

Verderschrijdende "informalisering" van het Europese kartelrecht: de oppositieprocedure

Jan Oversteyns

INLEIDING

De bedoeling van dit artikel is tweeledig. Enerzijds werd beoogd, aan de hand van de studie van één instrument, een zicht te verwerven achter de schermen van de oprukkende "informalisering" van de EEG-kartelprocedure. Anderzijds wordt gepoogd aan te tonen dat een al te grote hang naar het informele zowel juridisch als economisch contra-productief kan werken. Wanneer zij op een incoherente wijze wordt gerealiseerd, en wanneer zij een te grote plaats laat aan de discretionaire bevoegdheid van de Commissie, kan zij nl. zowel aanleiding geven tot rechtsonzekerheid voor de betrokken ondernemingen, als tot een miskenning van de belangen van de derden. Nochtans kunnen de ondernemingen bijkomende onzekerheid, vooral in de economische spitssectoren, missen als kiespijn. Zij zullen daarom het aanwenden van de oppositieprocedure trachten te vermijden. In *het eerste deel* wordt de oppositieprocedure omschreven. Dat gebeurt aan de hand van een vergelijking met de individuele ontheffingsprocedure, waarmee zij essentiële punten van overeenkomst vertoont, naast een aantal verschillen.

In *het tweede deel* is het al dan niet "ultra vires" karakter van de oppositieprocedure aan de orde. De behandeling ten gronde van deze vraag wordt voorafgegaan door de kritiek die werd geleverd op een gelijkaardig voorstel in het kader van het ontwerp van verordening nr. 17/62. De in dit verband verdedigde thesis is dat de oppositieprocedure niet noodzakelijk ultra vires hoeft te zijn, indien tenminste aan een aantal voorwaarden wordt voldaan.

In *het derde deel* wordt uitgegaan van de hypothese dat de oppositieprocedure niet ultra vires is. Welke zijn in dat geval de rechtsgevolgen? Vooreerst wordt de rechtspositie van de Commissie onderzocht. Is de Commissie, wanneer zij oppositie voerde, daaraan gebonden, of kan zij deze intrekken en zo ja, onder welke vorm? Is de Commissie gehouden aan haar niet-oppositie, of aan haar intrekking van oppositie? Vervolgens wordt de rechtspositie van de nationale rechter geanalyseerd, bij niet-oppositie of intrekking daarvan. Ook de positie van de belanghebbende derden wordt nader bekeken. Kunnen zij een annulatieberoep of een beroep wegens nalaten instellen, indien de Commissie geen oppositie voerde, of deze introk? Tenslotte wordt aandacht besteed aan de positie van de partijen bij de aangemelde overeenkomst. Hier wordt een drietal hypothesen onderzocht. Vooreerst is er de vraag naar wat de partijen kunnen doen wanneer

zij de overeenkomst aanmeldden met het oog op het verkrijgen van een individuele ontheffing of vrijstelling, maar de Commissie niets van zich liet horen. Vervolgens wordt nagegaan of de partijen kunnen overschakelen van het spoor, leidend naar niet-oppositie, naar het spoor dat leidt naar individuele ontheffing. Tenslotte worden kort de beroepsmogelijkheden bij het Hof tegen oppositie van de Commissie onderzocht.

Er moet worden beklemtoond dat de voorliggende analyse gedeeltelijk in het luchtledige zweeft. Dat ligt aan het onderwerp, dat zich grotendeels in de schemerzone van het recht bevindt. Rechtspraak en rechtsleer zijn hier voornamelijk uiterst zeldzaam, zometijde onbestaande. Nuttige uitgangspunten werden weliswaar geboden door het infra geciteerde artikel van VENIT, de (nochtans zwaar onvolledige) verordeningsteksten, en vooral gesprekken met leden van het DG-IV, waarvoor beste dank.

Deel 1.

Omschrijving van de oppositieprocedure

§ 1. KORTE SITUERING VAN DE PROBLEMATIEK

Vrijstellingen van het in art. 85 EEG-Verdrag geformuleerde kartelverbod kunnen worden afgegeven door de rechtbank of de controleautoriteit naar aanleiding van een *geding* (waar de wettelijkheid van bepalingen in een overeenkomst die de concurrentie beperken in vraag wordt gesteld). Ook zonder dat er van een *geding* sprake is, kan de controleautoriteit evenwel een vrijstelling toekennen, en wel op *vraag van de belanghebbenden-deelnemers aan het kartel* (1). In dit laatste kader situeert zich onze problematiek.

De vrijstellingen waarvan sprake, kunnen ofwel op *individuele*, ofwel op *gegroepeerde* wijze worden toegekend.

De toekenning van individuele vrijstellingen door de controleautoriteit (de EEG-Commissie) kan, krachtens Verordening nr. 17/62, op twee wijzen gebeuren. Art. 2 van de genoemde verordening stelt de zgn. *negatieve verklaring* in (2). Art. 4 e.v. regelen de zgn. *individuele ontheffing* (3). Beide lopen ze uit op een individuele beschikking. In de marge van deze twee formele procedures, is de Commissie gaandeweg ook een meer infor-

(1) Dit is de zgn. "réserve d'autorisation" van de controleautoriteit. Zie MEGRET, J., LOUIS, J.-V., VIGNES, D., WAELBROECK, M., *Le Droit de la Communauté Economique Européenne*, IV, *Concurrence*, Brussel, Editions de l'Université de Bruxelles, 1972, p. 98.

(2) VO 17/62, PB, nr. 13, 21 februari 1962.

(3) Voor meer details, zie BRAUN, A., GLEISS, A., HIRSCH, M., *Droit des Ententes de la Communauté Economique Européenne*, Brussel, Larcier, 1977, p. 370-375 en 381-413.

mele toer opgegaan. In dit kader spreekt men van de zgn. *troostbrieven of comfort letters*, en van de zgn. *settlements* (4).

De op *gegroepeerde* wijze toegekende vrijstellingen worden ingevoerd via speciale verordeningen van de Commissie (5) en zijn terug te vinden in welbepaalde groepen van overeenkomsten, of in welbepaalde economische sectoren (6). De gvs toepasselijk op welbepaalde groepen van overeenkomsten, zijn de volgende :

- de gvs over de alleen(ver)koopovereenkomsten (67/67, vervangen door 1983/83 en 1984/83, resp. PB L 173/1, 30/6/1985 en PB L 173/5, 30/6/85);
- de gvs over de octrooilicentieovereenkomsten (2349/84, PB L 219/5, 16/8/1984);
- de gvs over de specialisatieovereenkomsten (417/85, PB L 53/1, 22/3/1985);
- de gvs over de R & D overeenkomsten (418/84, PB L 53/5, 22/2/1985);
- de ontwerp-gvs over de franchisingovereenkomsten (PB C 229/3, 27/8/1987).

De instelling van de gvs was aanvankelijk vooral bedoeld om de taak van de Commissie te verlichten. De ondernemingen konden voortaan nl. zelf nagaan of de clausules van hun overeenkomsten onder deze, opgesomd in de "witte lijst" (van toegelaten bedingen) en niet onder deze, opgesomd in de "zwarte lijst" vielen. Zij konden aldus met zekerheid desgevallend tot de vrijstelling besluiten, zonder de overeenkomst te moeten aanmelden en de procedure, normalerwijze leidend tot ontheffing (of negatieve verklaring) te moeten volgen. De Commissie zou dus zijn werklast kunnen verlichten, en de ondernemingen konden administratieve rompslomp en ongewenste publiciteit vermijden. Bovendien kon de gvs voor hen dienen als een soort van leidraad bij het opstellen van hun overeenkomsten (7).

De recent goedgekeurde groepsvrijstellingen beogen, door een codificatie van het geheel van *case-law* dat besloten ligt in de individuele toepassingsbeschikkingen van de Commissie, de betrokken ondernemingen nog meer dan vroeger rechtszekerheid te geven. Ook wordt een verdere poging ondernomen tot decentralisatie naar de nationale rechter. De gvs bekleden art. 85, 3° immers met rechtstreekse werking (8).

(4) Zie in dit verband VAN BAEL, I., "The antitrust settlement practice of the EC Commission", *CMLRev.*, 1986, p. 61-90.

(5) De bevoegdheid van de Commissie tot het uitvaardigen van groepsvrijstellingsverordeningen (gvs) wordt haar toegekend door VO nr. 19/65, Raad, PB, nr. 36, 6 maart 1965.

(6) Zie bijv. PB L 15/16, 18.1.1985 voor de automobielsector.

(7) Voor een gedetailleerde behandeling van de verschillende gvs, zie VAN GERVEN, W., MARESCEAU, M., STUYCK, J., *Handels- en Economisch Recht, II Mededingingsrecht*, B., *Kartelrecht*, Gent, Story-Scientia, 1985.

(8) Over de recente opties van de Commissie inzake procedure, zie VERSTRYNGE, J.-Fr., "Nieuwe initiatieven op het vlak van het mededingingsbeleid", *S.E.W.*, 1984, p. 632-638.

§ 2. DE GROEPSVRIJSTELLINGEN EN DE OPPOSITIEPROCEDURE

In de vier laatstgenoemde groepsvrijstellingen heeft de Commissie een zgn. *oppositieprocedure* ingevoerd.

Groepsvrijstellingen ontheffen (krachtens art. VO 19/65) bepalingen (niet limitatief opgesomd), die nochtans onder art. 85, 1° vallen, van het daarin vermelde kartelverbod, krachtens art. 85, 3°. De ontheffing gebeurt automatisch. De oppositieprocedure doet in zekere zin een stap terug (in de richting van de individuele vrijstelling). Ook hier is er weliswaar sprake van ontheffing van het kartelverbod, vervat in art. 85, 1°. Deze ontheffing is bovendien dezelfde als degene waarvan de in de groepsvrijstelling vermelde bepalingen kunnen genieten (9), hetzij de ontheffing, overeenkomstig art. 85, 3°.

Eén belangrijk verschil is er evenwel met de in de groepsvrijstelling geregelde ontheffing: in het geval van de oppositieprocedure gebeurt deze niet automatisch. De overeenkomst moet nl. worden *aangemeld*, waarna de Commissie haar toetst (hoe summier ook) aan art. 85, 3°. Een vrijstelling is er slechts indien de Commissie binnen de zes maanden na de aanmelding geen oppositie heeft gevoerd. (Oppositie kan worden gevoerd op vraag van een lidstaat. Zij kan ook worden ingetrokken. Indien oppositie wordt gevoerd en niet teruggetrokken, "worden de gevolgen van de aanmelding beheerst door de bepalingen van Verordening nr. 17".)

We bevinden ons hier dus ver van de essentie van het groepsvrijstellingsstelsel (dat gekarakteriseerd is door het *automatische* karakter van de ontheffing, *zonder tussenkomst van de Commissie*).

