

Noot

***Navigeren tussen volle rechtsmacht en vernietigingsbevoegdheid:
op zoek naar het juiste kompas***

Hans Gilliams¹

DE CONTEXT

Om deze uitspraak goed te begrijpen, verdient het aanbeveling om te beginnen met de procedure bij de Belgische Mededingingsautoriteit (“BMA”). Die had begin januari 2019 een klacht ontvangen van The Great Circle, een onderneming die aan zeilers op software gebaseerde navigatiediensten levert. Bij het leveren van die diensten maakt(e) The Great Circle gebruik van weervoorspellingsdata die ze afnam van het Koninklijk Meteorologisch Instituut (“KMI”). Het KMI had de levering van die data gestaakt op verzoek van het European Centre for Medium-Range Weather Forecasts (“ECMWF”), dat beweerde met het KMI een exclusieve licentie te hebben afgesloten voor de verspreiding van de betrokken data.

De klacht die The Great Circle had neergelegd bij de BMA maakte gewag van inbreuken op de artikelen IV.1 (restrictieve praktijken) en IV.2 (misbruik van machtspositie) WER (de equivalenten in Belgisch recht van de art. 101 en 102 VWEU). Kort na de klacht had The Great Circle ook een verzoek om voorlopige maatregelen ingediend (art. IV.64 WER 2013, art. IV.71 WER 2019). Dat verzoek was gericht tegen het KMI. Het strekte ertoe het KMI bij wege van voorlopige maatregel te bevelen om de betrokken weervoorspel-

lingsdata aan The Great Circle te (blijven) leveren, en zulks tot de BMA uitspraak zou hebben gedaan over haar klacht. Het verzoek om voorlopige maatregelen werd verworpen bij beslissing d.d. 15 februari 2019 van het Mededingingscollege van de BMA².

Tegen die verwerpsbeslissing van de BMA stelde The Great Circle beroep in bij het Marktenhof. Het geannoteerde arrest doet uitspraak op dat beroep, en dat binnen een indrukwekkend korte termijn³. The Great Circle legde zijn verzoekschrift neer op 21 maart, de zaak werd gepleit op 10 april en het Marktenhof sprak zijn arrest uit op 8 mei 2019.

Het arrest verwerpt het beroep van The Great Circle. Het doet dat op basis van de overweging dat het Marktenhof in deze zaak enkel een vernietigingsbevoegdheid heeft. Het Hof stelt vast dat verzoeker The Great Circle had gevraagd om ‘s Hof’s eigen beoordeling in de plaats te stellen van de beslissing van de BMA, zonder middelen aan te dragen die strekken tot de vernietiging van die beslissing. Dergelijk verzoek kwalificeert het geannoteerde arrest als onontvankelijk.

DE RECHTSMACHT VAN HET MARKTENHOF MET TOEPASSING VAN BOEK IV WER

De rechtsmacht waarover het Marktenhof beschikt wanneer het uitspraak doet over beroepen tegen beslissingen van de BMA wordt geregeld in artikel IV.79, § 2 WER 2013⁴, waarin (tweede lid) te lezen valt: *“Het Hof oordeelt, behalve in de in het derde lid bedoelde gevallen, met volle rechtsmacht met inbegrip van de bevoegdheid om een eigen beslissing in de plaats te stellen van de aangevochten beslissing.”*

Volle rechtsmacht verwijst – zeer eenvoudig gesteld – naar de bevoegdheid van de rechter die moet oordelen over een beroep tegen een besluit van het bestuur, om zijn uitspraak in de plaats te stellen van het beroepen besluit. De oorsprong van het concept volle rechtsmacht ligt niet in het mededingingsrecht. Het is in het bestuursrecht ontwikkeld om tegemoet te komen aan de eisen van artikel 6 EVRM, zoals geïnterpreteerd in de rechtspraak van het EHRM⁵. Krachtens

¹. Advocaat, Eubelius. Deze bijdrage vertolkt puur persoonlijke standpunten.

². Te raadplegen via www.abc-bma.be/sites/default/files/content/download/files/abc-2019-vm-10_pub.pdf.

³. Art. IV.79, § 2 WER 2013 (thans art. IV.90, § 2 WER 2019) bepaalt dat het Hof “oordeelt volgens de procedure zoals in kort geding”. Dat voorschrift wordt ernstig genomen; het Marktenhof agendeert een pleitdatum binnen 3 maanden na de inleidingszitting en streeft ernaar, uitspraak te doen binnen één maand na de pleidooien. Zie daarover de informatienota op de website van het hof van beroep: www.tribunaux-rechtbanken.be/sites/default/files/hvb_brussel/files/Cour%20des%20march%C3%A9s.pdf.

