

A n n o t a t i e s

MASTERFOODS, ZAAK C-344/98

HvJ, 14 december 2000, n.n.g., betreffende een prejudiciële vraag van de Supreme Court (Ierland) in de aldaar aanhangige gedingen tussen Masterfoods Ltd en HB Ice Cream Ltd en tussen HB Ice Cream Ltd en Masterfoods Ltd (optredend onder de naam Mars Ireland).
(m.nt. dr. R. Wesseling)

Inleiding

De Koude Oorlog tussen Unilever (HB Ice Cream Ltd.) en Mars (Masterfoods Ltd.) wordt op vele fronten gestreden.¹ De hier besproken zaak 'Masterfoods' heeft betrekking op de slag die op het Ierse territoir wordt geleverd. In die slag zijn naast hiervoor genoemde partijen ook de Commissie en nationale gerechten betrokken geraakt. De uitspraak die het Hof van Justitie in deze zaak heeft gedaan over de verhouding tussen de Europese Commissie en nationale rechters bij de toepassing van het Europees mededingingsrecht is niet alleen van belang voor de juridische praktijk, met name in verband met de voorgenomen decentralisatie van de toepassing van het Europees mededingingsrecht ('modernisering' genaamd), maar heeft ook belangrijke gevolgen voor de constitutionele cultuur van de Gemeenschap.

Feiten

Vanaf ongeveer 1990 begon Masterfoods (dochtervennootschap van de Amerikaanse vennootschap Mars

1 Zie voor Duitsland bijvoorbeeld de beschikkingen van de Commissie van 23 december 1992 in zaken IV/34.072, IV/31.533 en IV/34.072, Pb. EG 1993, L 183/1 en L 183/19 en de arresten van het Gerecht van eerste aanleg van 8 juni 1995 in zaken T-7/93 Langnese-Iglo t. Commissie, Jur. 1995, p. II-1533 en T-9/93 Schöller t. Commissie, Jur. 1995, p. II-1611, en van het Hof in het hoger beroep, C-279/95 P, Jur. 1998, p. I-5609.

A n n o t a t i e s

Inc.) in Europa voorverpakt ijs voor directe consumptie te verkopen. Masterfoods zette daarmee de aanval in op de sterke marktpositie van (nationale dochtermaatschappijen van) Unilever op het gebied van voorverpakt ijs voor directe consumptie (hierna gewoon 'ijsjes'). Bij haar pogingen substantieel toegang te krijgen tot deze markt stuitte Masterfoods in verschillende lidstaten van de EG op hetzelfde probleem. Een groot aantal van de exploitanten van ruimte die typisch geschikt is voor het verkopen van ijsjes (benzinstations, sigarenzaken, snackbars, kantines) werd beleverd door Unilever. Een typisch onderdeel van de distributieovereenkomst was dat Unilever de detailhandelaar gratis of tegen geringe kosten een vrieskist ter beschikking stelde van waaruit de verkopen plaatsvonden. Unilever stelde daarbij de voorwaarde dat uitsluitend het eigen ijs vanuit die vrieskisten verkocht mocht worden. De detailhandelaren waren dus niet verplicht uitsluitend Unilever-ijs te verkopen maar indien zij ijsjes van andere producenten wilden verkopen, moest dit vanuit een andere vrieskist gebeuren. Feitelijk maakte deze bepaling toetreding tot de markt moeilijker dan op het eerste gezicht zou kunnen lijken omdat een groot aantal van de ruimten van waaruit ijsjes verkocht worden zo klein bleek dat het voor de detailhandelaren lastig was meer dan één vrieskast te plaatsen. Hierdoor en doordat een groot aantal van de ruimten van waaruit ijsjes verkocht werden al door HB, de Ierse dochtervennootschap van Unilever, werden beleverd op het moment dat Masterfoods tot de ijsjesmarkt wilde toetreden, bleek toetreding moeilijk. Dit is althans het standpunt van Masterfoods in de onderhavige procedure. HB dacht hier uiteraard anders over.

