

# Ad rem

## Het Europese mededingingsrecht: onrust en rumoer

Mr. H.H.P. Lugard

Het Europese mededingingsrecht staat aan de vooravond van de meest ingrijpende hervorming sinds veertig jaar. Een bijzonder aspect van die wijziging betreft de bevoegdheid van rechters belast met de beslechting van civiele geschillen om naast de verbodsbepaling van artikel 81(1) EG ook de uitzonderingsbepaling van artikel 81(3) EG toe te passen. Bij het redigeren van overeenkomsten is het van belang rekening te houden met deze uitbreiding van de rechterlijke toetsing van overeenkomsten. Tegen de achtergrond van het vernieuwde mededingingsrecht schetst deze bijdrage de contouren van de op stapel staande uitbreiding van de rechterlijke toetsing, waarna een aantal consequenties voor de contractspraktijk in kaart gebracht worden.

De centrale bepaling van het Europese mededingingsrecht, artikel 81(1), behelst een absoluut verbod van concurrentiebeperkende overeenkomsten. Dit kartelverbod heeft een brede strekking. Zo zijn ingevolge artikel 81(1) niet alleen prijsafspraken tussen concurrenten verboden, maar bijvoorbeeld ook bepaalde regelingen in distributieovereenkomsten en overeenkomsten die gezamenlijk onderzoek en ontwikkeling betreffen of de overdracht van technologie. Overeenkomsten die niet op concurrentiebeperking gericht zijn maar wel dat effect hebben, vallen ook onder het verbod. Ingevolge artikel 81(2) zijn met artikel 81(1) strijdige contractsbepalingen nietig. De publiekrechtelijke handhaving van het artikel 81 berust tot dusver bij de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten. Deze instanties zijn met name belast met de vervolging van inbreuken op het (Europese) mededingingsrecht en het opleggen van boetes bij gebleken overtredingen. Daarnaast is aan nationale rechterlijke instanties een cruciale rol toebedeeld bij de privaatrechtelijke handhaving van artikel 81(1). Immers, de artikelen 81(1) en 82 doen rechtstreeks rechten voor justitiabelen ontstaan die de nationale rechter dient te handhaven. De rechter is voorts verplicht die bepalingen toe te passen indien hij daarmee door de partijen geconfronteerd wordt. De bij een concurrentiebeperkende overeenkomst betrokken partijen kunnen zich derhalve in rechte beroepen op de nietigheid – en mitsdien niet afdwingbaarheid – van contractuele bepalingen die in strijd zijn met artikel 81(1). In de praktijk blijkt dat dergelijke ver-

weren met name gevoerd worden ingeval van vorderingen tot nakoming. Voorzover met artikel 81 en 82 strijdige handelingen als onrechtmatig jegens derden kunnen worden gekwalificeerd, staat ook voor deze derden de mogelijkheid open zich tegen die gedragingen te verzetten. Zo is voorstelbaar dat een benadeelde onderneming zich (in kort geding) verzet tegen de instandhouding van een non-concurrentiebeding van een exploitant van een winkelcentrum dat hem belet zich in dat winkelcentrum te vestigen.

Het meest opvallende aspect van de thans nog geldende regeling betreft de uitzonderingsbepaling van artikel 81(3). Tot dusver is uitsluitend de Commissie bevoegd het kartelverbod van artikel 81(3) buiten toepassing te verklaren indien zij – na aanmelding en toetsing van de desbetreffende overeenkomst – vaststelt dat, ondanks het feit dat de overeenkomst de mededinging op significante wijze belemmert, de positieve, concurrentiebevorderende effecten van de overeenkomst zwaarder wegen en dat de overeenkomst dientengevolge voldoet aan de voorwaarden van artikel 81(3). Deze bevoegdheidsverdeling vindt zijn oorsprong in de institutionele rol van de Commissie bij de tenuitvoerlegging van het mededingingsrecht in de beginjaren van de Europese Gemeenschap. Belangrijk in dit verband is de daarmee nauw samenhangende omstandigheid dat artikel 81(3) directe werking ontbeert. Immers, onder het huidige regime veronderstelt de toepassing van dat artikel een voorafgaande uitspraak van de Commissie. Concreet betekent dit dat de bevoegdheid van rechters beperkt is tot de vaststelling of de norm van artikel 81(1) in een specifiek geval wel of niet geschonden is, zonder dat zij de bevoegdheid hebben te toetsen of de desbetreffende overeenkomst zodanige ‘efficiencyverbeteringen’ in de zin van artikel 81(3) tot gevolg heeft dat de desbetreffende overeenkomst als geheel niet strijdig is met artikel 81(1). Wel dient de rechter uiteraard in overeenstemming met het op de overeenkomst toepasselijke recht te oordelen over de civielrechtelijke consequenties van nietige contractsbepalingen voor de gehele overeenkomst.

