

Modernisering van de EG-mededingingsregels

Marco Slotboom en Jacqueline Coumans

advocaten bij Simmons & Simmons, te Brussel en Rotterdam

Op 16 december 2002 heeft de Europese Raad van Ministers Verordening 1/2003 vastgesteld ter modernisering van het EG-mededingingsrecht.¹ De nieuwe Verordening zal de wijze waarop het Europese mededingingsrecht wordt toegepast in de Europese Unie aanzienlijk veranderen. Verordening 1/2003 dient ter vervanging van de huidige Verordening 17, die ruim veertig jaar lang de regels voor de handhaving van het EG-mededingingsrecht heeft bepaald. De nieuwe Verordening zal vanaf 1 mei 2004 van toepassing zijn.

Het doel van de hervormingen is: meer mededingingsautoriteiten de bevoegdheid te geven het EG-mededingingsrecht toe te passen, bevorderen dat mededingingszaken voor de nationale rechters in de Lidstaten worden uitgevochten, en capaciteit te creëren bij de Europese Commissie, zodat deze belangrijke kartelzaken kan aanpakken. Tot nu toe is de Commissie namelijk niet in staat gebleken om het ontheffingssysteem van art. 81 lid 3 in praktijk te brengen. Grote aantallen ontheffingsverzoeken hebben in het verleden tot steeds minder ontheffingsbeschikkingen geleid. Bovendien is het in het licht van de uitbreiding van de EU (25 staten per 1 mei 2004) noodzakelijk om de handhaving van het EG-mededingingsrecht te decentraliseren. Zonder modernisering zou deze uitbreiding het voor de commissie namelijk nog moeilijker maken om alle ontheffingsaanvragen te behandelen.

‘WETTELIJKE UITZONDERINGSDOCTRINE’

Ruim veertig jaar lang heeft het systeem gegolden dat uitsluitend de Europese Commissie op aanvraag van partijen ontheffing kon verlenen voor overeenkomsten die het kartelverbod in art. 81 lid 1 EG schonden, maar aan de ontheffingsvoorwaarden van art. 81 lid 3 EG

Binnenkort zullen nationale mededingingsautoriteiten en nationale rechters het Europese mededingingsrecht in zijn geheel mogen toepassen. Het nieuwe systeem kan leiden tot inconsistente toepassingen, indien het nieuw op te richten Europese Mededingingsnetwerk niet naar behoren zal functioneren. De nieuwe regels kunnen verbodsacties of schadevergoedingsvoorstellen bij de civiele rechter aantrekkelijker maken voor private partijen. Wel zal in Nederland het ontheffingsmonopolie van de d-g NMa moeten worden afgeschaft.

voldeden.² Zonder een dergelijke ontheffing van de Commissie waren mededingingsbeperkende overeenkomsten nietig krachtens het tweede lid van art. 81 EG en konden zij aanleiding geven tot boetes. Dit systeem van voorafgaande ontheffingen wordt per 1 mei 2004 afgeschaft.

Middelpunt van de hervormingen is het principe van de ‘wettelijke uitzondering’. Volgens dit principe wordt art. 81 EG in zijn geheel rechtstreeks toepasbaar, zonder dat ontheffing van de Commissie nodig en mogelijk is. Door de ‘wettelijke uitzonderingsdoctrine’ kun-

Art. 81 EG:

1. Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst [...]
2. De krachtens dit art. verboden overeenkomsten of besluiten zijn van rechtswege nietig.
3. De bepalingen van lid 1 van dit art. kunnen echter buiten toepassing worden verklaard
 - voor elke overeenkomst of groep van overeenkomsten tussen ondernemingen,
 - voor elk besluit of groep van besluiten van ondernemersverenigingen, en
 - voor elke onderling afgestemde feitelijke gedraging of groep van gedragingen die bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen
 - a) beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn,
 - b) de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

*Ook nationale mededingingsautoriteiten
en rechters mogen voortaan beoordelen of
een mededingingsbeperkende overeenkomst
aan de ontheffingscriteria voldoet*



Na enig speurwerk het adres gevonden: de toren waarin onder andere de NMa sinds ongeveer een jaar kantoorhoudt; Wijnhaven 24, Den Haag. Foto: Andre Klijsen

nen de mededingingsautoriteiten van de Lidstaten (waaronder de Nederlandse NMa) en de nationale rechters vanaf 1 mei 2004 zowel de verbodsbepaling van art. 81 lid 1 EG als de ontheffingsbepaling van art. 81 lid 3 EG rechtstreeks toepassen. Nationale mededingingsautoriteiten en rechters kunnen dus zelf inbreuken op art. 81 lid 1 EG vaststellen, zonder dat zij nog langer afhankelijk zullen zijn van de vraag of de Commissie een voorafgaande ontheffing zou kunnen verlenen: zij mogen voortaan zelf beoordelen of een mededingingsbeperkende overeenkomst aan de ontheffingscriteria van art. 81 lid 3 EG voldoet.

