

Mededingingsrecht

Actualia mededingingsrecht

Wouter DEVROE

Gewoon hoogleraar en Vice-decaan, Rechtsfaculteit K.U.Leuven;
hoogleraar Competition Law, Maastricht University;
advocaat aan de balie te Brussel

Nino DE LATHAUWER

Onderzoeksmaster, Rechtsfaculteit K.U.Leuven

I. Inleiding

1. Als onderdeel van het marktrecht wil het mededingingsrecht een vrije, onvervalste en eerlijke mededinging garanderen. Een volledig uitgebouwd mededingingsrecht telt vijf onderdelen:¹

- (a) Particulieren kunnen de concurrentie vervalsen door onderling afspraken te maken of hun gedragingen op elkaar af te stemmen. Op dergelijke kartelafspraken en onderling afgestemde feitelijke gedragingen past artikel 101 van het Verdrag over de werking van de Europese Unie (hierna: 'VWEU') de techniek van het verbod toe.
- (b) Voorts kunnen marktdeelnemers hun monopolie- of machtspositie misbruiken. Artikel 102 VWEU verzet zich niet tegen de organische groei van ondernemingen of tegen het bekleden van economische machtsposities op zich, maar verbiedt wel misbruiken van dergelijke machtsposities.
- (c) Vervolgens tracht een uitgebouwd kartelrecht te voorkomen dat ondernemingen op kunstmatige wijze samensmelten tot te machtige gehelen. De controle op concentraties van ondernemingen wordt op Europees niveau beheerst door de Concentratieverordening.²
- (d) Het recht over steunmaatregelen, hoofdzakelijk vervat in de artikelen 107 en 108 VWEU wil voorkomen dat de mededinging zou worden vervalst door overheidssteun aan particulieren.
- (e) Speciale bepalingen gelden voor publieke ondernemingen en ondernemingen met uitsluitende (lees: monopolie-) of bijzondere rechten. Krachtens artikel 106 VWEU zijn deze ondernemingen onderworpen aan de normale bepalingen, maar ze kunnen een afwijking krijgen indien ze "diensten van algemeen economisch belang" verrichten.

2. Uit het bovenstaande moge reeds blijken dat het mededingingsrecht hoofdzakelijk Europees van inslag is. Overeenkomsten, gedragingen, beslissingen en transacties die de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden, ressorteren inderdaad onder primaire of secundaire EU-wetgeving. Is er geen (potentiële) beïnvloeding van de interstatenhandel, dan vindt het nationaal recht toepassing maar ook dat is grotendeels geïnspireerd door, of zelfs gekopieerd van, het Europese recht. Bovendien kan en moet Europees recht ook worden toegepast door nationale mededingingsautoriteiten en rechtscolleges.

¹ Zie voor een overzicht van relevante regelgeving en formulieren op Europees en Belgisch niveau, een uitgebreide bibliografie, rechtspraakoverzicht en uittreksels uit relevante arresten W. DEVROE, en A.-M. VAN DEN BOSSCHE, *Bronnenboek Belgisch en Europees mededingingsrecht 2010*, Brussel, Larcier, 2010, viii + 835 p. (recenter ook in het Engels: *Sourcebook on EU Competition Law 2010-2011*, Brussels, Larcier, 2010, vii + 896 p.)

² Verordening (EG) Nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de 'EG-concentratieverordening'), *Publicatieblad van de Europese Unie* (hierna "Pb."), L 24/1, 29 januari 2004.

Mededingingsrecht kan dus supranationaal of nationaal van aard zijn. Bovendien kan het worden toegepast door:

- zowel supranationale (Europese Commissie, Gerecht, Hof van Justitie) als nationale (nationale rechtscolleges, nationale mededingingsautoriteiten) instellingen;
- zowel administratieve (Europese Commissie, nationale mededingingsautoriteiten) als rechterlijke instanties (nationale of supranationale rechtscolleges).

Mede omwille van de rechtstreekse werking van het overgrote deel van de relevante VWEU-verdragsbepalingen, passen de verschillende soorten instellingen op de verschillende niveaus de verschillende soorten recht dikwijls parallel toe. Dit maakt het mededingingsrecht, niet in het minst vanuit een oogpunt van rechtsbescherming, fascinerend maar ook complex.

3. De afgelopen jaren is het mededingingsrecht "gemoderniseerd". Dat gebeurde hoofdzakelijk maar zeker niet alleen via Moderniseringsverordening 1/2003.³ Heel geleidelijk heeft de Europese Commissie (hierna "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 bepalen⁴), anderzijds puur juridische criteria die bijvoorbeeld vastlegden welke formules 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, zowel binnen het algemeen mededingingsrecht als binnen gereguleerde (netwerk- en andere) sectoren.

³ Verordening (EG) 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.

⁴ 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.

Het dubbele hierboven geschetste motief heeft sinds 2001 achtereenvolgens o.m. geïnspireerd: hervorming van het *de minimis*-regime⁵, invoering van een nieuw stelsel van groepsvrijstellingen,⁶ Moderniseringsverordening 1/2003, en de houding van de Commissie tegenover nevenrestricties (*ancillary restraints*).⁷ Ook de hervorming van het staatssteunrecht volgens een in 2005 aangenomen *State aid action plan* waarbij een meer economische benadering van staatssteun centraal staat, past in deze modernisering.⁸

Hieronder komen de belangrijkste nieuwigheden aan bod voor elk onderdeel van het mededingingsrecht.

II. Kartelrecht. Hardere publieke afdwinging. Naar een criminalisering van het mededingingsrecht?

§1. Hogere boetes, meer huiszoeken

4. De publieke afdwinging ten aanzien van restrictieve praktijken is nu veel harder dan voorheen. In diverse kartelzaken werden door de Commissie recordboetes⁹ opgelegd. Ook in België deinst de Raad voor de Mededinging er niet voor terug om forse boetes te bevelen. Zo veroordeelde de Raad onlangs Belgacom Mobile (Proximus) tot een boete van 66,3 miljoen euro wegens misbruik van machtspositie.¹⁰ Volgens de Raad bezondigde deze onderneming zich aan *margin squeeze* met abusievelijke uitsluiting tot gevolg. Nooit eerder werd zulke hoge boete door de Belgische mededingingsautoriteit aan een onderneming opgelegd.

5 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).

6 Verordening (EG) Nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999, ondertussen alweer vervangen, zie *infra*, IV. Gelijkaardige verordeningen zijn aangenomen voor welbepaalde horizontale overeenkomsten.

7 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 preambule van de nieuwe Concentratieverordening 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).

8 Zie voor een overzicht http://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/reform.html.

9 In 2009 kreeg Intel bijvoorbeeld een boete van 1,06 miljard euro opgelegd wegens misbruik van machtspositie. In 2008 had Microsoft een boete van 899 miljoen euro gekregen.

10 Beslissing van de Raad voor de Mededinging van 26 mei 2009, zaak nr. 2009-P/K-10.

5. De overgrote meerderheid van kartels die recordboetes opgelegd krijgen, komen tegenwoordig aan het licht via de clementieregeling ('verklikking') waarbij één of meerdere deelnemers aan het kartel de Commissie of de nationale mededingingsautoriteit tippen, zoveel mogelijk belastende informatie bezorgen en/of volledig meewerken aan het onderzoek en de overtreding erkennen. In ruil krijgen ze immuniteit of vermindering van boetes.

6. Opvallend op nationaal vlak is het toegenomen aantal huiszoekingen (*dawn raids*). Zo werden de afgelopen jaren onder meer in de sectoren elektriciteit, groenten en fruit, telecom en luchtvrachtafhandeling huiszoekingen uitgevoerd.

§2. Naar een criminalisering van het mededingingsrecht en –beleid?

7. Bovendien gaan steeds meer stemmen op om het mededingingsbeleid te criminaliseren.¹¹

Een dergelijke tendens tot criminalisering heeft reeds geruime tijd ingang gevonden in de Verenigde Staten, maar ook in de ons omringende landen, zoals ondermeer het Verenigd Koninkrijk, behoren strafsancties tegen natuurlijke personen die betrokken partij zijn bij restrictieve praktijken, ondertussen tot het instrumentarium om de strijd tegen concurrentievervalsing op te voeren. Overigens kan ook in lidstaten, zoals België, waar nog geen strafsancties bestaan voor schending van het mededingingsrecht, zulke schending gepaard gaan met een strafrechtelijk gesanctioneerd misdrijf, zoals valsheid in geschrifte.

8. Administratieve geldboeten kennen immers een aantal nadelen. Zo kan de boete worden afgewenteld op de consument door hogere tarieven aan te rekenen, waardoor de eigenlijke schuldige zijn schade kan beperken. Daarnaast zou de onderneming in kwestie ook ontmoedigd kunnen raken om verder te investeren in innovatie, wat dan weer de maatschappij als geheel tot nadeel zou strekken.

Er lijkt consensus over te bestaan dat strafsancties slechts ingevoerd zouden kunnen worden als aan bepaalde vereisten is voldaan. Eerst en vooral zou de strafrechtelijke aanpak enkel bedoeld mogen zijn om zogenaamde *hard core* kartels, dit zijn de voor de vrije mededinging meest schadelijke kartels, te beutegelen. Bovendien zouden strafsancties alleen in het kader van een procedure voor de strafrechter kunnen worden bevolen na een strafrechtelijk onderzoek onder leiding van het Openbaar Ministerie en de onderzoeksrechter. Mogelijks kan in het kader van deze strafvervolging wel een samenwerkingsverband op het getouw worden gezet met de (nationale) mededingingsautoriteit, in België *in casu* het Auditoraat. Tenslotte mag de ontwikkeling van een strafrechtelijk

¹¹ Zie hierover o.m. K. BOURGEOIS, "Verslag van het Lunchforum Mededinging van 14 oktober 2009", *TBM* 2009, afl. 4, 36-40; P. Wytinck, "De straf(fe) tanden van het mededingingsrecht", *TBM* 2009, afl. 4, 1-4; Jaarverslag Algemene Directie Mededinging, 2009, 9.

sanctieapparaat niet zo ver reiken dat het de werking van de bestaande clementieregelingen op de helling zet.

