

# De Mededingingswet: allochtone invloed op de Nederlandse rechtsbescherming?

Mw. mr E. Steyger

Nu de Mededingingswet (Mw) bijna een jaar in werking is, zijn na de eerste bezwaarschriften ook de eerste beroepsprocedures gestart. Deze hebben voornamelijk betrekking op de gewone beschikkingen, de ont-heffingen en eventueel de weigering daarvan, die de NMa neemt. In de toekomst zullen daar de procedures tegen de mogelijke sancties op basis van de Mw bijkomen, i.c. de bestuurlijke boete en de last onder dwangsom.

De combinatie van het Nederlandse bestuursrecht dat voor het overgrote deel de procedures van bezwaar en beroep beheerst met de specifieke regelingen van de Mw kunnen voor problemen gaan zorgen. Dit geldt niet alleen voor de partijen in die procedures, maar ook voor het bestuursorgaan dat de bezwaren zal gaan behandelen en de rechters die in beroep uitspraken moeten doen.

Deze problemen worden veroorzaakt door het volgende. De Mw is erop gericht om de hoofdlijnen van het Europese mededingingsrecht te incorporeren in het Nederlandse recht. Voor bepalingen en concepten in deze wet wordt zowel direct als indirect verwezen naar het EG-verdrag.

Artikel 1 verwijst voor een aantal in de wet gehanteerde begrippen, zoals 'onderneming', 'ondernemersovereenkomsten' en 'onderling afgestemde feitelijke gedragingen' naar artikel 85 EG-verdrag. Het kartelverbod uit artikel 6 hanteert vrijwel dezelfde formule als artikel 85 lid 1 EG-verdrag en het is ook de bedoeling dat de in artikel 6 gehanteerde termen worden uitgelegd conform de uitleg die het Hof van Justitie aan dezelfde termen in het Gemeenschapsrecht geeft. Hetzelfde gaat op voor artikel 24 dat het misbruik maken van een economische machtspositie verbiedt.

De wet kijkt hier en daar wel af van het communautaire systeem.<sup>1</sup> Zo creëert zij in artikel 11 een verzacht mededingingsregime naar analogie van artikel 90 EG-verdrag voor overeenkomsten, besluiten, gedragingen waarbij sprake is van diensten van algemeen belang dat het EG-verdrag zelf niet kent. Ook het aan artikel 90 analoge regime dat is opgenomen in artikel 25, heeft in de Nederlandse wet een extraatje: ondernemingen die in verband met de door hen te vervullen taak van algemeen belang vrijstelling willen van artikel 24 lid 1, hebben daar een expliciete beschikking van de D-G NMa voor nodig. De uitleg van het

Hof van artikel 90 wordt geacht de uitleg van de begrippen uit de Mw te zijn.

Deze afwijkingen van het EG-recht doen echter aan de invulling van de begrippen niets af. De aansluiting bij het Europese recht is het voornaamste doel van de wet en richt zich, naast een gelijke inhoudelijke invulling van de hier bovenbeschreven termen ook op een analoge invulling van in het mededingingsrecht gebruikelijke termen als het 'merkbaarheidsvereiste'<sup>2</sup> en de 'relevante markt'.

Ook het boetestelsel is weliswaar geen kopie van het Europese, maar is in zekere mate aan het verdragssysteem gespiegeld.<sup>3</sup> Daarnaast stelt de MvT expliciet dat de toepassing van de bepalingen van de Mw niet strenger of soepeler mogen zijn dan die van het Europese mededingingsrecht.<sup>4</sup> Hoewel de toelichting zich richt op de materiële bepalingen van het Verdrag, heeft deze wens wel degelijk consequenties voor het toepasselijke bestuursrecht. Immers de toepassing van de materiële bepalingen is mede afhankelijk van de wijze waarop de procedurele bepalingen worden toegepast.

In deze bijdrage wil ik ingaan op enkele van deze problemen die veroorzaakt worden door de verplichte en gewenste relatie met het Europese recht enerzijds en de al even strakke relatie met het gewone bestuursrecht anderzijds. Deze kunnen zich vooral voordoen in de rechtsbescherming bij de verschillende procedures in de Mw. Daarbij behandel ik eerst de bestuursrechtelijke concepten van beschikking en belanghebbende. Daarna ga ik in op de combinatie van vage concepten uit het gemeenschapsrecht waar de Mw naar verwijst, met het voor ons relatief nieuwe systeem van de bestuurlijke boete.

