

## **Europees recht**

### **Publiek of privaat optreden: een toenemende onverschilligheid in hoofde van het Europese marktrecht?**

### **Enkele beschouwingen naar aanleiding van de zaken Laval en Cipolla**

Tinne HEREMANS

FWO-aspirant aan het Instituut voor Europees recht, K.U.Leuven



Om het ideaal van een geïntegreerde competitieve Europese markt te realiseren, bevatte het Verdrag van Rome reeds bepalingen inzake vrij verkeer en mededinging. Beide groepen rechtsregels werden gezien als noodzakelijke elementen voor de integratie van de onderscheiden nationale markten in één (competitieve) Europese markt. De grootste bedreiging voor marktintegratie leek uit te gaan van protectionistisch overheidsgedrag in de vorm van tarieven, quota's, direct of indirect discriminerende wetsbepalingen/regulering. Bijgevolg richtte de bepalingen inzake het vrij verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal zich oorspronkelijk enkel tegen zogenaamde statelijke maatregelen. Niettemin werden ook de marktopdelende effecten van bepaalde private afspraken en gedragingen erkend, en werd ook het mededingingsbeleid, alvast initieel, gezien als een belangrijk instrument in het streven naar marktintegratie. Aanvankelijk leek de kern van het Europese marktrecht dus te bestaan uit twee takken die zich elk tot een specifiek type van maatregelen richtten, nl. de vrij verkeer bepalingen voor belemmerend overheidsoptreden en de mededingingsbepalingen Arts. 81 & 82 EG gericht op anti-competitief privaat gedrag.

Geleidelijk aan kwam deze tweedeling echter onder druk te staan. De rechtspraak zag zich immers meer en meer geconfronteerd met “*hybride actoren*” die zowel publieke/normatieve als private kenmerken vertoonden. Deze vervaging van het traditionele “publiek-privaat” onderscheid is bovendien een onmiskenbare maatschappelijke evolutie zoals ondermeer blijkt uit de huidige promotie van allerhande vormen van zelfregulering en co-regulering waarmee een meer flexibele en efficiënte marktregulering wordt nagestreefd. Ondanks deze schijnbaar onomkeerbare privatisering van regelgeving/normering en de daaruit voortvloeiende noodzaak om voorbij de publieke of private verschijningsvorm te kijken, kan deze “privaat-publiek” afbakening niet als volledig irrelevant worden afgedaan. De aard van de auteur heeft immers nog steeds implicaties voor de legitimiteit en de veronderstelde economische rationaliteit van de maatregel. Ondanks de talrijke voorbeelden van overheidsfalen, blijft het uitgangspunt immers dat de overheid optreedt in het algemeen belang van haar onderdanen. Tot bewijs van het tegendeel, moeten private actoren daarentegen verondersteld worden hun eigenbelang na te streven. Bijgevolg zullen ook de modaliteiten van de toetsing t.a.v. de vrij verkeer en de mededingingsbepalingen noodzakelijk in zekere mate verschillend blijven. In deze bijdrage, zal aan de hand van drie vrij recente controversiële arresten een illustratie worden gegeven van het type vragen en problemen die (kunnen) rijzen door het vervagen van deze tweedeling in de personele werkingssfeer van beide Europese rechtstakken.

## I. “Stretching” van het personeel toepassingsgebied van de vrij verkeer bepalingen

Er lijkt weinig twijfel over te bestaan dat bij het opstellen van het EG-Verdrag de verplichtingen voortvloeiend uit de vrij verkeer bepalingen louter bedoeld waren voor statelijke actoren. Ook het Hof benadrukte meermaals dit verschil in personeel toepassingsgebied met de mededingingsbepalingen.<sup>1</sup> Zoals vermeld, verwaagde deze oorspronkelijke afbakening echter geleidelijk aan. Immers, wanneer het Hof zich geconfronteerd zag met ogenschijnlijke “gaten” in het Europese marktrecht-systeem breidde het de toepassing van de vrij verkeer bepalingen gedeeltelijk uit tot die private maatregelen die een bedreiging leken voor de marktintegratie.

De mate waarin private actoren kunnen worden aangesproken op grond van de vrij verkeer bepalingen, de zgn. “horizontale werking”, werd echter niet volledig uniform uitgebouwd voor alle vrijheden. Aldus lijkt met betrekking tot het goederenverkeer nooit enige “horizontalisering” aanvaard te zijn, terwijl de bepalingen inzake het vrij verkeer van diensten wel expliciet werden toegepast op collectieve private maatregelen en het vrij verkeer van werknemers zelfs werd tegengeworpen aan een schijnbaar puur private actie. Vooraleer in te gaan op de concrete vragen opgeworpen door de zaken *Viking*<sup>2</sup> en *Laval*<sup>3</sup>, zal eerst een kort overzicht van de daaraan voorafgaande rechtspraak inzake horizontale werking worden gegeven. Hoewel het Hof duidelijk geopteerd lijkt te hebben om te focussen op de *aard van de actie* in plaats van het publiek-private karakter van de *auteur*, lijkt deze “privaat-publiek” afbakening niettemin enige relevantie te behouden. Zoals ook uit de bespreking van *Viking* en *Laval* zal blijken, sluiten de traditionele rechtvaardigingsgronden en proportionaliteitstest zeker niet naadloos aan bij de noden van private actoren.

### § 1. *Uitbreiding van “staatsmaatregel”-concept: vrij verkeer van goederen*

In de zaken waarin Art. 28 EG m.b.t. het vrij verkeer van goederen werd tegengeworpen aan private actoren heeft het Hof nooit expliciet de vereiste van een statelijke maatregel losgelaten. Het heeft daarentegen net getracht om de formele semi-private aard van deze maatregelen te doorprikken. Door de betrokkenheid van de staat bloot te leggen kon het besluiten dat de betwiste maatregelen voor de toepassing van Art. 28 EG als publiek moesten worden aanzien. Via dit flexibele concept van een publieke of statelijke maatregel bracht het Hof reeds twee types van situaties onder het toepassingsgebied van Art. 28 EG, nl. private organisaties onder staatscontrole en private organisaties met wettelijk gedelegeerde bevoegdheden.

<sup>1</sup> Zie ondermeer het arrest van het Hof van 5 april 1984, zaak 177/82, Van de Haar, *Jur.* 1984, 1797, r.o. 11-12.

<sup>2</sup> Arrest van het Hof van 11 december 2007, zaak C-438/05, *Viking*, nog niet gepubliceerd.

<sup>3</sup> Arrest van het Hof van 18 december 2005, zaak C-341/05, *Laval*, nog niet gepubliceerd.

**Private organisaties onder staatscontrole** – Zo identificeerde het Hof formeel private organisaties die “aangemoedigd” werden door de overheid om nationale producten te promoten als zijnde onder staatscontrole en bijgevolg auteurs van “publieke maatregelen”.<sup>4</sup> Als link met de overheid volstond het feit dat deze organisaties waren opgezet door de overheid en, ofwel subsidies ontvingen, ofwel bevoegd waren om bijdragen te vorderen voor een verplicht lidmaatschap.

