

# Artikel

## Tien jaar Verordening (EG) nr. 1/2003: een succesverhaal zonder meer?

Enkele bedenkingen bij de decentralisatie van de handhaving door Verordening (EG) nr. 1/2003

Laura Parret en Gerard van der Wal\*

4

### Inleiding

#### Opzet

In een overzichtsartikel in dit blad in 2003 sloot Floris Vogelaar af met de woorden dat het even wennen zou worden met het nieuwe stelsel dat door Verordening (EG) nr. 1/2003 werd geïntroduceerd.<sup>1</sup> Hij wierp zoals vele van de commentatoren in die periode de nodige vragen op over de (gewijzigde) rol van de verschillende actoren in de handhaving van de mededingingsregels.<sup>2</sup> Laconiek besloot hij toen dat de Commissie wel voor-

stellen zou doen tot wijziging van de verordening als dat nodig zou zijn.

Anno 2015 zijn we het stelsel alleszins gewend en kunnen we zien waar het toe heeft geleid, of de vragen en zorgen terecht zijn gebleken en of de vooropgestelde doelstellingen zijn gehaald. Vaststelling is alvast dat de Commissie tot op heden zelf geen concrete voorstellen heeft gedaan om de verordening te wijzigen. Haar recente evaluatierapporten wijzen er ook niet op dat echt ingrijpende wijzigingen te verwachten zijn. Is daarmee gezegd dat het nieuwe, gedecentraliseerde handhavingssysteem zoals door Verordening (EG) nr. 1/2003 in het leven geroepen, zonder meer een succesverhaal is?

Hierna bespreken wij enkele vernieuwingen van Verordening (EG) nr. 1/2003 in twee grote clusters. We concentreren ons op de decentralisatieaspecten: de invoering van de wettelijke uitzondering en de positie van de rechter enerzijds, en de mechanismen van samenwerking met nationale autoriteiten (hierna: NMA's) anderzijds.<sup>3</sup> Bij de bespreking wordt geen exhaustief overzicht nagestreefd maar wordt een stand van zaken opgemaakt in het licht van de zorgen die bij de inwerkingtreding van de verordening werden geuit en de doelstellingen

\* Mr. L.Y.M. Parret is advocaat en partner bij Houthoff Buruma. Mr. G. van der Wal is advocaat en partner bij Houthoff Buruma.

1. F. Vogelaar, 'De nieuwe Raadsverordening (EG) 1/2003 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag. Een eerste verkennende overzicht', *M&M* 2003/1, p. 21-27. Voor een uitvoerige bespreking zie ook in twee delen, A. Riley, 'EC Antitrust. Modernisation: The Commission Does Very Nicely – Thank You! Part One: Regulation 1 and the Notification Burden', *ECLR* 2003, nr. 11 en 'EC Antitrust Modernisation: The Commission Does Very Nicely – Thank You! Part Two: between the Idea and the Reality: Decentralisation under Regulation 1', *ECLR* 2003, nr. 12.

2. P.V.F. Bos, 'Modernisatie van de toepassing van de Europese mededingingsregels en de rechterlijke macht', *M&M* 1999/5, p. 136-143; T.M. Snoep, 'Samenwerking tussen de Commissie en de Nederlandse rechter na invoering van verordening 1/2003', *M&M* 2003/6, p. 198-202; M.C.M. van Dijk, 'Modernisering van het mededingingsrecht; de civiele rechter is er klaar voor, de partijen ook?', *M&M* 2004/1, p. 4-11; J. Steenbergen, 'De nationale rechter en een coherente handhaving van de mededingingsregels na 1 mei 2004', *Rechtskundig Weekblad* 2004-2005, nr. 9, p. 321-325.

3. Een aantal bepalingen van de verordening komen hierna verder niet aan bod zoals de verjaringsbepalingen in art. 25 en 26, de bepalingen inzake vrijstellingsverordeningen en de algemene en de overgangsbepalingen in de hoofdstukken X en XI. De hervormingen in de onderzoeksprocedure bij de Commissie zelf en de nieuwe instrumenten waarover ze beschikt, vormen evenmin het onderwerp van deze bijdrage.

die destijds werden geformuleerd.<sup>4</sup> Kort gezegd waren die doelstellingen: het vrijmaken van menskracht bij de Commissie om de werkelijk schadelijke internationale kartels (en misbruikzaken) op te sporen, de lidstaten een belangrijkere rol te geven in de handhaving van de mededingingsregels en de eigen onderzoeksbevoegdheden en procedure bij de Commissie te verscherpen en te actualiseren. De op til staande uitbreiding met tien nieuwe lidstaten in 2004 was een duidelijke incentive om het handhavingssysteem te hervormen en verklaart ook mede de nadruk die de verordening legt op uniforme en coherente toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU in de Unie.<sup>5</sup> Verordening (EG) nr. 1/2003 ging zoals bekend ook vergezeld van een zestal mededelingen en richtsnoeren van zowel procedurele als materieel-rechtelijke aard.<sup>6</sup>

### Evaluatie door de Commissie zelf

De Commissie heeft een drietal documenten gepubliceerd naar aanleiding van het tienjarig bestaan van Verordening (EG) nr. 1/2003. Het is eigenlijk de tweede evaluatie-oefening: na vijf jaar was er ook al één.<sup>7</sup> In de zomer van 2014 zagen de volgende rapporten het licht: ‘Communication from the Commission – Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives’,<sup>8</sup> ‘Commission Staff Working Document – Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003’<sup>9</sup> en ‘Commission Staff Working Document SWD (2014) 231 – Enhancing competition enforcement by the Member States’ competition authorities: institutional and proce-

dural issues’.<sup>10</sup> In het algemeen bevatten de rapporten een interessante samenvatting van het institutioneel kader van de lidstaten en geven ze inzicht in de handhaving door de Commissie en in de lidstaten, met name in kwantitatieve zin.

Sinds Verordening (EG) nr. 1/2003 in werking is getreden heeft de Commissie zelf (tussen mei 2004 en eind december 2013) in totaal 122 beschikkingen genomen waarin een inbreuk op artikel 101 en/of 102 VWEU werd vastgesteld. In dezelfde periode werden in totaal zo’n 780 zaken met een inbreukbeslissing afgesloten waarvan dus het overgrote deel (665) door de NMA’s. De rapporten bevatten een uitgebreid overzicht van de beslissingen per sector. De meest onderzochte sector wordt aangeduid als ‘basic and manufacturing industries’. Daarna komen de geliberaliseerde sectoren met de energiesector als opvallende uitschieter.

Zowel de Commissie als de NMA’s hebben ingezet op kartelzaken, al is die nadruk groter bij de Commissie. Opvallend is onder meer de aandacht die de nationale autoriteiten blijkbaar hebben gehad voor verticale praktijken (27 procent van de zaken);<sup>11</sup> het is bekend dat de Commissie zich zelf met dit onderwerp niet of nauwelijks bezighoudt. Misbruik van machtspositie maakt ongeveer 20 procent uit van de beslissingen genomen door de Commissie in de betreffende periode. Op nationaal niveau betreft het iets meer beslissingen (ongeveer 36 procent). Nederland vormt op dit punt zoals bekend een uitzondering met een erg laag trackrecord van misbruikzaken.<sup>12</sup> Per lidstaat bekeken zijn de verschillen in de cijfers uiteraard groot. Het zou interessant geweest zijn om de productiviteit van de NMA’s af te zetten tegen de middelen waarover ze beschikken maar dat zal allicht een wat te delicate oefening zijn geweest om in een publieke evaluatie uit te voeren.

De Commissie geeft aan dat ze in de afgelopen periode veel aandacht heeft gehad voor de institutionele hervormingen die in verschillende lidstaten hebben plaatsgevonden en ze benadrukt het belang van voldoende middelen en onafhankelijkheid. Ook een van de weinige gezamenlijke ECN-verklaringen die de ‘heads of authorities’ hebben uitgebracht de afgelopen jaren ging over de nood aan effectieve instellingen in het licht van

4. Voor een nuttig en recent overzicht van de genesis van Verordening (EG) nr. 1/2003 en de doelstellingen, zie W.P.J. Wils, ‘Ten years of Regulation 1/2003 – A retrospective’, in: W. Kovacic, *An antitrust tribute – Liber Amicorum*, volume II, p. 161-174, beschikbaar via <[http://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=456087](http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=456087)>, nog te verschijnen in *Journal of European Competition Law & Practice*.

5. Zie K. Cseres, ‘The impact of Regulation 1/2003 in the New Member States’, *CLR* 2010, vol. 6, nr. 2, p. 145-182.

6. Procedureel: Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten, 2004/C 101/03, *PbEU* 2004, L 123/18; Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, 2004/C 101/04, *PbEU* 2004, C 101, p. 54; Mededeling van de Commissie betreffende de behandeling van klachten door de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, 2004/C 101/05, *PbEU* 2004, C 101, p. 65; Mededeling van de Commissie over informeel advies betreffende nieuwe vragen met betrekking tot de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag die in individuele gevallen rijzen (adviesbrieven), 2004/C 101/06, *PbEU* 2004, C 101, p. 78; en materieel: Richtsnoeren betreffende het begrip ‘beïnvloeding van de handel’ in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, 2004/C 101/07, *PbEU* 2004, C 101, p. 81; Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, 2004/C 101/08, *PbEU* 2004, C 101, p. 97.

7. Zie Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad ‘Verslag over de werking van Verordening 1/2003’, COM(2009)206 final van 29 april 2009.

8. COM(2014)453, 9 juli 2014, te raadplegen via website van Europese Commissie <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/regulations.html>>.