Hoewel artikel 81(1) in de Nederlandse rechtspraktijk met enige regelmaat in stelling gebracht wordt, zijn rechters terughoudend

deze bepaling daadwerkelijk toe te passen. Uit een in 1996 in SEW verschenen analyse van VerLoren van Themaat blijkt dat de civiele rechter zich in de periode 1987-1995 gemiddeld niet meer dan tien keer per jaar uitsprak over de toepassing van de artikelen 81 en 82. Een van de oorzaken die hij daarvoor aanvoert, is de complexiteit van de toepassing van het Europese kartelrecht en de in dat kader noodzakelijke economische analyse. De op 1 januari 1998 in werking getreden Mededingingswet die in grote lijnen naar het Europese mededingingsrecht gemodelleerd is, heeft inmiddels tot enige jurisprudentie geleid. Zo oordeelde de president van de Rechtbank 's-Gravenhage onlangs dat KPN misbruik maakte van haar economische machtspositie in de zin van artikel 24 Mw door gratis breedband internetdiensten aan onderwijsinstellingen aan te bieden (KG 03/1190, beroep ingesteld). In een aantal zaken, zoals bijvoorbeeld de zaak KNVB tegen Feyenoord (Gerechtshof Den Haag 31 mei 2001, 00/2, M&M 2001, p. 250) vormden, naast de bepalingen van de Mededingingswet, ook de artikelen 81 en 82 onderwerp van de procedure. De conclusie dat met de inwerkingtreding van de Mededingingswet ook het Europese mededingingsrecht terrein gewonnen heeft, lijkt echter niet gerechtvaardigd.

Ingevolge Verordening 1/2003 (Pb L1/1 4 januari 2003), die op 1 mei 2004 in werking zal treden, zal het huidige systeem voor de uitvoering van de artikelen 81 en 82 vervangen worden door een stelsel waarin de rechterlijke instanties van de lidstaten bevoegd zijn niet alleen artikel 81(1) en 82, maar ook artikel 81(3) toe te passen. Mitsdien zal de aard van de rechterlijke toetsing van (beweerdelijke) concurrentiebeperkende overeenkomsten aanzienlijk wijzigen. Immers, vanaf 1 mei 2004 dient de rechter zich ook uit te spreken over de toepasselijkheid van de uitzondering op het kartelverbod van artikel 81(1). Het ligt overigens in de lijn der verwachting dat de Mededingingswet op termijn wordt aangepast aan het nieuwe Europese regime. Dat houdt in dat de civiele rechter zich in de toekomst ook zal moeten buigen over de Nederlandse pendant van artikel 81(3), artikel 17 Mw.

De aard van de rechterlijke toetsing van mededingingsbeperkende overeenkomsten als neergelegd in Verordening 1/2003, alsmede het gewijzigde 'takenpakket' van de Commissie en, in Nederland de NMa, roepen een groot aantal fundamentele en praktische vragen op. Zo is op 29 oktober 2003 een voorstel tot wijziging van de Mededingingswet en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ingediend teneinde de directeur-generaal van de NMa en de Commissie in staat te stellen schriftelijke of mondelinge opmerkingen over de toepassing van de artikelen 81 en 82 in te brengen in civiele procedures (TK 2003/04, 29 276, nr. 1-2).

Het is bepaald niet uitgesloten dat de civiele rechter onder het nieuwe regime van Verordening 1/2003 in toenemende mate geaïdiseerd zal worden om zich uit te spreken over de verenigbaarheid van concurrentiebeperkende overeenkomsten met artikel 81. Dit is immers een van de expliciete doelstellingen van de verordening. Artikel 3 van de verordening bepaalt ook dat de rechterlijke instanties van de lidstaten verplicht zijn de artikelen 81 en 82 toe te passen wanneer zij het nationale mededingingsrecht toepassen op overeenkomsten die de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden. De rechterlijke macht bereidt zich inmiddels voor op haar nieuwe taak.

De vraag rijst op welke wijze civiele rechters het verbod van artikel 81(1) en de uitzonderingsbepaling van artikel 81(3) zullen toepassen en op welke manier daarop geanticipeerd kan worden bij het redigeren van overeenkomsten die mogelijk als concurrentiebeperkend in de zin van artikel 6 Mw en/of artikel 81(1) kunnen worden aangemerkt. Zonder te streven naar volledigheid lijken de volgende drie opmerkingen relevant.

Een eerste consequentie voor de contractspraktijk is evident: bij gebreke van de aanmeldingsprocedure en de daaruit voortvloeiende onmogelijkheid overeenkomsten op voorhand ter toetsing voor te leggen aan de Commissie, dienen partijen zich meer dan voorheen rekenschap te geven van de mogelijke concurrentiebeperkende effecten van overeenkomsten. Deze noodzaak van – voortdurende – 'self assessment' veronderstelt een gedegen inzicht in de wijze waarop de desbetreffende overeenkomst de (potentiële) mededinging aantast en, indien dat het geval zou kunnen zijn, in de mededingingsbevorderende aspecten van de desbetreffende overeenkomst. Voorts verdient het – evenals in het verleden – aanbeveling uitdrukkelijk stil te staan bij de mogelijke gevolgen van een toekomstig rechterlijk oordeel inhoudende dat de overeenkomst partieel nietig is in de zin van artikel 3:41 BW en in die gevolgen te voorzien. Zo is voorstelbaar dat de partijen bij een productie joint-ventureovereenkomst afspreken dat, indien komt vast te staan dat de door hen overeengekomen distributieafspraken nietig zijn, de gevolgen van die nietigheid de joint-ventureovereenkomst als zodanig niet raken.

