

Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF) / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, HvJ EG, 9 september 2003, zaak C-198/01

De NMa zal nationale wettelijke regelingen die strijdig zijn met het Europese mededingingsrecht buiten toepassing moeten laten.

(m.nt. mr B.J. Drijber en mr W.T. Algera)¹

Feiten

In verband met de invoering van een accijns op lucifers stelde de Italiaanse wetgever in 1923 bij koninklijk besluit het *Conorzio Industrie Fiammiferi* (CIF) in, dat het exclusieve recht kreeg om voor de Italiaanse markt lucifers te produceren en te verkopen.² Productiequota werden verdeeld op grond van bestaande marktaandelen door een commissie bestaande uit vertegenwoordigers van de toegelaten luciferfabrikanten en voorgezeten door een ambtenaar van het bestuur der staatsmonopolies. In 1983 werd het CIF toegankelijk voor nieuwe ondernemingen. In 1994 werd het handelsmonopolie opgeheven. Deelname aan het CIF geschiedde sindsdien op basis van vrijwilligheid. Al die tijd bleef de Italiaanse Staat wel de verkoopprijs van lucifers vaststellen.

De Italiaanse NMa ('de Autoriteit') heeft sinds 1996 op grond van nationale wetgeving de bevoegdheid de Europese mededingingsregels toe te passen. Na een klacht van een Duitse luciferfabrikant stelde zij een onderzoek in naar de gedragingen van het CIF en de daarbij aangesloten ondernemingen. Zij maakte daarbij onderscheid tussen enerzijds gedragingen die de nationale regelgeving oplegt of vergemakkelijkt en anderzijds gedragingen die op de vrije keuze van het CIF en zijn leden berusten.

De Autoriteit stelde vast dat het bestaan en de werkzaamheid van het CIF in de periode voorafgaande aan de liberalisering geheel toe te schrijven was aan het KB uit 1923 en de daaraan gehechte – regelmatig aangepaste – overeenkomst. Met betrekking tot die periode kwalificeerde zij de deelnameplicht aan het CIF als strijdig met artikel 10 jo 3, sub g) en 81, lid 1, EG, reden waarom zij als bestuursinstantie dat rechtskader buiten toepassing behoorde te laten. De Autoriteit constateerde verder dat de nadere afspraken over de verdeling van de productie binnen de commissie wél aan de ondernemingen waren toe te rekenen en in strijd waren met artikel 81, lid 1, EG.

Ten aanzien van de periode na de liberalisering had de deelname een louter vrijwillig karakter, waardoor de gedragingen na 1994 in elk geval als het resultaat van autonome ondernemingsbeslissingen moesten worden beschouwd, waarvoor de ondernemingen aansprakelijk waren. Tot slot veroordeelde de Autoriteit overeenkomsten tussen het CIF en het Zweeds/Zwitserse *Swedish Match* (de grootste Europese concurrent) en tussen CIF en *Conaedi* (distributienetwerk) resulterend in afspraken over aanbod en distributie van lucifers op de Italiaanse markt.

Het CIF stelde bij de rechter dat de Autoriteit niet bevoegd (laat staan verplicht) was de geldigheid en doeltreffendheid van de bepalingen van nationaal recht te toetsen, aangezien zij deze bevoegdheid (tot een declaratoire uitspraak) niet aan de Italiaanse mededingingswet zou kunnen ontleen en al evenmin aan het beginsel van voorrang van het gemeenschapsrecht. Naar aanleiding van dat betoog legt de verwijzende rechter aan het Hof met de eerste prejudiciële vraag het probleem voor of de nationale mededingingsautoriteit krachtens artikel 81 EG verplicht of bevoegd is een nationale regeling buiten toepassing te laten, met als gevolg dat aan ondernemingen de 'wettelijke dekking' (*copertura legale*) wordt ontnomen en zij daardoor aan sancties kunnen worden blootgesteld. Met de tweede prejudiciële vraag wilde de rechter vernemen of de Italiaanse regeling van voor de liberalisering überhaupt wel ruimte liet voor enige mededinging die door autonome ondernemingsgedragingen kon worden beperkt.

Het arrest

Naar aanleiding van de *eerste prejudiciële vraag* bevestigt het Hof allereerst zijn rechtspraak met betrekking tot 'de nuttig-effect-doctrine' (ook wel genoemd: 'de nieuwe norm'):³

'46. Het Hof heeft met name geoordeeld, dat de artikelen 10 EG en 81 EG worden geschonden wanneer een lidstaat het tot stand komen van met artikel 81 EG strijdige mededingingsregelingen oplegt of begunstigt dan wel de werking ervan versterkt, of aan haar eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers over te dragen [...].'

Het Hof wijst erop dat ingevolge artikel 4, lid 1, EG de lidstaten in het kader van hun economisch beleid het beginsel van een openmarkteconomie met vrije mededinging in acht moeten nemen.

In de tweede plaats stelt het Hof dat de plicht om met het gemeenschapsrecht strijdige nationale bepalingen buiten toepassing te laten ook voor bestuursorganen als de mededingingsautoriteit geldt. Het overweegt (onderstreping van de auteurs):

'50. Voorzover een nationale mededingingsautoriteit als de Autoriteit met name tot taak heeft toe te zien op de inachtneming van artikel 81 EG en deze bepaling samen met artikel 10 EG de lidstaten ertoe verplicht niet op te treden zou het nuttig effect van de communautaire mededingingsregels worden beperkt indien deze autoriteit in het kader van een onderzoek van het gedrag van ondernemingen uit hoofde

1 Beiden advocaat te Den Haag.

2 Een typisch voorbeeld van een fiscaal monopolie als bedoeld in art. 86, lid 2, EG.

3 Zie voor het eerst zaak 13/77, Inno/Atab, Jur. 1977, p. 2115.

van artikel 81 EG niet zou kunnen vaststellen dat een nationale regel in strijd is met artikel 10 EG juncto artikel 81 EG, en deze regel bijgevolg niet buiten toepassing zou laten.