9. Veel vragen blijven open, niet in het minst de vraag of het strafrechtelijk sanctioneren (zeker van rechtspersonen) de effectiviteit van de afdwinging (nog) zal kunnen verhogen. Het lijkt ook de voorkeur te verdienen dat het onderzoek door de mededingingsautoriteit niet opgeschort wordt door het instellen van een strafrechtelijke procedure. Om dit te vermijden, staan er verschillende pistes open.¹²

Mogelijke strafrechtelijke vervolging zou het management en de rest van het personeel van ondernemingen kunnen inspireren om geen medewerking te verlenen aan een clementieverzoek. Die angst kan wellicht worden weggenomen door invoering van absolute immuniteit voor natuurlijke personen die bereid zijn om onthullingen te doen.

Andere vragen betreffen de praktische uitwerking van de strafrechtelijke procedure. Er zal moeten worden nagedacht over voldoende strenge ontvankelijkheidsvereisten om een toevloed van mogelijks overbodige klachten bij de strafgerechten te vermijden. Er kan een impact zijn op de administratieve procedure voor de Raad, opdat de resultaten uit onderzoek voor de nationale mededingingsautoriteit hun nut zouden bewaren binnen het kader van de strafrechtelijke procedure.

§3. Eerste toepassingen: schikkingen (settlements)

10. In juni 2008 publiceerde de Commissie haar nieuwe schikkingsprocedure.¹³ Deze procedure is enkel van toepassing op kartelzaken waar de Commissie voornemens is een boete op te leggen. Ondernemingen die bereid zijn tot een schikking te komen, moeten ondermeer hun deelneming aan het kartel – en dus ook hun aansprakelijkheid – erkennen en bepaalde rechten van verdediging opgeven. In ruil kunnen zij een boetevermindering van 10% bekomen.¹⁴

¹² De wetgever zou kunnen bepalen dat het Auditoraat naast het Openbaar ministerie een parallel onderzoek kan voeren naar eventuele inbreuken op het mededingingsrecht, zonder dat de werkzaamheden van het Auditoraat dus worden stilgelegd door het openen van een procedure voor de strafrechter. De wetgever zou eveneens kunnen bepalen dat het strafrechtelijk onderzoek slechts een aanvang kan nemen nadat de Raad voor de Mededinging zijn bevindingen heeft geformuleerd (maar deze optie kan problemen creëren voor verjaring van de strafrechtelijke procedure). Ten derde zou de wetgever de Raad voor de Mededinging een exclusief recht kunnen toebedelen om het Openbaar Ministerie te verzoeken de strafvervolging in te stellen (omschrijving van inbreuken als klachtmisdrijven). Zie de in vorige voetnoot geciteerde literatuur.

¹³ Verordening (EG) Nr. 622/2008 van de Commissie van 30 juni 2008 tot wijziging van Verordening (EG) Nr. 773/2004, wat betreft schikkingsprocedures in kartelzaken (*Pb.*, L 171/3, 1 juli 2008) en Mededeling van de Commissie betreffende schikkingsprocedures met het oog op de vaststelling van beschikkingen op grond van de artikelen 7 en 23 van Verordening (EG) Nr. 1/2003 van de Raad (*Pb.*, C 167/1, 2 juli 2008).

¹⁴ Zie paragraaf 32 van de Mededeling betreffende schikkingsprocedures.

Met deze procedure beoogt de Commissie "met dezelfde middelen meer zaken" te behandelen. Het staat overigens aan de Commissie om te besluiten of ze de procedure wel of niet wil starten. Ondertussen zijn de eerste toepassingsgevallen afgerond.

11. Ook in België lijkt nu meer toepassing te worden gemaakt van toezegings- of schikkingsprocedures. Zo zijn in 2009 twee zaken afgesloten bij wege van een informele "schikking". Ondanks het feit dat er indicaties waren van restrictieve praktijken, is toch voor de informele weg gekozen, omdat al de betrokkenen zelf de mededingingsautoriteit hebben gevat met de vraag of hun regeling verenigbaar zou zijn met het mededingingsrecht. De regeling werd naderhand aangepast zodat een formele procedure niet meer noodzakelijk bleek.¹⁵

De Belgische Mededingingsautoriteit wijst wel op enkele aandachtspunten omtrent deze praktijk van informele schikkingen. Zo mag, opdat de procedure toepassing zou kunnen vinden, het Auditoraat niet de intentie hebben om een formeel onderzoek uit te voeren, en mag de zaak vanuit het oogpunt van de mededinging niet als onbeduidend beschouwd worden. Er dient dus wel degelijk sprake te zijn van potentiële concurrentievervalsingen die om een antwoord vragen, doch zonder dat hiertoe naar de mening van het Auditoraat meteen de harde middelen moeten worden ingezet. De opportuniteit van een eventuele informele schikking dient ook beoordeeld te worden in het licht van belangrijke schade die derden reeds geleden hebben tengevolge van de restrictieve praktijken.

III. Private afdwinging van mededingingsrecht

12. Beboeting door de Commissie of door nationale mededingingsautoriteiten (*national cartel authorities* of NCAs) is een vorm van publieke afdwinging (*public enforcement*) van mededingingsrecht, waarvan het afschrikwekkend effect, zoals aangegeven, de afgelopen jaren sterk is toegenomen. Toch komt een minstens even grote dreiging voor marktoperatoren – of, afhankelijk van het perspectief, een even grote zegen voor benadeelde partijen – nu uit een andere hoek, die van de private afdwinging (*private enforcement*) van mededingingsrecht. Partijen die zich benadeeld voelen door een schending van de mededingingsregels (en dit kunnen even goed ondernemingen-afnemers als natuurlijke personen-eindgebruikers zijn) richten steeds frequenter schadevergoedingsacties tegen vermeende overtreders van de mededingingsregels, voor steeds grotere bedragen. In Europa, dat tot dusver niet dezelfde *claims culture* kende als de Verenigde Staten, zijn de eerste gespecialiseerde advieskantoren ondertussen opgericht.

13. De schadevergoedingsacties kunnen van het *follow-on* type zijn, wat betekent dat de vordering wordt ingesteld in opvolging van een (boete-)beslissing tot publieke afdwinging. De eisers zullen dan argumenteren dat de onrechtmatige daad bewezen is door de eerdere veroordeling van de verweerders of door

¹⁵ Jaarverslag Algemene Directie Mededinging, 2009, 10.

de erkenning door de verweerders van een schending van de mededingingsregels in het kader van de clementieregeling of de nieuwe schikkingsregeling. Inclusief een vernietigingsberoep voor het Gerecht en een mogelijk beroep tegen de uitspraak van het Gerecht bij het Hof van Justitie kunnen procedures over publieke afdwinging op Europees niveau vele jaren in beslag nemen. Op nationaal niveau ligt dat niet anders.

Uiteraard hoeven eisers in schadevergoedingsacties op de uitkomst van deze procedures niet te wachten en kunnen ze hun schadevergoedingsactie ook onafhankelijk van de publieke afdwinging instellen (*stand alone* actie). De bewijslast wordt dan wel veel zwaarder.

14. Hieruit mag reeds de complementariteit blijken van publieke en private afdwinging. Het is goed dat alle betrokkenen ook de grondige verschillen voor ogen houden tussen beide vormen van afdwinging. De Commissie of de NCAs kunnen beboeten maar kunnen geen schadevergoeding toekennen. Een nationale rechter in burgerlijke zaken kan schadevergoeding toekennen maar niet beboeten. Niet slechts qua partijen en qua beoogd resultaat maar ook qua bewijsvoering verschillen beide vormen van afdwinging grondig. Een verschil tenslotte dat te vaak over het hoofd wordt gezien betreft de beschermde belangen: terwijl een NCA of de Commissie optreedt in het algemeen belang, weegt de nationale burgerlijke rechter private belangen tegen elkaar af. Het gebeurt nog te vaak dat gedingpartijen op een bepaald ogenblik besluiten om een schikking uit te werken waarvan de belofte deel uitmaakt om alle hangende procedures te stoppen, evenwel zonder te beseffen dat een procedure voor een NCA of de Commissie niet kan worden beëindigd op eenvoudige aanvraag van de betrokken partijen. Een NCA of de Commissie beslist enkel in het algemeen belang tot seponering of voortzetting van een begonnen procedure.

15. Bij de private afdwinging van het mededingingsrecht onderscheidt men best duidelijk (a) de ideeën van de Commissie over een mogelijke harmonisering van geldend nationaal recht, dat wil zeggen ideeën die nog niet tot geldend recht hebben geleid en (b) de bestaande praktijk, waarin ook zonder EU recht omtrent dit soort schadevergoedingsacties, acties worden ingesteld voor nationale rechtbanken. De volgende paragrafen handelen over de evoluties op EU niveau.

16. De Commissie maakt er geen geheim van dat ze private afdwinging van mededingingsrecht in de Unie wenst te bevorderen. Opvallend is bijvoorbeeld dat persberichten waarin de Commissie de beboeting van een kartel aankondigt, tegenwoordig steevast eindigen met een uitnodiging aan benadeelde partijen om het vooral niet bij de boete te laten maar om daarbovenop ook nog een schadevergoedingsactie te starten:

"Schadeclaims

Particulieren of ondernemingen die van concurrentiebeperkende praktijken zoals in deze zaak te lijden hebben, kunnen de zaak voor de nationale rechter brengen en schadevergoeding eisen. Zowel de rechtspraak van de EU-rechter als Verordening (EG) nr. 1/2003 bevestigen dat een besluit van de

Commissie voor de nationale rechter als bindend bewijsmateriaal kan worden gebruikt dat de praktijken hebben plaatsgevonden en verboden waren. Zelfs indien de Commissie de betrokken ondernemingen geldboeten heeft opgelegd, kunnen toch schadevergoedingen worden toegekend zonder dat deze hoeven te worden verlaagd omdat de Commissie al een geldboete heeft opgelegd.

De Commissie vindt dat schadeclaims die een goede slaagkans maken, moeten inzetten op een billijke compensatie van de geleden schade voor de slachtoffers van een inbreuk. Over schadeclaims in antitrustzaken is een witboek gepubliceerd (zie [...]). Meer informatie over het witboek, met onder meer een publiekssamenvatting, is te vinden onder: [...] Voor meer informatie over de strijd van de Commissie tegen kartels, zie [...]."

