

Uitgave  
in de Nederlandse taal

## Mededelingen en bekendmakingen

---

Nummer

Inhoud

Bladzijde

I *Mededelingen*

**Commissie**

1999/C 132/01

Witboek betreffende de modernisering van de regels inzake de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag <sup>(1)</sup> ..... 1

---

<sup>(1)</sup> Voor de EER relevante tekst.

## I

*(Mededelingen)*

## COMMISSIE

## WITBOEK

BETREFFENDE DE MODERNISERING VAN DE REGELS INZAKE DE TOEPASSING  
VAN DE ARTIKELEN 85 EN 86 VAN HET EG-VERDRAG

Programma van de Commissie nr. 99/027

(1999/C 132/01)

(Voor de EER relevante tekst)

## INHOUD

	<i>Bladzijde</i>
ANALYTISCHE SAMENVATTING .....	3
INLEIDING .....	6
HOOFDSTUK I — HISTORIEK .....	8
I. Invoering van een communautair stelsel voor de controle van mededingingsbeperkende afspraken .....	8
II. Ontwikkeling van de rol van de Commissie .....	9
III. Reeds gerealiseerde aanpassingen en hun limieten .....	10
A. Vermindering van het aantal individuele aanmeldingen .....	10
B. Snellere behandeling van verzoeken om machtiging .....	12
C. Aanmoediging van een gedecentraliseerde behandeling van klachten .....	13
HOOFDSTUK II — EEN NOODZAKELIJKE HERZIENING .....	14
I. Doelstellingen .....	14
A. Zorg voor een doeltreffende controle .....	14
1. Heroriëntering van de toepassing van artikel 85 door de Commissie .....	14
2. Decentralisatie van de toepassing van de mededingingsregels .....	15
B. Vereenvoudiging van de administratieve controle .....	15
1. Geen behoefte aan een machtigingssysteem .....	15
2. Verlichting van de verplichtingen voor de ondernemingen met voldoende garanties inzake rechtszekerheid .....	16
II. Opties .....	16
A. Verbetering van het machtigingssysteem .....	17
1. Interpretatie van artikel 85 .....	17
2. Decentralisatie van de toepassing van artikel 85, lid 3 .....	17

---

3. Uitbreiding van het toepassingsgebied van artikel 4, lid 2, van Verordening nr. 17 ...	18
4. Vereenvouding van de procedures .....	18
B. Overgang naar een systeem van een wettelijke uitzondering („exception légale”) .....	19
HOOFDSTUK III — MODERNISERING VAN DE MEDEDINGINGSREGELS .....	20
I. Afschaffing van het systeem van aanmelding en machtiging .....	20
II. Gedecentraliseerde toepassing van de mededingingsregels .....	22
A. Een nieuwe bevoegdheidsverdeling .....	22
1. Bepaling van het mededingingsbeleid door de Commissie .....	22
2. Versterking van de rol van de nationale autoriteiten bij de toepassing van de mededingingsregels .....	23
3. Versterking van de rol van de nationale rechterlijke instanties bij de toepassing van de mededingingsregels .....	24
B. Coherente en eenvormige toepassing van de mededingingsregels .....	25
1. Gevaar voor conflicten en begingselen voor de oplossing ervan .....	25
2. Mechanismen voor informatieuitwisseling en samenwerking .....	25
III. Versterking van de controle achteraf (a posteriori) .....	26
A. Versterking van de onderzoeksmogelijkheden .....	27
B. Groter belang van klachten in het nieuwe systeem .....	28
C. Sancties .....	29
IV. Overgang naar het systeem van een wettelijke uitzondering („exception légale”) .....	30
V. Sectoriële regels .....	30
CONCLUSIE .....	32

### ANALYTISCHE SAMENVATTING

1. Op het gebied van het mededingingsrecht toepasbaar op ondernemingen bevat het EG-Verdrag algemene bepalingen inzake concurrentiebeperkende overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (artikel 85) alsook inzake misbruiken van machtspositie (artikel 86). Het Verdrag kent de Raad de bevoegdheid toe om alle maatregelen te treffen teneinde deze bepalingen ten uitvoer te leggen (artikel 87).
2. In 1962 stelde de Raad Verordening nr. 17, de eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86, vast. Het is deze verordening die het controlestelsel en de uitvoeringsprocedures invoerde, die de Commissie meer dan 35 jaar lang heeft toegepast zonder dat deze enige wijziging van betekenis hebben ondergaan.
3. Bij Verordening nr. 17 werd een stelsel ingevoerd dat gebaseerd is op de rechtstreekse toepasbaarheid van de verbodsregel van artikel 85, lid 1, en de voorafgaande aanmelding van overeenkomsten ter verkrijging van een ontheffing op grond van artikel 85, lid 3. Terwijl zowel de Commissie, de nationale rechterlijke instanties en de nationale autoriteiten alle artikel 85, lid 1, kunnen toepassen, werd de bevoegdheid om op grond van artikel 85, lid 3, ontheffingen te verlenen uitsluitend aan de Commissie toegekend. Bij Verordening nr. 17 werd dus een gecentraliseerd machtigingssysteem ingevoerd voor alle overeenkomsten waarvoor een ontheffing vereist is.
4. Dit gecentraliseerd machtigingssysteem was noodzakelijk en is zeer effectief gebleken voor het creëren van een „mededingingscultuur” in Europa. We mogen niet vergeten dat in de beginjaren in grote delen van de Gemeenschap een mededingingsbeleid zo goed als onbestaande was. In de tijd toen er nog onzekerheid omtrent de interpretatie van artikel 85, lid 3, bestond en het voornaamste doel van de Commissie de integratie van de nationale markten was, vormde de gecentraliseerde toepassing van de communautaire mededingingsregels door de Commissie het enige geschikte systeem. Het stelde de Commissie in staat ervoor te zorgen dat artikel 85 in de gehele Gemeenschap op eenvormige wijze werd toegepast, en de marktintegratie te bevorderen door de ondernemingen te beletten opnieuw de barrières op te werpen die de lidstaten zelf stapsgewijs hadden afgebroken. Zo kwam tevens een geheel van regels tot stand die nu door alle lidstaten en door het bedrijfsleven als fundamenteel voor de goede werking van de interne markt worden aanvaard. Hoe belangrijk het mededingingsbeleid vandaag is, blijkt uit het feit dat elke lidstaat thans over een nationale mededingingsautoriteit beschikt om zowel het nationale en (indien zij daartoe bevoegd is) het communautaire mededingingsrecht toe te passen.
5. Dit systeem, dat zo goed heeft gewerkt in het verleden, is echter niet langer geschikt voor de huidige Gemeenschap met zijn 15 lidstaten, elf talen en meer dan 350 miljoen inwoners. De redenen voor deze onaangepastheid zijn zowel te vinden in het systeem ingesteld door Verordening nr. 17 zelf als in externe factoren die verband houden met de ontwikkeling van de Gemeenschap.
6. Wat de aan het stelsel van Verordening nr. 17 inherente redenen betreft, heeft het gecentraliseerd machtigingssysteem, gebaseerd op voorafgaande aanmelding en op het ontheffingsmonopolie van de Commissie, ertoe geleid dat de ondernemingen grote aantallen overeenkomsten in Brussel aanmelden. Omdat de nationale mededingingsautoriteiten en nationale rechterlijke nationale instanties niet bevoegd zijn om artikel 85, lid 3, toe te passen, hebben de ondernemingen dit gecentraliseerd machtigingssysteem niet alleen gebruikt om rechtszekerheid te verkrijgen, maar ook om acties voor de nationale rechterlijke instanties en mededingingsautoriteiten te dwarsbomen. Hierdoor werden de inspanningen om de decentrale toepassing van de communautaire mededingingsregels te bevorderen ondermijnd. Dit is niet bevorderlijk geweest voor een krachtdadige toepassing van het mededingingsrecht, en het heeft de pogingen om tot een gedecentraliseerde toepassing van het Gemeenschapsrecht te komen tegengewerkt. In een steeds verder geïntegreerde Gemeenschap zijn dit gebrek aan slagkracht bij de rechtshandhaving en het onvermogen om één stel gemeenschappelijke regels toe te passen schadelijk voor de belangen van de Europese industrie.

7. De Gemeenschap is sinds 1962 enorm geëvolueerd. De Gemeenschap van zes is nu een Unie van 15 lidstaten, die nog groter zal worden naarmate kandidaat-landen toetreden. De interne markt is — met al haar onvolkomenheden — een realiteit, en de Economische en Monetaire Unie is een feit.

8. De rol van de Commissie in deze nieuwe constellatie is veranderd. In het begin was haar activiteit vooral gericht op het vaststellen van regels voor overeenkomsten die een directe belemmering voor de beoogde marktintegratie vormden. Nu het recht en het beleid duidelijker zijn geworden, kan de verantwoordelijkheid voor de toepassing ervan evenwichtiger verdeeld worden tussen de Commissie en de nationale rechterlijk instanties en administratieve autoriteiten, die het voordeel hebben dat zij dichterbij de burgers en hun problemen staan. De Commissie legt zich er nu meer en meer op toe een werkzame mededinging te waarborgen door grensoverschrijdende kartels op te sporen en daaraan een einde te maken, en door marktstructuren in stand te houden waarbinnen er ruimte voor mededinging is. Zij heeft ook de uitdagingen aangenomen van de concentratiecontrole, de liberalisatie van de tot nog toe gemonopoliseerde markten en de internationale samenwerking.

9. De Commissie is slechts tegen al deze ontwikkelingen opgewassen, indien zij haar aandacht op de belangrijkste zaken kan toespitsen en op die werkgebieden waar een optreden van haar doeltreffender is dan een optreden van de nationale autoriteiten. Met dit doel heeft zij reeds meerdere maatregelen genomen, zoals de de minimis-bekendmaking voor overeenkomsten van geringe betekenis en de verschillende groepsvrijstellingsverordeningen.

10. Deze maatregelen zijn echter niet voldoende om de hierboven beschreven nieuwe uitdagingen aan te kunnen. Een gecentraliseerd toepassingssysteem, waarin een beschikking van de Commissie vereist is voor mededingingsbeperkende overeenkomsten die aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, voldoen, is niet langer houdbaar. Het hanteren van een dergelijk machtigingssysteem in de Gemeenschap van vandaag en morgen zou enorme middelen vergen en met hoge kosten voor de ondernemingen gepaard gaan. Het is absoluut noodzakelijk het systeem aan te passen om de ondernemingen van nodeloze administratieve formaliteiten te bevrijden, de Commissie in staat te stellen actiever tegen erge inbreuken op de mededingingsregels op te treden, en de toepassingsactiviteiten op nationaal niveau te bevorderen. De Gemeenschap zoals wij ze nu kennen, heeft behoefte aan een doeltreffender en eenvoudiger controlestelsel.

11. In het Witboek bespreekt de Commissie verscheidene opties voor een hervorming. Zij stelt een systeem voor dat aan de vereisten van een strikte toepassing van het mededingingsrecht, een effectieve decentralisatie, een vereenvoudiging van de procedures en eenvoudigheid bij het toepassen van de regels en het beleid in de gehele Europese Unie voldoet.

12. De voorgestelde hervorming houdt in dat het aanmeldings- en ontheffingssysteem wordt afgeschaft en wordt vervangen door een verordening van de Raad waarin wordt bepaald dat de ontheffingsregel van artikel 85, lid 3, rechtstreeks toepasselijk is, zonder voorafgaande beschikking van de Commissie. Artikel 85 in zijn geheel zou door de Commissie, de nationale mededingingsautoriteiten en de nationale rechterlijke instanties worden toegepast, zoals dit nu reeds het geval is voor artikel 85, lid 1, en artikel 86.

13. Deze hervorming zou de Commissie in staat stellen haar activiteit opnieuw toe te spitsen op de ergste inbreuken op het Gemeenschapsrecht in zaken die voor de Gemeenschap van belang zijn. Ze zou het pad effenen voor de gedecentraliseerde toepassing van de communautaire mededingingsregels door de nationale administratieve autoriteiten en nationale rechterlijke instanties en zou de ondernemingen ontlasten van administratieve verplichtingen en van overbodige kosten. Ze zou ook de toepassing van de communautaire mededingingsregels door de nationale autoriteiten stimuleren.

14. De Commissie zou in het nieuwe systeem een leidende rol blijven spelen in het uitwerken van het communautaire mededingingsbeleid. Zij zou verordeningen blijven vaststel-

len en mededelingen aannemen waarin de belangrijkste regels inzake de interpretatie van de artikelen 85 en 86 worden uiteengezet. De Commissie zou ook verbodsbeschikkingen en positieve beschikkingen blijven nemen, die als richtsnoer dienen voor de toepassing van deze bepalingen. Voorts ligt het in de bedoeling gemeenschappelijke productieondernemingen waarmee belangrijke investeringen gemoeid zijn, niet op te nemen in het nieuwe systeem maar deze onder toepassing van de procedureregels van de communautaire concentratieverordening te doen vallen.

15. In dit systeem waarin de Commissie, de nationale administratieve autoriteiten en de nationale rechterlijke instanties parallelle bevoegdheden bezitten, zou het noodzakelijk zijn bepaalde maatregelen in stand te houden die het de Commissie mogelijk maken een coherente toepassing van de regels in de gehele Gemeenschap te garanderen. Met name wordt voorgesteld dat de Commissie de macht zou behouden om een zaak aan de bevoegdheid van de nationale mededingingsautoriteiten te onttrekken en ze zelf te behandelen, indien er gevaar bestaat voor uiteenlopende beleidslijnen. Ook zou voor de nationale rechterlijke instanties een duidelijke verplichting gelden om elk conflict met de beschikkingen van de Commissie te vermijden. Verdere maatregelen worden in het Witboek uiteengezet.

16. De Commissie verzoekt de lidstaten, de andere instellingen en belanghebbende partijen haar uiterlijk op 30 september 1999 hun opmerkingen te doen toekomen op het op de laatste bladzijde vermelde adres.

## INLEIDING

1. Op de Commissie rust sinds het prille begin van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (hierna EGKS) in 1952 de taak het communautaire mededingingsbeleid te bepalen. Europa zag er toen helemaal anders uit dan zoals wij het nu, aan de vooravond van de eeuwwende en van een nieuw millennium, kennen. Na de eerste ervaringen met de EGKS begon de Commissie werkelijk een mededingingsbeleid te voeren toen zij in 1962, in het kader van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap, Verordening nr. 17 aannam. De uitdaging was niet gering: voor een gebied zo groot als een continent, en zonder dat er in de meeste lidstaten van toen enig direct aanknopingspunt voorhanden was, moest er een volkomen nieuw beleid in het leven worden geroepen waarmee twee doelstellingen moesten worden bereikt: de nationale markten moesten tot één economische ruimte samensmelten, en de mededinging moest de drijvende kracht van de economie worden.

2. Stukje bij beetje, met beschikkingen en mededelingen, en later met verordeningen, gaf de Commissie gestalte aan een mededingingsbeleid dat alle grote thema's van het economische leven bestreek. Het Hof van Justitie vervulde ten volle zijn rol: of het Hof nu een beschikking bekrachtigde of vernietigde, steeds leverde het zijn bijdrage tot een beter begrip van de mededingingsregels, die deel gingen uitmaken van het leven van de consumenten en de ondernemingen in de gemeenschappelijke markt in wording.

3. Het werk van die eerste jaren heeft rijkelijk vrucht gedragen: een sluitend beleid, een overvloedige jurisprudentie, duidelijke grondbeginselen, tot in bijzonderheden uitgewerkte regels. Of het nu gaat om de bestrijding van de meest schadelijke mededingingsbeperkende afspraken, om licenties voor de overdracht van technologie of om de distributie van goederen en diensten, op al die terreinen geeft het communautaire beleid antwoord op de problemen van de moderne economie. In de loop der jaren is het communautaire instrumentarium aangegroeid met een stelsel van concentratiecontrole, een liberalisatiebeleid voor de gemonopoliseerde sectoren en een internationaal samenwerkingsbeleid, en zijn daarnaast talrijke gerichte initiatieven genomen als reactie op nieuwe economische uitdagingen.

4. In 1999 vindt dit beleid toepassing in een wereld die zeer sterk verschilt van de wereld die de auteurs van de oprichtingsverdragen kenden. Vijftien lidstaten, één munt, één grote markt, een wereldeconomie, uitbreiding tot de landen van Midden- en Oost-Europa en Cyprus, wie had dat in 1962 kunnen voorzien? Ook op het gebied van de mededinging hebben ingrijpende veranderingen plaatsgevonden. Het beleid van de Commissie bestrijkt het gehele gamma van economische activiteiten, terwijl het nationale mededingingsbeleid van elke lidstaat vervlochten is in een communautair stelsel. Dat dit stelsel nu aan modernisering toe is, doet niet af aan de waarde ervan: het communautaire mededingingsbeleid, uit het niets geschapen, heeft het mogelijk gemaakt de grondslagen van de eengemaakte markt te leggen en de Europese economie haar dynamisme te verlenen. Wat ons nu te doen staat, is het stelsel zodanig aan te passen dat we de uitdagingen van de komende jaren aankunnen.

5. De eerste verordening inzake de toepassing van de artikelen 85 en 86, Verordening nr. 17 van de Raad, is meer dan 35 jaar oud. Ze was bedoeld voor een Gemeenschap met 170 miljoen inwoners en zes lidstaten, werkend in vier verschillende talen. Nu geldt ze, zonder ingrijpend te zijn gewijzigd, voor een Gemeenschap met 380 miljoen inwoners en 15 lidstaten, waarvan de markten reeds in zeer ruime mate geïntegreerd zijn. Bovendien zijn we de laatste jaren getuige geweest van een versnelde internationalisering van de Europese economie en speelt het mededingingsbeleid nu meestal in een mondiale context. Er zijn al wel aanpassingen aan het bestaand wettelijk kader aangebracht, maar de grenzen daarvan lijken thans te zijn bereikt. Een herziening is des te noodzakelijker omdat in het komende decennium twee grote uitdagingen aan het mededingingsbeleid zullen worden gesteld: de Eco-

nomische en Monetaire Unie, en de uitbreiding van de Gemeenschap tot de landen van Midden- en Oost-Europa en Cyprus.

6. De Economische en Monetaire Unie zal onvermijdelijk belangrijke consequenties voor het mededingingsbeleid hebben. Eerst en vooral zal ze tot een intensievere economische integratie leiden en de effecten van de interne markt op lange termijn dieper doen doorwerken door de laatste economische barrières tussen de lidstaten te helpen wegwerken. Ze zal tevens de transactiekosten, die nu nog door wisselkosten worden verzwaaard, en bijgevolg de kosten van de intracommunautaire handel in het algemeen doen dalen. Dit zal de ondernemingen tot intensiever handelsverkeer aanzetten en zo de mededinging in de gehele Unie doen toenemen. Het bestaan van één munt zal ook de prijzen doorzichtiger maken, zodat nog bestaande prijsverschillen tussen de lidstaten aan het licht komen. Misschien zullen onder toenemende concurrentiedruk sommige marktdeelnemers, in plaats van moeite te doen om zich aan de gewijzigde omstandigheden aan te passen, zich laten verleiden tot protectionistisch gedrag als compensatie voor hun gebrek aan concurrentiekracht in een nieuwe constellatie. Tenslotte kan het feit dat bepaalde lidstaten, althans tijdelijk, buiten de Monetaire Unie blijven, ondernemingen ertoe aanzetten hun markten af te schermen.

7. In het licht van de uitbreiding van de Gemeenschap is er tevens een versterking van het mededingingsbeleid noodzakelijk om krachtadiger te kunnen optreden tegen kartelvorming en misbruiken van machtspositie. Er zijn in de kandidaat-landen met name zeer veel ondernemingen die als erfgenaam van een staatsmonopolie een machtspositie bekleden, en die wel eens in de verleiding zouden kunnen komen daarvan misbruik te maken om hun gebrek aan concurrentiekracht te compenseren. Ook de traditie van de planeconomie betekent een potentieel gevaar, omdat dat systeem mededingingsbeperkende afspraken tussen „concurrenten” in de hand werkte. Bij elk voorstel tot wijziging van de procedureregels inzake mededinging moet er rekening mee worden gehouden dat de betrokken staten, waarvan de administratieve structuur nog zeer ver van concepten als vrije markt en ondernemersvrijheid afstaat, die regels zullen moeten toepassen als deel van de communautaire wetgeving. Bovendien zal de uitbreiding automatisch het aantal gevallen van kartelvorming en misbruik van machtspositie die onder het Gemeenschapsrecht kunnen vallen, doen toenemen. In een Europa met meer dan 20 lidstaten kan het mededingingsbeleid zijn doeltreffendheid slechts behouden, indien de regels inzake de toepassing van de artikelen 85 en 86 worden gemoderniseerd.