51. In dit verband doet het weinig ter zake dat in het geval waarin de nationale wetgeving ondernemingen verplicht tot mededingingsverstoring gedrag, deze niet tevens een inbreuk op de artikelen 81 EG en 82 EG kan worden verweeten [...] De verplichtingen van de lidstaten uit hoofde van de artikelen 3, lid 1, sub g, EG, 10 EG, 81 EG en 82 EG, die verschillen van de verplichtingen van ondernemingen op grond van de artikelen 81 EG en 82 EG, blijven immers onverminderd bestaan, zodat de nationale mededingingsautoriteit verplicht blijft de betrokken nationale regel buiten toepassing te laten.'

Na deze algemene overwegingen staat het Hof stil bij de gevolgen voor de ondernemingen in kwestie. Eerst komt de situatie aan de orde waarin de wetgeving iedere mogelijkheid van mededinging uitsluit. Onder verwijzing naar het rechtszekerheidsbeginsel overweegt het Hof dat de wetgeving in dat geval gedurende de periode *voorafgaande* aan de beslissing tot buiten toepassing verklaring een rechtvaardigingsgrond vormt. De betrokken ondernemingen gaan vrijuit, zowel ten aanzien van overheidsinstanties als ten aanzien van andere marktdeelnemers (punt 54). Gedragingen die plaatsvinden *nadat* de beslissing ten opzichte van hen definitief is geworden, vallen echter niet langer onder deze rechtvaardiging (punt 55).

Vervolgens komt de situatie aan de orde waarin de wetgeving de mededinging niet geheel uitsluit, doch 'slechts' aanzet tot autonome mededingingsbeperkende gedragingen van ondernemingen, dan wel die gedragingen vergemakkelijkt. In dat geval moeten de ondernemingen in kwestie ook in de periode vóór het besluit van de Autoriteit de artikel 81 en 82 EG naleven en kunnen aan hen sancties worden opgelegd. Het 'nationale rechtskader' kan echter wel een verzachtende omstandigheid vormen bij de vaststelling van de hoogte van de sanctie (punt 57).

Naar aanleiding van de *tweede prejudiciële vraag* geeft het Hof aanwijzingen voor het antwoord op de – in essentie feitelijke – vraag of het CIF en zijn leden in de periode voor de liberalisering voldoende ruimte hadden voor autonome gedragingen. De minister had namelijk de bevoegdheid de verkoopprijs vast te stellen, en aan het consortium met het verplichte lidmaatschap was de bevoegdheid tot productieverdeling verleend. De vaststelling van de verkoopprijs van lucifers door de Staat sluit volgens het Hof niet op zichzelf iedere mogelijkheid van concurrentie uit. De mededinging kan namelijk door andere factoren plaatsvinden (punt 69). De beoordeling van de vraag of de aangesloten consortiumleden autonoom hebben beslist over de verdeling van de productie, laat het Hof aan de nationale rechter over. Die krijgt echter wel de duidelijke hint mee dat dit wel het geval was.

Commentaar

De combinatie van de voorrangsregel en de nuttig-effectdoctrines⁴

Het lijkt bijna net zo vanzelfsprekend als een plus een is twee: zowel de verplichting van de lidstaten zich te onthouden van maatregelen die aan de communautaire mededingingsregels hun nuttig effect kunnen ontnemen, als de verplichting met het gemeenschapsrecht strijdige nationale regelgeving buiten toepassing te laten, zijn klassiekers uit de rechtspraak van het Hof. Dan lijkt het een kleine stap beide leerstukken bij elkaar op te tellen met als onvermijdelijk resultaat dat wettelijke bepalingen die afbreuk kunnen doen aan de nuttige werking van de communautaire mededingingsregels buiten toepassing *moeten* worden gelaten. Veelzeggend is dat A-G Jacobs in zijn conclusie bij deze zaak slechts een halve bladzijde nodig had om dit vraagstuk te beslechten.⁵ Het arrest past in een bestendige rechtspraak die beoogt de effectieve doorwerking van het gemeenschapsrecht zeker te stellen. Desondanks ligt de conclusie van het Hof niet zonder meer voor de hand:⁶

- a De voorrang van het gemeenschapsrecht speelt doorgaans een rol in 'directe verticale situaties', waarbij een nationale bepaling buiten toepassing wordt gelaten om een private partij in een geschil met de overheid rechten toe te kennen. Hier deed zich het omgekeerde voor: het is de overheid (want de Autoriteit) die zich op de voorrang van het gemeenschapsrecht beriep tegenover ondernemingen. Het is eveneens de overheid die normadessaat is van de *triggering* bepaling (artikel 10 EG). Door de combinatie van artikel 10 en 81 EG ontstaan er echter *verplichtingen* voor private partijen met mogelijk financiële consequenties in de vorm van sancties. Dat is een verschil met verdragsbepalingen als artikel 141 EG (gelijke beloning mannen en vrouwen), waarvan vaststaat dat zij horizontale werking hebben, maar die zich dan ook tot private partijen (werkgevers) richten.
- b Tweede vermeldenswaardige punt is dat hier niet een rechter maar een bestuursorgaan verplicht wordt het beginsel van directe werking toe te passen. Op zichzelf is dat weinig schokkend. Het Hof verwijst naar het arrest *Fratelli Costanzo*,⁷ waarin het besliste dat een gemeente rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen diende toe te passen en bepalingen van nationaal recht die daarmee

⁴ Zie ook de gastnoot van E. Steyger in NJ AB 2003, nr. 387.

