

Artikel

De transactiebeslissing van het auditoraat van de Belgische mededingingsautoriteit in het supermarktendossier: een 'hub & spoke' *compromis à la belge*?

Pieter Van Cleynenbreugel*

Op 22 juni 2015 nam het auditoraat van de Belgische mededingingsautoriteit zijn eerste transactiebeslissing ooit aan. Op die manier kwam een einde aan een langlopend onderzoek naar retailprijscoördinatie bij de verdeling van drogisterij-, parfumerie- en hygiëneproducten (DPH-producten). In de beslissing erkenden achttien ondernemingen – supermarkten en hun leveranciers – immers hun deelname aan mededingingsbeperkende prijsafspraken en werd hun een naar Belgische normen spectaculair totaal van 174 miljoen euro aan geldboetes opgelegd. Ofschoon met deze beslissing een lang aanslepende zaak wordt afgesloten, is de aanpak van de Belgische mededingingsautoriteit niet vrij van problemen. De beslissing stelt immers enerzijds het gebrek aan een meer voorspelbare mededingingsrechtelijke beoordeling van zogeheten 'hub & spoke' afspraken opnieuw scherp aan de orde. Anderzijds toont de beslissing de beperkte reikwijdte van schikkingen als alternatieve instrumenten van mededingingshandhaving treffend aan.

Onderzoek naar prijsafspraken door detailhandelaars in België

205

De transactiebeslissing van het auditoraat vormt het sluitstuk van een dossier dat op 18 september 2006 door de toenmalige Belgische Raad voor de Mededinging geopend werd, op basis van een verzoek tot clementie ingediend door *Colgate-Palmolive Belgium S.A.* In dat verzoek voerde *Colgate* aan dat verschillende kernspelers op de Belgische detailhandelmarkt en hun leveranciers afspraken maakten over de retailprijszetting van nationale DPH-merkproducten. Dergelijke nationale producten worden op het Belgische grondgebied onder dezelfde merknamen door verschillende detailhandelaars aan het publiek te koop aangeboden.¹ De klacht gaf aanleiding tot een onderzoek dat uiteindelijk bijna negen jaar later – door het auditoraat van de inmiddels heringe-

* Dr. P.J.M.M. Van Cleynenbreugel LL.M is universitair docent Europees en mededingingsrecht, Europa Instituut, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden. Doctor in de Rechten, KU Leuven, LL.M. (Harvard).

1. Zie Beslissing van het auditoraat van de Belgische mededingingsautoriteit, Décision No. ABC-2015-I/O-19-AUD, 22 juni 2015, beschikbaar op <http://economie.fgov.be/nl/binaries/D%C3%A9cision%20transaction%20version%20publique%20finale_tcm325-268756.pdf> (hierna genoemd Beslissing auditoraat BMA), overweging 1.

richte Belgische mededingingsautoriteit² – afgesloten zou worden.

Naar aanleiding van het door *Colgate* ingestelde clementieverzoek stelde het toenmalige Korps van Verslaggevers – een voorganger van het huidige auditoraat, de dienst verantwoordelijk voor de vervolging van mededingingsinbreuken – van de Belgische Raad voor de Mededinging op grond van de toen geldende Belgische wetgeving een ambtshalve onderzoek in naar soortgelijke praktijken waarbij dezelfde en andere detailhandelaars-supermarkten en andere leveranciers betrokken zouden zijn.³ Hierdoor betrof het Korps ook andere supermarkten en DPH-producenten/leveranciers in het onderzoek, dat zich uiteindelijk op achttien ondernemingen richtte.

In april 2007 verrichte de toenmalige ondersteunende administratieve Dienst voor de Mededinging op verzoek van het inmiddels tot auditoraat omgedoopte Korps huiszoeken in de bedrijfslokalen van de detailhandelaars-supermarkten *Carrefour*, *Colruyt*, *Delhaize* en *Intermarché*.⁴ Volgend op deze huiszoeken besloten nog twee andere leveranciers van DPH-producten (*Gla-xxoSmithKline* en *Reckitt*) een verzoek tot clementie in te dienen bij de Raad.⁵ In de periode 2008–2011 vervolgde het auditoraat zijn onderzoek en werden diverse verzoeken tot bijkomende informatie gericht aan de betrokken ondernemingen.⁶

Van onderzoek naar transactiebeslissing

Op basis van de informatie verkregen gedurende het onderzoek legde de verantwoordelijke auditeur op 1 oktober 2012 een gemotiveerd verslag neer bij de Raad voor de Mededinging. Omdat er betwistingen bestonden over de juistheid van bepaalde informatie in het dossier, nam de auditeur een aanvullende nieuwe beslissing over de betrouwbaarheid van bepaalde informatie aan op 21 mei 2013. Vanaf die datum kregen de betrokken ondernemingen toegang tot het volledige onderzoeksdossier van het auditoraat met het oog op het voorbereiden van hun verweer.⁷

Met ingang van 1 september 2013 trad echter een nieuwe Belgische mededingingswet – thans opgenomen in

boek IV van het Belgische Wetboek economisch recht⁸ – in werking. Als gevolg hiervan werden de voorheen afzonderlijk gestructureerde Raad voor de Mededinging – een administratief rechtscollege waaraan het auditoraat verbonden was – en de Dienst voor de Mededinging – deel van de Belgische federale administratie – samengesmolten tot één Belgische mededingingsautoriteit.⁹ Bij wijze van overgangsmaatregel bepaalde de Belgische wet dat een reeds neergelegd gemotiveerd verslag in het kader van de oude wet gelijkgesteld diende te worden aan een ‘motivering van grieven’ in het kader van de nieuwe procedure. Dergelijke verslagen dienden opnieuw aan de auditeur-generaal overgemaakt te worden, die vervolgens partijen inzage zou verlenen in het dossier.¹⁰ Omdat in dit geval de partijen reeds inzage gekregen hadden in mei 2013, besloot de auditeur de procedure ten gronde gewoon verder te zetten. In het kader van die voortgezette procedure stelden enkele ondernemingen beroepen in bij het Hof van Beroep te Brussel – de controlerende rechterlijke instantie op toezichthouders in België – waarbij de wettigheid van bepaalde informatie verkregen in het kader van de huiszoeken betwist werd. Andere ondernemingen kwamen tussen als belanghebbende partijen in deze hangende zaken.¹¹ Dergelijke tussengeschillen – die op zich de administratieve procedure niet schorsen¹² – belemmerden de autoriteit in de praktijk om een beslissing aan te nemen gebaseerd op informatie waarvan de wettige verkrijging betwist werd.

