

MEDEDINGINGSRECHT: *DO'S* EN *DON'TS*
VOOR BELGISCHE ONDERNEMINGEN

MEDEDINGINGSRECHT:
DO'S EN DON'TS VOOR
BELGISCHE ONDERNEMINGEN

Pieter VAN CLEYNENBREUGEL
(ed.)

Mededingingsrecht: *do's* en *don'ts* voor Belgische ondernemingen
Pieter Van Cleynenbreugel (ed.)

© 2018 Intersentia
Antwerpen – Cambridge
www.intersentia.be

Cover: Shotshop GmbH / Alamy Stock Photo

ISBN 978-94-000-0917-2
D/2018/7849/55
NUR 827

Alle rechten voorbehouden. Behoudens uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande toestemming van de uitgever.

Ondanks alle aan de samenstelling van de tekst bestede zorg, kunnen noch de auteurs noch de uitgever aansprakelijkheid aanvaarden voor eventuele schade die zou kunnen voortvloeien uit enige fout die in deze uitgave zou kunnen voorkomen.

VOORWOORD BIJ DE REEKS

Vele generaties juristen werden gevormd met de Groene Reeks opgezet door de Leuvense professoren Roger Dillemans en Walter van Gerven. De ‘Algemene Beginselen van het Belgisch Privaatrecht’, een boekenreeks waarin de basisprincipes van privaat vermogensrecht helder en overzichtelijk worden uiteengezet, prijken nog steeds in menige juridische bibliotheek.

De helderheid en toegankelijkheid van de ‘Algemene Beginselen van het Belgisch Privaatrecht’ vormen het uitgangspunt en de drijfveer voor een nieuw initiatief: een boekenreeks die, zonder de pretentie te hebben de Groene Reeks te evenaren of vervangen, de gekende basisbeginselen verder wil toepassen op actuele thema’s die in de hedendaagse rechtspraktijk leven. Een jonge reeks ook, vormgegeven door een groep jonge juristen met de steun van een peter en een meter, die reeds decennialang de ontwikkelingen in het economisch privaatrecht volgen en becommentariëren.

Vanuit dat oogpunt bestaat de redactie van de reeks uit een (i) wetenschappelijke adviesraad met als leden: prof. dr. Sophie Stijns en prof. dr. em. mr. Jules Stuyck en (ii) redactieraad met als leden: dr. Michiel De Muynck, mr. Jelle Derammelaere, prof. dr. Pieter Van Cleynenbreugel, drs. Sander Van Loock en dr. mr. Johan Vannerom. De wetenschappelijke adviseurs bepalen mee de inhoud en bewaken het algemeen opzet en de kwaliteit van de reeks. De leden van de redactieraad zijn verantwoordelijk voor de samenstelling van een bepaald boek in de reeks, waarvan het onderwerp aansluit bij de eigen specialisatie van de editor(s).

Als naam voor de nieuwe reeks werd gekozen: *‘Ius Mercatorum. Actuele vraagstukken in het economisch recht’*. De Latijnse hoofdtitel duidt op het ontzag voor de traditie en de ambitie om een vast baken van kwaliteit en juridische degelijkheid te worden. ‘Het recht van de markt’ vertaald in een eenheidstaal die juristen, onderzoekers, practici langs beide zijden van de taalgrens wil bereiken. De ondertitel weerspiegelt het jong en dynamisch karakter van de reeks. De initiatiefnemers hopen dat hij voor de komende generaties een bron zal zijn waarin de lezers een antwoord zullen vinden op actuele vragen.

Het ‘economisch recht’ mag hier niet eng worden opgevat en omvat in beginsel alle deeldomeinen van publiek- en privaatrecht die een rechtstreekse impact op het handelsleven hebben. Thema’s worden daarbij uitgekozen op basis van hun praktisch belang. Het kan daarbij gaan om (i) het uitwerken van een juridisch kader voor nieuwe maatschappelijke tendensen zoals de webshop, M-com-

merce ... of (ii) een actualisatie van enkele thema's uit het bancaire- en financieel recht, het vennootschapsrecht, het mededingingsrecht, het insolventierecht, het vermogensrecht ... Kortom, deze reeks behandelt het marktrecht en zijn actoren vanuit voor de praktijk relevante uitgangspunten.

