

en dat het rekening kan houden met de ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan sedert de aangevochten beslissing van de Raad.

In beginsel kan het hof van beroep, volgens de parlementaire voorbereiding, zijn beoordeling volledig in de plaats stellen van deze van de Raad voor de Mededinging en kan het de beslissing waartegen hoger beroep werd ingesteld niet alleen vernietigen maar ook hervormen en een beslissing nemen die de aangevochten beslissing vervangt.

3. Het hof van beroep te Brussel heeft, ook al bezit het een volle rechtsmacht, nochtans een specifieke rol in de handhaving van de wet over de mededinging die niet onbeperkt kan vereenzelvigd worden met de rol van de Raad voor de Mededinging.

Wanneer een onbeperkt hoger beroep wordt ingesteld tegen een beslissing van de Raad over een restrictieve mededingingspraktijk waarbij een restrictieve praktijk wordt vastgesteld en een boete wordt opgelegd, is het hof van beroep te Brussel niet verplicht een nieuw onderzoek te voeren of te beslissen om uit eigen beweging elementen uit het onderzoek aan een debat te onderwerpen met het oog op de vaststelling van de inbreuk.

Het mag, wat de rechtspleging betreft, de toetsing beperken tot onder meer de vragen of de procedurevoorschriften en de motiveringsvereiste in acht zijn genomen. Het mag ook, wat de grond van de zaak betreft, de toetsing beperken tot de vraag of de feiten juist zijn weergegeven, of er geen sprake is van een kennelijke onjuiste beoordeling van de feiten en of de juridische kwalificatie van de feiten juist is, waarbij het hof van beroep beoordeelt of de aangevoerde bewijsstukken

het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van de inbreuk en de daaruit getrokken conclusies kunnen dragen.

Het moet op grond van de door het hof van beroep zelf of door de Raad als vaststaande aangenomen feiten oordelen of de restrictieve praktijk vaststaat of niet. Het moet zelf bepalen of op grond van de aangehouden gegevens een eventuele geldboete verschuldigd is en van welke omvang.

4. Het middel gaat volledig ervan uit dat het hof van beroep te Brussel dezelfde opdracht en taak heeft als de Raad voor de Mededinging en verplicht is de zaak zelf zonder beperking te beoordelen.

Het middel faalt in zoverre naar recht.

5. Voor het overige gaat het middel ervan uit dat het begrip volle rechtsmacht dat het EHRM hanteert in zaken van administratieve sancties uitgesproken door het bestuur die als een straf in de zin van artikel 6 EVRM zouden gelden, ook toepasselijk zou zijn bij de beoordeling van de uitspraak van een administratief rechtscollege zoals de Raad voor de Mededinging, maar geeft hierover geen enkele uitleg.

Het middel is in zoverre niet ontvankelijk.

(...)

Dictum

HET HOF,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseres in de kosten.

(...)

Noot

Volle rechtsmacht in het Belgische mededingingscontentieux

Hans Gilliams¹

Dit arrest gaat in op de rechtsbescherming waarop ondernemingen aanspraak kunnen maken wanneer zij beroep aantekenen tegen beslissingen van de Raad voor de Mededinging of zijn voorzitter. Artikel 75 WBEM 2006 bepaalt dat het hof

van beroep over dergelijke beroepen uitspraak doet “met volle rechtsmacht² inzake de vermeende restrictieve praktijken en desgevallend inzake de opgelegde sancties evenals inzake de toelaatbaarheid van concentraties”.

I. OORSPRONG

Het vereiste dat een (beroeps)rechter over volle rechtsmacht beschikt is afkomstig uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in verband met artikel 6,

§ 1 EVRM³. Krachtens die bepaling heeft iedereen, bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem inge-

¹ Advocaat Eubelius, Brussel.

² In het Frans: “avec un pouvoir de pleine juridiction”.

³ Zie voor een eerste toepassing: EHRM 10 februari 1983, *Albert en Le Compte / België*.

stelde vervolging, recht op een eerlijk proces door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht⁴. Volgens het Europees Hof impliceert het recht op een eerlijk proces dat een rechter die uitspraak doet over een bestuurshandeling, daarbij volle

rechtsmacht geniet, d.w.z. bevoegd is om die bestuurshandeling zowel feitelijk als juridisch te onderzoeken en zijn beoordeling op alle punten in de plaats te stellen van de door de overheid gemaakte beoordeling⁵.