⁵ Zie zijn conclusie van 30 januari 2003, punten 42 tot en met 46. Voor hem was de kernvraag of ondernemingen aan sancties kunnen worden blootgesteld voor gedrag dat door nationaal recht was opgelegd.

⁶ De Commissie zat in haar interventie grotendeels op de lijn van de Autoriteit maar ging in haar conclusie minder ver dan het Hof. Aan punt 30 van de conclusie A-G valt namelijk te ontlenuen dat volgens haar de art. 10 en 81 EG er niet aan in de weg staan dat de Autoriteit nationale wetgeving buiten toepassing laat ('does not preclude the Authority from disapplying national legislation').

⁷ Zaak 103/88, Jur. 1989, p. 1839, punt 31.

onverenigbaar zijn, buiten toepassing moet laten.⁸ Zou de gemeente dat niet doen, dan zou zij in strijd met het gemeenschapsrecht handelen (in die zaak: een aanbestedingsrichtlijn). Het is echter moeilijk vol te houden dat als de Autoriteit de betrokken wet niet buiten toepassing zou laten, zij *zelf* in strijd met het gemeenschapsrecht zou handelen. Daar zit voor ons gevoel wel degelijk een verschil.

- c Derde opvallende punt is dat de verplichting om met artikel 10 jo 3, sub g) en 81 EG strijdige wettelijke bepalingen buiten toepassing te laten, door het Hof wordt opgelegd, ongeacht of het betrokken bestuursorgaan daartoe nationaalrechtelijk gezien de bevoegdheid bezit. Als het bestuursorgaan niet zou kunnen vaststellen dat een nationale regel in strijd is met artikel 10 EG, dan zou het nuttig effect van de mededingingsregels worden beperkt. De buitentoepassingverklaring is dus een noodzakelijk middel voor de doorwerking van het gemeenschapsrecht.⁹ Ook daar plaatsen wij een kanttekening bij. In gevallen waarin het ontbreken van een dergelijke instrumentele bevoegdheid op zichzelf de oorzaak is voor de strijdigheid met het gemeenschapsrecht, ligt het inderdaad voor de hand dat de nationale autoriteit daar overheen moet stappen en aan het gemeenschapsrecht direct de bevoegdheid ontleent, onder het motto 'communautaire verplichting schept nationale bevoegdheid'.¹⁰ Maar er is even goed jurisprudentie waarin is uitgemaakt dat een nationaalrechtelijke *bevoegdheid* een communautairrechtelijke *verplichting* schept. Dan hangt het er dus van af wat het nationale recht zegt. Een voorbeeld geeft de rechtspraak die de nationale rechter verplicht ambtshalve het gemeenschapsrecht toe te passen indien hij bevoegd is nationaalrechtelijke rechtsgronden ambtshalve toe te voegen.¹¹

Modernisering van het mededingingsrecht

Dit arrest kan vergaande consequenties hebben, ook voor de bestuurlijke verhoudingen in Nederland. De Italiaanse situatie is in zoverre vergelijkbaar met de Nederlandse dat ook de d-g NMa (hierna: de NMa) krachtens artikel 88 Mw over de *bevoegdheid* beschikt om artikel 81 en 82 EG toe te passen. Hij heeft tot dusverre van die bevoegdheid nauwelijks gebruik gemaakt.¹² De NMa beschikt daarentegen niet over een procedureel instrument om een Nederlandse wettelijke bepaling aan te vechten wegens strijd met artikel 10, / 3 sub g) en 81 EG of om anderszins nationaal recht aan Europese mededingingsnormen te toetsen.¹³ De Mededingingswet voorziet alleen in een rechtsbasis voor een procedure tegen ondernemingen. Het hier besproken arrest gaat daar verandering in brengen. De NMa is als gevolg van dit arrest, *wanneer* zij artikel 81 of 82 EG toepast, *verplicht* om strijdige nationale regelgeving buiten toepassing te laten.

Met het van toepassing worden van verordening 1/2003 per 1 mei 2004 krijgt die verplichting een nieuwe dimensie. Artikel 3, lid 1, van die verordening *verplicht* de

nationale mededingingsautoriteiten om, naast hun nationale mededingingsrecht, artikel 81 EG toe te passen in situaties waarin de handel tussen lidstaten in het geding kan zijn c.q. artikel 82 EG toe te passen op door die bepaling verboden misbruiken. Verordening 1/2003 gecombineerd met het arrest *CIF* zal leiden tot het verplicht terzijde stellen van nationale wetgeving die *naar het oordeel van de d-g NMa* in strijd is met de nuttig-effect-doctrine van het Hof.¹⁴

De combinatie van de 'Ladbroke doctrine' en 'de nuttig-effect-doctrine'

Het arrest is verder interessant omdat de 'Ladbroke doctrine' en 'de nuttig-effect-doctrine' naast elkaar worden toegepast. Het eerste houdt in, dat artikel 81 EG (of 82 EG) niet van toepassing is wanneer iedere mogelijkheid van concurrerend gedrag als gevolg van overheidsingrijpen onmogelijk is gemaakt.¹⁵ Waar de overheid alles dicteert, is geen plaats voor wilsovereenstemming of collusie tussen ondernemingen.¹⁶ Daar staat volgens dezelfde doctrine tegenover, dat waar nog een beetje ruimte voor concurrentie over is, die juist dient te worden benut. Artikel 81 EG is in dat geval wel van toepassing en dient te worden gerespecteerd. Deze rechtspraak wordt door het Hof in *CIF* opnieuw bevestigd.¹⁷

