

Europees Recht

De gedecentraliseerde afdwinging van het communautaire mededingingsrecht: een voorlopige balans vanuit de praktijk¹

Karel BOURGEOIS

Advocaat aan de balie te Brussel en deeltijds assistent aan de K.U.Leuven

¹ Deze tekst is de schriftelijke versie van de gelijknamige voordracht gehouden op de VRG Alumnidag op 10 maart 2006.

1. Gelijktijdig met de toetreding van tien nieuwe lidstaten tot de Europese Unie trad op 1 mei 2004 de gemoderniseerde afdwinging van het communautaire mededingingsrecht in de uitgebreide Unie in werking. De basisregels van de nieuwe wijze van afdwinging van de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag zijn neergelegd in de Verordening nr. 1/2003 van de Raad¹ ("Verordening 1/2003"). Bepaalde uitvoeringsnormen liggen besloten in de Verordening nr. 773/2004 van de Commissie.² Daarnaast heeft de Commissie zes begeleidende Mededelingen³ aangenomen, die het moderniseringspakket vervolledigen.

2. De modernisering werd geboren uit de vaststelling dat de gecentraliseerde en *ex ante* handhaving van artikel 81 van het EG-Verdrag⁴ door de Commissie onder de oude Verordening Nr. 17⁵ in de praktijk niet langer werkbaar was. Onder het oude regime had de Commissie de exclusieve bevoegdheid om krachtens artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag vrijstellingen van het in de eerste paragraaf van dit artikel neergelegde principiële verbod van mededingingsbeperkende afspraken te verlenen. Partijen die zich voornamen een dergelijke, in hun ogen vrijstelbare, mededingingsbeperkende afspraak te sluiten, waren verplicht om deze *ex ante* bij de Commissie aan te melden met het oog op een individuele vrijstelling, tenzij de afspraak onder een groepsvrijstelling viel. Niettegenstaande de Commissie een reeks groepsvrijstellingen aannam, en in eenvoudige aangemelde zaken geen formele beslissing meer nam, maar zogenaamde troostbrieven tot de aanmeldende partijen richtte, bleef de werklust tengevolge van de individuele aanmeldingen hoog. De toenemende bewustwording in de zakenwereld van het belang van het mededingingsrecht en van de risico's in geval van niet naleving ervan, was hier niet vreemd aan. Het was echter vooral de steeds verdergaande uitbreiding van de Unie die met zich meebracht dat de gecentraliseerde handhaving van het kartelrecht door de

¹ Verordening Nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pub.* 2003, L1/1.

² Verordening Nr. 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag, *Pub.* 2004, L123/18.

³ Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten, *Pub.* 2004, C 101/43; Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag, *Pub.* 2004, C101/04; Mededeling van de Commissie betreffende de behandeling van klachten door de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag, *Pub.* 2004, C101/05; Mededeling van de Commissie over informeel advies betreffende nieuwe vragen met betrekking tot de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag die in individuele gevallen rijzen (adviesbrieven), *Pub.* 2004, C101/06; Mededeling van de Commissie - Richtsnoeren betreffende het begrip "beïnvloeding van de handel" in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pub.* 2004, C101/07; Mededeling van de Commissie houdende Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, *Pub.* 2004, C101/08.

⁴ Voor de toepassing van Artikel 82 van het EG-Verdrag verandert de modernisering weinig. Artikel 82 had immers reeds voor de hervorming integraal rechtstreekse werking in de nationale rechtsordes.

⁵ Verordening Nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste Verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, *Pub.* 1962, L13/204.

Commissie onhoudbaar geworden was. Het is dan ook geen toeval dat de inwerkingtreding van Verordening 1/2003 samenvalt met de uitbreiding van de Unie van 15 tot 25 lidstaten.

3. De gecentraliseerde afdwinging van het communautaire mededingingsrecht was ook niet langer nodig. Het gecentraliseerde controlestelsel werd in 1962, toen Verordening 17 werd aangenomen, terecht noodzakelijk geacht om het communautaire mededingingsrecht effectief te handhaven. Van de toenmalige lidstaten was er slechts één, met name Duitsland, die een traditie van mededingingsrecht had, en dat bleef dan nog beperkt tot het verbod op misbruik van machtspositie. De supranationale afdwinging van de communautaire mededingingsregels, en het kartelrecht in het bijzonder, was dan ook onontbeerlijk om te verzekeren "dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst", wat krachtens artikel 3 van het EG-Verdrag één van de taken van de Gemeenschap is. Sindsdien werd echter een hele weg afgelegd. In alle lidstaten van de Europese Unie zijn thans, mede onder impuls van de Commissie, nationale mededingingsregels van kracht, die vaak, zoals in België, de weerspiegeling vormen van artikel 81 en 82 EG-Verdrag op de nationale markt, en alle lidstaten hebben een nationale mededingingsautoriteit ("NMA") die belast is met de afdwinging van het nationale mededingingsrecht.

4. De Commissie en de Raad achtten de tijd dan ook rijp voor een systeem van een volledige gedecentraliseerde afdwinging van het communautaire mededingingsrecht. In het nieuwe systeem is de principiële plicht om afspraken in de zin van artikel 81 van het EG-Verdrag aan te melden, afgeschaft. Partijen die dergelijke afspraken willen sluiten, moeten zelf inschatten of deze afspraken vrijstelbaar zijn op grond van artikel 81, lid 3. De afschaffing van de aanmeldingsplicht wordt gecompenseerd door de invoering van *ex post* controle op de naleving van het mededingingsrecht door zowel de Commissie als de NMA's van de vijftientig lidstaten, die ten volle bevoegd zijn om de artikelen 81 (inclusief lid 3) en 82 van het EG-Verdrag toe te passen.

Ook de nationale rechtscolleges hebben de mogelijkheid (en soms de plicht) om de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag toe te passen. Hiermee werd beoogd de private afdwinging van het mededingingsrecht onder impuls van belanghebbende partijen (vb. concurrenten of consumenten) te stimuleren. Daarnaast verschaft Verordening 1/2003 de Commissie de nodige instrumenten om haar rol als ultieme hoeder van het Verdrag te vervullen. Dit moet de Commissie toelaten de coherentie in de toepassing van het communautaire mededingingsrecht te verzekeren. Door de afschaffing van de aanmeldingsplicht kan de Commissie zich bovendien concentreren op de belangrijkste zaken, die door hun omvang of belang voor de ontwikkeling van het communautaire mededingingsrecht, een behandeling door de Commissie vereisen.

5. De gemoderniseerde afdwinging van het communautaire mededingingsrecht viert straks haar tweede verjaardag. Naar aanleiding van één jaar modernisering, werden reeds een voorlopige balans opgemaakt van het nieuwe systeem

door de diverse betrokken actoren.⁶ Voortbouwend op de eerdere evaluaties en rekening houdend met de ontwikkelingen die zich sindsdien hebben afgespeeld, wens ik in deze bijdrage enkele kritische kanttekeningen te plaatsen bij de gedecentraliseerde afdwinging van de artikelen 81 en 82 EG-Verdrag. Het spreekt voor zich dat ik in het bestek van deze bijdrage geen alomvattende analyse van de werking van de hervorming kan maken. Mijn praktische ervaring met het mededingingsrecht is daartoe overigens te beperkt. Ik zal mij dan ook concentreren op enkele voor de praktijk zeer belangrijke nieuwigheden van de gemoderniseerde afdwinging. Ik veroorloof me hierbij als advocaat en (deeltijds) academicus de casuïstische benadering van de practicus met de fundamenteel-kritische ingesteldheid van de wetenschapper te combineren.

I. Het *ex post* rechtstreeks toepasselijk vrijstellingsregime en de rechtszekerheid

6. De essentie van het nieuwe afdwingingsstelsel ligt in de verschuiving van een *ex ante* aanmeldings- en goedkeuringssysteem naar een *ex post* rechtstreeks toepasselijk vrijstellingsregime.

