

Het Commissievoorstel voor een nieuwe Verordening 17: het handvest van de Brusselse revolutie

mr E.H. Pijnacker Hordijk

Op 27 september 2000 heeft de Commissie haar voorstel voor een nieuwe 'Uitvoeringsverordening van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag'¹ vastgesteld. Formeel genomen vormt de indiening van het voorstel niet meer dan de openingszet in het wetgevingsproces, maar men kan er gif op innemen dat de Commissie alles op alles zal zetten om het voorstel op hoofdlijnen door de Raad en het Parlement aanvaard te krijgen. Frappant is dat het verordeningvoorstel van de Commissie nauwelijks afwijkt van de marsroute die de Commissie reeds in haar revolutionaire Witboek van april 1999² had uitgestippeld; de Commissie is klaarblijkelijk vastberaden. Die vastberadenheid klinkt ook door in de toonzetting van de Toelichting op het voorstel. Het ligt in de bedoeling van de Commissie dat het nieuwe regime per 2003 in werking treedt.

Van onverzettelijke weerstand uit politiek relevante hoeken is tot op heden niet gebleken, en dat betekent dat men zich er vanaf nu op mag gaan voorbereiden dat over ruim twee jaar een radicaal veranderd regime voor de toepassing van de Europese mededingingsregels van kracht zal worden. Twee jaar lijkt een lange tijd, maar gelet op de ingrijpendheid van de voorgestelde wijzigingen is de periode eerder aan de korte kant.

De titel van deze beknopte – en noodgedwongen verre van uitputtende – bijdrage geeft het al aan: het Commissievoorstel behelst niet minder dan een ware revolutie. Niet in de laatste plaats omdat de Commissie voor het eerst in haar bestaan een eigen exclusief recht wil opgeven: het recht artikel 81 lid 3 EG toe te passen. Kern van het huidige, in (uitvoerings)verordening 17 uit 1962 verankerde, stelsel voor de toepassing van artikel 81 is dat de Commissie, de nationale mededingingsautoriteiten – mits daartoe ingevolge het nationale recht gemachtigd – en de nationale gerechten alle bevoegd zijn het verbod van artikel 81 lid 1 EG toe te passen, maar dat uitsluitend de Commissie de bevoegdheid heeft dat verbod buiten werking te stellen door toepassing van artikel 81 lid 3 EG. De Commissie kan twee wegen bewandelen: bij beschikking op aanvraag individuele ontheffingen verlenen en bij verordening collectieve vrijstellingen vaststellen.³ Het huidige regime heeft eigenlijk nooit goed gefunctioneerd. In 1962, rond de inwerkingtreding van Verordening 17, werd de Commissie

overspoeld met duizenden aanvragen tot toepassing van artikel 81 lid 3 EG. Hoewel de Commissie in de loop der jaren, met name door het uitvaardigen van groepsvrijstellingen, de stapel ontheffingsaanvragen drastisch heeft weten terug te dringen, is het een feit van algemene bekendheid dat de Commissie om diverse redenen, waarvan de omvang van de personele bezetting en de loodzware administratieve lasten verbonden met de veelaligheid van de Gemeenschap tot de belangrijkste behoren, niet in staat is de doorsnee ontheffingsaanvraag binnen een redelijke tijdspanne, if at all, af te handelen. Buitenwettelijke administratieve noodverbanden als de zogenaamde *comfort letters* of troostbrieven hebben de nodige verlichting geboden, maar bieden geen werkelijke oplossing, al was het maar om het gebrek aan transparantie en rechtszekerheid dat aan de buitenwettelijke 'informele ontheffingen' kleeft.⁴ Hoewel de Commissie derhalve als monopolist sinds jaar en dag niet aan de 'Höfner-test' voldoet⁵, heeft de Commissie tot 1999 angstvallig vastgehouden aan het haar in 1962 bij Verordening 17 verleende wettelijke monopolie. Waarom dan deze plotselinge omslag? De bestaande administratieve last ten gevolge van de vele ontheffingsaanvragen kan de werkelijke reden niet zijn; die last is immers de laatste jaren niet significant toegenomen.⁶ Vrees voor een volledig vastlopen van de ambtelijke

1 COM (2000) 582 def.; t.t.v. het schrijven van dit artikel nog niet gepubliceerd in het Pb. EG.

2 Witboek betreffende de modernisering van de regels inzake de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag, Programma van de Commissie nr. 99/027, d.d. 28 april 1999. Aan het Witboek is reeds uitvoerig aandacht besteed in *M&M*. Zie onder meer de bijdrage van P.V.F. Bos in *M&M* 1999, nr. 5, p. 136, de bijdrage van R.M. Hermans en S.B. Noë, in *M&M* 1999, nr. 5, p. 144 en die van R. Linschoten, *M&M* 1999, nr. 6, p. 159. Zie over het Witboek voorts onder meer Ehlermann in *CML-Rev* 2000, p. 537.

