

Artikel

EU-rechtelijk gestructureerd nationaal mededingingstoezicht

Nationale institutionele autonomie steeds meer een illusie?

Dr. P.J.M.M. van Cleynenbreugel*

146

Hoewel de lidstaten formeel autonoom blijven bij het inrichten van nationale mededingingsautoriteiten, mag de constitutieve rol van het Europese Unierecht bij de organisatie en (her)structurering van nationaal mededingingstoezicht niet onderschat worden. Geruggesteund door de vereisten van een 'eerlijk proces', kan het Hof van Justitie van de Europese Unie rechtstreeks de autonomie van de lidstaten beperken met het oog op de inrichting van een meer effectief nationaal mededingingstoezicht bij de toepassing van Europees mededingingsrecht. Uit de beperkte bestaande Europese rechtspraak kunnen in dat verband drie organisatorische modellen van toezicht gedistilleerd worden in overeenstemming waarmee nationale mededingingstoezichthouders zich mogen organiseren op grond van EU-recht.

Nationale diversiteit in eenheid: Europeesrechtelijke omkadering van nationale institutionele keuzes

Een efficiënt en daadkrachtig mededingingsrecht vooronderstelt ook een effectief opererend toezicht op de toepassing, naleving en handhaving van dat recht. De rol van goed georganiseerde mededingingstoezichthouders won daarbij de laatste decennia fundamenteel aan belang.¹ Hoewel de Europese verdragen oorspronkelijk al een functie toekenden aan nationale mededingingsautoriteiten,² leidde het moderniserings- en decentralisatieproces in het Europese mededingingsrecht eind jaren negentig tot de ontwikkeling van beter georganiseerde toezichtstructuren in verschillende lidstaten. Verordening 2003/1/EG bevestigde het belang van effectief markttoezicht op twee manieren. Ten eerste verplichtte de verordening lidstatelijke autoriteiten om het Europese mededingingsrecht – althans artikel 101 en 102 VWEU – toe te passen op situaties waarin zij nationaal mededingingsrecht toepassen op overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 101 lid 1 van het Verdrag welke de handel tussen de lidstaten in de zin van die bepaling kunnen beïnvloeden

* Pieter Van Cleynenbreugel is als universitair docent verbonden aan het Europa Instituut, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden. Dit artikel is gebaseerd op (een hoofdstuk van) het proefschrift tot het verkrijgen van de graad van doctor in de rechten dat de auteur op 3 september 2013 succesvol verdedigde aan de KU Leuven (België) en dat als titel draagt 'From shared competences to institutional heteronomy. The constitutional architecture of supranationally structured market supervision'. Promotor van het proefschrift was prof. dr. Wouter Devroe, co-promotor prof. dr. Koen Geens.

1. Zie daarover M. Trebilcock en E. Iacobucci, 'Designing Competition Law Institutions: Values, Structure, and Mandate', *Loyola University of Chicago Law Journal* 2010, 41, p. 459-464.
2. Zie art. 104 VWEU.

en waarin zij het nationale mededingingsrecht toepassen op door artikel 102 van het Verdrag verboden misbruiken.³ In die omstandigheden bepaalde de Verordening tevens welke types van beslissingen de nationale mededingingsautoriteiten kunnen aannemen naar Europees Unierecht.⁴ Nationale autoriteiten dienden aldus zo georganiseerd te worden dat zij de aanname van dergelijke beslissingen toelieten.

Ten tweede erkende Verordening 2003/1/EG uitdrukkelijk de institutionele autonomie van de lidstaten bij de oprichting en aanduiding van nationale autoriteiten. Artikel 35 stelde daarbij dat de lidstaten vrij zijn in de organisatie van mededingingstoezicht zolang *op afdoende wijze* voldaan kan worden aan de bepalingen van de verordening. Binnen die vage grens bleven de lidstaten vrij het toezicht te organiseren. Artikel 35 bepaalde daarbij uitdrukkelijk dat nationale autoriteiten tevens rechterlijke instanties mogen zijn en gaf lidstaten de ruimte om mededingingstoezicht aan verschillende bestuurlijke of rechterlijke instanties toe te vertrouwen.

Artikel 35 voorziet bovendien in de verplichting voor een vervolgende autoriteit – indien de lidstaat een onderscheid maakt tussen vervolgende administratieve autoriteit en een beslissingnemende rechterlijke instantie – om haar eis voor een nationale rechterlijke instantie in te trekken zodra de Commissie een procedure instelt op grond van artikel 11 lid 6 van de Verordening. Het nationale recht moest daarbij zo gestructureerd worden dat die intrekking daadwerkelijk een einde kon maken aan nationale procedures. Op die manier werd de onafhankelijkheid van de nationale rechter erkend – de Commissie hoefde immers niet rechtstreeks een zaak bij een nationale rechter te ontnemen – zonder evenwel de taak van de Europese Commissie als eerste toezichthouder op de naleving van Europees mededingingsrecht te bemoeilijken.⁵

De Europeesrechtelijke erkenning van nationale institutionele autonomie als beginsel van mededingingstoezicht gaf de lidstaten de ruimte om mededingingsautoriteiten op te richten naar eigen inzicht. Dit resulteerde in een grote institutionele verscheidenheid binnen de EU. Bepaalde lidstaten zoals Nederland en het Verenigd Koninkrijk bleven het model van een gespecialiseerd toezichthoudend agentschap trouw en richtten onafhan-

kelijke agentschappen op.⁶ Andere lidstaten kozen dan weer voor de rechterlijke weg, al dan niet gekoppeld aan een onafhankelijk vervolgingsorgaan. Ierland vormt hiervan het bekendste voorbeeld.⁷ Vele tussenvormen zagen het levenslicht.⁸ De Belgische tussenvorm zoals die in 2006 tot stand kwam, was daarbij wellicht de meest ‘exotische’: een verdeling tussen een algemeen onderzoeksorgaan dat deel uitmaakte van het federale ministerie van Economische Zaken (Dienst voor de Mededinging) en een onafhankelijk administratief rechtscollege (Raad voor de Mededinging). Het rechtscollege bestond uit een Auditoraat (belast met de coördinatie van het onderzoek, de instelling van de vervolging en het bepleiten van het inbreukdossier), een Algemene Vergadering (die eigenlijke inbreukbeslissingen nam en boetes kon opleggen) en een ondersteunende griffie.⁹