Masterfoods ging niet bij de pakken neerzitten. Zij moedigde detailhandelaren in Ierland aan haar ijsjes toch te verkopen vanuit de door Unilever ter beschikking gestelde vrieskisten, aldus HB. HB slaagde er in 1992 in de Ierse High Court ervan te overtuigen dat het Masterfoods verboden moest worden detailhandelaren ertoe aan te zetten het exclusiviteitsbeding uit de overeenkomst met HB te overtreden door ijsjes van Masterfoods te doen verkopen vanuit de door HB exclusief ter beschikking gestelde vrieskisten. Masterfoods ging van deze uitspraak in beroep bij het Ierse Supreme Court.

In de tussentijd had Masterfoods in 1991 bij de Europese Commissie een klacht ingediend over het gedrag van HB. Na aanleiding daarvan bracht de Commissie twee jaar later punten van bezwaar uit tegen HB. Na overleg met HB, dat leidde tot aanpassingen in de exclusiviteitsbedingen, stuurde de Commissie HB in 1995 een troostbrief ('*comfort letter*'). De aanpassingen in de overeenkomst waren volgens de Commissie voldoende om de eerder geïdentificeerde beperking van de mededinging te voorkomen. Relatief kort daarna (gelet op de 4 jaar tussen de klacht en de troostbrief) veranderde de Commissie, mede naar aanleiding van opmerkingen van Masterfoods, echter radicaal van mening en bracht nieuwe punten van bezwaar uit aan HB. Op 11 maart 1998 nam de Commissie een beschikking

houdende dat het exclusiviteitsbeding in de overeenkomsten tussen HB en bepaalde detailhandelaren (te weten: die detailhandelaren die uitsluitend beschikken over door HB ter beschikking gestelde vrieskisten) inbreuk op artikel 81 lid 1 van het Verdrag maakten zonder dat zij in aanmerking kwamen voor ontheffing ingevolge artikel 81 lid 3. Tevens bepaalde de Commissie dat HB inbreuk op artikel 82 maakte door detailhandelaren die uitsluitend beschikken over één of meer door HB ter beschikking gestelde vrieskisten aan te zetten tot het sluiten van vrieskistovereenkomsten op voorwaarde van exclusiviteit.² HB heeft vervolgens (optredend onder haar nieuwe naam: Van den Bergh Foods Ltd.) beroep tot nietigverklaring van deze Commissiebeschikking ingesteld en, afzonderlijk, verzocht om schorsing van de tenuitvoerlegging van die beschikking tot het Gerecht van Eerste Aanleg in de hoofdzaak heeft beslist. De President van het Gerecht van Eerste Aanleg heeft dit laatste verzoek gehonoreerd.³

Arrest

In deze situatie diende het Hof van Justitie antwoord te geven op de volgende vragen van het Ierse Supreme Court:⁴

- a Dwingt de verplichting tot loyale samenwerking met de Commissie de Supreme Court ertoe in deze omstandigheden de behandeling van de zaak te schorsen totdat het Gerecht van Eerste Aanleg en, na een eventueel beroep, het Hof van Justitie hebben beslist op het verzoek tot nietigverklaring van de Commissiebeschikking van 11 maart 1998?
- b Staat een Commissiebeschikking zoals die van 11 maart 1998 gericht tot een particulier waarin het exclusiviteitsbeding onverenigbaar is verklaard met de artikelen 81 en 82 van het Verdrag eraan in de weg dat die particulier verzoekt om bevestiging van een voor hem gunstige, andersluidende beslissing van een nationale rechter over identieke of soortgelijke problemen in verband met de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, in een beroep tegen andersluidende beslissing bij de hoogste nationale rechterlijke instantie?

Voor het geval het antwoord op de eerste vraag, sub a, ontkennend zou worden beantwoord en het Supreme Court dus niet gehouden zou zijn de behandeling van het hoger beroep te schorsen, stelde het Supreme Court twee

2 Beschikking 98/531/EG van de Europese Commissie van 11 maart 1998 inzake een procedure op grond van de artikelen 85 en 86 (nu 81 en 82, rw) van het EG-Verdrag in zaken IV/34.073, IV.34.395 en IV/35.436 – Van den Bergh Foods Limited, Pb. E L 246/1.