3 Zulks binnen de grenzen van daartoe door de Raad uitgevaardigde machtigingsverordeningen.

4 Vgl. de opmerkingen dienaangaande in het Witboek, rnr. 35.

5 Volgens het HvJ EG in zaak C-41/90, Höfner en Elser/Macrotron (arrest van 23 april 1991, Jur. 1991, p. I-1979) is sprake van een misbruik in de zin van artikel 82 EG in de vorm van 'beperking van de dienstverlening ten nadele van degenen die van de betrokken dienst gebruik willen maken' wanneer de onderneming in kwestie 'kennelijk niet in staat is aan de op de markt bestaande vraag [...] te voldoen'. De disbalans tussen de aantallen ontheffingsaanvragen en aantallen verleende ontheffingen wijst uit dat de Commissie kennelijk niet in staat is aan de vraag van het bedrijfsleven te voldoen.

6 De Commissie stelt in het Witboek dat veelvuldig aanvragen worden ingediend met het enkele oogmerk de toepassing van het kartelverbod van artikel 81 lid 1 EG in een procedure voor de nationale rechter te frustreren. Naar mijn eigen inschatting gaat het hier echter om een zeer kleine minderheid van het totale aantal aanvragen.

mr E.H. Pijnacker Hordijk is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Den Haag en redactielid van *M&M*.

A r t i k e l e n

molens na de voorgenomen uitbreiding van de EU naar het oosten is de ultieme – en op zich genomen volstrekt gerechtvaardigde – drijfveer.⁷

De opheffing van het wettelijk monopolie op de toepassing van artikel 81 lid 3 zou kunnen meebrengen dat de Commissie de bevoegdheid tot het verlenen van ontheffingen gaat delen met de mededingingsautoriteiten van de lidstaten. De Commissie voelt echter – om goede redenen – niets voor een dergelijke oplossing; (i) men zal criteria voor de verdeling van zaken moeten ontwikkelen die in de praktijk nimmer bevredigend zullen kunnen worden toegepast; (ii) de actieradius van de nationale mededingingsautoriteiten blijft beperkt omdat door hen verleende ontheffingen slechts binnen het eigen nationale territoir rechtskracht hebben en (iii) het uitsmeren van competenties zal slechts leiden tot een toename van het totale aantal aanvragen bij mededingingsautoriteiten.⁸ Conclusie: de bevoegdheid tot het verlenen van ontheffingen dient niet alleen bij de Commissie, maar ook bij de nationale autoriteiten te verdwijnen. Consequentie: artikel 81 lid 3 dient te worden omgevormd tot een wettelijke exceptie met directe werking. Aldus het Witboek, aldus de ontwerpverordening.

Algemene uitgangspunten van de ontwerpverordening

Onder het door de Commissie beoogde regime zijn zowel de Commissie als de nationale mededingingsautoriteiten en de nationale gerechten gelijkelijk bevoegd om artikel 81, leden 1 en 3, in hun geheel en in hun onderlinge samenhang toe te passen.⁹ De ontwerpverordening sluit op dit punt naadloos aan bij de uitgangspunten die de Commissie in het Witboek heeft geformuleerd. De mogelijkheid van verlening van individuele ontheffingen wordt afgeschaft. Ondernemingen moeten zelf beoordelen in het licht van voorhanden rechtsbronnen of hun overeenkomsten en gedragingen een eventuele toets *ex post* door de rechter of een mededingingsautoriteit aan artikel 81, leden 1 en 3, en artikel 82 kunnen doorstaan. Als tegenwicht voor het wegvallen van individuele ontheffingen wil de Commissie de eigen bevoegdheid voor het uitvaardigen, wijzigen en intrekken van groepsvrijstellingen verstevigen: de ontwerpverordening voorziet in een blanco-volmacht aan de Commissie¹⁰, waarmee de invloed van Raad en Parlement op het beleid *en passant* tot een minimum wordt gereduceerd. Ondernemingen kunnen zich nog wel tot de Commissie richten met een verzoek om een standpuntbepaling, maar een *recht* op enige uitspraak, laat staan op een formele beschikking, kunnen zij niet doen gelden. Immers, zo meent de Commissie, creëert men wél een recht, dan komt via de achterdeur het machtigingssysteem weer terug. Niet voor niets bepaalt artikel 10 van de ontwerpverordening dat de Commissie ‘in het algemeen belang van de Gemeenschap, ambtshalve bij beschikking’ kan vaststellen dat een bepaalde overeenkomst buiten het bereik van artikel 81 valt, hetzij omdat niet aan de voorwaarden van lid 1 is voldaan, hetzij omdat aan de voorwaarden van lid 3 is vol-

daan. Deze negatieve verklaringen-nieuwe-stijl kan de Commissie in onbeperkte discretie al dan niet afgeven.

