

## **Beslissing 2009-D/V-29 van de algemene vergadering op grond van artikel 18, §2, zesde lid WBEM van 9 december 2009**

**[VERTROUWELIJK]**

### **I. Procedure**

1. Op 18 november 2009 heeft KPN Belgium NV een verzoekschrift ingediend tot wraking van [...] in haar hoedanigheid van lid 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 [vertrouwelijk] wees de Voorzitter het verzoek bij beslissing af [vertrouwelijk]. Op [vertrouwelijk] 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 19 november 2009 is het verzoekschrift conform artikel 18, §2 vierde lid overgemaakt aan [...] door de griffier van de Raad voor de Mededinging.

5. Op 21 november 2009 heeft [...] onderaan het verzoekschrift haar schriftelijke verklaring gegeven met daarin vervat haar weigering zich van de zaak te onthouden en haar antwoorden op de wrakingsmiddelen.

6. Gelet de weigering van [...] (hierna: het betrokken raadslid) om zich te onthouden en haar 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.

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 de 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 artikel 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 AV 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 niet in het gedrang te brengen.

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

16. De AV 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 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 haar 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.

21. Voor zover al mogelijk zou zijn, quod non, dat de AV 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 haar daarover gehoord. Het betrokken raadslid gaf ter zitting aan zich te schikken naar de beslissing van de AV.

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 haar schriftelijke verklaring in de zin van artikel 18, § 2, vijfde lid. Derhalve kan de AV om die reden reeds het verzoek afwijzen.

28. Er zijn bijkomende redenen die de AV 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, is 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, maar 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 AV 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 verzoeker 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 AV 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 rechtbasis kan zijn.

31. Ook wordt hier herinnerd aan hetgeen hiervoor onder 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 AV 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 AV 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 AV 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 AV omtrent de wijze waarop de wet moet worden geïnterpreteerd en dat uit het nemen van deze beslissing blijkt dat de AV na beraad niet van oordeel is dat dergelijke twijfel bestaat.

Geheel ten overvloede kan nog worden gewezen op 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. Beoordeling van het verzoek tot wraking door de algemene vergadering

### 5.1. Het ingeroepen middel

35. Het verzoekschrift tegen het betrokken raadslid in haar hoedanigheid van lid van de [...] kamer van de Raad, bevat één middel, dat wordt gebaseerd op artikel 828, 1 van het Ger. Wb., meer bepaald de wrakingsgrond van de wettige verdenking, en op artikel 6 EVRM dat eenieder het recht op een onafhankelijke en onpartijdige rechter waarborgt. Volgens verzoekster verwijst het begrip wettige verdenking naar elk objectief element dat twijfel kan doen ontstaan over de onpartijdigheid van een rechter.

36. Volgens verzoekster volgt de wettige verdenking uit de volgende in het verzoekschrift genoemde elementen.

37. Enerzijds verwijst verzoekster naar het feit dat het betrokken raadslid als voormalige werknemster van [...] verschillende functies bekleed heeft die maken dat zij een aandeel heeft gehad in het uitwerken van de strategie van [...]. Volgens verzoekster zijn dit sleutelementen in de verdediging van [...] tegen de klacht inzake mogelijk misbruik van machtspositie.

38. Verzoekster stelt in dit verband verder dat de aard en het belang van de uitgeoefende functies met zich meebrengen dat het betrokken raadslid onvermijdelijk betrokken is geweest bij beslissingen die een invloed hebben gehad op de [...] en verwijst in het bijzonder naar [...]. Volgens verzoekster zou de problematiek van de [...] in nauw verband staan met de praktijken die ter discussie staan in de onderliggende zaak, zaak [...].

39. Vervolgens stelt verzoekster dat in elk geval, ongeacht de dossiers die zij behandelde, het feit dat het betrokken raadslid voormalig werknemster van [...] is, volstaat om twijfels te doen rijzen bij haar objectiviteit.

40. Tenslotte verwijst verzoekster nog naar het feit dat [vertrouwelijk].

### 5.2. De antwoorden van het betrokken raadslid

41. Zoals reeds uit het voorgaande volgt, heeft het betrokken raadslid de wrakingsmiddelen betwist. Zij

heeft haar antwoorden op het verzoek tot wraking ingediend middels een document aangehecht aan het verzoekschrift met daarop haar schriftelijke verklaring zoals de wet het voorschrijft.

