

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

L. A. GEELHOED

van 26 januari 2006¹

I — Inleiding

1. De onderhavige zaken betreffen vier prejudiciële verzoeken waarin de Giudice di Pace di Bitonto (Italië) een vijftal vragen stelt betreffende de uitleg van artikel 81 EG. De vragen zijn gerezen naar aanleiding van vorderingen tot terugbetaling van te veel betaalde premie ingesteld tegen een aantal verzekeringsmaatschappijen. Deze vorderingen zijn ingesteld nadat de Italiaanse mededingingsautoriteit had vastgesteld dat de verzekeringsmaatschappijen zich schuldig hadden gemaakt aan verboden mededingingsgedragingen.

2. De vragen zijn gerezen in geschillen tussen Manfredi en Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (zaak C-295/04), Cannito en Fondiaria Sai Assicurazioni SpA (zaak

C-296/04), Tricarico en Assitalia Assicurazioni SpA (zaak C-297/04) en Murgolo en Assitalia Assicurazioni SpA (zaak C-298/04).

II — Toepasselijke nationale wetgeving

3. Artikel 2, lid 2, van wet nr. 287 van 10 oktober 1990², de Italiaanse mededingingswet, verbiedt kartelafspraken tussen ondernemingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de nationale markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

4. Onder kartelafspraken vallen, volgens artikel 2, lid 1, van deze wet, overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen ondernemingen, alsook besluiten, ook indien aangenomen op basis van statu-

1 — Oorspronkelijke taal: Nederlands.

2 — GURI nr. 240, van 13 oktober 1990.

taire of reglementaire bepalingen, van consortia, ondernemingsverenigingen en andere soortgelijke instellingen.

5. Het derde lid van deze bepaling verklaart dergelijk verboden afspraken van rechtswege nietig.

6. Artikel 33 van de Italiaanse mededingingswet bepaalt vervolgens dat nietigheidsprocedures, vorderingen tot schadevergoeding en verzoeken om voorlopige voorzieningen met betrekking tot schendingen van de bepalingen in titels I tot en met IV van de wet, waaronder artikel 2, moeten worden ingesteld bij de territoriale bevoegde Corte d'Appello.

III — Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

7. De verwijzende rechter omschrijft de achtergrond van de hoofdgedingen als volgt:

8. Bij besluiten van 8 september 1999, 10 november 1999 en 3 februari 2000 heeft de Italiaanse Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (de Italiaanse mededingingsautoriteit) een procedure wegens schending van artikel 2 van de Italiaanse mededingingswet (wet nr. 287/90) ingesteld

tegen verschillende verzekeringsmaatschappijen, waaronder de drie verweerders in het hoofdgeding. Hun werd verweten dat zij een met die bepaling strijdige afspraak hadden gemaakt over koppelverkoop van verschillende producten en de uitwisseling van informatie tussen concurrerende ondernemingen. In de onderhavige zaken gaat het alleen om het laatste.

9. De mededingingsautoriteit heeft vastgesteld dat in de periode van 1994 tot en met 1999 de premies voor de BA-motorrijtuigenverzekering in Italië, anders dan in de rest van Europa, buitensporig en exceptioneel zijn gestegen. De vraag naar deze verzekeringen is inelastisch, daar het gaat om een verplichte verzekering. Verzekerden die met een premieverhoging worden geconfronteerd hebben slechts de keuze het laten staan van hun motorvoertuig of de hogere premie betalen.

10. De mededingingsautoriteit heeft eveneens opgemerkt dat de markt voor BA-motorrijtuigenverzekeringen wordt gekenmerkt door hoge toegangsbarrières, vooral omdat voor de vergoeding van schadegevallen een doeltreffend distributienet en een uitgebreid netwerk van agentschappen in het gehele land nodig is.

11. Voorts blijkt uit de uitvoerige informatie die de mededingingsautoriteit heeft verza-

meld dat tal van verzekeringsmaatschappijen die BA-verzekeringen aanbieden in aanzienlijke mate informatie hebben uitgewisseld over alle aspecten van die activiteit, namelijk prijzen, kortingen, opbrengsten, kosten van schadegevallen, distributiekosten, etc.

12. Uiteindelijk heeft het onderzoek geresulteerd in het besluit van 28 juli 2000³. In dat besluit heeft de Italiaanse mededingingsautoriteit vastgesteld dat de betrokken verzekeringsmaatschappijen een ongeoorloofde, met de kartelregels strijdige overeenkomst hadden gesloten over de uitwisseling van informatie betreffende de verzekeringssector, die hen in staat stelde hun premies voor BA-motorrijtuigenverzekeringen op elkaar af te stemmen en te sturen, alsmede om de verzekerden op coherente wijze premieverhogingen op te leggen die niet gerechtvaardigd waren door de marktvoorwaarden en die verzekerden niet konden omzeilen.

13. Het besluit van de mededingingsautoriteit is aangevochten door de verzekeringsmaatschappijen. Dit besluit is echter in beroep en hoger beroep bevestigd door het Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio respectievelijk de Consiglio di Stato.

14. Verzoeksters in het hoofdgeding hebben bij de Giudice di Pace di Bitonto tegen de betrokken verzekeringsmaatschappijen een

geding aangespannen en de terugbetaling gevorderd van de premieverhogingen die zij hebben moeten betalen als gevolg van de, door de mededingingsautoriteit vastgestelde, ongeoorloofde mededingingsregeling. Volgens de verwijzingsbeschikking betreft het tijdvak waarvoor terugbetaling wordt gevorderd, wegens geleden nadeel, de periode van 1997-2001.