Qua *systematiek* bestaat er m.a.w. weinig verwantschap tussen het mechanisme van de groepsvrijstelling en dat van de oppositieprocedure. De enige werkelijke band behelst het *toepassingsgebied*. Dat wordt inderdaad voor de oppositieprocedure omschreven in de groepsvrijstellingsverordeningen die de categorieën van overeenkomsten regelen, waarop ook de oppositieprocedure kan worden toegepast. Dit wil niet zeggen dat contractuele bepalingen die vatbaar zijn voor de generieke vrijstelling, ook vatbaar zouden zijn voor een vrijstelling in het kader van de oppositieprocedure of vice versa; wel zijn de toepassingsvelden van beide soorten vrijstellingen aan mekaar grenzend, en worden zij beide omschreven in de groepsvrijstellingsverordeningen.

De oppositieprocedure is voor het overige, qua mechanisme, veeleer een vereenvoudiging van de individuele ontheffingsprocedure, zoals hieronder wordt aangetoond (10).

(9) Zie art. 4 lid 1 VO, nr. 2349/84 (de gvs voor de octrooilicentieovereenkomsten).

(10) Contra AKYUREK-KIEVITS, H.E., "Het mededingingsbeleid ten aanzien van samenwerkingsovereenkomsten en de economische situatie van de laatste jaren", S.E.W., 1986, p. 55-68.

§ 3. DE OPPOSITIEPROCEDURE VS. DE INDIVIDUELE ONTHEFFINGSPROCEDURE

In de vorige paragraaf hebben we vastgesteld dat de oppositieprocedure qua mechanisme veel gelijkenissen vertoont met een (vereenvoudigde) individuele ontheffingsprocedure. Maar er zijn ook duidelijke verschillen. Vooreerst t.a.v. de *aanmelding*. Verordening 2526/85, die een nieuw aanmeldingsformulier A/B invoert (11), spreekt in de punten VI en IX 4.2 van de "note complémentaire" van het bijzondere belang van *volledige* inlichtingen en van het aanduiden en rechtvaardigen van clausules die verder gaan dan deze die door de overeenstemmende groepsvrijstelling automatisch worden vrijgesteld, indien men de oppositieprocedure inroept.

Ten tweede weet de betreffende onderneming, wanneer zij een beroep doet op de oppositieprocedure, in principe binnen een vastgestelde *termijn* (6 maanden) waar zij aan toe is, anders dan onder de procedure die moet leiden tot individuele ontheffing. Dit principe moet evenwel genuanceerd worden, in die zin dat wanneer de Commissie om een of andere reden de overeenkomst niet aan art. 85,3 heeft kunnen toetsen, zij wellicht oppositie zal voeren, al was het maar om de termijn te rekken (12). Vanaf dat ogenblik "worden de gevolgen van de aanmelding beheerst door de bepalingen van verordening 17/62" (tenzij de oppositie wordt ingetrokken). Wat dit precies inhoudt, wordt in de betreffende groepsvrijstellingen niet vermeld. In de verordening betreffende het nieuwe aanmeldingsformulier A/B wordt deze lacune opgevuld. Punt VII, lid 3 van de aanvullende nota verduidelijkt dat in zulk geval de aanmelding zal worden behandeld zoals een vraag om individuele ontheffing.

Het principe van de vaste termijn van zes maanden kent aldus een eerste nuancering. Een tweede nuancering betreft het bepaalde in art. 4, lid 3 van VO 2349/84. Daarin wordt de vrijstelling van het kartelverbod na zes maanden niet-oppositie ontzegt aan aanmeldingen waarin niet naar art. 4 werd verwezen, of waarin de vermelde gegevens niet volledig en waarheidsgetrouw zijn. Maar wat wanneer na het verstrijken van de zes maanden daadwerkelijk blijkt dat aan deze voorwaarden niet is voldaan? Intrekking van de vrijstelling? Toch nog oppositie? Ook hier sluipt dus een element van onzekerheid binnen, zelfs na het verstrijken van de termijn. Het *derde* belangrijke verschilpunt tussen de oppositieprocedure en deze die leidt tot individuele ontheffing is de *publiciteit*, vnl. ten aanzien van derden. Deze publiciteit situeert zich zowel vóór het uitvaardigen van de individuele beschikking (zie art. 19 VO 17/62, lid 3), waarbij derden moesten worden uitgenodigd hun standpunt kenbaar te maken, als erna,

(11) PB L 240/1, 7 september 1985.

(12) VO 2526/85 gewaagt ook van oppositie om meer inlichtingen te verkrijgen. Zie Aanvullende Nota punt VII, lid 3.

zodat de derden een nietigheidsberoep kunnen instellen tegen de beschikking bij het Hof (art. 21, VO 17/62). Onder de oppositieprocedure wordt geen van deze beide publiciteitsvereisten gehanteerd. Een gelijkaardige miskennen van de belangen van derden in de prille "troostbrief" praktijk heeft aanleiding gegeven tot twijfels over de rechtskracht ervan, en heeft de Commissie ertoe gebracht in een tweede stadium haar voornemen van het sturen van een troostbrief bekend te maken in het Publicatieblad, in de hoop aldus de rechtskracht van de troostbrief te vergroten (13). Zou deze stap terug naar het "rechte pad", zoals uitgelijnd in VO 17/62, ook in het geval van de oppositieprocedure niet nuttig kunnen zijn (14)?

Een vierde onderscheid is dat van de *geldigheidsduur*. Vooreerst wordt een individuele ontheffing voor een welbepaalde tijdsduur toegestaan. Ten tweede kan zij herroepen worden, indien welbepaalde voorwaarden zijn vervuld (zie art. 8 VO 17/62, resp. lid 1 en lid 3). In verband met de oppositieprocedure tasten we ook hier in het duister. Kan de Commissie, na het verloop van de zes maanden, nog een procedure instellen tegen het kartel? Bij een individuele ontheffingsbeschikking kan dit, indien bijv. de feitelijke toestand gewijzigd is. Bovendien is de ontheffing in de tijd begrensd, zodat na verloop van de termijn een nieuwe ontheffing moet worden aangebracht, en de Commissie kan optreden. De oppositieprocedurevrijstelling kent deze beperking in de tijd klaarblijkelijk niet. Zulks is aanvaardbaar, in die zin dat de schadelijkste clausules hoe dan ook niet in aanmerking komen voor vrijstelling via de oppositieprocedure. Maar de daarenboven klaarblijkelijke afwezigheid van de mogelijkheid tot het voeren van oppositie, na de zes maanden, zelfs indien de feitelijke omstandigheden gewijzigd zijn, roept vragen op. Anderzijds vermeldt VO 19/65, die de Commissie machtigt tot het uitvaardigen van groepsvrijstellingen, dat deze laatste kunnen worden opgeheven, en dat zij voor een beperkte perio-

(13) Zie ook VAN GERVEN, *o.c.*, p. 410-411.

(14) In de "Note Complémentaire" van de Franse tekst van VO 2526/85 over het aanmeldingsformulier A/B vermeldt punt VII, lid 4: "Si, après examen, la Commission se propose de faire droit à la demande, elle est tenue, par l'article 19 par. 3 du règlement n° 17, d'en publier le résumé et inviter les tiers intéressés à présenter leurs observations".

Deze "demande" slaat, het opzet van de Commissie met de oppositieprocedure in aanmerking genomen, niet ook daarop. Nochtans zou wat de geciteerde tekst voorafgaat doen vermoeden van wel. Tweemaal is daarin sprake van "demander"; vooreerst als "notification demandant le bénéfice d'une procédure d'opposition", ten tweede als "demande d'exemption individuelle" in het verlengde van oppositie. De volgende zinnen (na "observations") handelen evenwel over de procedure leidende tot een individuele beschikking (waarvan het voorwerp nochtans niet wordt gespecificeerd). Al bij al een staaltje van een gebrek aan coherentie en duidelijkheid.

de worden uitgevaardigd (art. 2)(15), (16). Werkt de beperking in tijd van de groepsvrijstellingen door op het domein van de oppositieprocedure? Het antwoord op deze vraag hangt af van de autonomie van de oppositieprocedure t.o.v. de groepsvrijstellingen krachtens welke zij is ingevoerd.

Verdere verschillen met de individuele ontheffingsprocedure zijn er op het stuk van de *samenwerking met de autoriteiten van de lidstaten*. Weliswaar moet de lidstaat in beide gevallen worden ingelicht over de aanmelding (VO 17/62, art. 10 lid 1 en VO 2349/84 art. 4 lid 5). Het in lid 2 van art. 10 VO 17/62 bepaalde over de samenwerking met de lidstaten schijnt evenwel niet van toepassing te zijn op de oppositieprocedure. Dit komt ook logisch voor, aangezien de toetsing aan art. 85 lid 3 die in het kader van de oppositieprocedure plaatsvindt, allicht summier zal zijn. De lidstaten hebben anderzijds wel een behoorlijke vinger in de pap, in die zin dat zij de Commissie kunnen verplichten oppositie te voeren (die, wanneer de lidstaat zijn oppositie handhaaft, evenwel kan worden ingetrokken, na raadpleging van het Adviescomité voor mededingingsregelen en Economische Machtsposities). Bovenvermelde functie van het Adviescomité schijnt bovendien haar enige te zijn in het kader van de oppositieprocedure (anders dan het in art. 10, lid 3 VO 17/62 bepaalde).

Wat met de *beroepsmogelijkheden* tegen niet-oppositie? Ondanks de afwezigheid van enige publiciteit, kan een derde toch weet krijgen van niet-oppositie, indien een klacht tegen desbetreffende praktijk door de Commissie wordt afgewezen, of indien één van de partijen bij het kartel loslippig is geweest (wat desgevallend niet in zijn belang is)(17). Over de beroepsmogelijkheden in dit geval, dus tegen niet-oppositie, bij het Hof en bij de nationale rechter, zie infra. Zo ook wat de beroepsmogelijkheden betreft indien wel oppositie werd gevoerd. Duidelijk zal worden, dat ook in dit opzicht de oppositieprocedure verschilt van de individuele ontheffingsprocedure.

Het laatste belangrijke verschil tussen de formele individuele ontheffingsbeschikking en de informele oppositieprocedure kan in een vraag worden

(15) Bovendien vermeldt art. 7 de mogelijkheid van het intrekken van het voordeel van de gvs via een beschikking.

(16) Anderzijds zijn er de art. 8 VO 17/62 en 2 VO 19/65. Hun gelijkkluidendheid doet vermoeden dat hier een algemeen geldend principe voor het optreden van de Commissie wordt geformuleerd.

(17) Zie ook VENIT, J.S., "The Commission's opposition procedure — between the Scylla of ultra vires and the Charybdis of Perfume: legal consequences and tactical considerations", *C.M.L.Rev.*, 1985, 167-202.

samengevat. *Is de oppositieprocedure op zich wettelijk, of betekent zij een bevoegdheidsoverschrijding door de Commissie?* (18).

Als voorlopig besluit kunnen we, ondanks de vermelde verschillen, toch stellen dat de oppositieprocedure qua systematiek eigenlijk een vereenvoudigde individuele ontheffingsprocedure is. Dit vooral gezien de aanmeldingsplicht en het onderzoek door de Commissie, die beiden afwezig zijn in de groepsvrijstellingsystematiek.

