

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/73824>

Please be advised that this information was generated on 2019-03-19 and may be subject to change.

# Economisch recht en het Verdrag van Lissabon I: mededinging en interne markt

146

Prof. dr. F. Amtenbrink<sup>1</sup> en prof. mr. J. W. van de Gronden<sup>2</sup>

*Het Verdrag van Lissabon noemt de onvervalste mededinging niet meer als doelstelling voor het Europese integratieproces. Komen hierdoor de principes van de vrije concurrentie onder druk te staan? In dit artikel worden tegen de achtergrond van deze kwestie de gevolgen van het Verdrag van Lissabon voor het mededingingsrecht en de interne markt geanalyseerd. In de volgende aflevering van SEW komen de consequenties van dit verdrag voor de Europese Economische en Monetaire Unie aan de orde.*

*Zevende aflevering in een serie korte beschouwingen over het Verdrag van Lissabon, onder redactie van R.H. van Ooik en R.A. Wessel.*

## 1. Inleiding

Tijdens het onderhandelingsproces dat voorafging aan het Verdrag van Lissabon bleek dat de principes van marktwerking, vrije concurrentie en de stabiliteitsgeoriënteerde regels van de EMU onder vuur lagen. De voorgestelde verandering op economisch terrein die de meeste aandacht heeft gekregen, is zonder enige twijfel de zogenoemde 'coup van Sarkozy'. Het betreft hier de actie die betrekking heeft op de doelstellingen van de Gemeenschap. Deze doelstellingen, zoals die thans vastliggen in art. 2 en 3 EG, worden door het Verdrag van Lissabon verplaatst naar art. 3 van het vernieuwde Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: VEU). Dit nieuwe artikel noemt nog wel de interne markt maar verwijst niet meer, na het optreden van Sarkozy, naar een regime voor de onvervalste mededinging (hetgeen het huidige art. 3 lid 1 sub g EG wel doet).<sup>3</sup> Kortom: Sarkozy heeft ervoor gezorgd dat het regime voor de onvervalste mededinging niet meer beschouwd wordt als een van de doelstellingen van de Unie. Zoals bekend, is de status van het Verdrag van Lissabon thans onduidelijk, nu de Ierse bevolking dit verdrag heeft afgewezen in een referendum. Het opmerkelijke is evenwel dat de coup van Sarkozy weer teruggedraaid kan worden door de 'coup van de Ieren', welke – wellicht – mede ingegeven is door de angst voor de economische gevolgen van de mondialisering (waarvan het economische en monetaire beleid van de Unie een belangrijk onderdeel is).

Deze opeenvolgende 'coups' roepen de vraag op wat de bedoeling is van het weglaten van de onvervalste mededinging als doelstelling van de Unie. Wordt op deze wijze het mededingingsbeleid naar de achtergrond geschoven en gaat er meer ruimte komen voor overheidsdirigisme? Is het ter discussie stellen van de principes van de marktwerking en de vrije concurrentie een uiting van een 'paradigmawijziging': boet het streven naar de onvervalste mededinging aan belang in? Kortom: veranderen de principes voor de marktordening zoals vastgelegd in de Europese verdragen?

Wij hebben deze kwesties benaderd door de gevolgen van het Verdrag van Lissabon voor het Europees economisch recht te analyseren. Onder dit recht worden verstaan het mededingingsrecht, de interne markt en de Europese Economische en Monetaire Unie.

Onze bevindingen worden gepubliceerd in twee bijdragen. In de onderhavige bijdrage wordt ingegaan op de wijzigingen van het Verdrag van Lissabon voor het mededingingsrecht en de interne markt. In de volgende aflevering van SEW bespreken wij de gevolgen van dit verdrag voor de Europese Economische en Monetaire Unie.

## 2. Het mededingingsrecht in het Verdrag van Lissabon

In zijn bijdrage voor dit tijdschrift heeft Steenbergen reeds aangegeven dat het Verdrag van Lissabon weinig verandert aan de plaats van het mededingingsrecht.<sup>4</sup> Volgens het Protocol over de interne markt<sup>5</sup> omvat dit begrip mede een regime van onvervalste mededinging. De Unie mag om dit regime te realiseren actie ondernemen overeenkomstig de bepalingen van de verdragen met inbegrip van art. 352 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU). Deze verwijzing naar dit verdragsartikel (het huidige art. 308

<sup>1</sup> Fabian Amtenbrink is hoogleraar Recht van de Europese Unie, Erasmus Universiteit Rotterdam.

<sup>2</sup> Johan van de Gronden is hoogleraar Europees recht, Radboud Universiteit Nijmegen.

<sup>3</sup> Zie J. Steenbergen, 'Het mededingingsbeleid en het Verdrag van Lissabon', *SEW* 2008, 61, p. 138.

<sup>4</sup> J. Steenbergen, a.w., p. 138.

<sup>5</sup> *PbEU* 2007, C 306/156.

EG) dient om de rechtsgrondslagen van fusieregeling veilig te stellen;<sup>6</sup> Verordening (EG) nr. 139/2004<sup>7</sup> is mede op art. 308 gebaseerd.

Naar onze mening is het ondanks dit protocol relevant om te onderzoeken welke consequenties het weglaten van een verwijzing naar de onvervalste mededinging in de doelstellingen van de Unie heeft voor de klassieke kartelbepalingen uit het verdrag. Een belangrijke ontwikkeling in dit verband is hetgeen het Verdrag van Lissabon regelt ten aanzien van diensten van algemeen (economisch) belang. Hieraan wordt eveneens aandacht besteed. Voorts heeft het mededingingsrecht het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: Hof) meermalen geïnspireerd tot innovatieve rechtspraak. De invloed van de 'coup van Sarkozy' hierop wordt ook besproken.

