

Mededingingsrecht

Systematiek en actualia

Wouter DEVROE

Hoogleraar rechtsvergelijking en marktrecht
en vice-decaan onderzoek, Rechtsfaculteit K.U.Leuven

m.m.v. Eva MATTIOLI

Doctorandus K.U.Leuven, onderzoekseenheid economisch recht

I. Restrictieve praktijken

§1. Algemeen

A. Verdragstekst en systematiek

Artikel 81 van het EG-Verdrag (hierna: “EG”) luidt als volgt:

- “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 Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst [...].
2. De krachtens dit artikel verboden overeenkomsten of besluiten zijn van rechtswege nietig.
3. De bepalingen van lid 1 van dit artikel kunnen echter buiten toepassing worden verklaard [...].”

In het artikel zit aldus een erg duidelijke structuur: het eerste lid bevat een verbodsbepaling, het tweede een sanctie en het derde stelt een systeem in van exempties of excepties.

De toepassingsvoorwaarden van het *eerste* lid komen hierna uitvoeriger aan bod. De in het *tweede* lid opgelegde sanctie is de zwaarste burgerrechtelijke sanctie, nl. nietigheid (*ex tunc*) van rechtswege. Het Europese mededingingsrecht wordt vooralsnog niet gesanctioneerd met gevangenisstraffen zoals in de Verenigde Staten, al pleiten sommigen daar steeds luider voor. Krachtens het *derde* lid kunnen afspraken of praktijken die wel degelijk onder het kartelverbod van artikel 81, lid 1, EG ressorteren, toch aan de sanctie van het tweede lid ontsnappen omdat een ander, hoger belang (vb. deskundigheid en service tegenover de klanten, milieubescherming, ...) zulks rechtvaardigt. Precies op dat punt heeft de zgn. “moderniseringsverordening” een verregaande impact gehad (zie *infra*, onder B).

B. Toepassingsvoorwaarden

Ten eerste: betrokkenheid van "ondernemingen". Het begrip "onderneming" verwijst naar elke entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de wijze waarop de entiteit wordt gefinancierd.¹ Niet alleen vennootschappen in juridische zin zijn derhalve ondernemingen, maar ook landbouwers, vrije beroepen, kunstenaars, publiekrechtelijke organismen, enz. Gevolg is ook dat er geen sprake kan zijn van mededingingsbeperkende gedragingen tussen ondernemingen die tot eenzelfde economische groep behoren.

¹ Vaste rechtspraak sinds H.v.J. 23 april 1991, C-41/90, Höfner en Elser / Macrotron, *Jurispr.* 1991, I-1979.

De meest bekende toepassing hiervan vormt de zaak *Viho*.² Die betrof de weigering van een Duitse dochtermaatschappij van het Engelse Parker om te verkopen aan een in Nederland gevestigde potentiële klant. De Duitsers waren verplicht om Viho door te verwijzen naar de Nederlandse dochtermaatschappij van Parker. Viho betoogde dat dit systeem van opsplitsing van markten strijdig was met art. 81, lid 1, EG omdat het derden de vrijheid ontnemt om zich te bevoorraden waar ze willen. De Europese Commissie wees Viho's klacht af. Tegen die beslissing stelde Viho tevergeefs beroep tot nietigverklaring in bij het Gerecht. Het Gerecht oordeelde dat de dochterondernemingen van Parker over geen enkele zelfstandigheid beschikken om hun marktgedrag te bepalen en daarom buiten het toepassingsgebied van art. 81 EG vallen. Het Hof van Justitie preciseerde dat toepassing van art. 82 EG, over misbruik van economische machtspositie (zie verder) wel mogelijk bleef.

Ten tweede: "overeenkomst", "besluit van ondernemingsvereniging" of "onderling afgestemde feitelijke gedraging". Het begrip "overeenkomst" dient ruim te worden geïnterpreteerd, de vorm heeft geen belang (consensualisme).³ Zelfs een zogenaamde *gentleman's agreement* kan eronder vallen.⁴ Vereist zijn in wezen twee elementen. Ten eerste moet er sprake zijn van verschillende partijen (multilateralisme).⁵ Op dit punt verschilt artikel 81 van artikel 82 over misbruik van machtspositie, dat juist eenzijdigheid veronderstelt. Ten tweede moet de overeenkomst, zelfs al is ze mondeling, toch een soort verplichting inhouden voor de betrokken partijen. Die verplichting kan ook sociaal zijn. Wie de overeenkomst niet nakomt, moet daarop kunnen worden aangesproken, en moet beseffen dat de niet-nakoming in zijn hoofde een tekortkoming uitmaakt.

Ook voor "besluiten van ondernemingsverenigingen" (met of zonder rechtspersoonlijkheid) geldt dit. Het volstaat dat een besluit *de facto* een verbindend karakter vertoont. "Aanbevelingen" aan de leden zullen, zelfs indien ze expliciet vermelden dat ze "vrijblijvend" zijn, niettemin als besluiten worden gekwalificeerd indien blijkt dat de leden van de ondernemingsvereniging ze aangaan of te kennen geven dat ze ze zullen opvolgen.⁶

Het begrip "onderling afgestemde feitelijke gedraging (oafg)" tenslotte viseert de situatie waarin men eenzelfde houding vaststelt bij ondernemingen die met

² Arrest van het Gerecht van eerste aanleg (hierna: "G.E.A.") van 12 januari 1995, zaak T-102/92, *Viho Europe / Commissie*, *Jurispr.* 1995, II-17; arrest van het Hof van Justitie (hierna: "H.v.J.") van 24 oktober 1996, zaak C-73/95 P, *Viho Europe / Commissie*, *Jurispr.* 1996, I-5457.

³ G.E.A. 26 oktober 2000, T-41/96, *Bayer / Commissie*, *Jurispr.* 2000, II-3383.

⁴ G.E.A. 6 april 1995, T-141/89, *Trefileurope / Commissie*, *Jurispr.* 1995, II-791.

⁵ Bijgevolg vallen echte eenzijdige gedragingen niet onder het begrip overeenkomst. Zie bijv. G.E.A. 3 december 2003, T-208/01, *Volkswagen / Commissie*, *Jurispr.* 2003, II-5141. Schijnbaar eenzijdige gedragingen kunnen wel als overeenkomst worden aangemerkt. Zie bijv. H.v.J. 24 oktober 1995, *Bayerische Motorenwerke / ALD*, *Jurispr.* 1995, I-3439.

⁶ H.v.J. 27 januari 1987, 45/85, *Verband der Sachversicherer / Commissie*, *Jurispr.* 1987, 405.

elkaar in *contact* zijn geweest, zelfs indien ze geen mededingingsbeperkend *contract* hebben afgesloten.⁷

Ten derde: "de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden". Toepassing van het verbod van artikel 81, lid 1, vereist een (potentieel) ongunstige beïnvloeding van de interstatenhandel; is die er niet, dan zal niet het communautaire maar eventueel wel het nationale kartelrecht toepassing vinden. Volgens de Europese Commissie (hierna: "de Commissie") en het Hof van Justitie (hierna het Hof) volstaat een kunstmatige beïnvloeding van de grensoverschrijdende handelsstromen. Deze mag weliswaar potentieel en indirect zijn maar moet niettemin merkbaar blijven.⁸

Indien de interstatenhandel niet merkbaar is of indien de beïnvloeding van de handelsstromen niet merkbaar is, vindt het verbod van artikel 81, lid 1, geen toepassing. Om een beoordeling van het merkbare karakter te vergemakkelijken, heeft de Commissie de zgn. "bagatel- of *de minimis*-bekendmaking" aangenomen. Momenteel geldt een tekst van 2001.⁹ Daarin huldigt de Commissie het principe dat overeenkomsten, besluiten of oafg's tussen ondernemingen waarvan het (gezamenlijk) marktaandeel niet groter is dan 10 % of 15 % van de relevante markt (dit begrip komt verder aan bod) buiten het kartelverbod vallen.

Ten vierde: "ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst". De woorden "binnen de gemeenschappelijke markt" verwijzen naar het territoriaal toepassingsgebied van het mededingingsrecht (in beginsel het grondgebied van de Gemeenschap). Voor het overige wordt vereist dat de geviseerde overeenkomsten, besluiten of oafg's als doel of als effect een verhoging, beperking of vervalsing van "de mededinging" hebben.

C. Voorbeelden van verboden kartels

Artikel 81, lid 1, EG duidt, louter ten exemplatieve titel, vijf categorieën van verboden kartelafspraken aan. Daaronder bevinden zich met name prijsafspraken (zowel horizontale afspraken over bijvoorbeeld winstmarges, minimumprijzen of kortingsregels als verticale prijsbindingen, individueel of collectief) en marktverdelingsafspraken. De meest krasse voorbeelden van laatstgenoemde categorie zijn het exportverbod en het verbod van parallelimport opgelegd aan afnemers.

⁷ H.v.J. 14 juli 1972, 48/69, ICI / Commissie, *Jurispr.* 1972, 619.

⁸ H.v.J. 21 januari 1999, C-215/96 en C-216/96, Bagnasco e.a., *Jurispr.* 1999, I-135.

⁹ Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de *minimis*) (Pb. C 368/13, 22 december 2001).

§2. De “modernisering” in werking

A. Context, belang

Het Europese mededingingsrecht heeft net de meest grondige hervorming achter de rug sinds de totstandkoming ervan. Moderniseringsverordening 1/2003 van de Raad van 16 december 2002¹⁰ heeft de wijze waarop de verdragsbepalingen inzake restrictieve praktijken en misbruik van machtspositie worden uitgevoerd, grondig hervormd. Ofschoon de verordening dus enkel de uitvoering van die bepalingen viseert en niet de bepalingen zelf, blijkt ze bijzonder ingrijpend.

Men dient goed te beseffen dat de modernisering van het kartelrecht meer inhoudt dan Moderniseringsverordening 1/2003. Heel geleidelijk heeft de Commissie, met de steun van de Raad (het Parlement heeft nog altijd weinig te zeggen over mededingingsrecht), een soort “meesterplan” doorgevoerd dat hierin bestaat dat (a) marktmacht het determinerend criterium is geworden doorheen alle takken van het kartelrecht en (b) de Commissie alle in haar ogen onbeduidend of routinematig werk zoveel mogelijk heeft afgestoten en/of doorgeschoven naar andere (nationale) instellingen – weliswaar met uitvaardiging van begeleidende richtsnoeren - zodat zij zelf zich kan concentreren op wat ze prioritair acht.

Marktmacht heeft als beslissend criterium voor de toepassing van het mededingingsrecht twee andere criteria verdrongen: enerzijds omzetcriteria (zoals die golden in het oude *de minimis*-stelsel maar nu nog enkel de toepasselijkheid van de Concentratieverordening bepalen¹¹), anderzijds puur juridische criteria die bijvoorbeeld vastlegden welke clausules wel, en welke niet in een contract mochten worden opgenomen (ongeacht de marktmacht van de contracterende partijen). Onnodig te zeggen dat het denken in termen van marktmacht een meer economische denkwijze impliceert, die niet steeds evident is voor juristen; in de praktijk van het mededingingsrecht ziet men juristen dan ook steeds vaker samen met economische experts optreden. Ook voor ondernemingen is de nieuwe benadering niet eenvoudig, al was het maar omdat ze hun marktmacht slechts kunnen inschatten nadat ze de markt hebben gedefinieerd waarop ze die macht al dan niet hebben. Marktdefinitie is één van de meest complexe én determinerende oefeningen,¹² zowel binnen het algemeen mededingingsrecht als binnen de gereguleerde (netwerk- en andere) sectoren.

10 Verordening betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (Pb. L 1/1, 4 januari 2003).

11 Omzetcriteria zijn determinerend voor de toepasselijkheid maar niet voor de toepassing van de concentratieverordening. Het criterium om concentraties al dan niet toe te laten is wel degelijk gebaseerd op marktmacht; zie *infra*, III A 4.

12 Sporen van de meer economische benadering droeg onmiskenbaar reeds de Commissiemededeling inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijk mededingingsrecht (Pb. C 372/5, 9 december 1997).

Het dubbele hierboven geschetste motief heeft sinds 2001 achtereenvolgens o.m. geïnspireerd: hervorming van het *de minimis*-regime¹³, invoering van een nieuw stelsel van groepsvrijstellingen¹⁴, Moderniseringsverordening 1/2003, de “Merger Review” (*infra*, III B), de houding van de Commissie tegenover nevenrestricties (“ancillary restraints”)¹⁵ en meer recent de herziening van artikel 82 (*infra*, II B). Eerst concentreren we ons op de Moderniseringsverordening en het zogenaamde “Moderniseringspakket” (“Modernisation Package”) dat de verordening helpt implementeren. Dit pakket bestaat uit één procedureverordening¹⁶ en zeven mededelingen van de Commissie¹⁷, allemaal eveneens met effect vanaf 1 mei 2004. Eind 2005 voegde de instelling hier nog een mededeling aan toe over (een betere) toegang van partijen tot hun dossier.¹⁸

B. Rechtstreeks toepasselijke uitzondering, afschaffing van notificaties

Essentieel in Moderniseringsverordening 1/2003 is de invoering van een nieuw handhavingssysteem, “rechtstreeks toepasselijke uitzondering” genoemd. Daarbij is de exclusieve bevoegdheid van de Commissie om artikel 81, lid 3, EG toe te passen – d.w.z. om exempties te verlenen, om uitzonderingen toe te

- 13 Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de *minimis*) (Pb. C 368/13, 22 december 2001). Toelichting o.m. in *Competition Policy Newsletter*, februari 2002, 45. Deze publicatie van de Commissie is gratis beschikbaar via internet ec.europa.eu/comm/competition/publications/cpn.
- 14 Verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (Pb. L 336/21, 29 december 1999).
- 15 Het betreft beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandkoming van overeenkomsten of concentraties en die desgevallend met de hoofdovereenkomst worden gedoogd of goedgekeurd. Typevoorbeeld zijn niet-concurrentiebedingen zonder welke verkoopovereenkomsten niet zouden worden gesloten. De Commissie weigert voortaan om in individuele zaken te beoordelen of afspraken als nevenrestricties kunnen worden aangemerkt. Zie overweging 21 van de preamble van de nieuwe Concentratieverordening (*infra*, III B) en Mededeling van de Commissie betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van concentraties (Pb. C 56/24, 5 maart 2005).
- 16 Verordening (EG) 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 Verdrag (Pb. L 123/18, 27 april 2004).
- 17 Volgende twee mededelingen komen hierna niet apart aan bod: Mededeling van de Commissie betreffende de behandeling van klachten door de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (Pb. C 101/65, 27 april 2004); Richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (Pb. C 101/81, 27 april 2004).
- 18 Mededeling van de Commissie betreffende de regels voor toegang tot het dossier van de Commissie overeenkomstig de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag, de artikelen 53, 54 en 57 van de EER-Overeenkomst en Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de “EG-concentratieverordening”) (Pb. C 325/7, 22 december 2005).

staan op het kartelverbod – vervallen. Voortaan kunnen en moeten ook nationale autoriteiten en rechtscolleges die bepaling rechtstreeks toepassen.

Bovendien is de notificatieplicht volledig weggefallen. Ondernemingen die van de Commissie een vrijstelling van het kartelverbod wensten te bekomen, moesten voorheen hun restrictieve overeenkomst of praktijk bij de Commissie aanmelden¹⁹, nu mogen ze dat niet meer. Op die manier hoopt de Commissie zich veel minder met administratief werk te moeten inlaten en zich te kunnen toeleggen op het opsporen en sanctioneren van de meest schadelijke kartels, die in het oude systeem zelden of nooit werden aangemeld. Mede in het licht van de uitbreiding van de Unie, vreesde de instelling de werklust die een notificatiesysteem met zich bracht niet meer aan te kunnen. Het oude systeem zou ook te hoge kosten meebrengen voor ondernemingen en de toepassing van het Europese mededingingsrecht op het nationale niveau belemmeren. Centralisatie zou tenslotte niet langer vereist zijn, nu nationale instanties zich kunnen laten leiden door vier decennia beschikkingen en arresten van supranationale instanties.