II. VERTALING IN BELGISCH POSITIEF RECHT

Er zijn talrijke voorbeelden van wetten die een beroepsrecht tegen overheidshandelen toekennen waarbij de beroepsrechter volle rechtsmacht heeft⁶. In mededingingszaken werd de regel dat de rechter die oordeelt over beroepen tegen beslissingen van de mededingingsautoriteit (het hof van beroep te Brussel) volle rechtsmacht geniet, ingevoerd door de WBEM 2006. Vermoedelijk werd de WBEM 2006 op dit punt geïnspireerd door de wetgeving inzake de CREG en het BIPT⁷. De invoering van een beroep met volle rechtsmacht door de WBEM 2006 is niettemin opmerkelijk, omdat die wet een Raad voor de Mededinging oprichtte die – zeker in inbreukprocedures – veel gelijkenissen vertoont met een (administratief) rechtscollège, en zich dus juist onderscheidt

van het model waarvoor werd geopteerd voor de CREG en het BIPT (d.w.z. het model waarbij het bestuur zelf uitspraak doet). Het voorontwerp van de nieuwe mededingingswet dat thans circuleert⁸, zou dan weer terugkeren naar een mededingingsautoriteit naar het model van de EU-Commissie, de CREG en het BIPT: het bestuur doet onderzoek en vervolgens uitspraak over het bestaan van een inbreuk (dan wel de toelaatbaarheid van een concentratie) en legt desgevallend – in geval van een inbreuk – een sanctie op. Indien het Belgisch mededingingsrecht inderdaad op die nieuwe leest zou worden geschoeid is een beroep met volle rechtsmacht tegen de uitspraak van het bestuur ontgensprekelijk vereist.

III. BEVOEGDHEID VAN DE BEROEPSRECHTER OM ZIJN EIGEN BESLISSING IN DE PLAATS TE STELLEN VAN DEZE VAN DE OVERHEID

Het geannoteerde arrest bevestigt dat de volle rechtsmacht van het Brusselse hof van beroep in mededingingszaken impliceert dat deze rechter niet enkel de beroepen beslissing van de Raad voor de Mededinging kan vernietigen, maar desgevallend ook een eigen beslissing kan nemen die de beroepen beslissing vervangt. Over dit punt bestond (nog) geen volkomen duidelijkheid in rechtspraak en rechtsleer⁹. Overigens, ook de rechtspraak van het Brusselse hof van beroep i.v.m. beroepen tegen sectorregulatoren (CREG, BIPT, ...) was in het verleden niet volledig eensluidend: sommige arresten leken immers te stellen dat het hof welis-

waar zijn eigen (feitelijke en juridische) *beoordeling* van de zaak in de plaats kan stellen van de beoordeling van het bestuur, en op grond daarvan de beslissing van het bestuur kan *vernietigen*, maar dat het niet de bevoegdheid heeft de beslissing van het bestuur te *vervangen* door een *eigen* beslissing¹⁰.

Het geannoteerde arrest poneert vervolgens dat de bevoegdheid van het hof van beroep om een eindbeslissing te nemen over de zaak die de beslissing van de Raad voor de Mededinging vervangt, nog niet betekent dat het hof van beroep eenzelfde taak heeft als de Raad¹¹. Het geannoteerde arrest wijst

⁴ Art. 6 EVRM vindt enkel toepassing in geschillen betreffende burgerlijke rechten en verplichtingen en in strafvervolgingszaken. In mededingingszaken (inzake inbreuken op de mededingingsregels of inzake concentratiecontrole) gaat het niet om het vaststellen van burgerlijke rechten, maar wel om strafvervolging in de zin van art. 6 EVRM. Dat werd aanvaard door het Europees Hof van Justitie (zij het impliciet: zie HvJ 8 december 2011, C-272/09 P, *KME, onuitg.*) en door het Grondwettelijk Hof (GwH 22 december 2011, nr. 197/2011).

⁵ Zie EHRM 4 maart 2004, *Silvesters' Horeca Service / België*.

⁶ Zie de bespreking in S. BOULLART, "De ene volle rechtsmacht is de andere niet: over volle en minder volle rechtsmacht", *CDPK* 2007, bijzonder nummer, 246-273.

⁷ Zie art. 2 van de wet van 27 juli 2005 tot organisatie van de mogelijkheden tot beroep tegen de beslissingen genomen door de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (*BS* 29 juli 2005) en art. 2, § 1 van de wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (*BS* 24 januari 2003).

⁸ Het voorontwerp werd goedgekeurd door de ministerraad van 20 juli 2012 en moet op het ogenblik dat deze noot wordt geredigeerd nog worden goedgekeurd door het federaal parlement. Een eerdere versie van het voorontwerp ontlokte enkele kritische bedenkingen (die weliswaar geen verband houden met de problematiek van volle rechtsmacht): VERENIGING VAN BELGISCHE MEDEDINGINGSADVOCATEN, "Beleidsnota betreffende het voorontwerp van wet tot bescherming van de mededinging 2012", *TBM* 2012, afl. 1, 47-52.