In het tijdvak tussen oktober 2013 en november 2014 besloot het auditoraat echter de betrokken ondernemingen uit te nodigen om deel te nemen aan transactiesprekken. De Belgische wetgever voorzag deze mogelijkheid met ingang van 1 september 2013 en liet de toepassing ervan meteen toe in nog hangende zaken.¹³ Wanneer de ondernemingen naar wier activiteiten onderzoek wordt gevoerd, aangeven dat zij bereid zijn transactiesprekken te voeren, deelt het auditoraat zijn voornemen om tot een transactie over te gaan schriftelijk mee aan de betrokken ondernemingen. Het auditoraat geeft daarbij aan welke bezwaren het lastens de ondernemingen meent te kunnen staven en de minimale en maximale geldboete die zij zou voorstellen ter oplegging door het beslissingnemend college van de autoriteit.

2. Het auditoraat maakt deel uit van de Belgische mededingingsautoriteit en is belast met het onderzoek van de bij de autoriteit aanhangige zaken, zie art. IV.27 Wetboek economisch recht, ingevoegd door de Wet van 3 april 2013 houdende invoeging van boek IV ‘Bescherming van de mededinging’ en van boek V ‘De mededinging en de prijsevoluties’ in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek IV en aan boek V en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan boek IV en aan boek V, in boek I van het Wetboek van economisch recht, B.S. 26 april 2013, p. 25216.
3. Beslissing auditoraat BMA, overweging 2.
4. Beslissing auditoraat BMA, overweging 3.
5. Beslissing auditoraat BMA, overweging 5.
6. Beslissing auditoraat BMA, overweging 6.
7. Beslissing auditoraat BMA, overweging 7.

8. Zie de verwijzing in voetnoot 2.
9. De BMA is een onafhankelijk bestuursorgaan en niet langer een administratief rechtscollege; over deze wijzigingen, zie J. Steenbergen, ‘Van de WBEM naar de BMA’, in: W. Devroe, P. Wytinck en K. Geens (red.), *Mijlpalen uit het Belgisch mededingingsrecht geannoteerd. Liber Amicorum Jules Stuyck*, Mechelen: Kluwer 2013, p. 557-564.
10. Zie art. 22 §3 Wet van 3 april 2013 houdende invoeging van boek IV ‘Bescherming van de mededinging’ en van boek V ‘De mededinging en de prijsevoluties’ in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek IV en aan boek V en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan boek IV en aan boek V, in boek I van het Wetboek van economisch recht, B.S. 26 april 2013, p. 25216.
11. Beslissing auditoraat BMA, overweging 9.
12. Zie art. IV.79 §1, 2e alinea jo. art. IV.79 §2, 4e alinea Wetboek economisch recht.
13. Zie art. 22 §3 Wet van 3 april 2013 jo. art. IV.51 Wetboek economisch recht.

Daarnaast verschaft het auditoraat de deelnemende ondernemingen toegang tot het bewijsmateriaal, evenals tot alle niet vertrouwelijke versies van documenten en inlichtingen die tijdens het onderzoek werden verkregen.¹⁴

De Belgische wetgever gaf aan dat, wanneer duidelijk blijkt dat een transactie mogelijk is, en na de kennisgeving van de hiervoor bedoelde documenten en inlichtingen, het auditoraat een termijn kan vaststellen waarbinnen de betrokken ondernemingen er zich toe kunnen verbinden een transactieverklaring af te leggen. In deze verklaring dienen zij hun betrokkenheid en verantwoordelijkheid bij de aangehaalde inbreuk te erkennen en de voorgestelde sanctie te aanvaarden.¹⁵ In ruil voor deze erkenning kan het auditoraat een vermindering van 10 procent op het bedrag van de te betalen geldboete toekennen. Tevens kan het in de procedure rekening houden met de verbintenis van de ondernemingen om zich te kwijten van de betaling van een schadevergoeding.¹⁶ Hoewel de Belgische wetgever dat niet uitdrukkelijk stelt, kan het auditoraat bijkomende voorwaarden stellen in de aan te nemen transactiebeslissing, wanneer deze tot doel hebben de procedure in haar geheel te beëindigen.

Volgens het Wetboek economisch recht kan de transactieprocedure vervolgens beëindigd worden door de aanname van een transactiebeslissing door het auditoraat. Deze beslissing wordt gelijkgesteld met een inbreukbeslissing vastgesteld door het mededingingscollege, hoewel het college in dezen niet bij de procedure betrokken wordt. Het auditoraat blijft immers verantwoordelijk en zendt in de eerste plaats een ontwerpbeslissing aan de ondernemingen. Die ondernemingen moeten vervolgens vaststellen dat de ontwerpbeslissing de inhoud van hun verklaringen correct weergeeft en aangeven dat zij de sanctie aanvaarden.¹⁷ Ook de Europese Commissie wordt van de ontwerpbeslissing in kennis gesteld indien het auditoraat in het betrokken dossier artikel 101 en/of 102 VWEU toepast. De Commissie kan opmerkingen formuleren die ertoe kunnen leiden dat een nieuwe ontwerpbeslissing zal worden opgemaakt, die vervolgens opnieuw aan de betrokken ondernemingen dient te worden voorgelegd.¹⁸

De Belgische wet bepaalt bovendien uitdrukkelijk dat tegen een transactiebeslissing geen hoger beroep ingesteld kan worden.¹⁹ Op die manier worden zaken sneller afgesloten en kunnen mensen en middelen in andere dossiers aangewend worden. Het aannemen van een transactiebeslissing beëindigt een zaak dus definitief.

De toepassing van deze nieuwe procedure leidde in de hier geanalyseerde beslissing niet tot noemenswaardige problemen. Het auditoraat achtte het opstarten van transactiesprekken geschikt en volgde de verschillen-

de procedurele stappen zoals hiervoor beschreven.²⁰ De partijen verklaarden zich akkoord met de inhoud van de ontwerpbeslissing en ook de opmerkingen van de Europese Commissie noopten niet tot de aanname van een nieuwe ontwerpbeslissing. Als gevolg hiervan kon het auditoraat op 22 juni 2015 een finale transactiebeslissing aannemen.