Slechts in zeer welomschreven gevallen kunnen ondernemingen nog vragen om informeel advies van de Commissie, uitgeschreven in zogenaamde “adviesbrieven”.²⁰ Meestal echter zullen ze, samen met hun adviseurs, zelf hun positie en gedrag op de markt moeten inschatten. De inzet en verantwoordelijkheid zijn groot: valt de inschatting verkeerd uit, dan dreigt een boete of proces. Gelukkig is de Commissie ondernemingen, adviseurs, rechtscolleges en kartelautoriteiten in 2004 enigszins tegemoet gekomen met “Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, EG”.²¹ Aan de hand van voorbeelden verduidelijken de richtsnoeren welke overeenkomsten en gedragingen principieel onder het kartelverbod ressorteren (negatief luik). Hoofdbrok in het document vormt echter de bespreking, wederom op basis van hypothetische gevallen of arresten van het Hof, van elk van de vier voorwaarden die vereist zijn om op grond van artikel 81, lid 3, EG een uitzondering op dat kartelverbod te bekomen (positief luik). Kostenverbeteringen of kwalitatieve efficiëntieverbeteringen zijn nodig om aan de eerste voorwaarde voor vrijstelling te voldoen. Ten tweede moet een billijk aandeel van die verbeteringen ten goede komen aan consumenten. De Commissie definieert wat een “gebruiker” en een “billijk aandeel” precies is, en legt uit hoe de overdracht aan de consument kan geschieden. Ten derde moet de vrijgestelde restrictie onmisbaar zijn, wat inhoudt dat “het ontbreken van deze beperking de uitschakeling of de aanzienlijke vermindering meebrengt van de efficiëntieverbeteringen welke uit de overeenkomst voortvloeien, dan wel het aanzienlijk minder waarschijnlijk maakt dat deze efficiëntieverbeteringen zich zullen voordoen”.²² Tenslotte mag de

19 Art. 4, lid 1, verordening (EEG) nr. 17 van de Raad: Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (Pb. 13/204, 21 februari 1962).

20 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) (Pb. C 101/78, 27 april 2004).

21 Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (Pb. C 101/97, 27 april 2004).

22 Punt 79 van de Richtsnoeren.

mededinging op geen enkel ogenblik worden uitgeschakeld, wat volgens de Commissie o.m. inhoudt dat toepassing van artikel 81, lid 3, EG onmogelijk is bij misbruik van machtspositie in de zin van artikel 82 EG.²³

C. Samenwerking tussen mededingingsautoriteiten

Nu behalve de Commissie voortaan ook nationale rechterlijke instanties en mededingingsautoriteiten de bevoegdheid hebben om naast de verbodsregel van artikel 81, lid 1, EG ook de uitzonderingsbepaling van artikel 81, lid 3, EG toe te passen, valt te vrezen voor nog meer potentiële conflicten tussen al deze instanties. Sommigen vrezen voor een hernationalisering van het mededingingsrecht indien nationale rechters en autoriteiten zelfstandig en onafhankelijk van elkaar Europeesrechtelijke bepalingen gaan toepassen. Om die vrees te ontkrachten, bevat de Moderniseringsverordening een hele reeks maatregelen.

Zo zijn alle nationale autoriteiten verenigd in een netwerk met elkaar en met de Commissie. Ook in Nederlandstalige regelgeving wordt dat netwerk "ECN – European Competition Network" genoemd.²⁴ Bijzonderheden, vooral de verdeling van werk en de uitwisseling van (vertrouwelijke) informatie tussen mededingingsautoriteiten zijn geregeld in één van de mededelingen uit het "Moderniseringspakket"²⁵.

Alle nationale mededingingsautoriteiten hebben van hun nationale wetgevers de bevoegdheid gekregen om Europees mededingingsrecht, of minstens de artikelen 81 en 82 EG, toe te passen.²⁶ Om coherentie ("gemeenschappelijke concurrentiecultuur") en efficiëntie binnen het netwerk te verzekeren, gelden o.m. volgende maatregelen: vastlegging op Gemeenschapsniveau van het soort beslissingen dat nationale autoriteiten kunnen nemen;²⁷ uitwisseling van in-

23 Punt 106 van de Richtsnoeren.

24 Als formele grondslag voor oprichting van dit netwerk schuift de Commissie artikel 11, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (Pb. L 1/1, 4 januari 2003) naar voren: "De Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten passen de communautaire mededingingsregels in nauwe samenwerking toe."

25 Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten (Pb. C 101/43, 27 april 2004). Zie voorts S. Brammer, "Concurrent jurisdiction under Regulation 1/2003 and the issue of case allocation", CMLR, 2005, 1383-1424.

26 Zie artikelen 5 en 35 van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (Pb. L 1/1, 4 januari 2003).

27 Zie de opsomming in art. 5 van de verordening. Voorts mag "[a]an geen enkele mededingingsautoriteit die van het netwerk deel uitmaakt, de bevoegdheid worden toegekend om bij de toepassing van de communautaire mededingingsregels constitutieve vrijstellingsbeschikkingen te geven". Dit hangt samen met de afschaffing van het notificatiesysteem: ondernemingen zullen zelf moeten nagaan of ze al dan niet met het mededingingsrecht strijdige handelingen stellen, net zoals ze zelf zullen moeten nagaan of ze onder een de minimis regeling of groepsvrijstellingsverordening ressorteren ("self assessment").

formatie in beide richtingen²⁸; verregaande mogelijkheid om zelfs vertrouwelijke inlichtingen uit te wisselen en als bewijs te gebruiken;²⁹ plicht in hoofde van nationale autoriteiten om aan de Commissie "alle noodzakelijke inlichtingen" te verstrekken;³⁰ verplichting om advies in te winnen bij de Commissie vooraleer een beschikking te nemen die tot doel heeft een inbreuk op artikelen 81 of 82 te doen beëindigen of te bestraffen³¹; mogelijkheid om de Commissie te raadplegen "over elk ander geval van toepassing van het Gemeenschapsrecht";³² mogelijkheid voor de Commissie om de zaak aan een nationale autoriteit te onttrekken en zelf een procedure in te leiden;³³ mogelijkheid voor een nationale autoriteit of voor de Commissie om een klacht af te wijzen of de behandeling ervan op te schorten (of om een ambtshalve ingeleide procedure stop te zetten of op te schorten) op grond van de enkele overweging dat een (andere) nationale autoriteit van een lidstaat die klacht reeds behandelt of heeft behandeld;³⁴ handhaving en modernisering van het Adviescomité met vertegenwoordigers van nationale autoriteiten;³⁵ verplichting voor nationale autoriteiten om alles in het werk te stellen om uitspraken te vermijden die met beschikkingen van de Commissie in tegenspraak zijn;³⁶ machtiging van nationale autoriteiten om op het grondgebied van hun lidstaat onderzoeksmaatregelen te verrichten namens een andere nationale autoriteit; plicht om inspecties te verrichten op vraag van de Commissie; mogelijkheid voor Commissieambtenaren om bijstand te verlenen aan ambtenaren van nationale autoriteit.³⁷

D. Samenwerking met en tussen rechters

Omwille van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht kan de verordening de nationale rechterlijke instanties vanzelfsprekend niet op een even door-

28 Zie art. 11, lid 2 resp. lid 3, van de verordening.

29 Art. 12, lid 1, van het voorstel, met slechts enkele beperkingen in leden 2 en 3.

30 Art. 18, lid 6, van de verordening. De plicht blijkt niet gesanctioneerd.

31 Zie de opsomming van bedoelde beschikkingen in art. 11, lid 4, van de verordening. Bedoeling is te komen tot een "coördinatie van alle verbodsbeschikkingen en soortgelijke beschikkingen". Voor afwijzingen van klachten of voor beschikkingen om niet tussenbeide te komen, is geen voorafgaand overleg vereist, volgens de Commissie omdat die beschikkingen "slechts verbindend [zijn] voor de autoriteit die ze geeft, en een later optreden door een andere mededingingsautoriteit of voor een nationale rechterlijke instantie niet [uitsluiten]".

32 Zie art. 11, lid 5, van de verordening.

33 Art. 11, lid 6, van de verordening. Ook art. 9, lid 3, van Verordening nr. 17 (*supra*, voetnoot 19) bood de Commissie deze mogelijkheid. Bovendien beklemt toont de Commissie in het XXXe *Verslag over het mededingingsbeleid* dat ze niet van plan is de mogelijkheden die artikel 11 van het voorstel haar biedt "te gebruiken om systematisch tot in detail betrokken te raken bij de beschikkingen van de mededingingsautoriteiten van de lidstaten" (punt 54, p. 24).

34 Zie art. 13 van de verordening.

35 Art. 14 van de verordening. Vgl. art. 10, leden 3 tot 6 van Verordening nr. 17 (*supra*, voetnoot 19).

36 Art. 16, lid 2, van de verordening expliciteert een verplichting waarvan men kan argumenteren dat ze nu ook reeds geldt op grond van artikel 10 EG en het arrest *Masterfoods* van het Hof van Justitie (H.v.J. 14 december 2000, C-344/98, *Jurispr.* 2000, I-11369).

37 Art. 22 van de verordening.

tastende wijze in een netwerk verenigen als nationale mededingingsautoriteiten. Toch poneren de Moderniseringsverordening en de relevante mededeling uit het “Moderniseringspakket”³⁸ in vrij absolute bewoordingen dat nationale hoven en rechtbanken moeten vermijden om met Commissiebeschikkingen tegenstrijdige beslissingen te nemen.³⁹ Vervolgens krijgen nationale mededingingsautoriteiten en de Commissie de bevoegdheid om als “amicus curiae” op eigen initiatief voor nationale rechtscolleges schriftelijke of mondelinge opmerkingen te maken in procedures waarin vragen betreffende de toepassing van artikel 81 of 82 EG rijzen.⁴⁰ Met het oog daarop kunnen de Commissie en de nationale autoriteiten de hoven en rechtbanken “verzoeken [om] hun alle noodzakelijke bescheiden te doen toekomen”.⁴¹ Tenslotte moeten de Lid-Staten (en niet de rechtscolleges) van nationale rechterlijke uitspraken die artikelen 81 of 82 EG toepassen, “onverwijld” een afschrift zenden aan de Commissie⁴², terwijl de bevoegdheden van nationale rechters om Commissiebeschikkingen te toetsen die een inspectie gelasten, worden beperkt⁴³.

E. Andere wijzigingen

Andere wijzigingen die Verordening 1/2003 doorvoert, betreffen o.m. de bevoegdheid van de Commissie om door partijen aangegane verbintenissen afdwingbaar te maken, een gevoelige uitbreiding van de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie (o.m. ook in private woningen) en een verzwarende van de sancties (boetes en dwangsommen).

§3. Publieke afdwinging, clementie

Zoals gezegd, wil de Commissie zich meer kunnen richten op de meest schadelijke inbreuken van de antitrustregels. Daartoe heeft ze wijzigingen doorgevoerd in haar beleid omtrent publieke afdwinging en clementie.

38 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 Verdrag (Pb. C 101/54, 27 april 2004).

39 Art. 16, lid 1, van de verordening. Zie ook arrest *Masterfoods* (*supra*, voetnoot 36), r.o. 51.

40 Art. 15, lid 3, eerste alinea, eerste en tweede zin, van de verordening. Hierover W. Devroe, “De Europese Commissie en nationale mededingingsautoriteiten als amicus curiae. Huidig en komend recht”, in *Amice Curiae, quo vadis?*, Brussel, Kluwer - Interuniversitair Centrum voor Gerechtelijk Recht, 2002, 211-233.

41 Art. 15, lid 3, tweede alinea van de verordening. Niettegenstaande de terminologie, beoogt de Commissie wel degelijk een verplichting in hoofdfe van de rechtscolleges. In die zin ook considerans 21 van de Preamble.

42 Art. 15, lid 2, van de verordening. Toezending vindt plaats nadat de volledige uitspraak aan partijen is betekend.

43 “Met inachtneming van de rechtspraak van het Hof van Justitie” (considerans 22 van de Preamble) bepaalt artikel 20, lid 8, van de verordening dat uitsluitend het Hof van Justitie dergelijke Commissiebeschikking op haar legitimiteit kan toetsen.

A. Publieke afdwinging

De oplegging van administratieve boetes door de Commissie gaat ver terug in de tijd. Vóór 1998 waren dergelijke boetes gebaseerd op Verordening 17/62⁴⁴, de voorganger van de moderniseringsverordening. Volgens dit artikel kon de Commissie aan de betrokken ondernemingen “geldboeten opleggen van ten minste duizend en ten hoogste één miljoen rekeneenheden, of tot een bedrag van ten hoogste tien procent van de omzet van elk der betrokken ondernemingen in het voorafgaande boekjaar, indien bedoeld bedrag hoger is dan één miljoen rekeneenheden”, rekening houdend met de zwaarte en duur van de inbreuk. De Commissie was echter terughoudend bij het zichzelf opleggen van regels omtrent de precieze hoogte van de boetes, wat tot veel beroepen bij het Gerecht van Eerste Aanleg aanleiding gaf.⁴⁵

Pas in 1998 nam de Commissie richtsnoeren aan voor de berekening van geldboetes⁴⁶, wat voor meer transparantie en objectiviteit zou moeten zorgen. De instelling gaf te kennen dat zij niet langer marktomzet als basis wilde gebruiken. Ze introduceerde drie stappen bij het berekenen van boetes, waarbij de nadruk lag op de aard en de werkelijke impact van de inbreuk en de grootte van de relevante markt.⁴⁷

Op grond van de ervaring opgedaan in de afgelopen jaren publiceerde de Commissie in september 2006 herziene richtsnoeren⁴⁸. De meest belangrijke wijzigingen zijn: (a) het startpunt voor de berekening kan oplopen tot dertig percent van de jaarlijkse verkoop op de relevante markt, afhankelijk van de zwaarte van de inbreuk en vermenigvuldigd met het aantal jaren dat aan de inbreuk is deelgenomen, (b) toevoeging van een basisbedrag tussen vijftien en vijftientwintig percent van de verkoop, omwille van de enkele toetreding tot het kartel en (c) verhoging van de boete voor “recidivisten” (“repeat offenders”).⁴⁹

Bij de voorstelling van de nieuwe richtsnoeren gaf de Commissie te kennen dat zij de strijd tegen kartels zou opvoeren door ervoor te zorgen dat de hoogte van de opgelegde boetes aanzienlijk zou stijgen. Het afgelopen jaar zijn er inderdaad een aantal recordboetes opgelegd door de Commissie. Zo legde de instel-

⁴⁴ Art. 15, lid 2, van verordening nr. 17 (*supra*, voetnoot 19).

⁴⁵ Zie o.m. G.E.A. 6 april 1995, T-148/89, Tréfilunion / Commissie, *Jurispr.* 1995, II-1063, r.o. 142; G.E.A. 6 april 1995, T-147/89, Société Métallurgique de Normandie / Commissie, *Jurispr.* 1995, II-1063, r.o. 8 en G.E.A. 6 april 1995, T-151/89, Société des Treillis et Panneaux Soudés / Commissie, *Jurispr.* 1995, II-1063, r.o. 8.

⁴⁶ Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van Verordening nr. 17, respectievelijk 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd (Pb. C 9/3, 14 januari 1998).

⁴⁷ Zie uitgebreider J.-F. Bellis, “Review of the Commission’s decisions on Fines by the Community Courts”, *Scripta iuris europaei*, 2006, nr. 1, 27-39.

⁴⁸ Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2 onder a), van Verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd (Pb. C 210/02, 1 september 2006). Zie o.m. H. De Borja, “The Commission revises its Guidelines for setting fines in antitrust cases”, *Competition Policy Newsletter*, Autumn 2006, 1-6.