De Europese Commissie kan wel individuele opinies uitvaardigen over de vraag of belangrijke transacties, die nieuwe mededingingsrechtelijke vragen oproepen, voldoen aan de ontheffingsvoorwaarden van art. 81 lid 3 EG. Zij heeft echter een discretionaire bevoegdheid om te beslissen of zij een dergelijke opinie uitvaardigt.

In het verleden heeft de Europese Commissie tal van groepsvrijstellingen vastgesteld. Daarin worden groepen van overeenkomsten vrijgesteld van het Europese kartelverbod. Voorbeelden zijn de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten en de groepsvrijstellingen voor r&d- en specialisatieovereenkomsten.³ De bestaande groepsvrijstellingen zullen ook na 1 mei 2004 van kracht blijven.

VERPLICHTE TOEPASSING

Indien de mededingingsautoriteiten van de Lidstaten een overeenkomst of gedraging toetsen aan het mededingingsrecht (uit eigen initiatief of naar aanleiding van een klacht), zullen zij naast hun nationale recht ook het EG-mededingingsrecht moeten toepassen, wanneer er een effect op de handel tussen Lidstaten van de EG is. Volgens de

nieuwe Verordening mag het nationale mededingingsrecht bovendien geen overeenkomsten verbieden die toegestaan zijn onder het EG-mededingingsrecht.

EUROPEES MEDEDINGINGSNETWERK

Er wordt een netwerk van mededingingsautoriteiten van de Lidstaten en de Commissie opgericht, ook wel het 'Europese Mededingingsnetwerk' genoemd. Dit netwerk moet er voor zorgen (i) dat EG-mededingingszaken worden toebedeeld aan de meest geschikte mededingingsautoriteit, (ii) dat er consistentie is in de handhaving van het EG-mededingingsrecht en (iii) dat het risico wordt beperkt dat meerdere (boete)besluiten door verschillende mededingingsautoriteiten over eenzelfde overeenkomst of gedraging worden genomen. Om dit alles te bereiken zal in het kader van het Europese Mededingingsnetwerk veel informatie over lopende zaken worden uitgewisseld tussen de mededingingsautoriteiten van de Lidstaten onderling en tussen deze autoriteiten en de Europese Commissie.

Het Europese Mededingingsnetwerk zal een netwerk zijn, en niet een instelling, en het zal derhalve afhankelijk zijn van de mate waarin informatie kan worden uitgewisseld. Het Europese Mededingingsnetwerk zal alleen naar behoren functioneren als de mededingingsautoriteiten van de Lidstaten effectief zullen samenwerken, onderling en met de Europese Commissie. De Commissie zal trachten te bewerkstelligen dat het netwerk naar behoren functioneert. Voorts zal zij interveniëren in zaken die behandeld worden door nationale mededingingsautoriteiten, indien dat in het belang van de EG is. Het functioneren van het Europese Mededingingsnetwerk wordt onder meer vanwege de diversiteit in talen, tradities en nationale procedureregels als een grote uitdaging gezien.

Het risico bestaat dat de mededingingsautoriteiten van de Lidstaten naast en in plaats van de Europese Commissie het EG-mededingingsrecht inconsistent toepassen of de regels afwijkend interpreteren. Afwijkingen en inconsistenties kunnen niet worden uitgesloten omdat tal van mededingingsautoriteiten nog niet zo lang bestaan en al helemaal niet veel ervaring met het EG-mededingingsrecht

Inconsistente toepassing is niet uitgesloten omdat veel mededingingsautoriteiten nog maar weinig ervaring met het EG-mededingingsrecht hebben

hebben. Ook kunnen er afwijkingen en inconsistenties ontstaan doordat mededingingsautoriteiten van de Lidstaten wellicht geneigd zijn het EG-mededingingsrecht te zeer door hun nationaalrechtelijke bril en minder in het Europese perspectief te bezien. Voorts bestaat het risico dat meerdere mededingingsautoriteiten zich tegelijk over dezelfde zaak zullen buigen. De Commissie en de Lidstaten zullen dus belangrijke inspanningen moeten leveren om het Europese Mededingingsnetwerk naar behoren te laten functioneren.