De transactiebeslissing van het auditoraat van de Belgische mededingingsautoriteit

In zijn beslissing inzake DPH-producten stelde het auditoraat vooreerst vast dat de betrokken ondernemingen inbreuken gepleegd hadden op artikel 101 VWEU alsmede het daarmee overeenstemmende artikel IV.1 van het Belgisch Wetboek economisch recht en dat ondernemingen hun inbreuk op deze rechtsnormen erkennen. Op basis van de geldende boetevoorschriften legde het vervolgens aan de betrokken ondernemingen geldboeten op alsmede een verbod om de betreffende prijsafspraken voort te zetten.

Kwalificatie van de inbreuk

De transactiebeslissing, die slechts dertig pagina's beslaat, valt op door haar summier juridische kwalificatie van de inbreuk, typisch voor een schikkingsbesluit. Het auditoraat kwalificeerde de begane inbreuk als een gecoördineerde stijging van prijzen voor DPH-producten, die in de eerste plaats van de supermarkten zelf uitging. Veeleer dan elke inbreuk in detail te beschrijven, gaf het auditoraat een globaal overzicht van de begane inbreuken, zonder daarbij uit te sluiten dat de praktische uitvoering ervan kon verschillen van product tot product en leverancier tot leverancier.²¹ De basis voor de inbreuk vormde het bewijs – door middel van bewezen telefoongesprekken, e-mails of andere schriftelijke stukken – van contacten en informatie-uitwisselingen tussen leveranciers van specifieke DPH-producten en aankoop- of prijsverantwoordelijken van elke supermarkt.²² Het auditoraat stelde bovendien op basis van het verkregen bewijsmateriaal vast dat de inbreuk zich over het gehele Belgische grondgebied uitstreekte en daarmee de handel tussen lidstaten kon beïnvloeden, en paste bijgevolg zowel Europees als nationaal mededingingsrecht parallel toe.²³

Volgens het auditoraat bestond de eigenlijke inbreuk uit vier verwante fasen, die samen tot de bevinding van prijscoördinatie in de vorm van overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen leidden. In een initiële fase werd, al dan niet op rechtstreeks bewezen initiatief van één supermarkt, door de leveranciers van DPH-producten aan de supermarkten bekendge-

14. Art. IV.52 Wetboek economisch recht.

15. Art. IV.53 Wetboek economisch recht.

16. Art. IV.54 Wetboek economisch recht.

17. Art. IV.54 Wetboek economisch recht.

18. Art. IV.55 Wetboek economisch recht.

19. Art. IV.57 lid 3 Wetboek economisch recht.

20. Beslissing auditoraat BMA, overweging 10.

21. Beslissing auditoraat BMA, overwegingen 20-21.

22. Beslissing auditoraat BMA, overweging 39.

23. Beslissing auditoraat BMA, overweging 69.

maakt dat de retailprijs van bepaalde producten verhoogd zou worden. Daarbij werd tevens duidelijk gemaakt dat dergelijke verhogingen gecoördineerd zouden worden; de leverancier maakte met andere woorden duidelijk dat een verhoging van de retailprijs voor het respectieve product op korte termijn doorgevoerd zou moeten worden.²⁴ In een volgende fase onderhandelde de leverancier met de verschillende supermarkten over de hoegrootheid van de retailprijsverhogingen en het tijdstip ervan. Elke leverancier fungeerde daarbij als centraal aanspreekpunt voor de coördinatie van retailprijsverhogingen door de supermarkten. Daarbij werd alle door één supermarkt aangeleverde informatie betreffende retailprijsverhoging en tijdstip van doorvoering ervan steeds ook doorgestuurd naar de andere supermarkten.²⁵ Door op die manier te zorgen voor een vlotte doorstroming van informatie, konden de betreffende supermarkten hun prijzen onderling afstemmen. Zodra een akkoord over retailprijs en tijdstip van doorvoering bereikt was, lichtte de leverancier alle betrokken supermarkten hierover in.²⁶ Meer in het bijzonder kreeg eenieder bericht van de specifieke producten, de voorwaarden waaronder de verschillende supermarkten de retailprijsstijging aanvaardden, het tijdstip van doorvoering, de aan te rekenen retailprijs, die gelijk of minstens gelijkwaardig diende te zijn alsmede de identiteit van alle deelnemende supermarkten.²⁷ Ongeveer een week na de verspreiding van die informatie ging de derde fase in, waarbij de retailprijsverhogingen daadwerkelijk doorgevoerd werden. Sommige supermarkten gingen hiertoe slechts over nadat zij van de leverancier bewijs ontvingen dat hun concurrenten de retailprijsverhoging effectief hadden doorgevoerd.²⁸ In een laatste fase controleerde de leverancier – door plaatsbezoeken – of de retailprijsverhogingen effectief doorgevoerd werden. Ook concurrerende supermarkten voerden dergelijke controlebezoeken soms uit. Indien zij vaststelden dat een concurrent geen retailprijsverhoging doorvoerde, verzochten zij de leverancier contact op te nemen met de betrokken concurrent om op die manier naleving van de gecoördineerde retailprijs te verzekeren. Slaagde de leverancier hier niet in, dan kon de benadeelde supermarkt in bepaalde gevallen het verlies geleden door de praktijk van haar concurrent verhalen op de leverancier. Leveranciers waakten er bijgevolg streng over dat de retailprijsverhogingen nageleefd werden.²⁹ In de praktijk waren niet alle verhogingen even succesvol, maar in het algemeen werden de gecoördineerde detailprijzen niettemin nageleefd door de betrokken supermarkten.³⁰ De hiervoor geschetste gecoördineerde retailprijsverhogingen vormden volgens het auditoraat een complexe inbreuk op artikel 101 VWEU en op artikel IV.1 Wetboek economisch recht, bestaande uit een geheel van

gedragingen die zich als overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen lieten kwalificeren. Het doel van deze gedragingen – contacten tussen supermarkten en leveranciers en de communicatie van retailprijsinformatie door leveranciers aan supermarkten – was de normale concurrentie tussen de betrokken partijen te vervangen door een gecoördineerde samenwerking.³¹ Omdat de gedragingen nauw met elkaar verbonden waren, maakten zij volgens het auditoraat deel uit van één doorlopende inbreuk,³² die weliswaar verschillende verschijningsvormen kende, maar die niettemin als een voortgezette inbreuk door alle betrokken marktdeelnemers gekwalificeerd kon worden.³³ Het auditoraat stelde daarbij uitdrukkelijk dat de vier fasen die leidden tot gecoördineerde detailprijzen op algemene wijze en voor het geheel aan onderzochte DPH-producten steeds op dezelfde wijze toegepast werden.³⁴ Het feit dat steeds andere leveranciers als tussenpersoon fungeerden, was daarbij niet van belang; de supermarkten pasten immers steeds dezelfde of minstens zeer vergelijkbare vierfasenmethode van retailprijsafstemming toe, waardoor de onderscheiden gedragingen volgens het auditoraat voldoende verwantschap met elkaar vertoonden.³⁵