17. Vooral sinds 2001 is het denken over het recht van de Unie omtrent private afdwinging in een stroomversnelling gekomen. In dat jaar wees het Hof van Justitie het arrest *Courage v. Crehan*¹⁶. Daarin oordeelde het Hof van Justitie dat nationaal recht niet *a priori* mag uitsluiten dat een particulier schadevergoeding 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 101, lid 2, EG¹⁷. In 2006 bevestigde het Hof van Justitie in duidelijke bewoordingen dat slachtoffers van schendingen van de mededingingsregels recht hebben op volledige compensatie van de door hen geleden schade.¹⁸

18. De Commissie liet een studie uitvoeren, voorgesteld in 2004, waaruit moest blijken dat private afdwinging in Europa "totaal onderontwikkeld" was¹⁹. De studie identificeerde allerlei obstakels die schadevergoedingsacties wegens schending van de mededingingsregels bemoeilijken dan wel onmogelijk maken.

19. In december 2005 publiceerde de Commissie een Groenboek²⁰, vergezeld van een uitgebreidere (maar niet vertaalde) *Commission staff working paper*. Ook volgens het Groenboek was het Europese 'falen' op het vlak van private afdwinging grotendeels te wijten aan diverse juridische en procedurele hinderpalen. Sommige pistes die de Commissie lanceerde in het Groenboek waren bepaald ingrijpend, zelfs radicaal, zoals de introductie van *double damages*

¹⁶ Arrest van het Hof van Justitie van 20 september 2001 in zaak C-453/99, *Courage / Crehan*, Jurispr. 2001, blz. I-6297, randnr. 26-27.

¹⁷ 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", *E.L.Rev.* 2006, 841-864.

¹⁸ Arrest van het Hof van Justitie van 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04–C-298/04, *Vincenzo Manfredi / Lloyd Adriatico Assicurazioni*, Jurispr. 2006, blz. I-6619.

¹⁹ *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, 11.

²⁰ Groenboek – *Schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels* van 19 december 2005 (doc. COM(2005)672) en *Commission Staff working paper* van 19 december 2005 (doc. SEC(2005)1732).

naar het model van de bestaande *treble damages* in de VS, of nog de introductie van *class actions*, *discovery* fasen tijdens schadevergoedingsprocedures enz. Veel van de voorstellen leken geïnspireerd door wat nu al bestaat in (sommige) *common law* jurisdicties - met alle gevaren vandie voor de aantasting van de homogeniteit van het aansprakelijkheidsrecht in andere jurisdicties.

20. Aangemoedigd door het Europees Parlement (het Parlement) publiceerde de Commissie in april 2008 een Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de mededingingsregels van de Unie²¹ (het Witboek) voor openbare raadpleging, wederom vergezeld van een werkdokument van de diensten van de Commissie en een effectenbeoordeling²². De Commissie blijft bij het standpunt dat "*schadevergoedingsacties wegens schending van de mededingingsregels [een aantal specifieke kenmerken vertonen] waarmee onvolgende rekening wordt gehouden in de klassieke regels inzake civiele aansprakelijkheid en de procedurevoorschriften*"²³. Niettemin komen sommige van de meest ingrijpende maatregelen uit het Groenboek, zoals de mogelijkheid van *double damages*, niet meer voor in het Witboek. Andere voorgestelde maatregelen lijken genuanceerder. Bijzondere aandacht werd besteed aan de mogelijkheid en de modaliteiten van collectieve schadevergoedingsacties en de regels rond toegang tot bewijsmateriaal. Civielrechtelijk kregen het foutvereiste en de omvang van de schadevergoeding veel aandacht. Daarnaast poneerde de Commissie drie duidelijke beginselen: (a) volledige compensatie, (b) voorstellen van evenwichtige maatregelen die zijn geworteld in de Europese rechtscultuur en -tradities, en (c) het behoud van een daadkrachtige publieke afdwinging van de mededingingsregels waarbij de private afdwinging een aanvulling moet zijn²⁴.

21. Na opnieuw een openbare raadpleging (tot 15 juli 2008) werkten de Commissiediensten een ontwerprichtlijn uit om schadevergoedingsacties wegens schending van de artikelen 101 en 102 VWEU te vergemakkelijken (de Ontwerp Richtlijn). De tekst is echter nooit publiek gemaakt. Na protest van het Parlement, dat een veel nauwere betrokkenheid eiste bij de uitwerking van de tekst, besloot de nieuwe Europese commissaris bevoegd voor mededinging tot uitstel. Recent is een nieuwe publieke consultatie gelanceerd, waarvan de resultaten in de zomer van 2011 mogen worden verwacht.

21 *Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels* van 2 april 2008 (doc. COM(2008)165def., hierna "Witboek").

22 *White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Commission staff working paper* van 2 april 2008 (doc. SEC(2008)404).

23 Hoofddoelstelling blijft dan ook om "*voor slachtoffers de juridische voorwaarden te verbeteren voor de uitoefening van het hun door het Verdrag verleende recht op herstel van alle schade die zij hebben geleden door een schending van de communautaire mededingingsregels*": Witboek, 2-3.

24 Zie voor een gedetailleerder bespreking van de evoluties vanaf de Verordening 1/2003 tot en met het Witboek en het Werkdocument (maar niet van de evoluties sindsdien) E.J. ZIPPRO, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht, in Recht en praktijk*, Deventer, Kluwer, 2009, 167-188.

22. In afwachting van verdere Europese stappen blijven schadevergoedingsacties op grond van een schending van de Europese of nationale mededingingsregels uiteraard mogelijk.

De Europese initiatieven beogen elementen van nationaal aansprakelijkheids- en procedurerecht te harmoniseren om schadevergoedingsacties makkelijker en meer eenvormig te maken binnen de Europese Unie. Zonder zulke harmonisatie kunnen schadevergoedingsacties even goed doorgang vinden, weze het vooralsnog op grond van niet geharmoniseerd nationaal aansprakelijkheids- en procedurerecht.

23. Van belang lijkt ons vooral de nauwe band tussen publieke en private afdwinging, die maakt dat niemand nog beslissingen kan nemen over publieke afdwinging van mededingingsrecht (zo bijvoorbeeld bij het voeren van verweer tegen kartelboetes of bij het beslissen over een mogelijke aanvraag tot clementie) zonder die beslissingen ook te baseren op de mogelijke gevolgen op het vlak van private afdwinging. Zo blijkt de gemoedsrust van wie de kompanen in het kartel bij de mededingingsautoriteit aangeeft en in ruil daarvoor immuniteit of vermindering van boete krijgt erg relatief. Zulke immuniteit of boetevermindering voor wie 'clementie' aanvraagt biedt immers geen bescherming tegen private schadevergoedingsacties. De ervaring in het Verenigd Koninkrijk leert dat, 'erger' nog, de aanvragers van clementie wel eens de eersten kunnen zijn die met een schadevergoedingsactie worden geconfronteerd omdat het bewijs van de inbreuk (en de fout) zoveel evidentier is. Ook het nieuwe systeem van 'schikkingen' houdt overigens een erkenning in van een inbreuk, en zou dus hetzelfde onverwachte gevolg kunnen opleveren.

Het risico dat een clementieverzoek of schikking een latere schadevergoedingsactie in de hand werkt, zal een element zijn in het strategisch beslissingsproces over publieke afdwinging. De ervaring, wederom in het Verenigd Koninkrijk, leert dat ook het soort beroep dat tegen een boete wordt ingesteld, een private schadevergoedingsactie kan bespoedigen of vertragen: beroepen die enkel tegen de hoogte van de boete zijn gericht en geen of geen uitgewerkt verweer ten gronde voeren, houden private schadevergoedingsacties niet tegen. De (beperkte, restrictief toegepaste) mogelijkheid voor ondernemingen om bij de Commissie of een NCA een reductie te bepleiten van een kartelboete die het voortbestaan van de onderneming in het gedrang zou brengen, geldt uiteraard niet voor schadevergoedingen die de onderneming eventueel in combinatie met de boetes zou moeten betalen.

24. De bevordering van private afdwinging van het mededingingsrecht via het soort maatregelen dat de Commissie nu voor ogen staat, heeft voor- en nadelen. Grotere afschrikking en een betere bescherming van consumenten en ondernemingen lijken de voornaamste na te streven doelstellingen, overjuridiseren en het verbreken van eenheid van geldend nationaal aansprakelijkheidsrecht de grootste te vermijden risico's.

IV. Nieuwe groepsvrijstellingsverordening voor verticale restricties

25. Volgens het derde lid van artikel 101 VWEU kan het principiële kartelverbod, zelfs indien een overeenkomst, besluit of gedraging daaronder ressorteert, toch nog buiten toepassing worden gelaten indien een hoger belang (vb. deskundigheid en dienstverlening voor klanten) dat rechtvaardigt.²⁵ Zoals vroeger verleent de Commissie 'groepsvrijstellingen' die voor een groep overeenkomsten tegelijk artikel 101, lid 3, VWEU toepassen. Ondernemingen die niet van een groepsvrijstelling kunnen genieten, kunnen hun overeenkomst sinds 1 mei 2004 (inwerkingtreding van de 'modernisering') niet meer voorleggen aan de Commissie maar moeten zelf de verenigbaarheid van hun gedragingen met het verbod op restrictieve praktijken toetsen. Alle drie de leden van artikel 101 hebben daarbij rechtstreekse werking. Nationale rechtbanken en autoriteiten moeten het kartelverbod dus in zijn geheel toepassen, inclusief het systeem van 'direct toepasselijke wettelijke uitzonderingen' uit het derde lid.

26. Op 1 juni 2010 is een nieuwe groepsvrijstellingsverordening in werking getreden, die in beginsel in voege zal blijven tot en met 31 mei 2022. De nieuwe Verordening (EU) nr. 330/2010²⁶ herneemt *grosso modo* de structuur en inhoud van het legislatieve kader zoals dat uiteen werd gezet in de oude Verordening (EG) nr. 2790/99 en moet in die zin worden beschouwd als een evolutie, eerder dan dat het een volledig nieuwe context aanreikt voor de behandeling van verticale overeenkomsten.²⁷ De Commissie heeft ook nieuwe Richtsnoeren over verticale beperkingen aangenomen, die verduidelijken hoe de instelling de nieuwe verordening interpreteert.²⁸

Niettemin zijn er enkele interessante nieuwigheden. Hieronder komt achtereenvolgens aan bod: de uitbreiding van de marktaandeeldrempel met betrekking tot afnemers, de gewijzigde benadering van *hardcore* beperkingen, de meer gedetailleerde richtsnoeren over elektronische handel.