9. SWD(2014)230/2, 9 juli 2014, te raadplegen via website van Europese Commissie <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/regulations.html>>.

10. SWD(2014)231/2, 9 juli 2014, te raadplegen via website van Europese Commissie <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/regulations.html>>.

11. In 2014 heeft dit zich verder gezet: onder impuls van het Bundeskartellamt heeft ook ACM van verticalen een aandachtspunt gemaakt.

12. Nederland (de NMA) heeft in de genoemde periode sanctiebesluiten wegens misbruik van economische machtspositie genomen die nadien zijn herroepen (besluit NMA 31 van december 2003 en besluit op bezwaar 6 maart 2008, zaak 3353, *CR Delta*; en besluit NMA 5 januari 2011 en besluit op bezwaar NMA 30 juni 2011, zaak 4296, *GasTerra*).

de moeilijke budgettaire situatie die in verschillende lidstaten bestaat.<sup>13</sup>

Het wekt geen verbazing dat de Commissie verder uitvoerig in de verf zet dat de samenwerking binnenin het ECN-netwerk geleid heeft tot een hoge mate van convergentie op procedureel vlak. De samenwerking rondom clementieprogramma's wordt aangehaald als een van de meest opvallende successen van het netwerk.<sup>14</sup> Toch wordt er ook op gewezen dat er nog steeds grote verschillen bestaan tussen de lidstaten, bijvoorbeeld voor wat betreft de inspectiemogelijkheden alsook het type sancties en hun berekeningswijze.

### Kanttekeningen bij deze evaluatie

Hierna wordt verder ingegaan op deelaspecten van de decentralisatie. In algemene zin kan erop worden gewezen dat de cijfers in de rapporten genuanceerd moeten worden en geen volledig beeld geven van de activiteiten van de NMA's of van de Commissie. Vooreerst geldt dat de nationale cijfers gebaseerd zijn op de beslissingen die op grond van artikel 11 lid 4 Verordening (EG) nr. 1/2003 aan de Commissie in ontwerp zijn medege-deeld. Dat betekent dat onder meer niet zijn meegenomen: beslissingen inzake voorlopige maatregelen, beslissingen waarin geen inbreuk werd vastgesteld (maar die veel inzet kunnen vergen<sup>15</sup>) en beslissingen waarin alleen het nationale mededingingsrecht wordt toegepast.<sup>16</sup>

Daarnaast geldt uiteraard dat de cijfers inzake handhaving slechts een gedeeltelijk beeld geven van het werk dat gebeurt en waartoe ook *advocacy*, beleidswerk en in sommige lidstaten de uitoefening van een reeks andere bevoegdheden behoren. Het is jammer dat de Commissierapporten niet dieper en meer inhoudelijk ingaan op de activiteiten in de lidstaten en hetgeen daarvan mis-schien kan worden opgestoken (bijvoorbeeld qua proce-

dure). Sinds het van kracht worden van Verordening (EG) nr. 1/2003 heeft de Commissie nochtans zelf ook geen indrukwekkend hoger aantal (inbreuk)beslissingen genomen, maar veel van haar middelen ingezet voor andere doelen, zoals beleidswerk en het voorbereiden van wetgeving.<sup>17</sup>

Verder ware het ten slotte interessant geweest ook een beeld te krijgen van hoe het de NMA's in hun eigen jurisdictie vergaat in beroep. Toch ook niet onbelangrijk om het nettoresultaat van de handhaving te kennen.

## De nationale rechter als handhaver

### De wettelijke uitzondering

Een van de belangrijkste innovaties die Verordening (EG) nr. 1/2003 introduceerde, betrof de invoering van de wettelijke uitzondering van thans artikel 101 lid 3 VWEU, met de afschaffing van de verplichte melding bij de Commissie van overeenkomsten die onder het kartelverbod vielen en de beoordeling van deze overeenkomsten door de Commissie die voorheen exclusief bevoegd was de ontheffingsmogelijkheid van (thans) artikel 101 lid 3 VWEU toe te passen.<sup>18</sup>

De verordening 'decentraliseerde' de toepassing van artikel 101 lid 3: de nationale mededingingsautoriteiten en de nationale rechter kunnen deze bepaling nu ook toepassen en het kartelverbod niet van toepassing verklaren als naar hun oordeel aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 101 lid 3 is voldaan. De centrale en exclusieve rol van de Commissie bij de toepassing van de ontheffingsmogelijkheid van lid 3 en daarmee bij de 'vormgeving' van het Europese mededingingsrecht eindigde met de invoering van Verordening (EG) nr. 1/2003. Daarvoor kreeg de Commissie wel andere formele instrumenten in de plaats die verder in dit bestek niet meer specifiek worden besproken: daartoe behoren onder meer de verklaringen van niet-toepasselijkheid (art. 10), sectoronderzoeken (art. 17) en toezeggingsbesluiten (art. 9).

De bevoegdheid van de nationale rechters om de artikelen 101 en 102 VWEU toe te passen die ook vóór Verordening (EG) nr. 1/2003 uiteraard bestond, werd door de verordening beklemtoond en nader omschreven.<sup>19</sup>

Ten tijde van de invoering van de verordening werden in de literatuur<sup>20</sup> hierover zorgen geuit en vragen gesteld: is de nationale rechter wel voldoende in staat om het mededingingsrecht toe te passen en de feitelijke en economische beoordeling te maken die daarmee

13. Gezamenlijke verklaring van de Raad en de Commissie betreffende de werking van het netwerk van mededingingsautoriteiten ECN nr. 15435/02 ADD 1, beschikbaar op de website van ECN <<http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>>. Verordening (EG) nr. 1/2003 bevat geen eisen ten aanzien van de onafhankelijkheid van de NMA's. De toenemende zorg over die onafhankelijkheid heeft ongetwijfeld te maken met de concrete ervaringen in de afgelopen jaren van de NMA's zelf zowel in hun dagelijkse werking als in het kader van plannen van nationale wetgevers ten aanzien van de institutionele vormgeving van hun toezichthouders.

14. Het modelprogramma voor clementie werd herzien in november 2012 en is te vinden op <[http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp\\_revised\\_2012\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf)>. Daarnaast zijn de 'Best Practices on Cooperation between EU National Competition Authorities in Merger Review' van 8 november 2011 gepubliceerd inzake concentratiecontrole, zie <<http://ec.europa.eu/competition/ecn/mergers.html>>. Er is een zaak aanhangig voor het Hof van Justitie in verband met de mate waarin lidstaten aan het modelprogramma gebonden zijn, *PbEU* 2014, C 462, p. 12. Daarnaast kan gewezen worden op een zevental aanbevelingen van de ECN over procedurele kwesties, zie ook op DG Comp onder ECN.

15. De recente beslissing van ACM inzake *Astra Zeneca* van 2 december 2014, zaak 7069 is daarvan een voorbeeld.

16. Het zou met name ook interessant zijn om te zien hoe lidstaten omgaan met de 'interstatelijkheid' en de plicht om van zodra daar sprake van is, zowel nationaal als EU-recht toe te passen (art. 3). Als art. 101 en/of 102 erbij worden gehaald, komt een zaak binnen de werking van het ECN en moet de NMA in overleg met de Commissie over de beslissing (art. 11 lid 4).

17. W. Wils komt in de in noot 4 geciteerde bespreking zelf ook tot de conclusie dat het aantal inbreukbeslissingen van de Commissie, zeker gelet op de doelstellingen van de verordening, niet of nauwelijks is toegenomen.

18. Een ontheffing halen bij de toezichthouder kan niet meer. Ondernemers moeten sinds 2004 zelf nagaan of hun gedrag de concurrentie beïnvloedt.

19. Art. 3, 6, 15 en 16.

20. Zie de in voetnoot 2 genoemde artikelen.

samenhangt? Leidt een en ander tot verplichtingen van de (civiele) rechter die op gespannen voet staan met zijn lijdelijkheid en de regels rond afbakening van de rechtsstrijd en goede procesorde? Zijn de middelen waarin de verordening voorziet die convergentie beogen toepasbaar en effectief? Is het Nederlandse professionele kader wel toegesneden op de taak die de nationale rechter wordt toebedeeld bij de decentralisatie van het Europese mededingingsrecht?

Legitieme vragen waren dat, die nu niet meer gesteld lijken te worden in de mate dat de nationale (Nederlandse) rechter ook na de invoering van Verordening (EG) nr. 1/2003 niet intensief wordt geconfronteerd met de toepassing van het Europese mededingingsrecht en in ieder geval zelden in zaken waarin een complexe beoordeling moet worden gemaakt.

### Coherentie

Het risico van divergerende of zelfs tegenstrijdige beslissingen van al die verschillende handhavers die belangrijke taken en verantwoordelijkheden hierdoor kregen, wordt door Verordening (EG) nr. 1/2003 geadresseerd in artikel 3 over de verhouding tussen het Europese en het nationale mededingingsrecht en, voor wat betreft de rechters, ook in artikel 16.