15. Uit de stukken in het procesdossier blijkt dat de premies gemiddeld 20 % hoger uitvielen dan zonder de afspraak tussen de verzekeringsmaatschappijen het geval zou zijn geweest.

16. De verzekeringsmaatschappijen hebben in de nationale procedure gesteld dat de Giudice di Pace op grond van artikel 33 van de Italiaanse mededingingswet onbevoegd is, als ook dat de vordering tot restitutie en/of schadevergoeding is verjaard.

17. Aangezien ook verzekeringsmaatschappijen uit andere lidstaten in Italië actief waren en aan de door de mededingingsautoriteit vastgestelde overeenkomst hebben deelgenomen, meent de verwijzende rechter dat de bestreden mededingingsregeling ook een schending van artikel 81 EG oplevert. Dergelijke overeenkomsten zijn dan op grond van artikel 81, lid 2, EG nietig.

18. Naar het oordeel van de verwijzende rechter is elke derde, waaronder de con-

3 — Besluit nr. 8546/2000, te vinden op www.agcm.it.

sument en de eindgebruiker van een dienst, gerechtigd de nietigheid in te roepen van een kartelafsprak die verboden is op grond van artikel 81, lid 1, EG en schadevergoeding te vorderen indien er een causaal verband bestaat tussen de geleden schade en de verboden afspraak.

mies voor de BA-motorrijtuigenverzekeringen te verhogen in een mate die niet gerechtvaardigd is door de marktvorwaarden, nietig zijn, mede gelet op het feit dat ondernemingen uit verschillende lidstaten aan de overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedragingen deelnemen?⁴

19. Is dat het geval, dan kan een bepaling als artikel 33 van de Italiaanse mededingingswet worden geacht in te druisen tegen het gemeenschapsrecht. Immers, een procedure voor het Corte d'Appello duurt langer en kost meer dan een procedure voor de Giudice di Pace, hetgeen de doeltreffendheid van artikel 81 EG zou kunnen aantasten.

- Dient artikel 81 van het Verdrag aldus te worden uitgelegd dat het zich verzet tegen de toepassing van een nationale norm als artikel 33 van de Italiaanse wet nr. 287/1990, volgens welke de schadevordering wegens schending van de communautaire en nationale regels inzake mededingingsversturende afspraken ook door derden dient te worden ingesteld bij een andere rechter dan die welke gewoonlijk bevoegd is voor vorderingen van die waarde, waardoor de kosten en de duur van het geding aanzienlijk toenemen?⁵

20. De verwijzende rechter twijfelt ook of de verjaringstermijnen waaraan schadevorderingen zijn onderworpen en de hoogte van de te betalen schadevergoeding, zoals deze door het nationale recht zijn vastgesteld, verenigbaar zijn met artikel 81 EG.

21. Onder deze omstandigheden heeft de Giudice di Pace besloten de volgende vragen te stellen:

- Dient artikel 81 van het Verdrag aldus te worden uitgelegd dat een afspraak tussen verzekeringsmaatschappijen over de onderlinge uitwisseling van informatie of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in die zin, die de betrokken maatschappijen in staat stellen de pre-
- Dient artikel 81 van het Verdrag aldus te worden uitgelegd dat derden met een rechtens relevant belang de nietigheid kunnen inroepen van een afspraak of feitelijk afgestemde gedragingen die door deze gemeenschapsbepaling zijn verboden, en schadevergoeding kunnen

4 — Dit is vraag 1 in de zaken C-295/04 tot en met C-298/04.

5 — Dit is vraag 2 in zaak C-298/04.

vorderen indien er een causaal verband bestaat tussen de afspraak of de gedragingen en de schade?⁶

- Dient artikel 81 van het Verdrag aldus te worden uitgelegd dat de verjaring van de daarop gebaseerde schadevordering begint te lopen op de dag waarop de afspraak of de onderling afgestemde feitelijke gedragingen tot stand zijn gekomen, dan wel op de dag waarop de afspraak of de onderling afgestemde feitelijke gedragingen zijn beëindigd?⁷

- Dient artikel 81 van het Verdrag aldus te worden uitgelegd dat de nationale rechter, indien blijkt dat de op basis van het nationale recht te betalen schadevergoeding in elk geval lager is dan het economische voordeel dat de schadeveroorzakende onderneming die heeft deelgenomen aan de verboden afspraak of onderling afgestemde feitelijke gedragingen heeft genoten, de benadeelde partij van ambtswege ook een punitieve schadevergoeding dient toe te kennen, die nodig is om ervoor te zorgen dat de vergoedbare schade groter is dan het door de schadeveroorzakende onderneming genoten voordeel, om door artikel 81 van het Verdrag verboden afspraken of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tegen te gaan?⁸

6 — Dit is vraag 2 in de zaken C-295/04 tot en met C-297/04 en vraag 3 in zaak C-298/04.

7 — Dit is vraag 3 in de zaken C-295/04 tot en met C-297/04 en vraag 4 in zaak C-298/04.

8 — Dit is vraag 4 in de zaken C-295/04 tot en met C-297/04 en vraag 5 in zaak C-298/04.

22. Assitalia, de Italiaanse regering, de Duitse regering, de Oostenrijkse regering en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Op 11 november 2005 heeft er een hoorzitting plaatsgevonden. Assitalia en de Commissie hebben bij die gelegenheid hun standpunten nader toegelicht.