In de nuttig-effect-doctrine gaat het met name om het opleggen, vergemakkelijken of versterken van (potentieel)¹⁸ mededingingsbeperkend handelen door de over-

8 Zie ook Jans, De Lange, Prechal, Van Widdershoven, Europees bestuursrecht, 2e druk, 2002, p. 104 e.v.

9 Zie punt 50.

10 Een van de bekendste voorbeelden biedt nog steeds de zaak *Factortame* met betrekking tot een Engelse wet die het geven van een *injunction* tegen de Kroon onmogelijk maakte (zaak C-213/89, Jur. 1991, p. I-3905).

11 Zaak C-430/93, *Van Schijndel*, Jur. 1995, p. I-4705 en zaak C-72/95, *Kraaijeveld*, Jur. 1996, p. I-5403. Zie Prechal en Van Ooik, Het institutionele recht van de Europese Unie en de Nederlandse rechter: het *acquis* in een notendop, *SEW* 2003, p. 328/343.

12 Zie voor een uitzondering die de regel bevestigt het besluit van de wnd. d-g NMa van 14 januari 2003, nr. 2269, *Garnalen*, besproken door M.R. Mok in *M&M* 2003, p. 144.

13 De Commissie beschikt wel over een instrument, namelijk de algemene inbreukprocedure van art. 226 EG. Daarmee kan zij echter aan het Hof slechts een verklaring voor recht vragen.

14 Steyger, t.a.p. p. 1920. l.k., wijst daar terecht ook op. Wij delen niet haar opmerking op p. 1919, l.k., dat 'buiten kijf staat' dat de Commissie de bevoegdheid heeft nationale maatregelen die strijdig zijn met het mededingingsrecht buiten toepassing te verklaren. Zie echter ook hierna 3.6 voor de betekenis en de werking van de buitentoepassingverklaring.

15 Arrest van 11 november 1997, Commissie en Frankrijk/Ladbroke Racing, zaak C-359/95P en C-379/95P, Jur. 1997, p. I-6265, punt 33.

16 Met name het Gerecht is in het verleden terughoudend geweest het bestaan van een dergelijke situatie aan te nemen. Zie het arrest *Ladbroke France*, dat door het Hof in het in de vorige noot genoemde arrest werd vernietigd, en *Asia Motor France*, zaak T-7/92, Jur. 1993, p. II-669.

17 Zie arrest punt 67 onder verwijzing naar onder meer het arrest van 10 december 1985, Stichting Sigarettenindustrie e.a./ Commissie, zaken 240/82 e.a., Jur. p. 3831, punten 27-29.

18 Arrest punt 45 'kunnen'. Zie ook: arrest van 19 februari 2002, Arduino, zaak C-35/99, Jur. p. I-1529, punt 34.

heid,¹⁹ en is het de vraag of de overheid daardoor haar verdragsverplichtingen schendt. Sinds de arresten *Meng* en *Ohra*²⁰ maakt het Hof daarbij een koppeling tussen overheidshandelen en mededingingsbeperkende gedragingen van ondernemingen. Die laatste gaan aan de overheidsmaatregel vooraf ('versterken') of kunnen daarvan het gevolg zijn ('opleggen' en 'vergemakkelijken'). Maatregelen die een 'kartel' overbodig maken en in die zin aan de mededingingsregels hun nuttig effect zouden ontnemen, vallen er daarentegen uitdrukkelijk niet onder.

In punt 51 van het arrest *CIF* staat te lezen dat het weinig ter zake doet

'dat in het geval waarin de nationale wetgeving ondernemingen verplicht tot mededingingsverstoring gedrag, deze niet tevens een inbreuk op de artikelen 81 en 82 kan worden verweten.'

omdat de verplichtingen van de lidstaten uit hoofde van de artikel 10, / 3, sub g) en 81 EG ook dan 'onverminderd bestaan'. Zoals deze rechtsoverweging is geformuleerd,²¹ kan de indruk ontstaan dat het Hof de koppeling tussen overheidsmaatregel en mededingingsbeperkende ondernemingsgedraging heeft los gelaten. Naar onze mening moet hier genuanceerd naar worden gekeken.

Het Hof heeft de reikwijdte van de nuttig-effect-doctrine inderdaad in zoverre verruimd, dat daar nu ook situaties onder vallen waarin er wel ondernemingsgedragingen plaatsvinden die echter zelf niet onder artikel 81, lid 1, EG vallen. In een zuivere *Ladbroke*-situatie (artikel 81 of 82 EG zijn niet op het ondernemingsgedrag van toepassing) zou de overheid daarmee toch artikel 10 / 3, sub g) en 81 EG schenden. Dit betekent echter niet dat ook helemaal geen ondernemingsgedraging meer vereist is. Steun voor die lezing is naar onze mening te vinden in de omstandigheid dat het Hof niet ook het prijsvoorschrift van de Italiaanse overheid aan artikel 10 / 3, sub g) en 81 EG toetst. Indien iets een kartel overbodig zou maken, dan zou dat toch een prijsvoorschrift moeten zijn.