⁹ Zie S. BOULLART, *supra* vn. 6, 265-267. In andere rechtsdomeinen had het Hof van Cassatie dit punt wel reeds beslecht (zie bv. inzake beroepen tegen opgelegde fiscale boetes: Cass. 16 februari 2007, AR C.04.0390.N, www.cass.be en Cass. 16 februari 2007, AR F.05.0015.N, www.cass.be).

¹⁰ Zie S. BOULLART, *supra* vn. 6, 261-267.

¹¹ Zie randnr. 3. Daarmee neemt het geannoteerde arrest een stelling over die in het arrest *a quo* van het hof van beroep te Brussel was vervat. Zie Brussel 2 februari 2009, *Honda, Jb.Hand.Med.* 2009, 87, par. 42-43 (passage eveneens geciteerd in D. GERARD en B. GIELEN, "Het finale *Honda*-arrest van cassatie: volle rechtsmacht, hervormingsbevoegdheid en marginale rechterlijke toetsing", *TBM* 2012, afl. 1, 20, vn. 6). Het gaat overigens om vaste rechtspraak van het hof van beroep, zie bv. ook Brussel 18 december 2007, 2006/MR/3.

er in dat verband op dat het hof van beroep, wanneer het heeft te oordelen over een beroep tegen een beslissing van de Raad voor de Mededinging, niet verplicht is om een nieuw onderzoek te voeren. Nochtans heeft de Raad voor de Mededinging (*sensu stricto*, d.w.z. het orgaan dat de beslissing nam waartegen beroep wordt ingesteld) evenmin de bevoegdheid om een onderzoek te voeren. Onder de vigeur van de WBEM 2006 is enkel het Auditoraat¹² bevoegd om een onderzoek te voeren en desgevallend een zaak voor de Raad te brengen. Zowel de Raad als het hof van beroep kunnen het Auditoraat gelasten een aanvullend onderzoek uit te voeren indien zij menen dat dit nodig is om over de zaak te kunnen oordelen¹³. Terecht vermeldt het geannoteerde arrest dat het hof van beroep in het kader van een beroepsprocedure niet de bevoegdheid heeft “om uit eigen beweging elementen uit het onderzoek aan een debat te onderwerpen met het oog op de vaststelling van de inbreuk”. Maar die bevoegdheid heeft de Raad voor de Mededinging evenmin:

IV. TOETSINGSMAATSTAF EN -INTENSITEIT

Het geannoteerde arrest bevat eveneens een aantal overwegingen die in eerder gepubliceerde rechtsleer¹⁵ terecht als zorgwekkend zijn bestempeld. Het arrest poneert ten eerste dat het hof van beroep bij zijn beoordeling van de zaak zou kunnen uitgaan van ‘de door de Raad als vaststaande aangenomen feiten’. Ten tweede poneert het arrest – blijkbaar geïnspireerd door de conclusie van advocaat-generaal Vandewal¹⁶ – dat het hof van beroep zich wat betreft de toetsing van de beslissing van de Raad zou mogen laten inspireren door de (vroegere) rechtspraak van het Europees Hof van Justitie over de toetsing, in het kader van een vernietigingsberoep, van een beslissing waarin de EU-Commissie een inbreuk op de mededingingsregels heeft vastgesteld (en desgevallend beboet). Volgens die vroegere rechtspraak kan het Gerecht een ‘marginale’ toetsing toepassen die is beperkt tot formele punten (naleving procedurevoorschriften, motivering van de beslissing) en het controleren of de feiten juist

de Raad moet oordelen over het al dan niet bestaan van een inbreuk (of over de toelaatbaarheid van een concentratie) op basis van de grieven die door het Auditoraat worden geformuleerd. De Raad kan niet uit eigen beweging elementen uit het onderzoek kwalificeren als een inbreuk als het Auditoraat dat niet heeft gedaan.

Bij nader inzien lijkt er op deze twee punten geen verschil te bestaan tussen de rol van het hof van beroep en deze van de Raad voor de Mededinging *sensu stricto*. Is de rol van het hof van beroep onder artikel 75 WBEM niet vergelijkbaar met deze in strafzaken, waar de beroepsrechter uitspraak doet over beroepen tegen vonnissen in eerste aanleg? Ook in strafzaken dient de beroepsrechter een eigen feitelijke en juridische beoordeling te maken van het dossier, en op basis daarvan uit te maken of en in hoeverre de vordering van het Openbaar Ministerie kan worden toegewezen¹⁴.

zijn weergegeven door de Europese Commissie. Wat de grond van de zaak betreft mag het Gerecht volgens die rechtspraak zijn toetsing beperken tot de vraag of de Commissie geen kennelijke onjuiste beoordeling van de feiten heeft verricht en of de juridische kwalificatie van die feiten juist is.