Dit betekent dat de ondernemingen die wensen deel te nemen aan een mededingingsbeperkende overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging zelf moeten inschatten of die overeenkomst onder het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag valt en, indien dit het geval is, of de afspraak in aanmerking komt voor een vrijstelling in de zin van het derde lid van dit artikel. Op basis van het resultaat van deze inschatting, moeten zij beslissen of ze al dan niet met de plannen doorgaan. Gaan ze ermee door, omdat ze ervan overtuigd zijn dat de afspraak niet principieel verboden is dan wel van dit verbod vrijgesteld wordt, dan lopen ze het risico op een *ex post* controle op hun afspraak door één of meerdere van de NMA's of de Commissie. Indien de behandelende autoriteit dezelfde inschatting maakt als de partijen, geldt dit als de bevestiging van het feit dat de afspraak vanaf het sluiten ervan vrijgesteld was op grond van artikel 81, derde lid, van het EG-Verdrag. Indien de autoriteit echter tot de conclusie komt dat de afspraak niet kan vrijgesteld worden, zal ze die verbieden en kan ze zeer hoge boetes opleggen aan de deelnemende ondernemingen (de meeste NMA's⁷ kunnen, net zoals de Commissie, boetes opleggen tot 10% van de omzet van de groep waartoe de onderneming behoort). Bovendien is zulke overeenkomst nietig vanaf het ogenblik van de inwerkingtreding ervan op grond van artikel 81, lid 2, van het EG-Verdrag. Tot slot lopen de deelnemende ondernemingen het risico dat partijen die schade

⁶ Zo hebben in maart 2005 de International Bar Association en de Commissie gezamenlijk een conferentie gehouden waar de werking van de hervorming door vertegenwoordigers van de Commissie en de NMA's, nationale rechters en practici vanuit diverse invalshoeken grondig werd belicht. De toespraken werden in een boek gebundeld, zie P. LOWE and M. REYNOLDS (eds.), *Antitrust Reform in Europe: A Year in Practice*, Londen, IBA, 2005, 333p.

⁷ Zo ook de Belgische Raad voor de Mededinging, zie artikel 36 van de Wet van 1 juli 1999 tot bescherming van de economische mededinging, *B.S.* 1 september 1999.

hebben geleden tengevolge van de onwettelijke mededingingsbeperkende afspraak een vordering tot schadevergoeding instellen, zij het dat dit risico eerder beperkt is (zie punt 3 hieronder).

7. Vanaf het begin van de hervormingsplannen werd erop gewezen dat dit systeem een verschuiving van de verantwoordelijkheid van de Commissie naar de ondernemingen zou teweegbrengen. Hoewel de responsabilisering van de zakenwereld op zich niet werd afgekeurd, vreesden sommige practici dat het nieuwe systeem afbreuk zou doen aan de rechtszekerheid. Het oude *ex ante* aanmeldings- en goedkeuringsregime was zeer kostelijk en tijdrovend voor de zakengemeenschap, maar had als onmiskenbaar voordeel dat het fiat van de Commissie het risico op mededingingsrechtelijke problemen uitsloot. In het nieuwe systeem daarentegen kan het nooit worden uitgesloten dat de participerende ondernemingen – lees: hun juridische raadgevers – de eventuele toekomstige beoordeling door een NMA of de Commissie verkeerd inschatten, met alle gevolgen vandien. De mededingingsrechtelijke beoordeling van een voorgenomen afspraak tussen ondernemingen vergt immers complexe juridische, economische en beleidsmatige analyses. De relevante product en geografische markt(en) moet worden afgebakend, de positie van de partijen op deze markt(en) moet worden bepaald, en de mededingingsbeperkende gevolgen van de afspraak moeten tegen de efficiëntievoordelen worden afgewogen.

8. In de praktijk blijkt de vrees voor rechtsonzekerheid weliswaar niet volledig ongegrond, maar toch sterk overdreven.⁸ De onderneming of haar juridische adviseur die de mogelijke beoordeling van een voorgenomen samenwerking met andere ondernemingen door een NMA of de Commissie moet inschatten, kan immers te rade gaan bij tal van rechtsbronnen die haar een leidraad kunnen bieden.

Na bijna een halve eeuw toepassing van het mededingingsrecht in de Gemeenschap, bestaat er een indrukwekkend *acquis communautaire* op het vlak van de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag. De geldigheid van een praktijk kan dan ook vaak met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid uit de vaste beslissingspraktijk van de Commissie en/of uit rechtspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie afgeleid worden.

Daarenboven heeft de Commissie reeds vóór de modernisering een reeks Groepsvrijstellingsverordeningen aangenomen die, onder bepaalde voorwaarden, aan categorieën van overeenkomsten vrijstellingen verlenen. Een zeer groot aantal overeenkomsten die de mededingingsjurist dagdagelijks krijgt voorgeschoteld, vallen onder het toepassingsgebied van een zulke Groepsvrijstellingsverordening. Het is dan meestal niet zo moeilijk om na te gaan of de overeenkomst aan de voorwaarden van de groepsvrijstelling voldoet, en dus vrijgesteld is. Diverse Mededelingen⁹ en Richtsnoeren¹⁰ die de Commissie heeft aangenomen, bieden een bijkomende leidraad bij deze analyse.

⁸ Ik sluit mij hier aan bij het standpunt van MONTAG en CAMERON, zie F MONTAG en S. CAMERON, "Effective Enforcement: the Practitioner's View of Recent Experience under Regulation 1/2003", in in *Antitrust Reform in Europe: A Year in Practice*, P. LOWE and M. REYNOLDS (eds.), London, IBA, 2005, 39-64.

⁹ Om na te gaan of de marktaandeelen van de aan de overeenkomst deelnemende partijen de limieten van de betrokken groepsvrijstelling niet overstijgen, zal de re-

Indien de overeenkomst niet gedekt is door een door de Commissie verleende groepsvrijstelling, moet ze individueel beoordeeld worden in het licht van de vrijstellingscriteria van artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag. Bij gebreke van duidelijke precedents in de beslissingspraktijk of de rechtspraak kan, om na te gaan hoe zulke individuele analyse moet uitgevoerd worden, te rade gegaan worden bij de Mededeling van de Commissie houdende Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag.¹¹ De Commissie heeft deze Richtsnoeren aangenomen als onderdeel van het moderniseringspakket om de rechtsonderhorigen een beter zicht te geven op haar interpretatie van de voorwaarden voor de uitzondering die in artikel 81, lid 3, is neergelegd.

9. Toch is er een harde kern van complexe (of unieke) samenwerkingsvormen voor de inschatting waarvan de bestaande beslissingspraktijk, rechtspraak, mededelingen en richtsnoeren, geen afdoende houvast bieden. Het gaat vooral om strategische allianties tussen partijen met hoge marktaandelen, structurele samenwerkingen, afspraken inzake overdracht van technologie die niet gedekt zijn door de betrokken Groepsvrijstelling en, in het algemeen, gevallen waar marktaandelen zeer hoog, onzeker of variabel zijn. Dergelijke afspraken moeten individueel beoordeeld worden in het licht van de criteria neergelegd in artikel 81, lid 3, van het Verdrag. Er is echter weinig rechtspraak over de toepassing van deze criteria op dergelijke complexe overeenkomsten. Bovendien kan men zich de vraag stellen of de uitspraken die dateren van vóór de modernisering nog precedentwaarde hebben. In lijn met een recente beleidswijziging van de Commissie, vertrekken de Richtsnoeren betreffende de toepassing van Artikel 81, lid 3, van een economische benadering die afwijkt van de – fel bekritiseerde – legalistische aanpak van de Commissie en het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie in vroegere zaken.

Wat doet een advocaat die om advies wordt gevraagd wanneer hij op een precedent stuit dat, op grond van een eerder legalistische aanpak, een bepaalde mededingingsbeperkende afspraak verbiedt, maar meent dat de afspraak op grond van de huidige meer economische benadering, conform de eerder genoemde Richtsnoeren, vrijstelbaar is? Indien hij een positief advies geeft aan zijn cliënt, bestaat het risico dat de Commissie of een NMA naar aanleiding van een later onderzoek tot een ander besluit komt. Geeft hij uit voorzichtigheid een negatief advies, dan fnuikt hij misschien een innovatief project dat economische efficiëntievoordelen oplevert, die de mededingingsbeperkingen die erin besloten liggen, rechtvaardigen. Het spreekt voor zich dat een dergelijke uitkomst, die niet denkbeeldig is in het licht van de grote beroepsaansprakelijkheid die de advocaat kan oplopen in geval van een fout positief advies, niet strookt met de beleidsdoelstelling van de Commissie om innovatie en investeringen te stimuleren.

levante markt moeten bepaald worden. Indien die niet vastligt, zal de Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (*Pub* 1997, C372/5) een houvast bieden.

10 Bijvoorbeeld Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *Pub*. 2001, C3/2 en de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, *Pub*. 2000, C291/1.

