'elles sont en effet restrictives de concurrence ».

La procédure d'instruction de cette demande déposée quelques heures avant l'audience du 22 novembre 2002 n'est pas encore terminée et risque encore de durer un certain temps.

On ne peut compte tenu des éléments de la cause et de la gravité des faits qui sont y sont révélés *prima facie*, surseoir à la prise de mesures provisoires notamment en raison de l'urgence de suspendre les pratiques restrictives de concurrence mises en place par l'ARGB et certains organismes de contrôle.

## VII. Conclusion

Compte tenu du nombre de personnes potentiellement concernées par l'entente en cause et de la gravité de l'infraction (entente sur les prix) révélée *prima facie* par les éléments recueillis à ce stade de la procédure, on ne peut tolérer, même temporairement le maintien du système de fourchette de prix mis en place en matière de contrôles des installations intérieures alimentées au gaz naturel effectués par des organismes agréés dans le cadre de la filière libre.

Les organismes de contrôle agréés doivent pouvoir librement déterminer le prix des prestations de services qu'ils effectuent, et notamment des contrôles des installations au gaz naturel opérés dans le cadre de la filière libre.

Par ces motifs,

Nous, Patrick De Wolf, Vice-président du Conseil de la concurrence faisant fonction de Président, décidons qu'il y a lieu :

- de déclarer la demande de mesures provisoires sollicitées par le Ministre de l'Économie dans sa lettre du 13 juin 2002, et enregistrée au secrétariat du Conseil de la concurrence sous la référence CONC-V/M 02/0037, recevable ;
- de déclarer cette demande de mesures provisoires non fondée pour ce qui concerne les contrôles des installations intérieures au gaz naturel effectués dans le cadre de la procédure d'habilitation, la condition d'existence *prima facie* d'une infraction à la LPCE n'étant pas établie à ce stade de la procédure ;
- de déclarer cette demande de mesures provisoires fondée pour ce qui concerne les contrôles des installations intérieures alimentées au gaz naturel effectués par des organismes agréés dans le cadre de la filière libre, en ce que la fixation d'une fourchette tarifaire indicative nuit à l'intérêt économique général et que l'entente sur les prix constitue une infraction *prima facie* à l'article 2 § 1er de la loi ;
- d'interdire à l'ARGB et aux organismes de contrôle agréés concernés, dès la notification de la présente décision, la fixation d'une fourchette tarifaire même indicative pour le prix des contrôles effectués dans le cadre de la filière libre, sous peine d'une astreinte de 4.000 € par infraction et par entreprise ou association d'entreprise, limitée toutefois à un montant journalier maximum de 6.197,34 € par entreprise et association d'entreprises;
- d'interdire à l'ARGB et aux organismes agréés concernés, dès la notification de la présente décision, toutes références à l'application d'une fourchette tarifaire indicative pour le prix des contrôles effectués dans le cadre de la filière libre, que ce soit via leur site Internet ou via tout autre document accessible aux installateurs visés par la filière libre, sous peine d'une astreinte de 4.000 € par infraction et par entreprise ou association d'entreprise, limitée toutefois à un montant journalier maximum de 6.197,34 € par entreprise et association d'entreprises;
- d'ordonner à l'ARGB et aux organismes agréés concernés de publier durant un mois le dispositif de cette décision sur leur site Internet et dans toute revue périodique habituellement destinée à l'information de leur clientèle.
- d'ordonner aux parties incriminées n'ayant pas satisfait aux demandes de renseignements et/ou de communications de pièces, émanant du Service de la concurrence et/ou du Corps des Rapporteurs, d'y satisfaire dans les quinze jours de la notification de la présente décision sous peine d'une astreinte de 500 € par jour ouvrable et par entreprise restant en défaut de satisfaire à ses obligations, en l'espèce :
  - en ce qui concerne ATK asbl : la communication des factures des mois d'avril et de mai 2002 réclamées par le service de la concurrence par lettre du 3 juillet 2002 (doc. 19 272) ;
  - en ce qui concerne OCB asbl : la communication des factures des mois d'avril et de mai 2002 réclamées par le service de la concurrence par lettre du 3 juillet 2002 (doc. 23 283) ;

Ainsi décidé le 20 décembre 2002 par Patrick De Wolf, Vice-président faisant fonction de Président du Conseil de la Concurrence.

## ***Beslissing nr. 2002-C/C-92 van 20 december 2002***

Zaak MEDE-C/C-02/0071

Inzake:

NV VAN NIEUWPOORT BELGIUM, 1731 Zellik, Doornveld 2D

en

BV DE HOOP TERNEUZEN, 4538 BK Terneuzen (Nederland), Duitslandweg 2

en

NV SATIC, 2170 Merksem-Antwerpen, Rietschoorvelden 20

en

BV RMC HOLDINGS, 1017 CG Amsterdam (Nederland), Herengracht 548

en

NV READYMIX-BELGIUM, 3500 Hasselt, ElfdeLindestraat 32

Gelet op de Wet op de Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (WBEM) ;

Gezien de aanmelding aan het Secretariaat van de Raad voor de Mededinging van een concentratie, neergelegd op 14 november 2002 ;

Gezien de mededeling voor onderzoek door het Secretariaat van de Raad aan het korps van verslaggevers conform art.32bis §1 WBEM op 19 november 2002 ;

Gezien de stukken van het dossier ;

Gezien het gemotiveerd verslag van de verslaggever zoals dit op 27 november 2002 werd opgesteld en op 28 november 2002 werd betekend aan de Raad ;

Gehoord de verslaggever dhr. Bert Stulens ;

Ter zitting op 20 december 2002 verschijnt niemand, alhoewel partijen behoorlijk werden opgeroepen;

### **1. De aanmeldende en betrokken partijen**

Als kopers treden op:

- (1) de NV VAN NIEUWPOORT BELGIUM, een dochtervennootschap van de Nederlandse BV VAN NIEUWPOORT BEHEER. Deze groep is actief in de winning, handel en transport van grind, zand, de productie van betonmortel en betonproducten (o.a. straatstenen, vloeren en buizen). De groep is vooral actief op de Nederlandse markt en in beperktere mate op de Belgische en Duitse markten. Op de Belgische markt zijn de activiteiten beperkt tot de winning, handel en transport van grind, zand en andere bouwstoffen en de productie en het transport van stortklaar beton in drie betoncentrales.

- (2) de BV DE HOOP TERNEUZEN, een internationale holdingmaatschappij die actief is in (a) handel en transport van aggregaten nl. weg- en waterbouwartikelen, zand, grind en cement, (b) de



productie van betonproducten, (c) productie en vervoer van stortklaar beton, (d) bouwmaterialenhandel en (e) detailhandel in doe-het-zelf-artikelen. Deze groep is vooral actief in Nederland en in mindere mate in het Verenigd Koninkrijk, België en Frankrijk. In België is de groep enkel actief in de sector van de aggregaten, de betonproducten en stortklaar beton.

- (3) de NV SATIC, een dochteronderneming van de BV DE HOOP TERNEUZEN.

Als verkoper treedt op: de BV RMC HOLDINGS, een dochtervennootschap van de Engelse beursgenoteerde vennootschap RMC GROUP PLC. Deze groep is wereldwijd actief in de productie van betonmortel, aggregaten, cement, betonproducten, afvalverwerking en andere producten (toeslagstoffen voor productie van beton, asfalt, kalk en mortel). In België is de groep via de NV READYMIX-BELGIUM actief in de productie van stortklaar beton en aggregaten.

De doelonderneming is de NV READYMIX-BELGIUM, die via haar dochterondernemingen en deelnemingen actief is als producent van stortklaar beton en van aggregaten.

Genoemde vennootschappen zijn alle ondernemingen in de zin van art. 1 WBEM.

## 2. Beoordeling van de concentratie

Huidige aanmelding is gebaseerd op een ontwerpovereenkomst tussen voornoemde partijen m.b.t. de overdracht van 100% van de aandelen in de NV READYMIX-BELGIUM.

Volgens art. 12§1 WBEM kunnen partijen een concentratie aanmelden op basis van een ontwerpovereenkomst mits alle partijen uitdrukkelijk verklaren dat zij de intentie hebben om een overeenkomst te sluiten die op alle mededingingsrechtelijk relevante punten niet merkbaar verschilt van het aangemelde ontwerp.

Deze verklaring werd aanvankelijk opgenomen in de aanmelding. Uit de fax d.d. 25/11/2002 uitgaande van de aanmeldende partijen, blijkt echter dat zij deze verklaring momenteel niet meer kunnen geven. Er is derhalve niet voldaan aan de vereiste van art. 12§1 WBEM, zodat de aanmelding onontvankelijk moet worden verklaard.

Om deze redenen

### De Raad voor de Mededinging

Gelet op de art. 2 e.v. van de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken van toepassing overeenkomstig art. 54bis WBEM ;

Stelt vast dat de aanmelding onontvankelijk is omdat niet voldaan is aan de vereiste van art. 12§1 WBEM ;

Aldus uitgesproken op 20 december 2002 door de Kamer van de Raad voor de Mededinging, samengesteld uit: de heer Frank Deschoolmeester, kamervoorzitter ; de heer Patrick De Wolf, Ondervoorzitter van de Raad voor de Mededinging ; de heren Geert Zonnekeyn en Peter Poma, leden.

## **Beslissing nr. 2002-C/C-93 van 20 december 2002**

INZAKE :

Ingram Micro NV

en :

Peter Vandeputte e.a.

en :

Vapriwa NV

Gelet op de Wet op de Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (W.B.E.M.).

Gezien de aanmelding aan het Secretariaat van de Raad voor de Mededinging van een concentratie op 7 november 2002.

Gezien de mededeling voor onderzoek door het Secretariaat van de Raad aan het Korps van verslaggevers conform artikel 32 bis § 1 W.B.E.M. op 8 november 2002.

Gezien de stukken van het dossier.

Gezien het gemotiveerd verslag van de verslaggever zoals dit op 2 december 2002 werd opgesteld en op 4 december 2002 werd overgemaakt aan de Raad.

Gehoord de verslaggever, de heer Bert Stulens, ter zitting van 20 december 2002.

Gehoord de aanmeldende partijen bij monde van de gemeenschappelijke vertegenwoordiger, meester Luc WYNANT van het kantoor Van Olmen & Wynant te Brussel.

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken van toepassing overeenkomstig artikel 54 bis W.B.E.M..

### **1. De aanmeldende en betrokken partijen :**

Als koper treedt op de onderneming NV INGRAM MICRO, gevestigd in België, te 1800 VILVOORDE, Luchthavenlaan 25 A.

Deze onderneming is actief inzake de distributie, de vertegenwoordiging, de import, de export van software voor microcomputers en hun materiële steun evenals alle artikelen of diensten in de sectoren van de informatica, de kantoorartikelen, telecom, audio-video, fotografie, multimedia en dataprojectie producten.

Als verkopers treden op enerzijds een aantal particulieren, namelijk de heer Peter Vandeputte, wonende in België, te 2547 Lint, Bethanielaan 2, en de heer Dirk Vandeputte, wonende in België, te 2531 Vremde, Broechemsesteenweg 35 en anderzijds een aantal vennootschappen, namelijk de BVBA Chris Van Poele, gevestigd in België, te 2880 Bornem, Kraanbroekweg 23 en de BVBA Eric Pringiers, gevestigd in België, te 9120 Haasdonk, Boekweithofstraat 11.

Als derde partij (doelonderneming) bij de concentratie treden op enerzijds de NV Vapriwa, gevestigd in België, te 2547 Lint, Bethanielaan 2 en anderzijds de NV Service en Distributie Benelux, eveneens gevestigd in België, te 2800 Mechelen, E. Walschaertstraat 15.

De NV Vapriwa heeft als activiteit onder meer het verwerven door inschrijving of aankoop en het beheren van aandelen, obligaties, kasbons of andere waarden van welke vorm ook van bestaande of nog op te richten vennootschappen die hetzelfde doel nastreven.

De NV Service en Distributie Benelux, is een dochtervennootschap van de NV Vapriwa en heeft onder meer tot doel :

- elektrische, elektronische, pneumatische en mechanische automatisering van administratie, fabricage en alles wat hiermee verband houdt
- het vervaardigen, kopen, huren, verhuren, installeren, onderhouden of op enige andere wijze exploiteren van systemen en componenten gebaseerd op bovenstaande technologieën
- het maken van automatiseringsstudies, het geven van automatiseringsadviezen en onderricht, evenals het verhandelen van hiervoor benodigde materialen en toestellen.

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

## 2. De aangemelde operatie :

De NV Ingram Micro en de aandeelhouders van de NV Vapriwa hebben op 30 oktober 2002 een overeenkomst ondertekend blijkens dewelke de NV Ingram Micro 100 % van het maatschappelijk kapitaal van de NV Vapriwa verwerft.

In een eerste fase wordt de NV Vapriwa een dochtervennootschap van de NV Ingram Micro.

De NV Ingram Micro zal één aandeel Vapriwa overdragen aan de NV Ingram Micro Europe.

Deze laatste vennootschap behoort tot dezelfde groep als de NV Ingram Micro en is eveneens gevestigd te 1800 Vilvoorde, Luchthavenlaan 25 A, terwijl zij als doel heeft het verlenen van administratieve, financiële, commerciële en technische diensten aan alle aanverwante vennootschappen, dochtervennootschappen en bijkantoren van de NV Ingram Micro in België en het buitenland.

De N.V. Ingram Micro verwerft aldus de onrechtstreekse controlebevoegdheid over Service en Distributie Benelux NV.

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

## 3. De aanmeldingstermijn :

De overeenkomst die het voorwerp uitmaakt van de aanmelding werd ondertekend op 30 oktober 2002 en werd aangemeld op 7 november 2002.

De aanmelding van de concentratie moet dan ook conform artikel 12 § 1 van de W.B.E.M. als tijdig beoordeeld worden.

## 4. De omzeldrempels :

De concentratie valt onder het toepassingsgebied van de W.B.E.M. vermits de omzeldrempels zoals voorzien in artikel 11 § 1 en artikel 46 van de W.B.E.M. werden bereikt.

De omzet van enerzijds de NV Ingram Micro ( $\pm$  285 miljoen Euro) en van anderzijds de NV Vapriwa ( $\pm$  57 miljoen Euro) overschrijdt de drempels voorzien in artikel 11 § 1 van de W.B.E.M..

## 5. De marktafbakening en marktaandeelen :

Overeenkomstig de beschikkingspraktijk van de Raad voor de Mededinging (beslissing van 5 februari 2001, nr.2001 - C/C - 05, inzake Hewlett Packard Belgium en NV Imaware, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 22 november 2001; zie eveneens de beslissing van 13 december 2000, nr 2000 - C/C - 40, in NV Orda-B en de NV COI, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 3 mei 2001), alsmede overeenkomstig de recente beschikkingspraktijk van de Europese Commissie (Beschikking van 28 juni 1999, zaak IV/M.1580 CAI/Platinum, para 11; Beschikking van 17 mei 2000, zaak COMP./M.1901, Cap Gemini/Ernst & Young, para 9) dient als relevante productenmarkt de markt van de groothandel/distributie van IT-producten en aanverwante diensten te worden weerhouden.

Er bestaat thans geen aanleiding meer om de markt van de informaticadiensten te segmenteren. Door de snelle technologische veranderingen in de informaticasector dienen producten en diensten immers steeds aangepast te worden aan de behoeften van de klant, zodat preciese afbakeningen onduidelijk worden en steeds wijzigen.

Ook schaffen de klanten meer en meer een volledig dienstenpakket aan of doen beroep op "outsourcing" (Beschikking van de Europese Commissie van 29 juni 2001, zaak COMP./M.2478, IBM/Italia/Business Solutions/JV, para 22).

De relevante geografische markt is het grondgebied van België.

Het gecombineerde marktaandeel van Ingram Micro NV en van Vapriva NV blijft na de concentratie beduidend onder de 25 %, zodat er geen sprake is van een betrokken markt.

Uit de economische analyse blijkt verder dat groothandelaars/distributeurs van IT-producten onder steeds sterkere concurrentiële druk komen te staan van de producenten van IT-producten, die meer en meer rechtstreeks op de Belgische markt verkopen.

De meeste producenten hebben daarenboven ook de explosie van het internet aangegrepen om hun klanten rechtstreeks de door hen gefabriceerde producten te verkopen.

De concentratie moet dan ook worden toegelaten omdat zij conform artikel 10 § 3 geen machtspositie in het leven roept of versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de nationale markt significant wordt belemmerd.

Om deze redenen,

De Raad voor de Mededinging,

Stelt vast dat de betrokken concentratie overeenkomstig art. 33, §1, 1, onder het toepassingsgebied valt van de W.B.E.M..

Verklaart de concentratie toelaatbaar conform artikel 10 § 3 en artikel 33 § 2 punt 1a W.B.E.M..

Aldus uitgesproken op 20 december 2002, door de Kamer van de Raad voor de Mededinging samengesteld uit : de heer Peter Poma, kamervoorzitter, mevrouw Béatrice Ponet, voorzitter van de Raad voor de Mededinging, en de heren Frank Deschoolmeester, en Geert Zonnekeyn, leden.

## **Beslissing nr. 2002-C/C-94 van 20 december 2002**

Zaak MEDE – C/C – 02/0068

Inzake:

BVBA SCARLET TELECOM, 1930 Zaventem, Excelsiorlaan 89

en

BVBA NETNET, 1930 Zaventem, Excelsiorlaan 89

en

BVBA FACILICOM INTERNATIONAL, 1930 Zaventem, Excelsior 89

en

NV KPN BELGIUM, 1800 Vilvoorde, Medialaan 50

en

BV KPN TELECOM, 2516 CK 's Gravenhage (Nederland), Maanplein 55

Gelet op de Wet op de Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (WBEM) ;

Gezien de aanmelding aan het Secretariaat van de Raad voor de Mededinging van een concentratie, neergelegd op 6 november 2002 ;

Gezien de mededeling voor onderzoek door het Secretariaat van de Raad aan het korps van verslaggevers conform art.32bis §1 WBEM op 8 november 2002 ;

Gezien de stukken van het dossier zoals medegedeeld aan de verslaggever op 27 november 2002 ;

Gezien het gemotiveerd verslag van de verslaggever zoals dit op 27 november 2002 werd opgesteld en op 28 november 2002 werd betekend aan de Raad ;

Gehoord de verslaggever dhr. Bert Stulens ;

Gehoord de partijen die verschenen ter zitting op 20 december 2002:

- Meester Leo Peeters als gemeenschappelijke vertegenwoordiger.

### **1. De aanmeldende en betrokken partijen**

Als kopers treden op:

- (1) de BVBA SCARLET TELECOM (hierna genoemd "Scarlet") is een 100% dochter van de BV SCARLET, met zetel te 8200 AD Lelystad (Nederland), Ketelmeerstraat 182. Scarlet biedt in België vaste telefoniediensten aan bedrijven en particulieren om te telefoneren in België, maar ook naar het buitenland naar een vaste of mobiele post. Deze diensten worden aangeboden via haar 100% dochtermaatschappij BVBA NETNET, die geen andere activiteiten heeft (zie verder).

De BV SCARLET is in Nederland actief op telecomgebied en kent diverse disciplines: "free access" internet, "cybercom" internet, telefonie, "faxbroadcasting" en "carrier preselection". Voor de spraak-, data- en (breedband)internetdiensten maakt SCARLET BV gebruik van een internationaal glasvezelnetwerk.

- (2) de BVBA NETNET (hierna genoemd "NETnet") is een Belgische vennootschap die actief is binnen de Belgische markt voor het verschaffen van telecommunicatiediensten, meer bepaald vaste spraaktelefonie. Ze richt zich specifiek tot de privépersonen en het onderste segment van de KMO-markt. NETnet heeft 65.000 privé-klianten en 15.000 bedrijven-klianten. Ze heeft een licentie voor spraaktelefonie (TEL/VOC/99/0010). Om haar activiteiten uit te oefenen beschikt NETnet niet over een eigen netwerk, maar heeft ze een interconnectie akkoord gesloten bij andere operatoren waardoor haar klanten (die hun telefoonlijn en abonnement bij Belgacom houden) toegang hebben tot NETnet door het intoetsen van een "carrier select code" voor iedere oproep (CS) of automatisch via "carrier preselection" (CPS).

- (3) de BVBA FACILICOM INTERNATIONAL, een andere dochter van Scarlet, heeft momenteel totaal geen activiteiten in België. De NV UNINET INTERNATIONAL, een 100% dochtermaatschappij van de BV SCARLET, met zetel te 1930 Zaventem, Excelsiorlaan 89, heeft al evenmin activiteiten in België.

Als verkopers treden op:

- (1) de NV KPN BELGIUM is een vennootschap die actief is binnen België in het verschaffen van telecommunicatiediensten, meer bepaald vaste netwerkdiensten, Internetprotocol en datadiensten ("IP/Data") en Internetdiensten.

-(2) de NV KPN TELECOM is een Nederlandse holdingmaatschappij die participaties houdt in tal van Europese telecommatachappijen. KPN Telecom groepeert de telecommunicatiediensten van de KPN-groep die worden geleverd via het vaste netwerk. De mobiele telefoniediensten worden verzorgd door een andere KPN-dochter nl. KPN MOBILE.

KPN Telecom is een 100% dochteronderneming van de NV KONINKLIJKE KPN (hierna genoemd: KPN). KPN is een Nederlandse telecomoperator die een waaier van telecommunicatiediensten aanbiedt zowel in Nederland als daarbuiten. Haar kernactiviteiten zijn vaste netwerkdiensten, mobiele telecommunicatie, Internetprotocol en datadiensten ("IP/Data") en Internet "customer relationship", management en mediadiensten (ICM). KPN is genoteerd op de beurs in Amsterdam, Frankfurt, Londen en New York.

Genoemde vennootschappen zijn alle ondernemingen in de zin van art. 1 WBEM.

## 2. Aanmeldingsplicht – overeenkomst van concentratie

Huidige concentratie komt tot stand door het verkrijgen van directe en uitsluitende zeggenschap over een onderneming in de zin van art. 9 §1b WBEM. De Scarlet groep verwerft immers bijna alle activa, contracten en schulden van KPN Belgium, zoals omschreven in de voorovereenkomst, alsook 100% van de aandelen in KPN Luxemburg.

Partijen hebben aangemeld op basis van een ontwerpovereenkomst d.d. 01/11/2002 conform art. 12§1 WBEM. Hierbij verklaren partijen uitdrukkelijk dat ze de intentie hebben om een definitieve overeenkomst te sluiten die op alle mededingingsrechtelijke punten niet merkbaar verschilt van de aangemelde ontwerpovereenkomst.

Uit de voorgelegde (vertrouwelijke) omzetcijfers van de betrokken ondernemingen blijkt dat de drempels zoals opgelegd conform art. 11 §1 WBEM worden behaald, zodat de concentratie diende te worden aangemeld.

De aangemelde concentratie valt overeenkomstig art. 33 §1.1 WBEM binnen het toepassingsgebied van de wet.

### 3. De relevante productenmarkten

Voor een zinvolle analyse van de mededingingsrechtelijke situatie op de Belgische markt voor telecommunicatiediensten, kan men zich voor huidige concentratie beperken tot de hoofdingeling in (1) "voice"diensten, (2) datadiensten en (3) internetdiensten:

Het segment "voice" van de markt voor telecommunicatiediensten heeft betrekking op het nationale en internationale telefoonverkeer, alsook het telefoonverkeer van vast naar mobiel en speciale nummers. "Voice"diensten maken gebruik van een specifiek netwerk (bv. publieke "switch", "interconnect" lijnen met Belgacom, nummerreeksen, facturatieplatform, enz. ...). Deze diensten worden toegepast voor spraaktelefonie.

Deze markt kan opgesplitst worden naargelang het handelsniveau waarop de diensten worden aangeboden: groothandel ("wholesale") en kleinhandel ("retail"): "Wholesale" voicediensten worden geleverd aan andere telecommunicatiemaatschappijen ("carriers") die deze diensten op hun beurt doorverkopen aan bedrijven en/of consumenten. "Retail" voicediensten worden rechtstreeks geleverd aan zakelijke eindgebruikers (bedrijven) of particuliere eindgebruikers.

Het segment "data" van de markt voor telecommunicatiediensten omvat de datatransmissie- en netwerkdiensten aan bedrijven. Hierdoor worden vestigingen van organisaties met elkaar verbonden via vaste verbindingen, "virtual private network" (VPN) of internationale verbindingen. Tot deze diensten behoort ook het verhuren van technische ruimtes. Datadiensten maken gebruik van een specifiek netwerk (bv. glasvezel, SDH netwerk, CyberCenter infrastructuur, beheerde routers, enz. ...). Datadiensten worden vooral gebruikt voor het transport van data, video en multimedia-bestanden.

Het segment "Internet" van de markt voor telecommunicatiediensten heeft betrekking op het verschaffen van Internet toegang en aanverwante diensten aan bedrijven. Hieronder vallen o.a. Internet toegang via "dial-up", vaste verbinding of xDSL, en aanverwante diensten zoals mailbox, veiligheid, enz. ... Ook Internetdiensten maken gebruik van een specifiek netwerk (bv. inbelnetwerk, DSL, "firewalls", beheerde "routers", enz. ...). Door deze diensten verkrijgt men toegang tot het Internet.

### 4. De relevante geografische markt

De relevante geografische markt is België.

### 5. De marktaandelen

M.b.t. het marktsegment "voice" is KPN Belgium enkel actief inzake de verkoop van spraaktelefoniediensten aan bedrijven, terwijl Scarlet vooral "voice" diensten verkoopt aan particulieren ("residential"). Er is dus nauwelijks overlapping tussen de activiteiten van beide ondernemingen.

In vergelijking met de totale omvang van de Belgische markt in "voice"diensten, is het gezamenlijk marktaandeel van partijen zeer klein. Er zijn bijna geen horizontale relaties. Zelfs bij een verdere opdeling in "retail", "wholesale" en "residential", blijven de gezamenlijke marktaandelen beneden 1%.

Er is wel een verticale relatie tussen KPN Belgium en Scarlet, aangezien deze laatste een "wholesale" klant is van KPN Belgium. KPN Belgium levert nl. "voice" telefoniediensten (netwerkcapaciteit) aan Scarlet, welk deze op haar beurt levert aan particulieren. Het marktaandeel van beide ondernemingen blijft echter ver beneden de 25%.

Inzake de marktsegmenten "data" en "Internet" is de Scarletgroep niet aanwezig op deze markten, waardoor de concentratie geen wijziging brengt in de heel geringe marktaandelen.

## 6. Economische analyse

De operatie heeft een zeer geringe impact op de al zeer lage marktaandelen van de betrokken partijen. Partijen zijn trouwens op een aantal productmarkten niet allebei actief. De ondervraagde concurrenten stellen dat er helemaal geen bezwaren bestaan tegen deze concentratie vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt.

Gezien deze vaststellingen, is het duidelijk dat huidige concentratie geen machtspositie in het leven roept of versterkt, die tot gevolg heeft dat de daadwerkelijke mededinging op significante wijze wordt belemmerd (art. 10 §3 WBEM).

De Raad beslist dan ook dat de voorgelegde concentratie kan worden toegelaten conform art. 33 2.1.a WBEM.

Om deze redenen

### De Raad voor de Mededinging

Gelet op de art. 2 e.v. van de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken van toepassing overeenkomstig art. 54bis WBEM ;

Stelt vast dat de betrokken concentratie aanmeldingsplichtig is en conform art. 33 § 1.1 WBEM binnen het toepassingsgebied valt van de wet ;

Verklaart de concentratie toelaatbaar conform art. 33 §2.1.a WBEM ;

Aldus uitgesproken op 20 december 2002 door de Kamer van de Raad voor de Mededinging, samengesteld uit: de heer Frank Deschoolmeester, kamervoorzitter ; mevrouw Béatrice Ponet, Voorzitter van de Raad voor de Mededinging ; de heren Geert Zonnekeyn en Peter Poma, leden.



## **Beslissing nr. 2002-V/M-95 van 24 december 2002**

Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging tot het nemen van voorlopige maatregelen ingediend door de N.V. M.S.A./Gilde van Vlaamse Antiquairs.

Gezien de klacht ten gronde dd.24 juni 1998, gekend onder nr.IO-98/0017;

Gezien het verzoek neergelegd op 24 juni 1998, waarbij om voorlopige maatregelen werd gevraagd door de N.V. M.S.A. met maatschappelijke zetel te 8310 Brugge, Gemenewideweg Noord 9, geregistreerd onder nr. VMP-98-0004, met betrekking tot de praktijken van de volgende onderneming:

De Gilde van Vlaamse Antiquairs, met zetel te 9000 Gent, Jan Breydelstraat 13;

Gezien het verslag van de afdeling Prijzen en Mededinging in toepassing van artikel 35 van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de Economische Mededinging, opgesteld op 8 juli 1998 en op dezelfde datum overgemaakt aan de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging;

Gezien Onze vorige beslissing nr. 2002 V/M-38 van 27 mei 2002, waardoor het verzoek tot nemen van voorlopige maatregelen ontvankelijk werd verklaard en waardoor, alvorens verder over de gegrondheid ervan uitspraak te doen, een aanvullend onderzoek werd bevolen;

Gezien het gemotiveerd verslag van het Korps Verslaggevers dd.18 september 2002 en overgemaakt op 18 september 2002;

Gezien de memorie na verslag van het Korps Verslaggevers neergelegd door de Gilde van de Vlaamse Antiquairs op 24 oktober 2002 en de memorie van antwoord neergelegd door de Gilde van Vlaamse Antiquairs op 14 november 2002;

Gezien de memorie van antwoord neergelegd door de N.V. M.S.A. neergelegd op 6 november 2002;

Gehoord op de zitting van 4 oktober 2002 :

- de heer B. Stulens, verslaggever en de heren J.Isselée en A.Kyndt, namens de Dienst voor de Mededinging;
- de N.V. M.S.A., vertegenwoordigd door de heer Gil Tuteleers, afgevaardigd bestuurder en bijgestaan door Mr. Pierre de Keukelaere, advocaat te Brugge;
- de Gilde van Vlaamse Antiquairs, vertegenwoordigd door Mr. Frans Sablon, loco Mr. Nadine Duerinck, advocaat te Brussel ;

Gehoord op de zitting van 25 november 2002:

- De heer B.Stulens, verslaggever en de heren J.Isselée en A.Kyndt, namens de Dienst voor de mededinging;
- De N.V. M.S.A., vertegenwoordigd door de heer Gil Tuteleers en bijgestaan door Mr. Pierre de Keukelaere, advocaat te Brugge;
- De Gilde van Vlaamse Antiquairs, vertegenwoordigd door de heer Bart Wille, Voorzitter en bijgestaan door Mr. Frans Sablon loco mr. Nadine Duerinck, advocaat te Brussel;

Gezien de stukken van het dossier;

### **I. De feiten en retroacten**

1. Voor de uiteenzetting der feiten wordt verwezen naar Onze vorige beslissing van 27 mei 2002, waarin de feiten uitgebreid werden weergegeven, hetgeen hier als hernomen dient beschouwd te worden.

