

Beslissing 2009-D/V-28 van de algemene vergadering op grond van artikel 18, §2 zesde lid WBEM van 9 december 2009

I. Procedure

1. Op 18 november 2009 heeft KPN Belgium NV een verzoekschrift ingediend tot wraking van [...] in zijn hoedanigheid van lid en [...] van de [...] Kamer van de Raad voor de Mededinging, kamer aan dewelke de zaak [...] werd toegewezen.

2. KPN Belgium NV (hierna: KPN) stelt rechtsopvolger te zijn van Tele 2 Belgium NV, dewelke op [...] een klacht indiende bij de Belgische mededingingsautoriteit tegen [...] (hierna: [...]) wegens misbruik van machtspositie. De klacht werd vergezeld van een verzoek tot voorlopige maatregelen op grond van artikel 35 van de oude WBEM.

Op [...] legde het toenmalige Korps Verslaggevers (thans auditoraat) een verslag neer aangaande het verzoek tot voorlopige maatregelen. Op [...] wees de Voorzitter het verzoek bij beslissing af ([...]). Op [...] vernietigde het Hof van beroep te Brussel deze beslissing.

Op [...] werd het verslag van de auditeur in de zaak [...] ingediend bij de Raad. Conform artikel 48, § 1 tweede lid, werd daarvan kennis gegeven aan de klager op [...]. De zaak werd toegewezen aan de [...] Kamer van de Raad voor de Mededinging.

3. Het verzoekschrift, ingediend op 18 november 2009, is vergezeld van de nodige stukken waaruit blijkt dat KPN Belgium inderdaad de rechtsopvolger is van Tele 2 Belgium NV Voorts blijkt uit de bijlagen bij het verzoekschrift dat de verzoekster heeft voldaan aan de formele vereisten die de WBEM stelt aan een verzoekschrift tot wraking, te weten de ondertekening en het overleggen van een bijzondere volmacht.

4. Op 18 november 2009 is het verzoekschrift conform artikel 18, §2 vierde lid overgemaakt aan [...] (hierna: het betrokken raadslid) door de griffier van de Raad voor de Mededinging.

5. Op 20 november 2009 heeft het betrokken raadslid onderaan het verzoekschrift zijn schriftelijke verklaring gegeven met daarin vervat zijn weigering zich van de zaak te onthouden en zijn antwoorden op de wrakingsmiddelen.

6. Gelet de weigering van het betrokken raadslid om zich te onthouden en zijn betwisting van de wraking, dient de algemene vergadering, zetelend als wrakingsrechter, een beslissing te nemen op het verzoekschrift op grond van artikel 18, § 2 zesde lid WBEM.

7. Op 24 november 2009 werd verzoekster opgeroepen voor een algemene vergadering op 27 november 2009 om 16 uur. Ook het betrokken raadslid werd op 24 november 2009 door de griffier opgeroepen voor deze algemene vergadering. Hij meldde in een bericht van 27 november 2009 ontvangst van de oproeping en deelde mee dat hij afzag van het recht om gehoord te worden, hetgeen ook reeds werd vermeld in zijn antwoorden op de wrakingsmiddelen.

8. Op 24 november 2009 heeft verzoekster een schrijven gericht aan de “leden van de Raad voor de Mededinging” waarin verzoekster, via haar raadsliden, voor zover nodig bevestigt dat ze gehoord wenst te worden door de Raad, en tevens vraagt om kennis te kunnen nemen van de repliek van het betrokken raadslid op de ingeroepen wrakingsmiddelen.

9. Op 27 november 2009 heeft de algemene vergadering, zetelend als wrakingsrechter in de zin van

artikel 18, § 2 zesde lid (hierna: de algemene vergadering of AV) en conform het bepaalde in dat artikel, zowel de verzoekster als het betrokken raadslid gehoord ter zitting.

II. Het belang van verzoekster

10. De onderliggende zaak, in het kader waarvan het verzoekschrift is ingediend, is aanhangig bij de Raad na indiening van het verslag door de auditeur. Het verslag is gericht tegen [...]. Conform artikel 48, §5 WBEM wordt elke zaak door de Raad behandeld ter zitting en krijgen de partijen bij de procedure, te weten de betrokken onderneming tegen wie het verslag is gericht, en de auditeur, voorafgaand de mogelijkheid om schriftelijke opmerkingen in te dienen.

11. KPN, die als klager aan de basis lag van het onderzoek van de auditeur, is in de procedure als partij niet betrokken en kan enkel tussenkomen naar aanleiding van een verzoek aan de betrokken kamer om gehoord te worden als derde conform 48 § 5 van de WBEM, hetgeen tot op heden nog niet is gebeurd.

12. Er kan twijfel bestaan over de vraag of het verzoekschrift tot wraking van KPN kan worden behandeld aangezien zij geen partij is in het geding. In de rechtspraak aangaande de gerechtelijke procedure, is gesteld dat een verzoekschrift ingediend door een persoon die geen partij is in het geding, onontvankelijk is (Cass. 10 december 2003, Pas. 2003, nr. 638). Artikel 837 eerste lid Ger.Wb. werd aan deze rechtspraak aangepast en bepaalt thans dat een verzoekschrift dat niet uitgaat van een partij geen schorsende werking heeft.

13. Artikel 18 WBEM specificeert niet van wie een verzoek tot wraking kan uitgaan. De procedure voor de behandeling van dossiers betreffende restrictieve mededingingspraktijken is van bijzondere aard en onderscheidt zich van de procedures in de gerechtelijke context op dit punt.

Een klager is geen partij in de procedure in die zin dat hij eiser is tegenover de onderneming die het onderwerp van het verslag uitmaakt en zich zou moeten verdedigen. Wel wordt voorzien dat derden in het algemeen, en de klager in het bijzonder kunnen worden gehoord. Voor de klager geldt dat hij wordt gehoord als hij erom vraagt (artikel 48, § 5 eerste lid).

14. Ondanks het feit dat een klager niet in het geding is als partij, en noch als eiser, noch als verweerder voor de Raad als rechtscollege verschijnt, is de algemene vergadering van oordeel dat het feit dat de klager wel een, zij het beperkte, rol wordt toebedeeld in de procedure inzake restrictieve mededingingspraktijken, in beginsel de mogelijkheid met zich meebrengt om een verzoekschrift in te dienen tegen leden van de kamer die de zaak behandelt.

15. Deze ruime uitlegging van artikel 18 WBEM in dit specifieke geval is ingegeven door het feit dat de wrakingsprocedure verband houdt met het recht van eenieder op een onafhankelijke en onpartijdige rechter voortvloeiend uit artikel 6 EVRM en dat dit hoger beginsel vergt dat, bij twijfel over de interpretatie, de bescherming moet worden uitgebreid tot de ondernemingen die voor de Raad als derden optreden om op die wijze geen enkel risico te nemen het fundamentele recht van eenieder op een onpartijdige rechter in het gedrang te brengen.

III. Het vereiste dat de middelen in het verzoekschrift vervat zijn

16. De algemene vergadering vestigt de aandacht op een beginsel dat moet gelden in de procedure tot wraking zoals zij neergelegd is in de WBEM en zoals het ook geldt in de wrakingsprocedure die voor andere instanties in voege zijn (vgl. artikel 835 Ger. Wb.). Het gaat om het uitgangspunt dat alle middelen in het verzoekschrift tot wraking vervat moeten zijn (artikel 18, § 2 derde lid WBEM).

17. Weliswaar bevat de WBEM op dit punt geen nietigheids sanctie zoals in de overeenkomstige bepaling van het Ger. Wb., desalniettemin lijkt het beginsel onlosmakelijk verbonden met de aard van de procedure, namelijk een procedure op eenzijdig verzoekschrift. Uit de rechtspraak van het Hof van

Cassatie blijkt zelfs dat het later aanvoeren van een bijkomend middel ook een grond tot onontvankelijkheid van het verzoekschrift kan zijn (Cass. 19 november 2003, P.03.1472.F).

18. Onder een bijkomend middel moet dan worden verstaan, een nieuwe wrakingsgrond of een substantiële feitelijke of juridische aanvulling van de motieven voor de in het verzoekschrift aangevoerde middelen.

