CONCLUSIE VAN H. KIRSCHNER RECHTER IN HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG van 21 februari 1990 *

A — De feiten 313

B — De gegrondheid van het beroep 315

I — Verenigbaarheid van de toepassing van artikel 86 met de vrijstelling 316

1) De rechtssituatie 317

a) Het Verdrag en zijn uitlegging door het Hof van Justitie 317

b) Individuele vrijstelling en toepassing van artikel 86 322

c) Groepsvrijstelling en toepassing van artikel 86 326

2) De verwerving van de octrooilicentie als misbruik van machtspositie 330

a) De elementen van het misbruik van machtspositie 330

b) De vaststelling van de inbreuk in de bestreden beschikking 336

II — Schending van het rechtszekerheidsbeginsel 338

1) Voorzienbaarheid van de toepassing van artikel 86 340

a) Voorzienbaarheid ondanks groepsvrijstelling 340

b) Meer rechtszekerheid door de mogelijkheid van een negatieve verklaring 342

2) Aantasting van een te goeder trouw op de vrijstelling gebaseerde rechtsverhouding 343

III — Bedreiging voor de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht 344

C — Conclusie 346

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Luidens artikel 2 van het besluit van de Raad van 24 oktober 1988 [1] heeft het lid van het Gerecht van eerste aanleg, dat wordt aangewezen om de functie van advocaat-generaal te bekleden, tot taak in het openbaar in volkomen onpartijdigheid en onafhankelijkheid met redenen omklede conclusies te nemen, ten einde het Gerecht terzijde te staan bij de vervulling van zijn taak. Mij is de eer te beurt gevallen om de eerste conclusie voor het Gerecht te nemen. Ik zal proberen deze taak onpartijdig en nauwgezet te vervullen, ten einde het voltal-

* Oorspronkelijke taal: Duits.

1 — PB 1988, L 319, blz. 1; verbeterde versie in PB 1989, C 215, blz. 1.

lige Gerecht te helpen bij zijn eerste beslissing. Gezien het belang van de onderhavige zaak heb ik besloten, mijn conclusie niet schriftelijk te nemen, maar ze op deze terechtzitting voor te dragen.

A — De feiten

De feiten zijn het Gerecht bekend. Ik zal dus slechts de belangrijkste punten weergeven, voor zover zij tot een beter begrip of tot de oplossing van het geschil kunnen bijdragen.

2. Verzoekster, Tetra Pak Rausing SA, coördineert vanuit Zwitserland de activiteiten van het Tetra Pak-concern. Tetra produceert en verkoopt kartons en vulmachines voor de verpakking van vloeibare levensmiddelen en is een van 's werelds toonaangevende bedrijven op dit gebied. Dat is met name het geval met de aseptische verpakking van vloeistoffen, inzonderheid melk die is behandeld volgens het zogenoemde UHT-procédé. Tetra was immers een van de eerste vennootschappen die dergelijke procédés ontwikkelden en de bijbehorende installaties en verpakkingsmaterialen leverden.

3. In 1985 had Tetra in de EG een marktaandeel van 91,8% voor aseptische vulmachines en van 89,1% voor de bijbehorende kartons. De Commissie verwijt Tetra, door de verwerving van de exclusieve licentie op een octrooi op een ander procédé voor de sterilisatie van kartons, de toegang van nieuwe concurrenten tot de markt voor installaties en materiaal voor het aseptisch verpakken van melk te hebben belemmerd en aldus artikel 86 EEG-Verdrag[2] te hebben geschonden. Tetra acht dit verwijt ongegrond, omdat de octrooilicentie tot de krachtens verordening (EEG) nr. 2349/84[3] vrijgestelde overeenkomsten behoort. Om het belang van de verwerving van deze licentie door Tetra te verduidelijken, dient men zich eerst de technische bijzonderheden van de betrokken markten voor de geest te halen.

4. Bij het UHT-procédé wordt melk voor een korte tijd tot circa 140° C verhit en daardoor kiemvrij gemaakt. Onmiddellijk daarna wordt zij onder streng aseptische voorwaarden verpakt in kartons, die tevoren door dezelfde machine zijn gesteriliseerd. De volgens dit procédé behandelde melk is verscheidene maanden houdbaar, zonder dat, zoals bij de gebruikelijke sterilisatieprocédés, de smaak aanzienlijk verandert. Zijn de aseptische omstandigheden bij de verpakking echter niet volledig gewaarborgd, bestaat het gevaar dat het produkt bederft en schadelijk voor de gezondheid wordt.

5. De technische belemmeringen voor de toegang tot de markt voor aseptisch verpakkingsmachines zijn groot. Weliswaar is de fundamentele sterilisatiemethode, die Tetra gebruikt, intussen niet meer door octrooien beschermd, maar de bouw van machines die de nodige steriliteit verzekeren, vereist een aanzienlijke know-how en veel ervaring. De produktie van verpakkingsmateriaal is technisch minder moeilijk, maar de verkoop van de kartons wordt in de regel aan die van de machines gekoppeld. De sleutel van de toegang tot de markt voor deze kartons is de bekwaamheid om ook de bijbehorende vulmachines te leveren.

2 — Artikelen waarbij geen Verdrag is vermeld, zijn artikelen van het EEG-Verdrag.

3 — PB 1984, L 219, blz. 15.

6. UHT-behandelde melk wordt meestal op de markt gebracht in „brick"-kartons. De in de handel verkrijgbare vulmachines steriliseren deze kartons met geconcentreerd waterstofperoxyde. Door hitte worden residu's hiervan vóór het vullen gedroogd en wordt de steriliteit van de kartons gehandhaafd.

Bij het door Tetra ontwikkelde vulprocédé wordt het verpakkingsmateriaal in rollen geleverd en in vlakke toestand gesteriliseerd. Pas wanneer de kartons met melk worden gevuld, worden zij in de vorm geplooid en aan alle kanten afgesloten. Het enige andere, in de Gemeenschap in de handel verkrijgbare procédé, dat door PKL, een dochtermaatschappij van Rheinmetall, werd ontwikkeld, gebruikt daarentegen voorgevormde kartons. Vergeleken met het door Tetra ontwikkelde procédé heeft dit het nadeel, dat het waterstofperoxyde in voorgevormde kartons moeilijker droogt dan op een glad oppervlak, zodat het gevaar voor residu's van het desinfecterende middel groter is.

7. Aan deze bezwaren wordt tegemoetgekomen door het in het Verenigd Koninkrijk ontwikkelde sterilisatieprocédé, waarop de omstreden licentie betrekking heeft. Het versterkt door middel van ultraviolette straling de werking van het waterstofperoxyde, zodat een verdunde oplossing van het desinfecterende middel volstaat. Octrooien op dit procédé, die in het jaar 2000 zullen verlopen, werden verleend in Ierland, Spanje, België en enkele derde landen, bij voorbeeld in de Verenigde Staten, Canada en Japan. Octrooiaanvragen werden ingediend in Italië en, op grond van het Europese octrooiverdrag, voor het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk, de Bondsrepubliek Duitsland, Nederland, Oostenrijk, Zwitserland en Zweden. Houder van de octrooien was aanvankelijk de Britse National Research and Development Council (NRDC). Hij verleende met ingang van 27 augustus 1981 een licentie voor de octrooien en de aan het procédé verbonden know-how aan Novus Corporation, die tot het Amerikaanse Liquipak-concern behoorde. Het ging om een exclusieve licentie, die in de tijd was beperkt tot 27 augustus 1988, maar die kon worden verlengd op voorwaarde dat zij geen inbreuk maakte op artikel 85. De licentieovereenkomst werd van het verbod van artikel 85, lid 1, vrijgesteld bij groepsvrijstellingsverordening nr. 2349/84, toen die in 1985 in werking trad.

8. Liquipak is gespecialiseerd in de fabricage van vulmachines voor vloeibare levensmiddelen. Reeds vóór de verwerving van de licentie was Liquipak een succesvolle producent van vulinstallaties voor verse (gepasteuriseerde) melk in kartons. Deze installaties moeten ook aan strenge hygiënische vereisten voldoen, maar, anders dan de machines voor het verpakken van UHT-behandelde melk, geen volledige steriliteit waarborgen.

9. Verse melk werd bij de toenmalige stand van de techniek meestal verkocht in zogeheten „gable-top"-kartons, die, anders dan de door Tetra gebruikte „brick"-kartons, ook zonder hulpmiddelen gemakkelijk kunnen worden geopend. Na de verwerving van de licentie begon Liquipak een machine voor het aseptisch vullen van dergelijke kartons te ontwikkelen. Haar ervaring op het gebied van de verpakking van verse melk stelde Liquipak echter niet in staat, meteen een technisch bevredigende aseptische vulmachine te

vervaardigen. Liquipak spande zich jarenlang in om een dergelijke machine te produceren. Zowel op de daarbij ontwikkelde apparaten als op de bijbehorende kartons verkreeg zij octrooi.

10. Liquipak werkte bij de ontwikkeling van die machines samen met het uit Noorwegen stammende Elopak-concern. Dit fabriceert en verkoopt kartons voor het verpakken van levensmiddelen en treedt op als dealer voor vulinstallaties. Zijn activiteit concentreert zich op de verpakking van verse melk in „gable-top"-kartons. Zijn voornaamste concurrent is Tetra, waarvan het marktaandeel voor vulinstallaties en kartons voor verse melk ongeveer 50% bedraagt.

Elopak was de exclusieve dealer voor de EEG van de installaties van Liquipak, met name de installaties voor het verpakken van verse melk en de nog te ontwikkelen machines voor het aseptisch verpakken van UHT-behandelde melk. Elopak steunde Liquipak vooral door in verschillende melkerijen de door Liquipak ontwikkelde aseptische verpakkingsmachine op proef te installeren en de bijbehorende kartons gratis of tegen verlaagde prijs te verstrekken. Volgens Elopak hadden deze inspanningen reeds in 1986 een voor de verkoop geschikte machine opgeleverd. Verzoekster betwist dit.

11. In 1986 verwierf Tetra het Liquipak-concern en daarmee de litigieuze exclusieve licentie. De British Technology Group maakte, als rechtsopvolger van de oorspronkelijke licentiegever National Research and Development Council, geen bezwaar tegen de overdracht van de licentie aan Tetra.

Na de aankondiging van de overname van Liquipak door Tetra schortte Elopak haar steun bij het uitproberen van de pas ontwikkelde machine op en verzocht zij de Commissie vast te stellen, dat Tetra de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag had geschonden.

12. Na de mededeling van de punten van bezwaar door de Commissie in maart 1987 en de hoorzitting van 25 juli 1987, zag Tetra af van de exclusiviteit van de licentie. Ofschoon de Commissie de inbreuk op de mededingingsregels daarmee als beëindigd beschouwde, achtte zij het vooral ter verduidelijking van de rechtssituatie noodzakelijk, de procedure met een beschikking te beëindigen. Gezien de betrekkelijk nieuwe casuspositie zag zij er evenwel van af, een geldboete op te leggen.

13. Op 26 juli 1988 stelde de Commissie dan ook de bestreden beschikking[4] vast, waarvan het dispositief in het beslissende eerste artikel luidt als volgt:

„De verwerving door of namens Tetra Pak Rausing SA van het exclusieve recht op de licentie die het voorwerp was van de overeenkomst van 27 augustus 1981 tussen de NRDC en Novus Corp., door middel van de koop van de Liquipak-groep, vormt — voor zover zij gevolgen heeft in de Gemeenschap — een inbreuk op artikel 86 vanaf het tijdstip van de verwerving tot het tijdstip waarop deze exclusiviteit daadwerkelijk werd beëindigd."

De Commissie behield zich uitdrukkelijk het recht voor, haar onderzoek voort te zetten naar het geheel van verzoeksters commerciële gedraging op de markten voor melkverpakkingskartons (zowel vers als aseptisch), en verpakkingsmachines (zowel vers

4 — Beschikking 88/501/EEG, PB 1988, L 272, blz. 27.

als aseptisch) ten einde vast te stellen of verzoekster geen andere inbreuken op artikel 85 of artikel 86 heeft gepleegd.

Op de feitelijke vaststellingen waarop de Commissie haar beschikking heeft gebaseerd, zal ik, om niet in herhalingen te vervallen, eerst bij het onderzoek van de rechtssituatie ingaan.

14. Op 11 november 1988 heeft Tetra Pak tegen de beschikking van de Commissie beroep ingesteld bij het Hof van Justitie. Dit heeft bij beschikking van 15 november 1989, gegeven krachtens artikel 14 van het besluit van de Raad van 24 oktober 1988, de zaak op bindende wijze naar het Gerecht verwezen. Al aanstonds zij gezegd, dat beschouwingen over de bevoegdheid van het Gerecht dus overbodig zijn.

Verzoekster baseert haar verzoek om de beschikking van de Commissie nietig te verklaren, op schending van de artikelen 85 en 86. Zij voert drie argumenten aan: het zou niet logisch zijn, dat een op grond van artikel 85, lid 3, toegestane gedraging krachtens artikel 86 zou kunnen worden verboden. Dit zou ook in strijd zijn met het rechtszekerheidsbeginsel en de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht door de Commissie en de nationale rechterlijke instanties in gevaar brengen. De Commissie heeft deze argumenten bestreden. Voor het verdere betoog van partijen tijdens de schriftelijke behandeling, verwijs ik naar het rapport ter terechtzitting om de vertaaldiensten dubbel werk te besparen. Met betrekking tot de aanvullende toelichtingen van partijen ter terechtzitting, zal ik telkens in de betrokken context mijn standpunt bepalen.

B — De gegrondheid van het beroep

15. De gegrondheid van het beroep hangt af van de vraag, of de Commissie de verwerving van de exclusieve licentie door verzoekster terecht als misbruik in de zin van artikel 86 heeft beschouwd, ofschoon de octrooilicentieovereenkomst tot de krachtens groepsvrijstellingsverordening nr. 2349/84 vrijgestelde overeenkomsten behoorde.

Verzoekster betoogt, dat de toepassing van artikel 86 op haar gedraging zowel die bepaling als artikel 85 schendt. De drie argumenten waarop zij zich baseert, zal ik één voor één onderzoeken.

I — *Verenigbaarheid van de toepassing van artikel 86 met de vrijstelling*

16. Verzoekster heeft in het verzoekschrift aangevoerd, dat het niet logisch zou zijn, artikel 86 toe te passen op een gedraging die op grond van artikel 85, lid 3, uitdrukkelijk is toegestaan. Ter terechtzitting heeft zij dit argument aldus vervolledigd, dat blijkens de arresten in de zaken Ahmed Saeed en Hoffmann-La Roche, het sluiten van de overeenkomst die door een groepsvrijstellingsverordening is vrijgesteld, op zich geen inbreuk op artikel 86 oplevert. Als aanvullend element zou zijn vereist, dat de onderneming met de machtspositie haar medecontractant de overeenkomst heeft opgedrongen. Deze vervollediging van een argument is ontvankelijk, wanneer het middel (schending van de artikelen 85 en 86) ongewijzigd blijft.

17. Ik zal dat argument dus in twee gedeelten onderzoeken. Om te beginnen lijkt het mij noodzakelijk, de overweging in het verzoekschrift, dat het niet logisch (en dus juridisch onjuist) is, artikel 86 op een vrijgestelde gedraging toe te passen, te onderzoeken. Daarbij zal ik in drie fasen te werk gaan: na een eerste analyse van de verdragsbepalingen en de rechtspraak van het Hof, zal in een tweede fase worden onderzocht, of het afgeleide recht zich uitspreekt over de verhouding tussen een individuele vrijstelling en artikel 86. Ik acht dit onderzoek noodzakelijk, ofschoon het in het onderhavige geval om een groepsvrijstelling en niet om een individuele vrijstelling gaat. Ook de rechtssituatie op het gebied van de individuele vrijstelling kan immers aanwijzingen voor de gevolgen van een groepsvrijstelling geven; slechts een algemeen overzicht geeft uitsluitsel over de gecombineerde werking van de artikelen 85 en 86. Eerst in een derde fase zal ik dan onderzoeken, of en hoe het afgeleide recht zich uitspreekt over de verhouding tussen een groepsvrijstelling en artikel 86.