Als nieuw relevant feit kan vermeld worden dat de beurzen georganiseerd door de N.V. M.S.A. en door de Gilde van Vlaamse Antiquairs te Knokke ook in 2003 hebben plaatsgevonden.

Zo ging de 27e Internationale Kunst- en Antiekbeurs, georganiseerd door de N.V. M.S.A. door van 10 tot 18 augustus 2002 in het Cultureel Centrum Scharpoord, terwijl het Kunst- & Antieksalon, georganiseerd door de Gilde van Vlaamse Antiquairs plaatsvond in Hotel La Réserve te Knokke van 3 tot en met 18 augustus 2002.

Het is de bedoeling dat beide beurzen ook in de toekomst verder georganiseerd worden.

2. Bij beslissing van 27 mei 2002 werd geoordeeld dat het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen ingediend door de N.V. M.S.A. ontvankelijk diende verklaard te worden, gezien er een ontvankelijke klacht ten gronde bestond en gezien de klager overeenkomstig artikel 23 §1 c van de W.B.E.M. aangetoond had dat hij een rechtstreeks en dadelijk belang had bij het indienen van de klacht.

Voorts werd geoordeeld dat een nader onderzoek diende gevoerd te worden naar het bestaan van een prima facie inbreuk op de artikelen 2 en 3 van de W.B.E.M., gezien de Dienst voor de Mededinging de toepassingsvoorwaarden van de artikelen 2 en 3 van de W.B.E.M. niet systematisch onderzocht had. Er werd derhalve een aanvullend onderzoek bevolen, waarbij verzocht werd in het bijzonder de volgende twee voorwaarden nader te onderzoeken :

- Het bestaan van een prima facie inbreuk op de W.B.E.M.
- Het bestaan van een toestand die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden door deze praktijken of die schadelijk zijn voor het algemeen economisch belang en die dringend moet vermeden worden.

3. Op 18 september 2002 maakte het Korps Verslaggevers zijn gemotiveerd verslag over, inhoudende het aanvullend onderzoeksverslag. Tijdens het onderzoek werd (o.m.) op 4 juli 2002 een verzoek om inlichtingen verstuurd aan de Gilde van Vlaamse Antiquairs, waarbij o.m. de vraag gesteld werd of het verbod voor leden van de Gilde om deel te nemen aan de beurs georganiseerd door de N.V. M.S.A. te Brugge en Knokke ook voor andere beurzen geldt en zo ja voor welke beurzen dit wel of niet het geval is en wat hiervoor de werkelijke reden of aanleiding is.

Bij schrijven dd.17 juli 2002 antwoordde de Gilde van Vlaamse Antiquairs als volgt : "Er is GEEN vast verbod specifiek ten opzichte van deze of gene beurs. Wel moeten de leden alvorens zij deelnemen aan een andere, niet door de Gilde georganiseerde beurs, vooraf de instemming van het bestuur hiervoor aanvragen (conform artikel 11 van ons huishoudelijk reglement. Dat wordt geval per geval en jaar per jaar bekeken....)"

4. Op 2 augustus 2002 heeft de Gilde van Vlaamse Antiquairs een verzoekschrift in hoger beroep neergelegd bij het Hof van Beroep te Brussel waarbij gevorderd wordt dat het hoger beroep ontvankelijk en gegrond zou verklaard worden en dat de beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging dd.27 mei 2002 teniet zou gedaan worden in de mate dat het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen ontvankelijk werd verklaard.

5. Thans verdedigt de N.V. M.S.A. het standpunt dat haar verzoek gegrond dient verklaard worden, nu het verslag van het Korps volledig de zienswijze van verzoekster bevestigt. Verzoekster vraagt dan ook dat de Voorzitter de beslissingen van de Gilde van Vlaamse Antiquairs zou schorsen en deze schorsing kenbaar zou maken aan al haar leden met verplichte publicatie in de media overeenkomstig artikel 35 §2 van de wet.

De Gilde van Vlaamse Antiquairs stelt daarentegen in hoofdorde dat de Voorzitter geen bevoegdheid meer heeft, gelet op het hoger beroep dat hangende is voor het Hof van Beroep te Brussel. In subsidiaire orde stelt de Gilde van Vlaamse Antiquairs dat het verslag van de verslaggever nietig is, tenminste dient geweerd te worden gelet op de schending van de rechten van de verdediging van de

Gilde van Vlaamse Antiquairs en dat, voor het overige, verwerende partij zich alle rechten voorbehoudt wat de grond van de zaak betreft.

## II. Het standpunt van het korps verslaggevers

Inzake het bestaan van een prima facie inbreuk op de W.B.E.M. concludeert het Korps Verslaggevers als volgt :

- de Koninklijke Gilde van Vlaamse Antiquairs is een ondernemingsvereniging in de zin van artikel 2 §1 van de wet;
- de beslissingen van de Algemene Vergaderingen van 17 november 1997 en 1 februari 1998, waarbij aan de leden het verbod wordt opgelegd deel te nemen aan de beurzen georganiseerd door de N.V. M.S.A., kunnen als besluiten van een ondernemingsvereniging in de zin van artikel 2 §1 van de wet worden beschouwd;
- beide beslissingen dienen als mededingingsbeperkend te worden beschouwd, de leden worden immers verboden deel te nemen aan de beurzen georganiseerd door de N.V. M.S.A. (inbreuk op artikel 2 §1b) en c);
- de mededingingsbeperking is merkbaar daar de Gilde 16% van de antiquairs in België vertegenwoordigt.

Inzake het bestaan van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat in verband staat met de aangeklaagde praktijk en dat dringend moet worden vermeden concludeert het Korps Verslaggevers :

- het nadeel is ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar.
- het nadeel staat duidelijk in verband met de aangeklaagde praktijk.
- gegeven de volgende door de N.V. M.S.A. georganiseerde beurzen, de eerstvolgende op 17 oktober 2002 te Brugge, is eveneens aan de hoogdringendheidsvereiste voldaan.

Besluitend stelt het Korps Verslaggevers de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging voor :

"- Aangezien de Koninklijke Gilde van Vlaamse Antiquairs een ondernemingsvereniging in de zin van artikel 2 §1 W.B.E.M. is, zij een wezenlijk deel van de markt beheerst, zij het haar leden verbiedt om deel te nemen aan de Antiekbeurzen georganiseerd door de N.V. M.S.A., beperkt zij de mededinging op de Belgische markt van de organisatie van antiekbeurzen en op de markt van antiquairs op een merkbare wijze door het beperken van de afzet en het verdelen van de markten (artikel 2 §1, b en c).

- De beslissing van de Gilde van Vlaamse Antiquairs van 17 november 1997, bevestigd op 1 februari 1998, doen schorsen en dit kenbaar laten maken aan al haar leden binnen de 48 uur en dit te laten publiceren in twee nationale kranten."

## III. Over de gevolgen van het hoger beroep tegen de beslissing van 27 mei 2002

Alvorens Wij ten gronde kunnen oordelen dienen Wij ons uit te spreken over de gevolgen van het instellen van hoger beroep tegen de beslissing van 27 mei 2002 door de Gilde van Vlaamse Antiquairs.

De bepalingen inzake het hoger beroep zijn opgenomen in de artikelen 43 en 43 bis van de W.B.E.M.

\* Artikel 43 bis §1 van de W.B.E.M. bepaalt dat tegen beslissingen waarbij de Raad voor de Mededinging de zaak terugstuurt naar de verslaggever, geen afzonderlijk hoger beroep kan ingesteld worden.

In casu dient vastgesteld te worden dat bij beslissing van 27 mei 2002 het verzoek tot voorlopige maatregelen ontvankelijk werd verklaard, en alvorens ten gronde te oordelen, een aanvullend onderzoek bevolen werd aan de verslaggever.

De Gilde van Vlaamse Antiquairs heeft hoger beroep ingesteld tegen de beslissing dd.27 mei 2002, in de mate dat het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen ontvankelijk werd verklaard. Tegen het onderdeel van de beslissing van 27 mei 2002, waardoor een aanvullend onderzoek werd bevolen

en de zaak teruggestuurd werd naar de verslaggever, is geen beroep aangetekend, waaromtrent overigens ook geen afzonderlijk beroep mogelijk is op grond van artikel 43 bis §1 van de W.B.E.M.

\* Artikel 43 bis §4 van de W.B.E.M. bepaalt voorts dat het beroep de beslissing van de Raad voor de Mededinging of die van zijn Voorzitter niet schorst. In alinea 2 van artikel 43 bis §4 wordt hierop echter in een uitzondering voorzien, waarbij bepaald wordt dat het Hof van Beroep, op verzoek van de betrokkene en bij beslissing alvorens recht te doen, de verplichting tot het betalen van geldboeten en dwangsommen kan schorsen tot op de dag van de uitspraak van het arrest.

Door de bepaling van artikel 43 bis §4 van de W.B.E.M. wordt derhalve bepaald dat het hoger beroep tegen een beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging geen schorsende werking heeft, hetgeen een uitzondering is op de in beginsel schorsende werking van de gewone rechtsmiddelen, vastgelegd in artikel 1397 Ger.W.

\* De vraag dient gesteld te worden of het principe van de devolutieve werking van het hoger beroep van toepassing is inzake hoger beroepen tegen beslissingen van de (Voorzitter van de) Raad voor de Mededinging.

Artikel 1068, lid 1 Ger.W. bepaalt dat hoger beroep tegen een eindvonnis of tegen een vonnis alvorens recht te doen, het geschil zelf aanhangig maakt bij de rechter in hoger beroep. In het tweede lid wordt een uitzondering op deze regel geformuleerd, nl. wanneer de beroepsrechter een onderzoeksmaatregel bevestigt wordt de zaak naar de eerste rechter teruggestuurd voor verdere afhandeling. Door het hoger beroep wordt m.a.w. de rechter in hoger beroep gevat van het geheel van het geschil, zelfs deze onderdelen ervan waaromtrent nog geen uitspraak werd gedaan.

Nu is de vraag of deze devolutieve werking ook verbonden is aan het hoger beroep tegen de beslissingen van de Raad voor de Mededinging en van zijn voorzitter.

Er dient vastgesteld te worden dat de W.B.E.M., buiten de artikelen 43 en 43 bis niet in bijzondere procesregels voor de procedure voor het Hof van Beroep te Brussel voorziet. Onder de toepassing van de oude wet van 5 augustus 1991 werd reeds door het Hof van Beroep te Brussel geoordeeld dat, in die omstandigheden, in beginsel, art. 2 Ger.W. toepassing moet vinden (Brussel, 5 april 1996, Jaarboek Handelspraktijken, 1996, 656 en Brussel, 4 september 1996, Jaarboek Handelspraktijken, 1996, 740).

Artikel 2 Ger.W. bepaalt dat de regels vervat in het Gerechtelijk Wetboek van toepassing zijn op alle rechtsplegingen behoudens wanneer deze geregeld worden door niet uitdrukkelijk opgeheven wetsbepalingen of door rechtsbeginselen waarvan de toepassing niet verenigbaar is met de bepalingen van voormeld wetboek.

Onder toepassing van de oude wet van 5 augustus 1991 heeft het Hof van Beroep te Brussel in de voormelde arresten van 5 april 1996 en 4 september 1996 geoordeeld op basis van artikel 2 Ger.W. dat, nu artikel 43 van de wet van 5 augustus 1991 op gedetailleerde wijze bepaalt welke partijen hoger beroep kunnen instellen, op welke wijze en binnen welke termijn, er uitdrukkelijk wordt afgeweken van de artikelen 1051, 1056 en 1057 Ger.W., dewelke derhalve geen toepassing vinden.

In zijn arrest van 18 december 1996 (eveneens in toepassing van de oude wet van 5 augustus 1991) heeft het Hof van Beroep te Brussel nog een stap verder gezet waar het overweegt: "Dat artikel 43 van de wet van 5 augustus 1991 het instellen van hoger beroep onderwerpt aan een administratieve regeling sui generis die toepassing van de beginselen terzake vervat in het gerechtelijk wetboek uitsluit" (Brussel, 18 december 1996, Jaarboek Handelspraktijken, 1996, 836).

Inmiddels dient vastgesteld te worden dat de wet van 5 augustus 1991 gewijzigd werd door de wetten van 26 april 1999, zoals gecoördineerd bij Koninklijk Besluit van 1 juli 1999. De bepalingen inzake hoger beroep werden door deze wetswijzigingen hervormd en verder uitgewerkt, zodat de beginselen

vervat in de voormelde arresten van het Hof van Beroep a fortiori van toepassing zijn voor de door de wetten van 26 april 1999 gewijzigde wet van 5 augustus 1991.

De vraag of er al dan niet devolutieve werking verbonden is aan een hoger beroep tegen een beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging, werd niet beslecht naar aanleiding van de wetwijzigingen van 26 april 1999. In de voorbereidende werken naar aanleiding van de wetwijziging werd tijdens de hoorzitting met de raadsheren in het Hof van Beroep te Brussel opgemerkt dat het wenselijk zou zijn dat in de wet bepaald zou worden in welke gevallen het hoger beroep een devolutieve werking heeft. Hierbij werd gerefereerd aan het standpunt verdedigd door Raadsheer Londers, die aan de hand van een aantal voorbeelden erop wees hoezeer een genuanceerde antwoord op deze vraag zich opdringt. (Verslag, Parl.St.Senaat, 1998/1999, 1-614/8, p.64-65). Tijdens de parlementaire voorbereiding van de wetwijzigingen werd tevens gesteld dat nochtans een nuttige hervorming betreffende de bevoegdheid van het Hof van Beroep inzake voorlopige maatregelen zou kunnen overwogen worden. Er werd tevens opgemerkt dat het inderdaad aangewezen zou zijn te bepalen dat het hoger beroep tegen een beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging een devolutieve werking heeft. (Verslag, Parl.St.Senaat, 1998/1999, 1-614/8, p.68).

Er dient echter vastgesteld te worden dat, alhoewel uitdrukkelijk voorgesteld werd om te bepalen dat het hoger beroep een devolutieve werking impliceert, dit voorstel niet werd opgenomen in de wet, zodat de vraag naar de devolutieve werking van het hoger beroep open blijft.

Het komt Ons voor dat het hoger beroep tegen een beslissing van de Raad voor de Mededinging en zijn Voorzitter geen devolutieve werking met zich meebrengt in de zin van artikel 1068 Ger.W. om de volgende redenen:

- Uit de parlementaire voorbereiding (zoals hiervoor geciteerd) blijkt dat het niet de wil van de wetgever was devolutieve werking toe te kennen aan het hoger beroep tegen een beslissing van de Raad voor de Mededinging en zijn Voorzitter. Het voorstel geformuleerd tijdens de parlementaire voorbereiding om dit uitdrukkelijk te voorzien werd immers niet weerhouden, hetgeen a contrario impliceert dat de wetgever geen devolutieve werking aan het hoger beroep heeft willen toekennen.
- Artikel 43 bis §4 bepaalt uitdrukkelijk dat het hoger beroep geen schorsende werking heeft. In artikel 43 bis §4 alinea 2 wordt hierop slechts in één uitzondering voorzien inzake de verplichting tot het betalen van de geldboeten en dwangsommen. Gezien er slechts in één uitzondering wordt bepaald, dient ervan uitgegaan te worden dat de beslissingen van de Voorzitter van de Raad niet geschorst worden door een hoger beroep.
- De ratio legis van artikel 43 bis §4 en van artikel 43 bis §1 van de W.B.E.M. lijkt erin te bestaan dat, vermits aan de beslissing geen schorsende werking wordt toegekend, de beslissing haar volle effecten behoudt, zodat de procedure kan verder gezet worden.
- De beslissingen die genomen worden door de Raad voor de Mededinging en zijn Voorzitter betreffen het algemeen belang en verheffen zich boven het particulier belang, hetgeen zich eveneens verzet tegen een devolutieve werking van het hoger beroep. Dat de beslissingen het algemeen belang betreffen, werd herhaaldelijk bevestigd tijdens de parlementaire voorbereiding van zowel de wet van 5 augustus 1991 als de wetwijzigingen van 26 april 1999 (zie de Memorie van Toelichting bij de oorspronkelijk wet van 5 augustus 1991, Gedr.St., Kamer, 1989/90, 1282/1, p.34 waar gesteld werd dat het onderzoek van de zaak door de Raad voortaan als achtergrond het geheel van de desbetreffende markt heeft en zich verheft over het particulier belang naar het algemeen economisch belang; zie ook het Verslag van de Senaat, Parl. St. Senaat, 1998/99, 1-614/8, p.237 waar nogmaals benadrukt werd dat uit de aard van de dossiers inzake mededinging volgt dat het niet gaat om een geschil tussen particulieren maar dat de beslissing moet rekening houden met de markt in het algemeen, vanuit het standpunt van het mededingingsrecht). Gelet op de aard van de beslissingen van de Raad voor de Mededinging en zijn Voorzitter, is het van belang dat de Raad en zijn Voorzitter verder uitspraak kunnen doen, niettegenstaande een eventueel hoger beroep tegen zijn beslissingen, zodat het Ons voorkomt dat aan het hoger beroep derhalve geen devolutieve kracht kan toegekend worden.
- Tenslotte dient opgemerkt te worden dat de wetgever in artikel 23 §1 f) van de W.B.E.M. bepaald heeft dat het onderzoek van de zaken door het Korps Verslaggevers gebeurt op verzoek van het Hof van Beroep te Brussel in geval van toepassing van artikel 42. Artikel 42 van de W.B.E.M. handelt over de prejudiciële vragen die gesteld dienen te worden aan het Hof van Beroep te Brussel door de Hoven en rechtbanken. In geval van een prejudiciële vraag kan derhalve het Hof van Beroep te Brussel om een onderzoek door het Korps Verslaggevers verzoeken. Deze mogelijkheid is echter niet voorzien in geval van een hoger beroep

tegen een beslissing van de Raad of zijn Voorzitter. Ook deze bepaling pleit derhalve tegen een devolutieve werking van het hoger beroep. Mocht de wetgever een devolutieve werking hebben wensen toe te kennen aan het hoger beroep tegen de beslissingen van de Raad of zijn Voorzitter, dan had de wetgever wellicht tevens in artikel 23 §1 van de W.B.E.M. bepaald dat een onderzoek door het Korps Verslaggevers op verzoek van het Hof van Beroep te Brussel in geval van toepassing van artikel 43 van de W.B.E.M. kan plaatsvinden, hetgeen echter niet voorzien werd in de W.B.E.M..

Besluitend menen Wij te moeten stellen dat er geen devolutieve werking voortvloeit uit het hoger beroep tegen de beslissing van 27 mei 2002, zodat wij nog steeds bevoegd zijn om verder uitspraak te doen, niettegenstaande het hoger beroep.

## IV. Over de gegrondheid van het verzoek tot voorlopige maatregelen

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

In vorige rechtspraak werd reeds herhaaldelijk bevestigd dat het in het kader van artikel 35 van de W.B.E.M. volstaat dat de aangeklaagde inbreuk een waarschijnlijk karakter vertoont, zonder dat het noodzakelijk is het bestaan van een inbreuk op de mededingingsregels vast te stellen met dezelfde graad van zekerheid als voor een eindbeslissing. (zie o.m. Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 14 januari 1998, Daube/Nationale Loterij, zaak nr. 98-VMP-1; Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 30 augustus 2000, zaak MEDE-V/M-27, VZW Radio Tienen, e.a./CVBA Sabam, B.S., 9 januari 2001; Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 10 januari 2001, zaak nr.2001 – V/M/02, BBUSO/LCM en Regionale Christelijke Ziekenfondsen, B.S., 5 mei 2001; Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 9 maart 2001, zaak nr. 2001 – V/M 12, BVBA Incine /N.V. Rendac, B.S., 28 september 2001).

Wij dienen thans te onderzoeken of de toepassingsvoorwaarden van artikel 2 van de W.B.E.M. vervuld zijn.

#### 1.1. Is er sprake van een besluit van een ondernemingsvereniging in de zin van artikel 2 § 1 van de W.B.E.M. ?

- De Koninklijke Gilde, een beroepsvereniging in de zin van de wet van 31 maart 1898, staat volgens artikel 2 van haar statuten in voor "de studie, de verdediging en de uitbreiding van de beroepsbelangen van haar leden, het inrichten van manifestaties ter bevordering van de handelsbelangen, het in stand houden van de beroepseer en de handelseerlijkheid". De Gilde van Vlaamse Antiquairs organiseert eveneens beurzen en is een concurrent van MSA en staat daarnaast aan haar leden toe om deel te nemen aan andere beurzen, op voorwaarde dat deze andere beurzen niet gelijktijdig vallen of overlappen met de door de Gilde Van Vlaamse Antiquairs georganiseerde beurzen zoals het Kunst- en Antieksalon dat in de zomer plaatsvindt in hotel la Réserve te Knokke en de Kunst en Antiekbeurs van Vlaanderen die eind januari/begin februari te Gent doorgaat.

De Koninklijke Gilde van Vlaamse Antiquairs dient derhalve als een ondernemingsvereniging in de zin van artikel 2 § 1 van de W.B.E.M. beschouwd te worden.

- Het door de Koninklijke Gilde van Vlaamse Antiquairs uitgevaardigde besluit van 17 november 1997 dient voorts als een besluit van een ondernemingsvereniging aanzien te worden. Besluiten van ondernemingsverenigingen nemen dikwijls de vorm aan van reglementen opgesteld door de daartoe bevoegde organen van de vereniging en hebben als kenmerk dat zij bindend zijn voor alle leden of door hun inhoud omdat zij in dwingende bewoordingen zijn opgesteld. Door te beslissen dat het verboden wordt voor leden van de Gilde om nog deel te nemen aan beurzen georganiseerd door de NV MSA en dit aan ieder lid te laten weten heeft deze beslissing een rechtstreekse impact op de organisatie van antiekbeurzen door NV MSA. Het deelnameverbod sluit immers een aantal kandidaat-standhouders voor de NV MSA uit.

Het besluit van 17 november 1997 van de Koninklijke Gilde van Vlaamse Antiquairs, bevestigd op 1 februari 1998, dient derhalve als een besluit van een ondernemingsvereniging in de zin van artikel 2 §1 van de W.B.E.M. beschouwd te worden.

## 1.2. Is er sprake van een beperking van de mededinging op de Belgische betrokken markt of op een wezenlijk deel ervan ?

Er dient vervolgens onderzocht te worden of het besluit (in casu de beslissingen van de Algemene Vergadering van 17 november en 1 februari 1998) van de Koninklijke Gilde, een ondernemingsvereniging van antiquairs, ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging op de Belgische betrokken markt of op een wezenlijk deel ervan merkbaar wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

Hiertoe wordt achtereenvolgens onderzocht:

- de relevante productmarkt;
- de relevante geografische markt;
- de marktaandeelen van de Gilde van Vlaamse Antiquairs op deze markt en de beperking van de mededinging;
- de vraag of er sprake is van een merkbare beperking van de mededinging.

### 1.2.1. De relevante productmarkt is de markt van de antiquairs en de markt voor de organisatie van antiekbeurzen.

Wat de markt van antiquairs betreft, blijkt uit het onderzoek door de Dienst verricht (o.m. het verzoek om inlichtingen dd. 4 juli 2002) dat er zich in België zo'n 1000 handelaars antiquair noemen. Het beroep van antiquair is in België niet beschermd, zodat binnen deze groep handelaars van diverse pluimage aanwezig blijken te zijn. Hierbij dient een groot onderscheid tussen antiquairs en brocanteurs gemaakt te worden. De markt van de antiquairs bestaat volgens de diverse ondervraagde beroepsverenigingen slechts uit zo'n 200-tal echte antiquairs in België, die dan ook deelnemen aan antiekbeurzen.

Zowel NV de MSA als de Koninklijke Kamer van Antiquairs in België beamen de stelling dat er wellicht slechts een 200-tal antiekhandelaren zijn die deze naam waard zijn en ernstig met hun vak bezig zijn, waardoor zij in aanmerking kunnen komen om aan een respectabele professionele beurs deel te nemen.

Uit het onderzoek blijkt dat er binnen deze markt geen verdere opsplitsing moet worden gemaakt naargelang van de verschillende bestaande categorieën.

Voorts is er de markt van de organisatie van antiekbeurzen, geënt op de markt van de antiquairs. Er zijn meerdere organisatoren en beurzen in België. Er zijn beurzen georganiseerd door antiquairsverenigingen en derden.

### 1.2.2. De relevante geografische markt bestrijkt minstens het Vlaamse landsgedeelte en wellicht het hele Belgische grondgebied.

1.2.3. Inzake de marktaandeelen werd tijdens het onderzoek vastgesteld dat de Koninklijke Kamer voor Antiquairs in België als de belangrijkste antiquairsvereniging in het hele land beschouwd wordt met vooral leden uit het Brusselse, het Franstalig landsgedeelte en in mindere mate het Vlaamse landsgedeelte. De Koninklijke Kamer van Antiquairs telt volgens haar ledenlijst 93 leden in België.

De Koninklijke Gilde van Vlaamse Antiquairs is daarentegen enkel in het Vlaamse landsgedeelte actief. In 1997 kende de Koninklijke Gilde van Vlaamse Antiquairs 42 leden. Dit aantal was in augustus 2002 gezakt tot 36 leden (Antwoord van de Koninklijke Gilde van 17 juli 2002 op het verzoek om inlichtingen van de Dienst dd. 4 juli 2002). De Koninklijke Gilde stelt een vrij hoge toetredingsdrempel te hanteren teneinde een kwaliteitslabel te bekomen. Men kan slechts na jaren van lid-op-proef tot werkend lid aanvaard worden.

De argumentatie die de Koninklijke Gilde van Vlaamse Antiquairs gebruikt voor het deelnameverbod vevat in de besluiten van de Algemene vergaderingen van 17 november 1997 en 1 februari 1998, is de

kwaliteitsvereiste. Indien er in België inderdaad slechts een 200-tal echte antiquairs zijn, dan heeft een vereniging met 36 leden toch 16 % van alle "echte" antiquairs in haar rangen. Indien enkel het Vlaamse grondgebied in acht genomen wordt, dan loopt hun marktaandeel nog veel hoger op. Een niet-deelname van de leden van deze vereniging aan een antiekmanifestatie door deze vereniging georganiseerd heeft dus zeker een impact.

Naar eigen zeggen heeft de Koninklijke Gilde van Vlaamse Antiquairs een grote impact en acht zij haar 'kwaliteitslabel' heel belangrijk. Bovendien blijkt uit het onderzoek dat zij een heel belangrijk deel van de antiekhandelaren op de Belgische markt verenigt. Door het deelnameverbod van de Koninklijke Gilde voor de leden van de Koninklijke Gilde aan de beurzen van de N.V. MSA maakt zij het moeilijker voor de N.V. MSA om antiekhandelaars te vinden die nog kunnen of willen deelnemen aan de beurzen door de N.V. MSA georganiseerd in Knokke en Brugge.

1.2.4. Er dient thans onderzocht te worden of er sprake is van een merkbare beperking van de mededinging. Wij zijn van oordeel dat de beslissing van de Koninklijke Gilde van Vlaamse Antiquairs om een verbod op te leggen om nog deel te nemen aan antiekbeurzen georganiseerd door de NV MSA – gelet op hun grote marktaandeel en belangrijkheid - als een prima facie inbreuk op artikel 2 § 1 van de W.B.E.M. dient aanzien te worden. De merkbaarheidsvereiste houdt in dat een mededingingsbeperkende afspraak slechts onder het verbod van artikel 2 § 1 WEM valt, als zij meer dan een onbeduidende invloed heeft op de betrokken markt. In de veronderstelling dat 16 % van de antiquairs in België lid zijn van de Koninklijke Gilde dan is een verbod tot deelname van deze groep zeker merkbaar.

Er is derhalve prima facie sprake van een inbreuk op artikel 2 §1 b) (het beperken en controleren van de afzet) en c) (het verdelen van de markten) van de W.B.E.M.

Ten onrechte stelt de Gilde van Vlaamse antiquairs dat haar rechten van verdediging geschonden zouden zijn door het proces-verbaal van vaststelling van 12 augustus 2002, waardoor twee leden van de Dienst voor de Mededinging een bezoek gebracht hebben aan de kunstbeurs "Art Nocturne Knocke" door de N.V. MSA georganiseerd in het Cultureel Centrum Scharpoord te Knokke. Het doel van deze vaststelling bestond er immers louter uit om de visu vast te stellen of het argument dat door de Gilde werd ingeroepen om het deelnameverbod voor haar leden te rechtvaardigen, zijnde de zogenaamde gebrekkige kwaliteit van de beurs georganiseerd door de N.V. MSA, wel relevant was. De leden van de Dienst voor de Mededinging hebben vastgesteld dat de beurs georganiseerd door de N.V. MSA een kwaliteitsvolle beurs was en geenszins een gewone handelsbeurs, zodat aan het argument van de Gilde ernstig kan getwijfeld worden.

Overigens heeft ook de Europese Commissie zich reeds herhaaldelijk uitgesproken over afspraken die gemaakt worden naar aanleiding van de gezamenlijke organisatie van beurzen en tentoonstellingen. In haar beschikkingen geeft de Commissie te kennen dat gemeenschappelijk georganiseerde tentoonstellingen in elk geval onder artikel 85 (thans 81) lid 1 van het EG-verdrag vallen, wanneer de organisatoren o.m. de toegelaten deelnemers beperkingen opleggen ten aanzien van deelname aan andere tentoonstellingen. Deze beperkingen van de mededinging zijn eventueel vrijstelbaar wanneer zij onmisbaar zijn voor een rationele organisatie van de betrokken tentoonstelling, hetgeen van geval tot geval zal afhangen (zie o.m. Beschikking van de Europese Commissie, 18 september 1987, CIDS Pb.L., 293/58 van 16 oktober 1987; Beschikking van de Europese Commissie, 30 september 1986, VIFKA, Pb.L., 291/46 van 15 oktober 1986).

In casu dient echter opgemerkt te worden dat de Gilde haar zogenaamd "reglement" niet aangemeld heeft met het oog op een vrijstelling. De Gilde heeft overigens evenmin aangetoond dat de beperking van de mededinging die haar reglement inhoudt, onmisbaar zou zijn voor de rationele organisatie van de betrokken beurs.

Inzake het bestaan van een prima facie inbreuk op de W.B.E.M. kan derhalve het volgende besloten worden:



- de Koninklijke Gilde van Vlaamse antiquairs is een ondernemingsvereniging in de zin van artikel 2, § 1 van de W.B.E.M.;
- de beslissingen van de Algemene Vergaderingen van 17 november 1997 en 1 februari 1998, waarbij aan de leden het verbod wordt opgelegd deel te nemen aan de beurzen georganiseerd door de NV MSA, dienen als besluiten van een ondernemingsvereniging in de zin van artikel 2, § 1 van de W.B.E.M. te worden beschouwd;
- beide beslissingen dienen als mededingingsbeperkend te worden aanzien, vermits aan de leden verboden wordt deel te nemen aan de beurzen georganiseerd door de N.V.MSA (inbreuk op artikel 2, § 1, b) en c));
- de mededingingsbeperking is merkbaar daar de Gilde 16 % van de antiquairs in België vertegenwoordigt.