3 Beschikking van de president van het Gerecht van eerste aanleg van 7 juli 1998, zaak T-65/98 R, Van den Bergh Foods t. Commissie, Jur. 1998, p. II-2641.

4 Gelet op de prejudiciële vragen had de president van de Vijfde kamer van het Gerecht de behandeling van het door Van den Bergh Foods ingestelde beroep tot nietigverklaring van de Commissiebeschikking van 11 maart 1998 bij beschikking van 28 april 1999 inmiddels geschorst totdat het Hof van Justitie antwoord op de prejudiciële vragen van het Supreme Court had gegeven.

A n n o t a t i e s

aanvullende, inhoudelijke vragen over de uitlegging van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag. Die vragen kwamen in wezen neer op de vraag of de uitleg die de Commissie in haar beschikking van 11 maart 1998 aan die artikelen had gegeven juist was. Het Hof heeft die vragen echter niet beantwoord omdat het, zoals hierna zal worden toegelicht, vraag a bevestigend beantwoordde.

Bij de beantwoording van de eerste vraag herinnert het Hof om te beginnen aan de eerder geformuleerde beginselen met betrekking tot de bevoegdheidsverdeling tussen de Commissie en nationale rechters bij de toepassing van het EG-mededingingsrecht. De Commissie heeft de taak over de toepassing van de in artikelen 81 en 82 van het Verdrag neergelegde beginselen te waken. Daarnaast dient zij de oriëntatie van het communautaire mededingingsrecht te bepalen, onder meer door beschikkingen te geven in individuele gevallen van bijzonder politiek, economisch of juridisch belang voor de Gemeenschap. Met uitzondering van artikel 81 lid 3 zijn nationale gerechten echter gelijkelijk bevoegd de artikelen 81 en 82 in individuele gevallen toe te passen.⁵

Vervolgens doet het Hof een algemene en cruciale uitspraak over de verhouding tussen de Commissie en nationale gerechten bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 (destijds 85 en 86) van het Verdrag:

*'Los van deze bevoegdheidsverdeling kan de Commissie bij de vervulling van haar door het Verdrag toegekende taak niet gebonden zijn aan een beslissing die een nationale rechter op grond van de artikelen 85 lid 1 en 86 van het Verdrag heeft gegeven. De Commissie mag dus op elk moment individuele beschikkingen houdende toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag geven, ook wanneer een nationale rechter reeds heeft beslist over een overeenkomst of een gedraging en de door de Commissie voorgenomen beschikking met die beslissing in tegenspraak is.'*⁶

Omgekeerd had het Hof in een eerdere zaak (Delimitis)⁷ al bepaald dat nationale gerechten wanneer zij zich uitspreken over overeenkomsten en gedragingen waarover nog een beschikking door de Commissie kan worden gegeven, beslissingen dienen te voorkomen die in tegenspraak zijn met een beschikking die de Commissie ter uitvoering van de artikelen 81 en 82 beoogt te geven. Hieruit volgt, aldus het Hof in het arrest Masterfoods, dat nationale gerechten wanneer zij zich uitspreken over overeenkomsten of gedragingen ten aanzien waarvan de Commissie al een beschikking heeft gegeven geen beslissingen mogen nemen die tegen de beschikking indruisen, ook al is een dergelijke uitspraak in tegenspraak met de beslissing van de nationale rechterlijke instantie in eerste aanleg. Het feit dat de President van het Gerecht de uitvoering van de Commissiebeschikking heeft geschorst, is in dit verband niet van belang omdat handelingen van gemeenschapsinstellingen in beginsel worden vermoed rechtsgeldig te zijn zolang zij niet nietig zijn verklaard of zijn ingetrokken.

Indien de nationale rechter sterke twijfels heeft over de geldigheid van de Commissiebeschikking kan hij hierover wel een prejudiciële vraag stellen aan het Hof van Justitie.⁸ Ten slotte merkt het Hof nog op dat de nationale rechter indien hij de behandeling van de zaak schorst, dient te onderzoeken of voorlopige maatregelen moeten worden getroffen om de belangen van partijen tot het moment van de eindbeslissing te beschermen.