De met de vereenvoudiging samengaannde afwezigheid van o.a. publiciteit ter bescherming van de belangen van derden, en van een formele beschikking, doet vragen rijzen inzake rechtsgevolgen, beroepsmogelijkheden, en zelfs rechtsgeldigheid (bevoegdheidsoverschrijding door de Commissie of niet?).

Sommigen hebben in de oppositieprocedure een uitbreiding van het toepassingsveld van de groepsvrijstellingen gezien (19). Nochtans zijn de mechanismen van beide systemen, om bovenvermelde redenen, duidelijk verschillend. Afgezien van de omschrijving van het toepassingsveld is er tussen beide m.i. geen noemenswaardige band. Dit zal van belang blijken bij het onderzoek naar de al dan niet bevoegdheidsoverschrijding.

Deel 2.

Is de oppositieprocedure *ultra vires*?

§ 1. HISTORISCHE NOOT

In 1961, in artikel 4 van haar voorstel voor de latere VO 17/62, had de Commissie de volgende bepaling opgenomen:

“De overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, ten aanzien waarvan een verzoek als bedoeld in artikel 1, lid 2 is ingediend, worden voorlopig geacht niet te zijn verboden in de zin van artikel 85 van het Verdrag, indien de Commissie niet binnen zes maanden na ontvangst van het verzoek schriftelijk bezwaar maakt.”

Dit voorstel stuitte in de Economische en Monetaire Commissie van het Europese Parlement op kritiek, maar dat belette niet dat het later door het Parlement in beginsel werd goedgekeurd. Het struikelde evenwel over principiële bezwaren, in de Raad geuit, en die de Commissie ertoe aanzetten haar oorspronkelijke voorstel te wijzigen.

(18) De oppositieprocedure is eigenlijk een vrijstellingssysteem *sui generis*, naast de individuele ontheffing en de groepsvrijstelling. Maar nergens wordt de Commissie de bevoegdheid hiertoe expliciet toebedeeld. In de volgende bladzijden wordt een poging ondernomen om de *ultra vires*-dreiging af te wenden, door een poging tot het vinden van aansluiting met de bestaande bevoegdheidsomschrijving van de Commissie.

(19) Zie in dit verband AKYUREK-KIEVITS, H.E., *o.c.*, p. 58.

De bezwaren waarvan sprake kunnen als volgt worden samengevat (20):
"Verschillende lidstaten huldigen de opvatting dat een bepaling op grond waarvan elke ingevolge artikel 85, lid 1, verboden en ingevolge artikel 85, lid 2, nietige overeenkomst, waartegen door de Commissie niet binnen de voorgeschreven termijn bezwaar wordt gemaakt, automatisch geoorloofd en geldig wordt, ongeacht of zij aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, voldoet en zonder dat de door de concurrentiebeperking getroffen derde ondernemingen bezwaar kunnen maken, onverenigbaar is met de opzet van artikel 85 ... De Commissie maakte deze bezwaren tot de hare, en veranderde haar oorspronkelijk voorstel."

"Verordeningen van de Raad die op grond van artikel 87 worden vastgesteld, moeten de verwezenlijking van de in de artikelen 85 en 86 vervatte beginselen dienen. Zij mogen daarom geen afbreuk doen aan het wezen van deze artikelen en het Verdrag door de draagwijdte ervan wezenlijk te beperken. Tot de onveranderlijke beginselen van artikel 85 behoort dat overeenkomsten die aan de kenmerken van lid 1 voldoen, op grond van deze bepaling verboden en ingevolge lid 2 nietig zijn, indien zij niet van het verbod zijn uitgezonderd, wat weer alleen mogelijk is onder de in lid 3 genoemde voorwaarden.

De Commissie heeft zich door de besprekingen in het Europese Parlement en de Raad ervan laten overtuigen dat door een regeling overeenkomstig haar oorspronkelijke voorstel voor een verordening de opzet van artikel 85 zou worden omgekeerd. Verboden en dus nietige overeenkomsten zouden dan toch kunnen worden toegepast en nakoming ervan zou zelfs in rechte kunnen worden afgedwongen, ook wanneer een vrijstelling van meet af aan niet in aanmerking komt. Deze rechtstoestand zou eerst door een beschikking van de Commissie worden beëindigd. Het in artikel 85 vervatte beginsel van een kartelverbod behoudens uitzonderingen zou op deze manier worden omgezet in een beginsel van controle op misbruik. Met een zo ver strekkende ingreep zou de communautaire wetgever de hem bij het EEG-Verdrag verleende bevoegdheden overschrijden."

Het bovenvermelde voorstel vertoont enkele trekjes van de huidige oppositieprocedure. In beide gevallen is er de aanmeldingsplicht, en de zes maanden lange bezwaartermijn voor de Commissie.

Weliswaar wordt het toepassingsveld van de maatregel bij de huidige oppositieprocedure duchtig ingeperkt. Niet "elke" krachtens art. 85, lid 1 verboden overeenkomst komt in aanmerking. Twee belangrijke beperkingen worden gesteld:

1° De maatregel is slechts van toepassing op bepaalde categorieën van overeenkomsten (octrooilicenties, R&D en specialisatie, en binnenkort ook franchising);

2° Binnen deze eerste reductie, kan de maatregel niet gelden (in het geval van de octrooilicenties) voor contractsbepalingen die welomschreven verboden gevolgen teweegbrengen, of (in het geval van specialisatie) voor ondernemingen die gezamenlijk een welbepaald marktaandeel overschrijden.

Door deze beperkingen wordt aan een eerste bezwaar tegen het oorspronkelijke Commissievoorstel i.v.m. 17/62 aanmerkelijk tegemoetgekomen. Niet "elke" ingevolge art. 85 verboden overeenkomst wordt getoleereerd (21).

Anderzijds stemmen oppositieprocedure en voorstel van art. 4 overeen inzake de afwezigheid van publiciteit en rechtsbescherming van de derden. Nochtans verklaarde de Commissie, nog steeds als antwoord op de Schriftelijke Vraag aan Mevr. WALZ :

"De Commissie sluit overigens niet uit dat invoering van een verzetsprocedure een toelaatbaar en passend middel kan zijn om in bijzondere gevallen de toepassing van artikel 85, lid 3, te vergemakkelijken... Ook een regeling die inhoudt dat de vrijstelling van het kartelverbod vanzelf intreedt, wanneer de Commissie niet binnen een bepaalde termijn op een desbetreffend verzoek heeft gereageerd, is evenwel slechts onder bepaalde voorwaarden met de opzet van artikel 85 verenigbaar. Tot die voorwaarden behoort dat tenminste een voorlopig onderzoek van het kartel door de Commissie geschiedt en dat belanghebbende derden voor het verstrijken van de termijn in de gelegenheid worden gesteld hun opmerkingen te maken".

Van dit laatste principe is vooralsnog weinig merkbaar. Een argument te meer voor de Commissie om een toevoeging in die zin aan de "troostbrief" praktijk ook op de oppositieprocedure toe te passen.

Een laatste bemerking inzake de oppositieprocedure en het afgevoerde voorstel van artikel 4 voor VO 17/62. De gelijkenissen werden voldoende belicht. Zo ook de afgrenzing van het toepassingsgebied in de oppositieprocedure, die de kritiek op art. 4 ten dele ontzenuwt. De oppositieprocedure gaat, afgezien hiervan, in zekere zin verder dan het voorgestelde art. 4. Inderdaad, waar in art. 4 sprake was van een "voorlopige geldigheid", die door een latere beschikking van de Commissie ongedaan kan worden gemaakt, leidt de afwezigheid van oppositie tot een ontheffing in de zin van artikel 85, lid 3. Kan deze door een latere beschikking ongedaan worden gemaakt? Niet, wanneer de afwezigheid van oppositie gelijk staat met "lex", in de zin van "patere legem quam ipse fecisti".

(21) VO 2526/85, punt IX, 6 van de "Note Complémentaire", vraagt bovendien de vermelding van feiten, die kunnen staven dat aan art. 85, lid 3 is voldaan. Art. 4, lid 3B van VO 2349/84 ontzegt het voordeel van de oppositieprocedure indien de bij de aanmelding te vermelden gegevens onvolledig zijn, of onwaar.

Conclusie : de Commissie heeft haar geschrapte voorstel van 1961, vervat in artikel 4 van het voorstel van verordening 17/62, uit de oude doos gehaald, het toepassingsveld ervan beperkt, maar de rechtskracht vergroot, zonder bovendien maatregelen te voorzien t.v.v. de bescherming van de rechten van derden-belanghebbenden. Dit roept vragen op inzake de rechtsgeldigheid en al dan niet bevoegdheidsoverschrijding (22).

§ 2. BEHANDELING TEN GRONDE

Houdt de oppositieprocedure een bevoegdheidsoverschrijding in vanwege de Commissie?

VENIT, die de oppositieprocedure meer specifiek in het kader van de groepsvrijstelling op de octrooilicenties bestudeert (23), ziet in de oppositieprocedure een illiciete uitbreiding van het toepassingsveld van de groepsvrijstelling, zoals omschreven in de artikelen 1, 2 en 3.

“Extending the benefit of the block exemption to cover agreements containing restrictions that are neither prohibited nor permitted by the terms of articles 1 and 2 of the Regulation is not envisioned by the terms of articles 1, 2° a and b of Regulation 19/65 and would not appear to comply with the requirement to specify the clauses that must be or must not be included in the agreement”.

Als we daarnaast art. 4, lid 1 van VO 2349/84 leggen, lezen we :

“De in de artikelen 1 en 2 bedoelde vrijstelling geldt eveneens voor overeenkomsten die concurrentiebeperkende verplichtingen inhouden die niet door deze artikelen noch door artikel 3 worden bestreken”.

Artikel 1 verklaart art. 85, lid 1 buiten toepassing, ingeval de overeenkomst (tussen 2 ondernemingen) één of meer van de clausules bevat, die in art. 1 lid 1 worden opgesomd. Art. 1 bevat dus een lijst met clausules, waarvan er minstens één moet voorkomen in de overeenkomst, wil deze voor de groepsvrijstelling in aanmerking komen.

Artikel 2 legt een exemplatieve lijst aan van clausules, die, indien ze in de overeenkomst voorkomen, de toepassing van artikel 1 niet beletten. Artikel 2 bevat dus een lijst met toegestane clausules.

Artikel 3 somt clausules op, die de toepassing van art. 1 en 2 uitsluiten. Deze clausules vormen dus de zgn. “zwarte lijst” van verboden bepalingen. Kijken we nu even naar art. 4, lid 1 van genoemde verordening. Hierin wordt krachtens de oppositieprocedure vrijstelling verleend van het kartelverbod, voor “concurrentiebeperkende verplichtingen... die niet door deze artikelen (1 en 2) noch door artikel 3 worden bestreken”. Met andere

(22) Bovendien was art. 4 vervat in een voorstel tot verordening van de Raad ter uitvoering van art. 87 van het Verdrag. De oppositieprocedure wordt daarentegen ingevoerd ter uitvoering van VO 19/65, waar van een vereenvoudigde individuele ontheffingsprocedure geen sprake is, en dit gebeurt in een verordening van de Commissie.

