

Boekbespreking

Steven Verschuur, Overheidsmaatregelen en het toezicht van nationale mededingingsautoriteiten (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010

Mr. E.H. Pijnacker Hordijk*

Dit proefschrift is een vlot geschreven monografie over, zoals de ondertitel het omschrijft ‘de consequenties van het arrest CIF voor nationale mededingingsautoriteiten en overheden’. Een heel boek gewijd aan één enkel arrest? Ja en nee. Het *CIF*-arrest¹ staat centraal in dit proefschrift, maar vormt tevens de kapstok om de totale jurisprudentie van het Hof van Justitie over de toepassing van de mededingingsregels ten aanzien van overheidsmaatregelen nog eens tegen het licht te houden. De uitgangspunten zijn bekend: lidstaten mogen in het licht van het beginsel van Unietrouw geen maatregelen nemen die mededingingsbeperkende afspraken van ondernemingen dwingend opleggen of begunstigen, dan wel de werking ervan versterken. Lidstaten mogen ook niet aan eigen regelingen het overheidskarakter ontnemen door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan marktdeelnemers te delegeren. Deze jurisprudentiële doctrine wordt door Verschuur in zijn boek aangeduid als de ‘nieuwe norm’. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie is ook bekend dat ondernemingen die kartelafspraken maken zich niet kunnen verschuilen achter overheidsdwang kunnen ondernemingen zich aan de toepassing van de mededingingsregels onttrekken.

In het *CIF*-arrest was de vraag aan de orde of nationale mededingingsautoriteiten bij toetsing van gedragingen van ondernemingen de bevoegdheid hebben om relevante nationale overheidsmaatregelen te toetsen aan het Europese recht, meer in het bijzonder aan de nieuwe norm. In het arrest *Ladbroke*² had het Hof van Justitie nog geoordeeld dat de Commissie die bevoegdheid niet heeft, althans in het kader van een procedure tegen ondernemingen op basis van de artikelen 101 en 102 VWEU (waaruit kan worden afgeleid dat *a fortiori* nationale mededingingsautoriteiten die bevoegdheid niet hebben).³ In het arrest *CIF* oordeelt het Hof van Justitie anders: indien een nationale mededingingsautoriteit in het kader van een onderzoek naar gedragingen van ondernemingen stuit op een overheidsmaatregel die in strijd is met de nieuwe norm, dan dient de mededingingsautoriteit deze maatregel in het licht van het beginsel van het *effet utile* buiten toepassing te laten. Volgens het Hof van Justitie in het *CIF*-arrest, doet het daarbij niet ter zake dat in het geval sprake is van overheidsdwang aan de betrokken ondernemingen niet tevens een inbreuk op de artikelen 101 of 102 VWEU kan worden verweten. Wanneer sprake is van overheidsdwang, kan

201

* Mr. E.H. Pijnacker Hordijk is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek N.V. en tevens redactielid van M&M.

1. HvJ EG 9 september 2003, zaak C-198/01, *CIF*, *Jur.* 2003, p. I-8055.

2. HvJ EG 11 september 1997, gevoegde zaken C-359/95P en C-379/95P, *Commissie/Ladbroke*, *Jur.* 1997, p. I-6265.

3. Mijs inziens heeft het Hof van Justitie hier toepassing gegeven aan de vaste doctrine dat overheidshandelingen die betrekking hebben op ondernemingsgedragingen uitsluitend de toepassing van de art. 101 en 102 VWEU terzijde kunnen schuiven indien deze iedere ruimte voor autonoom handelen door de betrokken ondernemingen uit te sluiten. De vraag is of het *CIF*-arrest deze laatste doctrine zou hebben gewijzigd.