§1. Marktaandeeldrempel geldt nu voor alle contractpartijen

27. Net zoals onder het oude regime geldt een vrijstelling enkel voor bepaalde verticale overeenkomsten gesloten door ondernemingen met een aandeel op de relevante markt dat 30% niet overschrijdt. Nieuw is echter dat niet enkel meer

25 Een dergelijke exceptie is maar mogelijk indien is voldaan aan de vier in art. 101, lid 3 VWEU gestelde cumulatieve voorwaarden.

26 Verordening (EU) Nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *Pb.*, L 102/1, 23 april 2010.

27 Zie voor een grondiger bespreking o.m. R. WHISH en D. BAILEY, "Regulation 330/2010: The Commission's new block exemption for vertical agreements, 1773-1774, *CML Rev.* 2010, 1790-1791.

28 Mededeling van de Europese Commissie. Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, *Pb.*, C 130/1, 19 mei 2010 (hierna "Richtsnoeren verticale beperkingen").

wordt gekeken naar het marktaandeel van de sterkste partij in de overeenkomst, maar naar het marktaandeel van alle partijen bij de overeenkomst.²⁹ Deze nieuwe benadering illustreert de verhoogde aandacht van de Commissie voor afnemersmacht: afnemers met een hoog marktaandeel kunnen grote druk uitoefenen op leveranciers en op die wijze de concurrentie in het gedrang brengen.

Hoewel de drempel van 30% geen ruimte laat voor interpretatie, kan de nieuwe bepaling in de praktijk toch tot praktische problemen leiden. Leveranciers zullen immers een verhoogde waakzaamheid aan de dag moeten leggen en voorafgaand aan de contractsluiting moeten onderzoeken wat de positie is van hun distributeur op de markt. Hogere transactiekosten kunnen het gevolg zijn, terwijl onvermijdelijke informatie-assymetrieën tot rechtsonzekerheid kunnen leiden.³⁰

§2. Mogelijkheid tot vrijstelling van hardcore beperkingen

28. Zogenaamde *hardcore* beperkingen in verticale overeenkomsten worden bijzonder kwalijk geacht voor de vrije mededinging en bijzonder streng behandeld. Dit was onder het oude regime zo en het blijft zo. Toch zijn er verschillen. Wat *hardcore* beperkingen zijn, definieert de nieuwe vrijstellingsverordening deels anders. Belangrijker is dat de vroegere *per se* uitsluiting van *hardcore* beperkingen uit de "veilige zone" van de groepsvrijstelling, vervangen wordt door een *vermoeden* dat de betrokken *hardcore* beperking onverenigbaar is met het mededingingsrecht. Dit vermoeden kan echter weerlegd worden door aan te tonen dat de voorwaarden van art. 101, lid 3 VWEU vervuld zijn.³¹ De Commissie erkent aldus dat zelfs *hardcore* beperkingen in bepaalde gevallen de mededinging kunnen bevorderen en efficiëntieverbeteringen teweeg kunnen brengen.³² Sterker nog, in bepaalde gevallen, zo stellen de richtsnoeren, is het niet uitgesloten dat zulke *hardcore* beperkingen objectief gezien een noodzakelijk onderdeel vormen van de overeenkomst en bijgevolg buiten het toepassingsgebied vallen van art. 101, lid 1 VWEU.³³

§3. Verduidelijkingen omtrent elektronische handel (e-commerce)

29. De Commissie levert een inspanning om het fenomeen van elektronische handel beter te integreren in de groepsvrijstelling en de bijhorende richtsnoeren. Vereenvoudigd en in het algemeen geldt dat de groepsvrijstelling wel toestaat dat zogenaamde "actieve verkoop" door een distributeur buiten het hem/haar contractueel toegewezen verkoopgebied aan banden wordt gelegd, maar niet dat contracten ook "passieve verkoop" (dit is het bedienen van klan-

29 Zie Richtsnoeren verticale beperkingen, randnr. 87 en G. DE STEFANO, "The new EU Vertical Restraints Regulation: Navigating the vast seas beyond safe harbours and hardcore restrictions", *ECLR* 2010, afl. 2, 488; R. Whish en D. Bailey, *l.c.*, 1772.

30 G. DE STEFANO, *l.c.*, 488; R. Whish en D. Bailey, *l.c.*, 1773-1774.

31 Richtsnoeren verticale beperkingen, randnr. 47; G. DE STEFANO, *l.c.*, 488.

32 R. WHISH en D. BAILEY, *l.c.*, 1775.

33 Richtsnoeren verticale beperkingen, randnr. 60.

ten van buiten het toegewezen verkoopgebied die niet door de verkoper zijn benaderd maar de verkoper hebben benaderd) verbieden. Het verbieden van passieve verkoop – dat trouwens parallelimport onmogelijk maakt – wordt als *hardcore* beperking aanzien.

30. De groepsvrijstelling en richtsnoeren trekken dit principe door naar elektronische handel. Ze bevestigen vooreerst het beginsel dat elke distributeur een beroep moet kunnen doen op het internet als medium om zijn waren en diensten aan te prijzen. Vervolgens wordt verkoop van producten via het internet in regel aanzien als vorm van passieve verkoop: de Commissie erkent dat de integratie van het internet in de verkoopstrategie effect kan sorteren tot buiten het specifieke distributiegebied, maar dit potentiële effect wordt volgens haar in regel slechts gegenereerd door de aard van het medium en niet door het actieve handelen van de afnemer. De kwalificatie als passieve verkoop impliceert dat beperkingen daarop als *hardcore* worden gekwalificeerd.³⁴ Zo zal bijvoorbeeld als *hard core* gelden, de verplichting voor afnemers om te verhinderen dat klanten uit een ander verkoopgebied hun website kunnen bekijken, of de automatische online doorverwijzing van zulke klanten naar de webpagina's van de producent of van de distributeur in het verkoopgebied van de klant (*re-routing*).³⁵

31. Nochtans zal niet elk gebruik van internet als vorm van passieve verkoop worden beschouwd: online reclame met focus op een specifiek gebied of een specifieke klantenkring kunnen volgens de richtsnoeren als vorm van actieve verkoop gelden.³⁶

32. Ook op het gebied van selectieve distributie schenken de richtsnoeren aandacht aan online handel. Zo staat het leveranciers vrij om kwaliteitsnormen te verbinden aan het gebruik van internet door hun distributeurs zolang deze maar niet tot doel hebben de *on line* verkoop direct of indirect te belemmeren. De eis, binnen een selectief distributiesysteem, om een fysiek verkooppunt uit te baten naast de internet-service, wordt niet als *hardcore* beperking aangemerkt.³⁷

V. Nieuwe richtsnoeren over horizontale overeenkomsten

33. Op 14 januari 2011 heeft de Commissie nieuwe richtsnoeren gepubliceerd over de toepasselijkheid van artikel 101 VWEU op horizontale samenwerkingsovereenkomsten. De richtsnoeren behandelen een waaier van horizontale samenwerkingverbanden zoals onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, productie-, inkoop-, commercialiserings- en standaardiseringsovereenkomsten, en informatie-uitwisseling tussen ondernemingen.

³⁴ G. DE STEFANO, *l.c.*, 488; R WHISH en D. BAILEY, *l.c.*, 1780.

³⁵ Richtsnoeren verticale beperkingen, randnr. 52.

³⁶ Richtsnoeren verticale beperkingen, randnrs. 51 en 53; R WHISH en D. BAILEY, *l.c.*, 1781.

³⁷ Richtsnoeren verticale beperkingen, randnr. 54; G. DE STEFANO, *l.c.*, 489; R WHISH en D. BAILEY, *l.c.*, 1781.

De belangrijkste wijzigingen houden verband met de laatste twee categorieën van horizontale overeenkomsten.

§1. Informatie-uitwisseling

34. De richtsnoeren behandelen overeenkomsten, onderling afgestemde feitelijke gedragingen en besluiten van ondernemersverenigingen met als voornaamste doelstelling de uitwisseling van informatie. Informatie-uitwisseling die gepaard gaat met de werking van een andere horizontale overeenkomst wordt beoordeeld bij de evaluatie van die overeenkomst zelf.³⁸

De richtsnoeren maken geen melding van een "veilige zone" waarbinnen vermoed wordt dat er geen inbreuk is. Zelfs uitwisseling van publiek beschikbare informatie kan in beginsel een inbreuk opleveren.

35. De Commissie aanvaardt dat informatie-uitwisseling tot efficiëntieverbeteringen kan leiden.³⁹ Uitwisseling kan een remedie vormen tegen informatieasymmetrie, terwijl vergelijking van *best practices* de interne efficiëntie van ondernemingen kan verhogen. Bovendien kan informatie-uitwisseling kostenbesparend werken doordat bewustwording groeit van vraag en aanbod op de relevante markt en kan ze het gebruikers makkelijker maken om het product van hun voorkeur te ontdekken, wat een vermindering van zoekkosten en een ruimere keuzemogelijkheid met zich brengt.

Omgekeerd kunnen zich negatieve effecten voordoen. Informatie-uitwisseling faciliteert de heimelijke coördinatie van prijs- en andere strategieën en kan marktafschermend werken ten aanzien van ondernemingen die geen weet hebben van de waardevolle informatie.⁴⁰

36. De richtsnoeren onderscheiden informatie-uitwisseling met een mededingingsbeperkende strekking en met mededingingsbeperkende gevolgen. De eerste vorm van informatie-uitwisseling wordt als *per se* restrictie beschouwd en wordt dus vermoed een inbreuk te vormen op art. 101, lid 1 TFEU. De tweede vorm verdient een nadere analyse waarbij geval per geval de effecten van de uitwisseling worden bekeken. Als *per se* restrictie geldt hoofdzakelijk informatie-uitwisseling waarbij individuele gegevens circuleren over voorgenomen toekomstige prijzen en hoeveelheden.⁴¹

De *effects-based approach* binnen de tweede categorie vergelijkt het (waarschijnlijke) concurrentieniveau na informatie-uitwisseling met het concurrentieniveau dat bestond vóór er informatie circuleerde die de mededinging kan

³⁸ Mededeling van de Commissie. Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *Pb.*, C 11/1, 14 januari 2011 (hierna "Richtsnoeren horizontale overeenkomsten"), randnr. 56.