### 2.1. De invloed van niet-mededingingsbelangen op de mededingingsbepalingen uit het EG-Verdrag

In het nieuwe Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie bevatten art. 101 en 102 de mededingingsbepalingen die in het EG-Verdrag hun plaats hebben in art. 81 en 82. Deze bepalingen zijn niet wezenlijk gewijzigd. Omdat het begrip Gemeenschappelijke markt verdwijnt en er alleen nog gewerkt wordt met de term 'interne markt', spreken de nieuwe mededingingsartikelen over kartels en misbruikelijke gedragingen welke in strijd zijn met de interne markt (en wordt niet meer verwezen naar de Gemeenschappelijke markt). Naar onze mening betreft het hier echter geen inhoudelijke wijziging, omdat de begrippen 'interne markt' en 'gemeenschappelijke markt' als synoniemen worden beschouwd.<sup>8</sup> Ook de staatssteunbepalingen bevatten geen wezenlijke wijzigingen. Vermelding verdient het nieuwe vierde lid van art. 108 VWEU (thans art. 88 EG), op grond waarvan de Commissie vrijstellingsverordeningen voor bepaalde categorieën steunmaatregelen kan nemen na hiervoor door de Raad gemachtigd te zijn. Dit is een codificatie van de praktijk die thans reeds bestaat.<sup>9</sup>

Het Verdrag van Lissabon wijzigt de klassieke mededingingsbepalingen die sinds het Verdrag van Rome deel uitmaken van het Europees recht dus niet wezenlijk. De vraag rijst evenwel of het onvermeld laten van de doelstelling van de onvervalste mededinging tot wijziging van de interpretatie van deze bepalingen zou kunnen leiden. Zoals reeds opgemerkt, behelst de term interne markt volgens de systematiek van het Verdrag van Lissabon mede de onvervalste mededinging. Tevens bepaalt art. 3 lid 2 VEU dat de status van basisverdrag voor het Europese integratieproces krijgt, dat de Unie een interne markt tot stand moet brengen. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat ook de interpretatie van het kartelverbod en het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie niet wijzigt. De afgelopen jaren hebben evenwel laten zien dat de interpretatie van de mededingingsbepalingen in het EG-Verdrag een dynamisch proces is. Zo wordt steeds vaker benadrukt door vertegenwoordigers van verschillende instellingen van de Gemeenschap<sup>10</sup> dat deze bepalingen ernaar streven consumentenwelvaart te realiseren en raakt de

doelstelling van marktintegratie steeds verder naar de achtergrond. De wijze waarop in de rechtspraak met het Europees mededingingsrecht wordt omgegaan is verre van statisch. Naast de (door de economische benadering geïnspireerde) opkomst van de doelstelling van consumentenwelvaart is er ook een andere tendens waar te nemen. Vooral het Hof lijkt bij de toepassing van het mededingingsrecht rekening te willen houden met andere belangen (met name van algemene aard) dan die van de mededinging. In de Albany-rechtspraak<sup>11</sup> benadrukte het Hof dat het Europese recht niet alleen betrekking heeft op een systeem van onvervalste mededinging maar ook op activiteiten in de sociale sfeer.<sup>12</sup> In de zaak Wouters<sup>13</sup> werden deontologische afspraken van advocaten niet in strijd met art. 81 EG geoordeeld, omdat rekening moest worden gehouden met de context waarbinnen zij opereren. Een vergelijkbare redenering hanteerde het Hof in de zaak Meca-Medina<sup>14</sup> die betrekking had op antidopingregels van sportbonden. Een soortgelijke ontwikkeling is ook terug te vinden in het Verdrag van Lissabon. Art. 9 VWEU bepaalt dat de Unie wanneer zij haar bevoegdheden uitoefent rekening moet houden met '(...) de eisen in verband met de bevordering van een hoog niveau van werkgelegenheid, de waarborging van een adequate sociale bescherming, de bestrijding van sociale uitsluiting alsmede een hoog niveau van onderwijs, opleiding en bescherming van de volksgezondheid'. In het EG-Verdrag worden deze belangen thans genoemd in verschillende artikelen die verspreid zijn in verschillende paragrafen en aangeduid worden als integratiebepalingen.<sup>15</sup> Door nu een 'centrale integratiebepaling' te formuleren en deze een prominente plaats aan het begin van de VWEU te geven hebben de verdragsopstellers een signaal afgegeven. De instellingen

- 6 R. Barents, *Het Verdrag van Lissabon. Achtergronden en commentaar*, Deventer: 2008, p. 561.
- 7 Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEU* 2004, L 24/1.
- 8 Zie Kapteyn/VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: 2003, p. 714. In de zaak C-300/89, *Titaandioxide*, *Jur.* 1991, p. I-2867, r.o. 14, heeft het Hof beide begrippen gelijkgeschakeld.
- 9 Zie Verordening (EG) nr. 994/98 van de Raad van 7 mei 1998 betreffende de toepassing van art. 92 en 93 Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap op bepaalde soorten van horizontale steunmaatregelen, *PbEG* 1998, L 142/1.
- 10 Zie bijvoorbeeld de speech van N. Kroes (Commissaris voor mededinging), 'European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices', 15 maart 2005, *SPEECH/05/512* en de speech van N. Kroes, 'Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82, Speech at the Fordham Corporate Law Institute', 23 september 2005, *SPEECH/05/537*. Zie ook zaak T-168/01, *Glaxo-SmithKline*, *Jur.* 2006, p. II-2969.
- 11 Zaak C-67/96, *Albany*, gevoegde zaken C-115/97, C-116/97 en C-117/97, *Brentjens* en zaak C-219/97, *Drijvende bokken*, *Jur.* 1999, p. I-5751 en volgende.
- 12 Vergelijk ook A. Riley, 'The EU Reform Treaty and the Competition Protocol: Undermining EC Competition Law', *European Competition Law Review* 2007, p. 705.
- 13 Zaak C-309/99, *Wouters*, *Jur.* 2002, p. I-1577.
- 14 Zaak C-519/04, *Meca-Medina*, *Jur.* 2006, p. I-6991.
- 15 Overigens wordt in een bepaling als art. 147 lid 2 VWEU (die derhalve niet aan het begin van dit verdrag staat) weer herhaald dat de EU rekening dient te houden met de doelstelling van een hoog werkgelegenheidsniveau bij het bepalen van haar beleid en activiteiten. Zie ook art. 167 lid 4 VWEU. Het gaat hier om een integratiebepaling die in de cultuurparagraaf (en niet aan het begin van het verdrag) is opgenomen.