Dat een parallel met de ‘Europese’ rechtspraak wordt gezocht is begrijpelijk wanneer het gaat om *inhoudelijke* kwesties van mededingingsrecht (aangezien de inhoudelijke bepalingen van de WBEM zeer sterk geïnspireerd zijn door nagenoeg gelijklopende Europese bepalingen). Die parallel is echter veel minder voor de hand liggend als het gaat om *procedure en rechtsbescherming*. Beroepen bij het Gerecht tegen beslissingen van de EU-Commissie zijn vernietigingsberoepen en dus duidelijk verschillend van het beroep waarvan sprake in artikel 75 WBEM¹⁷. Weliswaar beschikt het Gerecht luidens verordening nr. 1/2003 over ‘volledige

¹² Het Auditoraat is weliswaar een organiek onderdeel van de Raad voor de Mededinging (zie art. 11 WBEM 2006), maar de WBEM 2006 voorziet een duidelijke scheiding tussen onderzoek (uitsluitend toevertrouwd aan het Auditoraat) en beslissing (uitsluitend toevertrouwd aan de Raad, met beperkte uitzonderingen), die vergelijkbaar is met de scheiding die bestaat tussen het parket en de zetel in strafzaken.

¹³ Zie art. 44, § 1 en 76, § 2 WBEM 2006.

¹⁴ Er bestaat weliswaar een belangrijk procedureel verschil tussen strafzaken en beroepen in mededingingszaken. Art. 75 WBEM 2006 voorziet niet dat het Auditoraat (of de Raad) voor het hof van beroep als tegenpartij verschijnt. Het hof dient dus te oordelen over de beslissing van de Raad en niet over de vordering van het Auditoraat. Dat wekt de indruk dat het hof (enkel) een wettigheidstoezicht uitoefent. Het geannoteerde arrest maakt duidelijk dat dit niet het geval is. Proceconomisch lijkt het niet gelukkig dat het hof zijn eigen beoordeling maakt van het dossier en (desgevallend) zijn eigen oordeel in de plaats stelt van dat van de Raad in afwezigheid van het Auditoraat. Het Europees Hof van Justitie heeft in het arrest *VEBIC* geoordeeld dat de systematische afwezigheid van de Raad voor de Mededinging in beroepsprocedures afbreuk kan doen aan de nuttige werking van de mededingingsregels (HvJ 7 december 2010, C-439/08, *VEBIC*, *Jur.* 2010, I-12471, met noot M.J. FRESE in *C.M.L.Rev.* 2011, Vol. 48, afl. 3, 893-906, F. LOUIS in *TBM* 2011, afl. 1, 12-16 en B. VAN DE WALLE DE GHELCKE in *TBM* 2011, afl. 1, 3-11). Het huidige voorontwerp van de mededingingswet bepaalt echter (nog steeds) niet dat het Auditoraat voor het hof als tegenpartij verschijnt.

¹⁵ Zie D. GERARD en B. GIELEN, *supra* vn. 11, 25-28.

¹⁶ Conclusie van Adv.-Gen. C. Vandewal in zaak C.09.0227.N (“Met betrekking tot restrictieve mededingingspraktijken zal de volle rechtsmacht van het hof van beroep naar mijn mening niet (veel) verder reiken dan de bevoegdheid van het Gerecht van eerste aanleg ten aanzien van Commissiebeschikkingen in antitrustzaken.”).

¹⁷ Zie D. GERARD en B. GIELEN, *supra* vn. 11, 23-24.

rechtsmacht', maar dan enkel wat de boete betreft, en dus niet (uitdrukkelijk) wat de grond van de zaak betreft¹⁸.