Commentaar

De processuele uitkomst van dit arrest is opmerkelijk. Er is een uitspraak van de nationale Ierse rechter in eerste instantie houdende dat het distributiesysteem van HB niet in strijd is met de artikelen 81 en 82 van het Verdrag en dat Masterfoods detailhandelaren er dus niet toe mag aanzetten haar producten te verkopen uit de door HB exclusief ter beschikking gestelde vrieskisten. Daarnaast is er een latere uitspraak van de Commissie waaruit volgt dat het distributiesysteem wél in strijd is met de artikelen 81 en 82 en de exclusiviteitsbepaling derhalve nietig. De uitvoering van deze Commissiebeschikking is echter geschorst door de President van het Gerecht. De nationale beroepsrechter – het Ierse Supreme Court – mag desalniettemin geen beslissing nemen die indruist tegen de beschikking van de Commissie (de uitspraak van de President dient wat dit betreft niet in aanmerking genomen te worden) maar dient de behandeling van de zaak volgens het Hof te schorsen. Schorsing van de beroepsprocedure voor het Supreme Court zorgt er in de onderhavige situatie echter voor dat de uitspraak van de Ierse rechter in eerste aanleg, die anders luidde dan de beschikking van de Commissie, in feite overeind blijft. Hoewel de nationale rechter uit moet gaan van de geldigheid van de Commissiebeschikking leidt de schorsing van de uitvoering van die beschikking door de President van het gerecht in combinatie met de verplichting de nationale zaak te schorsen er in de praktijk dus toe dat Masterfoods niet kan profiteren van de voor haar gunstige Commissiebeschikking die voorrang zou moeten hebben.

5 Artikel 9 lid 1 van Verordening 17/62 bepaalt expliciet dat de Commissie uitsluitend bevoegd is ontheffingen te verlenen. In verband met het moderniseringsprogramma van de Commissie, zoals verwoord in de conceptverordening ter vervanging van Verordening 17/62, waarvan opheffing van deze exclusiviteit een cruciaal element vormt, is de vraag gerezen of de exclusieve bevoegdheid van de Commissie om artikel 81 lid 3 van het Verdrag toe te passen niet reeds voortvloeit uit (het systeem van het) Verdrag zelf. Daardoor zou intrekking van artikel 9 lid 1 van Verordening 17/62 aan de exclusiviteit niets kunnen veranderen. Het Hof heeft zich over deze kwestie in de onderhavige zaak echter niet uitgelaten.

6 Paragraaf 48.

7 Zaak C-234/89 Delimitis t. Henninger Bräu, Jur. 1991, p. I-935.

8 Indien tegelijkertijd een rechtstreeks beroep bij het Gerecht is ingesteld tot nietigverklaring van de Commissiebeschikking door een partij waaraan de beschikking geadresseerd is, zal het antwoord op een dergelijke prejudiciële vraag van de nationale rechter – indien dit eerder wordt gegeven – een preëemptief effect op de beslissing van het Gerecht hebben.

A n n o t a t i e s

Interessanter dan deze uitzonderlijke situatie in dit specifieke geval zijn echter enkele algemene gevolgen van het arrest van het Hof. Het meest in het oog springend is het oordeel van het Hof dat nationale gerechten niet een uitspraak mogen doen die indruist tegen een beschikking van de Commissie. Dit oordeel is ten eerste opvallend omdat uit eerdere jurisprudentie van het Hof juist viel af te leiden dat beschikkingen van de Commissie de nationale rechter niet kunnen binden, hoewel dergelijke beschikkingen, net als informele uitingen van de Commissie, elementen kunnen verschaffen die voor het oordeel van de nationale rechter van belang kunnen zijn.⁹ Uit het Masterfoods arrest blijkt dat de nationale rechter wél gebonden is aan een beschikking van de Commissie. Dit beperkt de autonomie van de nationale rechter aanzienlijk, hetgeen van invloed zal zijn op het enthousiasme waarmee justitiabelen in de toekomst zullen kiezen voor een procedure voor de nationale rechter als substituut voor het indienen van een klacht bij de Europese Commissie. Uit Masterfoods blijkt dat deze opties eerder complementair dan onderling verwisselbaar zijn en dat beide wegen ook in de toekomst meestal tegelijkertijd bewandeld zullen worden. Hoewel het gevaar van tegenstrijdige uitspraken op basis van de door het Hof in het arrest Masterfoods geformuleerde beginselen beperkt zal zijn, is de kans op snelle en zelfstandige beslissingen van nationale rechters immers evenredig klein. In deze omstandigheden is het onwaarschijnlijk dat het moderniseringsprogramma van de Commissie, dat beoogt decentrale toepassing van de Europese mededingingsregels door nationale gerechten tot de norm te maken, een succes zal blijken.