⁴. Deze bepaling is thans te vinden in art. IV.90, § 2 WER 2019. De 2019 versie van Boek IV wijzigt die bepaling, maar niet op een punt dat voor deze annotatie relevant is. Het geannoteerde arrest doet uitspraak over een situatie die werd beheerst door Boek IV in de versie van WER 2013. Om geen verwarring te creëren gebruik ik net als het arrest de artikelnummering van Boek IV in de 2013-versie.

⁵. Ik heb dit punt ontwikkeld in een bijdrage voor het *Liber Amicorum Jules Stuyck*, “Volle rechtsmacht en de rol van het hof van beroep in de toepassing van het mededingingsrecht”, *Mijlpalen uit het Belgisch mededingingsrecht geannoteerd*, Kluwer, Mechelen, 2013, (265), 286 *et seq.*

artikel 6, 1. EVRM heeft iedereen, bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafrechtelijke vervolging, recht op een eerlijk proces door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht. Die bepaling is ook relevant in het kader van inbreukprocedures voor de BMA, omdat de wetgever de BMA de bevoegdheid heeft toegekend om inbreuken op de artikelen IV.1 en/of IV.2 WER vast te stellen en daarvoor gebeurlijk boetes op te leggen. De BMA kan dergelijke (onmiddellijk uitvoerbare) beslissingen vaststellen zonder tussenkomst van een rechter. Om tegemoet te komen aan de eisen van artikel 6 EVRM wordt in Boek IV WER voorzien dat (de meeste) beslissingen van de BMA kunnen worden voorgelegd aan een onafhankelijk en onpartijdig gerecht – het Marktenhof. Het recht op een eerlijk proces wordt gewaarborgd door de volle rechtsmacht van het

Marktenhof – 's Hofs bevoegdheid om zijn eigen beslissing in de plaats te stellen van de beslissing van de BMA⁶.

Op dit punt biedt het Belgisch recht een meer vergaande rechtsbescherming dan het Europees. Ondernemingen die met toepassing van verordening nr. 1/2003 door de Europese Commissie zijn veroordeeld wegens een inbreuk op de mededingingsregels, kunnen die veroordeling aanvechten voor het Europees Gerecht van Eerste Aanleg. Dat Gerecht geniet eveneens volle rechtsmacht, maar volgens de tekst van artikel 31 van verordening nr. 1/2003 enkel wat betreft de boete, niet wat betreft de vaststelling van de inbreuk. Deze lacune wordt deels gecompenseerd door artikel 266 VWEU, dat bepaalt dat, als het Gerecht een besluit van de Europese Commissie vernietigt, de Commissie verplicht is om “de maatregelen te nemen welke nodig zijn ter uitvoering van het arrest”.

DE RECHTSVRAAG

Het beroep van The Great Circle nodigde het Marktenhof uit om gebruik te maken van zijn volle rechtsmacht, door de beslissing van de BMA te hervormen⁷ en zelf toepassing te maken van artikel IV.64 WER 2013⁸, d.w.z. een voorlopige maatregel op te leggen na te hebben vastgesteld (i) dat er wél sprake is van een *prima facie*-inbreuk op de mededingingsregels, en (ii) dat voorlopige maatregelen noodzakelijk zijn om te voorkomen dat The Great Circle een ernstig, onmiddellijk en moeilijk herstelbaar nadeel zou leiden. Concreet verzocht The Great Circle het Marktenhof om aan het KMI het leveringsbevel op te leggen waarom zij de BMA tevergeefs had verzocht.

Dat deed de vraag rijzen of het Marktenhof zich in het kader van dit beroep in de plaats van de BMA kon stellen. Het

tweede lid van artikel IV.79, § 2 WER bepaalt dat het Marktenhof over beroepen tegen beslissingen van de BMA oordeelt met volle rechtsmacht “*behalve in de in het derde lid bedoelde gevallen*”. Dat derde lid bepaalt: “*In zaken betreffende de toelaatbaarheid van concentraties of door het Mededingingscollege opgelegde voorwaarden of verplichtingen, en in zaken waarin het Hof, anders dan de aangevochten beslissing, een inbreuk vaststelt op de artikelen 101 of 102 VWEU, spreekt het Hof zich alleen uit over de aangevochten beslissing met vernietigingsbevoegdheid.*”

Het Marktenhof heeft (mondeling) bevestigd dat het met dit arrest de principes heeft vastgelegd inzake de rechtsmacht waarover het Hof beschikt wanneer het uitspraak doet over beslissingen van de BMA.