‘Due process’ als supranationaal correctiemechanisme

De institutionele diversiteit die artikel 35 van Verordening 2003/1/EG toelaat, doet wellicht vermoeden dat het Europees Unierecht nogal onverschillig staat tegenover nationale institutionele keuzes. Die ogenschijnlijke onverschilligheid is evenwel bedrieglijk. Nationale toezichthouders opereren immers al langer in een kader dat steeds sterker vorm krijgt op supranationaal niveau. Het fundamentele recht op een eerlijk proces speelt daarbij een beslissende en corrigerende rol.

Het fundamentele recht op een eerlijk proces – vervat in artikel 6 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM) maar ook in artikel 47 van het bindende Handvest voor de Grondrechten in de Europese Unie – oefent een moeilijk te overschatten invloed uit op nationale rechtsordes. Men zou zelfs kunnen argumenteren dat dit artikel 6 EVRM het recht op een eerlijk proces – *due process* – tot corrigerende organi-

3. Art. 3 Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb. EU* 2003, L 1/1 (Verordening 2003/1/EG).

4. Zie art. 5 Verordening 2003/1/EG; zie in dat verband tevens HvJ EU 3 mei 2011, zaak C-375/09, *Prezes Urzedu Ochrony Konkurencji i Konsumentów/Tele2 Polska sp. z o.o.* (now: Netia SA), *Jur.* 2011, p. I-3055, punten 27-30.

5. A. Mikroulea, ‘Case Allocation in Antitrust and Collaboration between the National Competition Authorities and the European Commission’, in: I. Lianos en I. Kokkoris (red.), *The Reform of EC Competition Law. New Challenges*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2010, p. 67.

6. Voor Nederland, art. 2 Wet van 22 mei 1997 houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging (Mededingingswet), *Stb.* 1997, 242, thans geïncorporeerd in de Autoriteit Consument en Markt, zie hierover R. de Bree, ‘ACM: evolutie uit zuinigheid?’, *M&M* 2012/4, p. 141-148; voor het Verenigd Koninkrijk, Competition Act 1998, 1998 c. 41 en Section 1 Enterprise Act 2002, 2002 c. 40. Ook de Britse toezichthouder – het *Office of Fair Trading* – wordt vanaf 2014 in een *Competition and Markets Authority (CMA)* geïncorporeerd, zie J. Aitken en A. Jones, ‘Reforming a World Class Competition Regime: The Government’s Proposal for the Creation of a Single Competition and Markets Authority’, *Competition Law Journal* 2011, p. 97-110.

7. Sections 4 and 5 Irish Competition Act 2002, *Irish Statute Book* 2002 (No 14); Rizzuto verwijst tevens naar Oostenrijk en Finland in deze context, zie F. Rizzuto, ‘The procedural implications of VEBIC’, *European Competition Law Review* 2011, 32, 6, p. 286.

8. Zie bijvoorbeeld Zweden, Hoofdstuk 3 Konkurrenslag, *Svensk författningssamling* 2008, p. 579, beschikbaar op <<http://rkrattssdb.gov.se/SFSdoc/08/080579.pdf>>.

9. Art. 11 Wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006, *Belgisch Staatsblad* 2006, 50613. Voor een overzicht, F. Rizzuto, ‘Competition Law Enforcement in Belgium: The System Remains Flawed and Uncertain Despite Recent Reform’, *European Competition Law Review* 2008, 29, 6, p. 367-375.

satiestandaard bij de inrichting van effectief markttoezicht in het algemeen en mededingingstoezicht in het bijzonder heeft verheven.

Hoewel artikel 6 EVRM slechts voorwaarden oplegt aan de toegang tot en behandeling van zaken door de rechter in burgerlijke en strafrechtelijke zaken, is het welbekend dat die bepaling onrechtstreeks ook de werking van administratieve autoriteiten beïnvloedt. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft immers in omvangrijke rechtspraak gesteld dat beslissingen van administratieve autoriteiten naar EVRM-standaarden als burgerlijk of strafrechtelijk kunnen worden beschouwd en daarom dus dienen te voldoen aan de voorwaarden van dat verdrag: een eerlijke en openbare behandeling van een zaak, binnen een redelijke termijn door een *onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld*.¹⁰ Een administratieve autoriteit zou hier niet aan voldoen, omdat het om een deel van de uitvoerende macht in de ruime zin gaat.¹¹ Het EHRM nuanceerde evenwel dat in bepaalde omstandigheden administratieve autoriteiten wel degelijk onafhankelijke beslissingen kunnen nemen die de rechtspositie van individuen aantasten. In dat geval dient evenwel tegen deze administratieve beslissingen een beroep voor een rechter open te staan die niet alleen aan alle voorwaarden van artikel 6 EVRM voldoet, maar tevens de genomen administratieve beslissing opnieuw bekijkt en met *volle rechtsmacht* beoordeelt.¹²