Het Hof lijkt te willen aangegeven dat waar de mededingingsbeperkende situatie is gecreëerd door de overheid, het ook de overheid is die aanspreekbaar is, en niet de bedrijven die uitvoeren wat de overheid dicteert. Dat kan ook de termen 'kan worden verweten' in punt 51 verklaren. Die woorden zijn overigens minder gelukkig gekozen, omdat de vraag naar de verwijtbaarheid een rol speelt bij het opleggen van sancties, maar niet voor de – daaraan voorafgaande – vraag of de betrokken bedrijven een inbreuk hebben gepleegd. Ten slotte is mogelijk van belang geweest dat het bij *CIF* om een afgebakende (aanvankelijk: een afgesloten) kring van ondernemingen ging.

Conclusie: overeind gebleven is de eis van een ondernemingsgedraging; wel is vervallen de eis dat die gedraging zelf onder artikel 81, lid 1, EG moet vallen.

Uitbreiding naar andere normen dan de nuttig-effect-doctrine

De vraag is gewettigd of de in *CIF* ontwikkelde regel niet ook door de NMa – c.q. een andere toezichthouder – moet worden toegepast wanneer een wettelijke maatregel in strijd is met een andere – aan de lidstaten gerichte – communautaire norm. Het ligt voor de hand dan vooral te denken aan artikel 86 EG, dat betrekking heeft op openbare bedrijven en ondernemingen met bijzondere of uitsluitende rechten. Wij leiden uit het *CIF*-arrest af dat de NMa ook wettelijke bepalingen buiten toepassing moet laten wanneer die in strijd zijn met artikel 86, lid 1, EG. Aangezien artikel 86, lid 1 EG een verwijzingsnorm is, zal wel moeten worden aangetoond dat die norm in combinatie met een andere verdragsbepaling (bijvoorbeeld artikel 82 EG) is geschonden. Overigens vormt artikel 86 een *lex specialis* ten opzichte van artikel 10/81. Gezien de exclusieve rechten van het *CIF*, was het daarom wellicht correcter geweest in het kader van de tweede prejudiciële vraag aan artikel 86, lid 1, / 81 EG te toetsen²² (dan wel aan artikel 86 / 82 voor eventuele gedragingen van *CIF* zelf).

Algemene belangen waarmee de NMa rekening moet houden

Gevolg van het *CIF*-arrest is verder dat de wetgever, de lagere regelgever, maar ook de betrokken ondernemersverenigingen/publiekrechtelijke lichamen of PBO-instellingen goed moeten oppassen dat zij geen met de nuttig-effect-norm strijdige regelingen opstellen. Het recente 'Kabinetsstandpunt Evaluatie Mededingingswet' wijst daar terecht op.²³ Het arrest *CIF* biedt, achteraf gezien, mogelijk een extra argument om artikel 16 Mw niet te laten herleven. Immers, het buiten de Mw plaatsen van regelingen die door een andere toezichthouder zijn goedgekeurd dan wel op grond van enige wettelijke bepaling tot stand zijn gekomen, heeft weinig zin als de NMa daar op grond van het Europese recht doorheen fietst.

In het Kabinetsstandpunt wordt over het vervolg van de artikel 16 Mw-saga²⁴ gemeld dat publiekrechtelijke lichamen en de publiekrechtelijke beroeps- en bedrijfsorganisaties op dezelfde wijze als de NMa de begrippen en de criteria van het nationale en EG-mededingingsrecht moe-

19 Dan wel het aan overheidsmaatregelen ontnemen van het publiekrechtelijk karakter door de verantwoordelijkheid aan een onderneming over te dragen, arrest punt 46.

20 Arresten van 17 november 1993, zaak C-2/91, Jur. p. I-5751 en zaak C-245/91, Jur. p. I-5851.

21 De Franse versie van het arrest brengt op dit punt niet meer helderheid.

22 Art. 86, lid 1 werkt rechtstreeks en wordt doorgaans gezien als een *lex specialis* bij de nuttig-effect-norm Barents: in Kapteyn VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, zesde druk 2003, p. 688. Ook Steyger, a.w., wijst op de bevoegdheid van de NMa te toetsen aan art. 86 EG.

23 Kabinetsstandpunt Evaluatie Mededingingswet, Kamerstukken II, 2003-2004, 29 272, nr. 1, p. 17.

24 Zie Kamerstukken II, 2002-2003, 27 639, nr. 61. Toepasselijkheid van de Mw op bepaalde voorheen door art. 16 Mw gedekte onderwerpen.

ten toepassen. De verantwoordelijkheid voor het gedrag ligt uiteindelijk bij de betrokken organen (ondernemersverenigingen), maar de NMa heeft het laatste (mededingingsrechtelijke) woord.²⁵ Een bekend voorbeeld betreft de beroepsregels voor de advocatuur.²⁶ Dienaangaande zij ook gewezen op het recente voornemen van de Commissie om de concurrentie in de vrije beroepen aan te jagen, omdat nationale regelgeving te veel mededingingsbeperkende elementen bevat.²⁷ Het is afwachten wat de NOVA en de d-g NMa gaan doen met het *no cure no pay*-verbod, dat vooralsnog van kracht zal blijven in het grootste deel van de advocatuurlijke dienstverlening.²⁸ In het kader van dit artikel kan een verwijzing naar de zaak *Arduino* (het 'kleine' broertje van *Wouters*) niet achterwege blijven. Die zaak toont aan dat als de overheid nu maar zelf de verantwoordelijkheid neemt en een beslissende vinger in de pap heeft, de nuttig-effect-norm niet is geschonden.²⁹ Vergelijk in dit verband het prijsvoorschrift van de staat in *CIF* en onze opmerkingen met betrekking tot de voorwaarde van een ondernemersgedrag in paragraaf 3.3.