## Beroep tegen besluiten (van de NMa) en de belanghebbende

In de Mw heeft geen verwijzing naar het Europese recht plaatsgevonden voor wat betreft de concepten beschikking en belanghebbende. Hiervoor is aangesloten bij de definities die in de Awb gelden. Deze concepten hebben zich in het Nederlandse bestuursrecht en in het Europese gemeenschapsrecht onafhankelijk van elkaar ontwikkeld, en onder verschillende invloeden gestaan. Inhoudelijk verschillen ze dan ook nogal.

mr E. Steyger is hoofd van de afdeling Marktwerving B, Directoraat-Generaal voor de Economische Structuur, Ministerie van Economische Zaken.

1 Zie ook I.W. VerLoren van Themaat c.s., National application of Community Competition Law, *SEW* 1998, p. 137-148 op 138.

2 Zie hierover de MvT bij de Mw, TK 1995/1996, 24 707, no. 3, p. 14.

3 Hetgeen in artikel 53 Mw tot een uitgebreider zwijgrecht heeft geleid dan op grond van de Awb zou zijn verkregen, zie hierover M.P. Gerrits-Janssens, Het verdedigingsbeginsel en de Mw, *NTB* 1998, p. 196.

4 MvT Mw, TK 1995/1996, 24 707, no. 3, p. 10.

## Artikelen

Dat deze concepten uit elkaar lopen is in de gewone relatie tussen Nederlands bestuursrecht en communautair recht op zichzelf geen probleem. In het geval van de Mw zou dit anders kunnen zijn omdat bedoeld is de wet, qua strengheid, een analoge toepassing te geven aan het gemeenschapsrecht. Men kan zich afvragen of het gebruik van de Awb-concepten in de Mw deze wens niet ongedaan maken. Het is mijns inziens namelijk een illusie om te denken dat de materiële concepten uit de wet niet beïnvloed worden door de bestuursrechtelijke, nu die bestuursrechtelijke concepten ruimere beroepsmogelijkheden voor, onder andere, derden-belanghebbenden bieden. Dat feit alleen al kan leiden tot andere vragen in Nederlandse zaken dan die ooit het Hof van Justitie zouden bereiken. Dergelijke vragen kunnen de uitleg van de materiële concepten beïnvloeden.

Voor wat betreft de mogelijkheid in beroep te komen, tegen door de NMa genomen besluiten, en het begrip belanghebbende is het dan ook de vraag hoe de Nederlandse rechter de wet zal gaan uitleggen: in lijn met het Gemeenschapsrecht of in lijn met het gewone bestuursrecht.

De mogelijkheid in beroep te komen tegen besluiten is, zoals bekend, in het gemeenschapsrecht zeer beperkt. Dit geldt in het algemeen maar ook voor maatregelen in het kader van het mededingingsrecht. Het moet gaan om handelingen die maatregelen bevatten welke de belangen van de verzoeker kunnen aantasten doordat zij diens rechtspositie aanmerkelijk wijzigen.<sup>5</sup> Voorlopige standpunten, voorlopige oordelen in het kader van een procedure en rechtsoordelen over de toepasselijkheid van het Gemeenschapsrecht die als zodanig geen rechtsgevolgen hebben, horen hier niet toe.

De Nederlandse jurisprudentie ten aanzien van beroep tegen maatregelen die niet als beschikking in enge zin te kwalificeren zijn verschilt hiervan aanmerkelijk. Met name ten aanzien van rechtsoordelen heeft de Afdeling bestuursrechtspraak de nodige uitspraken gedaan, waaruit blijkt dat rechtsoordelen onder omstandigheden voor beroep vatbaar zijn. Uit die uitspraken blijkt dat het niet onmogelijk is wanneer het niet openstaan voor beroep van een rechtsoordeel onredelijk bezwarend is voor de appellant, omdat deze anders ofwel een strafvervolgning moet afwachten ofwel eerst een beschikking (i.c. vergunning) moet aanvragen terwijl hij niet eens weet of dat nodig is.<sup>6</sup>

En ook al is de Afdeling Bestuursrechtspraak niet de rechter die het eindoordeel in zaken betreffende de Mw velt, ook het CBB wijst rechtsoordelen als voor beroep vatbare besluiten niet zonder meer af, indien het rechtsoordeel wordt uitgesproken door het bestuursorgaan dat over de toepassing of de interpretatie van de desbetreffende regeling in eerste instantie bevoegd is te oordelen.<sup>7</sup>

