CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL W. VAN GERVEN

van 19 september 1991 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. De onderhavige zaak betreft een verzoek van het Tribunale di Genova (Italië) om bij wijze van prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 177 EEG-Verdrag een uitspraak te doen over de interpretatie van de artikelen 7, 30, 85, 86 en 90 van het EEG-Verdrag. De aan het Hof gestelde vragen zijn gerezen in het kader van een geschil tussen Merci convenzionali porto di Genova SpA (hierna „Merci") en Siderurgica Gabrielli SpA (hierna „Siderurgica") omtrent de vergoeding van schade geleden als gevolg van de laattijdige levering van een partij staal en de terugbetaling van onbillijk geachte bedragen betaald voor diensten in de haven van Genua. De verwijzende rechter wordt in dit geschil in essentie geconfronteerd met de vraag of de in de Italiaanse wetgeving voorziene regeling inzake havenoperaties in Italiaanse havens verenigbaar is met het EEG-Verdrag en, of de relevante verdragsbepalingen rechtstreekse werking hebben.

Juridische en feitelijke achtergrond

2. Artikel 110 van de Italiaanse „Codice della Navigazione" (hierna „Cod. Nav.") bepaalt dat in Italiaanse havens alle havenoperaties [1] zijn voorbehouden aan „compagnie portuali", dit zijn corporaties van havenarbeiders (hierna „havencorporaties").

Dit monopolie wordt gewaarborgd door artikel 1172 Cod. Nav. dat voorziet in strafrechtelijke sancties voor eenieder die voor havenoperaties een beroep doet op havenarbeiders die niet aangesloten zijn bij een havencorporatie. Overeenkomstig artikelen 152 en 156 van het „Regolamento Navigazione Marittima" (hierna „Reg. Nav. Mar.") betreffende de inschrijving in en de schrapping uit de ledenregisters van de havencorporaties moeten havenarbeiders voldoen aan een aantal voorwaarden waaronder het vereiste dat men de Italiaanse nationaliteit bezit. [2]

Overeenkomstig artikel 111 Cod. Nav. wordt het organiseren van havenoperaties voor rekening van derden in Italiaanse havens in concessie gegeven aan „imprese portuali" (hierna „havenbedrijven"), dit zijn doorgaans privaatrechtelijke vennootschap-

* Oorspronkelijke taal: Nederlands.

1 — Overeenkomstig artikel 108 Cod. Nav. wordt daaronder verstaan „het laden, lossen, overslaan, opslaan en het verplaatsen in het algemeen van goederen en al het andere materieel in de haven".

2 — Artikel 152, lid 2 en 156, lid 6. Dit vereiste geldt ook voor tijdelijke havenarbeiders, zie artikel 194 Reg. Nav. Mar.

pen die geheel of grotendeels in handen zijn van de havenautoriteiten. Belangrijk is dat deze havenbedrijven krachtens artikel 111, laatste alinea, Cod. Nav. en overeenkomstig voornoemde bepalingen, voor de door hen voor rekening van derden georganiseerde havenoperaties uitsluitend een beroep mogen doen op voormelde havencorporaties en de daarbij aangesloten havenarbeiders.

Overeenkomstig artikel 112 Cod. Nav. en de artikelen 202 en 203 Reg. Nav. Mar. worden de tarieven en andere voorwaarden voor zowel het verrichten van havenoperaties door de havencorporaties als het organiseren van havenoperaties voor rekening van derden door de havenbedrijven vastgesteld door de havenautoriteiten.

3. Op 2 december 1988 kocht Siderurgica, verweerster in het bodemgeschil, in Hamburg een partij Braziliaans staal ter waarde van ongeveer 6 miljard LIT en verscheepte deze partij staal naar Genua. Hoewel het schip waarmee het staal werd verscheept daartoe was uitgerust, mocht de scheepsbemanning overeenkomstig de hierboven vermelde Italiaanse wetgeving de lading bij aankomst in de haven van Genua op 22 en 23 december 1988 niet zelf lossen. Op grond van voornoemd artikel 111 Cod. Nav. was Siderurgica verplicht om een beroep te doen op Merci, het havenbedrijf aan wie de organisatie voor rekening van derden van havenoperaties betreffende gewone vracht in de haven van Genua in concessie was gegeven, en deed Merci, overeenkomstig de laatste alinea van laatstgenoemd artikel, voor het eigenlijke verrichten van de havenoperaties, het lossen en het verdere transport binnen de haven van de betrokken partij staal een beroep op de havencorporatie van de haven van Genua, de Compagnia unica lavoratori merci varie del porto di Genova (hierna „Compagnia"), en de daarbij aangesloten havenarbeiders.

Na het lossen van de partij staal, liet Merci echter maandenlang na het staal aan Siderurgica te leveren en verhinderde ook dat Siderurgica zelf het staal kwam ophalen.

4. Op verzoek van Siderurgica, gaf de president van het Tribunale di Genova op 10 april 1989 aan Merci het bevel de betrokken partij staal onmiddellijk te leveren. Op 28 april 1989 deed Merci verzet tegen dat bevel bij het Tribunale di Genova, de verwijzende rechter, en in het kader van deze procedure vorderde Siderurgica schadevergoeding voor de door haar geleden schade en de terugbetaling van de volgens haar onrechtmatig betaalde bedragen voor de haar opgedrongen en niet-gevraagde diensten van havenarbeiders.[3] Wat de schade betreft voerde Siderurgica aan dat zij als gevolg van de niet-levering van de partij staal haar produktie tijdelijk moest stopzetten en haar cliënten niet van de door hen bestelde afgewerkte produkten kon voorzien. Bovendien leed zij aanzienlijke schade door de maandenlange blokkering van de tegenwaarde van de aankoopprijs van het staal. Vermits Merci het staal ondertussen aan Siderurgica heeft geleverd, heeft het bodemgeschil thans niet langer meer betrekking op het bevel tot levering maar enkel

3 — Het werd Siderurgica immers geweigerd om zelf het staal te lossen met behulp van de bemanning en de scheepskranen van het schip.

nog op de schadevergoedings- en terugbetalingsvordering van Siderurgica.