dat volgens het Hof van Justitie wel gevolgen hebben voor de aansprakelijkheid van de betrokken ondernemingen. Voor wat betreft de periode tot aan de verbindendverklaring van de nationale maatregel door de mededingingsautoriteit, vrijwaart die maatregel de betrokken ondernemingen voor alle gevolgen van de inbreuk op de mededingingsregels, en dat zowel ten aanzien van overheidsinstanties als van andere marktdeelnemers. Anders gezegd: een nationale mededingingsautoriteit kan pas in actie komen tegen gedragingen van ondernemingen die worden afgedekt door een overheidsmaatregel *nadat* zij eerst deze overheidsmaatregel strijdig heeft bevonden met de nieuwe norm. Ook gelaedeerde derde partijen kunnen eerst nadien (op grond van het civiele recht) in actie komen. Voor de voorafgaande periode verschaft de nationale maatregel immuniteit tegen de toepassing van de mededingingsregels.⁴ Volgens Verschuur kan het *CIF*-arrest ingrijpende gevolgen hebben voor de verhouding van NCA's en andere overheidsinstanties (p. 20), doordat de NCA's zich kunnen uitspreken over de rechtmatigheid van maatregelen van die andere instanties (tot aan de formele wetgever toe). De vraag is echter of de soep wel zo heet gegeten wordt, en of het *CIF*-arrest daadwerkelijk nieuwe wegen opent. Zoals Verschuur zelf ook onderkent (p. 69), kan de nieuwe norm slechts in uitzonderlijke gevallen worden toegepast in gevallen van 'perfecte overheidsdwang', omdat in dat geval de uiteindelijke overeenkomst tussen marktpartijen een overheidskarakter draagt. Met andere woorden: de Europeesrechtelijke 'State action doctrine' en de nieuwe norm sluiten elkaar over en weer uit. Het *CIF*-arrest suggereert dat dit anders zou kunnen zijn – ook in geval van 'perfecte overheidsdwang' zou toetsing van overheidshandelen aan de nieuwe norm mogelijk zijn – maar Verschuur lijkt (terecht) niet zo ver te willen gaan.

In zoverre lijkt het toepassingsbereik van het *CIF*-arrest derhalve veel beperkter dan het arrest zelf suggereert. Vanwege de eigen jurisprudentie van het Hof van Justitie over de (niet-)toepasselijkheid van de nieuwe norm in gevallen van daadwerkelijke overheidsdwang, zal zich immers slechts in zeldzame gevallen de mogelijkheid kunnen voordoen dat een nationale mededingingsautoriteit een overheidsmaatregel terzijde kan schuiven en een zodanig terzijdeschuiven bovendien noodzakelijk is voor de mededingingsautoriteit om op te kunnen treden tegen een overeenkomst tussen marktpartijen.

Wat betreft dat laatste: als sprake is van 'zachte drang' of van een bevestiging/verbindendverklaring van overheidswege van een voorafgaande afspraak tussen marktpartijen, dan is er geen ruimte voor toepassing van de 'State action doctrine' (p. 82) en is daarom toetsing aan de 'nieuwe norm' bij de beoordeling van de ondernemingsafpraak door de mededingingsautoriteit strikt genomen ook niet nodig. Immers, als gegeven is dat marktpartijen zich niet kunnen verschuilen achter overheidsdwang, dan hoeft de mededingingsautoriteit niet

eerst de nationale maatregel terzijde te schuiven teneinde de mededingingsregels te kunnen toepassen. Hooguit kan toetsing aan de 'nieuwe norm' een rol spelen bij de beoordeling of sprake is van een boeteverlagende omstandigheid (p. 83), maar (ook) in dat geval is geen sprake van een situatie waarin toepassing van de nieuwe norm een noodzakelijke voorwaarde is om het handelen van de ondernemingen alsnog binnen het bereik van de mededingingsregels te brengen. Met andere woorden: ook in dat geval voegt het *CIF*-arrest niets toe aan de bevoegdheden van de NCA's. Ook voordat het *CIF*-arrest was geweest, kon een nationale mededingingsautoriteit reeds het bestaan van een (met de nieuwe norm onverenigbare) aansporing of bevestiging van overheidswege als boeteverlagende omstandigheid in aanmerking nemen, ook zonder dat die nationale maatregel buiten toepassing wordt verklaard wegens strijdigheid met het Unierecht. Diverse gevallen waarin mededingingsautoriteiten overheidsbemoedigen als grond hebben aangemerkt als boeteverlagende omstandigheid worden verspreid in het proefschrift besproken. Hier komt geen eenduidig beeld uit naar voren.