Dit roept bijvoorbeeld de vraag op of een oordeel betreffende de reikwijdte van het verbod van artikel 6 en de vraag of een ontheffing nodig is van dat verbod, voor beroep vatbaar is. Men kan zich voorstellen dat een dergelijk oordeel aan de NMa gevraagd wordt, alvorens men de

procedure om een ontheffing aan te vragen ingaat. Uit de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak valt geen eenduidig antwoord af te leiden, aangezien de Afdeling met de vraag of rechtsoordelen voor beroep vatbare beslissingen zijn, in de woorden van Michiels, nogal chaotisch omgaat.<sup>8</sup> Niettemin roept de hier bovengenoemde lijn van onredelijke benadeling van de appellant, die Michiels zelf als eerste signaleert, juist voor artikel 6 Mw die vraag op. Wanneer een rechtsoordeel over de toepasselijkheid van artikel 6 niet voor beroep vatbaar is, moet de appellant ofwel een ontheffing aanvragen ofwel het risico lopen van toepassing van het verbod en dientengevolge de nietigheid van de overeenkomst. Of dat onredelijk bezwarend is, valt af te wachten, maar ondenkbaar is het niet. Met andere woorden: als het CBB deze jurisprudentie gaat toepassen op de Mw is het geenszins ondenkbaar dat het rechtsoordeel dat het verbod al dan niet van toepassing is, wordt aangemerkt als, of gelijkgesteld met een voor beroep vatbaar besluit.

De gevolgen van het als een besluit aanmerken van een rechtsoordeel in de Mw ten opzichte van het Europese recht zijn tweërlei. Om te beginnen levert dit ruimere beroepsmogelijkheden op dan die welke in het EG-mededingingsrecht bestaan. Weliswaar kent het EG-verdrag ten aanzien van het verbod van artikel 85 wel de negatieve verklaring, maar ook daaraan worden de vereisten gesteld die aan andere communautaire beschikkingen worden gesteld. Een enkele mededeling wordt niet als een beschikking aangemerkt.<sup>9</sup>

Bovendien levert dit een beroepsmogelijkheid op voor derden-belanghebbenden, die het Europese recht niet kent. Even voor de goede orde: er zit toch al enig licht tussen wie op communautair niveau als belanghebbenden worden aangemerkt en wie in het Nederlandse bestuursrecht als zodanig geldt. In het Europese recht is de belanghebbende slechts diegene die door de beschikking rechtstreeks en individueel wordt geraakt, hetgeen betekent dat de appellant in een bijzondere hoedanigheid moet verkeren die hem ten opzichte van ieder ander karakteriseert en hem derhalve individualiseert op soortgelijke wijze als de adresstaat van de beschikking.<sup>10</sup> Deze formulering komt er nog altijd op neer dat de appellant slechts belanghebbende is als hij geen deel uitmaakt van een algemene en abstracte categorie van belanghebbenden. Hoewel deze definitie in de loop der jaren wel iets is afgezwakt, is het nog steeds niet zo dat het enkele hebben van een belang een appellant

5 Zie recent zaak T-186/94, Guérin Automobiles, Jur. 1995, p. II-1753.

6 ABR 15 september 1997, AB 1998/8, met noot PvB.

7 CBB 10 maart 1998, AB 1998/249.

8 Zie het overzicht van de rechtspraak terzake in F.C.M.A. Michiels, Rechtsoordelen zonder rechtsbescherming, AA 47 (1998) 7/8, p. 695-699.

9 Onder meer gevorderde zaken 253/78 en 1-3/79, Giry, Guerlain c.s., Jur. 1980, p. 2327; zie ook recent T-9/93, Schöller Lebensmittel, Jur. 1995, p. II-1611.