IV — Beoordeling

A — Ontvankelijkheid

23. Assitalia heeft uiteengezet dat de prejudiciële verzoeken niet ontvankelijk zijn. De Commissie had hierover ook aanvankelijk haar twijfels, maar heeft deze opvatting tijdens de hoorzitting gewijzigd. De Commissie heeft daar opgemerkt dat de beperkte informatie in de verwijzingsbeschikking toch niet zo beperkt is dat andere interveniënten zich geen oordeel konden vormen over de gestelde vragen. Ik ben het hiermee eens. De informatie uit de verwijzingsbeschikking, aangevuld met informatie van partijen in het hoofdgeding geeft voldoende houvast om de verwijzende rechter van een nuttig antwoord te kunnen voorzien.

24. In dat verband wijs ik nog eens op vaste rechtspraak waaruit blijkt dat het Hof in beginsel verplicht is te antwoorden op vragen die betrekking hebben op de uitlegging van gemeenschapsrecht en dat het slechts kan

weigeren een uitspraak te doen, wanneer de gevraagde uitleg van het gemeenschapsrecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, het een vraagstuk van hypothetische aard is, of wanneer het Hof over onvoldoende gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt.⁹

25. Het is voorts niet aan dit Hof om een oordeel uit te spreken of en in hoeverre de verwijzende rechter buiten het geding is getreden, zoals Assitalia heeft aangevoerd.¹⁰

B — *Preliminare opmerkingen*

26. Alvorens inhoudelijk op de vragen in te gaan, maak ik eerst enkele algemene opmerkingen.

27. Zoals uit het navolgende zal blijken kunnen de meeste vragen worden beantwoord aan de hand van bestaande rechtspraak. Niettemin zijn de gestelde vragen van

belang, al was het alleen al omdat, zeker sinds de invoering van verordening nr. 1/2003¹¹, steeds meer belang wordt gehecht aan privaatrechtelijke handhaving.

28. Al snel na het in werking treden van het EEG-Verdrag heeft het Hof vastgesteld dat de verbodsbepalingen van artikelen 81 en 82 EG rechtstreekse werking hebben en dus dat de nationale rechter de justitiabelen in de rechten die zij aan deze bepalingen kunnen ontleen dient te beschermen.

29. Ondanks deze rechtspraak bevindt die privaatrechtelijke handhaving zich in Europa nog steeds in een pril stadium, zij heeft althans duidelijk niet die omvang die wel bekend is uit andere jurisdicties, met name de Verenigde Staten waar circa 90 % van de kartelprocedures wordt geïnitieerd door private partijen. Binnen de Europese Unie ligt het accent traditioneel op publiekrechtelijke handhaving, zowel door de Europese Commissie als door nationale autoriteiten.

30. Mogelijk biedt het nieuwe regime van verordening nr. 1/2003 meer ruimte en

9 — Zie o.a. het arrest van 10 januari 2006, IATA (C-344/04, Jurispr. blz. I-403), punt 24 en de daarin genoemde rechtspraak.

10 — Assitalia stelt dat de verwijzende rechter uit eigen beweging het vraagstuk van de toepasselijkheid van artikel 81 EG aan de orde heeft gesteld en dat eisers in het hoofdgeding, ter staving van hun vorderingen tot schadevergoeding, zich baseren op het oordeel van de Italiaanse mededingingsautoriteit. Dit besluit zou enkel een schending van het nationale mededingingsrecht behelzen. De verwijzende rechter zou dus in strijd met artikel 112 van het Italiaans wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering handelen.

11 — Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (voor de EER relevante tekst), PB L 1, van 4 januari 2003, blz. 1.

aanleiding tot privaatrechtelijke handhaving, naast publiekrechtelijke. Dit, wordt in elk geval sterk bepleit door de Commissie. De voordelen daarvan en/of gewenstheid zijn in verschillende beleidsnota's, mededelingen en speeches benadrukt.¹² Een voordeel dat in dit verband wel wordt genoemd, naast de nietigheids sanctie die volgt uit artikel 81, lid 2, EG, is dat nationale rechters schadevergoeding kunnen toekennen. Voorts dient een rechter uitspraak te doen in ieder geschil dat bij hem wordt aangebracht, hij dient de individuele rechten van particulieren te beschermen. Publiekrechtelijke handhavers daarentegen treden op in het algemeen belang en hebben derhalve vaak bepaalde prioriteiten, zodat niet elke klacht inhoudelijk wordt behandeld. Bovendien kunnen civiele acties eveneens een afschrikkende werking hebben op (potentiële) overtreders van het kartelverbod en zo bijdragen aan de handhaving van dat verbod en het ontwikkelen van een mededingingscultuur bij de marktactoren.

het onderhavige hoofdgeding. De acties zelf worden beheerst, binnen een aantal randvoorwaarden gesteld door het gemeenschapsrecht, door het nationale proces- en privaatrecht.¹³ Mogelijk gaat er van het arrest *Courage*¹⁴, dat hierna nog aan de orde zal komen, een impuls uit om de effectiviteit van artikelen 81 en 82 EG via civielrechtelijke weg te vergroten. Meer privaatrechtelijke handhaving zal per lidstaat echter kunnen verschillen, afhankelijk van de procescultuur, de beperkingen die aan de procesbevoegdheid worden gesteld, bewijslastregels, mogelijkheid tot groepsacties, etc. Uiteraard wordt de effectiviteit van die handhaving mede bepaald door de toeganlijkheid van de nationale rechter. Dat belang speelt ook in deze zaak.