Dit geldt temeer waar de Masterfoods-zaak in alle opzichten lijkt te kwalificeren als een zaak zonder 'communautair belang'. Volgens de Commissie bestaat geen communautair belang indien een belanghebbende onderneming zijn rechten adequaat door nationale rechterlijke instanties kan doen beschermen. Aan die voorwaarden was in het onderhavige geval ogenschijnlijk voldaan – behalve dan dat het oordeel van de nationale rechter voor de klager (Masterfoods) minder positief luidde dan het oordeel van de Commissie. Bovendien was voldaan aan de voorwaarden waaronder toepassing van de mededingingsrechtelijke bepalingen volgens de Commissie beter door nationale gerechten dan door de Commissie kan worden gedaan (bijvoorbeeld doordat de mogelijkheid bestaat schadevergoeding te vorderen, dat de nationale rechter beter op de hoogte zou zijn van de situatie op de nationale markt en dat de vordering gebaseerd kan worden op een combinatie van nationaal en Europees recht).¹⁰

Uit het arrest van het Hof in de onderhavige zaak vloeit voort dat het oordeel van de (zichzelf minder geschikt achtende) Commissie desalniettemin te allen tijde boven dat van de nationale rechter gaat. De Masterfoods zaak toont daarom eens te meer aan dat het theoretische onderscheid dat sinds de uitspraak van het Gerecht in de zaak 'Automec II' wel wordt gemaakt tussen enerzijds de

rol van de Commissie, verantwoordelijk voor de uitvoering en de oriëntatie van het mededingingsbeleid en daartoe handelend in het algemeen belang, en anderzijds die van nationale rechters, verantwoordelijk voor de handhaving van de subjectieve rechten van particulieren in hun onderlinge betrekking, weinig verhelderend is.¹¹

Uit constitutioneel perspectief is het uitgangspunt van het Hof over de verhouding tussen het Europees bestuur en de rechter interessant. De uitspraak van het Hof impliceert dat de interpretatie die het bestuur van de Gemeenschap (de Commissie) geeft aan verdragsartikelen in beginsel boven de toepassing van diezelfde bepalingen door onafhankelijke (nationale) rechters gaat. Hoewel opmerkelijk in het licht van de in de lidstaten gebruikelijke scheiding der machten en het door artikel 6 EVRM beschermde recht op toegang tot een onafhankelijke rechter bij de vaststelling van rechten en verplichtingen van individuen, zou deze constitutionele structuur kunnen voortvloeiën uit het *sui generis* karakter van de quasi-federale structuur van de Gemeenschap.¹² Beschikkingen van de supranationale Commissie zouden dan boven uitspraken van nationale gerechten gaan, maar de Commissie zou zelf worden gecontroleerd door de onafhankelijke rechters van het Hof van Justitie.

Wat er van een dergelijke constitutionele hiërarchie ook gedacht kan worden, deze valt slecht te rijmen met het eerder door het Hof verwoorde beginsel dat een nationale rechter die de rechtstreeks werkende mededingingsrechtelijke bepalingen uit het Verdrag toepast dit doet 'als gewone communautaire rechter'.¹³ Artikel 81 lid 1 en artikel 82 van het Verdrag brengen immers rechtstreekse gevolgen teweeg in de betrekkingen tussen particulieren en doen voor justitiabelen rechten ontstaan die nationale rechters dienen te handhaven.¹⁴ De uit het Masterfoods-arrest voortvloeiende beperking van de bevoegdheid van de nationale rechter om de artikelen 81 lid 1 en 82 van het Verdrag volledig onafhankelijk van het bestuur van de Gemeenschap toe te passen, lijkt niet verenigbaar met de verplichting deze bepalingen als gewone communautaire rechter in volstreekte onafhankelijkheid toe te passen.