⁴⁹ Punt^{en} 21, 24, 25 resp. 28 van de Richtsnoeren.

ling in november 2005 een boete van € 290 miljoen op aan een kartel tussen Benelux, Duitse, Franse en Spaanse producenten van industriezakken, waarbij sommige producenten twintig jaar lang geheime prijsafspraken hadden gemaakt.⁵⁰ In mei en september 2006 legde de Commissie boetes op van meer dan € 300 miljoen.⁵¹ In januari van dit jaar vestigde de Commissie nogmaals een record bij de oplegging van een boete van € 750 miljoen voor een meer dan zestien jaar oud kartel, de hoogste boete ooit voor één enkel kartel. Hierbij kreeg één enkele onderneming een boete opgelegd van € 396 miljoen, eveneens de hoogste boete die de Commissie totnogtoe heeft opgelegd aan één enkele onderneming in een kartelzaak (de boete van € 497 miljoen voor Microsoft in 2004 was opgelegd in een zaak van misbruik van machtspositie⁵²). De boete voor een andere betrokken onderneming werd met de helft verhoogd omdat die onderneming reeds eerder gelijksoortige inbreuken had gepleegd.⁵³

B. Clementie

Onder de noemer “clementie” vat de Commissie in het mededingingsrecht:

“alle regelingen ... (met inbegrip van de regeling van de Commissie) op grond waarvan hetzij volledige immuniteit wordt verleend hetzij een aanzienlijke vermindering van de geldboetes die anders zouden zijn opgelegd aan een karteldeelnemer, in ruil voor de vrijwillige verstrekking van inlichtingen over het kartel, vóór of tijdens het stadium van het onderzoek van de zaak, voor zover aan bepaalde criteria wordt voldaan. De term slaat niet op strafverminderingen die om andere redenen worden verleend.”⁵⁴

Toen de Commissie in 1996 de eerste communautaire clementieregeling aannam,⁵⁵ was ze na de Verenigde Staten slechts de tweede mededingingsautoriteit die dat deed. De regeling werd echter weinig toegepast: er zijn slechts 11 aanvragen tot immuniteit ingediend. Op basis van de ervaring en kritiek tijdens de eerste jaren nam de Commissie in 2002 een gewijzigde regeling aan.⁵⁶ Tijdens het daaropvolgende jaar bedroeg het aantal aanvragen al het drievoudige van het aantal onder alle jaren van het eerste regime, en sinds 2003 stijgt het aantal aanvragen nog altijd.

⁵⁰ Beschikking van de Commissie, industrial bags (COMP/38.354, 30 november 2005).

⁵¹ Beschikking van de Commissie, Methacrylates (COMP/38.645, 31 mei 2006) en beschikking van de Commissie, Fittings (COMP/38.121, 20 september 2006).

⁵² Beschikking van de Commissie, Microsoft (COMP/C-3/37.792, 24 maart 2004). Zie over misbruik van machtspositie *infra*, II A.

⁵³ Aangezien de onderneming in kwestie echter volledige immuniteit had verkregen onder de clementieregeling (*infra*, I C) hoeft ze de boete van € 215 miljoen niet te betalen.

⁵⁴ Zie voetnoot 14 van de zgn. “Netwerk mededeling” van de Commissie (*supra*, voetnoot 25).

⁵⁵ Pb. C 207/4, 18 juli 1996.

⁵⁶ PB C 45/3, 19 februari 2002.

Toch bleef er kritiek bestaan op de vermeende onduidelijkheid en onzekerheid van de regeling van 2002.⁵⁷ Volgens de critici beschikte de Commissie over een te grote beoordelingsvrijheid. Ze beschreven de procedure als een poker-spel waarbij de Commissie in de kaarten van verzoeker kan kijken.⁵⁸ En dus nam de Commissie in december 2006 een nogmaals herziene versie aan van haar clementieregeling.⁵⁹ Het valt op dat de nieuwste regeling alvast meer duidelijkheid schept met betrekking tot de aard van informatie en documenten die moeten worden verstrekt. Daarnaast heeft de Commissie in de mogelijkheid voorzien om een zogenaamde “marker” toe te kennen, waarmee de plaats van een verzoeker om immuniteit in de rij gedurende een van geval tot geval te bepalen periode wordt gereserveerd, zodat hij de nodige informatie en het nodige bewijsmateriaal kan verzamelen.⁶⁰ Een belangrijk punt in het licht van wat hierna volgt over “private afdwinging”, is dat de nieuwe clementieregeling voorziet in een uitgewerkte procedure voor de aflegging van mondelinge verklaringen, teneinde meer bescherming te bieden tegen zgn. “discovery” in burgerlijke schadevorderingen.⁶¹

§4. Private afdwinging: Groenboek over schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels

Mededingingsrecht wordt in Europa nog hoofdzakelijk afgedwongen door de Commissie of door nationale mededingingsautoriteiten. Omwille van de rechtstreekse werking van de betrokken bepalingen uit het EG-Verdrag, kunnen echter ook particulieren (natuurlijke en rechtspersonen) het mededingingsrecht afdwingen voor hun nationale rechter. “Publieke afdwinging” (*public enforcement*) via mededingingsautoriteiten vindt plaats in het algemeen belang en kan leiden tot boetes (*supra*, I C 1). “Private afdwinging” (*private enforcement*) voor nationale rechters dient het procespartij-belang en kan aanleiding geven tot schadevergoeding.

Volgens sommigen, en volgens de Commissie, is er in Europa te weinig sprake van private afdwinging, zeker in vergelijking met de Verenigde Staten. Nochtans zou compensatie voor geleden schade tot meer “corrective justice” leiden. Bovendien kan de enkele dreiging van schadeclaims een afschrikkend effect uitoefenen op bedrijven die het mededingingsrecht zouden willen schenden.

⁵⁷ Zie bijv. C. Gaver en M. Jaspers, “Designing a European soutien for a “one-stop leniency shop”, *European Competition Law Review*, 2006, 685-692.

⁵⁸ Verwezen werd o.m. naar artikel 8, volgens hetwelk immuniteit zou volgen wanneer een onderneming als eerste bewijsmateriaal verstrekke dat de Commissie in staat zou stellen a) verificaties te verrichten of b) een inbreuk op artikel 81 EG vast te stellen. Het probleem was echter dat ondernemingen niet wisten of de Commissie al voldoende informatie had voor een verificatie en of zij dusdoende verplicht waren om informatie te verstrekken als beschreven in artikel 8, lid b. J. Joshua and P. Camesasca, “Where angels fear to tread: the Commission’s ‘new’ leniency policy revisited”, *European Antitrust Review*, 2005, nr. 1, 10-14.

⁵⁹ Mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken (Pb. C 298/11, 3 oktober 2006).

⁶⁰ Punt 15 van de Mededeling.

⁶¹ Hoofdstuk IV van de Mededeling.

Anderen zien publieke afdwinging dan weer als superieur, omdat die meer effectieve instrumenten biedt en hoge boetes toelaat die nog afschrikwekkender zijn.⁶²

Private afdwinging heeft een belangrijke duw in de rug gekregen door (a) het hoger besproken moderniseringsproces, dat o.m. rechtstreekse werking verleent aan artikel 81, lid 3, EG⁶³ en (b) het arrest *Courage v. Crehan* waarin het Hof van Justitie oordeelde dat nationaal recht niet *a priori* mag uitsluiten dat een particulier schade vordert van een andere particulier wegens schending van het mededingingsrecht, zelfs niet indien de eiser partij was bij de overeenkomst waarvan hij de nietigheid vordert krachtens artikel 81, lid 2, EG.⁶⁴

“Aan de volle werking van artikel 81 van het Verdrag, in het bijzonder het nuttig effect van het in lid 1 neergelegde verbod, zou worden afgedaan indien niet eenieder vergoeding kon vorderen van schade die hem is berokkend door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen. Een dergelijk recht maakt de communautaire mededingingsregels immers gemakkelijker toepasbaar, waardoor - vaak verborgen - overeenkomsten of praktijken die de mededinging kunnen beperken of vervalsen, minder aantrekkelijk worden. In zoverre kunnen bij de nationale rechter ingediende schadevorderingen wezenlijk bijdragen tot de handhaving van een daadwerkelijke mededinging in de Gemeenschap.”⁶⁵

In juli 2006 bevestigde het Hof zijn arrest in *Courage* in de *Manfredi*-uitspraak, waarover verder meer (*infra*, I E).

Zoals gezegd, zou de Commissie graag meer private afdwinging zien binnen Europa. De instelling liet een studie uitvoeren door een advocatenkantoor waaruit zou moeten blijken dat deze vorm van afdwinging in Europa “totaal onderontwikkeld” is.⁶⁶ Vervolgens publiceerde de Commissie in december 2005 een Groenboek en een ‘Commission staff working paper’ teneinde het

⁶² Zie uitgebreider W. Wils, “Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?”, 26 *World Competition* 3, 2003, 1-16.

⁶³ Ook art. 16, lid 1, van Verordening 1/2003 zou de private afdwinging meer reëel moeten maken. Krachtens dit artikel zijn nationale hoven gebonden aan beschikkingen van de Commissie. Dit zou inhouden dat eisers op nationaal niveau niet opnieuw de inbreuk moeten bewijzen, maar enkel de schade die ze hebben geleden. D. Chalmers, C. Hadjiemmanuil, G. Monti en A. Tomkins, *European Union Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 971-973.

⁶⁴ Zie o.m. S. Drake, “Scope of *Courage* and the principle of “individual liability” for damages: further development of the principle of effective judicial protection by the Court of Justice”, *European Law Review*, 2006, 841-864.

⁶⁵ H.v.J. 20 september 2001, C-453/99, *Courage en Crehan*, *Jurispr.* 2001, I-6297, r.o. 26-27. Het hanteren van een onderscheid tussen de sterkere en zwakkere contractpartij - waarbij aan de sterkere partij wel het recht zou worden ontzegd om te vorderen - sluit het Hof niet uit.

⁶⁶ ‘Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules’, p. 11, zie

http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/comparative_report_clean_en.pdf.

debat te openen met betrekking tot schadevorderingen wegens inbreuken op het Europees kartelrecht.⁶⁷ Hierin geeft de instelling aan welke in haar ogen de voornaamste belemmeringen zijn voor een doeltreffender systeem van schadevorderingen en welke maatregelen mogelijk zijn ter remediëring. Hierbij valt vooral op dat “geen maatregelen nemen” niet voorkomt op de lijst met mogelijke opties. Sommige pistes die de Commissie lanceert, zijn zelfs bepaald radicaal, zoals bijvoorbeeld de introductie van “double damages” naar het model van de bestaande “treble damages” in de VS, of nog de introductie van “class actions”, “discovery” fasen tijdens schadevorderingsprocedures enz. Veel van de voorstellen lijken geïnspireerd door wat nu reeds bestaat in (sommige) *common law* jurisdicties - met alle gevaren voor aantasting van homogeniteit van andere jurisdicties vanden. Het Groenboek en bijhorende (maar niet vertaalde) ‘working paper’ zijn dermate controversieel dat reeds vele duizenden pagina’s reacties zijn ingestuurd. Het is nog niet geheel duidelijk of er in de loop van 2007 een Witboek komt.

§5. Arresten

In het arrest *Manfredi*⁶⁸ bevestigde het Hof uitdrukkelijk de uitspraak in *Courage* (*supra*, I D). Een particulier vorderde schadevergoeding van een verzekeringsmaatschappij die, na informatie-uitwisseling met andere verzekeraars en in strijd met de nationale mededingingsregels, binnen het betrokken segment was overgegaan tot een gecoördineerde verhoging van de premies. Op de vraag of voornoemde overeenkomsten of gedragingen eveneens artikel 81 EG schenden, antwoordt het Hof dat het aan de verwijzende rechter is om te beoordelen of aan de voorwaarden daartoe is voldaan. Maar het Hof geeft wel uitdrukkelijk antwoord op de vraag of schending van artikel 81 EG tot een schadevordering kan leiden. Vooreerst benadrukt het Hof nogmaals dat “afbreuk zou worden afgedaan aan de volle werking van artikel 81 EG, in het bijzonder het nuttig effect van het in lid 1 daarvan neergelegde verbod, indien niet eenieder vergoeding zou kunnen vorderen van de schade die hem is berokken door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen”. Hieruit concludeert het Hof dat eenieder in beginsel gerechtigd is tot schadevergoeding indien er een causaal verband bestaat tussen de geleden schade en een schending van een communautaire antitrustregeling.⁶⁹

Wel blijft het Hof trouw aan het zgn. “beginsel van procedurele autonomie”: bij gebreke van communautaire regelgeving, blijft het een aangelegenheid van de nationale rechtsorde om de bevoegdheden en procedures vast te stellen voor

⁶⁷ Groenboek – Schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels (COM(2005) 672, 19 december 2005) en Commission Staff working paper (SEC(2005) 1732, 19 december 2005).

⁶⁸ H.v.J. 13 juli 2006, C-295/04, *Manfredi*, nog niet gepubliceerd maar *on line* te raadplegen via curia.europa.eu.

⁶⁹ Het Hof bespreekt tevens aspecten die ook in het Groenboek terug te vinden zijn. Zie E. De Smijter en D. O’Sullivan, “The *Manfredi* rudiment of the ECJ and how it relates to the Commission’s initiative on EC antitrust damages actions”, *Competition Policy Newsletter*, Autumn 2006, 23-26.

voornoemde vorderingen, zolang deze regels voldoen aan het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel. Dit betekent dat dergelijke nationale regelingen niet ongunstiger mogen zijn dan die welke voor soortgelijke vorderingen naar nationaal recht gelden en de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken.⁷⁰

II. Misbruik van machtspositie

§1. Algemeen

A. Verdragstekst en systematiek

Artikel 82, eerste lid, EG luidt als volgt:

“Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden, voor zover de handel tussen de Lid-Staten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, is het, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan.”

Het artikel bepaalt dus enkel dat misbruik van machtspositie verboden is, zonder “nietigheid” als sanctie voor te schrijven. Of nietigheid wordt uitgesproken en, zo ja, volgens welke modaliteiten en in samenhang met welke andere mogelijke sancties, beslist de nationale rechter volgens nationaal recht. Te onthouden valt eveneens dat er in artikel 82, anders dan artikel 81, *geen* sprake is van aanmeldingen, van vrijstellingen of van een *de minimis*-regeling. Het artikel heeft rechtstreekse werking.

Let op: Wat hierboven reeds is geschreven over modernisering van het mededingingsrecht (*supra*, I C), *publieke afdwinging* (*supra*, I D) en *private afdwinging* (*supra*, I E) geldt *mutatis mutandis* ook voor dit tweede onderdeel van het mededingingsrecht.

B. Toepassingsvoorwaarden

Algemeen. Opdat het in artikel 82 EG neergelegde verbod toepassing zou vinden, is vereist dat één of meer ondernemingen (eerste voorwaarde) die een machtspositie innemen (tweede voorwaarde) op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan (derde voorwaarde) van hun machtspositie misbruik maken (vierde voorwaarde), en wel zo dat de interstatehandel daardoor ongunstig kan worden beïnvloed (vijfde voorwaarde). De eerste voorwaarde - betrokkenheid van "een of meer ondernemingen" - en de vijfde voorwaarde - ongunstige beïnvloeding van de interstatehandel - zijn reeds besproken in

⁷⁰ Arrest Manfredi, r.o. 60-62.

het kader van het kartelverbod van artikel 81 EG. De tweede, derde en vierde voorwaarde komen hieronder aan bod.

Ten tweede: "een machtspositie". Een onderneming geniet een machtspositie in de zin van artikel 82 EG indien die onderneming voldoende sterk is om zich, zonder dat zulks haar nadeel berokkent, in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen van haar concurrenten, haar afnemers en de consumenten (of, anders uitgedrukt, indien de onderneming "niet over de schouders moet kijken"). Anders dan een (quasi-)monopolie sluit een dergelijke machtspositie het bestaan van mededinging niet uit, maar zij zal wel de voorwaarden beïnvloeden waaronder die mededinging zich zal ontwikkelen.⁷¹

Uit beschikkingen van de Commissie en rechtspraak van het Hof kan men bepaalde indicatoren voor een machtspositie afleiden. Een groot marktaandeel geldt als belangrijke indicator. Zeker bij een kleiner marktaandeel moet men ook letten op andere indicatoren zoals de positie van concurrenten, toetredingsbelemmeringen en competitieve voordelen.⁷²

Ten derde: een machtspositie "op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan". Alvorens aan de hand van een aantal concrete factoren kan worden nagegaan of een onderneming een machtspositie inneemt "op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan", dient vanzelfsprekend de relevante markt afgebakend, zowel productgewijs als geografisch. Inzake de relevante *productmarkt* oordeelt het Hof dat aan twee voorwaarden moet worden voldaan alvorens men van een markt kan spreken. Enerzijds moet het product of de dienst in kwestie bijzonder geschikt zijn om aan een constante vraag te voldoen, en anderzijds moet het daarbij om een uitsluitende geschiktheid gaan, hetgeen betekent dat er voor dat product of die dienst geen volwaardige substituten bestaan.⁷³

De geografische markt, die volgens artikel 82 de gehele gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan moet omvatten, is enerzijds de markt waartoe de gebruikers toegang hebben en anderzijds het gebied waarbinnen het tussen de relevante producten tot een daadwerkelijke concurrentie kan komen.