Mijns inziens schuilt hierin de kern van de ontwerpverordening: de Commissie beoogt zichzelf maximale beleidsmatige en procedurele bewegingsvrijheid te verschaffen, zowel jegens de communautaire politieke organen als jegens ondernemingen die aan het mededingings-toezicht door de Commissie zijn onderworpen. De Commissie wil zich op basis van een autonome prioriteitsstelling kunnen concentreren op het effectiever vervolgen van de ernstige inbreuken. In de Toelichting bij de ontwerpverordening stelt de Commissie het nog eens onomwonden: voornaamste doelstelling van de herziening is ‘ervoor te zorgen dat alle mededingingsautoriteiten hun aandacht kunnen toespitsen op datgene wat verboden is.’¹¹

Die eenzijdige aandacht op datgene wat verboden is, is niet alleen onevenwichtig, maar ook onwenselijk. In het Witboek en ook in de ontwerpverordening met Toelichting blijkt de Commissie zich onvoldoende te realiseren dat voor een goede werking van het mededingingsrecht onontbeerlijk is dat de adressaten niet alleen negatieve feedback, maar ook voldoende positieve *guidance* kunnen krijgen van de bevoegde autoriteiten. De verwachting is overigens dat het in de praktijk wel zal loslopen. De Commissie heeft ook in het recente verleden laten blijken in haar beleidsvorming een open oog te houden voor nieuwe ontwikkelingen in het economisch verkeer. De vlotte positiebepaling van de Commissie met betrekking tot *e-market places* is veelzeggend. Dat alles laat onverlet dat de ontwerpverordening te veel de nadruk legt op bewegingsvrijheid voor de Commissie en te weinig oog heeft voor de legitieme behoefte aan *guidance* in concrete casusposities van de kant van het bedrijfsleven.

De eenzijdigheid van de plannen van de Commissie springt te meer in het oog wanneer men de positie van de normsubjecten vergelijkt met die van ‘klagers’. Terwijl normsubjecten op geen enkel handelen van de Commissie aanspraak kunnen maken, dienen klagers, aldus de Commissie in het Witboek¹², binnen uiterlijk vier maanden na indiening van een klacht bij de Commissie te kunnen rekenen op een voor beroep vatbare standpuntbepaling. Deze

7 Zie het Witboek, nr. 40. Het is evident dat bij de volgende uitbreidingen van de Unie de Commissie wederom bedolven zal worden onder grote aantallen aanvragen.

8 Zie het Witboek, nr. 58 e.v.

9 Artikelen 4-6 van de ontwerpverordening.

10 Artikel 28 ontwerpverordening. Daarnaast is de bedoeling dat in de nieuwe horizontale verordening de in de individuele groepsvrijstelling geregelde mogelijkheid voor de Commissie om in individuele gevallen de groepsvrijstelling *ex nunc* in te trekken te vatten in een algemene regeling. Een vergelijkbare intrekingsbevoegdheid krijgen de nationale mededingingsautoriteiten, doch uitsluitend voor gevallen waarin sprake is van (sub)nationale markten die als zodanig afgescheiden geografische markten vormen. Zie voor dit alles artikel 29 van de ontwerpverordening.

11 Toelichting bij de ontwerpverordening, artikelsgewijs commentaar bij artikel 10.

12 Rnr. 120.

A r t i k e l e n

gedachte heeft nog geen concrete invulling gekregen in de ontwerpverordening.¹³ Voorlopig beperkt de ontwerpverordening zich tot het herbevestigen van het in Verordening 17 ook reeds opgenomen klachtrecht¹⁴, alsmede tot het opnemen van de bepaling dat de klagers 'nauw' bij inbreukprocedures worden betrokken.¹⁵ Deze verhoudingsgewijs overmatige aandacht voor de positie van klagers miskent dat klachten – zeker in samenhang met het beroepsrecht ex artikel 230 EG – ook thans reeds een minstens even effectieve belemmering voor een doelmatig opereren van de Commissie vormen als de door de Commissie gewraakte ontheffingsverzoeken.¹⁶ Mijns inziens behoeft de positie van klagers onder de ontwerpverordening herijking. Deze noodzaak dringt zich eens te meer op waar de processuele mogelijkheden voor potentiële klagers voor nationale mededingingsautoriteiten en gerechten ten gevolge van de herstructureringsoperatie ook reeds worden versterkt.

Herdefinitie van de verhouding tussen het Europese en het nationale mededingingsrecht

Een van de sleutelbepalingen van de conceptverordening is artikel 3, dat bepaalt dat wanneer overeenkomsten, etc. in de zin van artikel 81 en misbruiken van een economische machtspositie in de zin van artikel 82 de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden, uitsluitend het communautaire mededingingsrecht van toepassing is.¹⁷ Voor de Nederlandse situatie betekent dit dat het toepassingsbereik van de artikelen 6 en 24 Mededingingswet drastisch wordt teruggedrongen.¹⁸ Het nationale kartelverbod en verbod van misbruik van een economische machtspositie kunnen nog slechts worden toegepast op gedragingen waarvan de invloed op de tussenstaatse handel niet merkbaar is in de zin van de rechtspraak van het Hof van Justitie. Aangezien de grens van het toepassingsbereik van het Europese mededingingsrecht in de praktijk niet zelden aanmerkelijk minder gemakkelijk te trekken valt dan men wel zou willen, zullen met name de nationale mededingingsautoriteiten in grensgevallen moeten opteren voor een alternatieve toepasselijkheidsverklaring van Europees en nationaal mededingingsrecht. Belangrijk praktisch gevolg van artikel 3 is dat ondernemingen worden ontslagen van de noodzaak om een mededingingsbeperkende overeenkomst die thans binnen het bereik van zowel het communautaire als het mededingingsrecht valt bij zowel de Commissie als een of meer nationale mededingingsautoriteiten aan te melden. En zulks zonder dat de nationale wetgeving behoeft te worden aangepast.¹⁹ In de Nederlandse situatie betekent dit dat zonder wetwijziging het ontheffingsregime met aanmeldingsplicht nog slechts geldt voor overeenkomsten die geen invloed op het tussenstaatse handelsverkeer sorteren. Een ongerijmde en onwenselijke gedachte: een relatief zwaarder regime voor overeenkomsten van ondergeschikte betekenis. De consequentie zal zijn dat het binnenlandse regime van aanmeldingen en ontheffingverlening door de NMa zal moeten komen te vervallen.