In meer recente rechtspraak verduidelijkte het EHRM dat volle rechtsmacht impliceert dat een nationale rechter over *voldoende rechtsmacht* dient te beschikken om te beoordelen of de administratieve autoriteit alle feiten uit het dossier in overweging nam en die feiten correct juridisch categoriseerde. De rechter dient zich daarbij niet noodzakelijk opnieuw in de beoordeling van de feiten te hoeven verplaatsen of zelf een feitenonderzoek uit te voeren en als zodanig een volledig nieuwe toezichtbeslissing aan te nemen.¹³ Wel moet de nationale rechter elke aangevoerde grond in detail beoordelen.¹⁴ In het mededingingsrecht in het bijzonder stelde het EHRM in de *Menarini*-zaak dat rechterlijke controle zich nooit uitsluitend mag beperken tot een *wettigheidscontrole*, maar dat de beroepsrechter tevens aandacht moet kun-

nen schenken aan de in overweging genomen feiten en de kwalificatie hiervan.¹⁵ Bovendien beargumenteerde het Straatsburgse Hof in die zaak dat een bevoegdheid om boetebeslissingen volledig te hervormen bijdraagt aan een voldoende rechtsmacht bij de beoordeling van beslissingen van nationale mededingingstoezichthouders.¹⁶

De EVRM-rechtspraak heeft niet alleen belangrijke gevolgen voor de structuur van rechterlijke controle op toezichtbeslissingen, maar bepaalt ook het uitzicht en de werking van nationale toezichthouders *naar nationaal recht*. Het EHRM stelde daarbij expliciet dat het voldoende karakter van nationale rechtsmacht rechtstreeks afhankelijk is van onder andere de wijze waarop een beslissing aangenomen wordt en de procedurele garanties die het rechterlijk controleproces omkaderen.¹⁷ Uit dat citaat kan worden afgeleid dat de procedurele context waarbinnen een beslissing tot stand komt niet alleen op het rechterlijke maar ook op het administratieve niveau bepalend kan zijn. In de mate dat procedurele rechten gegarandeerd worden doorheen de administratieve procedure, lijkt het EHRM zich immers te kunnen verzoenen met een minder diepgravende vorm van rechterlijke controle.¹⁸ Die vaststelling leidt er vervolgens toe dat men kan argumenteren dat de wijze waarop administratieve autoriteiten zich conformeren aan artikel 6 EVRM bepalend zal zijn voor de mate waarin rechterlijke controle wordt uitgeoefend. De vereisten van artikel 6 EVRM vormen aldus een standaard om nationale autoriteiten 'eerlijk proces'-*proof* te maken. Zij bepalen met andere woorden de organisatorische randvoorwaarden waarbinnen toezichthouders kunnen opereren.

Nationale mededingingsautoriteiten ontsnapten niet aan de aandacht van artikel 6 EVRM. De *Menarini*-zaak betrof in dat verband bijvoorbeeld de inrichting en werking van de Italiaanse mededingingsautoriteit.¹⁹ Staten die verdragspartij zijn bij het EVRM zijn zich dan ook terdege bewust van de invloed van artikel 6 op het functioneren en inrichten van nationale administratieve autoriteiten.

Het Hof van Justitie, 'due process'-vereisten en effectief nationaal mededingingstoezicht

Veel minder vanzelfsprekend – maar daarom niet minder belangrijk – is de rol van het *Hof van Justitie* in de afbakening en vormgeving van nationale autoriteiten *bij*

10. Zie onder meer EHRM 8 juni 1976, gevoegde zaken 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 en 5370/72, *Engel/Nederland*, punt 83; EHRM 24 februari 1994, zaak 12547/86, *Bendenoun/Frankrijk*; EHRM 23 juli 2002, zaak 34619/97, *Janosevic/Zweden*, punt 67 en EHRM 23 november 2006, zaak 73053/01, *Jussila/Finland*, punt 36 voor definities van het begrip 'strafrechtelijk' in het EVRM.

11. Naar EHRM-standaarden kan een dergelijk administratief orgaan weliswaar als 'gerecht' beschouwd worden, zie EHRM 11 juni 2009, zaak 5242/04, *Dubus/Frankrijk*, punten 57-60; EHRM 20 januari 2011, zaak 30183/06, *Vernes/Frankrijk*, punten 25 and 32; EHRM 20 juli 2011, gevoegde zaken 32181/04 en 35122/05, *Sigma Radio Television Ltd./Cyprus*, punt 150; EHRM 27 september 2011, zaak 43509/08, *A. Menarini Diagnostics S.R.L./Italië*, punt 59; EHRM 17 april 2012, zaak 21539/07, *Steininger/Oostenrijk*, punten 49-50.

12. EHRM 10 februari 1983, gevoegde zaken 7299/75 en 7496/76, *Albert en Le Compte/België*, punt 29; EHRM 21 februari 1984, zaak 8544/79, *Öztürk/Duitsland*, punt 56.

13. *Sigma Radio*, punten 152-153 en punt 169.

14. *Sigma Radio*, punt 157.

15. *Menarini*, punt 64.

16. *Menarini*, punt 65.

17. *Sigma Radio*, punt 154.

18. Voor dat standpunt *Dubus*, punten 57 en 60; *Vernes*, punt 42; zie tevens *Sigma Radio*, punt 154; zie ook *Menarini*, punt 43.