42. Het betrokken raadslid geeft in haar antwoorden aan dat ze de vraag tot wraking van KPN niet aanvaardt omdat ze van oordeel is dat de elementen die door KPN worden aangevoerd in het verzoekschrift geen wettige verdenking ten aanzien van haar in het leven kunnen roepen. Zij voert in antwoord op het hiervoor beschreven middel gebaseerd op wettige verdenking, samengevat, de volgende elementen aan (niet noodzakelijk weergegeven in dezelfde volgorde).

43. Vooreerst licht zij toe dat zij inderdaad van [...] tot [...] bij [...] heeft gewerkt: [...]. Op [...] werd haar dienstverband beëindigd door [...]. Verder licht het betrokken raadslid toe dat ze sinds haar vertrek bij [...] werkzaam is aan de [...] waar ze doceert aan de rechtsfaculteit en aan de faculteit economie. Ze verduidelijkt dat ze sinds haar vertrek bij [...], meer dan zes jaar geleden, geen enkele band heeft behouden met de onderneming.

44. Het betrokken raadslid is van oordeel dat het feit dat een raadslid (die in dit verband een rechtsprekende functie uitoefent) eerder in zijn of haar loopbaan voor een onderneming in een bepaalde sector gewerkt zou hebben, op zich niet voldoende kan zijn om hem of haar vervolgens voor de rest van zijn of haar loopbaan te kunnen wraken. De wet voorziet niet in een dergelijke mogelijkheid en het feit dat een professionele activiteit die ruimschoots de feiten van de zaak voorafgaat, nooit op zich voldoende kan zijn om twijfel over de onpartijdigheid te rechtvaardigen.

45. Tevens wordt door het betrokken raadslid aandacht gevraagd voor de chronologie die volgens haar relevant is in dit verband. Volgens haar heeft het verzoek van KPN, meer bepaald de feiten uit de onderliggende zaak die zij aanvoert, betrekking op [...], hetgeen 21 maanden was na haar vertrek bij [...] en 40 maanden na het einde van haar functie van [...]. Zij stelt niet te hebben meegewerkt aan de voorbereiding van dit product.

46. In haar antwoorden geeft het betrokken raadslid ook een toelichting bij haar academische activiteiten, naar eigen zeggen naar aanleiding van een uitspraak van de Raad van State die vermeld staat in voetnoot 3 van het verzoekschrift van KPN. Zij informeert de AV over het feit dat haar universitaire activiteit een geheel van onderwijsopdrachten dekt die geen specifiek verband houden met de betrokken Belgische [...]. Het gaat o.m. om vakken als [...], [...], [...], [...], [...]. Ze voegt eraan toe dat haar academische activiteiten bekend waren toen ze benoemd werd als [...] lid van de Raad, evenals het feit dat zij voor [...] had gewerkt in het verleden. Deze feiten zijn volgens haar dan ook niet van dien aard dat zij hierdoor onvoldoende objectief zou zijn om zaken bij de Raad te behandelen.

47. Tenslotte antwoordt het betrokken raadslid op de verwijzing van de verzoeker naar een eerdere kwestie die zich zou hebben voorgedaan in de zaak die [...].

### 5.3. De beoordeling van het middel door de algemene vergadering

#### 5.3.1. Algemeen

48. 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, nr. 2009/157, gepubliceerd in NJW 2009, 809). 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.

49. Vooraleer in te gaan op de specifieke argumenten 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.

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, 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).

### 5.3.2 Dienstverband als zodanig

50. Het past volgens de AV om in volgorde eerst het meer algemeen geformuleerde argument ter ondersteuning van het middel te beoordelen, dat erin bestaat dat het enkele feit een voormalig werknemer te zijn van [...], ongeacht de dossiers die ze aldaar heeft behandeld, voldoende zou zijn om twijfels te doen ontstaan omtrent de objectiviteit van het betrokken raadslid, en om die reden een grond van wettige verdenking zou uitmaken.