Ten vierde: "misbruik maken" van de machtspositie. Artikel 82 EG verbiedt niet de loutere omstandigheid dat een onderneming een machtspositie inneemt. Verboden wordt enkel, dat van die positie misbruik wordt gemaakt. De vaststelling van het bestaan van een machtspositie houdt op zichzelf geen verwijt in jegens de betrokken onderneming, doch betekent dat op die onderneming een bijzondere verantwoordelijkheid rust om niet door haar gedrag inbreuk te maken op een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de gemeen-

⁷¹ G.E.A. 13 februari 1979, 85/76, Hoffmann-La Roche / Commissie, *Jurispr.* 1979, 461.

⁷² Zie de arresten *infra*, III D.

⁷³ Vaste rechtspraak sinds H.v.J. 14 februari 1978, 27/76, United Brands / Commissie, *Jurispr.* 1978, 207 (waarin het Hof op basis van deze criteria onderzocht of de bananenmarkt een afzonderlijke markt uitmaakt dan wel een markt vormt samen met andere fruitsoorten).

schappelijke markt. Dat artikel 82 geen machtsposities *in se* verbiedt maar enkel het misbruik dat ervan wordt gemaakt, impliceert ook dat het begrip "misbruik" steeds in relatie tot het begrip "machtspositie" moet worden bekeken - net zoals een "machtspositie" slechts valt te onderkennen op een welbepaalde "relevante markt". De hier afzonderlijk besproken constitutieve elementen hangen onderling dus nauw samen.

C. Voorbeelden van verboden misbruik

Artikel 82 geeft zelf als voorbeelden van misbruik:

- (i) het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of andere contractuele voorwaarden;
- (ii) de beperking van productie, afzet of technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers (vb. de weigering om aan een afnemer een voor zijn productie onontbeerlijke grondstof te leveren);
- (iii) de toepassing tegenover de handelspartners van discriminerende voorwaarden (vb. inzake prijs of het toestaan van kortingen) waardoor ze nadeel ondervinden bij de mededinging; en
- (iv) het afhankelijk stellen van de sluiting van overeenkomsten van de aanvaarding door de handelspartners van bijkomende prestaties die met die overeenkomsten geen band vertonen.

Toen de Gemeenschap nog niet beschikte over een volwaardig element ter controle van concentraties, heeft het Hof de verwerving door een onderneming met een machtspositie van een meerderheidsparticipatie in het kapitaal van een andere onderneming binnen dezelfde relevante markt, in bepaalde omstandigheden als misbruik gekwalificeerd. Sinds de Concentratieverordening (*infra*, III B) is dergelijke ruime interpretatie van artikel 82 niet langer vereist.⁷⁴ Wat daarentegen zeer relevant is geworden, is de gecombineerde toepassing van artikelen 82 en 86 EG (over art. 86 *infra*, V). Meer bepaald heeft het Hof geoordeeld dat een (overheids-)bedrijf dat van de overheid een monopolie heeft gekregen, misbruik maakt van zijn machtspositie wanneer het dat monopolie op gebrekkige wijze uitoefent en kennelijk niet kan voldoen aan een vraag naar diensten vanuit de markt.⁷⁵

§2. "Discussion paper" over de herziening van artikel 82

Na een procedurele hervorming van de regels met betrekking tot misbruik van machtspositie (modernisering, *supra*, I B), was het volgens de Commissie tijd om het beleid omtrent dergelijke misbruiken eveneens te veranderen.⁷⁶ Vol-

⁷⁴ H.v.J. 17 november 1987, 142 and 156/84, BAT Reynolds / Commissie, *Jurispr.* 1987, 4487.

⁷⁵ Zie o.m. H.v.J. 11 december 1997, C-55/96, Job Centre, *H.v.J.* 1997, I-7119, r.o. 38 en H.v.J. 8 juni 2000, C-258/98, Carra en andere, *H.v.J.* 2000, I-4217, r.o. 13.

⁷⁶ R. Nazzini, "The wood began to move: an essay on consumer welfare, evidence and burden of proof in Article 82 EG cases", *European Law Review*, augustus

gens Europees Commissaris N. Kroes heeft deze herziening geen revolutionaire ommekeer tot doel, maar wil de Commissie meer aandacht schenken aan een gezonde economische analyse. Hiermee beoogt zij de verbetering van de kwaliteit van beslissingen en de waarborg dat de Commissie enkel de meest belangrijke zaken onderzoekt. Het discussiedocument dat de Commissie dienovereenkomstig publiceerde in 2005⁷⁷ handelt enkel over misbruiken “door uitsluiting” (“exclusionary abuses”), dit zijn misbruiken die concurrenten uitschakelen of die drempels opwerpen die het voor potentiële nieuwe concurrenten moeilijk maken om de markt te betreden. Als voorbeelden van zulke misbruiken gelden rooftprijzen (“predatory pricing”), koppelverkoop en weigering tot leveren.

De Commissie doet suggesties ter beoordeling van deze praktijken. Belangrijk daarbij is dat de instelling de mogelijkheid openlaat om een zogenaamd “efficiëntieverweer” (“efficiency defense”) toe te passen onder artikel 82 EG. Ze ziet geen reden om efficiëntieverbeteringen niet in ogenschouw te nemen onder artikel 82 EG nu dit wel kan bij de beoordeling van kartels en concentraties.⁷⁸ Deze houding lijkt aansluiting te vinden bij o.m. de conclusies van advocaat-generaal Kokott in de zaak *British Airways*.⁷⁹

De Commissie bevestigt voorts dat het bestaan van een hoog marktaandeel niet langer voldoende is om marktmacht te bewijzen. Hoewel marktaandeel onverminderd een belangrijke indicatie kan vormen, primeert een economische analyse van de gehele situatie, waarbij marktmacht geval per geval wordt beoordeeld.

§3. Toepassing: Microsoft

Na langdurig onderzoek heeft de Commissie in maart 2004 een beschikking aangenomen in de zaak *Microsoft*.⁸⁰ Alleen al omwille van de opgelegde reordboete van € 497 miljoen is dit één van de belangrijkste beschikkingen over artikel 82 EG, en één die momenteel hard wordt bevochten voor de Europese rechterlijke instanties. In de beschikking identificeert en sanctioneert de Commissie twee vormen van wat zij als misbruik van machtspositie bestempelt.

2006, 518-539. Hierin vindt men o.a. een bespreking van het arrest *Courage* en de toepassing van deze uitspraak in nationale en Europese arresten.

⁷⁷ Zie <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/index.html>.

⁷⁸ Speech Neelie Kroes, “Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82, Fordham Corporate Law Institute (SPEECH/05/537, 23 augustus 2005).

⁷⁹ Opinie van Advocaat-Generaal Kokott, 23 februari 2006, C-95/04 P, *British Airways plc / Commissie*, r.o. 59-61, met verwijzing naar overweging 29 van de preambule van de Concentratieverordening (*infra*, III) en naar paragrafen 135 en 141 van de richtsnoeren inzake verticale beperkingen (Pb. C 291/1, 13 oktober 2000).

⁸⁰ Beschikking van de Commissie, *Microsoft* (COMP/C-3/37.792, 24 maart 2004). Zie o.m. J. Kallaugher en A. Weitbrecht, “Developments under Articles 81 en 82 EG – The year 2004 in review”, *European Competition Law Review*, 2005, 26(3), 188-197.

Het eerste vermeende misbruik van machtspositie behelst de weigering van Microsoft om “informatie inzake compatibiliteit” (broncode van Windows besturingssysteem) te verstrekken aan concurrenten en om het gebruik van die informatie toe te staan voor de ontwikkeling en distributie van producten die zouden kunnen concurreren op de markt voor besturingssystemen, waarop Microsoft een dominante positie inneemt.⁸¹ In beginsel vormt de weigering om door intellectuele eigendomsrechten beschermde informatie aan concurrenten te verstrekken of om concurrenten gebruiksrechten (licenties) te verlenen, geen misbruik in de zin van artikel 82 EG. Dit ligt echter anders indien de informatie, het product of de dienst in kwestie “onmisbaar” is - in mededingingsrechtelijke termen, een zgn. “essential facility” uitmaakt. Indien geen alternatieven voorhanden zijn en het voor mogelijke concurrenten onmogelijk of onredelijk moeilijk is om zelf alternatieven te ontwikkelen (ook al zijn deze minder voordelig), kan de houder van de “essential facility” immers elke concurrentie uitschakelen door het “onmisbare” aan zichzelf voor te behouden. Onder voorwaarden⁸² kan in zulke omstandigheden sprake zijn van misbruik van machtspositie, te remediëren door bijvoorbeeld dwanglicenties op te leggen.

Als tweede misbruik van machtspositie identificeert de Commissie een vermeend ongeoorloofde vorm van koppelverkoop tussen het Windows-besturingssysteem en de media-toepassing “Windows Media Player”, die de consument immers verplicht gelijktijdig moet aankopen. Volgens artikel 82, sub d, EG ligt een misbruik van machtspositie voor wanneer het afhankelijk stellen van het sluiten van overeenkomsten aan de aanvaarding door de handelspartners van bijkomende prestaties geen verband houdt met het onderwerp van deze overeenkomsten. Voor een daadwerkelijke schending van artikel 82 EG moet aan vier voorwaarden zijn voldaan: a) de betrokken onderneming heeft een dominante positie op de markt van het product waaraan gekoppeld wordt (“tying product”), b) dit product is onderscheiden van het “gekoppelde” product (“tied product”), c) het is voor de klanten onmogelijk om de producten afzonderlijk aan te schaffen en d) de koppelverkoop kan uitsluiting op de markt van het “gekoppelde” product tot gevolg hebben. Enkel een rechtvaardiging op objectieve gronden kan misbruik in de zin van artikel 82 EG uitsluiten.⁸³

Stand van zaken. In juni 2004 heeft Microsoft voor het Gerecht van eerste aanleg in Luxemburg (a) beroep ingesteld teneinde de beschikking van de Commissie van 24 maart 2004 nietig te laten verklaren of, subsidiair, de opgelegde boete in te trekken of aanzienlijk te verlagen en (b) in kort geding verzocht om opschorting van de dwangmaatregelen (vooral verplicht delen van informatie

⁸¹ Artikel 2a van de beschikking.

⁸² H.v.J. 6 april 1995, C-241/91P en C-242/91P, RTE en ITP / Commissie (‘Magill’), *Jurispr.* 1995, I-743, r.o. 49-54; G.E.A. 12 juni 1997, T-504/93, Tiercé Ladbroke / Commissie, *Jurispr.* 1997, II-923, r.o. 131; H.v.J. 26 november 1998, C-7/97, Bronner, *Jurispr.* 1998, I-7791, r.o. 41 en H.v.J. 29 april 2004, C-418/01, *IMS Health*, *Jurispr.* 2004, I-5039.

⁸³ Zie punt 794 van de Commissiebeschikking. Deze voorwaarden worden eveneens besproken in de Discussion Paper (*supra*, II B).

met concurrenten, versie van Windows lanceren zonder geïntegreerde “Media Player”).⁸⁴

Op 22 december 2004 wees de President van het Gerecht het verzoek om opschorting af omdat Microsoft niet zou bewezen hebben dat uitvoering van de dwangmaatregelen tot onherstelbare schade zou leiden.⁸⁵

Op 1 juni 2005 zond de Commissie Microsoft een brief waarin zij het bedrijf verplichtingen inzake bekendmaking van broncode oplegt. Volgens de Commissie gaven deze verplichtingen slechts uitvoering aan haar eerdere beschikking, volgens Microsoft gaan ze verder. Ook dit dispuut heeft aanleiding gegeven tot een beroep tot nietigverklaring voor het Gerecht.⁸⁶

Op 10 november 2005 waarschuwde de Commissie Microsoft dat ze een dwangsom tot € 2 miljoen per dag zou opleggen indien Microsoft de in 2004 opgelegde maatregelen niet zou uitvoeren voor 15 december 2005.⁸⁷ Op 12 juli 2006 legde de Commissie effectief een nieuwe boete, ten belope van € 280,5 miljoen, begeleid door een dreiging met nog draconischer sancties.⁸⁸ Microsoft stelde wederom beroep in.⁸⁹

Op 19 juli 2006 heeft Microsoft een (volgens de Commissie onvolledige) reeks documenten ingediend, verder aangevuld op 23 november 2006. De onafhankelijke toezichthoudende *trustee*, benoemd door de Commissie, onderzoekt of deze documentatie aan de vereisten voldoet.⁹⁰

⁸⁴ Microsoft verzocht dus niet om opschorting van de boete of van de opgelegde controle door een onafhankelijke toezichthoudende trustee. Zie J. Kallaugher en A. Weitbrecht, “Developments under Articles 81 and 82 EG – the year 2005 in review”, *European Competition Law Review*, 2006, 137-147.

⁸⁵ Beschikking van de President van het Gerecht van 22 december 2004, zaak T-201/04 R, Microsoft / Commissie, nog niet gepubliceerd (maar zie curia.europe.eu).

⁸⁶ Mededeling in het Publicatieblad, Pb. C 257/16, 15 oktober 2005.

⁸⁷ Beschikking van de Commissie van 10 november 2005 in zaak COMP/C-3/37792.

⁸⁸ Beschikking van de Commissie van 12 juli 2006 in zaak COMP/C-3/37792. Het totaalbedrag komt overeen met € 1,5 miljoen euro per dag, voor de periode 16 december 2005 tot 20 juni 2006. De Commissie dreigde om de dwangsom per dag tot € 3 miljoen te verhogen indien Microsoft de opgelegde maatregelen niet zou uitvoeren voor 31 juli 2006.

⁸⁹ Beroep van 2 oktober 2006, zaak T-271/06, Microsoft / Commissie, Pb. C 294/56, 2 december 2006.

⁹⁰ Zie “State of play on Microsoft’s compliance with March 2004 decision (MEMO/06/430, 15 november 2006) en “Update on Microsoft’s compliance with March 2004 Decision” (MEMO/06/445, 23 november 2005).

III. Concentratiecontrole

§1. Algemeen

A. Historiek

Hoger bleek dat het Gemeenschapsrecht zich niet verzet tegen dominante posities op zich, maar enkel tegen het misbruik daarvan. Strijdigheid met artikel 82 EG kan zich dus maar voordoen *nadat* de dominante positie is ontstaan. Men zou dan ook kunnen verwachten dat het Gemeenschapsrecht zich met het ontstaan zelf van dominante posities, of met de wijze waarop dat gebeurt, niet inlaat. Maar deze verwachting blijkt niet langer gerechtvaardigd. Tegenwoordig treedt de Gemeenschap ook preventief op. De organische groei van dominante posities - een onderneming werkt zo efficiënt dat ze alle concurrenten verdringt - wordt nog steeds ongemoeid gelaten. Kunstmatige groei daarentegen, waarbij door fusies of overnames machtsposities gecreëerd of versterkt worden, wordt wel gecontroleerd. Nagegaan wordt met name, of zulke kunstmatige groei de vrije mededinging niet belemmert.

Het heeft tot 1990 geduurd vooraleer er binnen de Gemeenschap een uitgewerkte controle op concentraties tot stand kwam. Voordien had het Hof wel al arresten gevelde die toelieten een geplande bedrijfsovername als misbruik van een reeds voordien bestaande machtspositie te kwalificeren.

B. Het begrip “concentratie”

De Concentratieverordening, van toepassing op “concentraties van communautaire dimensie”, geeft vreemd genoeg niet aan wat een “concentratie” precies is.⁹¹ Artikel 3, lid 1, duidt enkel aan dat een concentratie tot stand komt wanneer twee of meer voorheen onafhankelijke ondernemingen fusioneren of wanneer één of meer ondernemingen of één of meer personen die reeds zeggenschap over ten minste één onderneming bezitten, “door de verwerving van participaties in het kapitaal of vermogensbestanddelen, bij overeenkomst of op elke andere wijze, rechtstreeks of middellijk zeggenschap over één of meer andere ondernemingen of delen daarvan verkrijgen”. Concreet dient hierbij gedacht aan operaties als fusie, overname, oprichting van een gemeenschappelijke dochteronderneming (*joint venture*), wijziging in de identiteit van één van de ondernemingen die gezamenlijk controle uitoefenen, of aan andere vormen van overgang van afzonderlijke naar gezamenlijke controle (vb. door aandelenruil, gedeeltelijke privatisering, volledige privatisering met meerdere kopers, ...). Centraal staat alleszins het begrip “zeggenschap”, dat blijkens de verordening slaat op rechten, overeenkomsten of andere middelen die het, afzonderlijk of gezamenlijk en met inachtneming van alle feitelijke en juridische omstandigheden, mogelijk maken een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een onderneming. “Concentratie” verwijst naar een wijziging van de

⁹¹ Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (Pb. L 24/1, 29 januari 2004).

zeggenschap, van de controle. In die zin kan bijvoorbeeld ook een splitsing van een onderneming tot een concentratie leiden, nl. wanneer een afgesplitste entiteit fusioneert met, of wordt overgenomen door, een bestaande onderneming.