19. Zie voor achtergrond, A.E. Beumer en C. Van de Heyning, 'Het EVRM en de handhaving in het mededingingsrecht. De zaak *Menarini* uitgelicht', *M&M* 2012/1, p. 10-15.

de toepassing van Europees mededingingsrecht. De Europese Unie is immers (voorlopig nog) geen partij bij het EVRM.²⁰ Het Hof van Justitie heeft echter zelf een uitgebreid repertorium aan fundamentele procesrechtelijke vereisten uitgewerkt en het recht op een eerlijk proces erkend, weliswaar in verhouding tot de Europese Commissie als mededingingstoezichthouder. Hoewel formeel (nog) niet gebonden door het EVRM, is ook de Europese Commissie bij de organisatie van supranationaal mededingingstoezicht – onder druk van lidstaten en procespartijen²¹ – verplicht te voorzien in het recht om te worden gehoord en om toegang tot het dossier te krijgen, en procedurele rechten in het algemeen meer uitdrukkelijk vorm te geven.²² Hoewel de Commissie inbreuk- en boetebeschikkingen blijft aannemen in de hoedanigheid van collegiaal en politiek orgaan, hebben procedurele rechten erkend door het Hof van Justitie het uitzicht van de Commissieprocedure sterk bepaald. De ontwikkeling en erkenning van EU-rechtelijke *due process*-correctiemechanismen hebben er namelijk toe geleid dat het Hof van Justitie uitdrukkelijk erkende dat het systeem van EU-mededingingstoezicht niet inging tegen het recht op een eerlijk proces zoals verwoord in artikel 6 EVRM en het gelijkkluidende artikel 47 van het Handvest voor de Grondrechten in de Europese Unie.²³ Hoewel de accuraatheid van die claim enigszins betwistbaar is, toont zij niettemin aan dat het recht op een eerlijk proces een belangrijke inspiratiebron vormde voor de organisatie en definitie van *effectief* supranationaal mededingingstoezicht.

De erkenning van EU-fundamentele rechten in verhouding tot de lidstaten in het Handvest en de vereisten van effectieve toepassing van Europees mededingingsrecht door nationale autoriteiten maken het voor het Hof van Justitie rechtstreeks mogelijk om de effectiviteit van nationaal mededingingstoezicht te beoordelen.²⁴ Omdat de organisatie van nationaal mededingingstoezicht van belang is voor de toepassing van het Europese Unierecht, acht het Hof van Justitie zichzelf bevoegd om bepaalde perken te stellen aan de nationale institutionele autonomie van de lidstaten. Het fundamenteel recht op effectieve rechtsbescherming zoals opgenomen in artikel 47 van het Handvest en de institutionele vereisten

die daaruit voortvloeien, geven het Hof van Justitie daarbij een belangrijke constitutionele armslag om de eigen interventie in nationale rechtsordes verder te rechtvaardigen. Op een wijze die vergelijkbaar is met de aanpak van het EHRM in artikel 6-zaken kan dus gesteld worden dat ook het Hof van Justitie zich rechtstreeks in de nationale institutionele keuzes inzake mededingingstoezicht kan mengen. Op die manier worden lidstaten – althans in de mate dat zij Europees mededingingsrecht toepassen – potentieel geconfronteerd met bijkomende vereisten opgelegd door het Europese Unierecht. Die vereisten vormen een door het EU-recht dwingend opgelegde correctie op nationale visies over effectief mededingingstoezicht.

‘Due process’ als *ex ante* bestaansvoorwaarde voor effectief nationaal mededingingstoezicht?

De vraag in welke mate bepaalde fundamentele procedurele rechten een adequaat correctiemechanisme kunnen vormen op de tevens door het EU-recht gestelde vereisten van effectief nationaal mededingingstoezicht blijkt voorsnag niet geheel duidelijk. Het ‘Grote Kamer’-arrest *Vebic* uit 2010 stelt de balans tussen effectiviteit en *due process* in de organisatie van nationaal mededingingstoezicht op onrechtstreekse wijze aan de orde. *Vebic* betrof het functioneren van de hiervoor vermelde Belgische mededingingsautoriteit (Raad voor de Mededinging als administratief rechtscollege bestaande uit drie onderdelen). De zaak had betrekking op de situatie waarin naar Belgisch recht de mededingingsautoriteit niet als verwerende of tussenkomende partij kon optreden in de beroepsfase tegen een inbreukbeslissing. De federatie *Vebic* vocht een boetebeslissing van de Raad aan voor het Hof van Beroep te Brussel, maar zag zichzelf daar als enige procespartij verschijnen. Omdat de Belgische Raad voor de Mededinging – met inbegrip van het vervolgende auditoraat – als administratief rechtscollege gekwalificeerd werd, konden vertegenwoordigers van die autoriteit immers niet optreden in een beroepsprocedure tegen eigen beslissingen. Indien zij dat wel konden – dat was althans de filosofie van de Belgische wetgever – zou de rechter in eerste aanleg partij in de fase van beroep worden, wat niet strookte met de onafhankelijkheidsvereisten opgelegd aan rechters.²⁵ Vertegenwoordigers van de Belgische minister van Economische Zaken konden – maar moesten niet – optreden in het algemeen belang in dergelijke beroeps-

20. Zie echter art. 6 lid 2 VEU dat de toetreding van de EU tot het EVRM vooropstelt; op 12 april 2013 werd hiertoe een ontwerpvereenkomst opgemaakt, zie 12 april 2013, see <www.coe.int/t/dghl/standard_setting/hrpolicy/accesion/Meeting_reports/47_1%282013%29008_final_report_EN.pdf>.

21. Zie F. Bignami, ‘Creating European Rights: National Values and Supranational Interests’, *Columbia Journal of European Law* 2004, 11, 1, p. 258-292.

22. Zie die positie duidelijk in de Mededeling van de Commissie inzake goede praktijken voor procedures op grond van de artikelen 101 en 102 VWEU, Pb. EU 2011, C 308/6.