Sophie STIJNS, Jules STUYCK

Michiel DE MUYNCK, Jelle DERAMMELAERE,

Pieter VAN CLEYNENBREUGEL, Sander VAN LOOCK, Johan VANNEROM

VOORWOORD BIJ HET BOEK

De mededingingsregels dringen zich sterker dan ooit op aan (Belgische) ondernemingen. De Europese Commissie of de Belgische Mededingingsautoriteit (BMA) houden steeds meer ondernemingspraktijken tegen het licht en schrikken er niet voor terug hoge geldboetes of andere sancties op te leggen, en dat zeker niet alleen aan grote multinationals. Om dergelijke boetes en sancties te vermijden, is handelen in overeenstemming met de Europese en Belgische mededingingsregels meer dan ooit noodzakelijk. Daarom wordt binnen het bedrijfsleven steeds meer aandacht besteed aan zogeheten *compliance*-programma's. Die programma's laten ondernemingen toe een strategie op te stellen waarbinnen hun marktpraktijken als mededingingsconform worden beschouwd. Het hebben van een *compliance*-strategie wordt door mededingingsautoriteiten bovendien beschouwd als een signaal dat het mededingingsrecht in hoofde van de betreffende onderneming ernstig genomen wordt.

In tijden van *compliance* is een up-to-date, algemeen en praktisch overzicht inzake mededingingsrecht meer dan ooit noodzakelijk. Het mededingingsrecht wordt immers al te vaak gekenmerkt door een geheel van regels en uitzonderingen, vaak doorspekt met economische testen en ingewikkelde marktanalyses. Uit die verscheidenheid kunnen evenwel nog steeds heldere *do's* en *don'ts* afgeleid worden die een onderneming ertoe in staat stellen haar *compliance*-beleid vorm te geven. Dit boek wil een praktische, maar wetenschappelijk onderbouwde ondersteuning bieden in dat verband. De auteurs, allen verbonden aan het Liège Competition and Innovation Institute (LCII, www.lcii.eu), een interdisciplinair onderzoekscentrum aan de Universiteit van Luik (ULiège), hebben in verschillende omstandigheden *compliance*-vormingen opgezet of verzorgd en maakten van die ervaring gebruik om een praktisch onderbouwd overzicht van de belangrijkste pijnpunten van het mededingingsrecht aan te reiken. Aan de hand van een overzicht van de belangrijkste regels, verscheidene voorbeelden, tabellen en concrete *do's* en *don'ts*, hoopt het boek de bedrijfsjurist, de niet-gespecialiseerde advocaat of ondernemer meer inzicht te verschaffen in de mededingingsregels.

Het mededingingsrecht maakt traditioneel een onderscheid tussen zogeheten antitrustrecht, dat betrekking heeft op gedragingen van ondernemingen en regels inzake staatssteun. Onder dat eerste luik vallen het verbod om kartelovereenkomsten aan te gaan of misbruik te maken van een dominante economische positie. Die regels leggen rechtstreekse verbodsbepalingen op aan ondernemingen en verplichten deze laatsten dan ook tot het nemen van maatregelen om mede-

dingingsbeperkend gedrag te vermijden. De regels inzake staatssteun beperken daarentegen voornamelijk overheden in hun mogelijkheden om bepaalde ondernemingen te ondersteunen door middel van subsidies, belastingvoordelen en dergelijke meer. Hoewel die regels zich in de eerste plaats tot overheden richten, heeft de toepassing ervan ook gevolgen voor ondernemingen die (mogelijk) steun krijgen of die een concurrent steun zien krijgen. Ook in dat kader is het belangrijk te weten wat moet, wat kan en wat niet mag vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt.