**Private organisaties met wettelijk gedelegeerde bevoegdheden** – Een tweede situatie was die waarbij via nationale wetgeving speciale bevoegdheden werden overgedragen aan associaties, zoals bepaalde beroepsorganisaties. Zo moest bijvoorbeeld een louter deontologische regel uitgevaardigd door een beroepsorganisatie van apothekers die verbiedt om buiten de apotheek niet-pharmaceutische producten te adverteren gescreend worden op zijn verenigbaarheid met het vrij verkeer van goederen.<sup>5</sup> Het feit dat een professionele associatie een expliciete wettelijke erkenning geniet en de bevoegdheid heeft om professionele regels uit te vaardigen die ze tuchtrechtelijk kan afdwingen bleek voldoende om haar maatregelen een publiek karakter te verlenen en aldus onder het toepassingsgebied van Art. 28 EG te brengen.<sup>6</sup>

## **§ 2. Van collectieve regulerende naar louter individuele private maatregelen: vrij verkeer van personen en diensten**

In haar rechtspraak inzake het vrij verkeer van personen en diensten ging het Hof verder dan het toepassen van een ruim staatsconcept en erkende het expliciet de toepasselijkheid van deze bepalingen op bepaalde private maatregelen.

### **A. Collectieve private (regulerende) maatregelen**

In *Walrave*<sup>7</sup> werd het Hof geconfronteerd met een discriminatoire sportregel die gebod dat tijdens de wereldkampioenschappen wielrennen met motorgangmaking de gangmaker van dezelfde nationaliteit moest zijn als de wielrenner. Deze regel was uitgevaardigd door de overkoepelende private organisatie Union Cycliste Internationale (UCI), die de “consensuele bevoegdheid” bezat om de hele sector te reguleren en dus verplichtingen op te leggen aan de deelnemers. Dus moest het Hof beoordelen of private maatregelen, die geen enkele publiekrechtelijke link hebben, maar niettemin van collectieve aard zijn, belemmeringen in de zin van Art. 49 EG kunnen uitmaken. Het Hof besloot dat niet enkel maatregelen uitgaande van publieke lichamen maar ook “bepalingen van andere aard, strekkende tot collectieve regeling van arbeid in loondienst en dienstverrichtingen”<sup>8</sup> de bepalingen inzake het vrij verkeer van diensten kunnen schenden. Zoals opge-

<sup>4</sup> Zie ondermeer arrest van het Hof van 13 december 1983, zaak 222/82, *Apple and Pear Development*, *Jur.* 1983, 4083.

<sup>5</sup> Arrest van het Hof van 19 december 1993, zaak C-292/92, *Hünernmund*, *Jur.* 1993, I- 6787.

<sup>6</sup> *Ibid.*; Arrest van het Hof van 18 mei 1989, zaak C-266/87, *Royal Pharmaceutical*, *Jur.* 1989, 1295.

<sup>7</sup> Arrest van het Hof van 12 december 1974, zaak 36/74, *Walrave*, *Jur.* 1974, 1405.

<sup>8</sup> *Ibid.*, r.o. 17.

merkt door Van den Bogaert, lijkt het Hof aldus publieke en private regulering op gelijke hoogte te plaatsen.<sup>9</sup> Niettemin zal bij de bespreking van *Laval* duidelijk worden dat het Hof niet bereid is de gevolgen van deze analogie consistent door te trekken.

**Niet-discriminatoire regels** – Niettemin kon uit de *Walrave* rechtspraak enkel met zekerheid afgeleid worden dat het Hof bereid was om *collectieve discriminatoire* private belemmeringen van het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging te veroordelen. In het mijlpaalarrest *Bosman*<sup>10</sup> werd de *Walrave* rechtspraak bevestigd en zelfs uitgebreid ten aanzien van het vrij verkeer van werknemers. De betwiste regel, uitgevaardigd door de voetbalbond, verplichtte clubs die een voetballer overnamen van een andere club, deze club een transfervergoeding te betalen. Die vergoeding werd gezien als een compensatie voor de kosten van het opleiden van de spelers. Hoewel deze transferregels eigenlijk dezelfde impact hadden op internationale en nationale transfers, vond het Hof dat ze Art. 39 EG schonden door de toegang tot de arbeidsmarkt van een andere lidstaat te belemmeren.<sup>11</sup> Dus, ten minste m.b.t. het vrij verkeer van werknemers heeft het Hof aanvaard dat ook *niet-discriminatoire collectieve private maatregelen* strijdig kunnen zijn. Toch blijft het onduidelijk of deze ruime toepasselijkheid op private maatregelen ook naar de andere vrijheden moet uitgebreid worden. Immers, het vrij verkeer van werknemers is door het Hof steeds meer benaderd geweest als individuele fundamentele rechten van de werknemers dan als functionele economische bouwstenen van een interne markt.

### **B. (Schijnbaar) puur individuele private maatregelen**

In *Angonese*<sup>12</sup> besloot het Hof dat een individuele werkgever<sup>13</sup> die een talencertificaat uitgereikt in een specifieke provincie vereist van sollicitanten het vrij verkeer belemmert van werknemers belemmert in de zin van Art. 39 EG.<sup>14</sup> Sinds dit arrest lijkt het vrij verkeer van werknemers dus verplichtingen in het houden voor individuele private acties, tenminste in zoverre deze discriminatoir zouden zijn.<sup>15</sup>

### **C. Rechtvaardiging van belemmering door private organisaties**

In *Bosman* werd de hoogst relevante vraag gesteld welke rechtvaardigingsgronden beschikbaar zouden zijn voor private partijen als ze aangesproken worden op grond van de vrij verkeer bepalingen. De vrees werd geuit dat private partijen eigenlijk slechter af zijn dan staten indien ze worden onderworpen aan de vrij ver-

<sup>9</sup> S. VAN DEN BOGAERT, *Practical regulation of the mobility of sportsmen in the EU post Bosman*, Den Haag, Kluwer Law International, 2005, 125.

<sup>10</sup> Arrest van het Hof van 15 december 1995, zaak C-415/93, *Bosman*, *Jur.* 1995, I-4921.

<sup>11</sup> *Ibid.*, r.o. 103.

<sup>12</sup> Arrest van het Hof van 6 juni 2000, zaak C-281/98, *Angonese*, *Jur.* 2000, I-4139.

<sup>13</sup> Hierbij moet wel opgemerkt worden dat het in realiteit om een wijdverspreide regionale praktijk ging.

<sup>14</sup> *Ibid.*, r.o. 36.

<sup>15</sup> De argumentatie in *Angonese* (r.o. 31-36) lijkt te impliceren dat dit enkel bedoeld is voor discriminatoire private acties.

keer bepalingen aangezien ze zich niet (even geloofwaardig) zouden kunnen beroepen op de voorziene, typisch publieke, rechtvaardigingsgronden zoals openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid.<sup>16</sup> Het Hof stelde echter kortweg dat er geen enkele reden was waarom ze dat niet zouden kunnen doen.