C — Vraag een: de eerste prejudiciële vraag in zaken C-295/04 tot en met C-298/04

31. De initiatieven voor privaatrechtelijke acties moeten in de eerste plaats komen vanuit degene wier belangen door het mededingingsrecht worden beschermd. Daaronder vallen ook consumenten als in

32. De eerste vraag komt erop neer of de onderhavige kartelafspraken tussen de ver-

12 — Bijvoorbeeld de mededeling van de Commissie betreffende de behandeling van klachten door de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PB C 101 van 27 april 2004, blz. 65. Voorbeelden van speeches zijn te vinden op www.eu.int/comm/competition/speeches, zoals van de huidige Commissaris voor mededinging, mevrouw Neelie Kroes, „Damages Actions for Breaches of EU Competition Rules: Realities and Potentials”, speech 05/613, en haar voorganger, Mario Monti, speech 04/403.

13 — Om meer inzicht te krijgen in de diverse verschillen en mogelijkheden in de lidstaten en om knelpunten te analyseren heeft de Commissie een onderzoek doen laten uitvoeren. Dit onderzoek is uitgevoerd door het kantoor Ashurst, „Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules”, van 31 augustus 2004. Het Ashurst rapport en rapporten van de lidstaten zijn te vinden op de website van de Commissie. De Commissie heeft tevens het voornemen aangekondigd met een Groenboek te komen. Vlak voor het uitspreken van deze conclusie heeft de Commissie dit Groenboek, getiteld „Schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels”, COM(2005) 672 def., op haar website geplaatst, evenals het daarbij behorende werkdocument van de diensten van de Commissie (SEC(2005) 1732).

14 — Arrest van 20 september 2001, *Courage en Crehan* (C-453/99, Jurispr. blz. I-6297).

zekeringsondernemingen, naast een schending van artikel 2 van de Italiaanse mededingingswet, ook een inbreuk oplevert op artikel 81 EG.

worden verwacht dat zij, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel op de handelsstromen van de lidstaten invloed kunnen uitoefenen.¹⁶ Deze beïnvloeding moet wel merkbaar zijn.¹⁷

33. Zoals bekend, kunnen zowel het nationale als het Europese mededingingsrecht parallel van toepassing zijn en geldt dat het nationale mededingingsrecht geen afbreuk mag doen aan het Europese. Artikel 2 van de Italiaanse mededingingswet verbiedt kartels die een concurrentiebeperkend effect hebben op de Italiaanse markt of op een deel daarvan. Artikel 81 verbiedt dat ook, mits er effect is op de handel tussen lidstaten. Het bepalende criterium op de vraag of het Europese mededingingsrecht al dan niet van toepassing is, is dus de „beïnvloeding van handel tussen lidstaten”.

35. De enkele omstandigheid dat een ondernemersafpraak alleen betrekking heeft op deelnemers in één enkele lidstaat betekent niet dat het intracommunautaire verkeer daardoor niet zou kunnen worden beïnvloed.¹⁸ Integendeel, dit kan een sterke indicatie zijn dat daar juist wel sprake van is. Het Hof heeft er immers meermalen aan herinnerd dat een ondernemersafpraak die het gehele grondgebied van een lidstaat bestrijkt, naar haar aard een versterking van de nationale drempelvorming tot gevolg heeft, hetgeen de in het Verdrag beoogde economische vervlechting doorkruist.¹⁹

34. Uit vaste rechtspraak van het Hof volgt dat het volstaat om aan te geven dat de overeenkomst een dergelijk effect kan hebben. Niet hoeft te worden aangetoond dat de afspraak ook werkelijk de handelsstromen heeft beïnvloed.¹⁵ Eveneens blijkt uit de rechtspraak dat aan het criterium van beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten is voldaan, als op grond van het geheel van objectieve, feitelijk of juridische, elementen met voldoende mate van zekerheid kan

36. De rechter zal dus aan de hand van verscheidene factoren, die elk afzonderlijk op zich niet per se beslissend behoeven te zijn, dienen na te gaan of aan het criterium van beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten is voldaan. Alleen als blijkt dat aan dit criterium niet is voldaan, zijn de gedraging

15 — Zie arrest van 1 februari 1978, *Miller* (19/77, Jurispr. blz. 131, punt 15).

16 — Zie o.a. arresten van 9 juli 1969, *Völk* (5/69, Jurispr. blz. 296, punt 5); 10 juli 1980, *Lancôme en Cosparfrance* (99/79, Jurispr. blz. 2511, punt 23); en 11 juli 1985, *Remia e.a./Commissie* (42/84, Jurispr. blz. 2545, punt 22).

17 — Zie o.a. arresten van 28 april 1998, *Javico* (C-306/96, Jurispr. blz. I-1983, punt 16), en 25 oktober 2001, *Ambulanz Glöckner* (C-475/99, Jurispr. blz. I-8089, punt 48).

18 — Arrest van 11 juli 1989, *Belasco* (246/86, Jurispr. blz. 2117).

19 — Arrest van 19 februari 2002, *Wouters* (C-309/99, Jurispr. blz. I-1577, punt 95), en de daar genoemde rechtspraak.

alleen onderworpen aan het Italiaanse mededingingsrecht.

37. De verwijzende rechter heeft er in zijn verwijzingsbeschikking op geattendeerd dat een aantal verzekeringsmaatschappijen afkomstig uit andere lidstaten partij waren bij de verboden afspraak. Het enkele feit dat onder de deelnemers zich ook buitenlandse bevinden is een (belangrijk) element bij de beoordeling, maar op zich zelf gezien nog niet doorslaggevend om te kunnen stellen dat daarmee voldaan is aan het criterium van beïnvloeding van de handel tussen lidstaten.

