

Brussel, **XXX**
[...] (2022) **XXX** draft

SENSITIVE*
UNTIL ADOPTION

MEDEDELING VAN DE COMMISSIE

over informeel advies betreffende nieuwe of onopgeloste vragen met betrekking tot de artikelen 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie die in individuele gevallen rijzen (adviesbrieven)

(Voor de EER relevante tekst)

* Distribution only on a 'Need to know' basis - Do not read or carry openly in public places. Must be stored securely and encrypted in storage and transmission. Destroy copies by shredding or secure deletion. Full handling instructions <https://europa.eu/db43PX>

MEDEDELING VAN DE COMMISSIE

over informeel advies betreffende nieuwe of onopgeloste vragen met betrekking tot de artikelen 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie die in individuele gevallen rijzen (adviesbrieven)

(Voor de EER relevante tekst)

I. VERORDENING (EG) NR. 1/2003

1. Bij Verordening (EG) nr. 1/2003(1) is het stelsel voor handhaving van de artikelen 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (“VWEU”) ingevoerd. Hoewel zij bedoeld is om de Commissie in staat te stellen zich te richten op haar primaire taak van doeltreffende handhaving van de mededingingsregels, zorgt Verordening (EG) nr. 1/2003 ook voor rechtszekerheid, aangezien zij voorziet dat overeenkomsten(2) die onder artikel 101, lid 1, VWEU vallen, maar aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, VWEU voldoen, geldig en volledig afdwingbaar zijn zonder voorafgaande beslissing van een mededingingsautoriteit (artikel 1 van Verordening (EG) nr. 1/2003).
2. Hoewel Verordening (EG) nr. 1/2003 voorziet in parallelle bevoegdheden van de Commissie, de mededingingsautoriteiten van de lidstaten en de rechterlijke instanties van de lidstaten om de artikelen 101 en 102 VWEU in hun geheel toe te passen, worden de risico's van een onsamenvhangende toepassing door een reeks maatregelen beperkt. Aldus wordt het primaire aspect van rechtszekerheid voor ondernemingen gewaarborgd zoals dat is verankerd in de jurisprudentie van het Hof van Justitie(3), namelijk dat de mededingingsregels in de gehele Unie op een samenhangende manier worden toegepast.
3. Ondernemingen zijn doorgaans goed in staat om de wettigheid van hun handelingen zodanig te beoordelen dat zij met kennis van zaken een beslissing kunnen nemen over de vraag of en in welke vorm zij met een overeenkomst of unilaterale gedraging moeten doorgaan. Zij kennen de feiten uit de eerste hand en beschikken over het kader van groepsvrijstellingsverordeningen, jurisprudentie en bestaande beschikkingen van de Commissie alsmede over uitgebreid advies in de vorm van richtsnoeren en mededelingen van de Commissie die zijn verstrekt om verdere bijstand te verlenen voor de zelfbeoordeling van ondernemingen(4). De Commissie heeft ook richtsnoeren opgesteld over de toepassing van artikel 101, lid 3, VWEU(5). Hiermee kunnen ondernemingen in de overgrote meerderheid van de gevallen een betrouwbare toetsing van hun overeenkomsten aan artikel 101 VWEU uitvoeren.
4. In gevallen die ondanks de bovengenoemde elementen aanleiding geven tot werkelijke onzekerheid omdat hierin nieuwe of onopgeloste vragen betreffende de toepassing van artikel 101 of artikel 102 rijzen, is het mogelijk dat afzonderlijke ondernemingen de Commissie om informeel advies willen vragen(6). Overeenkomstig de beginselen zoals uiteengezet in deel II van deze mededeling geeft een verzoek om advies een verzoeker geen recht op het ontvangen van een dergelijk advies, aangezien in deze mededeling

geen stelsel kan worden heringevoerd dat onverenigbaar zou zijn met het kader voor zelfbeoordeling van Verordening (EG) nr. 1/2003. De Commissie kan echter, wanneer zij dit passend acht en afhankelijk van haar handhavingsprioriteiten, in een schriftelijke verklaring (adviesbrief) dergelijk informeel advies geven over de interpretatie van artikel 101 of artikel 102. In deze mededeling wordt dit instrument nader toegelicht.