## 2. Het bestaan van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat in verband staat met de aangeklaagde praktijk en dat dringend moet worden vermeden.

Deze voorwaarden zijn cumulatief, in die zin dat het ontbreken van één van deze voorwaarden de gegrondheid van het verzoek tenietdoet (Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 12 september 1994, zaak nr. 94-VMP-4, S.A. Ets. Delhaize Frères et Cie. Le Lion / S.A. Dior).

Voorlopige maatregelen mogen slechts genomen worden als het bestaan van een nadeel in verband met de aangeklaagde praktijk prima facie bewezen is. Als nadeel kan in aanmerking worden genomen elke comparatief minder gunstige toestand waarin de onderneming terecht komt ten aanzien van de toestand waarin ze zich zou bevinden mocht ze de restrictieve praktijk niet ondergaan (Brussel, 18 december 1996, NV Honda Belgium e.a. t. Belgische Staat, B.S., 8 januari 1997, 386 ; Brussel, 26 juni 1997, Iverlek CV e.a. t. Belgische Staat, B.S., 4 juli 1997, 17495).

Niet alleen de situatie van de klager maar van de gehele betrokken markt dient in aanmerking te worden genomen (Voorz. Raad voor de Mededinging, 27 maart 1995, Interrosane/Interest t. Sabam/Agicoa, Tweede Activiteitenverslag 1994-1995, Raad voor de Mededinging, 234). Dit nadeel moet van concurrentiele aard zijn, hetgeen impliceert dat, zoals reeds gesteld, niet alleen de situatie van de klager, maar ook die van de gehele betrokken markt bestudeerd dient te worden (Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 27 september 1995, zaak nr.95 VMP-1, Interrosane).

Het nadeel is ernstig van zodra een relevant onderdeel van de activiteit van de onderneming erdoor getroffen wordt. Het nadeel is onmiddellijk wanneer de uitwerking ervan op het ogenblik van het verzoek reëel of eminent is. De schade is onmiddellijk als de uitwerking ervan ten dage van het verzoek of op imminente wijze wordt ervaren, ongeacht de mogelijke maatregelen die de onderneming meteen of op korte termijn ertegen kan ontwikkelen. Het nadeel is tenslotte onherstelbaar als de toestand zoals hij zou evolueren wanneer de gevraagde maatregel uitblijft niet meer ongedaan gemaakt kan worden door de beslissing ten gronde van de Raad, wanneer deze bij hypothese de klacht gegrond zou bevinden, zonder daarbij rekening te houden met mogelijke vervangende schadevergoeding. De hoogdringendheidsvereiste, die geen afzonderlijke vereiste vormt, impliceert dat aan de hand van nieuwe feiten wordt aangetoond dat de situatie in vergelijking tot deze op het ogenblik van het indienen van de klacht, verergerd is (Brussel, 18 december 1996, NV Honda Belgium e.a. t. Belgische Staat, B.S., 8 januari 1997, 386; Brussel, 26 juni 1997, Iverlek CV e.a. t. Belgische Staat, B.S., 4 juli 1997, 17495).

Er dient thans onderzocht te worden of deze voorwaarden in casu vervuld zijn.

### 2.1. Hoogdringendheidsvereiste

Niettegenstaande het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen en de klacht reeds meer dan 4 jaar geleden werden neergelegd en een aanvullend onderzoek ruim 4 jaar na de klacht en het verzoek tot voorlopige maatregelen enigszins bevreemdend is, dient niettemin vastgesteld te worden dat de aangeklaagde praktijk nog steeds toegepast wordt. Gelet op het feit dat de genoemde beurzen van de

NV MSA nog steeds worden georganiseerd, er in het najaar de 19de Internationale Kunst- en Antiekbeurs te Brugge (van 18 tot en met 27 oktober 2002 in de Belforthallen) op het programma stond en het de bedoeling is van partijen hun beurzen ook in 2003 verder te blijven organiseren, is het verzoek om voorlopige maatregelen nog steeds actueel.

## 2.2. Het ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel

Voorts dient het ernstig en onherstelbaar nadeel dat ontstaat door het niet mogen deelnemen van leden van de Koninklijke Gilde aan de beurzen georganiseerd door de NV MSA onderzocht te worden. Door dit verbod lijden de beurzen georganiseerd door de NV MSA een concurrentienadeel door de inkomstenderving die ontstaat omdat leden van de Koninklijke Gilde, die zouden willen deelnemen aan beurzen georganiseerd door de NV MSA, dit niet kunnen door het deelnameverbod. Zo stelt de N.V.MSA dat tot op het ogenblik dat de leden van Gilde deelnamen aan de beurzen te Knokke en Brugge er steeds ongeveer een 40-tal deelnemers waren. Vanaf dat de Gilde zijn boycot of veto stelde om deel te nemen is het aantal deelnemers volgens de N.V. MSA steeds verder teruggelopen, zelfs bijna gehalveerd (zie antwoord van de NV. MSA dd. 29 juli 2002 op het verzoek om inlichtingen dd. 4 juli 2002 van de Dienst voor de Mededinging). Dit wordt bevestigd door antiquair Viebahn (zie stuk van antiquair Viebahn aan de N.V. MSA als bijlage bij het antwoord op vraag 4 van 29 juli 2002 op het verzoek om inlichtingen aan de N.V. MSA van de Dienst dd. 4 juli 2002). Volgens de N.V. MSA leidt het geen twijfel dat de afwezigheid van de leden van Gilde een significante invloed heeft op de mededinging. Bovendien zien sommige antiquairs die lid zijn van de Koninklijke Gilde een deel van de markt ingenomen worden door een aantal buitenlandse antiquairs die hun plaats gedeeltelijk innemen op de beurzen van de NV MSA.

Er dient bovendien opgemerkt te worden dat het verbod om deel te nemen aan de beurzen van de N.V. MSA niet alleen geldt voor de beurs in Knokke die gedeeltelijk samenvalt met de organisatie van een beurs van de Koninklijke Gilde in hotel La Réserve, maar ook voor de beurs in Brugge in het najaar die helemaal niet overlapt met een beurs van de Koninklijke Gilde.

Tijdens het onderzoek heeft de Dienst voor de Mededinging onderzocht of het verbod tot deelname uitgevaardigd door de Gilde ook geldt voor andere beurzen en de vraag gesteld waarop dit verbod gebaseerd is. Zoals supra reeds geoordeeld werd, heeft de Koninklijke Gilde van Vlaamse Antiquairs een grote impact. Tevens werd vastgesteld dat de Gilde haar 'kwaliteitslabel' heel belangrijk acht. Op de vraag of het verbod ook geldt voor andere beurzen werd door de Koninklijke Gilde geantwoord dat dit inderdaad zo is. Bij de beoordeling hiervan wordt volgens de Gilde rekening gehouden met twee criteria (Zie antwoord op vraag 3 van 19 juli 2002 op het verzoek om inlichtingen aan de Koninklijke Gilde van de Dienst dd. 4 juli 2002):

- indien de andere beurs samenvalt of gedeeltelijk overlappend is met een beurs van de Gilde – en in zo'n gevallen staat het de leden vrij aan beide beurzen terzelfdertijd deel te nemen-;
- indien het kwalitatieve niveau dat elk lid van de Gilde dient te hebben en aan te houden om lid te zijn, respectievelijk te blijven. Het kan niet dat derden het kwaliteitslabel van de Gilde ten onrechte als kapstok gebruiken om hun deelnemers- of bezoekersaantal mee op te voeren. Bovendien zou dit verwarring zaaien bij het publiek : " als die en die van de Gilde hier staan, zal de rest ook wel kwalitatief in orde zijn".

Het komt er dus op neer dat de Gilde haar leden en het beroep wil beschermen door het kwaliteitsniveau hoog te houden.

Tijdens het onderzoek stelde de Gilde dat er in 1996 samengewerkt is met de NV MSA en dat de toenmalige beurs meer leek op een handelsbeurs dan een antiekbeurs. In 1997 konden leden van de Gilde ook deelnemen aan de beurs georganiseerd door de N.V. MSA te Brugge, maar ook daar lag het niveau volgens de Gilde te laag waarop dan maar beslist werd om niet meer deel te nemen. (Zie antwoord op vraag 4 en 5 van 19 juli 2002 op het verzoek om inlichtingen aan de Koninklijke Gilde van de Dienst dd. 4 juli 2002).

Het door de Gilde gebruikte argument voor het deelnameverbod is dus de kwaliteit. Tijdens het onderzoek werd echter vastgesteld dat de kwaliteitseisen en deelnamevoorwaarden aan de MSA-beurzen nochtans anno 2002 strikt en duidelijk zijn (Zie bijlagen 1 en 2 bij het antwoord van 29 juli 2002 op het verzoek om inlichtingen aan MSA van de Dienst dd. 4 juli 2002).. Zo staat er onder meer te lezen dat ten einde het niveau van de beurs hoog te houden en dit in het belang van alle deelnemers alleen kunst- en antieke stukken die authentieke producten zijn van de tijd waar zij stilistisch naar verwijzen en tevens getuigen van artistieke en/of kunstambachtelijke kwaliteit of zeldzaamheid mogen tentoongesteld worden en dit onder voorbehoud van uitsluiting door het hierna omschreven expertisecomité. Dit expertisecomité bestaat uit conservators en experts van buitenaf. In dit expertisecomité zit onder meer de ere-hoofdconservator van de Brugse Stedelijke Musea (Zie antwoord van 29 juli 2002 op vraag 3 van het verzoek om inlichtingen aan MSA van de Dienst dd. 4 juli 2002). Bovendien is elke exposant van de MSA-beurs gehouden op verzoek van elke koper een certificaat mee te geven dat de echtheid van de voorwerpen attesteert (conform de beurscatalogus van de 27 ste Art Nocturne Knocke, pag. 4).

Tijdens het onderzoek werd voorts vastgesteld dat een andere belangrijke antiquairsvereniging in België, de Koninklijke Kamer van Antiquairs in België, haar leden eveneens strenge beperkingen oplegt wat betreft het deelnemen aan andere, niet door de vereniging georganiseerde beurzen. Er werd echter vastgesteld dat voor de antiekbeurzen van de NV MSA helemaal geen deelnameverbod geldt voor de leden van de Koninklijke Kamer. Op de deelnemerslijst van de Art Nocturnebeurs van 2002 is onder meer Müllendorf Antiques uit Antwerpen te vinden (Zie beurscatalogus p. 140-143 en het antwoord van 20 augustus 2002 op het verzoek om inlichtingen aan MSA van de Dienst dd. 7 augustus 2002).. Deze antiquair is reeds meer dan 40 jaar actief en lid van de Koninklijke Kamer die geen graten ziet in deelname aan deze beurs. Door het feit dat een andere notoire antiquairsvereniging als de Kamer geen probleem heeft met het kwaliteitsniveau van de MSA-beurzen lijkt het kwaliteitsargument dat de Koninklijke Gilde hanteert bijzonder wankel. Bovendien heeft, zoals supra reeds aangehaald, de Dienst in opdracht van de Verslaggever de visu kunnen vaststellen dat het hier wel degelijk om een antiekbeurs ging met notoire antiquairs uit binnen- en buitenland (Zie proces-verbaal van vaststelling van bezoek aan de beurs Art Nocturne Knocke door de Dienst op 12/8/2002).

Gelet op de stellingname van de Koninklijke Gilde dat de kwaliteit van de beurzen van de N.V. MSA niet voldoet en het verbod op deelname voor leden van de Gilde worden de antiekbeurzen van de NV MSA bij andere antiquairs in binnen- en buitenland in een negatief daglicht gesteld en verdwijnen een aantal binnenlandse standhouders, wat een ernstig en onherstelbaar nadeel uitmaakt. Dit nadeel is uiteraard van concurrentiële aard nu de beurzen georganiseerd door de N.V.MSA en de Gilde in rechtstreekse concurrentie met elkaar staan en de betrokken markt (van de organisatie van antiekbeurzen en de markt van antiquairs) in zijn geheel hiervan nadeel ondervindt nu de beurzen georganiseerd door de N.V.MSA stilaan van de markt verdreven worden, hetgeen tevens nadelig is voor de consument.

Uit het voorgaande kan bijgevolg worden geconcludeerd dat het nadeel ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar is, dat het nadeel duidelijk in verband staat met de aangeklaagde praktijk en dat eveneens aan de hoogdringendheidsvereiste voldaan is.

Het past dan ook de schorsing te bevelen van de beslissingen van de Gilde van Vlaamse Antiquairs genomen tijdens de algemene vergadering van 17 november 1997 en bevestigd op 1 februari 1998 (verzoekster vordert echter geen dwangsom).

Het past tevens een publicatiemaatregel te bevelen. Wij menen echter dat een publicatie in twee nationale kranten overdreven is en niet bijdraagt tot de stopzetting van de mededingingsbeperking. Wij bevelen daarentegen aan de Gilde van Vlaamse Antiquairs huidige beslissing kenbaar te maken aan al haar leden door middel van een aangetekend schrijven waarbij huidige beslissing in kopie als bijlage wordt gevoegd, die uiterlijk binnen de 15 dagen aan haar leden dient gericht te worden en door middel van een vermelding van het beschikkend gedeelte van huidige beslissing op de website van de Gilde en dit in het gebruikelijke lettertype van de website.

Om deze redenen

Wij, Béatrice Ponet, Voorzitter van de Raad voor de Mededinging,

De tussenbeslissing van 27 mei 2002 verder uitwerkend,

Verklaren het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen gegrond,

Stellen vast dat de Koninklijke Gilde van Vlaamse Antiquairs een ondernemingsvereniging in de zin van artikel 2 § 1 WBEM is, die een wezenlijk deel van de markt beheerst, die door haar leden te verbieden om deel te nemen aan de antiekbeurzen georganiseerd door de NV MSA, prima facie de mededinging beperkt op de Belgische markt van de organisatie van antiekbeurzen en op de markt van antiquairs en dit op een merkbare wijze waardoor de afzet beperkt wordt en de markten verdeeld worden ( inbreuk op artikel 2 § 1, b) en c) van de W.B.E.M.).

Bevelen de schorsing van de beslissing van de Gilde van Vlaamse Antiquairs van 17 november 1997, bevestigd op 1 februari 1998.

Bevelen aan de Gilde van Vlaamse Antiquairs huidige beslissing kenbaar te maken aan al haar leden door middel van een aangetekend schrijven waarbij huidige beslissing in kopie als bijlage wordt gevoegd, die uiterlijk binnen de 15 dagen aan haar leden dient gericht te worden en door middel van een vermelding van het beschikkend gedeelte van huidige beslissing op de website van de Gilde en dit in het gebruikelijke lettertype van de website.

Aldus beslist door de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging op 24 december 2002.

## 2. Avis - Adviezen

### **2.1. Advies inzake het verzoekschrift van FEBETRA en SAV op grond van artikel 5 van het KB nr. 62 van 13 januari 1935 waarbij toelating wordt verleend tot het oprichten van een economische reglementering van de voortbrenging en de verdeling**

Gelet op het KB nr. 62 van 13 januari 1935 (B.S. 18 januari 1935), zoals gewijzigd bij de Wet van 5 augustus 1991 (B.S. 11 oktober 1991) ;

Gezien de mededeling van het verzoekschrift van FEBETRA en SAV dat ertoe strekt om vanaf 1 januari 2001 de verplichting om de prijzen voor het goederenvervoer over de weg te onderwerpen aan een prijsherzieningsclausule, te doen uitbreiden tot de volledige sector en dit ook voor de niet geschreven vervoersovereenkomst in toepassing van art. 2 en 4 van het KB nr. 62 (B.S. 20 december 2000) ;

Het voorwerp van het verzoekschrift, zoals gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 20 december 2000, luidt als volgt:

"Het verzoekschrift strekt ertoe vanaf 1 januari 2001 de verplichting om de prijzen voor het goederenvervoer over de weg te onderwerpen aan een prijsherzieningsclausule te doen uitbreiden tot de volledige sector. Deze verplichting geldt ook voor de niet geschreven vervoersovereenkomst.

Het prijsherzieningsbeding zou van rechtswege van toepassing zijn op elke lopende en nieuwe overeenkomst voor goederenvervoer over de weg.

De prijsherziening zou steunen op één van de volgende indexen die maandelijks worden opgemaakt door het Instituut voor Wegtransport N.V., Archimedesstraat 5, 1000 Brussel:

- stukgoederenvervoer;
- nationaal vervoer;
- algemeen internationaal vervoer;
- algemeen internationaal vervoer België – Duitsland;
- algemeen internationaal vervoer België – Frankrijk;
- algemeen internationaal vervoer België – Spanje;
- algemeen internationaal vervoer België – Italië;

De standaardindex is de index algemeen internationaal vervoer.

De gemiddelde index van de drie laatste maanden, voorafgaand aan de maand van de inwerkingtreding van de betrokken vervoersovereenkomst geldt als basisindex.

De vrachtprijzen worden aangepast van zodra het driemaandelijkse voortschrijdende gemiddelde van de index met minstens 2 % is gestegen. De gemiddelde voortschrijdende index van de maand waarin de grens wordt overschreden, geldt als nieuwe basisindex voor de volgende prijsherziening." ;

Gelet op het verzet vanwege respectievelijk :

- VBO
- Fedis
- Huyghebaert N.V.
- Laurus Belgium N.V
- FEDICHEM
- OTM

- De Bedrijfsgroepering Zandgroeven VZW
- Staalindustrie Verbond (GSV)
- Lhoist SA
- Cockerill Sambre SA
- Sidmar NV
- Agoria VZW
- Aldi Inkoop NV
- Group Carrefour
- Fédération Multisectorielle de l'Industrie Technologie ;

Gezien het aanhangig maken bij de Raad voor de Mededinging door de Minister van Economie op 9 maart 2001, dit conform de art. 5 en 11 van het KB nr. 62 ;

Gelet op de beslissing d.d. 23 mei 2001 van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging, waarbij zij de zaak toewijst aan de kamer van deze Raad, bij toepassing van art. 33 van het huishoudelijk reglement van de Raad voor de Mededinging, goedgekeurd bij KB van 14 december 2000 ;

Dat deze kamer beslist heeft om het Nederlands te kiezen als taal voor de rechtspleging en beslissing, overeenkomstig art. 36 §1, 2° van voormeld huishoudelijk reglement ;

Gezien het MB van 21 juni 2001 houdende benoeming van de regeringscommissaris bij de Raad voor de Mededinging (B.S. 13 juli 2001, erratum B.S. 25 juli 2001), waarbij de heren Robert Geurts en Francis Deryckere werden benoemd ;

Gelet op de beslissing d.d. 3 augustus 2001 van de Kamervoorzitter waarbij prof. M. Flamée (deskundige mededingingsrecht) en prof. G. Blauwens (transport-econoom) werden aangesteld bij toepassing van art. 7 van het KB nr. 62 ;

Gelet op de eerste hoorzitting op 28 september 2001 ;

Gelet op het advies van de Regeringscommissarissen d.d. 17 oktober 2001 ;

Het algemeen besluit van de Regeringscommissaris luidt als volgt:

"De commissarissen zijn van oordeel dat de analyse van het voorliggende dossier tot een aantal reserves leidt ten aanzien van het ingediende verzoekschrift.

Ook al kan worden besloten dat het oude Koninklijk Besluit nr. 62 wel degelijk kan ingeschreven worden in de actuele economische context, toch stellen zich ernstige bedenkingen over de representativiteit van de verzoekende partijen (de ontegensprekelijke meerderheid van belangen), over het verplichtend karakter ten aanzien van contracten die een element van extraneïteit bevatten en over de verenigbaarheid met het algemeen belang.

De aanvraag strekt er niet toe een vrijwillig opgenomen "beperking" algemeen verplichtend te laten stellen, maar eerder een voordeel voor de sector van het goederenvervoer over de weg te laten officialiseren.

Er weze er ook op gewezen dat het opleggen van een verplichte prijssherziening in vervoersovereenkomsten een fundamentele trendbreuk zou betekenen in het prijzenbeleid dat nu al sedert vele jaren wordt gevoerd. Wanneer de Minister op grond van de wet van 22 januari 1945 betreffende de economische reglementering in het verleden tussenkwam (zoals dit ook het geval was voor de vervoerssector) of vandaag tussenkomt, besliste of beslist hij steeds over maximale prijsverhogingen of verhogingspercentages, over maximumprijzen of over maximummarges. Niemand wordt of kan worden verplicht de toegestane prijsverhogingen ook integraal toe te passen.

Het gaat steeds over een maximum norm die niet mag worden overschreden. Binnen deze maximale limieten van deze norm is de individuele ondernemer vrij te beslissen over zijn prijsaanpassing.

Tot slot mag ook niet uit het oog worden verloren dat een dergelijke verplichting een enorm precedent zou scheppen. Tal van andere economische sectoren en ondernemingen hebben af te rekenen met soms zeer sterk schommelende grondstofprijzen. Indien vandaag het voorliggende principe zou worden aanvaard voor de sector van het goederenvervoer over de weg, zullen morgen andere sectoren met het argument van stabiliteit dezelfde procedure kunnen invoeren." ;

Gelet op het advies van prof. G. Blauwens d.d. 25 oktober 2001 ;

De deskundige, professor Blauwens, komt o.m. tot de volgende conclusies :

"Ons advies over een verplicht clause van prijsherziening is derhalve negatief. De publicatie van heldere en toegankelijke kostenindices, zoals geschetst, en de facultatieve toepassing daarvan in de vervoercontracten biedt veel beter uitzicht op een kostengetrouwe en daardoor reële toepassing van prijsherzieningsclausules.

In één geval slechts zouden wij aanbevelen dat de overheid ingrijpt in vrij overeengekomen prijzen voor wegvervoer. Dat is het geval waar de kostenverandering te wijten is aan fiscale of sociale maatregelen die van de overheid zelf uitgaan, bijvoorbeeld de invoering van een nieuwe belasting of een beperking van de arbeidsuren van chauffeurs.

Dit soort maatregelen namelijk kunnen door vervoerders moeilijk voorzien worden in hun contractuele clauses van prijsindexering. Het is ook niet de bedoeling dat bijkomende belastingen door de vervoerders zelf gedragen worden. Integendeel, extra belastingen op wegverkeer, rekeningrijden, kilometerheffingen, aanrekening van externe kosten en dat soort van fiscale ingrepen, hebben juist tot doel dat de vervoerprijzen stijgen en dat wegvervoer duurder wordt voor de klant die de vervoerwijze kiest. Het is perfect verantwoord dat de overheid, op het moment dat zij de fiscale maatregel neemt, meteen ook voorschrijft dat vervoerders hun vervoerprijs mogen verhogen volgens een bepaalde formule, in afwijking van alle contractuele bepalingen.

Dit echter zijn casuele aanpassingen, wezenlijk verschillend van de systematische prijsherzieningsclausules waarover het onderhavige advies handelt. Wij bespreken ze verder niet." ;

Gelet op het advies van prof. Michel Flamée d.d. 14 november 2001 ;

Het algemeen besluit van deskundige, professor Flamée, luidt als volgt:

"Om de hierboven vermelde redenen komt het mij voor dat uw Raad niet zondermeer een negatief advies kan uitbrengen over de gevraagde maatregel.

Zowel op het Belgisch als op het Europees niveau, en deze behoefte is erkend door de overheid, is een prijsherzieningsclause wenselijk, ook al wordt deze wenselijkheid betwist door de tussenkomende partijen die het principe van de volledige contractuele vrijheid voorstaan om principiële redenen, en, in een enkel geval, om reden van particuliere noden van een bepaald type van bedrijfsvoering.

Een advies kan evenwel geformuleerd worden waarbij de Minister wordt gewezen op de inadeguaatheid van de uitwerking die gegeven is aan de voorgestelde clause, en wel op het vlak van haar toepassingsgebied en op het niveau van de gehanteerde parameters voor berekening van de kostenevolutie. Desgevallend kan hier worden aan toegevoegd dat, bij ongewijzigde formulering wegens gebrek aan duidelijkheid en inadeguate parameters het advies negatief moet zijn. In onderwijstermen : een geclausuleerde beslissing.

De Minister kan dan de voorgestelde wijzigingen in overleg met de sector nauwkeuriger definiëren, dan wel zijn goedkeuring aan het voorstel as such onthouden.

Bij gebreke kunnen de betrokken organisaties eveneens een nauwkeuriger omschreven en adequater geparametriseerde clausule aandragen ter algemeen bindend verklaring." ;

Gelet op de tweede hoorzitting op 19 december 2001;

Gelet op alle memories, aanvullende memories en stukken van partijen ;

Gelet op de toelichting door de deskundigen van hun advies tijdens de beraadslaging ;

Binnen het kader van de bevoegdheid hem geboden door het koninklijk besluit nr. 62 van 13 januari 1935, zoals gewijzigd bij de wet van 5 augustus 1991 en de wet van 5 augustus 1991, gecoördineerd bij koninklijk besluit van 1 juli 1999, verleent de Raad het hiervolgend advies :

## A. Voorafgaande afbakening inzake ontvankelijkheid

Vooreerst dient vastgesteld te worden dat de argumenten van partijen omtrent de formele ontvankelijkheid van het verzoek resp. het verzet niet relevant zijn. Door het feit dat de Minister van Economie conform art. 2, respectievelijk art. 3, van het KB nr. 62 beslist heeft om het verzoek en het verzet "in aanmerking te nemen", zijn alle formele aspecten inzake ontvankelijkheid tot op het ogenblik van deze beslissing gedekt.

Hangende de procedure hebben de verzoekers de betrokken clausule van prijsherziening ingrijpend gewijzigd qua toepassingsgebied. Hangende de procedure hebben de verzoekers een nieuwe prijsherzieningsclausule vooropgesteld in hun memories, die als volgt luidt:

"§1. Elke overeenkomst met betrekking tot vervoer van zaken over de weg tegen vergoeding door een vervoeronderneming, hetzij een natuurlijke persoon of een rechtspersoon, met een bedrijfszetel in België, waarbij hetzij de opdrachtgever in België gevestigd is, het zij de laad- en /of de losplaats van het vervoer over de weg in België gelegen zijn.

§2. De begrippen "vervoer van zaken over de weg tegen vergoeding", "onderneming" en "bedrijfszetel" in § 1 moeten worden begrepen in de betekenis die aan deze begrippen gegeven wordt in artikel 1 van de wet van 3 mei van 1999 betreffende het vervoer van zaken over de weg.

§3. Partijen bij een overeenkomst in de zin van § 1 worden geacht de prijsherzieningsclausule te zijn overeengekomen."

Deze gewijzigde clausule kan door de Raad niet in aanmerking worden genomen voor huidig advies. Deze wijziging werd nl. niet gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad, werd niet door de Minister in aanmerking genomen voor het vragen van advies en werd ook niet door de leden van verzoekers vrijwillig opgenomen. Enkel de initiële clausule van prijsherziening kan voorwerp zijn van dit advies, nl. deze zoals gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 20 december 2000.

## B. Onderzoek van de criteria van het K.B. nr. 62

Op grond van artikel 1 van het koninklijk besluit dient het bewijs geleverd te worden dat de uitbreiding van de betrokken verplichting over al de voortbrengers en verdelers strookt met het algemeen belang en dat de verplichting zelf vrijwillig werd opgenomen door deze voortbrengers en verdelers die een ontegensprekelijke meerderheid van de belangen van de betrokken nijverheid vertegenwoordigt.

In huidig advies dienen de drie wettelijke toetsstenen onderzocht te worden:

a) nagaan of de leden van de verzoekers de verplichting waarvan de veralgemening wordt gevraagd, vrijwillig opnemen ;



b) onderzoeken of de personen die zich daartoe bereid verklaren de onbetwistbare meerderheid uitmaken van de belangen in de betrokken sector, en

c) nagaan of de veralgemening tot de gehele sector van de vrijwillig opgenomen verplichting strookt met het algemeen belang.

Vooraf merkt de Raad het volgende op :

- Het prijsherzieningsbeding mist elke duidelijkheid op het vlak van het toepassingsgebied *ratione personae*. Geldt de uitbreiding enkel voor in België gevestigde transportondernemingen, of ook voor in het buitenland gevestigde vervoerders ? Geldt de uitbreiding voor alle transportopdrachten gesloten door een in België gevestigde vervoerder, dit ongeacht de plaats van uitvoering van de opdracht ?
- Het prijsherzieningsbeding is ook niet beperkt in de tijd, wat nochtans een essentieel bestanddeel is van elke algemeen verbindendverklaring. Er is geen onderscheid gemaakt tussen de nieuwe en lopende contracten, zodat voor de bestaande overeenkomsten *post factum* de contractuele afspraken worden gewijzigd.
- Ook het toepassingsgebied *ratione materiae* mist elke duidelijkheid. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen de diverse types vervoercontracten, terwijl de onderhandelingsdynamiek van elk type fundamenteel verschilt. Er is strijdigheid met art.57 van de Wet van 30 maart 1976 betreffende de economische herstelmaatregelen, waarbij gesteld wordt dat prijsherzieningen slechts mogen ten belope van max. 80% van de eindprijs.

## 1) Vrijwillige opname van de verplichting

Voor Febetra stelt zich het probleem dat enkel een buitengewone Raad van Bestuur de contractuele verplichting tot prijsherziening heeft goedgekeurd op een vergadering van 2 november 2000 (met 77,3 % pro en 22,7 % contra). De beslissing werd zelfs niet voorgelegd aan een latere algemene vergadering, b.v. die van 20 maart 2001.

Op basis van art. 4, 4° en 4, 9° van de wet van 31 maart 1898 op de beroepsverenigingen enerzijds en de artikelen 17, 26 en 27 van de statuten anderzijds, is de Raad van oordeel dat de Algemene Vergadering van Febetra bevoegd is om een beslissing te nemen waardoor een prijsherzieningsclausule aan de sector wordt opgelegd.

Er is aldus géén rechtsgeldige vrijwillige opname van de verplichting in de zin van K.B. nr. 62 door het bevoegde orgaan van Febetra genomen.

Bij SAV werd daarentegen wel regelmatig (conform art. 12 van de statuten en de wet van 31 maart 1998) beslist tot opname van de clausule op de buitengewone algemene vergadering van 13 en 14 september 2000. Bij SAV is bijgevolg voldaan aan de voorwaarde voor vrijwillige opname van de prijsherzieningsclausule door de leden.

Gezien aan de voorwaarde is voldaan voor minstens één beroepsfederatie, kan het verzoek in overweging worden genomen.