11 Mededeling van de Commissie houdende Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, *Pub*. 2004, C101/08

10. In zulk geval kan overwogen worden de Commissie om een informeel advies te vragen. Overweging 38 van Verordening 1/2003 bepaalt dat het voor afzonderlijke ondernemingen mogelijk is om de Commissie informeel advies te vragen in gevallen die aanleiding geven tot werkelijke onzekerheid omdat hierin nieuwe of onopgeloste vragen betreffende de toepassing van de mededingingsregels rijzen. In de praktijk wordt van deze mogelijkheid bijzonder weinig gebruik gemaakt. Dit kan geïnterpreteerd worden als het bewijs dat de afschaffing van het aanmeldingssysteem slechts in zeer weinig gevallen rechtsonzekerheid creëert. Anderen hebben erop gewezen dat dit eerder het gevolg is van het feit dat de Commissie in haar Mededeling over dergelijk informeel advies¹² de drempel om in aanmerking te komen om een informeel advies te vragen, veel te hoog heeft gelegd.¹³ Zo bepaalt punt 8, c van de Mededeling dat de adviesbrief moet kunnen worden opgesteld op basis van de verstrekte informatie, zonder dat verder feitelijk onderzoek nodig is. Doordat de Commissie de onderliggende feiten niet onderzoekt, zal een adviesbrief niet dezelfde garantie bieden als een troostbrief, het rechtsinstrument dat de Commissie in het oude systeem gebruikte om individuele vrijstellingen te verlenen in eenvoudige zaken. Bovendien maakt de publicatie van de adviesbrief het beroep op deze procedure onmogelijk indien de partijen de voorgenomen samenwerking (voorlopig) vertrouwelijk willen houden.

11. Om de rechtszekerheid te bevorderen in die uitzonderlijke maar belangrijke gevallen die nieuwe of onopgeloste problemen doen rijzen, lijkt het dan ook aangewezen dat de Commissie volledig informeel (mondeling) en vertrouwelijk advies zou verschaffen op een *ad hoc* basis. Naar ik begrepen heb, behandelt de Commissie¹⁴ reeds informele verzoeken tot mondelinge adviezen, maar een formeel "opendeur" beleid lijkt verkieslijk. De Office of Fair Trading, de Britse Mededingingsautoriteit, past reeds een dergelijk beleid toe.¹⁵

¹² Mededeling van de Commissie over informeel advies betreffende nieuwe vragen met betrekking tot de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag die in individuele gevallen rijzen (adviesbrieven), *Pub.* 2004, C101/06.

¹³ F MONTAG en S. CAMERON, "Effective Enforcement: the Practitioner's View of Recent Experience under Regulation 1/2003", in in *Antitrust Reform in Europe: A Year in Practice*, P. LOWE and M. REYNOLDS (eds.), London, IBA, 2005, (39) 42.

¹⁴ Ook het Belgische Korps van Verslaggevers doet dit, zie bijvoorbeeld Beslissing nr. 2005-I/O-40 van 29 juli 2005 in de zaken MEDE-I/O-05/0025 en MEDE-P/K-05/0036 over de verkoop door de Liga Beroepsvoetbal (LBV) van de uitzendrechten voor wedstrijden van de nationale voetbalcompetitie voor de seizoenen 2005-2006, 2006-2007, 2007-2008. De LBV had het Korps verzocht om een informele zienswijze betreffende de gezamenlijke verkoop van de uitzendrechten en het Korps was hierop ingegaan.

¹⁵ Zie paragraaf 7.2 van de OFT Guideline "Modernisation: Understanding competition law".

II. Gedecentraliseerde afdwinging door de nationale mededingingsautoriteiten

§1. Samenwerking tussen de NMA's en de Commissie in het kader van het "European Competition Network"

A. Een netwerk van parallel bevoegde mededingingsautoriteiten

12. Om de effectieve afdwinging van het mededingingsrecht in het *ex post* rechtstreeks toepasselijk vrijstellingsstelsel te verzekeren, geeft artikel 5 van Verordening 1/2003 de NMA's de volledige bevoegdheid om artikel 81 en artikel 82 van het EG-Verdrag toe te passen. Krachtens artikel 3, lid 1, van Verordening 1/2003 zijn de NMA's zelfs verplicht om, wanneer ze nationaal mededingingsrecht toepassen op afspraken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag die de handel tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden, tevens artikel 81 toe te passen. Ze zijn eveneens verplicht artikel 82 van het EG-Verdrag toe te passen wanneer ze hun nationaal mededingingsrecht toepassen op misbruiken van machtspositie die ook door artikel 82 verboden zijn.

13. In tegenstelling tot de Concentratieverordening, bevat Verordening 1/2003 geen bindende bevoegdheidscriteria die bepalen welke autoriteit bevoegd is om op te treden in een bepaald geval. De NMA's van de vijftientwintig lidstaten en de Commissie zijn dus parallel bevoegd om op te treden tegen vermeende inbreuken op de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag.

Om in een dergelijk systeem van parallelle bevoegdheden een efficiënte taakverdeling tussen de diverse mededingingsautoriteiten en een doeltreffende en coherente afdwinging van de communautaire mededingingsregels te verzekeren, achtte de gemeenschapswetgever het nodig dat de NMA's en de Commissie een "netwerk van overheidsinstanties" zouden vormen om de communautaire mededingingsregels in nauwe samenwerking toe te passen.¹⁶ De permanente samenwerking tussen de mededingingsautoriteiten vindt plaats binnen het "European Competition Network" ("het Netwerk"), een louter feitelijk samenwerkingsverband tussen de vijftientwintig NMA's en de Europese Commissie. De taken en werking van het Netwerk zijn geregeld in de Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten¹⁷ ("Mededeling Samenwerking"). Krachtens punt 1 van deze Mededeling is het Netwerk een forum voor discussie en samenwerking met het oog op de toepassing en handhaving van het communautaire mededingingsbeleid.

14. De samenwerking en uitwisseling van informatie in de schoot van het Netwerk heeft tot doel een consequente en coherente afdwinging van de communautaire mededingingsregels te verzekeren. Zo stellen de NMA's de Commissie via het Netwerk in kennis van ontwerpbeslissingen die betrekking heb-

¹⁶ Overweging 15 Verordening 1/2003.

¹⁷ Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten, *Pub.* 2004 C 101/43.

ben op artikel 81 en 82 van het EG-Verdrag, zoals artikel 11, lid 4, van Verordening 1/2003 voorschrijft. Dit laat de Commissie toe in te grijpen wanneer dit nodig zou blijken in het gemeenschapsbelang. De Commissie heeft uitiem de mogelijkheid om zelf een formele procedure op te starten, wat op grond van artikel 11, lid 6, van Verordening 1/2003 tot gevolg heeft dat NMA's hun bevoegdheid verliezen om de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag toe te passen. Dit vormt meteen de enige uitzondering op de parallelle bevoegdheid van de NMA's om het communautaire mededingingsrecht te handhaven.

15. Daarnaast heeft het Netwerk ook tot doel een efficiënte taakverdeling tussen de 25 NMA's en de Commissie te bewerkstelligen. Krachtens artikel 11, lid 3, van Verordening 1/2003 moet een NMA het Netwerk in kennis te stellen van haar intentie om een zaak te behandelen vóór of onverwijld na het begin van de eerste formele onderzoeksmaatregel die ze in de zaak wenst te nemen. Op haar beurt is de Commissie op grond van artikel 11, lid 2, van Verordening 1/2003 verplicht de NMA's in te lichten over de lopende zaken. Deze informatie-uitwisseling sterkt ertoe de toewijzing van zaken binnen het Netwerk mogelijk te maken.

In principe zal de autoriteit die een klacht ontvangt of ambtshalve een procedure inleidt, belast blijven met de zaak. De doorverwijzing van een zaak van één NMA naar een andere of de Commissie zal slechts dan plaatsvinden indien de NMA die een klacht ontvangen heeft, van mening is niet geschikt te zijn om de zaak te behandelen of indien andere autoriteiten van mening zijn dat ook zij geschikt zijn om de zaak te behandelen.¹⁸ De Mededeling Samenwerking bepaalt de criteria aan de hand waarvan kan worden bepaald welke autoriteit (het meest) geschikt is om een zaak te behandelen. Deze toewijzingsbeginselen zijn echter niet bindend. Een NMA kan ook niet gedwongen worden om een zaak uit handen te geven of te behandelen. Elk lid van het Netwerk behoudt immers ten volle de discretionaire bevoegdheid om te beslissen een zaak al dan niet te onderzoeken.¹⁹

B. Effectiviteit en efficiëntie van de afdwinging verhoogd

16. De parallelle bevoegdheid van de NMA's en de Commissie om het communautaire mededingingsrecht ten volle toe te passen en de soepele en informele samenwerking in het kader van het Netwerk, verhogen ongetwijfeld de effectiviteit en efficiëntie van de afdwinging van het communautaire mededingingsrecht.