Bevoegdheden van de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten

De bevoegdheden van de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten gaan in belangrijke mate parallel lopen, zij het dat de positie van de Commissie verder wordt versterkt. De Commissie behoudt de bevoegdheid tot repressief optreden die zij reeds onder Verordening 17 bezat, al dan niet gepaard gaand met de oplegging van boetes. Nieuw is dat de Commissie nu ook de mogelijkheid wil verkrijgen om 'maatregelen van structurele aard' op te leggen²⁰, waarbij met name dient te worden gedacht aan het afstoten van activa en andere '*structural remedies*' zoals wij deze kennen uit de fusiecontrolepraktijk. Maatregelen van structurele aard lijken met name geëigend bij structureel misbruik van (collectieve dan wel enkelvoudige) machtspositie. Voor de goede orde wordt in de ontwerpverordening expliciet bevestigd²¹ dat de Commissie bevoegd is tot de vaststelling van een inbreuk te besluiten in gevallen waarin de inbreuk reeds is beëindigd. De bevoegdheid van de Commissie om in dringende gevallen bij beschikking voorlopige maatregelen te gelasten wordt nu eindelijk gecodificeerd.²² Nieuw is slechts dat de maximumduur van voorlopige maatregelen wordt beperkt tot

13 Blijkens de Toelichting, algemeen deel onder C.1.c. is de Commissie (onverminderd) voornemens een en ander in een bekendmaking te regelen.

14 De formele vastlegging van dit klachtrecht vormt de sleutel tot het beroepsrecht van klagers onder artikel 234 EG.

15 Artikel 26 lid 1 in fine van de ontwerpverordening.

16 Laatst trachtte schrijver dezes telefonisch de NMa te bereiken. Na vijf minuten werd de telefoon alsnog opgenomen, waarna de altijd even vriendelijke en behulpzame telefoniste zich opgewekt verontschuldigde met de mededeling dat zij zojuist een klager aan de lijn had gehad. Als meer serieuze noot ware op te merken dat klagers met hun uitgebreide procedurele rechten het verloop van inbreukprocedures aanzienlijk kunnen vertragen en compliceren. De Commissie blijkt dan ook in concrete zaken niet zelden een actief ontmoedigingsbeleid in de richting van potentiële klagers te voeren. De praktijk wijst uit dat de Commissie dikwijls aanzienlijk sneller bereid is een belanghebbende te woord te staan, indien deze van tevoren uitdrukkelijk bevestigt dat hij niet voornemens is een formele klacht in te dienen.

17 De formulering van het concept is niet helemaal gelukkig. Bedoeld is ongetwijfeld te stellen dat tevens sprake moet zijn van beïnvloeding van de handel *in de zin van artikel 81 resp. artikel 82*. Anders gezegd: de zinsnede 'in de zin van [...]' zou tevens dienen terug te slaan op 'de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden.'

18 Voor Nederland maakt dit in de praktijk weinig verschil, omdat de artikelen 6 en 24 Mw klonen zijn van de artikelen 81 en 82 EG. Voor lidstaten met een afwijkend nationaal stelsel, in het bijzonder Duitsland, zijn de praktische implicaties veel ingrijpender.

19 De Nederlandse Mededingingswet is nog altijd niet in lijn gebracht met het gewijzigde communautaire aanmeldingsregime voor verticale overeenkomsten. Dergelijke overeenkomsten behoeven op communautair niveau niet meer vooraf te worden aangemeld, onder de Mededingingswet echter nog wel. Deze ongerijmdheid vervalt met de inwerkingtreding van de opvolger van Verordening 17, zonder dat de Mededingingswet behoeft te worden gewijzigd.

20 Artikel 7 lid 1 van het ontwerp.

21 Ibidem.

22 Deze bevoegdheid is door het Hof van Justitie reeds erkend in het arrest in de zaak 792/79 R, Camera Care van 17 januari 1980, Jur. 1980, p. 0119.

Artikelen

een jaar. Aangezien de mogelijkheid van verlenging niet wordt uitgesloten, lijkt de praktische betekenis van deze inperking beperkt. Nieuw is dat de Commissie uitdrukkelijk de bevoegdheid krijgt om in het kader van een inbreukprocedure door ondernemingen gedane toezeggingen een verbindend karakter te verlenen. Het fenomeen van de negatieve-verklaringen-nieuwe-stijl is in het voorgaande reeds besproken.