DE UITSpraak (1): HET MARKTENHOF HEEFT GEEN VOLLE RECHTSMACHT WANNEER HET UITSpraak DOET OVER EEN BESLISSING INZAKE VOORLOPIGE MAATREGELEN

De vraag of het beroep van The Great Circle viel binnen de uitzondering van het derde lid van artikel IV.79, § 2 WER wordt behandeld in deel VIII van het geannoteerde arrest.

De zaak voor het Marktenhof had alvast geen betrekking op de toelaatbaarheid van een concentratie dan wel op door het Mededingingscollege opgelegde voorwaarden of verplichtingen (eerste uitzondering). De vraag was dus of deze zaak viel binnen de hypothese dat het Marktenhof, anders dan de aangevochten beslissing van de BMA, een inbreuk vaststelt op de artikelen 101 of 102 VWEU.

Met haar beroep verzocht The Great Circle het Marktenhof om voorlopige maatregelen op te leggen, na te hebben vastgesteld dat er – anders dan gesteld in de beslissing van de BMA – sprake is van een *prima facie*-inbreuk op de mededingingsregels. Valt zo'n uitspraak binnen de uitzondering? Neen, aldus verzoeker: een *prima facie*-vaststelling van een inbreuk door het Hof zou niet vooruitlopen op de beoordeling ten gronde die de BMA zal maken wanneer zij uitspraak doet over de klacht. Die stelling lijkt me juist.

Het geannoteerde arrest (zie deel VIII.2 *in fine*) ziet het

⁶ Zie met name het verslag van 22 januari 2013 namens de Kamercommissie voor het bedrijfsleven, het wetenschapsbeleid, het onderwijs, de nationale wetenschappelijke en culturele instellingen, de middenstand en de landbouw bij het ontwerp van Boek IV in de versie 2013, Doc. 53-2591/003, p. 28, deel 1.5.

⁷ “*Reformer*”, zie het door The Great Circle gevraagde dispositief als weergegeven in punt I.1. van het geannoteerde arrest.

⁸ Art. IV.71 WER in de versie van dat boek die in 2019 werd vastgesteld.

anders. Een *prima facie*-conclusie dat er sprake is van een inbreuk zou volgens het Hof het “risico” creëren dat in een later stadium “ten gronde” een inbreuk zou worden vastgesteld. Welnu, aldus het Hof, het zou “onlogisch” zijn om het risico op een vaststelling anders te behandelen dan de daadwerkelijke vaststelling van een inbreuk.

Die overweging lijkt me voorbij te gaan aan de ratio van de uitzondering in het derde lid van artikel IV.79, § 2 WER. Die uitzondering (het Marktenhof kan geen inbreuk op de Europese mededingingsregels vaststellen als de BMA dat niet deed) is ingegeven door artikel 11.4 van verordening 1/2003⁹. Die laatste bepaling verplicht de BMA, vooraleer een inbreukbeslissing vast te stellen, haar ontwerp van beslissing voor te leggen aan de Europese Commissie. Dergelijke vereiste kan – uiteraard – niet worden opgelegd aan een rechter. Daarom bepaalt artikel IV.79, § 2 WER dat, wanneer het hof van beroep anders dan de BMA tot de conclusie komt dat er sprake is van een inbreuk op de artikelen 101 of 102 VWEU, het hof zijn eigen oordeel niet in de plaats stelt van de BMA, maar de beslissing van de BMA vernietigt. Op die manier kan de BMA vervolgens – rekening houdende met het arrest van het Marktenhof – een inbreukbeslissing vaststellen na de verplichte consultatie van de Europese Commissie.

Artikel 11.4 van verordening 1/2003 verplicht de BMA evenwel niet om de Europese Commissie te consulteren over een beslissing tot oplegging van voorlopige maatregelen. Dus zelfs indien het hof van beroep in deze zaak – anders dan

de BMA – na onderzoek van het dossier tot de conclusie zou zijn gekomen dat er sprake was van een *prima facie*-inbreuk (één van de voorwaarden om voorlopige maatregelen op te leggen), lijkt dat geen voldoende reden om te stellen dat het enkel over een vernietigingsbevoegdheid beschikt.