## 2) Onbetwistbare meerderheid van de sector

De Raad is van oordeel dat de "meerderheid" moet benaderd worden vanuit de economische realiteit. Belangrijk is dat een beduidende meerderheid van de beroepsbeoefenaars aangesloten is bij verzoekers:

- voertuigen: tussen 73,72% en 86,70% (2001)
- arbeiders: 88,3% (1998)
- werkgevers: 81,5% (1998)

UPTR (als derde grootste federatie en concurrent) heeft trouwens géén verzet gedaan.

Verder is het stilzwijgen van de individuele leden ter aanvechting van de indiening van het verzoekschrift een duidelijke indicator. Er zijn dus voldoende redenen om aan te nemen dat de overgrote meerderheid van de beroepsbeoefenaars het verzoek steunen.

De Raad volgt derhalve niet het advies van de Regeringscommissaris die op dit punt opmerkt: "... er stellen zich ernstige bedenkingen over de representativiteit van de verzoekende partijen (de ontegensprekelijke meerderheid van de belangen)."

### 3) Onderzoek in het kader van het algemeen belang

Tot de toetsing van het niet strijdig zijn van de voorgenomen maatregel met het algemeen belang, behoort o.m. het nagaan of het invoeren van de maatregel compatibel is met het mededingingsrecht, die van openbare orde is, en een transporteconomische analyse van de voorgenomen maatregel.

#### a) conformiteit met de concurrentiewetgeving

Hoofdzakelijk onder verwijzing naar het arrest van het Hof van Justitie van 30 januari 1985 in zaak 123/83, BNIC/Clair hebben verzetdoende partijen betoogd dat algemeen verbindendverklaring van een verplichte clause tot prijsherziening met name strijdig zou zijn met artikelen 81 in combinatie met 3, sub g, en 10 EG-Verdrag. Krachtens artikel 10 EG-Verdrag zijn de Lidstaten immers gebonden door de plicht van gemeenschapstrouw, waardoor zij zich dienen te onthouden van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van dit verdrag in gevaar kunnen brengen.

De Raad stelt inderdaad vast dat het effect van het prijsherzieningsbeding, aangezien het van rechtswege van toepassing zou zijn op elke lopende en nieuwe overeenkomst voor goederenvervoer over de weg, niet beperkt blijft tot de Belgische markt (of een wezenlijk deel ervan).

Uit het dossier blijkt voorts dat het idee om via toepassing van K.B. nr. 62 te komen tot het veralgemenen van een verplichte clause van prijsherziening, door de Belgische overheid is gelanceerd, of minstens dat de overheid dit idee actief heeft gesteund. Het optreden van de verzoekende partijen kan niet los worden gezien van het overheidsoptreden. Interactie tussen overheid en private marktoperatoren maakt precies de essentie uit van K.B. nr. 62. Een toetsing aan artikel 81 EG-Verdrag (vgl. artikel 2 van Verordening nr. 1017/68 van 19 juli 1968 houdende de toepassing van mededingingsregels op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren, Pb.L., 175/1 van 23 juli 1968) in combinatie met de artikelen 3, sub g, en 10 EG-Verdrag dringt zich in die omstandigheden op.

Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag als zodanig weliswaar enkel betrekking hebben op het gedrag van ondernemingen en niet op wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen van de Lidstaten, maar dat deze artikelen in samenhang met artikel 10 EG-Verdrag niettemin voorschrijven dat de Lidstaten geen maatregelen, zelfs niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, mogen nemen of handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken. Het Hof heeft geoordeeld dat een verdragsschending met name voorligt wanneer een Lidstaat het tot stand komen van met artikel 81 EG-Verdrag strijdige mededingingsregelingen oplegt of begunstigt dan wel de werking ervan versterkt, of aan haar eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers over te dragen (zie meest recent het arrest van het Hof van Justitie van 19 februari 2002, zaak C-35/99, Arduino).

In dat verband dient vastgesteld dat er zich in de rechtspraak van het Hof een onmiskenbare tendens aftekent om de gecombineerde toepassing van genoemde artikelen 3, sub g, 10 en 81-82 aan zeer strenge voorwaarden te onderwerpen. In de overgrote meerderheid van de hem voorgelegde en relevante zaken weigert het Hof van Justitie tot een schending van die artikelen te besluiten, ofwel omdat niet is aangetoond dat een nationale overheid een vooraf bestaande kartelovereenkomst heeft

overgenomen, ofwel omdat de nationale overheid door marktoperatoren gemaakte afspraken toetst aan criteria van algemeen belang, of nog omdat de nationale overheid een reële discretie behoudt om zulke afspraken naar eigen inzicht te wijzigen (zie behalve het reeds geciteerde arrest Arduino o.m. ook de arresten van 21 september 1999 in zaak C-67/96, Albany International; zaak C-219/97, Drijvende Bokken; en gevoegde zaken C-115/97 tot en met C-117/97, Brentjens', evenals het arrest van 12 september 2000, gevoegde zaken C-180/98 tot en met C-184/98, Pavlov).

In principe sluit de Raad zich aan bij de interpretatie van het Hof van Justitie. In deze omstandigheden wenst de Raad niet te besluiten dat in casu een schending van artikelen 3, sub g, 10 en 81 EG-Verdrag (vgl. artikel 2 van Verordening nr. 1017/68 van 19 juli 1968 houdende de toepassing van mededingingsregels op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren, Pb.L., 175/1 van 23 juli 1968) voorligt, zonder voorafgaandelijk minstens contact te hebben opgenomen met de Europese Commissie.

Wat dit laatste punt betreft, stelt de Raad vast dat de verzetdoende partijen de Raad verzoeken om desgevallend contact op te nemen met de Europese Commissie op grond van punt 52 van de Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de Lidstaten bij de behandeling van onder de artikelen 85 en 86 EG-Verdrag vallende zaken (Pb.C., 313/3 van 15 oktober 1997).

De Raad merkt echter op dat deze mededeling niet geldt voor de mededingingsregels voor de vervoersector, gezien het grote aantal specifieke kenmerken van de procedure voor zaken in de sector (§ 67 van de Mededeling).

De Raad zou echter in een mogelijks toekomstige zaak kunnen overwegen om alsnog contact op te nemen met de Europese Commissie op grond van artikel 10 EG-Verdrag. De plicht tot gemeenschapstrouw impliceert dat wanneer de uitvoering van het gemeenschapsrecht bijzondere problemen stelt, de Lidstaten deze moeten voorleggen aan de Commissie en met de Commissie te goeder trouw moeten samenwerken om de gerezen moeilijkheden te overwinnen.

De Raad is echter van oordeel dat hij zich in huidig advies niet verder dient uit te spreken over de al dan niet verenigbaarheid met de kartelrechtelijke bepalingen uit het EG-Verdrag en evenmin moet overgaan tot contactname met de Europese Commissie, gelet op de hiernavolgende transporteconomische analyse van de maatregelen.

## b) economische analyse van de maatregel

De Raad is van oordeel dat er geen economische onderbouwing bestaat die aantoonde dat een verplicht systeem (dus niet facultatief) noodzakelijk zou zijn voor het algemeen belang. Dit blijkt uit volgende overwegingen:

Mededinging moet tot doel hebben dat goederen en diensten efficiënt geproduceerd worden. Dat betekent niet dat de prijs zo laag mogelijk moet zijn en dat transport ter beschikking van de bedrijven moet worden gesteld tegen prijzen die de kosten onderschatten. De wildgroei van mobiliteit en vervoer is juist ontstaan door onvoldoende aanrekening in de transportprijzen van de kosten inzake infrastructuur, milieu, enz... Het is dan ook uitermate wenselijk en zelfs in het algemeen belang dat bij kostenstijging ook de vervoerprijzen verhogen.

Een prijsindexering neemt bij de transportbedrijven de aansporing niet weg om te investeren in efficiënt en kostenbesparend materieel. Ook bij prijsindexering genieten ze ten volle van de kostenbesparingen. Uit het oogpunt van gezonde mededinging is het derhalve aanvaardbaar dat wegvervoerders een clausule van prijsherziening in hun contracten zouden opnemen. Het moet echter een correcte clausule zijn.

Het verzoek in casu voorziet slechts zeven mogelijke kostenindices (gepubliceerd door het IWT) als basis voor een prijsherziening:

- stukgoedvervoer
- nationaal vervoer
- algemeen internationaal vervoer
- algemeen internationaal vervoer België-Duitsland
- algemeen internationaal vervoer België-Frankrijk
- algemeen internationaal vervoer België-Spanje
- algemeen internationaal vervoer België-Italië

De vervoerkosten vertonen echter véél meer structurele verschillen dan enkel de geografische lokalisatie van het vervoer. Bijvoorbeeld:

- de kosten van het rijdend personeel in verhouding tot de diverse laadvermogens
- de brandstofprijzen in verhouding tot de diverse laadvermogens
- afzonderlijke prijsindexering voor retourvrachten
- afzonderlijke prijsindexering voor transportprestaties bij nacht of buiten de normale bedrijfsuren

De voorgestelde zeven kostenindices zijn totaal ontoereikend om met de heterogeniteit van de kostenstructuur inzake wegtransport adequaat rekening te houden. Een index die sterk van de echte kostprijsevolutie afwijkt, belet een correcte prijsvorming en zal moeilijk door de marktpartijen aanvaard worden.

Uit het advies van prof. Blauwens blijkt dat er reeds ervaring bestaat m.b.t. verplichte prijsvorming in het wegvervoer. De Beneluxlanden, Frankrijk, Italië en Duitsland hebben een tijd na de Tweede Wereldoorlog hun wegvervoer onderworpen aan een regime van wettelijk verplichte prijzen. Dit systeem werd uiteindelijk afgeschaft.

De verplichte prijzen weken aanzienlijk af van de werkelijke kosten. Vervoerders en opdrachtgevers ontdoken de voorgeschreven prijzen o.a. door verkeerde opgave van ladinggewicht en afstand, door creditnota's voor fictieve schade of verlies, bijkomende vervoerprestaties zonder factuur, enz..... Het gevaar dat het thans voorgestelde regime (dat niet marktconform is omdat er onvoldoende band bestaat tussen de reële kosten en de zeer uiteenlopende soorten transport) aanleiding zal geven tot dergelijke ontsnappingsmechanismen en overtredingen, is zeker niet denkbeeldig.

De voorgestelde clausule zou enkel effect hebben bij schriftelijke vervoercontracten van lange termijn. In alle andere gevallen zou bij een indexsprong het lopende contract kunnen opgezegd worden en door een nieuw contract (met een nieuwe basisprijs) worden vervangen. Er kan ook een nieuw contract gesloten worden tussen twee andere vennootschappen of met gewijzigde voorwaarden. Handhaving van de indexingsverplichting is in de praktijk onmogelijk.

Er is een voldoende informatie en inzicht bij de onderhandelaars inzake contracten van wegtransport. Enerzijds moeten de marktpartijen beschikken over heldere en correcte kostenindices om prijsherziening te berekenen. Anderzijds moeten ze voldoende inzicht hebben dat kostenstijging te verwachten is en dat deze in de prijs moet worden opgenomen.

Er zullen altijd vervoerders zijn die tot elke prijs een contract willen binnenhalen en bereid zijn te gokken op het uitblijven van elke kostenstijging in de toekomst. Het levert echter niets op om de sector tegen deze slechte ondernemers te willen beschermen via een wettelijke verplichting tot prijsindexering. Hun wanhopige concurrentiestrijd zal zich dan verplaatsen naar lagere aanvangsprijzen, illegale rijtijden, overbelading, rijden met rode diesel, ontduiking van verplichte verzekeringen, enz. ....

De Raad volgt hiermede het advies van prof. Blauwens, ook in de mate dat dit, op dit vlak, afwijkt van het advies van prof. Flamée.

Als samenvatting van de economische analyse van de maatregel kan gesteld worden dat de publicatie van heldere en toegankelijke kostenindices en de facultatieve toepassing daarvan in de vervoercontracten, beter uitzicht biedt op een kostengetrouwe en reële toepassing van clausules voor prijsherziening dan het verplicht opleggen ervan.

Om deze redenen

### De Raad voor de Mededinging

Gelet op het KB nr. 62 van 13 januari 1935 (B.S. 18 januari 1935), zoals gewijzigd bij de Wet van 5 augustus 1991 (B.S. 11 oktober 1991) ;

Verleent NEGATIEF advies inzake het verzoekschrift van FEBETRA en SAV dat ertoe strekt om vanaf 1 januari 2001 de verplichting om de prijzen voor het goederenvervoer over de weg te onderwerpen aan een prijsherzieningsclausule, te doen uitbreiden tot de volledige sector en dit ook voor de niet geschreven vervoersovereenkomst in toepassing van art. 2 en 4 van het KB nr. 62 (B.S. 20 december 2000) ;

Aldus verleend op 5 april 2002 door de Kamer van de Raad voor de Mededinging, samengesteld uit: de heer Frank Deschoolmeester, kamervoorzitter; mevrouw Béatrice Ponet, Voorzitter van de Raad voor de Mededinging, mevrouw Dominique Smeets en de heer Wouter Devroe, leden.

## **2.2. Advies over de herziening van de aanmeldingsdrempels voor concentraties zoals voorzien door artikel 11 W.B.E.M.**

De Raad voor de Mededinging wenst op te merken dat dit advies niet zal ingaan op het verzoek van de Minister van Economie van 15 juli 2002 waarbij de Raad voor de Mededinging wordt verzocht om een advies te geven over het voorstel tot herziening van het regime inzake concentratiecontrole zoals voorzien door de Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging van 5 augustus 1991.

De adviesaanvraag van 15 juli 2002 zal het voorwerp uitmaken van een afzonderlijk advies.

Gelet op de vraag van de Minister van Economie van 1 augustus 2000 aan de Directeur Generaal van het Bestuur Handelsbeleid om hem de resultaten mee te delen van een studie over de verhoging van de aanmeldingsdrempels inzake concentraties en om hem de eventuele voorstellen tot wijziging van het concentratiecontroleregime, zoals voorzien door de Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging van 5 augustus 1991 (hierna de "WBEM"), over te maken.

Gelet op de nota van 13 oktober 2000 van de adviseur-generaal bij het Bestuur Handelsbeleid aan de Minister van Economie waarin een aantal voorstellen tot wijziging van artikel 11, §1 van de WBEM worden geformuleerd :

- Een verhoging van de omzetcijfers zoals voorzien in artikel 11 van de WBEM.
- Het vervangen van een controle a priori door een controle a posteriori.
- De introductie van een "de minimis" regel.

Gelet op het feit dat de nota van het Bestuur Handelsbeleid op 13 oktober 2000 door de Minister van Economie werd overgemaakt aan de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging met het verzoek aan de Raad voor de Mededinging om hierover een advies voor te bereiden. Binnen de Raad voor de Mededinging werd daartoe een Werkgroep "drempels" opgericht. De werkgroep besloot later om de herziening van de drempels te analyseren in samenhang met de recente voorstellen van de Europese Commissie tot wijziging van de Europese concentratiecontrolereguleerdering zoals omschreven in het Groenboek van 11 december 2001.

Gelet op artikel 11, §2 van de WBEM dat voorziet dat de Koning, bij een in Ministerraad overlegd besluit, en na raadpleging van de Raad voor de Mededinging en de Commissie voor de Mededinging, de aanmeldingsdrempels kan verhogen.

Gelet op artikel 11, §3 van de WBEM volgens het welke de Raad voor de Mededinging om de drie jaar tot een toetsing van de aanmeldingsdrempels moet overgaan, daarbij rekening houdend met de economische impact en de administratieve last voor de ondernemingen. Aangezien de nieuwe aanmeldingsdrempels in werking zijn getreden op 1 juli 1999, zou de Raad in ieder geval na 1 juli 2002 tot een evaluatie van de aanmeldingsdrempels moeten overgaan. Dit advies kadert dus in de "verplichting" opgenomen in artikel 11, §3 van de WBEM.

Gelet op artikel 16 van de WBEM volgens het welke de Raad voor de Mededinging de bevoegdheid van beslissing, van voorstel en advies heeft.

### **A. Historisch overzicht van de wijzigingen van de aanmeldingsdrempels**

De WBEM voorzag aanvankelijk dat een concentratie aanmeldingsplichtig was "wanneer de betrokken ondernemingen samen een omzet (...) van één miljard BEF totaliseren en samen meer dan 20% van de betrokken markt controleren." Artikel 46 van de WBEM maakte duidelijk dat de omzetsdrempel niet op Belgisch niveau, maar wereldwijd diende beschouwd te worden. Bij Koninklijk Besluit van 31 maart 1995 werden beide drempels verhoogd (B.S., 28 april 1995, p. 11276). De omzetsdrempel werd op 3 miljard BEF gebracht. De marktaandeeldrempel ging van 20% naar 25%. Deze wijzigingen traden in werking op 1 mei 1995.

Het wereldwijde omzetcriterium bleek niet voor onoverkomelijke problemen te zorgen aangezien dit vrij eenvoudig kon worden bepaald. Echter, het feit dat voor de omzetsdrempel de wereldwijde omzet in aanmerking diende genomen te worden had tot gevolg dat ondernemingen die in België over een marktaandeel van 25% beschikten op de betrokken markt, verplicht waren de overname van een buitenlandse onderneming aan te melden, ook al had deze overname geen enkel effect op de Belgische markt, omdat de wereldwijde omzetsdrempel van 3 miljard BEF was bereikt.

Het bepalen van de marktaandeeldrempel bleek vrij problematisch. Aanvankelijk oordeelde de Raad voor de Mededinging dat het volstond dat de marktaandeeldrempel werd behaald door één betrokken van de betrokken ondernemingen bij de concentratie. Bij wijze van voorbeeld kan verwezen naar de boetes die door de Raad voor de Mededinging werden opgelegd aan Interbrew wegens het laattijdig aanmelden van een aantal concentraties in landen zoals Bulgarije, Roemenië en Croatië waar een band met België totaal afwezig was (Beslissing van 18 mei 1995, nr. 95-C/C-15, N.V. Interbrew Nederland/B.V. Allied Domecq Netherlands, B.S., 25 september 1995, p. 26346; beslissingen van 10 juli 1995, nr. 95-C/C-18, N.V. Interbrew/Privatisation Agency of the Republic of Bulgaria, B.S., 29 september 1995, p. 27872; nr. 95-C/C-19, N.V. Interbrew/International Finance, B.S., 29 september 1995, p. 27873; nr. 95-C/C-20, N.V. Interbrew/Zagrebacka Pivovara, B.S., 29 september 1995, p. 27873; nr. 95-C/C-21, N.V. Interbrew/Privatisation Agency of the Republic of Bulgaria, B.S., 3 oktober 1995, p. 28097).

De Raad voor de Mededinging heeft zijn beslissingspraktijk later bijgesteld. In het eerste Mededingingsverslag (Raad voor de Mededinging, Eerste activiteitenverslag 1993-1994, Brussel, Ministerie van Economische Zaken, 1995, p. 51) en later in de DHL beslissing (Beslissing van 16 januari 1995, nr. 95-C/C-2, DHL International N.V./Express Line N.V., B.S., 8 maart 1995, p. 5273) heeft de Raad voor de Mededinging bepaald dat het moest gaan om “nationale productmarkten op dewelke de concentratieoperatie gevolgen kan hebben.” In de zaak Interbrew/Desna (Beslissing van 20 augustus 1996, nr. 96-C/C-17, Interbrew/Desna, B.S., 19 september 1996, p. 24468) heeft de Raad voor de Mededinging deze rechtspraak verder verfijnd. De Raad bepaalde in voormelde zaak dat “de operatie niet aangemeld dient te worden omdat vaststaat dat zij geen enkele weerslag heeft op geen enkele markt in België.” Het loutere feit dat één van de bij de concentratie betrokken ondernemingen in België een marktaandeel had van 25% volstond niet meer. Er werd thans ook een effect op de Belgische markt vereist. Deze rechtspraak werd later duidelijk bevestigd in Isolde/BASF waar de Raad voor de Mededinging stelde dat “[H]et toepassingsgebied van de Belgische concentratieverordening ligt binnen de Belgische markt. Overnames die geen enkele invloed op de Belgische markt hebben of kunnen hebben, ook al zouden de betrokken ondernemingen samen of afzonderlijk een Belgisch marktaandeel van meer dan 25% hebben, vallen niet onder de wet.” (Beslissing van 4 februari 1997, nr. 97-C/C-2, Isolde Verwaltungsgesellschaft mbH/BASF AG, B.S., 12 maart 1997, p. 5331).

Bij de wetwijzigingen van april 1999 werd de 25% marktaandeeldrempel weggelaten. De enige test is thans een omzetsdrempel. Nochtans is de omzetsdrempel niet helemaal verdwenen. Er wordt immers bepaald dat concentraties waarbij de betrokken ondernemingen samen minder dan 25% van de betrokken markt controleren toelaatbaar verklaard worden (artikel 33, §2, alinea 1 a) van de WBEM).

De wet van 26 april 1999 voorzag dat de bepalingen inzake concentratiecontrole alleen van toepassing waren wanneer (i) de betrokken ondernemingen samen in België een omzet hadden van méér dan 1 miljard BEF en (ii) ten minste twee van de betrokken ondernemingen elk een omzet in België realiseren van ten minste 400 miljoen BEF. Deze drempels werden verhoogd bij Koninklijk Besluit van 14 juni 1999.

Artikel 11, §1 van de WBEM voorziet thans dat de bepalingen inzake concentratiecontrole alleen van toepassing zijn wanneer (i) de betrokken ondernemingen samen in België een omzet hebben van méér dan 40 miljoen euro (1.613.596.000 BEF) en (ii) ten minste twee van de betrokken ondernemingen elk een omzet in België realiseren van ten minste 15 miljoen euro (605.098.500 BEF). Het komt verder, zoals in het verleden, aan de Koning toe om bij een in Ministerraad overlegd besluit, en na raadpleging

van de Raad en de Commissie voor de Mededinging, de omzetdrempels te verhogen. Zoals reeds werd aangetoond door het Koninklijk Besluit van 14 juni 1999 (Koninklijk Besluit van 14 juni 1999 tot verhoging van de drempels bedoeld in artikel 11, §1 van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, B.S., 31 juli 1999, p. 28774. Oorspronkelijk waren de omzetdrempels vastgesteld op respectievelijk 1 miljard BEF en 400 miljoen BEF) heeft deze bepaling aan belang gewonnen nu de wetgever heeft geopteerd voor een omzetdrempel. Het is immers veel gemakkelijker en efficiënter om de reikwijdte van een concentratiecontroleregeling aan te passen door het verhogen van minimum omzetcijfers dan door het wijzigen van marktaandeelen. Artikel 11, §3 WBEM verplicht de Raad overigens om de drempels om de drie jaar te toetsen en daarbij rekening te houden met de economische impact en de administratieve last voor de ondernemingen. Het is de Dienst voor de Mededinging die met het oog op deze toetsing verslag moet uitbrengen aan de Raad.<sup>1</sup>

## B. Analyse van de statistieken

Uit de statistieken die als bijlage 1 bij dit advies worden toegevoegd blijkt onder andere dat :

- Sinds 1 juli 1999 (datum van de inwerkingtreding van de gewijzigde aanmeldingsdrempels) tot en met december 2001 werden 107 concentraties aangemeld. Bij 74 van deze concentraties bedroeg het marktaandeel van de aanmeldende partijen minder dan 25%, dus in 69% van alle aangemelde transacties.
- Het aantal aanmeldingen sinds 1998 (dus ook vóór de wetwijziging) is min of meer constant gebleven en schommelt rond een gemiddeld aantal van ongeveer 4 aanmeldingen per maand. Hieruit kan worden afgeleid dat het effect van de wetwijzigingen in april 1999 praktisch onbestaande is wat het aantal aangemelde concentraties betreft.
- In 1993 werden gemiddeld 3,3 concentraties per maand aangemeld, in 1994 werden gemiddeld 3,2 concentraties per maand aangemeld, in 1995 werden gemiddeld 4 concentraties per maand aangemeld, in 1996 werden gemiddeld 3,8 concentraties per maand aangemeld, in 1997 werden gemiddeld 5 concentraties per maand aangemeld, in 1998 werden gemiddeld 4,3 concentraties per maand aangemeld, in 1999 werden gemiddeld 2,9 concentraties per maand aangemeld, in 2000 werden gemiddeld 3,6 concentraties per maand aangemeld en in 2001 tenslotte werden gemiddeld 4 concentraties per maand aangemeld.
- Wat de economische sectoren betreft waarin de aanmeldende partijen (ondernemingen) actief zijn kan ook een opvallende verschuiving worden waargenomen sinds de wetwijziging in april 1999. Het blijkt dat bijvoorbeeld in de periode januari 1998 tot en met juni 1999 (dus vóór de wetwijziging) de aanmeldende partijen vooral actief waren in de "productie" sector (in 81% van de aangemelde transacties). In de periode juli 1999 tot en met december 2001 (na de wetwijziging) krijgen we een meer gevarieerd beeld met een lichte dominantie van de distributiesector (groothandel en kleinhandel) en de vastgoedsector, respectievelijk met 24% en 16%. De verschuiving naar de distributiesector lijkt plausibel omdat deze ondernemingen hoge omzetcijfers behalen maar niet de marktaandeeldrempel van 25%. Er is immers veel concurrentie in deze sector.
- Uit de statistieken blijkt ook dat zelfs indien de gezamenlijke omzetdrempel van 40 miljoen euro, zoals voorzien in artikel 11 van de WBEM, zou worden verhoogd tot ongeveer 1,239,500,000 euro, 80 van de sinds 1 juli 1999 aangemelde concentraties nog steeds onder het toepassingsgebied van deze drempel zouden vallen in plaats van de 107 aangemelde concentraties.

## C. Analyse van de denkpijsten

De Raad voor de Mededinging heeft drie voorstellen geanalyseerd en geëvalueerd.

### *a. Verhoging van de omzetdrempels*

Alhoewel de Raad voor de Mededinging initieel had geoordeeld dat een verhoging van de omzetdrempels niet opportuun was (zie Jaarverslag 2000 van de Raad, p. 19), is de Raad thans van oordeel dat een verhoging van de omzetdrempels één van de mogelijkheden is om het aantal aanmeldingsplichtige concentraties aanzienlijk te verminderen. De Raad voor de Mededinging stelt daarom voor om de omzetdrempels te verhogen en in ieder geval te indexeren. De Raad wenst echter

---

<sup>1</sup> Voor een meer diepgaande analyse wordt verwezen naar het Jaarverslag van de Raad voor de Mededinging – werkingsjaar 2000 en de tekst welke is opgenomen in het Jaarverslag.



geen stelling in te nemen over de exacte hoogte van deze aanmeldingsdrempels en stelt voor dat dit het voorwerp zou uitmaken van een economische studie of advies.

De Raad voor de Mededinging wenst er dit verband wel op te wijzen dat de omzeldrempels in Nederland recent werden verhoogd tot respectievelijk 113,450,000 euro en 30 miljoen euro, met dien verstande dat voor het gezamenlijke omzetcijfer gekeken wordt naar de wereldwijde omzet.

#### *b. Een controle a posteriori*

De Raad voor de Mededinging beschouwt de invoering van een a posteriori controle als een vrij drastische maatregel die ingaat tegen de tendens waarbij de andere EG lidstaten een a priori controle hebben ingevoerd. Deze optie werd trouwens verworpen door het parlement tijdens de besprekingen van de hervorming van de WBEM.

#### *c. De minimis regel*

De Raad voor de Mededinging merkt op dat de introductie van een de minimis regel waarbij een marktaandeeldrempel van 25% wordt gehanteerd betekent dat dit criterium, dat reeds als aanmeldingscriterium gold onder de "oude" wet, opnieuw zou worden geïntroduceerd. De marktaandeeldrempel werd verwijderd als aanmeldingscriterium gelet op de rechtsonzekerheid die de toepassing van deze drempel met zich meebracht. Deze optie lijkt daarom niet opportuun.<sup>2</sup>

#### *d. Alternatieve denkpiste van de Raad*

Naast de reeds voorgestelde verhoging van de omzeldrempels, heeft de Raad voor de Mededinging een alternatieve denkpiste uitgewerkt die hierna zal worden voorgesteld. De Raad voor de Mededinging is voorstander van een vereenvoudigde aanmeldingsprocedure voor bepaalde concentraties. Er dient te worden opgemerkt dat de introductie van een dergelijke vereenvoudigde aanmeldingsprocedure gepaard kan gaan met een verhoging van de omzeldrempels.

### **D. Het voorstel van de Raad voor de Mededinging**

#### *a. Een vereenvoudigde aanmeldingsprocedure*

Vooraf dient te worden opgemerkt dat het huidige aanmeldingsformulier CONC-C/C-1 in afdelingen 5 en 7 reeds voorziet dat, onder bepaalde voorwaarden, inlichtingen niet moeten worden meegedeeld. Bovendien kan het Korps Verslaggevers aan de aanmeldende partijen toestaan dat bepaalde informatie niet moet worden medegedeeld (zie artikel 5, §4 van het Koninklijk Besluit van 23 maart 1993 betreffende het aanmelden van concentraties van ondernemingen).

##### **i) Doelstellingen van een vereenvoudigd aanmeldingsformulier**

De belangrijkste doelstelling van een vereenvoudigd aanmeldingsformulier moet erin bestaan om enerzijds de administratieve last voor de ondernemingen te verlichten en om anderzijds de werklast van de Dienst voor de Mededinging, het Korps Verslaggevers en de Raad voor de Mededinging te reduceren. Dit zou aan de Raad voor de Mededinging de mogelijkheid geven om zich meer te concentreren op de toepassing van de artikelen 2 en 3 van de WBEM.

Daarnaast mag niet uit het oog worden verloren dat de mededingingsautoriteiten over een minimum aan informatie moeten beschikken om een aangemelde transactie te kunnen beoordelen.

---

<sup>2</sup> Uit het Groenboek van de Commissie inzake de hervorming van de Europese concentratiecontroleverordening blijkt trouwens ook dat de Commissie, voor het beoordelen of een concentratie in meerdere lidstaten moet worden aangemeld, voorstander is van een aanmeldingscriterium dat gebaseerd is op omzetcijfers. Zie Groenboek, p. 18, para. 61.

Vervolgens moet ook bepaald worden welke concentraties voor een vereenvoudigde procedure in aanmerking komen. Er moeten hiervoor duidelijke objectieve criteria worden vastgesteld. In principe zou men kunnen stellen dat concentraties waarvan men prima facie kan vaststellen dat ze niet zullen leiden tot het ontstaan of het versterken van een machtspositie, moeten kunnen genieten van een vereenvoudigde procedure.