8. De mondialisering van de economie vormt een andere uitdaging voor de mededingingsautoriteiten. Hoewel deze evolutie in beginsel bevorderlijk voor de mededinging is, omdat ze tot de openstelling en integratie van markten op een ruimere schaal dan die van de Gemeenschap leidt, worden de mededingingsautoriteiten als gevolg ervan geconfronteerd met kartels of concurrentiebeperkende praktijken die erop gericht zijn kunstmatige barrières op te werpen tussen de grote regio's van de wereldmarkt die aldus ontstaat. Dit kan het geval zijn wanneer grote ondernemingen verticale afspraken maken om hun markt af te sluiten, wanneer zij markten onderling verdelen of bij het sluiten van contracten op wereldschaal misbruik van hun machtspositie maken. Deze praktijken zijn over het algemeen complex, vergen veel onderzoek en samenwerking met andere mededingingsautoriteiten, en berokkenen, indien ze ongestraft blijven, de economie en de consumenten des te meer schade omdat ze op zeer ruime geografische schaal worden toegepast.

9. In deze nieuwe economische constellatie, zowel in de Gemeenschap als in de wereld, is het behoud van Verordening nr. 17 zoals deze in 1962 werd geconcipteerd, met haar sterk gecentraliseerd systeem van voorafgaande controle, niet langer verenigbaar met de doelstelling van een doeltreffend toezicht op de mededinging. Dit Witboek zet de overwegingen van de Commissie hierover uiteen en heeft als doelstelling de reacties van alle belanghebbenden te bewerkstelligen, hetgeen noodzakelijk is voordat formeel een voorstel voor een nieuwe verordening aan de Raad kan worden voorgelegd.



## HOOFDSTUK I

## HISTORIEK

## I. Invoering van een communautair stelsel voor de controle van mededingingsbeperkende afspraken

10. In het verslag-Spaak<sup>(1)</sup> was in het hoofdstuk over het mededingingsbeleid de noodzaak beklemtoond om er in het Verdrag duidelijk voor te zorgen dat monopoliesituaties of -praktijken de verwezenlijking van de fundamentele doelstellingen van de gemeenschappelijke markt<sup>(2)</sup> niet in de weg zouden staan. De auteurs van het verslag verstonden onder „monopolie” zowel het bezit van een machtspositie door een onderneming als het maken van concurrentiebeperkende afspraken. Deze benadering werd overgenomen in het Verdrag van Rome, waarin het ondernemen met een machtspositie wordt verboden daarvan misbruik te maken (artikel 86 van het EG-Verdrag), en concurrentiebeperkende afspraken aan een algemeen verbod worden onderworpen en ab initio nietig worden verklaard (artikel 85 van het EG-Verdrag). In artikel 85, leden 1 en 2, is aldus bepaald: „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. *Krachtens dit artikel verboden overeenkomsten of besluiten zijn van rechtswege nietig.*”

11. Terwijl de nationale delegaties te Messina alle voorstander waren van een op het verbodsbeginsel gebaseerd stelsel, met name omdat volgens hen de preventieve werking van zo'n stelsel garanties bood voor de doeltreffendheid ervan, ondervonden degenen die over het Verdrag onderhandelden meer moeilijkheden toen zij moesten bepalen onder welke voorwaarden het verbod van artikel 85, lid 1, zou kunnen worden opgeheven. Er waren twee systemen denkbaar: een machtigingssysteem of een systeem van een wettelijke uitzondering („exception légale”). In een machtigings-

systeem kan het wettelijk verbod slechts door een daartoe bevoegde openbare autoriteit worden opgeheven, bij wege van een rechtscheppende beschikking die het verbod opheft. De logica van het machtigingssysteem wil dat overeenkomsten nietig zijn zolang ze niet door de bevoegde autoriteit zijn goedgekeurd. In een systeem van een wettelijke uitzondering („exception légale”) geldt het verbod van concurrentiebeperkende overeenkomsten niet voor die overeenkomsten welke aan bepaalde in de wet vastgestelde voorwaarden voldoen. Het geheel van die voorwaarden dient te worden geïnterpreteerd als een uitzondering op het verbodsbeginsel. Concurrentiebeperkende overeenkomsten die aan de wettelijke voorwaarden voldoen, zijn dus geldig vanaf de sluiting ervan.

12. De tekst van artikel 85, lid 3, is het resultaat van een compromis tussen de delegaties die een systeem van een wettelijke uitzondering wensten, en die welke een systeem van voorafgaande machtiging verdedigden. Terwijl de voorstanders van een machtigingssysteem de voorkeur gaven aan een redactie in de zin van „mededingingsbeperkende afspraken kunnen geldig worden verklaard”, werd uiteindelijk overeenstemming bereikt over een negatieve formulering: „de bepalingen van lid 1 kunnen buiten toepassing worden verklaard”. Met deze negatieve formulering is in artikel 85, lid 3, aan de communautaire wetgever de vrijheid gelaten om tussen een machtigingssysteem en een systeem van een wettelijke uitzondering te kiezen.

13. De definitieve keuze van een stelsel voor de controle van mededingingsbeperkende afspraken is dus aan de communautaire wetgever overgelaten. Inderdaad, in artikel 87 is aan de Raad de taak opgedragen om, op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement, de toepassingsmodaliteiten van artikel 85, lid 3, vast te stellen met inachtneming van de noodzaak, enerzijds een doeltreffend toezicht te verzekeren, anderzijds de administratieve controle zoveel mogelijk te vereenvoudigen. De Raad kan deze controle zodanig organiseren dat een voorafgaande machtiging vereist is, of beslissen dat voorafgaandelijk een administratief besluit dient te worden genomen.

14. In artikel 87, lid 1, is bovendien aan de Raad de bevoegdheid toegekend om alle verordeningen of richtlijnen, dienstig voor de toepassing van de beginselen neergelegd in de artikelen 85 en 86, vast te stellen. Te dien einde diende de Commissie op 28 oktober 1960 een voorstel voor een verordening<sup>(3)</sup> bij de Raad in. In de korte toelichting bij dat voorstel

<sup>(1)</sup> „Comité Gouvernemental” in het leven geroepen door de Conferentie van Messina, Rapport des chefs de délégation aux Ministres des Affaires Etrangères, 21.4.1956 (blz. 53-60).

<sup>(2)</sup> Het rapport preciseerde dat de in het Verdrag ingeschreven principes moesten „permettre à la Commission européenne de prendre des règlements généraux d'exécution [...] qui auront pour objet d'élaborer des règles détaillées concernant la discrimination, d'organiser un contrôle des opérations de concentration et de mettre en pratique une interdiction des ententes qui auraient pour effet une répartition ou une exploitation des marchés, une limitation de la production ou du progrès technique”. (t.a.p., blz. 56).

<sup>(3)</sup> Document IV/COM(60) 158 def. van 28.10.1960.

werd uiteengezet welke de drie belangrijkste doelstellingen waren die bij de opstelling ervan primeerden: de controleautoriteiten betere middelen ter beschikking stellen om informatie te verkrijgen, ervoor zorgen dat artikel 85 in de zes lidstaten op voldoende homogene wijze werd toegepast, en de voorwaarden scheppen voor toereikende rechtszekerheid ten behoeve van de ondernemingen. Die drie doelstellingen waren in de situatie van de vroege jaren zestig niet gemakkelijk te bereiken.

15. In de eerste plaats was het geen gemakkelijke opgave ervoor te zorgen dat de — nationale en communautaire — mededingingsautoriteiten over de nodige informatie beschikten, in een tijd toen de diensten van de Commissie, en meer bepaald het met het mededingingsbeleid belaste directoraat-generaal, geen voldoende kennis van de markten en van de aard van de mededingingsbeperkende afspraken of andere concurrentiebeperkende praktijken bezaten. De slachtoffers van inbreuken op de mededingingsregels dachten er helemaal niet aan bij de Commissie een klacht in te dienen, en zij gingen zich slechts zeer geleidelijk op het Gemeenschapsrecht beroepen. Bovendien waren de mededingingsautoriteiten van de lidstaten, voorzover zij al bestonden, nog jong en onervaren. Ook de nationale rechterlijke instanties kregen zeer weinig mededingingszaken te behandelen.

16. Daarom werd, om ervoor te zorgen dat de Commissie de nodige informatie zou verkrijgen en om de ondernemingen voldoende rechtszekerheid te waarborgen, bij Verordening nr. 17 een machtigingsmechanisme ingevoerd dat normaal vereist dat men zich voorafgaandelijk tot de Commissie wendt, door middel van een aanmelding van een mededingingsbeperkende afspraak. De verordening stelt de voorafgaandelijke aanmelding van mededingingsbeperkende afspraken niet verplicht, maar bepaalt dat ondernemingen die een beroep willen doen op artikel 85, lid 3, verplicht zijn hun mededingingsbeperkende afspraken bij de Commissie aan te melden (met uitzondering van de overeenkomsten die op grond van artikel 4, lid 2, van aanmelding ontheven zijn). De ontheffingsbeschikkingen hebben een rechtscheppend karakter en kunnen terugwerkende kracht hebben tot de datum van de aanmelding, maar niet verder (artikel 6, lid 1 van Verordening nr. 17).

17. In de tweede plaats vereiste een coherente ontwikkeling van de interpretatie van artikel 85, lid 3, aanvankelijk een zekere centralisatie van de controle. Dit werd bereikt door de Commissie de uitsluitende bevoegdheid toe te kennen om de bepalingen van artikel 85, lid 1, voor een mededingingsbeperkende afspraak buiten toepassing te verklaren (artikel 9, lid 1, van Verordening nr. 17). Deze uitsluitende bevoegdheid werd bovendien nog versterkt door het mechanisme dat een zaak automatisch aan de bevoegdheid van de nationale autoriteiten wordt onttrokken zodra

een communautaire procedure wordt ingeleid (artikel 9, lid 3, van Verordening nr. 17).

18. In de derde plaats was de rechtszekerheid van de ondernemingen precair, omdat concurrentiebeperkende afspraken ingevolge artikel 85, lid 2, van het Verdrag door absolute nietigheid werden getroffen en omdat artikel 85 zeer algemeen was geformuleerd en de draagwijdte van de bepaling nog niet door communautaire jurisprudentie, vrijstellingsverordeningen en de beschikkingspraktijk van de Commissie was verduidelijkt. Bovendien bood in die tijd de nationale wetgeving, die voorzover ze al bestond zeer heterogeen was, de ondernemingen of de rechterlijke instanties nauwelijks houvast bij de interpretatie van het Gemeenschapsrecht. Inderdaad, noch Italië noch Luxemburg beschikte over een mededingingswetgeving, terwijl België en Nederland hadden gekozen voor een stelsel van misbruikcontrole<sup>(4)</sup>, dat de bestraffing van onwettige overeenkomsten slechts toeliet vanaf de datum waarop de mededingingsautoriteit de inbreuk vaststelde. Alleen de Duitse en Franse wetgeving berustte, zoals het Gemeenschapsrecht, op een verbodsbeginsel, maar de Duitse wet had een machtigingssysteem voor afspraken tussen concurrenten ingevoerd (GWB van 27 juli 1957), terwijl de Franse wet voorzorg in een systeem van een wettelijke uitzondering (Franse ordonnantie nr. 45-1483 van 30 juni 1945).

## II. Ontwikkeling van de rol van de Commissie

19. Sinds de jaren zestig is de rol van de Commissie veel belangrijker en het aantal zaken veel groter geworden door het gecombineerde effect van de marktintegratie, de toetreding van nieuwe lidstaten, de sluiting van samenwerkingsovereenkomsten met derde landen en tenslotte de mondialisering van de economie.

20. Het toepassingsgebied van het communautaire mededingingsrecht berust op het criterium van de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten. De totstandbrenging van de interne markt en de geleidelijke integratie van de nationale markten hebben dus onvermijdelijk geleid tot een toename van het aantal zaken die onder het Gemeenschapsrecht vallen. In een geïntegreerde markt kunnen immers zelfs afspraken tussen ondernemingen in één en dezelfde lidstaat een directe of indirecte, daadwerkelijke of potentiële invloed op de intracommunautaire handel hebben en bijgevolg onder toepassing van het Gemeenschapsrecht vallen.

<sup>(4)</sup> Belgische wet van 20 mei 1960 tot bescherming tegen misbruik van economische machtspositie, en Nederlandse wet van 28 juni 1956.

21. De opeenvolgende toetredingen van nieuwe lidstaten hebben automatisch effect gehad op de omvang van de bevoegdheid van de Commissie. De Gemeenschap, opgericht in 1957 door zes lidstaten, telt er vandaag 15 en zal er weldra meer dan 20 tellen. Deze uitbreidingen hebben niet tot enige wijziging van betekenis van Verordening nr. 17 geleid. Bij de toetreding van Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk<sup>(5)</sup> werd alleen een artikel 25 aan de verordening toegevoegd, dat bepaalde dat de datum van toetreding als datum van inwerkingtreding van de verordening gold en dat overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die als gevolg van de toetreding onder artikel 85 van het Verdrag vielen, binnen een termijn van zes maanden dienden te worden aangemeld. Bij de toetreding van Griekenland<sup>(6)</sup>, en bij die van Spanje en Portugal<sup>(7)</sup> werd enkel bepaald dat de regels die bij de voorgaande toetredingen waren toegepast, op overeenkomstige wijze van toepassing waren. Dezelfde regels werden overgenomen bij de toetreding van Oostenrijk, Zweden en Finland<sup>(8)</sup>, behalve voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die op de datum van toetreding onder toepassing van artikel 53 van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte<sup>(9)</sup> vielen.

22. Daarnaast hebben ook de overeenkomsten die met derde landen werden gesloten, zowel overeenkomsten die aan een toetreding voorafgingen als gewone vrijhandelsakkoorden, tot een uitbreiding van de territoriale bevoegdheid van de Commissie op het gebied van de mededinging geleid. In de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte zijn regels opgenomen die naar het model van de artikelen 85 en 86 zijn opgesteld, en is de Commissie aangewezen als de bevoegde autoriteit voor een groot gedeelte van de gevallen waarin de handel op het door de Overeenkomst bestreken grondgebied ongunstig wordt beïnvloed.

23. De rol van de Commissie is dus sinds de jaren zestig aanzienlijk uitgebreid, zonder dat er iets is veranderd aan de wijze waarop zij optreedt. Procedure-regels die waren bedoeld voor een Gemeenschap met zes lidstaten, zijn nu, zonder dat ze enige wijziging van

<sup>(5)</sup> Documenten betreffende de toetreding tot de Europese Gemeenschappen van het Koninkrijk Denemarken, Ierland, het Koninkrijk Noorwegen en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, speciale editie (PB L 73 van 27.3.1972, blz. 92).

<sup>(6)</sup> Documenten betreffende de toetreding van de Helleense Republiek tot de Europese Gemeenschappen (PB L 291 van 19.11.1979, blz. 93).

<sup>(7)</sup> Documenten betreffende de toetreding van het Koninkrijk Spanje en de Portugese Republiek tot de Europese Gemeenschappen (PB L 302 van 15.11.1985, blz. 165).

<sup>(8)</sup> Documenten betreffende de toetreding van het Koninkrijk Noorwegen, de Republiek Oostenrijk, de Republiek Finland en het Koninkrijk Zweden tot de Europese Unie (PB C 241 van 29.8.1994, blz. 57).

<sup>(9)</sup> (PB L 1 van 3.1.1994, blz. 1).

betekenis hebben ondergaan, op 15 lidstaten van toepassing.

### III. Reeds gerealiseerde aanpassingen en hun limieten

24. Het bij Verordening nr. 17 ingevoerde controlestelsel beantwoordde aan de drie belangrijkste doelstellingen die de Commissie toen vooropgesteld had (verkrijging van informatie door de controleautoriteiten, homogene toepassing van de mededingingsregels in de Gemeenschap en rechtszekerheid voor de ondernemingen). Dankzij dit stelsel kon een samenhangend geheel van regels worden uitgewerkt en konden deze op eenvormige wijze in de Gemeenschap worden toegepast, hetgeen in grote mate heeft bijgedragen tot de totstandbrenging van de interne markt. Vandaag echter worden de beperkingen ervan duidelijk. Het systeem van voorafgaande controle dat inherent is aan de bij Verordening nr. 17 ingevoerde machtigingsregeling, leidde ertoe dat ondernemingen hun afspraken stelselmatig bij de Commissie gingen aanmelden, zodat deze zeer vlug moest vaststellen dat het haar, met haar beperkte administratieve middelen, materieel onmogelijk was de duizenden zaken die bij haar aanhangig gemaakt waren, met een formele beschikking af te handelen. Volgens Verordening nr. 17 is immers voor het geven van een ontheffingsbeschikking niet alleen vereist dat passende onderzoeksmaatregelen worden genomen, maar ook dat een bekendmaking wordt gepubliceerd — op het ogenblik in elf talen — in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* (artikel 19, lid 3, van Verordening nr. 17) zodat derden hun opmerkingen kunnen maken, dat het adviescomité over de ontwerpbeschikking wordt geraadpleegd, dat de Commissie de beschikking vaststelt en dat deze in de elf talen in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* wordt gepubliceerd.

25. Het stelsel van voorafgaande controle van Verordening nr. 17, de beperktheid van de administratieve middelen en de ingewikkeldheid van de besluitvormingsprocedures leidden er tezamen toe dat de Commissie reeds in 1967 voor een berg van 37 450 zaken stond, die zich sinds de inwerkingtreding van de verordening vier jaar voordien hadden opgestapeld. Het bleek dus absoluut noodzakelijk bepaalde aanpassingen aan het van kracht zijnde controlestelsel aan te brengen om het aantal individuele aanmeldingen te beperken, de behandeling van de verzoeken tot machtiging sneller te laten verlopen en in sommige gevallen de indieners van klachten ertoe aan te zetten zich tot de nationale rechterlijke instanties of nationale administratieve autoriteiten te wenden.

#### A. VERMINDERING VAN HET AANTAL INDIVIDUELE AANMELDINGEN

26. De Commissie heeft in de loop der jaren verschillende maatregelen genomen om het aantal aanmeldingen ter verkrijging van een negatieve verklaring of een vrijstelling te verminderen.

27. In haar eerste formele beschikking op grond van artikel 85<sup>(10)</sup> introduceerde de Commissie het begrip „merkbare beperking van de mededinging”, waarmee zaken van minder belang buiten het toepassingsgebied van artikel 85, lid 1, konden worden gebracht. Het Hof van Justitie bekrachtigde dit begrip in de zaak *Völk/Vervaeke*<sup>(11)</sup>. Zich baserend op dit arrest, kwantificeerde de Commissie dit begrip, als richtsnoer, in haar bekendmaking inzake overeenkomsten van geringe betekenis van 1970<sup>(12)</sup>, waarvan de tweede paragraaf luidt als volgt: „*Naar de mening van de Commissie vallen overeenkomsten die slechts in geringe mate afbreuk doen aan de handel tussen lidstaten of aan de mededinging, niet onder het kartelverbod [...]. Overeenkomsten zijn slechts verboden, indien zij een merkbare invloed hebben op de toestand op de markt [...]*”. Deze bekendmaking, die werd aangepast in 1977<sup>(13)</sup>, in 1986<sup>(14)</sup> en in 1997<sup>(15)</sup>, heeft het mogelijk gemaakt het aantal aanmeldingen van afspraken die niet schadelijk voor de mededinging zijn, te verminderen.

28. Vanaf 1962 maakte de Commissie gebruik van bekendmakingen om te verduidelijken onder welke voorwaarden bepaalde afspraken normaal geen beperking van de mededinging tot doel of tot gevolg hebben en derhalve niet onder het verbod van artikel 85, lid 1, vallen. In 1962 werd een bekendmaking met betrekking tot alleenverkoopovereenkomsten met handelsagenten en commissionairs<sup>(16)</sup> gepubliceerd, gevolgd in 1968 door een bekendmaking inzake overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen betreffende samenwerking tussen ondernemingen<sup>(17)</sup>. In 1978 werd een bekendmaking aangenomen betreffende de beoordeling van toeleveringsovereenkomsten in het licht van artikel 85, lid 1<sup>(18)</sup>, en in 1993 een bekendmaking betreffende de beoordeling van gemeenschappelijke ondernemingen met het karakter van een samenwerkingsverband op grond van artikel 85<sup>(19)</sup>. Deze bekendmakingen, die de ondernemingen in staat moeten stellen, eventueel met de hulp van hun adviseurs, zelf te beoordelen of de mededingingsbeperkende afspraken waarbij zij betrokken zijn, met het Gemeenschapsrecht verenigbaar zijn, hebben tot een zekere vermindering van het aantal verzoeken om een negatieve verklaring op grond van artikel 2 van Verordening nr. 17 geleid.

<sup>(10)</sup> Beschikking 64/344/EEG van de Commissie van 1 juni 1964 met betrekking tot een overeenkomstig artikel 2 van Verordening nr. 17 ingediend verzoek tot afgifte van een negatieve verklaring (zaak *Grosfillex-Fillistorf*) (PB 64 van 10.6.1964, blz. 1426/64).