23. HvJ EU 18 juli 2013, zaak C-501/11 P, *Schindler/Commissie*, n.n.g., punt 38. Zie tevens HvJ EU 7 december 2011, zaak C-279/09 P, *KME Germany/Commissie*, n.n.g., punt 105; zie ook conclusie A-G Sharpston bij die zaak, punt 64; HvJ EU 7 december 2011, zaak C-386/10 P, *Chalkor/Commissie*, punt 66; HvJ EU 7 december 2011, zaak C-389/10 P, *KME Germany/Commissie*, n.n.g., punt 132.

24. Zie op dat vlak *Schindler*, punt 32. Zie ook de conclusie van A-G Kokott in HvJ EU 14 februari 2012, zaak C-17/10, *Toshiba*, n.n.g., punt 104.

25. HvJ EU 7 december 2010, zaak C-439/08, *Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerkers (VEBIC) VZW*, Jur. 2010, p. I-12471, punt 35. Zie tevens K. Marchand, ‘Het Vebic-arrest van het Hof van Justitie: are you being served?’, *SEW* 2012, 6, p. 237-245.

procedures, maar deden dat niet in de zaak *Vebic*.²⁶ De rechter in beroep stelde daarop *ex officio* vast dat een dergelijke situatie zich wellicht moeilijk verhoudt met het Europese mededingingsrecht – temeer omdat de beroepsrechter volle rechtsmacht had en vragen van Europees mededingingsrecht zou kunnen opwerpen die in de procedure voor de Raad niet aangevoerd en behandeld werden²⁷ – en verwees de zaak naar het Hof van Justitie.

Het Hof van Justitie argumenteerde dat

‘het feit dat aan de nationale mededingingsautoriteit niet de rechten van een partij in het geding worden verleend, waardoor deze de beslissing die zij in het openbaar belang heeft genomen, niet kan verdedigen, het risico met zich mee [brengt] dat de aangezochte rechter volledig is “aangewezen” op de middelen en argumenten van de onderneming(en) die beroep heeft/hebben ingesteld. Op een gebied als dat van de vaststelling van inbreuken op de mededingingsregels en het opleggen van geldboeten, waarbij ingewikkelde juridische en economische beoordelingen dienen te worden verricht, kan het bestaan alleen van een dergelijk risico (...) de nakoming in gevaar brengen van de krachtens de verordening op de nationale mededingingsautoriteiten rustende bijzondere verplichting om de doeltreffende toepassing van de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU te verzekeren.’²⁸

Als gevolg hiervan eist het Europese recht dat de nationale autoriteit als verwerende partij kan deelnemen aan een voor een nationale rechter gevoerde procedure tegen een van haar beslissingen.²⁹ Het Hof van Justitie legde geen verplichting op voor de autoriteit om in elke zaak tussenbeide te komen, maar vereiste van de lidstaten wel op zijn minst dat in die mogelijkheid voorzien werd. Daarbij diende steeds de *eerbiediging van de grondrechten* en de doeltreffendheid van het mededingingsrecht van de Unie te worden gewaarborgd.³⁰ Hoewel de advocaat-generaal suggereerde dat daarbij de vervolgende instantie (het Auditoraat) een directe rol zou kunnen spelen als verweerder of tussenkomende partij, ging het Hof van Justitie niet verder in op die suggestie.³¹ Het belang van het arrest *Vebic* en de suggestie van de advocaat-generaal gaan veel verder dan de wat atypische Belgische institutionele context. Het arrest kan immers gelezen worden als een veruitwendiging van een *implicit* beeld of *template* waaraan nationale mededingingsautoriteiten moeten voldoen om – volgens het Hof van Justitie – ‘op afdoende wijze’ de effectieve toepassing van artikelen 101 en 102 te verzekeren. Dat impliciete beeld bestaat in een scheiding van vervolgende en beslis-

sende instanties in de organisatie van mededingingstoezicht. Door te eisen dat de mededingingsautoriteit als verweerder of tussenkomende partij kan deelnemen aan beroepsprocedures tegen eigen beslissingen en daarbij tevens te vereisen dat de *grondrechten* – waaronder het recht op een eerlijk proces – worden geëerbiedigd, reguleert het Hof van Justitie mijns inziens immers onrechtstreeks en in zekere mate de organisatievrijheid van de nationale rechtsordes. De vereisten van een eerlijk proces impliceren namelijk ook dat nationale toezichthouders een eerlijke procedure op tegenspraak tussen een vervolgende ambtenaar en vervolgde ondernemingen mogelijk moeten maken, waarbij het dispuut tussen vervolgende ambtenaar en vervolgde ondernemingen ook in een beroepsprocedure in rechte verder gezet of minstens getoetst kan worden in een evenzeer tegensprekelijke procedurecontext.³²

In het licht van de suggestie van de advocaat-generaal over de participatie door een vervolgende instantie of afdeling van de nationale autoriteit kan daarom uit het arrest afgeleid worden dat het Hof van Justitie op zijn minst een *segregatie* tussen vervolgende en beslissende actoren binnen de mededingingsautoriteit zou vooropstellen om dergelijke beroepsprocedures op tegenspraak effectief mogelijk te maken. Het Hof van Justitie spreekt zich daarbij niet uit over de status van onderzoekstaken – die in België aan een afzonderlijke Dienst voor de Mededinging toevertrouwd werden – en lijkt deze gelijk te stellen met vervolgende taken. Een segregatie van onderzoeks- en vervolgingstaken enerzijds en beslissingstaken anderzijds wordt echter wel voorondersteld bij te dragen aan een meer effectief mededingingstoezicht, zonder dat het Hof van Justitie een dergelijke segregatie verplichtend oplegt. De suggestie van de advocaat-generaal en de verplichte participatie in overeenstemming met de grondrechten lijken evenwel aan te geven dat dit de richting is waarin het Hof van Justitie de lidstaten wenst te sturen.