Dit boek geeft een geactualiseerd overzicht van de *do's* en *don'ts* voor ondernemingen in beide luiken van het mededingingsrecht. In een eerste hoofdstuk wordt het algemene kader van het antitrustrecht uiteengezet, met bijzondere aandacht voor de bepalingen en normen die van belang zijn voor de Belgische onderneming. Simon TROCH (advocaat aan de balie van Brussel en assistent aan de Universiteit van Luik) zet in een eerste onderdeel uiteen welke verplichtingen het antitrustrecht oplegt en wat de belangrijkste *do's* en *don'ts* zijn voor ondernemingen. In het tweede deel van hetzelfde hoofdstuk geeft Dr. Evi MATTIOLI (advocaat aan de balie van Brussel en assistent aan de Universiteit van Luik) vervolgens inzicht het handavingskader. Daarbij besteedt zij bijzondere aandacht aan het prioriteitenbeleid van mededingingsautoriteiten en aan wat ondernemingen kunnen doen in het kader van procedures voor die autoriteiten. In het tweede hoofdstuk gaat prof. dr. Pieter VAN CLEYNENBREUGEL (Universiteit van Luik en Université Paris-Dauphine) ten slotte in op de verplichtingen die op ondernemingen rusten in het kader van het staatssteunrecht. Dat hoofdstuk omvat tevens een lijst van *do's* en *don'ts* die een onderneming zich in het kader van haar *compliance*-programma het best eigen kan maken.

De hoofdstukken moeten op die manier toelaten op gebalde, maar praktisch relevante wijze weer te geven wat een onderneming die geconfronteerd wordt met mededingingsrecht, dient te doen om *compliance* te verzekeren. Het is daarbij onze stellige hoop dat het boek voor ondernemingen op zoek naar *compliance*-ondersteuning een nuttig werk kan zijn.

Pieter VAN CLEYNENBREUGEL
5 maart 2018

INHOUD

<i>Voorwoord bij de reeks</i>	v
<i>Voorwoord bij het boek</i>	vii

Antitrustrecht en handhaving: aandachtspunten voor Belgische ondernemingen

1

I. Inleiding	1
II. Antitrustrecht: kader en praktische impact op de dagelijkse bedrijfsvoering Simon TROCH	2
A. Europees en Belgisch mededingingsrecht	2
1. Inleiding – Doel Europees en Belgisch mededingingsrecht	2
2. Belangrijkste rechtsbronnen	2
3. Gelijklopend maar verschillend toepassingsgebied.	3
4. Belgische accenten?	3
5. Algemeen toepassingsgebied – Ondernemingen	3
a. Het begrip onderneming	3
b. Praktisch gevolg	5
B. Kartelrecht – in welke mate beperkt het mededingingsrecht de activiteiten van Belgische ondernemingen?	6
1. Principe	7
a. “Enige vorm van overeenkomst, besluit of onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen ondernemingen”	7
b. “Welke de handel tussen lidstaten kan beïnvloeden” (enkel vereist voor de toepassing van het Europees mededingingsrecht)	11
c. “Welke ertoe strekt of als gevolg heeft de mededinging in de EU te beperken”	13
2. Uitzonderingen	17
a. Inleiding	17
b. <i>De minimis</i> als uitzondering	18
c. Groepsvrijstellingen	19
3. Kartelrecht: <i>do’s</i> en <i>don’ts</i>	27
C. Misbruik van machtspositie – Hoe mededingingsrecht in het eigen voordeel gebruiken?	29
1. Inleiding	29

2.	Machtspositie.....	29
3.	Misbruik.....	30
4.	Zaken doen met een onderneming in een dominante positie (praktische voorbeelden).....	30
D.	Concentratiecontrole.....	31
1.	Inleiding.....	31
2.	Concentratie.....	32
3.	Belgische omzetrempels.....	32
4.	Europese omzetrempels.....	32
III.	Handhaving van het antitrustrecht: procedures en gevolgen van een onderzoek naar een mogelijke inbreuk, met bijzondere aandacht voor Belgische ondernemingen	
	Evi MATTIOLI.....	33
A.	De mededingingsautoriteit.....	34
1.	Institutioneel.....	35
2.	Procedureel.....	36
a.	De administratieve procedure bij de BMA.....	37
b.	De administratieve procedure bij de Commissie.....	38
3.	Onderlinge samenwerking.....	39
B.	Publiekrechtelijke handhaving.....	41
1.	Prioriteitenbeleid.....	42
a.	Prioriteiten BMA.....	42
b.	Prioriteiten Commissie.....	43
2.	Samenwerking tijdens het onderzoek.....	44
a.	Verplichte samenwerking tijdens het onderzoek.....	44
b.	Clementie.....	49
c.	Transactie of schikking.....	52
d.	Toezeggingen.....	56
e.	Klacht en verzoek om voorlopige maatregelen.....	58
3.	Sancties.....	61
a.	Geldboete voor de onderneming.....	61
b.	Geldboete voor natuurlijke personen.....	62
c.	Nietigheid van contractuele bepalingen.....	63
C.	Privaatrechtelijke handhaving.....	64
1.	Stakingsvordering.....	64
2.	Vordering tot nietigverklaring.....	64
3.	Vordering tot schadevergoeding.....	65