De zojuist besproken bevoegdheden zullen ingevolge artikel 5 van de conceptverordening eveneens toekomen aan de nationale mededingingsautoriteiten, met dien verstande dat beschikkingen van die autoriteiten uitsluitend binnen de betrokken nationale jurisdictie formele rechtskracht zullen hebben.

Nieuw is de mogelijkheid die de Commissie zichzelf wil verlenen om bij verordening met betrekking tot bepaalde soorten overeenkomsten etc. een 'registratieverplichting' in het leven te roepen.²³ Dit voornemen komt uit de lucht vallen,²⁴ en de toelichting op de voorgestelde bepaling is al even obscuur als de voorgestelde bepaling zelf. Niet is duidelijk welk doel een dergelijke registratieplicht zou moeten dienen, welke mate van openbaarheid resp. beslotenheid een op te zetten register zal hebben, noch wat de Commissie, resp. de nationale autoriteiten met de te registreren informatie mogen doen. En *last but not least*, bedacht moet worden dat een registratieplicht onvermijdelijk is met het verbod van zelfincriminatie en met een verbodsstelsel,²⁵ wat het Verdragstelsel onverminderd blijft. Het lijkt mijns inziens dan ook geen twijfel dat de registratieplicht als door de Commissie voorgesteld er niet behoort te komen.

Samenwerking tussen de Commissie en nationale instanties en gerechten

Het hoofdstuk dat de samenwerking regelt tussen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten en gerechten behoort tot het meest controversiële van het ontwerp. Duidelijk is dat de Commissie haar eigen rol als spin in het Europese mededingingsweb beoogt te versterken. Naast de herijking van de bestaande balans tussen de rechten van mededingingsautoriteiten en die van ondernemingen ten faveure van eerstgenoemden, is dit het tweede kernpunt van de ontwerpverordening.

De sleutelrol van de Commissie bij de toepassing van het mededingingsrecht in Europa wordt versterkt door de verplichting voor de lidstaten om de Commissie te informeren over ieder voornemen om een repressieve beschikking²⁶ op grond van artikel 81 of 82 EG te nemen. Meer in het bijzonder dienen de lidstaten uiterlijk een maand voordat zij een beschikking nemen aan de Commissie 'een samenvatting van de zaak alsook afschriften van de belangrijkste in de loop van de procedure opgestelde documenten' toe te zenden.²⁷ Deze informatieverplichting dient te worden gezien in samenhang met de uitsluiting van gelijktijdige toepasselijkheid van het Europese mededingingsrecht en het nationale mededingingsrecht van de lid-

staten,²⁸ alsmede met de mogelijkheid voor de Commissie om wanneer het haar goeddunkt een procedure in te leiden 'die tot het geven van een beschikking op grond van deze verordening moet leiden', met als gevolg dat de bevoegdheid van de lidstaten om tegen overeenkomst of gedraging op te treden vervalft.²⁹ De Commissie heeft derhalve na ontvangst van de informatie over voorgenomen optreden door een nationale instantie de gelegenheid zelf een procedure te openen en aldus de nationale autoriteit de wind uit de zeilen te nemen. De Commissie dient op haar beurt de lidstaten afschriften toe te zenden van 'de belangrijkste documenten' die zij met het oog op het geven van de artikelen 7, 8, 9 en 10 heeft verzameld.³⁰ Bedacht moet evenwel worden dat de lidstaten met deze informatie weinig kunnen doen, doordat de Commissie met het inleiden van een procedure die moet leiden tot een beschikking de mogelijkheid van gelijktijdig optreden van de nationale mededingingsautoriteiten reeds heeft uitgesloten.

Voor de positie van ondernemingen is aanzienlijk ingrijpender het voorgestelde nieuwe artikel 12, waarvan de tekst luidt als volgt:

- 1 Niettegenstaande hiermee strijdige bepalingen van nationaal recht, kunnen de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten elkaar om het even welke gegevens, zowel van feitelijke als van juridische aard, met inbegrip van vertrouwelijke inlichtingen, meedelen en als bewijsmiddel gebruiken.
- 2 De overeenkomstig lid 1 meegedeelde gegevens mogen uitsluitend met het oog op de toepassing van het communautaire mededingingsrecht worden gebruikt. De enige sancties die op grond van de meegedeelde gegevens kunnen worden opgelegd, zijn sancties van gelijke aard.

²³ Artikel 4 lid 2 van de ontwerpverordening.

²⁴ Naar verluidt is deze bepaling op aandringen van de Duitse overheid in het ontwerp beland; wellicht is zij bedoeld als politiek wisselgeld voor artikel 3 van de nieuwe verordening. Dat is echter nog geen valide reden om deze onwenselijke bepaling in de eindversie te laten doordringen.

²⁵ Dit in tegenstelling tot een misbruikstelsel, zoals Nederland dat tot 1998 kende met de Wet economische mededinging.