<sup>(11)</sup> HvJEG, 9 juli 1969, zaak 5/69, F. *Völk/Ets J. Vervaecke S.P.R.L.*, Jurispr. 1969, blz. 295, rechtsoverweging 7.

<sup>(12)</sup> PB C 64 van 2.6.1970, blz. 1.

<sup>(13)</sup> Bekendmaking van de Commissie van 19 december 1977 (PB C 313 van 29.12.1977, blz. 3).

<sup>(14)</sup> PB C 231 van 12.9.1986, blz. 2.

<sup>(15)</sup> PB C 372 van 9.12.1997, blz. 13.

<sup>(16)</sup> PB 139 van 24.12.1962, blz. 2921/62.

<sup>(17)</sup> PB C 75 van 29.7.1968, blz. 3, gerectificeerd in PB C 84 van 28.8.1968, blz. 14.

<sup>(18)</sup> PB C 1 van 3.1.1979, blz. 2.

<sup>(19)</sup> PB C 43 van 16.2.1993, blz. 2.

29. Om het aantal individuele verzoeken om vrijstelling te beperken, heeft de Commissie voorts, daartoe gemachtigd door de Raad, een reeks groepsvrijstellingsverordeningen vastgesteld. Volgens artikel 85, lid 3, kunnen de bepalingen van artikel 85, lid 1, namelijk buiten toepassing worden verklaard voor groepen van overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen. De „buitentoepassingverklaring” vloeit dan voort uit een verordening waarin is bepaald welke kenmerken de daarin bedoelde mededingingsbeperkende afspraken moeten bezitten om zonder voorafgaand onderzoek te kunnen worden geacht aan de voorwaarden van de afwijkingsbepaling van lid 3 te voldoen. Artikel 87 van het Verdrag bepaalt dat de Raad alle verordeningen of richtlijnen, dienstig voor de toepassing van de beginselen neergelegd in de artikelen 85 en 86, vaststelt. Op die grondslag heeft de Raad tot dusver drie machtigingsverordeningen vastgesteld, met name Verordening nr. 19/65<sup>(20)</sup>, Verordening (EEG) nr. 2821/71<sup>(21)</sup> en Verordening (EEG) nr. 1534/91<sup>(22)</sup>, die de Commissie de bevoegdheid toekennen om het verbod van artikel 85, lid 1, voor bepaalde groepen van overeenkomsten buiten toepassing te verklaren.

30. Op heden zijn vijf groepsvrijstellingsverordeningen voor verticale overeenkomsten en overeenkomsten inzake technologieoverdracht van kracht, die vastgesteld werden door de Commissie op basis van Verordening nr. 19/65;

— Verordening (EEG) nr. 1983/83 van 22 juni 1983 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, op groepen alleenverkoopovereenkomsten<sup>(23)</sup>;

— Verordening (EEG) nr. 1984/83 van 22 juni 1983 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, op groepen exclusieve-afnameovereenkomsten<sup>(24)</sup>;

— Verordening (EG) nr. 1475/95 van 28 juni 1995 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, op groepen afzet- en klantenserviceovereenkomsten inzake motorvoertuigen<sup>(25)</sup>;

<sup>(20)</sup> PB 36 van 6.3.1965, blz. 533.

<sup>(21)</sup> Verordening (EEG) nr. 2821/71 van de Raad (PB L 285 van 29.12.1971, blz. 46), gewijzigd bij Verordening (EEG) nr. 2743/72 (PB L 191 van 28.12.1972, blz. 144).

<sup>(22)</sup> Verordening (EEG) nr. 1534/91 van de Raad (PB L 143 van 7.6.1991, blz. 1).

<sup>(23)</sup> PB L 173 van 30.6.1983, blz. 1, gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1582/97 van de Commissie (PB L 214 van 6.8.1997, blz. 27).

<sup>(24)</sup> PB L 173 van 30.6.1983, blz. 5, gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1582/97 van de Commissie (PB L 214 van 6.8.1997, blz. 27).

<sup>(25)</sup> PB L 145 van 29.6.1995, blz. 25.

- Verordening (EEG) nr. 4087/88 van 30 november 1988 inzake de toepassing van artikel 85, lid 3, op groepen franchiseovereenkomsten<sup>(26)</sup>; en
- Verordening (EG) nr. 240/96 van 31 januari 1996 inzake de toepassing van artikel 85, lid 3, op groepen overeenkomsten betreffende technologieoverdracht<sup>(27)</sup>.

In het kader van de herziening van haar beleid inzake verticale afspraken heeft de Commissie bij de Raad een voorstel ingediend voor een verordening waarbij Verordening nr. 19/65 wordt gewijzigd teneinde aan de Commissie de noodzakelijke bevoegdheden toe te kennen om één groepsvrijstellingsverordening voor alle verticale overeenkomsten vast te stellen<sup>(28)</sup>.

31. Op grond van de machtiging die de Raad haar bij Verordening (EEG) nr. 2821/71 heeft verleend, heeft de Commissie twee groepsvrijstellingsverordeningen voor bepaalde categorieën van horizontale overeenkomsten vastgesteld, namelijk:

- Verordening (EEG) nr. 417/85 van 19 december 1984 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, op groepen specialisatieovereenkomsten<sup>(29)</sup>; en
- Verordening (EEG) nr. 418/85 van 19 december 1984 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, op groepen onderzoek- en ontwikkelingsovereenkomsten<sup>(30)</sup>.

32. Bij Verordening (EEG) nr. 1534/91 tenslotte is aan de Commissie machtiging verleend om specifiek voor de verzekeringssector een groepsvrijstellingsverordening vast te stellen: Verordening (EEG) nr. 3932/92 van 21 december 1992 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, op bepaalde groepen van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de verzekeringssector<sup>(31)</sup>.

33. Door deze groepsvrijstellingsverordeningen is het aantal individuele verzoeken tot ontheffing aanzienlijk verminderd.

<sup>(26)</sup> PB L 359 van 28.12.1988, blz. 46.

<sup>(27)</sup> PB L 31 van 9.2.1996, blz. 2.

<sup>(28)</sup> PB C 365 van 26.11.1998, blz. 27.

<sup>(29)</sup> PB L 53 van 22.2.1985, blz. 1, gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 2236/97 van de Commissie (PB L 306 van 11.11.1997, blz. 12).

<sup>(30)</sup> PB L 53 van 22.2.1985, blz. 5, gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 2236/97 van de Commissie (PB L 306 van 11.11.1997, blz. 12).

<sup>(31)</sup> PB L 398 van 31.12.1992, blz. 7.

## B. SNELLERE BEHANDELING VAN VERZOEKEN OM MACTHIGING

34. Zoals eerder opgemerkt, moet de Commissie voor het geven van een formele beschikking een omslachtige procedure volgen. Al zeer snel bleek dat dit moeilijk doenbaar was voor alle zaken die de Commissie te behandelen kreeg. Om de verzoeken om machtiging sneller te kunnen afhandelen, zijn de diensten van de Commissie dan ook in de eerste helft van de jaren zeventig de methode gaan toepassen van het afsluiten van zaken met een administratieve brief. In een administratieve brief wordt aan de onderneming meegedeeld dat op grond van de gegevens waarover de Commissie beschikt, de aangemelde mededingingsregeling hetzij niet onder toepassing van artikel 85, lid 1, valt (brief van het type negatieve verklaring), hetzij aan de voorwaarden voor een ontheffing voldoet (brief van het type ontheffing). De administratieve brieven worden ondertekend door een directeur van het Directoraat-generaal Concurrentie. Door gebruik te maken van administratieve brieven verloopt de behandeling van de zaken aanzienlijk sneller, omdat in de regel de voorschriften inzake openbaarmaking voorzien in de artikelen 19 en 21 van Verordening nr. 17 niet behoeven te worden nageleefd, het adviescomité niet formeel behoeft te worden geraadpleegd, en omdat bovendien het vertaalwerk vermindert dat in die fasen van de procedure vereist is. Het gebruik van administratieve brieven heeft zich zeer snel uitgebreid en hun aantal bedraagt op het ogenblik 150 tot 200 per jaar. Vandaag de dag wordt bij meer dan 90% van de aanvragen de zaak op informele wijze afgesloten (met een administratieve brief of zonder eigenlijke beslissing<sup>(32)</sup>).

35. De methode van de administratieve brief is nuttig gebleken en wordt over het algemeen goed aanvaard, maar er kleven twee grote bezwaren aan. Enerzijds voldoen administratieve brieven niet aan de vereisten van openbaarheid en doorzichtigheid die in beginsel moeten gelden voor administratieve besluiten. Het gebeurt inderdaad zelden dat, vóór het verzenden van een administratieve brief, overeenkomstig artikel 19, lid 3, van Verordening nr. 17 een bekendmaking in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* plaatsvindt om derden in de gelegenheid te stellen hun opmerkingen te maken. Anderzijds heeft het Hof van Justitie in zijn arrest van 10 juli 1980<sup>(33)</sup> verduidelijkt wat de juridische waarde van administratieve brieven is: het zijn geen beschikkingen houdende een negatieve verklaring, noch beschikkingen tot toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, en ze zijn niet bindend voor de nationale rechterlijke instanties waarvoor de onverenigbaarheid van de betrokken overeenkomsten met artikel 85 wordt ingeroepen. Ze vormen een feitelijk gegeven

<sup>(32)</sup> Elk jaar wordt een groot aantal zaken zonder meer afgesloten: het kan gaan om klachten of aanvragen die worden ingetrokken of die overbodig zijn geworden.

<sup>(33)</sup> HvJEG, 10 juli 1980, zaak 99/79, SA Lancôme en Cosparfrance Nederland BV/Etos BV en Albert Heyn Supermarkt BV, Jurispr. 1980, blz. 2511.

waarmee de nationale rechterlijke instanties en nationale administratieve autoriteiten over het algemeen rekening houden.

C. AANMOEDIGING VAN EEN  
GEDECENTRALISEERDE BEHANDELING VAN  
KLACHTEN

36. De enige uitsluitende bevoegdheid die bij artikel 9, lid 1, van Verordening nr. 17 aan de Commissie is toegekend, is de bevoegdheid om de bepalingen van artikel 85, lid 1, overeenkomstig artikel 85, lid 3, buiten toepassing te verklaren. De nationale rechterlijke instanties en de bevoegde autoriteiten van de lidstaten kunnen artikel 85, lid 1, en artikel 86 van het Verdrag toepassen en in het bijzonder uitspraak doen over vorderingen en verzoeken die op het Gemeenschapsrecht zijn gebaseerd. De Commissie heeft herhaaldelijk verklaard dat zij graag zou zien dat het communautaire mededingingsrecht op ruimere schaal centraal wordt toegepast, zowel door de administratieve autoriteiten als door de rechterlijke instanties.

37. Het Hof van Justitie verklaarde reeds in 1974 in de zaak BRT<sup>(34)</sup> dat de verboden van artikel 85, lid 1, en artikel 86 naar hun aard rechtstreekse gevolgen teweegbrengen in de rechtsbetrekkingen tussen particulieren en dat die artikelen derhalve rechten voor de justitiabelen doen ontstaan, die de nationale rechter dient te handhaven. In 1983, tien jaar voordat zij de bekendmaking betreffende samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechterlijke instanties<sup>(35)</sup> zou aannemen, benadrukte de Commissie in haar Dertiende Verslag over het mededingingsbeleid<sup>(36)</sup> hoe belangrijk het is zich tot de nationale rechter te kunnen wenden om inbreuken op de communautaire mededingingsregels te doen vaststellen. In de meeste van haar latere verslagen betreurde de Commissie dat die praktijk zich maar traag ontwikkelde<sup>(37)</sup>. In het arrest Delimitis<sup>(38)</sup> verklaarde het Hof van Justitie overigens dat de nationale rechter artikel 85, lid 1, rechtstreeks kan toepassen op grond van een negatieve prognose inzake de toepasselijkheid van artikel 85, lid 3, in het concrete geval. Voorts achtte het Hof de nationale rechter bevoegd om „overeenkomstig de bepalingen van zijn nationaal procesrecht [...] voor-

lopige maatregelen te treffen”<sup>(39)</sup>, nu op grond van een positieve prognose inzake de toepasselijkheid van artikel 85, lid 3. Tenslotte wees het Hof erop dat, om zoveel mogelijk te vermijden dat nationale rechters uitspraken doen die met reeds door de Commissie gegeven of nog door haar te geven beschikkingen tegenstrijdig zijn, die rechters met de Commissie contact kunnen opnemen om bij haar de inlichtingen in te winnen die zij nodig hebben en die de Commissie hun kan verschaffen. Naar aanleiding van dit arrest nam de Commissie in 1993 de reeds geciteerde bekendmaking betreffende samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechterlijke instanties aan. In deze bekendmaking wordt het algemeen wettelijk kader toegelicht en wordt beschreven hoe in de praktijk de nationale rechterlijke instanties nauwer bij de toepassing van de artikelen 85 en 86 kunnen worden betrokken. Inzonderheid wordt uiteengezet onder welke voorwaarden de nationale rechter zich tot de Commissie kan wenden met een verzoek om inlichtingen van procedurele, juridische of feitelijke aard.

38. In dezelfde geest wordt in de in 1997 gepubliceerde mededeling betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten<sup>(40)</sup> geschetst hoe de zaken tussen de nationale autoriteiten en de Commissie kunnen worden verdeeld. Bij de ondernemingen wordt erop aangedrongen zich vaker tot de nationale mededingingsautoriteiten te wenden om artikel 85, lid 1, en artikel 86 te doen handhaven. Het belangrijkste doel van deze mededeling is te bereiken dat klachten minder vaak bij de Commissie worden ingediend, wanneer de nationale autoriteiten in staat zijn ze op doeltreffende wijze te behandelen.

39. Binnen het bestaand wettelijk kader hebben de twee voornoemde mededelingen inzake decentralisatie vandaag hun grenzen. Slachtoffers van vermeende inbreuken op het Gemeenschapsrecht aarzelen nog steeds om zich als klager tot de nationale rechterlijke instanties of de nationale mededingingsautoriteiten te wenden. In een nationale procedure betrokken ondernemingen kunnen nog altijd hun afspraak bij de Commissie aanmelden om de behandeling van de zaak door de instantie waarbij ze aanhangig is, te dwarsbomen. Zoals eerder opgemerkt wordt immers, zodra de Commissie een procedure inleidt, de zaak daardoor automatisch aan de bevoegdheid van de nationale mededingingsautoriteit onttrokken (artikel 9, lid 3, van Verordening nr. 17), en kan de nationale rechter de behandeling van de zaak opschorten in afwachting van de beslissing van de Commissie. Zich bewust van dit probleem, heeft de Commissie in paragraaf 57 van de mededeling betreffende de samenwerking met de nationale mededingingsautoriteiten uitdrukkelijk het punt aan de orde gesteld van de indiening van aanmel-

<sup>(34)</sup> HvJEG, 30 januari 1974, zaak 127/73, „BRT I”, Jurispr. 1974, blz. 51.

<sup>(35)</sup> Bekendmaking betreffende samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechterlijke instanties voor de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag (PB C 39 van 13.2.1993, blz. 6).

<sup>(36)</sup> Dertiende Verslag over het mededingingsbeleid, 1983, punt 217.

<sup>(37)</sup> Onder meer in het Vijftiende Verslag (1985, punt 38), het Zestiende Verslag (1986, punt 40), het Zeventiende Verslag (1987, punt 55) en het Eenentwintigste Verslag (1991, punt 69).

<sup>(38)</sup> HvJEG, 28 februari 1991, zaak C-234/89, Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG, Jurispr. 1991, blz. I-935).

<sup>(39)</sup> T.a.p. (voetnoot 38), rechtsoverweging 52.

<sup>(40)</sup> Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten bij de behandeling van onder de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag vallende zaken (PB C 313 van 15.10.1997, blz. 3).

dingen met de bedoeling een nationale procedure op te schorten, en in dit verband verklaard dat zij goede gronden aanwezig acht om dergelijke aanmeldingen niet bij voorrang te behandelen. Toch moet worden vastgesteld dat, doordat de Commissie het monopolie op de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag heeft, de verschillende wijzen van samenwerking met de nationale autoriteiten tot nog toe niet het verhoopte succes hebben gekend.

## CONCLUSIE

40. De Commissie is er dus wel in geslaagd de stroom van aanmeldingen in te dijken, maar de prijs die zij daarvoor heeft moeten betalen is dat minder scherp wordt gelet op de ergste concurrentiebeperkingen, die doorgaans niet aangemeld worden. Naast deze vaststelling zijn er nog de moeilijkheden voor de

Commissie om de bij haar aanhangig gemaakte zaken binnen redelijke termijnen af te handelen door middel van een formele beschikking, hetgeen nadelig is voor de rechtszekerheid van de ondernemingen. Uit hetgeen hierboven is gezegd, blijkt dat met de tot dusver genomen maatregelen de bestaande mogelijkheden zijn uitgeput en dat de tijd nu rijp is voor een grondiger herziening. Een reden te meer daarvoor is dat, naarmate de integratie van de nationale markten voortschrijdt, concurrentiebeperkend gedrag steeds ernstiger gevolgen heeft en de Commissie tegen de schadelijkste mededingingsbeperkende afspraken krachtadiger moet optreden. In een uitgebreide Unie met meer dan 20 lidstaten zal een stelsel van voorafgaande controle, gecentraliseerd in Brussel, waarbij duizenden mededingingsbeperkende afspraken individueel moeten worden onderzocht, niet langer houdbaar zijn. Een dergelijk stelsel zou omslachtig, onwerkbaar en overdreven belastend voor de deelnemers aan het economische leven zijn.

## HOOFDSTUK II

### EEN NOODZAKELIJKE HERZIENING

#### I. Doelstellingen

41. In artikel 87, lid 2, is onder a) bepaald dat de voorschriften inzake de toepassing van de artikelen 85 en 86 de nakoming van de in artikel 85, lid 1, en in artikel 86 bedoelde verbodsbepalingen moeten verzekeren door de instelling van geldboeten en dwangsommen, en onder b) dat bij de vaststelling van het stelsel van controle op mededingingsbeperkende afspraken de noodzaak, enerzijds een doeltreffend toezicht te verzekeren, anderzijds de administratieve controle zoveel mogelijk te vereenvoudigen, in acht moet worden genomen. Bijgevolg moet bij het maken van een keuze uit de verschillende opties voor een herziening het streven naar evenwicht tussen de doeltreffendheid van het beleid en een vereenvoudiging van de controle de leidraad zijn.

42. De Commissie is in dit verband van mening dat zij, om dit evenwicht te kunnen bereiken en haar opdracht als instelling te kunnen vervullen, over zodanige procedures moet beschikken dat zij, ten eerste, zich op de strijd tegen de ergste concurrentiebeperkingen kan toelagen en, ten tweede, het tot een decentralisatie van de toepassing van de communautaire mededingingsregels kan laten komen zonder dat daardoor afbreuk wordt gedaan aan de samenhang van het mededingingsbeleid in de Gemeenschap. Tenslotte is de Commissie van mening dat het procedureel kader van dien aard moet zijn dat de administratieve verplichtingen voor de ondernemingen worden verlicht en hun terzelfder tijd voldoende rechtszekerheid wordt gewaarborgd.

#### A. ZORG VOOR EEN DOELTREFFENDE CONTROLE

##### 1. *Heroriëntering van de toepassing van artikel 85 door de Commissie*

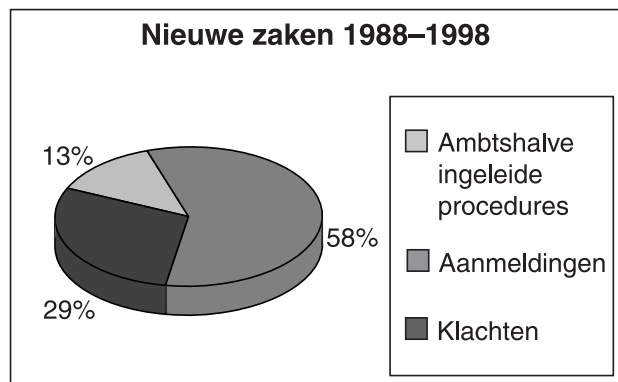
43. Toen het in 1961 over het voorstel van de Commissie voor een verordening werd geraadpleegd<sup>(41)</sup>, zag het Economisch en Sociaal Comité reeds in welke risico's besloten lagen in het in dat voorstel uitgewerkte systeem van verplichte aanmelding. Zo merkte het Comité in een advies van 28 maart 1961 op „dat deze aanmelding, al kan zij door sommigen als een middel worden beschouwd om een beter overzicht te verkrijgen van de voor de mededinging schadelijke kartels, *in werkelijkheid het gevaar inhoudt, dat de Commissie van haar eigenlijke taak zou worden afgeleid door een overbelasting met administratieve taken, welke het haar onmogelijk zouden maken, de tussen ondernemingen gesloten overeenkomsten en het praktisch effect hiervan aan een ernstig en diepgaand onderzoek te onderwerpen*”<sup>(42)</sup>;

44. De vrees van het ESC werd bewaarheid. Wanneer we de recente statistieken over de werkzaamheden van de Commissie bekijken, stellen we vast dat

<sup>(41)</sup> Advies van 28 maart 1961 inzake de eerste verordening voor de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag.