Aangezien de samenwerking tussen de NMA's en de Commissie in de schoot van het Netwerk geconcipieerd is als een zuivere interne aangelegenheid van openbare handhavingsinstanties (zie punt 4 Mededeling Samenwerking) is er weinig informatie beschikbaar over de werking van het Netwerk. Op de webstek van de Commissie worden alleen statistieken gepubliceerd over het aantal behandelde zaken sinds 1 mei 2004. Op 31 december 2005 stond de teller op 505 nieuwe onderzoeken die ter kennis van het Netwerk werden gebracht, en

¹⁸ Zie punt 6 van de Mededeling Samenwerking.

¹⁹ Tenzij de Commissie de zaak naar zich toetrekt, zie hieronder punt 2 c)

op 108 ontwerpbeslissingen die in de schoot van het Netwerk werden gecirculeerd.

Deze cijfers tonen aan dat de NMA's het communautaire mededingingsrecht frequent toepassen. De cijfers zeggen op zich niets over de efficiënte werking van het Netwerk. Uit publieke verklaringen van de betrokken actoren blijkt echter dat die zeer tevreden zijn over de efficiënte samenwerking in het kader van het Netwerk. Het onderzoek door de Commissie naar een kartel in de sector van het "vlak glas" wordt in dat verband aangehaald als toonvoorbeeld van de meerwaarde van de soepele samenwerking tussen de NMA's en de Commissie in het Netwerk. De Commissie voerde inspecties uit in deze zaak in februari 2005 in verschillende lidstaten, nadat diverse NMA's klachten en informatie hadden ontvangen over een mogelijk kartel. In het schoot van het Netwerk konden de betrokken NMA's de stukjes van de puzzel in elkaar passen, waardoor bleek dat de omvang van de zaak een optreden van de Commissie rechtvaardigde.

C. Coherentie van het materiële mededingingsrecht verzekerd

17. Sommigen hebben de vrees geuit dat in een systeem waarin 26 autoriteiten bevoegd zijn om de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag toe te passen, de coherente interpretatie van deze artikelen op de helling zou worden gezet.

18. De problemen van coherentie in het nieuwe systeem mogen echter niet overdreven worden. Net zoals de ondernemingen zelf, kunnen ook de regulatoren en rechters een beroep doen op een veelheid van rechtsbronnen, die hun een leidraad verschaffen bij de concrete toepassing van de principes die zijn neergelegd in artikel 81 en 82 van het EG-Verdrag.

Dit kan geïllustreerd worden aan de hand van de recente beslissing van de Raad voor de Mededinging inzake de verkoop door de Liga Beroepsvoetbal ("LBV") van de uitzendrechten voor wedstrijden van de nationale voetbalcompetitie.²⁰ Na een ambtshalve onderzoek door het Korps van Verslaggevers en een klacht van Telenet bij de Raad voor de Mededinging, moest de Raad zich uitspreken over mogelijke restrictieve mededingingspraktijken van de LBV bij de organisatie van de biedprocedure van deze uitzendrechten die, zoals bekend, in hun geheel aan Belgacom Skynet werden toegekend. De Raad sloot zich aan bij de mening van het Korps en verwierp de klacht.

De beslissing is interessant omdat de Raad artikel 81 van het EG-Verdrag toepast. De Raad analyseert eerst grondig of de aangeklaagde praktijken de handel tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden in het licht van de uitlegging van deze voorwaarde in de Mededeling die de Commissie erover publiceerde²¹ en de relevante precedënten. Die voorwaarde blijkt vervuld te zijn en de Raad oordeelt dan ook terecht dat ze op grond van artikel 3, lid 1, van

²⁰ Beslissing nr. 2005-I/O-40 van 29 juli 2005 in de zaken MEDE-I/O-05/0025 en MEDE-P/K-05/0036 over de verkoop door de Liga Beroepsvoetbal (LBV) van de uitzendrechten voor wedstrijden van de nationale voetbalcompetitie voor de seizoenen 2005-2006, 2006-2007, 2007-2008.

²¹ Mededeling van de Commissie - Richtsnoeren betreffende het begrip "beïnvloeding van de handel" in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pub.* 2004, C101/07.

Verordening 1/2003 verplicht is artikel 81 van het EG-Verdrag toe te passen. Vervolgens bestudeert en interpreteert de Raad de beslissingen die de Commissie eerder nam in zaken betreffende de toewijzing van uitzendrechten voor voetbalmatches. Op grond van deze analyse, komt ze tot de slotsom dat de beweerdelijk restrictieve aspecten van de verkoop van de uitzendrechten door de LBV aan Belgacom Skynet, namelijk de verkoop van alle pakketten van uitzendrechten aan één enkele uitbater en het feit dat diverse bidders premies aanbieden voor het verwerven van meerdere of alle loten, door de Commissie (alsnog) niet strijdig bevonden worden met artikel 81 van het EG-Verdrag.

19. Bovendien voorziet Verordening 1/2003 in de nodige mechanismen om de coherente interpretatie van de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag door de NMA's²² te verzekeren. Artikel 11, lid 5, van Verordening 1/2003 bepaalt dat de NMA's de Commissie over elk geval van toepassing van het Gemeenschapsrecht kunnen raadplegen. Op grond van artikel 14, lid 7, van de Verordening kan een NMA gedwongen worden, op vraag van een andere NMA of de Commissie, om elke lopende zaak die ze behandelt, in de schoot van het adviescomité te bespreken.

Zoals gezegd, moeten de NMA's daarenboven de Commissie via het Netwerk in kennis stellen van ontwerpbeslissingen die betrekking hebben op artikel 81 en 82 van het EG-Verdrag, zodat de Commissie indien nodig de zaak aan de NMA kan onttrekken om de coherente interpretatie van het gemeenschapsrecht te vrijwaren. De ontwerpbeslissingen worden in de praktijk via beveiligde e-mails naar de Commissie doorgestuurd. De NMA's krijgen geen kopie van de ontwerpbeslissing van de andere NMA's (tenzij ze er expliciet om vragen), maar blijven op de hoogte van de ontwikkelingen in de respectievelijke beslissingspraktijk van hun collega's, doordat elke NMA een samenvatting van de nieuwe zaken op het gemeenschappelijke IT-systeem van het Netwerk in een gestandaardiseerde vorm ter beschikking stelt.

20. De Commissie maakt in de Mededeling Samenwerking duidelijk dat ze op het moment dat een NMA reeds een ontwerpbeslissing heeft doorgestuurd, de zaak slechts aan de NMA zal onttrekken wanneer zulk ingrijpen strikt noodzakelijk is om de coherentie te vrijwaren, bijvoorbeeld omdat leden van het netwerk overwegen om in dezelfde zaak tegenstrijdige beslissingen te nemen, of omdat een NMA overweegt om een beslissing te nemen die klaarblijkelijk in strijd is met de vaste jurisprudentie.²³ Het feit dat de Commissie tot op heden nog geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om de zaak aan een

²² Er zijn ook specifieke mechanismen voorzien om de coherente toepassing van artikel 81 en 82 van het EG-Verdrag door nationale rechters te verzekeren (zie artikel 15 en 16 van Verordening 1/2003). Uiteraard hebben nationale rechtscolleges ook steeds de mogelijkheid om een prejudiciële vraag om uitlegging aan het Hof van Justitie te richten krachtens artikel 234 van het EG-Verdrag. Sinds het *GlaxoSmithKline* arrest (H.v.J. 31 mei 2005, *Synetairismos Farmakopeion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e.a./GlaxoSmithKline AEVE e.a.*, C-53/03, *Jur.* 2005, I, 4609) ligt het niet voor de hand dat NMA's, zelfs wanneer zij het statuut van een administratief rechtscollege hebben, prejudiciële vragen kunnen stellen aan het Hof.

²³ Voor de opsomming van alle gevallen waarin de Commissie zich dit recht voorbehoudt, zie punt 54 Mededeling Samenwerking.