Staatssteun: aandachtspunten voor Belgische ondernemingen

	Pieter VAN CLEYNENBREUGEL.....	73
I.	Inleiding.....	73
II.	De Belgische onderneming als steunontvanger.....	74

A.	Wanneer ontvangt een onderneming “staatssteun”?	74
1.	Selectieve voordelen door staten aan ondernemingen toegekend	75
a.	Door publieke instellingen of met publieke middelen toegekend	75
b.	Voordeel	79
c.	Ondernemingen	84
d.	Selectiviteit	92
e.	Vervalsen of dreigen te vervalsen van mededinging	97
f.	Tussenbesluit	99
2.	Niet elk selectief voordeel is staatssteun: uitzonderingen op artikel 107, lid 1 VWEU	100
3.	Niet elke vorm van steun is noodzakelijk problematisch: vrijstellingen	103
4.	Niet elke vorm van op het eerste gezicht problematische staatssteun blijft dat ook ...: rechtvaardigingen	112
5.	Samenvattend overzicht	114
B.	Wat kan en moet een onderneming doen wanneer zij vermoedelijk “staatssteun” zal ontvangen (maar deze nog niet ontvangen heeft)?	116
1.	Deelname aan administratieve en gerechtelijke procedures tot aanmelding van nieuwe steunmaatregelen bij niet-uitgekeerde steun	117
2.	Verplichting tot eigen onderzoek door de onderneming?	123
3.	Aansprakelijkheid van de lidstaat voor stopzetten van geplande steunregelingen?	125
4.	Samenvattend overzicht	125
C.	Wat kan een onderneming doen indien blijkt dat “staatssteun” ontvangen werd zonder voorafgaande goedkeuring ervan door de Europese Commissie?	126
1.	Terugvorderingsacties en verweer	126
a.	Steun werd uitgekeerd zonder goedkeuring door of aanmelding bij de Commissie	127
b.	Steun werd uitgekeerd vóór goedkeuring van de Commissie, maar wordt vervolgens verenigbaar verklaard met de interne markt	130
c.	Steun werd uitgekeerd, maar wordt door de Commissie als onverenigbaar beschouwd na afloop van een formele procedure	131
2.	Provisies met het oog op terugvordering?	135

3.	Kan de begunstigde onderneming de overheid aansprakelijk stellen voor het onterecht toekennen van “staatssteun”? . . .	135
4.	Samenvattend overzicht.	138
III.	De Belgische onderneming als concurrent van een steunontvanger. . . .	139
A.	Wat kan en moet een onderneming doen wanneer zij vermoedt dat een concurrent staatssteun ontvangen heeft?	139
1.	Klacht bij Europese Commissie	140
2.	Klacht bij betrokken overheid?	143
3.	Instellen van een vordering in rechte?	144
B.	Heeft een concurrerende onderneming het recht om zelf ook soortgelijke steun te ontvangen?	145
1.	Staatssteun is geen subjectief recht.	145
2.	Kan de concurrerende onderneming de overheid aansprakelijk stellen voor het onterecht toekennen van staatssteun aan een concurrent?	146
3.	Kan de concurrerende onderneming haar concurrent aansprakelijk stellen voor de schade uit onrechtmatig uitgekeerde steun?	147
IV.	<i>Do's</i> en <i>don'ts</i> in de context van staatssteun	148
A.	<i>Do's</i>	149
B.	<i>Don'ts</i>	151
C.	Tips en tricks.	153