Een derde punt van aandacht betreft de keuze van de procedure voor de beslechting van geschillen. Het belang van de effecten op de mededinging van de overeenkomst in kwestie noodzaakt in veel gevallen tot het verrichten van feitelijk onderzoek en economische analyses. Procedures waarin het mededingingsrecht centraal staat, kenmerken zich bovendien vaak door procedurele complicaties, zoals de betrokkenheid van de Commissie en de mogelijkheid prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie. Tegen deze achtergrond kan arbitrage soms de voorkeur boven de civiele rechter verdienen, hoewel dat zeker niet als uitgangspunt kan gelden.

De Commissie heeft aangekondigd een mededeling uit te vaardigen betreffende de toepassing van artikel 81(3). Deze mededeling heeft onder andere ten doel rechterlijke instanties inzicht te bieden in de methodologie die zij naar het oordeel van de Commissie dienen te hanteren bij hun beoordeling. Een eerste concept van de mededeling is reeds voorhanden (<http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation>). Blijkens de meest recente concepttekst van die mededeling dient de rechter aan de hand van de omstandigheden ten tijde van het geschil te beoordelen of aan de voorwaarden van artikel 81(3) voldaan wordt. Die toetsing draagt derhalve een overwegend ex nunc-karakter. Indien echter de beperkende overeenkomst een onomkeerbaar feit in het leven roept, dient die omstandigheid bij de beoordeling in aanmerking genomen te worden. Een dergelijk feit kan zich bijvoorbeeld voordoen in geval van een knowhow-licentie op grond waarvan de licentiegever vertrouwelijke informatie aan de licentienemer ter beschikking stelt. Voorts kan de verenigbaarheid van overeenkomsten met artikel 81 mede afhankelijk zijn van de initiële investering van partijen en de duur van de terugverdientijd. Ook in die gevallen behoeft de ex nunc-benadering blijkens de conceptmededeling nuancering. Teneinde de rechter te bewegen deze voor zijn oordeel relevante factoren in aanmerking te nemen, kan het aangewezen zijn deze omstandigheden expliciet in de overeenkomst tot uitdrukking te

brenge, en in voorkomend geval met betrekking tot de relevante gegevens een bewijsovereenkomst te sluiten. Bij het inrichten van overeenkomsten met het oog op het vermijden van mededingingsrechtelijke risico's dient overigens ook rekening gehouden te worden met de repercussies voor de op partijen rustende zorgplicht en, in samenhang daarmee, de mogelijke schadelijkheid jegens de (zwakkere) wederpartij, zoals die zijdelings aan de orde kwam in het Courage/Crehan-arrest (HvJ EG C-453/99, 20 september 1999, NJ 2002, 43).

De hervorming van het Europese mededingingsrecht geeft aanleiding tot onrust en rumoer, maar ook tot intrigerende gezichtspunten.

*Mr. H.H.P. Lugard, bedrijfsjurist en advocaat  
Philips International BV*

*Boom Juridische uitgevers bestaat vijf jaar!*

## Bestel nu gratis de Catalogus 2003/2004



- Boom Juridische uitgevers heeft, mede met het oog op haar vijfjarig bestaan, een catalogus samengesteld met een overzicht van alle door haar uitgegeven boeken en tijdschriften, bestemd voor wetenschap, rechtspraktijk en onderwijs. Ook worden diverse, in 2004 te verschijnen boeken aangekondigd.
- De catalogus biedt u informatie over een breed scala aan publicaties, waaronder studieboeken, praktijkboeken, handboeken, modellenboeken en de zeer succesvolle reeks Boom Basics.
- Naast de publicaties van het fonds Recht algemeen wordt ook aandacht besteed aan de uitgaven van het fonds Criminologie, rechtshandhaving en veiligheid, het meest recente initiatief van de uitgeverij.
- Op deze manier vormt de catalogus een handig naslagwerk voor uw dagelijkse praktijk.

**Bestel nu geheel gratis** de Catalogus 2003/2004. Bel ons (070-33 070 33) of mail naar [info@bju.nl](mailto:info@bju.nl)

**Bju**

**Boom Juridische uitgevers**

Postbus 85576 2508 CG Den Haag tel. (070) 330 70 33 fax (070) 330 70 30  
e-mail [info@bju.nl](mailto:info@bju.nl) website: [www.bju.nl](http://www.bju.nl)

093-1