51. Volgens de AV kan het enkele feit dat een raadslid in het verleden werknemer is geweest van een onderneming tegen wie voor de Raad een procedure wordt gevoerd door de auditeur, niet volstaan om haar onpartijdigheid in het gedrang te brengen, noch om een gerechtvaardigde schijn van partijdigheid in het leven te roepen.

In dit verband wordt verwezen naar een 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 aanvoeld 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. 49, 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 uitvoerig voor in de arresten van het Arbitragehof, 14 juli 1997, nr. 45/97 en 10 februari 1999, nr. 17/99). In de rechtspraak van het Hof van Cassatie is sprake van “l’opinion générale”, eigen vertaling “algemene of publieke opinie” (Cass. 30 april 2004, C.04.0183.F).

52. Verzoekster staft deze algemeen geformuleerde bewering in nr. 19 van haar verzoekschrift niet, nochtans heeft het een en ander een zeer verregaande strekking. Zij geeft niet aan waarom het enkele feit dat een raadslid voor een onderneming heeft gewerkt in het verleden, haar voor de duur van haar mandaat voor wraking in aanmerking brengt, bij gebreke aan meer concrete aanwijzingen die verklaren waarom dit feit een wrakingsgrond oplevert.

In de wet zijn geen onverenigbaarheden voorzien in deze zin waarmee bij de benoeming van raadsleden rekening moet worden gehouden. Artikel 18, §1 WBEM voorziet wel dat elk raadslid de voorzitter moet inlichten over de belangen die hij of zij heeft en de functies die hij of zij uitoefent of heeft uitgeoefend

in het kader van een commerciële activiteit.

Voorts bepaalt de wet dat elk raadslid dat kennis heeft van een wrakingsgrond zich moet terugtrekken. Dit zijn de waarborgen die de wet in dat verband bevat en tenzij bewijs van het tegendeel moet ervan worden uitgegaan dat deze bepalingen zijn nageleefd.

Het enkele feit dat het betrokken raadslid in het verleden werkneemster geweest is van [...], zonder meer, kan onmogelijk een grond tot wraking opleveren.

### 5.3.3 Nadere omstandigheden genoemd in het verzoekschrift

53. Vervolgens moet de AV zich buigen over de meer concrete elementen die worden aangehaald door de verzoekster en die erop neerkomen dat er sprake is van wettige verdenking omdat het betrokken raadslid door haar werkzaamheden bij [...] deel zou hebben gehad aan interne voorbereidingen of beleidsbepalingen die in verband staan met de feiten die in de onderliggende zaak aan de orde zouden zijn.

54. Verzoekster haalt hiervoor geen concrete feiten aan maar baseert zich met name op enkele algemene actuele thema's in de [...] die ook in de onderliggende zaak van belang zouden zijn en waarvan ze veronderstelt dat het betrokken raadslid zich daarmee heeft ingelaten.

55. De AV die in deze zetelt als wrakingsrechter heeft en behoort geen kennis te hebben van het dossier en het verslag in de onderliggende zaak. Ook KPN heeft geen kennis van het dossier noch van het verslag, aangezien er geen beslissing voorligt van de [...] Kamer waarin dergelijke toegang zou worden verleend.

56. Het is aannemelijk dat de door verzoekster aangehaalde aspecten zoals de problematiek van [...] in algemene zin belangrijke, wellicht zelfs cruciale elementen kunnen zijn in de concurrentiestrijd tussen de ondernemingen die actief zijn in de [...] en dat dit al enkele jaren het geval is. Het komt niet toe aan deze AV om daarover te oordelen.

57. Het is denkbaar dat het betrokken raadslid zou deelgenomen hebben aan [...] dat betrekking had op deze thema's. Echter, dit enkele feit volstaat niet om de objectiviteit van het betrokken raadslid in twijfel te trekken, gelet op de specifieke feiten in het dossier en met name het tijdsverloop. Daarbij moet rekening worden gehouden met het uitgangspunt dat objectiviteit wordt vermoed.

Er is ook sprake van thema's die aan bod kwamen in alle geledingen van de sector en bij alle observatoren (advocaten, academici, belangenverenigingen) en regulatoren [...].