II. II. VOORWAARDEN VOOR HET OPSTELLEN VAN EEN ADVIESBRIEF

5. Verordening (EG) nr. 1/2003 geeft de Commissie de bevoegdheid om inbreuken op de artikelen 101 en 102 VWEU effectief te onderzoeken, te vervolgen en te bestraffen(7). Een belangrijke doelstelling van Verordening (EG) nr. 1/2003 is te zorgen voor de efficiënte handhaving van de mededingingsregels van de Unie door het opzetten van een stelsel voor zelfbeoordeling, waarbij het vroegere aanmeldingssysteem wordt afgeschaft en de Commissie in staat wordt gesteld haar handhavingsbeleid te richten op de zwaarste inbreuken op de artikelen 101 en 102 VWEU(8).
6. Hoewel Verordening (EG) nr. 1/2003 de mogelijkheid voor de Commissie om informeel advies te geven aan afzonderlijke ondernemingen(9), zoals uiteengezet in deze mededeling, onverlet laat, mag deze mogelijkheid het belangrijkste doel van Verordening (EG) nr. 1/2003, namelijk te zorgen voor een doeltreffende handhaving van de artikelen 101 en 102 VWEU, niet in het gedrang brengen. De Commissie kan dan ook alleen informeel advies geven aan afzonderlijke ondernemingen, voorzover haar handhavingsprioriteiten zulks toelaten.
7. Onder het voorbehoud van punt 6 zal de Commissie, wanneer bij haar een verzoek om een adviesbrief wordt ingediend, nagaan of dit verzoek in behandeling kan worden genomen. Het opstellen van een adviesbrief kan alleen worden overwogen indien een eerste beoordeling van de feiten en juridische overwegingen met betrekking tot het gedrag of beoogde gedrag er volgens de Commissie op duiden dat er gegronde redenen zijn om te voorzien in een verduidelijking van de toepassing van artikel 101 of artikel 102 VWEU op de overeenkomst of unilaterale gedraging in kwestie in de vorm van een adviesbrief. Een dergelijke eerste beoordeling wordt gebaseerd op de volgende twee cumulatieve elementen:
 - (a) nieuwe of onopgeloste vragen: de inhoudelijke toetsing van de overeenkomst of unilaterale gedraging aan artikel 101 of artikel 102 VWEU doet een vraag rijzen inzake de toepassing van het recht ten aanzien waarvan er onvoldoende duidelijkheid bestaat in het bestaande regelgevingskader van de Unie, met inbegrip van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie, en er geen toereikende openbaar beschikbare algemene richtsnoeren op het niveau van de Unie in de beschikkingspraktijk of eerdere adviesbrieven bestaan; en
 - (b) belang bij het verstrekken van advies: de eerste beoordeling van de overeenkomst of unilaterale gedraging duidt erop dat een publieke verduidelijking van de toepassing van artikel 101 of artikel 102 VWEU in de vorm van een adviesbrief een aanzienlijke toegevoegde waarde zou hebben, rekening houdend met een of meer van de volgende elementen:

- het daadwerkelijke of potentiële economische belang van de goederen of diensten waarop de overeenkomst of unilaterale gedraging betrekking heeft, waarbij met name de consumentenbelangen in aanmerking worden genomen;
 - de vraag of de doelstellingen van de overeenkomst of unilaterale gedraging relevant zijn voor de verwezenlijking van de prioriteiten van de Commissie of belangen van de Unie;
 - de omvang van de investeringen die door de betrokken ondernemingen zijn gedaan of moeten worden gedaan en die verband houden met de overeenkomst of unilaterale gedraging; en
 - de mate waarin de overeenkomst of de gedraging overeenkomt met of waarschijnlijk zal overeenkomen met een wijder verbreid gebruik.
8. De Commissie neemt een verzoek om een adviesbrief normaal gesproken in de volgende gevallen niet in behandeling:
- de in het verzoek gestelde vragen zijn gelijk aan of lijken op vraagstukken die aan de orde zijn in een zaak die bij het Hof van Justitie van de Europese Unie aanhangig is; of
 - ten aanzien van de overeenkomst of de unilaterale gedraging waarop het verzoek betrekking heeft, loopt er een procedure voor de Commissie, een rechterlijke instantie van een lidstaat of een mededingingsautoriteit van een lidstaat.
9. De Commissie neemt geen hypothetische vragen in behandeling en stelt geen adviesbrieven op over overeenkomsten of unilaterale gedragingen die door de partijen niet meer worden toegepast. Ondernemingen mogen echter wel een verzoek om een adviesbrief indienen bij de Commissie met betrekking tot vragen die een voorgenomen overeenkomst of unilaterale gedraging doet rijzen, dus voordat de overeenkomst of de unilaterale gedraging in kwestie wordt uitgevoerd. In dat geval wordt het verzoek alleen in behandeling genomen indien de planning zich in een ver genoeg stadium van ontwikkeling bevindt.