38. Uit de stukken in het procesdossier, met name die van Assitalia, blijkt dat een quasi-totaliteit, namelijk 87 % van de ondernemingen die in Italië actief zijn, aan de verboden afspraak deel hebben genomen. Gezien in het licht van bovengenoemde rechtspraak levert dit een sterke indicatie op dat er sprake kan zijn van beïnvloeding van de interstatelijke handel, zeker in combinatie met de deelneming van ook niet-Italiaanse ondernemingen aan de afspraken.

D — *Vraag twee: de tweede prejudiciële vraag in zaak C-298/04*

39. Met deze vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of het Europese recht

zich verzet tegen een nationale regeling zoals artikel 33, lid 2, van de Italiaanse mededingingswet. Volgens deze nationale bepaling zou immers een vordering tot schadevergoeding gerelateerd aan een inbreuk op het mededingingsrecht bij een andere rechter moeten worden ingesteld dan de rechter die normaal gesproken bevoegd zou zijn. Deze, van de normale competentieregels afwijkende, procedure zou, aldus de verwijzende rechter, langer duren en hogere kosten met zich meebrengen. Dit zou er toe kunnen leiden dat derden worden ontmoedigd schadevorderingen in te stellen.

40. De Commissie, Assitalia en de Italiaanse regering wijzen er allen op dat het aan de lidstaat is om de bevoegde rechters aan te wijzen en de procedureregels vast te stellen, mits het gelijkheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel in acht worden genomen.

41. De Commissie wijst er bovendien op dat de lezing van de verwijzende rechter op een misinterpretatie berust van artikel 33, lid 2, van de Italiaanse mededingingswet. Dit artikel stelt enkel dat de territoriaal bevoegde Corte d'Appello exclusief bevoegd is wat betreft nietigheidsacties, schadevergoedingsacties en voorlopige voorzieningen die zijn gebaseerd op schending van de Italiaanse mededingingswet. Voor acties gebaseerd op schending van het communautaire mededingingsrecht zouden de gewone bevoegdheidsregelingen gelden. Ook Assitalia is deze mening toegeedaan.

42. Beiden stellen, zij het met uiteenlopende argumenten, dat het gelijkheidsbeginsel niet is geschonden en dat betrokkenen bij privaatrechtelijke acties gebaseerd op een schending van artikel 81 EG in wezen beter af zijn. De Commissie baseert zich op de veronderstelling dat de procedures voor de Corte d'Appello inderdaad langer zouden duren en meer zouden kosten. Assitalia wijst erop dat in het geval een vordering is gebaseerd op artikel 81 EG er beroep in twee instanties mogelijk is.²⁰

43. Assitalia heeft tijdens de hoorzitting gewezen op het arrest van 4 februari 2005 van de Corte di Cassazione.²¹ Daarin wordt de opvatting van de Commissie in wezen bevestigd.

44. In een eerdere uitspraak²² had dit rechtcollege artikel 33, lid 2, van de Italiaanse mededingingswet zo geïnterpreteerd dat particulieren/consumenten geen procesbevoegdheid hadden een schadevergoedingsactie op basis van dat artikel bij de Corte d'Appello aanhangig te maken. Deze opvatting is echter blijktens voornoemd arrest bijgesteld.

45. In het arrest van 4 februari 2005 heeft de Corte di Cassazione voor recht verklaard dat niet alleen bedrijven maar ook consumenten een schadevergoedingsactie gebaseerd op schending van het Italiaanse mededingingsrecht kunnen instellen bij het Corte d'Appello.

46. Dit zou betekenen dat een particulier die thans een actie tot schadevergoeding wil instellen wegens geleden schade als gevolg van een overtreding van de Italiaanse mededingingswet zich dient te wenden tot de Corte d'Appello, die volgens het Italiaanse recht de hiervoor bevoegde rechter is.

47. Wat hier ook van zij, deze specifieke bevoegdheidsregel geldt alleen voor schadevergoedingsacties die voortvloeien uit een schending van het Italiaanse mededingingsrecht. Voor zover het schadevergoedingsacties betreft wegens schending van artikelen 81 of 82 EG, geldt onverkort, wegens afwezigheid van een andersluidende regeling, dat de rechter die volgens de normale competentieregels bevoegd zou zijn, bevoegd is van dit geschil kennis te nemen.

48. Terzijde merk ik op, dat sinds de inwerkingtreding van verordening nr. 1/2003 geldt dat als nationale instanties, dus ook de Corte d'Appello, het nationale mededingingsrecht toepassen, zij tevens artikel 81 EG dienen toe

20 — Daar kan eventueel tegen worden ingebracht dat dit de uiteindelijke proceduur ook kan verlengen.

21 — www.eius.it (doorklikken naar giurisprudenza, 2005, nr. 2207).

22 — Uitspraak van 9 december 2002, nr. 17475.

te passen, althans als aan het criterium „beïnvloeding van de handel” is voldaan. Daaruit kan worden afgeleid dat deze instantie ook bevoegd is in het geval een vordering tevens is gebaseerd op schending van artikel 81 EG. In theorie zou dus een rechtzoekende een zekere keuze hebben, al naar gelang hij zijn vordering alleen op een schending van het Europese mededingingsrecht baseert (in welk geval de Giudice di Pace dan wel de Tribunale bevoegd is), dan wel mede daarop is gebaseerd (de Corte d’Appello, gezien zijn exclusieve competentie uitspraak te doen omtrent vorderingen tot schadevergoeding die zijn gebaseerd op een schending van het nationale mededingingsrecht).