Laatstgenoemd artikel betreft in het bijzonder het voorkomen van conflicterende besluiten (van de Commissie) en rechterlijke uitspraken: nationale rechters kunnen geen beslissingen nemen die in strijd komen met een reeds door de Commissie gegeven beschikking. De uniforme toepassing van het communautaire mededingingsrecht vergt bovendien meer: rechters moeten ook vermijden om beslissingen te nemen die in strijd zouden komen met een toekomstige beslissing die de Commissie in een aanhangige zaak zou kunnen nemen. De rechtbank moet, volgens de uitdrukkelijke bewoordingen van artikel 16 van de verordening, afwegen of het nodig is om de procedure op te schorten. Het Hof van Justitie zette zelf in de zaak *Masterfoods* in feite al een stap verder door te bepalen dat wanneer er beroep wordt aange tekend tegen een beslissing van de Commissie, ook het beroep moet worden afgewacht.<sup>21</sup>

Artikel 16 legt dezelfde verplichtingen op aan rechters en autoriteiten. De schakel die daarbij lijkt te ontbreken is een bepaling die ziet op de coherentie tussen de publieke en de privaatrechtelijke handhaving op nationaal niveau. Immers, sinds de inwerkingtreding van Verordening (EG) nr. 1/2003 zijn de nationale mededingingsautoriteiten volwaardige handhavers van het Europese mededingingsrecht. De beslissingen die zij nemen, binden echter niet op dezelfde wijze de nationale rechter als dat het geval is voor de Commissie. De discussie daarover is er vooralsnog één die beslecht moet worden naar nationaal recht. Echter, de recent aangenomen

Richtlijn 2014/104/EU verplicht de lidstaten stappen te nemen in dit verband.<sup>22</sup>

De Nederlandse rechtspraak biedt geen voorbeelden die duiden op serieuze coherentieproblemen, mede omdat Verordening (EG) nr. 1/2003 niet lijkt te hebben geleid tot een (veel) groter aantal nationale procedures over de toepassing van de artikelen 101-102 VWEU. Dat neemt niet weg dat er soms verschillen ontstaan: tussen de toepassing van het nationale en het Europese mededingingsrecht lijkt soms 'licht' verschil te zitten,<sup>23</sup> maar van echte divergentie lijkt geen sprake.

### Handhaving van het verbod in de dagelijkse praktijk

De procespartij die in Nederland (in een civiele procedure) een beroep doet op artikel 101 lid 1 en artikel 102 VWEU als grondslag van haar eis of als verweer tegen een vordering, ziet zich geconfronteerd met de daarbij behorende – niet te verwaarlozen – stelplicht en bewijslast. Dat volgt al uit het nationale recht (art. 150 Rv), maar wordt door artikel 2 Verordening (EG) nr. 1/2003 nog eens uitdrukkelijk bepaald, waardoor de nationale rechter die stelplicht en bewijslast mogelijk extra zal benadrukken.<sup>24</sup> Artikel 2 heeft daardoor het onbedoelde effect dat de nationale rechter een soms lastige toepassing van het mededingingsrecht kan passeren zonder daarop inhoudelijk in te gaan met de overweging dat degene op wie de stelplicht en bewijslast rust daaraan niet of onvoldoende heeft voldaan. De Nederlandse rechtspraak biedt daarvan verschillende (te veel?) voorbeelden.<sup>25</sup>

De jaarlijkse overzichten in dit blad van de civiele rechtspraak over de toepassing van het mededingingsrecht rechtvaardigen de conclusie dat de toepassing en handhaving van artikel 101 en 102 VWEU door de Nederlandse rechter jaarlijks slechts aan de orde komt in een beperkt aantal procedures. Als een beroep wordt gedaan op een inbreuk op het (Europese) mededingingsrecht, wordt dit door de rechter bovendien veelal met een

21. HvJ EU 14 december 2000, zaak C-344/98, *Masterfoods*, ECLI:EU:C:2000:689, *Jur.* 2000, p. I-11369.

22. Hier kan verwezen worden naar overweging 34 in de considerans alsmede art. 9 van Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht voor inbreuken op het mededingingsrecht, *PbEU* 2014, L 349/1. Voor 'follow on' schadeclaims verplicht de richtlijn lidstaten te zorgen voor verbindend karakter van de NMA-beslissing.

23. C. Dekker, 'Drijft het Nederlands mededingingsrecht af in het EU-recht?', *M&M* 2014/2, p. 31-32; vgl. CBb 7 december 2005, *Secor*, ECLI:NL:CBB:2005:AU8309; HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile*, ECLI:EU:C:2009:343; en HvJ EU 11 september 2014, zaak C-67/13P, *Cartes Bancaires*, ECLI:EU:C:2014:2204.

24. HR 21 december 2012, *ANVR//IATA*, ECLI:NL:HR:2012:BX0345, *NJ* 2013, 143; Rb. Overijssel 19 november 2013, *FC Twente/Grolsch*, ECLI:NL:RBOV:2013:2730, in welke uitspraak zelfs sprake is van een 'verzwaarde stelplicht' (r.o. 4.15) waarvan in het algemeen alleen sprake is voor bijv. een verweerder tegenover een partij met een moeilijke bewijslast.

25. Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, *Top 1 Toys/Vedes*, ECLI:NL:GHARL:2013:7702; een onderscheid tussen de toepassing door de civiele rechter van het Europese en het Nederlandse mededingingsrecht behoeft in dit verband niet te worden gemaakt. (HR 16 januari 2009, *Gemeente Heerlen/Whizz*, ECLI:NL:HR:2009:BG3582, *NJ* 2009, 54; Conclusie A-G Keus 7 juni 2013 bij HR 25 oktober 2013, ECLI:NL:PHR:2013:CA3745, *NJ* 2014, 101, m.nt. M.R. Mok).

beroep op stelplicht gepasseerd, dan wel als onvoldoende onderbouwd of bewezen afgewezen.<sup>26</sup> Bas Braeken<sup>27</sup> merkte terecht op dat ‘(...) de bulk van de op het mededingingsrecht gestoelde vorderingen wordt afgewezen omdat door de eisende partij onvoldoende feitelijke en economische context was gegeven (...)’.

De vraag is hoe dit zich verhoudt tot artikel 3 lid 1 Verordening (EG) nr. 1/2003. Deze bepaling verplicht (ook) de nationale rechters het Europese mededingingsrecht toe te passen wanneer zij het nationale mededingingsrecht toepassen en aan de voorwaarde van interstatelijkheid wordt voldaan. Als de procespartij op wie de stelplicht en bewijslast in een dergelijke casus rust in gebreke blijft die waar te maken, blijft ‘automatisch’ ook toepassing van het Europese mededingingsrecht achterwege. De ambtshalve toepassing van het Europese mededingingsrecht waartoe artikel 3 lid 1 van de verordening lijkt te dwingen, gaat echter niet zover dat de nationale (civiele) rechter de hem passende lijdelijkheid achterwege moet laten.<sup>28</sup>

In het bestuursrecht kan zich bij decentrale toepassing van het Europese mededingingsrecht eveneens een soortgelijke complicatie voordoen. Kan of moet de bestuursrechter nog toepassing geven aan het Europese mededingingsrecht ingeval ACM het bestreden besluit enkel gebaseerd heeft op artikel 6 of artikel 24 Mw? De Rechtbank Rotterdam en ACM beantwoorden deze vraag bevestigend.<sup>29</sup> Het Unierecht dwingt hier niet tot ambtshalve toepassing.<sup>30</sup> Voor ambtshalve toepassing is (ook) geen ruimte in geval dat zou leiden tot ‘reformatio in peus’.<sup>31</sup>

### Artikel 101 lid 3 nog slechts theoretische optie?

De toepassing van lid 3 door de nationale (civiele) rechter is – in ieder geval in Nederland – voor zover wij kunnen overzien sinds het van kracht worden van Verordening (EG) nr. 1/2003 vrijwel geheel achterwege

gebleven.<sup>32</sup> De nationale rechter komt vrijwel nooit aan lid 3 toe, als daarop al gezien de daarmee samenhangende stelplicht en bewijslast een beroep wordt gedaan. Ook de Commissie heeft geen enkele ‘lid 3-beschikking’ meer gegeven sinds de invoering van de verordening, hoewel dat op voet van artikel 10 van de verordening wel zou kunnen. In de kenbare besluiten en uitspraken is de toepassing van lid 3 daardoor uiterst zeldzaam geworden:

- in het kader van de prioriteitenkeuze en als gevolg van de clementieverzoeken zal de Commissie in de praktijk nog slechts inbreuken onderzoeken van een zodanige omvang en ernst, dat toepassing van lid 3 in die zaken niet meer aan de orde is. Voor zover nog op lid 3 een beroep wordt gedaan, zal de Commissie dat (kunnen) afwijzen met een vrij summiere toetsing aan de voorwaarden voor een ontheffing. In beroep bij de Europese rechter zal lid 3 in dergelijke zaken nog slechts in uitzonderlijke gevallen aan de orde komen, waardoor de ‘rechtsvormende toepassing’ van lid 3, waardoor het Europese mededingingsrecht voor invoering van Verordening (EG) nr. 1/2003 mede werd gekenmerkt, verdwenen lijkt;<sup>33</sup>
- de Commissie heeft tot op heden geen toepassing gegeven aan artikel 10 (negatieve verklaring of toepassing lid 3);
- de nationale rechter zal ook niet snel tot toepassing van lid 3 kunnen komen, gelet op de stelplicht van degene die daarop een beroep doet (art. 2 Verordening (EG) nr. 1/2003) en de complexiteit van de toepassing van deze bepaling;<sup>34</sup>
- de nationale mededingingsautoriteiten zullen (ook) in boetebesluiten veelal niet of nauwelijks hoeven in te gaan op lid 3, als daarop een beroep wordt gedaan. Dit geldt ook voor ACM die overigens wel in een aantal informele zienswijzen (summier) is ingegaan op lid 3.<sup>35</sup>

### Samenwerking

Anders dan de leden van het ECN ontberen de nationale rechters de mogelijkheid van echte samenwerking en uitwisseling van (zaakgebonden) informatie met elkaar en met de Commissie en de NMA’s. Gelet op de rechterlijke organisatie in de lidstaten en gelet op de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de nationale

26. Rb. Amsterdam 21 augustus 2013, *DBK/City Box*, ECLI:NL:RBAMS:2013:6591; Rb. Rotterdam 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8245; Hof Amsterdam 4 maart 2014, *ANVR/Luchtvaartmaatschappijen*, ECLI:NL:GHAMS:2014:1579, *RCR* 2014/60; Hof Den Haag 31 december 2013, *Heijkoop/Wärtsilä*, ECLI:NL:GHSGR:2013:5055; Rb. Oost-Brabant 7 augustus 2013, *Nestlé/Mars*, ECLI:NL:RBOBR:2013:4356. Deze laatste uitspraak is een tussenvonnissen waarin (kenmerklijk) wel voldaan werd aan de stelplicht en vervolgens een bewijsopdracht is gegeven om de merkbaarheid voor de mededinging te bewijzen.