van de Unie moeten een zwaar gewicht toekennen aan deze belangen, wanneer zij het mededingingsrecht toepassen. Het is niet op voorhand duidelijk tot welke wijzigingen art. 9 VWEU aanleiding zou kunnen geven. Wel is helder, dat deze bepaling in lijn is met de arresten van het Hof in zaken als Albany, Wouters en Meca-Medina. Daar komt bij dat art. 11 VWEU (het oude art. 6 EG) dwingend voorschrijft dat de eisen van milieu-bescherming moeten worden geïntegreerd in het beleid en het optreden van de Unie. Daarnaast wijzen art. 12 en 13 VWEU op het belang van de eisen van consumentenbescherming en dierenwelzijn.

Samenvattend: de genoemde bepalingen uit het Verdrag van Lissabon moedigen het Hof aan om verder gestalte te geven aan het integreren van niet-mededingingsbelangen in de toepassing van het mededingingsrecht. Aan het begrip consumentenwelvaart zou dan een inhoud kunnen worden gegeven die niet alleen bestaat uit maximalisatie van materiële welvaart, maar ook uit sociale en andere niet-materiële aangelegenheden.<sup>16</sup>

Een dergelijke ontwikkeling zou in overeenstemming zijn met het reeds aangehaalde art. 3 lid 2 VEU. Krachtens deze bepaling moet de Unie naast het realiseren van de instelling van de interne markt, een sociale markteconomie nastreven die niet alleen gebaseerd is op een groot concurrentievermogen, maar ook op volledige werkgelegenheid, sociale vooruitgang en een hoog niveau van het leefmilieu.

Het mag verwacht worden dat deze ontwikkeling niet plaatsvindt van de ene dag op de andere, maar zich geleidelijk zal voltrekken. Bij de huidige stand van de rechtspraak en het Europese integratieproces is moeilijk te voorspellen hoe overwegingen van belangen als milieu, zorg etc. zullen worden geïntegreerd in het mededingingsrecht. Ons inziens kan echter zelfs niet worden uitgesloten dat dit uiteindelijk zal resulteren in een op een Cassis de Dijon<sup>17</sup> geïnspireerde rechtvaardiging (ook wel algemeen belang-*Rule of Reason*<sup>18</sup> genoemd),<sup>19</sup> waarin – wellicht niet alleen in het kader van art. 81 lid 1 EG maar ook in de context van art. 82 EG – een afweging wordt gemaakt tussen de eisen van de mededinging en andere belangen (op basis van proportionaliteit). Zo ver is het echter nog (lang?) niet. In dit artikel willen we in het midden laten of deze incorporatie van de Cassis de Dijon-uitzondering in het mededingingsrecht wenselijk is. Wij willen er alleen op wijzen dat naast de opkomst van de economische benadering het mededingingsrecht in toenemende mate geconfronteerd wordt met de wens de markt niet alleen in te richten volgens principes van vrije concurrentie. Deze wens kan nu een verdragsrechtelijke status krijgen door bepalingen als art. 9 VWEU (voor zover het Verdrag van Lissabon daadwerkelijk zal worden geratificeerd).

In dit verband moet erop worden gewezen dat niet alleen integratiebepalingen naar voren zijn gehaald, maar dat de thans in art. 4 EG vastgelegde principes van het economisch beleid naar achter zijn verplaatst en vastgelegd zijn in art. 119 VWEU. Hier wordt bepaald dat het Europees monetair beleid wordt gevoerd met inachtneming van het beginsel van een openmarkteconomie met vrije mededinging.<sup>20</sup> Naar onze mening gaat van dit naar achterschuiven ook een duidelijk signaal

uit. Gecombineerd met het naar voren halen van de integratiebepalingen en met het weglaten van de doelstelling van de onvervalste mededinging in het VEU betekent dit dat er gereede kans bestaat dat het paradigma van de marktordening binnen de Europese Unie aan het veranderen is. In het nieuwe paradigma zullen niet alleen de onvervalste concurrentie maar ook samenwerking ter realisering van algemene doelstellingen van algemeen belang centraal staan.

## 2.2. *Diensten van algemeen (economisch) belang*

De wijzigingen die het Verdrag van Lissabon beoogt te brengen met betrekking tot de diensten van algemeen (economisch) belang, geven ook aan dat er anders over marktordening wordt gedacht dan voorheen. Het huidige art. 16 EG heeft zijn 'Lissabon-equivalent' in art. 14 VWEU. Het huidige artikel uit het EG-Verdrag bepaalt reeds dat de instellingen en de lidstaten zorg moeten dragen voor beginselen en voorwaarden die leiden tot het goed functioneren van de diensten van algemeen economisch belang. Hieraan wordt toegevoegd in art. 14 VWEU dat deze voorwaarden met name financiële en economische condities behelzen. Er wordt met andere woorden veel armslag gegeven aan de lidstaten. Dit is in lijn met de jurisprudentiële ontwikkelingen. Zoals bekend heeft het Hof in de zaak Altmark<sup>21</sup> beslist dat financiële compensaties voor de uitvoeringen van openbare dienstverplichtingen geen verboden steun opleveren, mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan.<sup>22</sup> In de zaak BUPA<sup>23</sup> heeft het Gerecht van eerste aanleg (hierna:

<sup>16</sup> Vergelijk J. Steenberghe, a.w., p. 142.