<sup>(42)</sup> Cursivering toegevoegd door de auteur.

het aantal meldingen het zeer moeilijk maakt een actief antikartelbeleid te voeren. Zo maakten in de periode 1988-1998 de ambtshalve ingeleide procedures<sup>(43)</sup> slechts 13 % van de nieuw ingeschreven zaken uit, hetgeen erop wijst dat de Commissie door de massale toevloed van meldingen en klachten allengs in een positie is gedrongen waarin zij nog maar zelden zelf het initiatief neemt. De Commissie sluit trouwens gemiddeld nog slechts 6 % van alle zaken met een formele beschikking af.



45. De tijd lijkt te zijn aangebroken om de toepassing van artikel 85 door de Commissie op een nieuw spoor te zetten, zodat zij haar middelen kan gebruiken om de strijd aan te binden tegen kartels, meer in het bijzonder op sterk geconcentreerde markten en markten waar de liberalisering aan de gang is. In plaats van gewoon de stroom van meldingen te verwerken, zou de Commissie uit eigen beweging in actie moeten kunnen komen en ambtshalve een procedure inleiden telkens wanneer door een kartel of door misbruik van machtspositie de mededinging in erge mate wordt beperkt en de marktintegratie wordt bedreigd.

## 2. Decentralisatie van de toepassing van de mededingingsregels

46. In een uitgebreide Gemeenschap met meer dan 20 lidstaten zal de gecentraliseerde opsporing en bestraffing van inbreuken op de mededingingsregels steeds minder doeltreffend en verantwoord zijn. Het zal noodzakelijk zijn de toepassing van die regels in sterkere mate te decentraliseren, zowel naar de mededingingsautoriteiten van de lidstaten als naar de nationale rechterlijke instanties toe. De nationale mededingingsautoriteiten hebben inderdaad sterke troeven in handen om bepaalde zaken op doeltreffende wijze te behandelen: zij bezitten normaal een goede kennis van de plaatselijke markten en de marktdeelnemers in het eigen land, sommige beschikken over een infrastructuur die het gehele nationale grondgebied bestrijkt en

<sup>(43)</sup> Het betreft hier de procedures die de Commissie uitsluitend op eigen initiatief inleidt met het oog op de opsporing en bestraffing van inbreuken.

kunnen snel verificaties verrichten, en de meeste hebben het nodige personeel<sup>(44)</sup> en de nodige juridische middelen om op te treden tegen inbreuken waarvan het zwaartepunt op hun grondgebied ligt. Tenslotte staan zij dicht bij de klagers, die eerder geneigd zullen zijn zich tot een nationale administratie te wenden dan tot de Commissie. Wanneer klagers zich tegelijk op het Gemeenschapsrecht en op het nationale recht beroepen, kunnen de mededingingsautoriteiten van de lidstaten, net zoals de nationale rechterlijke instanties, de bepalingen van beide rechtsstelsels toepassen. De nationale rechterlijke instanties van hun kant zijn beter dan de Commissie in staat om aan bepaalde verzoeken van de eisers tegemoet te komen: zij kunnen dankzij kortgedingprocedures snel maatregelen nemen, en zij kunnen, in tegenstelling tot de Commissie, aan de slachtoffers van inbreuken schadevergoeding toekennen.

47. Door de procedureregels te moderniseren zou dus het obstakel dat nu nog een gedecentraliseerde toepassing van het Gemeenschapsrecht in de weg staat, namelijk het feit dat vandaag uitsluitend de Commissie bevoegd is om artikel 85, lid 3, toe te passen, uit de weg moeten worden geruimd, zodat het Gemeenschapsrecht kan worden toegepast door die instantie welke het best in staat is om dat op doeltreffende wijze te doen. Een dergelijke maatregel zou echter in geen geval afbreuk mogen doen aan de eenvormigheid van de interpretatie van het Gemeenschapsrecht, noch ertoe leiden dat verschillende nationale autoriteiten waarbij eenzelfde zaak aanhangig wordt gemaakt, tegenstrijdige beslissingen kunnen nemen.

## B. VEREENVOUDIGING VAN DE ADMINISTRATIEVE CONTROLE

### 1. Geen behoefte aan een machtigingssysteem

48. De goede werking van een verbodsstelsel voor mededingingsbepalende afspraken vereist niet per se een machtigingssysteem. Er bestaan andere stelsels die net zoals het Gemeenschapsrecht op het beginsel berusten dat concurrentiebepalende afspraken verboden zijn, en die geen systeem van melding en machtiging kennen. Een verbodsstelsel veronderstelt inderdaad niet dat voor alle mededingingsbepalende afspraken een vermoeden van onwettigheid geldt, maar slechts dat dit vermoeden geldt voor die afspra-

<sup>(44)</sup> Er waren in 1998 in alle lidstaten samen ongeveer 1 222 ambtenaren belast met het onderzoek van zaken op het gebied van concentraties, mededingingsbepalende afspraken en misbruik van machtspositie, tegenover 153 bij de Commissie.

Deze cijfers zijn slechts approximatief en worden onder voorbehoud vermeld, omdat vergelijkingen tussen de lidstaten zeer moeilijk zijn.

Gegevens ontleend aan de verslagen van het XVIIIe FIDECongres, Stockholm, 3-6 juni 1998, Algemeen verslag van de heer J. Temple Lang over de nationale toepassing van het Europese mededingingsrecht, blz. 265 (voor gedetailleerde gegevens per lidstaat, zie het verslag).



ken welke de mededinging op merkbare wijze beperken en niet aan de voorwaarden voor een ontheffing voldoen. Het is dus niet noodzakelijk dat de ondernemingen hun overeenkomsten door een administratieve autoriteit laten geldig verklaren. Het is voor de verbodsregel van artikel 85 stellig voldoende dat achteraf controle wordt uitgeoefend, met het doel alleen tegen die overeenkomsten op te treden welke met artikel 85 in zijn geheel in strijd zijn. Dit geldt temeer nu, na gedurende 35 jaar te zijn toegepast, die regel duidelijker en beter voorzienbaar voor de ondernemingen is geworden. Het is hoe dan ook niet denkbaar dat in een uitgebreide Europese Unie de ondernemingen aanmeldingen blijven verrichten en de Commissie duizenden overeenkomsten te onderzoeken krijgt.

49. Tenslotte is de huidige scheiding, bij de toepassing van artikel 85, tussen lid 1 en lid 3 artificieel en strijdig met het ondeelbare karakter van artikel 85, dat een economische analyse van alle gevolgen van een overeenkomst vereist<sup>(45)</sup>.

## 2. *Verlichting van de verplichtingen voor de ondernemingen met voldoende garanties inzake rechtszekerheid*

50. In 1962 was het wellicht noodzakelijk er door middel van een aanmeldingssysteem voor te zorgen dat de Commissie voldoende informatie verkreeg, maar de situatie is intussen grondig veranderd en de verplichtingen die de aanmelding met zich brengt, zijn vandaag niet meer in dezelfde mate verantwoord. Het juridisch klimaat is één van de elementen die bepalend zijn voor het concurrentievermogen van de ondernemingen, dat zoveel mogelijk moet worden bevorderd. Op het ogenblik moeten de ondernemingen er bij het uitstippelen van hun industriële en commerciële strategie rekening mee houden dat zij hun afspraken bij de Commissie moeten aanmelden om er zich van te verzekeren dat hun projecten niet met de mededingingsregels in strijd zijn. Deze aanmeldingsplicht veroorzaakt hoge kosten, vooral voor middelgrote ondernemingen. De modernisering van de mededingingsregels moet er dus onder meer op gericht zijn samenwerking tussen ondernemingen niet te belemmeren wanneer ze geen gevaar voor de mededinging betekent, dit door de ondernemingen te bevrijden van de verplichtingen waarmee het huidige aanmeldingssysteem gepaard gaat.

51. Anderzijds genieten de ondernemingen vandaag in bevredigende mate rechtszekerheid, dankzij het bestaan van een geheel van duidelijke regels, die over een tijdsspanne van meer dan 30 jaar verder uitgewerkt en verhelderd zijn in de beschikkingspraktijk

van de Commissie en de jurisprudentie van het Hof van Justitie en door een groot aantal teksten met algemeen toepassingsbereik, welke ook hun vorm wezen (groepsvrijstellingsverordeningen, mededelingen, richtsnoeren). Er moet, wanneer het tot een herziening komt, voor worden gezorgd dat ten behoeve van de ondernemingen een redelijke mate van rechtszekerheid behouden blijft. Dit onderstelt enerzijds dat de regels zo duidelijk mogelijk worden opgesteld, zodat de ondernemingen hun mededingingsbeperkende afspraken zelf kunnen beoordelen, en anderzijds dat met behulp van passende preventieve en correctieve mechanismen wordt gewaarborgd dat die regels door de verschillende bevoegde instanties (Commissie, nationale mededingingsautoriteiten en nationale rechterlijke instanties) op coherente wijze worden toegepast.

## II. Opties

52. Het is met deze vereisten — een doeltreffende controle en een vereenvoudiging van de administratieve controle — voor ogen dat de verschillende opties voor een herziening van het stelsel ter controle van mededingingsbeperkende afspraken moeten worden bezien. Bovendien moeten deze opties het mogelijk maken voor een coherente, eenvormige toepassing van de mededingingsregels te zorgen en ten behoeve van de ondernemingen een redelijke mate van rechtszekerheid te behouden.

53. Binnen het kader van een verbodsstelsel voor mededingingsbeperkende afspraken staat de wetgever voor een fundamentele keuze: invoering van een machtigingssysteem of van een systeem van een wettelijke uitzondering („exception légale”). Machtigingssystemen berusten op het beginsel dat het door de wetgever uitgevaardigde verbod voor mededingingsbeperkende afspraken (in het Gemeenschapsrecht artikel 85, lid 1) slechts door een daartoe bevoegde openbare autoriteit kan worden opgeheven, bij wege van een rechtschepende goedkeuringsbeschikking. Wanneer het verbod van concurrentiebeperkende overeenkomsten met nietigheid is gesanctioneerd, wil de logica dat die overeenkomsten nietig zijn zolang ze niet door de bevoegde autoriteit zijn goedgekeurd. In systemen van een wettelijke uitzondering („exception légale”) daarentegen geldt het verbod van concurrentiebeperkende overeenkomsten niet voor die overeenkomsten welke aan bepaalde in de wet vastgestelde voorwaarden voldoen. Het geheel van die voorwaarden dient te worden geïnterpreteerd als een uitzondering op het verbodsbeginsel.

54. Hierboven is uiteengezet welke redenen in 1962 aan de invoering van een machtigingssysteem in het Gemeenschapsrecht ten grondslag lagen. Vandaag zijn de omstandigheden waaronder de Commissie optreedt zodanig veranderd dat de vraag rijst naar de noodzaak tot wijziging van het stelsel ter controle van mededingingsbeperkende afspraken. De laatste jaren zijn in de belanghebbende kringen diverse suggesties in dit verband gedaan: sommige blijven binnen het kader van een machtigingssysteem en zijn erop gericht de doel-

<sup>(45)</sup> HvJEG, 6 april 1962, zaak 13/61, Vennootschap onder firma Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd/Robert Bosch GmbH e.a., Jurispr. 1962, blz. 89; HvJEG, 14 december 1977, zaak 59/77, Ets. A. de Bloos BVBA/Commanditaire vennootschap op aandelen „Bouyer”, Jurispr. 1977, blz. 2359.

treffendheid en de snelheid van het systeem te vergroten, bij andere daarentegen wordt aan een grondiger herziening gedacht door de invoering van een systeem van een wettelijke uitzondering („*exception légale*”).

#### A. VERBETERING VAN HET MACHTIGINGSSYSTEEM

55. De belangrijkste tekortkomingen van het huidige systeem zijn ten eerste dat de Commissie haar middelen niet kan gebruiken om de strijd aan te binden tegen de ergste concurrentiebeperkingen, ten tweede dat zij moeilijkheden ondervindt om de bij haar aanhangige zaken binnen een redelijke termijn af te handelen door middel van een formele beschikking die de ondernemingen voldoende rechtszekerheid biedt, en ten derde dat de decentrale toepassing van de communautaire mededingingsregels door de nationale rechterlijke instanties en de bevoegde autoriteiten van de lidstaten op hinderpalen stuit. Er zijn dan ook verschillende suggesties gedaan om de werking van het huidige systeem te verbeteren.

##### 1. *Interpretatie van artikel 85*

56. Een optie die soms naar voren wordt gebracht, bestaat erin artikel 85 anders te interpreteren en de analyse van de negatieve en de positieve gevolgen van een mededingingsbeperkende afspraak te betrekken bij de toetsing aan lid 1 van artikel 85. De uitzondering van lid 3 zou in een dergelijk systeem nog uitsluitend toepassing vinden in gevallen waarin overwegingen in verband met de samenhang tussen het mededingingsbeleid en het beleid van de Gemeenschap op andere gebieden zwaarder wegen dan de uitkomst van de analyse uit het oogpunt van de mededinging. Dit zou in zekere zin neerkomen op een interpretatie waarbij ervan wordt uitgegaan dat in artikel 85, lid 1, een „*rule of reason*” besloten ligt<sup>(46)</sup>. In een dergelijk systeem zouden de verplichtingen inzake aanmelding minder zwaar voor de ondernemingen zijn, omdat zij hun overeenkomsten niet behoeven aan te melden om een negatieve verklaring te verkrijgen.

57. De Commissie heeft reeds een kleine stap in die richting gezet door in het geval van bepaalde mededingingsbeperkende afspraken bij de beoordeling op grond van artikel 85, lid 1, zowel de concurrentiebevorderende als de concurrentieverstorende aspecten in de overweging te betrekken. Het Hof van Justitie heeft dit aanvaard<sup>(47)</sup>. De structuur van artikel 85 verzet

<sup>(46)</sup> Dit betekent dat de op het gebied van het mededingingsrecht bevoegde administratieve autoriteiten of rechterlijke instanties de concurrentiebevorderende en de concurrentieverstorende aspecten van een mededingingsregeling afwegen, wanneer zij moeten beslissen of deze al dan niet verboden is.

<sup>(47)</sup> Zie o.m. HvJEG, 8 juni 1982, zaak 258/78, L.C. Nungesser KG en Kurt Eisele/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. 1982, blz. 2015; en HvJEG, 28 januari 1986, zaak 161/84, Pronuptia de Paris GmbH/Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis, Jurispr. 1986, blz. 353.

zich er echter tegen dat op die weg wordt voortgegaan: door de analyse van zowel de concurrentiebevorderende als de concurrentieverstorende aspecten van mededingingsbeperkende afspraken op meer stelselmattige wijze in het kader van de toetsing aan artikel 85, lid 1, te doen plaatsvinden, zou artikel 85, lid 3, volledig worden uitgehold, hetgeen zou neerkomen op een wijziging die alleen door middel van een herziening van het Verdrag kan worden verwezenlijkt. Het zou op zijn minst paradoxaal zijn artikel 85, lid 3, van zijn inhoud te beroven, terwijl deze bepaling in feite alle elementen van een „*rule of reason*” bevat. Bovendien zou het riskant zijn de modernisering van de mededingingsregels te doen steunen op een evolutie van de beschikkingspraktijk van de Commissie, onder voorbehoud van bekrachtiging ervan door de rechterlijke instanties van de Gemeenschap. In dat geval zou de modernisering afhangen van de zaken die aan de Commissie worden voorgelegd, en zou ze jarenlang kunnen duren. Bovendien zou er bij deze optie gevaar voor ontarding van artikel 85, lid 3, bestaan: deze bepaling moet een juridisch kader bieden voor de economische beoordeling van mededingingsregelingen, en ze mag niet dienen om de mededingingsregels terzijde te schuiven op grond van politieke overwegingen.

##### 2. *Decentralisatie van de toepassing van artikel 85, lid 3*

58. Een van de redenen waarom het moeilijk voor de Commissie is zich toe te leggen op zaken die werkelijk van belang zijn voor de Gemeenschap, is dat zij het monopolie heeft op de toepassing van artikel 85, lid 3. Soms is dan ook gesuggereerd artikel 9, lid 1, van Verordening nr. 17 op te heffen en de huidige bevoegdheidsverdeling zodanig te wijzigen dat de nationale mededingingsautoriteiten artikel 85 volledig kunnen toepassen en op grond daarvan rechtschepende ontheffingsbeschikkingen kunnen nemen. Er bestaan naar gelang van de criteria voor de bevoegdheidsverdeling verschillende varianten van deze optie.

59. Bij een eerste variant zou de bevoegdheid tot toepassing van artikel 85, lid 3, gedeeld worden en de zaken tussen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten verdeeld worden op grond van het zwaartepunt van elke zaak („*Schwerpunkttheorie*”)<sup>(48)</sup>. Om dit zwaartepunt te bepalen, zou niet alleen rekening moeten worden gehouden met de gevolgen van de overeenkomst of de praktijk, maar ook met het vereiste van een doeltreffende bescherming van de mededinging. Bovendien zou een bepaald aantal zaken van communautair belang aan de Commissie worden voorbehouden, zoals zaken waarin een nieuwe rechtsvraag aan de orde wordt gesteld of gevallen van toepassing van artikel 90 van het Verdrag.

<sup>(48)</sup> Deze variant werd ontwikkeld in een werkdocument van het Bundeskartellamt: Arbeitsunterlage für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 8. und 9. Oktober 1998: „*Praxis und Perspektiven der dezentralen Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts*” (<http://www.bundeskartellamt.de>).

60. Deze optie zorgt niet voor een vermindering van het totale aantal aanmeldingen, maar alleen voor een verdeling van de massa huidige en toekomstige zaken tussen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten. Er wordt niet mee bereikt dat krachtadiger wordt opgetreden tegen de ergste inbreuken op de mededingingsregels, die vrijwel nooit worden aangemeld. Het systeem zou ook niet erg efficiënt zijn omdat maar weinig aanmeldingen ervoor in aanmerking komen om door de nationale mededingingsautoriteiten te worden behandeld. De beschikkingen van de nationale autoriteiten zijn immers uitsluitend op hun eigen grondgebied uitvoerbaar en bieden dus geen uitkomst in zaken waarbij meerdere landen betrokken zijn.

61. Bovendien lijkt het criterium dat wordt voorgesteld om de zaken te verdelen, onvoldoende nauwkeurig voor een duidelijke verdeling van de aanmeldingen. Het concept van het zwaartepunt is wel geschikt voor een verdeling van de klachten tussen de mededingingsautoriteiten, maar nauwelijks bruikbaar voor een verdeling van de aanmeldingen. Bovendien zou een dergelijk systeem de toepassing van het Gemeenschapsrecht door de nationale rechterlijke instanties blijven belemmeren, omdat het blokkerend effect zou voortduren dat optreedt bij elk systeem van machtiging door een administratieve autoriteit, of die nu nationaal of communautair is.

62. Bij de tweede variant wordt uitgegaan van een bevoegdheidsverdeling tussen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten op basis van omzetsdrempels, naar het voorbeeld van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad<sup>(49)</sup>. Beneden die drempels zouden de mededingingsautoriteiten hetzij hun nationaal recht, zoals in het geval van concentraties, hetzij het Gemeenschapsrecht kunnen toepassen. Immers, terwijl de drempels van Verordening (EEG) nr. 4064/89 tegelijk bepalend zijn voor het toepassingsgebied van het Gemeenschapsrecht en de uitsluitende bevoegdheid van de Commissie, zouden de drempels die voor de toepassing van artikel 85 zouden kunnen worden ingevoerd, alleen bepalend zijn voor de bevoegdheid, terwijl de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten het criterium voor de toepassing van het Gemeenschapsrecht zou blijven. In de hypothese dat de nationale autoriteiten hun intern recht zouden toepassen, zou het gevaar bestaan dat het tot „forum shopping” komt en dat het mededingingsbeleid opnieuw een nationaal karakter krijgt<sup>(50)</sup>. Dit zou schadelijk zijn voor de ondernemingen. In de hypothese dat de nationale autoriteiten het Gemeenschapsrecht zouden toepassen en bevoegd zouden zijn om rechtschepende ontheffingsbeschikkingen te

nemen, zou de coherente toepassing van het Gemeenschapsrecht groot gevaar lopen, met name in het geval van een meervoudige aanmelding bij verschillende nationale autoriteiten. Deze optie impliceert dat alle nationale mededingingsautoriteiten aanmeldingssystemen kennen, maar de invoering van dergelijke systemen zou wel eens zeer moeilijk kunnen blijken te zijn voor de nieuwe lidstaten, die daartoe misschien niet over de nodige administratieve structuren beschikken om deze taak op zich te nemen.