De overeenkomsten en gedragingen, waarbij leveranciers als tussenpersonen handelden voor retailprijsafstemming door de supermarkten, werden niet uitdrukkelijk als horizontaal of verticaal gekwalificeerd. Niettemin leek het auditoraat de gedragingen vooral als een horizontale prijsafpraak tussen supermarkten te beschouwen, zoals ook blijkt uit de berekening van de geldboete opgelegd aan de betrokken ondernemingen. Volgens het auditoraat had het geheel van complexe gedragingen in de eerste plaats tot doel de mededinging op de markt te beperken door middel van prijsafspraken. Aansluitend bij de rechtspraak van het Hof van Justitie in dat verband, maakte het auditoraat duidelijk dat het ten gevolge van deze kwalificatie niet verder diende na te gaan of de retailprijscoördinatiepraktijken ook daadwerkelijke gevolgen voor de mededinging hadden.³⁶ Omdat het om een prijsafpraak ging, voerde het auditoraat aan dat het om een zeer ernstige inbreuk ging, waardoor ook moeilijk of niet aan de voorwaarden van artikel 101 lid 3 VWEU of artikel IV.1§3 Wetboek economisch recht voldaan kon worden.³⁷ Het auditoraat ging er daarom van uit in dezen te kunnen volstaan met een vaststelling dat geen enkel element uit het dossier aantoonde dat de exceptievoorwaarden uit bovenstaande artikelen succesvol ingeroepen zouden kunnen worden. Als gevolg hiervan was het niet nodig in detail in te gaan

24. Beslissing auditoraat BMA, overweging 31.

25. Beslissing auditoraat BMA, overweging 32, 1e alinea.

26. Beslissing auditoraat BMA, overweging 32, 2e alinea.

27. Beslissing auditoraat BMA, overweging 32, 3e alinea.

28. Beslissing auditoraat BMA, overweging 33.

29. Beslissing auditoraat BMA, overwegingen 34 en 35.

30. Beslissing auditoraat BMA, overweging 37.

31. Beslissing auditoraat BMA, overweging 48.

32. Het auditoraat interpreteerde dit begrip in het licht van de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie, zie Beslissing auditoraat BMA, overweging 51.

33. Beslissing auditoraat BMA, overweging 54.

34. Beslissing auditoraat BMA, overweging 56.

35. Beslissing auditoraat BMA, overweging 53.

36. Beslissing auditoraat BMA, overwegingen 60 en 72.

37. Beslissing auditoraat BMA, overweging 73.

op mogelijke rechtvaardigingen aangedragen in dit verband.³⁸

Berekening en oplegging van geldboetes

Bij de berekening van de geldboete opgelegd aan de betrokken ondernemingen paste het auditoraat niet de thans geldende boeterichtsnoeren toe. De huidige richtsnoeren, aangenomen in 2014, zijn in principe van toepassing op alle zaken waarin op 1 november 2014 nog geen met redenen omkleed ontwerp van beslissing overgemaakt werd aan het mededingingscollege. Omdat het auditoraat vóór die datum evenwel transactiegesprekken opstartte met de betrokken ondernemingen, viel het betrokken gedrag bij uitzondering niet onder de toepassing van die nieuwe richtsnoeren.³⁹ Wel werden de richtsnoeren die golden op het tijdstip dat de inbreuk plaatsvond, toegepast. In dit geval ging het om de richtsnoeren zoals vastgesteld door de Raad voor de Mededinging in 2004.⁴⁰

In overeenstemming met de richtsnoeren 2004 werd het verkoopcijfer van DPH-producten als referentiebedrag gebruikt. Voor de leveranciers werd daarbij rekening gehouden met het cijfer van de door hen geproduceerde of geleverde producten, voor de supermarkten met het totaalbedrag van door hen verkochte nationale DPH-merkproducten. Omdat de ondernemingen retailprijzafspraken maakten, werd hun inbreuk als zeer ernstig gekwalificeerd en werd het basisboetebedrag bepaald op 15 procent van het hiervoor vermelde referentiebedrag.⁴¹ Ook de duurtijd werd in rekening gebracht; voor inbreuken van middellange duur (tussen één en vijf jaar), werd het bedrag van de geldboete per inbreukjaar met 10 procent verhoogd.⁴² Verder hield het auditoraat ook rekening met bepaalde verzachtende omstandigheden. Zo werd in de eerste plaats de (lange) duur van het onderzoek mee in rekening gebracht. Het auditoraat erkende daarbij dat de veelheid aan deelnemers en de complexiteit van de situatie een langere duurtijd kan rechtvaardigen,⁴³ maar aanvaardde ook dat de bijzondere omstandigheden van deze zaak en de bereidheid van partijen om snel tot een afsluiting van het dossier te komen, aanleiding gaven tot een vermindering van het basisbedrag van de geldboete met een bepaald percentage.⁴⁴ Het exacte percentage werd evenwel niet gepubliceerd. Verder kende het auditoraat ook nog een vermindering van het basisbedrag toe omdat niet alle voorgestelde prijscoördinaties effectief doorgevoerd werden.⁴⁵ Aan de DPH-leveranciers werd bovendien ook nog een vermindering toegekend omdat zij niet als aanstuurders

van de prijsafpraak gezien konden worden.⁴⁶ Leverancier *Henkel* kreeg een bijzondere bijkomende vermindering omdat zij vrijwillig bijkomende informatie verschaftte.⁴⁷ De clementieverzoekers genoten daarenboven van immunititeit van geldboete (*Colgate*) of van een korting van 50 procent (*GlaxoSmithKline*) of 25 procent (*Reckitt*).⁴⁸

De medewerking van alle betrokken ondernemingen aan de transactiebeslissing leidde bovendien – in overeenstemming met artikel IV.54 lid 2 Wetboek economisch recht – tot een vermindering van 10 procent op het bedrag van de voorheen berekende geldboete.⁴⁹ Als gevolg hiervan kregen de betrokken ondernemingen geldboetes opgelegd die varieerden van 0 euro tot 36.373.000 euro, voor een totaalbedrag van 174 miljoen euro.⁵⁰