<sup>17</sup> Zaak 120/78, *Cassis de Dijon*, Jur. 1979, p. 649.

<sup>18</sup> In de literatuur is er overigens voor gepleit de term Rule of Reason niet te gebruiken om verwarringen tussen begrippen die gebruikt worden in het vrije verkeer en de mededinging te voorkomen. Zie F. Amtenbrink en H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: 2008, p. 317 (derde druk).

<sup>19</sup> Zie hierover in positieve zin J.C.A. Houdijk, 'Zelfregulering door de vrije beroepssector en het mededingingsrecht: enige argumenten voor een algemeen belang rule of reason', *NTER* 2008, p. 16 e.v., en in negatieve zin E.M.H. Loozen, 'Zelfregulering door en voor de vrije beroepen: toch maar liever geen algemeen belang Rule of Reason', *NTER* 2007, p. 153 e.v.

<sup>20</sup> In onze volgende bijdrage in SEW worden deze beleidsterreinen besproken.

<sup>21</sup> Zaak C-280/00, *Altmark*, Jur. 2003, p. I-7747.

<sup>22</sup> Het gaat hierbij om de volgende voorwaarden. In de eerste plaats dient de begunstigde onderneming daadwerkelijk belast te zijn met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen, terwijl die verplichtingen duidelijk omschreven zijn. In de tweede plaats dienen de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, vooraf op objectieve en doorzichtige wijze te worden bepaald. In de derde plaats mag de compensatie niet hoger zijn dan noodzakelijk is om de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen, geheel of gedeeltelijk te dekken. In de vierde plaats moet, wanneer de keuze niet is gemaakt in het kader van een openbare aanbesteding, het bedrag van de compensatie worden bepaald aan de hand van de kosten die een gemiddelde onderneming zou hebben gemaakt (rekening houdend met de opbrengsten en met een redelijke winst uit de uitoefening van haar verplichtingen).

<sup>23</sup> Zaak 289/03, *BUPA*, 12 februari 2008, n.n.g.

Gerecht) de Altmark-benadering ruimhartig<sup>24</sup> toegepast op (nota bene Ierse) zorgverzekeringen.<sup>25</sup>

Art. 14 VWEU bevat ook een passage die niet voorkomt in art. 16 EG. Volgens deze passage kan de Unie bij verordeningen regels vaststellen voor de beginselen en de voorwaarden voor de diensten van algemeen economisch belang; uitdrukkelijk wordt hierbij opgemerkt dat de bevoegdheden van de lidstaten ten aanzien van deze diensten gerespecteerd dienen te worden. Uit deze bewoording kan worden afgeleid dat het Verdrag van Lissabon voorziet in een expliciete rechtsgrondslag voor Europese regelgeving op het terrein van diensten van algemeen economisch belang. Opvallend is wel dat expliciet aangegeven wordt dat deze regelgeving moet worden vastgelegd in verordeningen.

Aan het Verdrag van Lissabon wordt een protocol over diensten van algemeen belang<sup>26</sup> toegevoegd. De reikwijdte van dit protocol is breder dan art. 14 VWEU. Terwijl laatstgenoemde bepaling alleen betrekking heeft op diensten van algemeen economisch belang, bestrijkt het protocol een bredere categorie van diensten van algemeen belang. Het protocol spreekt van niet-economische diensten van algemeen belang en economische diensten van algemeen belang. Het ligt voor de hand te veronderstellen dat economische diensten van algemeen belang hetzelfde zijn als diensten van algemeen economisch belang. Het woordje economisch in laatstgenoemd begrip geeft immers alleen aan dat deze diensten economische activiteiten in de zin van het Europese mededingingsrecht<sup>27</sup> behelzen. Verder zal het gaan om door de overheid opgedragen speciale taken.<sup>28</sup> Daarmee zijn ze dus synoniem met economische diensten van algemeen belang. De niet-economische diensten van algemeen belang zijn dan speciale door de overheid opgedragen taken die geen economische activiteiten in de zin van het Europese mededingingsrecht zijn.

In dit verband moet opgemerkt worden dat het protocol uitgaat van andere definities dan de Dienstenrichtlijn.<sup>29</sup> Volgens randnummer 17 van deze richtlijn worden diensten van algemeen belang niet om een economische tegenprestatie verricht,<sup>30</sup> terwijl diensten van algemeen economisch belang wel economische activiteiten behelzen.<sup>31</sup> Het verwarrende is dus dat bij het protocol het begrip diensten van algemeen belang een overkoepelend begrip is,<sup>32</sup> maar dat bij de Dienstenrichtlijn dit begrip de publieke diensten aanduidt die niet tot de deelgroep van diensten van algemeen economisch belang behoren.

Het is te betreuren dat in het Europese recht verschillende definities worden gehanteerd voor dit belangrijke onderwerp. Naar onze mening kan evenwel op basis van de rechtspraak ervan uitgegaan worden dat het Europese mededingingsrecht en ook verdragsbepalingen inzake de interne markt (zoals het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging alsmede de Dienstenrichtlijn) alleen van toepassing zijn op economische activiteiten.<sup>33</sup> Speciale door de overheid opgedragen taken aan organisaties worden dus alleen beheerst door het Europese economische recht voor zover deze economische activiteiten zijn.