19. Het vereiste dat alle middelen in het verzoekschrift vervat zijn, houdt ook verband met de snelheid waardoor een wrakingsprocedure gekenmerkt moet zijn alsmede, en vooral, met de rechtsbescherming van de rechter, in casu het raadslid, waartegen het verzoekschrift in personam gericht is en die in de gelegenheid moet zijn om zijn standpunt kenbaar te maken ten aanzien van de ingeroepen middelen. Gelet op de aard van de procedure die voorzien is in de wet, kan de rechter zich slechts verweren op het moment dat de griffier hem in kennis stelt van het verzoekschrift en is er geen later moment voorzien.

20. De regel dat het verzoekschrift alle middelen moet bevatten kan in deze zaak niet daadwerkelijk worden gehandhaafd indien zou worden toegelaten dat de verzoekster inzage krijgt in de antwoorden van het betrokken raadslid en verzoekster daar vervolgens op zou kunnen reageren. Immers kan een dergelijke reactie neerkomen op, ten minste, een aanvulling van de middelen neergelegd in het verzoekschrift of zelfs het inroepen van bijkomende middelen. De AV houdt bij deze overweging rekening met het feit dat het betrokken raadslid zich voornamelijk beroept op het gebrek aan motivering van het verzoekschrift in zijn antwoorden.

21. Voor zover al mogelijk zou zijn, quod non, dat de algemene vergadering kennis zou nemen van bijkomende middelen en deze niet zou beschouwen als een grond van onontvankelijkheid van het verzoekschrift, zou dit dan noodzakelijkerwijze moeten impliceren dat het betrokken raadslid kennis moet kunnen nemen van de betreffende bijkomende middelen teneinde desgevallend daarop te kunnen reageren, zoals zij dat moet kunnen doen op de aangevoerde middelen in het verzoekschrift (artikel 18, § 2 vijfde lid). Dit kan neerkomen op een debat tussen de verzoekster en het betrokken raadslid, hetgeen niet voorzien is in de WBEM en niet strookt met het principe dat de gewraakte rechter geen partij is in de wrakingsprocedure.

22. Zonder hiermee in algemene zin uitspraak te doen over de vraag of inzage in de antwoorden van het raadslid dat het onderwerp vormt van een verzoekschrift tot wraking, altijd noodzakelijkerwijze zal leiden tot bijkomende middelen en daarom om die reden reeds niet kan worden aanvaard, dient de AV in deze zaak vast te stellen dat verzoekster de regel dat het verzoekschrift alle middelen moet bevatten in deze zaak niet heeft nageleefd. De AV heeft immers vastgesteld dat er ter zitting enkele nieuwe elementen zijn toegevoegd aan de middelen zoals weergegeven in het verzoekschrift.

23. Gelet op het voorgaande en de afwezigheid van een sanctie in de wet, beslist de AV om het een en ander in casu niet te beschouwen als een grond voor onontvankelijkheid van het verzoekschrift als zodanig, maar is zij van oordeel dat zij geen rekening mag houden met substantiële feitelijke of juridische elementen die verzoekster heeft aangedragen na indiening van haar verzoekschrift.

24. Alle elementen die derhalve ter zitting van 27 november 2009 zijn aangebracht ter aanvulling van de middelen neergelegd in het verzoekschrift worden geweerd uit de debatten, in zoverre het betrokken raadslid er niet op heeft kunnen reageren. Uit de hiernavolgende bespreking van de middelen, in volgorde en elk afzonderlijk, zal blijken met welke elementen de AV rekening houdt om haar beslissing te funderen en voor welke elementen ze van oordeel is dat ze er geen rekening mee mag houden.

IV. Het verzoek om toegang tot de motieven van betwisting van het betrokken raadslid

25. Verzoekster heeft inzage gevraagd in de antwoorden van het betrokken raadslid teneinde, volgens de brief van 24 november 2009, haar recht om gehoord te worden op behoorlijke wijze te kunnen

uitoefenen en de hoorzitting te kunnen voorbereiden.

26. Na beraad heeft de algemene vergadering ter zitting van 27 november 2009 het betrokken raadslid van dit verzoek in kennis gesteld en hem daarover gehoord. Ter zitting deelde hij mee dat hij zich op dit punt gedroeg naar de wijsheid van de algemene vergadering.

27. Het uitgangspunt bij de beoordeling van dit verzoek moet zijn dat de WBEM niet voorziet in een kennisgeving aan de verzoekende partij van de antwoorden die het betrokken raadslid aanbrengt op zijn schriftelijke verklaring in de zin van artikel 18, § 2 vijfde lid. Derhalve kan de algemene vergadering om die reden reeds het verzoek afwijzen.

28. Er zijn bijkomende redenen die de algemene vergadering in dit kader in overweging neemt.

29. Vooreerst moet worden vastgesteld dat verzoekster in haar brief van 24 november 2009 verwijst naar haar recht op gehoord te worden en de mogelijkheid om de zitting naar behoren voor te bereiden.

Voor zover deze motivering van het verzoek geïnspireerd is op de rechten van verdediging, lijkt dat onterecht. KPN heeft niet alleen als klager in de onderliggende zaak niet de hoedanigheid van verwerende partij en om die reden in het regime van artikel 48 WBEM beperktere procedurele rechten dan de onderneming die het onderwerp uitmaakt van het verslag. Bovendien komt de verzoekster ook in het kader van de wrakingsprocedure niet de rol van verwerende partij toe. Zij heeft een eenzijdig verzoekschrift ingediend dat gericht is tegen een raadslid in persoon, zonder dat de wettelijke regeling voorziet in een debat met, bijvoorbeeld, de onderneming die het onderwerp uitmaakt van het verslag van de auditeur in de onderliggende zaak.

30. De WBEM heeft een procedure op verzoekschrift ingevoerd, die op bepaalde punten gelijkenissen vertoont met de regeling neergelegd in de artikelen 833 ev. Ger. Wb., maar daarvan toch ook in belangrijke mate verschilt.

Vooreerst moet in dat verband worden vastgesteld dat, in tegenstelling tot de regeling in het Ger. Wb., voorzien is dat ook de betrokken rechter, in casu het raadslid, wordt gehoord door de wrakingsrechter. De algemene vergadering heeft het betrokken raadslid gehoord ter zitting. Behoudens enige tegenindicatie moet worden vermoed dat deze bepaling bedoeld is om de rechtspositie van de betrokken rechter te verbeteren.

Echter, uit die bepaling mag niet worden afgeleid dat daardoor een debat wordt georganiseerd tussen de verzoekster en het raadslid. Dat zou afbreuk doen aan het eenzijdige karakter van de procedure zoals hiervoor reeds besproken.

Bovendien organiseert de regeling van artikel 838 Ger. Wb. sinds de wetwijziging van 1998 een vorm van tegensprekelijkheid tussen de partijen in het hoofdgeding en de betrokkenheid van het openbaar ministerie. De betreffende bepaling voorziet dat, na conclusie van het openbaar ministerie, de partijen worden gehoord.

De wetgever heeft uitdrukkelijk niet gekozen voor een dergelijke regeling in de wet ter bescherming van de economische mededinging. Enkel de inhoudelijke wrakingsgronden zijn overgenomen uit artikel 828 Ger. Wb. De WBEM heeft voor het overige een eigen procedure voorzien.

Om die reden is de algemene vergadering van oordeel dat er geen reden is de bepalingen van de WBEM aan te vullen met een fase die erin zou bestaan inzage te verlenen in de antwoorden van het betrokken raadslid. Er is ook geen hogere rechtsregel aangevoerd die daarvoor een geldige rechtsbasis kan zijn.

31. Ook wordt hier herinnerd aan hetgeen hiervoor in III. beschreven wordt aangaande het vereiste dat alle middelen in het verzoekschrift moeten staan en de moeilijkheid om deze regel te handhaven als in de huidige wettelijke context inzage zou worden verleend in de antwoorden van de rechter.