Erkenning inbreuk en bevel tot stopzetting

De transactiebeslissing nam daarnaast ook uitdrukkelijk akte van de erkenning van mededingingsinbreuk door de betrokken ondernemingen. Die ondernemingen werden daarnaast uit principe ook uitdrukkelijk verzocht de inbreuk naar de toekomst toe stop te zetten – hoewel dit in de praktijk reeds lang gebeurd was.⁵¹ Het auditoraat legde verder ook de bijkomende voorwaarde op dat de betrokken ondernemingen dienden af te zien van de nog lopende procedures of tussenkomen in procedures voor het Hof van Beroep te Brussel. De nog aanhangige tussengeschieden dienden dan ook als gevolg van de transactiebeslissing te worden stopgezet binnen de drie dagen na kennisgeving van de transactiebeslissing aan de betrokken ondernemingen.⁵²

Mededingingsrechtelijke kwalificatieproblemen inzake 'hub & spoke'

Veeleer dan heldere antwoorden te verschaffen, roept de hier beschreven transactiebeslissing van het auditoraat van de Belgische mededingingsautoriteit enkele nieuwe vragen op. Die vragen hebben in de eerste plaats betrekking op de bewijsstandaard en juridische classificatie van zogeheten 'hub & spoke' prijsafspraken in het Europese mededingingsrecht.

De kwalificatie van de inbreuk als een doorlopend complex geheel van overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen zonder veel verdere analyse in de beslissing, stelt het probleem van een mededingingsrechtelijk correcte kwalificatie van zogeheten 'hub & spoke' afspraken opnieuw aan de orde. Twee deelpro-

38. Beslissing auditoraat BMA, overweging 74.

39. Punt 13 van de Richtsnoeren betreffende de berekening van geldboeten voor ondernemingen en ondernemingsverenigingen bedoeld in artikel IV.70, § 1, eerste lid WER bij overtredingen van de artikelen IV.1, § 1 en/of IV.2 WER, of van de artikelen 101 en/of 102 VWEU, <http://economie.fgov.be/nl/binaries/140826_Richtsnoeren_Boetes_tcm325-254555.pdf>.

40. Beslissing auditoraat BMA, overweging 79.

41. Beslissing auditoraat BMA, overweging 95.

42. Beslissing auditoraat BMA, overweging 96.

43. Beslissing auditoraat BMA, overweging 104.

44. Beslissing auditoraat BMA, overweging 105.

45. Beslissing auditoraat BMA, overweging 106.

46. Beslissing auditoraat BMA, overweging 109.

47. Beslissing auditoraat BMA, overweging 113.

48. Beslissing auditoraat BMA, overweging 116-124.

49. Beslissing auditoraat BMA, overweging 125.

50. Beslissing auditoraat BMA, overweging 126 voor het overzicht.

51. Beslissing auditoraat BMA, overweging 128.

52. Beslissing auditoraat BMA, overweging 131.

blemen kunnen in dat verband onderscheiden worden. Ten eerste rijst de vraag op basis van welke bijzondere bestanddelen ‘hub & spoke’ afspraken als mededingingsrechtelijk relevante overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen gekwalificeerd kunnen worden. Ten tweede rijst bovendien de vraag of en in welke mate dergelijke overeenkomsten of gedragingen als horizontale of verticale afspraken beschouwd moeten worden en welke rechtsgevolgen hieraan gekoppeld dienen te worden. Veeleer dan antwoorden te bieden op deze vragen, maakt de transactiebeslissing het gebrek aan een eensgezind Europeesrechtelijk antwoord op deze vragen en de daaruit voortvloeiende rechtsonzekerheid pijnlijk duidelijk.

‘Hub & spoke’ afspraken als gesofisticeerde overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen

‘Hub & spoke’ afspraken krijgen vorm doordat één onderneming handelt als een centrale tussenpersoon – een *hub* – die bepaalde mogelijk mededingingsbeperkende afspraken vergemakkelijkt of coördineert tussen andere ondernemingen, vaak verdelers van producten van de hub-onderneming – de *spokes*. De tussenpersoon fungeert in die situatie als een centraal aanspreek- en controlepunt voor het toezicht op en in stand houden van een prijsafpraak gemaakt door onderling concurrerende ondernemingen.⁵³ Dat centrale aanspreek- en controlepunt kan zich op een ander productie- of distributieniveau bevinden, maar kan tevens een externe onderneming zijn, zoals een gezamenlijke business consultant.⁵⁴ De *spokes* wisselen in dat verband *onrechtstreeks* informatie uit, die dezelfde mededingingsbeperkende doelen of gevolgen kan hebben als een rechtstreekse uitwisseling van dergelijke informatie.⁵⁵ Als gevolg hiervan lijkt een kwalificatie van dergelijke gedragingen als meer gesofisticeerde overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen de *spokes* de meest voor de hand liggende.⁵⁶

Het auditoraat van de Belgische mededingingsautoriteit deelde deze mening. Het stelde vast dat de supermarkten *onrechtstreeks* – door bemiddeling van de betrokken leverancier – *contacten* hadden met elkaar, die gevolgd werden door een afstemming van de detailprijzen van bepaalde producten. Met toepassing van de *Anic*-rechtspraak van het Hof van Justitie kon het auditoraat dan ook afleiden dat *contacten* gevolgd door retailprijzaf-