NMA te onttrekken door zelf een formele procedure op te starten, toont wellicht aan dat informele reacties van de Commissie tot nog toe volstonden om, indien de Commissie dat nodig acht, de NMA haar ontwerpbeslissing te doen aanpassen in het licht van de beslissingpraktijk van de Commissie²⁴. Dit betekent mijn inziens niet dat de procedure van artikel 11, lid 6, van Verordening 1/2003 overbodig is. Het bestaan van de mogelijkheid voor de Commissie om een zaak naar zich toe te trekken, weerhoudt de NMA's ervan om beslissingen te nemen die, zonder motivering, kennelijk afwijken van een vaste beslissingspraktijk van de Commissie. Bovendien valt het nooit uit te sluiten dat de Commissie zich op een bepaald moment verplicht ziet om effectief van de mogelijkheid gebruik te maken.²⁵

D. Geen afdoende coherentie van de procedures en de sancties

21. Waar de coherente toepassing van het materiële communautaire mededingingsrecht voldoende verzekerd lijkt, is dit niet het geval voor de procesregels die de NMA's toepassen en de sancties die ze kunnen opleggen in geval van inbreuken op artikel 81 en 82 van het EG-Verdrag. Verordening 1/2003 bevat alleen de onderzoeksbevoegdheden en het sanctiearsenaal waar de Commissie over beschikt. Dit betekent dat de NMA's conform het principe van de nationale procedurele autonomie hun nationale proces- en sanctieregels moeten toepassen wanneer ze inbreuken op artikel 81 en 82 van het EG-Verdrag behandelen.

22. De Commissie vond de harmonisatie van de nationale proces- en sanctieregels niet nodig. Net zoals sommige auteurs²⁶ is de Commissie ervan overtuigd dat de nationale proces- en sanctieregels van de vijftientig lidstaten voldoende homogeen zijn. Ten eerste moeten alle lidstaten immers de volle werking van het gemeenschapsrecht eerbiedigen, wat in het bijzonder vereist dat (i) de nationale procesregels niet ongunstiger mogen zijn dan die welke voor soortgelijke vorderingen krachtens nationaal recht gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en (ii) de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken

²⁴ DEKEYSER en DALHEIMER, twee leden van het DG Mededinging van de Commissie, wijzen erop dat de Commissie in een aantal gevallen corrigerend optrad, zie K. DEKEYSER en D. DALHEIMER, "Cooperation within the European Competition Network – Taking Stock after Ten Months of Case Practice", in *Antitrust Reform in Europe: A Year in Practice*, P. LOWE and M. REYNOLDS (eds.), London, IBA, 2005, (105) 113-114.

²⁵ Al valt het te verwachten dat de Commissie dit conform de beginselen neergelegd in de Mededeling Samenwerking dit slechts uitzonderlijk zal doen.

²⁶ E. PAULIS en E. DE SMIJTER, "Enhanced enforcement of the EC Competition Rules since 1 May 2004 – The Commission's View", in *Antitrust Reform in Europe: A Year in Practice*, P. LOWE and M. REYNOLDS (eds.), London, IBA, 2005, (65) 71; zie ook C. GAUER, "Does the Effectiveness of the EU Network of Competition Authorities Require a Certain Degree of Harmonisation of National Procedures and Sanctions?", Hoofdstuk 3, punt 2, te consulteren via <http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2002/200207CompGauer.pdf>, d.d. 19/01/2006.

(doeltreffendheidsbeginsel). Ten tweede zijn alle lidstaten gebonden door het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden ("het EVRM"), wat een gemeenschappelijke minimum standaard creëert voor de omvang van de rechten van verdediging.

23. Ondanks deze verplichtingen van het gemeenschapsrecht en het EVRM, bestaan er echter nog steeds substantiële verschillen tussen de lidstaten in de rechten van verdediging en de rechten van klagers, evenals in de mogelijke sancties die kunnen worden opgelegd.²⁷

24. Voor de betrokken partijen in een procedure betekent dit dat, niettegenstaande alle NMA's artikel 81 en 82 van het EG-Verdrag toepassen, de uitkomst van de zaak sterk kan verschillen naargelang de ene of andere autoriteit hun zaak behandelt. Het meest extreme voorbeeld is de mogelijkheid die in sommige jurisdicties bestaat om gevangenisstraffen op te leggen aan de natuurlijke personen die bij een kartel betrokken zijn.

Dergelijke significante verschillen in de afdwinging van het communautaire mededingingsrecht roepen fundamentele vragen op. Het lijkt moeilijk te rechtvaardigen dat een onderneming die in lidstaat A een inbreuk begaat op het *communautaire* mededingingsrecht veel zwaardere sancties kan worden opgelegd dan een andere onderneming die exact dezelfde inbreuk begaat in lidstaat B.

25. Dit geldt des te meer voor die inbreuken die effecten sorteren op het grondgebied van meerdere lidstaten. In zulke gevallen wordt er binnen het Netwerk naar gestreefd de zaak aan één enkele (meest geschikte) autoriteit toe te wijzen. *De facto* is dit de NMA van de lidstaat op het grondgebied waarvan waar het zwaartepunt van de inbreuk ligt. Niets belet echter een andere NMA de zaak eveneens te behandelen, want elke NMA behoudt, zoals gezegd, haar volledige discretionaire bevoegdheid om een zaak al dan niet te onderzoeken. Dit betekent dat het afhangt van het willekeurige feit of de leden van het Netwerk al dan niet een toewijzingsakkoord kunnen treffen, of de betrokken partijen aan één of meerdere procedures worden onderworpen. Naast de meerkost die parallelle procedures voor de verdediging met zich meebrengt, zal het geheel van sancties die in de parallelle procedures worden opgelegd, naar verwachting zwaarder zijn dan de sancties die worden opgelegd door de enige NMA die de zaak behandelt. Verordening 1/2003 geeft immers geen extraterritoriale bevoegdheid aan de NMA's om de effecten van een inbreuk buiten hun grondgebied in aanmerking te nemen bij het bepalen van de sanctie. Deze ver-

²⁷ Voor een aanduiding van deze verschillen zie D. WAELBROECK, "Twelve feet all dangling down and six necks exceeding long – The EU Network of Competition Authorities and the European Convention on Fundamental rights", hoofdstuk II, te consulteren via <http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2002/200207CompWaelbroeck.pdf>, d.c. 19/01/2006; voor een specifieke bijdrage over de verschillen in de bescherming van geprivilegieerde documenten, zie A. BURNSIDE and H. CROSSLEY, "AM&S, Akzo and Beyond: Legal Professional Privilege in the Wake of Modernisation, in *Antitrust Reform in Europe: A Year in Practice*, P. LOWE and M. REYNOLDS (eds.), London, IBA, 2005, 255-272.

schillen roepen *a fortiori* vragen op in het licht van het feit dat de afspraken die in het kader van het Netwerk worden genomen, als dusdanig niet in rechte aanvechtbaar zijn.²⁸ Indien hun zaak in het kader van het Netwerk wordt toegewezen aan één of meerdere NMA's, hebben de betrokken partijen hebben dus zelfs niet de mogelijkheid door de rechter te laten controleren of de toewijzing objectief verlopen is.

26. Door de samenwerking die Verordening 1/2003 tussen de NMA's in het kader van een concreet onderzoek mogelijk maakt²⁹, kan het gebrek aan harmonisatie van de procedureregels bijzonder nefast zijn voor de rechten van verdediging. Het volgende voorbeeld kan dit illustreren.

Stel dat het Korps van Verslaggevers een onderzoek voert naar een kartel waaraan enkele in België gevestigde ondernemingen beweerdelijk hebben deelgenomen. Wanneer het Korps een huiszoeking doorvoert in de lokalen van deze ondernemingen conform artikel 23, §3, van de Belgische Mededingingswet³⁰, kan het geen correspondentie met betrekking tot de toepassing van mededingingsregels, gewisseld tussen deze ondernemingen en een advocaat in beslag nemen. Deze correspondentie wordt beschermd door het beroepsgeheim en als vertrouwelijk beschouwd. Alle lidstaten erkennen dit principe, maar de omvang van de bescherming varieert. Het Belgisch recht kent een ruime bescherming. Ook adviezen van bedrijfsjuristen aangesloten bij het Instituut van Bedrijfsjuristen die zijn verstrekt ten gunste van de werkgever en in het kader van zijn functie van juridische raadsman, genieten bescherming. Belgische ondernemingen mogen er dus op vertrouwen dat dergelijke documenten niet in beslag genomen worden. Stel nu dat één van deze ondernemingen een dochteronderneming heeft in Frankrijk, die verantwoordelijk is voor de verkoop in Frankrijk van de producten waarover beweerdelijk prijsafspraken zijn gemaakt. In Frankrijk zijn zulke documenten niet geprivilegieerd. Indien het Korps Verslaggevers zijn Franse tegenhanger verzoekt een zoeking bij deze dochteronderneming uit te voeren en deze op dit verzoek ingaat, dan is het Franse procesrecht van toepassing op deze onderzoeksmaatregel (zie artikel 22, lid 1, Verordening 1/2003). Indien zich bij de Franse dochteronderneming (kopieën van) briefwisseling tussen de bedrijfsjurist en de moederonderneming bevindt, kan deze dus in beslag genomen. De bewijsgegevens die eruit voortvloeien kunnen vervolgens in de procedure voor de Belgische Raad voor de Mededinging gebruikt worden. De Raad en de toezichthoudende rechter moeten de gelijkwaardigheid van de Franse procedureregels erkennen.