### 3. *Uitbreiding van het toepassingsgebied van artikel 4, lid 2, van Verordening nr. 17*

63. Artikel 4, lid 2, van Verordening nr. 17 ontslaat een bepaald aantal overeenkomsten van de verplichte voorafgaandelijke aanmelding met het oog op ontheffing. Artikel 6, lid 1, volgens hetwelk de datum met ingang waarvan een ontheffingsbeschikking in werking treedt niet vroeger kan zijn dan die van de aanmelding, is derhalve niet op deze overeenkomsten van toepassing. Doel van deze bepaling is het aantal aanmeldingen van overeenkomsten die voornamelijk in slechts één lidstaat effect sorteren, te verminderen.

64. Een optie zou erin kunnen bestaan de vrijstelling van de aanmeldingsplicht in artikel 4, lid 2, van de huidige Verordening nr. 17 verder uit te breiden. Een dergelijke wijziging zou in die zin voordelig voor de betrokken ondernemingen zijn dat de Commissie, zelfs in geval van laattijdige aanmelding, zou kunnen onderzoeken of de overeenkomsten aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, voldoen en, zo ja, een ontheffingsbeschikking zou kunnen geven die in werking treedt op de datum waarop de overeenkomst is gesloten. Door een dergelijke wijziging zou de ondernemingen dus meer rechtszekerheid worden geboden, omdat overeenkomsten die onder toepassing van artikel 85, lid 1, vallen en die niet zijn aangemeld, niet langer van rechtswege nietig zouden zijn, zoals nu het geval is. Een dergelijke wijziging zou overigens niet tot een verslapping van het toezicht door de Commissie leiden, omdat artikel 4, lid 2, haar niet belet overeenkomsten die onder toepassing van artikel 85, lid 1, vallen en die niet aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, voldoen, te verbieden.

65. Deze optie is echter als remedie onvolmaakt, want het vrijstellingsmonopolie van de Commissie blijft intact, waardoor de decentralisatie wordt belemmerd en de Commissie onvoldoende ruimte krijgt om bij voorrang de ergste concurrentiebeperkingen aan te pakken.

### 4. *Vereenvoudiging van de procedures*

66. De moeilijkheden die de Commissie ondervindt om de bij haar aanhangig gemaakte zaken overeen-

<sup>(49)</sup> Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 395 van 30.12.1989, blz. 1; gerectificeerd in PB L 257 van 21.9.1990, blz. 13), gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad (PB L 180 van 9.7.1997, blz. 1).

<sup>(50)</sup> Zie in dit verband het advies van het EP over het Zesentwintigste Verslag over het mededingingsbeleid (1996).

komstig de bepalingen van Verordening nr. 17 met een formele beschikking af te handelen, vinden onder meer hun verklaring in de ingewikkeldheid van de bij deze verordening ingestelde procedures. Meer dan eens is voorgesteld deze procedures te vereenvoudigen, zowel met het oog op een snellere behandeling van de zaken door de Commissie als in het belang van de aan de ondernemingen verschuldigde rechtszekerheid. Zo werd onder meer gesuggereerd de in artikel 19, lid 3, bedoelde bekendmakingen en de beschikkingen zelf niet meer in alle officiële talen van de Gemeenschap te vertalen, of de raadpleging van het adviescomité te vereenvoudigen. Welke vereenvoudigingen ook worden voorgesteld en hoe ze ook dienen te worden beoordeeld, ze zullen er niet voor zorgen dat minder zaken worden aangemeld en dus ook niet dat de Commissie zich kan concentreren op de ergste concurrentiebeperkingen, waarbij juist slechts in uitzonderlijke gevallen een aanmelding plaatsvindt. Een dergelijke optie zou zelfs een averechts effect hebben in die zin dat alle aangemelde zaken met een beschikking zouden worden afgehandeld en de ondernemingen daardoor tot het verrichten van een aanmelding zouden worden aangezet.

67. Een variant van deze optie bestaat in een veralgemening van de verzet- of oppositieprocedure (ook „non-oppositieprocedure” genoemd) waarin sommige van de huidige groepsvrijstellingsverordeningen voorzien<sup>(51)</sup> en die inhoudt dat overeenkomsten die concurrentiebeperkende bepalingen bevatten die door de verordening noch uitdrukkelijk vrijgesteld, noch uitdrukkelijk verboden zijn, bij de Commissie kunnen worden aangemeld. Indien de Commissie zich niet binnen een termijn van zes maanden daartegen verzet, geldt de overeenkomst als vrijgesteld. Sommigen stellen voor dit systeem tot alle mededingingsbeperkende afspraken uit te breiden.

68. Deze optie heeft echter zeer negatieve effecten. Zoals reeds werd beklemtoond in het Groenboek betreffende verticale afspraken in het concurrentiebeleid van de Europese Unie<sup>(52)</sup>, zou de veralgemeende invoering van een dergelijke procedure zeer centraliserend werken, omdat er een sterke prikkel voor de ondernemingen zou bestaan om hun mededingingsregelingen bij de Commissie aan te melden. Het zou dus niet tot een decentralisatie van de toepassing van de mededingingsregels komen. Bovendien beschikt de Commissie niet over de nodige middelen om een groot

aantal zaken in het kader van non-oppositieprocedures te onderzoeken, en blijven de kosten van de aanmeldingen voor de ondernemingen hoog. Deze optie kan bijgevolg nooit zorgen voor de noodzakelijke heroriëntering van het optreden van de Commissie, waarbij de bestrijding van de ergste concurrentiebeperkingen op de eerste plaats moet komen.

#### B. OVERGANG NAAR EEN SYSTEEM VAN EEN WETTELIJKE UITZONDERING („EXCEPTION LÉGALE”)

69. Er bestaat binnen het kader van het bij het Verdrag ingevoerde verbodsstelsel een andere optie voor een herziening, namelijk de instelling van een systeem van een wettelijke uitzondering („exception légale”), waarbij de controle op mededingingsbeperkende afspraken achteraf plaatsvindt. De overgang naar een dergelijk systeem kan gebeuren door een verordening van de Raad, gebaseerd op artikel 87 van het Verdrag, die zou bepalen dat elke administratieve autoriteit en elke rechterlijke instantie die de bepalingen van artikel 85, lid 1, van het Verdrag moet toepassen, terzelfdertijd de bepalingen van artikel 85, lid 3, toepast. Hierdoor zou artikel 85 een norm worden die een eenheid vormt, en die bestaat uit een regel waarin het verbod als beginsel wordt gesteld, en een uitzondering die tot doel heeft de strengheid van dat beginsel te milderen. Artikel 85 zou dus, in zijn geheel, een rechtstreeks toepasselijke bepaling worden, waarop particulieren zich voor de rechter en voor elke daartoe bevoegde autoriteit kunnen beroepen. Deze interpretatie zou tot gevolg hebben dat mededingingsbeperkende afspraken die op grond van artikel 85, lid 1, verboden zijn maar die aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, voldoen, wettig zijn vanaf het ogenblik waarop ze tot stand komen en zonder dat een voorafgaande beschikking vereist is. Concurrentiebeperkende afspraken zouden onwettig worden zodra ze niet meer aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, voldoen. In een dergelijke nieuwe regelgeving zou aanmelding niet langer vereist zijn ter validering van overeenkomsten. Het toepassingsregime van artikel 85 in zijn geheel zou dus identiek worden aan dat van artikel 85, lid 1, en artikel 86.

70. De invoering van een dergelijk systeem in het Gemeenschapsrecht is vandaag mogelijk dankzij de evolutie van het communautaire mededingingsrecht sinds 1962. Het wetgevend kader inzake mededinging vormt nu een veel steviger geheel, en de aan de gang zijnde hervormingen op het gebied van de verticale afspraken en de horizontale samenwerkingsovereenkomsten zullen tot de verdere vereenvoudiging en verfining ervan bijdragen. In 1960 bestond nog gewettigde twijfel omtrent de draagwijdte van de voorwaarden voor een ontheffing op grond van artikel 85, maar de beschikkingspraktijk van de Commissie, de jurisprudentie van het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg en de diverse groepsvrijstellingsverordeningen en mededelingen van algemene aard hebben ervoor gezorgd dat de inhoud van deze voorwaarden nu veel duidelijker omschreven is. Bovendien hebben zowel de nationale administratieve autoriteiten en

<sup>(51)</sup> Namelijk Verordening (EEG) nr. 4087/88 van de Commissie van 30 november 1988 inzake de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen franchise-overeenkomsten (PB L 359 van 28.12.1988, blz. 46), Verordening (EEG) nr. 417/85 van de Commissie van 19 december 1984 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen specialisatie-overeenkomsten (PB L 53 van 22.2.1985, blz. 1) en Verordening (EEG) nr. 418/85 van de Commissie van 19 december 1984 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen onderzoek- en ontwikkelingsovereenkomsten (PB L 53 van 22.2.1985, blz. 5).

<sup>(52)</sup> Document COM(96) 721 def. van 22.1.1997.

rechterlijke instanties als de ondernemingen en hun juridisch adviseurs geleidelijk een betere kennis van het communautaire mededingingsrecht verworven. Dankzij deze ontwikkelingen kunnen nu de hinderpalen worden overwonnen die, ten tijde van de vaststelling van Verordening nr. 17, de invoering van een stelsel van controle achteraf in de weg stonden en die in wezen hun oorsprong vonden in de onzekerheid omtrent de juiste draagwijdte van de voorwaarden voor een ontheffing op grond van artikel 85, lid 3.

71. De aan de gang zijnde hervormingen op het gebied van de verticale afspraken en de horizontale samenwerkingsovereenkomsten zullen ertoe bijdragen de regelgeving te vereenvoudigen en het toepassingsgebied van artikel 85, leden 1 en 3, verder te verduidelijken. De vereenvoudiging bestaat hierin dat de Commissie voornemens is een nieuw type van vrijstellingsverordening vast te stellen, waarbij er niet langer van zal worden uitgegaan dat de vrijstelling uitsluitend geldt voor bepaalde overeenkomsten en specifieke contractbepalingen die in de verordening worden omschreven. Bij het nieuwe type van ontheffing zal voor alle overeenkomsten en alle contractbepalingen die tot een bepaalde categorie behoren, een algemene vrijstelling gelden, met als enig voorbehoud enerzijds een „zwarte lijst” van essentiële verboden concurrentiebeperkingen („clauses noires”) en bepaalde toepassingsvoorwaarden, en anderzijds een marktaandeelcriterium dat het voordeel van de algemene vrijstelling begrenst. Door middel van deze ontheffingstechniek zal voor een veel bredere categorie van overeenkomsten rechtszekerheid kunnen worden geboden en zal aan de ondernemingen opnieuw een grotere contractvrijheid kunnen worden gegeven, met behoud van een doeltreffende bescherming van de mededinging tegen overeenkomsten tussen ondernemingen met aanzienlijke marktmacht. De nieuwe generatie van verordeningen zal er aldus toe bijdragen de regels die op de meerderheid van de ondernemingen van toepassing zijn, te

vereenvoudigen. Er zullen ook mededelingen komen om de toepassingsvoorwaarden van artikel 85 op gevallen die niet onder de vrijstellingsverordeningen vallen, te verduidelijken.

72. In deze context zou de invoering van een systeem van een wettelijke uitzondering en controle achteraf het mededingingsbeleid kunnen wapenen tegen de uitdagingen van de komende decennia. In een dergelijk systeem zou namelijk elke administratieve autoriteit en elke rechterlijke instantie die met de nodige bevoegdheid is bekleed, een complete analyse kunnen verrichten van de mededingingsbepalende afspraken die haar ter beoordeling wordt voorgelegd, door zowel de concurrentiebeperkende effecten ervan aan artikel 85, lid 1, en de eventuele economische voordelen ervan aan artikel 85, lid 3, te toetsen. De invoering van een systeem van een wettelijke uitzondering zou er dus toe leiden dat de Commissie de uitsluitende bevoegdheid om artikel 85, lid 3, toe te passen, die haar bij artikel 9, lid 1, van Verordening nr. 17 is toegerekend, verliest. Dit zou dus de decentralisatie van de toepassing van de mededingingsregels vergemakkelijken. Wanneer een systeem van een wettelijke uitzondering zou worden ingevoerd, zouden ook de bureaucratische besommingen van de aanmelding voor de ondernemingen wegvallen, omdat overeenkomsten die aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, voldoen, geen goedkeuring meer zouden behoeven om in rechte uitvoerbaar te zijn. De Commissie van haar kant zou, bevrijd van de zware last van de aanmeldingen, al haar aandacht kunnen richten op de bestrijding van de ergste inbreuken.

73. In een systeem van een wettelijke uitzondering zal artikel 85 op dezelfde wijze worden toegepast als artikel 86, dat de Commissie, de nationale administratieve autoriteiten en de rechterlijke instanties nu reeds naast elkaar en tegelijk toepassen.

### HOOFDSTUK III

#### MODERNISERING VAN DE MEDEDINGINGSREGELS

74. Gelet op het bovenstaande, is de Commissie van mening dat de invoering van een systeem van een wettelijke uitzondering de optie is waarmee de beoogde doelstellingen, te weten heroriëntering van het optreden van de Commissie, decentralisatie van de toepassing van de mededinging en verlichting van de administratieve verplichtingen voor de ondernemingen, het best kunnen worden bereikt.

75. De in dit Witboek voorgestelde hervorming, bestaande in de invoering van een systeem van een wettelijke uitzondering, rust op drie pijlers: afschaffing van het systeem van machtiging en aanmelding, gedecentraliseerde toepassing van de mededingingsregels en versterking van de controle achteraf (a posteriori). In

samenhang hiermee zal bij de toepassing van artikel 85 naar een strikt economische benadering worden gestreefd.

#### I. Afschaffing van het systeem van aanmelding en machtiging

76. Het bij Verordening nr. 17 ingevoerde aanmeldingssysteem heeft het de Commissie mogelijk gemaakt een coherente beschikkingspraktijk te ontwikkelen en voor een homogene toepassing van de regels in alle lidstaten van de Gemeenschap te zorgen. Het systeem vertoont echter een aantal tekortkomingen, die maken dat het nu aan herziening toe is. Dat de

ondernemingen verplicht zijn hun mededingingsbepalende afspraken bij de Commissie aan te melden om een beroep te kunnen doen op de bepalingen van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, weegt zwaar op hun commercieel beleid en veroorzaakt hoge kosten. Het opstellen van de aanmeldingen en het verzamelen van de gegevens die er noodzakelijkerwijze moeten worden bijgevoegd, vergen veel werk van de ondernemingen en kosten hun veel geld, zowel wanneer zij zelf daarvoor zorgen als wanneer zij externe juridisch adviseurs daarmee belasten. In een systeem van een wettelijke uitzondering valt de aanmeldingsplicht voor de ondernemingen weg en beschikken zij over een bijkomend verweermiddel voor de rechtbanken om in rechte de uitvoering van hun overeenkomsten te verkrijgen: zij kunnen namelijk aanvoeren dat toepassing moet worden gemaakt van artikel 85, lid 3.

77. Tenslotte is het aanmeldingssysteem, hoe nuttig het ook was zolang er onzekerheid bestond omtrent de toepassing van artikel 85 en meer bepaald van lid 3 van dit artikel, niet langer geschikt om de ergste inbreuken op de mededingingsregels op te sporen en aldus een doeltreffend toezicht te verzekeren in de zin van artikel 87 van het Verdrag. Dit blijkt uit het feit dat aanmeldingen uiterst zelden tot verbodsbeschikkingen leiden<sup>(53)</sup> en dat de Commissie slechts zeer uitzonderlijk toepassing heeft gemaakt van artikel 15, lid 6, van Verordening nr. 17 om de immuniteit voor geldboeten, waarvan aanmeldende ondernemingen genieten, op te heffen. In een stelsel van controle achteraf (a posteriori) moeten de ondernemingen zelf aan de hand van de geldende regelgeving en de jurisprudentie beoordelen of hun mededingingsbepalende afspraken met het Gemeenschapsrecht verenigbaar zijn, waardoor hun eensdeels veel administratieve besommeringen bespaard blijven maar hun anderdeels een zwaardere verantwoordelijkheid wordt opgelegd.

78. In dit nieuwe controlesysteem zal de rechtszekerheid van de ondernemingen globaal gezien behouden blijven op een passend niveau en in sommige opzichten zelfs versterkt worden. De ondernemingen zullen immers, in plaats van af te hangen van een ontheffingsbeschikking van de Commissie, onmiddellijk uitvoering van hun contracten kunnen bekomen voor de nationale rechterlijke instanties, met inwerkingtreding op de datum van hun afsluiting, indien de voorwaarden van artikel 85, lid 3, vervuld zijn. Er bestaat geen enkel vermoeden van nietigheid van mededingingsbepalende afspraken volgens artikel 85, lid 1: het verbod uitgedrukt door deze bepaling vindt alleen toepassing indien de voorwaarden van dit verbod vervuld zijn. Na 40 jaar van toepassing zijn deze voorwaarden in ruime mate gepreciseerd door de beschikkingspraktijk en de jurisprudentie en gekend door de ondernemingen. Anderzijds is de Commissie van plan vrijstellingsverordeningen met een veel ruimere toepassingsfeer vast te stellen. Door marktaan-

deeldrempels te gebruiken zal de Commissie het strakke keurslijf, waarin de huidige verordeningen gekneld zitten, kunnen wegnemen en de grote meerderheid van de overeenkomsten bestrijken, en meer in het bijzonder de overeenkomsten afgesloten door kleine en middelgrote ondernemingen. De Commissie zal richtsnoeren en individuele beschikkingen aannemen teneinde het toepassingsgebied van artikel 85, leden 1 en 3, buiten de vrijstellingsverordeningen te verduidelijken. Bij de behandeling van individuele gevallen zal de Commissie een meer economische benadering handhaven bij de toepassing van artikel 85, lid 1, wat het toepassingsgebied van deze bepaling zal beperken tot ondernemingen met een zekere marktmacht. Daarenboven zal de toepassing van het communautair Gemeenschapsrecht door de nationale rechterlijke instanties en mededingingsautoriteiten versterkt worden, wat de convergentie tussen nationaal en communautair mededingingsrecht zal versnellen en het de ondernemingen aldus zal vergemakkelijken bij de uitstippeling van hun commercieel beleid. Tenslotte zullen er preventie- en correctiemechanismen bestaan om een coherente toepassing van het Gemeenschapsrecht door de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties te verzekeren.

79. Het systeem van een wettelijke uitzondering zou van toepassing moeten zijn op alle mededingingsbepalende afspraken die op het ogenblik onder artikel 85 van het Verdrag vallen. Het lijkt echter wenselijk de oprichting van gemeenschappelijke productieondernemingen die geen „volwaardige” ondernemingen zijn, in de toekomst aan een systeem van voorafgaande machtiging te onderwerpen. De oprichting van dergelijke ondernemingen gaat immers meestal gepaard met zeer grote investeringen en een verregaande functionele integratie, zodat ontbinding ervan door een mededingingsautoriteit een delicate aangelegenheid is. Bij deze categorie van activiteiten lijkt een systeem van verplichte voorafgaande aanmelding dan ook betere garanties te bieden voor een doeltreffende controle.

80. Om geen nodeloze verplichtingen aan de ondernemingen op te leggen, zou de oprichting van een gemeenschappelijke productieonderneming slechts aan voorafgaande controle onderworpen zijn, indien een minimum aan activa in de gemeenschappelijke onderneming wordt ingebracht en voorzover geen groeps-vrijstellingsverordening van toepassing is.

81. Het lijkt niet opportuun alleen voor deze categorie van activiteiten een speciale procedure in het leven te roepen. Welnu, de procedures waarin Verordening (EEG) nr. 4064/89 voorziet, zijn geschikt voor een snelle en doeltreffende voorafgaande controle. Het ligt dan ook in de bedoeling het toepassingsgebied van deze verordening uit te breiden tot „niet-volwaardige” gemeenschappelijke productieondernemingen, waarbij dan een dubbele toetsing zou plaatsvinden, i.e. zowel aan het criterium van de machtspositie (artikel 2, lid 3, van Verordening (EEG) nr. 4064/89) als aan artikel 85 van het Verdrag (artikel 2, lid 4, van Verordening (EEG) nr. 4064/89).

<sup>(53)</sup> Gedurende de meer dan 35 jaar dat Verordening nr. 17 is toegepast, zijn slechts 9 verbodsbeschikkingen gegeven die betrekking hadden op aangemelde overeenkomsten (zonder dat een klacht was ingediend).

## II. Gedecentraliseerde toepassing van de mededingingsregels

82. Het stelsel van Verordening nr. 17 berust op een gecentraliseerde toepassing van artikel 85, lid 3: volgens artikel 9, lid 1, van deze verordening is uitsluitend de Commissie bevoegd om voor een concurrentiebeperkende overeenkomst een ontheffing te verlenen. Door een systeem van een wettelijke uitzondering in te voeren kan deze bevoegdheidsverdeling zodanig worden gewijzigd dat ook de nationale mededingingsautoriteiten en de nationale rechterlijke instanties de mededingingsbeperkende afspraken waarover zij zich dienen uit te spreken, aan artikel 85 in zijn geheel kunnen toetsen.