²⁶ Het gaat hier blijkens artikel 11 lid 4 van de ontwerpverordening om 'een beschikking tot beëindiging van een inbreuk, een beschikking tot aanvaarding van toezeggingen of een beschikking tot intrekking van een groepsvrijstelling.' Beschikking houdende een verklaring van niet-toepasselijkheid van artikel 81 of 82 wordt merkwaardig genoeg niet meegenomen.

²⁷ Artikel 11 lid 4 van de ontwerpverordening.

²⁸ Anders gezegd: nationale mededingingsautoriteiten dienen de Commissie te informeren over ieder voornemen op te treden tegen een overeenkomst of gedraging die een mogelijk effect heeft op de tussenstaatse handel.

²⁹ Aldus artikel 11 lid 6 van de ontwerpverordening.

³⁰ Dat wil zeggen met het oog op het nemen van beschikkingen houdende vaststelling van een inbreuk, houdende oplegging van voorlopige maatregelen, het aanvaarden en verbindend verklaren van toezeggingen, resp. houdende een vaststelling van niet-toepasselijkheid van artikel 81 of 82 EG.

A r t i k e l e n

Met deze ontwerpbevestiging probeert de Commissie het Spaanse-bankenarrest³¹ van het Hof van Justitie naar de geschiedenisboeken te verbannen; ingevolge dat arrest mogen tussen de Commissie en nationale mededingingsautoriteiten uitgewisselde gegevens immers niet als bewijsmiddel door de ontvangende autoriteit worden gebruikt in eigen procedures. Lid 1 leidt ertoe dat de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten zonder enige restrictie gegevens van welke aard dan ook kunnen uitwisselen en bovendien in eigen procedures als bewijsmiddel kunnen gebruiken, zonder dat rechterlijke instanties adequaat toezicht op herkomst en gebruik van die informatie kunnen uitoefenen. De vraag of het betreffende bewijs rechtmatig is verkregen laat zich moeilijk toetsen, omdat het bewijs kan zijn verkregen door een andere autoriteit dan de autoriteit wiens (eind)beslissing vatbaar is voor beroep. Ondernemingen hebben geen enkele waarborg meer dat informatie die zij om welke reden, of in welk kader dan ook – bijvoorbeeld in het kader van een fusiecontrolemelding – aan enige mededingingsautoriteit binnen de EU melden, niet vrijelijk tussen alle mededingingsautoriteiten kan circuleren en tegen hen gebruikt kan worden. Een dergelijke ongelimiteerde vrijheid gaat naar mijn smaak veel te ver. Het bepaalde in lid 2 is geen reële inperking van de vergaande bevoegdheden die lid 1 biedt, maar een krap uitgesneden schaamlap: aangezien iedere overeenkomst of gedraging met mogelijke gevolgen voor de tussenstaatse handel in de toekomst uitsluitend nog onder het toepassingsbereik van het communautaire mededingingsrecht valt, is de betekenis van de eerste volzin van lid 1 gering. De laatste volzin biedt hooguit een vrijwaring tegen sancties van structurele aard en voorlopige maatregelen, maar niet tegen de in de praktijk veel belangrijker en frequenter sanctie van de (hoge) geldboete.

Opvallend is dat de ontwerpverordening enkel ziet op verticale informatie-uitwisseling tussen de Commissie en nationale autoriteiten, en niet op horizontale informatie-uitwisseling tussen nationale autoriteiten onderling. Dit is een lacune die in de definitieve versie van de verordening opvulling behoeft. Voor gevallen van parallel optreden van nationale autoriteiten tegen een en dezelfde overeenkomst of gedraging bepaalt de ontwerpverordening slechts dat 'het feit dat één autoriteit de zaak behandelt, een voldoende grond voor de andere autoriteiten om de klacht af te wijzen of de door hen gevoerde procedure op te schorten.' Daargelaten dat de ontwerpverordening niet regelt dat en hoe nationale mededingingsautoriteiten elkaar wederzijds van hun handel en wandel bij de toepassing van de communautaire mededingingsbepalingen op de hoogte houden, is niet voorzien in enig allocatiemechanisme, laat staan enige waarborg tegen synchroon of consecutief optreden van twee of meer autoriteiten ten aanzien van dezelfde overeenkomst of gedraging. In het Witboek stelt de Commissie nog dat 'in de nieuwe verordening het beginsel (zou) moeten worden ingeschreven dat dezelfde feiten geen twee keer mogen worden bestraft, en dat geen verschillende

maatregelen mogen worden genomen om de gerezen bezwaren uit de weg te ruimen, in de vorm van door de ondernemingen jegens een nationale autoriteit of jegens de Commissie aangegane verbintenissen.'³² In de ontwerpverordening vindt men echter niets van dit al. Opnieuw een lacune die in de definitieve versie zal moeten worden opgevuld.