58. Verzoekster zou voldoende aannemelijk dienen te maken dat er sprake is geweest van verifieerbare en persoonlijke betrokkenheid van het betrokken raadslid die in rechtstreeks verband staat met de feiten in de onderliggende zaak. Het betrokken raadslid heeft betwist dat van een dergelijke betrokkenheid sprake was.

De AV is zich bewust van het feit dat moeilijk kan worden gevraagd aan een derde om gedetailleerde informatie over te leggen over de werkzaamheden die een bepaalde persoon binnen een andere onderneming heeft verricht. Daarom is zij van oordeel dat in een dergelijk geval geen te hoge bewijslast kan worden opgelegd. Echter, een begin van bewijs moet geleverd worden door de verzoekende partij en dat begin van bewijs moet beoordeeld worden in het licht van de elementen in het dossier en de verklaringen van het betrokken raadslid.

59. De AV is van oordeel dat doorslaggevende betekenis moet toekomen aan de tijdsdimensie in deze kwestie.

60. Het betrokken raadslid verliet [...] in [...]. Verzoekster erkent, en dit blijkt tevens uit de Beslissing van de Voorzitter van de Raad van [...] en het arrest van het Hof van beroep van [...], dat de onderliggende zaak specifiek betrekking heeft op de lancering van [...], feit dat wordt gesitueerd in



[...].

Er is derhalve sprake van een aanzienlijk tijdsverloop tussen de beëindiging van het dienstverband bij [...] en de benoeming in de Raad (1 maart 2007) namelijk ca. [...] jaar, en vooral tussen de beëindiging van het dienstverband en de lancering van het [...], namelijk [...] jaar. Meer nog, het betrokken raadslid heeft toegelicht dat zij [...]. In het kader van laatstgenoemde functie is het volgens de AV aannemelijk dat het betrokken raadslid deelnam aan overleg van strategische aard, hetgeen mogelijk ook besprekingen rond [...] inhoudt. Toch is er geen reden om te twijfelen aan haar stelling dat zij sinds [...] een geheel andere functie bekleedde.

61. In dit verband merkt de AV in ondergeschikte orde nog het volgende op. Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat de wrakingsprocedure niet de bedoeling kan hebben om de werking van een instelling onmogelijk te maken of te bemoeilijken (recent bevestigd door het Grondwettelijk Hof, 13 oktober 2009, hiervoor geciteerd in nr. 49).

Niettegenstaande het feit dat het aan elke onderneming toekomt het wrakingsinstrument te gebruiken om haar recht op een onafhankelijk en onpartijdig gerecht te vrijwaren en dat recht geenszins mag worden beperkt in welke zin dan ook, mogen de wrakingsgronden ook niet zodanig geïnterpreteerd worden dat afbreuk wordt gedaan aan de eigenheid van de instelling en de doelstelling die de wetgever voor ogen heeft gehad bij de oprichting ervan.

62. De Raad is krachtens artikel 11 WBEM een rechtscollege en is als een gespecialiseerde jurisdictie aan te merken nu zij alleen kennis neemt van zaken die de bescherming van de mededinging op de Belgische markt aanbelangen.

Klaarblijkelijk is het de bedoeling geweest om bij de benoeming van de raadsleden rekening te houden met hun expertise. Zij hebben allen ook deelgenomen aan een vergelijkend examen van beroepsbekwaamheid waarin specifieke onderwerpen van recht en economie werden getoetst. Uit het benoemingsbesluit van 25 februari 2007 blijkt dat belang is gehecht aan de professionele ervaring die de kandidaat raadsleden eerder in hun loopbaan hadden opgedaan. Voor het betrokken raadslid wordt hier specifiek verwezen naar [...] (B.S. 1 maart 2007, p. [...]).

63. De AV trekt niet in twijfel dat wettige verdenking kan bestaan wanneer er zelfs een schijn van partijdigheid kan zijn in hoofde van een raadslid. Echter, de wrakingsrechter moet beoordelen of er gelet op de door verzoekster aangeleverde elementen sprake is van objectief gerechtvaardigde verdenking en niet louter subjectieve elementen. Er moet sprake zijn van een verdenking dat 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/haar geschiktheid om op die wijze uitspraak te doen” (Cass. 30 april 2004, C.04.0183.F).