5. In haar verweer voor de verwijzende rechter voert Merci aan dat ze niet werkt met eigen personeel maar overeenkomstig de Italiaanse wetgeving verplicht is een beroep te doen op arbeidskrachten die haar ter beschikking worden gesteld door Compagnia die als enige bevoegd is om de goederen in de haven van Genua te vervoeren. Verder stelt zij, wat overigens niet wordt betwist, dat zij het staal niet aan Siderurgica heeft kunnen afleveren wegens een lange reeks van stakingen van het personeel van voornoemde havencorporatie. Ze bevond zich derhalve in de tijdelijke onmogelijkheid om haar verbintenis na te komen, en is op grond daarvan niet aansprakelijk voor de uit de late levering voortspruitende schade. Bovendien kan ze evenmin, zo gaat het verweer verder, aansprakelijk worden gesteld voor de door Siderurgica onbillijk geachte bedragen die voor de verrichte havenoperaties werden aangerekend en dit omwille van het feit dat deze bedragen waren berekend op basis van door de havenautoriteiten vastgelegde tarieven die ze, als havenbedrijf, verplicht was toe te passen overeenkomstig artikel 112 Cod. Nav. en artikel 203 Reg. Nav. Mar.

Siderurgica stelt daartegenover dat de door Merci ter rechtvaardiging van haar handelswijze aangevoerde Italiaanse wetgeving in strijd is met artikelen 90, 86, 85 en 37 EEG-Verdrag, en dat de nationale rechter verplicht is om de met het gemeenschapsrecht strijdige bepalingen van het nationale recht buiten toepassing te laten. Dit zou in het onderhavige geval leiden tot de conclusie dat Merci toch aansprakelijk is voor de laattijdige levering van de goederen en voor de erdoor veroorzaakte schade alsmede voor de terugbetaling van de voor de havenoperaties onrechtmatig betaalde bedragen.

6. Ofschoon Merci zich ter rechtvaardiging van haar handelwijze beroept op de toepasselijke Italiaanse wetgeving, is zij niettemin met Siderurgica van oordeel dat deze wetgeving voor zover zij in een monopolie voor de havencorporaties voorziet (art. 110 Cod. Nav.) onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht.[4] Merci stelt echter dat deze onverenigbaarheid volgens haar (in theorie althans) *wel* de eis tot schadevergoeding voor de laattijdige levering zou rechtvaardigen maar *niet* de eis tot terugbetaling van de door Siderurgica betaalde bedragen voor opgedrongen en niet-gevraagde havendiensten omdat zij, Merci, zich door het verrichten van die diensten niet zou hebben verrijkt.

De prejudiciële vragen en de bevoegdheid van het Hof

7. Geconfronteerd met dit geschil legt het Tribunale di Genova aan het Hof twee prejudiciële vragen voor tot interpretatie van de artikelen 7, 30, 85, 86 en 90 van het EEG-Verdrag waarin zij vraagt of:

„1) Kunnen gemeenschapsonderdanen, bij de huidige stand van het gemeenschaps-

4 — Merk echter wel op dat volgens Merci artikel 111 Cod. Nav., op grond waarvan aan haar een concessie is toegekend voor het organiseren van havenoperaties voor rekening van derden, in onderhavige zaak niet ter discussie staat. Zie hierna, nr. 9.

recht, aan artikel 90 EEG-Verdrag en aan de verbodsbepalingen van artikelen 7, 30, 85 en 86 van dat Verdrag rechten ontlenen die de Lid-Staten in acht moeten nemen, wanneer in de nationale havens het laden en lossen van goederen die uit de ene Lid-Staat over zee in het grondgebied van een andere Lid-Staat worden ingevoerd, is voorbehouden aan een havenbedrijf en/of -corporatie waarvan het personeel uitsluitend uit onderdanen van dat land bestaat en die daarbij opgelegde tarieven moeten toepassen, ook al kunnen die verrichtingen door het boordpersoneel met de scheepsinstallaties worden verricht.

2) Is een havenbedrijf en/of -corporatie waarvan het personeel uitsluitend uit onderdanen van het eigen land bestaat en die het alleenrecht heeft op het laden en lossen van goederen in de nationale havens en daarbij opgelegde tarieven moet toepassen, een bedrijf belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang in de zin artikel 90, lid 2, EEG-Verdrag, die haar specifieke taak niet langer meer zou kunnen vervullen, indien artikel 90, lid 1, en de verbodsbepalingen van de artikelen 7, 30, 85, 86 EEG-Verdrag op haar van toepassing zouden zijn?"

8. Alvorens op deze vragen in te gaan, wil ik terloops opmerken dat hoewel partijen in het bodemgeschil het, zoals hierboven vermeld, grotendeels eens zijn over de onverenigbaarheid van de betrokken Italiaanse wetgeving met het gemeenschapsrecht[5], het Hof niettemin bevoegd is om overeenkomstig artikel 177 EEG-Verdrag antwoord te geven op de gestelde vragen. Het staat inderdaad aan de nationale rechter te oordelen, of de in het geding opgeworpen rechtsvragen relevant zijn en of een prejudiciële uitspraak noodzakelijk is om vonnis te kunnen wijzen.[6] Het Hof kan zich enkel onbevoegd verklaren als er niet langer een bodemgeschil zou zijn[7] of de gestelde vragen geen verband houden met de feiten of het onderwerp van het bodemgeschil.[8] Welnu, in de onderhavige zaak is er wel degelijk een bodemgeschil en houden de vragen verband met de feiten en het onderwerp van dat geschil. Het feit dat de gedingpartijen het eens zijn over het antwoord op de gestelde vragen, wil niet zeggen dat er in hoofde van de verwijzende rechter geen twijfel kan bestaan over de correcte interpretatie van het gemeenschapsrecht en dat hij derhalve geen nood heeft aan uitlegging vanwege het Hof.[9]

5 — Onenigheid bestaat enkel over de gevolgen die deze onverenigbaarheid voor Merci heeft met betrekking tot de terugbetaling van de door Siderurgica betaalde bedragen voor havendiensten.