### § 3. *Viking en Laval*

#### *A. Feiten*

**Feiten *Viking*** – Viking was een Finse ferrymaatschappij die ondermeer het schip *Rosella* exploiteerde, dat onder Finse vlag voer tussen Tallinn (Estland) en Helsinki (Finland). De bemanning van de *Rosella* was overwegend Fins en gedekt door een collectieve overeenkomst onderhandeld door de Finse vakbond FSU. Omdat de exploitatie van de *Rosella* verlieslatend bleek door de concurrentie met Estse schepen, wilde Viking in 2003 het schip omvlaggen en inschrijven in Estland. Zo hoopte Viking om een Estse bemanning te kunnen aannemen en lagere loonkosten te onderhandelen met de Estse vakbonden. Tegen deze achtergrond faalden de onderhandelingen voor een nieuwe collectieve overeenkomst tussen Viking en FSU waarop de FSU een staking aankondigde voor 2 December 2003. De FSU was lid van de ITF, een in Londen gevestigde internationale federatie van werknemersbonden in de vervoersector. ITF voerde strijd tegen goedkope vlaggen en haar leden hielden zich aan het principe dat alleen de vakbonden van het land waar de uiteindelijke gerechtigde op een schip is gevestigd, het recht hebben om collectieve overeenkomsten te sluiten m.b.t. het schip. Als reactie op dit conflict stuurde de ITF een circulaire rond naar haar leden om hen te herinneren aan hun verplichting (op straffe van een sanctie) zich te onthouden van enige onderhandelingen met Viking. Na enige tijd bezweek Viking onder deze syndicale druk en willigde de eisen van de FSU in. Viking koesterde echter nog steeds de wens om tot omvlagging over te gaan. In augustus 2004, kort nadat Estland lid werd van de EU, stelde Viking voor de High Court of Justice in het Verenigd Koninkrijk een actie in tegen ITF en FSU om verdere acties tegen de geplande omvlagging tegen te houden en de intrekking van de circulaire te eisen. Uiteindelijk stelde de Court of Appeal een prejudiciële vraag om de verenigbaarheid van deze acties met het Gemeenschapsrecht na te gaan.

**Feiten *Laval*** – In de zaak *Laval* was er sprake van een Lets bedrijf Laval un Partneri dat werknemers ter beschikking stelde voor bouwwerken in Vaxholm te Zweden. De vertegenwoordiger van Laval en de lokale vakbond starten onderhandelingen op met het oog op de toetreding van Laval tot de collectieve overeenkomst van toepassing op de bouwsector. De partijen raakten het echter niet eens over de lonen waardoor er uiteindelijk geen overeenkomst kwam. Laval sloot daarop collectieve arbeidsovereenkomsten met de Letse werknemersbond van de bouwsector. Uiteindelijk ging de Zweedse vakbond over tot industriële actie onder de vorm van een blokkade van het bouwterrein. De politie weigerde tussen-

<sup>16</sup> Arrest van het Hof van 15 december 1995, zaak C-415/93, *Bosman*, *Jur.* 1995, I-4921, r.o. 86.

beide te komen omdat de collectieve actie naar nationaal recht rechtmatig was. Laval moest uiteindelijk het bouwcontract verbreken en het faillissement aanvragen. Daarop besloot het schadevergoeding te eisen voor de rechter.

## **B. Issues**

Beide arresten betroffen dus een atypische potentiële belemmering van het vrij verkeer, nl. een collectieve *actie* gevoerd door *vakbonden* in de zeer eigen context van het Scandinavische collectief overlegmodel.

### *1. Horizontale werking ten aanzien van vakbondsacties*

**Effet utile redenering in kader van Albany-uitzondering** – Ook in *Viking* en *Laval* redeneerde het Hof dat “de opheffing tussen de lidstaten van belemmeringen voor het vrij verrichten van diensten zou in gevaar worden gebracht, indien de opheffing van door de staten gestelde belemmeringen kon worden ontkracht door belemmeringen die voortvloeien uit handelingen die door niet onder het publiekrecht vallende verenigingen of lichamen krachtens hun eigen rechtsbevoegdheid worden verricht”.<sup>17</sup> Aldus baseerde het de horizontale werking van de vrij verkeer bepalingen ten aanzien van de vakbonden op het gevaar dat private belemmerende maatregelen door de mazen van het Europese marktrecht-net zouden glijpen en zo het nuttig effect aan de marktintegratie-inspanningen ontnemen. Deze “effet utile” motiveert lijkt in het kader van deze geschillen verdedigbaar gezien de bijzonder status van vakbondsactie in het mededingingsrecht. Immers, sinds *Albany*<sup>18</sup> lijkt het dat collectieve overeenkomsten wegens hun aard en doel niet onder Art. 81, 1 EG zullen gevat worden. Het Hof stelde immers dat de figuur van collectieve overeenkomsten *in se* mededingingsbeperkende effecten heeft en dat deze inherent zijn aan het nastreven van een verbetering van de werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden. Het dient echter opgemerkt te worden dat de exacte draagwijdte van deze uitzondering betwist blijft. In *Laval* weigerde het Hof een analoge uitsluiting uit het toepassingsgebied van de vrij verkeer bepalingen te aanvaarden. Het was van mening dat collectieve overeenkomsten en de collectieve acties die een noodzakelijk instrument ter afdwinging daarvan vormen, niet onherroepelijk tot leiden beperkingen aan het vrij verkeer.<sup>19</sup> Hier wordt dus nogmaals duidelijk dat de twee takken van vrij verkeer en mededingingsrecht elkaar functioneel aanvullen.

**Horizontale werking: uitbreiding of status quo?** – In hun opinies lijken Advocaat-Generaal Maduro en, zij het minder openlijk, Advocaat-Generaal Mengozzi te pleiten voor een ruimere horizontale werking, waardoor niet alleen private collectieve *regulering* maar ook “puur” private *handelingen/acties met een*

<sup>17</sup> Arrest van het Hof van 18 december 2005, zaak C-341/05, *LAVAL*, nog niet gepubliceerd, r.o. 98

<sup>18</sup> Arrest van het Hof van 12 september 1999, zaak C-67/96, *ALBANY*, *Jur.* 1999, I-5751.

<sup>19</sup> Arrest van het Hof van 18 december 2005, zaak C-341/05, *LAVAL*, nog niet gepubliceerd, r.o. 52.



*collectief effect* onderhevig zouden kunnen zijn aan het vrij verkeer recht.<sup>20</sup> Aldus lijken zij te pleiten voor het toepassen van de vrij verkeer bepalingen op de acties van invloedrijke private marktdeelnemers (economische macht) die een collectief effect op de markt hebben, zonder de vereiste van enige normatieve macht. In de uiteindelijke arresten lijkt het Hof echter niet bereid verder te gaan dan de *Walrave*-rechtspraak en interpreteert het de collectieve vakbondsacties als private maatregelen/handelingen tot collectieve regeling van een bepaalde aangelegenheid aangenomen “krachtens hun eigen rechtsbevoegdheid”.<sup>21</sup> Bijgevolg blijft de link met een zeker normerende bevoegdheid behouden.

