

Noot

*In nood kent men zijn vrienden. In rechtsnood de 234-helplijn naar Luxemburg*Anne-Marie Van den Bossche¹

I. INLEIDING

1. De Belgische mededingingsautoriteit waarborgt de vrijwaring van een daadwerkelijke mededinging op Belgisch niveau. Haar beslissingen kunnen van meet af aan worden aangevochten bij het hof van beroep te Brussel. In de huidige stand van zaken is het hof van beroep te Brussel niet in de gelegenheid ten volle doeltreffende en daadwerkelijke rechtsbescherming te bieden aan partijen die willen opkomen tegen voor hen ongunstige beslissingen van de Raad voor de Mededinging. Om deze impasse te doorbreken legt

het hof van beroep te Brussel in zijn arrest van 30 september 2008² een aantal vragen voor aan het Hof van Justitie te Luxemburg.

2. Na een toelichting van de verhouding tussen Belgisch en Europees mededingingsrecht (*sub* II) en een voorstelling van de Belgische mededingingsautoriteit (*sub* III), gaat deze bijdrage nader in op de rechterlijke controle van het hof van beroep te Brussel (*sub* IV).

II. DE KEUZE VOOR SAMENHANG EN CONVERGENTIE

3. De Belgische wetgever zocht in de wet tot bescherming van de economische mededinging³ (WEM) nadrukkelijk aansluiting bij het Europees mededingingsrecht voor ondernemingen. Uitgaande van het basisbeginsel “het Gemeenschapsrecht zo getrouw mogelijk te volgen bij de opbouw van de nationale wetgeving”⁴, was er in België van meet af aan de “duidelijke bedoeling, om – niet alleen bij de regelgeving, doch meteen ook bij de toekomstige toepassing – strikt gelijk te lopen met de Europese wetgeving”⁵, mede opdat “de ondernemingen zich *mutatis mutandis* [kunnen] beroepen op de rechtspraak die reeds door de Europese communautaire instanties werd ingevoerd”⁶.

convergentie tussen Belgisch en Europees mededingingsrecht, van meet af aan voor procedurele convergentie. De WEM maakt wat de procedureregels betreft met andere woorden geen onderscheid naargelang toepassing wordt gegeven aan (enkel) Belgisch dan wel (ook) Europees mededingingsrecht⁷. Ook op het institutionele vlak geldt convergentie: zo passen Raad (incl. auditoraat) en Dienst elk overeenkomstig hun respectieve bevoegdheden zowel de WEM als EG-mededingingsrecht (art. 81 en 82 EG-Verdrag) toe⁸.

4. Ook op het vlak van concrete onderzoeksbevoegdheden en procedureregels opteerde de Belgische wetgever, grotendeels in lijn met deze keuze voor materieelrechtelijke

5. Het is weliswaar zo dat de verdragsmededingingsregels voor ondernemingen enkel van toepassing zijn wanneer samenwerking tussen onafhankelijk blijvende ondernemingen of het eenzijdig optreden van ondernemingen met een machtspositie een merkbare ongunstige invloed uitoefent op de handel tussen lidstaten⁹. De zelfgekozen door-

¹ Hoogleraar Europees Recht, Universiteit Antwerpen. Manuscript afgesloten 27 januari 2009.

² Brussel 30 september 2008, A.R. nr. 2008/MR/3, *VEBIC*, hierna: besproken arrest. De zaak voor het Hof van Justitie draagt het nummer C-439/08 (*PB*. C. 313, 6 december 2008, 19).

³ Wet 5 augustus 1991, *B.S.* 11 oktober 1991, in werking sinds 1 april 1993. Zie voor de wijzigingen van 1999 en 2006, *B.S.* 27 april 1999, als gecoördineerd bij K.B. van 1 juli 1999, *B.S.* 1 september 1999 en voor de sinds 1 oktober 2006 geldende bepalingen, K.B. van 15 september 2006 houdende coördinatie van de wet van 10 juni 2006 tot bescherming van de economische mededinging, *B.S.* 29 september 2006. Zie voor een erg overzichtelijke vergelijking van de institutionele zowel als materieelrechtelijke bepalingen van de opeenvolgende wetten, J. YSEWYN, *Tien jaar Belgische Mededingingsrecht*, Gent, Larcier, 2008, 600 p., hierna: J. YSEWYN (2008).

⁴ *Verslag namens de Commissie voor de economische aangelegenheden, Bespreking van de artikelen, ad art. 1, 26, Parl. St. Senaat 1990-91, nr. 1282-2*. Vergelijkbaar minister Claes tijdens de algemene bespreking in de plenaire vergadering van 27 maart 1991, *Parl. St. Kamer 1990-91, nr. 2440*.

⁵ *Parl. St. Kamer 1990-91, nr. 2435*. Zo ook Cass. 9 juni 2000, *Brussels International Trade Mart/S.C. Barlow en Amadeus BVBA, T.B.H.* 2000, 493.

⁶ *Memorie van Toelichting*, 5 en 15, *Parl. St. Kamer 1989-90, nr. 1282/1*. Vrijwel identiek *Memorie van Toelichting WEM-2006*, 36. In dezelfde zin, J. YSEWYN, T. SNELS en A. LENAERTS, “De nieuwe Belgische Mededingingswet”, *CABG 2007/4*, 70 p., hierna: J. YSEWYN, T. SNELS en A. LENAERTS (2007), 1.