Het verzoekschrift kan de AV niet tot de overtuiging brengen dat hiervan sprake is.

64. Het middel gebaseerd op de grond van wettige verdenking van artikel 828 Ger. Wb. juncto artikel 6 EVRM, is volgens de AV op basis van de hiervoor uiteengezette redenen, ongegrond.

#### 5.3.4 Bijkomende elementen die werden aangehaald

65. Zoals hiervoor is aangegeven in nr. 23 houdt de AV geen rekening met bijkomende feitelijke of juridische elementen die aan het verzoekschrift, meer bepaald ter zitting zijn aangedragen.

Ter zitting heeft de verzoekster een reeks publicaties aangehaald van het betrokken raadslid waaruit zou moeten blijken dat de stellingen die zij daarin heeft verkondigd nauw aansluiten bij stellingen die [...] zou aanhangen.

Verzoekster heeft geen middel gebaseerd op de publicaties van het betrokken raadslid, noch bevat het verzoekschrift de toelichting op het enige middel dat hierboven wordt behandeld, een verband tussen het middel dat betrekking heeft op het dienstverband bij [...] en enige concrete publicatie van het

betrokken raadslid.

In voetnoot 3 van het verzoekschrift wordt slechts op onrechtstreekse wijze verwezen naar de rol die academische activiteiten zouden kunnen spelen in de beoordeling van de wrakingsrechter, met verwijzing naar een arrest van de Raad van State (RvSt 22 maart 2007, nr. 169.314), maar zonder dat wordt toegelicht welk argument wordt geput uit die verwijzing.

66. Ten overvloede en omdat het betrokken raadslid zelf verdere toelichting gaf bij haar academische activiteiten (zie hiervoor samengevat onder 5.2), staat de AV nog stil bij dit punt.

67. De AV merkt op dat de wet uitdrukkelijk voorziet in de mogelijkheid voor voltijdse raadsleden om academische activiteiten te hebben naast de uitoefening van hun functie van raadslid (artikel 39 WBEM). Dit moet a fortiori gelden voor deeltijdse raadsleden die worden verondersteld een professionele activiteit te hebben buiten de Raad.

68. De benoeming van het betrokken raadslid is gevolgd op een examen van beroepsbekwaamheid waarin mede haar academische activiteiten alsook haar vroegere loopbaan in overweging zijn genomen als relevante elementen. Uit het benoemingsbesluit blijkt daarenboven dat haar academische activiteiten en haar vroegere professionele activiteiten werden aangemerkt als expertise die haar als raadslid en de Raad als geheel ten goede zou komen.

Als het al zo zou zijn dat een onderneming standpunten verkondigt voor de Raad of zelfs voor een andere jurisdictie, hetgeen hier niet is aangevoerd in het verzoekschrift en a fortiori niet is aangetoond, die gelijkenissen vertonen met een publicatie van een raadslid, dan kan dat bezwaarlijk achteraf op zich een bewijs zijn van partijdigheid.

69. De strekking van het voorgaande beoogt geenszins in algemene zin uit te sluiten dat de objectiviteit van een raadslid in het gedrag zou kunnen komen door publicaties of publieke stellingnames van een andere aard die een schijn van partijdigheid in het leven kunnen roepen. Echter moet, conform de rechtspraak terzake, de wrakingsrechter oordelen of er op basis van concrete elementen sprake is van vrees voor een gebrek aan onpartijdigheid van de rechter, waarbij moet worden nagegaan of de verdenkingen die de partij zegt te koesteren, voor objectief verantwoord kunnen doorgaan (hiervoor geciteerde rechtspraak in nr. 51, zie ook Cass. 28 januari 2004, P.04.0119.F).

## VI. Besluit

70. Het middel vervat in het verzoekschrift tot wraking gericht tegen het betrokken raadslid moet worden verworpen. Derhalve moet ook het verzoek tot wraking worden verworpen.

Om al deze redenen,

De Algemene Vergadering van de Raad voor de Mededinging zetelend als rechtcollege 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 haar hoedanigheid van lid van de [...] Kamer van de Raad voor de Mededinging die kennis neemt van de behandeling van de zaak [...], 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