Er is echter meer. De in het geannoteerde arrest voorgestelde toetsingsmaatstaf en -intensiteit – waarbij de beroepsrechter de door het bestuur als vaststaand aangenomen feiten kan overnemen en waarbij die rechter de beslissing van het bestuur enkel zal vernietigen als er sprake is van een 'kennelijke onjuiste beoordeling' – lijken me moeilijk verenigbaar met de eisen van artikel 6 EVRM. En dan zeker wanneer het gaat om inbreukzaken – d.w.z. zaken waarin het bestuur poneert dat er sprake is van een inbreuk (en in voorkomend geval daarvoor een boete heeft opgelegd). In mededingingsrechtelijke inbreukzaken draait alles om de beoordeling van de bewijsstukken en de feiten. Een mededingingsautoriteit kan maar besluiten tot het bestaan van een inbreuk als zij oordeelt (i) dat er voldoende bewijs bestaat (ii) van feiten die een inbreuk opleveren. Zie hier twee voorbeelden om dit te illustreren. Wat de beoordeling van *bewijsmateriaal* betreft is het bijvoorbeeld vaste rechtspraak van het EU-Hof van Justitie dat bewijs van een verboden afspraak kan worden geleverd op basis van een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen die, in hun totaliteit beschouwd en bij gebreke van een andere coherente en meer plausibele verklaring, bewijs opleveren van het bestaan van zo'n afspraak¹⁹. Wat de beoordeling van de *feiten* betreft kan bij wege van voorbeeld worden herinnerd aan de rechtspraak dat parallel marktgedrag (bv. gelijktijdige aankondiging van gelijkaardige prijsverhogingen) niet volstaat als bewijs dat dat gedrag onderling is afgestemd, maar wel een sterke aanwij-

zing kan zijn van het bestaan van (verboden) afstemming²⁰. Stel nu dat een beroepsrechter – met toepassing van het geannoteerde arrest – wat betreft de feiten uitgaat van 'de door [het bestuur] als vaststaande aangenomen feiten' en vervolgens de beoordeling van die feiten door het bestuur enkel wil afvallen wanneer hem wordt aangetoond dat die beoordeling 'kennelijk onjuist' is. Kan van zo'n beroepsrechter worden gezegd dat hij rechter met 'volle' rechtsmacht over het dossier oordeelt?

Het is juist dat het geannoteerde arrest stelt dat het hof van beroep zijn toetsing *kan* verrichten op basis van de 'kennelijke onjuiste beoordeling'-maatstaf – m.a.w. het hof is daartoe niet *verplicht* – wat ruimte laat voor een 'volledige' toetsing waarbij de mededingingsautoriteit geen beoordelingsvrijheid wordt toegedacht. Recente Europese rechtspraak lijkt evenwel aan te geven dat dergelijke volledige toetsing een *vereiste* is voor een eerlijk proces – en dus niet enkel een optie. Zo oordeelde het Hof van Justitie recentelijk in de *KME*-zaak, in een overweging aangaande het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming, dat "[...]de rechter zich [bij het wettigheidscontroletoezicht op beslissingen van de Commissie in mededingingszaken] niet [kan] verlaten op de beoordelingsmarge waarover de Commissie beschikt, noch met betrekking tot de keuze van de factoren die bij de toepassing van de in de richtsnoeren vermelde criteria in aanmerking worden genomen, noch met betrekking tot de beoordeling van deze factoren, om af te zien van een grondig toezicht in rechte en in feite"²¹.

¹⁸. Zie art. 31 van 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.L.* 2003 1/1.

¹⁹. Gerecht 8 juli 2008, T-53/03, *BPB*, *Jur.* 2008, II-1333, r.o. 249. De ratio van de rechtspraak is als volgt: "daar het verbod om deel te nemen aan mededingingsbeperkende praktijken [...] en de sancties die de overtreders kunnen worden opgelegd, bekend zijn, is het gebruikelijk dat de activiteiten in verband met die gedragingen [...] clandestien worden verricht, dat de bijeenkomsten in het geheim worden gehouden [...] en dat de desbetreffende documentatie tot een minimum wordt beperkt. Zelfs wanneer de Commissie stukken ontdekt waaruit met zoveel woorden onrechtmatig overleg tussen marktdeelnemers blijkt, zoals verslagen van een bijeenkomst, zullen deze doorgaans slechts fragmentarisch en schaars zijn, zodat vaak bepaalde details via deductie moeten worden gereconstrueerd. In de meeste gevallen moet het bestaan van een mededingingsversturende gedraging of overeenkomst worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen die in hun totaliteit beschouwd, bij gebreke van een andere coherente verklaring, het bewijs kunnen vormen dat de mededingingsregels zijn geschonden" (arrest van het Hof, C-407/08 P, *Knauf Gips*, *Jur.* 2010, I-6375, r.o. 49).

²⁰. Gerecht 8 juli 2008, T-53/03, *BPB*, *Jur.* 2008, II-1333, r.o. 143-145 en Gerecht 8 juli 2008, T-52/03, *Knauf Gips*, *Jur.* 2008, II-115, r.o. 216 en 222-223.

²¹. HvJ 8 december 2011, C-272/09 P, *KME*, *onuitg.*, r.o. 29.