De geest die het protocol uitademt is naar onze mening tweeslachtig. Aan de ene kant probeert het de invloed van de Unie te beperken en aan de andere kant geeft het een aanzet tot ontwikkeling van een Europese benadering op

het terrein van diensten van algemeen (economisch) belang. In art. 2 van het protocol wordt gesteld dat de verdragen geen afbreuk doen aan de wijze waarop de niet-economische diensten van algemeen belang worden geregeld. Het is duidelijk dat deze bepaling is ingegeven door een 'handen-af-benadering': de Unie mag deze diensten niet regelen. Het betreft hier echter een overbodige bepaling. Niet-economische diensten van algemeen belang zijn immers geen economische activiteiten en vallen daarmee niet onder de Europese regels voor de interne markt en de mededinging. De vraag kan dan ook gesteld worden wat hier de toegevoegde waarde is.

In art. 1 wordt evenwel de Europese dimensie van de diensten van algemeen economisch belang (die wel beschouwd moeten worden als economische activiteiten) benadrukt. In dit artikel worden niet alleen de discretionaire bevoegdheden van de nationale, regionale en lokale autoriteiten op het terrein van diensten van algemeen economisch belang erkend, maar wordt ook gesteld dat deze diensten moeten beantwoorden aan eisen betreffende kwaliteit, veiligheid en betaalbaarheid, gelijke behandeling en de bevordering van de algemene toegang en van de rechten van de gebruiker.

Naar onze mening wordt hier een Europese standaard voor diensten van algemeen economisch belang ontwikkeld. De Commissie is hier zo enthousiast over dat ze dit protocol als 'benchmark' voor het Europese beleid voor diensten van algemeen economisch belang ziet en blijkbaar een algemene communautaire regeling voor diensten van algemeen economisch belang niet meer nodig acht.<sup>34</sup> Of het de bedoeling van het protocol is om

24 Vergelijk in dit verband ook het recente arrest van het Gerecht in zaak T-226/02, *Deutsche Post*, 1 juli 2008, n.n.g.

25 In deze zaak heeft het Gerecht uit algemene wettelijke verplichtingen concrete diensten van algemeen economisch belang afgeleid. Verder heeft het geaccepteerd dat alle actoren in een bepaalde sector (in casu zorgverzekeraars) belast waren met de uitvoering van deze diensten. De noodzakelijkheid van de aan de orde zijnde beperking van de concurrentie is voorts marginaal getoetst.

26 *PbEU* 2007, C 306/58.

27 Zie bijvoorbeeld zaak C-41/90, *Höfner*, *Jur.* 1991, p. I-1979.

28 Zie bijvoorbeeld zaak 127/73, *BRT II*, *Jur.* 1974, p. 313 en zaak 7/82, *GVL*, *Jur.* 1983, p. 483.

29 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *PbEU* 2006, L 376/36.

30 Zie in dit verband ook art. 2 lid 2 sub a Dienstenrichtlijn.

31 Zie over deze definitiekwestie: J.W. van de Gronden, 'Bestaat er een coherente visie op de verhouding tussen diensten van algemeen economisch belang, de Dienstenrichtlijn en andere communautaire regelingen?', *SEW* 2007, 178, p. 400 e.v.

32 Ook de Commissie gebruikt overigens het begrip Diensten van algemeen belang als overkoepelend begrip. Zie in dit verband bijvoorbeeld: randnummers 8 t/m 36 van de Mededeling van de Commissie over Diensten van algemeen belang in Europa, *PbEG* 2001 C 17/4; randnummers 15 t/m 21 van het Groenboek over Diensten van Algemeen Belang, COM(2003)270 def. en de Communication from the Commission on Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment, COM(2007)725 final, p. 3 en 4.

33 Zie J.W. van de Gronden, a.w., p. 400-402. Vergelijk in dit verband ook de reeds aangehaalde zaken *Albany*, *Brentjens* en *Drijvende bokken*, alsmede gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-351/01 en C-355/01, *AOK e.a.*, *Jur.* 2004, p. I-2493.

34 Zie de Communication from the Commission on Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment, COM(2007)725 final, p. 14.



te dienen als Europese 'benchmark' voor diensten van algemeen economisch belang, kan betwijfeld worden, aangezien art. 2 van dit protocol nationale bevoegdheden van de lidstaten beoogt te beschermen. Wel kan het protocol beschouwd worden als uiting van het algemene streven om de marktordening in de Unie niet alleen te baseren op de vrije mededinging. De discussie over diensten van algemeen belang geeft aan dat in deze marktordening ook een belangrijke plaats dient toe te komen aan doelstellingen zoals die op het terrein van solidariteit.

### 2.3. Rem op innovatieve ontwikkelingen in het Europese mededingingsrecht

In het verleden heeft de doelstelling van de onvervalste mededinging, zoals vastgelegd in art. 3 lid 1 sub g EG, als inspiratiebron gediend voor innovatieve rechtspraak van het Hof.<sup>35</sup> De nuttig-effect-norm, krachtens welke lidstaten niet het nuttig effect aan de mededingingsregels van het verdrag mogen ontnemen, is aanvankelijk medegebaseerd op dit artikel<sup>36</sup> (naast het beginsel van Gemeenschapstrouw van art. 10 EG en uiteraard art. 81 en 82 EG). Het wegvallen van de onvervalste mededinging als doelstelling heeft geen gevolgen voor de nuttig-effect-norm. Sinds een aantal jaren<sup>37</sup> vermeldt het Hof alleen nog art. 10 en art. 81 en/of art. 82 als onderdelen van deze norm.<sup>38</sup>