### A. EEN NIEUWE BEVOEGDHEIDSVERDELING

#### 1. *Bepaling van het mededingingsbeleid door de Commissie*

83. Het is van wezenlijk belang te voorkomen dat de decentralisatie tot incoherentie bij de toepassing van het communautaire mededingingsrecht leidt. Daarom zal ook in de toekomst het mededingingsbeleid op het niveau van de Gemeenschap worden vastgesteld, zowel door middel van regelgeving als door middel van individuele beschikkingen. De Commissie heeft als instelling die ermee belast is over de Verdragen en over de belangen van de Gemeenschap te waken, dit onder het toezicht van het Hof van Justitie, een bijzondere rol te spelen bij de tenuitvoerlegging van het Gemeenschapsrecht en bij het waarborgen van een coherente toepassing van de mededingingsregels.

84. In een systeem van een wettelijke uitzondering is de regelgeving inderdaad van primordiaal belang. De toepassing van de regels moet voldoende voorzienbaar en coherent zijn om de marktdeelnemers in staat te stellen de wettigheid van hun mededingingsregelingen te beoordelen. De Commissie zal als enige bevoegd blijven om voorstellen voor regelgeving van welke aard ook (verordeningen, mededelingen, richtsnoeren, enz.) uit te werken en voor te stellen, en zij zal niet nalaten van die bevoegdheid gebruik te maken om voor een coherente en eenvormige toepassing van de mededingingsregels te zorgen.

85. In die regelgeving nemen de groepsvrijstellingsverordeningen de eerste rang in. In het nieuwe systeem van een wettelijke uitzondering vereist de rechtszekerheid van de ondernemingen, gezien het belang van de regelgeving, dat een vrijgestelde overeenkomst niet in strijd met het nationale recht kan worden gehouden. Daartoe zou gebruik moeten worden gemaakt van de mogelijkheid van artikel 87, lid 2, onder e), en zou bij

verordening moeten worden bepaald dat de nationale wetgevingen overeenkomsten die op grond van een communautaire verordening zijn vrijgesteld, niet kunnen verbieden, noch de gevolgen ervan kunnen wijzigen. Sommige lidstaten hebben dit beginsel trouwens reeds in hun wetgeving ingeschreven. Zo is in de Belgische wet tot bescherming van de economische mededinging van 5 augustus 1991 bepaald dat, wanneer de Gemeenschap een ontheffing verleent, de Belgische autoriteiten niet meer tussenbeide kunnen komen, en dat aldus vrijgestelde mededingingsbeperkende afspraken niet dienen te worden aangemeld overeenkomstig het nationale recht. In de Deense wet zijn mededingingsbeperkende afspraken die onder toepassing van een communautaire vrijstellingsverordening vallen, van het kartelverbod uitgezonderd. In de Spaanse en de Britse wet zijn gelijkaardige bepalingen opgenomen.

86. De Commissie is ook voornemens meer mededelingen en richtsnoeren op te stellen om haar beleid toe te lichten en de toepassing van de communautaire mededingingsregels door de nationale instanties in goede banen te leiden. Mededelingen en richtsnoeren zijn bijzonder goed geschikt voor de interpretatie van regels van economische aard, omdat aan de hand daarvan beter een aantal onderling samenhangende evaluatiecriteria kunnen worden gehanteerd die voor de toetsing aan de mededingingsregels van belang zijn. Ook al zijn de mededelingen en richtsnoeren niet verbindend voor de nationale instanties, het feit dat de Commissie de daarin gevolgde benadering in individuele beschikkingen zal bevestigen, zal er waarde aan verlenen en ervoor zorgen dat ze tot een coherente toepassing van het Gemeenschapsrecht bijdragen. In zoverre die beschikkingen door het Hof van Justitie worden bekrachtigd, gaan de mededelingen en richtsnoeren deel uitmaken van de oorspronkelijke regels die door de nationale instanties moeten worden toegepast.

87. Ook in een systeem van een wettelijke uitzondering zal het door de Commissie gevoerde mededingingsbeleid worden geconcretiseerd in individuele verbodsbeschikkingen, die een zeer grote precedentwaarde zullen bezitten. Omdat de Commissie zich vooral zal toeleggen op de strijd tegen de ergste concurrentiebeperkingen, mag worden verwacht dat het aantal individuele verbodsbeschikkingen aanzienlijk zal toenemen.

88. De Commissie zal weliswaar niet langer vrijstellingsbeschikkingen op grond van artikel 85, lid 3, kunnen geven, zoals zij dat vandaag doet, maar het moet haar wel mogelijk worden gemaakt individuele beschikkingen te geven die geen verbodsbeschikkingen zijn. Wanneer naar aanleiding van een operatie nieuwe vragen rijzen, kan het immers nodig zijn dat de Commissie ten behoeve van de marktdeelnemers de richting van haar beleid ten aanzien van bepaalde concurrentiebeperkingen aangeeft. Dergelijke positieve beschikkingen zullen er dus slechts in uitzonderlijke gevallen komen, indien het algemeen belang zulks vereist.

89. In een systeem van een wettelijke uitzondering zal de Commissie zich er in haar positieve beschikkingen toe beperken vast te stellen dat een mededingingsregeling met artikel 85 in zijn geheel verenigbaar is, hetzij omdat ze niet onder toepassing van artikel 85, lid 1, valt, hetzij omdat ze aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, voldoet. Die beschikkingen zullen van declaratoire aard zijn en dezelfde juridische waarde bezitten als de huidige beschikkingen houdende een negatieve verklaring.

90. Voorts kan het gebeuren dat in de loop van een verbodsprocedure de ondernemingen voorstellen jegens de Commissie bepaalde verbintenissen aan te gaan om de tegen de mededingingsbeperkende afspraken ingebrachte bezwaren uit de weg te ruimen. Het is dan nuttig dat de Commissie daaraan bindende kracht kan verlenen, zodat enerzijds de Commissie de ondernemingen ertoe kan dwingen ze na te komen, en anderzijds zowel de partijen als derden zich in voorkomend geval voor een nationale instantie daarop kunnen beroepen. Het ligt dan ook in de bedoeling in de toekomstige verordening inzake de toepassing van de artikelen 85 en 86 een nieuw type van, aan de gewone voorschriften inzake openbaarmaking onderworpen, individuele beschikking in het leven te roepen, waarbij de Commissie van de door de ondernemingen aangegane verbintenissen akte neemt en daaraan bindende kracht verleent. Met zo'n beschikking kan de ingeleide procedure worden afgesloten in de zekerheid dat aan de door de ondernemingen aangegane verbintenissen de hand zal kunnen worden gehouden. Als uitvloeisel van deze wijziging moet in de strafbepalingen van de verordening een bepaling worden opgenomen op grond waarvan aan de ondernemingen geldboeten en dwangsommen kunnen worden opgelegd, indien zij hun verbintenissen niet nakomen.

## 2. *Versterking van de rol van de nationale autoriteiten bij de toepassing van de mededingingsregels*

91. Het optreden van de mededingingsautoriteiten van de lidstaten en van de Commissie is gegrond op overwegingen die verband houden met de economische openbare orde. Zij hebben niet tot taak geschillen te beslechten, zoals de nationale rechterlijke instanties, maar te zorgen voor de instandhouding van een regime van onvervalste mededinging. Tot nu toe berustte de samenwerking tussen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten op criteria van pragmatische aard en is ze, doordat de Commissie het monopolie op de toepassing van artikel 85, lid 3, heeft, beperkt gebleven. Nu de communautaire mededingingsregels 35 jaar lang zijn toegepast, is de tijd aangebroken om de complementariteit van de nationale autoriteiten en de Commissie beter tot haar recht te laten komen en om de weg vrij te maken voor de toepassing van de mededingingsregels door een netwerk van autoriteiten die zich in een geest van nauwe samenwerking door gemeenschappelijke beginselen laten leiden.

92. De optimale werking van een dergelijk netwerk onderstelt echter maatregelen van drieërlei aard: a) de

Commissie moet haar ontheffingsmonopolie opgeven; b) de nationale autoriteiten moeten het recht krijgen om het voordeel van een communautaire groepsvrijstellingsverordening in te trekken; en c) de — hetzij nationale, hetzij communautaire — autoriteit waarbij een zaak aanhangig is gemaakt, moet de mogelijkheid krijgen om een dossier en alle vertrouwelijke informatie die voor het vervolgen van inbreuken op de communautaire mededingingsregels van nut kan zijn, aan een andere autoriteit over te dragen.

93. In een systeem van een wettelijke uitzondering zullen de nationale autoriteiten zelf kunnen beoordelen of een overeenkomst al dan niet aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, voldoet en zullen daarvoor niet langer op de Commissie aangewezen zijn. Zij zullen in gevallen waarin het Gemeenschapsrecht van toepassing is, naar aanleiding van een klacht of ambtshalve, het onderzoek kunnen verderzetten, zonder dat de ondernemingen die bij de mededingingsbeperkende afspraak betrokken zijn hun kunnen tegenwerpen dat een aanmelding bij de Commissie heeft plaatsgevonden en bij deze in behandeling is.

94. Om de rol van de nationale autoriteiten aldus te versterken, zal Verordening nr. 17 zodanig moeten worden gewijzigd dat het ontheffingsmonopolie wordt opgeheven en dat op ondubbelzinnige wijze wordt bepaald dat elke autoriteit die zich heeft uit te spreken over een geval waarin artikel 85 van toepassing is, moet onderzoeken of aan de voorwaarden voor een ontheffing is voldaan. Opdat deze herziening daadwerkelijk tot een verbetering van de gedecentraliseerde toepassing van de mededingingsregels zou leiden, zullen de zeven lidstaten die dit nog niet hebben gedaan, hun mededingingsautoriteiten de bevoegdheid moeten toekennen om het Gemeenschapsrecht toe te passen.

95. Wanneer de Commissie haar ontheffingsmonopolie opgeeft, moet daarmee logischerwijs gepaard gaan dat de nationale autoriteiten de mogelijkheid krijgen om de krachtens een groepsvrijstellingsverordening geldende vrijstelling op hun nationale markt in te trekken, indien die markt of een deel daarvan een onderscheiden markt vormt. De mededingingsautoriteiten van de lidstaten zijn immers bijzonder goed geplaatst om te oordelen, op hun nationaal grondgebied, of, in een bepaald geval voorzien in de groepsvrijstellingsverordening, de overeenkomsten die onder de groepsvrijstelling vallen desniettemin niet aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, voldoen en bijgevolg niet voor de krachtens die verordening geldende groepsvrijstelling in aanmerking kunnen komen. De Commissie heeft in haar mededeling betreffende verticale afspraken<sup>(54)</sup> reeds aan die mogelijkheid gedacht, en ze zou in het kader van de nieuwe verordening inzake de toepassing van de artikelen 85 en 86 kunnen worden veralgemeend.

<sup>(54)</sup> PB C 365 van 26.11.1998, blz. 3.



96. Tenslotte kan het gebeuren dat een nationale mededingingsautoriteit op moeilijkheden stuit, wanneer een bij haar ingediende klacht onderzoeksmaatregelen in meerdere lidstaten vereist. Omgekeerd kan bij de Commissie een zaak aanhangig worden gemaakt waarvan de gevolgen zich hoofdzakelijk in één enkele lidstaat voordoen. In dergelijke gevallen zou de doeltreffendste aanpak zijn dat de autoriteit, bij wie de zaak aanhangig is, het dossier ter behandeling overdraagt aan de autoriteit die daartoe het best in staat is. Dit onderstelt dat de autoriteit waaraan het dossier wordt overgedragen, alle daarin opgenomen stukken direct als bewijsmiddel kan gebruiken. Op het ogenblik staat artikel 20 van Verordening nr. 17 eraan in de weg dat de nationale autoriteiten door de Commissie verstrekte informatie als bewijsmiddel gebruiken<sup>(55)</sup>.

97. De nieuwe verordening inzake de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag zou het dus mogelijk moeten maken dat de Commissie, wanneer zij vaststelt dat een zaak hoofdzakelijk in één lidstaat effect sorteert, het gehele dossier, met inbegrip van de vertrouwelijke informatie, overdraagt aan de bevoegde autoriteit van de lidstaat op wiens grondgebied de gevolgen van de gewraakte praktijk zich voordoen, zodat die autoriteit het onderzoek kan voortzetten en daarbij de overgedragen informatie direct als bewijsmiddel kan gebruiken. Omgekeerd zou een nationale autoriteit, wanneer zij na onderzoek tot de conclusie komt dat een zaak een communautaire dimensie heeft en een optreden van de Commissie vereist, het dossier aan de Commissie moeten kunnen overdragen, zoals de Toezichthoudende Autoriteit van de Europese Vrijhandelsassociatie dit nu reeds kan doen<sup>(56)</sup>. De enige beperking die moet worden gehandhaafd, is dat niet buiten de grenzen van het oorspronkelijke mandaat mag worden getreden: de informatie mag uitsluitend worden gebruikt voor het doel waarvoor ze is verzameld, en uitsluitend voor de toepassing van de artikelen 85 en 86 of in voorkomend geval van het nationale mededingingsrecht, onverschillig welke autoriteit het onderzoek heeft gevoerd.

98. Als tegenhanger van deze uitbreiding ten aanzien van het gebruik van informatie zou in de nieuwe verordening het beginsel moeten worden ingeschreven dat dezelfde feiten geen twee keer mogen worden bestraft, en dat geen verschillende maatregelen mogen worden genomen om de gerezen bezwaren uit de weg te ruimen, in de vorm van door de ondernemingen jegens een nationale autoriteit of jegens de Commissie aangegane verbintenissen.

<sup>(55)</sup> HvJEG, 16 juli 1992, zaak C-67/91, Dirección General de Defensa de la Competencia/Asociación Española de Banca Privada (AEB) e.a., Jurispr. 1992, blz. I-4785, rechtsoverwegingen 37 e.v.

<sup>(56)</sup> Protocol 23 betreffende de samenwerking tussen de toezichthoudende autoriteiten (artikel 58 van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (PB L 1 van 3.1.1994, blz. 186)).

### 3. *Versterking van de rol van de nationale rechterlijke instanties bij de toepassing van de mededingingsregels*

99. De nationale rechterlijke instanties staan dicht bij de Europese burger en zijn sinds het ontstaan van het Verdrag met de specifieke taak belast de subjectieve rechten te handhaven die voor alle justitiabelen direct uit het Gemeenschapsrecht voortvloeien<sup>(57)</sup>. Het Hof van Justitie heeft erkend dat de nationale rechterlijke instanties een onmisbare steunpilaar zijn voor een doeltreffende toepassing van het Gemeenschapsrecht, met inbegrip van het mededingingsrecht. Zij passen artikel 85 in drie soorten procedures toe: vorderingen op grond van contractuele aansprakelijkheid (geschillen tussen de partijen), vorderingen op grond van niet-contractuele aansprakelijkheid (geschillen tussen een of meer partijen en een derde) en verzoeken om voorlopige maatregelen.

100. Het in Verordening nr. 17 vervatte vrijstellingsmonopolie heeft tot gevolg dat de nationale rechterlijke instanties artikel 85, lid 3, niet op positieve wijze kunnen toepassen. Doordat de nationale rechterlijke instanties niet bevoegd zijn artikel 85, lid 3, toe te passen, kunnen de in een rechtszaak betrokken ondernemingen deze in de praktijk stilleggen door een aanmelding bij de Commissie te verrichten. Het is in belangrijke mate aan dit fenomeen toe te schrijven dat de communautaire mededingingsregels niet vaker door de nationale rechterlijke instanties worden toegepast. In een systeem van een wettelijke uitzondering zullen de ondernemingen zich in rechte rechtstreeks op artikel 85, lid 3, kunnen beroepen voor de rechtbanken. Dit nieuw verweermiddel zal hen toelaten die concurrentiebeperkende overeenkomsten die aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, voldoen, zonder uitstel te kunnen uitvoeren, wat aldus hun rechtszekerheid zal versterken. De klagers van hun kant, die slachtoffer van onrechtmatige mededingingsregelingen zijn, zullen sneller schadevergoeding kunnen verkrijgen. Er zij in dit verband aan herinnerd dat, onder voorbehoud van de beschikbare rechtsmiddelen, de beslissingen van de nationale rechterlijke instanties kracht van gewijsde bezitten. Ze worden door de rechterlijke instanties in alle lidstaten erkend op grond van de Verdragen van Brussel<sup>(58)</sup> en van Lugano<sup>(59)</sup> betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.

<sup>(57)</sup> HvJEG, 5 februari 1963, zaak 26/62, Van Gend & Loos/Nederlandse Administratie der belastingen, Jurispr. 1963, blz. 3. Zie eveneens het arrest in de zaak BRT/Sabam, reeds aangehaald in voetnoot 34.

<sup>(58)</sup> Verdrag van Brussel betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB L 299 van 31.12.1972, blz. 32), laatstelijk gewijzigd bij het Toetredingsverdrag van 1997 (PB C 15 van 15.1.1997, blz. 1).

<sup>(59)</sup> Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, afgesloten te Lugano op 16 september 1988 (PB L 319 van 25.11.1988, p. 9).

## B. COHERENTE EN EENVORMIGE TOEPASSING VAN DE MEDEDINGINGSREGELS

### 1. *Gevaar voor conflicten en beginselen voor de oplossing ervan*

101. De decentralisatie van de toepassing van de mededingingsregels en het opgeven van het machtigingssysteem mogen geen obstakel vormen voor de instandhouding van homogene concurrentievoorwaarden in de gehele Gemeenschap. Het beginsel van de voorrang van het Gemeenschapsrecht houdt in dat de toepassing van het nationale recht geen afbreuk mag doen aan een volledige en uniforme toepassing van het Gemeenschapsrecht, noch aan het feitelijk gezag van zijn uitvoeringshandelingen<sup>(60)</sup>. Wanneer echter meerdere instanties (de Commissie, de nationale autoriteiten en de nationale rechterlijke instanties) het Gemeenschapsrecht gaan toepassen, kunnen zich twee soorten conflicten voordoen:

1. een nationale autoriteit of een nationale rechterlijke instantie neemt (door een klacht te verwerpen op grond dat de overeenkomst niet onder toepassing van artikel 85, lid 1, valt of aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, voldoet, of door bij vonnis de uitvoering van een concurrentiebeperkende overeenkomst te gelasten) een gunstig standpunt in ten aanzien van een mededingingsbeperkende afspraak die de Commissie verbiedt;
2. een nationale autoriteit verbiedt een overeenkomst of een nationale rechterlijke instantie geeft geen uitvoering aan een overeenkomst ten aanzien waarvan de Commissie een gunstig standpunt inneemt (door een klacht tegen de betrokken mededingingsbeperkende afspraak te verwerpen of door een positieve beschikking te geven).

102. Er zij eerst en vooral op gewezen dat, wat artikel 85, lid 1, en artikel 86 betreft, de parallelle toepassing van de communautaire mededingingsregels reeds sinds 1962 een feit is en dat dit maar weinig problemen heeft opgeleverd. De beginselen voor het oplossen van eventuele conflicten zijn de volgende:

1. het Hof van Justitie heeft in zijn arrest in de zaak *Delimitis*<sup>(61)</sup> verklaard dat, wanneer de Commissie een procedure heeft ingeleid en a fortiori wanneer zij een beschikking heeft gegeven die definitief is geworden, de nationale rechter verplicht is tegenstrijdige beslissingen te vermijden door zo nodig de bij hem aanhangige procedure op te schorten om bij de Commissie inlichtingen in te winnen, of door op grond van artikel 177 van het Verdrag een verzoek om een prejudiciële beslissing bij het Hof in te dienen. Dit beginsel kan bij analogie op de nationale mededingingsautoriteiten worden toegepast, zij het dat deze niet over de mogelijkheid van een prejudiciële verwijzing naar het Hof in de zin van artikel 177 beschikken;

2. wanneer een nationale autoriteit een positief besluit heeft genomen dat definitief is geworden, of wanneer een nationale rechterlijke instantie (bijvoorbeeld door de vordering af te wijzen op grond dat de mededingingsregeling aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, voldoet) een „positief” vonnis heeft geveld dat definitief is geworden, kan de Commissie steeds tussenbeide komen en de overeenkomst verbieden, onder voorbehoud van het principe van het gezag van gewijsde (*res judicata*) van een rechterlijke eindbeslissing m.b.t. een geschil tussen de partijen;
3. wanneer een nationale autoriteit een besluit neemt of een nationale rechterlijke instantie een vonnis velt waarin een negatief standpunt ten aanzien van een mededingingsbeperkende afspraak wordt ingenomen, gaat de Commissie er normalerwijze van uit dat zij op geen andere wijze tussenbeide dient te komen dan eventueel voor het Hof van Justitie in het kader van een prejudiciële procedure ex artikel 177;
4. zolang een besluit van een nationale autoriteit of een vonnis van een nationale rechterlijke instantie niet definitief is geworden, kan de Commissie op elk moment een beschikking in tegengestelde zin geven. In dit geval rust de verplichting om conflicterende beslissingen te vermijden op de instantie uitspraak doende in beroep.