27. Om de willekeur in de behandeling van procedures door NMA's op grond van artikel 81 en/of 82 van het EG-Verdrag tot een minimum te beperken, dringt een verdergaande harmonisatie van de nationale procedure- en sanctieregels zich op. Indien dit niet mogelijk is, moet op zijn minst rechterlijke con-

²⁸ Zie hierover D. ARTS en K. BOURGEOIS, "Samenwerking tussen mededingingsautoriteiten en rechtsbescherming: enkele bedenkingen", *TBM-RCB* 2006, nr. 1 (februari 2006).

²⁹ Zie hieronder punt 2.2.

³⁰ Wet van 1 juli 1999 tot bescherming van de economische mededinging, *B.S.* 1 september 1999.

trole op de toewijzingsbeslissingen van het Netwerk mogelijk worden gemaakt.

§2. Bilaterale samenwerking tussen mededingingsautoriteiten: lacunes in de rechtsbescherming³¹

28. Naast samenwerking in het kader van het Netwerk, voorziet Verordening 1/2003 ook in een specifieke vorm van bilaterale samenwerking tussen twee NMA's in het kader van een specifiek onderzoek. Artikel 22, lid 1, van Verordening 1/2003 biedt de mogelijkheid voor de NMA's om op hun grondgebied overeenkomstig het nationale recht elke inspectie of andere onderzoeksmaatregel uit te voeren namens en voor rekening van de NMA van een andere lidstaat. De uitwisseling en het gebruik van de verkregen inlichtingen geschiedt overeenkomstig artikel 12 van Verordening 1/2003.

29. De mogelijkheid van samenwerking tussen NMA's in het kader van een concreet onderzoek is absoluut noodzakelijk voor de efficiënte werking van het nieuwe systeem. Het communautaire mededingingsrecht is slechts van toepassing op afspraken of praktijken die "*de tussenstaatse handel (kunnen) beïnvloeden*", zodat het waarschijnlijk is dat bewijsmateriaal van een inbreuk verspreid ligt over verschillende jurisdicties. Ook wanneer nationale mededingingsautoriteiten eenzelfde inbreuk parallel behandelen, kan het noodzakelijk zijn dat beide autoriteiten elkaar, of de ene autoriteit de andere, bijstaan in het onderzoek en bij het verzamelen van bewijsmateriaal.

30. De noodzaak van samenwerking mag in een rechtsgemeenschap echter niet ten koste gaan van het fundamentele recht van de rechtsonderhorigen om de rechtmatigheid van overheidshandelingen die rechtsgevolgen creëren door een onafhankelijke rechter aan hogere rechtsnormen te laten toetsen. Het recht op een daadwerkelijke rechtsbescherming is een door het Hof van Justitie erkend algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, dat voortvloeit uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten.

31. In het licht van het belang dat de Gemeenschap hecht aan de rechtsbescherming, is het op zijn zachtst gezegd merkwaardig dat Verordening 1/2003 de rechtsbescherming niet expliciet regelt. Op basis van de Verordening is het inderdaad niet duidelijk welke rechter bevoegd is om de rechtmatigheid na te gaan van de onderzoekshandeling die een NMA van een lidstaat op verzoek van een NMA van een andere lidstaat stelt. Artikel 22, lid 1, van de Verordening maakt alleen duidelijk dat de onderzoekshandeling overeenkomstig het nationale recht van de NMA die het verzoek ontvangt en de onderzoekshandeling stelt, moet worden uitgevoerd. Op basis van de Verordening is het echter niet duidelijk of de rechter van de lidstaat van de verzoekende autoriteit, die het bewijsmateriaal dat uit de onderzoekshandeling voortvloeit in een onder-

³¹ Dit onderdeel van deze bijdrage is integraal ontleend aan D. ARTS en K. BOURGEOIS, "Samenwerking tussen mededingingsautoriteiten en rechtsbescherming: enkele bedenkingen", *TBM-RCB* 2006, nr. 1 (februari 2006).

zoek ten gronde gebruikt, de rechtmatigheid van de onderzoekshandeling van de buitenlandse autoriteit aan het buitenlands recht mag aftoetsen.

32. Om de daadwerkelijke rechtsbescherming van de in het onderzoek betrokken partijen te verzekeren is het nochtans essentieel dat de rechter van de lidstaat die het bewijsmateriaal ontvangt, die bevoegdheid heeft. Het is immers niet vanzelfsprekend dat het recht van de toezendende NMA in een afzonderlijke rechtsgang voorziet om de rechtmatigheid van een onderzoeksmaatregel te laten toetsen.

Een voorbeeld kan dit illustreren. Stel dat de Nederlandse Mededingingsautoriteit krachtens artikel 22, lid 1, van Verordening 1/2003 het Belgische Korps van Verslaggevers heeft verzocht om een inspectie uit te voeren. Het Korps voert het onderzoek uit conform de Belgische procedure, maar begaat een onregelmatigheid door documenten mee te nemen die krachtens Belgisch recht geprivilegieerd zijn. Deze documenten blijken het bewijs te leveren van het kartel waar de Nederlandse Mededingingsautoriteit onderzoek naar voerde. Het Korps stuurt het bewijsmateriaal door conform artikel 12 van Verordening 1/2003 en de Nederlandse Mededingingsautoriteit gebruikt het vervolgens in de procedure ten gronde, waarbij de ondernemingen die aan het kartel hebben deelgenomen zware boetes worden opgelegd.

Het is onduidelijk of en hoe de rechtmatigheid van de onderzoekshandeling van het Korps in België kan worden aangevochten. De rechtsbescherming in de Belgische Mededingingswet werd immers zo opgevat dat handelingen van het Korps niet afzonderlijk aanvechtbaar zijn, omdat de rechtmatigheid van die handelingen desgevallend in de procedure ten gronde voor de Raad voor de Mededinging kan worden betwist. Wanneer nu het Korps een afzonderlijke onderzoekshandeling stelt, die niet in een Belgische procedure ten gronde wordt gebruikt, staat tegen deze handeling krachtens de Belgische Mededingingswet geen specifiek rechtsmiddel open. Eventueel kan men proberen een rechtsgang tegen deze handeling af te dwingen door de handeling voor de Raad van State of de gewone rechter (in kort geding) af te dwingen, maar de kans op succes lijkt minimaal.

33. Het Belgische voorbeeld is zeker geen uitzondering. Het impliciete standpunt van de Commissie dat enkel de rechter van de toezendende lidstaat (in het voorbeeld: België) de rechtmatigheid van de handelingen van deze autoriteit kan toetsen, kan dan ook niet onderschreven worden.³² Om te vermijden dat er een lacune in de rechtsbescherming ontstaat, is het absoluut noodzakelijk dat de rechtmatigheid van de onderzoekshandeling door de rechter van de ontvangende lidstaat (in het voorbeeld: Nederland) kan worden beoordeeld.

34. Het was uiteraard verkieslijk geweest dat Verordening 1/2003 de rechter van de ontvangende lidstaat deze bevoegdheid uitdrukkelijk had gegeven (of,

³² Het standpunt van de Commissie kan worden afgeleid uit punt 27 van de Mededeling Samenwerking, waarin de Commissie stelt dat "de vraag of de informatie op rechtmatige wijze was verzameld door de toezendende autoriteit, wordt geregeld op grond van de voor die autoriteit geldende wetgeving. Bij de toezending van informatie kan de toezendende autoriteit de ontvangende autoriteit meedelen of de vergaring van informatie werd betwist of nog zou kunnen worden betwist".

indien ze deze bevoegdheid niet toekende of bevestigde, de plicht aan de toezeggende lidstaten had opgelegd om een afzonderlijke rechtsgang tegen individuele onderzoekshandelingen in het leven te roepen). Ook zonder uitdrukkelijke bevoegdheidstoekenning in de Verordening, is het mijns inziens mogelijk dat de rechter van de ontvangende lidstaat de rechtmatigheid van in een andere lidstaat verzameld bewijsmateriaal toetst aan het in die laatste lidstaat toepasselijk recht.