49. Dit doet echter niet af aan de beantwoording van de vraag. Het is vaste rechtspraak dat bij gebreke van een communautaire regeling ter zake het een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat is om de bevoegde rechterlijke instanties aan te wijzen en de procedureregels vast te stellen voor vorderingen die worden ingediend ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht ontleen, mits het gelijkheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel in acht worden genomen.²³

50. Het gelijkheidsbeginsel houdt in dat de regels die gelden voor een vordering geba-

seerd op het Europese recht niet ongunstiger mogen zijn dan die welke voor soortgelijke vorderingen krachtens nationaal recht. Daarvan schijnt geen sprake te zijn, hetzij omdat een schadevordering kan worden aangebracht bij de Giudice di Pace (in welk geval er wellicht zelfs sprake is van een begunstiging), hetzij bij de Corte d’Appello²⁴ (in welk geval een vordering gebaseerd op het Europese recht gelijk wordt behandeld als een vordering gebaseerd op nationaal recht).

51. In het geval de Giudice di Pace de bevoegde rechter is als het gaat om vorderingen tot schadevergoeding gerelateerd aan een schending van het Europese mededingingsrecht, zoals het geval blijkt te zijn, speelt het vraagstuk van de eventuele procesduur en proceskosten, en dus het vraagstuk van een eventuele schending van het doeltreffendheidsbeginsel, niet. Ten overvloede merk ik op dat de duur en de kosten disproportioneel dienen te zijn wil de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten worden gefrustreerd.

23 — Zie arrest van 16 december 1976, Rewe (33/76, Jurispr. blz. 1989, punt 5), en het eerder aangehaalde arrest Courage en Crehan, punt 29 en de daarin vermelde Jurisprudentie.

24 — Uit de Italiaanse wetgeving en literatuur kan worden opgemaakt dat de Corte d’Appello enkel exclusief bevoegd is aangaande vorderingen op basis van de Italiaanse mededingingswet. Voor vorderingen gebaseerd op schending van artikel 81 EG gelden de gewone bevoegdheidsregels. Zoals uit punt 48 blijkt dient de Corte d’Appello op grond van verordening nr. 1/2003 ook het Europese mededingingsrecht toe te passen, zo aan alle criteria is voldaan. Een splitsing van vorderingen lijkt om praktische redenen onwenselijk. Bovendien zou dat aanleiding kunnen geven tot rechtsonzekerheid en tot competentieconflicten.

E — *Vraag drie: de tweede prejudiciële vraag in zaken C-295/04 tot en met C-297/04 en de derde vraag in zaak C-298/04*

52. Deze vraag betreft de vraag of een derde met een rechtens relevant belang de nietigheid van een verboden afspraak kan inroepen en schadevergoeding kan claimen indien er sprake is van een causaal verband tussen de afspraak of gedraging en de schade.

53. Het antwoord op deze vraag kan worden afgeleid uit bestaande rechtspraak. Ik maak hierbij een onderscheid tussen de civielrechtelijke gevolgen die rechtstreeks voortvloeien uit het Verdrag (het nietigheidsaspect) en andere civielrechtelijke gevolgen (zoals het schadevergoedingsaspect).

54. Naast administratiefrechtelijke handhaving speelt de privaatrechtelijke handhaving een net zo belangrijke rol, althans zou dat kunnen spelen, gezien de civielrechtelijke consequenties van schending van artikel 81 EG of 82 EG. Daarin heeft de nationale rechter een rol te vervullen. Ruim 30 jaar geleden heeft het Hof al vastgesteld dat de verboden van (thans) artikelen 81 en 82 EG naar zijn aard rechtstreekse gevolgen teweegbrengen in de betrekkingen tussen

particulieren en voor justitiabellen rechten doen ontstaan die de nationale rechter dient te handhaven.²⁵ Het belang van naleving van het verbod van artikel 81, lid 1, EG wordt voorst onderstreept doordat de op grond van deze bepaling verboden overeenkomsten of besluiten volgens artikel 81, lid 2, EG van rechtswege nietig zijn.²⁶ Het Hof heeft in een reeks van arresten hieraan herinnerd en ook nader verklaard.²⁷ Die nietigheid is absoluut en kan door een ieder worden ingeroepen.

55. Ergo, het is evident dat dit deel van de vraag bevestigend kan worden beantwoord. Tijdens de terechtzitting heeft Assitalia gesteld dat het in casu om een onderling afgestemde feitelijke gedraging gaat en niet om een overeenkomst of een besluit. Het nietigheidsaspect zou derhalve irrelevant zijn. Dat moge wellicht zo zijn, maar het belang van deze vraag zit hem met name in de civielrechtelijke gevolgen voor derden van verboden gedragingen op grond van artikel 81 EG. De nietigheid is daar één van, het vorderen van schadevergoeding een andere.

56. Over dat laatste is het Verdrag, anders dan de nietigheid, minder uitgesproken. In beginsel zal dan ook ten rade moeten worden

25 — Arrest van 30 januari 1974, BRT en SABAM (127/73, Jurispr. blz. 51, punt 16).

26 — In dit verband wijs ik ook nog eens op het arrest van 1 juni 1999, Eco Swiss China Time Ltd (C-126/97, Jurispr. blz. I-3055, punten 36 en 39).