⁷ Art. 69 WEM-2006. Besproken arrest, randnr. 41.

⁸ Art. 1 § 4 WEM. Raad, met inbegrip van het auditoraat en Dienst zijn met andere woorden de Belgische art. 35 verordening 1/2003-autoriteit. Zie over verordening 1/2003, *infra*, randnr. 7 *et seq.* en voor de art. 35-aanknopning, besproken arrest, randnr. 39.

⁹ Zie voor uitgebreide toelichting bij deze toepassingsvoorwaarde, Commissie-richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de art. 81 en 82 van het verdrag, *PB*. 2004, C. 101/81. Deze bijdrage gaat niet in op de beoordeling van concentraties, als (buiten het verdrag) geregeld in verordening 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PB*. 2004, L. 24/1.

werking van het Europees recht in het Belgisch mededingingsrecht heeft echter tot gevolg dat deze voorwaarde in de Belgische context in wezen geen inhoudelijke uitwerking heeft¹⁰. Voor de mededingingsrechtelijke beoordeling van ondernemingsgedrag maakt het op Belgisch niveau met andere woorden niet echt veel uit of de Belgische (art. 2 en 3 WEM) dan wel Europese (art. 81 en 82 EG-Verdrag) beoordelingsnorm geldt.

6. Indien het gedrag van ondernemingen geen invloed heeft op de handel tussen lidstaten, zijn enkel de Belgische autoriteiten bevoegd, en geldt enkel de Belgische beoordelingsnorm¹¹. Een optreden van de Europese Commissie is in dergelijke situatie uitgesloten, net als de noodzaak tot samenwerking en voorafgaand overleg in de zin van artikel 11 verordening 1/2003¹². Doordat de Belgische wetgever de nationale beoordelingsnorm zo uitdrukkelijk laat aansluiten bij de Europese, zal de inhoudelijke beoordeling door Belgische actoren echter in wezen dezelfde (moeten) zijn.

7. Indien de regeling wel de vereiste invloed heeft op de interstatenhandel, geldt zowel de Belgische als de Europese beoordelingsnorm. Bij de gelijktijdige toepassing van nationaal en Europees mededingingsrecht moesten nationale actoren er artikel 10 EG-Verdrag-gewijs altijd al over waken dat hun beoordeling geen afbreuk deed aan de uniforme toepassing van het Europees mededingingsrecht¹³.

8. Vanuit die optiek is de opname in verordening 1/2003 van artikel 3. *Verhouding tussen de artikelen 81 en 82 van het verdrag en het nationaal mededingingsrecht* en van artikel 16. *Uniforme toepassing van het communautaire mededingingsrecht* dan ook niet (veel) meer dan een consoliderende explicitering van een reeds uit het verdrag zelf voortvloeiende algemene rechtsplicht. Dit neemt niet weg dat de

inwerkingtreding van verordening 1/2003 op 1 mei 2004 de in België van bij de aanvang uitdrukkelijk bedoelde doorwerking van het Europees recht in het nationaal mededingingsrecht wel degelijk aanzienlijk versterkt. Eén van de doelstellingen van (de zgn. modernisering van) verordening 1/2003 is het daadwerkelijk bevorderen van de decentrale, “doeltreffende en eenvormige”¹⁴ toepassing van de Europese mededingingsregels door (o.m.) de nationale mededingingsautoriteiten¹⁵. Mede om deze doeltreffendheid en eenvormigheid te vrijwaren, bevat verordening 1/2003 een afzonderlijk hoofdstuk gewijd aan de samenwerking tussen Commissie en nationale actoren¹⁶.

9. Wanneer de Belgische mededingingsautoriteiten nu toepassing (beogen te) geven aan (ook) de artikelen 81 of 82 EG-Verdrag, doen zij dit met andere woorden niet geheel autonoom, doch in nauwe samenwerking met de Europese Commissie. Zo kunnen zij de Commissie niet enkel raadplegen over elk geval van toepassing van het Gemeenschapsrecht¹⁷, wanneer zij daadwerkelijk (willen) optreden op grond van de artikelen 81 of 82 EG-Verdrag, moeten zij haar hiervan schriftelijk op de hoogte stellen, vóór of onverwijld na het begin van de eerste formele onderzoeksmaatregel¹⁸, zodat de Commissie de zaak desgevallend naar zich toe kan trekken en zelf het onderzoek verder zet¹⁹. Als dit niet gebeurt, blijft het onderzoek in Belgische handen. Ook dan moet echter de op Belgisch niveau “beoogde beslissing” worden voorgelegd aan de Commissie²⁰, zodat zij wanneer nodig “ter waarborging van een consequente toepassing van het communautair mededingingsrecht” tijdig een en ander kan bijsturen²¹.

10. Hoewel dus de rechtsbasis verschilt, is zowel in geval van toepassing van enkel Belgisch mededingingsrecht²² als in geval van gelijktijdige toepassing van Belgisch en Europees

¹⁰. België staat overigens niet alleen met een dergelijke “internalisatie” van de Europese beoordelingsnorm. O.m. de Nederlandse wetgever deed precies hetzelfde, vanuit erg vergelijkbare overwegingen.