103. De conflicten die zouden kunnen rijzen tussen de verschillende instanties die het communautaire mededingingsrecht toepassen, zouden aan de hand van deze beginselen moeten kunnen worden opgelost. Het is echter wenselijk specifieke mechanismen in het leven te roepen om dergelijke conflicten te vermijden. Het kan eveneens noodzakelijk blijken om het principe te versterken volgens hetwelk de toepassing van het nationaal of communautair mededingingsrecht door de nationale autoriteiten of nationale rechterlijke instanties coherent moet zijn met de toepassing van het communautair mededingingsrecht door de Commissie onder toezicht van het Hof van Justitie.

### 2. *Mechanismen voor informatieuitwisseling en samenwerking*

104. Er bestaan in het Gemeenschapsrecht reeds twee belangrijke instrumenten om ervoor te zorgen dat de regels op coherente wijze worden toegepast en dat de eenheid van het mededingingsbeleid bewaard blijft: de artikelen 169 en 177 van het Verdrag. Artikel 169 kent de Commissie de bevoegdheid toe om zich tot het Hof van Justitie te wenden wanneer de lidstaten inbreuk op het Gemeenschapsrecht maken, en artikel 177 legt de rechterlijke instanties die in laatste aanleg uitspraak doen, de verplichting op om, wanneer zij met een probleem van interpretatie van het Gemeenschapsrecht worden geconfronteerd, het Hof daarover een prejudiciële vraag te stellen. Deze twee procedures zijn ongetwijfeld doeltreffend, maar ze blij-

<sup>(60)</sup> HvJEG, 13 februari 1969, zaak 14/68, *Walt Wilhelm*, Jurispr. 1969, blz. 1.

<sup>(61)</sup> Reeds aangehaald in voetnoot 38.

ken soms nogal log te zijn wanneer het erop aankomt de samenhang van het mededingingsbeleid, waarvoor een dagelijkse samenwerking tussen de bevoegde autoriteiten vereist is, te bewaren of te herstellen. Er moeten soepele en snel werkende mechanismen voor informatieuitwisseling en samenwerking tussen de mededingingsautoriteiten, de rechterlijke instanties en de Commissie in het leven worden geroepen.

105. Wat de mededingingsautoriteiten betreft, wordt voorgesteld in de gewijzigde Verordening nr. 17 de verplichting op te nemen om de Commissie te informeren over de gevallen van toepassing van de artikelen 85 en 86 door de mededingingsautoriteiten van de lidstaten, als tegenhanger van de verplichting die ingevolge artikel 10 van de huidige verordening voor de Commissie geldt<sup>(62)</sup>. Deze informering zal moeten plaatsvinden zodra een procedure wordt ingeleid en voordat ze wordt afgesloten. De Commissie zal ook moeten worden geïnformeerd, wanneer een nationale autoriteit voornemens is de krachtens een groepsvrijstellingsverordening geldende vrijstelling in te trekken. Dankzij deze informering en de contacten met de nationale autoriteiten die eruit kunnen voortvloeien, zou de samenhang van het mededingingsbeleid moeten kunnen worden gewaarborgd zonder dat gebruik hoeft te worden gemaakt van autoritaire mechanismen voor het oplossen van conflicten bij de toepassing van het Gemeenschapsrecht. De Commissie zal evenwel de mogelijkheid behouden om een zaak aan de bevoegdheid van de nationale mededingingsautoriteiten te onttrekken volgens een gelijkaardig mechanisme als dat van artikel 9, lid 3, van de huidige Verordening nr. 17. In het belang van de noodzakelijke coherentie tussen de procedures die op het Gemeenschapsrecht en die welke op het nationale recht zijn gebaseerd, zal aan de nationale autoriteiten ook de verplichting moeten worden opgelegd om de Commissie, uit eigen beweging of op verzoek van de Commissie, te informeren over de procedures die zij op grond van het nationale recht voeren en die invloed kunnen hebben op communautaire procedures.

106. Het ligt voor de hand dat, in het kader van de werking van het door de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten gevormde netwerk, het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities een belangrijker rol zal gaan spelen. Het comité zal inderdaad een echt forum worden waar over de belangrijke zaken van gedachten wordt gewisseld, ongeacht door welke mededingingsautoriteit ze worden behandeld. Het comité zal verder op dezelfde wijze als nu over de voorstellen voor regelgeving en de ontwerpbesikkingen van de Commissie worden geraadpleegd, maar er zou aan gedacht kunnen worden de Commissie de mogelijkheid te geven, hetzij uit eigen beweging of op verzoek van een lid-

staat, een geval van toepassing van het Gemeenschapsrecht door een nationale mededingingsautoriteit op de agenda van een van de vergaderingen van het comité te plaatsen om daarover advies uit te brengen. In het kader van de gevolgde strategie in de periode voorafgaand aan toetreding, zal de Commissie bijzondere aandacht besteden aan de ontwikkeling van de mededinging in de kandidaat-lidstaten en zal zij een bijzondere bijstand verlenen aan hun mededingingsautoriteiten.

107. Wat de nationale rechterlijke instanties betreft, moeten, enerzijds om te voorkomen dat de gedecentraliseerde toepassing van de regels afbreuk doet aan de coherente interpretatie ervan, en anderzijds om de rechterlijke instanties bij de vervulling van hun taak te ondersteunen, mechanismen voor samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties in het leven worden geroepen. Eerst en vooral is het van wezenlijk belang dat de Commissie wordt geïnformeerd over de procedures voor de rechterlijke instanties waarin de artikelen 85 en 86 van het Verdrag worden toegepast, zodat zij kan nagaan of er bij de interpretatie van de teksten moeilijkheden rijzen en of er geen lacunes zijn in het wetgevend kader. Het ligt dan ook in de bedoeling een dergelijke informeringplicht voor de rechter in de verordening op te nemen. Overigens kent bijvoorbeeld het Duitse recht nu al een vergelijkbare verplichting<sup>(63)</sup>. Voorts zou de Commissie, met de instemming van de rechter bij wie de zaak aanhangig is, moeten kunnen interveniëren in de procedures waarvan zij dankzij de informering door de rechterlijke instanties op de hoogte is. Met een dergelijke interventie als *amicus curiae* zou een nuttige bijdrage kunnen worden geleverd tot het behoud van de samenhang bij de toepassing van de rechtsregels. Er zou dus een specifieke bepaling in die zin in de verordening moeten worden ingeschreven. Tenslotte zouden bepaalde regels die nu in de eerder aangehaalde bekendmaking van de Commissie betreffende de samenwerking met de nationale rechterlijke instanties zijn opgenomen, in de gewijzigde Verordening nr. 17 kunnen worden geïncorporeerd, met name wat betreft de mogelijkheid voor de rechterlijke instanties om zich in de loop van de procedure tot de Commissie te wenden met een verzoek om inlichtingen van procedurele, juridische of economische aard. Overigens dient opgemerkt te worden dat er in sommige lidstaten samenwerkingsvormen bestaan tussen de rechterlijke instanties, bij wie een mededingingsvraagstuk aanhangig is gemaakt, en de mededingingsautoriteiten (cfr. bijvoorbeeld mogelijkheid tot interventie van het BKartA in Duitsland of „expertises” van de Conseil de la Concurrence in Frankrijk).

### III. Versterking van de controle achteraf (a posteriori)

108. De invoering van een systeem van een wettelijke uitzondering moet noodzakelijkerwijze gepaard

<sup>(62)</sup> In Duitsland is in artikel 50, lid 3, van het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), zoals gewijzigd bij de zesde wijzigingswet (in werking getreden op 1 januari 1999), reeds bepaald dat de Commissie over de gevallen van toepassing van het Gemeenschapsrecht wordt geïnformeerd, zodat zij haar standpunt kan bepalen.

<sup>(63)</sup> Op grond van artikel 96 juncto artikel 90 GWB zijn de rechterlijke instanties verplicht het Bundeskartellamt te informeren over de procedures waarin toepassing wordt gemaakt van het Gemeenschapsrecht.

gaan met een versterking van de controle achteraf (a posteriori) op de naleving van de mededingingsregels. In het kader van de voorgestelde hervorming zullen de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie moeten worden versterkt, zal het indienen van klachten moeten worden vergemakkelijkt en zal het sanctiestelsel moeten worden aangepast.

#### A. VERSTERKING VAN DE ONDERZOEKS-MOGELIJKHEDEN

109. Om doeltreffend te kunnen optreden tegen verborgen concurrentiebepalingen, moet de Commissie niet alleen haar middelen kunnen gebruiken om klachten te onderzoeken en ambtshalve procedures in te leiden, maar moet zij ook ruimere onderzoeksbevoegdheden krijgen.

110. Wanneer de Commissie nu verificaties wil verrichten op grond van artikel 14, lid 3, van Verordening nr. 17, moeten de nationale mededingingsautoriteiten, die haar bijstand verlenen, in de meeste lidstaten<sup>(64)</sup> de toelating van de rechter verkrijgen om tot de verificatie te kunnen overgaan wanneer de onderneming zich daartegen verzet<sup>(65)</sup>. In zaken waarbij meerdere ondernemingen betrokken zijn, moeten doorgaans in een aantal lidstaten tegelijk verificaties worden verricht en moet de toelating daartoe dus worden gevraagd aan verschillende rechters, die slechts bevoegd zijn om de beschikking op haar echtheid te toetsen en om na te gaan of de verificatie niet willekeurig is of niet te ver gaat in verhouding tot het voorwerp van de verificatie<sup>(66)</sup>.

111. Er zijn verschillende manieren denkbaar om voor een gelijktijdige en coherente uitvoering van de verificaties te zorgen en tevens de betrokken ondernemingen een betere bescherming te waarborgen. Zo zou de judiciële controle kunnen worden gecentraliseerd door deze aan een rechterlijke instantie van de Gemeenschap toe te vertrouwen. Deze oplossing verzekert de rechtsbescherming van de betrokken ondernemingen, en zou bovendien het voordeel bieden dat de verificatieprocedures veel eenvoudiger worden en dat problemen van incoherentie en gebrek aan gelijk-

tijdigheid voorgoed uit de weg worden geruimd. Een andere mogelijkheid zou zijn de nationale procedure-regels te harmoniseren en te vereenvoudigen, zodat snel en gelijktijdig rechterlijke beschikkingen kunnen worden verkregen in de lidstaten waar dit noodzakelijk is. Deze tweede weg is veel delicaat en in dat geval zou in een aantal lidstaten het gerechtelijk procesrecht ingrijpend moeten worden gewijzigd.

112. Soms werd betwist dat de gemachtigde ambtenaren van de Commissie het recht hebben om tijdens een verificatie de vertegenwoordigers of medewerkers van de onderneming mondeling vragen te stellen die niet rechtstreeks verband houden met de documenten die zich in de lokalen van de onderneming bevinden, en het stelsel van administratieve sancties die van toepassing zijn op het verstrekken van onjuiste informatie vertoont in dit opzicht een lacune.

113. Bijgevolg wordt overwogen artikel 14 van Verordening nr. 17 te wijzigen en daarin uitdrukkelijk te bepalen dat de gemachtigde ambtenaren van de Commissie bevoegd zijn om tijdens een verificatie de vertegenwoordigers en medewerkers van de onderneming mondeling alle vragen te stellen die gerechtvaardigd worden door het doel en verband houden met het voorwerp van de verificatie, en om een volledig en exact antwoord op die vragen te verlangen. Voorts zou kunnen worden bepaald dat de gemachtigde ambtenaren bevoegd zijn om van de tijdens de verificatie gegeven antwoorden proces-verbaal op te maken. De processen-verbaal zouden in het dossier worden opgenomen en zouden tijdens het verdere verloop van de procedure kunnen worden gebruikt. Het logisch gevolg van een dergelijke nieuwe bepaling is dat de tijdens verificaties gegeven antwoorden komen te vallen onder het stelsel van sancties die van toepassing zijn op het verstrekken van onjuiste informatie.

114. Om de doeltreffendheid van de middelen, waarover zij beschikt voor het voeren van haar onderzoek, te vergroten, zou de Commissie bovendien de bevoegdheid moeten krijgen om elke persoon die haar informatie kan verstrekken die nuttig is voor haar onderzoek, ten kantore van de Commissie op te roepen, zodat van zijn verklaringen proces-verbaal kan worden opgemaakt<sup>(67)</sup>. Van die mogelijkheid zou gebruik kunnen worden gemaakt ten aanzien van de ondernemingen waartegen de procedure gericht is: het zou dan in zekere zin gaan om een aanvulling op artikel 14, waardoor het met name mogelijk wordt personen te ondervragen die tijdens een verificatie niet in de onderneming aanwezig waren. Er zou ook gebruik van kunnen worden gemaakt jegens klagers of derden.

<sup>(64)</sup> België, Denemarken, Frankrijk, Duitsland, Griekenland, Ierland, Luxemburg, Portugal, Spanje en het Verenigd Koninkrijk.

<sup>(65)</sup> Dit vloeit voort uit de Hochst-jurisprudentie (HvJEG, 21 september 1989, gevoegde zaken 46/87 en 227/88, Hochst AG/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. 1989, blz. 2859), volgens welke het nationale recht bepaalt door middel van welke procedures de eerbiediging van de rechten van de ondernemingen moet worden gewaarborgd.

<sup>(66)</sup> HvJEG, 21 september 1989, gevoegde zaken 46/87 en 227/88, Hochst AG/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. 1989, blz. 2859, rechtsoverweging 35.

<sup>(67)</sup> De meeste nationale mededingingswetten kennen de autoriteiten de bevoegdheid toe om personen die informatie kunnen verstrekken die nuttig kan zijn voor het onderzoek, op te roepen. Dit is met name het geval in België, Frankrijk en Duitsland.

115. In een systeem van een wettelijke uitzondering zal de opsporing van inbreuken vooral een kwestie van marktbeveiliging zijn. Van het instrument van het algemeen onderzoek van bedrijfstakken is sinds 1962 slechts zeer zelden gebruik gemaakt, maar het zal in de nieuwe context aan belang winnen. De bestaande regeling moet bijgevolg worden gehandhaafd.

116. De ervaring toont aan dat er in verband met de verzoeken om inlichtingen die de Commissie overeenkomstig artikel 11 tot de ondernemingen richt, in de praktijk geen grote problemen rijzen. Het Hof van Justitie heeft herhaaldelijk bevestigd dat de ondernemingen verplicht zijn te antwoorden, en het maakt in dit verband slechts een uitzondering voor vragen waarop het antwoord een directe zelfincriminatie zou inhouden<sup>(68)</sup>. De sanctieprocedures voor het geval dat het antwoord onjuist of onvolledig is, zijn doeltreffend. Het enige punt waarop in deze context moet worden ingegaan is artikel 11, lid 4, dat bepaalt dat tot het verstrekken van de gevraagde inlichtingen verplicht zijn: de eigenaren van een onderneming of degenen die hen vertegenwoordigen en, in het geval van rechtspersonen en van vennootschappen en verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid, degenen die volgens de wet of de statuten belast zijn met de vertegenwoordiging. Zoals ze nu geformuleerd is, staat deze bepaling niet toe dat naar behoren gemachtigde advocaten namens hun cliënten antwoorden, hoewel zeer vaak diezelfde advocaten met de materiële redactie van de antwoorden op de verzoeken om inlichtingen van de Commissie belast zijn. Bijgevolg wordt overwogen artikel 11 zodanig te herformuleren dat naar behoren gemachtigde advocaten namens hun cliënten kunnen antwoorden, indien deze dit wensen.

#### B. GROTER BELANG VAN KLACHTEN IN HET NIEUWE SYSTEEM

117. Bijna 30% van de nieuwe zaken die bij de Commissie aanhangig worden gemaakt beginnen met een formele klacht, en in de meeste gevallen waarin de Commissie ambtshalve een procedure inleidt, gaat zij daartoe over nadat zij op informele wijze van bepaalde feiten op de hoogte is gebracht. De informatie die de Commissie aldus ontvangt, is zeer waardevol voor het opsporen van inbreuken op de mededingingsregels. Het moet bijgevolg voor elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die kennis krijgt van een concurrentiepraktijk die op het eerste gezicht onder toepassing van artikel 85 of artikel 86 van het Verdrag kan vallen, en die van een rechtmatig belang doet blijken, mogelijk blijven om bij de Commissie klacht in te dienen.

118. Wanneer de Commissie haar activiteit op de strijd tegen de ergste concurrentiebeperkingen gaat

toespitsen, zullen klachten nog belangrijker worden dan ze nu al zijn. Daarom moet in het nieuwe systeem het indienen van klachten worden vergemakkelijkt. Een reeks maatregelen zou ertoe kunnen bijdragen de slachtoffers van inbreuken ertoe aan te zetten zich tot de Commissie te wenden. Zo zou de Commissie een verklarende bekendmaking over klachten kunnen publiceren, er zouden termijnen voor de behandeling van klachten kunnen worden ingevoerd, de procedure voor de verwerping van klachten zou kunnen worden vereenvoudigd en er zouden bepalingen inzake voorlopige maatregelen kunnen worden aangenomen.

119. De Commissie zou potentiële klagers beter moeten inlichten over de wijze waarop zij te werk gaat. In de jurisprudentie is aanvaard dat de Commissie met betrekking tot de bestrijding van inbreuken prioriteiten kan stellen op grond van het begrip „voldoende communautair belang”<sup>(69)</sup>. Het lijkt nu noodzakelijk dit begrip in een bekendmaking te verduidelijken, zodat de klagers gemakkelijker kunnen uitmaken of zij zich het best tot een nationale dan wel tot een communautaire instantie wenden. Deze bekendmaking zou een leidraad voor de klagers kunnen zijn bij hun keuze tot welke instantie zich te richten. Aldus zal een onderneming, betrokken in een duidelijk contractueel geschil dat kan opgelost worden zonder bijzonder onderzoek, er belang bij hebben zich te richten tot een nationale rechter. Het slachtoffer van een geheime mededingingsbeperkende afspraak waarvan de bewijzen verzameld kunnen worden in één enkele lidstaat, zal zich moeten richten tot de mededingingsautoriteit van die lidstaat. In die gevallen waarin onderzoeksmaatregelen in verschillende lidstaten zich opdringen, zullen de klagers zich natuurlijk tot de Commissie moeten wenden. In een dergelijke bekendmaking over klachten zou voorts duidelijk moeten worden uiteengezet wat de klagers van een optreden van de Commissie mogen verwachten, namelijk een bevel om de inbreuk te beëindigen, dat erga omnes geldt, maar zonder toekenning van schadevergoeding. De bekendmaking zou tevens een hulp moeten zijn bij het opstellen van klachten, met name door aan te geven welke informatie de Commissie over het algemeen nodig heeft om een inbreuk te kunnen vaststellen. Tenslotte zou er in de bekendmaking op moeten worden gewezen dat de Commissie zich bij het opleggen van geldboeten streng opstelt jegens ondernemingen die zich schuldig hebben gemaakt aan vergeldingsmaatregelen tegen de klagers.

120. Op het ogenblik is de Commissie slechts verplicht de bij haar ingediende klachten binnen een redelijke termijn te behandelen. Het is voor de klagers die menen het slachtoffer van een inbreuk op de communautaire mededingingsregels te zijn, echter belang-

<sup>(68)</sup> HvJEG, 18 oktober 1989, zaak 374/87, Orkem/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. 1989, blz. 3283.

<sup>(69)</sup> GEA, 18 september 1992, zaak T-24/90, Automec/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. 1992, blz. II-2223.

rijk snel te weten of de Commissie naar aanleiding van hun klacht een onderzoek gaat instellen, d.w.z. of zij tot verificaties zal overgaan of verzoeken om inlichtingen tot de betrokkenen zal richten teneinde het bestaan van de gewraakte praktijken vast te stellen, dan wel of zij voornemens is de klacht te verwerpen op grond dat de klager geen rechtmatig belang kan doen gelden, dat de klacht ongegrond is of dat ze niet van communautair belang is. In dit laatste geval is het uiterst belangrijk dat de klager zich snel tot de bevoegde nationale mededingingsautoriteit of rechterlijke instantie kan wenden, die gevolg zal kunnen geven aan zijn verzoek. Het ligt in de bedoeling te bepalen dat de Commissie verplicht zou zijn de klager binnen een termijn van vier maanden mee te delen welk gevolg zij voornemens is aan zijn klacht te geven. Indien de Commissie niet voornemens is naar aanleiding van de klacht een onderzoek in te stellen, zou zij de klager er bij een met redenen omklede brief van in kennis stellen dat de zaak wordt afgesloten. Tegen die brief zou bij het Gerecht van eerste aanleg beroep kunnen worden ingesteld. Indien de Commissie onderzoeksmaatregelen noodzakelijk acht, zou zij de klager daar eveneens binnen vier maanden van op de hoogte brengen, zonder dat dit in enigerlei zin bepalend is voor het verdere verloop van de procedure. Indien de Commissie na een grondiger onderzoek, dat binnen een redelijke termijn<sup>(70)</sup> dient te gebeuren, tot de conclusie komt dat aan de klacht geen verder gevolg kan worden gegeven, zou zij de klager daar eveneens bij een met redenen omklede brief van in kennis stellen, en tegen deze brief zou eveneens beroep kunnen worden ingesteld bij het Gerecht van eerste aanleg.