De vraag rijst echter of het Hof in de toekomst nog bereid is om innovatieve ontwikkelingen in te zetten om de doeltreffende toepassing en handhaving van het Europees mededingingsrecht te bevorderen. Een meer recent voorbeeld dan de nuttig-effect-norm is de rechtspraak over de 'openbareorde-status' van art. 81 en 82 EG. In het arrest *Eco Swiss* besliste het Hof dat art. 81 EG van openbare orde is, omdat dit artikel in overeenstemming met art. 3 lid 1 sub g EG een fundamentele bepaling voor het Europese integratieproces (in het bijzonder voor de werking van de interne markt) is.<sup>39</sup> In *Manfredi*<sup>40</sup> heeft het Hof in een 'sweeping statement' gesteld dat art. 81 en 82 EG van openbare orde zijn. In de literatuur bestaat er een discussie hoever reikend deze beslissingen van het Hof zijn.<sup>41</sup> Op zijn minst is echter duidelijk dat de genoemde arresten de handhaving van het Europese mededingingsrecht bevorderen. Ook in het arrest *Courage*,<sup>42</sup> waarin het principe van de civielrechtelijke schadevergoeding wegens schending van het Europese mededingingsrecht werd gevestigd, benadrukte het Hof dat een bepaling als art. 81 EG een fundamentele verdragsbepaling is.

Afgevraagd moet worden of de mededingingsbepalingen hun status van openbare orde zullen verliezen door het verdwijnen van art. 3 lid 1 sub g EG. Hoewel niet uitgesloten is dat het Hof deze status zal handhaven,<sup>43</sup> bestaat er nu reeds onzekerheid over de toekomst van de 'Eco Swiss-rechtspraak'. Aan de ene kant heeft het Hof in de zaak *Van der Weerd*<sup>44</sup> beslist dat het Europese recht niet in de weg staat aan een regel van nationaal procesrecht die de rechter verbiedt om ambtshalve rechtsgronden ontleend aan het Europese recht aan te vullen (mits deze regel ook geldt voor het ambtshalve aanvullen van nationaalrechtelijke gronden); met deze beslissing valt de 'openbareordestatus' van art. 81 en 82

EG moeilijk te rijmen. Aan de andere kant heeft het Hof in de zaak *Rampion*<sup>45</sup> geoordeeld dat de bevoegdheid om ambtshalve het oneerlijke karakter van een beding in een overeenkomst die valt onder Richtlijn 87/102/EEG<sup>46</sup> te toetsen noodzakelijk moet worden geacht om een daadwerkelijke bescherming van de consument in de zin van deze richtlijn te waarborgen. Een dergelijk arrest lijkt weer de andere kant op te wijzen dan de zaak *Van der Weerd* doet. Afgewacht moet worden in hoeverre het Hof bereid is de benadering zoals ontwikkeld in *Eco Swiss* te handhaven.

De discussie over de vraag of art. 81 en 82 EG van openbare orde zijn, toont evenwel aan dat het verdwijnen van art. 3 lid 1 sub g EG een rem kan zetten op innovatieve rechtspraak op het terrein van het Europese mededingingsrecht. De 'coup van Sarkozy' werkt ontmoedigend op dergelijke rechtspraak. Omdat het paradigma van marktordening wellicht gaat veranderen (waardoor de doelstelling van de onvervalste mededinging een minder prominente plaats in gaat nemen dan voorheen in het Europese integratieproces), kan zeer zeker niet uitgesloten worden dat het Hof niet meer geneigd zal zijn om 'mededingingsvriendelijke' benaderingen te ontwikkelen. Er dient daarom rekening mee te worden gehouden dat voor het mededingingsrecht 'spectaculaire' arresten in de toekomst minder snel gewezen zullen worden.

## 3. Interne markt

Welke consequenties heeft het weglaten van de doelstelling van de onvervalste mededinging voor de verdragsbepalingen op het terrein van interne markt? Hierbij moet met name worden gekeken naar de rechtsbasis uit het verdrag voor de Unie om harmonisatiemaatregelen vast te stellen. Wat de verdragsbepalingen die de lidstaten verbieden het vrije verkeer te beperken betreft, bevat het

35 Zie Riley, a.w., p. 704 e.v. Riley wijst in dit verband erop dat het Concentratietoezicht dat voor het bestaan van een expliciete concentratieverordening was ingevoerd in het arrest in zaak 6/72, *Continental Can*, Jur. 1973, p. 215, mede op de doelstelling van de onvervalste mededinging van art. 3 EG was gebaseerd.

36 Zie bijvoorbeeld zaak 13/77, *INNO/ATB*, Jur. 1977, p. 2115.

37 Zie onder andere zaak C-35/96, *Commissie/Italië*, Jur. 1998, p. I-3851 en zaak C-198/01, *CIF*, Jur. 2003, p. I-8055.

38 Zie B.J. Drijber, 'Het Hervormingsverdrag van de EU: stap vooruit of stap achteruit?', *M&M* 2007, p. 133en 134.

39 Zie zaak C-126/97, *Eco Swiss*, Jur. 1999, p. I-3055.

40 Gevoegde zaken C-295/04 t/m C-298/04, *Manfredi*, Jur. 2006, p. I-6619.

41 Zie bijvoorbeeld J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widderhoven, *Europeanisation of Public Law*, Groningen: 2007, p. 310 e.v. en A.S. Hartkamp, *Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden naar Europees recht en naar Nederlands recht* (oratie), Deventer: 2007, p. 11 e.v.