**Verantwoordelijkheid maar niet de bevoegdheid van een publiek orgaan** – In *Laval* werd het Hof uitgedaagd de verreikende gevolgen te aanvaarden van dit gelijkstellen van private aan publieke regulering in het kader van de vrij verkeer bepalingen. Immers Art. 3, lid 10 van richtlijn 96/71 voorziet in de mogelijkheid voor lidstaten om andere dan de expliciet opgesomde arbeidsvoorwaarden te handhaven voor zover ze geacht worden van openbare orde te zijn. Toch weigerde het Hof hier zijn erkenning van de betrokken vakbonden als “collectief regulerende instanties” consistent door te trekken en hen toe te laten zich op deze openbare orde exceptie te beroepen in het kader van richtlijn 96/71. Met andere woorden, hoewel de betrokken niet-publiekrechtelijke vakbonden omwille van hun “eigen rechtsbevoegdheid” gehouden waren de vrij verkeer bepalingen te respecteren, mochten zij zich niet beroepen op de voor lidstaten beschikbare openbare orde exceptie om de op grond van die “eigen rechtsbevoegdheid” onderhandelde arbeidsvoorwaarden op te leggen aan buitenlandse dienstverleners.<sup>22</sup>

## 2. Een “toetsing op verschillende niveaus”?

Zonder de potentieel belemmerende effecten van private maatregelen te loochenen, lijkt een ongekwalficeerde toepassing van de in het kader van statelijke obstakels ontwikkelde vrij verkeer analyse niet steeds opportuun. Private actoren streven immers andere belangen na en hebben bepaalde rechten specifiek op basis van hun private aard. Ondanks hun centrale rol in het Scandinavische sociaal overleg systeem, vertegenwoordigen vakbonden nog steeds in de eerste plaats de belangen van hun leden, nl. werknemers, en slechts indirect het algemeen belang. In die hoedanigheid van “belangenvertegenwoordiger” genieten ze aldus van het fundamentele recht op collectieve actie en vrije meningsuiting.<sup>23</sup> Gezien de combinatie van private en publieke taken, lijkt het ongepast het geheel van hun acties

<sup>20</sup> Advocaat-Genraal Maduro in *LAVAL*, r.o. 41-48; Advocaat-Generaal MENGOSZI in *Viking*, r.o. 158-160, waar hij niettemin het voeren van collectieve actie gelijkstelt aan “een vorm van uitoefening door de vakorganisaties van hun juridische autonomie met het oog op de regeling van de dienstverrichtingen”.

<sup>21</sup> Arrest van het Hof van 18 december 2005, zaak C-341/05, *LAVAL*, nog niet gepubliceerd, r.o. 98; Arrest van het Hof van 11 december 2007, zaak C-438/05, *VIKING*, nog niet gepubliceerd, r.o. 33-37.

<sup>22</sup> Arrest van het Hof van 18 december 2005, zaak C-341/05, *LAVAL*, nog niet gepubliceerd, r.o. 84

<sup>23</sup> Het dient wel benadrukt te worden dat het aspect van vrije meningsuiting dat verbonden lijkt met het stakingsrecht door de partijen voor het Hof niet werd gepleit.

aan dezelfde absolute neutraliteit te onderwerpen als van een overheidsoptreden kan vereist worden. Of zoals Advocaat-Generaal Maduro het verwoordde: “Het Hof kan een toetsing op verschillende niveaus toepassen, afhankelijk van de oorsprong en ernst van de belemmering van de uitoefening van het recht van vrij verkeer, en van het gewicht en de steekhoudendheid van hiermee concurrerende belangen van partijautonomie.”<sup>24</sup>

**Rechtvaardigingsgronden voor “hybride actoren”** – Een essentiële vraag is of bij het toetsen van private collectieve maatregelen aan de vrij verkeer bepalingen eenvoudigweg de rechtvaardigingspraktijk ontwikkeld m.b.t. statelijke maatregelen kan worden overgenomen. Door het vereisen van vakbonden van eenzelfde neutraliteit en gematigdheid in hun handelen als kan verwacht worden van een publieke instantie, lijkt men voorbij te gaan aan de traditionele “private” anti-establishment rol die vakbonden eveneens vervullen. Deze “twee gezichten” van sommige private actoren met een zekere normatieve macht zou een plaats moeten krijgen binnen de analyse van het Hof.

**Grondrecht van collectieve actie** – Zowel in *Viking* als *Laval* erkende het Hof dat het recht op collectieve actie een grondrecht is en dus deel uitmaakt van de algemene rechtsbeginselen van de communautaire rechtsorde.<sup>25</sup> Bijgevolg zou de bescherming van het fundamentele recht op collectieve actie eventueel een schending van de fundamentele vrijheden kunnen rechtvaardigen.<sup>26</sup> Maar, in tegenstelling tot de argumenten van bepaalde lidstaten, kende het Hof aan het recht op collectieve actie geen hiërarchisch hogere rang toe waardoor het buiten de werkings sfeer van de vrij verkeer bepalingen zou vallen, en moest het aldus verzoend worden met de fundamentele vrijheden en worden uitgeoefend in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel.<sup>27</sup>

**Collectieve actie ter bescherming van werknemers en proportionaliteit** – Ondanks de principiële erkenning in beide arresten dat “de rechten welke voortvloeien uit de bepalingen van het EG-Verdrag inzake het vrij verkeer van goederen, personen en kapitaal in evenwicht [moet] worden gebracht met de doelstellingen van het sociaal beleid [...] met name de verbetering van de levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden waardoor de onderlinge aanpassing daarvan op de weg van de vooruitgang mogelijk wordt gemaakt, alsmede een adequate sociale bescherming en een sociale dialoog”<sup>28</sup>, lijkt het Hof het voeren van collec-

<sup>24</sup> Advocaat-Generaal MADURO in *LAVAL*, r.o. 49

<sup>25</sup> Arrest van het Hof van 18 december 2005, zaak C-341/05, *LAVAL*, nog niet gepubliceerd, r.o. 90-91; Arrest van het Hof van 11 december 2007, zaak C-438/05, *VIKING*, nog niet gepubliceerd, r.o. 43-44.

<sup>26</sup> Arrest van het Hof van 18 december 2005, zaak C-341/05, *LAVAL*, nog niet gepubliceerd r.o. 93; Arrest van het Hof van 11 december 2007, zaak C-438/05, *VIKING*, nog niet gepubliceerd, r.o. 45&77

<sup>27</sup> Arrest van het Hof van 18 december 2005, zaak C-341/05, *LAVAL*, nog niet gepubliceerd, r.o. 94; Arrest van het Hof van 11 december 2007, zaak C-438/05, *VIKING*, nog niet gepubliceerd, r.o. 46-47.

<sup>28</sup> Arrest van het Hof van 18 december 2005, zaak C-341/05, *LAVAL*, nog niet gepubliceerd, r.o. 105; zie ook in die zin Arrest van het Hof van 11 december 2007, zaak C-438/05, *VIKING*, nog niet gepubliceerd, r.o. 77.

tieve actie ter bescherming van werknemers aan strenge beperkingen te onderwerpen.