III. AANWIJZINGEN OVER HOE OM ADVIES TE VRAGEN

10. Een verzoek kan worden ingediend door een onderneming of ondernemingen die een overeenkomst of unilaterale gedraging zijn aangegaan of overwegen aan te gaan die zou kunnen vallen onder artikel 101 of artikel 102 VWEU, met betrekking tot interpretatievragen die een dergelijke overeenkomst of unilaterale gedraging doet rijzen.
11. Een verzoek om een adviesbrief moet naar het volgende adres worden gezonden:

Europese Commissie
 Directoraat-generaal Concurrentie
 t.a.v. Antitrust-griffie
 1049 Brussel
 België

Of per e-mail naar comp-greffe-antitrust@ec.europa.eu

12. De verzoeker(s) moet(en) in het verzoek om een adviesbrief de volgende zaken opnemen:

- de identiteit van alle betrokken ondernemingen alsook één enkel adres voor contacten met de Commissie;
- de specifieke vragen in verband waarmee om informeel advies wordt gevraagd;
- volledige en uitputtende informatie over alle punten die relevant zijn voor een weloverwogen evaluatie van de gerezen vragen, inclusief relevante documentatie, zodat de Commissie een adviesbrief kan opstellen op basis van de verstrekte informatie;
- de eigen voorlopige beoordeling van de verzoeker(s) gelet op punt 7, a), van de onderhavige mededeling, van de vraag in hoeverre in het verzoek nieuwe of onopgeloste vragen worden gepresenteerd betreffende het regelgevingskader van de Unie, met inbegrip van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie, openbaar beschikbare algemene richtsnoeren op het niveau van de Unie in de beschikkingspraktijk of eerdere adviesbrieven;
- de eigen voorlopige beoordeling van de verzoeker(s) van de toepassing van artikel 101 of artikel 102 VWEU op de nieuwe of onopgeloste vragen die zijn gerezen in verband met de overeenkomst of unilaterale gedraging;
- alle andere informatie waarmee het verzoek kan worden geëvalueerd in het licht van de in de punten 7-9 van de onderhavige mededeling genoemde aspecten, en met name een verklaring dat er ten aanzien van de overeenkomst of unilaterale gedraging waarop de vraag betrekking heeft, geen procedure loopt voor een rechterlijke instantie of mededingingsautoriteit van een lidstaat;
- indien het verzoek elementen bevat die als bedrijfsgeheim worden beschouwd, moet duidelijk worden aangegeven om welke elementen het gaat;
- alle andere informatie of documentatie die relevant is voor de beoordeling van de overeenkomst of unilaterale gedraging.

IV. BEHANDELING VAN HET VERZOEK

13. De Commissie evalueert het verzoek in beginsel aan de hand van de verstrekte informatie en behandelt geen aanvragen die niet voldoen aan de in punt 12 van de onderhavige mededeling uiteengezette vereisten. De Commissie mag echter bijkomende informatie waarover zij beschikt uit openbare bronnen, eerdere jurisprudentie, de beschikkingspraktijk en adviesbrieven op Unieniveau of andere bronnen gebruiken en zij mag de verzoeker(s) of, in buitengewone gevallen, andere geselecteerde partijen, vragen aanvullende inlichtingen te verstrekken.

14. De Commissie mag de aan haar verstrekte informatie doorgeven aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten, die hun inbreng mogen leveren. Zij mag de inhoud van het verzoek met de mededingingsautoriteiten van de lidstaten bespreken voordat zij een adviesbrief opstelt.

15. Met betrekking tot de punten 13 en 14 van de onderhavige mededeling zijn de regels inzake de geheimhoudingsplicht zoals uiteengezet in artikel 28 van Verordening (EG) nr. 1/2003 van toepassing op de door de verzoeker(s) of andere geselecteerde derde partijen verstrekte informatie.

16. Wanneer geen adviesbrief wordt opgesteld, stelt de Commissie de verzoeker(s) daarvan schriftelijk op de hoogte.
17. De verzoeker(s) kan/kunnen zijn/hun verzoek te allen tijde intrekken. In dergelijke gevallen wordt er geen adviesbrief opgesteld. De in het kader van een verzoek om informeel advies verstrekte informatie blijft in ieder geval in het bezit van de Commissie en kan worden gebruikt in latere procedures in het kader van Verordening (EG) nr. 1/2003.
18. Een verzoek om een adviesbrief laat de bevoegdheid van de Commissie onverlet om overeenkomstig Verordening (EG) nr. 1/2003 een procedure in te leiden ten aanzien van de in het verzoek vermelde feiten.

V. ADVIESBRIEVEN

19. In een door de Commissie opgestelde adviesbrief wordt het volgende uiteengezet:
 - een korte beschrijving van de feiten die eraan ten grondslag liggen;
 - de belangrijkste juridische argumentatie die ten grondslag ligt aan de opvatting van de Commissie over de toepassing van artikel 101 of artikel 102 VWEU op de nieuwe of onopgeloste vragen die zijn gerezen in verband met de overeenkomst of unilaterale gedraging.
20. Een adviesbrief kan worden beperkt tot een deel van de in het verzoek gestelde vragen, maar kan ook meer aspecten omvatten dan in het verzoek aan de orde werden gesteld. Indien passend kan de Commissie in een adviesbrief een termijn vaststellen voor de toepassing ervan of specificeren dat het uitgangspunt van de adviesbrief het bestaan of ontbreken van bepaalde feitelijke omstandigheden is.
21. Adviesbrieven worden op de website van de Commissie bekendgemaakt, waarbij het rechtmatige belang van verzoeker(s) bij de bescherming van zijn/hun bedrijfsgeheimen in acht wordt genomen. Voordat zij de adviesbrief publiceert, bereikt de Commissie overeenstemming met de verzoeker(s) over een publieke versie ervan.