27. B. Braeken, ‘Kroniek civiele rechtspraak mededingingsrecht 2013’, *M&M* 2014/2, p. 47; idem S. Tuinenga en J.S. Kortmann, ‘Kroniek civiele rechtspraak mededingingsrecht 2012’, *M&M* 2013/5, p. 53-54.

28. HvJ EG 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, *Van Schijndel*, ECLI:EU:C:1995:441, *Jur.* 1995, p. I-4705, r.o. 22.

29. Rb. Rotterdam 10 juli 2010, *Boomkwekerijen/NMA*, ECLI:NL:RBROT:2010:BM9911; anders: W. Knibbeler en A. Pliego Selie, ‘Aan een boom zo vol geladen...’, *M&M* 2014/4, p. 158. Zij signaleren terecht dat deze ambtshalve toepassing in ieder geval problematisch wordt als het dossier onvoldoende feitelijke informatie bevat voor ‘interstatelijkheid’.

30. HvJ EG 6 december 2000, zaak C-252/00, *Van der Weerd*, ECLI:EU:C:2000:668.

31. HvJ EG 25 november 2008, zaak C-455/06, *Heemskerk*, ECLI:EU:C:2008:650, *Jur.* 2008, p. I-8763.

32. Mededeling van de Commissie ‘Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag’, 2004/C 101/08, *PbEU* 2004, C 101, p. 97. Met deze uitvoerige richtsnoeren heeft de Commissie nochtans beoogd inhoudelijk houvast te geven voor de toepassing van lid 3.

33. HvJ EG 6 oktober 2009, gevoegde zaken C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, *GlaxoSmithKline/Commissie*, ECLI:EU:C:2009:610. Zie reeds de analyse van M. Merola en D.F. Waelbroeck in: *Towards an Optimal Enforcement of Competition Rules in Europe*, Brussel: Etablissements Emilie Bruylant S.A. 2010, p. 30 e.v.

34. Mededeling van de Commissie ‘Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag’, 2004/C 101/08, *PbEU* 2004, C 101, p. 97.

35. Bijvoorbeeld Brief van ACM van 31 juli 2014 ‘Afbouw intramurale capaciteit door gezamenlijke zorgaanbieders’, zie website ACM <www.acm.nl>; zie ook de analyse m.b.t. de kolencentrales, notitie d.d. 26 september 2013.

rechter, zal de mogelijkheid van samenwerking ook beperkt (moeten) blijven.<sup>36</sup>

Verordening (EG) nr. 1/2003 biedt wel een mogelijkheid voor samenwerking door rechters met de Commissie. Een en ander moet vooral gezien worden als een manier voor de Commissie om de coherente en consistente toepassing van de Europese mededingingsregels door de rechters te bevorderen (lees: te controleren).

Op grond van artikel 15 lid 1 kunnen de nationale rechters aan de Commissie verzoeken om inlichtingen of advies. Het zal per lidstaat verschillen of en op welke wijze de nationale rechter dit zal (kunnen) doen.<sup>37</sup> De vragen die hierbij kunnen worden gesteld, zijn door de invoering van Verordening (EG) nr. 1/2003 niet gewijzigd. Op deze vorm van samenwerking wees de Commissie ook al in een Bekendmaking van voor 2003.<sup>38</sup> Gelet op de rapportage van de door de Commissie van nationale rechters ontvangen verzoeken op basis van deze bepaling<sup>39</sup> kan geconcludeerd worden dat deze vorm van samenwerking slechts beperkt wordt toegepast. De Nederlandse rechter is hierop geen uitzondering.<sup>40</sup>

Artikel 15 lid 2 bepaalt verder dat de lidstaten de Commissie afschriften zenden van rechterlijke uitspraken over de toepassing van het Europese mededingingsrecht, en nog wel 'onverwijld nadat de volledige uitspraak aan de partijen is betekend'. De indruk bestaat dat deze bepaling niet systematisch of zelfs nauwelijks wordt toegepast.<sup>41</sup> Voor de door Verordening (EG) nr. 1/2003 beoogde convergentie van het mededingingsrecht is een uitvoering van deze bepaling overigens alleen zinvol indien de in de lidstaten gedane rechterlijke uitspraken niet alleen aan de Commissie worden gezonden, maar vervolgens ook publiek digitaal beschikbaar zijn met (ten minste) een vertaling in het Engels en minimale informatie over het onderwerp van de uitspraak.

### Amicus curiae

Het amicus curiae-systeem neergelegd in artikel 15 laat NMA's en de Commissie toe uit eigener beweging tus-

sen te komen in aanhangige procedures voor de civiele rechter of de bestuursrechter. De invoering van dit amicus curiae-systeem werd als vrij ingrijpend ervaren.<sup>42</sup>

In de Nederlandse context heeft een en ander aanvaankelijk geleid tot enkele nieuwe bepalingen in de Mededingingswet en ook in Rechtsvordering, maar per 1 januari 2013 is de amicus curiae-regeling overgeheveld van de Mededingingswet naar de Algemene wet bestuursrecht.<sup>43</sup> De voorganger van ACM – de Nederlandse Mededingingsautoriteit – had richtsnoeren opgesteld waarin zij aangaf op welke wijze zij gebruik zou maken van de bevoegdheid om als amicus curiae te interveniëren.<sup>44</sup> ACM interenieert als amicus curiae als naar haar inzicht het (materiële) mededingingsrecht onjuist wordt uitgelegd en/of toegepast. De opmerkingen van ACM zijn adviserend en voor de rechter niet bindend.

Van meet af aan heeft de Commissie aangegeven dat ze spaarzaam zou omgaan met het tussenkomen als amicus curiae om de onafhankelijkheid en de zelfstandigheid van de rechtelijke macht ten volle te respecteren. Daarbij geldt dat in beginsel pas in graad van beroep een tussenkomst wordt overwogen. In de praktijk blijkt dat de Commissie regelmatig wordt aangezocht (vaak door de NMA's) om een dergelijke tussenkomst te doen maar er dus niet vaak op ingaat. De Commissie publiceert haar tussenkomsten op de website. Daaruit blijkt dat er tot nu toe vijftien keren van deze bevoegdheid gebruik is gemaakt sinds de inwerkingtreding van de verordening. Er wordt slechts melding gemaakt van de tussenkomsten op het moment dat de zaak uitgeprocedeerd is in de nationale rechtsorde of indien de rechter daarvoor eerder toestemming geeft.<sup>45</sup>

Helaas is minder inzichtelijk hoe vaak (andere) nationale mededingingsautoriteiten gebruikmaken van de mogelijkheid die ze rechtstreeks op basis van artikel 15 Verordening (EG) nr. 1/2003 hebben. Voor ACM in Nederland geldt in ieder geval dat het amicus curiae-systeem nauwelijks wordt toegepast.<sup>46</sup>

In de zaak *Inspecteur van de belastingdienst/X B.V.* heeft het Hof van Justitie zich uitgesproken over de interpre-

36. Hier kan wel gewezen worden op de vereniging Association of European Competition Judges die een informeel overlegplatform biedt voor rechters in de EU die zich met deze materie inlaten en die een groeiend succes kent, zie <[www.aecj.com/](http://www.aecj.com/)>.

37. Art. 44a Rv vormt de 'amicus curiae' art. 15 lid 3-grondslag van ACM en de Commissie, maar regelt niet de toepassing van art. 15 lid 1.

38. Bekendmaking betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechterlijke instanties voor de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag, *PbEG* 1993, C 039, p. 6 e.v.

39. Sinds 2004 ca. 30 verzoeken van nationale rechters uit de hele EU (zie website DG Comp). Opvallend is dat twee van de vier gevallen in 2014 de toegang betroffen tot het (vertrouwelijke) onderzoeksdossier c.q. de vertrouwelijke versie van een inbreukbeslissing van de Commissie.

40. Het enige door de Commissie (website DG Comp) gepubliceerde verzoek betreft de zaak Hof Den Haag 24 april 2008, *PO Mosselen*, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD1227.

41. Zie de opmerking die de Commissie hierover zelf maakt in de evaluatierapporten onder randnummer 247 in 'Commission Staff Working Document – Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003', SWD(2014)230/2. De website DG Comp noemt slechts drie (!) uitspraken van Nederlandse rechters die conform art. 15 lid 2 zijn gemeld.

42. Zie daarover Vogelaar, eerder geciteerd in voetnoot 1; ook kritisch over de rol van deze opsporingsorganisaties als 'amicus' is C.E. Drion in 'De amicus curiae in het mededingingsrecht: een curieuze kompaan', *NJB* 2004, afl. 33, p. 1735.