In *Viking* droeg het Hof de nationale rechter op om te checken of de collectieve actie van de gedagvaarde vakbonden wel tot doel had werknemers te beschermen. Het nastreven van de bescherming van werknemers werd echter eng geïnterpreteerd als zijnde de bescherming van de concrete bestaande Finse jobs.<sup>29</sup> M.a.w. het uiten van een proteststem tegen de omvlagging zelf die als uiteindelijk doel had het aannemen van minder beschermde Estse werknemers, behoorde niet tot de legitieme acties die een vakbond kon voeren.

In *Laval* voerde het Hof reeds zelf de proportionaliteitstest uit en besloot dat de blokkade niet gerechtvaardigd was. Uit de analyse van het Hof bleken de collectieve acties slechts geoorloofd wanneer ze gericht zouden zijn op de afdwinging van de conform richtlijn 96/71 vastgelegde “minimum-arbeidsvoorwaarden”. De actie van de Zweedse vakbond was achter net gericht op de aansluiting bij een CAO met gunstigere bepalingen en op het opleggen van minimumlonen, de vaststelling waarvan de Zweedse wetgever traditioneel overlaat aan collectieve onderhandelingen.

Men kan zich bovendien de vraag stellen of de “least restrictive means”-test waaraan het Hof de collectieve vakbondsacties onderwierp wel degelijk de meest gepaste proportionaliteitstest was gezien de gevoeligheid van de ingeroepen belangen, zijnde het grondrecht op collectieve actie en de nationale bevoegdheid op het vlak van de uitbouw van een systeem van sociale bescherming. Alternatieven in de zin van de *Schindler*-test<sup>30</sup> waarbij een ruime marge wordt gelaten aan de lidstaten bij de vaststelling van hun verkozen beschermingsniveau, of de *Schmidberger*-test<sup>31</sup> waarbij meer uit de toelaatbare beperkingen aan het te beschermen grondrecht wordt geredeneerd, zouden misschien een betere keuze geweest zijn.

## II. Mededingingsrecht en publieke actoren

### § 1. Inleiding: constitutionele afweging

Bij de toepassing van de traditioneel tot private actoren gerichte mededingingsbepalingen (Arts. 81 & 82 EG) vond schijnbaar een tegenovergestelde evolutie plaats waardoor ook maatregelen met publieke aspecten niet meer automatisch van iedere toetsing werden uitgesloten. Niettemin blijkt duidelijk uit de formalistische rechtspraak dat deze uitbreiding van de personele werkingssfeer naar publieke maatregelen toe eveneens niet vanzelf verloopt. Immers, aan de basis van deze vaak geforceerde en inconsistente rechtspraak ligt een complexe afwe-

<sup>29</sup> Arrest van het Hof van 11 december 2007, zaak C-438/05, *VIKING*, nog niet gepubliceerd, r.o. 80-87.

<sup>30</sup> Arrest van het Hof van 24 maart 1994, zaak C-27/95, *SCHINDLER*, *Jur.* 1994, I-1039

<sup>31</sup> Arrest van het Hof van 12 juni 2003, zaak C-112/00, *SCHMIDBERGER*, *Jur.* 2003, I-5659.

ging tussen, enerzijds, het streven om de lidstaten te ontraden private mededingingsbeperkende afspraken met “de mantel der overheid” te beschermen en, anderzijds, het belang om niet verder op de lidstatelijke bevoegdheid tot het reguleren van de nationale markt in te grijpen dan absoluut noodzakelijk. Met andere woorden, wanneer het Hof gevraagd wordt publieke maatregelen te beoordelen met betrekking tot hun mededingingsbeperkende effecten, zal het niet zozeer de traditionele op efficiëntie gerichte mededingingsanalyse moeten uitvoeren maar wel een *constitutionele evenwichtsoefening*<sup>32</sup> tussen het Europese en nationale beleidsniveau enerzijds, en de wetgevende en rechterlijke macht anderzijds. De gevoegde zaken *Cipolla en Merino*<sup>33</sup> vormen het meest recente voorbeeld van deze “state action” doctrine en zullen dan ook als vertrekpunt dienen voor een schets van de moeilijkheden en vragen die deze rechtspraak doordringen.

## § 2. *Feiten Cipolla en Capodarte*

Cipolla en Meroni waren twee Italiaanse advocaten die in verschillende procedures voor de Italiaanse rechtbanken de betaling van hun honoraria trachtten te vorderen van hun cliënten. Tijdens deze gedingen betwistten hun cliënten echter de verenigbaarheid met de artikelen 10 EG, 49 EG en 81 EG van de nationale regeling van advocatenhonoraria op basis waarvan deze vergoedingen werden berekend en waarvan in beginsel niet kon worden afgeweken bij overeenkomst. De betwiste tariefregeling was een typische “hybride” maatregel waarbij zowel de orde van de advocaten als de Italiaanse staat een rol speelde. Aldus stelde de Italiaanse nationale orde van advocaten (CNF) om de twee jaar de criteria vast voor de berekening van de honoraria en vergoedingen van advocaten (en procureurs) voor zowel de geleverde bijstand in burgerlijke en strafzaken, als de verlening van buitengerechtigde ondersteuning. Deze tariefregeling werd vervolgens goedgekeurd door de minister van Justitie, na advies van het interministerieel comité voor de prijzen (CIP). Zowel Cipolla als Merino stelde dat zij op basis van deze tariefregeling verplicht waren de daarin neergelegde honoraria aan te rekenen. Hun cliënten waren echter van mening dat de Italiaanse staat in strijd met Art. 10 EG jo. 81 EG had gehandeld door deze tariefregeling, die werd ontworpen door een beroepsorganisatie, goed te keuren bij wet. Bijgevolg diende het Hof zich allereerst uit te spreken over *de mogelijke aansprakelijkheid van de Italiaanse staat wegens schending van de mededingingsbepaling Art. 81 EG gekoppeld aan Art. 10 EG*.

## § 3. *“State action”-doctrine en staatsaansprakelijkheid in het Europese mededingingsrecht*

**Overheidsinmenging en principe van overheidsaansprakelijkheid** – De Verdragsbepalingen inzake mededinging zijn expliciet ingedeeld in die regels die gericht zijn op het gedrag van ondernemingen (Arts. 81, 82 EG en 86 EG), en die-

<sup>32</sup> Voor een heldere uiteenzetting van de constitutionele issues die in deze “state action”-rechtspraak een plaats moeten krijgen, zie J. BAQUERO CRUZ, *Between Competition and Free Movement*, Oxford/Portland Oregon, Hart Publishing, 2002, 155-161.

<sup>33</sup> Arrest van het Hof van 5 december 2006, gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, CIPOLLA, *Jur.* 2006, I-11421.

gene die de vrijheid van staatsoptreden beperken (Art. 87 EG). Niettemin onderkende het Hof reeds in *GB-INNO BM*<sup>34</sup> de onhoudbaarheid van het volledig onttrekken van iedere mededingingsbeperkende maatregel waarbij de overheid op één of andere manier betrokken is aan een toetsing op grond van Arts. 81 & 82 EG. Aldus stelde het Hof dat “ofschoon artikel 86 [thans artikel 82 EG] zich tot de ondernemingen richt, het verdrag toch ook de lidstaten de verplichting oplegt geen maatregelen te nemen of te handhaven welke die bepaling haar nuttig effect kunnen ontnemen”.<sup>35</sup> Zo werd de principiële mogelijkheid gecreëerd om staten die particuliere ondernemingen helpen zich te onttrekken aan de verbodsbepalingen van het mededingingsrecht zélf aan te spreken op grond van hun loyauteitsplicht (Art. 10 EG) gekoppeld aan de verbodsbepalingen van Arts. 81 & 82 EG.