(23) VENIT, *o.c.*

woorden : de clausules van de zwarte lijst mogen niet in de overeenkomst figureren (evenmin als de clausules van de verplichte en toegelaten lijst). De confrontatie met art. 1, lid 2 VO 19/65, in toepassing waarvan de besproken groepsvrijstelling werd uitgevaardigd, leert ons het volgende. Aan punt a van dat artikel werd voldaan : inderdaad, de verboden restricties werden gepreciseerd. O.i. geldt dit ook voor punt b. Inderdaad : weliswaar worden geen clausules opgesomd die in een akkoord waarvoor men vrijstelling wil bekomen moeten voorkomen, maar in art. 4 VO 2349/85 worden voldoende "andere voorwaarden waaraan moet zijn voldaan", opgesomd. Beide worden in art. 1 lid 2 (b) VO 19/65 gescheiden door een disjunctieve "of", zodat het volstaat dat aan één van beide leden wordt voldaan. VENIT stelt nog dat volgens hem deze "andere voorwaarden" niet louter proceduraal mogen zijn (24), maar wel "objectief". Dit is een interpretatiekwestie, die door het Hof, in lijn met zijn begrip voor de nood aan een informele procedure (25), wellicht in het voordeel van de oppositieprocedure zou worden beslecht, indien deze daarmee stond of viel. Een fundamenteeler bezwaar dan het voormelde (26) geldt evenwel de essentie van de oppositieprocedure. Zoals supra vermeld, gaapt een diepe kloof tussen de automatische vrijstelling onder de groepsvrijstellingsmechaniek enerzijds, en de verplichte aanmelding, gevolgd door de (weliswaar wellicht summiere) toetsing door de Commissie aan artikel 85, lid 3, die eigen zijn aan de oppositieprocedure anderzijds. Dit leidde ons tot de stelling dat de oppositieprocedure een vereenvoudigde en goeddeels informele vorm is van de individuele ontheffing, ingevoerd door artikel 4 VO 17/62. Met dien verstande dat het toepassingsgebied van deze vereenvoudigde procedure in tweeërlei opzicht beperkt wordt door de groepsvrijstellingen. Is de Commissie zijn boekje te buiten gegaan bij de invoering van deze procedure ?

Het antwoord op deze vraag kan kort zijn. Hier vinden we een nieuwe informele procedure, naast de reeds bestaande van de "comfort letters". Ook deze laatste praktijk was oorspronkelijk niet conform de in art. 19, lid 3 VO 17/62 voorziene publicatieverplichting met het oog op de rechtsbescherming van de belanghebbende derden. Ook hier werd door de Commissie afgeweken, weliswaar niet in een verordening, van het door de Raad in VO 17 uitgetekende procedurele pad. Niettemin heeft het Hof in zijn talrijke arresten in dit verband (27) nooit gewaagd van bevoegdheids-

(24) VENIT, *o.c.*, p. 179.

(25) Zie de troostbrieven en de arresten daaromtrent die deze praktijk toch niet afwijzen, in VAN GERVEN, *o.c.*, p. 410-413.

(26) Voor de oppositieprocedure in het kader van de R&D- en specialisatiegroepsvrijstelling doet het voormelde interpretatieprobleem zich, gezien de tekst van VO 2821/71, krachtens welke zij zijn uitgevaardigd, niet eens voor, gezien het verschil in formulering van artikel 1 aldaar.

(27) De zgn. "Parfumarresten". Zie VAN GERVEN, *o.c.*, p. 410-413.

verschrijding. Waarom zou het dit inzake de oppositieprocedure dan wel doen? Dit neemt anderzijds niet weg dat net zoals bij de troostbrievenpraktijk, de rechtskracht van de afwezigheid van oppositie gebaat zou zijn met een bekendmaking, bijv. net vóór het verstrijken van de zesmaandelijkse termijn, van de intentie geen oppositie te voeren, alsmede van de essentie van de inhoud der aanmelding. Aldus zou dan wel een kleine vertraging optreden ingevolge de noodzakelijke reactietermijn voor de derden-ondernemingen (28).

In het voorgaande ligt besloten dat de vraag (29), of de oppositieprocedure een rechtstreekse toepassing is van art. 85, 3 (desgevallend zou bevoegdheidsoverschrijding door de Commissie vaststaan, want alleen de Raad kan krachtens art. 87 van het Verdrag de toepassingsmodaliteiten van dat artikel vastleggen, en heeft dat niet gedaan m.b.t. de oppositieprocedure), dan wel een hulp bij de toepassing van krachtens VO 19/65 uitgevaardigde groepsvrijstellingen (in welk geval het probleem rijst van de via de oppositieprocedure ingevoerde uitbreiding van hun toepassingsveld) eigenlijk zonder praktische relevantie is.

Het ware obstakel voor de oppositieprocedure ligt wellicht elders, evenwel. De afwikkeling ervan, zeker in de mate dat zij tot niet-oppositie leidt (bij intrekking liggen de zaken wellicht anders, omdat het daar over ernstiger gevallen gaat), ligt geheel in handen van de administratie van DG IV. Dit betekent dat het voor mededingingszaken bevoegde Commissielid zich nergens verbindt, laat staan dat dit het geval zou zijn voor de Commissie als collegiaal orgaan. Hieruit volgt, in het licht van de interne bevoegdheidstoewijzing in de Commissie (30), dat hier allerminst sprake kan zijn van een beslissing die de Commissie zou verbinden, wat op zijn beurt afbreuk doet aan de rechtskracht van het verboden instrument (31).

Deze overweging, naast deze van het verzekeren van de rechten van derden-belanghebbenden, zet de aanbeveling van het invoeren van een vorm van formalisering, gepaard gaand met een zekere publiciteit, kracht bij.

(28) Men kan zich afvragen waarvoor het goed is dat twee informele procedures naast mekaar bestaan in hetzelfde kader van de ontheffing van het kartelverbod. Welnu, de oppositieprocedure biedt wellicht een nog snellere afwikkeling dan het geval is met de troostbrieven. Dit is volkomen gewettigd door de categorieën van overeenkomsten waarop de oppositieprocedure kan worden toegepast. Deze situeren zich allemaal op het vlak van de technologische ontwikkeling, en één van de prioriteiten die de laatste jaren worden gesteld door de Commissie bij het formuleren van zijn economische politiek.

(29) Zie BEVERSLUIS, J.R., "De oppositieprocedure in Commissie Verordening 2349/84", *S.E.W.*, 1986, p. 229-244.

(30) Zie in dit verband KERSE, C.S., *EEG Antitrust procedure*, Londen, European Law Centre, 1981, p. 151-153, alsook de zgn. "Règlement Intérieur", *PB*, L 147/1 (1967), gewijzigd door beschikking van 23/7/1975, *PB*, L 199/43).

(31) Deze problematiek is aan de orde, o.a. in de zaken *Frubo vs. Commissie*, *Jurispr.*, 1975, 563 en *Commissie. Aluminium Import*, *PB*, 1985, L 92/1.

Een mogelijkheid is het publiceren, bij niet-oppositie, van een verklaring, namens de Commissie ondertekend door de bevoegde Commissaris.

In het volgende deel worden de rechtsgevolgen bestudeerd, uitgaande van de hypothese dat de oppositieprocedure niet ultra vires is. Dit laatste is evenwel niet zeker, en wordt grotendeels bepaald door de rechtsgevolgen zelf, die men beoogt te realiseren. Naarmate nl. de beoogde rechtsgevolgen sterker zijn, wordt bevoegdheidsoverschrijding waarschijnlijker. De rechtsgevolgen zullen dus noodgedwongen eerder zwak uitvallen.

Deel 3. Rechtsgevolgen

§ 1. DE POSITIE VAN DE COMMISSIE

A. Is de Commissie gebonden aan haar oppositie ?

De zo goed als eenvormige tekst van het artikel dat de oppositieprocedure in de onderscheiden groepsvrijstellingen invoert, behandelt in zijn leden 6 tot 8 de mogelijkheid van intrekking van de oppositie. Deze intrekking kan ten allen tijde gebeuren, onder voorwaarde weliswaar van raadpleging van het Adviescomité voor mededingingsregelen en economische machtsposities, indien de oppositie op verzoek van een lidstaat werd gepleegd, en deze laatste het verzoek handhaaft.

Welke zijn de voorwaarden voor intrekking? De tekst vermeldt twee gevallen: intrekking "omdat de betrokken ondernemingen hebben aangetoond dat aan de voorwaarden van artikel 85,3 is voldaan" en intrekking "omdat de betrokken ondernemingen de overeenkomst in dier voege hebben gewijzigd...". Drie opmerkingen zijn hier op hun plaats.

Vooreerst is het onduidelijk of deze twee opgesomde intrekkingsgronden limitatief zijn. Het is niet denkbeeldig dat de Commissie ook hier zijn discretie de vrije loop laat (32).

Ten tweede wordt niet gepreciseerd in welke vorm deze intrekking zal gebeuren, en hoe zij ter kennis wordt gebracht van de betrokken ondernemingen (laat staan van belanghebbende derden). Is hier vooralsnog het versturen van een "troostbrief" mogelijk? Dit is niet denkbeeldig, in het geval dat de Commissie slechts oppositie zou gepleegd hebben om de termijn van zes maanden niet voetstoots te laten voorbijgaan. In dit licht zou dan ook de intrekking "omdat de betrokken ondernemingen hebben aan-

(32) Deze discretie van de Commissie bij het informeel toepassen van het mededingingsrecht wordt bekritiseerd door VAN BAEL, I., "The antitrust settlement practice of the EC Commission", *CMLRev*, 1986, pp. 61-90.

getoond dat aan de voorwaarden van artikel 85,3 is voldaan”, zonder wijziging van de inhoud van de betwiste overeenkomst, zin krijgen. Men kan zich slechts voorstellen dat de betrokkenen, zeker indien oppositie werd gevoerd, die daarna werd ingetrokken, niet op enigerlei wijze daarvan op de hoogte zouden worden gebracht. Een tweede, voor de hand liggende mogelijkheid van intrekking van oppositie op informele wijze, die speciaal geschikt lijkt na een wijziging van de aangemelde en geopposeerde overeenkomst door de betrokken partijen, is de zgn. settlement (33).

Zowel troostbrief als settlement hebben evenwel een beperkte rechtskracht, zie daarvoor het volgende punt.

Oppositie kan daarnaast ook op een meer formele wijze beëindigd worden. De tekst van de desbetreffende artikelen in de gvs bepaalt dat indien de oppositie niet wordt ingetrokken, “de gevolgen van de aanmelding beheerst worden door de bepalingen van Verordening 17”. Deze ietwat vage vermelding wordt, zoals reeds gezegd, verduidelijkt door VO 2526/85, die het nieuwe formulier A/B invoert. Punt VII lid 3 van de bijgevoegde “note complémentaire” stelt expliciet: “si la Commission fait opposition, et à moins qu'elle ne lève celle-ci ultérieurement, la notification en cause sera alors traitée comme une demande d'exemption individuelle”.