De Verordening verbiedt de rechter van de ontvangende lidstaat immers niet om deze bevoegdheid uit te oefenen. De bevoegdheid is ook niet strijdig met de leer van de toegewezen bevoegdheden van (administratieve) rechtscolleges.³³ Ook de internationaalrechtelijke "Act of State" doctrine staat er niet aan in de weg.³⁴ Deze doctrine belet dat een rechter zich uitspreekt over de wettelijkheid van een buitenlandse overheidshandeling, maar weerhoudt er de rechter niet van om de rechtmatigheid van het eruit voortvloeiende bewijsmateriaal, dat in een binnenlandse procedure wordt gebruikt, te beoordelen. Dit onderscheid wordt ook toegepast in de rechtspraak van het Hof van Cassatie in strafzaken die bepaalt dat de Belgische strafrechter gerechtigd is om het in het buitenland verkregen bewijsmateriaal aan het buitenlands recht te toetsen, evenals aan de Belgische openbare orde en het internationaal recht.³⁵ In zijn arrest van 10 december 1993 maakte het Hof duidelijk dat dit geen inbreuk vormt op de onbevoegdheid van de Belgische rechter om de wettelijkheid van het buitenlands onderzoek te beoordelen. Het hof overwoog dat *"het niet strijdig is vast te stellen, eensdeels, dat de Belgische rechter de al dan niet wettelijkheid van een in het buitenland ingesteld gerechtelijk onderzoek niet heeft te beoordelen, anderdeels, dat een in het raam van dit gerechtelijk onderzoek bekomen gegeven niet als bewijs voor de Belgische strafrechter kan worden aangewend wegens strijdigheid van de wijze van verkrijging ervan met de regels van het EVRM"*³⁶.

III. Gebrek aan private afdwinging voor de nationale rechtscolleges

35. Het is geen geheim dat de private afdwinging van het mededingingsrecht door de nationale rechters geen succes is. Het volstaat een blik te werpen op de uitspraken van de nationale rechtscolleges van de vijftientig lidstaten waar-

33 Dit wordt betoogd en omstandig gemotiveerd in D. ARTS en K. BOURGEOIS, "Samenwerking tussen mededingingsautoriteiten en rechtsbescherming: enkele bedenkingen", *TBM-RCB* 2006, nr. 1 (februari 2006).

34 Id.

35 Voor een bespreking van het gebruik van in het buitenland verkregen bewijsmateriaal in Belgische strafprocedures en een overzicht van de relevante cassatierechtpraak, zie P. TRAEST en C. DE VALKENEEER, "Gebruik van in het buitenland verkregen bewijsmateriaal", in *Strafprocesrecht en extraterritorialiteit*, Brugge, Die Keure, 2002, 189-209.

36 Cass., 12 oktober 1993, *A.C.*, 1993, nr. 404; voor een bespreking van dit arrest, zie P. TRAEST en C. DE VALKENEEER, "Gebruik van in het buitenland verkregen bewijsmateriaal", in *Strafprocesrecht en extraterritorialiteit*, Brugge, Die Keure, 2002, (189) 193.

in toepassing wordt gemaakt van artikel 81 of 82 van het EG-Verdrag die de Commissie op haar webstek bundelt, om vast te stellen dat de private afdwining zo goed als onbestaande is. Waar in de VSA private rechtsvorderingen 90% van alle mededingingsrechtelijke zaken uitmaken, tegenover 10% vorderingen die door publieke overheden worden ingesteld, is de verhouding in Europa net omgekeerd.

Ook in België wordt het mededingingsrecht slechts sporadisch toegepast in procedures voor de burgerlijke rechter. Meestal wordt het mededingingsrecht dan nog louter als een verweermiddel in contractuele vorderingen gebruikt. Indien een contract restrictieve clausules bevat, kan de verweerder aan zijn contractuele verplichtingen ontsnappen indien hij kan aantonen dat de clause strijdig met het mededingingsrecht, en dus nietig is. Sporadisch komt het mededingingsrecht ook aan bod in vorderingen tot staking op grond van de Wet op de Handelspraktijken. Er zijn slechts enkele gevallen bekend waar gedupeerden van restrictieve mededingingspraktijken een vordering tot schadevergoeding hebben ingesteld wegens schending van het (communautaire) mededingingsrecht.³⁷

36. De Commissie is er zich van bewust dat de modernisering van de afdwining van het mededingingsrecht niet heeft volstaan om de private afdwining, en schadevorderingen in het bijzonder, van de grond te krijgen. Op 20 december 2005 heeft de Commissie een Groenboek³⁸ en werkdocument³⁹ gepubliceerd met betrekking tot schadevorderingen gebaseerd op schending van de communautaire mededingingsregels.

In het Groenboek brengt de Commissie de obstakels in kaart die verhinderen dat dergelijke vorderingen tot schadevergoeding worden ingesteld. De Commissie bouwt haar analyse voort op het *Ashurst* rapport van 2003 waarin het op dergelijke vorderingen toepasselijke bewijs- en procesrecht in de toenmalige lidstaten uitvoerig is uiteengezet. De Commissie doet in het Groenboek meteen ook voorstellen om aan de obstakels te verhelpen en nodigdt alle belanghebbende partijen uit standpunt in te nemen.

37. Ervan overtuigd dat, om de vrije mededinging te vrijwaren, de private afdwining van het mededingingsrecht een noodzakelijke aanvulling vormt op de publieke handhaving ervan, juich ik de initiatieven van de Commissie toe. Ik hoop dan ook dat bepaalde van de door de Commissie gedane voorstellen, al

³⁷ Zie bijvoorbeeld Rb. Koophandel Bergen, 23 december 2004, sprl Lust Automobiles / DaimlerChrysler AG Stuttgart en DaimlerChrysler Belgium Luxembourg NV, te consulteren via http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/national_courts/court_2005_001_fr.pdf, d.c. 07/02/06; De rechtbank sprak zich nog niet uit over de vraag of er een inbreuk was op artikel 81 EG-Verdrag en kende dus ook nog geen schadevergoeding toe.

³⁸ Groenboek: Schadevergoedingen wegens schendingen van de communautaire antitrustregels, COM(2005) 672, aangenomen door de Commissie op 20 december 2005, te consulteren via http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/gp_nl.pdf, d.c. 07/02/06.

³⁹ Commission Staff working paper, Annex to the Green Paper: Damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC(2005) 1732, aangenomen door de Commissie op 20 december 2005, te consulteren via http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/sp_en.pdf, d.c. 07/02/06.

dan niet gewijzigd, tot concrete wets- en beleidswijzigingen zullen leiden. Het is niet mogelijk om binnen het bestek van deze bijdrage het Groenboek grondig te bespreken. Toch sta ik even stil bij de belangrijkste obstakels die de Commissie onderkent en de oplossingen die ze voorstelt om eraan te verhelpen.

38. De bewijsregels vormen in de meeste lidstaten vaak een onoverkomelijke hindernis voor private afdwinging van het mededingingsrecht. De Commissie verwijst in dit verband naar de asymmetrische informatieverdeling tussen de eiser en de verweerder in schadevorderingen wegens schending van de mededingingsregels. Waar de eiser vaak over loutere indicaties en weinig harde bewijzen beschikt, heeft de verweerder doorgaans wel toegang tot essentiële documenten die het bestaan van de inbreuk kunnen aantonen. Om hieraan te verhelpen stelt de Commissie een waaier van oplossingen voor. De Commissie denkt onder meer aan de algemene mogelijkheid voor de rechter om de overlegging van stukken te bevelen (in het bijzonder die stukken die in een eerdere procedure voor de Commissie of een NMA werden gebruikt), de uitbreiding van de rechten van private partijen op toegang tot documenten van de Commissie of de NMA's, en de verschuiving van de bewijslast van de eiser naar de verweerder, op voorwaarde dat de eiser een inbreuk op het mededingingsrecht voldoende aannemelijk kan maken. Om de bewijsvoering voor de eiser te vergemakkelijken wanneer de schadevordering in opvolging van een veroordeling door een NMA wordt ingesteld, denkt de Commissie er ook aan de beslissing van de mededingingsautoriteiten bindend te maken voor de nationale rechtscolleges. Krachtens artikel 16(1) van Verordening 1/2003 zijn beslissingen van de Commissie reeds bindend voor nationale rechters.