43. Art. 8:45a Awb en art. 44a Rv.

44. Per 1 januari 2013 is de amicus curiae-regeling overgeheveld van de Mededingingswet naar art. 8:45a Awb. Die richtsnoeren van de NMA zijn door de wetsverandering ingetrokken en worden door ACM gewijzigd. De wijze waarop ACM gebruik zal maken van de bevoegdheid zal niet wezenlijk verschillen van het gebruik door de NMA, zie <[www.acm.nl/](http://www.acm.nl/)> of <[www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13323/Amicus-Curiae-regel/](http://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13323/Amicus-Curiae-regel/)>.

45. Zie website DG Comp <<http://ec.europa.eu/competition/>>.

46. Eén keer in 2009 en één keer in 2010 wat dezelfde zaak betrof in twee instanties: Hof Amsterdam 11 maart 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BL7056 en HR 12 augustus 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO6770 (*Inspecteur van de Belastingdienst/X BV*). De observaties van de Commissie zijn terug te lezen via <[http://ec.europa.eu/competition/court/antitrust\\_amicus\\_curiae.html](http://ec.europa.eu/competition/court/antitrust_amicus_curiae.html)>.

tatie van artikel 15 lid 3.<sup>47</sup> Het Hof van Justitie kadert de bepaling in de verplichting tot loyale samenwerking die volgens hem van bijzonder belang is in de betrekkingen met de rechtbanken. Het Hof van Justitie geeft vervolgens een vrij ruime toepassing aan 'de toepassing van artikel 81 of artikel 82 van het verdrag' door een tussenkomst van de Commissie te aanvaarden die niet zozeer zag op de inhoudelijke invulling van de verbodsbepalingen maar die handelde over de fiscale aftrekbaarheid van een boete die de Commissie had opgelegd. Het Hof van Justitie aanvaardt derhalve de rechtstreekse link tussen een tussenkomst van de Commissie en de coherente toepassing van het mededingingsrecht en lijkt daarmee te veronderstellen dat het advies dat de Commissie uitbrengt ook invloed heeft op de besluitvorming door de betreffende rechtbank. In de zaak *VEBIC* is het Hof van Justitie dan weer niet bereid geweest artikel 15 zodanig te interpreteren als zou het een NMA toelaten te interveniëren om haar eigen beslissing te verdedigen in beroep. Daarvoor is het systeem van *amicus curiae* niet bedoeld, aldus het Hof van Justitie.<sup>48</sup>

## Samenwerking binnen het netwerk van autoriteiten

### Het netwerk

Blijkens de considerans van Verordening (EG) nr. 1/2003 was het de intentie van de Europese wetgever dat de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten samen een 'netwerk van overheidsinstanties vormen die de communautaire mededingingsregels in nauwe samenwerking zouden toepassen'. Voor dat netwerk moesten kennisgevings- en raadplegingmechanismen in het leven worden geroepen en ook andere modaliteiten voor samenwerking worden bepaald.<sup>49</sup>

Het basisbeginsel binnen het netwerk is een systeem van *parallele* bevoegdheden waarbij de Commissie maar ook de nationale autoriteiten en rechtbanken, de verbodsbepalingen van de artikelen 101 en 102 VWEU in volle omvang kunnen toepassen. Bij de bevoegdheid van de nationale autoriteiten en rechters hoort de verplichting om naast hun nationale mededingingswetten ook het Europees recht toe te passen wanneer er sprake is van interstatelijkheid (art. 3 hiervoor vermeld).<sup>50</sup>

Er was destijds het nodige scepticisme over het nieuw op te richten netwerk. De redenen waren divers. Er werd onder meer gesteld dat kleine NMA's niet of nau-

welijks zouden kunnen participeren omdat ze er de middelen niet voor hebben, de grotere NMA's zouden dan weer niet gediend zijn met te veel inmenging van de Commissie en, niet onbelangrijk, de regels over de allocatie van zaken zouden te zwak geformuleerd zijn en de procedures in de lidstaten te verschillend. Veel zou afhangen van de houding van de meer ervaren autoriteiten zoals de Franse en de Duitse.<sup>51</sup>

De correcte vaststelling anno 2015 kan niet anders zijn dan dat het ECN een actief netwerk is waar alle lidstaten zich achter hebben geschaard. Klaarblijkelijk beantwoordde de oprichting van het netwerk ook deels aan een nood die bij de nationale autoriteiten zelf bestond. Het 'samen staan we sterk-gevoel' is zeker door de crisis en de budgettaire krapte in de lidstaten toegenomen. NMA's die het in eigen land moeilijk hadden, konden ook op interesse en (actieve) steun van de Commissie rekenen.<sup>52</sup>

Verordening (EG) nr. 1/2003 bevat noch precieze regels over het functioneren van het netwerk noch harde regels voor de bevoegdheidsverdeling.<sup>53</sup> In de toepasselijke Mededeling<sup>54</sup> worden de artikelen 11 t/m 14 van de verordening verder toegelicht (zie hierna) maar de eigenlijke werking van het ECN is in de praktijk zelf gegroeid.

Het 'forum voor discussie en samenwerking'<sup>55</sup> deed door de jaren pogingen om tegemoet te komen aan het verwijt van gebrek aan transparantie dat rondom de inwerkingtreding ook veel te horen was.<sup>56</sup> Gaandeweg werd duidelijk hoe de ECN intern georganiseerd was met thematische werkgroepen en bijeenkomsten op hoog niveau.<sup>57</sup> Dit kwam in eerste instantie vooral door de informatie die daarover in publieke optredens van

47. HvJ EG 11 juni 2009, zaak C-429/07, *Inspecteur van de Belastingdienst/X*, ECLI:EU:C:2009:359, AB 2009, 341, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

48. HvJ EU 7 december 2010, zaak C-439/08, *VEBIC*, ECLI:EU:C:2010:739.

49. Overweging 15 van de considerans.

50. Deze bepaling is het resultaat van een politieke discussie waarbij vooral Duitsland vasthield aan de toepassing van het nationale mededingingsrecht. Zie hierover ook het overzicht bij W.P.J. Wils, 'Ten years of Regulation 1/2003 – A retrospective', in: W. Kovacic, *An antitrust tribute – Liber Amicorum*, volume II, p. 161-174, beschikbaar via <[http://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=456087](http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=456087)> en nog te verschijnen in *Journal of European Competition Law & Practice*.

51. Zie A. Riley, 'EC Antitrust. Modernisation: The Commission Does Very Nicely – Thank You! Part Two: between the Idea and the Reality: Decentralisation under Regulation 1', *ECLR* 2003, nr. 12.

52. De rapporten van 31 oktober 2012 geciteerd in 'Commission Staff Working Document – Ten years of antitrust enforcement under Regulation 1/2003, SWD(2014)230/2, 9 juli 2014, in voetnoot 261, geven een overzicht van de verschillende systemen en procedures voor antitrustonderzoek binnen het ECN en illustreren hoe de Commissie institutionele hervormingen in de lidstaten op de voet volgde en invloed probeerde uit te oefenen, zie *Investigative Powers Report* en *Decision-making Powers Report* op <<http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>>. In het kader van besprekingen met lidstaten als Griekenland over de gevolgen van de financiële crisis is bekend dat de Commissie en/of de troika ook voorwaarden stelde(n) ten aanzien van het mededingingstoezicht, zie <[http://ec.europa.eu/competition/recovery/programme\\_countries\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/recovery/programme_countries_en.html)>.

53. Het Gerecht heeft dit ook erkend en zelfs benadrukt om aan te geven dat aan de autoriteiten ruime beoordelingsbevoegdheid is gelaten. Zie Gerecht EU 17 december 2014, zaak T-201/11, *Si Mobil*, ECLI:EU:T:2014:1096.

54. Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten, 2004/C 101/03, *PbEU* 2004, C 101, p.43.

55. Par. 1 van de Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten, 2004/C 101/03, *PbEU* 2004, C 101, p.43.

56. Zie de uitvoerige analyse van S. Brammer, *Cooperation between National Competition Agencies in the Enforcement of EC Competition Law*, Oxford: Hart Publishing 2009, p. 273.

57. Zie ook de tussentijdse evaluatie van 2009 en 'Commission Staff Working Document – Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003', SWD(2014)230/2 van 9 juli 2014, par. 229 e.v.

vertegenwoordigers van de autoriteiten werd gegeven en daarna ook in de eerste evaluatieoefening in 2009. Er kwam in 2010 ook een nieuwsbrief waarin verslag wordt gedaan over zaken die op nationaal niveau behandeld worden.<sup>58</sup>

De zorgen ingegeven door het ‘black box’ gehalte van de ECN zijn minder tot zelfs niet meer hoorbaar na tien jaar. De zorgen hebben zich in de praktijk geconcentreerd op die gevallen waar ondernemingen nadeel ondervonden hebben van de werking ervan. Het gaat dan vooral om de gevallen waarin verschillende NMA’s gelijktijdig met een gelijke of verwante zaak bezig zijn, met andere woorden daar waar het gebrek aan harde bevoegdheidsregels zich laat voelen. We komen daar hierna kort op terug.

Het moet nochtans gezegd dat er nog steeds vrij weinig gecommuniceerd wordt over de werking van het netwerk.<sup>59</sup> Interessant zou overigens zijn om na te gaan of ondernemingen of burgers via de Eurowob of nationale equivalenten nog pogingen hebben ondernomen om meer inzage te krijgen in concrete besprekingen van het ECN, nog los van individuele zaken. In Nederland zijn daarvan geen voorbeelden bekend.