B. Is de Commissie gehouden door haar niet-oppositie of door haar intrekking van oppositie?

1. *Eerste hypothese: De Commissie heeft nooit oppositie gevoerd (m.a.w. na het verstrijken van de zes maanden wordt de overeenkomst vrijgesteld van het kartelverbod).*

Punt VI, alinea 2 van de “Note Complémentaire” behandelt het geval waar de Commissie nooit oppositie heeft gevoerd. Het vult de tekst van de groepsvrijstelling aan, die zegt dat “lid 1 geldt slechts indien de bij de aanmelding vermelde gegevens volledig en in overeenstemming met de feiten zijn”, door te stellen dat het voordeel van de ontheffing krachtens niet-oppositie retroactief vervalt, indien bijkomende of verschillende feiten, die in de aanmelding hadden kunnen en moeten voorkomen, aan het licht komen. Dit behelst dus het geval van *kwade trouw of in gebreke blijven* van de aanmeldende onderneming.

Kan oppositie, na het verstrijken van de zesmaandelijke termijn, ook worden gevoerd, bijv. bij *wijziging van feitelijke omstandigheden*? VO 17/62, art. 8, 3 machtigt de Commissie in dit en andere, welomschreven gevallen, tot het *herroepen* of wijzigen van een individuele vrijstelling, of tot het *verbieden* van welbepaalde handelingen. De afwezigheid van deze

(33) Zie VAN BAEL, *ibid.*

mogelijkheid in het geval van niet-oppositie, waar zelfs geen formele beschikking aanwezig is, zou onlogisch voorkomen.

Daarnaast bepaalt art. 2, lid 2 van VO 19/65 dat een groepsvrijstelling kan worden opgeheven of gewijzigd bij wijziging van essentiële omstandigheden. De vraag die hierbij rijst is of een overeenkomst, die binnen de lijst van grijze clausules viel, en waartegen dus geen oppositie werd gevoerd, *opnieuw voor oppositie vatbaar* wordt bij wijziging van de lijst met grijze clausules. Beschouwt men de oppositieprocedure als een louter werktuig bij de toepassing van de groepsvrijstelling, dan vervalt ongetwijfeld de vrijstelling van de overeenkomst in kwestie bij een ingrijpende wijziging van de gvs. Beschouwt men de vrijstelling bij niet-oppositie evenwel veel-
eer als een individuele ontheffing, dan is voor het vervallen daarvan wellicht meer nodig dan de enkele wijziging van de gvs.

Kan de Commissie, zelfs indien geen van de voormelde gevallen zich voordoet, toch nog oppositie voeren na het verstrijken van de zes maanden (oppositie die dan kan leiden tot vernietiging van de overeenkomst)? Kan zij, krachtens art. 11 VO 17/62 nog een vraag om inlichtingen tot de onderneming in kwestie richten? Kan zij nog een onderzoek per industrietaak voeren, dat ook de betreffende onderneming raakt? Kan zij nog boetes opleggen? Dit alles is vrij onduidelijk. Nochtans loopt de Commissie het risico, bij de minste betwisting hieromtrent, ofwel haar procedure (bijv. haar vraag om inlichtingen), ofwel de oppositieprocedure zelf te zien wraken door het Hof. Zij zal zich hier dus wel voor hoeden.

2. *Tweede hypothese: De Commissie voerde oppositie, maar trok deze daarna in.*

Supra werd reeds aangegeven dat de behoefte om het intrekken van oppositie aan de aanmeldende partijen kenbaar te maken, wellicht aanleiding zal geven tot een vorm van *comfort letter* of *settlement*.

Moet de Commissie zich hieraan houden? Wat de *comfort letter* betreft, wordt aangenomen dat de Commissie moet worden weerhouden (*"estopped"*) het dossier te heropenen bij ontstentenis van nieuwe feiten die opduiken na het verzenden van de troostbrief, of van een uitspraak van het Hof dat de Commissie was opgetreden "under misapprehension of the law" (34).

(34) Inzake de betekenis van het "estoppel" ("rechtsverwerking") in het Gemeenschapsrecht, zie KERSE, C.S., *ibid.*, pp. 217-218, alsook Lord MACKENZIE STUART, "Legitimate Expectations and Estoppel in Community Law and English Administrative Law", *LIEI*, VIII, 1983, p. 65.

Inzake de *settlements* is het probleem dat deze vaak worden afgesloten op het niveau van de administratie. In deze gevallen is de Commissie niet gebonden (35).

§ 2. DE POSITIE VAN DE NATIONALE RECHTER EN KARTELIN-STANTIES

1. *Eerste hypothese: de termijn van zes maanden gaat voorbij zonder oppositie.*

Dit geval wordt beschreven door BEVERSLUIS (36). Hij onderscheidt twee alternatieve hypothesen (en kiest voor de tweede) (37).

a. *Eerste subhypothese: de oppositieprocedure houdt een rechtstreekse toepassing in van art. 85, 3.*

In dit geval heeft de Commissie een exclusieve bevoegdheid tot het toepassen van art. 85, 3, aangezien dit artikel geen rechtstreekse werking heeft. De nationale rechter kan art. 85, 3 dus hoe dan ook niet toepassen.

Art. 85, 1 heeft daarentegen wel rechtstreekse werking. Wat het vervallen van de bevoegdheid van de nationale kartelinstancies voor het toepassen van dit artikel betreft, stelt VAN GERVEN, op basis van het arrest Anne Marty t. Estée Lauder (38), dat de Commissie hiertoe een gezagshandeling moet hebben gesteld waaruit haar wil blijkt een beschikking te treffen krachtens art. 2, 3 of 6 van de VO 17/62. Een troostbrief volstaat daartoe niet. Men kan zich dan afvragen of de Commissie een dusdanige gezagshandeling stelt, door het louter laten voorbijgaan van de periode van zes maanden. Dit is, zolang het Hof niet het tegendeel zegt, hoogst onwaarschijnlijk, zodat de bevoegdheid van de nationale kartelinstancies om art. 85, 1 toe te passen, ongeschonden is onder de oppositieprocedure. De nationale rechter kan hier, blijkens de zaak BRT t. Sabam (I) (39), niet gelijk gesteld worden met "autoriteiten van de lidstaten".

(35) Oordeel van het Hof, in zaak FRUBO t. COMMISSIE, *Jurispr.*, 1975, 563: "dat de in deze bewoordingen tot uiting gebrachte mening niet de indruk kon wekken een toezegging te zijn van de Commissie, te minder waar de briefschrijver niet bevoegd was zodanige toezegging te doen."

(36) Zie BEVERSLUIS, *o.c.*

(37) Wij hebben om bovenvermelde redenen geopteerd voor de toepassing van art. 85, 3, met alle gevolgen van dien, die geregeerd worden door de eerste hypothese.

(38) Zaak 37/79, *Jurispr.*, 1980.

(39) Zaak 127/75, *Jurispr.*, 1974, 51.

b. Tweede subhypothese: de oppositieprocedure houdt een toepassing in van de desbetreffende groepsvrijstelling.

Hier mag de rechter de overeenkomst aan de gvs toetsen, inclusief de bepalingen inzake de oppositieprocedure. Hij is daarbij niet gebonden door het oordeel van de Commissie, maar kan dat wel als feitelijk gegeven aanwenden. Bovendien blijven de bepalingen inzake de prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van toepassing (40). De rechter kan hier m.a.w. besluiten tot de al dan niet toepasselijkheid van de gvs, wat art. 85, 3 rechtstreekse werking geeft.

2. Tweede hypothese: de Commissie voerde oppositie, maar trok deze daarna in.

Zoals supra vermeld, zal dit wellicht gepaard gaan met een bericht van de Commissie (aldan niet in de vorm van een "troostbrief"), of met een "settlement". Intussen is duidelijk geworden dat de troostbrieven door het Hof slechts worden beschouwd als louter administratieve mededelingen van de Commissie, die de nationale rechter niet binden en slechts als feitelijke gegevens kunnen worden bekeken (41).

Slechts indien hieraan een zekere vorm van publiciteit wordt gegeven, met name inzake het voornemen om de procedure aldus te beëindigen, is de nationale rechter wellicht feitelijk gebonden.

Wat de "settlements" betreft, zijn de vragen rond hun geldigheid, zoals supra vermeld, een realiteit. Wellicht kan, behalve indien ze formeel blijk geven van de uitspraak van de gehele Commissie te vertegenwoordigen, en er voldoende publiciteit aan wordt gegeven ten behoeve van derden-belanghebbenden, de nationale rechter deze naast zich neerleggen en art. 85, lid 1 toepassen. Deze opinie werd evenwel vooralsnog niet bevestigd door het Hof, zodat de twijfel blijft bestaan.

Conclusie: de bevoegdheid van de nationale rechter om in de hypothese van intrekking van oppositie toch nog art. 85, lid 1 toe te passen is hier minder duidelijk dan wanneer de Commissie geen oppositie pleegde, door te blijven stilzitten en de zes maanden te laten voorbijgaan. Hier is een duidelijker optreden van de Commissie aanwezig, dat onder bepaalde voorwaarden (vooral publiciteit en het voldoen aan de bevoegdheidsregeling in de schoot van de Commissie) zou kunnen worden aangemerkt als een "gezagshandeling".

(40) Zie JOLIET, *Le Droit Institutionnel des CEE — Le Contentieux*, Liège, 1981, pp. 167-239.

(41) Zie de "Parfumcases", aangehaald door VAN GERVEN, o.c., p. 411.

§ 3. DE POSITIE VAN DE BELANGHEBBENDE DERDEN

De tweeledige vraag die hier aan de orde is, kan, zoals supra, als volgt worden geformuleerd:

- indien de Commissie geen oppositie voerde, kunnen de derden daartegen in beroep gaan bij het Hof van Justitie?
- indien de Commissie oppositie pleegde, en deze daarna introk, wat dan?

A. De Commissie voerde geen oppositie.

VENIT is in deze hypothese bijzonder pessimistisch. Hij stelt, nogal vlug trouwens, dat noch via art. 173 (annuleringsberoep), noch via art. 175 (beroep wegens nalaten) soelaas te vinden is.

1. de mogelijkheid van het beroep krachtens art. 173 (annulatieberoep).

VENIT ziet twee obstakels, die voor een derde-belanghebbende het succesvol instellen van een beroep tot annulering in de weg staan.

Het eerste is van *praktische aard*. Opdat een derde zulkdanig beroep zou kunnen instellen, moet hij überhaupt eerst weet hebben van de niet-oppositie. Zulks is, volgens VENIT (42), in het licht van de afwezigheid van publiciteit daaromtrent, allerminst voor de hand liggend. De enige mogelijkheid zou erin bestaan, ofwel dat het bedrijf in kwestie zelf een klacht had ingediend tegen de voor- of nadien met het oog op het bekomen van niet-oppositie aangemelde praktijk, klacht die dan door de Commissie wordt verworpen (waarna de derde in beroep gaat bij het Hof van Justitie), ofwel dat één van de aanmeldende partijen uitpakt met de niet-oppositie. Hij kan zulks doen om een klacht vooralsnog te ontmoedigen, ofwel nog in het kader van een procedure voor de nationale rechter. In dit geval zou de belanghebbende derde dan eerst een klacht indienen bij de Commissie, en indien daaraan niet het gewenste gevolg wordt gegeven, in beroep gaan bij het Hof.