Ten aanzien van de constitutionele structuur van de gemeenschap valt verder de onevenwichtigheid op die

9 Zie bijvoorbeeld de samenvatting van deze rechtspraak door de Commissie in de Bekendmaking over de samenwerking tussen de Commissie en nationale rechters in mededingingszaken, Pb. EG 1993 C 39/6, paragraaf 20. Zie ook het arrest van het Gerecht van eerste aanleg in de gevoegde zaken T-125 en 127/97, Coca Cola t. Commissie, Jur. 2000, p. II-1733.

10 Zie de Commissie bekendmaking over samenwerking met rechters, hiervoor aangehaald in 9.

11 Zaak T-24/90, Automec t. Commissie, Jur. 1992, p. II-2223.

12 De 'mindere' status van nationale rechters bij de toepassing van (rechtstreeks werkende) bepalingen uit het Verdrag leek ook al voort te vloeien uit het feit dat zij niet op eigen gezag handelingen van communautaire instellingen ongeldig mogen verklaren; zaak 314/85, Foto-Frost t. Hauptzollamt Lübeck-Ost, Jur. 1987, p. 4199.

13 Zie, met betrekking tot artikel 86 (nu 82) van het Verdrag, zaak T-51/89, Tetra Pak t. Commissie, Jur. 1990, p. II-309, paragraaf 42.

14 Zaak 127/73, BRT v. SABAM, Jur. 1974, p. 51.

A n n o t a t i e s

bestaat in de verplichting tot loyale samenwerking die voor de Commissie en nationale instanties voortvloeit uit artikel 10 van het Verdrag. De verplichting tot loyale samenwerking bestaat op zichzelf ook voor de Commissie. Zij vormt de basis voor de verplichting voor de Commissie om bepaalde vragen te beantwoorden die door instellingen van lidstaten gesteld worden over de toepassing van de mededingingsrechtbepalingen uit het Verdrag. Maar waar nationale gerechten op basis van de plicht tot loyale samenwerking zijn gehouden met Commissiebeschikkingen strijdige uitspraken te vermijden, omdat anders het rechtszekerheidsbeginsel wordt aangetast, staat de plicht tot loyale samenwerking met de nationale gerechten er niet aan in de weg dat de Commissie een beschikking vaststelt die indruist tegen een eerdere uitspraak van een nationaal gerecht, terwijl de rechtszekerheid in de laatste situatie net zozeer wordt aangetast als in de eerste.

Het Hof licht helaas niet toe waarom de Commissie bij de vervulling van de haar door het Verdrag toegekende taak 'niet gebonden kan zijn' aan een beslissing van een nationale rechter. Dit valt te betreuren omdat de President van het Gerecht in de beschikking waarmee hij de uitvoering van de Commissiebeschikking schorste uitging van een genuanceerder standpunt. De President oordeelde dat tegenstrijdigheid tussen een beschikking van de Commissie en een eerdere uitspraak van een nationale rechter over dezelfde feiten in strijd zou zijn met het algemene rechtszekerheidsbeginsel en dat de negatieve gevolgen van dergelijke tegenstrijdigheid zoveel mogelijk moeten worden beperkt. In de bijzondere omstandigheden van dit geval oordeelde de President dat de voor de nationale rechter ingeleide procedure niet in gevaar moest worden gebracht door tenuitvoerlegging van een latere, andersluidende beschikking van de Commissie.¹⁵ Hoewel dit niet betekent dat de Commissie 'gebonden' is aan een uitspraak van een nationale rechter, volgt hieruit wel dat bij een potentiële tegenstrijdigheid tussen een uitspraak van een nationale rechter en een beschikking van de Commissie bijvoorbeeld gekeken moet worden naar het feitelijke procesverloop, naar de wijze waarop het nationale gerecht en de Commissie de zaak hebben behandeld en naar de gevolgen van de verschillende uitspraken voor de betrokken partijen. De ook voor de Commissie geldende plicht tot loyale samenwerking zou moeten impliceren dat de Commissie op basis van deze factoren een afweging van belangen dient te maken alvorens een beschikking te nemen die indruist tegen een uitspraak van een nationale rechter.