#### Artikel 11: samenwerking en de Commissie als *primus inter pares*

Artikel 11 bevat een aantal concrete (dwingend geformuleerde) modaliteiten van de samenwerking tussen Commissie en de autoriteiten. De bepaling toont duidelijk aan dat de Commissie in het ECN een ‘*primus inter pares*’ is.<sup>60</sup> Immers, op basis van artikel 11 lid 3 en 4 zijn autoriteiten niet alleen verplicht om de Commissie op de hoogte te stellen als ze een zaak inleiden maar ook, nog belangrijker, moeten ontwerpbeslissingen van de nationale autoriteiten voorgelegd worden aan de Commissie. De bepaling in artikel 11 lid 4 is zorgvuldig opgesteld en geeft aan de Commissie geen vetorecht of zelfs geen adviesrecht. De verordening stelt alleen dat de ontwerpbeslissing ter kennis moet worden gebracht van de Commissie uiterlijk 30 dagen voor het nemen van de beslissing.<sup>61</sup> Deze bepaling zorgt ervoor dat de Commissie een goed beeld krijgt van de handhavingsactiviteit op nationaal niveau en dat zij de spil van het netwerk blijft. In de praktijk moet DG Comp een screening doen van alle voorgenomen beslissingen binnen een vrij

korte tijdsspanne. Een en ander leidt, volgens de Commissie zelf, tot vruchtbare discussies.<sup>62</sup> De uitkomst van die discussies wordt niet publiek gemaakt, althans niet op Europees niveau.

De vraag kan gesteld worden of het overleg in het kader van artikel 11 lid 4 ooit tot enige controversie heeft geleid, bijvoorbeeld omwille van het gebrek aan betrokkenheid van de partijen in het (nationaal) onderzoek in de consultatieprocedure. Ook daar zijn nauwelijks indicaties van. De Commissie zou enkele verzoeken om toegang tot eventuele opmerkingen aan de NMA’s op grond van de Eurowob afgewezen hebben.<sup>63</sup> Voor zover bekend is hier in de lidstaten verder weinig ophef over geweest, al zou grondiger onderzoek daar meer zekerheid over moeten brengen.<sup>64</sup>

Artikel 11 lid 6 bevestigt voorts de centrale positie van de Commissie in het netwerk. Wanneer de Commissie een procedure begint, ontnemt dit de nationale mededingingsautoriteiten de bevoegdheid zelf nog op te treden. Indien er reeds een dossier geopend was op nationaal niveau, kan de Commissie alleen de procedure inleiden na overleg. Het instrument dat artikel 11 lid 6 biedt wordt ook gekwalificeerd als een instrument dat coherentie moet bevorderen.<sup>65</sup> Het meest recente evaluatierapport stelt ook dat er tot op heden geen gebruik van is gemaakt nadat een ontwerpbeslissing ter kennis werd gebracht.<sup>66</sup> Al is daar geen informatie over gepubliceerd, het is goed denkbaar dat het in de praktijk voldoende effectief is als de Commissie dreigt met het gebruik van artikel 11 lid 6. Er zijn ongetwijfeld wel zaken geweest waar de Commissie een zaak naar zich toe heeft gehaald ondanks het feit dat het nationaal onderzoek al begonnen was en vóórdat een ontwerpbeslissing

58. ECN Brief te vinden op de website van ECN via <<http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/index.html>>; NMA’s doen in zeer verschillende mate ook zelf verslag op hun website en/of in hun jaarverslagen over hun activiteiten in ECN.

59. ECN heeft geen eigen structuur of organisatie waardoor het niet zelfstandig kan communiceren en bijvoorbeeld een website zou kunnen inrichten. Alle communicatie verloopt via de Commissie.

60. Een van de duidelijkste illustraties van de status die de Commissie heeft, is te vinden in HvJ EU 3 mei 2011, zaak C-375/09, *Tele2 Polska*, ECLI:EU:C:2011:270: het Hof van Justitie ontkent in dat arrest de mogelijkheid voor NMA’s om vast te stellen dat aan de voorwaarden van art. 102 VWEU (en dus 101) niet is voldaan: het geven van een dergelijke negatieve beschikking is voorbehouden aan de Commissie. Zie voor een kritische noot bij dat arrest in dit blad, L. Parret, ‘De ene beslissing is de andere niet: de beperkingen voor nationale autoriteiten’, *M&M* 2011/4.

61. Niet alleen aan de Commissie: ook de andere NMA’s kunnen van een samenvatting kennisnemen.

62. Zie ‘Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten’, 2004/C 101/03, *PbEU* 2004, C 101, p. 43, par. 248-261 en ‘Commission Staff Working Document – Ten years of antitrust enforcement under Regulation 1/2003’, SWD(2014)230/2, 9 juli 2014, par. 240.

63. Hier kan ook verwezen worden naar twee zaken: Gerecht EU 16 juni 2010, zaak T-24/09, *Biocaps/Commissie*, ECLI:EU:T:2010:238 en Gerecht EU 5 januari 2010, zaak T-251/09, *Société des Pétroles Shell/Commissie*, ECLI:EU:T:2010:3, waarin beroep werd ingesteld tegen een Commissiebeslissing hieromtrent, maar de beroepen zijn weer ingetrokken. In het evaluatierapport van 2009 (Staff Working Document), zie noot 7 hiervoor, stelde de Commissie al in par. 257 dat ze haar opmerkingen meestal mondeling formuleert.

64. In België werd o.m. in de zaak *Base/BMB* door de betrokken onderneming een beroep op de rechten van verdediging gedaan en om betrokkenheid gevraagd bij het consultatieproces van art. 11 lid 4, doch dit werd door de toenmalige Raad voor de Mededinging afgewezen, zie de beslissing van de Raad voor de Mededinging, besluit nr. 2009-P/K-10 van 26 mei 2009 (*Base/BMB*), te raadplegen via <[http://economie.fgov.be/nl/ondernemingen/mededinging/rechtspraak/autoriteit/beslissingen\\_restrictieve\\_praktijken/avant\\_2010.jsp](http://economie.fgov.be/nl/ondernemingen/mededinging/rechtspraak/autoriteit/beslissingen_restrictieve_praktijken/avant_2010.jsp)> (hoger beroep is nog aanhangig).

65. Considerans Verordening (EG) nr. 1/2003 onder 17 en ‘Commission Staff Working Document – Ten years of antitrust enforcement under Regulation 1/2003’, SWD(2014)230/2, 9 juli 2014, par. 242. In het arrest *Si Mobil* heeft het Gerecht een argument van de verzoekende partij afgewezen dat erin bestond dat de Commissie art. 11 lid 6 onrecht niet had gebruikt, zie hiervoor geciteerd in noot 53.

66. Zie ook par. 242.



conform artikel 11 lid 4 werd overgemaakt, maar daarover wordt niet officieel gecommuniceerd.<sup>67</sup>

### De uitwisseling van informatie

Als het gaat om de werking van ECN was er over artikel 12 destijds wellicht nog de meeste ongerustheid.<sup>68</sup> Op basis van dat artikel kunnen de Commissie en de mededingingsautoriteiten van lidstaten immers alle gegevens (feitelijk en juridisch) uitwisselen met inbegrip van vertrouwelijke inlichtingen. De inlichtingen mogen krachtens artikel 12 ook als bewijsmiddel worden gebruikt. Op dat gebruik als bewijsmiddel is echter een belangrijk uitzondering gemaakt: de uitgewisselde gegevens kunnen alleen als bewijs voor het opleggen van sancties van natuurlijke personen worden gebruikt indien de lidstaat die de informatie doorstuurt ook dergelijke sancties kent en de gegevens zijn verzameld op een manier die eenzelfde mate van bescherming biedt als deze die geboden wordt door de regelgeving van de ontvangende autoriteit. Er geldt voorts ook een beperking die inhoudt dat de uitgewisselde inlichtingen alleen mogen worden gebruikt als bewijsmiddel voor de toepassing van de verbodsbepaling met betrekking tot het onderwerp waarvoor zij door de toezendende autoriteit zijn verzameld. Wanneer het nationale mededingingsrecht parallel wordt toegepast en niet tot een ander resultaat leidt, kunnen de inlichtingen ook voor de toepassing van het nationaal mededingingsrecht worden gehanteerd.

De ongerustheid ten aanzien van de uitwisseling van gegevens had destijds vooral te maken met het ontbreken van waarborgen en rechtsbescherming voor de betrokken ondernemingen wanneer een NMA zou beslissen om een dossier of een deel van een dossier over te maken aan een andere NMA. De gedachte van velen was dat er tegen een dergelijke beslissing beroep moest openstaan of dat partijen ten minste gehoord moesten worden alvorens de informatie-uitwisseling plaatsvond.<sup>69</sup> De discussie lijkt grotendeels academisch te zijn gebleven. Ook hier zou grondig onderzoek in alle lidstaten moeten uitwijzen of de toepassing van deze bepaling

tot echte deining aanleiding heeft gegeven en of er belangwekkende nationale jurisprudentie is die zich hierover uitlaat. De Europese rechter heeft zich alleszins over artikel 12 tot op heden niet uitgelaten.<sup>70</sup> De evaluatierapporten van de Commissie zwijgen erover en al met al lijkt ook op dit punt gewinning te zijn opgetreden.