Op dat ogenblik stelt zich, nog steeds volgens VENIT, het tweede, ditmaal *procedureelrechtelijke*, struikelblok voor een succesvol beroep.

Een eerste mogelijkheid van beroep is dat tegen het uitdrukkelijk verwerpen van de klacht, ingediend door de derde bij de Commissie. (Voor het geval dat de Commissie de klacht niet uitdrukkelijk verwerpt, maar er ook niet op antwoordt, zie infra, het beroep wegens nalaten.) Maar hier leert de zaak Demo Studio Schmidt (43) ons dat een beroep tegen het verwerpen van de klacht slechts mogelijk zou zijn indien de bekendmaking van het voorlopige standpunt van de Commissie krachtens art. 6 VO 19/63 ge-

(42) VENIT, o.c., p. 196-197.

(43) Zaak nr. 210/81, *Jurispr.*, 1983, 3045.

volgd zou zijn door een definitief standpunt. Door dit laatste niet te doen zou de Commissie een beroep tegen de verwerping van de klacht kunnen uitsluiten.

Een tweede mogelijkheid van beroep, naast dat tegen de verwerping van de klacht, zou dat zijn tegen de afwezigheid van oppositie. Ook hier is VENIT pessimistisch, ingeval de oppositie bestaat uit een loutere non-activiteit, en aldus niet de vorm zou aannemen van een individuele beschikking (44). VENIT acht in dat geval, de tekst van artikel 173 in aanmerking genomen, de mogelijkheid van beroep zeer onwaarschijnlijk.

Deze negatieve opinie van VENIT aangaande de mogelijkheid van een annulatieberoep, roept meerdere bedenkingen op. Alleszins moet zij genuanceerd worden.

Een eerste opmerking geldt de *noodzaak van het indienen van een klacht* bij de Commissie krachtens art. 3 VO 17/62 tegen de aangemelde en niet geopposeerde overeenkomst. Is dit werkelijk een vereiste voor het instellen van een beroep bij het Hof krachtens art. 173, zoals VENIT dat stelt (45)? Artikel 173 stelt als vereiste voor een rechtspersoon die wil optreden tegen een beschikking; gericht tot een derde, dat de insteller van het beroep rechtstreeks en individueel betrokken is bij betreffende beschikking. Het arrest METRO van 25 oktober 1977 (46) stelt in dit verband dat de eis van een onderneming ontvankelijk is wegens rechtstreekse en individuele betrokkenheid, wanneer zij een individuele ontheffingsbeschikking aanvecht, die slaat op een akkoord waartegen zij een klacht had ingediend bij de Commissie, krachtens art. 3, 2° VO 17/62.

JOLIET (47) merkt hierbij op dat de vereiste van voorafgaandelijke klacht ongefundeerd lijkt, omdat het niet duidelijk is in welke zin het feit een klacht te hebben ingediend de positie van de derde individualiseert. Men kan inderdaad schade lijden ingevolge een restrictieve praktijk en de beschikking die deze aanvaardt, ongeacht het al dan niet indienen van een klacht. Vertrekkende van deze opvatting zou de derde dus een beroep kunnen instellen tegen een individuele ontheffing, zonder eerst klacht te hebben ingediend bij de Commissie tegen de in de individuele ontheffing vrijgestelde praktijk.

De tweede opmerking (en kritiek) betreft de interpretatie van het arrest Demo als zou de Commissie *zijn antwoord op de klacht van de derde dusdanig kunnen (op een "voorlopige" wijze) formuleren, dat tegen dat antwoord geen beroep mogelijk is* (48). Zulke interpretatie zou, indien door het Hof bevestigd, aanleiding geven tot misbruiken, omdat de Commissie een in feite definitief standpunt n.a.v. een klacht in een voorlopige

(44) Zie VENIT, *o.c.*, p. 196, onderaan.

(45) Zie VENIT, *o.c.*, p. 196, in het midden.

(46) Zaak nr. 26/76, *Jurispr.*, 1977, 1875.

(47) *Ibid.*, p. 91-93.

(48) VENIT, *o.c.*, p. 196.

vorm zou kunnen gieten, en aldus eenzijdig de beroepsmogelijkheden tegen zijn akten beïnvloeden (lees: beperken). Indien deze interpretatie van het betreffende arrest toch zou worden aangehouden, zou *de lege ferenda* een termijn kunnen worden bepaald waarin de Commissie, na haar voorlopig, ook een (voor beroep vatbaar) definitief standpunt moet innemen.

Intussen echter kan de derde, indien de Commissie inzake de betreffende overeenkomst een individuele vrijstelling of ontheffing verleent (49), deze hoedanook aanvechten voor het Hof. Geldt dit ook wanneer de procedure op een meer informele wijze, bijv. via een "settlement" of een "troostbrief" wordt afgesloten, i.p.v. via een beschikking? In dit opzicht is er een interpretatieprobleem rond de term "beschikking" in art. 173. Datzelfde artikel vermeldt alvast dat het niet mag gaan om "aanbevelingen of adviezen". Een definitie van "beschikking" wordt gegeven in de zaak Lemmertz (50) in het kader van de EGKS, dat vier essentiële kenmerken vastlegt:

1. het moet gaan om collegiale beslissingen van de Commissie (dit geeft aanleiding tot de delegatieproblematiek (51));
2. deze moeten rechtsgevolgen beogen in hoofde van hun bestemmelingen;
3. zij moeten het eindpunt van de interne procedure van de Commissie uitmaken;
4. de bestemmelingen moeten ze duidelijk als dusdanig kunnen herkennen.

De troostbrieven lijken aan deze vereisten te beantwoorden. In de Parfum-cases heeft het Hof niet onderzocht of deze brieven de voor de mogelijkheid van annulatieberoep vereiste rechtsgevolgen teweegbrengen, aangezien in die zaken de rechtsmiddelen niet op art. 173 waren gebaseerd, maar wel interpretatiekwesties waren op grond van art. 177. Nochtans werd duidelijk gesteld dat de troostbrieven een einde stellen aan de voorlopige geldigheid van oude kartels (52). Toch rechtsgevolgen dus, wat, indien aan de andere drie supra opgesomde voorwaarden is voldaan, het annulatieberoep zou moeten mogelijk maken. In de zaak GEMA hield advocaat-generaal CAPOTORTI staande dat de "communication de clas-

(49) Weliswaar gaat het hier om een overeenkomst, aangemeld met het oog op het bekomen van niet-oppositie. Maar over de mogelijkheden in dat geval om te komen tot een beschikking of een troostbrief, zie *infra*.

(50) Zaken nrs. 53 en 54/63, *Jurispr.*, 1963, p. 506-507. Later herhaald en aangevuld in o.a. de zaak IBM t. Commissie, 11/11/81, nr. 60/81, *Jurispr.*, 1981, 2639.

(51) Zie zaken GEMA, FRUBO, ESTEE LAUDER alsook het Interne Reglement van de Commissie (Beschikking 23 juli 1975, PB L 199/43, 1975), en ook JOLIET, *o.c.*, p. 63.

(52) Zie VAN BAEL, *o.c.*, p. 78 en VAN GERVEN, *o.c.*, p. 413.

sement" een stellingname van de Commissie inhoudt, die een voor beroep vatbare beschikking uitmaakt (53).

Het derde punt van kritiek geldt de stelling van VENIT als zou de *afwezigheid van oppositie, als loutere non-aktiviteit, en niet de vorm aannemend van een beschikking, een beroep daartegen krachtens art. 173 uitsluiten*.

Zulks lijkt nochtans niet bij voorbaat vast te staan: de arresten "Cementnijverheid" en "AETR" (54) wijzen duidelijk op het feit dat noch de kwalificatie, noch de uitwendige vorm van de akte, zoals die worden vastgelegd door de auteur ervan, maar wel de inhoud en rechtsgevolgen doorslaggevend zijn. Weliswaar is de stap van een formele akte naar de algehele afwezigheid ervan, als voorwerp van een beroep, vrij groot. Nochtans zijn de vier essentiële voorwaarden voor het beschikkingskarakter, zoals ze supra werden opgesomd, vervuld. De rechtsgevolgen in hoofde van de bestemmingen zijn weliswaar niet geheel duidelijk, maar bestaan onmiskenbaar. Niet-oppositie maakt inderdaad het eindpunt uit van een interne procedure. De belanghebbenden weten na het verloop van de zes maanden dat hun rechtspositie veranderd is. Het enige probleem is dat van de toetsing van de collegialiteit.

Bij wijze van besluit lijken twee opmerkingen hier op hun plaats.

Vooreerst is het duidelijk dat indien de Commissie een haar aangemelde praktijk op informele wijze behandelt, de rechten van de derde-belanghebbende op de tocht komen te staan door het praktische probleem van de *publiciteit*. Indien een aanmelding uitloopt op een individuele beschikking, laten de publiciteitsvereisten van artt. 19 en 21 van VO 17/62 toe dat derden hiervan kennis nemen, zodat zij eventueel een beroep kunnen instellen. Indien de Commissie daarentegen de informele weg volgt, leidend tot een troostbrief, een settlement of niet-oppositie tout court, kunnen de derden zich slechts inlichten indien de Commissie (zoals nu bij de troostbrieven) toch een zekere publicatiepraktijk aanhoudt. Of nog indien de derde op incidentele wijze een en ander verneemt. Het respecteren van de belangen van derden maakt, vooral gezien de hoge vlucht die de informele procedures nemen, strikter gestelde publicatievereisten, die de discretie van de Commissie op dit vlak inperken, wenselijk.

Wat, indien een derde toch weet krijgt van een al dan niet aangemeld kartel, binnen het toepassingsveld van de oppositieprocedure? Vooreerst is het wellicht aangewezen daartegen klacht in te dienen bij de Commissie,

(53) JOLIET merkt op: "Une solution négative aurait pour conséquence de faire dépendre les possibilités de recours du plaignant du point de savoir si la Commission a abouti à une décision formelle d'attestation négative ou à un classement sans suite, alors que le résultat est exactement le même pour lui: ce ne serait guère admissible". Zie JOLIET, *o.c.*, p. 65.

(54) Resp. zaken van 15 maart 1967, 8-11/66, *Jurispr.*, XIII, p. 91 en van 31/3/71, 22/70, *Rec.*, 1971, p. 265.

althans wanneer er nog geen individuele vrijstellings- of ontheffingsbeschikking werd geveld. Indien de Commissie binnen een redelijke termijn van zich laat horen, zodat blijkt dat de overeenkomst werd aangemeld met het oog op niet-oppositie, waaraan de Commissie zich voorneemt gevolg te geven, kan de derde-belanghebbende, op het ogenblik dat hij vermoedt dat de zesmaandelijkse oppositietermijn voorbij is, een beroep instellen "tegen de in de niet-oppositie besloten vrijstelling van het kartelverbod". Indien toch oppositie werd gevoerd, zal het Hof de eis onontvankelijk verklaren. Dan is er nog niets verloren: de derde zal door het onderzoek naar de feiten beter weten wat precies aan de hand is, en dat kan hem kostbare inlichtingen aan de hand doen waarop hij zijn verdere actie kan oriënteren.