Gedacht kan ook worden aan het voornemen van de overheid om nieuwe regels op te stellen voor de pensioenen voor de vrije beroepsgroepen, waarbij alleen een speciale beroepspensioenvereniging een verplichte pensioenregeling voor een hele beroepsgroep kan aanvragen, compleet met standaardpremie.³⁰ In het Kabinetsstandpunt staat dat beroepspensioenregelingen in de toekomst niet onder de Mw zullen vallen.³¹ Dat is op zichzelf geen reden waarom een dergelijke regeling niet zou kunnen sneuvelen bij toetsing aan de Europese mededingingsregels. In het licht van de *Alban/Brentjens/Pavlov* jurisprudentie van het Hof³² zou er, althans voor wat de verplichte aansluiting betreft, geen probleem met het Europees mededingingsrecht hoeven te zijn.

Een niet onbelangrijke vraag is of de NMa bij haar beoordeling rekening mag of moet houden met niet-economische omstandigheden. Dit probleem is niet geheel nieuw: ook bij de toepassing door de *rechter* van artikel 10 / 3, sub g) en 81 EG is al vroeg de vraag gerezen in hoeverre rekening kan worden gehouden met rechtvaardigingsronden.³³ Enerzijds was er het probleem dat de toepassing van artikel 81, lid 3, EG was voorbehouden aan de Commissie; anderzijds zijn in het kader van artikel 81, lid 3, EG slechts in beperkte mate niet-economische rechtvaardigingsronden aanvaard. In de praktijk bleek in de meeste gevallen geen sprake te zijn van een inbreuk op de nuttig-effect-doctrine. De enkele keer dat dit anders lag, was er geen serieuze rechtvaardigingsgrond voorhanden.³⁴

De vraag zal echter pregnanter worden als straks de NMa in een concrete zaak wordt geconfronteerd met een aan een wettelijke bepaling ontleend verweer en, om dat verweer te verwerpen, die wettelijke bepaling buiten toepassing zal moeten verklaren. Is er daarbij plaats voor andere publieke belangen dan marktwerking? Ons inziens zal de NMa het communautair recht niet anders moeten toepassen dan de Commissie zou doen. De mate waarin de

Commissie rekening moet houden met andere, in het Verdrag verankerde, algemene belangen, geldt ook voor de NMa. Dit spoort ook met de opzet van decentrale toepassing van het Europese mededingingsrecht. Te denken valt bij voorbeeld aan de eisen inzake milieubescherming (artikel 6 EG) en de bescherming van de menselijke gezondheid (artikel 152, lid 1, EG).

Blijkens het arrest *Milk Marque*,³⁵ dezelfde dag gewezen als *CIF*, is het de nationale mededingingsautoriteiten toegestaan om een afweging te maken tussen de doelstellingen zoals die zijn opgenomen in de Landbouwtitel uit het EG-Verdrag. Aanleiding was de toetsing door de Britse mededingingsautoriteit van het gedrag van een onderneming, die actief is op een gebied dat valt binnen een gemeenschappelijke marktordening. Volgens het Hof mag de nationale mededingingsautoriteit in beginsel op dat gebied het *nationale* mededingingsrecht toepassen,³⁶ maar mag zij daarbij geen inbreuk maken op de in het kader van de gemeenschappelijke marktordening geregelde onderwerpen en ook geen afbreuk doen aan de in artikel 33, lid 1, EG omschreven doelstellingen van het gemeenschappelijk landbouw beleid.³⁷ Vervolgens overweegt het Hof (onderstreping van de auteurs):

'91. Dienaangaande dient eraan te worden herinnerd dat de gemeenschapsinstellingen bij het nastreven van de verschillende in artikel 33 EG genoemde doelstellingen deze in geval van eventuele onderlinge tegenstrijdigheden steeds met elkaar moeten verzoenen. Ofschoon de gemeenschaps-

25 Kabinetsstandpunt, p. 16-17. Eventuele andere toezichthouders kunnen met de NMa in contact treden om gezamenlijke afspraken te maken en deze in een protocol vast te leggen.

26 Arrest van 19 februari 2002, *Wouters*, zaak C-309/99, Jur. p. I-1577; Besluit van de d-g NMa van 21 februari 2002, zaak 560/Engelgeer vs. NOVA.

27 *Agence Europe* (BQE), donderdag 30 oktober 2003, p. 11.

28 De NOVA gaat een proef nemen met *no cure no pay* in de letselschade praktijk.

29 Arrest van 19 februari 2002 (reeds aangehaald). Het ging in die zaak om een nationaal voorschrift ter vaststelling van de honoraria voor de advocatuur. De maatregel bestrijkt het gehele grondgebied van de lidstaat, waarmee de tussenstaatse handel negatief kan worden beïnvloed (punt 33). De maatregel vormde uiteindelijk geen schending van de nuttig-effect-norm, omdat de Italiaanse staat geen afstand *leek* te hebben gedaan van haar bevoegdheid om in laatste instantie te beslissen of toezicht te houden op de toepassing van de tariefregeling (punten 40-43).

30 Persbericht van 31 oktober 2003 van de regering. De tekst ligt bij de RvS voor Advies.

31 Kabinetsstandpunt Evaluatie Mededingingswet, Kamerstukken II, 2003-2004, 29 272, nr. 1, p. 14-16.

32 Arresten van 21 september 1999, *Albany*, zaak C-67/96, Jur. p. I-5751; *Brentjens*, gev. zaken C-115-117/97, Jur. p. I-6025; arrest van 12 september 2000, *Pavlov*, gev. zaken C-180-184/98, Jur. p. I-6451.