C. Het begrip “concentratie van communautaire dimensie”

De Concentratieverordening is enkel van toepassing op “concentraties van communautaire dimensie”, in artikel 1 gedefinieerd als concentraties die voldoen aan drie criteria inzake respectievelijk totale wereldomzet, communautaire omzet en transnationaal karakter van de betrokken ondernemingen. Samengevat kan men stellen dat het gaat om belangrijke concentraties met een grensoverschrijdend karakter. Ontbreekt zulk een grensoverschrijdend karakter, dan zal nationale wetgeving worden toegepast door nationale autoriteiten.

Enkel de Commissie (onder toezicht vanzelfsprekend van het Hof) is bevoegd om zich uit te spreken over concentraties met een communautaire dimensie. Ofschoon de Concentratieverordening als verordening formeel wel rechtstreekse werking heeft, blijkt er hier dus toch geen ruimte voor toepassing door nationale overheden of rechtbanken.

D. Criteria voor toetsing

Concentraties die “de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze belemmert, met name door een machtspositie in het leven te roepen of te versterken”, verklaart de Commissie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt. In tegenstelling tot wat geldt voor kartelafspraken, bestaat er dus geen algemeen verbod op concentraties en zijn concentraties niet automatisch nietig.

Op dit vlak situeert zich tevens het voornaamste onderscheid met artikel 82 EG: anders dan dat artikel, dat enkel *misbruik* van economische machtspositie verbiedt, verbiedt de Concentratieverordening in welbepaalde omstandigheden ook het *innemen* van een dergelijke machtspositie (en zelfs dit laatste is niet *per se* nodig om tot verbod over te gaan, het volstaat dat er sprake is van een significante belemmering⁹²).

Niettegenstaande het inhoudelijk verschil tussen artikel 82 en de Concentratieverordening, blijven de in de 82-rechtspraak ontwikkelde criteria ter aflijning van economische machtsposities en relevante product- of geografische markten, evenzeer maatgevend bij onderzoek op basis van de Concentratieverordening.⁹³

⁹² Zie artikel 2 en preambule van de Concentratieverordening.

⁹³ Zie voor voorbeelden *infra*, III D.

E. Procedure

Alle concentraties van communautaire dimensie moeten bij de Commissie worden *aangemeld*. Zolang de aanmelding niet heeft plaatsgevonden, of zolang de Commissie de aangemelde operatie niet verenigbaar met de gemeenschappelijke markt heeft verklaard, mag de concentratie in geen geval tot stand worden gebracht.

Aanvankelijk verklaarde de Commissie heel weinig concentraties onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, later steeg het aantal afgewezen concentraties.⁹⁴ Bovendien komt het steeds frequenter voor dat ondernemingen die een afwijzing voelen aankomen, hun concentratieplannen intrekken.

§2. Hervorming van concentratiecontrole

A. Context

Nadat het systeem van concentratiecontrole in 1997 een eerste maal was gewijzigd - voornamelijk ter herziening van de controle op gemeenschappelijke ondernemingen ("joint ventures") en ter verlaging van de aanmeldingsdrempels zodat meer concentraties een communautaire dimensie kregen - is op 1 mei 2004 de geheel nieuwe "Concentratieverordening" 139/2004 uitgevaardigd en in werking getreden.⁹⁵ Bij nader inzien blijkt die nieuwe verordening weliswaar een grondige wijziging uit te maken, maar niet een even revolutionaire herziening als het hierboven beschreven systeem van modernisering van het kartelrecht.

De nieuwe Concentratieverordening vormt de ruggengraat van een heel pakket aan herschreven teksten. Vooreerst is een herschreven uitvoeringsverordening aangenomen, met als bijlage de nieuwe aanmeldingsformulieren "CO" (normale aanmelding), "CO kort" (zgn. "verkorte aanmelding" voor eenvoudige gevallen) en "RS" (gemotiveerde kennisgeving vóór aanmelding).⁹⁶ Vervolgens heeft de Commissie de markt "Richtsnoeren" meegegeven "voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen" (*infra*, III C). Drie mededelingen ronden de vernieuwing af: één over nevenrestricties, één over verwijzing

94 Vooral de in Europa in 2001 tegengehouden fusie tussen de Amerikaanse ondernemingen General Electric en Honeywell – fusie die nochtans door de Amerikaanse autoriteiten was goedgekeurd – kreeg veel aandacht. Nadien poogden de Europese Unie en de Verenigde Staten hun fusiecontrole nog meer op elkaar af te stemmen.

95 Verordening (EG) Nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 (Pb. L 24/1, 29 januari 2004). Zie o.m. S. Mauduit en T. Soames, "Changes in EU Merger Control", *European Competition Law Review*, 2005, 57-64, 75-82 en 144-150.

96 Verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie van 7 april 2004 tot uitvoering van Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (Pb. L 133/1, 30 april 2004; err. Pb., L 172/9, 6 mei 2004). Hierover T. Lingos e.a., "An amended merger implementing regulation for a new merger regime", *Competition Policy Newsletter*, Summer 2004, 79-84.

van zaken tussen de Commissie en nationale autoriteiten en één over vereenvoudigde aanmelding voor categorieën van aangemelde concentraties waarvan de Commissie weet dat ze doorgaans worden goedgekeurd zonder tot noemenswaardige twijfel te leiden⁹⁷.

B. Wat is gebleven?

Gebleven zijn de definitie van een concentratie en de criteria die toelaten om te beoordelen of de concentratie een zgn. “communautaire dimensie” heeft (d.w.z. voldoende groot is, voldoende met de Gemeenschap verbonden is en een voldoende sterke transnationale dimensie vertoont) en derhalve exclusief door de Commissie zal worden beoordeeld. Gebleven is ook de wijze waarop gemeenschappelijke ondernemingen worden beoordeeld, evenals de verplichting tot voorafgaande en opschortende aanmelding van concentraties en de procedure in twee fasen voor de beoordeling ervan.

C. Wat is veranderd?

Gewijzigd is vooreerst het criterium voor de beoordeling van de (on-)verenigbaarheid van concentraties met de gemeenschappelijke markt. In het oude regime werden met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar verklaard, concentraties die een “machtspositie in het leven roepen of versterken die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan wordt belemmerd”. In het nieuwe regime wordt elke concentratie onverenigbaar verklaard die “de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze belemmert, met name door een machtspositie in het leven te roepen of te versterken”. In theorie zou het nieuwe criterium ruimer moeten uitvallen dan het vorige, aangezien nu elke significante belemmering, ook degene die geen machtspositie creëert of versterkt, tot onverenigbaarheid kan leiden. De Commissie gaf aanvankelijk aan dat zij geen echt verschillende analyse van transacties zou maken⁹⁸ maar heeft ondertussen toch grondiger richtlijnen bekendgemaakt over toepassing van de nieuwe test⁹⁹. De nieuwe

97 Zie voor eerstgenoemde mededeling *supra*, voetnoot 15. Mededeling van de Commissie betreffende een vereenvoudigde procedure voor de behandeling van bepaalde concentraties krachtens Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad (Pb. C 56/32, 5 maart 2005): van belang hier is dat de Commissie één categorie concentraties bijkomend als principieel niet-problematisch erkent, nl. die waar partij uitsluitende zeggenschap verwerft over een onderneming waarover zij al gezamenlijke zeggenschap uitoefent.

98 Zie “New Merger Regulation frequently asked questions” (MEMO/04/09, 20 januari 2004): “The Commission regards this change in the wording of the test as a clarification of, rather than an addition to, its powers. This provides legal certainty for the business community by making it clear that the test enshrined in the regulation covers all those categories of anti-competitive mergers.”

99 Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen (Pb. C 31/5, 5 februari 2004). Kritisch o.m. S. Voigt en A. Schmidt, “The Commission’s guidelines on horizontal

Europese SIEC-test (“significant impediment of effective competition”) zou nu beter aansluiting moeten vinden bij de Amerikaanse SLC-test (“substantial lessening of competition”), wat conflicten zou moeten voorkomen.

Vervolgens is het principe versterkt van “one stop shopping”, volgens welk het recht zoveel mogelijk streeft naar aanmelding bij één enkele autoriteit in plaats van bij vele verschillende nationale autoriteiten die elk een ander recht toepassen. Voortaan komen meer concentraties in aanmerking om centraal, door de Commissie, te worden beoordeeld. Een “mandatory 3+ rule”, waarbij elke in drie of meer Lid-Statens aan te melden concentratie automatisch door de Commissie zou worden behandeld, heeft het niet gehaald maar concentraties zonder communautaire dimensie kunnen niettemin door de Commissie worden beoordeeld indien ze aanleiding zouden geven tot toetsing in minstens drie Lid-Statens en geen van de betrokken Lid-Statens zich daartegen verzet. Partijen kunnen nu ook ontwerp-overeenkomsten aanmelden en kunnen vóór aanmelding reeds vragen dat hun concentratie door de Commissie zou worden beoordeeld. Verwijzingen tussen Gemeenschaps- en nationaal niveau worden gestroomlijnd en vergemakkelijkt, klaarblijkelijk met succes.¹⁰⁰ In maart 2005 heeft de Commissie hierover een aparte mededeling gepubliceerd.¹⁰¹

Andere, minder fundamentele, procedurele wijzigingen ronden de hervorming af.

- Aanmelding van ontwerp-overeenkomsten is nu ook Europees mogelijk (in België kon dat reeds).¹⁰²
- Het is ook niet langer nodig concentraties aan te melden “binnen een week na de sluiting van de overeenkomst, de openbaarmaking van het aanbod tot aankoop of ruil of de verwerving van een zeggenschapsdeelneming”. Aanmelding van concentraties “vóór de totstandbrenging ervan” volstaat¹⁰³. Terecht gaat de Commissie er van uit dat de aanmeldende partijen voldoende gemotiveerd zullen zijn om snel aan te melden, nu hun concentratie niet tot stand kan worden gebracht zolang niet is aangemeld en zolang de Commissie niet verenigbaar met de gemeenschappelijke markt is verklaard.
- De stringente tijdslimieten voor het nemen van beslissingen blijven, maar termijnen worden voortaan in werkdagen uitgedrukt.¹⁰⁴
- De onderzoeks- en sanctioneringsbevoegdheden van de Commissie zijn gevoelig uitgebreid ofschoon niet in dezelfde mate als onder de Modernisering (zie hoger; hier bijvoorbeeld geen uitbreiding tot privé-woningen).

mergers: improvement or deterioration?”, *Common Market Law Review*, 2004, 1583-1594.

100 S. Ryan, “The revised system of case referral under the Merger Regulation: experiences to date”, *Competition Policy Newsletter*, Autumn 2005, 38-42.

101 Mededeling van de Commissie betreffende de verwijzing van concentratiezaken (Pb. C 56/2, 5 maart 2005).

102 Art. 4, lid 1, tweede en derde alinea, van de nieuwe Concentratieverordening.

103 Vgl. Art. 4, lid 1, van de oude, met dezelfde bepaling van de nieuwe Concentratieverordening.

104 Dit heeft een marginale versoepeling tot gevolg. Zo werd “één maand” onder de oude Concentratieverordening werd “25 werkdagen” onder de nieuwe, “vier maanden” werden 90 werkdagen enz.

- Tenslotte worden de procedurerechten van partijen, bijvoorbeeld inzake toegang tot het dossier, beter beschermd en is de interne werking van de Commissie aangepast.

D. Eerste toepassingen

De resultaten van de hervorming na ruim tweeëneenhalf jaar lijken positief. Aanmeldende partijen maken volop gebruik van de mogelijkheid om ontwerp-overeenkomsten met de Commissie te bespreken en, vooral, de nieuwe technieken voor verwijzing tussen het nationale en supranationale niveau blijken aan te slaan. Het eerste jaar, tussen 1 mei 2004 en 30 juni 2005 ontving de Commissie liefst 45 aanvragen voor zulke verwijzingen, dikwijls van de aanmeldende partijen zelf. Het merendeel van de aanvragen werd gehonoreerd.¹⁰⁵ Vorig jaar ontving de Commissie er maar liefst 35 over een periode van slechts 8 maanden.¹⁰⁶

§3. *Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies. Efficiëntieverweer ("efficiency defense")*

De richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies¹⁰⁷ bevatten o.m. methodes om de concentratiegraad op een markt te meten, geven voorbeelden van types van concentraties die vanuit mededingingsoogpunt meer of minder risicovol zijn, en besteden aandacht aan mogelijke argumenten ter verdediging van concentraties, zoals efficiëntie-overwegingen of het risico dat een marktspeler zonder de concentratie gewoon zou verdwijnen van de markt.

Reeds voor de herziening had de Commissie te kennen gegeven dat zij haar beleid laat beïnvloeden door economische analyses. In de Concentratieverordening zelf reeds staat de mogelijkheid van een zgn. "efficiëntieverweer" ingeschreven:

"Bij het vaststellen van de invloed van een concentratie op de mededinging in de gemeenschappelijke markt is het dienstig rekening te houden met alle waarschijnlijke efficiëntieverbeteringen die de betrokken ondernemingen aannemelijk maken. Het is mogelijk dat de efficiëntieverbeteringen die de concentratie teweegbrengt, opwegen tegen de gevolgen voor de mededinging, in het bijzonder tegen de mogelijke schade voor de consumenten, die er anders uit zouden kunnen voortvloeien en dat de concentratie bijgevolg de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een

¹⁰⁵ Zie M. Todino e.a., "First experiences with the new merger regulation: Piaggio/Aprilia" en A. Ryan, "The revised system of case referral under the Merger Regulation: experiences to date", *Competition Policy Newsletter*, Spring 2005, 79-83 resp. Autumn 2005, 38-42.

¹⁰⁶ Zie M. Loughran en J. Gatti, "Main developments between 1st January and 31st April 2006", *Competition Policy Newsletter*, Summer 2006, 41-45 en M. Loughran en J. Gatti, "Main developments between 1st May and 31st August 2006", *Competition Policy Newsletter*, Autumn 2006, 37-40.

¹⁰⁷ *Supra*, voetnoot 99.

wezenlijk deel daarvan niet op significante wijze zou belemmeren, met name door een machtspositie in het leven te roepen of te versterken.”¹⁰⁸

De concentratieverordening gaat niet verder in op de precieze voorwaarden om van dit verweer gebruik te kunnen maken. Volgens de richtsnoeren moet aan drie voorwaarden worden voldaan: de verbeteringen moeten (a) ten goede komen aan de gebruiker, (b) specifiek en direct uit de fusie voortvloeien en (c) verifieerbaar zijn. Met betrekking tot de eerste voorwaarde is het dus belangrijk dat de efficiëntieverbeteringen substantieel en tijdig zijn. Voorbeelden van dergelijke verbeteringen zijn prijsverlagingen of nieuwe of verbeterde producten of diensten. Dit soort verbeteringen kunnen bij de betrokken ondernemingen “de prikkel om hun marktgedrag af te stemmen met andere ondernemingen op de markt verkleinen”.¹⁰⁹

§4. Arresten

- In zijn arrest *Airtours*¹¹⁰ onderkende het Gerecht drie cumulatieve voorwaarden voor (het bewijs van) een collectieve machtspositie. Ten eerste moet de markt voldoende transparant zijn opdat elk lid van een oligopolie het gedrag van de andere leden kan kennen, en zo kan nagaan of nog wel sprake is van “één front”. Ten tweede moet er een stimulans bestaan om niet af te wijken van het gemeenschappelijk gedrag, waardoor de situatie van stilzwijgende coördinatie duurzaam kan worden aangehouden. Ten derde mag een waarschijnlijke reactie van werkelijke of potentiële concurrenten of van consumenten de verwachte resultaten van het aangenomen gemeenschappelijk gedrag niet ondergraven.¹¹¹ Het arrest *Impala*¹¹² bevestigt nu de uitspraak in *Airtours* maar voegt eraan toe dat het bewijs van de drie genoemde voorwaarden eventueel indirect mag zijn, uitgaande van signalen, manifestaties en fenomenen die inherent zijn aan de aanwezigheid van een collectieve machtspositie op de markt.¹¹³ Hechte prijsaanpassingen over een lange periode, inzonderheid indien die zich boven de concurrentieprijs bevinden, kunnen, samen met andere factoren die typisch zijn voor een collectieve machtspositie en bij het ontbreken van enige redelijke alternatieve verklaring, volstaan om een collectieve machtspositie te bewijzen. In deze omstandigheden kan transparantie worden verondersteld, zelfs zonder direct bewijs van een transparante markt.¹¹⁴

¹⁰⁸ Zie overweging 29 van de Preamble.