Indien zou blijken, dat een groepsvrijstelling geen beletsel voor de gelijktijdige toepassing van artikel 86 vormt, dan rijst de tweede vraag, namelijk of artikel 86 in ieder geval slechts dan toepasselijk is, wanneer er een aanvullend element, in de zin van verzoeksters betoog ter terechtzitting, aanwezig is.

1) *De rechtssituatie*

a) Het Verdrag en zijn uitlegging door het Hof van Justitie

18. Ik begin met de eenvoudige maar niettemin noodzakelijke vaststelling, dat de mogelijkheid tot vrijstelling uitdrukkelijk slechts op het verbod van concurrentiebeperkende overeenkomsten in de zin van artikel 85, lid 1, en niet op het verbod van misbruik van machtspositie in de zin van artikel 86 doelt. Dat blijkt uit de plaats van die bepaling in het Verdrag, waar zij als derde lid in artikel 85 voorkomt en niet in de plaats van artikel 87 op de twee verbodsbepalingen volgt. Juist dit moest men echter verwachten, wanneer de auteurs van het Verdrag de vrijstelling gevolgen hadden willen toekennen, niet alleen voor het verbod van concurrentiebeperkende overeenkomsten in artikel 85, lid 1, maar ook voor het verbod van misbruik in artikel 86. Dat zij dat niet hebben gedaan, is te verklaren door de onderscheiden structuur van de betrokken inbreuken.

Het verbod van concurrentiebeperkende overeenkomsten in artikel 85, lid 1, geldt voor alle markten en voor alle ondernemingen. Het is zo algemeen geformuleerd, dat het zich uitstrekt tot tal van overeenkomsten die economisch zinvol zijn en waartegen wegens hun gunstige gevolgen geen bedenkingen bestaan. Wegens dit ruime toepassingsgebied behoeft het verbod een correctief, dat door vele auteurs met de „rule of reason" in het anti-trustrecht van de Verenigde Staten wordt vergeleken.

19. Ik zou op dit punt iets willen zeggen over het teruggrijpen op concepten en argumenten van het Amerikaanse anti-trustrecht. Uit de discussies die in de Verenigde Staten worden gevoerd en de oplossingen die de rechtspraak daar vindt, kunnen vaak waardevolle suggesties voor de uitlegging van het gemeenschapsrecht worden ontleend. Bij het transponeren van begrippen en theorieën van het ene rechtsstelsel op het andere is

echter voorzichtigheid geboden. Tussen het recht van de Verenigde Staten en het gemeenschapsrecht bestaan aanzienlijke verschillen, zodat niet ieder probleem waarmee het ene stelsel wordt geconfronteerd, in het andere zijn tegenhanger vindt. Dat geldt ook voor de vraag, of artikel 86 op een krachtens artikel 85, lid 3, vrijgestelde handelwijze kan worden toegepast. Vergelijkende beschouwingen over het recht van de Verenigde Staten zal ik dus in het kader van deze conclusie achterwege laten.

20. Ik ga nu verder met de analyse van artikel 85. Het verbod van concurrentiebeperkende overeenkomsten in artikel 85, lid 1, vindt zijn noodzakelijke beperking in artikel 85, lid 3. Eerst uit de gecombineerde werking van beide bepalingen volgt, welke overeenkomsten het gemeenschapsrecht tolereert en welke niet.[5]

Artikel 86 heeft een heel andere structuur. Het geldt niet voor alle markten, maar slechts voor die waarop een of meer ondernemingen een machtspositie innemen. Het erin neergelegde verbod richt zich slechts tot deze ondernemingen met een machtspositie, en niet tot andere ondernemingen. Dit alleen al beperkt het toepassingsgebied van artikel 86 in vergelijking met dat van artikel 85. Daarbij komt, dat artikel 86 slechts misbruik behelzende gedragingen verbiedt. Dat betekent, dat het verbod zich niet zal uitstrekken tot een gedraging die het mededingingsstelsel van de Gemeenschappen als economisch voordelig aanvaardt. Een beperking van het toepassingsgebied van artikel 86 in de zin van een „rule of reason" is derhalve overbodig.

21. Verzoekster heeft ter terechtzitting de opvatting gehuldigd, dat ook de toepassing van artikel 86 — zoals die van artikel 85 — in twee fasen moet worden onderzocht. Uit het arrest United Brands[6] zou blijken, dat eerst moet worden nagegaan of er — op het eerste gezicht — misbruik is gemaakt en vervolgens of dit objectief gerechtvaardigd was. Zo zou ook de Commissie in de bestreden beschikking te werk zijn gegaan. Dit betoog van verzoekster miskent, dat het onderzoeken van een afzonderlijk geregelde mogelijkheid tot vrijstelling iets anders is dan het onderzoeken van afzonderlijke objectieve elementen in het kader van de verbodsbepaling zelf. Artikel 86 bevat zeker geen criteria voor ontheffing van het erin neergelegde verbod.

22. Artikel 86 onderscheidt zich verder van artikel 85 door het feit, dat ook een eenzijdige gedraging van een afzonderlijke onderneming in de termen ervan kan vallen. Artikel 85 is op een dergelijke gedraging niet van toepassing. Ondernemingen die geen machtspositie innemen, mogen dus een dergelijke gedraging hebben, zonder dat het mededingingsrecht van de Gemeenschap zich daartegen verzet. Dit bewijst, dat de onderneming met de machtspositie, vergeleken met andere ondernemingen, strengere regels in acht moet nemen en verdergaande beperkingen van haar handelingsvrijheid moet aanvaarden.

Zou men krachtens artikel 85, lid 3, vrijgestelde overeenkomsten van de toepassing van artikel 86 willen uitsluiten, dan zou men tot de merkwaardige situatie komen,

5 — Zie arresten van 6 april 1962, zaak 13/61, Bosch, Jurispr. 1962, blz. 91, 107; 30 april 1986, gevoegde zaken 209/84 tot en met 213/84, Asjes, Jurispr. 1986, blz. 1425, 1469.

6 — Arrest van 14 februari 1978, zaak 27/76, Jurispr. 1978, blz. 207, 298.

dat artikel 86 de onderneming met de machtspositie eventueel een gedraging verbiedt, die kleinere ondernemingen zonder enige beperking door het mededingingsrecht is toegestaan, maar dat een gedraging die, wegens het gevaar dat zij voor de mededinging oplevert, reeds bij normale marktverhoudingen aan een controle wordt onderworpen en slechts onder bepaalde voorwaarden wordt toegelaten, haar niet zou kunnen worden verboden.

23. Deze verschillen in de structuur van die twee bepalingen zijn ook economisch zinvol. Artikel 85 betreft de gedraging van alle ondernemingen onder normale mededingingsvoorwaarden en verbiedt hun de werkzame mededinging door bepaalde gedragswijzen, namelijk overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen, te verstoren. Artikel 86 daarentegen beschermt de door de machtspositie reeds verzwakte mededinging tegen verdere belemmeringen.[7] Een toestemming voor een gedraging die misbruik oplevert en de resterende mededinging nog verder beperkt, is nauwelijks denkbaar. Integendeel, om de resterende mededinging te behouden, kunnen de kartelautoriteiten verdergaande maatregelen nemen, dan nodig en toelaatbaar zijn op een niet beheerste markt.

24. Verzoekster meent evenwel, dat de toepassing van artikel 86 op een krachtens artikel 85 vrijgestelde gedraging in strijd zou zijn met het arrest in de zaak Continental Can[8], volgens hetwelk de artikelen 85 en 86 niet in onderling tegengestelde zin kunnen worden uitgelegd, daar zij dienen tot verwezenlijking van hetzelfde doel. Daarop moet worden geantwoord, dat het gemeenschappelijke doel van beide bepalingen, zoals het in artikel 3, sub f, EEG-Verdrag is omschreven, erin bestaat een regime in te voeren waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst. Beide bepalingen moeten derhalve aldus worden uitgelegd, dat zij dit doel bereiken. Hiervoor kan het volstaan, dat slechts één bepaling wordt toegepast.

25. De bewoordingen en de samenhang van de mededingingsregels van het Verdrag maken het aannemelijk, dat artikel 86 ook van toepassing moet zijn op een gedraging die krachtens artikel 85, lid 3, van het verbod van artikel 85, lid 1, is vrijgesteld.

26. Ook in verhouding tot andere verbodsbepalingen van het EEG-Verdrag wordt bevestigd, dat de vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, alleen het verbod van artikel 85, lid 1, betreft. Dat is bij voorbeeld het geval met overeenkomsten die een discriminatie op grond van nationaliteit tot stand brengen. Hier sluit artikel 7 de vrijstelling uit.[9] Evenmin billijkt de vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, een gedraging die in strijd is met artikel 36, tweede zin. Een dergelijke gedraging zou derhalve, ondanks de vrijstelling, door de betrokkenen niet kunnen worden voortgezet.

27. Deze conclusie van het onderzoek van de verdragstekst zal ik nu verifiëren aan de hand van 's Hofs rechtspraak.

7 — Arrest van 13 februari 1979, zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461, 541.

8 — Arrest van 21 februari 1973, zaak 6/72, Jurispr. 1973, blz. 215, 246, r. o. 25.

9 — De vraag is in de literatuur omstreden; zie bij voorbeeld Deringer: *EWG-Wettbewerbsrecht, Kommentar*, randnummer 8, betreffende artikel 85, lid 3; in tegengestelde zin, Koch in Grabitz: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, randnummer 66 voor artikel 85.

28. Reeds in een arrest van 20 maart 1957 hield het Hof zich bezig met de verhouding tussen het kartelverbod van artikel 65 EGKS-Verdrag en andere verbodsbepalingen van dit Verdrag, in casu het discriminatieverbod van artikel 4, sub b. De verzoekers in die zaak hadden krachtens artikel 65, lid 2, EGKS-Verdrag verzocht om ontheffing voor de handelsregeling van een der verkoopkantoren voor Ruhrkolen. De Hoge Autoriteit had dit verzoek in ruime mate ingewilligd, maar toch enkele clausules van de regeling verworpen, op grond dat zij zowel artikel 65, lid 2, als het discriminatieverbod van artikel 4, sub b, EGKS-Verdrag schonden. De verzoekers hielden artikel 65 voor een bijzondere regeling, die de toepassing van artikel 4, sub b, op dezelfde feiten uitsloot. Het Hof besliste daarentegen, op eensluidende conclusie van advocaat-generaal Roemer, dat de Hoge Autoriteit de litigieuze regeling terecht naar beide verbodsbepalingen had beoordeeld. [10]

29. Aangaande de verhouding de artikelen 85 en 86 bevestigt 's Hofs rechtspraak, dat het weliswaar om verschillende feitelijke situaties gaat, maar dat overlappingen mogelijk zijn. De eerste overwegingen zijn te vinden in het arrest waarbij het Hof in 1966 het beroep van de Italiaanse regering tot nietigverklaring van verordening nr. 19/65/EEG [11] heeft verworpen. Zoals bekend, heeft de Raad bij deze verordening de Commissie gemachtigd, groepsvrijstellingsverordeningen voor exclusieve distributie-, afname- en licentieovereenkomsten vast te stellen. De verzoekster had als derde middel aangevoerd, dat dergelijke verticale overeenkomsten niet naar artikel 85 maar enkel naar artikel 86 konden worden beoordeeld. Door artikel 85 toe te passen, zou de verordening ten onrechte hebben vooropgesteld, dat artikel 86 voor dergelijke overeenkomsten niet geldt, en bijgevolg deze bepaling hebben geschonden. Het Hof verwierp uitdrukkelijk de opvatting, dat aan de artikelen 85 en 86 „een onderscheiden — met de positie der ondernemingen in de verschillende stadia van het economisch proces samenhangend — karakter toekomt". Hier citeer ik de duidelijkere Franse versie van de rechtsoverweging:

„... que chacun des articles 85 et 86, répondant ainsi à des objectifs propres, est indifféremment applicable à divers types d'accords, dès lors que sont réunies les conditions spéciales de l'un ou de l'autre de ces articles". [12]

Het Hof heeft de gelijktijdige toepasselijkheid van de artikelen 85 en 86 sindsdien herhaaldelijk bevestigd. Zo overweegt het in de zaak Hoffmann-La Roche [13], dat de toepassing van artikel 86 niet wordt uitgesloten door het feit dat de gedraging van de onderneming met de machtspositie onder artikel 85, en met name onder lid 3 ervan valt. Laatstelijk heeft het Hof in zijn vorig jaar gewezen arresten Ahmed Saeed [14] en Tournier [15] nogmaals duidelijk verklaard, dat de

10 — Arrest van 20 maart 1957, zaak 2/56, Geitling, Jurispr. 1957, blz. 9, 45 en volgende.

11 — PB 1965, nr. 36, blz. 533.

12 — Arrest van 13 juli 1966, zaak 32/65, Italië/Raad en Commissie, Jurispr. 1966, blz. 563, 592, voor de Franse versie, blz. 580, 609, voor de Nederlandse versie.

13 — Zaak 85/76, reeds aangehaald, blz. 550, r. o. 116; in dezelfde zin de conclusie van advocaat-generaal Reischl in zaak 7/82, GVL, Jurispr. 1983, blz. 483, 525.

14 — Arrest van 11 april 1989, zaak 66/86, Jurispr. 1989, blz. 803, 1849, r. o. 37 en volgende.

15 — Arrest van 13 juli 1989, zaak 395/87, Jurispr. 1989, blz. 2521.

artikelen 85 en 86 naast elkaar kunnen worden toegepast, wanneer een onderneming met een machtspositie concurrentiebeperkende overeenkomsten sluit. In de zaak Ahmed Saeed haalde het Hof als voorbeeld van misbruik aan, dat de onderneming met de machtspositie haar medecontractanten buitensporige luchtvaarttarieven opdringt. In de tweede zaak ging het Hof niet in op de verhouding tussen de artikelen 85 en 86, maar nam het de parallelle toepasselijkheid als vanzelfsprekend aan. In antwoord op de prejudiciële vraag van een Franse rechterlijke instantie onderzocht het de voorwaarden voor de schending van beide bepalingen door een zelfde gedraging, namelijk de vaststelling van het tarief voor royalty's door het Franse auteursrechtenbureau SACEM.

30. De arresten Continental Can en Züchner liggen in de lijn van deze rechtspraak. In de zaak Continental Can sloot het Hof niet uit, dat artikel 86 op contractuele handelwijzen van een onderneming met een machtspositie wordt toegepast [16], en uit zijn obiter dictum in de zaak Züchner, dat slechts artikel 85 en niet artikel 86 betrekking heeft op onderling afgestemde feitelijke gedragingen [17], mogen geen principiële conclusies inzake de draagwijdte van artikel 86 worden getrokken.

31. De rechtspraak van het Hof bevestigt bovendien, dat een met artikel 85, lid 3, vergelijkbare vrijstelling van het verbod van misbruik van machtspositie uitgesloten is. Reeds in het arrest Continental Can wees het Hof op de tegenstelling tussen de artikelen 85 en 86, die erin bestaat, dat het verbod van misbruik van machtspositie, anders dan artikel 85 met zijn lid 3, geen uitzondering kent. [18] Dat dit geen willekeurige beslissing van de auteurs van het Verdrag is, maar noodzakelijk uit het stelsel van het gemeenschapsrecht voortvloeit, bracht advocaat-generaal Lenz duidelijk tot uitdrukking in de zaak Ahmed Saeed. Ik citeer: „misbruik kan niet worden toegestaan, althans niet in een gemeenschap die de suprematie van het recht als hoogste beginsel erkent". [19]

Consequent kende het Hof in de zaak Hoffmann-La Roche de Commissie de bevoegdheid toe, een procedure naar keuze krachtens artikel 85 of krachtens artikel 86 aan te spannen [20], wanneer aan de voorwaarden van beide bepalingen is voldaan.