42 Zaak C-453/99, *Courage*, Jur. 2001, p. I-6297.

43 Zie B.J. Drijber, a.w., p. 134.

44 Gevoegde zaken C-222/05 tot en met C-225/05, *Van der Weerd*, Jur. 2007, p. I-4233.

45 HvJ EG 4 oktober 2007, zaak C-429/05, *Rampion*, Jur. 2007, p. I-8017.

46 Richtlijn 87/102/EEG van de Raad van 22 december 1986 betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake het consumentenkrediet, *PbEG* 1987, L 42/48.

Verdrag van Lissabon geen noemenswaardige wijzigingen.

Het nieuwe art. 26 lid 1 VWEU bepaalt uitdrukkelijk dat de Unie maatregelen kan vaststellen om de interne markt tot stand te brengen en de werking ervan te verzekeren. Deze bevoegdheid wordt nader uitgewerkt in hoofdstuk 3 (De aanpassing van de wetgevingen) van titel VII van het VWEU. Art. 114 VWEU, dat in de plaats komt van art. 95 EG, bepaalt dat het Europees Parlement en de Raad harmonisatiemaatregelen mogen vaststellen teneinde de instelling en de werking van de interne markt te bevorderen. Zowel het oude art. 95 EG als het nieuwe art. 114 VWEU verwijst alleen naar de interne markt en niet naar de doelstelling van de onvervalste mededinging. Opgemerkt moet evenwel worden dat het EG-Verdrag (de verdragsrechtelijke context voor art. 95) in art. 3 lid 1 sub g wel naar deze doelstelling verwijst, terwijl de VWEU (de verdragsrechtelijke context voor art. 114) dat niet doet. Naar onze mening betekent dit echter niet dat daarom krachtens het Verdrag van Lissabon de Unie geen harmonisatiemaatregelen met het oog op de onvervalste mededinging meer mag nemen. Het tegendeel is zelfs eerder waar. Doordat het Protocol over de interne markt uitdrukkelijk bepaalt dat dit concept mede de onvervalste mededinging omvat, is duidelijker dan voorheen, dat deze doelstelling ten grondslag kan liggen aan harmonisatiemaatregelen.

Daar komt nog bij dat het Hof in het Tabaksarrest<sup>47</sup> een nauw verband legde tussen de interne markt en de onvervalste mededinging. Overwogen werd dat art. 95 EG als rechtsgrondslag kan dienen voor harmonisatiemaatregelen die '(...) metterdaad ten doel hebben, de voorwaarden voor de instelling en de werking van de interne markt te verbeteren'.<sup>48</sup> Vervolgens moet volgens het Hof, bij de beantwoording van de vraag of een richtlijn gebaseerd kan worden op art. 95 EG, worden onderzocht of deze richtlijn '(...) werkelijk ertoe bijdraagt dat de belemmeringen van het vrije verkeer van goederen en van de vrijheid van dienstverrichting worden weggenomen en de mededingingsverstoringen worden opgeheven'.<sup>49</sup> Naar onze mening betekent dit dat blijkbaar in de benadering van het Hof in geval van harmonisatiemaatregelen de interne markt en de doelstelling van de onvervalste mededinging zeer nauw samenhangen. Dit wekt geen verwondering, nu bij harmonisatie het wegnemen van dispariteiten die afkomstig zijn uit de wetgeving van de lidstaten centraal staat. Het aanknopingspunt wordt hier gevormd door nationale wettelijke maatregelen. Er wordt overheidsregelgeving geharmoniseerd en geen handelen van ondernemingen gereguleerd. Niet uit het oog moet worden verloren dat art. 114 VWEU en art. 95 EG niet de concurrentie als zodanig harmoniseren, maar de concurrentievoorwaarden. Door gelijke concurrentievoorwaarden (welke het resultaat zijn van harmonisatie van nationale overheidsregels) worden de instelling en de werking van de interne markt bevorderd. De doelstelling van de onvervalste concurrentie en de interne markt hangen hier zo nauw samen, dat deze niet van elkaar kunnen worden losgekoppeld. Al met al betekent dit dat het wegvallen van een bepaling als art. 3 lid 1 sub g EG geen invloed zal hebben op de bevoegdheid van de Unie om harmonisatiemaatregelen

vast te stellen op grond van art. 114 VWEU (de 'Lissabon-equivalent' van art. 95 EG).

Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor de rechtsgrondslagen die vastgelegd zijn in art. 115, 116 en 117 VWEU, die in de plaats komen voor art. 94, 96 respectievelijk 97 EG. Art. 116 VWEU dat, tezamen met art. 117 VWEU, de Commissie de bevoegdheid geeft actie te ondernemen in geval van dispariteiten ontstaan door verschillende nationale regels van de lidstaten, verwijst uitdrukkelijk naar vervalsing van 'de mededingingsvoorwaarden op de interne markt'. Ook uit deze bepaling blijkt dat er een nauwe verwantschap bestaat tussen beide begrippen.

De opzet van het hoofdstuk, waarin art. 114 e.v. VWEU zijn opgenomen, getuigt voorts niet van een inkrimping van de harmonisatiebevoegdheden van de Unie, maar eerder van uitbreiding ervan. Art. 118 VWEU bepaalt namelijk uitdrukkelijk dat er maatregelen genomen mogen worden ter invoering van '(...) Europese titels om een eenvormige bescherming van de intellectuele-eigendomsrechten in de hele Unie te bewerkstelligen (...) en ter instelling '(...) van op het niveau van de Unie gecentraliseerde machtigings-, coördinatie- en controle-regelingen'. Een verdragsparagraaf die de harmonisatiebevoegdheden op het terrein van rechten van intellectuele eigendom veilig stelt,<sup>50</sup> kan niet verondersteld worden deze bevoegdheden in te perken door op impliciete wijze een kunstmatig onderscheid aan te brengen tussen de begrippen interne markt en concurrentievoorwaarden.