Daar komt nog bij dat het derde lid van artikel IV.79, § 2 WER enkel verwijst naar de artikelen 101 en 102 VWEU, niet naar de artikelen IV.1 en IV.2 WER. Die laatste bepalingen kunnen worden toegepast zonder tussenkomst van de Europese Commissie. De klacht die The Great Circle bij de BMA had ingediend maakte enkel gewag van een inbreuk op de artikelen IV.1 en IV.2 WER, niet van de artikelen 101 of 102 VWEU. De BMA had weliswaar ambtshalve de artikelen 101 en 102 VWEU in haar appreciatie betrokken¹⁰, maar uit het geannoteerde arrest valt niet op te maken of het beroep van The Great Circle het Marktenhof uitnodigde om (ook) uitspraak te doen over de artikelen 101 en/of 102 VWEU, dan wel of het hof van beroep net als de BMA (ambtshalve) de mening is toegedaan dat die bepalingen toepassing vonden op de zaak.

Kortom, er bestonden geen overtuigende argumenten om het beroep van The Great Circle te klasseren onder één van de in het derde lid van artikel IV.79, § 2 WER opgesomde uitzonderingen. Het instinct van de jurist is dan om toepassing te maken van de algemene regel – dat wil zeggen, beoordeling van het beroep met volle rechtsmacht. Dat doet het geannoteerde arrest evenwel niet.

DE UITSpraak (2): HET MARKTENHOF IS GEEN MEDEDINGINGSAUTORITEIT

Het verweer van de BMA was blijkens deel VII.1 van het arrest niet in hoofddeorde gebaseerd op de tekst van artikel IV.79, § 2 WER. In plaats daarvan had de BMA het Hof gevraagd om het beroep onontvankelijk te verklaren met toepassing van het principe van de scheiding der machten. Deze zaak betrof een beroep tegen een beslissing waarin de BMA een verzoek om voorlopige maatregelen had afgewezen op basis van de vaststelling dat er geen bewijs voorligt van een *prima facie*-inbreuk op de mededingingsregels. Welnu, aldus de BMA, als het Marktenhof in dergelijke situatie zelf een (*prima facie*-)inbreuk op de mededingingsregels vaststelt, dan zou het zich een bevoegdheid toe-eigenen die de wetgever exclusief aan de mededingingsautoriteit heeft voorbehouden.

Het Marktenhof sluit zich aan bij dit verweer (zie delen VII.3 tot VII.10 van het geannoteerde arrest). De procedure voor

het Hof is geen “gewoon” (hoger) beroep tegen een uitspraak van een lagere rechter, maar een procedure waarmee het Marktenhof rechtsbescherming biedt tegen handelingen van het bestuur. In dat kader kan het Marktenhof, aldus het arrest, zich evenwel niet in de plaats van het bestuur stellen, en al zeker niet wanneer het bestuur beschikt over een beoordelingsbevoegdheid – wat het geval is voor de BMA, die volgens artikel IV.71 voorlopige maatregelen “kan” bevelen wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Het Marktenhof moet daarom op de eerste plaats nagaan of de BMA de feiten juist heeft vastgesteld en beoordeeld, en de toepasselijke rechtsregels (*in casu* de regels inzake restrictieve praktijken en misbruik van een machtspositie) correct heeft toegepast. Het is pas indien en wanneer het Hof heeft uitgemaakt dat de beslissing van de BMA onwettig is dat het zich in de plaats van de BMA kan stellen¹¹. Welnu, aldus het

⁹. Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het verdrag (*Pb. L.* 1, 4 januari 2003, p. 1).

¹⁰. Zie punt 23 op p. 39 van de BMA-beslissing (geciteerd in vn. 2 *supra*). De BMA bevestigt (althans *prima facie*) de toepasselijkheid van de Europese mededingingsregels na te hebben vastgesteld dat, gelet op de internationale aard van de activiteiten van The Great Circle, de door haar aangevoerde inbreuken een invloed kunnen hebben op de handel tussen lidstaten.