33 In de discussie die voorafging aan de arrest *Meng, Ohra en Reiff* heeft het Hof die vraag expliciet onder ogen gezien in de vragen die aan alle lidstaten en de Commissie waren gesteld voorafgaande aan de mondelinge behandeling.

34 Zie arrest van 18 juni 1998, Italiaanse douane-expediteurs, zaak C-35/96, Jur. p. I-3851.

35 Arrest van 9 september 2003, *Milk Marque*, zaak C-137/00, n.n.g.

36 Punten 57-68.

37 Punten 80-94.

instellingen in het kader van deze verzoening niet een van deze doelstellingen afzonderlijk mogen beschouwen in dier voege dat de verwezenlijking van de andere onmogelijk wordt, mogen zij niettemin een ervan tijdelijk laten prevaleren zolang nodig is in het kader van de economische feiten en omstandigheden met het oog waarop zij hun besluiten nemen [...].

92. Deze rechtspraak is weliswaar ontwikkeld met betrekking tot het optreden van de gemeenschapsinstellingen op het gebied van de gemeenschappelijke ordening van de landbouwmarkten, maar dit neemt niet weg dat zij naar analogie kan worden toegepast op het optreden van de nationale autoriteiten in het kader van de uitoefening van hun bevoegdheden krachtens het nationale mededingingsrecht. Aangezien deze autoriteiten, zoals blijkt uit de punten 80 en 81 van het onderhavige arrest, in het kader van hun optreden de in artikel 33 EG genoemde doelstellingen van het gemeenschappelijk landbouwbeleid in acht moeten nemen, moeten zij die doelstellingen bij eventuele tegenstrijdigheden namelijk ook met elkaar verzoenen.'

Hier zitten duidelijk twee kanten aan. Enerzijds krijgt de NMa er (al weer) een bevoegdheid bij. Anderzijds blijkt dat zij bij de uitoefening van haar bevoegdheden in voorkomend geval andere, waaronder niet-economische, doelstellingen moet meewegen.

Procedureel kader en rechtsbescherming

Uit het vorenstaande volgt dat door de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht het Nederlandse leerstuk van de 'gesloten huishouding' wordt doorkruist.³⁸ De NMa en andere toezichthouders ontlenen volgens deze rechtspraak hun bevoegdheden aan de rechtstreekse werking en de voorrang van het gemeenschapsrecht. Daarbij is er naar onze mening nog wel ruimte voor de nationale wetgever om invulling te geven aan de wijze waarop de NMa de verplichting tot buitentoepassingverklaring uitoefent. Zo is er veel voor te zeggen dat de NMa, als zij tot de voorlopige conclusie komt dat een wettelijke regeling (die overigens vaker niet dan wel zal zijn neergelegd in een wet in formele zin), strijdig is met de nuttig-effect-norm, daarover contact opneemt met het orgaan waarvan de regeling afkomstig is. In het geval van formele wetgeving zal dat het eerst bevoegde ministerie zijn. Niet goed voorstelbaar is dat de NMa een ander overheidsorgaan rauwelijks confronteert met een buitentoepassingverklaring van een van 'zijn' regelingen. Om redenen van transparantie lijkt het aan te bevelen een consultatieverplichting voor de NMa ergens vast te leggen. Wel heeft de NMa het laatste woord.³⁹

Belangrijk is dat de NMa niet bevoegd is (en dus ook niet gehouden is) aan het Hof van Justitie een prejudiciële vraag te stellen. Dat gegeven bevestigt slechts dat de bevoegdheid van de NMa ver gaat. De Rechtbank Rotterdam en, in hoger beroep, het CBB kunnen de beoordeling

van de NMa aan een rechtmatigheidstoetsing onderwerpen en zo nodig zelf wél een prejudiciële beslissing van het Hof uitlokken.

In de praktijk zullen zich allerlei vragen kunnen voordoen. Wat bijvoorbeeld als een regeling die volgens de NMa strijdig is met de nuttig-effect-norm, zelf de omzetting vormt van communautaire richtlijn, die op haar beurt uitdrukkelijk de Europese mededingingsregels onverlet laat. Complex in het Europees bestuursrecht zijn daarnaast de driehoeksverhoudingen, waarbij de toewijzing door een bestuursorgaan van een verzoek van de ene partij een benadeling van een andere partij inhoudt.⁴⁰

Tot slot is er de vraag wat de buitentoepassingverklaring precies inhoudt en welke werking zij heeft. Naar ons inzicht is een buitentoepassingverklaring meer dan een declaratoire uitspraak maar (duidelijk) minder dan een ongeldig- of nietigverklaring. Zij werkt formeel alleen *inter partes*. Maar als de NMa in een bepaalde zaak een wettelijke bepaling wegens strijd met artikel 10 / 3, sub g) en 81 EG buiten toepassing heeft verklaard, zal er meer gaan schuiven. Zo lijkt het onwaarschijnlijk dat de overheid het voorschrift dan nog zal handhaven. Ook de rechter in een civiele procedure zal zich ongetwijfeld veel gelegen laten liggen aan het NMa besluit met die strekking, zeker als dat onherroepelijk is geworden.⁴¹

De verantwoordelijkheid van de ondernemingen en het risico van sancties

De verplichting van nationale mededingingsautoriteiten een wet, die de mededinging uitsluit, niet toe te passen, mag er niet toe leiden dat aan ondernemingen boetes worden opgelegd. Anders zou het rechtszekerheidsbeginsel worden geschonden. Hoewel het Hof ook hier nogal kromme formuleringen gebruikt,⁴² lijkt daar weinig op af te dingen. Sterker nog: het is een open deur, omdat de buiten toepassing verklaring naar het ons voorkomt alleen maar *ex nunc* kan werken.⁴³ Al even evident is het dat onderne-

38 Met dit beginsel wordt bedoeld dat een zelfstandig bestuursorgaan slechts die taken en – daarmee samenhangende – bevoegdheden heeft die aan dit orgaan uitdrukkelijk bij of krachtens de wet zijn toebedeeld. Art. 124e, lid 2 Aanwijzingen voor de regelgeving, *Staatscourant* 1996, nr. 177, p. 16 en MvT kaderwet ZBO, Kamerstukken II, 2000-2001, 27 426, nr. 3, p. 11. Het beginsel komt in wezen op hetzelfde neer als het beginsel van attributie van bevoegdheden dat wij kennen uit het gemeenschapsrecht.