### Artikel 13: wie doet een zaak af en met welke gevolgen

In artikel 13 wordt een mogelijkheid geboden aan mededingingsautoriteiten om met elkaars activiteiten rekening te houden. Indien één autoriteit (NMA of Commissie) een procedure is begonnen of een klacht heeft behandeld, kan dat voldoende grond zijn voor de andere autoriteiten om een klacht af te wijzen of hun procedure te schorsen. Elke NMA staat uiteraard ook onder rechterlijke controle in eigen land en is onderworpen aan de regels die ten aanzien van haar handelen gelden in de nationale context. In een arrest waarover ongetwijfeld nog inkt zal vloeien, heeft het Gerecht op 21 januari jl. alvast een ruimhartige interpretatie gegeven van artikel 13 Verordening (EG) nr. 1/2003 geheel in lijn met het *Si Mobil*-arrest van 17 december 2014.<sup>71</sup> Volgens het Gerecht kon de Commissie, kort gezegd, zich ook op dit artikel beroepen om een klacht af te wijzen die door de NMA (in casu: ACM) om prioriteitsredenen was afgevoerd. Het arrest plaatst zich in wat stilaan een reeks wordt van arresten waarin de leden van het ECN veel ruimte krijgen.<sup>72</sup> In *Si Mobil* stelde het Gerecht al dat NMA's een ruime beoordelingsbevoegdheid hebben om een zaak in behandeling te nemen of niet en dat dit *a fortiori* geldt voor de Commissie. Er wordt daarenboven aan toegevoegd dat de toetsing door de Unierechter van dergelijke beslissingen beperkt is.<sup>73</sup>

### Bijstand bij inspecties

Afgezien van het uitwisselen van informatie, is de samenwerking tussen leden van het ECN courante praktijk in het kader van inspecties: de NMA's verlenen bijstand aan de Commissie op hun eigen grondgebied (art. 20) en de NMA's kunnen voor elkaar inspecties verrichten of de NMA's kunnen dat doen op verzoek van de Commissie (art. 22).<sup>74</sup> In het arrest *France Télécom* oordeelde het Gerecht dat raadgevingen en uitwis-

67. De indruk bestaat echter dat het aantal gevallen beperkt is. De kwestie *RWE* is bekend: zie persberichten van de Commissie 'Commission initiates proceedings against RWE Group concerning suspected foreclosure of German gas supply markets' (memo/07/186 van 11 mei 2007) en 'Commission opens German gas market to competition by accepting commitments from RWE to divest transmission network' (IP/09/410 van 18 maart 2009). In de zaak *e-books* zou hetzelfde gebeurd zijn met een zaak waar de OFT in 2012 aan begonnen was, zie de commentaren bij G. Monti, 'A Plea for "Extraterritorial" Antitrust Enforcement by National Competition Authorities', p. 10, hierna geciteerd in noot 80.

68. Zie bijvoorbeeld Marcos Auroja die dit artikel bekritiseerde als 'unacceptable "circumvention" of procedural rights and guarantees that may erode fundamental rights' zoals geciteerd door W.P.J. Wils in *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Hart Publishing, Portland, USA, 2008 onder randnr. 74.

69. Zie de uitvoerige beschrijving bij S. Brammer, *Cooperation between National Competition Agencies in the Enforcement of EC Competition Law*, Oxford: Hart Publishing 2009; L. Parret, *Side effects of the modernisation of EU Competition law*, Nijmegen: Wolff Legal Publishers 2011, hfdst. 2 en 7; S. Lavrijssen, *Onafhankelijke mededingings-toezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2006, o.m. hfdst. 9.

70. Dat zou ook eventueel alleen kunnen in een prejudiciële procedure want de rechtspraak lijkt S. Brammer gelijk te geven die in een uitvoerige analyse in 2009 al besloot dat het lastig zou zijn voor individuen om beroep in te stellen tegen een beslissing van de Commissie om inlichtingen te verstrekken aan een andere autoriteit omdat er vaak geen eigenlijke beslissing is die kan worden aangevochten en omdat, als die er al is, deze geen rechtsgevolgen met zich meebrengt voor het individu/de onderneming, zie S. Brammer, *Cooperation between National Competition Agencies in the Enforcement of EC Competition Law*, Oxford: Hart Publishing 2009, p. 273.

71. Gerecht EU 21 januari 2015, zaak T-355/13, *EasyJet Airline/Commissie*, ECLI:EU:T:2015:36; *Si Mobil*, zie hiervoor in noot 53.

72. Zie in dat verband ook HvJ EU 14 februari 2012, zaak C-17/10, *Toshiba*, ECLI:EU:C:2012:72 en HvJ EG 2 april 2009, zaak C-202/07, *France Télécom/Commissie*, ECLI:EU:C:2009:214, o.m. r.o. 79 maar ook r.o. 83.

73. R.o. 43-44 van het arrest.

74. De NMA's treden op conform de regels waaraan ze in hun eigen lidstaat onderhevig zijn.

selingen zoals beslissingen om inspecties uit te voeren, een zaak zijn tussen openbare handhavingsautoriteiten en dat betrokken ondernemingen geen individueel recht hebben dat hun zaak door een welbepaalde autoriteit wordt behandeld.<sup>75</sup> Een duidelijke uitspraak, die ongetwijfeld mee heeft bevorderd dat er sinds de inwerking-treding van Verordening (EG) nr. 1/2003 niet veel pogingen zijn ondernomen om de werking van het netwerk aan de kaak te stellen. Natuurlijk geldt ook hier dat de NMA's onder toezicht staan van de rechterlijke macht in eigen land.

## Stand van zaken en op naar het volgende decennium

Dat de NMA's en de nationale wetgevers zijn meegegaan in de convergerende of zelfs harmoniserende werking die Verordening (EG) nr. 1/2003 heeft teweeggebracht, is een van de meest opmerkelijke vaststellingen die kunnen worden gemaakt. Vele lidstaten hebben niet alleen hun systeem zodanig hervormd dat het aangepast werd aan de rechtstreeks werkende bepalingen van de verordening op het gebied van samenwerking met rechters en binnen het netwerk, maar hebben ook een 'copy paste' gedaan van bijvoorbeeld de afschaffing van aanmeldingen, de mogelijkheid om sectoronderzoeken te doen, inspecties bij privépersonen uit te voeren, boetes te innen bij de leden van een ondernemingsvereniging enzovoort.

De doelstelling van convergentie, niet alleen in de materiële toepassing van de regels maar ook in de handhaving ervan, staat ook nu weer centraal bij de evaluatie die de Commissie zelf maakt van tien jaar Verordening (EG) nr. 1/2003.<sup>76</sup> Daarbij wordt veel aandacht besteed aan de onderwerpen waar de rechtstelsels van de lidstaten nog veel verschillen: procedures, institutionele vormgeving en sancties. De onderwerpen dus die door de verordening ongemoeid werden gelaten. Concrete voorstellen voor de aanpassing van Verordening (EG) nr. 1/2003 zijn er nog niet. Harmonisatie van nationale mededingingsprocedures lijkt op dit moment een brug te ver en politiek niet haalbaar. De weg van de convergentie (of 'soft' harmonisatie), al dan niet onder druk van de Commissie, zal ongetwijfeld wel worden verdergezet. De nadruk die wordt gelegd op de onafhankelijkheid van de autoriteiten en de vergelijking die wordt gemaakt met de regelgeving voor sectorregulatoren, doet vermoeden dat het voorstel zal worden gedaan om daar-

over wellicht wel uitdrukkelijk iets op te nemen in de verordening.<sup>77</sup> Dat is wellicht wel een haalbare kaart.

In een commentaar in 2003 schreef Drijber: 'Met Vo. 1/2003 is de Commissie erin geslaagd een systeem door te drukken waarbij ze veel aan anderen kan overlaten maar zelf wel steeds het laatste woord heeft.'<sup>78</sup> Dat de decentralisatie door Verordening (EG) nr. 1/2003 de controle van de Commissie op de handhaving eigenlijk versterkte, is een uitspraak die nu na tien jaar niemand nog verbaast. Daarbij moet wellicht een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de NMA's die duidelijk gewillig zijn meegegaan in het ECN-verhaal omdat ze er ongetwijfeld elk ook de voordelen van zagen, en, anderzijds, de nationale rechters in de lidstaten waar de Commissie minder vat op heeft.

Veel van de onrust die bestond over de werking van het netwerk is weggeëbd en de rechtspraak van het Hof van Justitie en van het Gerecht heeft de Commissie en het ECN erg veel ruimte gegeven. Alles bij elkaar lijkt dat niet tot onoverkomelijke problemen te leiden behalve in die gevallen waar de parallelle handhaving ook tot (mogelijke) parallelle sanctionering leidt. Alle commentatoren lijken het erover eens te zijn dat er gelukkig niet veel van die zaken zijn. Allen, inclusief handhavers, benoemen ook de beruchte meelzaak als een voorbeeld van hoe het niet zou moeten: vier verschillende NMA's (en enkele rechterlijke instanties) hebben zich de afgelopen jaren met deze zaak ingelaten.<sup>79</sup> Hoe dan ook een weinig efficiënte inzet van middelen en met veel rechtsvragen inzake non bis in idem en extraterritoriale sancties als gevolg.<sup>80</sup>

Geheel bevredigend is het niet dat er voorlopig geen ambitie is om de toewijzing van zaken te optimaliseren. Nochtans staat in overweging 18 van de considerans van Verordening (EG) nr. 1/2003 te lezen dat een zaak in principe door één autoriteit wordt behandeld.<sup>81</sup> Nu het netwerk volwassen is geworden, moet concreet nagedacht worden over hoe de toewijzing van zaken beter

75. Gerecht EG 30 januari 2007, zaak T-340/03, *France Télécom/Commissie*, ECLI:EU:T:2007:22, r.o. 83.

76. Convergentie is niet zozeer een horizontaal fenomeen (NMA's die van elkaar leven en systemen die naar elkaar toegroeien) maar het is een sterk door de Commissie gestuurd proces, zie kritische bedenkingen bij L. Parret, *Side effects of the modernisation of EU Competition law*, geciteerd in noot 69, hfdst. 6 en 7; zie ook P. van Cleynebreugel, 'EU-rechtelijk gestructureerd nationaal mededingingstoezicht', *M&M* 2013/5.