Opvallend daarbij is dat procedures voor de Europese Commissie die leiden tot mededingingsbeschikkingen ook steeds sterker neigen naar een dergelijke segregatie tussen onderzoek/vervolgning en beslissingname. Op dat niveau worden potentiële inbreuken immers onderzocht door bevoegde ambtenaren van het directoraat-generaal Mededinging. Een onafhankelijke raadsadviseur-auditeur (*Hearing Officer*) houdt vervolgens toezicht op de procedurele rechten, organiseert een tegensprekelijke hoorzitting en stelt een rapport op van die hoorzitting, waarna het College van Commissarissen de uiteindelijke inbreuk- en/of boetebeschikking aanneemt.³³ Het aanvechten van die beschikking voor het Gerecht vereist opnieuw de participatie van de Commissie, ditmaal in de hoedanigheid van de Juridische Dienst, die al vanaf de aanvang van Commissieprocedures bij de zaak

26. *Vebic*, punt 36.

27. *Vebic*, punt 37.

28. *Vebic*, punt 38.

29. *Vebic*, punt 58.

30. *Vebic*, punt 63. Opvallend daarbij is dat het Hof van Justitie geen vermelding van het Handvest voor de Grondrechten maakt, noch dieper ingaat op de rol van fundamentele rechten in de organisatie van mededingingstoezicht.

31. Conclusie van A-G Mengozzi in *Vebic*, punt 100-101.

32. Zie ook conclusie van A-G Mengozzi in *Vebic*, punt 84.

33. Zie W. Wils, ‘The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis’, *World Competition* 2004, 27, 2, p. 201-224.

betrokken wordt.³⁴ Hoewel de hele beslissingsprocedure en participatie in de gerechtelijke beroepsprocedure formeel door de Commissie als instelling worden uitgevoerd, blijken in de praktijk verschillende duidelijk van elkaar onderscheiden actoren te zorgen voor een betere garantie van procedurele rechten, zoals de Commissie ook zelf uitdrukkelijk erkent.³⁵ Het procedurele kader zorgt daarbij voor een daadwerkelijke erkenning van die gesegregeerde functies in de naam van een eerlijk proces. Hoewel het Hof niet naar de Commissieprocedure verwijst – en terecht ook, aangezien die procedure voor heel wat kritiek vatbaar is³⁶ – kan ook daar segregatie in de naam van *due process* niet ontkend worden.

Een soortgelijke segregatie lijkt door het arrest *Vebic* naar het nationale niveau vertaald te worden als vereiste voor effectief nationaal mededingingstoezicht in de Europese Unie. Om aan de participatievereisten in de fase van beroep tegemoet te komen, worden nationale autoriteiten aangeraden onderzoek/vervolgning en de aanname van inbreukbeslissingen van elkaar te onderscheiden en dat onderscheid institutioneel te verankeren, zodat participatie van de autoriteit op niveau van beroep in overeenstemming met de grondrechten kan plaatsvinden. Dat betekent evenwel niet dat nationale autoriteiten zich dienen te transformeren in nationale spiegelbeelden van de Europese Commissie. Veeleer lijken vereisten van *due process* op supranationaal niveau ook een rol te spelen bij de definitie en handhaving van effectief nationaal mededingingstoezicht in het licht van Verordening 2003/1/EG.

Institutionele segregatievereisten worden in een dergelijke context niet alleen als veruitwendiging van *due process*-voorwaarden op nationaal niveau beschouwd, maar lijken tevens een *bestaansvoorwaarde* te vormen voor een effectief mededingingstoezicht. Als bestaansvoorwaarde vormt de eerbiediging voor (procedurele) grondrechten niet langer een correctiemechanisme op een bestaand en onvolmaakt handavingsmechanisme zoals dat van de Commissie, maar basisstandaarden in overeenstemming waarmee nationaal mededingingstoezicht georganiseerd dient te worden. Hierdoor verandert de rol van het Hof van Justitie in de verzekering van fundamentele rechten. Veeleer dan het *ex post* vinden van een correctiemechanisme om een imperfect systeem te remediëren, biedt de Europeesrechtelijke verplichting om *ex ante* te voldoen aan bepaalde fundamentele rechten de mogelijkheid voor het Hof van Justitie om de compatibiliteit van nationale toezichthouders te toetsen en zich rechtstreeks over de wenselijkheid van nationale toezichtmodellen uit te spreken. *Vebic* kan als een eerste – vooralsnog

zeer bescheiden – stap in die richting beschouwd worden.

Drie EU-conforme modellen van nationaal mededingingstoezicht

In de mate dat *Vebic* stelde dat vervolgende en beslissende taken institutioneel onderscheiden dienen te worden, lijkt het arrest drie naast elkaar bestaande modellen van effectief nationaal mededingingstoezicht toe te laten. In de drie modellen lijken bovenvermelde segregatievereisten de bestaansvoorwaarden voor effectief toezicht te vormen.

Een eerste model neemt het bestaan van onafhankelijke administratieve toezichthouders als uitgangspunt.³⁷ Onafhankelijke toezichthouders nemen daarbij niet alleen inbreuk- en boetebslissingen aan, maar participeren tevens in rechterlijke beroepsprocedures tegen hun eigen beslissingen. Als administratieve overheden of organen kunnen zij immers deelnemen aan dergelijke rechterlijke procedures. Tezeldertijd vooronderstelt het Europese Unierecht dat die toezichthouders de fasen van onderzoek/vervolgning en aanname van beslissingen institutioneel onderscheiden. Bij een eventueel beroep in rechte wordt het agentschap vertegenwoordigd als agentschap in zijn geheel, veeleer dan een onderscheid tussen vervolgende en beslissende instantie te maken in dat stadium. Dit model is het meerderheidsmodel in de lidstaten van de Europese Unie.³⁸ Ook België koos voor dit model in de nieuwe Mededingingswet. De na *Vebic* opgerichte Belgische Mededingingsautoriteit (BMA) functioneert tevens als een onafhankelijke administratieve autoriteit, waarin een zekere scheiding tussen vervolging en eindbeslissing wordt doorgevoerd.³⁹ In de beroepsprocedure in rechte treedt de autoriteit echter als eenheid op.