MEER ONDERZOEKSBEVOEGDHEDEN

De Europese Commissie hoopt door de afschaffing van haar ontheffingsmonopolie meer tijd te krijgen om kartels op te sporen die het grondgebied van meerdere EG-Lidstaten bestrijken. De Commissie heeft daartoe ook meer opsporingsbevoegdheden gekregen. Met name kan zij andere plaatsen dan bedrijfsgebouwen onderzoeken, zoals de privé-woningen van bestuurders of werknemers, indien de Commissie vermoedt dat zich daar informatie bevindt waaruit een overtreding van het Europese kartelverbod volgt.

RECHTSONZEKERHEID OF VRIJHEID?

De wettelijke uitzonderingsdoctrine heeft het voordeel dat ondernemingen zelf kunnen nagaan of hun overeenkomsten al dan niet in strijd zijn met het Europese kartelverbod. Maar tegelijkertijd bestaat het risico dat ondernemingen (althans hun adviseurs) die inschatting verkeerd maken. Weliswaar bestaat er een in veertig jaar opgebouwd ontheffingsbeleid van de Commissie waarop men zich kan baseren om een inschatting te maken, maar elke transactie moet individueel worden beoordeeld in het licht van de ontheffingscriteria. Het is niet altijd evident of een mededingingsbeperkende overeenkomst voldoet aan de ontheffingscriteria van art. 81 lid 3, EG.

In geval van twijfel kan nog een opinie van de Commissie worden gevraagd, maar de Commissie is niet verplicht verzoeken te honoreren. Declaratoire vonnissen van nationale rechters, waarin wordt bepaald dat aan de criteria van art. 81 lid 3, EG is voldaan, kunnen de huidige ontheffingsbesluiten van de Commissie niet vervangen. Anders dan een ontheffingsbesluit bindt een declaratoir vonnis enkel partijen en vormt zij in feite slechts een momentopname: zij verleent geen ontheffende werking voor de toekomst.⁴

Enerzijds zou men kunnen menen dat het nieuwe systeem om al deze redenen zal leiden tot grote rechtsonzekerheid. Anderzijds zou men als voordeel van het nieuwe systeem kunnen aanvoeren dat, met de huidige groepsvrijstellingen en een steeds meer economische benadering van de mededingingsanalyse, het afschaffen van het ontheffingssysteem juist de analytische vrijheid zal scheppen waar de critici van de Commissie al lang om vragen. De toekomst zal leren hoe het nieuwe systeem van zelfonderzoek op mededingingsgebied in de praktijk zal werken.

De afschaffing van het systeem van ontheffingsverzoeken heeft nog een bijkomend belangrijk praktisch gevolg. In het nieuwe systeem hebben ondernemingen niet langer het voordeel van immuniteit voor boetes. Partijen die een mededingingsbeperkende overeenkomst sluiten, lopen het risico een boete opgelegd te krijgen die kan oplopen tot 10% van de jaar(groeps)omzet. Thans zijn partijen die een ontheffingsverzoek indienen bij de Commissie in beginsel verzekerd van immuniteit voor dergelijke boetes (vanaf het moment van melding bij de Commissie), zolang de Commissie niet heeft beslist op de ontheffingsaanvraag. Met het vervallen van de mogelijkheid om een ontheffingsverzoek in te dienen komt ook de boete-immuniteit te vervallen.

De Nederlandse wetgever dient het ontheffingsmonopolie van de d-g NMa af te schaffen

MEER RECHTZAKEN

Voortaan zullen de nationale rechters zelf kunnen beslissen of een overeenkomst voldoet aan de ontheffingsvoorwaarden van art. 81 lid 3, EG. Zij kunnen eventueel de hulp invoeren van het Europese Hof van Justitie, die zij in zogenaamde prejudiciële procedures kunnen en in hoogste instantie moeten raadplegen over openstaande vragen inzake het EG-mededingingsrecht. Verwacht wordt dat de invoering van de 'wettelijke uitzonderingsdoctrine' gerechtelijke procedures (bijvoorbeeld verbodsacties of schadevergoedingsvorderingen) op grond van art. 81 EG aantrekkelijker zal maken voor private partijen. Onder het huidige systeem moest de nationale rechter bijvoorbeeld een ontheffingsprocedure van gedaagde bij de Europese Commissie afwachten om te kunnen beslissen op een vordering dat gedaagde inbreuk maakte op het Europese kartelverbod. In de toekomst kan de nationale rechter daarentegen zelf een overeenkomst toetsen aan de ontheffingscriteria van art. 81 lid 3, EG.

De Europese Commissie zal mechanismen voorbereiden om de Europese Commissie en de mededingingsautoriteiten van de Lidstaten de mogelijkheid te geven om als *amici curiae* te interveniëren in procedures bij de nationale rechter.