Dit alles roept de vraag op of het Hof van Justitie in het *CIF*-arrest de ruimte voor toepassing van de nieuwe norm respectievelijk de mededingingsregels niet toch heeft willen verruimen. Verschuur bespreekt (p. 40) de opvattingen van Temple Lang en anderen (uitbreiding van toepasbaarheid nieuwe norm tot situaties waarin geen sprake is van enig autonoom ondernemingsgedrag en dus ook geen ruimte voor toepassing van de art. 101 en 102 VWEU) en van Castillo de la Torre (*CIF* breidt mogelijkheid van toepassing van de art. 101 en 102 VWEU uit tot gevallen waarin het ondernemingsgedrag wordt gedekt door overheidsdwang). Verschuur sluit zich aan bij Castillo de la Torre. Niettemin is, zoals Verschuur in zijn boek aangeeft, de enige situatie waarin het *CIF*-arrest toepassing kan vinden die waarin een bestaande mededingingsbeperkende overeenkomst onder 'perfecte overheidsdwang' wordt bekrachtigd. In dat geval is in de visie van Verschuur de 'state action doctrine' op het eerste gezicht van toepassing omdat de betrokken ondernemingen door de overheid worden gedwongen hun mededingingsbeperkende overeenkomst voort te zetten, terwijl de overheidsregeling die de voortzetting van de overeenkomst oplegt zelf in strijd lijkt met de nieuwe norm omdat de overheidsregeling een bestaande mededingingsbeperkende overeenkomst bekrachtigt. Daarnaast is denkbaar dat de nieuwe norm toepassing vindt indien de overheid weliswaar het sluiten van mededingingsbeperkende overeenkomsten aan bepaalde ondernemingen voorschrijft, maar vervolgens onvoldoende controle houdt op de inhoud daarvan. In dat geval is in feite sprake van een vorm van 'delegatie' van economische beslissingsbevoegdheid aan de markt die ingevolge het arrest *Reiff*⁵ een inbreuk op de nieuwe norm oplevert (vgl. p. 138-139).

Dit is geen inconsistentie in de benadering van Verschuur zelf, maar mijns inziens een tegenstrijdigheid in

4. De nationale mededingingsautoriteit kan wel een inbreuk vaststellen, maar daar geen gevolgen voor de onderneming aan verbinden.

5. HvJ EG 17 november 1993, zaak C-185/91, *Reiff*, *Jur.* 1995, p. I-5801.

het *CIF*-arrest zelf: als een onderneming zich kan beroepen op de 'State action doctrine' is er geen ruimte voor toetsing van overheidshandelen aan de nieuwe norm, en als daarentegen het overheidshandelen een inbreuk oplevert op de nieuwe norm, dan is geen beroep op de 'State action doctrine' mogelijk en kan het ondernemingsgedrag 'vol' worden getoetst aan de mededingingsregels. Waarom dan toch toetsing aan en buiten-toepassingverklaring van nationale wetgeving in een situatie van overheidsdwang, zoals het Hof van Justitie deze in *CIF* verlangt? Ik begrijp Verschuur aldus dat in hybride situaties, waarin overheden mededingingsbeperkende gedragingen van ondernemingen bevorderen zonder deze tot in details voor te schrijven, er ruimte moet zijn voor toetsing van het overheidshandelen aan de nieuwe norm, zodat de nationale mededingingsautoriteit vervolgens het ondernemingsgedrag kan verbieden met rechtstreekse toepassing van de mededingingsregels. Verschuur noemt ook een aantal gevallen die spelen voor nationale mededingingsautoriteiten, waarin daadwerkelijk nationale maatregelen die mededingingsbeperkend handelen van ondernemingen faciliteerden, exceptief aan de nieuwe norm zin getoetst (o.m. p. 45-46 en 75). Dat zijn interessante voorbeelden, maar zij roepen op hun beurt weer de vraag op in welke omstandigheden een nationale mededingingsautoriteit met een beroep op *CIF* kan c.q. moet concluderen dat uitsluitend 'ex nunc' gevolgen kunnen worden verbonden aan vaststelling van een inbreuk op de mededingingsregels. Het *CIF*-arrest indiceert dat daarvan enkel sprake kan zijn in gevallen van overheidsdwang.