## ii) Juridische basis

De Raad voor de Mededinging en het Korps Verslaggevers kunnen, naar het voorbeeld van de Europese Commissie, een mededeling publiceren waarin de vereenvoudigde procedure wordt vastgelegd en uiteengezet.<sup>3</sup> Wat de EG betreft dient te worden opgemerkt dat dergelijke mededelingen niet bindend zijn.<sup>4</sup> Deze mededelingen leggen het beleid van de Commissie vast en dienen vooral als leidraad voor de ondernemingen. Zij kunnen ten allen tijde door de Commissie worden gewijzigd. In dit concrete geval zou de mededeling uitgevaardigd worden enerzijds, door de Raad voor de Mededinging en anderzijds, door het Korps Verslaggevers. De Raad voor de Mededinging meent immers dat de rol van het Korps in het kader van een vereenvoudigde aanmeldingsprocedure essentieel is. De rol van het Korps en de Raad in een aanmeldingsprocedure wordt hierna bondig uiteengezet.

Artikel 12, §1 van de WBEM voorziet dat concentraties bij de Raad voor de Mededinging moeten worden aangemeld. Krachtens artikel 32bis, §1 van de WBEM worden de aanmeldingen van concentraties onverwijld voor onderzoek aan het Korps Verslaggevers overgemaakt. Na het onderzoek legt de verslaggever het dossier en zijn met redenen omkleed verslag voor aan de Raad voor de Mededinging. De Raad hoort de aanmeldende partijen en neemt daarna een beslissing betreffende de concentratie.

Een mededeling biedt het voordeel dat zij geen wetswijziging vereist, noch een wijziging van het Koninklijk Besluit waarin het aanmeldingsformulier CONC C/C – 1 is opgenomen.

Vanzelfsprekend kan ook het Koninklijk Besluit worden gewijzigd waarbij een vereenvoudigd aanmeldingsformulier (met toepassingsmodaliteiten) aan het Koninklijk Besluit wordt toegevoegd. Deze optie heeft als nadeel dat zij een ingreep van de Minister vereist en dus tijdrovend kan zijn. Anderzijds kan deze optie wel overwogen in samenhang met een verhoging van de omzeldrempels die ook bij Koninklijk Besluit kunnen worden verhoogd. De Raad is evenwel van mening dat de voorgestelde vereenvoudigde procedure geen wijziging van bovenvermeld Koninklijk Besluit vereist en dat deze procedure kan worden geïntroduceerd onafhankelijk van een verhoging van de omzeldrempels.

De Raad voor de Mededinging heeft in de context van de vereenvoudigde aanmeldingsprocedure zelf een voorstel geformuleerd waarbij aan de partijen, naar het voorbeeld van de EG, de mogelijkheid wordt gegeven om bepaalde informatie niet op te nemen in het aanmeldingsformulier wanneer de concentratie beantwoordt aan de criteria voor een vereenvoudigde aanmelding.

---

<sup>3</sup> Zie Mededeling van de Commissie betreffende een vereenvoudigde procedure voor de behandeling van bepaalde concentraties krachtens Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad, *PbEG* 2000 C 217/2.

<sup>4</sup> Kerse merkt in dit verband op dat dergelijke mededelingen geen bindende rechtskracht hebben. Zie C.S. Kerse, *E.C. Antitrust Procedure*, Sweet & Maxwell, Londen, 1998, p. 320. Van Gerven e.a. stellen dat dergelijke mededelingen of bekendmakingen het vermijden van interpretatie bij de toepassing van de mededingingsvoorschriften tot doel hebben. Zij zijn voor de rechtsonderhorigen belangrijke hulpinstrumenten die echter noch het Gerecht van Eerste Aanleg of het Hof van Justitie, noch de nationale rechter binden. Echter, krachtens het adagium *patere legem quam ipse fecisti*, mag van de Commissie worden verwacht dat zij er, behoudens bijzondere omstandigheden, niet van afwijkt. De Commissie kan natuurlijk wel, los van individuele toepassingsgevallen, deze mededelingen te allen tijde herroepen, intrekken of wijzigen. Zie Van Gerven, e.a., *Kartelrecht II. Europese Gemeenschap*, Tjeenk Willink, 1997, p. 568. Deze principes zouden volgens de Raad voor de Mededinging ook gelden inzake de toepassing van het Belgische mededingingsrecht en dus, zij het in beperkte mate, de Raad voor de Mededinging en het Korps Verslaggevers binden.

### iii) Overzicht van de vereenvoudigde procedure

In de mededeling zal worden uiteengezet onder welke voorwaarden de vereenvoudigde procedure zal worden toegepast en zal deze procedure worden beschreven.

### iv) Voor de toepassing van de vereenvoudigde procedure in aanmerking komende categorieën concentraties

De vereenvoudigde procedure zou op de volgende categorieën concentraties van toepassing zijn:

- Twee of meer ondernemingen verwerven de gezamenlijke zeggenschap over een gemeenschappelijke onderneming, op voorwaarde dat de gemeenschappelijke onderneming in België niet, of slechts in geringe mate, werkzaam is of zal zijn. Dergelijke gevallen doen zich voor wanneer:
  - de omzet<sup>5</sup> van de gemeenschappelijke onderneming en/of de omzet van de ingebrachte bedrijfsactiviteiten<sup>6</sup> in België minder dan 15 miljoen euro bedraagt, en
  - de totale waarde van de aan de gemeenschappelijke onderneming overgedragen activa<sup>7</sup> in België minder dan 15 miljoen euro bedraagt.<sup>8</sup>
- Twee of meer ondernemingen fuseren, of één of meer ondernemingen verwerft of verwerven de uitsluitende of gezamenlijke zeggenschap over een andere onderneming, op voorwaarde dat geen der partijen bij de concentratie bedrijfsactiviteiten op dezelfde productmarkt en/of geografische markt verricht, dan wel op een productmarkt die in de bedrijfskolom hoger of lager gelegen is dan een productmarkt waarop een andere partij bij de concentratie werkzaam is.
- Twee of meer ondernemingen fuseren, of één of meer ondernemingen verwerft of verwerven de uitsluitende of gezamenlijke zeggenschap over een andere onderneming:
  - en twee of meer partijen bij de concentratie verrichten bedrijfsactiviteiten op dezelfde productmarkt en dezelfde geografische markt (horizontale relaties);
  - een of meer van de partijen bij de concentratie bedrijfsactiviteiten uitoefenen op een productmarkt die zich hoger of lager in de bedrijfskolom bevindt dan een productmarkt waarop een andere partij bij de concentratie actief is (verticale relaties),op voorwaarde dat hun gezamenlijke marktaandeel minder dan 25% bedraagt bij horizontale banden en minder dan 25% bij verticale banden.
- De aanmeldende partijen zijn actief op een zogenaamde kleine markt ("small markets") met uitsluiting echter van onder andere "emerging markets" en "innovative markets".

### Garanties en uitsluitingen

Bij de beoordeling van de vraag of een concentratie binnen een van de genoemde categorieën valt, zullen het Korps Verslaggevers en de Raad voor de mededinging zich ervan vergewissen of alle relevante omstandigheden voldoende duidelijk zijn vastgesteld. Daar de marktbeoordeling bij deze

---

<sup>5</sup> De omzet van de gemeenschappelijke onderneming moet worden bepaald aan de hand van de recentste gecontroleerde jaarrekeningen van de moedermaatschappijen of van de gemeenschappelijke onderneming zelf, afhankelijk van de vraag of voor de in de gemeenschappelijke onderneming samengevoegde activiteiten afzonderlijke jaarrekeningen beschikbaar zijn.

<sup>6</sup> De woorden "en/of" doelen op de verschillende situaties die in aanmerking kunnen komen, bijvoorbeeld:

bij de gezamenlijke overname van een bestaande onderneming is de in aanmerking te nemen omzet die van de onderneming waarvan overname is beoogd (de gemeenschappelijke onderneming);

bij de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming waarin de moedermaatschappijen hun bedrijfsactiviteiten inbrengen, is de in aanmerking te nemen omzet die van de ingebrachte bedrijfsactiviteiten;

wanneer zich bij de ondernemingen die zeggenschap over een bestaande gemeenschappelijke onderneming hebben, een onderneming voegt die daartoe voordien niet behoorde, moeten de omzet van de gemeenschappelijke onderneming en de omzet van de door de nieuwe moedermaatschappij ingebrachte bedrijfsactiviteiten (indien een dergelijke inbreng gebeurt) in aanmerking worden genomen.

<sup>7</sup> De totale waarde van de activa van de gemeenschappelijke onderneming moet worden bepaald aan de hand van de laatste regelmatig opgestelde en goedgekeurde balans van elke moedermaatschappij. Onder "activa" moet worden verstaan: 1) alle materiële en immateriële activa die aan de gemeenschappelijke onderneming zullen worden overgedragen (tot de materiële activa behoren onder meer de productie-installaties, de afzetvoorzieningen voor groot- en kleinhandel en de voorraden), en 2) alle leningen aan de verplichtingen van de gemeenschappelijke onderneming die een moedermaatschappij van de gemeenschappelijke onderneming heeft aanvaard te verstrekken c.q. te waarborgen.

<sup>8</sup> Wanneer de overgedragen activa omzet voortbrengen, mag noch de waarde van de activa noch de omzet meer dan 15 miljoen euro bedragen.

beoordeling een sleutelement kan zijn, worden de partijen aangemaand in de aan de aanmelding voorafgaande fase gegevens over potentiële alternatieve marktbepalingen te verstrekken.

Het is aan de aanmeldende partijen om alle alternatieve relevante productmarkten en geografische markten te beschrijven waarop de aangemelde concentratie gevolgen kan hebben, alsook gegevens en informatie te verstrekken over de bepaling van dergelijke markten.

Hoewel mag worden aangenomen dat bij concentraties die binnen de bovengenoemde categorieën vallen, geen ernstige twijfel bestaat omtrent hun toelaatbaarheid, kunnen er niettemin bepaalde situaties zijn waarin uitzonderlijkwijs (bijvoorbeeld wanneer de markten en/of marktaandelen niet duidelijk bepaalbaar zijn) een nader onderzoek en/of een volledige beslissing noodzakelijk zijn. In dergelijke gevallen zal het Korps Verslaggevers van de toepassing van de vereenvoudigde procedure afzien.

#### v) Procedurele bepalingen

##### Aan de aanmelding voorafgaande contacten

Uit de ervaring is gebleken dat het bedrijfsleven aan de aanmelding voorafgaande contacten tussen de aanmeldende partijen en het Korps Verslaggevers nuttig acht. Dergelijke contacten bieden de mogelijkheid de precieze hoeveelheid gegevens vast te stellen die in de aanmelding moeten worden verstrekt. De aanmeldende partijen wordt derhalve aanbevolen vóór de aanmelding met het Korps contact op te nemen.

##### Aanmelding en aanmeldingsformulier

De aanmelding van het vereenvoudigde aanmeldingsformulier geschiedt bij de Raad voor de Mededinging die het dossier onverwijld doorstuurt naar het Korps Verslaggevers.

De vereenvoudigde aanmeldingsprocedure zal de administratieve last voor ondernemingen aanzienlijk verminderen omdat zij een vereenvoudigd aanmeldingsformulier kunnen indienen waarbij aan de aanmeldende partijen wordt toegestaan om bepaalde informatie niet in het aanmeldingsformulier op te nemen.

Bij een aanmelding in verkorte vorm moeten de aanmeldende partijen inlichtingen verstrekken met betrekking tot de volgende afdelingen en vragen:

- Afdeling 1 (“Algemene inlichtingen betreffende de ondernemingen”)
- Afdeling 2, uitgezonderd de vragen 2.1 d), e), f), h) en i) (“Gegevens betreffende de concentratie”)
- Afdeling 3, enkel de vraag 3.1 (“Eigendom en zeggenschap”)
- Afdeling 5, enkel de vragen 5.1, 5.2 en 5.3 (“Inlichtingen over de betrokken markten”)<sup>9</sup>
- Afdeling 6, enkel de vragen 6.8 en 6.9 (“Algemene kenmerken van de betrokken markten”)<sup>10</sup>
- Afdeling 8 (“Gevolgen van een gemeenschappelijke onderneming inzake samenwerking”)
- Afdeling 10, indien partijen dit wensen (“Algemene vragen”);
- Afdeling 11 (“Verklaring”).

---

<sup>9</sup> De Raad voor de Mededinging en het Korps Verslaggevers zijn van oordeel dat deze informatie onontbeerlijk is in het kader van een vereenvoudigde aanmeldingsprocedure, zelfs indien de partijen alleen of gezamenlijk een marktaandeel bereiken van 20% of minder. Indien de partijen deze informatie niet wensen te verstrekken zal de normale aanmeldingsprocedure worden gevolgd.

<sup>10</sup> De Raad voor de Mededinging en het Korps Verslaggevers zijn van oordeel dat deze informatie onontbeerlijk is in het kader van een vereenvoudigde aanmeldingsprocedure, zelfs indien de partijen alleen of gezamenlijk een marktaandeel bereiken van 20% of minder. Indien de partijen deze informatie niet wensen te verstrekken zal de normale aanmeldingsprocedure worden gevolgd.

De aanmeldende partijen dienen tevens de volgende bijlagen bij de aanmelding te voegen:

- Afschriften van de definitieve of meest recente versies van alle documenten waaruit het voornemen blijkt de concentratie tot stand te brengen, of het nu gaat om een overeenkomst tussen de betrokken partijen, om verwerving van zeggenschap of om een openbaar aanbod tot aankoop of ruil;
- Afschriften van de meest recente jaarrekeningen van alle partijen bij de concentratie (niet van de moedermaatschappijen).
- Afschriften van rapporten of analyses die worden opgesteld voor de doeleinden van de concentratie en waaraan gegevens zijn ontleend voor het verstrekken van de in afdeling 5 en 6 verlangde inlichtingen.
- Een document uitgaande van de ondernemingsraad van elk der aanmeldende partijen waaruit blijkt dat de ondernemingsraad werd ingelicht over de operatie, overeenkomstig de reglementering inzake de inlichtingen die moeten worden verstrekt aan de ondernemingsraad.

In bijlage 2 wordt een voorbeeld van een dergelijk vereenvoudigd aanmeldingsformulier opgenomen.

#### Bekendmaking van het feit dat een concentratie is aangemeld

De informatie die, zodra een aanmelding ontvangen is, in het Belgisch Staatsblad wordt bekend gemaakt omvat: de namen van de partijen bij de concentratie, de aard van de concentratie en de betrokken economische sectoren alsmede de vermelding dat de concentratie op grond van de door de aanmeldende partijen verstrekte informatie, in aanmerking kan komen voor een vereenvoudigde aanmeldingsprocedure. Belanghebbende derden zullen dus nog steeds de mogelijkheid hebben opmerkingen te maken. Van een dergelijke mededeling wordt in bijlage 3 een voorbeeld opgenomen.

#### Een rapport in verkorte vorm

Indien het Korps Verslaggevers van oordeel is dat een concentratie kan genieten van een vereenvoudigde aanmeldingsprocedure zal de verslaggever een sterk vereenvoudigd rapport opstellen dat aan de Raad voor de Mededinging wordt overgemaakt. In essentie zal in het rapport enkel informatie worden opgenomen over de aanmeldende partijen en de sectoren waarin zij actief zijn, een beschrijving van de aangemelde transactie en de vaststelling dat de concentratie voldoet aan de voorwaarden om te kunnen genieten van een vereenvoudigde aanmeldingsprocedure.

#### Een beslissing in verkorte vorm en binnen een verkorte termijn

De Raad voor de Mededinging behoudt de beslissingsbevoegdheid. Wanneer de Raad ervan overtuigd is dat de concentratie voor de vereenvoudigde procedure in aanmerking komt zal hij een beslissing in verkorte vorm nemen. In deze beslissing worden enkel opgenomen: informatie over de aanmeldende partijen en de sectoren waarin zij actief zijn, een beschrijving van de aangemelde transactie, de vaststelling dat de concentratie voldoet aan de voorwaarden om te kunnen genieten van een vereenvoudigde aanmeldingsprocedure en de beslissing over de toelaatbaarheid van de concentratie. Zoals bij alle “volledige” beslissingen zal de Raad de beslissing in het Belgisch Staatsblad bekend maken.

De Raad voor de Mededinging zal er tevens naar streven een beslissing te nemen binnen een verkorte termijn. Het streefdoel is een termijn van 25 dagen na de aanmelding.

Het spreekt vanzelf dat de Raad voor de Mededinging, wanneer hij dit in een bepaalde zaak dienstig acht, steeds een bijkomend onderzoek kan voeren en een volledige beslissing kan nemen binnen de door de WBEM bepaalde termijnen.

De aanmeldende partijen kunnen van een formele hoorzitting afzien ten einde de Raad voor de Mededinging in staat te stellen om binnen een zeer korte termijn een beslissing te nemen.

vi) Beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van de concentratie

De vereenvoudigde procedure zal ook van toepassing zijn op beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandkoming van de concentratie. Wanneer een concentratie bij vereenvoudigde beslissing wordt goedgekeurd, heeft die goedkeuring eveneens betrekking op de beperkingen die door de aanmeldende partijen zijn gespecificeerd en rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandkoming van de concentratie.

#### *b. Een gezamenlijke mededeling door de Raad en het Korps*

De Raad voor de Mededinging is van oordeel dat deze mededeling gezamenlijk door de Raad en het Korps Verslaggevers moet worden aangenomen gelet op de bijzonderheden van de procedure die door de WBEM werd ingesteld. Daaruit blijkt in essentie dat de Raad de beslissingsbevoegdheid heeft, terwijl de onderzoeksbevoegdheden werden toevertrouwd aan het Korps. Deze dualiteit vindt men terug in de vereenvoudigde aanmeldingsprocedure die de bevoegdheden van de Raad en het Korps, zoals voorzien door de WBEM, respecteert. Aangezien zowel de Raad als het Korps betrokken zijn bij de vereenvoudigde aanmeldingsprocedure is het logisch dat de mededeling gezamenlijk door de Raad en het Korps wordt aangenomen. Het voorstel gezamenlijke mededeling is in bijlage 4 opgenomen.

### E. Het groenboek inzake de herziening van de EG-concentratieverordening

Het voorstel van de Europese Commissie over de herziening van de EG concentratieverordening zoals neergelegd in het Groenboek van 11 december 2001 bevat een aantal elementen die voor huidig advies van Raad voor de Mededinging dienstig kunnen zijn.

Uit het Groenboek blijkt dat er in 2000 217 transacties in meer dan één lidstaat werden aangemeld. Opvallend is dat in België 32% van de aangemelde transacties in meer dan één lidstaat werden aangemeld.<sup>11</sup> De Commissie stelt voor om alle concentraties die volgens de huidige drempels in drie of meer lidstaten moeten worden aangemeld, een communautaire dimensie krijgen en dus bij de Commissie moeten worden aangemeld. Het Groenboek vermeldt niet welk aantal van de meervoudige aanmeldingen die ook in België werden aangemeld (i.e. 32%), in meer dan drie lidstaten werden aangemeld. Indien we ervan uitgaan dat elk van deze meervoudige aanmeldingen in drie of meer dan drie lidstaten werd aangemeld, zou de door de Commissie voorgestelde wijziging een fundamentele impact kunnen hebben op het aantal aan te melden transacties in België, zijnde een vermindering van 32%.

De door de Commissie voorgestelde oplossing impliceert dat er een zekere convergentie dient plaats te vinden van de nationale aanmeldingsdrempels om met zekerheid te kunnen vaststellen in hoeveel lidstaten een transactie moet worden aangemeld. Lidstaten zouden hun drempels dienen te definiëren met gemakkelijk te verifiëren criteria zoals een omzetcriterium. Het behouden of invoeren van een marktaandeelcriterium moet hierdoor vermeden worden.

De Commissie besteedt in het Groenboek ook aandacht aan de vereenvoudigde procedure op EG vlak. De Commissie stelt vast dat ongeveer 39% van alle sinds de invoering van de vereenvoudigde procedure aangemelde concentraties, volgens de verkorte procedure zijn behandeld. Dit wijst op dat deze vereenvoudigde procedure zeer succesvol is geweest.<sup>12</sup>

### F. Conclusie

De Raad voor de Mededinging pleit voor de invoering van een vereenvoudigde aanmeldingsprocedure voor de aanmelding van bepaalde concentraties.

<sup>11</sup> Zie bijlage I bij het Groenboek, p. 62.

<sup>12</sup> Zie Groenboek, p. 45. De Commissie wijst er echter ook op dat de vereenvoudigde aanmeldingsprocedure weinig invloed heeft gehad op de duur van de procedure. Dit blijkt echter vooral te wijten aan de in acht te nemen termijn van drie weken die de concentratieverordening aan de lidstaten voorbehoudt om aan de Commissie een verwijzing te vragen op grond van artikel 9, lid 2 van de concentratieverordening.

De Raad voor de Mededinging is van oordeel dat een dergelijke vereenvoudigde procedure het best kan worden neergelegd in een gezamenlijke mededeling van de Raad voor de Mededinging en het Korps Verslaggevers. Belangrijk is dat, naar het voorbeeld van de EG, duidelijke criteria worden gedefinieerd om te bepalen of een concentratie van een dergelijke vereenvoudigde procedure kan genieten. Bovendien moeten de Raad en het Korps ten allen tijde hun bevoegdheid behouden om de normale aanmeldingsprocedure aan te vatten indien zij van oordeel zijn dat de criteria niet zijn vervuld of partijen onvolledige of onjuiste gegevens hebben verstrekt.

De Raad voor de Mededinging is echter ook van oordeel dat de huidige omzetrempels dienen te worden geïndexeerd en dat de omzetrempels aanzienlijk moeten worden verhoogd. Voor het bepalen van de hoogte van de omzetrempels is volgens de Raad een economische studie vereist.

Dit advies werd goedgekeurd door de algemene vergadering van de Raad voor de Mededinging op 16 oktober 2002.

## **Avis sur la révision des seuils de notification pour les concentrations, telle que prévue par l'article 11 de la LPCE**

Le Conseil de la concurrence souhaite indiquer que le présent avis ne concerne pas la demande du Ministre de l'Économie datée du 15 juillet 2002 par laquelle le Conseil de la concurrence fut invité à rendre un avis sur le projet de loi de révision du régime de contrôle des concentrations tel que prévu par la loi sur la protection de la concurrence économique du 5 août 1991.

La demande d'avis du 15 juillet 2002 fera l'objet d'un avis distinct du Conseil de la concurrence.

Vu la demande du Ministre de l'Économie du 1<sup>er</sup> août 2000 au directeur général de l'Administration de la Politique commerciale de lui communiquer les résultats d'une étude sur la majoration des seuils de notification des concentrations et de lui transmettre les éventuelles propositions de modification du régime de contrôle des concentrations, comme le prévoit la loi sur la protection de la concurrence économique du 5 août 1991 (ci-après dénommée LPCE) ;

Vu la note du 13 octobre 2000 du Conseiller général de l'Administration de la Politique commerciale au Ministre de l'Économie dans laquelle sont formulées un certain nombre de propositions modifiant l'article 11, §1 de la LPCE :

- une majoration des chiffres d'affaires comme le prévoit l'article 11 de la LPCE ;
- le remplacement du contrôle *a priori* par un contrôle *a posteriori* ;
- l'introduction d'une règle « *de minimis* » ;

Attendu que le Ministre de l'Économie a envoyé au Président du Conseil de la concurrence la note de l'Administration de la Politique commerciale le 13 octobre 2000 demandant au Conseil de la concurrence de préparer un avis à ce sujet. Un groupe de travail « seuils » a été créé à cet effet au sein du Conseil de la concurrence et a décidé, par la suite, d'analyser la révision de ces seuils à la lumière des récentes propositions de la Commission européenne modifiant le Règlement européen relatif au contrôle des opérations de concentration, tel que décrit dans le Livre vert du 11 décembre 2001 ;

Vu l'article 11, §2 de la LPCE stipulant que le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres et après consultation du Conseil et de la Commission de la concurrence, majorer les seuils de notification ;

Vu l'article 11, §3 de la LPCE selon lequel le Conseil de la concurrence doit procéder à une évaluation des seuils tous les trois ans, en tenant compte de l'incidence économique et de la charge administrative des entreprises. Les nouveaux seuils de notification étant entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1999, le Conseil devait en tous cas procéder à leur évaluation à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2002. Cet avis répond donc au prescrit de l'article 11, §3 de la LPCE ;

Vu l'article 16 de la LPCE stipulant que le Conseil de la concurrence a une compétence de décision, de proposition et d'avis ;

### **A. Aperçu historique des modifications des seuils de notification**

La LPCE prévoyait initialement qu'une concentration devait être notifiée «lorsque les entreprises concernées totalisent ensemble un chiffre d'affaires (...) d'un milliard BEF et contrôlent ensemble plus de 20% du marché concerné. » L'article 46 de la LPCE énonçait clairement que le seuil relatif au chiffre d'affaires ne devait pas être considéré au niveau belge mais mondial. L'arrêté royal du 31 mars 1995 a majoré les deux seuils (MB 28 avril 1995, p.11276). Le seuil de chiffre d'affaires a été porté à 3 milliards BEF et celui de la part de marché est passé de 20% à 25%. Ces modifications sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1995.



Le critère relatif au chiffre d'affaires mondial pouvant être facilement déterminé, il n'a pas posé de problèmes insurmontables mais nécessitait la prise en considération du chiffre d'affaires mondial. Dès lors, certaines entreprises qui disposaient en Belgique d'une part du marché concerné de 25% étaient obligées de notifier la reprise d'une firme étrangère, même si elle était sans conséquence pour le marché belge, car le seuil relatif au chiffre d'affaires mondial de 3 milliards BEF était atteint.

Déterminer le seuil de part de marché s'est avéré relativement problématique. Le Conseil a d'abord jugé suffisant qu'une des entreprises concernées par la concentration atteigne ce seuil. A titre d'exemple, on peut se référer aux amendes infligées par le Conseil de la concurrence à Interbrew pour avoir notifié trop tard plusieurs concentrations, notamment en Bulgarie, en Roumanie et en Croatie, pays qui n'avaient absolument aucun lien avec la Belgique (décision du 18 mai 1995, n° 95-C/C-15, *N.V. Interbrew Nederland/B.V. Allied Domecq Netherlands*, MB, 25 septembre 1995, p. 26346; décisions du 10 juillet 1995, n° 95-C/C-18, *N.V. Interbrew/Privatisation Agency of the Republic of Bulgaria*, MB, 29 septembre 1995, p. 27872; n° 95-C/C-19, *N.V. Interbrew/International Finance*, MB, 29 septembre 1995, p. 27873; n° 95-C/C-20, *N.V. Interbrew/Zagrebacka Pivovara*, MB, 29 septembre 1995, p. 27873; n° 95-C/C-21, *N.V. Interbrew/Privatisation Agency of the Republic of Bulgaria*, MB, 3 octobre 1995, p. 28097).

Par la suite, le Conseil de la concurrence a adapté sa pratique décisionnelle. Dans son premier rapport (Conseil de la concurrence, *Premier rapport d'activités 1993-1994*, Bruxelles, Ministère des Affaires économiques, 1995, p.51) et plus tard lors de la décision DHL (du 16 janvier 1995, n°95-C/C-2, *DHL International N.V./Express Line N.V.*, MB, 8 mars 1995, p. 5273), le Conseil de la concurrence a décidé qu'il devait s'agir de marchés de produits nationaux sur lesquels l'opération de concentration pouvait avoir des conséquences. Dans l'affaire Interbrew/Desna (décision du 20 août 1996, n°96-C/C-17, *Interbrew/Desna*, MB, 19 septembre 1996, p.24468), il a davantage affiné sa jurisprudence et précisé que l'opération ne devait pas être notifiée, car elle n'avait manifestement aucune répercussion sur aucun marché belge. Il ne suffisait plus qu'une des entreprises concernées par la concentration en Belgique détienne une part de marché de 25%. Il fallait également avoir un effet sur le marché belge. Plus tard encore, cette jurisprudence s'est clairement affirmée dans le dossier Isolde/BASF où le Conseil jugea que le champ d'application de la réglementation belge relative aux concentrations ne dépassait pas le marché belge. Ainsi les rachats qui n'influencent ou ne peuvent nullement influencer le marché belge ne relèvent pas de cette loi, même si les entreprises concernées possèdent ensemble ou séparément une part de marché de plus de 25% en Belgique (décision du 4 février 1997, n°97-C/C-2, *Isolde Verwaltungsgesellschaft mbH/BASF AG*, MB, 12 mars 1997, p. 5331)

Lors des modifications de la loi, en avril 1999, le seuil de part de marché de 25% a été abandonné comme critère de notification. Actuellement, le seul critère de notification est celui du chiffre d'affaires. Néanmoins, celui de la part de marché n'a pas complètement disparu. En effet, lorsque les entreprises concernées contrôlent ensemble moins de 25% du marché concerné, la concentration est déclarée admissible d'office (article 33, §2, alinéa 1 a) de la LPCE).

En vertu de la loi du 26 avril 1999, les dispositions sur le contrôle des concentrations ne s'appliquaient que lorsque (i) les firmes concernées totalisaient ensemble en Belgique un chiffre d'affaires de plus d'un milliard BEF et (ii) qu'au moins deux d'entre elles réalisaient chacune en Belgique un chiffre d'affaires d'au moins 400 millions BEF. Ces seuils ont été majorés par l'arrêté royal du 14 juin 1999.

A présent, l'article 11, §1 de la LPCE stipule que les dispositions sur le contrôle des concentrations ne s'appliquent que lorsque (i) les firmes concernées totalisent ensemble en Belgique un chiffre d'affaires de plus de 40 millions d'euros (1.613.596.000 BEF) et (ii) qu'au-moins deux d'entre elles réalisent chacune en Belgique un chiffre d'affaires d'au-moins 15 millions d'euros (605.098.500 BEF). Toutefois, il incombe toujours au Roi comme dans le passé de majorer les seuils de chiffres d'affaires par arrêté délibéré en Conseil des Ministres et après consultation du Conseil de la concurrence et de la Commission de la concurrence. Comme l'a déjà montré l'arrêté royal du 14 juin 1999 (portant majoration des seuils visés à l'article 11, §1 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, MB, 31 juillet 1999, p. 28774. Au départ, les seuils de chiffre d'affaires étaient fixés

respectivement à 1 milliard BEF et 400 millions BEF). Cette disposition a gagné en importance depuis que le législateur a opté pour un seuil de chiffre d'affaires. En effet, il est beaucoup plus aisé et efficace d'adapter la portée du règlement sur le contrôle des concentrations en augmentant le minimum de chiffres d'affaires qu'en modifiant les parts de marché. L'article 11, §3 LPCE impose au Conseil de procéder à une évaluation des seuils tous les trois ans, en tenant compte de l'incidence économique et de la charge administrative des entreprises. Le Service de la concurrence est chargé à cette fin de faire rapport au Conseil.<sup>13</sup>

## B. Analyse des statistiques

Voici entre autres ce qui ressort des statistiques reprises en annexe 1 à cet avis:

- Entre le 1<sup>er</sup> juillet 1999 (date d'entrée en vigueur des seuils de notification modifiés) et décembre 2001 inclus, 107 concentrations ont été notifiées. Pour 74 d'entre elles, soit 69% du total, la part de marché des parties notifiantes était inférieure à 25%.
- Le nombre de notifications depuis 1998 (donc avant la modification de la loi) est resté plus ou moins constant et a tourné autour de 4 notifications par mois en moyenne. On peut en déduire que l'effet des adaptations législatives d'avril 1999 sur leur nombre a été pratiquement nul.
- En 1993, on notifiait en moyenne 3,3 concentrations par mois, contre 3,2 en 1994, 4 en 1995, 5 en 1997, 4,3 en 1998, 2,9 en 1999, 3,6 en 2000 et enfin 4 en 2001.
- En ce qui concerne les secteurs économiques dans lesquels les parties notifiantes (entreprises) sont actives, on observe également un glissement étonnant depuis la modification de la loi d'avril 1999. Par exemple, de janvier 1998 à juin 1999 inclus (donc avant la modification de la loi), les entreprises se sont surtout concentrées dans le secteur de la « production » (81% des transactions notifiées). De juillet 1999 à décembre 2001 inclus (après la modification de la loi), on constate une tendance plus variée avec une légère dominance du secteur de la distribution (commerce de gros et de détail) et du secteur immobilier, respectivement de 24% et de 16%. Le glissement vers le secteur de la distribution semble plausible, car ces entreprises atteignent des chiffres d'affaires élevés mais avec un seuil de part de marché inférieur à 25%. La concurrence est importante dans ce secteur.
- Il résulte des statistiques que même si le seuil de chiffre d'affaires commun de 40 millions d'euros, visé à l'article 11 de la LPCE, passait à quelque 1.239.500.000 euros, parmi les concentrations notifiées depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1999, 80 affaires seraient toujours dans le champ d'application de ce seuil au lieu des 107 concentrations notifiées.