Het tweede model maakt een volwaardig en volledig institutioneel onderscheid tussen vervolgende en beslissende instantie.⁴⁰ In dat model staan vervolgende en beslissende instanties los van elkaar en functioneren zij

34. M. Asimow en L. Dunlop, 'The Many Faces of Administrative Adjudication in the European Union', *Administrative Law Review* 2009, 61, p. 157-158.

35. Mededeling inzake goede praktijken voor procedures op grond van de artikelen 101 en 102 VWEU, considerans 4.

36. Zie hierover reeds R. Brent, 'The Binding of Leviathan? – The Changing Role of the European Commission in Competition Cases', *International and Comparative Law Quarterly* 1995, 44, 2, p. 255-279; voor een (terechte) kritiek op dit systeem, zie I. Forrester, 'Due process in EC competition cases: a distinguished institution with flawed procedures', *European Law Review* 2009, 34, 6, p. 817.

37. Trebilcock en Iacobucci zouden dit model wellicht onderbrengen in de door hen geïdentificeerde 'integrated agency category', zie Trebilcock en Iacobucci 2010, p. 463.

38. Voor een overzicht, zie P. Van Cleynenbreugel, 'Institutional assimilation in the wake of EU competition law decentralisation', *The Competition Law Review* 2012, 3, p. 302-303.

39. Art. IV-16 Belgisch Wetboek Economisch Recht, ingevoerd door de Wet van 3 april 2013 houdende invoeging van boek IV 'Bescherming van de mededinging' en van boek V 'De mededinging en de prijsevoluties' in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek IV en aan boek V en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan boek IV en aan boek V, in boek I van het Wetboek van economisch recht, *Belgisch Staatsblad* 2013, 25216. Zie daarover Y. Van Gerven, 'De Belgische mededingingsautoriteit: een evenwichtsoefening tussen doeltreffendheid en eerlijke rechtsbedeling', in: W. Devroe, P. Wytinck en K. Geens (red.), *Mijlpalen uit het Belgisch Mededingingsrecht geannoteerd. Liber Amicorum Jules Stuyck*, Mechelen: Kluwer 2013, p. 543.

40. Dit model komt overeen met het *bifurcated judicial model* van Trebilcock en Iacobucci 2010, p. 461.

ook als twee onafhankelijke entiteiten. De vervolgende instantie stelt daarbij een dossier op dat zij vervolgens voorlegt aan de beslissende instantie, die uiteindelijk een beslissing neemt. De vervolgende instantie kan daarbij een specifiek opgericht agentschap of overheidsdepartement zijn. In dit model is de beslissende instantie meestal een rechterlijk orgaan (specialistisch administratief rechtscollege of al dan niet volwaardig onderdeel van een lidstatelijke rechterlijke macht) dat een rechterlijke beslissing neemt. In beroepsprocedures zal de vervolgende instantie opnieuw het algemeen belang verdedigen en wordt de zaak aan een (andere) rechter in beroep voorgelegd. Het mededingingstoezicht in Oostenrijk, Ierland en Finland werkt volgens dat model. Ook het toezicht op en de strafrechtelijke beteugeling van mededingingsmisdrijven naar Engels recht wordt op basis van die structuur georganiseerd.⁴¹

Het derde model kwam expliciet naar voren in *Vebic* – en nog explicieter in de conclusie van de advocaat-generaal.⁴² Dit model lijkt een variant te vormen op beide voorgaande modellen. Het stelt het bestaan van een onderscheiden rol voor vervolgende en beslissende instanties voorop, zonder deze evenwel onmiddellijk in twee verschillende autoriteiten of instanties onder te brengen (vergelijk het eerste model). Tezelfdertijd gaat het model uit van een specifieke organisatie van beroep in rechte. Daarbij speelt de vervolgende instantie – of verantwoordelijke onderzoeksafdeling of vervolgend departement binnen de mededingingsautoriteit – een vertegenwoordigende rol voor de rechter in beroep (vergelijk het tweede model). Aldus zal de dienst die verantwoordelijk is voor de vervolging gevraagd worden het eigen standpunt en dat van de autoriteit opnieuw te verdedigen voor de rechter in beroep als vertegenwoordiger van de mededingingsautoriteit. Op die manier wordt aan de vervolgende instantie een bijzondere verantwoordelijkheid opgelegd om het eigen standpunt desnoods bij te schaven in het licht van het door de beslissende afdeling genomen eindoordeel. Dat is althans wat het Hof van Justitie als mogelijke oplossing voorop leek te stellen in *Vebic*. Een dergelijke situatie creëert evenwel nieuwe vragen: betekent dit dat aan vervolgende instanties een meer onafhankelijke rol kan worden toegekend? Dienen vervolgende instanties naar EU-recht niet alleen als verweerder, maar ook als eiser tegen beslissingen van de autoriteit in rechte te kunnen optreden? Is de incorporatie van die autoriteiten in een weliswaar gesegregeerde autoriteit dan nog wel verenigbaar met de rechten op een eerlijk proces naar Europees Unierecht? Het Hof van Justitie liet al die vragen open in *Vebic*. Het Brusselse Hof van Beroep weigerde net om die redenen het Belgische model aan te passen om aldus het Auditoraat toe te laten het standpunt van de Raad ook in beroep te verdedigen. Dit zou het Auditoraat immers een rol toeken-

nen die de Belgische wetgever niet had voorzien.⁴³ De advocaat-generaal in *Vebic* zag echter geen graten in die uitgebreide verantwoordelijkheid en lijkt het derde model te verkiezen als toekomstmodel voor nationaal mededingingstoezicht.