2. de mogelijkheid van het beroep krachtens art. 175 (beroep wegens nalaten)

Ook hier laat VENIT zeer snel zijn pessimisme de vrije loop (55). Hij baseert zich hiertoe op het arrest GEMA (cfr. supra).

Wat is (summier) het verloop van een beroep wegens nalaten? Men kan drie fasen onderscheiden:

1. de initiatiefnemers doen een "invitation à agir" toekomen bij de Commissie;
2. de Commissie moet dan binnen de twee maanden een standpunt innemen;
3. bij ontstentenis van een standpunt binnen deze termijn, heeft de klager twee maanden om de zaak aanhangig te maken bij het Hof.

N.a.v. de overgang van de tweede naar de derde fase doet zich het probleem voor van de interpretatie van het begrip "standpunt". In de door VENIT geciteerde zaak GEMA, stelde deze laatste de Commissie in gebreke, nadat de Commissie haar procedure tegen RTL had opgeschort. GEMA vroeg de Commissie voorsnog een formele beschikking te treffen, krachtens welke RTL bepaalde kwestieuze praktijken zou moeten staken. Het antwoord van de Commissie op de ingebrekestelling door GEMA was een brief, waarin zij meldde geen gunstig gevolg te kunnen geven aan de klacht van GEMA, omdat zij tot de vaststelling was gekomen dat in hoofde van RTL geen dominante positie, noch misbruik daarvan aanwezig was, om welbepaalde redenen die de Commissie verduidelijkte. Het Hof beschouwde deze mededeling van de Commissie, die beantwoordde aan het voorgeschrevene art. 6 BO 99/63, als een standpunt in de zin van art. 175 al. 2 Verdrag. Welnu, met het innemen van een dusdanig standpunt (voor andere mogelijke reacties die de procedure van het beroep wegens nalaten stuiten, zie JOLIET, p. 148-151), wordt weliswaar de procedure

(55) Zie VENIT, o.c., p. 197.

krachtens art. 175 een halt toegeroepen, maar het laatste woord is daarmee niet gezegd. Inderdaad, zoals de arresten "LUTTICKE I" en "NORD-GETREIDE" a contrario illustreren, staat tegen zodanige mededeling van standpunt een annulatieberoep open (56).

Dit onder de voorwaarde dat de akte van de Commissie die de eiser bij de ingebrekestelling van de Commissie wilde bekomen, ook voor beroep vatbaar zou zijn geweest. Aan deze voorwaarde zou in dit geval zijn voldaan, indien oppositie door de Commissie voor beroep vatbaar is tenminste (cfr. infra) (en zulks onder het voorbehoud dat het voeren van oppositie tenminste het voorwerp uitmaakte van de vraag van eiser). Deze laatste zou immers ook een beschikking kunnen vragen op grond van art. 3 VO 17/62. In voorkomend geval is tegen de gevraagde akte ongetwijfeld een annulatieberoep mogelijk, zodat deze mogelijkheid ook doorwerkt naar het beroep tegen het door de Commissie ingenomen standpunt toe. In de hypothese dat de Commissie een afwijzend standpunt inneemt t.a.v. de vraag van eiser, is dus weliswaar een halt toegeroepen aan het beroep wegens nalaten, maar de rechten van de derden worden gevrijwaard door het overstappen op de trein van het annulatieberoep.

Indien aan de eerste voorwaarde van het verderzetten van de procedure van beroep wegens nalaten (nl. de afwezigheid van een standpunt van de Commissie bij de ingebrekestelling) is voldaan, duiken nog twee struikelstenen op, op de weg naar het succes. Beide hebben te maken met de akten waarvan het uitblijven respectievelijk het voorwerp en het rechtsmiddel van de procedure krachtens art. 175, indien gesteld door een particulier, kan zijn.

Wat het voorwerp betreft, is er de vermelding in art. 175 van "een akte tot hem te richten". Betekent dit dat slechts de bestemming van de uitblijvende akte het beroep kan instellen?

Wat het middel betreft (de tweede struikelsteen), rijst de vraag of alleen bij het uitblijven van akten die de instelling (hier de Commissie) gehouden is te stellen, een beroep wegens nalaten mogelijk is. Het door VENIT geciteerde arrest GEMA doet vermoeden van wel. Zulks zou betekenen dat in de mate dat oppositie door de Commissie geen verplicht karakter heeft, geen beroep zou kunnen worden ingesteld bij het uitblijven ervan.

Voor een extensieve behandeling van de beide punten (voorwerp en middel) betreft, zij verwezen naar JOLIET (57). De uiteenzetting hier wordt beperkt tot de essentie.

Wat het eerste probleem betreft, nl. *het vereiste van het uitblijven van een akte tot de insteller van het beroep gericht, als voorwerp van dat beroep*, onderscheidt JOLIET twee interpretaties. De eerste, restrictieve, houdt in

(56) Zaken van 1/3/66, nr. 48/65, *Jurispr.*, 1966, XII, 27, meer bepaald p. 39, en van 8/3/72, nr. 42/71, *Jurispr.*, 1972, p. 105 (meer bepaald p. 111).

(57) JOLIET, o.c., p. 143-162.

dat een onderneming geen beroep kan instellen tegen het uitblijven van een beschikking die een kartel zou verbieden waaraan derde ondernemingen deelnemen, aangezien die beschikking niet aan de eisende onderneming, maar wel aan de derden zou zijn gericht. Deze thesis werd verdedigd door Advokaat-Generaal CAPOTORTI, in de zaak METRO. In die zin zou de procedure op grond van art. 175 dus verschillen van deze op grond van art. 173, waar derden wel kunnen optreden. Advokaat-Generaal DU-TEILLET DE LAMOTHE verdedigt de tegengestelde opvatting in de zaak MACKPRANG I(58). Deze laatste staat veeleer, i.p.v. een strikt-formele kwalificatie van de akte ("tot de eiser gericht of niet"), de kwalificatie voor naar de aard van de akte ("is de eiser er direkt en individueel bij betrokken of niet").

De knoop werd noch in het arrest METRO, noch in het arrest CAMERA CARE (59), doorgehakt. Het staat intussen wel vast, dat indien de restrictieve, formele interpretatie wordt aangehouden, er een lacune is in de rechtsbescherming van de privé-personen, indien de Commissie geen standpunt bekendmaakt na de ingebrekestelling door een derde-onderneming (tot welke de van de Commissie gevraagde aktie niet als dusdanig zou zijn gericht).

Aangaande het tweede probleem, nl. de vraag of een beroep ook kan worden ingesteld bij het uitblijven van niet-verplichte akte, heeft het Hof zich reeds uitgesproken. In het voorvermelde arrest "Gema" wordt de mogelijkheid van beroep beperkt tot het geval van de "verplichte" akten. Noch het voeren van oppositie, noch het afgeven van een beschikking in de zin van art. 3, VO 17/62, behoren evenwel tot deze kategorie. De door het Hof gegeven oplossing wordt sterk aangevochten, maar is een realiteit. Bij wijze van conclusie kan worden gesteld dat het beroep wegens nalaten tot nader order struikelt over het vereiste van het verplichte karakter van de akten waarvan men het uitblijven krachtens art. 175 wil aanvechten. Dit is evenwel geen ramp, gezien onze vroegere argumenten, die leidden tot de conclusie dat een annulatieberoep wel open staat.

B. De Commissie voerde oppositie, maar trok die later in.

Punt VII, alinea 3 van de Aanvullende Nota bij de VO 2526/85 ter invoering van het nieuwe aanmeldingsformulier A/B zegt dat de Commissie oppositie kan voeren tegen een aanmelding die het voordeel van de oppositieprocedure aanvraagt, ofwel omdat de Commissie niet aanneemt dat het kartel kan genieten van een groepsvrijstelling, ofwel om haar toe te laten bijkomende inlichtingen in te winnen.

(58) Zaak nr. 15/71, *Rec.*, 1971, p. 808-809.

(59) Zaak van 17/1/80, nr. 792/79, *Jurispr.*, 1980, 119.

Hoedanook hebben we, in de hypothese dat de oppositie later wordt ingetrokken, te maken met een meer diepgaand onderzoek door de Commissie, dan in het geval waarbij de oorspronkelijke zesmaandelijke termijn zonder oppositie verstrijkt. Hoogstwaarschijnlijk zal deze intrekking van oppositie bovendien gepaard gaan met het versturen van een troostbrief, of met een settlement, zoals supra vermeld. En hoewel de Commissie staande houdt (60) dat een troostbrief geen voorwerp kan uitmaken van een beroep voor het Hof (op grond van art. 173), is zulks allesbehalve zeker totdat het Hof zelf zich daarover heeft uitgesproken. Zie in dit verband de redenering supra, waar werd aangetoond dat de vier voorwaarden waaraan een akte van de Commissie moet voldoen om als een beschikking te kunnen worden gekwalificeerd, aanwezig zijn. Het enige probleem zou het vereiste collegiale karakter kunnen zijn van dergelijke akte (61).

§ 4. DE POSITIE VAN DE PARTIJEN BIJ DE AANGEMELDE OVEREENKOMST

Enkele vragen aangaande de rechtszekerheid werden vroeger reeds aan de orde gesteld. Daaruit bleek dat de oppositieprocedure vooralsnog weinig rechtszekerheid biedt. Deze vaststelling roept de vraag op of de aanmeldende partijen, zodra de termijn van zes maanden is voorbijgegaan zonder oppositie, hun aldus verworven rechtspositie, die op dat ogenblik is gekarakteriseerd door een voor hen gunstige eerste stellingname door de Commissie, kunnen consolideren door vooralsnog een individuele ontheffings- of vrijstellingsbeschikking te vragen. Daarnaast is ook de vraag naar de beroepsmogelijkheden bij oppositie aan de orde.

1. Eerste hypothese: de overeenkomst werd door de partijen aangemeld met het oog op het verkrijgen van een individuele ontheffing of vrijstelling, maar de Commissie laat niets van zich horen.

In punt II van de Aanvullende Nota bij de verordening ter invoering van het nieuwe formulier A/B beklemtoont de Commissie dat de beschikking houdende een negatieve verklaring niet tot de categorie van de "actes obligatoires" hoort. Zij steunt zich daartoe op de tekst van art. 2 VO 17/62, die zegt dat "De Commissie kan vaststellen...". Deze kwalificatie geldt hoogstwaarschijnlijk ook voor de individuele ontheffingsbeschikking. Zij heeft diepgaande gevolgen aangaande de mogelijkheid om een beroep wegens nalaten in te stellen. Het arrest GEMA lijkt erop te wijzen (cfr. supra) dat het Hof, althans inzake de beschikking tot staken (art. 3 VO 17/62) deze kwalificatie tot de hare maakt. Tegen het uitblijven van een beschik-

(60) Zie de schriftelijke opmerkingen in de zaak DE BLOOS-BOYER, *Jurispr.*, 1977, 2364.