¹¹. Zo ook besproken arrest, randnr. 42, met enig voorbehoud ten aanzien van de zuiver Belgisch-rechtelijke inkadering van de *VEBIC*-zaak in de beslissing *a quo*.

¹². Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de art. 81 en 82 van het verdrag, *PB*. 2003, L. 1/1, hierna: verordening 1/2003. Over de samenwerking *ex art. 11, infra*, randnr. 9.

¹³. Art. 10 EG-Verdrag formuleert de zgn. Gemeenschapstrouw, ook wel omschreven als “duty to help and not to hinder”, als volgt: “De lidstaten treffen alle algemene of bijzondere maatregelen welke geschikt zijn om de nakoming van de uit dit verdrag of uit handelingen van de instellingen der Gemeenschap voortvloeiende verplichtingen te verwezenlijken. Zij vergemakkelijken de vervulling van haar taak. Zij onthouden zich van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de doelstellingen van dit verdrag in gevaar kunnen brengen.” Daartoe omvat het optreden van de Gemeenschap onder meer “een regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst”, art. 3, *sub g*) EG-Verdrag. Zie hiervoor ook H.v.J. 12 februari 1969, nr. 14/68, *Walt Wilhelm, Jur.* 1969, 1 en H.v.J. 14 december 2000, C-344/98, *Masterfoods, Jur.* 2000, I-11369.

¹⁴. Overweging 1, preambule verordening 1/2003.

¹⁵. De eveneens beoogde decentrale toepassing door nationale rechters blijft in deze bijdrage buiten beeld.

¹⁶. Zie voor de samenwerking tussen Commissie en nationale mededingingsautoriteiten, art. 11 t.e.m. art. 14 verordening 1/2003, en voor de samenwerking met de nationale rechterlijke instanties, art. 15 verordening 1/2003. Zie voor de nadere uitwerking van deze samenwerking de mededelingen van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten (*PB*. 2004, C. 101/43) resp. betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de lidstaten bij de toepassing van de art. 81 en 82 van het verdrag (*PB*. 2004, C. 101/54).

¹⁷. Art. 11, lid 5 verordening 1/2003.

¹⁸. Art. 11, lid 3 verordening 1/2003.

¹⁹. Art. 11, lid 6 verordening 1/2003.

²⁰. Art. 11, lid 4 verordening 1/2003.

²¹. Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten, *PB*. 2004, C. 101/43, punt 43.

²². Rechtsbasis: zelfgekozen convergentie van Belgisch met Europees mededingingsrecht.

mededingingsrecht²³ de uitkomst van het onderzoek en de uiteindelijke inhoudelijke beoordeling van samenwerking tussen ondernemingen c.q. eenzijdig optreden van ondernemingen met een machtspositie noodgedwongen EG-conform.

11. De keuze van de Belgische wetgever voor zowel materieelrechtelijke, procedurele als institutionele convergentie, heeft tot gevolg dat België op het eerste gezicht zonder meer voldoet aan de Europeesrechtelijke eis dat lidstaten “door hun nationale wetgeving geen afbreuk doen aan de volledige en uniforme toepassing van het Gemeenschapsrecht en aan

de werking van handelingen tot uitvoering ervan, en geen maatregelen, zij het ook van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, te nemen of te handhaven, welke aan de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels hun nuttig effect zouden kunnen ontnemen”²⁴. Een tweede gevolg is dat de gemeenschapsrechtelijke eis dat de nationale wettelijke regeling een doeltreffende rechtsbescherming moet waarborgen²⁵, evenzeer en onverkort geldt bij de toepassing van (enkel) Belgisch mededingingsrecht. Of de WEM naar huidig recht geheel voldoet aan deze laatste eis, mag echter met het hof van beroep te Brussel ernstig worden betwijfeld.

III. DE BELGISCHE MEDEDINGINGSAUTORITEIT

12. De Belgische mededingingsautoriteit waarborgt als tweevoudig orgaan de vrijwaring van een daadwerkelijke mededinging op Belgisch niveau. Binnen het duale tripolaire²⁶ WEM-systeem geldt van meet af aan een “strikte scheiding tussen de onderzoeksprocedure enerzijds en de beslissingsbevoegdheid anderzijds”²⁷. Het onderzoek wordt gevoerd door de Dienst voor de Mededinging; de beslissing wordt genomen door de Raad voor de Mededinging op basis van gemotiveerde verslagen opgesteld door het auditoraat in samenwerking met de Dienst voor de Mededinging.

13. De Dienst voor de Mededinging heeft als hoofdplicht²⁸ het onderzoek van de restrictieve mededingingspraktijken en van de concentratiehandelingen binnen het toepassingsgebied van de WEM; hij is bevoegd om alle onderzoeksmaatregelen te nemen (marktonderzoek, huiszoeking²⁹, concurrentieanalyse, enz.), de auditeur te assisteren bij diverse taken (verhoor, zittingen voor de Raad, enz.) en voor het uitvoeren van sectorale en algemene onderzoeken. Hij draagt bij tot de uitvoering van het mededingingsbeleid, neemt deel aan wetgevende activiteiten, formuleert adviezen en antwoorden op de vragen die uitgaan van de

overheid, en neemt verder ook actief deel aan het Europees mededingingsbeleid³⁰.