39 Het Kabinetstandpunt zegt niets over voorafgaande consultatie van de regelgevende instantie door de NMa, maar noemt wel de mogelijkheid voor die andere instanties een protocol met de NMa af te sluiten.

40 Zie Mortelmans, noot bij CBB 2 mei 2003, OPTA/KPN/Versatel. *Mediaforum* 2003, p. 351/355, l.k.

41 Ook in de rol van *amicus curiae* kunnen de NMa en de Commissie invloed uitoefenen. Zie: verordening 1/2003, art. 15 en 16.

42 Zie punt 53.

43 Idem conclusie A-G Jacobs bij CIF, punten 48-54. Ter vergelijking: ook het opheffen van de boete-immuniteit op grond van art. 15, lid 6, van Verordening 17 werkt *ex nunc*.

mingen die dan toch doorgaan op de foute weg, zonder de dekking van de wet, zich blootstellen aan sancties.

De vraag of er ruimte was voor autonome gedragingen

Over het antwoord op de tweede prejudiciële vraag valt wel nog iets te zeggen. De Italiaanse overheid stelt de verkoopprijs vast, maar desondanks zouden leden van CIF de ruimte hebben gehad met elkaar te concurreren. Het Hof verwijst (in punt 68) naar het (oude) arrest *Metro*.⁴⁴ Die verwijzing overtuigt niet. *Metro* had betrekking op een selectief distributiestelsel voor consumentenelektronica. Dat is niet te vergelijken met de verkoop van een simpel product als lucifers. Bovendien had *Metro* geen betrekking op individuele verticale prijsbinding, terwijl in *CIF* de Italiaanse Staat de verkoopprijs eenvoudigweg voorschreef.

Vervolgens wijst het Hof erop dat de criteria voor de verdeling van de productiequota onder de CIF-leden niet door de wet was geregeld en dus voorwerp was van wils-overeenstemming (punt 70). De resterende mededinging mocht niet worden vervalst. Dat oordeel lijkt juist. Opvallend is wel dat daaraan voorafgaat de stelling dat de ondernemingen waren gebonden aan het hun toegewezen productiequotum (punt 65). Kennelijk was de ruimte voor concurrentie er wel in de fase van de quotaverdeling zelf, maar daarna niet meer.

De tweede prejudiciële vraag doelde duidelijk op de periode vóór de liberalisering. Ook in deze periode geschiedde de quotaverdeling door de partijen zelf via een commissie met CIF-leden en een ambtenaar als voorzitter. Het Hof komt tot de conclusie dat er ook toen al 'ruimte voor concurrentie' bestond. Daaruit volgt dan weer dat artikel 81 (en 82) EG ook met betrekking tot die periode van toepassing waren, zodat opnieuw⁴⁵ geen sprake is van een zuivere *Ladbroke*-situatie. Het gekke is dat daarmee het eerste – algemene – deel van het arrest enigszins in de lucht komt te hangen.

Conclusie

Het uit de begintijden van Mussolini stammende Italiaanse lucifermonopolie dreigt door enkele *sweeping statements* van het Hof nationale wetgeving door heel Europa in brand te steken. Wellicht gaat het hier om een loos brandalarm, want de nationale wetgeving is geheel brandveilig. De NMa, die binnen afzienbare tijd zbo zal zijn⁴⁶ en die na 1 mei 2004 regelmatig artikel 81/82 EG zal moeten toepassen, vindt nieuwe verantwoordelijkheden op haar weg. Het *CIF*-arrest past in ieder geval binnen de recente ontwikkeling naar een strenge 'marktgeleide' economie, met de NMa wellicht niet als kapitein maar wel als stuurman. De roep om politieke aansturing enerzijds en rechterlijke controle anderzijds zal er niet minder om worden.⁴⁷

44 Arrest van 25 oktober 1977, zaak 26/76, Jur. p. 1875.

45 Het Hof stelt zelf vast dat het de mogelijkheid om een bepaalde mededingingsversturende gedraging van de werkingssfeer van art 81, lid 1 EG uit te sluiten slechts in beperkte mate heeft aanvaard. Arrest punt 67.

46 Voortzetting van de behandeling van het voorstel met nummer 27 639 bij de Eerste Kamer volgt zo spoedig mogelijk. Zie bijlage 1 bij het Kabinetsstandpunt Evaluatie Mededingingswet, Kamerstukken II, 2003-2004, 29 272, nr 1.

47 Zie o.m. E.H. Pijnacker Hordijk redactioneel in *M&M* 2003, nr. 6, p. 193; I.W. VerLoren van Themaat in NRC 27 oktober 2003. Zie voor een overzicht van de discussie J.W. van de Gronden en R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Mededingingsautoriteiten als zelfstandig bestuursorgaan: onafhankelijk toezicht?*, Kluwer Deventer 2002.