(61) Zie VAN BAEL, *o.c.*, p. 81.

king krachtens art. 3 was geen beroep mogelijk. Zulks zal, gezien de overeenkomst in bewoordingen tussen art. 2 en art. 3 bijgevolg wellicht ook gelden voor de negatieve verklaring en de individuele ontheffing.

Maar zelfs indien deze redenering niet op gaat, is de beroepsmogelijkheid tegen het uitblijven van een individuele beschikking niet veilig gesteld. Op de keerzijde van het aanmeldingsformulier A/B wordt de aanmelder nl. gevraagd om het voorwerp van zijn aanvraag te kwalificeren. Hij kan een individuele vrijstelling en/of ontheffing vragen, en daarbij al dan niet verklaren dat hij de aangemelde overeenkomst vatbaar acht voor de oppositieprocedure (62).

Indien hij deze laatste vraag bevestigend beantwoordt, zou de Commissie voor het Hof kunnen laten gelden dat zij niets meer van zich heeft laten horen na de aanmelding, omdat zij de oppositieprocedure heeft gevolgd. Hieruit blijkt dus andermaal een gebrek aan rechtszekerheid voor de anmeldende onderneming. Men kan argumenteren dat de onderneming daar zelf schuld aan heeft, door zelf te aanvaarden dat de oppositieprocedure kan worden toegepast.

Hier staat de onderneming dus voor een dilemma: ofwel verklaart zij, naast haar aanvraag om een individuele ontheffing of vrijstelling, de oppositieprocedure niet toepasselijk. In dat geval moet zij gedurende onbepaalde tijd wachten op het antwoord van de Commissie. De immuniteit gedurende die periode voor geldboeten is daarbij een magere troost, evenals de voorlopige geldigheid van de oude kartels. Ofwel verklaart zij de oppositieprocedure bijkomend wel toepasselijk. Dan heeft zij binnen een redelijk korte termijn (zes maanden) een begin van uitsluitel over het standpunt van de Commissie (63), maar loopt zij het risico een beroep wegens nalaten bij het Hof, omwille van het uitblijven van een individuele vrijstelling, te zien afgewezen worden op grond van de bewering van de Commissie dat deze laatste het tweede spoor, nl. dat van de oppositieprocedure heeft gevolgd.

We kunnen concluderen dat een aanmelding met dubbel voorwerp (d.w.z. zowel met het oog op het bekomen van het voordeel van de oppositieprocedure als met het oog op het bekomen van een individuele vrijstellings- of ontheffingsbeschikking) een oorzaak is van rechtsonzekerheid. Tenminste zolang niet duidelijk is of de Commissie in voorkomend geval verplicht

(62) Alsook of hij zich eventueel tevreden zou stellen met een troostbrief.

(63) Dit op voorwaarde dat bij combinatie door de aanmelder van een aanvraag om individuele beschikking tot ontheffing of vrijstelling en de aanvaarding van de toepassing van de oppositieprocedure, de Commissie hoedanook verplicht is, binnen de zes maanden te reageren indien zij de met afwezigheid van oppositie samengaande vrijstelling niet in werking wil laten treden. Indien zulke redenering niet wordt toegepast, zou vermelde combinatie de Commissie een absolute discretionaire bevoegdheid geven. Inderdaad, zij zou dan ongestraft geen oppositie kunnen voeren, en daarna niettemin een individuele vrijstelling weigeren.

oppositie moet voeren, indien zij niet wenst dat de betreffende overeenkomst na zes maanden automatisch wordt vrijgesteld.

2. Tweede hypothese : de overeenkomst werd slechts aangemeld met het oog op het bekomen van het voordeel, gepaard gaande met niet-oppositie. Kan de onderneming daarna nog vragen dat haar een individuele ontheffing wordt verleend?

Vooreerst is het onduidelijk, uit de bewoordingen van de keerzijde van het formulier A/B, of men de oppositieprocedure kan vragen, zonder aanvraag om een individuele ontheffingsbeschikking. Indien dit zo is, kunnen we de voorliggende hypothese onderzoeken.

Indien de Commissie binnen de zes maanden oppositie voert, liggen de zaken eenvoudig. De reeds eerder aangehaalde derde alinea van punt VII van de aanvullende nota bij VO 2526/85 stelt: "Si la Commission fait opposition, et à moins qu'elle ne lève celle-ci ultérieurement, la notification en cause sera alors traitée comme une demande d'exemption individuelle".

Maar wat indien de onderneming de overeenkomst aanmeldt onder de oppositieprocedure, om snel het standpunt van de Commissie te kennen, en dan, bij niet-oppositie, haar rechtspositie wil verstevigen met een vraag om individuele vrijstelling of ontheffing? Het lijkt er sterk op dat de Commissie dit kan (en zal) weigeren. En zij zal van deze weigering niet kunnen worden afgebracht, gezien het niet-verplichte karakter van een individuele beschikking in die zin.

3. Derde hypothese : de Commissie pleegde oppositie. Kunnen de aanmeldende partijen daartegen beroep instellen?

Deze vraag is tevens een belangrijk element bij het inschatten van het karakter van de in de oppositieprocedure bekomen vrijstelling. Aldus is het antwoord erop belangrijk om te weten of de Commissie haar boekje te buiten ging bij het invoeren als zodanig van de oppositieprocedure (m.a.w. het "ultra vires" karakter).

Het mogelijks in te stellen beroep is dat van art. 173 EEG. Daarin komt, zoals supra reeds aangegeven, het cruciale begrip "beschikking" voor. Is niet-oppositie zo'n beschikking?

In deze kwestie kan de uitspraak van het Hof van Justitie in de IBM-zaak (64) verheldering brengen. De vraag was of tegen het inleiden van de procedure en de mededeling van de punten van bezwaar een beroep kon worden ingesteld krachtens art. 173,2. In dit arrest wordt de vroegere

(64) IBM t. Commissie, 11 november 1981, nr. 60/81, *Jurispr.*, 1981, 2651.

rechtspraak, waarover supra, andermaal beklemtoond, met de daarin gestelde *vier voorwaarden voor beroep* :

1. het moet gaan om een akte van de Commissie, die bindende rechtsgevolgen met zich meebrengt (en aldus de rechtspositie van de betrokken partijen wijzigt) ;
2. zij moet een definitief standpunt van de Commissie inhouden ;
3. zij moet een einde stellen aan een specifieke procedure ;
4. de vorm is van geen belang, maar de vervulling van de bovenstaande voorwaarden moet er voor de partijen duidelijk in tot uiting komen.

De vervulling van deze voorwaarden kan slechts vragen oproepen wat de tweede ervan betreft, in het licht van het voorgaande, en eventueel ook wat de derde betreft.

Dit wellicht niet zozeer omdat na het instellen van oppositie, de gevolgen van de aanmelding door art. 3 VO 17/62 worden beheerst. De oppositieprocedure wordt nl., zoals ook blijkt uit zijn benaming, door de Commissie als een op zichzelf staande procedure beschouwd. Indien oppositie wordt gevoerd, krijgen de partijen bovendien te horen dat hun overeenkomst niet (of veeleer wellicht niet (65)) onder een groepsvrijstelling valt ; vandaar het voldoen aan de vereiste van definitieve rechtsgevolgen.

Het werkelijke struikelblok voor beroep krachtens art. 173 ligt allicht veeleer in de mogelijkheid dat de gevoerde oppositie later weer kan worden ingetrokken. Dit bijv. in het geval dat slechts oppositie werd gevoerd om de Commissie toe te laten meer inlichtingen te vragen en de zaak diepgaander te onderzoeken.

Wordt, in deze hypothese, een punt gezet achter een procedure ? Komen definitieve rechtsgevolgen tot stand ? Deze vragen zullen slechts met zekerheid kunnen worden beantwoord, zodra meer duidelijkheid wordt geschaapen rond de aard van de oppositieprocedure, bijv. over het al dan niet vervallen van de voorlopige geldigheid bij oppositie. In alle geval zal, na oppositie, de zaak grondiger moeten worden onderzocht. Of dit de rechtspositie van de ondernemingen wijzigt, is zeer de vraag. Wel geldt, bij intrekking van oppositie, de vrijstelling van door de ondernemingen gewijzigde overeenkomsten, zodat zij conform art. 85 worden, slechts vanaf de wijziging, terwijl de vrijstelling reeds ingaat bij de aanmelding voor overeenkomsten die niet moeten gewijzigd worden. Voor ondernemingen die hun overeenkomst moesten wijzigen, zou oppositie dus wel rechtsgevolgen hebben teweeggebracht.

(65) Zekerheid hieromtrent komt er eerst wanneer duidelijk is dat de oppositie niet zal worden ingetrokken.

BESLUIT

De oppositieprocedure wordt weinig gebruikt. Het zestiende "Verslag over het Mededingingsbeleid" (66) maakt melding van slechts twee aanmeldingen onder de groepsvrijstellingsverordening over de R&D overeenkomsten, één onder de gvs specialisatieovereenkomsten, en tweeëndertig onder de gvs octrooicentievereenkomsten. Dat laatste cijfer moet bovendien zwaar genuanceerd worden: vooreerst waren twintig aanmeldingen oneigenlijk, en de twaalf overigen hadden eigenlijk het voorwerp kunnen uitmaken van één of twee aanmeldingen, omdat zij overeenkomsten betroffen die aangegaan waren tussen één Westduitse firma en een aantal firma's in verschillende Europese landen.

Het succes van dit instrument blijft dus vooralsnog zeer beperkt. Bovendien wordt het vaak aangewend om de Commissie te brengen tot een interpretatie van de betreffende groepsvrijstelling, wat de bedoeling niet was. De ondernemingen schrikken dus duidelijk terug voor het klimaat van onzekerheid dat rond de procedure hangt.

Nochtans lijkt de Commissie van plan te zijn verder te gaan op de ingeslagen weg, ongeacht haar eigen vaststelling dat "de ervaring heeft geleerd dat één van de voornaamste problemen sinds de inwerkingtreding van deze verordening de praktische toepassing van de oppositieprocedure is" (67). Een illustratie daarvan vormt de recent gepubliceerde ontwerp-groepsvrijstelling over de franchisingovereenkomsten. Het wekt verwondering dat de Commissie hierin niet een aanpassing en vervollediging van de tekst slaande op de oppositieprocedure heeft doorgevoerd. Het artikel 6 van de ontwerp-verordening is, mits kleine aanpassingen in lid 1 om de coherentie met de rest van de verordening te bewerkstelligen, woordelijk deze van het overeenstemmende artikel 4 in de gvs over de octrooicentievereenkomsten.

Nochtans zal de oppositieprocedure slechts succes kennen in de mate dat voor de aanmeldende ondernemingen de rechtszekerheid wordt vergroot. Noodzakelijke voorwaarden hiertoe zijn een verduidelijking van de rechtsgevolgen enerzijds, en het afwenden van de ultra vires dreiging anderzijds. Met het oog op dit laatste is het invoeren van een zekere publiciteitspraktijk ten behoeve van de derden ten zeerste wenselijk.

(66) Zie COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN, *Zestiende Verslag over het Mededingingsbeleid*, Brussel/Luxemburg, 1987, p. 43-44.

(67) *Ibid.*, p. 44.