stemming een vermoeden van onderling afgestemd feitelijk gedrag doen ontstaan.⁵⁷

Daarmee plaatste de transactiebeslissing zich schijnbaar op één lijn met de geldende rechtspraak inzake ‘hub & spoke’ afspraken in het Engelse recht, waar de indirecte uitwisseling van informatie door bemiddeling van een tussenpersoon als een bijzondere onderling afgestemde feitelijke gedraging aangemerkt werd. Volgens het bekende *Argos Limited*-arrest uit 2006 van het Engelse *Court of Appeal* dienen hiertoe drie onderscheiden gedragingen en de hieraan ten grondslag liggende intentie – of *state of mind* – ten aanzien van de betrokken partijen aangetoond te worden. Een mededingingsautoriteit zou in dat verband in de eerste plaats dienen te bewijzen dat een afnemer zijn leverancier informatie betreffende prijzen of geplande prijsverhogingen verschafte (gedraging 1), waarop deze leverancier die informatie aan andere concurrerende afnemers doorgaf (gedraging 2), die deze informatie vervolgens aanwendden om tot een betere coördinatie van prijzen te komen (gedraging 3).⁵⁸ De loutere uitwisseling van informatie is op zich evenwel niet voldoende om als mededingingsrechtelijk relevante oafg gekwalificeerd te worden. Volgens het *Argos*-arrest moet immers ook aangetoond worden dat de eerste afnemer ervan op de hoogte was of er redelijkerwijze van uit mocht gaan dat de leverancier de verschafte informatie zou doorsturen aan andere afnemers (*state of mind 1*). Vervolgens dient ook aangetoond te worden dat een andere afnemer-ontvanger van de informatie op de hoogte was van de omstandigheden waarin de informatie verspreid werd of er redelijkerwijze van uit mocht gaan dat deze omstandigheden inderdaad voorhanden waren (*state of mind 2*).⁵⁹ Het *Court of Appeal* maakte evenwel duidelijk dat dergelijke *states of mind* afgeleid kunnen worden uit het wederzijds verschaffen van informatie aan de betrokken leverancier. In die hypothese mag een mededingingsautoriteit een vermoeden hanteren dat de intentie om marktgedrag te coördineren aanwezig is ten aanzien van de verschillende deelnemende afnemers.⁶⁰ Wanneer de aanwezigheid van bovenstaande elementen aangetoond kan worden, wordt het zwaartepunt van het coördinerend marktgedrag geacht te liggen bij de afnemers, die in het geheel van afspraken als *spokes* ten aanzien van de leverancier-*hub* optreden. Die rechtspraak wordt sindsdien door het Engelse *Competition Appeal Tribunal* consistent toegepast.⁶¹

53. Zie R. Elkerbout, ‘Hub-and-spoke: terra incognita tussen zakelijke interactie en een ménage à trois’, *Tijdschrift Mededingingsrecht in de praktijk* 2013, 56.

54. Voor een illustratie, zie recent HvJ EU 22 oktober 2015, zaak C-194/14 P, *AC Treuhand AG/Europese Commissie*, ECLI:EU:C:2015:717, r.o. 37-38.

55. O. Odudu, ‘Indirect information exchange: the constituent elements of hub and spoke collusion’, *European Competition Journal* 2011, p. 205.

56. Elkerbout 2013, p. 57; Odudu 2011, p. 210.

57. HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, *Commissie/Anic Participazione, Jur.* 1999, p. I-4125, ECLI:EU:C:1999:356, r.o. 126; zie tevens P. Van Cleynenbreugel, ‘“Onderling afgestemde feitelijke gedragingen” en de gebrekkige afstemming van Belgisch en Europees mededingingsrecht na Oxycure’, in: W. Devroe, P. Wytinck en K. Geens (red.), *Mijlpalen uit het Belgisch mededingingsrecht geannoteerd. Liber Amicorum Jules Stuyck*, Mechelen: Kluwer 2013, p. 126-127.

58. *Court of Appeal, Argos and Littlewoods vs. Office of Fair Trading and JJB Sports vs. Office of Fair Trading* [2006] EWCA Civ 1318, r.o. 141.

59. *Court of Appeal, Argos and Littlewoods vs. Office of Fair Trading and JJB Sports vs. Office of Fair Trading* [2006] EWCA Civ 1318, r.o. 141.

60. Odudu 2011, p. 227.

61. Zie bijvoorbeeld *Competition Appeal Tribunal*, zaak 1188/1/1/11, *Tesco Stores Ltd (2) Tesco Holdings Ltd (3) Tesco Plc v Office of Fair Trading*, beschikbaar op <www.catribunal.org.uk/237-7317/1188-1-1-11-1-Tesco-Stores-Ltd-2-Tesco-Holdings-Ltd-3-Tesco-Plc.html>.

Het auditoraat lijkt zich – zij het zeer impliciet – door die Engelse benadering te hebben laten inspireren. Zonder naar deze rechtspraak te (hoeven) verwijzen, toont de beschrijving van de vier fasen in de transactiebeslissing eveneens aan dat er inderdaad veelvuldig informatie uitgewisseld (gedraging 1) en doorgegeven werd (gedraging 2), wat leidde tot retailprijfsafstemming (gedraging 3).⁶² Bovendien werd informatie wederzijds uitgewisseld en controleerden de supermarkten elkaar ook op naleving van de overeengekomen prijzen in bepaalde omstandigheden.⁶³ Dat maakte dat het auditoraat kon afleiden dat ook de intentie van de afnemers om tot overeenstemmend marktgedrag te komen, aanwezig was.⁶⁴ Het auditoraat verwees niet uitdrukkelijk naar het onderscheid tussen gedragingen en *state of mind*, maar vooronderstelde de aanwezigheid van beide bestanddelen op basis van het beschikbare bewijsmateriaal. Vanuit het oogpunt van voorspelbaarheid en rechtszekerheid blijft het evenwel onduidelijk of, hoe en in welke mate deze onderscheiden elementen aanwezig moeten zijn om ‘hub & spoke’ afspraken onder de noemer van onderling afgestemde feitelijke gedraging in artikel 101 VWEU en equivalente nationale wetsbepalingen te laten vallen. Bovendien maakt de Belgische beslissing niet duidelijk of deze bewijsstandaard onverkort toegepast dient te worden indien op andere wijze een vaststaande wils-overeenstemming tussen de betrokken partijen bleek.

Horizontaal of verticaal gecoördineerd marktgedrag?

In de mate dat ‘hub & spoke’ afspraken inderdaad als overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging gekwalificeerd kunnen worden, rijst vervolgens de vraag welk soort van overeenkomst of gedraging door de betrokken ondernemingen gesloten werd. Met die vraag staat vooral het onderscheid tussen horizontale en verticale overeenkomsten centraal. Dat onderscheid is relevant om de grenzen tussen toelaatbaar en schendend marktgedrag scherper vast te stellen, de toepasselijkheid van eventuele groepsvrijstellingsverordeningen te kunnen bepalen, alsmede voor de mate waarin ondernemingen de kans kunnen krijgen artikel 101 lid 3 VWEU succesvol in te roepen in het licht van bepaalde vormen van informatie-uitwisseling.