32. Tenslotte wordt in dit verband ook gewezen op het belang van een voortvarende behandeling van

wrakingsverzoekschriften. Uit de regeling van artikel 18 WBEM, alsook uit de dienovereenkomstige regeling in het Ger. Wb. en de wijze waarop andere rechtscolleges omgaan met verzoekschriften tot wraking, blijkt dat de wetgever het essentieel vindt dat verzoekschriften tot wraking met de nodige voortvarendheid worden behandeld. Zowel het vlotte verloop van de onderliggende hoofdzaak als de rechtszekerheid van zowel verzoekster als de betrokken rechter, in casu het betrokken raadslid, moet daarmee in verband worden gebracht.

33. Om de hiervoor uiteengezette redenen verwerpt de algemene vergadering het verzoek tot inzage in de antwoorden van het betrokken raadslid op het verzoekschrift.

34. Ter zitting heeft verzoekster nog gewag gemaakt van prejudiciële vragen die de algemene vergadering zou kunnen stellen aan het Hof van Cassatie.

Dit voorstel tot prejudiciële vragen komt noch in het verzoekschrift, noch in de brief van 24 november 2009 voor. Het betrokken raadslid heeft daar ook niet op kunnen reageren. Conform hetgeen hiervoor is gesteld in nr. 23 heeft de algemene vergadering geen rekening houden met dergelijke nieuwe elementen.

Ten overvloede wordt toegevoegd dat het stellen van prejudiciële vragen veronderstelt dat er twijfel bestaat in hoofde van de algemene vergadering omtrent de wijze waarop de wet moet worden geïnterpreteerd en dat uit het nemen van deze beslissing blijkt dat de algemene vergadering na beraad niet van oordeel is dat dergelijke twijfel bestaat. Bovendien kan nog worden gewezen op het feit dat in ieder geval het stellen van prejudiciële vragen in dit verband tot een vertraging zou leiden die moeilijk in overeenstemming te brengen is met de aard van de onderhavige procedure.

V. De middelen neergelegd in het verzoekschrift tot wraking

35. Hierna worden de middelen die worden aangevoerd ter ondersteuning van de vordering tot wraking afzonderlijk samengevat in de volgorde van het verzoekschrift.

5.1. Het eerste middel: gebaseerd op artikel 828, 9 Ger. Wb. juncto artikel 6 EVRM: [...] heeft meer gedaan dan meegewerkt aan een vonnis of een uitspraak alvorens recht te doen

36. Verzoekster verwijst naar de beslissing voorlopige maatregelen [...].

De betreffende beslissing werd genomen op basis van artikel 35 van de oude wet (huidig artikel 62 WBEM), dat hier volledig wordt geciteerd:

“§1 De voorzitter van de Raad voor de Mededinging kan, op aanvraag van de klager of van de Minister, voorlopige maatregelen nemen bestemd om de restrictieve mededingingspraktijken die het voorwerp van het onderzoek uitmaken te schorsen, indien het dringend is een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden door deze praktijken of die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang.

De voorzitter van de Raad maakt de aanvraag tot voorlopige maatregelen over aan het korps verslaggevers die hem een met redenen omkleed verslag voorlegt; dit verslag vermeldt de maatregelen die het korps verslaggevers nodig acht om de bij het eerste lid bedoelde praktijken te schorsen. Dit verslag moet aan de voorzitter worden voorgelegd binnen een door hem vastgestelde termijn.

§2 De voorzitter van de Raad voor de Mededinging oordeelt bij een met redenen omklede beslissing of er aanleiding bestaat om voorlopige maatregelen te treffen.

Vooraleer de voorzitter deze beslissing neemt krijgen de partijen inzage in het verslag en krijgen zij de mogelijkheid gehoord te worden.”

37. Verzoekster benadrukt dat het verzoek tot voorlopige maatregelen het voorwerp uitmaakt van een aparte procedure, ingeleid door een afzonderlijke inleidende procedureakte, die geleid heeft tot een aparte beslissing, die op haar beurt het onderwerp uitmaakte van een rechtsmiddel en een arrest van het Hof van beroep te Brussel.

Hieruit trekt verzoekster de conclusie dat [...] kennelijk “vroeger kennis heeft genomen als rechter” van het tussen [...] en verzoekster aanhangig geschil en daarom niet kan zetelen in de kamer die zich ten gronde zal uitspreken.

38. Vervolgens verwijst verzoekster naar Belgische en Franse cassatierechtspraak waaruit zij afleidt dat concreet moet worden nagegaan om welke beslissing het gaat en of een standpunt over de grond van de zaak wordt ingenomen.

In dat verband verwijst verzoekster naar het feit dat [...] de zaak diep onderzoekt alvorens de vordering af te wijzen. Onder verwijzing naar het arrest van het Hof van beroep van [...], stelt verzoekster dat [...] verder gegaan is dan wat de wetgever van hem verwachtte en een te strenge bewijslevering heeft gevegd. Volgens verzoekster heeft [...] daarmee minstens gedeeltelijk ook uitspraak gedaan over de grond van de zaak.

5.2. Het tweede middel: gebaseerd op artikel 828, 1 Ger. Wb. juncto artikel 6 EVRM: [...] kan niet meer objectief over de grond van de zaak oordelen

39. Dit middel is gebaseerd op de wettige verdenking (artikel 828, 1 Ger. Wb.). Verzoekster voert aan dat volgens het Hof van Cassatie het begrip wettige verdenking verwijst naar elk objectief element dat twijfel kan doen ontstaan over de onpartijdigheid van een rechter. Volgens verzoekster zijn er verschillende elementen die vragen doen rijzen omtrent de onpartijdigheid van het betrokken raadslid.

40. Daarvoor wordt eerst verwezen naar het feit dat zijn onpartijdigheid uitdrukkelijk in vraag gesteld zou zijn door het Hof van beroep in het arrest van [...]

41. Voorts wordt gesteld dat de onpartijdigheid in vraag gesteld kan worden omdat het verzoek tot voorlopige maatregelen ook werd verworpen omdat er geen sprake was van een manifest misbruik van machtspositie.

42. Om die reden zou KPN Belgium een gerechtvaardigde vrees koesteren dat het betrokken raadslid zich reeds een mening heeft gevormd over de oplossing die aan de zaak ten gronde moet worden gegeven.

43. Tenslotte wordt onder dit middel melding gemaakt van het feit dat het betrokken raadslid de echtgenoot is van mevrouw [...], [...]. Niet alleen is volgens het verzoekschrift [...], maar bovendien [...].

5.3. Het derde middel: artikelen 6, 1 EVRM en 828, 2 Ger. Wb.: de echtgenote van het betrokken raadslid heeft een persoonlijk belang bij het geschil

44. Verzoekster verwijst onder dit middel terug naar dezelfde feiten als deze die reeds aangehaald werden onder het tweede middel (hiervoor samengevat in nr. 43). Niet alleen zouden deze feiten op zichzelf aanleiding geven tot een wettige verdenking in de zin van artikel 828, 1 (tweede middel hiervoor), maar bovendien zou het feit dat mevrouw [...] op zichzelf een grond van wraking uitmaken tegen haar echtgenoot omdat zij een direct en persoonlijk belang heeft bij het geschil. Verzoekster verwijst naar een vonnis waarin werd geoordeeld dat een rechter niet kon zetelen bij de beoordeling ten gronde van een strafzaak, wanneer haar echtgenoot bij het vooronderzoek betrokken was geweest in zijn hoedanigheid van substituut van de procureur.

VI. De antwoorden van het betrokken raadslid

45. Uit het voorgaande volgt reeds dat het betrokken raadslid, het verzoekschrift tot wraking op gemotiveerde wijze heeft betwist door, zoals voorzien in artikel 18, § 2 vijfde lid WBEM, zijn antwoorden op de wrakingsmiddelen schriftelijk mee te delen. Volgens hem moeten de middelen aangevoerd door verzoekster worden verworpen en moet bijgevolg ook de vordering tot wraking worden verworpen.

Hierna worden de uitvoerig gemotiveerde antwoorden op de middelen van verzoekster samengevat. In zijn antwoorden heeft het betrokken raadslid niet volledig de indeling in drie middelen gevolgd zoals hiervoor onder V. weergegeven, maar gedeeltes van middelen samen genomen om er op te antwoorden. Hierna wordt de volgorde van de indeling van de antwoorden gevolgd.