## C. Analyse des pistes de réflexion

Le Conseil de la concurrence a analysé et évalué trois propositions.

### *a. La majoration des seuils de chiffre d'affaires*

Bien que le Conseil de la concurrence ait initialement jugé une majoration des seuils de chiffre d'affaires inopportune (voir Rapport 2000 du Conseil, p. 19), il considère à présent cette augmentation de seuils comme un des moyens de diminuer considérablement le nombre de concentrations sujettes à notification. Dès lors, il propose de les accroître et certainement de les indexer. Cependant, il ne souhaite pas se prononcer sur la hauteur exacte des seuils de notification et propose à cet effet que cela fasse l'objet d'une étude économique ou d'un avis.

A cet égard, le Conseil souligne qu'aux Pays-Bas, les seuils de chiffres d'affaires ont été récemment portés à respectivement 113.450.000 euros et 30 millions, le chiffre d'affaires commun étant considéré à l'aune du chiffre mondial.

---

<sup>13</sup> Pour une analyse plus approfondie, il est renvoyé au Rapport annuel du Conseil de la concurrence 2000 et au texte qui y est repris.

### *b. Le contrôle a posteriori*

Le Conseil de la concurrence considère l'introduction d'un contrôle a posteriori comme une mesure draconienne qui va à l'encontre de la tendance du contrôle a priori instauré dans les autres États membres de l'UE. Cette option avait d'ailleurs déjà été rejetée par le Parlement lors des débats sur la réforme de la LPCE.

### *c. La règle de minimis*

Le Conseil de la concurrence constate que l'introduction d'une règle de minimis – avec un seuil de part de marché de 25% - signifie une réintroduction de la part de marché comme critère de notification prévu par l' « ancienne » loi, mais qui fut supprimé en raison de l'incertitude juridique qu'impliquait son application. Cette option reste dès lors inopportune.<sup>14</sup>

### *d. La piste de réflexion alternative du Conseil*

Outre la majoration des seuils de chiffres d'affaires déjà proposée, le Conseil de la concurrence a également élaboré une piste de réflexion alternative qui sera présentée ci-après. Il prône, pour certaines concentrations, une procédure de notification simplifiée. Il est à remarquer que l'introduction d'une telle procédure de notification simplifiée peut aller de pair avec une majoration des seuils de chiffre d'affaires.

## D. Proposition du Conseil de la concurrence

### *a. Procédure de notification simplifiée*

L'actuel formulaire de notification CONC C/C-1 prévoit déjà dans ses sections 5 et 7 qu'à certaines conditions, les informations ne doivent pas être communiquées. En outre, le Corps des Rapporteurs peut aussi dispenser les parties notifiantes de communiquer certaines informations (voir article 5, §4 de l'arrêté royal du 23 mars 1993 relatif à la notification des concentrations d'entreprises).

#### i) Objectifs d'un formulaire de notification simplifié

Le principal objectif d'un formulaire de notification simplifiée est d'alléger la charge administrative qui pèsent sur les entreprises ainsi que d'alléger l'ampleur de la tâche du Service de la concurrence, du Corps des Rapporteurs et du Conseil de la concurrence. Ces derniers pourraient dès lors se concentrer davantage sur l'application des articles 2 et 3 de la LPCE.

Mais il ne faudrait pas oublier que les autorités de concurrence doivent disposer d'un minimum d'informations afin de pouvoir évaluer une transaction notifiée.

Dès lors, il convient également de déterminer les concentrations susceptibles de bénéficier d'une procédure simplifiée en fixant à cet effet des critères qui soient objectifs. En principe, on pourrait proposer que les concentrations dont on peut établir, à première vue, qu'elles ne donneront pas lieu à une position dominante ou qui ne la renforceront pas, devraient pouvoir bénéficier de la procédure simplifiée de notification.

#### ii) Base juridique

A l'instar de la Commission européenne, le Conseil de la concurrence et le Corps des Rapporteurs peuvent publier une communication fixant et exposant la procédure simplifiée.<sup>15</sup> En ce qui concerne la

---

<sup>14</sup> Il résulte du Livre Vert de la Commission européenne relatif à la réforme du Règlement européen sur les concentrations que la Commission, pour décider si une concentration concernant plusieurs États, doit être notifiée, est partisan d'un critère de notification qui s'appuie sur le chiffre d'affaires. Voir Livre Vert p18, paragraphe 61.

<sup>15</sup> Voir communication de la Commission concernant la procédure simplifiée pour le traitement de certaines concentrations

CE, il convient d'indiquer que de telles communications ne sont pas contraignantes<sup>16</sup>, elles déterminent la politique de la Commission et servent surtout de fil conducteur aux entreprises même si elles peuvent être à tout moment modifiées par la Commission. Dans le cas concret, la communication devrait être prise conjointement par le Conseil de la concurrence et par le Corps des Rapporteurs dont le rôle respectif est aussi essentiel, dans le cadre d'une procédure de notification simplifiée. Les fonctions respectives de ces deux organes sont brièvement expliquées ci-après.

Conformément à l'article 12, §1 de la LPCE, les concentrations doivent être notifiées au Conseil de la concurrence. En vertu de l'article 32bis §1, les notifications doivent être transmises sans délai au Corps des Rapporteurs pour instruction. A l'issue de celle-ci, le rapporteur soumet le dossier ainsi que son rapport motivé au Conseil de la concurrence qui procède à l'audition des parties notifiantes et prend ensuite une décision quant à la concentration.

Une communication présente l'avantage de ne pas requérir de modification de la loi ni de l'arrêté royal dans lequel figure le formulaire CONC C/C – 1.

Évidemment, l'arrêté royal peut aussi être modifié par l'ajout d'un formulaire de notification simplifiée (et de ses modalités d'application). Cette option a l'inconvénient de nécessiter l'intervention du ministre, ce qui peut prendre du temps. Toutefois elle peut être envisagée simultanément à l'adoption d'une majoration des seuils de chiffres d'affaires par le biais d'un arrêté royal. Le Conseil estime cependant que la procédure simplifiée proposée n'implique aucune modification de l'arrêté royal susmentionné et peut déjà être introduite indépendamment d'une augmentation des seuils.

Dans ce contexte, le Conseil a formulé une proposition donnant à l'instar de la CE, et en accord avec le Corps des rapporteurs, la possibilité aux parties de ne mentionner que certaines informations sur le formulaire de notification si, la concentration satisfait aux critères de notification simplifiée.

### iii) Aperçu de la procédure simplifiée

La communication expose les conditions dans lesquelles la procédure simplifiée sera appliquée et la décrit.

### iv) Catégories de concentrations se prêtant à l'application de la procédure simplifiée

#### Catégories de concentrations à prendre en considération

La procédure simplifiée s'appliquerait aux catégories de concentrations suivantes :

- deux ou plusieurs entreprises acquièrent le contrôle en commun d'une entreprise commune, pour autant que celle-ci n'exerce ou ne prévoit d'exercer aucune activité autre que négligeable en Belgique. Il en est ainsi lorsque :
  - le chiffre d'affaires<sup>17</sup> de l'entreprise commune et/ou celui des activités des entreprises<sup>18</sup> transférées est inférieur à 15 millions d'euros en Belgique, et

---

conformément au Règlement (CEE) n°4064/89 du Conseil, JOCE 2000 C217/2

<sup>16</sup> Kerse fait à cet égard remarquer que de pareilles communications n'ont pas de caractère normatif contraignant. Voir C.S. Kerse, E.C. *Antitrust Procedure*, Sweet & Maxwell, London, 1998, p.320. Van Gerven et d'autres considèrent que de pareilles communications ou notifications ont pour but d'éviter d'interpréter l'application des règles de concurrence. Elles sont pour les sujets de droit un important instrument qui ne lie toutefois ni le Tribunal de Première Instance, ni la Cour de Justice, ni le juge national. Néanmoins, en vertu de l'adage *patere legem quam ipse fecisti*, on peut attendre de la Commission, que sauf circonstances exceptionnelles, elle n'y déroge pas. La Commission peut bien évidemment toujours, indépendamment de cas d'application, en tous temps révoquer, retirer ou modifier ces communications . Voir Van Gerven et autres, *Kartelrecht II. Europese Gemeenschap*, Tjeenk Willink, 1997, p. 568. Ces principes pourraient selon le Conseil de la concurrence également être valables en ce qui concerne le droit belge de la Concurrence et ainsi, dans une certaine mesure, lier le Conseil de la concurrence et le Corps des Rapporteurs

<sup>17</sup> Le chiffre d'affaires de l'entreprise commune doit être déterminé sur base des plus récents comptes annuels contrôlés de la société-mère ou de l'entreprise commune, en fonction de l'existence des comptes annuels distincts pour ce qui concerne les activités fusionnées de l'entreprise commune.

- la valeur totale des actifs<sup>19</sup> cédés à l'entreprise commune est inférieure à 5 millions d'euros en Belgique,<sup>20</sup>
  - deux ou plusieurs entreprises fusionnent, ou une ou plusieurs entreprises acquièrent le contrôle exclusif ou le contrôle en commun d'une autre entreprise, pour autant qu'aucune des parties à la concentration n'exerce d'activités commerciales sur le même marché de produits et/ou géographique ou sur un marché de produits qui se situe en amont ou en aval d'un marché de produits sur lequel opère une autre partie à la concentration.
  - deux ou plusieurs entreprises fusionnent, ou une ou plusieurs entreprises acquièrent le contrôle exclusif ou le contrôle en commun d'une autre entreprise, et :
    - deux ou plusieurs parties à la concentration exercent des activités commerciales sur le même marché de produits et géographiques (relations horizontales) ;
    - une ou plusieurs parties à la concentration exercent des activités commerciales sur un marché de produits qui se situe en amont ou en aval d'un marché de produits sur lequel une autre partie à la concentration exerce son activité (relations verticales),
- pour autant que leurs parts de marché cumulées n'atteignent pas 25% en cas de relations horizontales et 25% en cas de relations verticales.
- Les parties notifiantes sont actives sur ce que l'on appelle un petit marché (« small markets ») à l'exclusion toutefois des marchés émergents ("emerging markets") et novateurs ("innovative markets") entre autres.

### Garanties et exclusions

Pour apprécier si une concentration entre dans l'une des catégories définies ci-dessus, le Corps des Rapporteurs et le Conseil de la concurrence s'assureront que toutes les circonstances à prendre en considération sont établies de manière suffisamment claire. Étant donné que les définitions du marché peuvent être un élément clef de cette appréciation, les parties sont invitées à fournir des informations sur les autres définitions du marché possibles pendant la phase de prénotification.

Il incombe aux parties notifiantes de décrire tous les marchés de produits et les marchés géographiques en cause possibles sur lesquels la concentration notifiée pourrait avoir une incidence et de fournir des données et des informations relatives à la définition de ces marchés.

Si l'on peut présumer que les concentrations qui relèvent des catégories définies ci-dessus ne soulèvent pas de doutes sérieux quant à leur admissibilité, il pourra néanmoins se présenter des situations où exceptionnellement un examen approfondi et/ou une décision complète s'avéreront nécessaires. En pareil cas, le Corps des Rapporteurs pourra s'abstenir d'appliquer la procédure simplifiée.

---

<sup>18</sup> Les mots "et/ou" visent les différentes situations qui peuvent entrer en considération, par exemple :

- en cas de reprise commune d'une entreprise existante, le chiffre d'affaires à prendre en considération est celui de l'entreprise dont la reprise est visée (l'entreprise commune);
- en cas de constitution d'une entreprise commune dans laquelle les sociétés-mères apportent leurs activités, le chiffre d'affaire à prendre en considération est celui de l'entreprise apportée;
- lorsqu'une entreprise se joint à des entreprises qui exercent le contrôle d'une entreprise commune existante et qui en était auparavant indépendante, il faut prendre en considération le chiffre d'affaires de l'entreprise commune et celui de l'entreprise apportée par la nouvelle société mère (pour autant qu'un tel apport existe).

<sup>19</sup> La valeur totale de l'actif de l'entreprise commune doit être déterminée sur base des derniers comptes annuels établis et approuvés de chaque société mère. Par "actif", il faut entendre :

- 1) tous les actifs corporels et incorporels qui seront transférés à l'entreprise commune ( les actifs corporels comprennent e.a. les installations de production, les installations de vente des grands magasins et des petits commerces et les stocks) et
- 2) tous les prêts aux obligations de l'entreprise commune que la société mère de l'entreprise commune a accepté de fournir ou de garantir.

<sup>20</sup> Lorsque le transfert d'actifs produit un chiffre d'affaires, ni la valeur de l'actif, ni le chiffre d'affaires ne peut atteindre 15 millions d'euros.

## v) Règles de procédure

### Contacts préalables à la notification

L'expérience a montré que les entreprises jugent très utiles les contacts établis dans la phase de prénotification entre les parties notifiantes et le Corps des Rapporteurs. De pareils contacts permettent de déterminer avec précision la quantité d'informations à fournir dans la notification. Il est par conséquent conseillé aux parties de recourir aux contacts préalables avec le Corps des Rapporteurs.

### Notification et formulaire de notification

La notification du formulaire simplifié est faite au Conseil de la concurrence qui envoie le dossier dans les meilleurs délais au Corps des Rapporteurs.

La procédure simplifiée allègera considérablement la charge administrative des entreprises qui pourront introduire un formulaire de notification dans lequel diverses informations ne devront pas être reprises.

Lors d'une notification simplifiée, les parties notifiantes doivent fournir des renseignements relatifs aux sections et questions suivantes :

- Section 1 ("Renseignements généraux concernant les entreprises ") ;
- Section 2, excepté les questions 2.1 d), e), f), h) et i) (" Renseignements concernant la concentration ") ;
- Section 3, uniquement la question 3.1 (" Propriété et contrôle ") ;
- Section 5, uniquement les questions 5.1, 5.2 et 5.3 (" Informations relatives aux marchés concernés ")<sup>21</sup> ;
- Section 6, uniquement les questions 6,8 et 6,9 (" Conditions générales sur les marchés concernés")<sup>22</sup> ;
- Section 8 (" Conséquence d'une entreprise commune en matière de coopération ") ;
- Section 10, si les parties le souhaitent (" Questions générales ") ;
- Section 11 (" Déclaration ").

Les parties notifiantes doivent également joindre à la notification les annexes suivantes :

- copies des versions définitives, ou des plus récentes versions de tout document faisant état de l'intention de réaliser la concentration, que ce soit par le biais d'un accord entre les parties concernées, par l'acquisition d'une participation de contrôle ou par une offre publique d'achat ou d'échange;
- copies des comptes annuels les plus récents de toutes les parties à la concentration (non des sociétés-mères) ;
- copies des rapports ou analyses élaborés aux fins de la concentration et d'où ont été tirées les données utilisées pour fournir l'information requise conformément aux sections 5 et 6;
- un document émanant du conseil d'entreprise de chacune des parties qui effectuent la notification et attestant qu'il a été informé de l'opération conformément à la réglementation en matière d'informations à fournir aux conseils d'entreprise.

L'annexe 2 contient un exemple de formulaire de notification simplifié.

---

<sup>21</sup> Le Conseil de la concurrence et le Corps des Rapporteurs considèrent que cette information est indispensable dans le cadre d'une procédure simplifiée de notification, et ce même si les parties atteignent ensemble ou séparément une part de marché de (moins de) 20%. Si les parties ne souhaitent pas fournir ces informations, la procédure normale de notification devra être suivie.

<sup>22</sup> Le C.C. et le C.R. considèrent que cette information est indispensable dans le cadre d'une procédure simplifiée de notification, et ce même si les parties atteignent ensemble ou séparément une part de marché de (moins de) 20%. Si les parties ne souhaitent pas fournir ces informations, la procédure normale de notification devra être suivie.

### Publication du fait de la notification

L'information qui dès réception de la notification devra être publiée au Moniteur belge comprend : les noms des parties à la concentration, la nature de la concentration et les secteurs économiques concernés, ainsi que l'indication du fait que, sur la base des informations fournies par les parties notifiantes, la concentration est susceptible de bénéficier de la procédure simplifiée. Les tierces parties intéressées auront toujours la possibilité de présenter leurs observations. L'annexe 3 donne un exemple d'une telle communication.

### Rapport d'instruction simplifié

Si le Corps des Rapporteurs estime qu'une concentration peut bénéficier de la procédure simplifiée, le rapporteur rédigera un rapport également très simplifié qui sera envoyé au Conseil de la concurrence. Ce rapport contiendra uniquement des informations sur les parties notifiantes et sur les secteurs dans lesquels elles sont actives, une description de la transaction notifiée et le constat que la concentration répond aux conditions exigées pour bénéficier de la procédure simplifiée de notification.

### Décision simplifiée et dans un délai abrégé

Le Conseil de la concurrence conserve son pouvoir décisionnel. S'il constate que la concentration peut bénéficier de la procédure simplifiée, il prendra aussi une décision simplifiée reprenant uniquement les informations sur les parties notifiantes et sur les secteurs dans lesquels elles sont actives, la description de la transaction notifiée, le constat que la concentration répond aux conditions exigées pour bénéficier de la procédure simplifiée de notification et la décision d'admissibilité de la concentration. Comme pour toute décision " complète ", le Conseil publiera la décision simplifiée au Moniteur Belge.

Le Conseil de la concurrence s'efforcera aussi de prendre une décision dans un délai abrégé. L'objectif est un délai de 25 jours à compter de la notification.

Il va de soi que lorsque le Conseil de la concurrence dans une affaire déterminée l'estime opportun, il pourra évidemment toujours demander une enquête complémentaire et prendre une décision complète selon la procédure et les délais ordinaires tels que fixés par la LPCE.

Les parties notifiantes pourront aussi renoncer à une audience formelle afin de permettre au Conseil de la concurrence de prendre très rapidement sa décision.

#### vi) Restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation de l'opération de concentration

La procédure simplifiée s'appliquera également aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation de l'opération de concentration. L'approbation d'une concentration par voie de décision simplifiée couvrira donc aussi les restrictions spécifiées par les parties notifiantes et qui sont directement liées et nécessaires à la réalisation de l'opération de concentration.

#### b. Communication conjointe du Conseil et du Corps

Le Conseil de la concurrence estime que la communication fixant la procédure simplifiée de notification doit être adoptée conjointement par le Conseil et par le Corps des Rapporteurs en raison des particularités de la procédure instaurée par la LPCE et dont il ressort que c'est le Conseil qui détient le pouvoir décisionnel et le Corps des rapporteurs qui dirigent les missions d'instruction. On retrouve cette dualité des rôles respectifs dans la procédure simplifiée de notification comme le prévoit la LPCE. Il apparaît donc logique que cette communication soit prise de manière conjointe. La proposition de la communication conjointe figure à l'annexe 4.

## E. Livre vert sur la révision du règlement CE sur les concentrations

La proposition de la Commission européenne sur la révision du règlement CE sur les concentrations est inscrite dans le Livre vert du 11 décembre 2001 et contient des éléments utiles pour le présent avis du Conseil de la concurrence.

Selon le Livre vert, 217 transactions ont été notifiées dans plus d'un État membre en 2000. Il est étonnant de constater qu'en Belgique 32% des transactions ont été notifiées dans plus d'un seul État membre.<sup>23</sup> La Commission propose que toutes les concentrations devant, selon les seuils actuels, être notifiées dans trois États membres ou plus, se voient reconnaître une dimension communautaire et soient dès lors soumises à notification auprès de la Commission. Le Livre vert ne mentionne pas parmi les notifications multiples déclarées en Belgique (32%), le nombre de concentrations qui ont aussi été notifiées dans au moins trois États membres. En partant du principe que chacune de ces concentrations ait été déposée dans au moins trois États membres, la modification proposée par la Commission pourrait fondamentalement influencer sur le nombre de transactions soumises à notification en Belgique, soit conclure à une baisse de 32%.

La solution proposée par la Commission implique une certaine convergence des seuils nationaux de notification pour déterminer avec certitude le nombre d'États membres dans lesquels une transaction doit être notifiée. Ces derniers devraient définir leurs seuils à l'aide de critères facilement vérifiables, portant par exemple sur le chiffre d'affaires. Le maintien ou l'introduction d'un critère de part de marché doit ainsi être évité.

La Commission s'attache aussi dans son Livre vert à la procédure simplifiée au plan européen. Elle constate qu'environ 39% de l'ensemble des concentrations notifiées ont été traitées par la procédure simplifiée depuis son instauration, ce qui témoigne de son succès.<sup>24</sup>

## F. Conclusion

Le Conseil de la concurrence préconise d'introduire la procédure de notification simplifiée pour certaines concentrations.

Il estime que la meilleure façon de la fixer serait une communication conjointe du Conseil de la concurrence et du Corps des Rapporteurs. Il est essentiel de définir des critères clairs, à l'instar de la CE, afin de déterminer si une concentration peut bénéficier d'une telle procédure simplifiée. De surcroît, le Conseil et le Corps doivent toujours conserver le pouvoir de recourir à la procédure normale s'ils sont d'avis que les critères ne sont pas respectés ou que les parties ont fourni des informations incomplètes ou erronées.

Le Conseil de la concurrence estime toutefois aussi que les actuels seuils de chiffre d'affaires doivent être indexés et significativement majorés. Déterminer leur valeur nécessite selon le Conseil une étude économique.

Le présent avis a été approuvé à la séance plénière du Conseil du 16 octobre 2002.

---

<sup>23</sup> Voir annexe 1 du Livre Vert, p. 62

<sup>24</sup> Voir Livre vert, p.45. La Commission indique également que la procédure simplifiée de notification a eu peu d'influence sur la durée de la procédure. Cela résulte principalement du délai de 3 semaines qui est octroyé par le Règlement sur les concentrations, aux États pour demander à la Commission le renvoi de l'affaire sur base de l'article 9,al.2 du Règlement sur les concentrations.



### **2.3. Advies van de Raad voor de Mededinging over het voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging**

#### **A. Inleiding**

Gezien het schrijven van 15 juli 2002 van de Minister van Economie waarbij hij de Raad van de Mededinging om een advies verzoekt over een nota waarin een hervorming van het regime inzake de controle op concentraties wordt voorgesteld.

Gezien het schrijven van 11 oktober 2002 van heer Dineur, kabinetschef van de Minister van Economie, waarbij als bijlage een voorontwerp van wet houdende wijziging van de Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (hierna de “WBEM”), werd bijgevoegd.

Gezien de toelichting die bij het voorontwerp werd gegeven op 25 oktober 2002 door mevrouw Séverine Waterbley, adjunct kabinetschef van de Minister van Economie.

Gezien de Raad voor de Mededinging van oordeel is dat een advies dient verstrekt te worden over dit voorontwerp van wet, ook al heeft de Minister van Economie tot op heden formeel nog niet om een advies over dit voorontwerp gevraagd. De Raad voor de Mededinging kan evenwel op eigen initiatief een advies verstrekken op grond van artikel 16 van de WBEM.

De Raad voor de Mededinging wenst te benadrukken dat huidig advies enkel betrekking heeft op het voorontwerp van wet zoals medegedeeld bij schrijven van 11 oktober 2002. Het advies heeft derhalve geen betrekking op de nota die de Minister van Economie bij schrijven van 15 juli 2002 aan de Raad voor de Mededinging heeft overgemaakt. De Raad voor de Mededinging is immers van oordeel dat deze nota impliciet werd opgeheven en vervangen door het voorontwerp van wet.

Het aan de Raad voor de Mededinging overgemaakte voorontwerp van wet wordt bij huidig advies gevoegd zodat er geen misverstanden kunnen ontstaan over de tekst van het voorontwerp waarop huidig advies betrekking heeft.

De Raad voor de Mededinging wenst tenslotte te benadrukken dat op dit ogenblik enkel een Franstalige versie van het voorontwerp van wet beschikbaar lijkt.

Het voorontwerp van wet behandelt in essentie drie onderwerpen :

- Een hervorming van het concentratiecontroleregime.
- Een versterking van de bevoegdheden van de Raad voor de behandeling van restrictieve mededingingspraktijken.
- Een betere verdeling van de bevoegdheden tussen de Raad voor de Mededinging en de sectoriële regulatoren.

De Raad voor de Mededinging zal elk van deze onderwerpen behandelen maar wenst vooraf zijn opmerkingen te kennen te geven over de doelstellingen van huidig voorontwerp van wet.

#### **B. De doelstellingen van het voorontwerp**

Volgens de memorie van toelichting heeft het voorontwerp van wet tot doel de taken van de Raad voor de Mededinging te verlichten voor wat de beoordeling van concentraties betreft zodat de Raad zich zou kunnen toelagen op de behandeling van restrictieve mededingingspraktijken zoals voorzien in de artikelen 2 en 3 van de WBEM, die als “meer fundamenteel” worden omschreven.

Volgens de memorie van toelichting besteedt de Raad op dit ogenblik te veel tijd en middelen aan de behandeling van concentratiedossiers waardoor hij zijn andere bevoegdheden inzake restrictieve mededingingspraktijken niet zou kunnen uitoefenen. Deze motivering is volgens de Raad voor de Mededinging niet correct.

De Raad voor de Mededinging wenst op te merken dat hij geen invloed heeft op de doorstroming van dossiers. Immers, verzoeken, klachten en concentraties worden bij de Raad voor de Mededinging ingediend waarna de Raad deze onverwijld voor onderzoek overmaakt aan het Korps Verslaggevers. Het is pas op het ogenblik dat de Raad voor de Mededinging van het Korps een onderzoeksverslag ter beschikking krijgt dat hij in staat is om het dossier te behandelen en, na de partijen te hebben gehoord, een beslissing te nemen.

Aangezien het Korps Verslaggevers thans slechts uit twee verslaggevers bestaat, dienen deze verslaggevers prioritair de dossiers te behandelen met dwingende (verval) termijnen. Hieronder vallen enerzijds de concentratiedossiers (waar in een eerste fase een uitspraak dient gedaan te worden binnen een termijn van 45 dagen) en anderzijds de dossiers voorlopige maatregelen (waar de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging op grond van artikel 35 van de WBEM een korte termijn oplegt aan het Korps om een verslag op te stellen).

De Raad voor de Mededinging kan derhalve slechts uitspraak doen in deze dossiers die hem door het Korps Verslaggevers worden overgemaakt, zijnde onderzoeksdossiers inzake concentraties en voorlopige maatregelen.

De Raad voor de Mededinging wenst te benadrukken dat de Raad zelf geen achterstand heeft in de behandeling van nieuwe zaken (ingediend na de inwerkingtreding van de gewijzigde wet per 1 oktober 1999) en is overigens vragende partij om meer dossiers op basis van de artikelen 2 en 3 van de WBEM te behandelen, hetgeen, bij gebreke aan onderzoeksverslagen aan het Korps, niet mogelijk is.

Nochtans dient te worden vastgesteld dat er sinds de installatie van de nieuwe Raad voor de Mededinging vrij veel nieuwe klachten werden ingediend. Ter informatie kan het volgende worden opgemerkt:

- In 2000 werden 6 klachten ingediend en werden 2 overeenkomsten aangemeld.
- In 2001 werden 13 klachten ingediend en werden 4 overeenkomsten aangemeld.
- In 2002 werden op datum van 27 november 2002 17 klachten ingediend en werden 3 overeenkomsten aangemeld.

Gezien deze klachten en aanmeldingen nog niet het voorwerp hebben uitgemaakt van een verslag door het Korps, dient de Raad voor de Mededinging zich noodgedwongen bezig te houden met de behandeling van oude dossiers inzake restrictieve mededingingspraktijken (die dateren van vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet op 1 oktober 1999) en, die, voor zover ze niet verjaard zijn, de partijen vaak niet meer interesseren.

De Raad voor de Mededinging is derhalve van oordeel dat de motivering die aan de grondslag ligt aan het huidige voorontwerp van wet niet overeenstemt met de realiteit en er verkeerdelijk van uitgaat dat de achterstand in de behandeling van dossiers op basis van de artikelen 2 en 3 van de WBEM aan de overbelasting van de Raad voor de Mededinging te wijten zou zijn. De achterstand ligt op een ander niveau, met name op het niveau van het Korps van Verslaggevers en van de Dienst voor de Mededinging, die ernstig onderbemand zijn.

### C. Concentratiecontrole

De Raad voor de Mededinging stelt vast dat het voorontwerp drie belangrijke wijzigingen voorstelt inzake concentratiecontrole. Deze voorstellen zullen hierna systematisch behandeld worden.

De voorstellen betreffen:

- Een wijziging van de beslissingsbevoegdheid van de Raad voor de Mededinging.
- Een wijziging van de aanmeldingsdrempels.
- Een wijziging van de bevoegdheden van de Ministerraad.

*a. De beslissingsbevoegdheid van de Raad voor de Mededinging*

In het voorontwerp van wet worden aan het Korps Verslaggevers uitgebreide bevoegdheden toegekend voor de behandeling van concentraties. In essentie zou het Korps Verslaggevers de bevoegdheid krijgen om te oordelen over de ontvankelijkheid en toelaatbaarheid van concentraties tijdens de eerste fase van de procedure. De Raad voor de Mededinging behoudt hier geen enkele bevoegdheid.