10 Zaak 52/62, Plaumann, Jur. 1963, p. 205.

## A r t i k e l e n

tot belanghebbende in de zin van artikel 173 kwalificeert.<sup>11</sup>

De Nederlandse definitie van belanghebbende gaat wel uit van abstracte categorieën. In Nederland is het enkele hebben van een juridisch relevant belang genoeg om ontvankelijk te zijn in bezwaar en beroep; de extra eis dat men op dezelfde wijze geïndividualiseerd moet zijn als de adresstaat wordt niet gesteld. Dit betekent dat de kring van derden-belanghebbenden in het Nederlandse recht in het algemeen vele malen groter is dan die in het Europese recht.<sup>12</sup>

In combinatie met een eventuele bezwaar- en beroepsmogelijkheid tegen rechtsoordelen over de Mw kan het veel uitgebreidere belanghebbende-begrip uit het Nederlandse recht met name de beroepsmogelijkheden van derden-belanghebbenden vergroten in vergelijking met het Europese recht. Omdat de derden-belanghebbende in het Europese recht op gelijke wijze gekwalificeerd moet zijn als de geadresseerde van een beschikking, heeft deze überhaupt al weinig kans in beroep. Een gewone concurrent is in de meeste gevallen eerder niet dan wel aan te merken als derden-belanghebbende. Bovendien is het opkomen tegen rechtsoordelen niet mogelijk. Zijn derden-belanghebbende collega in het Nederlandse recht heeft deze mogelijkheid nu juist wel.

Het enkele feit dat een derden-belanghebbende tegen een rechtsoordeel over de toepasselijkheid van artikel 6 in beroep zou kunnen komen, zou er toe kunnen leiden dat andere elementen dan die welke in het Europese recht omtrent de toepasselijkheid van artikel 85 in aanmerking worden genomen in een eventuele beroepszaak. En hoewel daar op dit moment nog geen definitieve uitspraken over te doen zijn, is het niet uitgesloten dat deze elementen hun invloed uitoefenen zowel op de interpretatie van de begrippen uit artikel 6 Mw als op de wijze waarop dit artikel zal worden toegepast.

Dit alles leidt ertoe dat het criterium dat de Mw niet strenger of soepeler mag worden toegepast dan het Europese recht in elk geval voor de bezwaar- en beroepsmogelijkheden nog nader bekeken zal moeten worden in de rechtspraak. Het gaat hier overigens niet om een juridisch probleem, maar veeleer om een probleem dat de wetgever met haar wens tot gelijke toepassing gecreëerd heeft. De nationale rechter is volledig bevoegd om de eigen procesregels toe te passen op de wijze waarop deze dat nodig vindt (de Mw als zodanig valt binnen de autonome nationale bevoegdheid, dus zeker de procesregels), daarmee kan echter het honoreren van de wens van de wetgever in gevaar komen. Het is overigens niet zeker dat ruimere bezwaar- en beroepsmogelijkheden per definitie leiden tot een andere toepassing van de wet als zodanig; echter als dat wel zo is zou dat een reden kunnen zijn om deze in te perken en daarmee een afwijking te gaan creëren van de rest van het Nederlandse bestuursrecht.

### De bestuurlijke boete en de vage concepten in het gemeenschapsrecht

Eén van de relatieve nieuwigheden van de Mw in het

Nederlandse recht is de opnemng van de bestuurlijke boete. Weliswaar krijgt de bestuurlijke boete langzaam aan vaste grond onder de voeten, het werken ermee of de keuze ervoor in wetgeving lijkt ook nu nog geen vanzelfsprekendheid.

De boete in de Mw heeft nog een extra dimensie verleken met die in andere wetten juist door de vele verwijzingen naar het gemeenschapsrecht en het doorwerken van de jurisprudentie van het Hof van Justitie in de in de wet gebruikte concepten. Sterker nog: men kan zich afvragen of het binnen het Nederlandse bestuursrecht op den duur als acceptabel gezien zal worden, dat door middel van een bestuurlijke boete overtredingen van bepalingen worden gesanctioneerd, waarvan de inhoud en de betekenis niet door de Nederlandse rechter wordt bepaald, maar door het Hof op basis van situaties die niet aan Nederland zijn gerelateerd of zich daar in hoofdzaak in afspelen maar aan het communautaire grondgebied en het communautaire recht. Ik zal deze vraagstelling hieronder nader uitwerken.