¹¹. Gelijkaardige overwegingen zijn te vinden in een later arrest, waarin wordt geoordeeld over een beroep tegen een beslissing van de Conferentie van Regulators voor de Elektronische Communicatiesector: *Telenet, Nethys en Brutele / CRC*, 4 september 2019, 2018 AR 1446 t.e.m. 1453 en 2018 AR 1461, nog niet gepubliceerd, delen VI.4. en VI.8. van het arrest.

geannoteerde arrest, het beroep van The Great Circle bevatte geen middelen¹² die de wettigheid van de beslissing van de BMA bestrijden. The Great Circle had het Marktenhof gevraagd om zich zonder meer in de plaats te stellen van de BMA en zelf uitspraak te doen over het verzoek om voorlopige maatregelen. Dergelijk beroep beschouwt het geannoteerde arrest als onontvankelijk.

De weigering van het Hof om – wat betreft het al dan niet opleggen van voorlopige maatregelen – de plaats in te nemen van de mededingingsautoriteit lijkt me terecht. Bij de motivering ervan plaats ik wel enkele vraagtekens.

Ik begin met de stelling van het Marktenhof (ontwikkeld met name in deel VII.9 van het arrest) dat het zijn volle rechtsmacht enkel kan uitoefenen nadat het heeft vastgesteld dat de beroepen beslissing van de BMA onwettig was; daaruit leidt het Hof af dat een beroep waarin geen middelen tot vernietiging worden ontwikkeld, onontvankelijk is. Het uitgangspunt lijkt me juist, de gevolgtrekking niet, althans niet noodzakelijk. Een onderneming die door de BMA is veroordeeld en daartegen beroep instelt, kan m.i. het Marktenhof vragen om – op basis van een eigen beoordeling van het dossier – vast te stellen dat er geen bewijs voorligt van een inbreuk en vrijspraak te verlenen (die vrijspraak komt dan in de plaats van de inbreukbeslissing). Dergelijk beroep moet weliswaar worden onderbouwd met middelen (d.w.z. argumenten voor de stelling dat het dossier van de BMA niet toelaat, te concluderen tot het bestaan van een inbreuk). Maar omwille van de strafrechtelijke aard (in de zin van art. 6 EVRM) van de procedure, en van het karakter van openbare orde van de artikelen IV.1 en IV.2 WER lijkt formalisme niet gepast. Het geannoteerde arrest (deel V.2) laat uitschijnen dat het beroep van The Great Circle bezwaar maakte tegen een onjuiste toepassing, in de bestreden beslissing van de BMA, van de artikelen IV.1 en IV.2 WER (deel V.2). Dat zou (weliswaar zeer nipt) kunnen volstaan voor de ontvankelijkheid van het beroep ... althans als het gaat om een beroep door een onderneming die door de BMA is veroordeeld, wat nu juist niet het geval was voor The Great Circle.

Ik heb eveneens twijfels bij de stelling (delen VII.4 en VII.8 van het arrest) dat de volle rechtsmacht een bevoegdheid is waarvan het Hof *kan*, maar niet *moet* gebruik maken. Ik neem opnieuw het geval van een beroep bij het Marktenhof tegen een beslissing van de BMA die vaststelt dat een onderneming een inbreuk heeft begaan op de mededingingsregels. De veroordeelde onderneming heeft, op grond van artikel 6 EVRM, recht op een beoordeling van de zaak door een

onafhankelijke en onpartijdige rechter. Als die rechter – het Marktenhof – vaststelt dat het dossier van de BMA niet volstaat om een inbreuk vast te stellen, dan volstaat het m.i. niet dat het Hof de veroordeling vernietigt en de zaak naar de BMA terugzendt; het Hof moet de betrokken onderneming vrijspreken. De uitoefening van volle rechtsmacht lijkt me een verplichting ... althans als het gaat om een beroep door een onderneming die door de BMA is veroordeeld.

Ten slotte durf ik een vraagteken plaatsen bij deel VII.9 van het arrest, in de mate dat dit deel van de uitspraak aldus zou zijn te begrijpen dat, *als* het Marktenhof op basis van de door de verzoekende partij voorgedragen middelen concludeert dat de beslissing van de BMA onwettig is, het zich na vernietiging van die beslissing *steeds* in de plaats kan (weliswaar niet moet) stellen van de BMA (behalve dus in de in art. IV.79, § 2 WER opgesomde gevallen). Ik neem het geval van een beroep tegen een beslissing van de BMA die een verzoek om voorlopige maatregelen verwerpt. Ook als het Marktenhof na onderzoek van het dossier concludeert dat de BMA ten onrechte besliste dat er geen *prima facie*-inbreuk bestond en/of dat er geen nood bestond aan voorlopige maatregelen, betekent dat niet dat het Hof vervolgens zelf die maatregelen kan opleggen. Dat zou inderdaad moeilijk te rijmen vallen met de scheiding der machten.