6.1. Antwoord op het eerste middel en een gedeelte van het tweede middel

46. Het betrokken raadslid stelt eerst dat de uitzondering om het verbod om kennis te nemen van hetzelfde geschil niet geldt omdat hier geen sprake is van een maatregel alvorens recht te doen (artikel 828, 9, onder 1 Ger. Wb.). Hij vervolgt dat uit het niet gelden van de uitzondering niet automatisch kan worden afgeleid dat de rechter van de voorlopige maatregelen geen zitting mag houden in de zaak ten gronde.

Hij wijst erop dat het gaat om een ander geschil en dat de beoordelingsmacht van de rechter verschillend is. Hij stelt dat er geen algemene regel is dat de rechter van voorlopige maatregelen geen zitting mag houden in de zaak ten gronde.

47. Het betrokken raadslid stelt niet te willen ingaan op de vraag of, in abstracto, er bijzondere omstandigheden bestaan die tot gevolg kunnen hebben dat de rechter van voorlopige maatregelen geen zitting meer mag houden ten gronde. Hij verwijst naar doctrine voor een vollediger beeld van de bestaande rechtsopvattingen dan deze vervat in het verzoekschrift.

48. Vervolgens antwoordt het betrokken raadslid op de bijzondere omstandigheden waarvan verzoekster gewag maakt in haar verzoekschrift, met name naar de wijze waarop uitspraak zou zijn gedaan over de voorlopige maatregelen in de beslissing van [...] en ook naar de beoordeling in het arrest van het Hof van beroep van [...]. Volgens het raadslid berust de argumentatie van verzoekster op beweerde feiten die niet voorhanden zijn.

49. Vooreerst wordt gesteld dat in de beslissing V/M niets anders is gedaan dan te beslissen of een voorlopige of bewarende maatregel moest worden getroffen. Het betrokken raadslid verwijst daarvoor naar nr. [...] waarin uitdrukkelijk werd gewezen op de beperkte rechtsmacht die de voorzitter heeft in het kader van een procedure V/M, waardoor een deel van de door de verzoeker gevraagde maatregelen buiten zijn rechtsmacht vielen.

50. Verder wordt in de motivering van de beslissing volgens het betrokken raadslid uitdrukkelijk vermeld dat de beoordeling beperkt blijft tot het al dan niet bestaan van een ogenschijnlijke inbreuk. In de beslissing is vooropgesteld als methodologie dat aan de grond van de zaak niet wordt geraakt. Als die methodologie niet zou zijn opgevolgd, was het aan verzoekster om dat zeer concreet aan te tonen, hetgeen volgens het betrokken raadslid niet gebeurde.

51. Voorts wordt in de antwoorden gesteld dat verzoekster in dit verband een grondig onderzoek verwacht met een onderzoek ten gronde. Ook de beoordeling van het al dan niet bestaan van een ogenschijnlijke inbreuk kan grondig gebeuren.

52. Aangaande de stelling dat de beslissing een te strenge bewijslevering zou gevergd hebben, wijst het betrokken raadslid de verwijzing naar het arrest van het Hof van beroep van de hand. Het is niet omdat

de hogere rechter een andere opvatting is toegedaan over de vraag of de prima facie inbreuk aangehouden kon worden, dat er een onderzoek ten gronde zou zijn gevoerd.

In dat verband wordt nog gesteld dat, indien verzoekster de opvatting uitgedrukt in twee uitdrukkelijk geciteerde passages van het arrest [...] tot de hare wilde maken, zij dit moest concretiseren en moest stellen waarom volgens haar uit de beslissing bleek dat het betrokken raadslid subjectief en vooringenomen zou zijn. Immers, het komt niet toe aan het betrokken raadslid om het arrest van de beroepsrechter te analyseren om verweer te voeren tegen een grond van wraking die niet is aangevoerd.

53. Tenslotte verwerpt het betrokken raadslid, onder verwijzing naar met name de randnummers [...] van zijn beslissing, de stelling dat uit de beslissing zou blijken dat ten minste gedeeltelijk reeds ten gronde uitspraak werd gedaan omdat niet gepreciseerd wordt over welke overwegingen het zou gaan.

54. Het raadslid antwoordt nog op de stelling dat in de beslissing niet alleen een uitspraak wordt gedaan over de ontstentenis van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel en schade van het algemeen economisch belang, maar ook over het ontbreken van een manifeste inbreuk. Volgens hem is er geen uitspraak gedaan over een manifeste inbreuk maar slechts over een (afwezigheid van) prima facie inbreuk.

6.2. Antwoord op een gedeelte van het tweede middel en het derde middel

55. In zijn antwoorden behandelt het betrokken raadslid voorts een gedeelte van het tweede middel (wettige verdenking afgeleid uit de professionele hoedanigheid van de echtgenote van het betrokken raadslid) samen met het derde middel dat daarmee tevens verband houdt.

56. Het raadslid stelt vast dat er geen stavingsstukken worden overlegd waaruit kan worden afgeleid dat verzoekster een vordering tot schadevergoeding heeft ingeleid tegen [...] op grond van het bestaan van een restrictieve mededingingspraktijk, en dus ook niet waaruit kan worden afgeleid dat meesters [...] in die zaak optreden als raadsliden van [...].

57. Een gelijkaardig gebrek aan bewijselementen wordt ingeroepen ten aanzien van de bewering dat [...]. Het gebrek aan feitelijke grondslag moet er toe leiden dat de middelen worden verworpen.

58. Voor zover de aangevoerde feitelijke gegevens met de werkelijkheid overeen zouden stemmen, hetgeen volgens het betrokken raadslid niet kan worden nagegaan, wordt door verzoekster niet verduidelijkt wat het verband is tussen de verschillende aangehaalde feiten en het feit dat [...] en hoe er dan sprake is van gewettigde verdenking in zijn hoofd.

Volgens het raadslid schrijft verzoekster niet eens welk persoonlijk belang hij zou hebben bij het geschil en komt het hem niet toe, en evenmin de algemene vergadering om zelf op zoek te gaan naar mogelijke invullingen. Indien verzoekster zou bedoelen dat de echtgenote van het raadslid betrokken zou geweest zijn in de voorliggende zaak, dient dat te worden gestaafd.

Ondergeschikt maakt het gebrek aan het leggen van enig verband tussen de aangevoerde feiten en de wrakingsgronden derhalve de middelen ook te vaag en dientengevolge moeten ze volgens het betrokken raadslid verworpen worden.

59. Gans ondergeschikt voert het raadslid nog aan dat hij van oordeel is dat zijn echtgenote geen direct of persoonlijk belang bij het geschil kan hebben. Zij is niet betrokken in de onderliggende zaak noch in enig geding waarin het [...], noch heeft zij enig persoonlijk rechtstreeks voordeel van de uitkomst van zulke zaak of geding. Om die reden kan er op het betrokken raadslid geen gewettigde verdenking van partijdigheid berusten.

VII. Beoordeling door de algemene vergadering

60. Vooraleer in te gaan op de specifieke middelen neergelegd in het verzoekschrift, wordt gewezen op het belang dat moet worden gehecht aan de aanwezigheid van motivering in het verzoekschrift. Dit houdt mede verband met de regel die hiervoor werd beschreven dat alle middelen in het verzoekschrift vervat moeten zijn (zie hiervoor onder III.)

In de rechtspraak is het belang van afdoende motivering in een verzoekschrift tot wraking benadrukt (Cass. 12 februari 2004, Pas. 2004, nr. 79; Brussel 24 november 2008, 2008/AR/2735, onuitgegeven; Cass. 23 december 2002, C.02.0615.F door verzoekster geciteerd, waarin sprake is van “la précision requise”, “de vereiste precisie”; RvSt 22 maart 2007, nr. 169.314, A.173.074, door verzoekster geciteerd, waarin de Raad van State verschillende keren aangeeft dat het aanvoeren van voldoende concrete elementen noodzakelijk is en hypothesen onvoldoende zijn).

De motivering moet de wrakingsrechter onder meer in staat stellen om na te gaan op welke concrete elementen de verzoekende partij steunt en deze afdoende te kunnen beoordelen in het licht van de toepasselijke regels en beginselen en rekening houdend met de antwoorden van de betrokken rechter. Ook moet worden vermeden dat een wrakingsverzoek lopende procedures verlamt of ernstig vertraagt (Grondwettelijk Hof 13 oktober 2009, nr. 2009/157, gepubliceerd in NJW 2009, 809).