Zoals hierboven al gezegd is de Mw qua materieel recht geënt op het Europese mededingingsrecht. Er was een goede reden tot deze aansluiting bij het Europese recht. De artikelen 85 en 86 begonnen steeds meer hun invloed uit te oefenen binnen de nationale grenzen, ook al is hun reikwijdte beperkt tot grensoverschrijdende handel. De onder de Wet economische mededinging bestaande discrepanties tussen het Europese en Nederlandse mededingingsrecht leverde een merkwaardig en weinig consistent beeld op, dat met name na de aanscherping van het beleid op basis van deze wet duidelijk werd. De wet zelf liet simpelweg te veel ruimte vergeleken bij het EG-recht. Het vastleggen van dat nieuwe beleid in een wet die materieel praktisch gelijk is aan het EG-verdrag is eigenlijk de enige zinvolle manier om hier mee om te gaan.<sup>13</sup>

De problemen met de incorporatie van dit stukje Europees recht in het Nederlandse bestuursrecht zijn met deze constatering echter niet opgelost. Het Europese recht, en zeer zeker de mededingingsbepalingen in het verdrag, zijn uitermate basaal en de uitleg ervan is in laatste instantie voorbehouden aan het Hof van Justitie en veel minder aan de communautaire wetgever. De uitleg van de termen in het EG-verdrag heeft zich ontwikkeld door middel van de beschikkingenpraktijk van de Commissie en de daarop uiteindelijk gebaseerde jurisprudentie. De interpretatie van

11 De ruimte ontbreekt om hierop in te gaan. Zie onder meer gevorderde zaken T-528/93, T-542/93, T-543/93, T-546/93, *Metropole Television c.s.*, Jur. 1996, p. II-649.

12 Voor de geïnteresseerden: de uitspraak in zaak 6/68, *Zuckerfabrik Watenstedt*, Jur. 1968, p. 569 zou voor een Nederlandse rechter vermoedelijk niet alleen een appellabel besluit hebben opgeleverd, maar tevens erkenning van de groep ondernemingen als belanghebbenden.

13 In dit verband wil ik als zijlijn opmerken dat er geen enkele Europees-rechtelijke verplichting bestond om dit te doen. Ik ben het dan ook niet eens met de opmerkingen van Mortelmans in zijn paper 'Reregulation of Dutch Competition Law under the influence of EC competition Law: A Brussels Horse enters the Dutch Polders' gepresenteerd op het congres 'Institutions, Markets and (Economic) Performance, 11/12 Dec. 1997, p. 5 dat de Mw een toepassing is van artikel 5 EG-verdrag.

## Artikelen

de terminologie is overigens nog niet 'af'; al naar gelang de beschikkingenpraktijk van de Commissie en de aan het Hof voorgelegde zaken wordt er nog steeds inhoud aan gegeven. Dit levert interpretaties op die soms verrassend<sup>14</sup> en soms verwarrend<sup>15</sup> wegens gebrek aan eenduidigheid kunnen zijn.

Juist dit kan een probleem gaan vormen voor wat betreft de rechtsbescherming in het kader van het Nederlandse bestuursrecht. Dit probleem heeft twee vormen en speelt vooral bij het eventueel opleggen van een bestuurlijke boete. Het eerste is dat in het Nederlandse recht met name voor wat betreft de sanctionering van overtredingen, ook als het bestuurlijke sanctionering is, uitgaat van het principe dat zo exact mogelijk is omschreven welke norm, bij overtreden, op welke wijze gesanctioneerd wordt. Dit levert voor een aantal wetten specifieke lijsten op van de hoogte van de boete gerelateerd aan de precieze omschrijving van de begane overtreding.

Dit is, zoals hierboven aangegeven, niet zo gemakkelijk te realiseren in het kader van de Mw, juist omdat de precieze inhoud van de norm uiteindelijk wordt vastgesteld door het Hof en niet door een Nederlandse rechter. Codificatie van die norm is dan ook niet gewenst, omdat het Hof de inhoud ervan naar aanleiding van een nieuw concreet geval kan wijzigen. Dit betekent dat de kenbaarheid van de inhoud van de norm niet zo eenvoudig ligt, als wanneer het gaat om de invulling van een 'puur' Nederlandse norm die gesanctioneerd wordt met een bestuurlijke boete. Bovendien levert een nieuwe interpretatie van artikel 85 van het Hof op nationaal niveau, in een declaratoire uitspraak, door middel van de doorwerking naar de Mw een nieuwe norm op, die dus nieuwe overtreders oplevert. Ondernemingen die te klein zijn om normaal gesproken met de Europese mededingingsregels in aanraking te komen worden daar nu op nationaal niveau door overvallen.