Vooralsnog blijkt het in de praktijk moeilijk om een ‘hub & spoke’ gedraging als horizontaal of als verticaal te classificeren. Ook de Europese Commissie schept weinig duidelijkheid in dit verband. Zowel in de richtsnoeren inzake verticale als in deze inzake horizontale overeenkomsten, wordt – zij het vaag – melding gemaakt van mogelijke ‘hub & spoke’ afspraken. Het lijkt er dus op dat, naargelang het specifieke geval van de zaak, dergelijke

afspraken als horizontaal of als verticaal beschouwd kunnen worden.⁶⁵

In zijn transactiebeslissing stelt het auditoraat vast dat het initiatief tot retailprijascoördinatie uitging van de supermarkten en dat de leveranciers-hubs slechts als tussenpersonen fungeerden. Dit volstond volgens het auditoraat om de gedragingen als *horizontale* overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen te beschouwen,⁶⁶ wat tevens in lijn lag van de eerder aangehaalde Engelse rechtspraak. Omdat prijscoördinatie tussen rechtstreekse concurrenten in het mededingingsrecht nog steeds als de meest voor de hand liggende inbreuk op het kartelverbod beschouwd wordt, stelt een kwalificatie als horizontale prijsovereenkomst de vervolgende autoriteit meteen in een sterke rechtspositie. Dergelijke prijsafspraken kwalificeren immers als typevoorbeelden bij uitsteking van doelbeperkingen,⁶⁷ vormen hardekernbeperkingen in overeenstemming met *de minimis*, genieten in tegenstelling tot verticale overeenkomsten niet van een algemene groepsvrijstellingsverordening en kunnen verder ook zeer moeilijk gerechtvaardigd worden op grond van artikel 101 lid 3 VWEU.⁶⁸ Het aanmerken van deze overeenkomsten als horizontaal maakt het voor ondernemingen dus moeilijker zichzelf te rechtvaardigen. Verder laat een dergelijke kwalificatie bovendien de belangrijke vraag open welke vormen van (prij)sinformatie uitgewisseld kunnen worden tussen leverancier/producent en afnemer.

De toepassing van het rechtskader inzake verticale prijs-overeenkomsten zou ertoe kunnen leiden dat een scherpere scheidslijn getrokken kan worden tussen toegestane en niet-toegestane informatie-uitwisselingen tussen leverancier en verdeler van bepaalde producten. Het Duitse *Bundeskartellamt* koos in recente beslissingen inzake ‘hub & spoke’ prijscoördinatie inderdaad voor de classificatie van de gedragingen als verticale minimum-prijstellingsovereenkomsten tussen leveranciers en afnemers.⁶⁹ Hoewel in die zaken tevens een beroep gedaan werd op leveranciers-hubs om retailprijascoördinatie tussen afnemers tot stand te brengen, liet de classificatie als verticale overeenkomsten het *Bundeskartellamt* toe om het onderscheid tussen illegale en toegestane uitwisseling van informatie scherper te stellen. Informatie-uitwisseling met als doel prijzen tussen afnemers vast te stellen vormt duidelijke belemmeringen van de mededinging en uitdrukkelijke schendingen van het mededingingsrecht die om die reden dan ook beboet kunnen

62. Beslissing auditoraat BMA, overweging 23.

63. Beslissing auditoraat BMA, overwegingen 34 en 35.

64. Beslissing auditoraat BMA, overweging 36.

65. Zie Europese Commissie, Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, *PbEU* 2010, C130/1, overweging 211; Mededeling van de Europese Commissie, Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *PbEU* 2011, C11/1, overweging 55.

66. Beslissing auditoraat BMA, overwegingen 21 en 49.

67. Men leze art. 101 lid 1 onder a VWEU alsmede HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile*, *Jur.* 2009, p. I-4529, ECLI:EU:C:2009:343, r.o. 37.

68. Zoals bevestigd in Beslissing auditoraat BMA, overweging 73.

69. Zie daarvoor het persbericht van het *Bundeskartellamt*, beschikbaar via <www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/18_06_2015_Vertikalfall.html;jsessionid=D689E8ED0729243171CF442AC12828DA.1_cid378>.

worden.⁷⁰ Dergelijke prijsclausules zijn volgens Groepsvrijstellingsverordening (EU) nr. 330/2010 hardkernbeperkingen,⁷¹ maar kunnen volgens de Commissierichtsnoeren niettemin gerechtvaardigd worden op grond van artikel 101 lid 3 VWEU.⁷² Informatie over aangeraden prijzen of andere suggesties behoren niet tot de uitdrukkelijk niet-toegestane ‘hub & spoke’ prijscoördinatie en zouden dus verder uitgewisseld kunnen worden tussen leveranciers en afnemers.

De keuze van het Belgische auditoraat om de gedragingen in hun geheel als horizontale overeenkomsten te classificeren laat niet rechtstreeks toe af te leiden in welke mate afnemers en leveranciers nog informatie mogen uitwisselen. De beslissing kan dan ook terecht bekritiseerd worden op dit punt. Tezelfdertijd dient vastgesteld te worden dat de eigen aard van een transactie- of schikkingsprocedure een mededingingsautoriteit er niet toe noopt om meer helderheid te scheppen over de grens tussen het toelaatbaar en niet-toelaatbaar uitwisselen van informatie tussen afnemers en leveranciers, nu enkel de erkenning door de partijen van een inbreuk op het mededingingsrecht opgetekend wordt. Het gebrek aan helderheid toeschrijven aan de aard van de beslissing doet echter niet af aan het feit dat de Belgische mededingingsautoriteit hier wellicht een kans gemist heeft om meer duidelijkheid over informatie-uitwisseling tussen leveranciers en afnemers te scheppen. Vooralsnog blijft het in het duister tasten naar de meest geschikte classificatie en juridische beoordeling van ‘hub & spoke’ afspraken. De verschillende benaderingen van Belgische en Duitse autoriteiten tonen in ieder geval aan dat enige verdere verduidelijking op Europees niveau gewenst zou zijn.

Transactiebeslissingen als – legaal? – alternatief handhavingsinstrument

Ondanks het bestaan van een wetgevend kader omtrent schikkingen in het Belgische recht, toont de transactiebeslissing aan dat het gebruik ervan toch niet helemaal vrij van juridische problemen is. Transactieprocedures – net zoals schikkingsprocedures op het Europese niveau – laten de betrokken autoriteiten weliswaar toe een procedure sneller af te ronden door middel van een kort inbreukbesluit, waarin aan de ondernemingen een geldboete wordt opgelegd voor hun – erkende – deelname aan verboden mededingingsbeperkende afspraken. Een dergelijk kort besluit kan tevens volstaan met een

meer summiere redenering en motivering. Het logische gevolg hiervan is dat een dergelijke beslissing niet steeds rechtstreeks zal bijdragen tot het scheppen van duidelijkheid en rechtszekerheid naar de toekomst toe en van een snellere afhandeling van lopende zaken.⁷³