7.1. De beoordeling van het eerste middel

61. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie worden de wrakingsgronden op beperkte wijze opgesomd in de wet en kan een schending van artikel 6 EVRM op zichzelf geen grond tot wraking opleveren (Cass. 19 november 1998, A.C. 1998, nr. 305, Cass. 4 februari 2000, A.C. 2000, nr. 93, Cass. 23 juli 2002, P.02.1083.F). Deze rechtspraak blijft relevant na de wetwijziging van 2001 waarmee de wrakingsgrond van wettige verdenking in artikel 828 Ger. Wb. is ingevoerd (Grondwettelijk Hof 13 oktober 2009, hiervoor geciteerd in nr. 60). De algemene vergadering gaat ervan uit dat de verwijzing naar artikel 6 EVRM in het verzoekschrift steeds moet samengelezen worden met de verwijzing naar artikel 828 Ger. Wb. en slechts in dat kader moet worden bekeken.

62. Artikel 828, 9 Ger. Wb. luidt als volgt (voor zover hier relevant):

“Iedere rechter kan worden gewraakt om de volgende reden: ...

9) indien de rechter vroeger raad heeft gegeven, gepleit of geschreven heeft over het geschil; indien hij daarvan vroeger kennis heeft genomen als rechter of als scheidsrechter, behalve indien hij in dezelfde aanleg:

1. heeft medegewerkt aan een vonnis of een uitspraak alvorens recht te doen;
2. na uitspraak te hebben gedaan bij verstek, van de zaak kennis neemt op verzet;
3. na uitspraak te hebben gedaan op een voorziening, later van dezelfde zaak kennis neemt in verenigde kamers.”

63. Volgens de algemene vergadering valt het eerste middel gebaseerd op artikel 828, 9 Ger. Wb. in het verzoekschrift uiteen in twee delen die hierna achtereenvolgens behandeld worden.

7.1.1. De stelling in het eerste middel van het verzoekschrift dat kennis nemen van het verzoek V/M altijd het zetelen in de kamer ten gronde onmogelijk maakt

64. De algemene vergadering wijst er vooreerst op dat verzoekster uitgaat van een voorstelling van de procedure die niet overeenstemt met de eigenheid van de WBEM. In tegenstelling tot wat het verzoekschrift vermeldt, is er immers geen “geschil” [...]. In tegenstelling tot eventuele procedures voor de gewone rechter, is er geen sprake van de beslechting van een geschil waar subjectieve rechten in het

geding zijn en is verzoekster als klager ook geen partij in de procedure in het kader van een tegensprekelijk debat zoals dat voor andere jurisdicties het geval kan zijn.

65. Bovendien moet worden opgemerkt dat uit de positie van de verschillende betrokkenen reeds blijkt dat er geen sprake is van twee maal “hetzelfde geschil” in de zin van artikel 828, 9 Ger. Wb..

66. Immers, in de procedure V/M is de klager de verzoekende partij en heeft deze derhalve een door de WBEM erkende rechtspositie (met onder meer recht op inzage in het dossier). De auditeur dient een verslag in en wordt daarover gehoord door de Voorzitter en de partij tegen wie het verzoek tot voorlopige maatregelen gericht is, wordt tevens gehoord.

In de zaak ten gronde echter is de procedurele context duidelijk verschillend: de auditeur dient een verslag in tegen de betrokken onderneming die zich daartegen verdedigt voor een kamer van de Raad. De klager is niet automatisch in het geding als partij en a fortiori niet als eisende partij. Hij dient te vragen om gehoord te worden. Of hij al dan niet ook verdere procedurele rechten krijgt zoals inzage in het verslag of het dossier, is een beslissing van de kamer, respectievelijk de kamervoorzitter (artikel 48 WBEM).

67. De positie van de betrokkenen is dus duidelijk verschillend indien het gaat om een procedure voorlopige maatregelen, dan wel om een procedure inzake restrictieve mededingingspraktijken ten gronde. De criteria die de wet bevat voor het nemen van voorlopige maatregelen tonen dit ook aan: in de V/M context voorziet de wet zelf dat rekening wordt gehouden met de belangen van de klager (zie tekst geciteerd hiervoor in nr. 36) terwijl de beoordeling in het kader van het vaststellen van een inbreuk op artikel 2 of 3 WBEM een dergelijke overweging niet voorschrijft en er ook algemeen van uitgegaan wordt dat de beoordeling in het algemeen economisch belang gebeurt.

68. Uit het voorgaande blijkt al dat een verzoek tot voorlopige maatregelen een procedure inleidt die eigen kenmerken heeft en ook niet zonder meer gelijk te stellen is met een procedure in kort geding in burgerlijke en handelszaken.

69. Een verzoek tot voorlopige maatregelen kan slechts worden ingediend gelijktijdig met een klacht ten gronde. Het verzoek strekt ertoe om omkeerbare maatregelen te nemen in afwachting van de eventuele beslissing ten gronde. Het soort maatregelen dat de Voorzitter kan nemen is beperkt tot schorsing (artikel 35 oude WBEM; artikel 62 nieuwe WBEM).

70. Wanneer een klager een verzoek tot voorlopige maatregelen indient, wordt er door de auditeur een verslag opgesteld na een summier onderzoek. Het gaat om een specifiek verslag ten behoeve van de Voorzitter die bevoegd is om eventueel voorlopige maatregelen te nemen.

71. Derhalve wordt de procedure voorlopige maatregelen gevoerd op basis van een eigen dossier en een eigen verslag, te onderscheiden van het dossier en het verslag ten gronde. Er is een duidelijk verband tussen de V/M procedure en de procedure ten gronde in de mate dat een verzoek tot voorlopige maatregelen gepaard moet gaan met een klacht (daarin onderscheidt de procedure zich van het kort geding) maar voor het overige staan de twee procedures los van elkaar.

72. Zelfs al zou verondersteld worden dat de situatie in de WBEM gelijk te stellen is met een kort geding voor de burgerlijke of handelsrechter, quod non, dan moet nog worden vastgesteld dat het Hof van Cassatie zich niet in algemene termen heeft uitgesproken in de zin die het verzoekschrift aangeeft, namelijk dat het zetelen in kort geding het zetelen ten gronde onmogelijk maakt.

Integendeel, in het arrest dat door verzoekster zelf geciteerd wordt, heeft het Hof juist gesteld dat het kennis nemen van voorlopige maatregelen uitdrukkelijk niet uitsluit dat men kennis neemt ten gronde (Cass. 28 februari 2003, C.01.0221.N).

In de rechtspraak zijn overigens voorbeelden te vinden van maatregelen die meer behelzen dan loutere maatregelen alvorens recht te doen of bewarende maatregelen (een voorlopige onderhoudsuitkering

bijvoorbeeld, zie Cass. 28 februari 2003, door verzoekster zelf geciteerd), waarna dezelfde rechter toch kennis kon nemen van de procedure ten gronde.

73. Voor het beantwoorden van de belangrijke rechtsvraag die het verzoekschrift aan de orde stelt in dit eerste onderdeel van het eerste middel, komt volgens de algemene vergadering de nodige aandacht toe aan de rechtspraak van, en betreffende, de Raad van State omdat de procedure V/M in de WBEM meer gelijkenissen vertoont met de schorsingsprocedure aldaar dan met de burgerlijke en handelsgeschillen, in de mate dat de procedure V/M een accessorium is van de procedure ten gronde. Daarbij moet nog worden opgemerkt dat de wrakingsgronden die gelden voor de Raad van State dezelfde zijn: ook daar heeft de wetgever gekozen voor de lijst van wrakingsgronden van artikel 828 Ger. Wb (zie artikel 62 Wet op RvSt).

74. Uit de rechtspraak betreffende de Raad van State blijkt geen algemene onverenigbaarheid tussen het kennisnemen van een verzoek tot schorsing en het zetelen ten gronde. Integendeel, de Raad van State heeft geoordeeld dat een dergelijke onverenigbaarheid niet zonder meer bestaat (RvSt 4 juni 2004, nr. 132.060).