Dit voorstel lijkt onverenigbaar met de initiële doelstellingen van de WBEM. In 1991 heeft de wetgever immers gekozen voor een uitgesproken dual systeem, waarbij het onderzoeksorgaan (de Dienst voor de Mededinging) gescheiden werd van het beslissingsorgaan (de Raad voor de Mededinging). Deze strikte scheiding tussen de onderzoeksprocedure enerzijds en de beslissingsbevoegdheid anderzijds werd nog meer geaccentueerd door de wetswijzigingen van 1999 waardoor een derde orgaan, het Korps Verslaggevers werd ingesteld. Het Korps Verslaggevers is samengesteld uit ambtenaren, die een onafhankelijk statuut hebben en die tot taak hebben om de onderzoeksverslagen op te stellen en in te dienen bij de Raad voor de Mededinging en om de prioriteiten van het onderzoek te bepalen. In het kader van een strikte scheiding tussen het onderzoek enerzijds en de beslissingsbevoegdheid anderzijds, werd onder meer de bevoegdheid om een huiszoeking, een beslaglegging of een verzegeling te bevelen overgedragen van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging aan het Korps Verslaggevers.

Het voorontwerp breekt fundamenteel met de bovenvermelde filosofie van de WBEM door aan het Korps Verslaggevers thans ook een beslissingsbevoegdheid te geven.

De Raad is van oordeel dat hieraan diverse nadelen verbonden zijn:

- Er dient opgemerkt te worden dat het voorgestelde systeem geenszins transparant is, nu de strikte scheiding tussen onderzoek enerzijds en beslissing anderzijds doorbroken wordt en het onderzoeksorgaan ook een beslissingsorgaan wordt.
- De afschaffing van het dual systeem (waarbij een strikt onderscheid gemaakt wordt tussen het onderzoek en de beslissing) gaat in tegen de heersende tendensen in het Europese mededingingsrecht. Na de arresten *Airtours /First Choice*, *Schneider /Legrand* en *Tetra /Laval / Sidel* pleit de Europese Commissie ervoor om binnen het Directoraat-Generaal Mededinging hervormingen door te voeren die het onderzoek en beslissing beter zouden scheiden. De Raad voor de Mededinging verwijst in dit verband naar de door Commissaris Monti voorgestelde procedurele hervormingen van het Europese concentratiecontroleregime die er in essentie op neer komen dat de bevindingen van de ambtenaren belast met het onderzoek in een zaak in bepaalde omstandigheden aan een "peer review" zullen worden onderworpen. Ook de versterking van de rol van de "hearing officers", als onafhankelijk orgaan binnen DG COMP, accentueert de tendens naar een meer strikte scheiding tussen onderzoek en beslissing (zie o.m. M. Monti, "Merger Control in the European Union: a radical reform", lezing gehouden tijdens de IBA Conference op 7 november 2002 te Brussel).
- Er dient te worden opgemerkt dat het Korps Verslaggevers thans al geconfronteerd wordt met een werkoverlast, zodat het proceseconomisch niet verantwoord lijkt om aan de verslaggevers nog een bijkomende beslissingsbevoegdheid toe te vertrouwen.

*b. De wijziging van de aanmeldingsdrempels*

i) De voorgestelde aanmeldingsdrempels

Het voorontwerp stelt voor om de aanmeldingsdrempels zoals voorzien door artikel 11, §1 van de WBEM te wijzigen. Het voorontwerp stelt de volgende aanmeldingsdrempels voor:

- De betrokken ondernemingen dienen een gezamenlijke wereldwijde omzet (in België) te bereiken van meer dan 125 miljoen euro.

- Minstens één van de betrokken ondernemingen dient in België een omzet van minstens 15 miljoen euro te behalen; en
- De betrokken ondernemingen dienen samen een marktaandeel te behalen van meer dan 25% op de betrokken markt.

De Raad voor de Mededinging wijst vooraf op de tegenstrijdigheid in de eerste omzetrempel. De verwijzing naar de omzet in België moet worden weggelaten.

Wat de omzetrempels als dusdanig betreft, heeft de Raad voor de Mededinging er in een advies van 16 oktober 2002 reeds op gewezen voorstander te zijn om de huidige concentratiedrempels te verhogen. In dit advies stelt de Raad voor de Mededinging echter dat hierover eerst een economische studie dient gemaakt te worden. De Raad voor de Mededinging handhaaft hier zijn standpunt.

De Raad voor de Mededinging is verwonderd over de herinvoering van het marktaandeelcriterium als aanmeldingsdrempel. De marktaandeedrempel was oorspronkelijk opgenomen in de wet van 5 augustus 1991, doch werd door de wetswijzigingen van 26 april 1999 afgeschaft. De ondernemingen stelden onder meer dat deze marktaandeedrempel voor rechtsonzekerheid zorgde.

Indien de marktaandeedrempel toch zou worden heringevoerd, merkt de Raad voor de Mededinging tenslotte op dat het voorontwerp zou moeten verduidelijken dat het gaat om een marktaandeel van meer dan 25% op de betrokken Belgische markt teneinde aanmeldingen van concentraties te vermijden die geen effect hebben op de Belgische markt.

#### ii) Het advies van de Dienst voor de Mededinging

De Raad voor de Mededinging stelt vervolgens vast dat een nieuw artikel 11, §4 zou worden ingevoerd, waardoor de aanmeldende partijen aan de Dienst voor de Mededinging een advies zouden kunnen vragen over de vraag of zij de marktaandeedrempel van 25% bereiken. De Raad voor de Mededinging is van oordeel dat een dergelijke adviesaanvraag aan de Dienst voor de Mededinging niet wenselijk is. Zoals reeds boven werd uiteengezet is de Dienst voor de Mededinging een louter onderzoeksorgaan, dat geen beslissingsbevoegdheid heeft, zodat een dergelijke adviesaanvraag geen bindende kracht kan hebben. Een dergelijke adviesaanvraag zal derhalve geenszins tot enige rechtszekerheid leiden voor de ondernemingen. De mogelijkheid kan immers niet worden uitgesloten dat de Raad voor de Mededinging een andere mening is toegegaan.

In geval de Dienst voor de Mededinging zou besluiten dat de concentratie niet aanmeldingsplichtig is omdat de 25% marktaandeedrempel niet wordt bereikt maar de Raad voor de Mededinging anders oordeelt, lopen ondernemingen het risico dat zij een aanmeldingsplichtige concentratie niet aanmelden met alle nadelige gevolgen vandien (o.a. boetes en ontvlechting van de concentratie).

De termijn waarover de Dienst voor de Mededinging beschikt om een advies kenbaar te maken aan de aanmeldende partijen over de aanmeldingsplicht van de concentratie, i.e. de dag voordat de verplichte aanmeldingstermijn van één maand verstrijkt, is veel te kort. Men kan van ondernemingen niet verwachten dat zij wachten tot de laatste dag om zekerheid te krijgen over de aanmeldingsplicht van de aan de Dienst voorgelegde concentratie.

Tenslotte lijkt deze bijkomende bevoegdheid niet verenigbaar met de werkoverlast en onderbemanning waarmee de Dienst voor de Mededinging thans reeds geconfronteerd wordt.

#### *c. De bevoegdheid van de Ministerraad*

Het voorontwerp wijzigt eveneens het beroep bij de Ministerraad zoals voorzien door artikel 34 bis van de WBEM op dergelijke wijze dat de Ministerraad niet alleen de verwezenlijking van een concentratie kan toestaan, wanneer deze door de Raad voor de Mededinging werd verboden of toegestaan onder voorwaarden, doch de Ministerraad zou tevens bevoegd worden om concentraties te verbieden, die door de Raad voor de Mededinging werden toegestaan.

De Raad voor de Mededinging wenst vooraf te benadrukken dat hij in beginsel gekant is tegen elke inmenging van de Ministerraad.

In ondergeschikte orde is de Raad voor de Mededinging van oordeel dat de Raad beslissingen neemt op juridisch/economische gronden, terwijl de Ministerraad in beroep een beslissing kan nemen die gebaseerd is op het algemeen belang. De Raad is van oordeel dat de beslissing van de Ministerraad in het kader van het algemeen belang zowel een beslissing in positieve zin (toelaten terwijl de Raad voor de Mededinging verboden heeft) als in negatieve zin (verbieden wat toegelaten werd door de Raad voor de Mededinging) kan zijn. In die zin heeft de Raad geen bezwaar tegen een meer uitgebreide bevoegdheid van de Ministerraad, zoals voorzien door het voorontwerp.

#### *d. Gezamenlijke bekendmaking van de Raad en het Korps*

Overigens merkt de Raad op dat hij in het advies van 16 oktober 2002 gesteld heeft dat de invoering van een vereenvoudigde procedure voor de behandeling van bepaalde concentraties noodzakelijk is. Om die reden heeft de Raad, samen met het Korps Verslaggevers, een gezamenlijke mededinging vastgesteld betreffende een vereenvoudigde procedure voor de behandeling van bepaalde concentraties. Deze gezamenlijke mededeling, die binnenkort in het Belgisch Staatsblad zal worden gepubliceerd, zal voor een groot stuk tegemoetkomen aan de verzuchtingen van de ondernemingen, waardoor concentraties met slechts een beperkte impact op de Belgische markt op een meer eenvoudige wijze zullen behandeld kunnen worden.

De Raad ziet dan ook geen reden voor een totale wijziging van de concentratiecontrole, zoals voorgesteld in het voorontwerp. De Raad meent dat de invoering van een vereenvoudigde aanmeldingsprocedure voor de aanmelding van bepaalde concentraties en de verhoging van de omzetsdrempels, na een economische studie, (zoals voorgesteld in het advies van 16 oktober 2002) volstaan.

#### **D. Restrictieve mededingingspraktijken (invoering van het principe van economische afhankelijkheid)**

Het voorontwerp stelt een uitbreiding van de bevoegdheden van de Raad voor de Mededinging voor door de invoering van een artikel 3 bis, waarin bepaald wordt dat de abusieve exploitatie, door een onderneming of een groep van ondernemingen, van een toestand van economische afhankelijkheid waarin een onderneming, zijnde een afnemer of leverancier zich bevindt, wordt verboden indien deze laatste over geen gelijk(w)aardige alternatieven beschikt.

Deze bepaling is min of meer overgenomen uit het Franse mededingingsrecht en werd reeds eerder in vorige voorontwerpen opgenomen.

De Voorzitter van de Raad voor de Mededinging heeft zich in een schrijven van 21 april 1997 aan de Minister van Economie reeds positief uitgelaten over de invoering van een dergelijk principe in de WBEM.

De Raad voor de Mededinging beaamt dit standpunt en is van oordeel dat de invoering van een dergelijke nieuwe bevoegdheid wenselijk is. De Raad voor de Mededinging merkt echter op dat er voor gewaakt dient te worden dat deze bevoegdheid niet overlappend is met de bevoegdheid van de stakingsrechtvaarders, die zetelen op grond van de Wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument van 14 juli 1991. De Raad is van oordeel dat een dubbel gebruik van de WHPC enerzijds en de WBEM anderzijds moet worden vermeden, temeer daar de Raad beslissingen neemt die erga omnes gelden, hetgeen niet het geval is voor de beslissingen van de stakingsprocedures. Wellicht is het derhalve wenselijk dat er een bevoegdheidsafbakening zou voorzien worden. Het lijkt immers niet opportuun dat er een cumulatieve bevoegdheid zou bestaan tussen de Raad voor de Mededinging (die, zoals gezegd, een administratief rechtscollege is en derhalve dient te oordelen vanuit het algemeen belang en beslissingen neemt die erga omnes gelden)

enerzijds en de rechtbanken van de rechterlijke orde anderzijds (die enkel oordelen over geschillen die hen worden voorgelegd, binnen de door partijen aangegeven krijtlijnen, en waarbij de uitspraken enkel de concrete procespartijen binden).

De Raad voor de Mededinging wenst tenslotte op te merken dat er, in het kader van de modernisering van het Europese mededingingsrecht, bij een wijziging van de WBEM zou moeten worden voorzien in een duidelijke afbakening tussen de bevoegdheden van de Raad voor de Mededinging enerzijds en de nationale rechtbanken anderzijds.

## E. De clementieregeling

Het voorontwerp stelt voor om een artikel 36, §3 in te voeren dat een clementieregeling voorziet. De Raad voor de Mededinging wenst zich nog niet uit te spreken over deze regeling en bereidt hierover een advies voor.

## F. De verhouding tussen de Raad voor de Mededinging en de sectoriële regulatoren

### *a. Commentaar op de voorgestelde artikelen 54 ter en 54 quater*

De Raad voor de Mededinging wijst erop dat de verhouding tussen de Raad voor de Mededinging als algemene mededingingsautoriteit enerzijds en de sectoriële regulatoren anderzijds een zeer belangrijk punt is.

Het voorontwerp van wet voorziet in de invoering van een nieuw artikel 54 ter, §1 dat bepaalt dat in deze materies en sectoren die onder het toezicht staan van een sectoriële autoriteit, betwistingen over het functioneren van de markt tot de bevoegdheid van de Raad voor de Mededinging zouden behoren, meer bepaald wanneer het de mogelijkheid betreft van ondernemingen om toe te treden tot het netwerk van een dominante operator. Betwistingen over de organisatie van de markt en de toegang tot de markt daarentegen zouden tot de bevoegdheid van de sectoriële autoriteit blijven behoren. In artikel 54 ter, §2 wordt een beslissings- en beroepsprocedure uitgewerkt.

Dit onderscheid is volgens de Raad voor de Mededinging niet zeer pertinent. De Raad voor de Mededinging stelt ook voor om mogelijke bevoegdheidsconflicten tussen de Raad voor de Mededinging en de sectoriële regulatoren toe te vertrouwen aan een instantie die zou samengesteld zijn uit de Voorzitters van beide autoriteiten met een beslissingsbevoegdheid, in geval van afwezigheid van consensus, van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging (zie in dit verband de vergelijking met de arrondissementsrechtbank). De Raad is van oordeel dat het voorgestelde artikel 54 ter, §2 tot een blokkering en verlamming van de procedure kan leiden. Er wordt zelfs geen termijn voorzien binnen dewelke de autoriteit zich in beroep dient uit te spreken.

De door het voorontwerp voorgestelde invoering van een artikel 54 quater, §1 is volgens de Raad voor de Mededinging zeer pertinent. Dit artikel voorziet in een verplichting voor de sectoriële autoriteiten om aan de Raad voor de Mededinging alle informatie mee te delen die noodzakelijk is voor een begrip van betwistingen betreffende de werking van de markt in kwestie, alsook vertrouwelijke documenten indien deze noodzakelijk zijn voor een goed begrip van de werking van de gereguleerde markt.

Artikel 54 quater, §2 daarentegen kan volgens de Raad voor de Mededinging aanleiding geven tot tegenstrijdige interpretaties. Moet onder een verplicht advies worden verstaan dat het advies verplichtend moet worden gevraagd of moet het advies verplicht worden gevolgd? In dit laatste geval zou de Raad voor de Mededinging een stuk van zijn bevoegdheden verliezen. De memorie van toelichting geeft hierop geen antwoord.

### *b. Alternatieve modellen inzake bevoegdheidsverdeling*

De Raad voor de Mededinging is van oordeel dat de doelstelling van de bevoegdheidsverdeling tussen de sectoriële autoriteiten enerzijds en de Raad anderzijds, het verzekeren is van een homogene en uniforme rechtspraak.

De Raad voor de Mededinging denkt dat er in essentie drie modellen kunnen worden onderscheiden waarbij de Raad een uitgesproken voorkeur heeft voor het eerste model.

#### i) De Raad voor de Mededinging als overkoepelende mededingingsautoriteit

De Raad voor de Mededinging dient als overkoepelend orgaan bevoegd te zijn voor alle sectoren (zoals telecommunicatie, gas, elektriciteit, transport e.a.) en dit voor de toepassing van het mededingingsrecht. Ter vergelijking verwijst de Raad naar het Nederlandse model waar de Nederlandse Mededingingsautoriteit ("NMa") als overkoepelende mededingingsautoriteit ook bevoegd is voor de geliberaliseerde sectoren en gespecialiseerde kamers heeft opgericht voor de diverse sectoren, waarbij de regulatoren geïntegreerd werden binnen de algemene mededingingsautoriteit.

#### ii) Een samenwerking tussen de Raad en de regulatoren op basis van een gewijzigd artikel 25 van de WBEM

Artikel 25, § 2 van de WBEM bepaalt dat voor de economische sectoren die onder het toezicht of de controle van een geëigende openbare instelling of ander overheidslichaam zijn geplaatst, de Koning, na raadpleging van die instellingen en lichamen, de samenwerking tussen de Dienst voor de Mededinging en het Korps Verslaggevers en die instellingen of lichamen kan regelen voor wat het onderzoek betreft.

Volgens de Raad zou aan dit artikel een derde paragraaf kunnen worden toegevoegd waarin een dergelijke samenwerking ook wordt voorzien op het niveau van de Raad voor de Mededinging met dien verstande dat het hier de beslissingsbevoegdheid betreft.

#### iii) Een samenwerking tussen de Raad en de regulatoren op basis van samenwerkingsprotocollen

Deze optie geniet niet de voorkeur van de Raad voor de Mededinging. De Raad merkt op dat hij op dit ogenblik samen met het BIPT een ontwerp samenwerkingsprotocol voorbereidt teneinde de samenwerking tussen beide organen te organiseren.

### *c. Het wetsontwerp inzake het statuut van het BIPT*

De Raad stelt ook vast dat er, naast huidig voorontwerp, andere wetsontwerpen bestaan, onder meer het wetsontwerp van 11 juli 2002 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector. In dit wetsontwerp wordt onder meer benadrukt dat een samenwerking tussen de Raad voor de Mededinging en het BIPT belangrijk is.

De Raad voor de Mededinging wenst in dit verband te verwijzen naar de tussenkomst van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging op 16 oktober 2002 in de Kamercommissie Infrastructuur, Verkeer en Overheidsbedrijven over het wetsontwerp. In haar tussenkomst laat de Voorzitter zich positief uit over de optie in het wetsontwerp om de instanties die belast zijn met de mededinging en het BIPT te laten samenwerken. Wel zou het wetsontwerp die samenwerking moeten verduidelijken. Het wetsontwerp spreekt in artikel 15, §2, 3°, e over "instanties belast met de mededinging". De Voorzitter merkt echter op dat er momenteel drie instanties belast zijn met de toepassing van het mededingingsrecht: de Raad voor de Mededinging (beslissingsorgaan), de Dienst voor de Mededinging (onderzoekorgaan) en het Korps van Verslaggevers (instantie die de vordering opstelt en uitvoert en belast is met de leiding van het onderzoek en de vaststelling van prioriteiten

inzake het onderzoek). De Voorzitter stelt zich de vraag welke instanties op welke wijze en binnen welk kader met het BIPT kunnen gaan samenwerken. De memorie van toelichting bij het ontwerp (pag. 9) en de tekst van het voorontwerp maken wel expliciet gewag van een samenwerking tussen de Raad en het BIPT, maar het eigenlijke ontwerp blijft daarover in het ongewisse. De Voorzitter stelt daarom voor om duidelijk in het wetsontwerp op te nemen dat een samenwerking tussen de Raad voor de Mededinging en het BIPT dient georganiseerd te worden.

#### G. Is een wijziging van de WBEM opportuun?

Tot slot wenst de Raad voor de Mededinging op te merken dat de WBEM reeds fundamenteel gewijzigd werd door de wetwijzigingen van 26 april 1999, zoals in werking getreden (uiterlijk) per 1 oktober 1999. Deze wetwijzigingen, die onder meer de concentratiecontrole wijzigden, zijn derhalve vrij recent, zodat de Raad van oordeel is dat het niet wenselijk is dat amper drie jaar na de inwerkingtreding van de laatste wetwijziging, opnieuw een fundamentele wijziging aan de WBEM wordt aangebracht, die niet noodzakelijk is op grond van Europese richtlijnen en/of Europese verordeningen.

Bovendien wenst de Raad op te merken dat de evaluatietermijn voor de aangebrachte wijzigingen in 1999 nog te kort is.

De Raad merkt op dat het wel degelijk wenselijk zal zijn om de WBEM aan te passen, van zodra het voorstel voor de Verordening houdende modernisering van het mededingingsrecht goedgekeurd zal zijn door de Raad van de EU. De Raad wenst op te merken dat op 26 november 2002 binnen de Raad van de EU reeds een politiek akkoord werd bereikt over het voorstel van de Commissie. Het is daarom wenselijk om te wachten tot deze modernisering definitief tot stand is gebracht om de fundamentele grondslagen van de WBEM opnieuw te wijzigen. Tevens kunnen dan eventuele andere wijzigingen worden doorgevoerd.

Dit advies werd goedgekeurd door de algemene vergadering van de Raad voor de Mededinging op 27 november 2002.



## ***Avis du Conseil de la concurrence sur l'avant-projet de loi modifiant la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique***

### **A. Introduction**

Vu la lettre du 15 juillet 2002 du Ministre de l'Économie par laquelle il invite le Conseil de la concurrence à rendre un avis sur une note proposant une réforme du système de contrôle des concentrations.

Vu la lettre du 11 octobre 2002 de M. Dineur, chef de Cabinet du Ministre de l'Économie, à laquelle était jointe en annexe un avant-projet de loi modifiant la Loi sur la Protection de la Concurrence Économique, coordonnée le 1er juillet 1999 (appelée ci-après la "LPCE").

Vu les commentaires sur cet avant-projet de loi donnés le 25 octobre 2002 par Mme Séverine Waterbley, chef de cabinet adjoint du Ministre de l'Économie.

Vu que le Conseil de la concurrence estime qu'il y a lieu de rendre un avis sur cet avant-projet de loi, même si jusqu'à ce jour le Ministre de l'Économie n'a pas encore formellement demandé un avis à ce propos. Le Conseil de la concurrence peut toutefois rendre un avis d'initiative en se basant sur l'article 16 de la LPCE.

Le Conseil de la concurrence tient à souligner que le présent avis ne concerne que l'avant-projet de loi, tel que mentionné dans la lettre du 11 octobre 2002. Il ne concerne donc pas la note du Ministre adressée par courrier au Conseil de la concurrence le 15 juillet 2002. Le Conseil de la concurrence estime en effet que cette note a été annulée implicitement et remplacée par l'avant-projet de loi.

Le texte de l'avant-projet de loi transmis au Conseil de la concurrence est joint en annexe au présent avis afin d'éviter toutes discussions sur la teneur de l'avant-projet, objet du présent avis.

Le Conseil de la concurrence tient finalement à souligner qu'en ce moment, seule une version française de l'avant-projet de loi semble disponible.

L'avant-projet de loi concerne essentiellement trois matières :

- Une réforme du système de contrôle des concentrations.
- Un renforcement des compétences du Conseil quant au traitement des pratiques de concurrence restrictives.
- Une meilleure répartition des compétences entre le Conseil de la concurrence et les régulateurs sectoriels.

Le Conseil de la concurrence étudiera chaque matière, mais souhaite au préalable communiquer ses remarques sur les objectifs du présent avant-projet de loi.

### **B. Objectifs de l'avant-projet**

Selon l'exposé des motifs, l'avant-projet de loi vise à alléger les tâches du Conseil de la concurrence en ce qui concerne l'examen de concentrations pour qu'il puisse examiner les pratiques de concurrence restrictives visées aux articles 2 et 3 de la LPCE, définies comme étant "plus fondamentales".

Selon l'exposé des motifs, le Conseil consacre actuellement trop de temps et de moyens au traitement de dossiers de concentration, ce qui ne lui permet pas d'exercer ses autres compétences en matière de pratiques de concurrence restrictives. Le Conseil de la concurrence estime que cette motivation n'est pas correcte.

Le Conseil de la concurrence tient à souligner qu'il ne peut influencer l'instruction des dossiers. Les demandes, plaintes et concentrations sont en effet introduites au Conseil de la concurrence, qui les envoie sans tarder pour enquête au Corps des Rapporteurs. Ce n'est que lorsque le Conseil de la

concurrence reçoit le rapport motivé qu'il peut traiter le dossier et, après avoir entendu les parties, prendre une décision.

Comme le Corps des Rapporteurs n'est actuellement composé que de deux rapporteurs, ces derniers doivent prioritairement examiner les dossiers devant être traités dans un délai contraignant. Il s'agit d'une part des dossiers portant sur des concentrations (pour lesquelles une décision en première phase doit intervenir dans un délai de 45 jours) et des dossiers sollicitant des mesures provisoires (pour lesquelles le Président du Conseil de la concurrence impose au Corps - conformément à l'article 35 de la LPCE - un bref délai de rédaction du rapport).

Le Conseil de la concurrence ne sait dès lors se prononcer que sur les dossiers qui lui sont soumis par le Corps des Rapporteurs, notamment des dossiers d'instruction relatifs aux concentrations et aux mesures provisoires.

Le Conseil de la concurrence tient à souligner qu'il n'a pas accusé de retard dans le traitement de nouvelles affaires (introduites après l'entrée en vigueur de la loi modifiée le 1er octobre 1999) et souhaite d'ailleurs traiter davantage de dossiers sur base des articles 2 et 3 de la LPCE, ce qui n'est pas possible en raison de l'absence de rapport motivé émanant du Corps des rapporteurs.

Force est pourtant de constater que de nombreuses plaintes ont été introduites depuis l'installation du nouveau Conseil de la concurrence. A titre d'information, on peut relever que :

- En 2000, 6 plaintes ont été introduites et 2 accords ont été notifiés.
- En 2001, 13 plaintes ont été introduites et 4 accords ont été notifiés.
- Le 27 novembre 2002, 17 plaintes avaient déjà été introduites et 3 accords notifiés.

Ces plaintes et notifications n'ayant pas encore fait l'objet d'un rapport par le Corps, le Conseil de la concurrence se voit obligé de traiter les anciens dossiers en matière de pratiques de concurrence restrictives (datant d'avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi du 1er octobre 1999) et qui, pour autant qu'il n'y ait pas prescription, n'intéressent en général plus les parties.

Le Conseil de la concurrence estime donc que la motivation qui sous-tend le présent avant-projet de loi ne correspond plus à la réalité et suppose à tort que le retard dans le traitement de dossiers sur base des articles 2 et 3 de la LPCE serait dû à une surcharge du Conseil de la concurrence. En fait, l'arriéré se situe à un autre niveau, à savoir au niveau du Corps des Rapporteurs et du Service de la concurrence, qui manquent sérieusement de moyens.

### C. Contrôle de concentrations.

Le Conseil de la concurrence constate que l'avant-projet propose trois modifications importantes en matière de contrôle de concentrations. Ces propositions seront traitées systématiquement ci-après.

Elles concernent :

- Une modification de la compétence de décision du Conseil de la concurrence.
- Une modification des seuils de notification.
- Une modification des compétences du Conseil des Ministres.

#### *a. La compétence de décision du Conseil de la concurrence*

L'avant-projet de loi confère au Corps des Rapporteurs des compétences étendues pour traiter les concentrations. Le Corps serait ainsi habilité à juger de la recevabilité et de l'admissibilité de concentrations lors de la première phase de la procédure. Le Conseil de la concurrence ne conserve aucune compétence en cette matière.

Cette proposition paraît incompatible avec les buts initiaux de la LPCE. En 1991, le législateur a en effet opté pour un système expressément dualiste, séparant l'organe d'enquête (le Service de la concurrence) de l'organe de décision (le Conseil de la concurrence). Cette stricte séparation entre la procédure d'enquête d'une part et la compétence de décision d'autre part a encore été renforcée par les modifications de loi de 1999 instituant un troisième organe, le Corps des Rapporteurs, composé de fonctionnaires ayant un statut autonome et étant chargés de rédiger et de présenter des rapports d'enquête au Conseil de la concurrence et de définir les priorités de cette enquête. Dans le cadre d'une stricte séparation entre l'enquête d'une part et la compétence de décision d'autre part, la compétence pour perquisitionner, saisir ou apposer les scellés a entre autres été transférée du Président du Conseil de la concurrence vers le Corps des Rapporteurs.

L'avant-projet de loi rompt fondamentalement avec cette philosophie de la LPCE en accordant également une compétence de décision au Corps des Rapporteurs.

Le Conseil estime que cette décision présente plusieurs inconvénients :

- Le système proposé n'est nullement transparent, puisque la stricte séparation entre l'enquête d'une part et la décision d'autre part est rompue et que l'organe d'enquête devient également un organe de décision.
- La suppression du système dualiste (distinction stricte entre l'enquête et la décision) est contraire aux tendances générales dans le droit de concurrence européen. Après les arrêts *Airtours/First Choice*, *Schneider/Legrand* et *Tetra/Laval/Sidel*, la Commission Européenne plaide en faveur de réformes au sein de la Direction Générale de la concurrence permettant une meilleure séparation entre l'enquête et la décision. Le Conseil de la concurrence renvoie dans ce contexte aux réformes proposées par le Commissaire Monti concernant la procédure suivie par le système européen de contrôle des concentrations et qui reviennent en fait à soumettre - dans certaines circonstances - les constatations des fonctionnaires chargés d'examiner une affaire à un "peer review". Le renforcement du rôle des "hearing officers" en tant qu'organe autonome au sein de la DG COMP accentue encore la tendance vers une nette séparation entre enquête et décision (voir e.a. M. Monti, "Merger Control in the European Union : a radical reform", travail présenté lors de la "IBA Conference" du 7 novembre 2002 à Bruxelles).
- Il convient en outre de constater que le Corps des Rapporteurs est déjà confronté à une surcharge et accorder une compétence de décision supplémentaire aux rapporteurs serait irresponsable.

#### *b. La modification des seuils de notification*

##### i) Les seuils de notification proposés

L'avant-projet propose de modifier les seuils de notification prévus par l'article 11, § 1 de la LPCE comme suit :

- Les entreprises concernées doivent réaliser globalement un chiffre d'affaires mondial commun (en Belgique) de plus de 125 millions d'euros.
- Au moins une des entreprises concernées doit réaliser un chiffre d'affaires d'au moins 15 millions d'euros en Belgique, et
- Les entreprises concernées doivent obtenir conjointement une part de marché de plus de 25% du marché en question.

Le Conseil de la concurrence souligne tout d'abord une contradiction dans le premier seuil du chiffre d'affaires. La référence au chiffre d'affaires en Belgique doit être supprimée.

A ce sujet, le Conseil de la concurrence s'est déjà prononcé dans un avis du 16 octobre 2002 en faveur d'une augmentation des seuils de concentration actuels. Il souligne toutefois dans cet avis qu'une étude économique préalable s'impose et maintient ici son point de vue.

Le Conseil de la concurrence s'étonne que le critère de la part de marché en tant que seuil de notification soit réintroduit. Il figurait à l'origine dans la loi du 5 août 1991, mais avait été supprimé suite aux modifications de loi du 26 avril 1999. Les entreprises prétendaient entre autres que ce seuil de part de marché était source d'insécurité juridique.

Le Conseil de la concurrence fait remarquer que, si le seuil de part de marché devait néanmoins être réintroduit, l'avant-projet devrait spécifier qu'il s'agit d'une part de plus de 25% du marché belge visé afin d'éviter des notifications de concentrations sans effet pour ce marché.