32. Een vrijstelling van het verbod van misbruik van machtspositie is ten slotte ook onmogelijk om redenen die verband houden met de normenhiërarchie. De Commissie mag niet „door een vrijstellingsbesluit krachtens artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag, dus door een maatregel van afgeleid recht, de betrokken onderneming... toestaan artikel 86, dus een bepaling van de oprichtingsverdragen, te schenden". [21]

33. Uit dit onderzoek van 's Hofs rechtspraak kan worden onthouden, dat zij er niet aan in de weg staat, dat artikel 86 ook op krachtens artikel 85, lid 3, vrijgestelde overeenkomsten wordt toegepast. Zij bevat

16 — Zaak 6/72, reeds aangehaald, blz. 245, r. o. 25.

17 — Arrest van 14 juli 1981, zaak 172/80, Jurispr. 1981, blz. 2021, 2030 en volgende, r. o. 10.

18 — Zaak 6/72, reeds aangehaald, blz. 246, r. o. 25; in dezelfde zin de conclusie van advocaat-generaal Roemer, reeds aangehaald, blz. 257.

19 — Conclusie van 28 april 1988 in zaak 66/86, punt 41.

20 — Zaak 85/76, reeds aangehaald, blz. 550, r. o. 116.

21 — Zaak 66/86, tweede conclusie van advocaat-generaal Lenz van 17 januari 1989, punt 18.

integendeel elementen die een dergelijke uitlegging van het Verdrag suggereren, zo al niet gebieden.

b) Individuele vrijstelling en toepassing van artikel 86

34. Ik kom thans tot de vraag, hoe het afgeleide gemeenschapsrecht de verhouding tussen de vrijstelling van het kartelverbod en het misbruik van machtspositie heeft geregeld. Vooropgesteld zij, dat het afgeleide recht natuurlijk niets aan de regeling van het EEG-Verdrag kan veranderen, maar steeds de toets hiervan moet doorstaan.[22] Toch is de wijze waarop de communautaire wetgever het EEG-Verdrag met betrekking tot een daarin niet uitdrukkelijk geregelde kwestie uitlegt, een belangrijke aanwijzing van hoe de bepaling moet worden begrepen. Het Verdrag zelf machtigt de wetgever in artikel 87, de voorschriften goed te keuren die nodig zijn voor de toepassing van de in de artikelen 85 en 86 neergelegde beginselen. De wetgever mag derhalve de inhoud van het Verdrag ook hier concretiseren en, voor zover hij vragen openlaat, aanvullen. Aan deze aanvullingen zijn de rechterlijke instanties van de Gemeenschap gebonden, voor zover zij binnen het kader van het Verdrag blijven. Het Hof heeft in het arrest Ahmed Saeed de toepassing van de mededingingsregels van het Verdrag ook met inachtneming van het afgeleide recht onderzocht.[23]

Ik zal dus eerst verordening nr. 17[24] en de verordeningen tot toepassing van de mededingingsregels op het gebied van het vervoer onderzoeken, om te zien of zij iets zeggen over de toepassing van artikel 86 op een bij individuele beschikking vrijgestelde gedraging.

35. aa) Verordening nr. 17 bevat geen uitdrukkelijke regeling inzake de vraag, welke gevolgen de vrijstelling van een overeenkomst heeft voor de toepasselijkheid van artikel 86 op de gedraging van de betrokken ondernemingen. Zij geeft daaromtrent echter enkele aanwijzingen.

36. Volgens de bevoegdheidsregeling van artikel 9, lid 1, van de verordening heeft de vrijstellingsbeschikking krachtens artikel 85, lid 3, enkel betrekking op artikel 85, lid 1, en niet op artikel 86. Dat is een eerste aanwijzing. Op de verdere gevolgen van deze bepaling zal ik ingaan bij de behandeling van verzoeksters derde argument.

37. Tweede aanwijzing: over de inhoud van de vrijstellingsbeschikking wordt gesproken in artikel 8, lid 1. De vrijstelling moet voor een bepaalde tijd worden afgegeven en kan voorwaarden en verplichtingen inhouden. De dwingend voorgeschreven beperking in de tijd en de mogelijkheid om voorwaarden op te leggen, tonen aan, dat de vrijstellingsbeschikking een begrensde inperking van de mededinging toelaat, namelijk begrensd door het doel van de mededingingsbeperking, de graad van beïnvloeding van de mededinging en de duur ervan. Terwijl de inperking van de mededinging door een overeenkomst aldus binnen zekere grenzen kan worden gehouden, is dat met de inperking van de mededinging door een machtspositie niet het geval: noch het doel, noch de graad, noch de duur van een dergelijke mededingingsbeperking is voor regeling vatbaar[25], zolang niet de machtspositie als zodanig wordt verboden. Anders dan arti-

22 — Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Lenz van 28 april 1988 in zaak 66/86, punt 41: ook een verordening van de Raad die bepaalde gedragingen als verenigbaar met artikel 86 EEG-Verdrag zou aanmerken, zou de toets van dit artikel moeten doorstaan.

23 — Arrest van 11 april 1989, zaak 66/86, blz. 803, 849, r. o. 37.

24 — PB 1962, nr. 13, blz. 204.

25 — Mestmäcker: *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 1974, blz. 357.

kel 85 regelt artikel 86 niet de voorwaarden waaronder een mededingingsbeperking geoorloofd is, maar de gevolgen van een reeds bestaande beperking, door de gedraging van de onderneming met de machtspositie aan een controle te onderwerpen. Deze verschillen tussen de twee bepalingen bevestigen nogmaals, dat de regeling voor de vrijstelling van het verbod van artikel 85, lid 1, niet past op het geval van artikel 86. Een naar doel, gevolgen en duur begrensde toestemming voor een overeenkomst krachtens artikel 85, lid 3, kan niet tot gevolg hebben, dat de veel grotere, uit de machtspositie van een onderneming voortvloeiende belemmering van de mededinging voor bij voorbeeld drie jaren (!) aan elke controle krachtens artikel 86 wordt onttrokken.

38. Derde aanwijzing: artikel 8, lid 3, sub d, van verordening nr. 17 bepaalt, dat de vrijstelling met terugwerkende kracht wordt ingetrokken indien de betrokken ondernemingen er misbruik van maken. Het is de partijen bij een geoorloofde concurrentiebeperkende overeenkomst dus evenzeer verboden van deze mededingingsbeperking misbruik te maken als het de onderneming met een machtspositie verboden is, van deze machtspositie misbruik te maken. Men ziet de parallel tussen de mededingingsbeperking door een krachtens artikel 85, lid 3, vrijgestelde overeenkomst en de mededingingsbeperking door het bestaan van een machtspositie: beide zijn als zodanig geoorloofd, maar er mag geen misbruik van worden gemaakt. Artikel 8, lid 3, sub d, van de verordening toont dus aan, dat de individuele vrijstelling geen misbruik kan rechtvaardigen. Weliswaar zegt het dit slechts uitdrukkelijk voor het misbruik van vrijstelling van het kartelverbod, maar dit is te verklaren door het feit, dat het slechts de rechtsgevolgen van dit misbruik regelt. Uit de omstandigheid dat de gevolgen van het misbruik van de vrijstelling voor het voortbestaan van het vrijstellingsbesluit een eigen regeling behoefden, kan niet worden afgeleid, dat artikel 8 van verordening nr. 17 wil uitsluiten, dat de Commissie krachtens de artikelen 3 en 15 van deze verordening maatregelen neemt tegen het bijzonder gevaarlijke misbruik van artikel 86.

39. Een indirecte regeling van de toepassing van artikel 86 tijdens de vrijstellingsprocedure is ten slotte — vierde aanwijzing — te vinden in artikel 15, lid 5, van verordening nr. 17. Is een overeenkomst ingevolge artikel 4 van de verordening aangemeld, dan kan de aangemelde gedraging noch wegens artikel 85, lid 1, noch wegens artikel 86 met een geldboete worden bestraft. Dat betekent echter, dat artikel 86 voor het overige tijdens de vrijstellingsprocedure van toepassing blijft en dus op deze procedure van invloed kan zijn, en dat slechts de sanctiebevoegdheid van de Commissie door een bijzondere bepaling wordt beperkt.

40. Daarentegen bevat verordening nr. 17 geen regeling inzake de toepassing van artikel 86 voor de periode na een vrijstellingsbeschikking. Doorgaans kan het probleem van de toepassing van artikel 86 in deze situatie niet meer rijzen, want een overeenkomst die aan de in artikel 85, lid 3, gestelde voorwaarden voor vrijstelling voldoet, kan niet tegelijk als misbruik in de zin van artikel 86 worden beschouwd. De Commissie moet, alvorens een onderneming met een machtspositie een vrijstelling te verlenen, alle voorwaarden van artikel 85, lid 3, dus met name het aandeel van de gebruikers in de uit het kartel voortvloeiende voordelen, de evenredigheid van de opgelegde beperkingen en de handhaving van de mededinging voor een wezenlijk deel van de „betrokken produkten" controleren. Indien de Commissie dan voor een bepaalde overeen-

komst tot een positief resultaat — de vrijstelling — komt, kan zij diezelfde overeenkomst nauwelijks in het kader van een tweede procedure wegens inbreuk op artikel 86 als misbruik van machtspositie kwalificeren. Hier, bij de individuele vrijstelling, zou verzoeksters opvatting, dat het noodzakelijk is, bij de toepassing van het gemeenschapsrecht tegenstrijdigheden te vermijden, wel eens gedeeltelijk juist kunnen zijn. Het ligt voor de hand, aan een vrijstellingsbesluit van de Commissie ten gunste van een onderneming met een machtspositie met betrekking tot artikel 86 gelijksoortige gevolgen toe te kennen als aan een negatieve verklaring [26], die wel de Commissie maar niet de nationale rechterlijke instanties bindt. [27]

41. Verwerft een partij bij een vrijgestelde overeenkomst eerst nadien een machtspositie, of treedt een onderneming met een machtspositie nadien tot de vrijgestelde overeenkomst toe, dan kan het door de Commissie met het oog op de vrijstelling ingestelde onderzoek zich niet hebben uitgestrekt tot de vraag, of de overeenkomst ook onder deze marktomstandigheden aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, voldoet. Artikel 8, lid 3, sub a, van verordening nr. 17 geeft de Commissie — ook — wegens die wijziging in de feitelijke omstandigheden de mogelijkheid, ex nunc opnieuw te onderzoeken of de afwijking van het verbod van artikel 85, lid 1, nog gerechtvaardigd is. [28] Daar de Commissie in casu bij haar onderzoek krachtens artikel 85, lid 3, met de machtspositie nog geen rekening kon houden, zal de vrijstelling hier echter niet tot zelfbinding kunnen leiden. Zij vormt derhalve geen beletsel voor de toepassing van artikel 86 door een beschikking waarbij de Commissie gelast, de inbreuk te beëindigen.

42. bb) Ik kom thans tot de drie verordeningen betreffende de toepassing van de mededingingsregels op het gebied van het vervoer. [29]

Deze drie verordeningen voeren naast de individuele vrijstelling bij rechtscheppende beschikking van de Commissie een vereenvoudigde procedure, de zogenoemde verzetprocedure in. [30] In deze procedure dienen de bij een mededingingsbeperking betrokken ondernemingen bij de Commissie een verzoek om vrijstelling in, dat in het Publikatieblad wordt bekendgemaakt. Binnen 30 dagen kunnen belanghebbende derden hun opmerkingen over dit verzoek kenbaar maken. Na de bekendmaking heeft de Commissie 90 dagen de tijd om een formele vrijstellingsprocedure in te leiden, waarin zij de verzoekers meedeelt, dat er ten aanzien van de mogelijkheid tot vrijstelling ernstige twijfel bestaat. Doet zij dit niet, dan treedt een in de tijd beperkte vrijstelling in, die de Commissie echter steeds kan intrekken indien blijkt, dat aan de voorwaarden ervan niet is voldaan.

26 — Zie Höhn: *Die Anwendbarkeit des Artikels 86 EWG-Vertrag bei Kartellen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen*, Diss. Frankfurt 1969, blz. 67, die echter tot een andere conclusie komt.

27 — De gevolgen van de negatieve verklaring voor nationale rechterlijke instanties zijn omstreden. In dezelfde zin als hier bij voorbeeld Waelbroeck, M.: „Judicial review of Commission action in competition matters", *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1983, blz. 179, 203 en volgende, met verdere referenties.

28 — De toename van de concentratiegraad op de markt is een factor waarmee de Commissie ook bij het onderzoek van een verzoek om verlenging van een individuele vrijstelling rekening moet houden. Arrest van 9 juli 1987, zaak 43/85, Ancides, Jurispr. 1987, blz. 3131, 3154, r. o. 13.

29 — Verordening (EEG) nr. 1017/68, PB 1968, L 175, blz. 1; verordening (EEG) nr. 4056/86, PB 1986, L 378, blz. 4; en verordening (EEG) nr. 3975/87, PB 1987, L 374, blz. 1.

30 — Artikel 12 van verordening nr. 1017/68 (met uitsluiting van de crisiskartellen bedoeld in artikel 6 van de verordening), artikel 12 van verordening nr. 4056/86 en artikel 5 van verordening nr. 3975/87.

43. Een uitdrukkelijke regeling inzake de verhouding tussen deze individuele vrijstelling en artikel 86 bevat slechts de jongste van de drie verordeningen, mededingingsverordening (EEG) nr. 3975/87 voor het luchtvervoer, die in artikel 5, lid 3, bepaalt, dat de in de verzetprocedure verkregen vrijstelling met terugwerkende kracht kan worden ingetrokken indien „de betrokkenen onjuiste gegevens hebben verstrekt of indien zij misbruik maken van een vrijstelling van het bepaalde in artikel 85, lid 1, of artikel 86 hebben overtreden". Daarentegen vermelden de verordeningen (EEG) nrs. 1017/68 [31] en 4056/86 [32] slechts de eerste twee gronden voor intrekking met terugwerkende kracht.

De intrekking van de bij rechtscheppende beschikking verleende vrijstelling is echter in de drie verordeningen gelijkluidend geregeld. Terwijl het misbruik van de vrijstelling, zoals in artikel 8, lid 3, sub d, van verordening nr. 17 [33], als grond voor de intrekking met terugwerkende kracht verschijnt, wordt artikel 86 in dit verband nergens vermeld.

44. Derhalve rijst de vraag, of uit artikel 5, lid 3, van verordening nr. 3975/87 a contrario kan worden afgeleid, dat de toepassing van artikel 86 op een vrijgestelde gedraging zonder een dergelijke uitdrukkelijke bepaling, dus in alle andere gevallen, uitgesloten is. Dit zou men kunnen aannemen, indien die bepaling de toepassing van artikel 86 zou voorschrijven. Dat is echter niet het geval. Artikel 5, lid 3, van verordening nr. 3975/87 voegt integendeel aan de op schending van artikel 86 gestelde sancties, voor de verzetprocedure krachtens deze verordening een verdere sanctie, namelijk de intrekking van de vrijstelling toe. De inbreuk op artikel 86 heeft dus tot gevolg, dat ook artikel 85, lid 1, met terugwerkende kracht op de overeenkomst van toepassing wordt. De betrokkenen maken in een dergelijk geval dus niet alleen inbreuk op artikel 86, maar ook op artikel 85, lid 1. Dit rechtsgevolg vloeit echter niet zonder meer voort uit de toepasselijkheid van artikel 86 en geldt derhalve enkel wanneer het — zoals hier — uitdrukkelijk is voorgeschreven.