Ook ten aanzien van de nationale gerechten wil de Commissie haar superviserende en coördinerende rol versterken: rechterlijke instanties worden verplicht alle uitspraken waarin aan de artikelen 81 en 82 EG toepassing wordt gegeven binnen een maand na dato aan de Commissie toe te zenden. De Commissie wil als *amicus curiae* schriftelijke of mondelinge opmerkingen kunnen indienen in iedere willekeurige procedure voor een nationale rechter waarin een vraag rond de toepassing van het Europese mededingingsrecht rijst, en wenst met het oog daarop de mogelijkheid te hebben om de betreffende gerechten te 'verzoeken alle noodzakelijke bescheiden te doen toekomen.' De nationale mededingingsautoriteiten dienen ingevolge het voorstel overeenkomstige interventierechten te krijgen voor hun nationale gerechten. Nog daargelaten dat processtukken in een civiele procedure niet toegankelijk behoren te zijn voor derden, is het voorstel van de Commissie volstrekt onverenigbaar met de beginselen van een goede procesorde en met de uitgangspunten van de decentralisatie-exercitie.³³ Waar ondernemingen zich niet langer tot de Commissie kunnen wenden met een verzoek om een standpuntbepaling in het kader van een met de vereiste procedurele waarborgen omklede administratieve procedure, gaat het omgekeerd niet aan dat de Commissie naar believen zou kunnen tussenkomen in geschillen tussen private partijen teneinde op een wijze die haar goeddunkt – en zonder onderworpen te zijn aan de procedurele waarborgen van een behoorlijke administratieve procedure en zonder de mogelijkheid van beroep op de Gemeenschapsrechter – aanwijzingen te geven aan de betrokken rechterlijke instantie. De conclusie zal moeten zijn dat de initiatieven van de Commissie op dit punt dienen te worden afgewezen. Waar de Commissie een grotere rol wil toekennen aan de civiele rechter, dient zij de onafhankelijkheid van de civiele rechter, en de uitgangspunten van de civiele procesorde te respecteren. Een en ander uiteraard onverminderd de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen ingevolge artikel 234 EG.

31 Zaak C-67/91, Asociación Española De Banca Privada e.a., Jur. 1992, p. 4820.

32 T.a.p., nr. 98.

33 Het moge zo zijn dat het Bundeskartellamt in Duitsland thans over overeenkomstige rechten beschikt, maar dat valt veeleer toe te rekenen aan de bijzonderheden rond de totstandkoming van de Bondsrepubliek dan aan iets anders.

Onderzoeksbevoegdheden

Ook dit hoofdstuk van de ontwerpverordening bevat enkele opvallende nieuwtjes ten opzichte van Verordening 17. Ik som de belangrijkste kort op. De Commissie wil de mogelijkheid krijgen bewijs te verzamelen door het inwinnen van mondelinge verklaringen, enerzijds in het kader van verificatiebezoeken³⁴, anderzijds door het horen van 'alle natuurlijke personen of rechtspersonen die mogelijk over nuttige inlichtingen beschikken' buiten het kader van verificaties. Met name op het laatste onderdeel zijn de ontwerpverordening en de toelichting dermate lapidair, dat een nadere invulling van de bevoegdheden van de Commissie (wie, wat, hoe, waar?) onontbeerlijk is. Men zou menen dat op dergelijke verhoren de basisregels van het strafprocesrecht (zwijgrecht, recht op bijstand van een advocaat) van toepassing zouden moeten worden verklaard. Met de thans voorgestelde regeling heeft de Commissie (opnieuw) te weinig oog voor de gerechtvaardigde belangen van anderen dan haarzelf.

Nieuw is voorts de mogelijkheid voor de Commissie om, na verkregen rechterlijke machtiging, huiszoeking te verrichten bij directeuren en personeelsleden van ondernemingen die voorwerp van onderzoek vormen. Deze uitbreiding van de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie lijkt op zich genomen legitiem.

Laatste noviteit is de mogelijkheid voor nationale autoriteiten om namens zusterautoriteiten binnen het eigen nationale territorium verificaties uit te voeren met het oog op de vaststelling van een inbreuk op het *Europese* mededingingsrecht.³⁵ Het is maar de vraag of deze bevoegdheid echt nodig is. Als het aan de Commissie ligt kunnen immers nationale autoriteiten en de Commissie in volledige vrijheid door elk van hen verzamelde gegevens uitwisselen en als bewijs gebruiken. Een mededingingsautoriteit behoeft geen machtiging van een andere mededingingsautoriteit om informatie in te zamelen en naar laatstgenoemde door te spelen.

Sancties

Het hoofdstuk inzake sancties bevat enkele opvallende wijzigingen ten opzichte van het huidige regime. Ten eerste worden de (relatief lage) maximumbedragen³⁶ voor boetes wegens schending van procedurele verplichtingen verhoogd en vervangen door een plafond van 1% van de jaaromzet. Bij de 'gewone' boetes blijft het plafond van 10% van de jaaromzet gehandhaafd en vervalt de obsoleete verwijzing naar vaste bedragen als maxima. Het plafond van 10% gaat ook gelden voor niet-nakoming van voorlopige maatregelen en van door de Commissie verbindend verklaarde toezeggingen. Bij de dwangsommen wordt een nieuw plafond van 5% van de gemiddelde dagelijkse omzet ingevoerd.