Het derde model kent dus een belangrijke rol toe aan de vervolgende instantie, die gedurende het toezichtproces geacht wordt een soort *juridische continuïteit van opvolging van het dossier* te garanderen en daarom mogelijk het meest geschikt is om de belangen van de autoriteit in een beroepsprocedure te verdedigen. Wellicht kijkt het Hof van Justitie daarbij impliciet naar het voorbeeld van de Commissie, waar de Juridische Dienst vanaf de aanvang in mededingingsdossiers betrokken wordt. Op die manier wordt continuïteit verzekerd tijdens de gehele mededingingsprocedure binnen de Europese Commissie. In de mate dat dit beeld inderdaad correct is, wordt een belangrijke nuance aan het derde model aangebracht. Indien immers het Hof van Justitie inderdaad van oordeel is dat een zekere *organisatorisch-juridische continuïteit* moet bestaan vanaf het tijdstip van het instellen van een vervolging tot en met de verdediging van het publieke belang voor een rechter in beroep, kan het model ook impliceren dat het noodzakelijk is voor de lidstaten om een soort van ‘*gatekeeper*’ in te stellen – een juridische of andere gespecialiseerde dienst – die in alle vervolgings- en vertegenwoordigingsfasen betrokken is en aldus het standpunt van de autoriteit ook in rechte kan verdedigen in plaats van of in aanvulling op de vervolgende instantie. De plaats van een dergelijke *gatekeeper* en de verhouding ervan met de (gesegregeerde) vervolgende instantie blijft in dat verband immers onduidelijk. Het is immers onduidelijk in welke mate de *gatekeeper* de autoriteit in rechte kan vertegenwoordigen in de plaats van of in aanvulling op de vervolgende instantie. Ook blijft onzekerheid over de rol van de vervolgende instantie in de fase van beroep bestaan. In elk geval zou de erkenning van een *gatekeeper*-functie als vereiste van EU-recht betekenen dat er een nog meer doorgedreven institutionele segregatie tussen vervolgings-, beslissings- en *gatekeeper*-afdelingen binnen een mededingingsautoriteit dient plaats te vinden. Een dergelijke segregatie werd inderdaad recent door een aantal nationale autoriteiten scherper gesteld.⁴⁴ De verhouding tussen gesegregeerde vervolgings- en beslissingsinstanties en het belang van een continue *gatekeeper* die de autoriteit al dan niet (mee) in rechte vertegenwoordigt, kan voorlopig echter nog onvoldoende als een helder geformuleerde en juridisch afdwingbare verplichting van Europees Unierecht in de inrichting van effectief nationaal mededingingstoezicht beschouwd worden.

41. Zie voor concrete verwijzingen en voorbeelden Van Cleynenbreugel 2012, p. 303-304.

42. Het model zou als een tussencategorie tussen *integrated* en *bifurcated agencies* beschouwd kunnen worden en als zodanig als EU-rechtelijke vertaling van bestaande *competition agency* modellen kunnen worden beschouwd.

43. Hof van Beroep Brussel 8 november 2011, *Belgisch Staatsblad* 2011, p. 68570, punten 24-25; Van Gerven 2013, p. 537-538.

44. De UK *Office of Fair Trading* stelde in dat verband in 2012 de rol van de *Senior Responsible Officer* scherper. Die *officer* begeleidt de zaak en wordt daarin ondersteund door de Juridische Dienst. Bijkomend werd tevens een *Procedural Adjudicator* aangesteld, die een rol vergelijkbaar met die van de raadsadviseur-auditeur vervult, zie ‘A guide to the OFT’s investigation procedures in competition cases’, oktober 2012, beschikbaar op <www.of.gov.uk/shared_of/policy/OFT1263rev>.

Naar een nieuwe balans tussen effectiviteit en 'due process' in de organisatie van nationaal mededingingstoezicht?

Het arrest *Vebic* liet het Hof van Justitie toe aan te geven dat het bereid is *due process*-voorwaarden – eerbiediging van fundamentele (procedurele) rechten – te vertalen in bestaansvoorwaarden van effectief mededingingstoezicht. *Due process*-standaarden worden daarbij verheven tot Europeesrechtelijke *ex ante* vereisten voor adequaat en effectief mededingingstoezicht. Aldus lijkt het Hof van Justitie in de organisatie van nationaal mededingingstoezicht zelf rechtstreeks te willen of kunnen interveniëren en daarbij de fundamentele van nationale toezichtstructuren bij wege van EU-recht ter discussie te stellen. Dat lijkt des te meer zo omdat het Hof van Justitie op nationaal niveau niet geconfronteerd wordt met een constitutioneel verankerde toezichtstructuur – een Commissie die inbreukbeschikkingen dient aan te nemen⁴⁵ – in verhouding waartoe het enkel minimalistische correcties gegrond in *due process* kan aanreiken. Het blijft dan ook uitkijken of en hoe het Hof van Justitie in de nabije toekomst de verhouding tussen vereisten van doeltreffende handhaving van EU-mededingingsrecht en toezichtorganisatie verder vorm zal geven en verfijnen in de context van nationaal mededingingstoezicht. Ongetwijfeld *to be continued*...

45. Zie art. 105 VWEU.