Tegen een redenering a contrario pleit ook de tekst van de bepaling. Zij verbindt haar rechtsgevolgen aan een inbreuk op artikel 86 EEG-Verdrag en stelt dus de toepassing hiervan op de gedraging van de betrokkenen voorop.

45. Samenvattend kan men zeggen, dat er in verordening nr. 17 en artikel 5, lid 3, van verordening nr. 3975/87 verschillende aanwijzingen zijn, dat een individuele vrijstelling geen beletsel voor de toepassing van artikel 86 vormt, maar ten hoogste door de Commissie in het kader van een eventuele zelfbinding in acht moet worden genomen. Artikel 86 heeft echter gevolgen binnen het toepassingsgebied van artikel 85, lid 3, doordat het de vrijstelling uitsluit van een gedraging die misbruik van machtspositie oplevert. Dat betekent echter niet, dat ondernemingen met een machtspositie niet het voordeel van een vrijstellingsbesluit zouden kunnen genieten. Voor zover de vrijstelling niet tot een misbruik van de machtspositie leidt, kan de Commissie ze hun verlenen.

31 — Artikel 12, lid 3.

32 — Ibidem.

33 — Artikel 13 van verordening nr. 1017/68, artikel 6 van verordening nr. 3975/87 en artikel 13 van verordening nr. 4056/86.

c) Groepsvrijstelling en toepassing van artikel 86

46. Zo kom ik tot de derde fase van mijn onderzoek, die, met inachtneming van de conclusies inzake de individuele vrijstelling, aan de verhouding tussen de groepsvrijstelling en artikel 86 is gewijd.

De verordeningen die een groepsvrijstelling mogelijk maken, kunnen worden ingedeeld in drie categorieën, die de ontwikkeling van dit instrument in de wetgeving van de Gemeenschap weerspiegelen. De fasen van die ontwikkeling kenmerken zich door een verfijning van de machtigingsgrondslagen waarop de groepsvrijstellingen berusten.

47. Alle groepsvrijstellingsverordeningen hebben echter gemeen, dat zij, zoals de individuele vrijstelling bij beschikking, alleen op het verbod van artikel 85, lid 1, betrekking hebben. Geen enkele groepsvrijstelling sverordening verklaart het verbod van artikel 86 niet-toepasselijk. De verordeningen onderscheiden zich echter op beslissende wijze van de individuele vrijstelling door het feit, dat zij berusten op een algemene en abstracte beoordeling van een type overeenkomsten, waartoe de wetgever ex ante overgaat en waarbij hij zich in de regel oriënteert naar de gevolgen van de overeenkomsten onder normale mededingingsvoorwaarden. Er vindt geen concreet onderzoek naar de voorwaarden van artikel 85, lid 3, plaats, dat met de omstandigheden op een der betrokken markten, de marktpositie of de machtspositie van een bepaalde onderneming rekening houdt.[34] Dat is een belangrijk onderscheid, dat op de rechtsgevolgen van een groepsvrijstelling — vergeleken met die van een individuele vrijstelling — zijn weerslag heeft, zoals ik zal uiteenzetten.

48. Inhoudelijk onderscheiden de groepsvrijstellingsverordeningen zich hierdoor, dat in enkele ervan de marktstructuren in aanmerking worden genomen, terwijl de meeste geen dergelijke beperking inhouden. Waar de groepsvrijstelling niet van marktstructuren afhangt, vindt zij dus uitsluitend op grond van de abstracte beslissing van de wetgever plaats.

Dat geldt vooral voor de oudste machtigingsverordening van de Raad, verordening nr. 19/65 voor exclusieve distributie- en licentieovereenkomsten, en voor de daarop gebaseerde groepsvrijstellingsverordeningen, waartoe ook de in casu relevante verordening inzake octrooilicentieovereenkomsten behoort.[35] De op verordening nr. 19/65 gebaseerde groepsvrijstellingen gelden, één uitzondering daargelaten, zonder inachtneming van de marktstructuur.

Enkel verordening nr. 1984/83 bevat daarnaast een regeling, die de vrijstelling van exclusieve afnameovereenkomsten tussen fabrikanten die met elkaar in concurrentie staan, aan kleine en middelgrote ondernemingen voorbehoudt.[36] De communautaire wetgever sluit dus ondernemingen met een

34 — Wertheimer: „Het adagium van artikel 86, EEG: ‚Quod licet bovi non licet jovi' ", in: *Europees Kartelrecht Anno 1980*, blz. 143, 212.

35 — Verordening nr. 67/67/EEG, PB 1967, blz. 849, inmiddels vervangen door de verordeningen (EEG) nrs. 1983/83, PB 1983, L 173, blz. 1, en 1984/83, PB 1983, L 173, blz. 5; verordeningen nrs. 2349/84, PB 1984, L 219, blz. 15; 123/85, PB 1985, L 15, blz. 16; 4087/88, PB 1988, L 359, blz. 46; en 556/89, PB 1989, L 61, blz. 1.

36 — Tiende overweging van de considerans, artikelen 3, sub b, en 5.

machtspositie in het algemeen uit van de mogelijkheid om voor dergelijke overeenkomsten vrijstelling te bekomen.

49. Aangaande de verhouding tussen artikel 86 en de groepsvrijstelling blijkt overigens het volgende: de machtigingsverordening verwijst niet naar artikel 86. Twee groepsvrijstellingsverordeningen, namelijk verordening (EEG) nr. 1983/83 betreffende exclusieve distributieovereenkomsten en verordening (EEG) nr. 1984/83 betreffende exclusieve afnameovereenkomsten, bepalen echter uitdrukkelijk in hun considerans, dat zij de toepassing van artikel 86 niet uitsluiten.[37]

50. De tweede „familie" van groepsvrijstellingsverordeningen gaat verder op de ingeslagen weg. Zij omvat machtigingsverordening -EEG) nr. 2821/71 en de twee hierop gebaseerde verordeningen (EEG) nrs. 417/85 en 418/85 betreffende specialisatieovereenkomsten en ontwikkelingsovereenkomsten.[38] De „horizontale" verordeningen nrs. 417/85 en 418/85 stellen de groepsvrijstelling afhankelijk van de voorwaarde, dat het marktaandeel en de omzet van de betrokken ondernemingen een bepaalde drempel niet overschrijden.[39] Ondernemingen met een machtspositie kunnen derhalve, althans in de regel, geen aanspraak op vrijstelling krachtens deze twee verordeningen maken.

51. Ook de regeling betreffende de intrekking van de groepsvrijstelling in een bepaald geval heeft zich in de loop des tijds ontwikkeld. Artikel 7 van verordening nr. 19/65 voorziet in de intrekking, wanneer de vrijgestelde gedraging gevolgen heeft die onverenigbaar zijn met artikel 85, lid 3. Of deze intrekking ook met terugwerkende kracht dan wel slechts voor de toekomst kan plaatsvinden, wordt niet gezegd. Verordening nr. 2821/71 verklaart daarentegen uitdrukkelijk in de laatste overweging van haar considerans, dat de groepsvrijstelling slechts voor de toekomst kan worden ingetrokken. Artikel 7 ervan, dat de machtiging tot intrekking van de vrijstelling regelt, stemt woordelijk overeen met het chronologisch vroegere artikel 7 van verordening nr. 19/65. Daaruit blijkt, dat ook binnen het toepassingsgebied hiervan, de intrekking slechts ex nunc toelaatbaar zal zijn.

52. De derde en jongste categorie groepsvrijstellingsverordeningen betreft het gebied van het luchtvervoer. De machtigingsgrondslag is hier verordening (EEG) nr. 3976/87 van de Raad.[40] Zij sluit ondernemingen met een machtspositie niet van de mogelijkheid tot vrijstelling uit. Nieuw is echter, dat reeds de machtigingsverordening de gevolgen van een inbreuk op artikel 86 regelt. Luidens artikel 7, lid 2, van de verordening kan de groepsvrijstelling in een bepaald geval worden ingetrokken, indien de vrijgestelde overeenkomst „gevolgen [heeft] die... verboden zijn krachtens artikel 86". De considerans van de drie op grond van die machtiging vastgestelde groepsvrijstellingsverordeningen[41] bepaalt uitdrukkelijk, dat deze verordeningen toepassing van artikel 86 niet in de weg staan. Voor overeenkomsten die gevolgen hebben welke „ingevolge artikel 86 van het Verdrag verboden zijn", voorzien zij alle in intrekking van de vrijstelling.[42]

37 — Vijftiende overweging van de considerans van verordening nr. 1983/83 en drieëntwintigste overweging van de considerans van verordening nr. 1984/83.

38 — Verordening (EEG) nr. 2821/71, PB 1971, L 285, blz. 46; verordening (EEG) nr. 417/85, PB 1985, L 53, blz. 1; verordening (EEG) nr. 418/85, PB 1985, L 53, blz. 5.

39 — Artikel 3 van verordening nr. 417/85; artikel 3, leden 2 en 3, van verordening nr. 418/85 (enkel met betrekking tot het marktaandeel).

40 — PB 1987, L 374, blz. 9.

41 — Verordeningen (EEG) nrs. 2671/88, 2672/88 en 2673/88, PB 1988, L 239, blz. 9, 13 en 17.

42 — Artikel 7 van verordening nr. 2671/88, artikel 11 van verordening nr. 2672/88 en artikel 4 van verordening nr. 2673/88.

Tevens maakt artikel 7, lid 2, van de machtigingsverordening duidelijk, dat de intrekking van de vrijstelling niet het enige gevolg van de inbreuk op artikel 86 is. Het bepaalt immers, dat de Commissie „overeenkomstig artikel 13 van verordening (EEG) nr. 3975/87 alle passende maatregelen [kan] nemen om aan deze inbreuken een einde te maken". Deze bepaling staat de Commissie toe, dwangsommen op te leggen, wanneer ondernemingen hun verplichting een einde te maken aan een inbreuk op artikel 86, niet nakomen.[43] Daarentegen wordt niet verwezen naar artikel 12 van verordening nr. 3975/87, dat de Commissie machtigt bij inbreuken op artikel 86 geldboeten op te leggen.

53. Op het gebied van het zeevervoer heeft de Raad de Commissie geen machtiging tot het vaststellen van groepsvrijstellingsverordeningen verleend. In de artikelen 3 en 6 van verordening nr. 4056/86 betreffende het zeevervoer[44] heeft de Raad zelf groepsvrijstellingen verleend, die echter weer alleen het kartelverbod van artikel 85, lid 1, betreffen. Zoals de eigenlijke groepsvrijstellingsverordeningen, bepaalt verordening nr. 4056/86 in artikel 8, dat de vrijstelling wordt ingetrokken, wanneer in een bepaald geval gevolgen intreden die onverenigbaar zijn met artikel 86. Het staat de Commissie bovendien vrij, volgens de algemene procedure van artikel 10 „alle passende maatregelen [te] nemen om een eind te maken aan de inbreuken op artikel 86 van het Verdrag".

54. Ik zal nu trachten uit die veelheid van bepalingen enkele algemene beginselen af te leiden. Daarbij moet erop worden gelet, dat alle groepsvrijstellingen, ondanks verschillen, een instrument tot aanvulling van artikel 85, lid 3, vormen. Daarom kunnen regelingen in een groepsvrijstellingsverordening ook voor de uitlegging van andere verordeningen van betekenis zijn. Het zou in strijd zijn met het stelsel, door kunstmatige onderscheidingen de eenvormige toepassing van de artikelen 85 en 86 op de verschillende door de groepsvrijstellingsverordeningen bestreken gebieden te verstoren. Daarom heb ik een veel verder dan verordening nr. 2349/84 gaand algemeen overzicht van de groepsvrijstellingsverordeningen gegeven.

55. Dit gezegd zijnde, zou ik de navolgende conclusies willen ontwikkelen: voor zover de wetgever de onderneming met de machtspositie niet door drempelregelingen van de mogelijkheid tot groepsvrijstelling uitsluit, is artikel 86 naast een groepsvrijstelling toepasselijk. Dit heeft de wetgever bij twee groepsvrijstellingsverordeningen in de considerans erkend, zonder de toepassing van artikel 86 in de verordening door concrete bepalingen te regelen.[45] Terwijl artikel 86 echter bij de individuele vrijstelling zowel op de procedure voor de verlening als op die voor de intrekking van invloed kan zijn, kan het bij de groepsvrijstelling slechts op de intrekkingsprocedure invloed hebben. De individuele verleningsprocedure wordt hier immers vervangen door de abstracte exantebeslissing van de wetgever over de vraag, welke inhoud zijn groepsvrijstellingsverordening moet krijgen.

Het ontbreken van de individuele verleningsprocedure brengt het gevaar mee, dat de groepsvrijstelling ten goede komt aan een overeenkomst die in concreto niet aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, voldoet.

43 — Een dergelijke verplichting kan worden opgelegd krachtens artikel 4 van verordening nr. 3975/87.

44 — PB 1986, L 378, blz. 4.

45 — Verordeningen nrs. 1983/83 en 1984/83.

Daar de groepsvrijstelling juist geen voorafgaand onderzoek van de Commissie onderstelt, omtrent de vraag, of in een bepaald geval aan de criteria van artikel 85, lid 3, is voldaan, kan zij ook niet als „stilzwijgende negatieve verklaring" met het oog op artikel 86 worden opgevat en niet tot zelfbinding van de Commissie voor de toepassing van deze bepaling leiden. Op dit punt is het gevolg van de groepsvrijstelling zwakker dan dat van de individuele vrijstelling.

Wanneer echter — zoals hier — een onderneming met een machtspositie eerst nadien in het genot van een groepsvrijstelling komt, kan er van zelfbinding toch al geen sprake zijn. Zoals gezegd, kan zelfs een individuele vrijstelling niet tot zelfbinding van de Commissie leiden, wanneer de onderneming met de machtspositie eerst nadien tot de vrijgestelde overeenkomst toetreedt.

56. Anderzijds is de retroactieve intrekking van de groepsvrijstelling uitgesloten. Dat lijkt gerechtvaardigd door het feit, dat de groepsvrijstelling rechtstreeks op een rechtsnorm en niet, zoals de individuele vrijstelling, op een administratieve beslissing berust. In zoverre is het rechtsgevolg van een groepsvrijstelling dus sterker dan dat van een individuele vrijstelling.

De omstandigheid, dat een machtigingsverordening en vier van de nieuwere groepsvrijstellingsregelingen de inbreuk op artikel 86 aan de gronden tot intrekking van de vrijstelling hebben toegevoegd, bevestigt, dat artikel 86 ook tijdens de duur van een groepsvrijstelling van toepassing blijft.