75. Het criterium lijkt te zijn of de vragen die een kamer of een rechter in een eerdere fase van de procedure heeft beoordeeld, dezelfde zijn die hij zou moeten oplossen om het geding ten gronde op te lossen (RvSt 31 maart 1998, nr. 72.865, gepubliceerd in T.B.P. 1998, 837). De algemene vergadering is van oordeel dat dit criterium een goede leidraad is om ook hier de ingeroepen middelen tot wraking te beoordelen.

76. In verschillende uitvoerig gemotiveerde arresten aangaande de Raad van State was het Arbitragehof van oordeel dat de rechter die kennis neemt van het verzoek tot schorsing, ook kennis kan nemen van het annulatieberoep zonder dat zijn objectieve onpartijdigheid in het gedrang komt (Arbitragehof, 14 juli 1997, nr. 45/97, ook Arbitragehof 10 februari 1999, nr. 17/99).

Uit de rechtspraak inzake de Raad van State valt nog af te leiden dat ook efficiëntie-overwegingen een rol spelen, namelijk het vermijden dat in de schorsingsprocedures en de annulatieprocedures telkens andere staatsraden en auditeurs een dossier moeten onderzoeken. Ook het verschil met burgerlijke procedures wordt benadrukt (RvSt 4 juni 2004, hiervoor geciteerd, en Arbitragehof 10 februari 1999, 17/99).

77. Uit het enkele feit dat [...] kennis heeft genomen van het verzoek tot voorlopige maatregelen kan derhalve niet worden afgeleid dat hij geen deel uit kan maken van de kamer die kennis neemt van de zaak ten gronde, zoals verzoekster dat beweert.

Het eerste onderdeel van het eerste middel, dat op grond van een interpretatie van artikel 828, 9 Ger. Wb gewag maakt van een dergelijke onmogelijkheid om nog deel uit te maken van de kamer die de zaak ten gronde behandelt, moet worden verworpen.

7.1.2. De stelling in het eerste middel van het verzoekschrift dat [...] zich op zijn minst reeds gedeeltelijk ten gronde heeft uitgesproken

78. Dit gedeelte van het middel lijkt minstens gedeeltelijk samen te vallen met het volgende middel, in de mate dat verzoekster verwijst naar het begrip objectieve onpartijdigheid (§ 22 en voetnoot 1 van het verzoekschrift) in verband met het feit dat reeds vooruitgelopen zou zijn op de zaak ten gronde. Op basis van die stelling wordt dus zowel de wrakingsgrond van het “reeds kennis te hebben genomen van het geschil als rechter” (het eerste middel, artikel 828, 9) als de grond van de “wettige verdenking” (het tweede middel, artikel 828, 1) ingeroepen.

De algemene vergadering behandelt de middelen in de volgorde van het verzoekschrift en gaat hier eerst in op dit onderdeel in het licht van artikel 828, 9 Ger. Wb.

[...] heeft in zijn antwoorden het eerste en het tweede middel op dit punt samengenomen (zie hiervoor

samengevat in 6.1).

79. Dit gedeelte van het middel gaat er, in ondergeschikte orde, vanuit dat het nemen van de voorlopige maatregelen niet reeds op zich voldoende is om het zetelen in de zaak ten gronde onmogelijk te maken, maar dat dit alsnog zou kunnen wanneer de facto [...] zich al over de zaak ten gronde heeft uitgesproken in de context van de voorlopige maatregelen, hetgeen dan zou moeten blijken uit de tekst van de beslissing voorlopige maatregelen.

80. Uit het verzoekschrift blijkt dat verzoekster op dit punt [...] verwijt een (te) grondige analyse te hebben uitgevoerd waaruit zou blijken dat hij eigenlijk reeds ten gronde heeft beslist of vooruitloopt op een beslissing ten gronde.

81. De algemene vergadering erkent dat een beslissing voorlopige maatregelen die zodanig geformuleerd zou zijn dat zou blijken dat wordt vooruitgelopen op de beslissing ten gronde, inderdaad de rechtszoekende de indruk zou kunnen geven dat de rechter reeds een beslissing heeft genomen over de grond van de zaak.

De regel neergelegd in artikel 828, 9 Ger. Wb. komt overeen met het fundamentele beginsel dat een rechter geen twee maal kennis neemt van hetzelfde geschil. Specifiek in de context van de WBEM is dit ook belangrijk: zoals hiervoor is uiteengezet, zijn de procedures in V/M en de procedure ten gronde, twee duidelijk onderscheiden procedures met een ander voorwerp, een verschillende procedurele context, en een verschillende beoordelingsbevoegdheid voor de jurisdictie (Voorzitter, respectievelijk kamer) inclusief het type maatregelen waartoe kan worden beslist.

Aan het onderscheiden karakter van deze procedures zou afbreuk worden gedaan als in de beslissing V/M al uitspraak zou worden gedaan ten gronde of als uit de beslissing zou blijken dat wordt vooruitgelopen op de beslissing ten gronde.

82. Echter, het innemen van een standpunt over de grond van de zaak moet worden afgeleid uit de bewoordingen van de beslissing en haar algemene strekking. Het is niet voldoende dat die indruk enkel bestaat in hoofde van een partij, in casu de klager die destijds om de voorlopige maatregelen verzocht. Deze indruk moet objectief verantwoord zijn.

83. Onder dit middel verwijst verzoekster naar het feit dat [...] veel meer heeft gedaan dan een afweging van belangen om al dan niet een voorlopig en louter bewarende maatregel te treffen. Zij citeert het Hof van beroep dat gewag maakt van een “veel te strenge bewijslevering” die zou gevergd zijn van de verzoekende partij [...].

84. Op dit punt echter bevat het verzoekschrift geen enkele concrete aanduiding of onderbouwing van passages van de beslissing waaruit zou kunnen blijken dat [...] op een zodanige wijze is omgegaan met het verzoek tot voorlopige maatregelen dat hij zich de facto reeds een oordeel heeft gevormd over de zaak ten gronde.

Ter zitting hebben de raadsliden van verzoekster bijkomende elementen aangedragen en gewezen op bepaalde passages die hun middel zouden ondersteunen. De algemene vergadering herinnert er echter aan dat het verzoekschrift alle middelen moest bevatten en dat zij beslist om geen rekening te houden met nieuwe elementen waarop het betrokken raadslid niet heeft kunnen reageren.

85. De algemene vergadering stelt vast dat de wettelijke regeling ook zodanig is dat [...] niet kan oordelen over de zaak ten gronde want hij neemt kennis van een verslag en een dossier die beperkt zijn tot het verzoek tot voorlopige maatregelen. Derhalve bevat de wet reeds de nodige waarborgen om te vermijden dat wordt vooruitgelopen op de zaak ten gronde. Dit is een belangrijk element in de beoordeling van de wrakingsgrond. Bij de beoordeling van objectieve onpartijdigheid moet ook gekeken worden naar de waarborgen die de wet zelf reeds inhoudt om de onpartijdigheid te garanderen.

86. De bedoeling kan niet zijn om van verzoekster te vragen een bewijslast te dragen waaraan zij niet

kan voldoen. Voor de invulling van de bewijslast moet rekening gehouden worden met de concrete omstandigheden van het geval en de aard van de middelen die worden ingeroepen (zie [...]). In dit geval echter lijkt verzoekster argumenten te willen putten uit een beslissing waarvan zij reeds lang kennis heeft. In dat geval mag verwacht worden dat zij tenminste aangeeft waaruit precies blijkt dat [...] de facto reeds kennis heeft genomen van de zaak ten gronde (over het belang van de accuraatheid van de middelen, zie de rechtspraak geciteerd in nr. 60 hiervoor).

Dat dit niet is gebeurd volstaat om het middel ook op dit onderdeel te verwerpen.