27 — Ter illustratie: zie arresten van 30 juni 1966, Société Technique Minière (56/65, Jurispr. blz. 393); 25 november 1971, Béguelin (22/71, Jurispr. blz. 949 punt 29), en 6 februari 1973, Brasserie De Haecht (48/72, Jurispr. blz. 77, punt 26). Van meer recente datum: Courage.

gegaan bij het nationale recht. Echter, hieraan zijn wel een aantal randvoorwaarden gesteld. Deze zijn te destilleren uit het arrest *Courage*. In dit arrest heeft het Hof zich uitgelaten over de mogelijkheid op schade-loosstelling. Het Hof stelt allereerst dat: „Aangaande de mogelijkheid om vergoeding te vorderen van schade die is veroorzaakt door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen, zij er allereerst aan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de nationale rechter die in het kader van zijn bevoegdheden belast is met de toepassing van het gemeenschapsrecht, de volle werking van dat recht dient te verzekeren en de daarin aan particulieren toegekende rechten dient te beschermen (zie met name arresten van 9 maart 1978, *Simmenthal*, 106/77, *Jurispr.* blz. 629, punt 16, en 19 juni 1990, *Factortame e.a.*, C-213/89, *Jurispr.* blz. I-2433, punt 19).”²⁸

57. Vervolgens stelt het Hof dat „aan de volle werking van artikel [81] EG, in het bijzonder het nuttig effect van het in lid 1 neergelegde verbod, zou worden afgedaan indien niet eenieder vergoeding kon vorderen van schade die hem is berokkend door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen” en voegt eraan toe dat „een dergelijk recht de communautaire mededingingsregels immers gemakkelijker toepasbaar [maakt], waardoor — vaak verborgen — overeenkomsten of praktijken die de mededinging kunnen

beperken of vervalsen, minder aantrekkelijk worden. In zoverre kunnen bij de nationale rechter ingediende schadevorderingen wezenlijk bijdragen tot de handhaving van een daadwerkelijke mededinging in de Gemeenschap”.²⁹

58. Hieruit blijkt dat ook dit deel van de vraag bevestigend kan worden beantwoord.

F — *Vraag vier: de derde vraag in de zaken C-295/04 tot en met C-297/04 en de vierde vraag in zaak C-298/04*

59. In deze vraag staan de verjaringstermijnen voor schadevorderingen centraal: begint de verjaring te lopen op het moment dat de afspraak of de onderling afgestemde gedraging tot stand komt of op de dag waarop deze is beëindigd?

60. Allereerst zij opgemerkt dat hieromtrent geen communautaire regelgeving bestaat. De enige termijnen die worden geregeld, zijn de termijnen van verordening nr. 1/2003 en van verordening nr. 2988/74³⁰, maar die gelden enkel in het kader van de administratief-

28 — *Courage*, aangehaald in voetnoot 14, punt 25.

29 — *Courage*, aangehaald in voetnoot 14, zie punten 26, respectievelijk 27.

30 — Verordening (EEG) nr. 2988/74 van de Raad van 26 november 1974 inzake de verjaring van het recht van vervolging en van tenuitvoerlegging op het gebied van het vervoers- en het mededingingsrecht van de Europese Economische Gemeenschap (PB L 319, blz. 1).

rechtelijke handhaving van de Commissie. Zij zijn niet relevant voor civielrechtelijke schadevergoedingsacties die bij de nationale rechter aanhangig worden gemaakt.

61. Aangezien dus communautaire regelgeving ontbreekt, luidt het antwoord, net als bij de vorige vragen, dat het dan een aangelegenheid is van de rechtsorde van elke lidstaat om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven, mits het gelijkheidsbeginsel en het doelmatigheidsbeginsel in acht worden genomen. Dit houdt dus in dat de verjaringstermijnen voor schadevergoedingsacties gebaseerd op schending van de Europese mededingingsbepalingen niet ongunstiger mogen zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen en dat zij in geen geval dusdanig mogen zijn, dat de uitoefening van de rechten welke de nationale rechter moet beschermen in de praktijk onmogelijk wordt gemaakt.

G — Vraag vijf: de vierde vraag in de zaken C-295/04 tot en met C-297/04 en de vijfde vraag in zaak C-298/04

62. In deze vraag wordt de mogelijkheid aan de orde gesteld om ambtshalve een punitieve schadevergoeding toe te kennen.

63. Ook deze vraag dient in het licht van de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit te worden beantwoord. Het is in het licht van de effectiviteit van artikel 81, lid 1, EG dat het Hof heeft verklaard dat een ieder schadevergoeding moet kunnen vorderen als hij door een mededingingsbeperkende handeling is benadeeld. De inkleding daarvan (bij welke rechter, de procedureregels, etc.) wordt overgelaten aan de nationale rechtsorde, mits aan de twee hierboven genoemde vereisten wordt voldaan.³¹

64. Privaatrechtelijke handhaving en publiekrechtelijke handhaving bestaan naast elkaar en onafhankelijk van elkaar. In beginsel dienen zij verschillende doeleinden, wel kunnen zij elkaar aanvullen. De geldboetes die door de Commissie (of de nationale mededingingsautoriteiten) kunnen worden opgelegd voor overtredingen van het kartelverbod is enerzijds een bestraffing, anderzijds onderdeel van een meer algemeen beleid om het gedrag van ondernemingen te sturen.³² Bedoeling is dat er van een opgelegde boete voldoende afschrikkende, c.q. preventieve werking uitgaat. Ook kan de Commissie bij het opleggen van boetes, naast andere factoren (boeteverzwarende en boeteverminderende), rekening houden met de behaalde winst, c.q. financieel voordeel³³, dit alles dient primair een publiekrechtelijk

31 — Courage, aangehaald in voetnoot 14 punt 29.