39. De Commissie heeft zich in haar Groenboek ook over de omvang van de schadevergoeding gebogen. Waar sommige lidstaten, zoals België, de schade begroten op het bedrag dat nodig is om het geleden verlies te compenseren, is in andere lidstaten de onrechtmatige winst die de verweerder tengevolge van de inbreuk heeft behaald, de maatstaf voor de vergoeding. De Commissie vraagt zich af welk systeem de voorkeur verdient. De Commissie bespreekt ook de mogelijkheid om een bedrag toe te kennen dat de loutere vergoeding van de schade overstijgt. Het strafelement in de schade ("punitive damages") is misschien nodig om potentiële overtreders voldoende af te schrikken. Concreet denkt de Commissie aan de invoering van een systeem van 'dubbele schadevergoeding' voor horizontale kartels, zoals prijsafspraken tussen concurrenten. De berekening van de schade is in mededingingszaken vaak bijzonder complex omdat de inbreuk economisch van aard is en het daardoor meestal zeer moeilijk is exact na te gaan wat de situatie zou geweest zijn indien de inbreuk niet had plaatsgevonden. De Commissie stelt vast dat sommige lidstaten eenvoudige methodes gebruiken om de schade te berekenen, zoals de berekening van het prijsverschil vóór en na de inbreuk, de vergelijking van de betrokken markt met de markt waarop de mededinging niet werd vervalst of een op de gemaakte kosten gebaseerde aanpak. Andere lidstaten passen dan weer complexe methodes toe, met name prijsvoorspelling of benaderingen met theoretische modellen. Wanneer de inbreuk op de mededingingsregels niet tot een prijsverhoging leidt (vb. weigering te leveren of roversprijzen) worden de door de eiser geleden verliezen begroot. De Commissie vraagt zich af welke berekeningsme-

thode verkieslijk is en stelt ook voor dat ze Richtsnoeren over de berekening van de schade zou aannemen.

40. Het Groenboek besteedt ook aandacht aan het stimuleren van private afdwinging door de eindconsument. Zoals bekend, lijdt een zeer grote groep van consumenten schade ten gevolge van (prijs)kartels met betrekking tot consumptiegoederen. Elk van deze consumenten lijdt echter slechts een relatief klein verlies, waardoor het voordeel van een mogelijke schadevergoeding niet opweegt tegen de kosten die procedure met zich meebrengt. Om hieraan te verhelpen, overweegt de Commissie om een vereenvoudigde geharmoniseerde procedure in het leven te roepen voor schadevorderingen door (eind)consumenten op basis van het mededingingsrecht. Daarnaast denkt de Commissie eraan om voor deze situaties collectieve vorderingen door groepen of verenigingen van consumenten mogelijk te maken.

IV. Conclusie

41. De modernisering van de afdwinging van het communautaire mededingingsrecht was onmiskenbaar noodzakelijk om de handhaving van het mededingingsrecht in de uitgebreide Europese Unie de nodige slagkracht te bezorgen.

De afschaffing van de verplichte aanmelding laat de Commissie toe zich te concentreren op de belangrijke zaken en zet, in tegenstelling tot wat sommigen gevreesd hadden, de rechtszekerheid voor de rechtsonderhorigen niet op de helling.

Door de (volledige) decentralisering van bevoegdheden is de handhaving van het mededingingsrecht doeltreffender en efficiënter geworden. De nodige mechanismen werden ingebouwd om in het gedecentraliseerde systeem de coherentie in de interpretatie van de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag te vrijwaren.

Enkele bijstellingen dringen zich nochtans op. Een (minimale) harmonisatie van op de afdwinging van het mededingingsrecht toepasselijke nationale procedure- en sanctieregels is een must. Een expliciete regeling door de Gemeenschapswetgever van de rechtsbescherming in geval de NMA's van verschillende lidstaten met elkaar samenwerken in het kader van een concreet onderzoek, is eveneens wenselijk. In afwezigheid van dergelijke expliciete regeling, is het in het licht van het fundamentele recht op een daadwerkelijke rechtsbescherming vereist dat de rechters van de lidstaten waarvan de NMA het in een andere lidstaat verzameld bewijsmateriaal gebruikt, de rechtmatigheid van dat bewijsmateriaal toetsen (aan het recht van de lidstaat waar het werd verzameld) in het kader van het rechterlijk toezicht op de eindbeslissing van de NMA. Tot slot valt het te hopen dat enkele van de door de Commissie in haar recente Groenboek voorgestelde hervormingen in de praktijk worden omgezet, zodat de private afdwinging van het mededingingsrecht in Europa eindelijk een rol van betekenis krijgt.

Beknopte bibliografie

Boeken

- GERADIN, D. (ed.), *Modernisation and Enlargement: two major challenges for EC competition law*, Intersentia, Antwerpen, 2004, 386 p.
- LOWE, P. and REYNOLDS, M. (eds.), *Antitrust Reform in Europe: A Year in Practice*, Londen, IBA, 2005, 333p.
- STUYCK, J. en GILLIAMS, H. (eds.), *Modernisation of EC Competition Law: The Commission's Proposal for a New Regulation Implementing Articles 81 and 82 EC*, 2002, Intersentia, Antwerp - Oxford - New York, 197 p.
- STUYCK, J. en WYTINCK, P. (eds.), *De Belgische Mededingingswet anno 2003. 10 jaar WEM en de toekomst van het Belgisch mededingingsrecht na de modernisering van het EG-mededingingsrecht*, Kluwer, Mechelen, 2003, 238p.
- WILS, W., *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2005, 187p.

Tijdschriftartikels

- ARTS, D. en BOURGEOIS, K., "Samenwerking tussen mededingingsautoriteiten en rechtsbescherming: enkele bedenkingen", *TBM-RCB* 2006, nr. 1 (februari 2006).
- BRAMMER, S., "Concurrent jurisdiction under Regulation 1/2003 and the issue of case allocation", *C.M.L.Rev.* 2005, nr. 42, 1383-1424.
- GERBER, D. en CASSINIS, P., "The 'Modernisation' of European Community Competition Law: Achieving Consistency in Enforcement: Part I", *ECLR* 2006, 27(1) 12-14.
- GERBER, D. en CASSINIS, P., "The 'Modernisation' of European Community Competition Law: Achieving Consistency in Enforcement: Part 2", *ECLR* 2006, 27(2), 51-57.
- IDOT, L., "Le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE", *C.D.E.*, 2003, nrs. 3 en 4, 283-371.
- MORTELMANS, K., "De modernisering van het mededingingsrecht en de groeiende rol die nationale mededingingsautoriteiten hierin spelen", *S.E.W.* 2003, afl. 11, 409-413.
- OLIVER, P., "Le règlement 1/2003 et les principes d'efficacité et d'équivalence", *C.D.E.* 2005, nrs. 3 en 4, 351- 394.
- REICHEL, D., "To what extent does the co-operation within the European Competition Network protect the rights of undertakings?", *C.M.L.Rev.* 2005, nr. 42, (745) 777.
- STEENBERGEN, J., VAN DER WOUDE, M., Het EU-mededingingsrecht na 1 mei 2004: Verordening 1/2003, *S.E.W.* 2004, afl. 5, 192-201.
- WAELBROECK, D., "Twelve feet all dangling down and six necks exceeding long – The EU Network of Competition Authorities and the European Convention on Fundamental rights", te consulteren via <http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2002/200207CompWaelbroeck.pdf>, d.c. 19/01/2006.

Beleidsdocumenten

Witboek betreffende de modernisering van de regels inzake de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag, *Pub.* 1999, C132/1, aangenomen door de Commissie op 28 april 1999.

Groenboek: Schadevergoedingen wegens schendingen van de communautaire antitrustregels, COM(2005) 672, aangenomen door de Commissie op 20 december 2005, te consulteren via

http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/gp_nl.pdf, d.c. 07/02/2006.

Commission Staff working paper, Annex to the Green Paper: Damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC(2005) 1732, aangenomen door de Commissie op 20 december 2005, te consulteren via

http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/sp_en.pdf, d.c. 07/02/2006.

Commission Law and Policy in the European Union, OECD Report, 2005, te consulteren via

<http://www.oecd.org/dataoecd/7/41/35908641.pdf>, d.c. 07/02/2006.