Uit die bijzondere bepalingen kan niet a contrario worden afgeleid, dat artikel 86 binnen het toepassingsgebied van de andere groepsvrijstellingsverordeningen tot aan de intrekking van de groepsvrijstelling niet kan worden toegepast. Zoals ik reeds op het gebied van de individuele vrijstelling met betrekking tot het overeenkomstige artikel 5, lid 3, van de mededingingsverordening voor het luchtvervoer heb opgemerkt, voeren dergelijke bepalingen slechts een aanvullende sanctie op de schending van artikel 86 — hier de intrekking van de groepsvrijstelling — in. Deze aanvullende sanctie is ook bij een overeenkomst die naar nationaal recht nietig is wegens inbreuk op artikel 86, niet overbodig, daar het wegvallen van de vrijstelling op het gebied van artikel 85 een eigen betekenis heeft. De bijzondere bepalingen stellen dus voorop, dat artikel 86 naast een groepsvrijstelling toepasselijk is.[46]

57. Verzoekster meent evenwel, dat de wetgever door groepsvrijstellingsverordeningen bepaalde types overeenkomsten aanmoedigt. Dit door de wetgever beoogde effect zou door de toepassing van artikel 86 worden omzeild. Met de Commissie moet hiertegen worden ingebracht, dat de vaststelling van groepsvrijstellingsverordeningen slechts de administratieve vereenvoudiging dient. Het lijkt mij niet juist, dat de van het verbod van artikel 85, lid 1, vrijgestelde overeenkomsten in het algemeen gewenst zijn uit het oogpunt van het mededingingsbeleid. De vrijstelling herstelt slechts de contractsvrijheid van de betrokken ondernemingen

46 — In tegengestelde zin Wiedemann: *Kommentar zu den Gruppenfreistellungsverordnungen des EWG-Kartellrechts*, Deel I, 1989, Allgemeiner Teil, blz. 120 en volgende, randnummers 371 en 373, betreffende de in casu bestreden beschikking van de Commissie.

en heeft uit het oogpunt van het mededingingsbeleid geen sturende functie.[47]

58. Uit het onderzoek van het eerste argument kan dus worden onthouden, dat het niet onlogisch of juridisch tegenstrijdig is, de gedraging van verzoekster aan het verbod van artikel 86 te toetsen, ofschoon de door haar verworven exclusieve licentie onder groepsvrijstellingsverordening nr. 2349/84 van de Commissie viel.

2) *De verwerving van de octrooilicentie als misbruik van machtspositie*

59. Het tweede aspect dat in het kader van dit eerste deel van mijn conclusie dient te worden onderzocht, betreft de vraag of de Commissie de loutere verwerving van de exclusieve licentie door verzoekster als een inbreuk op artikel 86 heeft beschouwd. Verzoekster heeft weliswaar de feitelijke vaststellingen van de Commissie niet bestreden. Zij heeft evenwel ter terechtzitting de opvatting gehuldigd, dat de vastgestelde feiten geen inbreuk op artikel 86 opleverden. Daarom moet de bestreden beschikking ook uit dit oogpunt worden onderzocht.

a) De elementen van het misbruik van machtspositie

60. Ik zou hier eerst willen terugkomen op een punt dat ter terechtzitting is besproken. Het ging daar om de vraag van het Gerecht, of artikel 86 op tweeërlei wijze kan worden toegepast en tweeërlei betekenis heeft, naar gelang er een groepsvrijstelling is of niet. Ik denk dat de analyse tot nog toe heeft aangetoond, dat het verbod van artikel 86 in beide situaties in gelijke mate geldt. Wat de rechtsgevolgen van een inbreuk op het verbod betreft, hebben wij echter gezien, dat de communautaire wetgever ze in enkele groepsvrijstellingsverordeningen anders heeft geregeld en met name de sanctiebevoegdheid van de Commissie heeft beperkt.[48] Zulke differentiaties, die slechts de door het afgeleide recht aan de inbreuk op artikel 86 verbonden gevolgen betreffen, kan de wetgever op grond van artikel 87 tot stand brengen. Doet hij dat niet, zoals hier in het geval van octrooilicentieverordening nr. 2349/84, dan blijft het echter bij de toepassing van artikel 86 overeenkomstig zijn algemene uitvoeringsbepalingen, in casu dus verordening nr. 17.

61. Verzoekster concludeert weliswaar uit 's Hofs arrest in de zaak Ahmed Saeed[49], dat deze zaak inhoudelijk een bijzonderheid bij de toepassing van artikel 86 vertoont. Zij meent, dat een gedraging die enkel bestaat in het sluiten van een krachtens verordening nr. 2349/84 vrijgestelde overeenkomst, niet volstaat om het verwijt van misbruik te staven. Er zou een aanvullend element zijn vereist. Uit het arrest in de zaak Ahmed Saeed meent zij te kunnen afleiden, dat dit element erin bestaat, dat de onderneming met de machtspositie haar medecontractant de vrijgestelde overeenkomst heeft opgedrongen.

Vooraf zou ik willen vaststellen, dat verzoekster de passage van het arrest, waarop

47 — Koch, in Grabitz: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, randnummers 192 en 156, betreffende artikel 85 EEG-Verdrag.

48 — Zie artikel 7, lid 2, van verordening nr. 3976/87.

49 — Arrest van 11 april 1989, zaak 66/86, r. o. 37 en 42.

zij zich beroept, slechts onvolledig weergeeft: het Hof overweegt immers, dat het misbruik van machtspositie met name dan kan bestaan, „wanneer de opgedrongen tarieven als onredelijke vervoersvoorwaarden tegenover de concurrenten of de passagiers zijn te beschouwen". Dat betekent, dat het Hof het feit, dat een onderneming met een machtspositie met behulp van haar macht contractuele bepalingen afdwingt, niet als het enige, ja zelfs niet als een voldoende criterium voor misbruik heeft beschouwd. Daarnaast speelt ook de inhoudelijke redelijkheid van de opgedrongen overeenkomst een beslissende rol. Achter het vereiste van een „aanvullend element", dat verzoekster uit 's Hofs arrest in de zaak Ahmed Saeed poogt af te leiden, schuilt dus in werkelijkheid een algemeen probleem, namelijk de vraag naar de voorwaarden waaronder de gedraging van een onderneming met een machtspositie als misbruik van die positie moet worden beschouwd.

62. In verband met dit fundamentele probleem van artikel 86 heeft het Hof geleidelijk richtsnoeren ontwikkeld: om te beginnen heeft het artikel 86 uitgelegd in het licht van artikel 3, sub f, volgens hetwelk de Gemeenschap tot taak heeft een regime in te voeren „waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst".[50] In het arrest Continental Can formuleerde het als eerste beslissende element van een misbruik behelzende gedraging, dat de gedraging van de onderneming haar machtspositie versterkt en daardoor de toch al verzwakte resterende mededinging aanzienlijk belemmert. Volgens dit arrest, waarop de Commissie zich in haar litigieuze beschikking baseert[51], komt het voor de vaststelling van het misbruik aan op de concurrentiebeperkende werking die de gedraging van de onderneming met de machtspositie — het ging om de verwerving van een deelneming van 80% in een concurrerende onderneming — heeft.[52]

63. Laat men echter de concurrentiebeperkende werking alleen volstaan om de gedraging van een onderneming met een machtspositie als misbruik aan te merken, ontstaat het gevaar, dat artikel 86 op alle winstgevende activiteiten van de onderneming met de machtspositie wordt toegepast. Dit zou bijna gelijkstaan met een in het Verdrag niet voorzien verbod van machtsposities. Artikel 86 moet dus op dit punt nauwkeuriger worden onderzocht.

Daar dit artikel het bestaan van een machtspositie als zodanig niet verbiedt, mag ook een onderneming met een machtspositie haar handelen op winst richten en ernaar streven, haar economische activiteit uit te breiden. Zij mag haar machtspositie door mededinging versterken en minder produktieve concurrenten van de markt verdringen, ook wanneer haar marktaandeel daardoor 100% bereikt.[53] Het EEG-Verdrag verlangt niet, dat de onderneming met de machtspositie zich economisch zinloos en tegen haar rechtmatig eigenbelang gedraagt. Anders zou het gemeenschapsrecht in strijd komen met andere verplichtingen die op een onderneming met een machtspositie zoals op iedere andere onderneming rusten. Ik denk bij voorbeeld aan de in het vennootschapsrecht verankerde verplichting van de be-

50 — Bij voorbeeld arresten van 21 februari 1973, zaak 6/72, reeds aangehaald, blz. 244 en volgende; 6 maart 1974, gevoegde zaken 6/73 en 7/73, Commercial Solvents, Jurispr. 1974, blz. 223, 252, r. o. 25, 16 november 1977, zaak 13/77, Inno, Jurispr. 1977, blz. 2115, 2145, r. o. 28 en volgende, 14 februari 1978, zaak 27/76, reeds aangehaald, blz. 286, r. o. 63 en volgende; 13 februari 1979, zaak 85/76, reeds aangehaald, blz. 552, r. o. 125, blz. 554, r. o. 132.

51 — Punt 46 van de bestreden beschikking.

52 — Reeds aangehaald, blz. 246, r. o. 26. De beschikking van de Commissie werd echter nietig verklaard wegens onjuiste begrenzing van de betrokken markt.

53 — Lang Temple: *„Monopolisation and the definition of ‚abuse' of a dominant position under Article 86 EEC Treaty"*, CMLR, 1979, blz. 345, 351.

stuursorganen om het hun door de aandeelhouders toevertrouwde kapitaal winstgevend te gebruiken en aan de verantwoordelijkheid van de ondernemingen voor het garanderen van de werkgelegenheid.

64. Misbruik is — volgens het arrest Hoffmann-La Roche — een objectief begrip[54], dat niet vooronderstelt, dat de onderneming de aan haar machtspositie ontleende economische macht heeft gebruikt om het misbruik te bewerkstelligen.[55] Derhalve vallen handelingen die ook een onderneming zonder machtspositie zou kunnen verrichten — zoals bij voorbeeld het verwerven van een octrooilicentie, het verwerven van een deelneming in een andere onderneming of het sluiten van een exclusieve afnameovereenkomst — niet buiten de kring van de volgens artikel 86 te beoordelen handelwijzen. Anders dan verzoekster meent, is dus voor de kwalificatie van haar gedraging als misbruik ook niet vereist, dat zij haar macht heeft aangewend om de sluiting van de licentieovereenkomst af te dwingen.[56] Ook waardeneutrale handelingen van ondernemingen kunnen inbreuk maken op artikel 86, wanneer zij uit het oogpunt van het mededingingsstelsel van de Gemeenschap ongewenste gevolgen kunnen teweegbrengen.

65. Artikel 86 legt de onderneming met de machtspositie dus een bijzondere verantwoordelijkheid op, „om niet door haar gedrag inbreuk te maken op een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt".[57] Om te vermijden dat deze bijzondere verplichtingen van de onderneming met de machtspositie in strijd komen met het beginsel, dat de machtspositie als zodanig niet verboden is, zijn er dus aanvullende criteria nodig, aan de hand waarvan een misbruik behelzende gedraging kan worden onderscheiden van de middelen van de normale mededinging. Waar zijn die te vinden ?

66. Een eerste antwoord verschaft de verdere ontwikkeling van het begrip misbruik door het Hof, die in de tweeledige definitie van het arrest Hoffmann-La Roche tot uitdrukking komt. Volgens deze definitie is naast de concurrentiebeperkende werking ook vereist, dat de onderneming met de machtspositie andere middelen heeft aangewend „dan bij een op... ondernemersprestaties berustende normale mededinging — met goederen of diensten — in zwang zijn".[58] Tot deze aan de mededinging vreemde middelen rekende het Hof bij voorbeeld exclusieve afnameovereenkomsten die Hoffmann-La Roche met enkele van haar klanten had gesloten.

67. Het is echter de vraag, of als aanvullend element slechts aan de mededinging vreemde middelen in aanmerking komen. Ik kom voor de beantwoording van deze vraag nog eenmaal terug op de inhoud van artikel 86.

Deze bepaling bevat vier voorbeelden van misbruik van machtspositie. De eerste twee voorbeelden hebben vooral betrekking op de bescherming van medecontractanten en verbruikers tegen uitbuiting van hun afhanke-

54 — Arrest van 13 februari 1979, zaak 85/76, reeds aangehaald, blz. 541, r. o. 91.

55 — Arrest van 13 februari 1979, zaak 85/76, reeds aangehaald; in tegengestelde zin een deel van de rechtsleer, bij voorbeeld Koch, in Grabitz: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, randnummers 45 en volgende bij artikel 86.

56 — Zie ook arrest van 13 februari 1979, zaak 85/76, reeds aangehaald, blz. 551, r. o. 120.

57 — Arrest van 9 november 1983, zaak 322/81, Michelin, Jurispr. 1983, blz. 3461, 3511, r. o. 57.

58 — Arrest van 13 februari 1979, zaak 85/76, reeds aangehaald, blz. 541, r. o. 91; in dezelfde zin arrest van 11 december 1980, zaak 31/80, L'Oréal, Jurispr. 1980, blz. 3775, 3794, r. o. 27; arrest van 9 november 1983, zaak 322/81, reeds aangehaald, blz. 3514, r. o. 70.

lijkheid van de onderneming met de machtspositie, terwijl het koppelingsverbod in voorbeeld d naast de bescherming van de medecontractanten duidelijk ook die van concurrenten beoogt en voorbeeld c de belemmering van de mededinging door discriminaties tussen de handelspartners van de onderneming met de machtspositie verbiedt. De drie eerstgenoemde voorbeelden hebben gemeen, dat zij zich richten tegen praktijken die het rechtmatige doel, winst te behalen, met onevenredige middelen nastreven. Uit deze voorbeelden kunnen niet-genoemde gevallen van misbruik worden afgeleid. Zij geven grenzen aan, die de onderneming met de machtspositie ook bij activiteiten buiten de voorbeelden niet mag overschrijden [59], namelijk het evenredigheidsbeginsel [60] en het discriminatieverbod.

68. Voor de onderhavige zaak is vooral het evenredigheidsbeginsel van belang, daar het verwijt van de verwerving van de exclusieve (en enkel van de exclusieve) licentie het verwijt van een onevenredige gedraging impliceert. Toegepast op de gedraging van een onderneming met een machtspositie, betekent dit beginsel het volgende: de onderneming met de machtspositie mag haar handelen op winst richten, ernaar streven haar marktpositie door prestaties te verbeteren en haar rechtmatige economische belangen nastreven. Zij mag daarbij echter slechts die middelen aanwenden, welke voor het nastreven van deze rechtmatige doelen noodzakelijk zijn. Met name mag zij zich niet gedragen op een wijze die, naar valt te voorzien, de mededinging sterker beperkt dan noodzakelijk is.

69. In deze zin heeft ook het Hof de gedraging van ondernemingen met een machtspositie in een reeks beslissingen aan het evenredigheidsbeginsel getoetst.

Zo had het Hof in de zaak BRT/Sabam [61] bepaalde, door een auteursrechtenbureau opgelegde voorwaarden als buitensporig en dus misbruik behelzend beschouwd, omdat zij de vrijheid van de aangeslotenen in de uitoefening van hun auteursrechten méér had beperkt, dan noodzakelijk was om deze rechten doeltreffend te kunnen beschermen.

Analoge overwegingen zijn te vinden in het arrest Suiker Unie [62], volgens hetwelk het misbruik kan opleveren, wanneer een onderneming met een machtspositie aan haar handelsvertegenwoordigers een mededingingsverbod oplegt en daaraan „een ruimere draagwijdte toekent dan met de aard van de betrokken juridisch-economische relatie" (dat wil zeggen die van de onderneming met haar handelsvertegenwoordigers) „in overeenstemming is".

70. Bijzonder duidelijk wordt de toepassing van het evenredigheidsbeginsel in de zaak United Brands. In dit arrest verklaarde het Hof, dat een verbod op de doorverkoop van groene bananen, dat de verzoekster aan haar afnemers had opgelegd, wegens strijd met dit beginsel misbruik opleverde. Het Hof stond de verzoekster toe, bij de keuze van haar wederverkopers een rechtmatige kwaliteitspolitiek te volgen, mits zij daarbij geen „belemmeringen opwerpt die oneven-

59 — Arrest van 21 februari 1973, zaak 6/72, reeds aangehaald, blz. 246, r. o. 26.

60 — Fundamenteel in dit verband is Vogel: *Droit de la concurrence et concentration économique*, Parijs 1988, blz. 154 en volgende.