#### ii) L'avis du Service de la concurrence

Le Conseil de la concurrence constate que l'on introduirait un nouvel article 11, § 4, permettant aux parties notifiantes d'interroger le Service de la concurrence si elles atteignent le seuil de 25% de la part de marché.

Le Conseil de la concurrence estime qu'une demande d'avis au Service de la concurrence n'est pas souhaitable. Comme expliqué ci-avant, ce service est uniquement un organe d'enquête, sans compétence décisionnelle et une telle demande d'avis ne pourrait ni être contraignante ni présenter une forme de sécurité juridique pour les entreprises. En effet, il n'est pas exclu que le Conseil de la concurrence puisse avoir une autre opinion.

Si le Service de la concurrence décide que la concentration ne doit pas être notifiée, parce que le seuil de 25% de la part de marché n'est pas atteint, mais que le Conseil de la concurrence ne partage pas cet avis, les entreprises risquent de ne pas notifier une concentration alors qu'elle doit être obligatoirement notifiée avec toutes les conséquences néfastes propres à une telle situation (e.a. des amendes et dissolution de la concentration).

Le délai dont dispose le Service de la concurrence pour communiquer aux parties notifiantes un avis sur l'obligation de notification, en l'espèce le jour précédant l'expiration du délai de notification obligatoire d'un mois, est beaucoup trop court. Il est à supposer que les entreprises n'attendront pas le dernier jour pour obtenir une réponse certaine au sujet de l'obligation de notification de la concentration soumise au Service.

Enfin, cette compétence supplémentaire ne paraît pas compatible avec la surcharge et le manque de personnel auxquels le Service de la concurrence est actuellement confronté.

#### *c. La compétence du Conseil des Ministres*

L'avant-projet modifie également le recours, tel que prévu par l'article 34 *bis* de la LPCE, devant le Conseil des Ministres de sorte qu'il ne pourrait pas seulement permettre une concentration interdite ou autorisée sous certaines conditions par le Conseil de la concurrence, mais serait également habilité à interdire des concentrations autorisées par le Conseil de la concurrence.

Le Conseil de la concurrence tient à souligner préalablement qu'il s'oppose en principe à toute immixtion du Conseil des Ministres.

A titre subsidiaire, le Conseil de la concurrence estime qu'il prend des décisions sur des bases juridiques/économiques - tandis que le Conseil des Ministres peut prendre une décision qui serait basée sur l'intérêt général. Le Conseil de la concurrence considère que la décision du Conseil des Ministres sur base de l'intérêt général, peut être aussi bien aller dans le sens positif (autoriser tandis que le Conseil de la concurrence a interdit), que dans le sens négatif (interdire ce que le Conseil de la concurrence a permis). Dans ce contexte, le Conseil ne s'oppose pas à une compétence plus étendue du Conseil des Ministres, tel que prévu par l'avant-projet.

#### *d. Notification conjointe du Conseil et du Corps*

Le Conseil souligne par ailleurs que dans l'avis du 16 octobre 2002, il a déclaré que l'introduction d'une procédure simplifiée pour traiter certaines concentrations est indispensable. Dans ce contexte, il a élaboré - en collaboration avec le Corps des Rapporteurs - une communication conjointe visant une procédure simplifiée pour le traitement de certaines concentrations. Cette communication conjointe,

qui sera prochainement publiée au Moniteur Belge, répondra en grande partie aux exigences des entreprises, permettant un traitement simplifié de concentrations n'ayant qu'un impact limité sur le marché belge.

Par conséquent, le Conseil estime qu'une modification totale du contrôle des concentrations, telle que proposée dans l'avant-projet, est superflue. Il estime que l'introduction d'une procédure simplifiée de notification pour certaines concentrations ainsi que l'augmentation après la réalisation d'une étude économique des seuils de chiffres d'affaires (préconisée dans l'avis du 16 octobre 2002) suffisent.

#### D. Pratiques de concurrence restrictives (introduction du principe de dépendance économique)

L'avant-projet propose une extension des compétences du Conseil de la concurrence par l'introduction d'un article *3bis*, stipulant que l'exploitation abusive – par une entreprise ou un groupe d'entreprises – d'une situation de dépendance économique dans laquelle se trouve un acheteur ou un fournisseur, est interdite si ce dernier ne dispose pas d'alternatives équivalentes.

Cette disposition a été plus ou moins reprise du droit de concurrence français et figurait déjà dans plusieurs avant-projets précédents.

Dans une lettre du 21 avril 1997 adressée au Ministre de l'Économie, le Président du Conseil de la concurrence s'était déjà exprimé en faveur de l'introduction d'un tel principe dans la LPCE.

Le Conseil de la concurrence confirme ce point de vue et considère que l'introduction de cette nouvelle compétence est souhaitable en remarquant toutefois qu'il faut vérifier si cette compétence ne fait pas double emploi avec celle des juges de cessation siégeant conformément à la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur. Le Conseil estime qu'il y a lieu d'éviter un double emploi entre la LPC d'une part et la LPCE d'autre part, d'autant plus qu'il prend des décisions valables erga omnes, ce qui ne vaut pas pour les décisions en matière de procédures en cessation. Une délimitation des compétences est sans doute souhaitable. Prévoir une compétence cumulative entre le Conseil de la concurrence (juridiction administrative devant statuer en tenant compte de l'intérêt général et prenant des décisions valables erga omnes) d'une part et les tribunaux de l'ordre judiciaire d'autre part (se prononçant uniquement sur les litiges dont ils sont saisis dans les limites indiquées par les parties et dont les jugements ne valent que pour les parties concernées par le procès) ne paraît pas opportun.

Le Conseil de la concurrence tient finalement à souligner qu'une modification de la LPCE devrait, dans le cadre de la modernisation du droit de concurrence européen, prévoir une nette délimitation entre les compétences du Conseil de la concurrence et des tribunaux nationaux.

#### E. Les règles de clémence

L'avant-projet propose d'introduire un article 36, § 3, qui prévoit des règles de clémence. Le Conseil de la concurrence ne veut pas encore prendre position à ce propos et prépare un avis en la matière.

#### F. Relations entre le Conseil de la concurrence et les régulateurs sectoriels

##### *a. Commentaire sur les articles 54ter et 54quater tels que proposés*

Le Conseil de la concurrence remarque que les relations entre le Conseil de la concurrence en tant qu'autorité de concurrence générale et les régulateurs sectoriels, constituent un point très important.

L'avant-projet de loi prévoit l'introduction d'un nouvel article 54ter, § 1, stipulant que - dans le cadre de ces matières et secteurs placés sous le contrôle d'une autorité sectorielle - des contestations sur le

fonctionnement du marché relèveraient de la compétence du Conseil de la concurrence, en particulier lorsqu'il s'agit de permettre aux entreprises d'adhérer au réseau d'un opérateur dominant. L'autorité sectorielle resterait toutefois compétente pour les contestations quant à l'organisation du marché et son accès.

L'article 54<sup>ter</sup>, § 2 instaure une procédure de décision et de recours.

Le Conseil de la concurrence considère cette distinction peu pertinente. Il propose également de confier les éventuels conflits de compétence avec régulateurs sectoriels à une instance, composée des Présidents des deux autorités en attribuant une compétence de décision, en cas d'absence de consensus, au Président du Conseil de la concurrence (voir dans ce contexte la comparaison avec le tribunal d'arrondissement). Pour le Conseil, l'article 54<sup>ter</sup>, § 2 proposé peut bloquer et paralyser la procédure et d'autant qu'aucun délai n'a été fixé dans lequel l'autorité doit se prononcer sur ce recours !

Le Conseil de la concurrence juge que l'introduction d'un article 54<sup>quater</sup>, § 1 proposée par l'avant-projet, est très pertinente. Cet article oblige les autorités sectorielles de fournir au Conseil de la concurrence toutes les informations nécessaires pour comprendre les contestations quant au fonctionnement du marché visé ainsi que des documents confidentiels, s'ils sont indispensables pour une bonne compréhension du fonctionnement du marché régulé.

Le Conseil de la concurrence estime par contre que le § 2 de cet article 54<sup>quater</sup> peut donner lieu à des interprétations contradictoires. Faut-il comprendre par "avis obligatoire" qu'il doit obligatoirement être demandé ou doit-il obligatoirement être respecté ? Dans ce dernier cas, le Conseil de la concurrence perdrait une partie de ses compétences. L'exposé des motifs ne répond pas à cette question.

#### *b. Modèles alternatifs en matière de répartition des compétences*

Le Conseil de la concurrence considère que l'objectif de la répartition des compétences entre les autorités sectorielles et le Conseil est d'assurer une juridiction homogène et uniforme.

Il estime que l'on peut distinguer essentiellement trois modèles, dont le premier a largement sa préférence.

##### *i) Le Conseil de la concurrence en tant qu'autorité de concurrence centrale*

En tant d'organe central, le Conseil de la concurrence doit être compétent pour tous les secteurs (tels que télécommunications, gaz, électricité, transports, e.a.) pour ce qui concerne l'application du droit de la concurrence. A titre de comparaison, le Conseil renvoie au modèle néerlandais où la "Nederlandse Mededingingsautoriteit ("NMa") est également, en tant qu'autorité de concurrence centrale, compétente pour les secteurs libéralisés et a instauré pour les divers secteurs des chambres spécialisées intégrant les régulateurs au sein de l'autorité de concurrence générale.

##### *ii) Une collaboration entre le Conseil et les régulateurs basée sur un article 25 modifié de la LPCE*

L'article 25, § 2 de la LPCE dispose que pour les secteurs économiques placés sous l'autorité ou le contrôle d'une institution publique créée à cet effet ou un autre organe de l'État, le Roi peut, après consultation de ces institutions et organes, régler la collaboration entre le Service de la concurrence et le Corps des Rapporteurs et ces institutions ou organes en matière d'enquête.

Le Conseil estime qu'un troisième paragraphe pourrait être ajouté à cet article, prévoyant également une collaboration de ce type au niveau du Conseil de la concurrence, étant entendu qu'il s'agit ici de la compétence décisionnelle.

##### *iii) Une collaboration entre le Conseil et les régulateurs basée sur des protocoles de collaboration*

Cette option n'a pas la préférence du Conseil de la concurrence. Le Conseil de la concurrence fait remarquer qu'il prépare actuellement en collaboration avec l'IBPT, un projet de protocole de coopération pour organiser la collaboration entre ces deux organes.

### *c. Le projet de loi relatif au statut de l'IBPT*

Le Conseil constate également qu'il existe, hormis l'avant-projet actuel, d'autres projets de loi, entre autres le projet de loi du 11 juillet 2002 concernant le statut de régulateur du secteur belge des postes et télécommunications. Ce projet de loi souligne entre autres qu'une collaboration entre le Conseil de la concurrence et l'IBPT est importante.

Le Conseil de la concurrence souhaite, dans ce contexte, se référer à l'intervention du Président du Conseil de la concurrence le 16 octobre 2002 devant la Commission de l'Infrastructure, des Communications et des Entreprises publiques de la Chambre concernant cet avant-projet. Dans son intervention, il s'est prononcé en faveur de l'option reprise au projet, à savoir-faire collaborer l'IBPT et les instances chargées de la concurrence que l'article 15, § 2, 3<sup>o</sup>, e, ne fait qu'évoquer. Il faudrait préciser la teneur de cette collaboration.

Le Président souligne toutefois qu'il existe actuellement trois instances chargées d'appliquer le droit de la concurrence : le Conseil de la concurrence (organe de décision), le Service de la concurrence (organe d'enquête) et le Corps des Rapporteurs (instance qui rédige le rapport et se charge de l'action, mène l'enquête et fixe les priorités en la matière). Le Président se demande quelles sont les instances susceptibles de collaborer avec l'IBPT, de quelle façon elles y procéderaient et dans quel cadre. L'exposé des motifs accompagnant le projet (page 9) et le texte de l'avant-projet mentionnent explicitement une collaboration entre le Conseil et l'IBPT, mais le projet en soi ne précise rien. Le Président propose donc de spécifier clairement dans le projet de loi qu'il y a lieu d'organiser une collaboration entre le Conseil de la concurrence et l'IBPT.

### **G. Une modification de la LPCE est-elle opportune ?**

Le Conseil de la concurrence tient finalement à souligner que la LPCE a déjà été fondamentalement modifiée par les modifications de loi du 26 avril 1999, entrées en vigueur le 1er octobre 1999 (au plus tard). Ces modifications de loi, transformant entre autres le contrôle des concentrations, étant dès lors très récentes, le Conseil estime qu'il n'est pas souhaitable d'apporter, à peine trois ans après l'entrée en vigueur de la dernière révision, une nouvelle modification fondamentale dans la LPCE qui n'est pas exigée par des directives et/ou des règlements européens.

Il fait en outre remarquer que le délai d'évaluation des modifications apportées en 1999 est encore trop court.

Le Conseil souligne par contre qu'il sera souhaitable d'adapter la LPCE, dès que la proposition de Règlement relatif à la modernisation du droit de la concurrence aura été approuvée par le Conseil de l'UE. Il signale qu'un accord politique sur la proposition de la Commission a existé depuis le 26 novembre 2002 au niveau du Conseil de l'UE et qu'il faut donc attendre la réalisation définitive de cette modernisation pour modifier une fois de plus les bases fondamentales de la LPCE. D'autres modifications éventuelles pourraient alors également être apportées.

Le présent avis a été approuvé à la séance plénière du Conseil du 27 novembre 2002.

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

#### **3.1. Schriftelijke opmerkingen inzake A.R. nr.2001/MR/10**

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

A.R.Nr. 2001/MR/10

Gezien de beslissing van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging nr. 2001-V/M-58 genomen op 13 november 2001;

Gezien het verzoekschrift tot hoger beroep neergelegd door de BVBA Daems Racing op 12 december 2001;

Gezien de conclusies houdende instelling van incidenteel hoger beroep neergelegd door de VZW VAS op 9 januari 2002;

Gezien artikel 42 van het Huishoudelijk Reglement van de Raad voor de Mededinging goedgekeurd bij koninklijk besluit van 14 december 2000;

Gezien de beschikking van het Hof van Beroep te Brussel d.d. 5 februari 2002 waardoor aan de Raad voor de Mededinging een termijn voor het formuleren van schriftelijke opmerkingen werd verleend in toepassing van artikel 43 bis §2 van de W.B.E.M., die verstrijkt op 22 maart 2002;

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

#### **1. Over het bestaan van een dadelijk en rechtstreeks belang in hoofde van de klager**

De VZW VAS (hierna VAS) beweert dat de BVBA Daems Racing (hierna Daems) geen rechtstreeks en dadelijk belang zou hebben omdat zij de klacht enkel heeft ingeleid tegen VAS en niet tegen de Koninklijke Automobielclub van België (hierna K.A.C.B.) en de Association Sportive Automobile Francophone (hierna A.S.A.F.) die het bestreden VAS-reglement hebben overgenomen.

De Raad voor de Mededinging wenst hierover op te merken dat VAS wel degelijk de auteur is van de bestreden reglementering en dat Daems haar klacht tegen het VAS heeft gericht omdat deze de regels bepaalt welke op het grondgebied van de Vlaamse Gemeenschap van toepassing zijn. De Vlaamse Gemeenschap werd trouwens in de beslissing als de relevante geografische markt weerhouden. Deze marktafbakening werd door VAS niet betwist.

Aangezien het voor Daems onmogelijk is om de banden van het type 65° shore voor de klasse junioren/kadetten, te leveren heeft Daems wel degelijk een rechtstreeks en dadelijk belang bij het indienen van de klacht en het verzoek om voorlopige maatregelen. De door VAS aangehaalde beweerdelijke motieven voor het indienen van de klacht door Daems zijn derhalve irrelevant.

De Raad voor de Mededinging wenst tevens op te merken dat het dadelijk en rechtstreeks belang wordt beoordeeld op dezelfde wijze als het verkregen en dadelijk belang in de zin van artikel 18 van het Gerechtelijk Wetboek (Hof van Beroep te Brussel van 11 september 1996, RTBF, RMB, TVI, IP Belgium, TVB, Communauté Française de Belgique t. Etat Belgique, B.S.20 september 1996, p. 24607 ).



## 2. Over het bestaan van een prima facie inbreuk op de W.B.E.M.

### 2.1. Het begrip onderneming of ondernemersvereniging

VAS stelt dat zijn geen economische activiteit zou nastreven. De conclusie van VAS is tegenstrijdig op dit punt. VAS stelt dat “het feit dat de VZW in het kader van de Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging als een onderneming kan beschouwd worden, houdt nog niet in dat zij een economisch doel nastreeft (...)”

VAS miskent hierbij artikel 1 a) W.B.E.M. waarin bepaald wordt dat onder een onderneming verstaan wordt “alle natuurlijke of rechtspersonen, die op duurzame wijze een economisch doel nastreven”.

Het is immers het nastreven van een economisch doel dat doorslaggevend is voor de kwalificatie als onderneming in de zin van de W.B.E.M.. VAS lijkt in casu niet te betwisten dat zij als een onderneming kan worden gekwalificeerd voor de toepassing van de W.B.E.M.

### 2.2 Het prima facie karakter van de beoordeling

De Raad voor de Mededinging wenst op te merken dat het in het kader van artikel 35 W.B.E.M. volstaat dat de aangeklaagde inbreuk een waarschijnlijk karakter vertoont zonder dat het noodzakelijk is het bestaan van een inbreuk op de mededingingsregels vast te stellen met dezelfde graad van zekerheid als voor een eindbeslissing (zie o.m. Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 14 januari 1998, Daube/Nationale Loterij, zaak nr. 98-V/M-1 ; Beslissing van de Voorzitter van de Raad van 30 augustus 2000, zaak nr. MEDE-V/M-27, VZW RadioTienen e.a. t. CVBA Sabam, BS 9 januari 2001 ; Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 10 januari 2001, zaak nr.2001-V/M-02, BBUSO/LCM en Regionale Christelijke Ziekenfondsen, BS 5 mei 2001 ; Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 9 maart 2001, zaak nr. 2001-V/M-12, BVBA Incine/N.V. Rendac, BS 28 september 2001 ; zie ook het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 21 januari 2002, SABAM t. Radio Tienen e.a., A.R. nr.2000/MR/2)

### 2.3 De vereiste van 65° shore banden dient prima facie de veiligheid

De bepaling in het kartingreglement van de VZW VAS, waardoor voor de categorie junioren/kadetten de hardheid van de banden op 65° shore gelegd wordt, lijkt prima facie gerechtvaardigd op grond van veiligheidsmotieven. De Raad voor de Mededinging verwijst hier naar een vorige beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 6 december 2000 waarin werd aanvaard dat normen vermogen opgelegd te worden in verband met de grootte en hardheid van de banden, voor zover daarbij objectieve criteria worden gehanteerd. In deze procedure aanvaardde de Voorzitter dat de hardheid van de banden een invloed heeft op de snelheid van de voertuigen en derhalve van belang kan zijn voor de veiligheid van de kartingrijders (zie Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 6 december 2000, zaak nr. 2000-V/M-39, ETE-Kilt/ASAF, BS 27 februari 2001).

### 2.4 De vereiste in het kartingreglement van VAS, dat slechts één maal per seizoen van banden kan worden gewisseld.

In beroep stelt VAS als volgt “Intussen werd op de vergadering van de werkgroep karting d.d. 22.10.2001 het nieuwe technische ontwerpreglement besproken en goedgekeurd, waarbij voor de door VAS ingerichte categorieën wat de banden betreft, niet meer verwezen wordt naar de shore, doch naar de nieuwe homologatiecriteria van de F.I.A., zijnde HARD, MEDIUM en SOFT (zie stuk 10 appelante, punt 21 en stuk 16), zodat de ganse discussie ivm de shore-norm irrelevant wordt en bijna elke producent inmiddels een aanvraag tot homologatie heeft ingediend conform de nieuwe normering (mogelijk tot 30.11.2001)”(zie conclusies van VAS, p.17).

Hieruit blijkt dat het kartingreglement van VAS niet gewijzigd werd in 2002 wat betreft de vereiste dat slechts éénmaal per seizoen van banden kan worden gewisseld. De beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging is in elk geval nog relevant wat dit onderdeel van het kartingreglement van VAS betreft.

### 3. Het bestaan van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel en de vereiste van hoogdringendheid.

De Raad voor de Mededinging merkt op dat, teneinde voorlopige maatregelen in de zin van artikel 35 van de W.B.E.M. te kunnen toekennen, drie cumulatieve toepassingsvoorwaarden vervuld dienen te zijn :

- Het bestaan van een klacht ten gronde en daaraan verbonden het bestaan van een rechtstreeks en dadelijk belang voor de klager.
- Het bestaan van een prima facie inbreuk op de W.B.E.M.
- Het vermoeden van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat in verband staat met de aangeklaagde praktijk en dat dringend moet vermeden worden (zie o.m. Brussel, 18 december 1996, N.V. Honda Belgium e.a. t. Belgische Staat, Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging, 1996,836).

Uit de voorbereidende werken van de wet van 5 augustus 1991 blijkt tevens dat de wetgever zich voor de redactie van artikel 35 van de Wet, geïnspireerd heeft op het communautair recht en de rechtspraak van het Hof van Justitie, waar deze drie voorwaarden tevens gelden opdat de Commissie voorlopige maatregelen zou kunnen nemen (Verslag Commissie Senaat, Parl. St., Senaat, 1289-2 (1990-1991), p.65-66).

De Raad voor de Mededinging is van oordeel dat de aanwezigheid van deze drie toepassingsvoorwaarden aan een logische volgorde beantwoordt die door de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging dient onderzocht te worden.

De eerste vereiste – het bestaan van een klacht ten gronde - strekt ertoe te verhinderen dat de Voorzitter zou gevat kunnen worden zonder dat er ten gronde reeds een onderzoek loopt (Zie Brussel, 26 juni 1997, Iverlek e.a. t. Belgische Staat & Eurosport, Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging, 1997,724, waar in nr. 5.2 als volgt geoordeeld werd : “ Overwegende dat uit die wetsbepaling volgt dat de voorzitter van de Raad enkel kan optreden wanneer om een voorlopige maatregel wordt verzocht terwijl al een onderzoek loopt betreffende een beweerde restrictieve mededingingspraktijk”

De tweede vereiste – het bestaan van een prima facie inbreuk – is een voorwaarde opdat de voorzitter van de Raad bevoegd zou kunnen zijn (Brussel, 18 december 1996, N.V. Honda Belgium e.a. t. Belgische Staat, Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging,1996,836, waar in nr. 8.2 als volgt geoordeeld werd :”overwegende dat zodoende ter verantwoording van een opgelegde schorsingsmaatregel volstaat : a) dat de voorzitter van de Raad of zijn appelrechter na een eerste appreciatie van de feiten naar rede voorlopig kan aannemen dat de aangeklaagde praktijken schijnen te beantwoorden aan één van diegene omschreven in de artikelen 2 §1 en 3 W.B.E.M. en dat die praktijken het nadeel of de schade veroorzaken zoals in de wet omschreven.

De derde vereiste – het vermoeden van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat in verband staat met de aangeklaagde praktijk en dat dringend moet vermeden worden – maakt één grondvereiste uit (Zie Brussel, 26 juni 1997, Iverlek e.a. t. Belgische Staat & Eurosport, Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 1997, 724, waar in nr. 5.4 als volgt geoordeeld werd : “Dat het onderzoek naar de urgentie en dus naar de realiteit van de beweerde te vermijden schadelijke toestand niet de ontvankelijkheid maar wel de grond van het verzoek betreft”

De vereiste van hoogdringendheid dient niet als een afzonderlijke voorwaarde te worden beschouwd. De derde vereiste – het vermoeden van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat in verband staat met de aangeklaagde praktijk en dat dringend moet vermeden worden –maakt één grondvereiste uit zoals hoger reeds vermeld. De vereiste van hoogdringendheid maakt geen van de

voorwaarde betreffende het risico van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel onderscheiden voorwaarde uit (zie het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 21 januari 2002, SABAM t. VZW Radio Tienen e.a. A.R. nr. 2000/MR/2)

De Raad voor de Mededinging gedraagt zich voor het overige naar de wijsheid van het Hof van Beroep.

Gedaan te Brussel,

Op 18 maart 2002

Namens de Raad voor de Mededinging,

De Kamer samengesteld uit : de Heer Frank Deschoolmeester, Kamervoorzitter, Mevrouw Béatrice Ponet, Voorzitter van de Raad voor de Mededinging en de heren Geert Zonnekeyn en Robert Vanosselaer.

### **3.2. Schriftelijke opmerkingen inzake A.R. nr.2002/MR/4**

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

A.R. 2002/MR/4

Gezien de beslissing van de Raad voor de Mededinging nr. 2002-C/C-58 genomen op 2 augustus 2002;

Gezien het verzoekschrift tot hoger beroep neergelegd door de N.V. Lyfra Partago en de BVBA Tabavin op 30 augustus 2002;

Gezien artikel 42 van het Huishoudelijk Reglement van de Raad voor de Mededinging goedgekeurd bij koninklijk besluit van 14 december 2000;

Gezien de beschikking van het Hof van Beroep te Brussel d.d. 16 oktober 2002 waardoor aan de Raad voor de Mededinging een termijn voor het formuleren van schriftelijke opmerkingen werd verleend in toepassing van artikel 43 bis § 2 van de W.B.E.M., die verstrijkt op 4 december 2002;

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

#### **1. Over tegen wie het hoger beroep is gericht**

De Raad stelt vast dat het hoger beroep ten onrechte gericht is tegen de Belgische Staat vertegenwoordigd door de Minister van Economie.

De Raad merkt op dat sinds de wetten van 26 april 1999 (B.S. 27 april 1999), gecoördineerd bij Koninklijk Besluit van 1 juli 1999 (B.S. 1 september 1999), het hoger beroep niet langer wordt ingesteld tegen de Belgische Staat. Meer nog, het hoger beroep wordt tegen niemand meer ingesteld (zie hierover o.a. "De hervormde Belgische mededingingswet", bijdrage van Peter Wytinck, p. 120, uitgeverij Kluwer).

#### **2. Over de mogelijkheid voor het Hof van Beroep om zich uit te spreken over art. 12,§4, W.B.E.M.**

De Raad heeft in de aangevochten beslissing van 2 augustus 2002 beslist dat de aanmeldende partijen met schending van artikel 12,§4, W.B.E.M. reeds maatregelen hebben getroffen die de omkeerbaarheid van de concentratie belemmeren.

De aanmeldende partijen betwisten zulks in hoger beroep.

De Raad merkt op dat bepaalde rechtsleer in vraag stelt of er wel een mogelijkheid bestaat om beroep in te stellen tegen een beslissing van de Raad over het al dan niet omkeerbaar karakter van de maatregelen genomen door ondernemingen alvorens de Raad zich over de toelaatbaarheid van de concentratie heeft uitgesproken (zie hierover o.a. de bijdrage van J. Steenlant, A. Vanderelst en F. Wyckmans in Tijdschrift voor Privaatrecht 2001, p. 779 in fine).

#### **3. Over de hoogte van de boete.**

De Raad is van oordeel dat artikel 36, § 1, en artikel 38 W.B.E.M. niet werden geschonden.

Gedaan te Brussel,

Op 2 december 2002

Namens de Raad voor de Mededinging,

De Kamer samengesteld uit: de heer Peter Poma, kamervoorzitter en de heren Frank Deschoolmeester, Robert Vanosselaer en Geert Zonnekeyn, leden.

### **3.3. Schriftelijke opmerkingen inzake A.R. nr.2002/MR/3**

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

A.R. nr. 2002/MR/3

Gezien de beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging Nr. 2002-V/M-38 genomen op 27 mei 2002;

Gezien het verzoekschrift tot hoger beroep neergelegd door de Gilde van Vlaamse Antiquairs op 2 augustus 2002;

Gezien artikel 42 van het Huishoudelijk Reglement van de Raad voor de Mededinging goedgekeurd bij koninklijk besluit van 14 december 2000;

Gezien de beschikking van het Hof van Beroep te Brussel d.d. 16 oktober 2002 waardoor aan de Raad voor de Mededinging een termijn voor het formuleren van schriftelijke opmerkingen werd verleend in toepassing van artikel 43 bis § 2 van de W.B.E.M., die verstrijkt op 20 december 2002;

De Raad voor de Mededinging wenst de volgende schriftelijke opmerkingen in de zin van artikel 43 bis §2 W.B.E.M. te formuleren op het bondig geformuleerde verzoekschrift hoger beroep :

De Raad wenst te verwijzen naar artikel 43 bis W.B.E.M. waarin uitdrukkelijk bepaald wordt dat tegen beslissingen waarbij de Raad voor de Mededinging de zaak terugstuurt naar de verslaggever geen afzonderlijk beroep kan worden ingesteld. In casu werd bij beslissing van 27 mei 2002 een bijkomend onderzoek bevolen aan de verslaggever zodat tegen dit onderdeel van de beslissing geen hoger beroep kan worden ingesteld.

Voorts wijst de Raad op artikel 43 bis §4, waarin gesteld wordt dat het hoger beroep de beslissing van de Raad voor de Mededinging of die van zijn voorzitter niet schorst. Volledigheidshalve doet de Raad opmerken dat het korps verslaggevers inmiddels een gemotiveerd verslag (aanvullend onderzoeksverslag) heeft opgesteld in uitvoering van de thans aangevochten beslissing d.d. 18 september 2002. Het gemotiveerd verslag van het korps verslaggevers wordt hierbij ter informatie in bijlage gevoegd.

Appelante laat ten onrechte uitschijnen dat de voorzitter geen bijkomend onderzoek kan bevelen naar de vraag of er een prima facie inbreuk bestaat. Precies voor het onderzoek naar het bestaan van een prima facie inbreuk werd een aanvullend onderzoek door het korps verslaggevers bevolen.

Eveneens ten onrechte stelt de appelante dat het verzoek ten onrechte ontvankelijk zou verklaard zijn nu het verzoek tot voorlopige maatregelen en de klacht reeds meer dan vier jaar geleden weden neergelegd. De Raad merkt echter op dat op grond van artikel 48 W.B.E.M. de verjaring niet is ingetreden. Het komt de Raad voor dat de rechten van de verdediging van appelante niet geschonden werden door het tijdsverloop.

Namens de Raad voor de Mededinging,

De Kamer samengesteld uit : dhr. Frank Deschoolmeester, kamervoorzitter, dhr. Peter Poma, Mevr. Béatrice Ponet en dhr. Geert Zonnekeyn.

Gedaan te Brussel op 18 december 2002.

**Arresten van het Hof van Beroep te Brussel m.b.t.  
beslissingen van de Raad voor de Mededinging**

**Arrêts de la Cour d'appel de Bruxelles relatifs aux  
décisions du Conseil de la concurrence**

**Arresten van het Hof van Beroep te Brussel m.b.t.  
préjudiciële vragen**

**Arrêts de la Cour d'appel de Bruxelles relatifs à des  
questions préjudicielles**