³⁹ Richtsnoeren horizontale overeenkomsten, randnr. 57.

⁴⁰ Richtsnoeren horizontale overeenkomsten, randnrs. 65-68 resp. 69-71.

⁴¹ Richtsnoeren horizontale overeenkomsten, randnrs. 72-74.

verstoren.⁴² Transparantie op de markt staat centraal in deze analyse: niet alleen het bestaande niveau van transparantie moet in beschouwing worden genomen maar ook de artificiële verhoging van transparantie door de verspreiding van gegevens.⁴³ De richtsnoeren noemen andere relevante factoren zoals concentratiegraad en complexiteit van de markt, stabiliteit van vraag en aanbod, mate van symmetrie tussen de verschillende actoren.⁴⁴ Ook karakteristieken van de informatie zelf spelen een rol (vb. strategisch nut en mate van individualisatie van de gegevens, ouderdom en openbaarheid van de data, frequentie waarmee de gegevens worden uitgewisseld⁴⁵).

37. Indien de informatie-uitwisseling onder het principiële verbod ressorteert van art. 101, lid 1 VWEU blijft vrijstelling uiteraard mogelijk als de voorwaarden van art. 101, lid 3 VWEU zijn vervuld. Daartoe moet worden aangetoond te worden dat de informatie-uitwisseling effectief efficiëntieverbeteringen te weeg brengt die de consument tot voordeel strekken, dat deze efficiëntieverbeteringen zonder de informatie-uitwisseling niet te realiseren vallen en dat de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten niet wordt uitgeschakeld.⁴⁶

§2. Standaardiseringsovereenkomsten

38. Standaardiseringsovereenkomsten (overeenkomsten over normen) behelzen afspraken over technische aangelegenheden of kwaliteitseisen die bestaande of toekomstige producten, technologische processen en diensten zouden moeten beheersen.⁴⁷ Standaardisering kan onmiskenbaar de vrije mededinging beperken, maar kan de consument ook een reëel voordeel opleveren.⁴⁸ Hoe met dit spanningsveld omgaan?

39. Als ze voldoen aan bepaalde voorwaarden zullen standaardiseringsovereenkomsten volgens de nieuwe richtsnoeren geacht worden de mededinging niet te beperken. Zo creëren de richtsnoeren een veilige zone voor overeen-

⁴² Richtsnoeren horizontale overeenkomsten, randnr. 75.

⁴³ Richtsnoeren horizontale overeenkomsten, randnrs. 76 en 78.

⁴⁴ Richtsnoeren horizontale overeenkomsten, randnrs. 79-82.

⁴⁵ Richtsnoeren horizontale overeenkomsten, randnrs. 86-94.

⁴⁶ Zie over deze voorwaarden Richtsnoeren horizontale overeenkomsten, randnrs. 95-100; 103; 101-102; resp. 104. Zogenaamde *per se* restricties zullen hoogstwaarschijnlijk geen vrijstelling genieten: idem, randnr. 74.

⁴⁷ Richtsnoeren horizontale overeenkomsten, randnr. 257.

⁴⁸ Een geüniformiseerd normenapparaat draagt volgens de Commissie in sterke mate bij tot marktintegratie. Ondernemingen krijgen de kans hun afzetmarkt uit te breiden tot die gebieden waar normen gangbaar worden. De keuze voor de consument kan hierdoor vergroten en de verhoogde concurrentiestrijd zal waarschijnlijk resulteren in lagere prijzen. Afhankelijkheid ten aanzien van één leverancier wordt vermeden, innovatie wordt gestimuleerd doordat nieuwe technologische oplossingen vertrekken vanuit een gemeenschappelijk platform van normen - wat ook de tijd verkort om vernieuwing te introduceren en te verspreiden op de markt. Transactiekosten nemen af doordat koper en verkoper vertrouwd zijn met elkanders technologie en met de eventuele compatibiliteit ervan. Zie Richtsnoeren horizontale overeenkomsten, randnrs. 308-311.

komsten die (a) deelname toelaten van eenieder die in de betrokken branche actief is, (b) normen vastleggen volgens een transparante procedure, (c) geenszins een verplichting inhouden om zich aan de norm te houden en (d) op redelijke, eerlijke en niet-discriminerende wijze toegang verlenen tot de norm in kwestie.⁴⁹

De richtsnoeren geven meer duiding bij elk van deze voorwaarden. Zo moeten reglementen van normalisatie-instanties elke actor op de relevante markt de mogelijkheid bieden om inspraak te hebben in het beslissingsproces over de aannahme van de betrokken norm en om op non-discriminatoire wijze deel te nemen aan de stemming over de norm. Transparantie vereist dat belanghebbenden in elk stadium van het proces informatie kunnen krijgen over de standaardiseringswerkzaamheden. Er dient bovendien een duidelijk en evenwichtig beleid te worden gevoerd op het gebied van intellectuele eigendomsrechten, aangepast aan de specifieke sector en normalisatie-instantie.⁵⁰

Om zoveel mogelijk belanghebbenden toegang te geven tot de gestandaardiseerde normen, vereisen de richtsnoeren dat de leden die wensen dat hun intellectuele eigendomsrechten in de norm worden geïntegreerd, zich er onherroepelijk en op schriftelijke wijze toe verbinden om die rechten aan alle derden in licentie te geven volgens eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden. In deze zogenaamde FRAND-verbintenis⁵¹ zien de richtsnoeren een instrument om een abusievelijke weigering tot licentieverlening tegen te gaan en buitensporige vergoedingen te temperen. Als maatstaf om een mogelijk excessief karakter van de licentievergoedingen te meten, willen de richtsnoeren dat een redelijke verhouding wordt gehanteerd tussen de vergoeding en de economische waarde van de intellectuele eigendomsrechten.⁵² Dit blijft uiteraard vaag en zal dus tot betwistingen blijven leiden.

Relevante intellectuele eigendomsrechten moeten te goeder trouw worden bekendgemaakt, aldus de richtsnoeren, wat de mogelijkheid biedt om op weloverwogen wijze een keuze te maken voor een welbepaalde technologie.⁵³

40. Buiten de veilige zone moeten potentiële restricties op de mededinging volgens de richtsnoeren worden geëvalueerd op basis van de effecten van de normen (*effects-based approach*) maar ook hier gelden richtlijnen. Zo beklemtonen de richtsnoeren het belang van de vrijheid om niet de overeengekomen norm te volgen en andere normen te ontwikkelen. De toegankelijkheid van de norm dient op een redelijke en non-discriminatoire wijze te worden gewaarborgd.⁵⁴ Relevant zijn eveneens:

49 Richtsnoeren horizontale overeenkomsten, randnr. 280.

50 Richtsnoeren horizontale overeenkomsten, randnrs. 281-284.

51 FRAND = fair, reasonable, and non-discriminatory (terms). Zie Richtsnoeren horizontale overeenkomsten, randnrs. 285 en 287.

52 Richtsnoeren horizontale overeenkomsten, randnr. 289.

53 Richtsnoeren horizontale overeenkomsten, randnr. 286.

54 Richtsnoeren horizontale overeenkomsten, randnrs. 293-294.

- de al dan niet open deelname aan het standaardiseringsproces, waarbij een gesloten karakter enigszins kan worden geredimeerd door een hoge mate aan transparantie waarmee de norm werd vastgesteld;⁵⁵
- de marktpositie van de ondernemingen die betrokken waren in het ontwikkelingsproces van de norm:⁵⁶ negatieve effecten zullen zich met grotere waarschijnlijkheid manifesteren waar de producten of diensten die op een specifieke standaard zijn gebaseerd, een groot deel van de markt omvatten;
- het model dat de normalisatie-instantie hanteert om de relevante intellectuele eigendomsrechten bekend te maken: als bekendmaking niet verplicht wordt gesteld (en dus niet is voldaan aan één van de hierboven genoemde voorwaarden om het vermoeden van afwezigheid van negatieve effecten op de mededinging te laten spelen) moet worden nagegaan welke garanties er zijn voor een effectieve toegang tot de gestandaardiseerde norm;⁵⁷
- de voorafgaandelijke bekendmaking van de meest restrictieve licentievoorwaarden zoals de maximumtarieven van royalty's, opdat de normalisatie-instantie een kosten-batenanalyse kan maken en op basis daarvan een weloverwogen keuze kan maken tussen de beschikbare technologieën⁵⁸.

41. De mogelijk vrijstelling van standaardiseringsovereenkomsten op grond van art. 101, lid 3 VWEU bespreken de richtsnoeren maar kort, ze verwijzen hierbij naar de factoren die reeds aangehaald werden bij de analyse onder art. 101, lid 1 VWEU.

VI. Concentratiecontrole: verbod van overname van aerlingus door Ryanair

42. Het aantal aanmeldingen van concentraties op Europees niveau steeg in 2010 weer gevoelig tegenover 2009 (274 zaken), maar de activiteit inzake fusies en overnames blijft lijden onder de economische crisis. Zoals vanouds, besliste de Commissie in 2010 in het overgrote deel van de gevallen na een "eerste fase" procedure (267 eerste fase-beslissingen, waarvan 253 onvoorwaardelijke toelatingen), wat betekent dat de Commissie geen ernstige twijfels heeft over de toelaatbaarheid van de concentratie. Een groot deel van de zaken kon bovendien na vereenvoudigde aanmelding worden afgehandeld (143 beslissingen).