Ten slotte is nog van belang op te merken dat in het arrest in het midden is gebleven wanneer daadwerkelijk sprake is van een conflict tussen een uitspraak van een nationale rechter en een beschikking van de Commissie. In het onderhavige geval stelde de Commissie dat zich geen conflict voordeed omdat haar beschikking was gebaseerd op de marktsituatie in de periode 1996-1997 terwijl de uitspraak van het Ierse High Court betrekking had op de situatie in 1992. Het Hof hoefde de vraag wanneer sprake is

van een tegenstrijdige beslissing niet te beantwoorden. Of een (voorgenomen) uitspraak indruist tegen een Commissiebeschikking moet door de nationale rechter zelf beoordeeld worden. Dit zou de mogelijkheid voor nationale rechters kunnen verruimen om onafhankelijke beslissingen over de toepassing van de Europese mededingingsregels te nemen. De nationale rechter kan immers steeds oordelen dat een eigen uitspraak niet zal indruisen tegen een beschikking van de Commissie omdat de door hem vastgestelde situatie op de markt anders was dan die waarop de Commissiebeschikking is gebaseerd. Het Gerecht heeft deze opening expliciet geboden in de zaak Coca Cola uit 2000.¹⁶ Die zaak betrof het beroep tot nietigverklaring dat Coca Cola had ingesteld tegen een fusiecontrolebeschikking van de Commissie. In de overwegingen van deze beschikking stelde de Commissie onder meer vast dat Coca Cola een machtspositie innam op de Britse colamarkt. In haar beroep verzocht Coca Cola het Gerecht die overwegingen van de Commissiebeschikking nietig te verklaren. Het Gerecht verklaarde het beroep van Coca Cola niet-ontvankelijk en overwoog daartoe onder meer het volgende (paragraaf 85):

'Een nationale rechter die in het kader van een geschil tussen [Coca Cola] en een derde gedragingen van [Coca Cola] van na de bestreden beschikking moet beoordelen, is niet gebonden door eerdere vaststellingen van de Commissie. Niets belet hem immers te concluderen dat, anders dan de Commissie ten tijde van de vaststelling van de beschikking vaststelde, [Coca Cola] geen machtspositie meer inneemt.'

Het bovenstaande benadrukt dat in een systeem waarin toepassing van de mededingingsregels is gebaseerd op het economisch effect, de beoordeelde overeenkomsten en gedragingen door veranderende marktomstandigheden van toelaatbaar tot verboden kunnen worden zonder dat daarvoor actieve handelingen van de betrokken partijen nodig zijn. Dit is het probleem van de 'voorbijgaande' of 'tijdelijke' nietigheid van overeenkomsten vanwege de mogelijke tijdelijkheid van het merkbaar beperkende effect op de mededinging. Dat een overeenkomst waarvan de inhoud gelijk blijft, al naar gelang de merkbaarheid van het mededingingsbeperkend effect af en toe wel en af en toe niet nietig is, impliceert dat absolute rechtszekerheid over de afdwingbaarheid van (bepalingen in) een overeenkomst niet bestaat in een mededingingsrechtregime dat gebaseerd is op het effect van een overeenkomst. Gelet op de noodzakelijke dynamische beoordeling van de situatie op de markt is de kans op grote aantallen daadwerkelijk tegenstrijdige beslissingen daarom ook kleiner dan op het eerste gezicht gedacht zou kunnen worden.

¹⁵ Beschikking van de President van het Gerecht in zaak T-65/98 R, hiervoor aangehaald, noot 3.

¹⁶ Gevoegde zaken T-125 en 127/97, Coca Cola t. Commissie, hiervoor aangehaald, noot 9.