AANPASSING NEDERLANDSE WET

Het Nederlandse mededingingsrecht is gestoeld op het EG-mededingingsrecht. Ook de Nederlandse Mededingingswet (Mw) kent een ontheffingssysteem: de directeur-gene-

raal (d-g) van de NMa kan een mededingingsbeperkende overeenkomst van het kartelverbod van art. 6 lid 1 Mw ontheffen, indien voldaan is aan de ontheffingscriteria van art. 17 Mw. Deze criteria zijn vrijwel gelijk aan die van art. 81 lid 3, EG. Naar onze mening zou de Nederlandse wetgever het ontheffingssysteem van de Mededingingswet uiterlijk per 1 mei 2004 in lijn met het EG-mededingingsrechtelijke systeem moeten brengen. Met andere woorden: ook het ontheffingsmonopolie van de d-g NMa zou moeten worden afgeschaft en de ontheffingscriteria van art. 17 Mw zouden rechtstreekse werking moeten krijgen.

Te betogen valt dat de nieuwe Verordening daartoe dwingt: zonder een dergelijke aanpassing zou immers het Nederlandse mededingingsrecht voor mededingingsbeperkende overeenkomsten – in strijd met de nieuwe Verordening – vanuit procedureel oogpunt strenger zijn dan het EG-mededingingsrecht. Maar zelfs al zou de nieuwe Verordening niet rechtens tot aanpassing van art. 17 Mw dwingen, dan nog is het zeer onpraktisch en omslachtig indien mededingingsbeperkende overeenkomsten in de toekomst bevrijd zullen zijn van de langdurige ontheffingsprocedures bij de Europese Commissie, maar toch nog een Nederlands ontheffingsbesluit nodig zullen hebben, voorzover de overeenkomsten mededingingsbeperkende effecten hebben in Nederland. Zonder het juk van de ontheffingsprocedures zal de NMa bovendien beter in staat zijn haar rol te spelen in het kader van het Europese Mededingingsnetwerk.

Zonder aanpassing van art. 17 Mw kan overigens misschien art. 14 Mw toch nog ondernemingen een mogelijkheid bieden om een besluit te krijgen over de vraag of hun overeenkomst voldoet aan de voorwaarden van art. 81 lid 3, EG. Krachtens art. 14 Mw geldt het verbod van art. 6 lid 1 Mw immers niet voor overeenkomsten, waarvoor een op grond van art. 81 lid 3, EG verleende ontheffing geldt. Indien ondernemingen de d-g NMa een aanvraag tot ontheffing van krachtens art. 17 Mw voorleggen, zal de d-g NMa derhalve moeten onderzoeken of de overeenkomst aan de ontheffingsvoorwaarden van art. 81 lid 3, EG voldoet met het oog op art. 14 Mw. Komt de d-g NMa tot de conclusie dat dit het geval is, dan zal hij ontheffing krachtens art. 17 Mw van het verbod van art. 6 lid 1 Mw weigeren, omdat dit verbod ingevolge art. 14 Mw niet geldt. Deze 'verkapte' mogelijkheid om een ontheffing krachtens art. 81 lid 3 EG te verkrijgen, die overigens wellicht wel enkel geldig is binnen Nederland, staat op gespannen voet met het door Verordening 1/2003 ingestelde systeem van zelfonderzoek.

IMPLEMENTATIE

Nu de onderhandelingen over Verordening 1/2003 zelf zijn afgerond, zal de aandacht in de komende achttien maanden gaan naar de implementatie ervan. De Europese Commissie zal implementatiemaatregelen vaststellen. Ook zal zij richtsnoeren uitvaardigen in de vorm van bekendmakingen, over onderwerpen als invloed op de handel tussen Lidstaten. Dergelijke richtsnoeren moeten zorgen voor een consistente mededingingspraktijk door de Commissie en de mededingingsautoriteiten en rechters van de Lidstaten. ●

NOTEN

1 Al eerder (op 26 november 2002) was politieke overeenstemming bereikt over deze verordening. De nieuwe Verordening is recentelijk gepubliceerd in Pb. 2003, L 1/1. Zie voor een bespreking van het Commissievoorstel dat aan deze Verordening ten grondslag heeft gelegen M.M. Slotboom, 'Decentralisatie van het EG-mededingingsrecht', *Advocatenblad* 2001-3.

2 Zie M.M. Slotboom, 'Europese groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten', *Advocatenblad* 2000-3 en 'Overeenkomsten tussen concurrenten soms toegestaan', *Advocatenblad* 2001-7.

3 Overigens kunnen in Nederland declaratoire vonnissen enkel worden gegeven indien de eiser er belang bij heeft dat een zodanige de wederpartij bindende verklaring reeds dadelijk door de rechter wordt gegeven.