Voorgaande bedenkingen ten spijt ben ik het eens met het geannoteerde arrest dat het Hof *in casu* geen volle rechtsmacht genoot en de beslissing van de BMA enkel kon vernietigen. Maar anders dan het geannoteerde arrest knoop ik die conclusie aan de rechtspositie van de onderneming die het beroep bij het Marktenhof instelt. Eenvoudig gesteld zijn er twee hypothesen: de hypothese van een onderneming die zich verweert tegen een inbreukbeslissing van de BMA¹³, en alle andere beroepen.

Om dit onderscheid toe te lichten moeten we terugkeren naar de ratio van de volle rechtsmacht. Zoals hiervoor vermeld, een onderneming die zich wil verweren tegen een inbreukbeschikking van de BMA moet de zaak kunnen voorleggen aan een onafhankelijk en onpartijdig gerecht – het Marktenhof. Het Hof moet over dergelijk beroep kunnen oordelen met volle rechtsmacht: het moet nagaan of er inderdaad sprake is van een inbreuk en het moet – als het concludeert dat zulks niet het geval is – de betrokken onderneming vrijspreken. De vrijspraak door het Hof komt dan in de plaats van de inbreukbeslissing van de BMA. Het is ook mogelijk dat het Hof concludeert dat de BMA terecht een inbreuk vaststelde, maar daarvoor een disproportionele boete oplegde. In dergelijke hypothese moet het Marktenhof volle rechtsmacht

¹² Het arrest bevestigt ook de strikte lezing die het Hof geeft aan het nieuwe art. 744 Ger.W. (vereiste van nummering van middelen) (zie punt V.3. van het geannoteerde arrest).

¹³ Of een beslissing waarmee een concentratie wordt verboden of onderworpen aan andere voorwaarden dan deze die werden aangeboden door de partij die het beroep instelt. Zie voor nadere toelichting de in vn. 5 geciteerde bijdrage, deel II.D.

uitoefenen met betrekking tot die boete¹⁴. Het arrest dat de boete vermindert of kwijtscheldt komt dan in de plaats van de beslissing van de BMA met betrekking tot de boete. Anders dan het geannoteerde arrest lijkt te stellen beschikt het Hof m.i. ook over volle rechtsmacht wanneer het oordeelt over een beroep tegen een beslissing van de BMA die voorlopige maatregelen oplegt. Als het Marktenhof oordeelt dat er geen sprake is van een *prima facie*-inbreuk, of dat voorlopige maatregelen niet noodzakelijk zijn om een ernstig, onmiddellijk en moeilijk herstelbaar nadeel te voorkomen (in de zin van art. IV.64 WER 2013, thans art. IV.71 WER 2019), dan moet het Marktenhof het verzoek om voorlopige maatregelen verwerpen in een arrest dat in de plaats zal komen van de aangevochten beslissing van de BMA.

De zaken liggen anders wanneer het Marktenhof – zoals *in casu* – moet oordelen over een beroep van een klager. The Great Circle moest zich niet verweren tegen een inbreukbeslissing. Zij had bij de BMA geklaagd over een beweerde inbreuk door het KMI en het ECMWF op de artikelen IV.1 en IV.2 WER, en ze had de BMA gevraagd om – hangende een eindbeslissing over die klacht – ten aanzien van het KMI een voorlopige maatregel te bevelen. Het Marktenhof moest zich dus niet uitspreken over een BMA-beslissing waarin een inbreuk werd vastgesteld, maar wel over een beslissing die een beroep tot voorlopige maatregelen verwerpt. Die verwerping had de BMA gemotiveerd met de overweging dat klager The Great Circle onvoldoende elementen had voorgelegd die de BMA zouden toelaten om, *prima facie*, te concluderen tot het bestaan van een inbreuk op hetzij de artikelen IV.1 of IV.2 WER, hetzij de artikelen 101 of 102 VWEU¹⁵.