6 — Arresten van 16 december 1981, zaak 244/80, Foglia, Jurispr. 1981, blz. 3045, r. o. 14 en 15, 21 april 1988, zaak 338/85, Pardini, Jurispr. 1988, blz. 2041, r. o. 8; zie ook de beschikking van het Hof van 26 januari 1990, zaak C-286/88, Falciola, Jurispr. 1990, blz. I-191, r.o. 7.

7 — Zie het in voetnoot 6 geciteerde arrest Pardini, r. o. 9.

8 — Arrest van 16 juni 1981, zaak 126/80, Salonia, Jurispr. 1981, blz. 1563, r. o. 6 en de in voetnoot 6 geciteerde beschikking Falciola, r. o. 8.

9 — Zoals blijkt uit haar opmerkingen voor het Hof is ook de Commissie van oordeel dat de betrokken Italiaanse wetgeving in strijd is met het gemeenschapsrecht. Onduidelijk is waarom de Commissie deze wetgeving dan niet overeenkomstig artikel 169 EEG-Verdrag bij het Hof aanhangig heeft gemaakt: zoals advocaatgeneraal Darmon aanmerkt in zijn conclusie in de zaak Leclerc, zou een artikel 169-procedure een onderzoek „in concreto" van de betrokken wetgeving hebben toegelaten, in plaats van een abstracte toetsing aan het Verdrag in het kader van een artikel 177-procedure (Jurispr. 1985, blz. 1, op blz. 16).

9. De verwijzende rechter vraagt naar de interpretatie van de artikelen 7, 30, 85 en 86 EEG-Verdrag in samenhang met artikel 90. Het kan inderdaad niet worden betwist dat de Italiaanse wetgeving [10] aan zowel de havencorporatie Compagnia als aan de havenbedrijf Merci uitsluitende rechten verleent in de zin van artikel 90, lid 1. In haar opmerkingen voor het Hof werpt Merci op dat het monopolie op havenactiviteiten voorzien in voornoemd artikel 110 Cod. Nav. verleend wordt aan havencorporaties en niet aan havenbedrijven zoals zijzelf. Integendeel, havenbedrijven zouden dit monopolie „ondergaan" ten gevolge van voornoemd artikel 111, laatste alinea, Cod. Nav.

Dit laatste wil ik niet betwisten. In tegenstelling tot wat Merci stelt [11] en tot wat de op dit punt onvoldoende precieze bewoording van de prejudiciële vragen zou kunnen doen geloven [12] mag men echter niet uit het oog verliezen dat in onderhavige zaak niet alleen het aan Compagnia verleende monopolie van artikel 110 Cod. Nav. aan de orde is maar ook de overeenkomstig artikel 111 Cod. Nav. aan Merci, en aan haar alleen, verleende concessie inzake het organiseren voor rekening van derden van havenoperaties betreffende gewone vracht. [13] Er zijn met andere woorden twee, met elkaar vervlochten, monopolies: een eerste in hoofde van de havencorporatie Compagnia dat betrekking heeft op het daadwerkelijk *verrichten* van havenoperaties en dat Merci, voor zover het om havenoperaties betreffende gewone vracht gaat, als enige „ondergaat", *en* een tweede monopolie in hoofde van het havenbedrijf Merci dat betrekking heeft op het *organiseren voor rekening van derden* van de voornoemde, door Compagnia verrichte havenoperaties waaraan de gebruikers van de haven van Genua zijn onderworpen. In de onderhavige zaak moet men noodzakelijkerwijze beide monopolies in beschouwing nemen.

10. Reeds uit het arrest van 30 april 1974, Sacchi [14], en opnieuw uit recente arresten van 19 maart 1991, Frankrijk/Commissie [15] en 18 juni 1991, ERT [16], blijkt dat een door een Lid-Staat aan een onderneming verleend monopolie, als bedoeld in artikel 90, lid 1, enkel verenigbaar is met het Verdrag als „de modaliteiten van de organisatie en de werking van dergelijk monopolie geen afbreuk doen aan de bepalingen van het Verdrag". Derhalve moet hierna onderzocht worden of de organisatie- en uitoefeningsmodaliteiten van de aan Compagnia en Merci toegekende monopolies de in de prejudiciële vraag genoemde artikelen (7, 30, 85 en 86) dan wel in samenhang daarmee andere verdragsartikelen (48, 52 en 59) schenden. Ik zal die artikelen nu bespreken: eerst de artikelen 7, 48, 52 en 59 in verband met een mogelijke discriminatie op grond

10 — Zie de hiervoor beschreven artikelen 110, 111, 112 en 1172 Cod. Nav.

11 — Zie voetnoot 4.

12 — In de vragen is er immers enkel uitdrukkelijk sprake van het monopolie op het laden en lossen van goederen dat is het monopolie dat aan Compagnia werd verleend. Nochtans blijkt mijns inziens uit de rest van de verwijzingsbeschikking duidelijk dat in de onderhavige zaak niet alleen het aan Compagnia verleende monopolie aan de orde is.