32 — Zie arrest van 7 juni 1983, *Musique diffusion française* (gevoegde zaken 100-103/80, *Jurispr.* blz. 1825, r.o. 105 en 106).

33 — Zie *Musique diffusion française*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 129; zie ook de *Richtsnoeren* voor de berekening van geldboeten, PB C 9, van 14 januari 1998, blz. 3.

belang en staat los van eventuele civiel-rechtelijke schadevergoedingsacties en/of de gewenstheid c.q. effectiviteit van meer privaatrechtelijke handhaving.

het aanwijzen van een specifiek bevoegde rechter wat betreft deze vorderingen. Slechts enkele lidstaten kennen in het kader van schadevergoedingsacties ook de mogelijkheid van punitieve of exemplaire sancties.³⁵ Daaronder behoort Italië niet.

65. Een mogelijke privaatrechtelijke schadeclaim, naast of los van een boete, kan uiteraard die afschrikkende werking wel vergroten. Zo voorziet de Amerikaanse federale antitrust wetgeving in de mogelijkheid om „treble damages” te vorderen. Het hoeft geen betoog dat door het drievoudige van de opgelopen schade te kunnen vorderen het bedrag wat met schadeclaims kan zijn gemoeid enorm is. De afschrikkende werking die daarvan uit kan gaan, is door de Amerikaanse federale wetgever beoogd.

68. In de meeste lidstaten heerst de opvatting dat een schadevergoedingsactie in de eerste plaats er toe dient om geleden nadeel voortvloeiend uit verboden kartelgedraging te compenseren en niet om de gelaedeerde een economisch voordeel te laten behalen. Overigens, zoals de Duitse regering heeft opgemerkt, verzet het gemeenschapsrecht zich niet tegen deze opvatting.³⁶

66. In het communautaire recht bestaat een dergelijke regel niet.³⁴

69. Vanuit het perspectief van het gemeenschapsrecht dient een vergoeding voor geleden schade wegens schending van gemeenschapsrecht adequaat te zijn ten opzichte van de geleden schade. Aangezien gemeenschapsrechtelijke bepalingen terzake ontbreken is het aan het nationale recht van elke lidstaat de criteria te bepalen voor de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding, mits die criteria niet ongunstiger zijn dan voor soortgelijke vorderingen die op nationaal recht zijn gebaseerd en de vergoeding van de schade niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk wordt gemaakt.³⁷

67. In veruit de meeste lidstaten bestaat geen specifieke regelgeving voor vorderingen tot vergoeding van schade ten gevolge van verboden mededingingsrechtelijke gedragingen. Dan gelden de gewone regels uit de nationale rechtsorde daarvoor. Zelfs die lidstaten die expliciet in hun mededingingswetgeving de mogelijkheid tot schadevergoeding noemen, beperken zich doorgaans tot

35 — Volgens het Ashurst rapport zijn dat het Verenigd Koninkrijk, Ierland en Cyprus.

36 — Zie Courage, aangehaald in voetnoot 14, r.o. 30.

37 — Zie bij wijze van analogie het arrest van 5 maart 1996, Brasserie du pêcheur (gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, Jurispr. blz. I-1029, r.o. 90).

34 — Een van de beleidsopties die in het Groenboek wordt genoemd is de mogelijkheid van het toekennen van „double damages” voor horizontale kartels.

70. De verzekering van de nuttige werking van artikel 81, lid 1, EG dwingt, m.i. niet ertoe om een hogere vergoeding toe te kennen dan de geleden schade. Wel geldt dat indien op grond van nationaal mededingingsrecht bijzondere vormen van schadevergoeding kunnen worden toegekend, deze ook beschikbaar moeten zijn indien de desbetreffende vorderingen gebaseerd zijn op een schending van het communautaire mededingingsrecht.

V — Conclusie

71. In het licht van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging de vragen als volgt te beantwoorden.

- Artikel 81 EG dient zo te worden uitgelegd dat een overeenkomst of afgestemde feitelijke gedraging op grond van deze bepaling verboden is als de mededinging wordt beperkt en op grond van een aantal objectieve factoren, feitelijk of rechtens, doet verwachten, dat zij al niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, invloed kunnen uitoefenen op het handelsverkeer tussen de lidstaten. Het feit dat de gedragingen die aan het bodemgeschil ten grondslag ligt het gehele territorium van een lidstaat bevat, alsmede dat het overgrote deel daar werkzame verzekeringsondernemingen aan het hen verweten mededingingsbeperkende gedrag deelnamen, als ook het feit dat onder die ondernemingen buitenlandse ondernemingen betrokken waren, vormen tezamen een aanwijzing dat er sprake kan zijn van een beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten.

- Artikel 81 EG dient zo te worden uitgelegd dat derden met een rechtens relevant belang de nietigheid kunnen inroepen van een overeenkomst die op grond van deze bepaling zijn verboden en schadevergoeding kunnen vorderen indien er een causaal verband bestaat tussen de verboden overeenkomst of afgestemde gedraging en de schade.

- Bij gebreke van communautaire regelgeving ter zake is het een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat om de bevoegde rechterlijke instanties aan te wijzen, de verjaringstermijnen vast te stellen voor het indienen van vorderingen tot schadevergoeding en de criteria te bepalen voor de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding, mits die regels niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke vorderingen krachtens nationaal recht gelden en de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterts moeilijk maken.