¹⁰⁹ Zie hoofdstukken VII van de Richtsnoeren.

¹¹⁰ G.E.A. 6 juni 2002, T-342/99, *Airtours* / Commissie, *Jurispr.* 2002, II-2585.

¹¹¹ Arrest *Airtours*, r.o. 62, bevestigd in o.m. G.E.A. 8 juli 2003, T-374/00, *Verband der freien Rohrwerke en andere* / Commissie, *Jurispr.* 2003, II-2275, r.o. 121 en G.E.A. 13 juli 2006, T-464/04, *Impala* / Commissie, nog niet gepubliceerd (maar zie curia.europa.eu), r.o. 247.

¹¹² G.E.A. 13 juli 2006, T-464/04, *Impala* / Commissie, nog niet gepubliceerd (maar zie curia.europa.eu).

¹¹³ A. WEITBRECHT, “EU merger control in 2006 – The Year in Review”, *European Competition Law Review*, 2007, 28(2), 125-133.

¹¹⁴ Arrest *Impala*, r.o. 251-252.

- Zoals de richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies,¹¹⁵ bieden de arresten *General Electric* en *Cementbouw* (een beetje) meer houvast omtrent factoren die van belang zijn bij de beoordeling van een markt-, desgevallend machtspositie.

In *General Electric* bevestigt het Gerecht dat genuanceerd moet worden omgesprongen met *marktaandeelen*, aangezien het belang ervan kan verschillen in functie van de betrokken productmarkt. Zo kunnen concurrenten in de markt voor jet motoren hun marktaandeel door het afsluiten van één waardevol contract in één keer aanzienlijk verhogen, hetgeen tot grote schommelingen aanleiding kan geven.¹¹⁶

In *Cementbouw* bevestigt het Gerecht dat de *afnemersmacht* van klanten een tegengewicht kan vormen voor de machtspositie van een leverancier, zeker indien de afnemers binnen redelijke termijn gebruik kunnen maken van “aanneemelijke bevoorradingsalternatieven” voor het geval de leverancier zijn prijzen zou verhogen of minder gunstige leveringsvoorwaarden zou toepassen.¹¹⁷ Ook de aanwezigheid van *concurrenten* doet in het algemeen mededinging op de markt vermoeden, ten minste indien die concurrenten een voldoende sterke positie innemen om een reëel tegenwicht te bieden dat een bestaande markt-/machtspositie kan verminderen of zelfs elimineren.¹¹⁸ Een onderneming kan dus over een machtspositie beschikken ondanks de aanwezigheid van mededinging, als die onderneming tot van de concurrentie onafhankelijk gedrag in staat is, hetgeen moet worden beoordeeld naargelang het soort markt.¹¹⁹

Gewichtige factor ter beoordeling van een machtspositie is de aanwezigheid van *toetredingsdrempels*. Bij de beoordeling daarvan spelen diverse factoren, aldus het Gerecht, en met name economische, commerciële of financiële. De rechters bevestigen dat ook de nood aan forse investeringen van tijd en geld belemmerend kan werken. Zij kunnen er immers toe leiden dat de risico's of kosten zo hoog oplopen dat potentiële concurrenten ervoor terugschrikken om tot de markt toe te treden, of dat toetreding bijzonder moeilijk wordt. Dan ontbreekt de nodige concurrentiedruk op de dominante onderneming.¹²⁰

¹¹⁵ *Supra*, voetnoot 99.

¹¹⁶ G.E.A. 14 december 2005, T-210/01, *General Electric* / Commissie, *Jurispr.* 2005, II-5575 (maar zie curia.europa.eu).

¹¹⁷ G.E.A. 23 februari 2006, T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie* / Commissie, *Jurispr.* 2006, II-319, in het bijzonder r.o. 230.

¹¹⁸ Arrest *Cementbouw*, r.o. 212.

¹¹⁹ *Id.*, r.o. 70 en 215.

¹²⁰ *Id.*, r.o. 219.

IV. Staatssteun

§1. Algemeen

A. Verdragstekst en systematiek

Om te verhinderen dat de Lid-Staten hun nationale ondernemingen een ongeoorloofde concurrentievoorsprong verschaffen tegenover buitenlandse ondernemingen, huldigt het Verdrag het principe dat overheidssteun aan ondernemingen onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Artikel 87 EG bevat de materieelrechtelijke regeling terzake. Het eerste lid van het artikel poneert het principe van een verbod, het tweede lid somt de uitzonderingen *per se* op en het derde lid noemt facultatieve uitzonderingen. Artikel 88 EG regelt de procedure. De artikelen 87-88 luiden als volgt:

Artikel 87

- “1. Behoudens de afwijkingen waarin dit Verdrag voorziet, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voorzover deze steun het handelsverkeer tussen de Lid-Staten ongunstig beïnvloedt.
2. Met de gemeenschappelijke markt zijn verenigbaar: [...]
3. Als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt kunnen worden beschouwd: [...]”

Artikel 88

- “1. De Commissie onderwerpt tezamen met de Lid-Staten de in die staten bestaande steunregelingen aan een voortdurend onderzoek. Zij stelt de dienstige maatregelen voor, welke de geleidelijke ontwikkeling of de werking van de gemeenschappelijke markt vereist.
3. De Commissie wordt van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte gebracht, om haar opmerkingen te kunnen maken. [...] De betrokken Lid-Staat kan de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering brengen voordat die procedure tot een eindbeslissing heeft geleid.”

Het valt op dat het eerste lid van artikel 87, anders dan de eerste leden van artikel 81 en 82, niet zegt dat de steunmaatregelen “onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt *en verboden*” zijn. Het verbieden laat het Verdrag over aan de Commissie, die optreedt volgens de procedure van artikel 88. Daarom ook heeft artikel 87, lid 1, anders dan de artikelen 81 en 82, volgens het Hof geen rechtstreekse werking.¹²¹

¹²¹ Hieruit volgt dat artikel 87 in samenhang met artikel 86, lid 2, EG evenmin rechtstreekse werking heeft, terwijl de artikelen 12, 81 en 82 EG hun rechtstreekse werking in het kader van artikel 86 EG behouden en bijgevolg ook dan voor de justitiabelen rechten in het leven roepen, die de nationale rechter dient te be-

De eerste en de derde zin van artikel 88, lid 3, hebben daarentegen wel rechtstreekse werking.¹²² Dit heeft tot gevolg dat een particulier (bijvoorbeeld een concurrent van een door steun begunstigde firma) een steunmaatregel door de nationale rechter onrechtmatig kan laten verklaren indien het voornemen tot steunverlening niet of te laat aan de Commissie werd meegedeeld.

B. Toepassingsvoorwaarden

De voorwaarden om tot onverenigbaarheid te besluiten, worden in de literatuur op zeer onderscheiden wijze voorgesteld. De Verdragstekst zelf bevat zes elementen. Er moet sprake zijn van een steunmaatregel (eerste voorwaarde), die hetzij uitgaat van de Lid-Staten hetzij met staatsmiddelen wordt bekostigd (tweede voorwaarde), die *bepaalde* (selectiviteit, derde voorwaarde) ondernemingen of producties (vierde voorwaarde) begunstigt, daarbij de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen (vijfde voorwaarde) en die de interstatenhandel ongunstig beïnvloedt (zesde voorwaarde).

Ten eerste: "steun"-maatregelen. Geviseerd worden voordelen met een artificieel karakter, d.w.z. voordelen die de begunstigten niet of niet tegen dezelfde voorwaarden op de markt hadden kunnen verkrijgen. Het kan daarbij gaan om voordelen "in welke vorm ook".

Voorbeelden zijn (rente-)subsidies of premies, leningen tegen kunstmatig lage rentevoet of aan bedrijven die op de markt geen lening kunnen vinden, uitstel van betaling, kwijtschelding of niet-invordering van vaststaande schulden, (staats-)waarborgen zonder marktconforme vergoeding, sociale lastenverlagingen of belastingvoordelen, tariefverminderingen, verkooptransacties (bijv. van grond) onder de marktprijs, aankooptransacties boven de marktprijs, kapitaalsparticipaties (ook een aankoop, nl. van aandelen) boven de marktprijs of in een bedrijf waarin geen normale investeerder nog zou willen investeren, enz. Uit de opsomming blijkt reeds dat het gedrag van de overheid, met name tegenover overheidsbedrijven, dikwijls zal worden vergeleken met dat van een privé-investeerder (criterium van de marktconforme investeerder, "market investor criterion").¹²³ Investeert de overheid in een bedrijf onder voorwaarden waaronder geen privé-marktdeelnemer tot investering bereid zou worden gevonden, dan is er staatssteun. Investeert de overheid zoals een privé-investeerder, dan hebben de deelnemingen, leningen, waarborgen, ..., waartoe ze beslist niets artificieels en is er dus geen staatssteun.

schermen. Zie bijvoorbeeld H.v.J. 17 juli 1997, C-242/95, GT-Link / De Danske Statsbaner, H.v.J. 1997, I-4449; H.v.J. 16 september 1999, C-22/98, Becu en andere, H.v.J. 1999, I-5665 en H.v.J. 8 juni 2000, C-258/98, Carra en andere, H.v.J. 2000, I-4217.

¹²² Dit is reeds algemeen aanvaard, zie bijvoorbeeld Actieplan Staatssteun – Minder en beter gerichte staatssteun: een routekaart voor de hervorming van het staatssteunbeleid (2005-2009) (COM(2005) 107, 7 juni 2005).

¹²³ Zie bijv. H.v.J. 8 mei 2003, C-328/99, Italië en SIM 2 Multimedia / Commissie, *Jurispr.* 2003, I-4035.

Niet alleen de vorm van een maatregel is volstrekt irrelevant voor een eventuele kwalificatie als staatssteun. Hetzelfde geldt voor “oorzaken of doeleinden” en “statuut en benaming” van de maatregelen. Zo blijft een steunmaatregel die, zoals vaak gebeurt, wordt toegekend ter vrijwaring van de werkgelegenheid in een bepaald bedrijf, een bepaalde sector of regio, niettemin een steunmaatregel.¹²⁴ De Commissie zal de maatregel wellicht verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaren op grond van het tweede of derde lid van artikel 87, maar dat doet niet af aan de kwalificatie ervan als steun.

Ten tweede: “van de Lid-Staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd”. Dit is een moeilijke voorwaarde. Vaststaat dat het begrip “Lid-Staten” niet alleen doelt op de centrale overheid maar ook op regionale of lokale overheden. Daarbij dient de notie “overheid” zeer ruim opgevat: artikel 87 viseert alle steun, ongeacht of ze rechtstreeks door de Staat wordt verleend dan wel door van overheidswege ingestelde of aangewezen, publiek- of privaatrechtelijke beheersorganen¹²⁵. De termen “in welke vorm ook” laten aan duidelijkheid weinig te wensen over. Of de steun uit de algemene begroting wordt gefinancierd of via een speciale heffing doet niet ter zake.¹²⁶

Tot zover geen interpretatieproblemen. Onopgelost blijft echter de vraag of een steunmaatregel die van de overheid uitgaat maar *niet* met staatsmiddelen wordt bekostigd onder artikel 87, lid 1, ressorteert. Te denken valt aan een vrijstelling van arbeidswetgeving of aan het bij wet opleggen van een minimumprijs. Momenteel worden dit soort maatregelen *niet* als staatssteun beschouwd.

Ten derde: “bepaalde” ondernemingen of producties. Onder artikel 87 vallen slechts maatregelen met een selectief karakter, die niet aan alle maar slechts aan “bepaalde” ondernemingen of producties ten goede komen. Dit betekent bijvoorbeeld dat een overheid die een sociale lastenverlaging voorbehoudt aan ondernemingen in exportgerichte sectoren, wel op artikel 87 en op de Commissie zal stuiten maar een overheid die zulke lastenverlaging tot alle ondernemingen uitbreidt, niet.

Ten vierde: “ondernemingen of ... producties”. Het ondernemingsbegrip kwam hoger aan bod. Aangezien ook een overheidsonderneming een onderneming uitmaakt, dient ook steun van de overheid aan zulke onderneming de toets van het communautaire staatssteunrecht te doorstaan - zelfs al gaat het daarbij economisch om steun van de overheid aan de overheid.

Ten vijfde: “de mededinging ... vervalsen of dreigen te vervalsen”. Zie hoger over het begrip “mededinging”. Aan deze voorwaarde is volgens de Commissie voldaan zodra een onderneming van een steunmaatregel een economisch voordeel ondervindt dat zij bij een normale bedrijfsvoering niet zou hebben ontvangen. Het artificiële karakter van de steun volstaat derhalve op zich reeds als (dreigende) vervalsing van de mededinging.

¹²⁴ Zie bijv. H.v.J. 26 september 1996, C-241/94, Frankrijk / Commissie, *Jurispr.* 1996, I-4551.

¹²⁵ Zie bijv. H.v.J. 22 maart 1977, 78/76, Steinike en Weinlig, *Jurispr.* 1977, 595.

¹²⁶ H.v.J. 25 juni 1970, 47/69, Frankrijk / Commissie, *Jurispr.* 1970, 487.

Ten zesde: "het handelsverkeer tussen de Lid-Staten ongunstig beïnvloeden". Deze voorwaarde wordt zoals gebruikelijk ruim geïnterpreteerd. Zo kan steun aan een sector of een onderneming die niet exporteert en die opereert in een sector waarin geen overcapaciteit bestaat, toch een negatieve invloed uitoefenen op de interstatenhandel (en de mededinging vervalsen). Ze verkleint immers de potentiële markt voor buitenlandse concurrenten, doordat ze de binnenlandse productie in stand houdt of doet toenemen, of doordat ze het marktaandeel van het begunstigde bedrijf op de thuismarkt opdrijft. Wel heeft de Commissie voor staatssteun een specifieke *de minimis*-regeling uitgevaardigd¹²⁷, vooral ter begunstiging van KMO's.

C. Uitzonderingen op het verbod

In artikel 87, lid 2, EG worden steunmaatregelen opgesomd die steeds verenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt, zonder dat aan de Commissie hieromtrent enige beoordelingsbevoegdheid toekomt. Artikel 87, lid 3, somt steunmaatregelen op die de Commissie kan goedkeuren indien ze oordeelt dat de maatregelen het belang dienen van de hele Gemeenschap, en niet alleen van de begunstigde onderneming. Volgens vaste rechtspraak geniet de Commissie een ruime vrijheid bij die beoordeling.

D. Procedure

De procedure inzake steunmaatregelen, geregeld in artikel 88 EG, vertrekt van de *summa divisio* tussen bestaande en voorgenomen maatregelen. Samen met de Lid-Staten onderwerpt de Commissie bestaande steunmaatregelen aan een voortdurend onderzoek. Dit soort steun geniet aldus een gunstig statuut: aanmelding is niet vereist en de steun kan niet retroactief onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden verklaard, zodat ook geen terugvordering mogelijk is. Voor nieuwe steun is het statuut minder comfortabel. Lid-Staten moeten elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen bij de Commissie aanmelden en mogen de voorgenomen maatregelen niet uitvoeren voordat de Commissie een eindbeslissing heeft genomen. Doen ze dat toch, dan is de uitgekeerde steun onwettig of onrechtmatig en kan de Commissie eisen dat de steun wordt teruggevorderd.