13 — Het is weliswaar zo dat overeenkomstig artikel 111 Cod. Nav. het organiseren voor rekening van derden van havenoperaties aan meerdere bedrijven in concessie wordt gegeven. Het wordt echter niet betwist dat Merci het enige bedrijf is dat in de haven van Genua een dergelijke concessie voor *gewone vracht* heeft gekregen. Voor containers bij voorbeeld geldt een ander monopolie dat aan het havenbedrijf Terminal contenitori di Genova is verleend.

14 — Zaak 155/73, Jurispr. 1974, blz. 409, r. o. 14.

15 — Zaak 202/88, Jurispr. 1991, blz. I-1223, r. o. 22.

16 — Zaak C-260/89, Jurispr. 1991, blz. I-2925, r. o. 12.

van nationaliteit, dan de artikelen 85 en 86 in verband met een mogelijke schending van de mededingingsregelen en ten slotte artikel 30 in verband met een eventuele beperking van het intracommunautair goederenverkeer.

Schending van het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit

11. Zoals reeds vermeld bepalen de artikelen 152 en 156 Reg. Nav. Mar. met betrekking tot havencorporaties, zoals Compagnia, dat men de Italiaanse nationaliteit moet bezitten om lid te kunnen zijn van die havencorporaties, en bepaalt artikel 111, laatste lid, Cod. Nav. met betrekking tot havenbedrijven, zoals Merci, dat zij voor het verrichten van havenoperaties enkel beroep mogen doen op de leden van voornoemde havencorporaties. Is dit nationaliteitsvereiste verenigbaar met het Verdrag ?

Zoals de Commissie terecht opmerkt kan op grond van de gegevens van het dossier niet worden vastgesteld of het verrichten van diensten door de havenarbeiders in het kader van een havencorporatie als arbeid in dienstverband dan wel als zelfstandige arbeid moet worden beschouwd.[17] Dit is in de onderhavige zaak echter van weinig belang omdat een nationaliteitsvereiste zoals voorzien in voornoemde Italiaanse wetgeving onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht zowel wanneer de havenarbeiders werknemers zijn in de zin van artikel 48 EEG-Verdrag als wanneer ze, als leden van de havencorporatie, zelfstandigen zijn die zich in de zin van artikel 52 EEG-Verdrag in een Lid-Staat vestigen dan wel er in de zin van artikel 59 EEG-Verdrag diensten komen verrichten. Artikel 7 EEG-Verdrag verbiedt immers elke discriminatie op grond van de nationaliteit binnen de werkingssfeer van het Verdrag en dit verbod wordt voor werknemers in artikel 48, lid 2, EEG-Verdrag en voor zelfstandigen in de artikelen 52 en 59 EEG-Verdrag geconcretiseerd en bevestigd als één van de fundamentele verdragsbepalingen. Welnu, in de onderhavige zaak verhindert het nationaliteitsvereiste dat onderdanen van andere Lid-Staten in de haven van Genua als werknemers of als zelfstandigen havenoperaties zouden verrichten.

Zoals uit de feiten van het bodemgeschil blijkt, belet het vereiste ook dat andere dienstenverstrekkers uit andere Lid-Staten dan havenarbeiders in Italiaanse havens havenoperaties zouden uitvoeren. In casu mocht de Duitse rederij die de partij staal van Hamburg voor rekening van Siderurgica naar Genua verscheepte, deze partij niet zelf lossen hoewel het schip daartoe uitgerust was. Ook dat is in strijd met artikel 59 EEG-Verdrag.

12. Overeenkomstig artikel 48, lid 3, artikel 56, lid 1, en artikel 66, juncto artikel 56, lid 1, EEG-Verdrag kunnen uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid discriminatoire beperkingen aan respectievelijk het vrije verkeer van werknemers, het recht van

17 — Merci werpt op dat de havenarbeiders geen werknemers maar leden van de havencorporaties zijn maar sluit niet uit dat de havencorporaties toch ook werknemers in dienst hebben.

vestiging en het vrij verrichten van diensten gerechtvaardigd zijn. Bovendien bepalen artikel 48, lid 4, artikel 55, eerste alinea, en artikel 66, juncto artikel 55, eerste alinea, EEG-Verdrag, dat de bepalingen betreffende respectievelijk het vrije verkeer van werknemers, het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten niet van toepassing zijn op betrekkingen in overheidsdienst of werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag.

Het in voormelde wetgeving neergelegde nationaliteitsvereiste beoogt echter niet de bescherming van de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid. Het heeft niet tot doel het algemeen belang maar enkel de individuele belangen van de Italiaanse havenarbeiders te bevorderen en kan aldus niet uit hoofde van voormelde gronden gerechtvaardigd worden. Gelet op de enge interpretatie die in de rechtspraak van het Hof aan deze begrippen wordt gegeven, betreft het evenmin betrekkingen in overheidsdienst in de zin van artikel 48, lid 4 [18], of werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag in de zin van artikel 55. [19]

13. Met betrekking tot de schending van het discriminatieverbod dient ten slotte te worden vermeld dat alle hierboven vermelde bepalingen volgens vaste rechtspraak van het Hof rechtstreekse werking hebben. [20] In samenhang met deze rechtstreeks werkende bepalingen heeft ook artikel 90, lid 1, EEG-Verdrag rechtstreekse werking. [21]

Schending van de mededingingsbepalingen van het Verdrag

14. Hoewel de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag het gedrag van ondernemingen en niet de wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen van Lid-Staten betreffen, zijn de Lid-Staten volgens vaste rechtspraak van het Hof er krachtens artikel 5, tweede alinea, EEG-Verdrag toe gehouden „door hun nationale wetgeving geen afbreuk te doen aan de volledige en eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht en geen maatregelen (te) nemen of (te) handhaven welke aan op de bedrijven toepasselijke mededingingsregels hun nuttig effect kunnen ontne-

18 — Zie bij voorbeeld met betrekking tot het begrip „betrekkingen in overheidsdienst" het arrest van 17 december 1980, zaak 149/79, Commissie/België, Jurispr. 1980, blz. 3881, r. o. 9 en volgende, waaruit blijkt dat het gaat om een beperkt aantal betrekkingen „die, al dan niet rechtstreeks, deelneming aan de uitoefening van openbaar gezag inhouden en die werkzaamheden omvatten strekkende tot bescherming van de algemene belangen van de staat of van andere openbare lichamen" (r. o. 10).