61 — Arrest van 27 maart 1974, zaak 127/73, Jurispr. 1974, blz. 313, 316 en volgende, evenwel in het kader van het voorbeeld van artikel 86, tweede alinea, sub a.

62 — Arrest van 16 december 1975, gevoegde zaken 40/73 tot en met 48/73, 50/73, 54/73 tot en met 56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. 1975, blz. 1663, 2009, r. o. 486.

redig zijn met het beoogde doel,,en die derhalve bij artikel 86 verboden zijn. In hetzelfde arrest kende het Hof de onderneming met de machtspositie het recht toe om ook sancties te treffen tegen medecontractanten die in strijd met haar commerciële belangen handelen. Deze sancties moeten echter evenredig zijn aan de bedreiging die de gedraging van de medecontractant voor het eigenbelang van de onderneming met de machtspositie vormt.[63] Deze evenredigheid had United Brands niet in acht genomen, toen zij de leveringen aan een klant opschortte, omdat die aan een verkoopbevorderingscampagne van een van haar concurrenten had deelgenomen.

71. Nog onlangs besliste het Hof, dat de evenredigheid het criterium is om na te gaan, of de door het Franse auteursrechtenbureau SACEM gevraagde royalty's deswege misbruik opleveren, omdat SACEM het gebruiksrecht steeds forfaitair voor haar gehele repertoire verleent en de muziekgebruikers niet de mogelijkheid biedt, zich tegen een naar evenredigheid verminderd tarief te beperken tot die categorieën werken, waarvoor zij belangstelling hebben. Dienaangaande overweegt het Hof, dat tegen deze gedraging, die een rechtmatig oogmerk namelijk de bescherming van de belangen van de auteurs dient, slechts bezwaar zou kunnen worden gemaakt, indien die bescherming ook via andere methodes zou kunnen worden bereikt, zonder dat de kosten van beheer en toezicht, die SACEM moet dragen, verhogen.[64]

Dezelfde overwegingen zijn volgens dit arrest ook beslissend voor de vraag, of de met muziekgebruikers gesloten overeenkomsten kunnen worden geacht de mededinging te beperken in de zin van artikel 85, lid 1.[65] Hieruit blijkt het belang van het criterium van de evenredigheid om een gedraging zowel uit het oogpunt van artikel 85 als uit dat van artikel 86 te beoordelen.

72. Deze nauwe inhoudelijke samenhang tussen beide bepalingen wordt ook bevestigd door het arrest Hoffmann-La Roche. Daarin onderzoekt het Hof weliswaar niet uitdrukkelijk, of de aan de onderneming met de machtspositie verweten gedraging evenredig was, maar verwijst het, zoals Vogel heeft aangetoond[66], indirect naar dit beginsel. Bij het onderzoek van de exclusieve afnameovereenkomsten van de onderneming met de machtspositie overweegt het arrest, dat „slechts in het kader van artikel 85, lid 3, van het Verdrag — en op de aldaar gestelde voorwaarden — ... overeenkomsten als hier bedoeld eventueel [zouden] kunnen worden aanvaard".[67] Tot deze voorwaarden behoort de evenredigheid van de overeenkomst, die volgens artikel 85, lid 3, sub a, erin bestaat, aan de betrokken ondernemingen geen „beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn". Anders dan verzoekster meent, moet het aanvullende element dus niet noodzakelijk uit omstandigheden buiten de overeenkomst worden afgeleid, maar kan het integendeel ook liggen in de inhoud van de overeenkomst zelf, wanneer die tot een onevenredige gedraging van de onderneming met de machtspositie leidt.

63 — Arrest van 14 februari 1978, zaak 27/76, reeds aangehaald, blz. 298.

64 — Arrest van 13 juli 1989, zaak 395/87, r. o. 45, in het kader van het voorbeeld van artikel 86, tweede alinea, sub a.

65 — Reeds aangehaald, r. o. 31.

66 — *Droit de la concurrence et concentration économique*, blz. 155, voetnoot 1.

67 — Arrest van 13 februari 1979, zaak 85/76, reeds aangehaald, blz. 551, r. o. 120.

73. In de onderhavige zaak rijst daarnaast weliswaar nog een bijzonder juridisch probleem, daar de overeenkomst een octrooilicentie betreft. Men moet zich derhalve afvragen, of het met de rechtspraak van het Hof inzake de toepassing van artikel 86 op industriële eigendom verenigbaar is, verzoeksters gedraging aan de zoëven ontwikkelde criteria te toetsen.

Nog onlangs bevestigde het Hof in zijn arrest Maxicar immers zijn rechtspraak[68], volgens welke de loutere — originaire — verkrijging van een uitsluitend recht — het ging om een siermodelrecht voor carrosserieonderdelen van auto's — niet als een misbruik behelzende gedraging in de zin van artikel 86 kan worden beschouwd.[69]

Het Hof onderscheidt integendeel ook hier[70] de verkrijging van het recht en de uitoefening ervan. Slechts deze laatste kan in een misbruik ontaarden[71], bij voorbeeld in het geval van willekeurige weigering om te leveren, vaststelling van onbillijke prijzen of beperking van de produktie.[72] Bij de verwerving van het recht komt steeds een aanvullend element. Dit kan echter niet het enkele feit zijn, dat de mededinging van andere producenten met betrekking tot het beschermde produkt wordt uitgeschakeld, want dit gevolg is onafscheidelijk met het bestaan van het recht verbonden.[73]

68 — Bij voorbeeld arresten van 29 februari 1968, zaak 24/67, Parke, Davis, Jurispr. 1968, blz. 86, 112 en volgende (octrooi); 23 mei 1978, zaak 102/77, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1978, blz. 1139, 1168 (warenmerk).

69 — Arrest van 5 oktober 1988, zaak 53/87, Jurispr. 1988, blz. 6039, 6072, r. o. 15.

70 — Vergelijk de vaste rechtspraak van het Hof inzake het onderscheid tussen het bestaan en de uitoefening van industriële eigendom bij de toepassing van artikel 36, bij voorbeeld arrest van 31 oktober 1974, zaak 15/74, Centrafarm, Jurispr. 1974, blz. 1147.

71 — Arrest van 29 februari 1968, zaak 24/67, reeds aangehaald, blz. 112.

72 — Arrest van 5 oktober 1988, zaak 53/87, reeds aangehaald, blz. 6073; zie ook arrest van 5 oktober 1988, zaak 238/87, Volvo, Jurispr. 1988, blz. 6211, 6235, r. o. 9.

73 — Conclusie van advocaat-generaal Mischo in zaak 53/87, punt 60.

74. Ik ben evenwel van mening, dat deze beginselen, die het Hof voor de originaire verwerving van industriële eigendom heeft ontwikkeld, niet zonder meer op de afgeleide verwerving van een exclusieve licentie kunnen worden toegepast. Bij de originaire verwerving van een octrooi of siermodel beschermt de onderneming haar eigen ontwikkelingswerk tegen nabootsing door derden. Dat mag ook de onderneming met de machtspositie doen, zelfs wanneer zij daardoor, zoals in de zaak Maxicar, ondernemingen van de markt verdringt, waarvan de economische activiteit tot dan toe in het namaken van dergelijke produkten bestond.[74]

De verkrijger van een octrooilicentie daarentegen, maakt het ontwikkelingswerk van derden tot het zijne. Dat is rechtmatig, maar onderscheidt zijn rechtspositie van die van de originaire houder van het recht. Bij deze laatste behoort de exclusiviteit tot het wezen van zijn recht. Zij moet het hem mogelijk maken, een beloning voor zijn creatieve inspanningen te verkrijgen.[75] Voor de licentienemer gaat het daarentegen niet om de beloning voor eigen inspanningen en risico's bij de ontwikkeling van het beschermde goed (die beloning betaalt hij aan de uitvinder), maar om het zo winstgevend mogelijk produktief maken van een investering. Anders dan de industriële eigendom zelf, is de licentie daarom ook niet noodzakelijk exclusief. Deze verschillen rechtvaardigen, dat de bijzondere positie die de houder van industriële eigendom in het kader van artikel 86 geniet, niet tot de licentienemer wordt uitgebreid.

Dat de uitvinder met een machtspositie derden van het gebruik van zijn eigen uitvinding mag uitsluiten, zonder dat dit misbruik oplevert, betekent derhalve niet, dat het de

74 — Zie ook zaak 238/87, reeds aangehaald.

75 — Arrest van 9 juli 1985, zaak 19/84, Pharmon, Jurispr. 1985, blz. 2281, 2298, r. o. 26.

onderneming met de machtspositie steeds geoorloofd is, zijn potentiële concurrenten door de verwerving van een exclusieve licentie van het gebruik van de onderzoeksresultaten van derden uit te sluiten.

b) De vaststelling van de inbreuk in de bestreden beschikking

75. In het eerste deel van mijn uiteenzetting hebben wij gezien, dat artikel 86 ook van toepassing kan zijn op een overeenkomst die onder een groepsvrijstelling valt. Vervolgens heb ik uiteengezet, dat aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 86 is voldaan, wanneer de concurrentiebeperkende gedraging van de onderneming met de machtspositie bovendien onevenredig is. Dit geldt ook voor de afgeleide verwerving van een octrooilicentie door de onderneming met de machtspositie. Tegen die juridische achtergrond moet thans worden onderzocht, of de Commissie terecht een inbreuk op artikel 86 heeft vastgesteld.

In punt 60 van de beschikking stelt de Commissie, dat het misbruik van de machtspositie lag in de verwerving van de exclusieve licentie, waardoor de machtspositie werd versterkt, de bestaande mededinging verder werd verzwakt en het verschijnen van nieuwe concurrenten op de markt nog moeilijker werd gemaakt. De Commissie heeft haar beschikking alles bij elkaar genomen juridisch correct gemotiveerd met het verwijt van een concurrentiebeperkende onevenredige gedraging van verzoekster, ofschoon zij in de beschikking slechts naar het arrest in de zaak Continental Can heeft verwezen en het in 's Hofs rechtspraak later ontwikkelde gezichtspunt van de onevenredigheid niet uitdrukkelijk in aanmerking heeft genomen.[76] Blijft echter nog de vraag, of de door de Commissie in de punten 18, 22 en 23 van de beschikking gedane feitelijke vaststellingen de juridische conclusies van de beschikking dragen.

76. aa) In de eerste plaats moet worden onderzocht, of een concurrentiebeperkende gedraging van verzoekster is geconstateerd: de verwerving van de exclusieve licentie heeft de machtspositie van verzoekster tegenover alle concurrenten versterkt, daar deze niet over de betrokken technologie beschikten. Reeds vóór de verwerving van de exclusieve licentie had verzoekster een marktaandeel van circa 91,8% voor aseptische vulmachines; de exclusieve licentie voor het alternatieve sterilisatieprocédé was in handen van haar potentiële concurrent Liquipak, die probeerde op de door verzoekster beheerste markt door te dringen.

Na de verwerving was de exclusieve licentie in handen van verzoekster; de door het octrooi beschermde alternatieve technologie was daarmee aan alle potentiële concurrenten van Tetra onttrokken. Dat verzoekster de licentie verwierf in het kader van de overname van Liquipak, die in casu niet in geding is, doet aan dit resultaat niets af. Ook de verwerving van de licentie alleen zou alle potentiële concurrenten van verzoekster hebben belet, het alternatieve sterilisatieprocédé te gebruiken om toegang tot de markt te krijgen.

77. Voorts heeft de Commissie in de punten 28 (en 27) van de beschikking vastgesteld, dat door de verwerving van de exclusieve licentie de concurrent Elopak ten minste tijdelijk van de markt werd verdrongen.

76 — Zie de punten 46 en 47 van de beschikking.

De Commissie heeft ter terechtzitting verklaard, dat verzoeksters misbruik hierin ligt.

Tegen de vaststellingen van de beschikking betreffende de situatie en de gedraging van Elopak, heeft verzoekster ter terechtzitting ingebracht, dat zij niet duidelijk zijn en het verwijt, dat artikel 86 geschonden is, niet dragen. Of het volgens artikel 42 van het krachtens artikel 11 van het besluit van de Raad van 24 oktober 1988[77] momenteel toepasselijke Reglement voor de procesvoering van het Hof geoorloofd is, dit onderdeel van de beschikking eerst ter terechtzitting te bestrijden, wanneer geen motiveringsgebrek is aangevoerd, lijkt mij twijfelachtig, zoals ook uit mijn vraag ter terechtzitting blijkt. Maar zelfs indien het Gerecht hierin een aanvullend argument voor het middel schending van artikel 86 zou zien, zou met het volgende rekening moeten worden gehouden.

De vaststelling van de Commissie, dat verzoekster haar machtspositie tegenover — alle — concurrenten heeft versterkt en Elopaks toegang tot de markt ten minste aanzienlijk heeft vertraagd, wijst duidelijk op een concurrentiebeperkende gedraging van verzoekster. Subsidiair zij gezegd, dat aan dit resultaat niets zou veranderen indien het Gerecht verzoeksters kritiek tegen de feitelijke vaststellingen betreffende Elopaks gedraging zou aanvaarden. Zelfs indien het Gerecht dit deels omstreden en in de procedure niet volledig opgehelderde complex buiten beschouwing zou laten, blijft de vaststelling, dat verzoekster door de verwerving van de licentie haar machtspositie tegenover alle concurrenten verder heeft versterkt.

77 — PB 1988, L 319, blz. 1; verbeterde versie in PB 1989, C 215, blz. 1.

Deze concurrentiebeperkende werking alleen volstaat reeds voor artikel 86, zonder dat daarbij nog concrete gevolgen voor de gedraging van een bepaalde concurrent moeten worden vastgesteld. Het volstaat, dat verzoekster de alternatieve technologie heeft gemonopoliseerd en daarmee alle potentiële concurrenten van het gebruik ervan heeft uitgesloten. Hierdoor alleen al heeft zij de belemmeringen voor de toegang tot de markt vergroot en het ontstaan van potentiële mededinging bemoeilijkt.

78. bb) Door de verwerving van de exclusieve licentie heeft verzoekster zich voorts van een onevenredig middel bediend. Weliswaar is de technische vooruitgang door de verwerving van octrooilicenties een element van de op prestaties berustende mededinging, waaraan verzoekster als onderneming met een machtspositie mag deelnemen. Voor het rechtmatige doel van verzoekster, ter verbetering van haar prestaties toegang tot technologische vernieuwingen te krijgen, was het echter niet noodzakelijk een zo duidelijk en rechtstreeks concurrentiebeperkend middel in te zetten. De Commissie is integendeel terecht ervan uitgegaan, dat een niet-exclusieve licentie verzoekster ook in staat zou hebben gesteld, het geoctrooieerde procédé ter verbetering van haar eigen produkten in te zetten, zonder de toegang van nieuwe concurrenten tot de door haar beheerste markt te belemmeren.

Reeds de inhoud van de overeenkomst wijst dus op de onevenredigheid van de gedraging van verzoekster, die als onderneming met een machtspositie niet tot een overeenkomst met deze inhoud mocht toetreden. Hier blijkt ook concreet dat, anders dan verzoekster meent, als „aanvullend element"

niet alleen een omstandigheid buiten de overeenkomst in aanmerking komt.