87. De algemene vergadering voegt daar nog het volgende aan toe.

88. De procedure voorlopige maatregelen zoals voorzien in de WBEM (artikel 35 oude wet; artikel 62 nieuwe wet) is kenmerkend voor het regime van mededingingsrecht zoals het op Europees niveau bestaat en thans in de meeste lidstaten is ingevoerd. Zoals hiervoor reeds meermaals aangegeven is het een procedure die geen echte gelijke lijkt te kennen in het Belgisch recht. De Raad is weliswaar een rechtscollège in de Belgische context maar treedt in deze context op gelijkaardige wijze op als collega mededingingsautoriteiten (ter vergelijking: artikel 8 Vo. 1/2003 dat de bevoegdheid van de Commissie tot het bevelen van voorlopige maatregelen beschrijft, Pb. (2003) L 1; zie bijvoorbeeld artikel 83 van de Nederlandse Mededingingswet). Dit blijkt duidelijk uit de toetsingsvoorwaarden die gelijklopen met de voorwaarden die gelden op Europees niveau (artikel 8 Vo. 1/2003 vermeldt dringendheid, ernstige en onherstelbare schade aan de mededinging, vermoedelijke inbreuk).

89. In het kader van dergelijke procedures zou het vanuit het oogpunt van de rechtsbescherming niet aanvaardbaar zijn om een verzoek tot voorlopige maatregelen niet te beoordelen mits een grondige analyse. Zoals verzoekster ook aangeeft is er sprake van een afweging van belangen, daarin begrepen het algemeen belang.

Uit de rechtspraak blijkt dat er aanzienlijke eisen worden gesteld aan de analyse die moet worden uitgevoerd bij het beoordelen van een verzoek tot voorlopige maatregelen. Dit blijkt ook uit het arrest van het Hof van beroep van [...] waarnaar verzoekster zelf verwijst. De passage die wordt geciteerd door verzoekster geeft aan dat het Hof een andere opvatting heeft over de toetsingcriteria die gelden in het kader van artikel 35 oude WBEM en de invulling ervan (bijvoorbeeld het bewijs inzake ernstig nadeel) maar daarin kan niet worden gelezen dat een te grondige analyse zou zijn gevoerd. Integendeel, het Hof lijkt zelf het belang te benadrukken van een grondige analyse, en wordt op verschillende plaatsen aangegeven dat [...] bepaalde punten had moeten onderzoeken.

Het is moeilijk denkbaar hoe een analyse in een complexe mededingingszaak te grondig kan zijn en enkel om die reden reeds een schijn van partijdigheid zou opwekken.

7.2. De beoordeling van het tweede middel

90. Ook dit middel valt uiteen in verschillende onderdelen die achtereenvolgens behandeld worden.

7.2.1. De stelling in het tweede middel van het verzoekschrift dat de onpartijdigheid van [...] in vraag gesteld kan worden

91. Wettige verdenking in de zin van artikel 828, 1 Ger. Wb. kan bestaan wanneer er twijfel is bij de onpartijdigheid van de rechter. In dat verband kan een schijn van partijdigheid in hoofde van een rechter, in casu een raadslid, volstaan. Objectieve onpartijdigheid heeft te maken met de functie van de rechter. Het gaat om de indruk die wordt gewekt of zou gewekt worden door elke rechter die in dezelfde situatie zou verkeren, in casu de Voorzitter van de Raad die kennis neemt van een verzoek tot voorlopige maatregelen, ongeacht de persoon die de functie uitoefent.

92. Het feit op zich van kennis te hebben genomen van het verzoek tot voorlopige maatregelen is niet voldoende om aan te nemen dat [...] vooruit gelopen is op de beslissing ten gronde. Dit werd reeds

toegelicht bij de beoordeling van het eerste middel (nr. 61 tot en met 89) en de betreffende overwegingen worden hier overgenomen.

Er is derhalve geen reden om aan te nemen dat de objectieve partijdigheid van de rechter in het gedrang komt.

93. Voor zover met dit middel ook wordt bedoeld dat uit de beslissing zou blijken dat er sprake is van subjectieve partijdigheid, geldt het volgende.

94. Subjectieve onpartijdigheid wordt vermoed tot bewijs van het tegendeel (recent bijvoorbeeld bevestigd door het Grondwettelijk Hof in een arrest van 13 oktober 2009, hiervoor geciteerd in nr. 60, B.3.1). De wrakingsrechter moet beoordelen of gelet op de door verzoekster aangeleverde elementen er ook sprake is van een objectief gerechtvaardigde verdenking en niet van louter subjectieve elementen.

Met andere woorden, eenieder in de situatie van verzoekster of in een gelijkaardige situatie, moet uit de aangevoerde elementen afleiden dat er een schijn van partijdigheid is. Zoals gesteld in het arrest van het Hof van Cassatie hier zelf geciteerd door verzoekster, kan er sprake zijn van wettige verdenking als het raadslid “niet in staat is om op een onafhankelijke en onpartijdige wijze uitspraak te doen in de zaak, of bij de openbare opinie gewettigde twijfel wekt aangaande zijn geschiktheid om op die wijze uitspraak te doen” (Cass. 30 april 2004, C.04.0183.F).

95. Verzoekster beroept zich onder dit middel op drie elementen: een verwijzing naar het arrest van het Hof van beroep van Brussel van [...], de stelling dat in de beslissing V/M uitspraak werd gedaan over de afwezigheid van een manifest misbruik van machtspositie en een verwijzing naar de echtgenote van [...]. Dit laatste element wordt hierna afzonderlijk behandeld onder 7.2.2.

96. Voor wat betreft het arrest van het Hof van beroep worden twee specifieke passages geciteerd, namelijk [...] van het arrest. Het Hof van beroep beoordeelt hier de toetsing die [...] uitvoert en de vraag of de inschattingen die [...] maakte gerechtvaardigd waren op grond van de beschikbare gegevens. Het komt niet toe aan de algemene vergadering om de toetsing in de beslissing V/M inhoudelijk te beoordelen of te vergelijken met het arrest van het Hof van beroep.

97. Eventueel had de algemene vergadering als wrakingsrechter moeten kunnen nagaan hoe het verband wordt gelegd tussen de geciteerde passages uit het arrest enerzijds en de wrakingsgrond van de wettige verdenking anderzijds. Vervolgens kon worden beoordeeld hoe de onpartijdigheid van [...] in het gedrang komt door de bewoordingen of de werkwijze van de beslissing van [...]. Echter, het verzoekschrift bevat niet meer dan de twee citaten uit het arrest zonder enige verdere toelichting.

98. Het arrest van het Hof van beroep behelst in ieder geval geen beoordeling van de onpartijdigheid van [...] in de zin van artikel 6 EVRM. Dit was niet het onderwerp van de voorziening. Derhalve kunnen de bewoordingen van het arrest niet dienstig zijn voor verzoekster om zonder meer te besluiten dat de onpartijdigheid van [...] in vraag moet worden gesteld.

99. Naast een verwijzing naar het arrest van het Hof van beroep wordt in dit onderdeel van het tweede middel nog gesteld dat de onpartijdigheid van [...] des te meer in vraag gesteld kan worden omdat het verzoek tot voorlopige maatregelen niet alleen verworpen is wegens het gebrek aan een moeilijk te herstellen ernstig nadeel, maar ook omdat er geen sprake was van een manifest misbruik van machtspositie. Dit laatste is door [...] in zijn antwoorden ontkend. Hij stelt dat hij slechts de wettelijke criteria, waaronder het bestaan van een prima facie inbreuk, heeft toegepast.

100. De algemene vergadering stelt vast dat op verschillende plaatsen in de beslissing de nadruk wordt gelegd op het voorlopige karakter van de beoordeling. In nr. [...] wordt de beperktheid van de beoordeling in voorlopige maatregelen benadrukt, in nr. [...] wordt uitdrukkelijk gesteld dat de restrictieve mededingingspraktijken nog voorwerp van onderzoek zijn, in nrs. [...] wordt gewezen op het voorlopige karakter van de beoordeling (“op het eerste gezicht”, “ogenschijnlijk”). Ook bevat de beslissing verschillende verwijzingen waaruit blijkt dat [...] zich maar kan baseren op de feiten die na

een eerste onderzoek voorhanden zijn, bijvoorbeeld in nrs. [...].