14. De Raad voor de Mededinging is sinds de WEM 2006 een meervoudig orgaan: de algemene vergadering, het auditoraat en de griffie³¹.

15. De griffie van de Raad voor de Mededinging behartigt het secretariaat van de Raad voor de Mededinging *sensu lato* (Raad en auditoraat)³². De klachten en meldingen worden er ingediend. Hij heeft onder meer als opdracht om de kennisgeving te verzekeren van de beslissingen van de Raad en de beroepen tegen beslissingen van de sectorale regulator te ontvangen.

16. Het auditoraat voert als onderdeel van de Raad voor de Mededinging met name de volgende opdrachten uit³³: het ontvangen van de klachten en de verzoeken om voorlopige maatregelen met betrekking tot de restrictieve mededingingspraktijken evenals de meldingen van concentraties; het ambtshalve openen van onderzoeksdossiers; het overgaan tot algemene of sectorale onderzoeken; het bepalen, in

²³ Rechtsbasis: Gemeenschapstrouw van art. 10 EG-Verdrag, als nader uitgewerkt in verordening 1/2003.

²⁴ Vaste rechtspraak, o.m. aan de orde in H.v.J. 18 juni 1998, C-35/96, *Commissie/Italiaanse Republiek*, *Jur.* 1998, I-3851, r.o. 53, en daar aangehaalde rechtspraak.

²⁵ O.m. aan de orde in H.v.J. 15 mei 1986, nr. 222/84, *Johnson*, *Jur.* 1986, 1651 en H.v.J. 15 oktober 1987, nr. 222/86, *Heylen*, *Jur.* 1987, 4097.

²⁶ De toevoeging van het korps verslaggevers in 1999 maakte het bipolaire (Dienst en Raad) Belgisch systeem “tripolaire, avec trois organes chargés d’appliquer le droit de la concurrence”, B. PONET, “L’impact du règlement de modernisation sur le Conseil belge de la Concurrence. Quelques considérations”, in P. NIHOUL (coord.), *La décentralisation dans l’application du droit de la concurrence. Un rôle accru pour le praticien?*, Brussel, Bruylant, 2004, 262 p., 139-163, hierna: B. PONET (2004), 143. De 2006-omdoping van korps tot auditoraat bracht op dit punt geen verandering.

²⁷ *Jaarverslag RvM 2002*, Bijlagen, p. 572. Geheel waterdicht was en is deze “strikte scheiding” overigens niet. Het korps had, net als het auditoraat nu, ook wel een aantal eigen beslissingsbevoegdheden.

²⁸ http://economie.fgov.be/organization_market/competition/competition_nl_001.htm: raadpleging 20/08/2008. Onder verwijzing naar art. 2 tot 10 WEM-2006.

²⁹ Zie voor het opdrachtbevel van de auditeur in de *VEBIC*-zaak, besproken arrest, randnr. 15.

³⁰ Door, met name het communautair mededingingsrecht toe te passen; deel te nemen aan de adviescomités van de Europese Commissie; samen te werken in het kader van het European Competition Network en het vertegenwoordigen van België in de diverse Europese en internationale organisaties, webstek vermeld in voetnoot 28. Vrij kritisch ten aanzien van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de Dienst op Europees en internationaal vlak, J. YSEWYN, T. SNELS en A. LENAERTS (2007), 34 en 46.

³¹ Art. 11 § 2 WEM-2006.

³² http://economie.fgov.be/organization_market/competition/competition_nl_001.htm: 20/08/2008, onder verwijzing naar WEM-2006, art. 32, 67 en 80. De uitwerking van nadere werkingsbepalingen komt toe aan de algemene vergadering.

³³ http://economie.fgov.be/organization_market/competition/competition_nl_001.htm: 20/08/2008, onder verwijzing naar WEM-2006, art. 29, 61 en 76.

samenwerking met de Dienst voor de Mededinging, van de prioriteiten van het implementatiebeleid van de WEM en het vastleggen van de volgorde van behandeling van de dossiers; het vragen van de verwijzing van een concentratie naar de Belgische mededingingsautoriteit of het verwijzen van een concentratie naar de Europese Commissie; het leiden en organiseren van het onderzoek van de zaken; het afgeven aan de Dienst voor de Mededinging van de opdrachtbevelen en de huiszoekingsbevelen³⁴; het opstellen van het gemotiveerde verslag (onderzoeksverslag, punten van bezwaar en voorstel van beslissing)³⁵ en het verdedigen ervan tijdens de zitting voor de Raad voor de Mededinging, met de hulp van de Dienst; het nemen van beslissingen inzake concentraties binnen het kader van de vereenvoudigde procedure; het beslissen tot seponeren in het kader van restrictieve praktijken; het uitvoeren van het onderzoek van de zaken waarin de beslissing van de Raad of zijn voorzitter het voorwerp uitmaakt van hoger beroep voor het hof van beroep; het toezicht op de uitvoering van de beslissingen die door de Raad voor de Mededinging werden genomen.