§2. Hervorming

Sinds 2005 is de Commissie (opnieuw) bezig met het hervormen van het staatssteunrecht. Volgens de instelling is het toepasselijke recht doorheen de ja-

¹²⁷ Verordening (EG) nr. 69/2001 van de Commissie van 12 januari 2001 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 EG op de *de minimis*-steun (Pb. L 10/30, 13 januari 2001), nu Verordening (EG) nr. 1998/2006 van de Commissie van 15 december 2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de *de minimis*-steun (Pb. L 379, 28 december 2006).

ren onnodig complex geworden, met te veel regels, uitzonderingen en richtsnoeren. Dit moet efficiënter kunnen, terwijl procedures eenvoudig, duidelijk en voorspelbaar moet zijn.¹²⁸ Als eerste concrete nieuwe producten - vruchten van de hervorming? - verschenen in 2006 een nieuwe kaderregeling voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie¹²⁹, een nieuwe *de minimis*-verordening¹³⁰, kaarten voor regionale steun voor de periode 2007-2013¹³¹ en communautaire richtsnoeren over staatssteun ter bevordering van risicokapitaalinvesteringen in kleine en middelgrote ondernemingen (met een verdere versoepeling van de reeds in de mededeling staatssteun en risicokapitaal¹³² vervatte regels).¹³³

§3. Toerekenbaarheid van steun aan een Lid-Staat

Veruit de belangrijkste evoluties inzake staatssteun spelen zich af op het front van de publieke ondernemingen en diensten van algemeen belang. Wat de publieke ondernemingen betreft, heeft het Hof van Justitie het criterium “toerekenbaarheid” herontdekt - volgens sommigen ingevoerd - in het controversiële arrest *Stardust Marine*.¹³⁴

Volgens vaste rechtspraak is er enkel sprake van steunmaatregelen in de zin van artikel 87, lid 1, EG, wanneer de maatregelen met staatsmiddelen zijn bekostigd (zie hierboven, _). Betekent dit nu dat door een overheidsbedrijf uitgekeerde gelden automatisch “met staatsmiddelen zijn bekostigd”. Neen, aldus het Hof, dat verwijst naar rechtspraak die bepaalt dat steun ook aan de staat kunnen worden toegerekend. Wat betreft deze laatste voorwaarde is het arrest *Stardust Marine* van belang. Het enkele feit dat een onderneming onder staatscontrole staat, volstaat dus niet om door dit bedrijf genomen maatregelen automatisch aan de staat toe te rekenen. Zulke toerekenbaarheid kan enkel worden afgeleid “uit een samenstel van aanwijzingen die blijken uit de omstandigheden van de zaak en de context waarin deze maatregel is genomen”. Voorbeelden van zulke aanwijzingen zijn volgens het Hof:

128 “Reforming Europe’s State Aid Regime: An Action Plan for Change” (SPEECH/05/347, 14 juni 2005).

129 Pb. C 323/1, 30 december 2006.

130 Verordening (EG) nr. 1998/2006 van de Commissie van 15 december 2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimissteun (Pb. L 379, 28 december 2006).

131 Zie http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/regional_aid/regional_aid.html.

132 Mededeling van de Commissie – Staatssteun en risicokapitaal (Pb. C 235/03, 28 augustus 2001).

133 Pb. 194/2, 18 augustus 2006. Deze maatregel sluit aan bij het belang dat de “Lisabon-strategie” hecht aan het midden- en kleinbedrijf als motor voor economische groei en jobcreatie. B. Tranholm Schwarz, “New Guidelines on State aid promoting risk capital investments in SMEs”, *Competition Policy Newsletter*, Autumn 2006, 18-22.

134 G.E.A. 16 mei 2002, C-482/99, Frankrijk / Commissie (*Stardust Marine*), *Jurispr.* 2002, I-4397. Zie o.m. T. Lubbig, “*Stardust Marine*: introducing imputability into state aid rules – plain sailing into calm seas or rowing back into shallow waters”, *European Competition Law Review*, 2003, 629-633.

- de betrokken instelling kan geen beslissingen nemen zonder rekening te houden met de door de overheid gestelde eisen;
- de betrokken instelling moet rekening houden met instructies van de overheid;
- andere elementen waaruit in het concrete geval blijkt dat de overheid bij de vaststelling van een maatregel is betrokken of dat het onwaarschijnlijk is dat zij hierbij niet betrokken is, mede gelet op de omvang van deze maatregel, op de inhoud ervan of op de eraan verbonden voorwaarden.¹³⁵

In casu was de uitkerende instelling opgericht als openbaar bedrijf met de vorm van een gemeenrechtelijke kapitaalvennootschap. Hoewel zulke vennootschappen een bepaalde autonomie genieten, volstaat de vennootschapsvorm op zich niet om uit te sluiten dat aan de voorwaarde van toerekenbaarheid was voldaan. Wel vormt ze een “aanwijzing”.¹³⁶

§4. Steun aan diensten van algemeen belang

Indien een Lid-Staat een subsidie uitkeert aan de verlener van een dienst van algemeen belang, maakt die subsidie dan staatssteun uit - die dus aangemeld moet worden en desgevallend gerechtvaardigd kan worden onder artikel 86, lid 2, EG - of is die subsidie dan geen staatssteun maar gewoon een compensatie voor de geleverde dienst - zodat de steun niet moet worden aangemeld, niet kan worden getoetst aan de staatssteunbepalingen en geen rechtvaardiging onder artikel 86, lid 2, EG behoeft? Dit is zonder twijfel de belangrijkste juridische vraag van de afgelopen jaren binnen het domein van de staatssteun.

Sinds het arrest *Altmark Trans*¹³⁷ kiest het Hof - o.i. ten onrechte - voor de tweede weg, weze het onder voorwaarden. De zaak betrof een busbedrijf, gesubsidieerd voor het verrichten van busvervoer onder bepaalde voorwaarden. Volgens een concurrerend busbedrijf vormde deze financiële compensatie staatssteun. Het Hof oordeelde echter dat dergelijke compensatie geen voordeel uitmaakt in de zin van artikel 87, lid 1, EG, wanneer de maatregelen gezien kunnen worden als compensatie voor diensten van algemeen economisch belang in de zin van artikel 86, lid 2, EG. Dit kan indien aan vier voorwaarden is voldaan:

¹³⁵ Arrest Frankrijk/Commissie (Stardust Marine), r.o. 55-56.

¹³⁶ “Gelet op de bestaande controle en de daarmee verband houdende reële mogelijkheid om een dominerende invloed uit te oefenen, kan namelijk niet zonder meer worden uitgesloten dat een door een dergelijke vennootschap genomen maatregel aan de staat kan worden toegerekend, en dus evenmin dat de verdragsregels inzake staatssteun worden ontdoken, wat niet wegneemt dat de rechtsvorm van het openbare bedrijf als zodanig, naast andere elementen, een relevante aanwijzing vormt op basis waarvan in een concreet geval kan worden vastgesteld dat de staat bij de steunmaatregel is betrokken.” Arrest Frankrijk/Commissie (Stardust Marine), r.o. ...

¹³⁷ G.E.A. 24 juli 2003, C-280/00, *Altmark Trans* en *Regierungspräsidium Magdeburg*, *Jurispr.* 2003, I-7747.

- de begunstigde onderneming is daadwerkelijk belast geweest met de uitvoering van openbare-dienstverplichtingen en die verplichtingen zijn duidelijk afgebakend;
- de parameters ter berekening van de compensatie moeten vooraf op objectieve en doorzichtige wijze zijn vastgesteld;
- de compensatie mag niet hoger zijn dan nodig om de kosten van de uitvoering van openbare-dienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen; en
- indien de met de uitvoering van de openbare-dienstverplichting belaste onderneming niet is gekozen via openbare aanbesteding, moet de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die zodanig is uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen.

Ook dit arrest was zeer controversieel. Welkom zijn derhalve de maatregelen die de Commissie de afgelopen jaren heeft uitgevaardigd ter verduidelijking ervan. Relevant zijn de herwerking van de zgn. “Transparantierichtlijn”¹³⁸, een beschikking “over de toepassing van artikel 86, lid 2 van het Verdrag”¹³⁹ en tenslotte de “communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst”¹⁴⁰. De beschikking - die eigenlijk geen beschikking is, want veralgemeend van toepassing is - beoogt zekerheid voor ondernemingen die een compensatie ontvangen tussen € 30 miljoen en € 100 miljoen. Wanneer zij voldoen aan de vereisten uit de beschikking acht de Commissie de compensatie verenigbaar met de staatssteunregels, zodat er geen nood is aan voorafgaande notificatie. De kaderregeling omvat regels voor compensaties boven € 100 miljoen; zij moeten wel worden aangemeld.

§5. Arrest

De hierboven besproken problematiek leidt tot immer meer rechtszaken. Eén van de meest recente sleutelarresten omtrent staatshulp voor bedrijven belast met diensten van algemeen economisch belang is dat in de zaak *Ufex*, door het Gerecht van eerste aanleg geveld in juni 2006.¹⁴¹ Het arrest betreft snelpostdiensten. De Franse postrijen *La Poste*, publiekrechtelijke rechtspersoon, beschikken over een wettelijk monopolie voor de gewone postdienst werkzaam.

¹³⁸ Richtlijn 2005/81/EG van de Commissie van _ tot wijziging van richtlijn 80/723/EEG (transparantierichtlijn) (Pb. L 312/47, 29 november 2005). Teneinde de afwezigheid van overcompensatie te controleren, verplicht de Transparantierichtlijn ondernemingen die een compensatie ontvangen en zowel openbare diensten verstrekken als op andere markten actief zijn o.m. om gescheiden rekeningen te houden voor hun verschillende activiteiten.

¹³⁹ Pb. L 312/67, 29 november 2005.

¹⁴⁰ Pb. C 297/4, 29 november 2005.

¹⁴¹ G.E.A 7 juni 2006, T-613/97, *Ufex e.a.* / Commissie, *Jurispr.* 2006, nog niet gepubliceerd (maar zie curia.europa.eu).

La Poste belastte dochteronderneming en privaatrechtelijke vennootschap SMFI met het beheer van de snelpostdienst en droeg *Postadex*, haar eigen bestaande expresbestellingendienst, zonder tegenprestatie aan SMFI over. Meteen kreeg SMFI toegang tot de klantenkring van de Franse posterijen.

Vraag was of de overdracht van dergelijk immaterieel actiefbestanddeel een voordeel uitmaakte voor SMFI dat binnen het toepassingsgebied van artikel 87, lid 1, EG viel. Het Gerecht herhaalde de hierboven uiteengezette beginzelen omtrent steun afkomstig “van de Lid-Staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd”. De overdracht is volgens het Gerecht wel degelijk met staatsmiddelen bekostigd was, aangezien *Postadex* met middelen uit het wettelijk monopolie was opgericht. Vervolgens kon de overdracht ook aan de Staat worden toegerekend, nu de regels voor exploitatie en het op de markt aanbieden van de snelpostdienst zijn neergelegd in instructies van het bevoegde Franse ministerie. Omtrent het voordeel herhaalde het Gerecht dat het begrip “steun” niet alleen positieve prestaties zoals subsidies omvat “maar ook maatregelen welke, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor – zonder nog subsidies in de strikte zin van het woord te zijn – van gelijke aard zijn en tot identieke gevolgen leiden”. Zelfs wanneer het gaat om een moeilijk kwantificeerbaar bestanddeel, kan dit een bepaalde waarde bevatten, hetgeen volgens het Gerecht *in casu* het geval was.

Tegen het arrest van het Gerecht is ondertussen beroep ingesteld voor het Hof.¹⁴²

V. Publieke ondernemingen en diensten van algemeen belang

§1. Algemeen

Artikel 86 EG luidt als volgt:

- “1. De Lid-Staten nemen of handhaven met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van dit Verdrag [...].
2. De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van dit Verdrag, met name onder de mededingingsregels, voorzover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. [...]
3. De Commissie waakt voor de toepassing van dit artikel en richt, voorzover nodig, passende richtlijnen of beschikkingen tot de Lid-Staten.”

¹⁴² Zaak C-342/06 P, *La Poste* / *UFEX* e.a.

Uit deze tekst blijkt dat het communautaire mededingingsrecht niet alleen op privé-ondernemingen van toepassing is maar ook op “ondernemingen waaraan Lid-Staten bijzondere of uitsluitende rechten verlenen” (zoals omroepmonopolies)¹⁴³ en op openbare bedrijven, dit zijn entiteiten die door de Staat worden beheerd en die - al dan niet met winstoogmerk - deelnemen aan het economisch leven.¹⁴⁴ Artikel 86 is grotendeels declaratoir: kartelafspraken waarbij overheidsondernemingen zijn betrokken, kunnen bijvoorbeeld gewoon op basis van artikel 81 EG worden aangevallen.

Wel bepaalt het tweede lid van artikel 86 dat ondernemingen - de tekst specificeert niet dat het moet gaan om openbare ondernemingen - “belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang” slechts onder de mededingingsregels vallen “voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert”. Daarbij rijst meteen de vraag naar de definitie van “diensten van algemeen economisch belang”. Het lijkt te gaan om diensten die de samenleving zo belangrijk acht dat ze overal en voor iedereen toegankelijk moeten zijn tegen redelijke voorwaarden. Iedereen zal derhalve moeten worden bediend, ook al is het niet mogelijk om dat met winst te doen (cf. de weduwe in de Ardennen die recht heeft op een telefoonaansluiting, notie “universele dienstverlening”).¹⁴⁵

Aldus poneert artikel 86 EG vooreerst een principe, nl. het principe dat openbare bedrijven, ondernemingen met uitsluitende of exclusieve rechten, en ondernemingen belast met zogenaamde “diensten van algemeen economisch belang” onder het gemene (mededingings-) recht ressorteren, net zoals alle andere bedrijven (lid 1 en lid 2, eerste helft van eerste zin). Bij wijze van uitzondering op dit principe bevestigt het artikel vervolgens dat laatstgenoemde categorie van ondernemingen afwijkingen van het gemene (mededingings-)recht kan krijgen voor zover de toepassing van dat recht “de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak ... verhindert” (lid 2, eerste zin, in fine). Bij wijze van uitzondering op de uitzondering wordt tenslotte be-

¹⁴³ De wetgever noch het Hof heeft een algemene definitie gegeven voor het begrip van bijzondere of uitsluitende rechten. In de rechtspraak kunnen wel enkele voorbeelden worden gevonden. Een onderneming kan niet worden gekwalificeerd als onderneming in de zin van artikel 86, lid 1 EG-Verdrag wanneer de nationale regeling enkel de voorwaarden voor toegang tot de markt en bepaalde elementen van het gedrag van de ondernemingen, met name inzake prijzen, bepaalt, zonder laatstgenoemde echter het karakter van openbare bedrijven te verlenen, hun bijzondere of uitsluitende rechten toe te kennen of hen te belasten met het beheer van diensten van algemeen economisch belang. Evenmin kan een onderneming zo worden gekwalificeerd wanneer een nationale regeling enkel de toegang tot de markt voor de detailhandelaren regelt en geen enkele van deze detailhandelaren beschikken over een bijzonder voordeel ten opzichte van zijn concurrenten.

¹⁴⁴ Zie bijvoorbeeld ook Richtlijn 80/723/EEG van de Commissie van 25 juni 1980 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen Lid-Staten en openbare bedrijven (Pb. L 195/35, 29 juli 1980).

¹⁴⁵ Wat betreft de definitie, beschikken de Lid-Staten over een behoorlijk ruime beoordelingsvrijheid, hoewel het een communautair concept blijft. Zie bijvoorbeeld H.v.J. 14 juli 1971, 10/71, *Ministère Public du Luxembourg v Muller*, *Jurispr.* 1971, 723.

vestigd dat afwijkingen de ontwikkeling van het handelsverkeer niet mogen beïnvloeden in een mate strijdig met het belang van de Gemeenschap (lid 2, tweede zin).

Ook het derde lid van artikel 86 is verre van onbelangrijk. Het draagt de Commissie op, over de toepassing van artikel 86 te waken en daartoe, voor zover nodig, “passende richtlijnen of beschikkingen” tot de Lid-Staten te richten. Op die basis heeft de Commissie regels uitgevaardigd die de Lid-Staten ertoe verplicht om, op haar verzoek, inlichtingen te verstrekken over hun financiële betrekkingen met openbare bedrijven. Aldus wil ze nagaan of er geen verkapte staatssteun wordt gegeven. Bovendien roept de Commissie artikel 86, lid 3, in om sterk gemonopoliseerde sectoren (zoals telecommunicatie; in de toekomst wellicht ook post- en energiebedeling, het spoorvervoer, ...) te liberaliseren. Ook individuele beschikkingen op grond van artikel 86, lid 3, vaardigt de Commissie nu regelmatig uit.¹⁴⁶

Tenslotte is ook artikel 295 EG relevant. Dit artikel, waarvoor het nationale recht evenmin een tegenhanger kent, bepaalt dat “dit Verdrag de regeling van het eigendomsrecht in de Lid-Staten onverlet [laat]”. Dit impliceert een principiële neutraliteit t.a.v. de keuze van lidstaten voor publieke of private eigendom, en dus t.a.v. de beslissing om al dan niet te privatiseren.¹⁴⁷

§2. Framework directive?