79. De omstandigheid, dat de exclusieve octrooilicentieovereenkomst onder een groepsvrijstellingsverordening viel, verandert niets aan de onevenredigheid van verzoeksters gedraging. De considerans van verordening nr. 2349/84 bevestigt dat de wetgever, in zijn abstracte beoordeling van de evenredigheid, niet aan situaties als de onderhavige heeft gedacht. Bij normale marktverhoudingen dienen exclusieve licenties de verspreiding van nieuwe produkten of werkwijzen. De exclusiviteit ervan kan worden gerechtvaardigd door het feit dat, gezien de risico's die vaak aan de invoering van nieuwe produkten of werkwijzen zijn verbonden, de investering in dergelijke vernieuwingen een bijzondere stimulans behoeft. De bescherming die de exclusiviteit aan de licentie verleent, vergemakkelijkt de licentienemer de toegang tot de markt. Daarmee draagt zij bij tot verbetering van het aanbod en tot toeneming van het aantal productiecentra en bevordert zij de verspreiding van de technische vooruitgang.[78]

Deze overwegingen zijn niet van dien aard, dat zij in casu de verwerving van de exclusieve licentie door verzoekster rechtvaardigen. Haar gedraging heeft veeleer gevolgen die in strijd zijn met de doelen van verordening nr. 2349/84, doordat zij andere ondernemingen de toegang tot de markt bemoeilijkt en de toeneming van het aantal produktiecentra belemmert.

80. Aan de onevenredigheid van verzoeksters gedraging wordt ten slotte geen afbreuk gedaan door het feit dat de licentiegever BTG akkoord ging met de overdracht van de exclusieve licentie. De bijzondere verantwoordelijkheid die Tetra als onderneming met een machtspositie draagt, verbiedt haar handelwijzen die de mededinging onevenredig beperken, ook wanneer zij in het belang van haar medecontractanten zijn.[79]

81. Met betrekking tot verzoeksters eerste argument kan dus worden onthouden, dat de verwerving van een exclusieve licentie door een onderneming met een machtspositie op zichzelf niet de elementen van een misbruik in de zin van artikel 86 in zich verenigt. Komt daar, zoals in casu, echter bij, dat die gedraging de mededinging op de markt verder bemoeilijkt en onevenredig is aan de rechtmatige doelen van de onderneming met de machtspositie, dan valt zij in de termen van artikel 86.

II — *Schending van het rechtszekerheidsbeginsel*

82. Als tweede argument voert verzoekster aan, dat het rechtszekerheidsbeginsel zou worden geschonden indien artikel 86 op een onder een groepsvrijstellingverordening vallende gedraging zou worden toegepast. Zoals intrekking van de vrijstelling slechts voor de toekomst geoorloofd is, zou ook artikel 86 slechts ex nunc op haar gedraging mogen worden toegepast. Anders zou een groepsvrijstelling, die het wezenlijke voordeel biedt, dat de partijen zich op de toelaatbaarheid en de geldigheid van een overeenkomst met vrijgestelde inhoud kunnen verlaten, nooit aan ondernemingen met een machtspositie en hun medecontractanten ten goede kunnen komen.

78 — Verordening nr. 2349/84, elfde en twaalfde overweging van de considerans.

79 — Zie arrest van 13 februari 1979, zaak 85/76, reeds aangehaald, blz. 549, r. o. 115.

83. De rechtszekerheid behoort, evenals de daarmee verwante bescherming van het gewettigd vertrouwen, tot de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht, die het Hof in vaste rechtspraak erkent.[80] Volgens beide beginselen moet de toepassing van het recht in een individueel geval voorzienbaar zijn.[81] De rechtszekerheid speelt hoofdzakelijk bij de uitlegging van het geldende recht een rol en kan verrassingen bij de toepassing ervan beperken, ten einde te voorkomen dat een te goeder trouw geschapen rechtsverhouding op losse schroeven komt te staan.[82] Het belang van het beginsel voor de toepassing van de mededingingsregels van het Verdrag bleek reeds in 1962, toen het Hof in de zaak Bosch de leer van de voorlopige geldigheid van oude overeenkomsten op het rechtszekerheidsbeginsel baseerde en daarmee de rechtstreekse toepasselijkheid van artikel 85, leden 1 en 2, aanzienlijk beperkte.[83] Nog onlangs greep het Hof op het gebied van het luchtvervoer op de destijds ontwikkelde regels terug.[84]

84. Het beginsel inzake bescherming van het gewettigd vertrouwen heeft vooral betrekking op door de gemeenschapsinstellingen aangebrachte wijzigingen in de rechtssituatie of in een bestaande rechtspraktijk, en is vooral van betekenis, wanneer marktdeelnemers in vertrouwen op de bestaande toestand maatregelen hebben genomen, die, als gevolg van de ingetreden wijziging, voor hen nadelig blijken.[85] Voor beide beginselen geldt, dat een afweging tussen de belangen die verband houden met het gewettigd vertrouwen enerzijds, en het beginsel van de wettigheid van het bestuur[86] respectievelijk de handelingsmarge van de gemeenschapsinstellingen anderzijds, noodzakelijk is. Slechts bijzondere, ondraaglijke lasten kunnen bij wijze van uitzondering rechtvaardigen, dat het beginsel van de wettigheid van het bestuur en de beslissingsmarge van de wetgever moeten wijken voor de vereisten van de rechtszekerheid.

85. De gegrondheid van verzoeksters tweede argument hangt dus af van de vraag, of ondernemingen met een machtspositie in ondraaglijke onzekerheid verkeren, indien artikel 86 op hun gedraging wordt toegepast, ofschoon deze door een groepsvrijstelling is gedekt en alvorens deze vrijstelling met werking voor de toekomst is ingetrokken. Zoals ik in twee stappen nader zal verklaren, geloof ik niet dat het rechtszekerheidsbeginsel in casu is geschonden. In de eerste plaats is in een geval als dat van verzoekster de toepassing van artikel 86 immers normaal voorzienbaar. Daarnaast ontbreekt in het geval van verzoekster echter ook de aantasting van een te goeder trouw op de niet-toepasselijkheid van artikel 86 gebaseerde rechtsverhouding.

80 — De toepassing van beide beginselen op het gebied van het mededingingsrecht wordt uitvoerig behandeld door David Edward: „Constitutional rules of Community law in EEC Competition Cases", publikatie voorzien in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1989, blz. 28 en volgende van het manuscript.

81 — Bij voorbeeld arresten van 12 november 1981, gevoegde zaken 212/80 tot en met 217/80, Salumi, Jurispr. 1981, blz. 2735, 2751, r. o. 10; 28 april 1988, zaak 120/86, Mulder, Jurispr. 1988, blz. 2321, 2352 en volgende, r. o. 24 en volgende; David Edward, op. cit.

82 — Bij voorbeeld het arrest van 2 februari 1988, zaak 24/86, Blaizot, Jurispr. 1988, blz. 379, 405 en volgende, r. o. 25 en volgende, en het fundamentele arrest van 8 april 1976, zaak 43/75, Defrenne, Jurispr. 1976, blz. 455, 480, r. o. 69 en volgende.

83 — Arrest van 6 april 1962, zaak 13/61, reeds aangehaald, blz. 89, 113.

84 — Arresten van 30 april 1986, gevoegde zaken 209/84 tot en met 213/84, reeds aangehaald, blz. 1425, 1466 en volgende; 11 april 1989, zaak 66/86, r. o. 20 en volgende.

85 — Bij voorbeeld Sharpston: „Legitimate expectations and economic reality", publikatie voorzien in *European Law Review*, 1990, blz. 76 van het manuscript; arrest van 28 april 1988, zaak 120/86, reeds aangehaald.

86 — Arrest van 22 maart 1961, gevoegde zaken 42/59 en 49/59, SNUPAT, Jurispr. 1961, blz. 101, 161.

1) *Voorzienbaarheid van de toepassing van artikel 86*

a) Voorzienbaarheid ondanks groepsvrijstelling

86. De toepassing van artikel 86 was voor verzoekster normaal voorzienbaar, zoals uit drie overwegingen volgt.

Zoals gezegd, treft de wetgever bij de groepsvrijstelling een algemene en abstracte regeling, die geen rekening houdt en kan houden met de verhoudingen op de concrete markt. Een onderneming kan zich dus niet erop verlaten, dat de afweging van de wetgever geldig is voor de door haar beheerste markt. Gaat het — zoals in casu — om een octrooilicentieovereenkomst, dan moet de overeenkomst worden getoetst aan verordening nr. 2349/84, met inbegrip van de zevenentwintigste overweging van haar considerans, die luidt als volgt:

„Overwegende dat overeenkomsten die voldoen aan de voorwaarden van de artikelen 1 en 2 en geen andere concurrentiebeperkingen beogen of veroorzaken, niet meer behoeven te worden aangemeld; dat het de ondernemingen evenwel vrij blijft staan om individuele afgifte van een negatieve verklaring krachtens artikel 2 van verordening nr. 17 van de Raad of een ontheffing uit hoofde van artikel 85, lid 3, te verlangen."

De contracterende partijen worden dus duidelijk erop geattendeerd, dat hun overeenkomst ook concurrentiebeperkende werkingen kan hebben, die door de groepsvrijstelling niet zijn gedekt, en dat zij moeten nagaan of er termen aanwezig zijn om met het oog op zulke werkingen een individuele vrijstelling of een negatieve verklaring aan te vragen. Naar gelang van hun marktpositie kunnen zij ook reden hebben om de mogelijkheid van een inbreuk op artikel 86 bij hun overwegingen te betrekken. Het resultaat van het onderzoek dat de betrokken ondernemingen bij het sluiten van de overeenkomst instellen, wordt door hun grootte en marktpositie beïnvloed. Gaat de licentie later op een andere onderneming over, dan kan deze zich dus niet erop verlaten, dat de overeenkomst zoals voorheen geen bezwaren ontmoet. Zij bevindt zich dus in dezelfde positie als de oorspronkelijke partijen bij een dergelijke overeenkomst en is, zoals deze, gehouden de toelaatbaarheid ervan uit het oogpunt van het mededingingsrecht te onderzoeken.

87. Tweede argument: ook de omstandigheid dat de intrekking van de groepsvrijstelling slechts voor de toekomst mogelijk is, mag door de betrokken ondernemingen niet aldus worden begrepen, dat zij tot dan met de toepassing van artikel 86 op hun gedraging geen rekening moeten houden.

Verzoekster wijst er weliswaar op, dat het nut van de groepsvrijstelling erin bestaat, dat zij het mogelijk maakt, zonder kostbaar onderzoek van het individuele geval, civielrechtelijk geldige overeenkomsten te sluiten, die bij een algemene en abstracte beoordeling aan de vereisten van artikel 85, lid 3, voldoen.[87] De partijen bij een dergelijke overeenkomst moeten volgens verzoekster tot een eventuele intrekking van de vrijstelling op de geldigheid van hun overeenkomst kunnen vertrouwen. Weliswaar zou artikel 86 niet uitdrukkelijk bepalen, dat ermee strijdige overeenkomsten nietig zijn, maar dit gevolg zou uit het nationale recht kunnen voortvloeien. Dit zou niet alleen de bij

87 — In deze zin ook Wiedemann: *Kommentar zu den Gruppenfreistellungsverordnungen des EWG-Kartellrechts*, deel 1, 1989, Allgemeiner Teil, blz. 122, randnummer 373.

de overeenkomst betrokken onderneming met een machtspositie, maar ook haar medecontractant, aan wie vaak geen inbreuk op artikel 86 kan worden verweten, onbillijk hard treffen.

Zoals gezegd, kan de onderneming met de machtspositie de mogelijke toepassing van artikel 86 reeds vóór de intrekking van de vrijstelling voorzien. Zij kan dus ook niet ervan uitgaan, dat de rechtsgevolgen van inbreuken op artikel 86 door een vrijgestelde gedraging niet verder gaan dan de mogelijkheid tot intrekking van de vrijstelling. Weliswaar voldoet de schending van artikel 86 door een vrijgestelde overeenkomst veelal tevens aan de voorwaarden voor intrekking van de vrijstelling.[88] De gronden voor intrekking gaan echter veel verder dan het geval van misbruik in de zin van artikel 86 en omvatten ook minder zware mededingingsbeperkingen. Uit deze regeling op het gebied van verschillende „lichtere gevallen" kan dus niet worden afgeleid, dat een schending van artikel 86 geen verdergaande rechtsgevolgen kan hebben. De onderneming kan dus niet erop vertrouwen dat artikel 86 „geblokkeerd" is.[89]

88. Derde argument: verzoekster meent, dat, gezien de onduidelijkheden bij de afbakening van de relevante markt en bij de definitie van de machtspositie, geen enkele onderneming zeker zou kunnen zijn, of haar gedraging al dan niet misbruik oplevert, wanneer zij een vrijgestelde overeenkomst sluit. Tegenover deze afbakeningsproblemen zien ondernemingen met een machtspositie zich echter, los van het bestaan van een groepsvrijstelling, steeds geplaatst; toch verplicht het Verdrag hen, hun gedraging op artikel 86 af te stemmen. In dit verband moet worden herinnerd aan de bijzondere verantwoordelijkheid van ondernemingen met een machtspositie, om de vereisten van de mededinging, die het Hof in het arrest Michelin heeft erkend, in acht te nemen.[90] Aan deze bijzondere positie van de onderneming met de machtspositie, die, vergeleken met minder machtige ondernemingen, haar handelingsvrijheid beperkt, verandert een groepsvrijstelling niets.

89. Het begrip misbruik is duidelijk genoeg om de onderneming met de machtspositie als richtsnoer bij het sluiten van vrijgestelde overeenkomsten te dienen. Weliswaar zou men soms geen zekerheid hebben, indien men alleen de voor de mededinging schadelijke gevolgen van een gedraging als criterium voor het misbruik zou kiezen.[91]

Karakteriseert men misbruik echter bovendien hierdoor, dat de verboden gedraging van de onderneming met de machtspositie een onevenredig middel voor de behartiging van haar rechtmatige economische belangen is, zoals in de door mij onderzochte rechtspraak van het Hof en in de praktijk van de Commissiebeschikkingen[92] tot uitdrukking komt, beschikken ondernemingen met een machtspositie over een criterium dat hen in staat stelt om misbruik behelzende overeenkomsten te onderscheiden van andere, waaraan zij zonder inbreuk op de mededinging kunnen deelnemen.

88 — Zie bij voorbeeld artikel 7 van verordening nr. 19/65.

89 — Een andere opvatting huldigt Wiedemann, *op. cit.*, blz. 123, randnummer 373.

90 — Arrest van 9 november 1983, zaak 322/81, reeds aangehaald, blz. 3511, r. o. 57.

91 — Vogel, *op. cit.*, blz. 143; zie ook de conclusie van advocaat-generaal Roemer in zaak 6/72, reeds aangehaald, Jurispr. 1973, blz. 256.

92 — Voor een uitvoerige analyse, zie Gyselen: „Abuse of monopoly power within the meaning of Article 86 of the EEC Treaty; Recent developments", publikatie voorzien in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1989, blz. 27 en volgende van het manuscript.

90. Tegen deze achtergrond kon verzoekster zich redelijkerwijze niet erop verlaten, dat artikel 86 op de overname van de vrijgestelde octrooilicentieovereenkomst niet zou worden toegepast.

Daarbij moet ervan worden uitgegaan, dat verzoekster de vaststellingen van de Commissie betreffende de afbakening van de relevante markt en haar machtspositie in de onderhavige procedure niet heeft bestreden en ook niet aanvoert, dat zij de wezenlijke omstandigheden waarop de Commissie zich ter zake baseert, niet kende. Verzoekster moest er rekening mee houden, dat haar gehele commerciële gedraging aan artikel 86 kon worden getoetst.

91. Verzoekster moest er ook rekening mee houden, dat de verwerving van de exclusieve octrooilicentie als misbruik van machtspositie kon worden beschouwd. De concurrentiebeperkende werking die zij rechtstreeks tot gevolg had, kon haar niet verborgen blijven. Zij vloeide — zonder inhoudelijke wijziging van de overeenkomst — voort uit het feit, dat verzoekster als onderneming met een machtspositie tot de overeenkomst toetrad. In deze situatie had de zevenentwintigste overweging van de considerans van de vrijstellingsverordening haar ertoe moeten aanzetten, na te gaan of de voorwaarden voor vrijstelling werkelijk waren vervuld.