In dit verband wordt verwezen naar het ook door verzoekster geciteerde arrest van de Raad van State (RvSt 22 maart 2007, A.173.074/g-91: “*Il est primordial de savoir si la crainte d’un manque d’impartialité ressentie par l’intéressé peut être considérée comme étant objectivement justifiée (nr. 16)*”, eigen vertaling: “Het is primordiaal om na te gaan of de vrees voor een gebrek aan onpartijdigheid zoals die wordt aangevoeld door de betrokkene als objectief gerechtvaardigd kan worden beschouwd”).

Dit is recent nog eens bevestigd door het Grondwettelijk Hof in zijn arrest van 13 oktober 2009 dat daarbij verwijst naar de evolutie in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hiervoor reeds geciteerd in nr. 60, nr. B.3.2): “Indien dient te worden onderzocht of een rechter in een concreet geval aanleiding heeft gegeven tot een dergelijke vrees, wordt het standpunt van de rechtszoekende in aanmerking genomen, maar speelt het geen doorslaggevende rol. Wat wel doorslaggevend is, is of de vrees van de betrokkene als objectief verantwoord kan worden beschouwd” (bespreking van dit criterium komt ook voor in de arresten van het Arbitragehof geciteerd in nr. 76 hiervoor). In de rechtspraak van het Hof van Cassatie is sprake van “l’opinion générale”, eigen vertaling “algemene of publieke opinie” (Cass. 30 april 2004, hiervoor geciteerd, ook door verzoekster geciteerd in voetnoot 3).

101. Geen enkele van de summier aangehaalde elementen in het verzoekschrift onder dit middel kunnen aanleiding zijn voor objectief gerechtvaardigde vrees voor partijdigheid in hoofde van [...]. Noch de verwijzing naar het arrest van het Hof van beroep, noch de stelling dat reeds uitspraak werd gedaan ten gronde, kunnen als middel een vordering tot wraking op grond van artikel 828, 1 Ger. Wb. rechtvaardigen.

7.2.2. De verwijzing in het tweede middel van het verzoekschrift naar de echtgenote van [...]

102. Voor wat betreft tenslotte de verwijzing in het kader van het tweede middel gebaseerd op wettige verdenking, naar het feit dat het betrokken raadslid de echtgenoot is van mevrouw [...], oordeelt de algemene vergadering dat dit onderdeel manifest ongemotiveerd is.

103. De betreffende paragraaf in het verzoekschrift is vaag en het is onduidelijk welke rol de verschillende feitelijke beweringen (hiervoor samengevat in nr. 43) moeten spelen in de juridische overweging die de wrakingsrechter moet maken op grond van artikel 828, 1 Ger. Wb.

Bij gebreke aan een specifieke rechtsbasis of duidelijke toepasselijke rechtspraak in dit verband ziet de algemene vergadering in de vaagheid van dit onderdeel van het middel niet als zodanig een grond tot onontvankelijkheid, doch de vaagheid van dit onderdeel van het middel is voldoende grond om het te verwerpen.

104. Er wordt volstaan met het in herinnering brengen van de regel dat alle middelen in het verzoekschrift vervat moeten zijn en dat een voldoende motivering van belang is in de wrakingsprocedure. Wanneer een partij die haar wrakingsrecht uitoefent, hetgeen uiteraard haar volste recht is, en gebruik maakt van persoonlijke elementen ten aanzien van een rechter, mag verwacht worden dat het een en ander terdege wordt gefundeerd. Ook een beroep op eventuele subjectieve partijdigheid moet worden gestaafd.

105. Zoals hiervoor reeds werd gesteld, mag van verzoekster geen bewijs worden verwacht dat ze, gelet op alle omstandigheden, niet kan leveren, of verwacht worden dat ze feitelijke elementen aanlevert waar ze geen of moeilijk toegang toe heeft. Soms kan een begin van bewijs voldoende zijn.

Echter, het is voor de algemene vergadering op dit punt onmogelijk om te doorgronden op welke manier de verschillende feitelijke beweringen inzake de echtgenote van het betrokken raadslid in verband staan tot het middel van wettige verdenking. Het kan en mag niet verwacht worden van de algemene

vergadering dat zij daarover zelf zou gaan speculeren. Er wordt geen enkel verband gelegd tussen de verschillende feiten, de beweerde feiten worden niet gestaafd en hun samenhang wordt niet toegelicht. Over hun bijdrage tot de wrakingsgrond van wettige verdenking zwijgt het verzoekschrift, evenals over hoe de onpartijdigheid van het betrokken raadslid dat het onderwerp van het verzoekschrift uitmaakt, erdoor in het gedrang komt.

106. Het tweede onderdeel van het tweede middel gebaseerd op de grond van wettige verdenking van artikel 828 Ger. Wb. juncto artikel 6 EVRM, is volgens de algemene vergadering op basis van hiervoor uiteengezette redenen ongegrond.

7.3. Het middel gebaseerd op 828, 2 Ger. Wb. juncto artikel 6 EVRM: de echtgenote van het betrokken raadslid heeft een persoonlijk belang bij het geschil

107. Artikel 828, 2 Ger. Wb. behelst de volgende wrakingsgrond:

“Iedere rechter kan worden gewraakt om de volgende redenen:

2) indien de rechter of zijn echtgenoot persoonlijk belang bij het geschil heeft;”

108. De algemene vergadering stelt vast dat verzoekster onder dit middel verwijst naar de opsomming van een reeks feiten die ook worden aangehaald onder het tweede middel maar daaraan toevoegt (letterlijk) dat “het feit dat de echtgenote van [...] op zichzelf een grond van wraking uitmaakt voor haar echtgenoot omdat zij een direct en persoonlijk belang heeft bij het geschil”.

109. Voor dit middel geldt volgens de algemene vergadering hetzelfde als wat hiervoor werd toegelicht onder 7.2, nog in sterkere mate.

110. Noch de rol van [...], noch wat moet worden verstaan onder hetzelfde geschil, noch welke het persoonlijk belang zou kunnen zijn dat de echtgenote van het betrokken raadslid zou hebben bij een beslissing van de Raad in de onderliggende zaak, wordt toegelicht. Er worden ook geen stukken overlegd. Er wordt geen begin van bewijs geleverd.

Om die reden reeds moet het middel worden verworpen.

111. Ten overvloede wijst algemene vergadering erop dat de enige toelichting die het verzoekschrift wel bevat, namelijk de verwijzing naar de uitspraak van de Rechtbank van Eerste Aanleg Brussel, hoedanook niet opgaat (Brussel, 10 januari 2000, JLMB 2000, 334). In de betreffende zaak was sprake van een rechter in strafzaken die niet kon zetelen omdat haar echtgenoot in zijn hoedanigheid van substituut procureur des konings betrokken was geweest bij het vooronderzoek.

Als al zou worden aangenomen dat betrokkenheid van de echtgenote van het betrokken raadslid [...], gelijk te stellen is met de feiten in het genoemde vonnis, dan nog gaat de vergelijking niet op omdat zij op geen enkele wijze betrokken is bij de onderliggende zaak voor de Raad, zoals het raadslid ook aanvoert in zijn antwoorden.

112. Ten overvloede merkt de algemene vergadering op dat het middel lijkt te veronderstellen dat de betrokkenen zich niet zouden houden aan hun beroepsgeheim en hun deontologische verplichtingen waar elk in zijn respectievelijke beroepsgroep toe gehouden is. Behoudens tegenbewijs moet naleving van de wettelijke en reglementaire verplichtingen nochtans verondersteld worden.

VIII. Besluit

De middelen vervat in het verzoekschrift van KPN Belgium gericht tegen het betrokken raadslid moeten worden verworpen. Derhalve is de vordering tot wraking ongegrond.

Om al deze redenen,

De Algemene Vergadering van de Raad voor de Mededinging zetelend als rechtscollege in de zin van artikel 18, § 2 zesde lid van de Wet tot bescherming van de economische mededinging,

Verklaart het verzoekschrift van KPN Belgium NV gericht tegen [...] in zijn hoedanigheid van lid en [...] van de [...] Kamer van de Raad voor de Mededinging die kennis neemt van de behandeling van de zaak P/K-05/0042, ontvankelijk doch ongegrond.

Kennisgeving van deze beslissing gebeurt aan [...] en KPN Belgium NV.

Christian Huveneers

Laura Parret

Kris Boeykens

Pierre Battard

Olivier Gutt

Peggy Valcke