17. De Raad voor de Mededinging heeft als administratief rechtscollege de bevoegdheid van beslissing en een aantal andere door de WEM 2006 toegewezen bevoegdheden³⁶. De opdrachten van de algemene vergadering omvatten in het

bijzonder³⁷: uitspraak doen over de zaken, waarvan de voorzitter van de Raad de verzending naar de algemene vergadering heeft bevolen, teneinde de eenheid van rechtspraak te verzekeren; het vastleggen van de samenstelling van de kamers en het aanduiden van hun voorzitter; het vastleggen van specifieke regels voor de aanmelding van concentraties volgens een vereenvoudigde procedure; uitspraak doen over de vorderingen tot wraking van de raadsleden en de auditurs; en advies uitbrengen over verschillende punten (besluiten inzake groepsvrijstellingen, evaluatie van de aanmeldingsdrempels van concentraties,...).

18. De beslissingen van de (voorzitter van de) Raad betreffen “het algemeen belang en verheffen [zich om die reden] boven het particulier belang. Uit de aard van de dossiers inzake mededinging volgt immers 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”³⁸. Het optreden van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging “situeert zich, net als dat van de Raad zelf in zaken ten gronde, in het kader van een objectief contentieux en niet in het kader van een subjectief contentieux dat in een individueel geval een geschil dient te beslechten”³⁹. De Raad treedt dan ook niet op ter bescherming van subjectieve rechten.

IV. RECHTSBESCHERMING: DE RECHTERLIJKE CONTROLE DOOR HET HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

19. Tegen de beslissingen van de Raad van de Mededinging en zijn voorzitter kan beroep worden ingesteld bij het hof van beroep te Brussel⁴⁰, dat instaat “voor de eenheid van de rechtspraak”⁴¹ inzake de toepassing en handhaving van het mededingingsrecht in België.

20. Het beroep kan worden ingesteld door de voor de Raad betrokken partijen en door klagers en belanghebbenden⁴². Hoewel opgevat als onderzoekend en vervolgend orgaan, kan het auditoraat zelf geen hoger beroep instellen⁴³. De minister van Economische Zaken kan dit wel. Hij hoeft geen

belang aan te tonen, en zijn beroepsrecht is evenmin afhankelijk van al dan niet vertegenwoordiging in de procedure voor de Raad⁴⁴.

21. Dat er “in essentie geen geschil aan de basis [ligt] van een optreden van de mededingingsautoriteit”⁴⁵, heeft mede tot gevolg dat er in de procedure voor het hof van beroep geen tegenpartij is in de zin van het Gerechtelijk Wetboek. De WEM 1991 bepaalde dat het beroep gericht werd tegen de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister van Economische Zaken⁴⁶. Omdat echter “de minister niet de

34. Zie voor het opdrachtbevel in de *VEBIC*-zaak, besproken arrest, randnr. 15.

35. Zie voor een samenvatting van het verslag van de auditeur-generaal in de *VEBIC*-zaak, besproken arrest, randnr. 18.

36. Art. 11 § 1 WEM-2006.

37. http://economie.fgov.be/organization_market/competition/competition_nl_001.htm: raadpleging 20/08/2008, onder verwijzing naar WEM-2006, art. 7, 9, 18, 19, 23, 26, 30 en 50.

38. B. PONET, “Ervaringen (met de procedure) inzake de toepassing van de WBEM”, in J. STUYCK en P. WYTINCK, *De Belgische Mededingingswet anno 2003*, Mechelen, Kluwer, 2003, 238 p., 119-156, hierna: B. PONET (2003), 151.

39. *Jaarverslag RvM 2000*, nr. 63.

40. Art. 75 en 76 WEM-2006.

41. Amendement nr. 5 van de heer De Clerck, *ad art.* 41, p. 3. Weliswaar tijdens de behandeling van de prejudiciële vraagstelling van hoven en rechtbanken, maar ook in algemene zin geldig.

42. Art. 76 § 2 WEM-2006. Belanghebbend is “elke persoon die overeenkomstig art. 48 § 2 of art. 57 § 2 een belang kan doen gelden en die aan de Raad gevraagd heeft te worden gehoord”.

43. D. VANDERMEERSCH, *De Mededingingswet*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2007, 535 p., hierna: D. VANDERMEERSCH (2007), 76 en 464.

44. Art. 76 § 2 *in fine* WEM-2006.

45. J. YSEWYN, T. SNELS en A. LENAERTS (2007), 48.

46. Art. 43, 3^{de} al. WEM-1991.

auteur is van de aangevochten beslissing, bepaalt de [WEM 1999] dat het beroep wordt ingesteld tegen de beslissing⁴⁷. Het beroep moet weliswaar nog steeds op straffe van nietigheid binnen vijf dagen na het indienen van het verzoekschrift bij aangetekende brief aangezegd worden aan de Raad voor de Mededinging en aan de minister van Economische Zaken⁴⁸, maar wordt dus sinds 1999 “tegen niemand meer ingesteld”⁴⁹.

22. Hier staat tegenover dat het hof van beroep te Brussel als orgaan van de rechterlijke macht vanzelfsprekend “sterk de nadruk [legt] op het beginsel van de tegenspraak [en] de naleving van de rechten van de verdediging”⁵⁰. Dat “de procedures in eerste aanleg behandeld worden door een administratief rechtscollege dat in het algemeen belang oordeelt en partijen o.m. afzonderlijk kan horen”, kan met andere woorden niet betletten dat “voor het hof de absolute tegenspraak” geldt⁵¹.