De hier besproken transactiebeslissing vormt hier een duidelijk voorbeeld van. Uit de beslissing kan men niet opmaken welke vormen van informatie-uitwisseling toegestaan zijn en wanneer verticale informatieverlening problematisch wordt omdat het een horizontale prijsafpraak vergemakkelijkt of mogelijk maakt. Het aanwenden van deze procedure als instrument om ondernemingen in andere sectoren te dwingen hun prijzen- en handelspolitiek mededingingsconform te structureren, zoals het persbericht van de Belgische mededingingsautoriteit lijkt te impliceren,⁷⁴ lijkt aldus weinig geschikt, net omdat de beslissing niet toelaat meer algemene grenzen tussen toelaatbare en niet-toelaatbare informatie-uitwisseling te trekken. Bovendien kan in dit geval bezwaarlijk van een snelle afronding van de procedure gesproken worden. Het onderzoek liep gedurende bijna een jaar. Die lange duurtijd van de procedure werd in deze zaak zelfs uitdrukkelijk als verzachtende omstandigheid bij de vaststelling van het boetebedrag aangevoerd. Dit geeft ook aan dat transactieprocedures wel eens bij voorkeur gebruikt zouden kunnen worden als lapmiddel om langlopende en complexe procedures al te snel af te ronden, wat op langere termijn nefast zou zijn voor rechtszekerheid en vertrouwen in de mededingingsautoriteit. Ook inzake rechtsbescherming tegen en rechtsgevolgen van transactiebeslissingen blijven enkele vragen vooralsnog onbeantwoord. De transactiebeslissingsprocedure heeft tot doel een onderzoek definitief af te sluiten en jarenlange procedures omtrent aangenomen beslissingen te vermijden. Met dat doel in het achterhoofd eiste het auditoraat in deze zaak dat afstand gedaan diende te worden van alle lopende rechtszaken. Bovendien stelt de Belgische wetgeving zelf uitdrukkelijk dat tegen een transactiebeslissing van het auditoraat geen hoger beroep openstaat.⁷⁵ Als gevolg hiervan kunnen partijen noch belanghebbenden in rechte opkomen tegen een transactiebeslissing.

In dat verband rijst de vraag of het totale gebrek aan mogelijkheden om in rechte op te treden tegen een boetebeslissing verenigbaar is met artikel 6 EVRM en artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt immers duidelijk dat in procedures die leiden tot het opleggen van een geldboete, het recht op toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter met volle rechtsmacht niet ver-

70. Zie het persbericht van het Bundeskartellamt.

71. Zie art. 4 lid 1 onder a Verordening (EG) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *PbEU* 2010, L 102/1.

72. Europese Commissie, Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, *PbEU* 2010, C 130/1, overweging 60.

73. Ook op Europees niveau wordt de belangrijke mate van discretie toegekend aan de autoriteit als een bijproduct van de schikkingsprocedure erkend, zie Gerecht 20 mei 2015, zaak T-456/10, *Timab Industries en Roullier/Commissie*, ECLI:EU:T:2015:296.

74. Zie voor het persbericht <http://economie.fgov.be/nl/modules/presrelease/concurrence/20150622_grande_distribution.jsp?referer=tc:325-268787-64>.

75. Art. IV.57 lid 3 Wetboek economisch recht.

hinderd mag worden.⁷⁶ Ofschoon het begrip volle rechtsmacht flexibel ingevuld kan worden en er daarbij met het bestaan van meer of minder procedurele waarborgen in de administratieve fase van de procedure rekening gehouden mag worden,⁷⁷ lijkt het bij wet uitsluiten van toegang tot een rechter op wel erg gespannen voet met bovenvermelde fundamentele procesrechten te staan. Hoewel in deze zaak de betrokken ondernemingen gedwongen werden zich neer te leggen bij de transactiebeslissing en ook aangegeven hebben dit te zullen doen,⁷⁸ kan naar de toekomst toe niet uitgesloten worden dat de Belgische wetgeving op dit vlak aanpassing zal behoeven.

De afsluiting van het onderzoek door de autoriteit betekent bovendien niet noodzakelijk het definitieve einde van de procedure. Door uitdrukkelijk te erkennen dat zij een inbreuk maakten op de mededingingsregels, kunnen immers schadevergoedingsacties ingesteld worden voor de rechter. Het instellen van dergelijke vorderingen worden immers door het afsluiten van de transactieprocedure niet onmogelijk gemaakt. Het blijft vooralsnog de vraag of dit zal gebeuren, en of de zaak op die manier nog een verder privaats handhavingsvervolg zal kennen.

Besluit

De transactiebeslissing van het auditoraat inzake het ‘hub & spoke’ DPH-kartel kan als een primeur voor het Belgische mededingingsrecht en handhavingbeleid aangemerkt worden, maar roept ook belangrijke vragen op inzake de kwalificatie van ‘hub & spoke’ prijsafspraken en de legaliteit van alternatieve handhavingsprocedures. De transactiebeslissing laat niet toe meer helderheid te scheppen in de juridische kwalificatie van ‘hub & spoke’ afspraken en legt bovendien enkele beperkingen van de transactieprocedure bloot.

In het licht van de Belgische transactiebeslissing kan dan ook de terechte vraag gesteld worden of een meer ontwikkeld materieelrechtelijk kader inzake ‘hub & spoke’ nodig ware geweest alvorens tot schikkingen over te gaan en of schikkingsprocedures niet door nog meer procedurele waarborgen omgeven dienen te worden. Het lijkt er in ieder geval op dat het totale gebrek aan rechterlijke toetsing in de Belgische transactieprocedure niet echt als voorbeeld zou kunnen dienen voor eventuele toekomstige schikkingsregelingen in andere lidstaten. Nu ook ACM schoorvoetend schikkingen erkent,⁷⁹ zonder hierbij over een uitdrukkelijk wettelijk kader te

beschikken, is dat wellicht een les die nu reeds uit het Belgische transactieprocedurekader getrokken kan worden.

76. Voor een overzicht in dat verband, zie W. Wils, ‘The Increased Level of Antitrust Fines, Judicial Review and the ECHR’, 33 *World Competition* 2010, 5.

77. Zie in dat verband, recent, EHRM 14 maart 2014, zaken nr. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 en 18698/10, *Grande Stevens et al./Italy*, par. 98-100.

78. Beslissing auditoraat BMA, overwegingen 129-131.

79. Zie overweging 78 van het boetebesluit van ACM inzake het natuurazijnkartel van 11 augustus 2015, beschikbaar op <www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14605/Boete-producenten-natuurazijn-voor-kartelafspraken/>.