Ten slotte was het ook duidelijk, dat de verwerving van de exclusieve licentie niet noodzakelijk was voor de behartiging van verzoeksters rechtmatige belangen. Voor zover het haar er slechts om ging, het door BTG ontwikkelde sterilisatieprocédé bij de fabricage van haar machines te gebruiken, was ook een eenvoudige licentie duidelijk voldoende.

b) Meer rechtszekerheid door de mogelijkheid van een negatieve verklaring

92. Ook wanneer de toepassing van artikel 86 voldoende voorzienbaar is, leidt de noodzakelijk algemene formulering van die bepaling tot twijfelgevallen. In dit verband moet dus het argument van de Commissie worden beoordeeld, dat ondernemingen met een machtspositie zich door het verzoek om een negatieve verklaring de nodige rechtszekerheid kunnen verschaffen.[93]

93. Dienaangaande meent verzoekster, dat de eraan verbonden kosten de groepsvrijstelling ieder nut ontnemen. De procedure voor de afgifte van een negatieve verklaring zou te lang duren en niet tot de nodige rechtszekerheid leiden, de negatieve verklaring zou de nationale rechterlijke instanties niet binden en de betrokkenen niet voor een geldboete vrijwaren. Door artikel 86 op een vrijgestelde gedraging toe te passen, zou de Commissie het systeem van de groepsvrijstelling, bedoeld om het onderzoek van individuele gevallen overbodig te maken, uithollen.

94. Verzoekster moet worden toegegeven, dat de procedure voor de afgifte van een negatieve verklaring enigszins in tegenspraak is met het met de groepsvrijstelling nagestreefde doel, namelijk administratieve vereenvoudiging. Anderzijds heeft het systeem van de groepsvrijstellingen, zoals gezegd, niet tot doel, overeenkomsten tegen toepassing van artikel 86 te immuniseren en de betrokkenen ook op dit punt rechtszekerheid te waarborgen. Ook is de afgifte van negatieve verklaringen geenszins

93 — In die zin ook arrest van 13 februari 1979, zaak 85/76, reeds aangehaald, blz. 554, r. o. 130.

vreemd aan dit systeem, zoals met name blijkt uit het feit, dat de zevenentwintigste overweging van de considerans van de octrooilicentieverordening de betrokken ondernemingen deze mogelijkheid uitdrukkelijk voorbehoudt.

95. Belangrijker is het bezwaar inzake de duur van de procedure. Het kan voor de partijen lastig zijn, dat zij langere tijd niet zeker weten of de Commissie in een tussen hen bestaande overeenkomst al dan niet een misbruik ziet. Een vrij lange periode van rechtsonzekerheid tijdens de procedure voor de afgifte van een negatieve verklaring moet echter ieder die een dergelijk verzoek indient, aanvaarden. Dit geldt ook voor ondernemingen met een machtspositie.

96. Partijen menen, dat verzoekster door een dergelijk verzoek niet voor een geldboete zou zijn gevrijwaard. De vraag is in de literatuur omstreden. Dienaangaande zij er echter op gewezen, dat de Commissie in de onderhavige zaak — mijns inziens terecht — ervan heeft afgezien een geldboete op te leggen. De ondernemingen kunnen dus wel erop vertrouwen, dat de Commissie in de hier bedoelde gevallen van het opleggen van geldboeten een voorzichtig gebruik zal maken, met dien verstande, dat de beslissing van het Gerecht wellicht bepaalde onduidelijkheden in de rechtssituatie uit de weg zal kunnen ruimen. Overigens zijn geldboeten op dit gebied ook aan het toezicht van het Gerecht onderworpen.

Verzoeksters laatste bezwaar in dit verband, dat een negatieve verklaring de rechtszekerheid niet waarborgt omdat zij de nationale rechterlijke instanties niet bindt, zal in het kader van haar derde argument moeten worden onderzocht.

2) *Aantasting van een te goeder trouw op de vrijstelling gebaseerde rechtsverhouding*

97. De verdere vraag, of hier met schending van een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht een te goeder trouw op de vrijstelling gebaseerde rechtsverhouding is aangetast, werd reeds in ruime mate beantwoord. Ik beperk mij dan ook tot twee aanvullende opmerkingen: de oorspronkelijke licentieovereenkomst tussen de National Research and Development Council en Novus Corporation, waartoe verzoekster is toegetreden, werd reeds in 1981 en dus lang vóór de inwerkingtreding van verordening nr. 2349/84 gesloten. De overeenkomst is bijgevolg achteraf en zonder toedoen van de contracterende partijen in het genot van de vrijstelling gekomen; van een te goeder trouw op de vrijstelling gebaseerde rechtsverhouding kan derhalve geen sprake zijn.

98. Toen verzoekster met BTG onderhandelde en in 1986 de licentie verwierf, was de groepsvrijstellingsverordening echter reeds van kracht, maar enkel naast artikel 86. Het door de Commissie gemaakte verwijt van misbruik betreft slechts een deel van de rechtsverhouding tussen verzoekster en de licentiegever, namelijk de exclusiviteit van de verleende licentie. In zoverre moest verzoekster weten, dat artikel 86 kon worden toegepast, zodat bij haar van goede trouw geen sprake kan zijn.

99. Het is waar, dat medecontractanten van een onderneming haar machtspositie en daarmee de mogelijkheid dat artikel 86 wordt toegepast, niet behoeven te kennen. In zoverre heeft verzoekster een belangrijk punt opgeworpen, dat er echter niet toe

leidt dat artikel 86 (bij een medecontractant te goeder trouw) gedeeltelijk niet-toepasselijk wordt. Artikel 86 houdt slechts rekening met de gedraging van de onderneming met de machtspositie. De oplossing van dit samenstel van feiten moet dus voorbehouden blijven aan het op het individuele geval toepasselijke nationale recht, daar artikel 86 geen regeling voor de civielrechtelijke gevolgen van een inbreuk bevat.

III — *Bedreiging voor de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht*

100. Verzoeksters derde argument houdt in, dat de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht gevaar zou lopen, indien artikel 86 ondanks een groepsvrijstelling zou kunnen worden toegepast. Daar artikel 86 rechtstreeks toepasselijk is, zouden nationale rechterlijke instanties een onderneming met een machtspositie de vrijgestelde gedraging kunnen verbieden en daarmee het besluit van de Commissie om die gedraging toe te laten, zoals dat in de groepsvrijstellingsverordening tot uitdrukking komt, omzeilen. Dat dit ontoelaatbaar is, meent verzoekster te kunnen afleiden uit 's Hofs arrest in de zaak Walt Wilhelm.

101. In dit arrest erkende het Hof, dat een voor de Commissie hangende procedure krachtens het mededingingsrecht van de Gemeenschap, de nationale autoriteiten niet belet, dezelfde feiten gelijktijdig vanuit het oogpunt van hun nationaal kartelrecht te onderzoeken. Tegelijk beperkte het deze bevoegdheid, door te bepalen, dat de „toepassing van het nationale recht aan een volledige en uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht — en aan de werking der uitvoeringsbesluiten — geen afbreuk mag doen".[94] Aldus erkende het Hof, dat in geval van conflict het mededingingsrecht van de Gemeenschap voorrang heeft boven de overeenkomstige bepalingen van de Lid-Staten. Dat arrest betreft echter enkel de verhouding tussen de toepassing van nationaal mededingingsrecht door nationale autoriteiten enerzijds, en de toepassing van het gemeenschapsrecht door de Commissie anderzijds. Het zegt echter niets over de toepassing van gemeenschapsrecht door nationale autoriteiten en rechterlijke instanties, waar verzoeksters argument om draait. Ook in zijn later arrest in de gevoegde zaken 253/78 en 1/79 tot en met 3/79, waarin het ging om de toepassing van Frans mededingingsrecht na het afsluiten van de procedure door de Commissie, moest het Hof zich hierover niet uitspreken.[95]

102. De bevoegdheid van de nationale autoriteiten om het mededingingsrecht van de Gemeenschap toe te passen, is veeleer, althans gedeeltelijk, in artikel 9 van verordening nr. 17 geregeld.

Volgens dit artikel is enkel de Commissie bevoegd om een rechtscheppende vrijstellingbeschikking krachtens artikel 85, lid 3, te geven. Daarnaast bestaat een concurrerende bevoegdheid van de nationale autoriteiten voor de toepassing van artikel 85, lid 1, en artikel 86, zolang de Commissie nog geen procedure krachtens de artikelen 2, 3 of 6 van verordening nr. 17 heeft ingeleid.[96] Zodra de Commissie tot actie overgaat, is zij echter ook hier bij uitsluiting bevoegd. Dat geldt echter slechts tegenover nationale kartelautoriteiten en nationale rechterlijke instanties die met de toepassing van het kartelrecht of het toezicht op de

94 — Arrest van 13 februari 1969, zaak 14/68, Jurispr. 1969, blz. 1, 14 en volgende, r. o. 9.

95 — Arrest van 10 juli 1980, gevoegde zaken 253/78 en 1/79 tot en met 3/79, Giry en Guerlain, Jurispr. 1980, blz. 2327, 2374 en volgende, r. o. 15 en volgende.

96 — Artikel 9, lid 3.

kartelautoriteiten zijn belast. Daarentegen blijven andere nationale rechterlijke instanties en autoriteiten bevoegd, de artikelen 85, lid 1, en 86 bij voorbeeld in civielrechtelijke geschillen toe te passen, ook wanneer de Commissie reeds een procedure heeft ingeleid. De verboden van de artikelen 85, lid 1, en 86 doen immers in de betrekkingen tussen particulieren rechtstreeks rechten en plichten ontstaan, die de nationale rechter dient te handhaven. De handhaving van deze rechten, die de particulier aan het Verdrag zelf ontleent, kan door het afgeleide recht niet worden besnoeid.[97] Met de behoefte aan een coherente toepassing van het communautaire mededingingsrecht kan de nationale rechterlijke instantie rekening houden door haar procedure te schorsen tot de Commissie heeft beslist.[98]

103. De nationale rechterlijke instanties blijven ook verplicht, in individuele gevallen rechtsbescherming te verlenen, nadat de Commissie haar procedure heeft beëindigd. Voor de afsluiting van de procedure bij administratief schrijven heeft het Hof dit in een reeks gevallen beslist. Stelt de Commissie met een dergelijk schrijven een onderneming ervan in kennis, dat er voor haar geen aanleiding bestaat om tegen een bepaalde overeenkomst op te treden, dan bindt dit de nationale rechterlijke instanties niet; anders dan de Commissie meent, kunnen zij vaststellen dat de overeenkomst inbreuk maakt op artikel 85 en nietig is.[99] Ook aan een negatieve verklaring van de Commissie zijn de nationale rechterlijke instanties niet gebonden.[100] Dat wordt weliswaar door velen betwijfeld, maar is noodzakelijk omdat de nationale rechterlijke instanties ook hier de rechten van particulieren, die het EEG-Verdrag hun heeft verleend, moeten handhaven.

Noch een administratief schrijven noch een negatieve verklaring van de Commissie belet de nationale rechterlijke instanties derhalve een gedraging te toetsen aan dezelfde rechtsnormen als die welke de Commissie heeft toegepast, en daarbij tot een afwijkend oordeel te komen. De opvatting van de Commissie, die in haar standpuntbepaling tot uitdrukking komt, is slechts een feitelijk gegeven, waarmee de rechterlijke instanties bij hun beslissing rekening kunnen houden.[101]

104. Dat is in de gevallen van vrijstelling echter anders. De door de Commissie krachtens artikel 6, lid 1, van verordening nr. 17 gegeven vrijstellingsbeschikking heeft tot gevolg, dat artikel 85, lid 1, voor de vrijgestelde overeenkomst niet meer geldt. Hieraan zijn alle nationale rechterlijke instanties en autoriteiten gebonden. Zij mogen de werking erga omnes van de beschikking niet omzeilen. Pas wanneer de Commissie haar beschikking krachtens artikel 8, lid 3, van verordening nr. 17 zou intrekken, valt de bindende werking weg.

Ook een groepsvrijstellingsverordening bindt als rechtsnorm de nationale rechterlijke instanties en autoriteiten, die echter bij de toepassing ervan bevoegd blijven om ze uit te leggen. Zo kunnen zij vaststellen, dat een overeenkomst niet in de termen van de

97 — Arrest van 30 januari 1974, zaak 127/73, reeds aangehaald, blz. 51, 62 en volgende, betreffende artikel 86; arrest van 10 juli 1980, zaak 37/79, Marty, Jurispr. 1980, blz. 2481, 2500, betreffende artikel 85, lid 1.

98 — Arresten van 6 februari 1973, zaak 48/72, Haecht II, Jurispr. 1973, blz. 77, 87, r.o. 10 en volgende; 10 juli 1980, zaak 37/79, reeds aangehaald, blz. 2500, r.o. 14.

99 — Bij voorbeeld arrest van 10 juli 1980, zaak 37/79, reeds aangehaald, blz. 2499, r.o. 10.

100 — Conclusie van advocaat-generaal Reischl in zaak 37/79, reeds aangehaald, blz. 2507.

101 — Arrest van 10 juli 1980, zaak 37/79, reeds aangehaald, blz. 2499.

groepsvrijstellingsverordening valt en dus aan het verbod van artikel 85, lid 1, onderworpen is. Aan het gevaar van tegenstrijdige beoordelingen kan het hoofd worden geboden door prejudiciële procedures krachtens artikel 177, zoals de rechtspraak van het Hof inzake de vroegere verordening nr. 67/67/EEG illustreert. [102]

105. Dit alles geldt echter slechts voor het verbod van artikel 85, lid 1, en niet voor artikel 86. Mijn uiteenzetting inzake de bevoegdheid van de Commissie om de bestreden beschikking krachtens artikel 86 vast te stellen, geldt in zijn volle omvang voor de overeenkomstige bevoegdheid van de nationale rechterlijke instanties en autoriteiten om artikel 86 toe te passen. Een groepsvrijstelling doet geen afbreuk aan de bevoegdheid van de nationale rechterlijke instanties en autoriteiten om het misbruik van machtspositie aan artikel 86 te toetsen. Het Hof heeft dan ook in zijn arrest van 11 april 1989 in de zaak Ahmed Saeed „al naar het geval" ook de bevoegdheid van de nationale autoriteiten tot het toepassen van artikel 86 erkend. [103]

106. Anders dan verzoekster meent, brengt dit de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht niet in gevaar. Integendeel, slechts wanneer — naast de Commissie — ook de nationale rechterlijke instanties en autoriteiten bij feiten als die welke aan de onderhavige zaak ten grondslag liggen, artikel 86 mogen toepassen, is de eenvormige toepassing van deze bepaling in de Gemeenschap verzekerd.

C — Conclusie

107. Ik heb uiteengezet waarom ik tot de overtuiging ben gekomen, dat de bestreden beschikking van de Commissie niet in strijd is met de artikelen 85 en 86. Mitsdien geef ik het Gerecht in overweging:

„1) Het beroep te verwerpen;

2) Verzoekster te verwijzen in de kosten van het geding".

102 — Zie bij voorbeeld arresten van 25 november 1971, zaak 22/71, Béguelin, Jurispr. 1971, blz. 949, 961 r.o. 19 tot en met 22; 3 februari 1976, zaak 63/75, Fonderies Roubaix, Jurispr. 1976, blz. 111, 118, r.o. 10 en volgende; en laatstelijk 28 januari 1986, zaak 161/84, Pronuptia, Jurispr. 1986, blz. 353, 387, r.o. 33.

103 — Arrest van 11 april 1989, zaak 66/86, r.o. 32.