In 14 zaken werd de concentratie pas verenigbaar geacht met de concentratieregels na toezeggingen, 3 zaken vergden een grondiger tweede fase-onderzoek, in 7 gevallen werd een concentratie met communautaire dimensie toch naar de lidstaten verwezen ("Duitse clause"⁵⁹, 4 zaken volledig en 3 zaken gedeeltelijk verwezen). Omgekeerd werd verwijzing van concentraties zonder communautaire dimensie naar de Commissie in 26 zaken gevraagd (en in 24 gevallen

55 Richtsnoeren horizontale overeenkomsten, randnr. 295.

56 Richtsnoeren horizontale overeenkomsten, randnr. 296.

57 Richtsnoeren horizontale overeenkomsten, randnr. 298.

58 Richtsnoeren horizontale overeenkomsten, randnr. 299.

59 Art. 9 van de Concentratieverordening.

aanvaard⁶⁰), wat erop wijst dat de zogenaamde "Nederlandse clause" springlevend is.

43. Wat de individuele zaken betreft, deed vooral de zaak Ryanair / Aer Lingus stof opwaaien. Ter herinnering: in 2007 verbood de Commissie de concentratie tussen beide ondernemingen.⁶¹ Ryanair wilde een openbaar bod uitbrengen op het volledige aandelenkapitaal van Aer Lingus, waarin zij voordien een minderheidsbelang had verworven. Tijdens de periode waarin het bod gold, verwierf Ryanair nog meer aandelen, tot een totaal van vijftig procent. De Commissie was van mening dat de afzonderlijke aankopen van aandelen en het uitgebrachte openbare bod één concentratie vormden in de zin van artikel 3 van de Concentratieverordening. Na de verbodsbeschikking – waartegen Ryanair beroep tot nietigverklaring instelde bij het Gerecht, zie verder - verwierf Ryanair nogmaals een percentage van het aandelenkapitaal. Aer Lingus vroeg de Commissie Ryanair te verplichten haar minderheidsbelang af te stoten. De Commissie wees dit verzoek af omdat de transacties die tijdens de concentratieprocedure waren uitgevoerd geen totstandbrenging van de beoordeelde concentratie zouden uitmaken. Aer Lingus startte een kortgedingprocedure tegen deze beslissing voor het Gerecht maar dat wees het verzoek om voorlopige maatregelen af.

44. De Commissie verbood deze concentratie omdat ze volgens haar tot monopolievorming zou leiden.⁶² Na overname door Ryanair zouden op meer dan dertig vluchtroutes overlappings optreden. Door Ryanair voorgestelde toezeggingen vond de Commissie onvoldoende. Vooral de omstandigheid dat Ryanair en Aer Lingus in de luchthaven van Dublin ca 80% marktaandeel zouden behalen terwijl ze allebei ongeveer hetzelfde *business* model vertegenwoordigen ("lagekostenmaatschappijen" die zich primair richten op korte afstandsroutes) baarde de Commissie zorgen. Het argument van Ryanair dat *business* model en prijspolitiek veeleer door consumenten dan door concurrenten worden beïnvloed, aanvaardde de Commissie niet nu uit marktonderzoek bleek dat beide luchtvaartmaatschappijen hun prijzen aan elkaar aanpassen en vooral zijn blootgesteld aan concurrentiedruk van elkaar, in eenzelfde markt. Uit een bevraging van consumenten bleek bovendien dat consumenten Ryanair en Aer Lingus als onderling substitueerbaar en dus als directe concurrenten van elkaar beschouwen. Bovendien vreesde de Commissie dat reeds bestaande toetredingsbarrières door de concentratie nog zouden worden versterkt. De door Ryanair aangehaalde efficiëntieverbeteringen die zouden voortvloeien uit de uitbreiding van het *business* model en de lage prijspolitiek naar Aer Lingus konden de Commissie niet overtuigen.

60 De Commissie aanvaarde twee verzoeken van lidstaten tot behandeling van een zaak zonder communautaire dimensie onder art. 22 van de Concentratieverordening.

61 Beschikking van de Commissie, Ryanair / Aer Lingus (M.4439, 27 juni 2007).

62 R. GADAS, Oliver KOCH, K. PARPLIES, H. BEUVE-MÉRY, "Ryanair/Aer Lingus: Even "low-cost" monopolies can harm Consumers", Competition Policy Newsletter 2007, afl. 3, 65-72.

45. In arresten van 6 juli 2010 volgde het Gerecht de Commissie volledig. Het Gerecht bevestigde het verbod van de concentratie⁶³ en verwierp het beroep van Aer Lingus tegen de beschikking van de Commissie om Ryanair niet te verplichten zijn aandelen in Aer Lingus te verkopen.⁶⁴ De arresten zijn van belang, niet slechts omdat het verbieden van concentraties zelden voorkomt, maar ook omdat het Gerecht bijzondere aandacht heeft besteed aan het omgaan met 'efficiëntieverbeteringen' en aangeeft hoe gegevens uit de econometrie een rol kunnen spelen bij de evaluatie van concentraties.⁶⁵

46. De analyse in de arresten is hoofdzakelijk procedureel van aard. Over de grond van de zaak (risico op monopolievorming of niet) blijft de toetsing marginaal.⁶⁶ Wat betreft de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie verwierp het Gerecht het argument van Ryanair dat de klantenbevraging door de Commissie geen adequate informatie opleverde: tijdsdruk verantwoordde volgens het Gerecht dat deze bevraging niet op grotere schaal was uitgevoerd.⁶⁷ Als reactie op het verwijt dat de Commissie selectief was omgesprongen met de verzamelde informatie, oordeelde het Gerecht dat in complexe situaties waarbij de bewijsstukken niet allemaal één bepaalde opvatting onderbouwen, de Commissie de bewijsstukken mag evalueren in termen van bewijswaarde en relevantie.⁶⁸ Het Gerecht erkent dat econometrie en kwantitatieve analyse de beoordeling of een concentratie anti-competitieve effecten met zich kan brengen, nuttig kan ondersteunen.⁶⁹

VII. Staatssteun: staatssteun en de financiële crisis

47. Doorheen de financiële crisis die het economische landschap gedurende de afgelopen jaren heeft geteisterd en waarvan de gevolgen nog steeds voelbaar zijn, heeft de Commissie in het kader van het staatssteuntoezicht een pragmatische houding aangenomen. Zo getuigt de beslissingspraktijk van de Commis-

63 Arrest van het Gerecht van 6 juli 2010, zaak T-342/07, Ryanair Holdings plc v. Europese Commissie, nog niet gepubliceerd in de Jurispr.

64 Dit aandeelhouderschap was ondertussen gestegen tot 29,4%. Het Gerecht oordeelde dat de Europese concentratieregels in tegenstelling tot een aantal nationale regelingen niet van toepassing zijn op dergelijk minderheidsaandeelhouderschap dat geen *de iure* of *de facto* controlerend belang vertegenwoordigt in de betrokken onderneming (Aer Lingus). Omdat de voorwaarde van 'beslissende invloed' of 'zeggenschap' niet vervuld was, had de Commissie volgens het Gerecht geen enkele basis om de gevraagde vervreemding op te leggen. Voor toepassing van art. 8, lid 4, van de Concentratieverordening is controle vereist (volgens art. 8, lid 4, kan de Commissie, indien de concentratie reeds tot stand is gebracht, de betrokken ondernemingen verplichten de concentratie te ontbinden). Arrest van het Gerecht van 6 juli 2010, zaak T-411/07, *Aer Lingus plc v. Europese Commissie, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie*. Ger. T-411/07, *Aer Lingus plc v. Europese Commissie*, r.o. 62-67.

65 O. KOCH, "Yes, we can (prohibit) – The Ryanair/Aer Lingus merger before the Court", Competition Policy Newsletter 2010, afl. 3.

66 Arrest van het Gerecht van 6 juli 2010, zaak T-342/07, r.o. 488-497.

67 Arrest van het Gerecht van 6 juli 2010, zaak T-342/07, r.o. 207-213.

68 Arrest van het Gerecht van 6 juli 2010, zaak T-342/07, r.o. 215.

69 Arrest van het Gerecht van 6 juli 2010, zaak T-342/07, r.o. 115-116 en 139-195.

sie van een flexibele benadering ten aanzien van de bestaande verdragsregels over staatsteun op basis van een tijdelijk apparaat van mededelingen en richtsnoeren.

§1. Bijkomende rechtsbasis voor vrijstelling van staatsteun

48. Om het normale functioneren van de interne markt te waarborgen, stelt art. 107 VWEU een verbod in op de overdracht van staatsmiddelen, indien dit kan aangemerkt worden als een artificieel en selectief voordeel, en deze interventie van overheidswege een ongunstige weerslag heeft op de mededinging en het handelsverkeer tussen de lidstaten. Op dit principiële verbod bestaan echter uitzonderingen. Zo worden op basis van art. 107, lid 2 VWEU bepaalde interventies uit hun aard vrijgesteld van deze verbodsbepaling (*per se* vrijstellingen). De vrijstellingen in art. 107, lid 3 VWEU kennen daarentegen een facultatief karakter.

49. Tijdens de financiële crisis is de rechtsbasis voor vrijstelling van staatsteun gewijzigd cq. uitgebreid. Relevant zijn de onderdelen sub b en sub c van art. 107, lid 3 VWEU.

Klassiek wordt reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden gegrond op de Verdragsbepaling die vrijstelling van het principiële staatsteunverbod mogelijk maakt *om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken* (sub c).

Naarmate de crisis escaleerde, heeft de Commissie, om een meer omvattend beleid te kunnen voeren, zich gebaseerd op onderdeel sub b van art. 107, lid 3 VWEU. Dit onderdeel maakt facultatieve vrijstelling mogelijk voor steunmaatregelen *om de verwezenlijking van een belangrijk project van gemeenschappelijk Europees belang te bevorderen of een ernstige verstoring in de economie van een lidstaat op te heffen*. Alles draaide uiteraard om het tweede deel van deze bepaling.

50. Voor de volledigheid dient tevens te worden gewezen op de '*de minimis*'-verordening van de Commissie die het principiële verbod van art. 107, lid 1 VWEU onder bepaalde voorwaarden uitschakelt voor steunmaatregelen met geringe impact.⁷⁰ Overigens had ook de Raad op basis van art. 108 VWEU staatsteun verenigbaar kunnen verklaren, indien buitengewone omstandigheden zulks rechtvaardigen.