VI. GEVOLGEN VAN ADVIESBRIEVEN

22. Adviesbrieven zijn in de eerste plaats bedoeld om ondernemingen te helpen zelf met kennis van zaken hun overeenkomsten of unilaterale gedragingen te beoordelen. Adviesbrieven zijn niet bindend voor de verzoeker(s) of eventuele derden. In dat opzicht blijft/blijven de verzoeker(s) verantwoordelijk voor de uitvoering van zijn/hun eigen zelfbeoordeling van de toepassing van artikel 101 of artikel 102 VWEU.
23. Een adviesbrief laat een beoordeling van dezelfde vraag door het Hof van Justitie van de Europese Unie, de mededingingsautoriteiten van de lidstaten of de rechterlijke instanties van de lidstaten onverlet.

24. Wanneer een overeenkomst of unilaterale gedraging de feitelijke basis voor een adviesbrief heeft gevormd, belet dit de Commissie niet om in een later stadium diezelfde overeenkomst of unilaterale gedraging te onderzoeken in een procedure overeenkomstig Verordening (EG) nr. 1/2003. In dat geval houdt de Commissie rekening met de eerdere adviesbrief voor zover zich geen wijzigingen in de achterliggende feiten hebben voorgedaan, de Commissie geen nieuwe aspecten heeft ontdekt of een klacht deze aan de orde heeft gesteld en geen nieuwe ontwikkelingen in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie of veranderingen in ruimere zin in het beleid van de Commissie en ontwikkelingen op de markt zijn opgetreden.
25. De verduidelijking van de toepassing van artikel 101 of artikel 102 VWEU die in een adviesbrief is opgenomen, wordt uitdrukkelijk afhankelijk gesteld van de nauwkeurigheid en waarheidsgetrouwheid van de door de verzoeker(s) verstrekte informatie en eventuele wezenlijke afwijkingen van de door de verzoeker(s) verstrekte informatie leiden tot de ongeldigheid van de adviesbrief.
26. Adviesbrieven zijn geen besluiten van de Commissie en zijn niet bindend voor de mededingingsautoriteiten of rechterlijke instanties van de lidstaten die bevoegd zijn om de artikelen 101 en 102 VWEU toe te passen. Het staat de mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties van de lidstaten evenwel vrij de adviesbrieven van de Commissie ter harte te nemen indien zij dit in verband met een zaak zinvol achten.

(1) Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1). Met ingang van 1 december 2009 zijn de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag respectievelijk de artikelen 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie geworden. De bepalingen in beide verdragen zijn inhoudelijk identiek. In het kader van deze mededeling moeten verwijzingen naar de artikelen 101 en 102 VWEU waar nodig worden begrepen als verwijzingen naar, respectievelijk, de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag. Het VWEU heeft ook een aantal terminologische veranderingen met zich meegebracht, zoals de vervanging van “Gemeenschap” door “Unie” en van “gemeenschappelijke markt” door “interne markt”. Wanneer de betekenis onveranderd blijft, wordt de terminologie van het VWEU overal in deze mededeling gebruikt.

(2) In deze mededeling wordt de term “overeenkomst” gebruikt voor overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen. De term “unilaterale gedragingen” heeft betrekking op het gedrag van ondernemingen met een machtspositie. De term “ondernemingen” omvat tevens “ondernemersverenigingen”.

(3) Het Hof van Justitie van de Europese Unie omvat twee rechterlijke instanties: het Hof van Justitie en het Gerecht.

(4) De Commissie heeft groepsvrijstellingsverordeningen, richtsnoeren en mededelingen vastgesteld. Daarnaast publiceert de Commissie haar beschikkingen. Alle teksten zijn beschikbaar op: https://ec.europa.eu/competition-policy/index_en

(5) Mededeling van de Commissie — Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (blz. 97).

(6) Zie overweging 38 van Verordening (EG) nr. 1/2003.

(7) Zie met name de artikelen 7-9, 12, 17-24 en 29 van Verordening (EG) nr. 1/2003.

(8) Zie met name overweging 3 van Verordening (EG) nr. 1/2003.

(9) Zie overweging 38 van Verordening (EG) nr. 1/2003.