23. Naar huidig recht vormen – “ook al verschijnen zij niet”⁵² – de partijen in de procedure voor de Raad, de klagers en belanghebbenden, de minister en de Raad voor de Mededinging de wederpartij in de procedure voor het hof⁵³. Om tegenpartijen waarmee daadwerkelijke tegenspraak kan plaatsvinden, gaat het echter niet. Nu deze wederpartijen daartoe niet verplicht zijn, kunnen zij immers zonder meer

weigeren te verschijnen in het kader van een werkelijk contradictoire procedure.

24. Een beslissing van de Raad voor de Mededinging heeft vele vaders, maar is in wezen een te vondeling gelegde wees⁵⁴. Zo wijst de praktijk uit dat geen van de wederpartijen – ook al worden zij daartoe direct of indirect uitgenodigd door het hof⁵⁵ – verschijnt, en er niemand systematisch optreedt ter ondersteuning *c.q.* verdediging van de bestreden beslissing⁵⁶.

25. De minister verschijnt niet omdat hij niet de auteur is van de aangevochten beslissing. De Raad verschijnt niet omdat hij als administratief rechtscollege niet kan “deelnemen aan een debat dat gevoerd wordt voor het rechtscollege zetelend in hoger beroep”⁵⁷. De auditor/auditoraat verschijnt niet omdat hij niet de auteur is van de aangevochten beslissing en door het hof met een onderzoek kan worden belast⁵⁸. De Dienst verschijnt niet omdat hij niet de auteur is van de aangevochten beslissing.

26. De minister kan weliswaar schriftelijke opmerkingen indienen, doch doet dit niet systematisch⁵⁹. De WEM 2006 schrapt de 1999-mogelijkheid tot schriftelijke tussenkomst van de Raad⁶⁰. Van de – rechtstreeks uit Europees recht voortvloeiende⁶¹ – verordening 1/2003-mogelijkheid tot

47. *Jaarverslag RvM 2000*, p. 12, bij bespreking art. 43 WEM-1999. Vergelijkbaar, D. VANDERMEERSCH en S. ALLCOCK, “De wijzigingen in de mededingingswet met betrekking tot restrictieve mededingingspraktijken”, in J. STUYCK en P. WYTINCK, *De hervormde Belgische Mededingingswet. De wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging na de wijzigingen door de wetten van 26 april 1999*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 177 p., 133-166, hierna: D. VANDERMEERSCH en S. ALLCOCK (2000), 162, onder verwijzing naar *Parl. St. Senaat 1997-98*, nr. 1-614/2, 31, “De reden hiervoor ligt in het feit dat de minister van Economische Zaken niet deelneemt aan de beslissing van de Raad waartegen hoger beroep wordt ingesteld.” Zo ook, D. VANDERMEERSCH (2007), 469, die er verder op wijst dat de minister, hoewel hij pre-1999 in talrijke zaken “met de nodige vindrijkheid en strijd lust [is] opgetreden om het hoger beroep te bestrijden”, zich tegelijk ook “in een delicate positie [bevond] gezien hij geacht werd beslissingen te verdedigen waaraan hij geen deel had”.

48. Art. 76 § 2 WEM-2006.

49. P. WYTINCK, “Concentratiecontrole in België na de wetten van 26 april 1999”, in J. STUYCK en P. WYTINCK (reds.), *De hervormde Belgische Mededingingswet. De wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging na de wijzigingen door de wetten van 26 april 1999*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 81, hierna: P. WYTINCK (2000), 120. Zo ook, D. VANDERMEERSCH (2007), 469, onder verwijzing naar Brussel 30 juni 2003, *BIAC en Restair/Belgische Staat*, onderdeel VII. Vergelijkbaar, besproken arrest, randnr. 37.

50. B. PONET (2003), 150-151.

51. B. PONET (2003), 136.

52. I. VEROUGSTRAETE, “Institutionele wijzigingen”, in J. STUYCK en P. WYTINCK, *De hervormde Belgische Mededingingswet. De wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging na de wijzigingen door de wetten van 26 april 1999*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 177 p., p. 13-36, hierna: I. VEROUGSTRAETE (2000), 28.

53. Art. 76 § 2, vierde al. WEM-2006. Met uitzondering van de Raad overeenstemmend met de personen die kennis kregen van de aangevochten beslissing *ex art.* 67 WEM-2006. Vanuit die optiek is de expliciete vermelding van de “minister indien hij de verzoeker niet is”, ronduit eigenaardig, aangezien deze hoe dan ook systematische de art. 67-kennisgevingsbrief ontvangt.

54. Zie over de taakverdeling tussen Dienst, auditoraat en Raad opnieuw *supra*, randnr. 13 e.v.

55. In besproken arrest, randnr. 29, via het vaststellen van een termijn voor het “desgewenst” indienen van een nota met opmerkingen door de minister, of nog, het aangetekend versturen van de conclusietermijnen-beschikking aan VEBIC, haar raadsman, de Raad voor de Mededinging en de FOD Economie.

56. Besproken arrest, randnr. 40. Vergelijkbaar, D. VANDERMEERSCH (2007), 469 en 470, “Het is dus niet denkbeeldig dat in bepaalde zaken, geen enkele persoon of orgaan optreedt ‘ter verdediging’ van de bestreden beslissing van de Raad voor de Mededinging.”