19 — Zie bij voorbeeld met betrekking tot het begrip „werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag" het arrest van 21 juni 1974, zaak 2/74, Reyners, Jurispr. 1974, blz. 631, r. o. 42 en volgende, volgens hetwelk het moet gaan om werkzaamheden „die op zichzelf een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag meebrengen" (r. o. 54).

20 — Met betrekking tot artikel 7 EEG-Verdrag, zie bij voorbeeld de arresten van 28 juni 1978, zaak 1/78, Kenny, Jurispr. 1978, blz. 1489, r. o. 12 en 2 februari 1988, zaak 24/86, Blaizot, Jurispr. 1988, blz. 379, r. o. 35. Met betrekking tot artikel 48 EEG-Verdrag, zie bij voorbeeld de arresten van 4 december 1974, zaak 41/74, Van Duyn, Jurispr. 1974, blz. 1337, r. o. 4-8 en 15 oktober 1986, zaak 168/85, Commissie/Italië, Jurispr. 1986, blz. 2945, r. o. 7. Met betrekking tot artikel 52 EEG-Verdrag, zie bij voorbeeld de arresten van 21 juni 1974, zaak 2/74, Reyners, Jurispr. 1974, blz. 631, r. o. 30 en 32 en 27 september 1988, zaak 81/87, The Queen, Jurispr. 1988, blz. 5483, r. o. 15. Met betrekking tot artikel 59 EEG-Verdrag, zie bij voorbeeld de arrest van 3 december 1974, zaak 33/74, Van Binsbergen, Jurispr. 1974, blz. 1299, r. o. 18-27 en 13 december 1989, zaak C-49/89, Corsica Ferries, Jurispr. 1989, blz. 4441, r. o. 10.

21 — Het Hof heeft dit uitdrukkelijk gesteld in het arrest Sacchi (zie voetnoot 14) in verband met de artikelen 90 en 86. Het valt niet in te zien waarom dit niet even goed geldt voor andere direct werkende bepalingen. Zie onder andere D. Wyatt en A. Dashwood, *The Substantive Law of the EEC*, London, 1987, blz. 524. Zie ook reeds M. Waelbroeck, Le droit de la Communauté économique européenne, vol. 4 *Concurrence*, Brussel, 1972, blz. 86-87.

men".[22] Met betrekking tot ondernemingen waaraan Lid-Staten een monopolie hebben verleend, is artikel 90, lid 1, EEG-Verdrag een specifieke uitwerking van voormeld artikel 5, tweede alinea, EEG-Verdrag.[23]

Is er in casu sprake van een nationale wetgeving die in strijd met artikel 90, lid 1, EEG-Verdrag aan artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag hun nuttig effect kan ontnemen ?

15. Uit de rechtspraak van het Hof met betrekking tot de toepassing van artikel 90, lid 1, in samenhang met artikel 85 of 86, op overheidsmaatregelen, blijkt dat artikel 90 betrekking heeft op elk overheidsingrijpen ten aanzien van de in dit artikel bedoelde ondernemingen hetwelk enig door artikel 85 of door artikel 86 verboden ondernemingsgedrag hetzij verplichtend stelt[24], hetzij begunstigt[25], hetzij onafwendbaar maakt[26] of aan ondernemingen de bevoegdheid afstaat om in plaats van de overheid marktregulerend op te treden.[27] Daarbij staat de overweging centraal dat dergelijk overheidsingrijpen, in combinatie met enig (door de betrokken ondernemingen daadwerkelijk verricht) ondernemingsgedrag zoals bedoeld in artikel 85 of artikel 86, ten aanzien van de mededingingsstructuur op de gemeenschappelijke markt dezelfde gevolgen heeft als ondernemingsgedrag dat losstaat van overheidsingrijpen. Uit de rechtspraak blijkt voorts dat het ondernemingsgedrag dat als „aanknopingsfactor" vereist is om artikel 90, lid 1, toepasselijk te laten zijn in samenhang met hetzij artikel 85, hetzij artikel 86, niet noodzakelijk aan het overheidsingrijpen moet voorafgaan maar dat het daarop kan volgen, daarvan het uitvloeisel zijn of het onafwendbaar gevolg.[28]

16. Of de in deze zaak aan de orde zijnde nationale wetgeving dergelijk mededingingsbeperkend gedrag oplegt, in de hand werkt of onafwendbaar maakt[29] zal ik eerst onderzoeken in verband met artikel 86. Daartoe moeten twee punten worden nagegaan: ten eerste of Merci en/of Compagnia handelingen hebben verricht die ook los van enig overheidsingrijpen een misbruik van machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt uitmaken waardoor de handel tussen Lid-Staten ongunstig wordt beïnvloed, en ten tweede of de be-

22 — Zie bij voorbeeld de arresten van 16 november 1977, zaak 13/77, Inno, Jurispr. 1977, blz. 2115, r. o. 33; 29 januari 1985, zaak 231/83, Cullet, Jurispr. 1985, blz. 305, r. o. 16; 21 september 1988, zaak 267/86, Van Eycke, Jurispr. 1988, blz. 4769, r. o. 16; 11 april 1989, zaak 66/86, Ahmed Saeed, Jurispr. 1989, blz. 803, r. o. 48; en het in voetnoot 16 reeds geciteerde arrest ERT, r. o. 35.