Nieuw is voorts artikel 22 lid 4, dat de Commissie in staat moet stellen om, ingeval een boete is opgelegd aan een ondernemersvereniging en die vereniging insolvent is, de boete te verhalen op ieder willekeurig lid van de vereniging tot een maximum van 10% van de jaaromzet van dat lid. Aldus probeert de Commissie te ontkomen aan het gegeven dat naar het recht van (vermoedelijk) de meeste zo niet alle lidstaten leden van een vereniging niet aansprakelijk kunnen worden gehouden voor de schulden van die vereniging. De Commissie gaat met de voorgestelde bepaling wel zeer kort door de bocht. Boetes zullen zelden of nooit 10% van de totale omzet van alle leden van een ondernemersvereniging bedragen, en er is geen enkele goede reden waarom de Commissie de vrijheid zou mogen hebben bovenproportionele gedeeltes van de aan een ondernemersvereniging opgelegde boetes op een of meer willekeurig geselecteerde leden van die vereniging te verhalen.³⁷ De eenzijdigheid van het Commissievoorstel wordt nog eens onderstreept door het feit dat niet is voorzien in mogelijkheden voor de aangesproken leden om verhaal te zoeken op hun medeleden. Anders gezegd, de Commissie hevelt het incassorisico volledig over naar willekeurig door haar te selecteren leden. Indien de Commissie individuele leden van een vereniging wenst te laten betalen, dient zij tegen die individuele leden een boetebeschikking te nemen. De onhoudbaarheid van het voorstel van de Commissie wordt nog eens versterkt wanneer men bedenkt dat de Commissie eerst tot incassomaatregelen zal (kunnen) overgaan nadat de beroepstermijn van artikel 230 EG is verstreken. De Commissie heeft, anders gezegd, de vrijheid verhaal te zoeken op individuele leden die geen beroep tegen de beschikking (blijken te) hebben ingesteld en dat ook niet meer kunnen.

In het voorgaande is er reeds op gewezen dat een in het Witboek aangekondigde *ne bis in idem*-regel vooralsnog ontbreekt.

In het voorgaande is er reeds op gewezen dat een in het Witboek aangekondigde *ne bis in idem*-regel vooralsnog ontbreekt.

Slotopmerkingen

Het is ondoenlijk om in dit korte bestek alle nieuwigheden van de ontwerpverordening de revue te laten laten. Een ding is duidelijk: de ontwerpverordening luidt de grootste revolutie in die het mededingingsrecht in Europa tot nu toe heeft meegemaakt. Hoewel het pleidooi van de Commissie in het Witboek, en nu ook weer in de (Toelichting op de) ontwerpverordening niet vrij is van politiek opportunisme en van doelredeneringen,³⁸ kan men moeilijk ontkennen dat het huidige systeem de eerstvolgende uitbreidingsoperatie van de Unie – wat men daar overigens van moge denken – niet zal overleven. Ook kan men de

34 Artikel 20 lid 2 sub f van de ontwerpverordening.

35 Artikel 21 van de ontwerpverordening.

36 Tot nog toe 5000 euro, zie artikel 15 lid 1 van Verordening 17.

37 Stel dat de aan een ondernemersvereniging opgelegde boete 1% van de gezamenlijke jaaromzet van alle leden beloopt. De Commissie zal dan de volledige boete doorgaans op één of een klein aantal van de grootste leden kunnen verhalen.

38 Onder meer waar wordt gesuggereerd dat het communautaire stelsel voldoende is gerijpt om zonder grote problemen in volle omvang – artikel 81 leden 1 en 3 – door de nationale gerechten van de lidstaten te worden toegepast.

A r t i k e l e n

Commissie moeilijk een gebrek aan politieke visie en durf verwijten. Dat alles laat onverlet dat het thans voorliggende voorstel te zeer is toegespitst op de eigen belangen en wensen van de auteur zelf. Dat is op zich niet verwonderlijk, maar is wel iets dat in het verdere verloop van het wetgevingsproces bijstelling behoeft. De rechtspositie van de aan het mededingingsrecht onderworpen ondernemingen komt onder het huidige voorstel te zeer in het gedrang. Het betreft hier niet alleen de procedurele positie in het kader van onderzoeken naar mogelijke inbreuken, maar ook het ontbreken van ieder recht op positieve actie van de zijde van enige mededingingsautoriteit, alsook de onbeperkte mogelijkheden voor mededingingsautoriteiten om vertrou-

welijke gegevens met betrekking tot die ondernemingen uit te wisselen en als bewijs te gebruiken. Kortom: het laatste woord over de ontwerpverordening is nog niet gezegd.

Tot slot: de revolutie op Europees niveau zal ook tot wijzigingen van de Nederlandse Mededingingswet moeten leiden. De materiële normen van de wet zullen nog slechts van toepassing zijn op overeenkomsten en gedragingen die geen effect op de tussenstaatse handel sorteren. Het is ondenkbaar dat voor deze ondergeschikte categorie het bestaande stelsel van aanmeldingen en ontheffingen kan blijven gelden. Kortom: ook in de Mededingingswet zal het stelsel van de wettelijke uitzondering moeten worden geïncorporeerd.