57. D. VANDERMEERSCH en S. ALLCOCK (2000), 163.

58. Besproken arrest, randnr. 35.

59. Ook niet in de *VEBIC*-zaak, besproken arrest, randnr. 38. Zie voor een kennelijk hoe dan ook zeldzame tussenkomst van de minister van Economie, *Jaarverslag RvM 2004*, p. 51.

60. Besproken arrest, randnr. 34. Zie voor de schrapping, *Memorie van Toelichting*, 69, *Parl. St. Kamer 2005-06*, nr. 51-2180/001, 7-75, en voor de pre-2006 tussenkomsten op grond van art. 43bis § 2, lid 8 WEM-1999, *Jaarverslag RvM 2000*, nr. 43, *Jaarverslag RvM 2001*, nrs. 86-90, *Jaarverslag RvM 2002*, p. 587-593, *Jaarverslag RvM 2004*, p. 49 e.v.

61. *Cf.* art. 249 EG-Verdrag: een verordening heeft een algemene strekking. Zij is verbindend in al haar onderdelen en rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat.

schriftelijke dan wel, mits toestemming van het betrokken rechtscollege, mondelinge tussenkomst in de procedure maakt de Raad geen gebruik⁶².

27. De auteursargumenten houden zeker tot op zekere hoogte steek. De Dienst verricht, inderdaad, “slechts” onderzoek onder gezag van het auditoraat⁶³; de (kamer van de) Raad (die de zaak behandelt) is bij (haar) zijn beslissing, inderdaad, niet gebonden door het verslag van de auditeur⁶⁴. De minister van Economische Zaken is, inderdaad, niet de auteur van de beslissing. Dat de Raad voor de Mededinging een administratief rechtscollege is, staat, inderdaad, in de wet.

28. Dat de contradictoire procedure voor het hof van beroep hierdoor (erg) vaak een één-partij-aangelegenheid wordt⁶⁵, heeft echter in de eerste plaats even ontegensprekelijk tot “gevolg dat het algemeen economisch belang door geen enkele partij wordt behartigd”⁶⁶, rechtstreeks noch onrechtstreeks. Een (nog) fundamenteeler gevolg is dat het hof zich hierdoor niet naar behoren kan kwijten van zijn constitutionele (en Europeesrechtelijke) taak een doeltreffende en daadwerkelijke rechtsbescherming te bieden aan ondernemingen die opkomen tegen voor hen ongunstige beslissingen van de Raad voor de Mededinging. Dit doet, inderdaad, ernstige “vragen rijzen over de overeenstemming van [de] rechtspleging [voor het hof van beroep te Brussel] met het Gemeenschapsrecht en de noodzaak om een daadwerkelijke handhaving van de communautaire mededingingsregels met eerbiediging van de fundamentele rechten van de verdediging te waarborgen”⁶⁷.

29. Door de hoger vermelde procedurele convergentie gelden “de nationale regels die de procedure in hoger beroep tegen een beslissing van de Raad voor de Mededinging regelen (...), zonder onderscheid naargelang de Raad voor de

Mededinging toepassing heeft gemaakt van het nationaal mededingingsrecht alleen, na te hebben geoordeeld – zoals in onderhavige zaak – dat de onderzochte praktijken de handel tussen lidstaten niet kunnen beïnvloeden, of toepassing heeft gemaakt van het mededingingsrecht van de Gemeenschap”⁶⁸.

30. Dat het hof in het besproken arrest enkel te maken had met de toepassing door de Raad voor de Mededinging van de Belgische mededingingsregels, kan met andere woorden op zichzelf geen wijze afbreuk doen aan het pertinent-relevante van de prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie. Aangezien de nationale “procedureregels door het hof van beroep op eenvormige wijze [dienen te] worden toegepast in alle beroepsprocedures [is] het antwoord van het Hof van Justitie [inderdaad] bepalend voor de te volgen rechtspleging bij beroep tegen [á]lle beslissingen van de Raad voor de Mededinging”⁶⁹, ongeacht de rechtsgrond daarvan.

31. Het lijdt verder niet de minste twijfel dat de beslissing van het Hof relevant is “voor de rechtspleging in alle beroepsprocedures die voor het hof van beroep te Brussel aanhangig zijn tegen de beslissingen van de Raad voor de Mededinging”⁷⁰. Dit volstaat echter op zichzelf niet voor een behandeling van de zaak door het hof volgens de versnelde procedure van artikel 104*bis* van het reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie. Daartoe is immers vereist dat uit de “aangevoerde omstandigheden blijkt, dat op de gestelde prejudiciële [vragen] met buitengewone spoed dient te worden beslist”⁷¹. Nu het hof van beroep niet preciseerde om hoeveel soortgelijke zaken het gaat, en ook geen andere concrete elementen aandroeg waaruit een dergelijke spoed blijkt, wees de president van het Hof op 3 december 2008 het verzoek om toepassing van artikel 104*bis* af⁷². Het prejudicieel arrest kan met andere woorden nog enige tijd op zich laten wachten⁷³.