23 — Zie bij voorbeeld de in vorige voetnoot geciteerde arresten Inno, r. o. 32, Ahmed Saeed, r. o. 50, en ERT, r. o. 36.

24 — Zo bij voorbeeld het arrest van 4 mei 1988, zaak 30/87, Bodson, Jurispr. 1988, blz. 2479, waarin werd gesteld dat een gemeentelijke overheid die ondernemingen met een machtspositie zou verplichten bijzonder hoge prijzen te hanteren voor hun diensten, in strijd zou handelen met artikel 90, lid 1.

25 — Zo bij voorbeeld het arrest Ahmed Saeed (zie voetnoot 22) waarin werd gesteld dat de goedkeuring door de overheid van met artikel 85, lid 1, strijdige tariefovereenkomsten in strijd is met artikel 5 en, in voorkomend geval, met artikel 90.

26 — Zo het arrest ERT (zie voetnoot 16) waarin werd gesteld dat een Lid-Staat inbreuk maakt op artikel 90 in samenhang met artikel 86 EEG-Verdrag wanneer hij een onderneming een exclusief recht verleent en daarbij een situatie in het leven roept waarin de onderneming ertoe wordt gebracht inbreuk te plegen op artikel 86. Ook het arrest van 23 april 1991, zaak C-41/90, Höfner, Jurispr. 1991, blz. I-1979, heeft betrekking op deze categorie van maatregelen.

27 — Zie het arrest Van Eycke (zie voetnoot 22) waarin evenwel werd vastgesteld dat die situatie zich in dat geval niet voordeed.

28 — Zie bij voorbeeld de in voetnoten 24, 26 en 27 geciteerde arresten. Voor meer bijzonderheden, zie mijn conclusie, vastgesteld ter terechtzitting van 16 oktober 1991, in gevoegde zaken C-48/90 en C-66/90, Nederland e. a./Commissie, Jurispr. 1992, op blz. I-589 en volgende.

29 — Ik laat de bijzondere situatie dat een wetgeving regulerende bevoegdheid aan ondernemingen afstaat, hier verder buiten beschouwing.

trokken nationale wetgeving dergelijk misbruikelijk gedrag in de hand werkt, verplichtend stelt of onafwendbaar maakt.

Wat het eerste punt betreft wil ik er vooreerst op wijzen dat er geen betwisting over kan bestaan dat zowel Merci als Compagnia ondernemingen zijn in de zin van artikel 86 (en 85)[30] en dat, gelet op de in de eerste prejudiciële vraag beschreven feitensituatie, evenmin kan worden betwist dat de gedragingen van Merci en Compagnia die zij verrichten in het kader van de Italiaanse wetgeving de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloeden. Evenmin kan betwijfeld worden dat zowel het organiseren voor rekening van derden als het verrichten van havenoperaties zoals omschreven in artikel 108 Cod. Nav.[31] binnen het toepassingsbereik vallen van artikel 86 (en 85). Havenactiviteiten zijn immers te onderscheiden van (zij het complementair aan) het eigenlijke zeetransport, zoals door de Raad bij herhaling werd verklaard[32], maar zelfs als zij onder zeevervoer zouden moeten worden begrepen, zijn de algemene in de artikelen 85 en 86 vervatte mededingingsregelen daarop reeds van vóór de inwerkingtreding van verordening (EEG) nr. 4056/86 van 22 december 1986[33] toepasselijk.[34]

30 — Aan het ondernemingsbegrip is steeds een ruime draagwijdte gegeven zodanig dat in het arrest Höfner, reeds geciteerd in voetnoot 26, de Duitse „Bundesanstalt für Arbeit" zelf als een onderneming werd aangemerkt omdat deze overheidsinstelling als afzonderlijke entiteit een economische activiteit inzake arbeidsbemiddeling uitoefende.

31 — Zie voetnoot 1.

32 — Zie de mededeling van 19 maart 1985 (PB 1985, C 212) en de aanhef van de verordeningen (EEG) nr. 4056/86 van 22 december 1986 (PB 1986, L 378) en (EEG) nr. 3975/87 van 14 december 1987 (PB 1987, L 374).

33 — Verordening (EEG) nr. 4056/86 van 22 december 1986 tot vaststelling van de wijze van toepassing van de artikelen 85 en 86 van het verdrag op het zeevervoer (PB 1986, L 378, blz. 4).

34 — Vergelijk in verband met de analoge situatie van het luchtvervoer het arrest in de zaak Ahmed Saeed, reeds geciteerd in voetnoot 22, r. o. 32 en 33.

17. Overeenkomstig artikel 86 EEG-Verdrag is het onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden, voor zover de handel tussen Lid-Staten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan. In de onderhavige zaak is de relevante markt voor Merci de markt van het organiseren voor rekening van derden van havenoperaties betreffende gewone vracht in de haven van Genua terwijl de relevante markt voor Compagnia de markt van het daadwerkelijk verrichten van die havenoperaties is.

Het staat uiteraard aan de nationale rechter om te beoordelen of deze markten als een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt kunnen worden aangemerkt. Uit het dossier blijkt echter dat de haven van Genua, gelet op de *omvang* van de aldaar voor rekening van derden georganiseerde en verrichte havenoperaties betreffende gewone vracht, een der belangrijkste havens is van de Gemeenschap en de belangrijkste haven van Italië en dat gebruikers van deze haven omwille van haar ligging en infrastructuur dikwijls *geen andere keuze* hebben dan van de haven van Genua gebruik te maken. Dit zijn mijns inziens sterke aanwijzingen om te besluiten dat beide voornoemde markten, die overigens nauw verbonden zijn met elkaar aangezien zij op dezelfde havenoperaties betrekking hebben, voldoende belangrijk zijn om als wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt te worden beschouwd.