§2. Commissiemededelingen

51. Omwille van de rechtszekerheid heeft de Commissie mededelingen aangenomen met de toetsingscriteria op basis waarvan zij steunmaatregelen al dan

⁷⁰ Verordening (EG) Nr. 1998/2006 van de Commissie van 15 december 2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag (huidige artikelen 107 en 108 VWEU) op de-minimissteun, *Pb.*, L 379/5, 28 december 2006.

niet verenigbaar zal achten. Wegens de uitzonderlijke economische context kreeg de kaderregeling slechts een tijdelijk karakter toebedeeld. Zowel klassieke reddings- en herstructureringssteun, als (financiële) sectorspecifieke regelgeving en zelfs Europese tussenkomst met horizontale strekking komen erin aan bod.

§3. Bestaand instrumentarium: reddings- en herstructureringssteun

52. Aanvankelijk werd tijdens de (financiële) crisis opgetreden via het bestaande instrumentarium voor reddings- en herstructureringssteun.⁷¹ Terwijl reddingssteun zich concentreert op het tijdelijk (maximale duurtijd van zes maanden) creëren van de nodige ademruimte om een doeltreffend actieplan uit te werken en nijpende financiële problemen aan te pakken, beoogt herstructureringssteun een meer ingrijpende aanpak om de levensvatbaarheid van een onderneming op langere termijn te herstellen.

53. Zowel reddings- als herstructureringssteun dient ten gunste te komen van 'ondernemingen in moeilijkheden', dit zijn ondernemingen die zonder interventie vanwege de overheid op korte of middellange termijn hoogstwaarschijnlijk in faillissement zullen vervallen.⁷² Wanneer ondernemingen volgens het nationale recht aan de voorwaarden voldoen om het voorwerp te vormen van een collectieve insolventieprocedure, dan worden zij ook geacht 'in moeilijkheden' te verkeren.⁷³

54. Reddings- of herstructureringssteun kan in beginsel slechts eenmalig worden toegekend, dit om te vermijden dat ondernemingen dankzij deze steun op artificiële wijze in de markt worden gehouden. Een dergelijke interventie zou immers een foutief beeld van de werkelijkheid in het leven roepen en bovendien ongerechtvaardigde concurrentiële voordelen inhouden ten aanzien van andere actoren op de markt.⁷⁴ Er dient tevens sprake te zijn van proportionaliteit tussen de aard, duur en omvang van het steunvoornemen enerzijds en de effecten van dit voornemen op de mededinging anderzijds. Steunmaatregelen dienen bijgevolg niet langer aan te slepen dan strikt noodzakelijk. De begunstigde onderneming kan bovendien naderhand onderworpen worden aan compensatiemaatregelen om de concurrentieschade aangericht door de steun enig-

⁷¹ Zie voor verdere verduidelijking van het onderscheid en de criteria voor verenigbaarheid van beide categorieën de "Richtsnoeren inzake reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden", *Pb.*, C 244/2, 1 oktober 2004 (hierna "Communautaire richtsnoeren"). De toepassing van deze mededeling werd verlengd: *Pb.*, C 156/3, 9 juli 2009.

⁷² Communautaire richtsnoeren, randnr. 9.

⁷³ Daarnaast reikt artikel 10 van de richtsnoeren een aantal elementen aan om deze notie te verhelderen. Tenslotte geldt voor nieuw opgerichte ondernemingen, en ondernemingen die onderdeel van een groepsverband vormen of zullen vormen, een specifiek regime. Communautaire richtsnoeren, randnrs. 12-13.

⁷⁴ Communautaire richtsnoeren, randnrs. 72-77.

zins te verminderen. Daarnaast wordt ook waar mogelijk een bijdrage gevraagd van de onderneming in het vooropgestelde actieplan.⁷⁵

§4. Bijkomende maatregelen voor de financiële sector

55. Omwille van de schaal waarop steunmaatregelen ten aanzien van financiële instellingen zich opdrongen, de enorme bedragen die hierbij werden vooropgesteld en de behoefte om aanvragen snel af te handelen, zag de Commissie zich genoodzaakt ter wille van de rechtszekerheid een tijdelijk kader van richtsnoeren in het leven te roepen. Deze richtsnoeren werden verankerd in drie mededelingen die de criteria schetsen waaraan nationale steunmaatregelen voor de financiële sector moeten voldoen.

A. Bankmededeling (*Banking Communication*)

56. In het kader van de mededeling over de toepassing van de staatssteunregels op maatregelen in de financiële sector⁷⁶, komt art. 107, 3^{de} lid, sub b VWEU centraal te staan om op een meer globale wijze criteria ter evaluatie van nationale steunmaatregelen aan te reiken.⁷⁷ In dit verband werd voornamelijk aandacht besteed aan staatswaarborgen die tegemoet komen aan de verplichtingen van financiële instellingen. Ook herkapitalisatie, gecontroleerde liquidatie en andere nationale interventies worden in de richtsnoeren belicht. De maatregelen moesten tijdelijk zijn.⁷⁸

57. Nationale steunregelingen dienen op objectieve criteria te berusten en bijgevolg op non-discriminatoire wijze open te staan voor elke financiële instelling met statutaire zetel in de betrokken lidstaat.⁷⁹

Proportionaliteit vraagt ook hier om passende vergoedingen voor de verleende steun die bovendien wederom tot het strikt noodzakelijk minimum beperkt dient te blijven.⁸⁰

In de richtsnoeren wordt ook gewezen op het belang van *corporate governance*. Zo kunnen bepaalde gedragsregels worden opgelegd die een tegengewicht moeten bieden ten aanzien van agressief en risicovol marktgedrag en ten aanzien van eventuele misbruiken.⁸¹

⁷⁵ Communautaire richtsnoeren, randnrs. 38-45.

⁷⁶ Mededeling van de Commissie. De toepassing van de staatssteunregels op maatregelen in het kader van de huidige wereldwijde financiële crisis genomen met betrekking tot financiële instellingen, *Pb.*, C 270/8, 25 oktober 2008 (hierna "Bankmededeling").

⁷⁷ Bankmededeling, randnr. 9.

⁷⁸ Verwijzingen naar concrete termijnbepalingen ontbreken in de richtsnoeren, wat er echter niet op duidt dat art. 107, 3de lid, sub b onbeperkt gelding kan hebben. Zie Bankmededeling, randnr. 12.

⁷⁹ Bankmededeling, randnr. 18.

⁸⁰ Bankmededeling, randnrs. 15 en 26.

⁸¹ Bankmededeling, randnr. 27.

Met het oog op een structurele aanpak om te remediëren aan de onderliggende oorzaken voor het uitbreken van de crisis, wordt in de richtsnoeren ook de aandacht gevestigd op specifieke *opvolgingsmaatregelen* voor de globale financiële sector. Ook herstructurering of liquidatie van individuele begunstigden behoort tot de mogelijkheden.

58. Opmerkelijk is ten slotte dat de Commissie in de richtsnoeren een snellere procedurele handeling voorstelt om de lidstaten niet gedurende lange tijd in onzekerheid te laten. De Commissie verbindt er zich toe om zo vlug mogelijk op te treden, wanneer een verzoek tot goedkeuring wordt ingediend. Eventueel kan een dergelijke vraag zelfs binnen een tijdspanne van 24 uur of tijdens het weekend worden behandeld.⁸²

59. De Bankmededeling is later tijdelijk aangevuld met mededelingen van de Commissie over herstructureringssteun aan banken⁸³ (19 augustus 2009-31 december 2010) en over de toepassing vanaf 1 januari 2011 van de staatssteunregels op maatregelen ter ondersteuning van banken in het kader van de financiële crisis⁸⁴ (bijkomende richtsnoeren tot en met 31 december 2011).

60. Volgende algemene principes gelden. Eerst en vooral dienen de steuntrekende banken in staat te zijn om het op langere termijn te redden zonder staatssteun. In het kader van deze levensvatbaarheidseis neemt het herstructureringsplan een centrale plaats in. Ten tweede dienen deze banken zelf een aanzienlijke bijdrage te leveren op het gebied van de herstructureringskosten. Ten derde dienen de mededingingsverstoringen binnen redelijke perken te worden gehouden door ondermeer te voorzien in passende compenserende maatregelen.⁸⁵ De Commissie wenst nu dat de steun geleidelijk aan afgebouwd wordt. Zo legt de instelling de nadruk op het geleidelijk aan opheffen van het onderscheid tussen fundamenteel gezonde banken en noodlijdende banken die te kampen hebben met structurele problemen. Gevolg hiervan is dat elke bank die een beroep wenst te doen op staatssteun een herstructureringsplan dient voor te leggen. Dergelijke aanpak zal volgens de Commissie op termijn leiden tot meer bewustwording bij de banken dat zij bij voortschrijdend economisch herstel terug onderworpen zullen zijn aan normale marktomstandigheden zonder steun van overheidswege.⁸⁶

⁸² Bankmededeling, randnr. 53.

⁸³ Mededeling van de Commissie van 19 augustus 2009 betreffende het herstel van de levensvatbaarheid en de beoordeling van de herstructureringsmaatregelen in de financiële sector in de huidige crisis met inachtneming van de staatssteunregels, *Pb.*, C 195/9, 19 augustus 2009.

⁸⁴ Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing vanaf 1 januari 2011 van de staatssteunregels op maatregelen ter ondersteuning van banken in het kader van de financiële crisis, *Pb.*, C 329/7, 7 december 2010.

⁸⁵ H. VIAENE en D. SCHRIJVERS, "Kroniek van het Europese Mededingingsrecht", *TBM* 2009, afl. 4, 77-78.

⁸⁶ Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing vanaf 1 januari 2011 van de staatssteunregels op maatregelen ter ondersteuning van banken in het kader van de financiële crisis, *Pb.*, C 329/7, 7 december 2010.

B. Herkapitalisatiemededeling (*Recapitalisation Communication*)

61. De Herkapitalisatiemededeling⁸⁷ moet houvast bieden aan nationale overheden die tot kapitaalinjecties in de financiële sector wensen over te gaan.