77. Zie hfdst. 2.4 van rapport 231/2 geciteerd in noot 10. Het is opvallend hoe de Commissie ook niet schroomt om de onafhankelijkheid van de sectorregulatoren tot onderwerp van een infractieprocedure te maken, zie Commissie-persbericht IP/14/1145: <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-1145\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1145_en.htm)>.

78. B.J. Drijber, 'Europese Commissie publiceert ontwerp-bekendmakingen over nieuwe mededingingsverordening', *Ondernemingsrecht* 2003/14, p. 527.

79. Bij ACM-zaak 6306 (verschillende besluiten); bij de Belgische Raad voor de Mededinging, Beslissing 2013-1/0-06. Daarnaast hebben de Franse en Duitse autoriteiten zich met dezelfde c.q. verwante zaken beziggehouden.

80. Zie hierover de paper van G. Monti, 'A Plea for 'Extraterritorial' Antitrust Enforcement by National Competition Authorities', nog te publiceren, gepresenteerd op de Fourth ACELG Annual Conference: Ten Years of Decentralized EU Competition Law Enforcement, Success or Failure? (Amsterdam), gehouden op 14 november 2014; zie ook de goed gestoffeerde annotatie door R. Elkerbout van de *Toshiba*-uitspraak 'Afbakening van bevoegdheden en de toepassing van het non bis in idem-beginsel in het mededingingsrecht na het Toshiba-arrest', *M&M* 2012/5.

81. Ten tijde van de voorbereiding van Verordening (EG) nr. 1/2003 leerden er al voorstellen tot het formuleren van scherpere criteria voor de behandeling van zaken, zie hierover S. Brammer, *Cooperation between National Competition Agencies in the Enforcement of EC Competition Law*, Oxford: Hart Publishing 2009, o.m. in hfdst. 1 en 2.

kan worden geregeld. Dat het in het gros van de gevallen goed gaat, lijkt daaraan niet in de weg te staan.

Het 'one stop' principe van de concentratiecontrole kan misschien niet gerealiseerd worden doch geldt wel als valabel voorbeeld voor verdere reflectie. Er zijn twee types gevallen die in de huidige stand van het recht toch een betere oplossing behoeven: het scenario waarbij er twee of meer NMA's bezig zijn met een zaak en de Commissie deze niet naar zich toe haalt en, ten tweede, de situatie waarbij een klager de facto nergens echt een (inhoudelijke) behandeling van zijn klacht krijgt omdat autoriteiten naar elkaar verwijzen (zie hiervoor over art. 13).

In verband met het eerste scenario moet ofwel de Commissie systematisch de zaak naar zich toe halen, ofwel moet men accepteren dat één NMA de leiding neemt en de andere geen beslissing meer nemen. Daarbij hoort een reflectie over bevoegdheden en sancties door NMA's in grensoverschrijdende gevallen. Dat is lastig uiteraard maar mag niet onoverkomelijk zijn. De aanzet daartoe heeft de Commissie wel gegeven door aandacht te vragen voor sancties in de recente evaluatierapporten. In verband met het tweede scenario wordt hier opgemerkt dat de recente rechtspraak in de hiervoor vermelde zaken *Si Mobil* en *Easyjet* ons zorgen baart en ertoe kan leiden dat een klager nergens een (minimale) inhoudelijke beoordeling van zijn klacht krijgt. De Europese rechter schiet hier wat te ver door in het accommoderen van de autoriteiten. Dat zal in de praktijk tot nadenken stemmen over het indienen van klachten op verschillende niveaus of in verschillende lidstaten. Het lijkt ons dat de ene autoriteit zich slechts kan beroepen op de afwijzing van een klacht door de andere als dat gebeurde na een (zij het minimale) beoordeling van de klacht. Over wat het minimum dan is, zou het zinvol zijn gelijkaardige standaarden te ontwikkelen.

Om echt volwaardige handhavers te zijn, zouden de NMA's zich ten slotte ook moeten kunnen uitspreken wanneer ze ervan overtuigd zijn dat er in een zaak niet is voldaan aan de toepassingsvoorwaarden van de artikelen 101 en 102 VWEU. Een arrest als *Tele2 Polska* zou dan tot het verleden behoren.<sup>82</sup> In dat arrest wordt in wezen gesteld dat alleen de Commissie in staat is om een dergelijke 'negatieve verklaring' te geven. Er is geen reden waarom de NMA's, eventueel na consultatie van de Commissie, aan ondernemingen die rechtszekerheid niet zouden moeten kunnen verschaffen. Dat geldt des te meer nu de Commissie zelf haar bevoegdheid om 'artikel 10'-beslissingen te nemen (verklaringen van niet-toepasselijkheid), niet gebruikt.

Op de rechters heeft de Commissie minder vat dan op de NMA's. De grootste zorg lijkt daar nog steeds te zijn om de privaatrechtelijke handhaving ook effectief te activeren. Daarvoor strijdt de Commissie al vele jaren. De Commissie focust zich vooral op de schadeclaims maar hiervoor is aangetoond dat de handhaving van de mededingingsregels in de civiele context ook bijzonder moeilijk is door de hoge eisen van de stelplicht en

bewijslast. Convergentieproblemen lijken er de afgelopen jaren tussen de nationale en Europese toepassing van het Europese mededingingsrecht niet te zijn opgetreden, eerder ondanks dan dankzij de in Verordening (EG) nr. 1/2003 voorziene instrumenten die de nationale rechter in dat kader heeft en die niet of zeer spaarzaam zijn toegepast.

Bij de behandeling van verschillende aspecten van de verordening hiervoor hebben wij enkele malen moeten aangeven dat het niet vanzelfsprekend is om inzicht te krijgen in de situatie op het terrein in de lidstaten. De Commissie mag wel graag zeggen dat het communautaire mededingingsrecht 'the law of the land' is geworden<sup>83</sup> en dat er een grote mate van consistentie is in de toepassing van de regels, toch is het naar ons gevoel, zelfs voor ingewijden, te moeilijk om informatie te vinden over de handhaving in de lidstaten, zeker door de rechtbanken. De Commissie zou zich hiervoor verantwoordelijk moeten voelen en de toegankelijkheid en de vertaling moeten verzorgen van de belangrijkste uitspraken en beslissingen die in de lidstaten worden genomen.

Deze informatie zou ook ter beschikking kunnen worden gesteld door de ECN zelf, waaraan wellicht ook een meer tastbare eigen structuur zou moeten worden gegeven, met de Commissie wat minder vaak in de voorzittersstoel. De verordening zou bijvoorbeeld ook gewijzigd kunnen worden om een verplichting op te nemen dat het ECN jaarlijks een verslag publiceert om zo meer inzicht te geven in de handhaving in de Unie.

Tot zover enkele ideeën voor de weg voorwaarts. Ten slotte: uit het voorgaande blijkt dat Verordening (EG) nr. 1/2003 de tien jaar goed heeft overleefd en toch is de vraag misschien wel of de verordening nog wel zal bestaan over tien jaar. Niet omdat verwacht wordt dat het systeem niet verder zal functioneren of dat het alsnog juridisch ernstig onder vuur zou komen te liggen, maar omdat het onzeker is welke kant de mededingingsregels zelf uitgaan. Sinds de financiële crisis is het debat opgelaaid over de belangen die het mededingingsrecht dient, hoe economische en niet-economische belangen met elkaar moeten worden gewogen en of de vrije mededinging nog wel zo zaligmakend is voor de doelstellingen die men wil bereiken. Over die doelstellingen zelf zijn we trouwens ook nog lang niet uitgepraat. De economische en maatschappelijke context waarbinnen de handhaving van de mededingingsregels plaatsvindt, is ingrijpend anders dan in 2004. Het is moeilijk denkbaar dat het debat over al deze fundamentele vragen zich niet op de een of andere manier zal uiten in, onder meer, de prioriteiten die de autoriteiten zich gaan stellen, de middelen die ter beschikking worden gesteld door de politiek, en de wijze waarop naar individuele zaken wordt

82. Zie in noot 60.

83. Zie naast de rapporten ook 'The Independence of National Competition Authorities', speech van Alexander Italianer 12 december 2014, na te lezen op <[http://ec.europa.eu/competition/speeches/index\\_speeches\\_by\\_the\\_dg.html](http://ec.europa.eu/competition/speeches/index_speeches_by_the_dg.html)>.

gekeken.<sup>84</sup> Dat is al volop bezig. De recente discussie in Nederland over duurzaamheid in het mededingingsbeleid is een concreet voorbeeld daarvan. Of en hoe dit een weerslag zal hebben op het systeem van publieke handhaving op basis van Verordening (EG) nr. 1/2003 is een open vraag. Het lijkt verre toekomstmuziek maar toch. Het is in ieder geval begrijpelijk dat de Commissie en de NMA's zelf geen voortrekkersrol spelen in enig debat dat hun voortbestaan mogelijk ter discussie stelt.

84. Elementen van deze discussie in twee recente redactionelen in *M&M* 2014: in nr. 4, S. Lavrijssen, 'Balanceren tussen innoveren, concurreren en interveniëren' en in nr. 6, B. van der Meulen, 'Wetenschappelijke raad'. De interactie tussen de doelstellingen en het operationeel mededingingsrecht komt ook aan bod in de vele boeiende bijdragen in D. Zimmer (red.), *The goals of competition law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2012.