In het verleden heeft de Commissie artikel 86 wel eens gebruikt om gemonopoliseerde sectoren (met name telecom) “open te breken”. Dit heeft geleid tot groot ongenoegen bij de voorvechters van “le service public” met sterke staatsinmenging, en tot een pleidooi voor amendering van artikel 86 EG. Wellicht om zulke amendering te voorkomen – hetgeen tot nu toe gelukt is – heeft de Commissie sinds begin negentiger jaren geen gelegenheid voorbij laten gaan om het belang van publieke dienstverlening te benadrukken. Gevolg hiervan was (a) de invoering van – tot nader order vooral programmatorische – artikelen in het EG (artikel 16 EG), het Handvest van de fundamentele rechten van de Europese Unie en de ontwerp-Grondwet, en (b) een stortvloed aan groen- en witboeken, resoluties, verklaringen en protocollen over het belang van diensten van algemeen belang. De afgelopen jaren was dat niet anders.

De onzekerheid die heerst omtrent de precieze invulling van artikel 86 en vooral over de invulling van het begrip “diensten van algemeen economisch belang” waarnaar het tweede lid van dat artikel verwijst¹⁴⁸ heeft geleid tot een voorstel, dd. 30 mei 2006, voor een Kaderrichtlijn over dit onderwerp.¹⁴⁹ Het voorstel beoogt gemeenschappelijke definities, ontleend aan de jurisprudentie

¹⁴⁶ D. Chalmers e.a., o.c., voetnoot 64, p. 1144 e.v.

¹⁴⁷ Id., p. 1126 e.v.

¹⁴⁸ Zie uitgebreider o.m. F. Chaltiel, “Les services d’intérêt général – Développements Récents”, *Révue du Marché Commun et de l’union Européenne*, december 2006, (637) 639-641.

¹⁴⁹ —.

en aan secundaire communautaire regelgeving, een voorgeschreven gemeenschappelijke lijst van openbare dienstverplichtingen waaruit de Lid-Staten moeten putten wanneer zij een dienst van algemeen economisch belang willen definiëren, en een aantal algemene beginselen en voorwaarden met betrekking tot de financiering van de diensten. Hoewel het voorstel geen afbreuk wil doen aan het subsidiariteitsbeginsel bij definiëring en organisatie van de betrokken diensten, benadrukt het dat “op Europees niveau de bevoegdheid bestaat om in het belang van de interne markt en de consumenten een regeling voor openbare- en universele dienstverplichtingen vast te stellen en het behoorlijk functioneren van grensoverschrijdende diensten in dit opzicht te garanderen”.

De kaderregeling zou niet de plaats innemen van sectorale instrumenten, maar veeleer de Dienstenrichtlijn (“Bolkestein”-richtlijn)¹⁵⁰ complementeren. Deze eind 2006 eindelijk aangenomen - maar erg afgezwakte - richtlijn is immers niet of nauwelijks van toepassing is op dit soort diensten.

VI. Enkele sectoren die bijzonder in de belangstelling staan

Mededingingsrecht is van toepassing op alle sectoren van het economisch leven, op enkele in het Verdrag genoemde uitzonderingen na. Niet alle sectoren blijken echter te beseffen dat ook zij aan het mededingingsrecht onderworpen zijn, terwijl andere sectoren een speciale behandeling krijgen of verdienen omwille van de eigen aard ervan. Enkele sectoren die momenteel bijzonder in de belangstelling staan, komen in dit deel aan bod: vrije beroepen, financiële diensten en energie.

§1. Vrije beroepen

Wat de sector van vrije beroepen betreft, lijkt de Commissie haar wat weifelende houding ten tijde van de zaak Wouters (arrest van het Hof in 2002)¹⁵¹ te hebben bijgesteld. Met meer voortvarendheid vervolgt de instelling nu, zoals overigens de nationale mededingingsautoriteiten, restrictieve praktijken waaraan (federaties van) vrije beroepen zich bezondigen. Zo legde de Commissie de Belgische Orde van architecten in juni 2004 een -relatief lichte: 100.000 EUR- boete op omwille van een regeling waarbij de Orde bij wijze van deontologische regel minimum erelonen aanbeveelt voor diensten verstrekt door architecten, ongeacht of de interventie van de architect wettelijk vereist is of niet. Volgens de Commissie belemmeren zulke minimumtarieven, zelfs als ze enkel worden aanbevolen, efficiëntie op de markt (verbod op prijsconcurrentie,

¹⁵⁰ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (Pb. L 376/36, 27 december 2006).

¹⁵¹ HvJ, 19 februari 2002, C-309/99, Wouters e.a. / Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, *Jurispr.* 2002, I-1577, besproken in de vorige editie van Themis Economisch Recht.

bestrafing van architecten met lage kostenstructuur, bescherming van minder efficiënte architecten, ontmoediging van innovatie).¹⁵²

In 2004 publiceerde de Commissie het rapport "Competition in Professional Services", in 2005 het eerste follow-up rapport "Professional Services - Scope for more reform".¹⁵³ Vijf actiedomeinen werden geïdentificeerd: het opleggen van vaste prijzen, het aanbevelen van prijzen (zoals in het Belgische geval hierboven), reglementering van reclame door vrije beroepen, toegangsvereisten en voorbehouden rechten, en regulering van de structuur van beroepsuitoefening, met inbegrip van de (on-)mogelijkheid om multi-disciplinaire samenwerkingsverbanden op te richten (zoals aan de orde in het arrest Wouters). België blijkt te behoren tot die landen die nog nauwelijks actie hebben ondernomen om de vrije beroepen competitiever te maken. Hoewel België gerapporteerd heeft dat er verschillende studies zijn uitgevoerd en mogelijke herzieningen zijn onderzocht, stond het land alvast voor wat betreft de notariële beroepen vrijwel onderaan gerangschikt volgens een studie van december 2006.¹⁵⁴

Terwijl de Commissie rapporten blijft publiceren, heeft ook het Europees Parlement in oktober 2006 een resolutie aangenomen "over de follow-up van het verslag over de mededinging op het gebied van de professionele dienstverlening" waarin de instelling het belang benadrukt van mededinging voor vrije beroepen in het licht van de "Lissabon Strategie".¹⁵⁵

§2. Financiële diensten

Deze sector omvat de deelgebieden bankwezen, verzekeringen en kapitaalmarkten. De rol van de Commissie bestond voorheen, naast de toepassing van de communautaire regels betreffende staatssteun en kartelrecht in deze sector, voornamelijk in het goedkeuren van concentraties met een communautaire dimensie. De instelling wil haar aandacht echter niet langer beperken tot individuele zaken maar ook structureel te werk gaan. Het "Financial Services Action Plan" van 1999 en het "Witboek omtrent het beleid in de sector financiële diensten voor de periode 2005-2010" getuigen hiervan.¹⁵⁶ Als prioritair voor de volgende jaren vermeldt het Witboek o.m. de afbouw van belemmeringen voor verdere integratie, en deze belemmeringen zijn ook van mededingingsrechtelijke aard.

¹⁵² Beslissing van 24 juni 1994, samen met het persbericht beschikbaar op http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/index/by_nr_77.html#i38_549.

¹⁵³ Zie voor de vindplaatsen en een bespreking J. Grady en R. Paserman, "Professional services: scope for more reform", *Competition Policy Newsletter*, Autumn 2005, 65-67.

¹⁵⁴ C. Schmid, G. S. Lee en S. Sebastian, M. Fink en I. Paterson, "Preliminary findings from the ongoing Study on "Conveyancing Services Regulation in Europe", http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/professional_services/conferences/20061230/index.html.

¹⁵⁵ Resolutie van het Europees Parlement (2006/2137 (INI), 12 oktober 2006).

¹⁵⁶ Zie <http://europa.eu/scadplus/leg/nl/lvb/l33225.htm>.

De Commissie is effectief begonnen aan een aantal hervormingen en sectoronderzoeken. Wat betreft de *banksector*, onderzoekt ze de retailmarkt. Volgens een in januari 2007 gepubliceerd rapport¹⁵⁷ rijzen in de markten voor betaalkaarten, betaalsystemen en sommige andere retailproducten problemen van vrije mededinging. Aanwijzingen voor die problemen vormen de hoge concentratiegraad in bepaalde markten, de grote variatie in door handelaren verschuldigde vergoedingen, hoge winstmarges en erg uiteenlopende technische standaarden.

Al sinds 1972 is duidelijk dat de mededingingsregels eveneens van toepassing zijn in de *verzekeringsector*.¹⁵⁸ Dat er tot maart 2010 een groepsvrijstelling geldt voor bepaalde groepen overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen,¹⁵⁹ belet de Commissie niet om ook hier sectoronderzoek te voeren en mededingingsbezwaren te formuleren.¹⁶⁰

Met betrekking tot de *kapitaalmarkten* tenslotte, lijken de mededingingsregels soms op gespannen voet te staan met de tendens tot schaalvergroting eigen aan de globalisering van (ook) deze markten. Over te nemen maatregelen blijft de Commissie eerder vaag, wel zal de instelling een uitgebreide consultatie en analyse uitvoeren.

§3. *Energie*

Elektriciteit, gas en olie spelen hier een centrale rol. De in de jaren negentig begonnen liberalisering van voorheen gemonopoliseerde energiemarkten heeft zoals bekend nog niet het verwachte resultaat opgeleverd. Nationaal eigenbelang lijkt het veelal te halen op écht vrije mededinging en private monopolies vervangen te vaak de publieke. Een sectoronderzoek uit 2005 reeds maakte pijnlijk zichtbaar wat de problemen waren en zijn: hoge concentratiegraad, sterke verticale integratie en afwezigheid van grensoverschrijdende integratie en mededinging.

Vooraf omwille van de laatste factor, heeft de Commissie de fusie tussen Gaz de France (GDF) en Suez niet zomaar goedgekeurd. Door de fusie zoals die was gepland zou op de Belgische markt SPE niet langer concurreren met Distrigaz en Electrabel. Er zou naast deze reeds zeer dominante spelers dan geen andere onderneming overblijven die in dezelfde mate concurrentiedruk zou kunnen uitoefenen. Omgekeerd zou op de Franse markt Distrigaz niet langer

¹⁵⁷ Communication from the Commission Sector Inquiry under Art. 17 of Regulation 1/2003 on retail banking (COM(2007)33, 31 januari 2007).

¹⁵⁸ Zie “Second Report on Competition Policy”, zie http://ec.europa.eu/comm/competition/index_en.html.

¹⁵⁹ Verordening (EG) nr. 358/2003 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op bepaalde groepen van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de verzekeringssector (Pb., L 53/8, 28 februari 2003).

¹⁶⁰ Persbericht “Commission publishes interim report on business insurance inquiry; public hearing in February” (IP/07/74, 24 januari 2007).

als belangrijkste concurrent van GDF opereren, met een wegvallen van concurrentiedruk en versterking van de reeds dominante positie van GDF tot gevolg. De versterking van bestaande dominante posities zou de toetredingsdrempels op de Belgische en Franse markten nog verhogen. Op de gasmarkt zouden de betrokken ondernemingen in België toegang krijgen tot het merendeel van het geïmporteerde gas. Daarnaast zouden zij bijna alle langlopende importcontracten hebben en dankzij hun zeggenschap over netwerkbeheerder Fluxys, geprievilegieerde toegang genieten tot leverings- en opslaginfrastructuur. Op de Franse markt voor stadsverwarming zou door de fusie van de grootste (Suez) en op één na grootste speler (GDF) de concentratie uiteraard nog toenemen.

Uiteraard kon de Commissie deze fusie, die bestaande machtsposities aanzienlijk zou versterken en wellicht prohibitieve toetredingsdrempels zou creëren, niet zomaar goedkeuren. Er zouden eenvoudigweg geen concurrenten overblijven met een voldoende sterke positie om een reëel tegenwicht te bieden.¹⁶¹ Alleen al de vereniging van bijna alle langlopende importcontracten in één hand zou de fuserende ondernemingen een beslissend commercieel voordeel kunnen opleveren tegenover de concurrentie.¹⁶² Uiteraard volstond een en ander om te spreken over een significante belemmering van de mededinging op de gemeenschappelijke markt.¹⁶³ Slechts nadat verreikende voorwaarden door de aanmeldende partijen werden aanvaard, kon de Commissie eind 2006 groen licht geven voor de voorgestelde fusie.¹⁶⁴ Deze voorwaarden betreffen (a) de afstoting van Distrigaz en SPE en (b) de reorganisatie van Fluxys, openen van het netwerk voor derden, en afstoting van de dochteronderneming van GDF op de Franse markt voor stadsverwarming.

In maart 2006 publiceerde de Commissie een Groenboek,¹⁶⁵ waarin ze zes prioriteiten identificeerde. Eén daarvan is de voorziening van duurzame, concurrerende en continu geleverde energie. Een open markt zal ervoor zorgen dat ondernemingen willen concurreren op Europese schaal, veeleer dan te streven naar een dominante positie op de nationale markt. In het Groenboek geeft de Commissie aan dat de aandacht voornamelijk zal uitgaan naar structurele maatregelen: de creatie van o.a. een Europees net, teneinde de consumenten in staat te stellen om elektriciteit en gas te kopen bij om het even welke leverancier in de EU, een gelijk speelveld door de ontkoppeling van transmissie en distributie om zo een open markt te creëren en een stabiel en voorspelbaar regelgevingskader.¹⁶⁶

¹⁶¹ Vgl. arrest Cementbouw (*supra*, voetnoot 117), r.o. 212.

¹⁶² Zie o.m. U. Hammer en M. M. Roggenkamp, *European Energy Law Report III*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, p. 38.

¹⁶³ Zie artikel 2, lid 3, van de Concentratieverordening en G.E.A. 21 september 2005, T-87/05, EDP / Commissie, *Jur. H.v.J.* 2005, II-3745, r.o. 47-58.

¹⁶⁴ Beschikking van de Commissie van 14 november 2006, *Gaz de France / Suez*, COMP/M.4180.

¹⁶⁵ Groenboek – Een Europese strategie voor duurzame, concurrerende en continu geleverde energie voor Europa (COM(2006) 105, 8 maart 2006).

¹⁶⁶ Groenboek, 2.1.

Tenslotte heeft de Commissie begin dit jaar haar “energie pakket” voorgesteld.¹⁶⁷

VII. Voor wie meer wil weten

1. *Internet*. In vergelijking met vroeger is het overigens heel wat eenvoudiger geworden om een overzicht te krijgen van wetgeving, rechtspraak (in beperkte mate zelfs nationaal !) groen- en witboeken en andere voorbereidende of soft law documenten, dankzij de uitstekende website terzake van de Commissie http://europa.eu.int/comm/competition/index_nl.html.

2. *Publicaties – nieuwe tijdschriften*. Het regent nieuwe tijdschriften over mededingingsrecht van Europa en de Lid-Staten. Zo verschijnen sinds 2005 *European Competition Journal* (Hart Publishing, www.hartjournals.co.uk/ecj) en *Journal of competition law and economics* (Oxford University Press, <http://jcle.oxfordjournals.org>), dat behalve EG-recht ook economische aspecten behandelt en andere regio's zoals de Verenigde Staten, bakermat van het mededingingsrecht. *Competition Law Review* (<http://www.clarf.org/CompLRev>) verschijnt sinds 2004 in elektronische vorm, gratis. Uit Frankrijk komt het nieuwe *Concurrences* (<http://www.transactive.fr/products/rdlc.html>). Vaste waarden blijven ondertussen *European Competition Law Review* (ECLR) en de gratis *Competition Policy Newsletter* van de Commissie (www.eu.int/comm/competition/publications/cpn).

Ook op Belgisch niveau is er een nieuw, tweetalig, tijdschrift: *Tijdschrift voor Belgische mededinging / Revue de la concurrence belge*. Het bevat zowel juridische als economische artikelen, en zowel rechtsleer als rechtspraak.

¹⁶⁷ Alle relevante documenten staan op europa.eu/press_room/presspacks/energy/index_en.htm.