**Begrensd overheidsaansprakelijkheid** – Niettemin werd deze potentieel verreikende “effet utile”-controle op mededingingsbeperkend overheidsoptreden al gauw verder gekwalificeerd en afgezwakt vanuit het besef dat er voldoende ruimte moest worden gelaten voor de *uitoefening van de marktregulerende bevoegdheden van de lidstaten*. Immers, regulerend optreden heeft vaak net tot doel het resultaat van de vrije marktwerking bij te sturen en zal dan ook *per se* ingrijpen op het proces van mededinging. Bijgevolg beperkt het Hof sinds *Van Eycke* systematisch de gevallen van overheidsaansprakelijkheid op grond van Arts. 10 jo 81 EG tot die situaties waarbij “een lidstaat het tot stand komen van met artikel 85 [thans artikel 81 EG] strijdige afspraken oplegt of begunstigt dan wel de werking ervan versterkt, of aan haar eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere ondernemingen over te dragen”.<sup>36</sup>

**Formalistische rechtspraak** – In haar verdere pogingen tot het aftasten van de grenzen aan de mededingingsrechtelijke controle op “publiek getinte” maatregelen, heeft het Hof deze *Van Eycke*-test vaak op een verwarrende en formalistische wijze gehanteerd, waardoor de effectiviteit ervan allerminst onbetwist is gebleven. Zonder de complexiteit van de afweging waarmee het Hof hier geconfronteerd wordt te onderschatten, lijkt enige kritiek op de aard van haar redenering in deze zaken niet ongepast. Aldus zou het expliciteren van de eigenlijke de afweging die aan de grondslag ligt van deze vaak formalistische analyses, zijnde een *constitutionele evenwichtsoefening tussen het Europese en nationale beleidsniveau enerzijds, en de wetgevende en rechterlijke macht anderzijds*, misschien kunnen bijdragen tot de consistentie en maturiteit van deze rechtspraak.<sup>37</sup> Op deze wijze zou het Hof mogelijk een antwoord kunnen bieden op de kritiek die ondermeer het gebrek aan inhoudelijke analyse van deze staatsmaatregelen aanklaagt. Vanuit een constitutioneel standpunt lijkt het immers verdedigbaar dat het kader van een Europeesrechtelijke mededingingsprocedure niet geschikt is voor een uit-

<sup>34</sup> Arrest van het Hof van 16 november 1977, zaak 13/77, *GB-INNO-BM*, *Jur.* 1977, 2115.

<sup>35</sup> *Ibid.*, r.o. 31.

<sup>36</sup> Arrest van het Hof van 21 september 1988, zaak 267/86, *VAN EYCKE*, *Jur.* 1988, 4769, r.o. 23.

<sup>37</sup> Voor een krachtig pleidooi voor het expliciteren van de onderliggende constitutionele issues zie. J. BAQUERO CRUZ, *Between Competition and Free Movement*, Oxford/Portland Oregon, Hart Publishing, 2002, 155-161

gebreide analyse van de doelmatigheid en noodzakelijkheid van bepaalde nationale overheidsregulering. Meer nog, de beoordeling van het overheidskarakter van een maatregel binnen een mededingingsanalyse lijkt logischerwijze beperkt door het feit dat de doelstelling van het mededingingsrecht de “promotion of competition in the economies of the member states, [and] not the correction of defects in political markets [is].”<sup>38</sup>

**Afbakening analyse** – Met deze constitutionele overwegingen in het achterhoofd, lijkt het mogelijk een meer genuanceerde visie te formuleren op deze “state action”-rechtspraak waarin het Hof zich uitsprekt over het eventuele overheidskarakter van een maatregel en de potentiële aansprakelijkheid van de staat. Niettemin maakt het casuïstische en inconsistente karakter van deze jurisprudentie het onmogelijk om binnen het kader van deze bijdrage een exhaustieve analyse te bieden van alle beoordeelde soorten van overheidsinmenging. Bijgevolg wordt hier enkel de ook in *Cipolla* centraal staande “delegatie-tak” van de *Van Eyck*-test besproken. Onder delegatie worden die situaties gevat waarbij het Hof onderzoekt “of [de overheid] aan haar eigen regeling het overheidskarakter [heeft ontnomen] door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere ondernemingen over te dragen”<sup>39</sup>.

**Essentiële grens: autonoom ondernemingsgedrag**- Een belangrijke begrenzing waaraan het Hof lijkt vast te houden is de vereiste dat er een link bestaat met “*autonome gedragingen van [...] ondernemingen*”<sup>40</sup> alvorens de verbodsbepalingen van Arts. 81 & 82 EG van toepassing kunnen zijn op het betwiste overheids-handelen. Bijgevolg bestaat de essentie van het onderzoek naar overheidsaansprakelijkheid uit het vaststellen of er sprake is van een (private) “*beslissing van een ondernemingsvereniging*” of daarentegen van een *ge vrijwaarde zuivere overheidsmaatregel*. Aangezien er dus steeds privaat mededingingsbeperkend gedrag voorhanden moet zijn, zal deze aanspreekbaarheid van de overheid op grond van Art. 10 EG jo. 81 EG zelden leiden tot de veroordeling van maatregelen die anders aan de toepassing van het mededingingsrecht zouden zijn ontsnapt.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> P. AREEDA en H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*, vol. 1A, New York, Aspen Law & Business, 1997, (zoals geciteerd in J. BAQUERO CRUZ, *Between Competition and Free Movement*, Oxford/Portland Oregon, Hart Publishing, 2002, 156).

<sup>39</sup> Arrest van het Hof van 21 september 1988, zaak 267/86, VAN EYCKE, *Jur.* 1988, 4769, r.o. 23.

<sup>40</sup> Arrest van het Hof van 11 november 1997, gevoegde zaken C-359/95 P en 379/95 P, Ladbroke Racing, *Jur.* 1997, I-6265, r.o. 33.

<sup>41</sup> Als uitzondering op deze vereiste van privaat mededingingsbeperkend gedrag om tot overheidsaansprakelijkheid te kunnen besluiten, wordt soms gewezen op de situatie waarbij de mededingingsversturende gedraging bij een *nationale wettelijke regeling* aan de ondernemingen wordt *voorgescreven* en *GEEN mogelijkheid openlaat voor mededinging* die door autonome gedragingen van ondernemingen kan worden beperkt. Aangezien dit gebrek aan ruimte voor autonoom mededingingsbeperkend gedrag zeer restrictief wordt geïnterpreteerd, lijkt deze schijnbare uitzondering eerder illusoir te zijn. Immers, indien een lidstaat de uitkomst van de tussenkomst van een private actor tot in zulk detail zou moeten voorschrijven, zou het veel eenvoudiger zijn voor die lidstaat om de mededingingsbeperkende maatregel zelf bij wet vast te stellen en zo zeker onder de toepassing van het mededingingsrecht uit te komen.