62. Besproken arrest, randnr. 37, “sinds de inwerkingtreding van de nieuwe wet, legt de Raad voor de Mededinging geen schriftelijke opmerkingen [meer] neer over de middelen die door de verzoekende partij ter ondersteuning van haar beroep of door andere tussenkomende partijen aan het hof worden voorgelegd”. Van verzoeken om toestemming tot mondelinge tussenkomst is geen enkele aanwijzing te vinden. Aan de (kaakstellings)orde in de eerste prejudiciële vraag.

63. Zie m.n. art. 34 WEM-2006.

64. Zie over deze niet-toepasselijkheid van het beschikkingsbeginsel ook J. YSEWYN, T. SNELS en A. LENAERTS (2007), 50-51.

65. Zo ook C. SCHURMANS en X. TATON, “Questions actuelles de procédure en droit de la concurrence. À la recherche d’un système cohérent entre l’autorité de concurrence et l’ordre judiciaire”, in A. PUTTEMANS (ed.), *Actualité du droit de la concurrence*, Brussel, Bruylant, 2007, 19-145, hierna: C. SCHURMANS en X. TATON (2007), 75, “... nous pouvons imaginer que des entreprises condamnées pour pratiques restrictives introduisent un recours, que le ministre de l’Économie ne dépose pas d’observations, et qu’il n’y ait aucun plaignant ni aucune personne ayant demandé au Conseil s.s. de l’entendre ou que ceux-ci n’interviennent pas à la procédure devant la cour d’appel”.

66. Besproken arrest, randnr. 40. Aan de (kaakstellings)orde in de tweede prejudiciële vraag.

67. Besproken arrest, randnr. 40.

68. Besproken arrest, randnr. 41.

69. Besproken arrest, randnr. 41.

70. Besproken arrest, Dictum, III.

71. Art. 104*bis* van het reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie, ingevoerd in 2001. Het Hof is uiterst spaarzaam met het inwilligen van verzoeken tot toepassing van de versnelde procedure. Zie voor het eerste toepassingsgeval, H.v.J. 12 juni 2001, C-189/01, *Jippes*, *Jur.* 2001, I-5689, en voor afwijzingen o.m. H.v.J. 19 juni 2003, C-315/01, *GAT*, *Jur.* 2003, I-3249 en H.v.J. 12 september 2006, C-300/04, *Eman en Sevinger*, *Jur.* 2006, I-8055.

72. Besch. Pres. H.v.J. 3 december 2008, C-439/08, *VEBIC/Raad voor de Mededinging en Minister van Economie*, n.n.g. in de *Jurisprudentie*.

73. De gemiddelde procesduur van prejudiciële zaken bij het Hof bedroeg in 2008 16,8 maanden. Zie hiervoor de gerechtelijke statistieken – Hof van Justitie, http://curia.europa.eu/nl/instit/presentationfr/rapport/stat/07_cour_stat.pdf.

V. UITLEIDING

32. Naar aanleiding van de WEM 2006 is gesteld dat na ruim vijftien jaar sleutelen aan het wetgevend kader, de “politiek er goed [aan] doet om even de handen af te houden van de wetgeving. Het is hoog tijd voor de uitbouw van een volwaardig mededingingsbeleid. De wetgever en de politiek moeten hiertoe tijd en ruimte gunnen aan de Raad, het auditoraat en de Dienst”⁷⁴. Uit het voorgaande is gebleken dat de wetgever vooralsnog onvoldoende aandacht heeft besteed aan het juridisch sluitstuk van de rechterlijke controle op de toepassing en handhaving van het mededingingsrecht in België.

33. In afwachting van het gezaghebbend antwoord van het Hof van Justitie op de VEBIC-vragen, is elders bepleit, dat

wil van daadwerkelijke rechterlijke controle sprake (kunnen) zijn, de Raad moet (kunnen) optreden in de beroepsprocedure⁷⁵. Als auteur van de beslissing is hij immers ontegensprekelijk het best geplaatst om (de juistheid van) zijn mededingingsrechtelijk standpunt als verwoord in de motivering van zijn beslissing toe te lichten. Als de Raad dit omwille van zijn Belgisch-interne kwalificatie als administratief rechtscollege blijft afwijzen⁷⁶, kan ook naar huidig recht worden verdedigd dat het auditoraat een rol te spelen heeft als wederpartij in de procedure voor het hof van beroep⁷⁷. Vasthouden aan andere zienswijzen veroordeelt het hof van beroep te Brussel tot niet-naleving van zijn constitutionele en Europeesrechtelijke verplichtingen. Dat mag niet (blijven duren).

⁷⁴. F. WYCKMANS, “De nieuwe Belgische mededingingswet”, *R.W.* 2006-07, 621, 634.

⁷⁵. C. SCHURMANS en X. TATON (2007), 75-76, met name “dans le cadre d’une bonne administration de justice et de l’esprit du règlement 1/2003.”; A.M. VAN DEN BOSSCHE, “Gewezen en tandengeknars te Brussel: de rechterlijke controle op de toepassing en handhaving van het mededingingsrecht in België”, *R.W.* 2008-09, 1026-1042. Ook aan de orde in de derde prejudiciële vraag.

⁷⁶. Aan de (kaakstellers)orde in de vierde prejudiciële vraag.

⁷⁷. Zie voor de volledige uitwerking van dit punt, mijn *R.W.*-bijdrage, randnrs. 43 e.v.