Nu zal het wel niet zo snel gebeuren dat ondernemers beboet worden voor een handelen, waarvan het Hof pas recent besliste dat het gedekt wordt door het verbod van artikel 85 of 86. Het aan de oplegging voorafgaande onderzoek staat daar wel borg voor. En zelfs als de NMa met grote voortvarendheid wel een sanctie zou opleggen, dan kan de appellatant altijd nog een beroep doen op het derde lid van artikel 56 Mw, waarin is opgenomen dat de D-G NMa geen boete oplegt indien de natuurlijke of rechtspersoon aan wie de boete wordt opgelegd aannemelijk kan maken dat hem geen verwijt kan worden gemaakt van de overtreding. Hoewel de toelichting bij dit artikellid niet over deze situatie rept, ga ik ervan uit dat deze situatie daardoor wel gedekt wordt. Maar ook wanneer met nieuwe interpretaties vanuit het Europese recht op prudente wijze wordt omgegaan, dan blijft staan dat er een behoorlijke zware sanctie is gelegd op de overtreding van wetsartikelen, waarvan de inhoud van de overtreding door de in die artikelen opgenomen verwijzing naar het EG-verdrag, niet alleen niet wordt bepaald op het Nederlandse niveau, en waarvan bovendien de inhoud wordt bepaald aan de hand

van uitspraken van een niet-Nederlandse rechter welke zien op zaken die mogelijk geen relatie hebben met de Nederlandse situatie.

Een tweede situatie maakt het geheel nog ingewikkelder. Begrippen die in de Mw aan de orde zijn, zijn soms nog niet op het communautaire niveau ingevuld. Daarvoor kunnen verschillende oorzaken bestaan, waaronder het feit dat een mededingingsbeperking op het communautaire niveau geen raakvlak heeft met die begrippen. Men kan in dit verband denken aan het ondernemingsbegrip,<sup>16</sup> waarbij op nationaal niveau de vraag of een bepaalde gesubsidieerde instelling als onderneming moet worden aangemerkt belangrijk kan zijn, terwijl de Commissie nog niet geconfronteerd wordt met communautair mededingingsrechtelijke problemen ten aanzien van die sector.<sup>17</sup>

Om bij het voorbeeld van het ondernemingsbegrip te blijven: dit impliceert dat op nationaal niveau een begrip wordt ingevuld, waarvan de inhoud in het Europese recht onduidelijk is. Als dergelijke door de NMa tot onderneming bestempelde entiteiten activiteiten gaan verrichten welke in strijd zijn met artikel 6 of 24 lopen zij uiteindelijk het risico van een boete. Niettemin is het niet uitgesloten dat, indien het tot een procedure op basis van het Europese recht komt, het Hof van Justitie op basis van de aldaar ingebrachte argumenten anders oordeelt over de status van desbetreffende entiteiten. En wat dan?

Om ieder misverstand te vermijden: de NMa en de Nederlandse rechter hebben zonder meer de bevoegdheid om over dit soort aangelegenheden te oordelen binnen de kaders die in de bestaande jurisprudentie te vinden zijn, maar hetgeen mogelijk een andere uitleg oplevert dan het Hof van Justitie gegeven zou hebben in een aan hem voorgelegde zaak. Ook als het Hof later tot een tegenovergestelde conclusie komt ten aanzien van de status van zo'n entiteit verandert dit op zich niets aan rechtsgeldigheid van de uitspraak van de Nederlandse rechter, die immers naar beste weten de verplichting onder de Mw heeft vervuld.

14 Het voert te ver om hier diep op in te gaan. Eén voorbeeld wil ik noemen namelijk de beschikking in UK Agricultural Tractor Registration van 13 maart 1992, waarin de Commissie een afspraak tot uitwisseling van gegevens verbood vanwege de oligopolistische structuur van de markt welke zowel door het Gerecht van Eerste Aanleg als het Hof in hoger beroep in stand is gelaten (Zaak C-7/95 P. John Deere vs. Commissie, van 25-07-1998, Jur. 1998, nng).

15 Zie onder meer de jurisprudentie omtrent de 'essential facilities' (met betrekking tot artikel 86) doctrine, die lange tijd onhelder was; zie ook zaak C-7/97, Bronner vs. Mediaprint, 26 november 1998, Jur. 1998, nng.

16 Bijvoorbeeld: bij het opstellen van de Mw was er tussen verschillende departementen een stevig meningsverschil over de status van ziekenfondsen, hetgeen uit de vage opmerkingen daarover in de MvT nog af te leiden valt, TK 1995/96, 24 707, no. 3, p. 22-23.