Verschuur bespreekt in zijn proefschrift diverse gevallen waarin Nederlandse overheidsinstanties maatregelen hebben genomen die de toepassing van de mededingingsregels door de NMa zouden hebben doorkruist (p. 16 en par. 5.4), waaronder de (tijdelijke) sanctieering in een overgangsbepaling in de Gaswet van de zogenoemde *Vollversorgungs*-contracten tussen Gasunie en de distributiebedrijven inzake de levering van gas ten behoeve van kleinere afnemers, de schorsing bij KB van uitzonderingen op het verbod van *no cure no pay* die waren opgenomen in een verordening van de Nederlandse Orde van Advocaten (overigens met het oog op de toepassing van de nieuwe norm te beschouwen als een besluit van een ondernemersvereniging) en de wet op de vaste boekenprijs. Verschuur bespreekt deze gevallen tegen de achtergrond van de vraag of overheden in geval van toetsing van maatregelen aan de nieuwe norm een soort van *rule of reason*-verweer zouden kunnen voeren. Verschuur beantwoordt die laatste vraag bevestigend, waarbij hij met name aansluiting zoekt bij de conclusie van advocaat-generaal Léger in de zaak *Arduino*.⁶ Verschuur gaat vervolgens meer in detail in op de vraag of de Nederlandse overheid in de door hem besproken gevallen met recht een beroep zou kunnen doen op een dergelijke *rule of reason*, waarbij hij het standpunt inneemt dat de NMa door de nationale overheid ingeroepen rechtvaardigingsgronden als zodanig

slechts marginaal kan toetsen, maar daarentegen wel vol kan toetsen of de getroffen maatregel in het licht van het gestelde doel noodzakelijk en proportioneel is. Verschuur laat in het midden of de door hem besproken nationale maatregelen als zodanig op gespannen voet staan met de nieuwe norm. Echter, aan een *rule of reason* hoeft in beginsel pas te worden toegekomen indien eerst een inbreuk op de nieuwe norm is vastgesteld. Zo kan bijvoorbeeld in de context van de *no cure no pay*-regelgeving voor de advocatuur aansluiting worden gezocht bij de redenering die het Hof van Justitie volgde in de zaak *Wouters*.⁷ In die zaak werd een verordening van de Nederlandse Orde van Advocaten gerechtvaardigd geacht in het licht van het (algemeen) belang van het waarborgen van de goede beroepsuitoefening, en dat in het kader van de toepassing van artikel 101 lid 1 VWEU zelf. Als de private afspraak zélf al geen strijd met de mededingingsregels oplevert, kan een overheidsmaatregel die een dergelijke afspraak oplegt of bevestigt, ook niet in strijd komen met de nieuwe norm.

Een laatste geval waarin toetsing van nationale wetgeving aan de nieuwe norm aan de orde was, betreft de recente wijziging van de Mededingingswet met het oog op de verruiming van de bagatelvrijstelling. De Europese Commissie had aan Nederland laten weten dat een ongeclausuleerde bagatelvrijstelling in de Mededingingswet voor kartelafspraken tussen ondernemingen met een marktaandeel van minder dan 10% buiten toepassing zou moeten worden gelaten indien de betrokken afspraak onder het verbod van artikel 101 VWEU valt. De niet-toepasselijkheid van de nationale bepaling vloeit rechtstreeks voort uit het primaat van het Unierecht. Verschuur betoogt in zijn boek (p. 87) dat de oorspronkelijk door de Tweede Kamer aangenomen verruiming van de bagatelvrijstelling een inbreuk op de nieuwe norm zou opleveren omdat ondernemingen worden aangezet tot het overtreden van de Europese mededingingsregels. Dat zou aanleiding zijn voor de NMa om in voorkomend geval de bagatelbepaling buiten toepassing te laten bij de beoordeling van gedragingen van ondernemingen in het licht van artikel 101 VWEU. Mét Verschuur ben ik van mening dat de nationale regeling hooguit een boeteverlagende omstandigheid zou kunnen opleveren. Ik betwijfel echter of de NMa exceptief zou moeten toetsen conform het *CIF*-arrest teneinde tot een boeteverlaging te kunnen besluiten. Verschuur trekt in dat verband een parallel met de *SPO*-zaak waarin de Europese Commissie in 1992 een boete oplegde. Het bijzondere van die zaak was dat de Nederlandse overheid op basis van de toenmalige Wet economische mededinging een algemene maatregel van bestuur had genomen die een indirecte vrijstelling van de prijsregelende reglementen van *SPO* bevatte. Verschuur stelt dat een nationale mededingingsautoriteit in dergelijke gevallen het *CIF*-arrest zou kunnen toepassen op de overheidsmaatregel die ondernemingen aanzet tot mededingingsbeperkende gedragingen. Met Verschuur ben ik van mening dat een nationale mededingingsauto-

6. HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-35/99, *Arduino*, *Jur.* 2002, p. I-1529.

7. HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-308/99, *Wouters*, *Jur.* 2002, p. I-1577.

riteit dat kán doen, maar het hóeft niet: met het oog op de toepassing van artikel 101 VWEU op de ondernemingsgedragingen hoeft de nationale mededingingsautoriteit niet eerst de overheidsmaatregel onverbindend te verklaren (de ondernemingen komt geen beroep toe op de ‘state action doctrine’) en met het oog op het aannemen van een eventuele boeteverlagende omstandigheid is een beroep op het *CIF*-arrest evenmin noodzakelijk. Zo beperkte de Commissie zich in de beschikking in de *SPO*-zaak tot de overweging dat

‘de interventie van de Nederlandse autoriteiten, door het Koninklijk Besluit van 29 december 1986, (...) beschouwd (kan) worden als oorzaak voor het ontstaan van een zekere dubbelzinnigheid bij de aannemers en hun verenigingen ter zake van de verenigbaarheid van hun onderlinge afstemming met de mededingingsregels.’⁸

Verschuur gaat ook in op parallellen tussen toetsing door nationale mededingingsautoriteiten aan de nieuwe norm en aan artikel 106 VWEU (de specifieke verdragsbepaling inzake overheidsbedrijven en ondernemingen waaraan van overheidswege exclusieve rechten zijn toegekend). Verschuur bespreekt de vraag of het *CIF*-arrest ook in deze context de armslag voor de nationale mededingingsautoriteiten verruimt. Verschuur wijst er terecht op dat het *CIF*-arrest geen basis biedt voor nationale mededingingsautoriteiten om rechtstreeks tegen overheidsmaatregelen op te treden, maar uitsluitend een basis biedt voor ‘exceptieve toetsing’ teneinde door die overheidsmaatregelen afgedekte ondernemingsafspraken en -gedragingen rechtstreeks aan de mededingingsregels te kunnen toetsen. Verschuur wijst er eveneens terecht op dat artikel 106 lid 1 in samenhang met artikel 102 VWEU vooral toepassing vindt op maatregelen die ondernemingen in staat stellen misbruik te maken van een door toedoen van de overheid gecreëerde machtspositie. Wat daarvan zij, eventuele onverenigbaarheid van een overheidsmaatregel met de artikelen 106 lid 1 en 102 VWEU ontslaat de nationale mededingingsautoriteit nog niet van de verplichting om te onderzoeken of de betrokken onderneming zich daadwerkelijk schuldig heeft gemaakt aan misbruik. Het enkele feit dat een overheid een mogelijkheid creëert, impliceert niet dat een mededingingsautoriteit voettoots kan aannemen dat daadwerkelijk van misbruik sprake is geweest.

Al met al blijft het *CIF*-arrest vragen oproepen, ook in het tijdperk na het verschijnen van het proefschrift van Steven Verschuur. Maar hoe dan ook heeft Steven Verschuur een boeiende intellectuele expeditie ondernomen om de mogelijke gevolgen van dit arrest voor de bevoegdheden van de NMa en andere mededingingsautoriteiten in beeld te brengen. Het laatste woord is nog lang niet gezegd over deze weerbarstige materie, maar Verschuur heeft het onderwerp in ieder geval flink in het zonnetje gezet.

8. Beschikking 92/204/EEG, Pb. EG, L 92/1, punt 141.