Wanneer een partij die bij de BMA bot vangt, beroep instelt

bij het Marktenhof tegen de verwerpingsbeslissing van de BMA, dan valt dat beroep m.i. niet binnen het toepassingsgebied van artikel 6 EVRM. Het geannoteerde arrest doet geen uitspraak over de gegrondheid van een tegen The Great Circle ingestelde strafrechtelijke vervolging. Evenmin kon worden gesteld dat de beslissing van de BMA over het verzoek om voorlopige maatregelen de “burgerlijke rechten of verplichtingen” van The Great Circle had vastgesteld. De uitoefening van volle rechtsmacht is in dergelijke context niet vereist door artikel 6 EVRM en lijkt – om de in het geannoteerde arrest aangehaalde redenen – ook niet gepast. Het is (enkel) in deze hypothese dat de scheiding der machten relevant is. De BMA is een bestuur, geen rechter. Ook wanneer de BMA van oordeel is dat een klager een dossier voorlegt waaruit het bestaan van een inbreuk kan worden afgeleid, of dat het door die klager geformuleerde verzoek om voorlopige maatregelen gegrond is, behoudt de BMA een beoordelingsbevoegdheid. Zij kan vervolgingsprioriteiten invoeren om een klacht niet (verder) te onderzoeken, of ze kan concluderen dat voorlopige maatregelen niet noodzakelijk zijn in het belang van de markt of van haar onderzoek. Die appreciaties van de BMA kunnen door de afgewezen klager worden voorgelegd aan het Marktenhof. Die klager moet het Hof dan wel middelen tot vernietiging voorleggen, en kan zich er niet toe beperken het Hof te vragen, het dossier meteen zelf af te handelen. Als het Marktenhof na onderzoek van het beroep van de klager tot de conclusie komt dat de beslissing van de BMA onwettig is, dan zou het zich – omwille van de beoordelingsbevoegdheid van de BMA – moeten beperken tot de vernietiging van de betrokken beslissing. Vervolgens kan de BMA de klacht (desgevallend met gebruik van zijn beoordelingsbevoegdheid) opnieuw beoordelen.

CONCLUSIE: WETGEVENDE VERDUIDELIJING LIJKT AANGEWEZEN

De weigering van het Marktenhof om, over een beroep tegen een beslissing van de BMA die een verzoek om voorlopige maatregelen afwijst, te oordelen met volle rechtsmacht vind ik terecht, gelet op de ratio van de aan het Hof toegekende rechtsmacht en op de taakverdeling tussen het bestuur (de BMA) en de rechterlijke macht. Maar ook al is de uitkomst van het geannoteerde arrest m.i. juist, de vaststelling blijft dat

zij moeilijk te rijmen valt met de tekst van artikel IV.79, § 2 WER 2013. Het beroep van The Great Circle viel niet binnen de uitzonderingen die deze bepaling maakt op de uitoefening van volle rechtsmacht. Het geannoteerde arrest past daar een mouw aan met de stelling dat het Marktenhof niet verplicht is om zijn volle rechtsmacht uit te oefenen, maar dat lijkt me om de hiervoor vermelde redenen betwistbaar.

¹⁴. Wat als het Marktenhof, na onderzoek van het beroep van een veroordeelde partij en kennisname van de argumentatie van de BMA, van oordeel is dat de inbreuk vaststaat, én dat die inbreuk door de BMA (te) licht werd bestraft? Kan het Hof in dergelijke situatie de opgelegde boete verhogen? Het Europees Hof van Justitie heeft geoordeeld dat de “volle rechtsmacht” waarover dat Hof beschikt met betrekking tot de boete inhoudt dat die boete desgevallend ook kan worden verhoogd (zie bv. arrest van 25 juli 2018, C-123/16 P, *Orange Polska / Commissie*, ECLI:EU:C:2018:590, punt 106). Ik betwijfel of die rechtspraak naar de bevoegdheid van het Marktenhof kan worden getransponeerd. Het geannoteerde arrest stelt terecht dat het Hof geen mededingingsautoriteit is. En het Marktenhof oordeelt niet op vordering van (het equivalent van) het Openbaar Ministerie. Het Openbaar Ministerie (in functionele zin) is reeds uitgeoefend door het auditoraat in de procedure voor de BMA: het auditoraat legt (het Mededingingscollege van) de BMA een voorstel van (inbreuk)beslissing (desgevallend inclusief boete) voor. Een veroordeelde onderneming kan tegen de beslissing van de BMA beroep instellen bij het Marktenhof. Het auditoraat bij de BMA is niet betrokken bij dat beroep. Het Marktenhof kan het beroep verwerpen (als ze de betrokken onderneming schuldig acht en de boete gepast vindt), de onderneming vrijspreken, of de boete van die onderneming verlagen. De volle rechtsmacht waarmee het Hof over dergelijk beroep oordeelt strekt ertoe, de veroordeelde onderneming een eerlijk proces te bezorgen, niet om de door de BMA vastgestelde inbreuk (zelf/desgevallend zwaarder) te bestraffen.