121. De huidige procedure is omslachtig: de Commissie moet de klager bij brief in kennis stellen van haar voorlopig standpunt (artikel 6 van Verordening (EG) nr. 2842/98<sup>(71)</sup>), vervolgens doet de klager de Commissie zijn opmerkingen daarover toekomen en tenslotte geeft de Commissie een formele beschikking. Deze procedure is zeer log en slurpt een groot deel van de middelen van de Commissie op. Er zij in dit verband op gewezen dat de beschikkingen waarbij klachten werden verworpen, de laatste jaren meer dan de helft van alle formele beschikkingen van de Commissie uitmaakten. Wanneer een termijn van vier maanden wordt ingevoerd, moet dit dus gepaard gaan met een vereenvoudiging van de procedure voor het verwerpen van klachten en inzonderheid met een versoepeling van de regeling inzake hoor en wederhoor.

<sup>(70)</sup> GEA, 22 oktober 1997, zaken T-213/95 en T-18/96, SCN en FNK/Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. 1997, blz. II-1739 ; HvJEG, 17 december 1998, zaak C-185/95, Baustahlgewebe GmbH/Commissie van de Europese Gemeenschappen (nog niet gepubliceerd).

<sup>(71)</sup> Verordening (EG) nr. 2842/98 van de Commissie van 22 december 1998 betreffende het horen van belanghebbenden en derden in bepaalde procedures op grond van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag (PB L 354 van 30.12.1998, blz. 18).

122. Het gebeurt zeer vaak dat de klagers hun klacht vergezeld doen gaan van een verzoek om voorlopige maatregelen, opdat onverwijld een einde zou worden gemaakt aan de inbreuk waarvan zij menen het slachtoffer te zijn. Ofschoon Verordening nr. 17 haar niet uitdrukkelijk die bevoegdheid toekent, is in de jurisprudentie erkend dat de Commissie voorlopige maatregelen kan nemen nadat zij het bestaan van een inbreuk voorshands („prima facie”) heeft vastgesteld, voorzover het een dringend geval betreft en er gevaar bestaat voor ernstige en onherstelbare schade<sup>(72)</sup>. Het lijkt thans noodzakelijk in Verordening nr. 17 niet alleen te bepalen onder welke voorwaarden voorlopige maatregelen kunnen worden genomen, maar ook volgens welke procedure dit moet geschieden en hoe lang de maatregelen van kracht kunnen zijn. De huidige praktijk is doeltreffend gebleken.

### C. SANCTIES

123. Artikel 15, lid 2, van Verordening nr. 17 bepaalt dat de Commissie geldboeten kan opleggen van ten hoogste 10% van de omzet in het voorafgaande boekjaar van elk van de ondernemingen die aan een inbreuk op artikel 85, lid 1, of artikel 86 hebben deelgenomen. Het beleid van de Commissie inzake geldboeten werd gaandeweg verduidelijkt door haar beschikkingspraktijk, door de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van Verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd<sup>(73)</sup>, en tenslotte door de mededeling betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen<sup>(74)</sup>. Het wordt niet overwogen dit maximumbedrag, dat passend is gebleken, te wijzigen. De invoering van een systeem van een wettelijke uitzondering impliceert echter wel dat de aan de aanmelding verbonden immunititeit voor geldboeten wordt opgeheven, aangezien de aanmelding zelf wegvalt. Dit versterkt het nuttig effect van het verbod en dus ook de preventieve werking van de verbodsregel.

124. De geldboeten die in de loop van de procedure kunnen worden opgelegd, dienen te worden aangepast. Op het ogenblik is in Verordening nr. 17 een geldboete van 100 tot 1 000 EUR gesteld op het feit dat een onderneming onjuiste informatie verstrekt of tijdens een verificatie geen volledige inzage verleent van de verlangde documenten. Deze bedragen zijn sinds 1962

<sup>(72)</sup> HvJEG, beschikking van 17 januari 1980, zaak 792/79R, Camera Care Ltd./Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. 1980, blz. 119.

<sup>(73)</sup> PB C 9 van 14.1.1998, blz. 3.

<sup>(74)</sup> PB C 207 van 18.7.1996, blz. 4.

nooit herzien en lijken thans te laag om werkelijk een ontradend effect te hebben. Hier zou het voorbeeld van de concentratieverordening (EEG) nr. 4064/89<sup>(75)</sup> kunnen worden gevolgd, waarvan de overeenkomstige bepalingen voor dezelfde feiten in geldboeten van 1 000 tot 50 000 EUR voorzien.

125. Hetzelfde geldt voor de bedragen van de dwangsom die kan worden opgelegd aan een onderneming die de bij beschikking verlangde informatie niet verstrekt of weigert zich aan een op grond van artikel 14, lid 3, gelaste verificatie te onderwerpen. Volgens de overeenkomstige bepalingen van de concentratieverordening kan de dwangsom in deze gevallen tot 25 000 EUR bedragen. Dit bedrag zou in de nieuwe verordening inzake de toepassing van de artikelen 85 en 86 kunnen worden overgenomen.

126. De concentratieverordening (EEG) nr. 4064/89 voorziet in een tweede categorie van dwangsommen voor het geval dat ondernemingen een bij beschikking opgelegde verplichting niet nakomen (artikel 15, lid 2). Het maximumbedrag van deze dwangsommen is 100 000 EUR. Er bestaat een zekere overeenkomst tussen de verplichtingen die opgelegd kunnen worden aan de betrokken ondernemingen bij de goedkeuring van een concentratie en de aanvaarding van verbintenissen bij beschikking, waarvan de invoering wordt overwogen. Er zou dan ook naar het model van de concentratieverordening (EEG) nr. 4064/89 een tweede categorie van dwangsommen in het leven kunnen worden geroepen.

127. Wanneer aan verenigingen van ondernemingen geldboeten worden opgelegd, is de in aanmerking te nemen omzet die van de ondernemingen die lid van de vereniging zijn. Artikel 15 van Verordening nr. 17 voorziet echter niet in een solidaire aansprakelijkheid („in solidum”) van de leden van de vereniging, hetgeen een beletsel kan vormen voor de inning van de geldboete<sup>(76)</sup>.

128. Bijgevolg wordt overwogen in de nieuwe verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het verdrag te bepalen dat, wanneer een inbreuk aan een vereniging van ondernemingen kan worden toegerekend, de ondernemingen die op het tijdstip van de inbreuk lid van die vereniging waren, solidair aansprakelijk zijn voor de betaling van de geldboete. Ter bescherming van het recht op verweer van de leden van de vereniging zou in geval van een herziening in die zin ook moeten worden bepaald dat de leden door

middel van een bekendmaking in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* van de inleiding van de procedure en met name van de toezending van de mededeling van punten van bezwaar op de hoogte worden gebracht. De vereniging zou dan zo nodig nadere informatie verstrekken aan de leden die daarom verzoeken.

#### IV. Overgang naar het systeem van een wettelijke uitzondering („exception légale”)

129. Op de dag waarop de nieuwe verordening inzake de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag in werking treedt, zal een aantal aanmeldingen, ingediend door ondernemingen ter verkrijging van een ontheffing op grond van artikel 85, lid 3, bij de Commissie in behandeling zijn. In het nieuwe systeem echter zal artikel 85 in zijn geheel rechtstreeks toepasbaar zijn: het zal dus niet langer van een beschikking van de Commissie afhangen of een mededingingsbeperkende afspraak geldig is. Bijgevolg zullen alle aanmeldingen die op dat ogenblik in behandeling zijn, vervallen. In de periode tussen de publicatie van dit Witboek en de inwerkingtreding van de nieuwe verordening zal de Commissie met betrekking tot het verlenen van ontheffingen tegen hetzelfde tempo en op dezelfde wijze te werk blijven gaan als nu.

#### V. Sectoriële regels

130. Wat de landbouwsector betreft, zijn volgens artikel 42 van het Verdrag de bepalingen van het hoofdstuk over regels betreffende de mededinging slechts in zoverre op de voortbrenging van en de handel in landbouwproducten van toepassing, als door de Raad wordt bepaald. De bepalingen van de artikelen 85 tot en met 90 van het Verdrag zijn bij Verordening nr. 26 van 4 april 1962<sup>(77)</sup> van toepassing verklaard op de landbouwsector. Volgens artikel 1 van deze verordening gelden de genoemde artikelen van het Verdrag, evenals de voor hun toepassing uitgevaardigde bepalingen, met inbegrip van Verordening nr. 17, voor de voortbrenging van en de handel in landbouwproducten. Uit de verwijzing in dit artikel 1 naar de bepalingen inzake de toepassing van de artikelen 85 en 86 volgt dat de in Verordening nr. 17 aangebrachte wijzigingen automatisch op de landbouwsector van toepassing zullen zijn. De specifieke uitzonderingen voorzien in artikel 2 van Verordening nr. 26 zullen onveranderd blijven en de Commissie zal de exclusieve bevoegdheid behouden om ze toe te passen.

<sup>(75)</sup> Verordening (EEG) nr. 4064/89, reeds aangehaald.

<sup>(76)</sup> Dit probleem was onder meer aan de orde in de gevoegde zaken T-213/95 en T-18/96, SCK en FNK/Commissie, Jurispr. 1997, blz. II-1739.

<sup>(77)</sup> PB 30 van 20.4.1962, blz. 993/62.

131. In de vervoersector zijn de toepasselijke mededingingsregels identiek met die welke in andere sectoren gelden<sup>(78)</sup>, en worden concurrentiebeperkingen en markten op identieke wijze gedefinieerd. Er bestaat dus geen enkele reden om de „vervoerverordeningen“<sup>(79)</sup> niet op dezelfde wijze te herzien als Verordening nr. 17, en de voorgenomen herziening van Verordening nr. 17 zou ook moeten gelden voor de vervoerverordeningen.

132. De vervoerverordeningen (EEG) nr. 1017/68 (vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren), (EEG) nr. 4056/86 (zeevervoer) en (EEG) nr. 3975/87 (luchtvervoer) bevatten echter ook aanvullende bepalingen die niet in Verordening nr. 17 voorkomen. Het betreft enerzijds groepsvrijstellingen<sup>(80)</sup> en anderzijds bijzondere procedureregels<sup>(81)</sup>. De belangrijkste verschillen qua procedure kunnen als volgt worden samengevat:

1. de Commissie kan een ontheffing verlenen zonder een aanmelding te hebben ontvangen (bijvoorbeeld naar aanleiding van een klacht of op eigen initiatief);
2. Verordening (EEG) nr. 1017/68 bevat een bepaling inzake crisiskartels;
3. in de verordeningen betreffende het vervoer over land en het zeevervoer is geen bepaling inzake negatieve verklaringen opgenomen;
4. elk van de vervoerverordeningen voorziet in een oppositieprocedure. Deze houdt in dat een samenvatting van het verzoek om ontheffing in het

<sup>(78)</sup> HvJEG, 4 april 1974, zaak 167/73, Commissie van de Europese Gemeenschappen/Franse Republiek, Jurispr. 1974, blz. 359, rechtsoverweging 32; HvJEG, 30 april 1986, gevoegde zaken 209 tot 213/84, Ministère public tegen Lucas Asjes e.a., Jurispr. 1986, blz. 1425, rechtsoverwegingen 42-45; HvJEG, 11 april 1989, zaak 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen en Silver Line Reisebüro GmbH/Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.v., Jurispr. 1989, blz. 803, rechtsoverwegingen 32 en 33.

<sup>(79)</sup> Verordening (EEG) nr. 1017/68 van de Raad van 19 juli 1968 houdende de toepassing van mededingingsregels op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren (PB L 175 van 23.7.1968, blz. 1); Verordening (EEG) nr. 4056/86 van de Raad van 22 december 1986 tot vaststelling van de wijze van toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag op het zeevervoer (PB L 378 van 31.12.1986, blz. 4); Verordening (EEG) nr. 3975/87 van de Raad van 14 december 1987 tot vaststelling van de wijze van toepassing van de mededingingsregels op ondernemingen in de sector luchtvervoer (PB L 374 van 31.12.1987, blz. 1).

<sup>(80)</sup> Meer bepaald de artikelen 4, 6, 9 en 14 van Verordening (EEG) nr. 1017/68 en de artikelen 1, 3, 4, 5, 6 en 8 van Verordening (EEG) nr. 4056/86.

<sup>(81)</sup> Meer bepaald de artikelen 17 en 18 van Verordening (EEG) nr. 1017/68 en artikel 9 van Verordening (EEG) nr. 4056/86.

Publicatieblad wordt bekendgemaakt, waarbij derden in de gelegenheid worden gesteld hun opmerkingen bij de Commissie in te dienen; de aangeelde overeenkomst geldt als wettig vrijgesteld voor een bepaalde periode, indien de Commissie zich niet binnen 90 dagen na de bekendmaking daartegen verzet;

5. Verordening (EEG) nr. 3975/87 voorziet in een bijzondere regeling voor het nemen van voorlopige maatregelen in bepaalde gevallen;
6. Verordening (EEG) nr. 4056/86 (zeevervoer) berust op een dubbele rechtsgrondslag — artikel 84, lid 2, en artikel 87 van het EG-Verdrag — en bevat een bijzondere bepaling inzake rechtsconflicten met derde landen. De rechtsgrondslag van Verordening nr. 1017/68 (spoor, weg, binnenwateren) wordt gevormd door de artikelen 75 en 87;
7. in Verordening (EEG) nr. 1017/68 is bepaald dat de Commissie niet eerder een beschikking kan geven dan 20 dagen na de vergadering van het adviescomité, dit om de lidstaten in de gelegenheid te stellen de Raad te verzoeken bijeen te komen teneinde te onderzoeken of in verband met de betrokken zaak beginselvraagstukken rijzen. In dit geval moet de Commissie in haar beschikking rekening houden met de beleidslijnen die in de Raad naar voren zijn gekomen;
8. op het gebied van het zeevervoer blijft de wilde vaart en op het gebied van het luchtvervoer blijft het internationale vervoer tussen de Gemeenschap en derde landen aan de overgangsregeling van artikel 89 onderworpen.

133. Het lijdt geen twijfel dat de procedurele verschillen tussen de vervoerverordeningen en Verordening nr. 17 hun verklaring vinden in de politieke overwegingen die ten tijde van de vaststelling van die verordeningen op de voorgrond stonden. Verordening (EEG) nr. 1017/68 met name was de eerste verordening over de toepassing van de mededingingsregels op het gebied van het vervoer, en ze werd vastgesteld voordat het Hof van Justitie uitdrukkelijk had verklaard dat de mededingingsregels op de vervoersector van toepassing waren. Sinds de vaststelling van de verschillende vervoerverordeningen is voortgang gemaakt met de liberalisatie van het luchtvervoer en het spoorvervoer; het zeevervoer is reeds lang vrijgemaakt. De noodzaak om in het beleid met bepaalde bijzondere kenmerken van deze vormen van vervoer rekening te houden, is grotendeels weggevallen.

134. Wanneer de procedureregels van de gewijzigde Verordening nr. 17 op de vervoersector worden toegepast, zullen de eerste vijf hierboven aangestipte ver-



schillen vanzelf verdwijnen. Wat de overige verschillen betreft, worden de volgende maatregelen overwogen:

1. op de dubbele rechtsgrondslag van Verordening (EEG) nr. 1017/68 en Verordening (EEG) nr. 4056/86 is nooit een beroep gedaan, zodat deze geen reden van bestaan meer heeft;
2. van de mogelijkheid voor de Raad om na de vergadering van het adviescomité in individuele zaken tussenbeide te komen, is nooit gebruik gemaakt. Deze mogelijkheid zou dan ook moeten worden opgeheven overeenkomstig Besluit 87/373/EEG van de Raad van 13 juli 1987 tot vaststelling van de voorwaarden die gelden voor

de uitoefening van aan de Commissie verleende uitvoeringsbevoegdheden;

3. in de verordening die in de plaats van Verordening nr. 17 komt, zou duidelijk moeten worden bepaald dat ze niet van toepassing is op de wilde vaart en op het internationale luchtvervoer tussen de Gemeenschap en derde landen.

135. De mededingingsbeperkende afspraken die op het ogenblik aan het stelsel van artikel 65 van het EGKS-Verdrag onderworpen zijn, zullen vanaf juli 2002, wanneer de geldigheidsduur van het EGKS-Verdrag verstrijkt, eveneens binnen de werkingssfeer van de toekomstige verordening inzake de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag vallen.

## CONCLUSIE

136. Het mededingingsbeleid speelt een hoofdrol in het streven naar de in de constitutieve teksten vooropgestelde economische integratie, en het is zeker geen toeval dat de „regels betreffende de mededinging” werden opgenomen in het deel van het Verdrag dat de titel „Het beleid van de Gemeenschap” draagt. Uit het belang dat werd toegekend aan het afgeleide recht in verhouding tot de oprichtingsverdragen, blijkt duidelijk dat de auteurs van het Verdrag zich ervan bewust waren dat de regels inzake de uitvoering van het mededingingsbeleid zouden dienen te worden aangepast aan de grote ontwikkelingen van het economische leven, de zakenwereld en de geografische dimensie van Europa. Nadat Verordening nr. 17 meer dan 35 jaar lang is toegepast, is een groot aantal bepalingen inzake de toepassing van de mededingingsregels vandaag klaarblijkelijk niet langer aangepast aan de objectieve evolutie van de zakenwereld, noch aan de vereisten van een uitgebreide Gemeenschap, waartoe nog andere landen zullen toetreden en waarvan de nationale markten reeds verregaand geïntegreerd zijn.

137. De overwegingen die in 1962 tot de invoering van een gecentraliseerd machtigingssysteem hebben geleid, leggen vandaag niet meer hetzelfde gewicht in de schaal: de communautaire en nationale mededingingsautoriteiten zijn nu vertrouwd met de toepassing van een mededingingsrecht dat door de beschikkingspraktijk van de Commissie, de jurisprudentie en de regelgeving is verfijnd en verduidelijkt. Ook de naderende voltooiing van de Economische en Monetaire Unie en de komende uitbreiding maken de herziening noodzakelijk van een stelsel dat voor een Gemeenschap met zes lidstaten was geconcipieerd.

138. In dit Witboek worden de overwegingen van de Commissie dienaangaande uiteengezet en wordt het stelsel beschreven dat zij het best geschikt acht voor de

Unie aan de vooravond van de eenentwintigste eeuw. Dit stelsel zou op drie pijlers rusten: afschaffing van het aanmeldings- en machtigingssysteem en vervanging ervan door een systeem van een wettelijke uitzondering („exception légale”), uitbreiding van de gedecentraliseerde toepassing van de mededingingsregels en versterking van de controle achteraf. De Commissie is ervan overtuigd dat slechts een grondige herziening van het huidige stelsel volgens de basisbeginselen van haar in het Witboek beschreven voorstel voor een doeltreffende handhaving van de mededingingsregels in de gehele Gemeenschap kan zorgen, waarbij tevens de administratieve besommingen voor de ondernemingen tot een minimum worden beperkt en hun een voldoende mate van rechtszekerheid wordt gewaarborgd.

139. De verwezenlijking van deze herziening zal ingrijpende wijzigingen vereisen, niet alleen van Verordening nr. 17 maar ook van de „vervoerorderingen” en van de instrumenten ter uitvoering van deze verordeningen. Ze zal ook gepaard moeten gaan met een versterking van het wettelijk kader, wat voor verticale afspraken, met de wijziging van de daarop toepasselijke regels, reeds aan de gang is en voor horizontale samenwerkingsovereenkomsten wordt bestudeerd.

140. Dit Witboek moet het uitgangspunt vormen voor een brede discussie tussen de Commissie, de lidstaten en alle andere belanghebbenden. De Commissie zou graag opmerkingen ontvangen over alle aspecten van de in dit document voorgestelde herziening en de besproken opties.

141. Alle opmerkingen over dit Witboek moeten voor 30 september 1999 aan de Commissie worden toegezonden:

## — per post op het volgende adres:

Directoraat-generaal Concurrentie  
Europese Commissie  
Witboek modernisering  
C 150  
Wetstraat 200  
B-1049 Brussel

## — per elektronische post:

modernisation@dg4.cec.be.

142. Dit Witboek is ook in alle talen van de Gemeenschap beschikbaar op het World Wide Web op het volgende adres:

[http://europa.eu.int/comm/dg04/entente/other.htm#dgiv\\_pdf\\_wb\\_modernisation](http://europa.eu.int/comm/dg04/entente/other.htm#dgiv_pdf_wb_modernisation)

---