Dat Merci op de markt van havenoperaties voor rekening van derden een machtspositie bezit, dat is een positie die haar „in staat stelt het voortbestaan van een daadwerke-

lijke mededinging op de relevante markt te verhinderen en die het haar mogelijk maakt zich jegens haar concurrenten, haar afnemers en, uiteindelijk, de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen" [35], kan niet betwist worden. Evenmin kan betwist worden dat Compagnia op de markt van het eigenlijke verrichten van de havenoperaties een machtspositie bezit. Het feit dat de afwezigheid van mededinging op deze markten, zoals in casu, haar oorzaak vindt of in de hand wordt gewerkt door wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen staat geenszins in de weg aan de toepassing van artikel 86. [36] In het arrest ERT [37] merkte het Hof op dat van een onderneming aan dewelke een wettelijk monopolie is verleend mag verondersteld worden dat zij een machtspositie in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag bezit.

18. Hebben Merci en/of Compagnia zich gedragen op een manier die misbruik van een machtspositie uitmaakt in de zin van artikel 86 ? Zoals vermeld zal ik het gedrag van Merci en Compagnia eerst op zichzelf bekijken, los van de betrokken nationale wetgeving.

Volgens de *tweede alinea, sub a,* van artikel 86 kan misbruik van een machtspositie bestaan in het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden, waarbij als onbillijk moeten worden aangemerkt prijzen en voorwaarden die merkelijk minder gunstig zijn voor de gebruiker dan de prijzen en voorwaarden die hij bij normale en voldoende daadwerkelijke mededinging zou hebben kunnen bedingen. [38]

Het staat opnieuw aan de nationale rechter om te beoordelen of Compagnia en/of Merci onbillijke prijzen of andere contractuele voorwaarden voor de betrokken havenprestaties hebben opgelegd. Wel dient te worden opgemerkt dat het Hof reeds bij herhaling heeft geoordeeld dat een bedrijf dat een feitelijk of wettelijk monopolie heeft, onbillijke prijzen of voorwaarden had opgelegd [39] en dat er in casu sprake zou zijn van onbillijke prijzen of andere contractuele voorwaarden wanneer een havencorporatie aan een havenbedrijf en/of een havenbedrijf aan de gebruikers van de haven niet gevraagde diensten [40] of zelfs niet-verleende diensten zou aanrekenen of wanneer de tarieven op basis waarvan de prijzen worden berekend, totaal onevenredig zouden zijn

35 — Zie bij voorbeeld de arresten van 9 november 1983, zaak 322/81, Michelin, Jurispr. 1983, blz. 3461, r. o. 30 en 3 oktober 1985, zaak 311/84, CBEM, Jurispr. 1985, blz. 3261, r. o. 16.

36 — Zie bij voorbeeld arrest van 13 november 1975, zaak 26/75, General Motors, Jurispr. 1975, blz. 1367, r. o. 9, en de reeds geciteerde arresten Inno, r. o. 34 en CBEM, r. o. 16.

37 — Zie voetnoot 22.

38 — Zie arrest van 14 februari 1978, zaak 27/76, United Brands, Jurispr. 1978, blz. 207, r. o. 249. Uit het hierboven reeds geciteerde arrest General Motors, r. o. 12, mag blijken dat het Hof prijzen als onbillijk beschouwt wanneer ze overdreven hoog zijn in verhouding tot de economische waarde van de verrichte prestatie (zie ook r. o. 250 van het arrest United Brands).

39 — Zie het hierboven in voetnoot 14 reeds geciteerde arrest Sacchi, r. o. 17, het hierboven in voetnoot 36 geciteerde arrest General Motors, r. o. 11 en 12 en het arrest van 11 november 1986, zaak 226/84, British Leyland, Jurispr. 1986, blz. 3263, r. o. 27 waarin naar General Motors wordt verwezen.

40 — Zoals uit de hierboven vermelde feiten (hiervoor nr. 3) blijkt werden de voor rekening van Siderurgica door Merci georganiseerde en door Compagnia verrichte havenoperaties aan Siderurgica in feite opgedrongen; Siderurgica had immers de lading staal zelf willen lossen en het vervoer ervan zelf organiseren.

met de daadwerkelijk verrichte diensten.[41] Uit de beschikbare gegevens zou blijken dat de betrokken havendiensten tegen een veel lagere prijs dan die aangerekend door Compagnia aan Merci en door Merci aan de havengebruikers, kunnen en, in andere Europese havens, ook worden verricht.[42] De complexiteit van de tarieven maakt het evenwel praktisch onmogelijk om te bepalen welke criteria bij het berekenen van de prijs van een operatie worden gebruikt; ook dat kan een aanwijzing zijn dat er geen verband is tussen de werkelijke kosten van de dienst en de gefactureerde prijs.[43]

Bij dit alles dient te worden aangemerkt dat, naar blijkt uit het arrest Bodson, het opleggen van onbillijke prijzen door concessiehouders ook in strijd is met artikel 86 EEG-Verdrag, al werden de tarieven door de overheid opgelegd in het kader van het verlenen van de concessie.[44] Die omstandigheid kan echter wel tot gevolg hebben dat aan de betrokken onderneming geen sancties als voorzien in het gemeenschapsrecht zullen worden opgelegd.