Ook in deze Herkapitalisatiemededelingen komen proportionaliteitsoverwegingen aan bod, herkapitalisatie mag niet verder mag reiken dan nodig en er moet compensatie voor de verleende steun worden opgelegd.⁸⁸ Deze bekommernis om evenwicht te bewaren op de financiële markten vindt ook zijn weerslag in het vooropgestelde onderscheid tussen (a) fundamenteel gezonde ondernemingen die tijdelijk moeilijkheden ondervinden door het slechte economische klimaat en (b) ondernemingen die te kampen hebben met structurele insolventieproblemen die door de financiële crisis radicaal aan de oppervlakte zijn gekomen.⁸⁹

Steun aan deze laatste categorie houdt een groter risico in voor de mededinging, aangezien op deze wijze ondernemingen op de markt aanwezig blijven, terwijl deze onder normale omstandigheden – dat wil zeggen zonder interventie van staatswege – het niet zouden hebben overleefd. Voor deze ondernemingen dienen dan ook strengere eisen te worden gesteld, bijvoorbeeld onder de vorm van hogere vergoedingen.

62. De Commissie dringt in haar richtsnoeren ook aan op een soort van *exit strategy*. In haar evaluatie zal de Commissie immers belang hechten aan het feit of dat de betrokken steunmaatregel voldoende *incentives* in zich draagt om het aangeleverde kapitaal tijdig terug te betalen. Een vergoeding die evenredig stijgt met de verstreken tijdsduur kan hiertoe bijvoorbeeld de nodige prikkels genereren.⁹⁰

De richtsnoeren beklemtonen dat een regelmatige doorlichting moet plaatsvinden van de genomen herkapitalisatiemaatregelen. Dit gebeurt op basis van een verslag dat de lidstaten moeten indienen zes maanden na de invoering van de maatregel.⁹¹ Voorts wijst de Commissie erop dat staatssteun slechts een geoorloofde interventie inhoudt, voor zover de maatregelen gepaard gaan met een plan om een duurzame oplossing uit te werken voor de ontstane insolventie- en liquiditeitsproblemen.⁹²

⁸⁷ Mededeling van de Commissie. De herkapitalisatie van financiële instellingen in de huidige financiële crisis: beperking van de steun tot het noodzakelijke minimum en bescherming tegen buitensporige mededingingsverstoringen, *Pb.*, C 10/2, 15 januari 2009 (hierna "Herkapitalisatiemededeling").

⁸⁸ Herkapitalisatiemededeling, randnr. 25.

⁸⁹ Herkapitalisatiemededeling, randnrs. 12-13.

⁹⁰ Herkapitalisatiemededeling, randnrs. 31-34.

⁹¹ Herkapitalisatiemededeling, randnr. 40.

⁹² Herkapitalisatiemededeling, randnrs. 43-45.

C. Mededeling besmette activa (*Impaired assets Communication*)

63. De mededeling over de behandeling van aan bijzondere waardevermindering onderhevige bankactiva⁹³ duidt op de noodzaak aan verregaande transparantie en een correcte waardering van de betrokken activa. Diverse steunmethodes worden uiteengezet, waarbij de uiteindelijke keuze wordt overgelaten aan de nationale overheden. Onder meer de oprichting van een zogenaamde *bad bank* komt aan bod, waarbij de aan bijzondere waardevermindering onderhevige activa worden overgedragen aan een specifieke instelling die vervolgens op gecentraliseerde wijze het beheer er over waarneemt. Ook nationalisering en het verstrekken van garanties bij eventuele verliezen uit dergelijke activa worden belicht als mogelijke opties.

De richtsnoeren reiken tevens criteria aan voor de waardering van de aan bijzondere waardevermindering onderhevige activa en voor de vergoeding die moet verstrekt worden aan de overheid die steun verleent. Ook in het kader van deze mededeling geldt een verslagplicht over de naleving van de vooropgestelde herstructureringsplannen.

D. Maatregelen ter ondersteuning van de "reële economie": Tijdelijke Kaderregelingen

64. De Commissie heeft naast een regeling voor de financiële sector, ook de zogenaamde Tijdelijke Kaderregeling uitgewerkt die zich toespitst op de gehele reële economie. Een sectoroverschrijdende aanpak wordt hierin gehanteerd om de leenmarkt terug te laten heropleven en duurzame economische ontwikkeling te stimuleren. Na een eerste Tijdelijke Kaderregeling⁹⁴ is er op 1 januari 2011 een nieuwe Tijdelijke Kaderregeling⁹⁵ in werking getreden die in voege blijft tot en met 31 december 2011.

65. Voor zover de toets van noodzakelijkheid en proportionaliteit kan worden doorstaan, is het onder deze regeling mogelijk om tijdelijk en onder bepaalde voorwaarden steun te verlenen aan ondernemingen die geconfronteerd worden met een gebrek aan liquiditeit. Op deze manier kan aan noodlijdende ondernemingen steun worden verleend ten belope van 500.000 euro per onderneming, wat een enorme verhoging impliceert in vergelijking met het plafond van 200.000 euro dat door de *de minimis* verordening wordt vooropgesteld. De aanvraag hiertoe diende wel te zijn ingediend uiterlijk op 31 december 2010.⁹⁶

⁹³ Mededeling van de Commissie betreffende de behandeling van aan een bijzondere waardevermindering onderhevige activa in de communautaire banksector, *Pb.*, C 72/1, 27 maart 2009.

⁹⁴ Mededeling van de Commissie van 17 december 2008. Tijdelijke communautaire kaderregeling inzake staatssteun ter stimulering van de toegang tot financiering in de huidige financiële en economische crisis, *Pb.*, C 16/1, 22 januari 2009.

⁹⁵ Mededeling van de Commissie van 1 januari 2011. Tijdelijke kaderregeling van de Unie inzake staatssteun ter stimulering van de toegang tot financiering in de huidige financiële en economische crisis, *Pb.*, C 6/5, 11 januari 2011 (hierna "Tijdelijke Kaderregeling").

⁹⁶ Tijdelijke Kaderregeling, randnr. 2.2.

Het probleem van de cumul wordt in de richtsnoeren opgelost door aan te geven dat de steun niet meer mag bedragen dan 500.000 euro. Eerder verleende steun onder de *de minimis* verordening dient bijgevolg te worden afgetrokken van het maximumbedrag uit de Tijdelijke Kaderregeling.⁹⁷

66. De Tijdelijke Kaderregeling maakt het onder bepaalde voorwaarden mogelijk om rentesubsidies voor leninggaranties toe te kennen. Ook wil de regeling investeringen in de groene economie stimuleren door een specifiek regime in het leven te roepen van verlaging van rentepercentages voor investeringsleningen voor projecten ter vervaardiging van groene producten. Daarnaast verduidelijkt de regeling de werking van de Commissiemededinging over exportkredietverzekering⁹⁸ in tijden van economische malaise.

De eerste Tijdelijke Kaderregeling bevatte ook een afwijking van de Richtsnoeren uit 2006 over staatssteun ter bevordering van risicokapitaalinvesteringen in kleine en middelgrote ondernemingen,⁹⁹ maar die afwijking is uit de nieuwe Kaderregeling verdwenen.

Besluit

67. Hierboven zijn enkele – zeker niet alle¹⁰⁰ - mededingingsrechtelijke vraagstukken en actualia besproken. De onderwerpen kunnen soms technisch lijken, maar die techniciteit verbergt heel fundamentele rechtsvragen, soms van constitutionele orde.

Zo rijzen er immer meer vragen bij het louter marginaal karakter van de toetsing die het Gerecht doorvoert in kartelzaken. Het quasi-strafrechtelijk karakter van de Commissie-onderzoeken en –beslissingen in kartelzaken, gekoppeld aan (a) de verreikende sancties en (b) de concentratie van macht bij de Commissie (die niet slechts optreedt als onderdeel van de wetgever maar ook onderzoekt en sanctioneert) doet de vraag toenemen naar sterkere procedurele garanties en een meer dan marginale controle van de eindbeslissingen.

⁹⁷ Tijdelijke Kaderregeling, randnr. 2.6.

⁹⁸ Mededeling van de Commissie aan de Lid-Statens ingevolge artikel 93, lid 1, van het EG-Verdrag inzake de toepassing van de artikelen 92 en 93 van het Verdrag op kortlopende exportkredietverzekering, *Pb.*, C 281/4, 17 september 1997.

⁹⁹ *Pb.*, C 194/2, 18 augustus 2006.

¹⁰⁰ De problematiek van clementie bijvoorbeeld kwam hier slechts kort aan bod. De bescherming –of het gebrek daaraan - van de vertrouwelijkheid van correspondentie van bedrijfsjuristen (Akzo rechtspraak, zie arrest van het Hof van Justitie van 14 september 2010 in zaak C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals en Akro Chemicals / Commissie*) kwam helemaal niet aan bod, en hetzelfde geldt voor de problematiek van toezeggingen en de arresten *Alrosa* (zie in beroep het arrest van het Hof van Justitie van 29 juni 2010 in zaak C-441/07 P, *Commissie / Alrosa*). Voor een situering van die onderdelen verwijzen we naar Devroe, W. en Mattioli, E., "Actualia mededingingsrecht", in *Themis school voor postacademische vorming 51 – Handels- en economisch recht*, Brugge, die Keure, 2009, 79-102.

De vraag of een nationale rechter (onderdeel van de rechterlijke macht) verplicht is om een gedraging die de Europese Commissie (onderdeel van de uitvoerende macht) als overtreding heeft beboet, te erkennen als fout in een zaak van private afdwinging van mededingingsrecht lijkt misschien technisch maar is in wezen evenzeer constitutioneel van aard.

Qua rechtsbescherming vervult het mededingingsrecht, als op dat vlak best ontwikkelde tak van Europees recht, reeds lang een laboratoriumfunctie maar nieuwe uitdagingen (zoals het bepalen van de reikwijdte van het *ne bis in idem* beginsel) dienen zich aan.¹⁰¹

68. Over dit soort vragen mogen nadenken is een voorrecht, dit samen met zoveel alumni van deze Rechtsfaculteit mogen doen (een hele reeks *practice group* leiders en advocaten in de private praktijk, de voorzitter en leden van de Raad voor de Mededinging, de Directeur Generaal van de Algemene Directie Mededinging in de Belgische Mededingingsautoriteit, sinds dit jaar ook de Hearing Officer van de Europese Commissie, ...) is een plezier.

¹⁰¹ Zie voor achtergrond W. DEVROE, "Limits of differentiation in European Economic Law: *Ne bis in idem* and minimum versus maximum harmonisation", *Maastricht Journal of European and comparative law*, 2009, 141-148.