17 Zie bijvoorbeeld NMa-beschikking nr. 165/Sophia Ziekenhuis-Ziekenhuis/Verpleeghuis de Weezenlanden, waarin in verband met een voorgenomen fusie ziekenhuizen als onderneming in de zin van artikel 1 aanhef en onder f Mw worden aangemerkt. Hoewel de NMa zich in deze beschikking baseert op een aantal uitspraken van het Hof, kan uit die uitspraken niets beslissends ten aanzien van de status van ziekenhuizen worden afgeleid, gezien het feit dat deze uitspraken praktisch alle op het vrij verkeer van (medische) diensten betrekking hebben.

## Artikelen

Maar gezien het verlangen aan te sluiten op, en vrijwillig te harmoniseren met het Europese Mededingingsrecht kan dat wel zuur uitpakken voor de desbetreffende entiteiten.

Een oplossing hiervoor kan uiteraard gevonden worden in overleg op bestuurlijk niveau tussen de NMa en de Commissie over de begripsbepaling. De vraag is of, nadat de NMa zijn beschikking heeft gegeven, de mogelijkheid tot pre-judiciële vragen aan het Hof over de interpretatie van die begrippen mogelijk zou zijn. In de literatuur<sup>18</sup> is verdedigd dat dit op basis van de arresten Leur-Bloem<sup>19</sup> en Giloy<sup>20</sup> het geval kan zijn. Hoewel de redenering van Schers en Vollebregt zeker merites heeft, is dit overigens niet zeker, aangezien blijft staan dat de Mw autonoom Nederlands recht betreft en niet, zoals in de zaak Leur-Bloem richtlijnimplementatie dan wel, zoals in de zaak Giloy, overeenkomstige toepassing van een verordening-bepaling.

In het arrest Bronner<sup>21</sup>, waar het ging om interpretatie van autonoom nationaal recht zij het zonder een met de Mw vergelijkbare verwijzigingsbepaling, vermijdt het Hof elk antwoord op prejudiciële vragen omtrent de vergelijkbaarheid van de Oostenrijkse Kartellgesetz met, in dit geval, artikel 86 EG-verdrag. In deze zaak stelde het Oberlandesgericht Wien dat er per definitie sprake is van misbruik van machtspositie in de zin van de Oostenrijkse Kartellgesetz indien de gedraging als misbruik van machtspositie in de zin van artikel 86 EG-verdrag wordt gezien. De vraag aan het Hof van Justitie betrof daarmee dus eigenlijk een vraag naar de interpretatie van de Kartellgesetz. Het Hof beantwoordde echter alleen de vraag of er misbruik van machtspositie in de zin van artikel 86 kan worden geconstateerd. Daarmee zei het Hof nadrukkelijk niets over artikel 35 Kartellgesetz. Uit Bronner valt af te leiden dat het Hof op vragen omtrent de Kartellgesetz sec. überhaupt geen antwoord zou hebben gegeven, gezien het feit dat een dergelijke vraag geen uitleg van communautair recht zou hebben betroffen.

Kennelijk is het zo dat, wil het Hof een interpretatie van communautair recht geven ter facilitering van de uitleg van het vrijwillig geharmoniseerd nationaal recht, er in de aan hem voorgelegde zaak in elk geval een connectie met het desbetreffende communautaire recht moet zijn.<sup>22</sup>

Maar zelfs als het Hof zichzelf bevoegd zou achten om de begrippen uit de Mw uit te leggen, dan nog blijft staan dat de wijze waarop de burger (of in dit geval ondernemingen) kennis kan nemen van de inhoud van de overtredingen van de Mw niet te vinden is in de wet zelf of in de daarop gebaseerde besluiten. Daarmee wijkt deze wet fors af van wat in het bestuursrecht gebruikelijk is, en, zoals hierboven beschreven, heeft dat met name voor de sancties op die overtredingen forse consequenties.

Deze oriëntatie van de Mw op het EG-verdrag kan er dientengevolge toe leiden dat er een disharmonie ontstaat tussen de wet en het gewone bestuursrecht. Gezien het feit dat de wet wel deel uitmaakt van het gewone bestuursrecht en dus ook met typisch Nederlandse rechtsbeschermings-

concepten zal moeten werken, is op dit moment de vraag in hoeverre deze disharmonie, juist als het gaat om een gevoelig punt als de bestuurlijke boete, binnen het Nederlandse recht acceptabel is, nog niet te beantwoorden.