**Geen staatsaansprakelijkheid voor zuivere overheidsmaatregelen** – Aangezien het verbod op restrictieve afspraken enkel van toepassing is op “*autonome gedragingen van [...] ondernemingen*”<sup>42</sup> geldt dit niet voor (1) activiteiten die neerkomen op de uitoefening van overheidsprerogatieven<sup>43</sup> noch voor (2) maatregelen waarvoor de overheid de ultieme verantwoordelijkheid heeft genomen.<sup>44</sup> Daar het uitoefenen van overheidsprerogatieven<sup>45</sup> uiteraard een activiteit is die buiten “*de sfeer van het economisch verkeer*”<sup>46</sup> valt zal er logischerwijze geen sprake zijn van een beslissing van een ondernemersvereniging in de zin van Art. 81 EG.<sup>47</sup> Reeds in Wouters benadrukte het Hof echter dat een beroepsorganisatie bij het aannemen van professionele regels geen overheidsprerogatieven uitoefent.<sup>48</sup> Zelfs indien de uitoefening van regulerende bevoegdheid op zich geen deelname aan het openbaar gezag uitmaakt, kunnen de resulterende maatregelen nog steeds op grond van hun “overheidskarakter” uitgesloten worden van het mededingingsrecht indien de overheid de ultieme verantwoordelijkheid ervoor behoudt.

**Delegatie** – Opdat de tariefregeling in *Cipolla* zou ontsnappen aan de toepassing van Art. 10 jo. 81 EG moest beoordeeld worden of de Italiaanse staat aan de uiteindelijk aangenomen tariefregeling het overheidskarakter had ontnomen door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten terzake aan advocaten (particuliere marktdeelnemers) over te dragen. Cruciaal in deze analyse lijkt de vraag of de delegatie van de regulerende bevoegdheid met voldoende ‘*procedurele algemeen belang –garanties*’ omringd was zodat de verantwoordelijkheid voor de besluiten geacht kan worden bij de overheid te zijn gebleven en er geen sprake meer was van een autonome beslissing van ondernemingen.<sup>49</sup>

<sup>42</sup> Arrest van het Hof van 11 november 1997, gevoegde zaken C-359/95 P en 379/95 P, Ladbrooke Racing, *Jur.* 1997, I-6265, r.o. 33.

<sup>43</sup> Arrest van het Hof van 19 februari 2002, zaak C-309/99, Wouters, *Jur.* 2002, I- 1577, r.o. 57.

<sup>44</sup> Zie in die zin o.a.: H. GILLIAMS, “Competition Law and Public Interest: Do We Need to Change the Law for the (Liberal) Professions?”, in C.-D. EHLERMANN en I. ATANASIU (eds.), *European Competition Law Annual 2004: The Relationship between Competition Law and (Liberal) Professions*, Oxford/Portland Oregon, Hart Publishing, 2006, 298-311.

<sup>45</sup> Zie ondermeer het arrest van het Hof van 19 januari 1994, zaak C-364/92, SAT Fluggesellschaft, *Jur.* 1994, I-43, r.o.30 (controle over en politie van het luchtruim).

<sup>46</sup> Arrest van het Hof van 19 februari 2002, zaak C-309/99, WOUTERS, *Jur.* 2002, I- 1577, r.o. 57.

<sup>47</sup> H. GILLIAMS, *l.c.*, 298-299: die, m.i. correct, van mening is dat deze “uitsluitingsgrond” *in se* reeds vervat zit in de zgn. *Poucet*- uitsluiting. In essentie erkende het Hof van Justitie in *Poucet* dat activiteiten die zo sterk omringd zijn door overheidsregulering dat er geen mededinging meer mogelijk is, niet als een economische activiteit kunnen getypeerd worden. Arrest van het Hof van 17 februari 1993, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, POU CET en PISTRE, *Jur.* 1993, I-637, r.o. 18-19.

<sup>48</sup> Arrest van het Hof van 19 februari 2002, zaak C-309/99, WOUTERS, *Jur.* 2002, I- 1577, r.o. 58.

<sup>49</sup> Voor dit cruciale inzicht dat een procedurele algemeen-belang test de kern vormt van deze “state action”-doctrine, zie G. SCHEPEL, “Delegation of Regulatory Powers to Private Parties under EC Competition Law: Towards a Procedural Public Interest Test”, 39 *Common Market Law Review* (2002), 31-51.

**Procedurele algemeen belang test** – Aan de hand van deze “procescriteria” wordt in essentie nagegaan in hoeverre de overheid, *directe of indirecte, controle behoudt over de inhoud* van de uiteindelijke beslissing, en aldus geacht kan worden de verantwoordelijkheid te hebben behouden. Dit overheidskarakter zou dan garanderen dat deze gedelegeerde beslissingen het algemeen belang en niet louter het groepsbelang reflecteren.<sup>50</sup> Traditioneel vormt de *samenstelling van het besluitvormende orgaan* een eerste criterium. Daarbij wordt nagegaan of het orgaan voor de meerderheid uit overheidsvertegenwoordigers of onafhankelijke experts bestaat. Een tweede maatstaf is de aanwezigheid van *bij wet neergelegde algemeen belang criteria* op grond waarvan het orgaan zijn besluiten dient te nemen. Het moet gaan om materiële voorschriften die met een redelijke mate van waarschijnlijkheid kunnen verzekeren dat het orgaan zich bij het vaststellen van het betreffende reglement gedraagt als een verlengstuk van het openbaar gezag dat handelt in het algemeen belang.<sup>51</sup> Tenslotte speelt het een rol of de overheid zich bij de delegatie het recht heeft voorbehouden om *in laatste instantie te beslissen of toezicht te houden op de toepassing van de tariefregeling* en ook effectief gebruik maakt van dat recht.

**Afzwakking van ontwikkelde test?** – Deze procedurele algemeen belang criteria werden geleidelijk ontwikkeld doorheen de rechtspraak. Het bleef echter onduidelijk of deze eisen cumulatief vervuld dienden te zijn vooraleer er sprake zou zijn van een delegatie met behoud van overheidskarakter. In *Wouters* leek het Hof inderdaad zulke cumulatieve toepassing te vereisen.<sup>52</sup> Maar in het op dezelfde dag uitgesproken arrest *Arduino* werd het gebrek aan “procedurele [en] materiële [algemeen belang] voorschriften”<sup>53</sup> in de zin van de eerste twee criteria, gecompenseerd geacht door het feit dat de Italiaanse staat geen afstand had gedaan van haar bevoegdheid om in laatste instantie te beslissen of toezicht te houden op de toepassing van de tariefregeling. In concreto werd het voldoende geacht dat de tariefregeling slechts algemeen verbindend werd na goedkeuring door de bevoegde Minister en de rechter bovendien een vergaand toezicht kon uitoefenen op de tarieven vastgesteld in concrete dienstverleningssituaties.<sup>54</sup> Het onderscheid met een pure “rubberstamping” van een voorafbestaande mededingingsbeperkende overeenkomst waarvoor reeds lidstaten werden veroordeeld in zaken als *Asjes*<sup>55</sup>, *Vlaamse Reisbureaus*<sup>56</sup> en *BNIC v. Aubert*<sup>57</sup> lijkt niet echt duidelijk.