Naast hoofdstuk 3 van titel VII bevatten, zoals ook reeds het geval was in het EG-Verdrag, de paragrafen voor verschillende vrijheden ook bevoegdheden voor de Unie om harmoniserend op te treden. Art. 48 VWEU, hetgeen in het EG-Verdrag art. 42 was, bevat de bevoegdheid om maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn met het oog op het vrije verkeer van werknemers en sociale zekerheid. In vergelijking met het EG-Verdrag, wordt deze bevoegdheid door het Verdrag van Lissabon enigszins aan banden gelegd. Indien een lidstaat vindt dat een conceptregeling van de Raad afbreuk doet aan belangrijke aspecten van zijn socialezekerheidsstelsel, met name het toepassingsbereik, de kosten en de financiële structuur ervan, dan wel gevolgen zou kunnen hebben voor het financiële evenwicht van dat stelsel, kan hij op de 'noodrem' trappen. Hij kan afdwingen dat de aangelegenheid wordt voorgelegd aan de Europese Raad. Het resultaat hiervan kan zijn dat of het ontwerp weer wordt terugverwezen naar de Raad, waarmee de wetgevingsprocedure hervat wordt, of het voorstel geacht wordt niet te zijn vastgesteld (en dus van de tafel verdwijnt). In het laatste geval bestaat

47 Zaak C-376/98, *Duitsland/Parlement en de Raad (Tabaksrichtlijn)*, *Jur.* 2000, p. I-8419. F. Amtenbrink en J.F. Appeldoorn, 'Is er leven na het tabaksreclamearrest? De interpretatie van art. 95 EG en de hernieuwde poging van de Commissie inzake de tabaksreclame', *SEW* 2001, p. 413.

48 Zie r.o. 84 Tabaksreclame-arrest.

49 Zie r.o. 95 Tabaksreclame-arrest.

50 Overigens was een Gemeenschapsregeling als Richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, *PbEG* 1996, L 77/20, onder meer gebaseerd op art. 100A EG (de voorloper van het huidige art. 95 EG). Met andere woorden: het thans van kracht zijnde art. 95 EG kan ook dienen als rechtsgrondslag van harmonisatiemaatregelen op het terrein van intellectuele eigendom.

de mogelijkheid dat de Commissie verzocht wordt een nieuw voorstel in te dienen.

Het is duidelijk dat de doelstelling van deze procedure is dat de lidstaten hun nationale bevoegdheden op het terrein van de sociale zekerheid kunnen verdedigen. De bescherming van de eigen nationale sociale zekerheid speelt hier zeer zeker een belangrijke rol. Daarnaast lijkt deze bepaling echter ook uiting te geven aan de hierboven reeds gesignaleerde tendens dat de marktintegratie in Europa niet ten koste van andere belangen mag gaan. Het vrije verkeer van werknemers mag niet ten koste gaan van solidariteit die vastgelegd is in socialezekerheidsregelingen.

Voorts bevat art. 65 VWEU (dat de opvolger is van art. 58 EG) ook een 'noodremprocedure' en wel op het terrein van het vrije verkeer van kapitaal. Het betreft hier een voorziening (die thans niet in het EG-Verdrag voorkomt) voor de goedkeuring van door een lidstaat genomen belastingmaatregelen jegens een of meer derde landen. Beperkingen die uit deze maatregelen voortvloeien, kunnen worden goedgekeurd door de Commissie dan wel, bij ontstentenis van een dergelijk besluit van de Commissie binnen drie maanden, door de Raad. De nationale belastingmaatregelen worden dan verenigbaar geacht met het VEU en het VWEU, mits zij in overeenstemming zijn met de doelstellingen van de Unie en de goede werking van de interne markt. Het is nu onduidelijk hoe vaak van deze nieuwe voorziening gebruikgemaakt kan worden. Het is echter onmiskenbaar dat de bescherming van de nationale belangen centraal staat. De noodmaatregelen kunnen overigens alleen getroffen worden naar aanleiding van problemen met het kapitaalverkeer met derde landen en mogen alleen de belastingen betreffen.

#### 4. Conclusies

Indien het Verdrag van Lissabon in werking treedt, zal het weglaten van de doelstelling van de onvervalste mededinging op korte termijn geen grote gevolgen hebben voor het mededingingsrecht en de interne markt. De kernbepalingen van het economische recht worden immers niet ingrijpend gewijzigd. Of deze conclusie ook overeind blijft op lange termijn, valt nog te bezien. De wijzigingen die het Verdrag van Lissabon beoogt in te voeren op het terrein van de mededinging en de interne markt geven aan, ook al zijn zij niet ingrijpend, dat de lidstaten bepaalde nationale belangen willen veiligstellen. Sommige nieuwe bepalingen reflecteren een geest van 'handen af' ten opzichte van de Unie.

Niet valt uit te sluiten dat er een onderstroom is gericht op het veiligstellen van nationale belangen. Dit zou wel eens kunnen leiden tot protectionisme, hetgeen nadelig is voor het Europese integratieproces. Eén van de uitdagingen van de Unie in de toekomst zal daarom zijn om een balans te vinden tussen Europese marktintegratie en andere doelstellingen, zonder daarbij aan de ene kant in protectionisme en aan de andere kant in een eenzijdige nadruk op vrije concurrentie te vervallen. Door het groeiende verzet tegen marktwerking en vrije concurrentie zouden instellingen van de Gemeenschap, zoals het Hof, ook al treedt het Verdrag van Lissabon niet

in werking, ontmoedigd kunnen worden om in hun handelen te veel nadruk te leggen op deze uitgangspunten.