### Een tentatieve conclusie

In het bovenstaande heb ik, zonder ook maar enige pretentie van volledigheid, twee problemen besproken die een rol kunnen gaan spelen bij de rechtsbescherming van de door de verboden uit de Mw getroffen burger. Deze problemen komen vooral voort uit het feit dat de Mw geënt is op een ander rechtssysteem dan het rechtssysteem waarbinnen zij moet worden toegepast.

Bij het opstellen van de Mw is terecht aangesloten op het materiële Europese recht; het zou buitengewoon inefficiënt zijn geweest als dat niet was gedaan. Waar echter geen rekening mee gehouden kon worden, is dat het bestuursrecht, nationaal of communautair, eveneens zijn invloed uitoefent op de toepassing van het materiële recht uit die wet.

Dit leidt in de toekomst tot één van twee gevolgen. Ofwel de NMa, en in procedures bij de rechter de Rechtbank Rotterdam en het CBB, richt(en) zich overwegend naar het Europese bestuursrecht, ofwel hij(zij) richt(en) zich meer naar het nationale. Voordeel van de exclusieve competentietoedeling in de wet is dat zij die keus in relatieve afzondering kunnen maken.

Op welke wijze de Mw ook geïnterpreteerd gaat worden; het leidt altijd tot disharmonie met één van de rechtstelsels waarop is aangesloten. Indien de rechter voor wat de bestuursrechtelijke begrippen betreft aansluiting zoekt bij het Europese recht levert dit een divergentie op met het Nederlandse bestuursrecht. Zoekt hij daarentegen aansluiting bij het nationale bestuursrecht, dan is het nog maar de vraag of de intentie van een analoge toepassing aan het Europese mededingingsrecht een haalbare kaart is. Voor wat betreft het materiële recht waarin vage begrippen en het incorporeren van de jurisprudentie van het Hof van Justitie is de divergentie met het Nederlandse recht in de wet zelf ingebakken, met name waar het gaat om de relatie met de sanctionering. Of dat op den duur binnen de Nederlandse rechtscultuur aanvaardbaar wordt geacht is niet zeker.

Daarnaast is interessant of het nationale bestuursrecht als geheel zich door de 'vreemdeling' genaamd Mw zal laten beïnvloeden of dat de wet een separaat bestaan

18 Y. Schers, E. Vollebregt, De wachters bewaakt, Interpretatie van de nieuwe Mededingingswet door het HvJ EG, *NJB* 1998, p. 555-559.

19 Zaak C-28/95, Leur-Bloem vs. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2, *Jur.* 1997, p. 1-4161.

20 Zaak C-130/95, B. Giloy vs. Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost, *Jur.* 1997, p. 1-4291.

21 Zaak C-7/97, Oskar Bronner vs. Mediaprint, 26 november 1998, *Jur.* 1998, nng.

22 Zie hierover uitgebreider E. Steyger, Spontane harmonisatie van materieel nationaal recht onder invloed van het Europese recht, *RegelMaat* 1999 no. 2, nog te verschijnen.

## A r t i k e l e n

zal gaan leiden in een kleine bestuursrechtelijke enclave. Naarmate de bestuurlijke boete meer gemeengoed zal worden, kan men zich voorstellen dat aanpassing van het Nederlandse Mededingingsrecht aan het overige nationale bestuursrecht op dat punt als gewenst wordt gezien. Dat zou echter ten koste gaan van de efficiëntie die met de verwijzingsbepalingen beoogd wordt richting 'Brussel'. Anderzijds is het natuurlijk niet uitgesloten dat met de Mw wat meer Europees bestuursrechtelijke concepten hun intrede gaan doen in het Nederlandse bestuursrecht, dat onder die invloed als geheel dichterbij het Europese terecht zou kunnen komen.

Mortelmans typeerde de Mw als een Brussels paard in de Hollandse polder.<sup>23</sup> Ik ben het met hem eens dat de wet vol zit met onhollandse invloeden. Het valt echter nog te bezien hoe deze allochtone inwoner zich zal ontwikkelen: laat zij zich verleiden tot het eten van nationaalrechtelijke boerenkool of gaat zij het Nederlandse bestuursrecht verrijken met Europeesrechtelijke waterzooi?

---

23 Mortelmans o.c. noot 11.