<sup>50</sup> Zie in die zin het arrest van het Hof van 19 februari 2002, zaak C-35/99, ARDUINO, *Jur.* 2002, I-1529, r.o. 38-39. Deze criteria worden dan ook steeds als één geheel bekeken en gewogen tegen de achtergrond van deze “algemeen belang –ratio”.

<sup>51</sup> Arrest van het Hof van 19 februari 2002, zaak C-35/99, ARDUINO, *Jur.* 2002, I-1529, r.o. 39.

<sup>52</sup> Arrest van het Hof van 19 februari 2002, zaak C-309/99, WOUTERS, *Jur.* 2002, I-1577, r.o. 68.

<sup>53</sup> Arrest van het Hof van 19 februari 2002, zaak C-35/99, ARDUINO, *Jur.* 2002, I-1529, r.o. 39.

<sup>54</sup> *Ibid.*, r.o. 40-43.

<sup>55</sup> Arrest van het Hof van 30 april 1986, zaak 209/84, ASJES, *Jur.* 1986, 1425.

<sup>56</sup> Arrest van het Hof van 1 oktober 1987, zaak 311/85, *Jur.* 1987, 3801.

<sup>57</sup> Arrest van het Hof van 3 december 1987, zaak 136/86, *Jur.* 1987, 4789.



## § 4. *Cipolla*

***Cipolla* als gemiste herkansing voor de state action doctrine-** *Arduino* werd dan ook zwaar bekritiseerd o.w.v. de formalistische benadering van staatsmaatregelen. In *Cipolla* verzochten de Italiaanse rechters in essentie om een verduidelijking van de reikwijdte van de beslissing in *Arduino* m.b.t. dezelfde tariefregeling en werd meer bepaald het feit dat van deze tarieven niet bij overeenkomst kon worden afgeweken, zelfs voor buitengerechtigde diensten, in vraag gesteld. Het Hof leek aldus een herkansing te krijgen om haar bekritiseerde rechtspraak bij te sturen. De Commissie verzocht het Hof zelfs expliciet om op deze jurisprudentie terug te komen. Niettemin lijkt het Hof, in navolging van Advocaat-Generaal Maduro, net o.w.v. het gebrek aan nieuwe elementen t.o.v. de situatie ten tijde van *Arduino*, niet te willen terugkomen op dit arrest. Aldus wordt in *Cipolla* eenvoudigweg herhaald dat de Italiaanse staat geen afstand heeft gedaan van haar bevoegdheid om in laatste instantie te beslissen of toezicht te houden op de toepassing van de tariefregeling.<sup>58</sup> In de huidige stand van de rechtspraak lijkt de “procedurele algemeen belang”-test uitgevoerd door het Hof dan ook niet echt adequaat om die maatregelen die louter privé-belangen dienen tegen te houden.

**Italiaanse staatsmaatregel schendt wel het vrij verkeer** – De verwijzende rechter in *Cipolla* had echter ook de vraag gesteld naar de verenigbaarheid van de tariefregeling met het vrij verkeer van diensten zoals geregeld in Art. 49 EG. Dit gaf het Hof de kans om duidelijk te maken dat “zuivere overheidsmaatregelen”, hoewel niet onderworpen aan de mededingingsanalyse, niettemin nog steeds de vrij verkeer toets zullen moeten doorstaan. Aldus besloot het Hof dat “het in de Italiaanse wettelijke regeling neergelegde verbod om bij overeenkomst af te wijken van de bij de tariefregeling vastgestelde minimumhonoraria, [...] de toegang van in een andere lidstaat [...] gevestigde advocaten tot de Italiaanse markt van juridische diensten [bemoelijk]”<sup>59</sup> door hen te verhinderen hun potentieel competitief voordeel van lagere honoraria uit te spelen. Deze belemmering van het vrij verkeer van diensten zou volgens het Hof eventueel wel kunnen gerechtvaardigd worden vanuit het oogpunt van consumentenbescherming of een goede rechtsbedeling.<sup>60</sup> Waar de Advocaat-Generaal expliciet zijn twijfels uitsprak over het bestaan van enige causale link tussen deze doelstellingen en minimumtarieven, voerde het Hof niettemin een aantal mogelijke verbanden aan, en gaf het aan de nationale rechter de opdracht om bij de proportionaliteitstest rekening te houden met de specificiteit van de markt voor juridische diensten.<sup>61</sup>

<sup>58</sup> Arrest van het Hof van 5 december 2006, gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, *CIPOLLA*, *Jur.* 2006, I-11421, r.o. 49-52.

<sup>59</sup> *Ibid.*, r.o. 58.

<sup>60</sup> *Ibid.*, r.o. 64.

<sup>61</sup> *Ibid.*, r.o. 65-69.

## Korte bibliografie

- M. AMORESE, “Cases C-94/04, Cipolla & Macrino: The Emergence of a Political Approach to the Regulation of Professionals in Europe?”, 13(3) *The Columbia Journal of European Law* (2007), 733-745.
- J. BAQUERO CRUZ, *Between Competition and Free Movement*, Oxford/Portland Oregon, Hart Publishing, 2002.
- B. BERCUSSON, “The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day”, 13(3) *European Law Journal* 2007, 279-308.
- F. CASTILLO DE LA TORRE, “State Action Defence in EC Competition Law”, 28(4) *World Competition* 2005, 407-431.
- F. DORSSEMONT, T. JASPERS en A. VAN HOEK (eds.), *Cross-Border Collective Actions in Europe: A Legal Challenge*, Antwerpen, Intersentia, 2007.
- H. GILLIAMS, “Competition Law and Public Interest: Do We Need to Change the Law for the (Liberal) Professions?”, in C.-D. EHLERMANN en I. ATANASIU (eds.), *European Competition Law Annual 2004: The Relationship between Competition Law and (Liberal) Professions*, Oxford/Portland Oregon, Hart Publishing, 2006, 298-311.
- E.J. LOHSE, “Fundamental Freedoms and Private Actors – towards an ‘Indirect Horizontal Effect’”, 13(1) *European Public Law* 2007, 159-190.
- G. SCHEPEL, “Delegation of Regulatory Powers to Private Parties under EC Competition Law: Towards a Procedural Public Interest Test”, 39 *Common Market Law Review* (2002), 31-51.
- J. SNELL, *Goods and Services in EC Law. A Study of the Relationship Between the Freedoms*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- J. SZOBOSZLAI, “Delegation of State Regulatory Powers to Private Parties – Towards an Active Supervision Test”, 29(1) *World Competition* 2006, 73-87.
- S. VAN DEN BOGAERT, *Practical regulation of the mobility of sportsmen in the EU post Bosman*, Den Haag, Kluwer Law International, 2005.