¹⁵. Zie deel IV.2.1.b, punt 35 (p. 41) en punt 46 (p. 43) van de BMA-beslissing (geciteerd in vn. 2 *supra*).

Mijn slotsom is dat artikel IV.79, § 2 WER 2013 een onvolkomenheid bevat – of beter gezegd, bevatte. Die bepaling is inmiddels vervangen door artikel IV.90, § 2 WER 2019. Aan de vaststelling van de nieuwe versie van Boek IV is meerdere jaren studie en overleg voorafgegaan. Jammer genoeg schept het nieuwe Boek IV geen klaarheid over het hiervoor besproken probleem, en die klaarheid is evenmin te vinden in de voorbereidende werken.

Ik aarzel om met betrekking tot een nagelnieuwe wet aan te bevelen dat ze zou worden gecorrigeerd of verduidelijkt, maar het geannoteerde arrest toont aan dat er wat schort met de huidige versie van het tweede en derde lid van IV.90, § 2 WER 2019. Ik sluit niet uit dat de bewoordingen van de wet The Great Circle op een dwaalspoor hebben gebracht. De wetgever zou een helder en bruikbaar kompas moeten verspreken voor de navigatie tussen volle rechtsmacht en vernietigingsbevoegdheid. Dat kan op vrij eenvoudige wijze. Wanneer het Marktenhof wordt gevraagd om te oordelen over beroepen die worden ingesteld door een partij die zich tegen een inbreukbeslissing verweert, dan moet het Hof met volle rechtsmacht oordelen. Dat betekent: ofwel bevestigt het Hof de veroordeling door het beroep af te wijzen, ofwel stelt het Hof zich in de plaats van de BMA en verleent het de

vrijpraak (dan wel boetevermindering). Over andere beroepen oordeelt het Hof (enkel) met vernietigingsbevoegdheid¹⁶. Ziehier een voorstel van herformulering van het tweede en derde lid van artikel IV.79, § 2 WER:

“Wanneer het beroep is gericht tegen een beslissing van het Mededingingscollege waarin ten aanzien van de partij die het beroep instelt

- *een inbreuk is vastgesteld op de artikelen IV.1 of IV.2 dan wel op de artikelen 101 of 102 VWEU;*
- *voorlopige maatregelen zijn opgelegd;*
- *een concentratie is verboden dan wel onderworpen aan andere dan door de verzoekende partij voorgestelde voorwaarden of verplichtingen*¹⁷; *of*
- *een verbod of een sanctie is opgelegd,*

oordeelt het Hof met volle rechtsmacht met inbegrip van de bevoegdheid om een eigen beslissing in de plaats te stellen van de aangevochten beslissing, behalve wanneer het Hof, anders dan de aangevochten beslissing, een inbreuk vaststelt op de artikelen IV.1 of IV.2 dan wel op de artikelen 101 of 102 VWEU. In laatstgenoemd geval alsmede in andere zaken spreekt het Hof zich uit over de aangevochten beslissing met vernietigingsbevoegdheid.”

¹⁶ Om misverstanden te vermijden: de omvang van ‘s Hof’s bevoegdheid (volle rechtsmacht dan wel vernietigingsbevoegdheid) is van belang voor het gevolg dat het Hof verbindt aan de conclusie dat de BMA een onjuiste toepassing heeft gemaakt van de toepasselijke wettelijke bepalingen (vernietiging dan wel indeplaatsstelling van een eigen uitspraak). De omvang van die bevoegdheid staat los van de toetsingsintensiteit. Ook wanneer het Hof “enkel” vernietigingsbevoegdheid geniet, betekent dat niet dat de rechterlijke controle op beslissingen van de BMA deferentieel of marginaal kan zijn. Ik verwijs kortheidshalve naar mijn in vn. 5 geciteerde bijdrage (deel C.2.(a)(ii), p. 294 en C.2.(b)(ii), p. 302c).

¹⁷ In deze annotatie ga ik niet in op beroepen tegen beslissingen inzake concentraties. Zie vn. 10 voor nadere toelichting.