19. Overeenkomstig artikel 86, *tweede alinea, sub b,* EEG-Verdrag kan een misbruik van een machtspositie ook bestaan in het beperken van de produktie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers. Van zulk misbruik is er zeker sprake, zoals de Commissie en Siderurgica doen opmerken, als een havencorporatie die een monopolie heeft op het verrichten van havenoperaties weigert — al is dit ter bescherming van de werkgelegenheid — gebruik te maken van moderne technologie en het aldus de kosten van de havenoperaties voor het havenbedrijf en via deze laatste voor de gebruikers van de haven sterk verhoogt en aanleiding geeft tot lange wachttijden vooraleer de operaties kunnen worden uitgevoerd.[45]

20. Ten slotte moet worden opgemerkt dat overeenkomstig artikel 86, *tweede alinea, sub c,* een misbruik van machtspositie eveneens kan bestaan in het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging.[46] Naar verluidt zou dit in

41 — Siderurgica verwijst in dit verband naar een studie van F. Lauria „Le Compagnie portuali nel diritto interno e comunitario", *Edizione Giuffré,* Milan, 1981 en naar een vaststelling van het Comitato Sezione Lavoro van de havenautoriteit van de haven van Genua in een rapport van 23 juli 1987 en die als volgt luidt: „(...) stelt men de basiskosten van arbeid op 100, dan moet men, om tot de uiteindelijke kosten van de verrichting te komen, daar thans 1 194,26%. [sic ! !] aan bijkomende kosten bij optellen." (geciteerd in de opmerkingen van Siderurgica, blz. 12.

42 — De Commissie verwijst in dit verband naar een studie van Marconsult SpA van 1990 met betrekking tot de organisatie en de kosten van het overslaan van *containers* in de belangrijkste Europese havens. Uit deze studie blijkt bij voorbeeld dat de kosten voor het overslaan van één eenheid in de haven van Antwerpen tussen 110 000 en 116 000 LIT lag, in de havens van Hamburg, Marseille en Napels tussen 180 000 en 200 000 LIT, in de havens van Venetië, Barcelona en Livorno tussen 230 000 en 250 000 LIT, terwijl in de haven van Genua de kosten van het overslaan van één eenheid 270 000 LIT bedraagt.

43 — In het hierboven in voetnoot 41 reeds vermelde rapport van 23 juli 1987 verklaarde Comitato Sezione Lavoro van de havenautoriteit van de haven van Genua: „Het in de haven van Genua toegepaste tariefstelsel voor dienstverrichtingen van de havendiensten is van oudsher berucht om zijn ingewikkeldheid en ondoorzichtbaarheid en om het feit dat men van tevoren nooit kan bepalen, hoeveel een dienstverrichting uiteindelijk zal kosten." (geciteerd in de opmerkingen van Siderurgica, blz. 12).

44 — Arrest van 4 mei 1988, reeds geciteerd in voetnoot 24.

45 — Zie in dit verband de opmerkingen van de Commissie, blz. 38 en van Siderurgica, blz. 15.

46 — Zie het in voetnoot 35 reeds geciteerde arrest Michelin, r. o. 87-91, waarin het Hof van oordeel was dat er geen misbruik in de zin van artikel 86, lid 2, sub c, was omdat niet was aangetoond dat de verschillen in behandeling tussen afzonderlijke handelaren het gevolg waren van de toepassing van ongelijke criteria en dat zij niet gerechtvaardigd waren door legitieme commerciële overwegingen (r. o. 90).

casu het geval zijn, nu door Merci aan sommige havengebruikers na onderhandelingen en in „afwijking" van de tarieven een voordelige prijs zou worden aangerekend door de bijkomende kosten te verminderen en deze vermindering te compenseren door andere gebruikers meer aan te rekenen, zonder dat daarvoor een objectieve rechtvaardigingsgrond voorhanden is.[47] Deze praktijk wordt vergemakkelijkt door de complexiteit en de ondoorzichtelijkheid van de toepasselijke tarieven.

21. Uit wat voorafgaat kunnen mijns inziens sterke aanwijzingen worden afgeleid die de nationale rechter er kunnen toe laten besluiten dat zowel Merci als Compagnia, de hun door de Italiaanse wetgeving verleende monopolies op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt hebben misbruikt door onbillijke aankoopprijzen en contractuele voorwaarden te hebben opgelegd, dat Compagnia misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie door te weigeren moderne technologie in gebruik te nemen en dat Merci misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie door aan handelspartners ongelijke voorwaarden in vergelijking met hun concurrenten te hebben toegekend.

22. Dit gegeven zijnde moet thans worden nagegaan of deze misbruiken van machtspositie in de zin van artikel 86 — als zij door de nationale rechter als vaststaand worden beschouwd — door de desbetreffende nationale wetgeving worden opgelegd dan wel in de hand gewerkt of onafwendbaar gemaakt. Ik meen dat hierover weinig twijfel kan bestaan. De door Merci en Compagnia toegepaste bij veronderstelling onbillijke tarieven en andere contractuele voorwaarden worden immers mogelijk, zoniet onafwendbaar gemaakt door de toepasselijke nationale wetgeving en in de hand gewerkt, zoniet verplichtend gesteld, door de havenautoriteiten op grond van de aan deze door de nationale wetgeving toegekende bevoegdheden.[48] Ook de andere misbruiken worden door die wetgeving mogelijk gemaakt. Zonder het haar door de Italiaanse wetgeving verleende monopolie op het verrichten van havenoperaties, zou Compagnia het zich zeker niet hebben kunnen veroorloven geen gebruik te maken van moderne technologie. En ook met betrekking tot de ongelijke behandeling van handelspartners geldt dat zulks maar mogelijk was als gevolg van het aan Merci verleende monopolie en van de complexiteit en ondoorzichtigheid van de door de overheid uitgewerkte tariefregeling.

Uit het voorgaande volgt dat er ook hier sterke aanwijzingen bestaan dat de in het bodemgeschil aan de orde staande nationale wetgeving maatregelen neemt of handhaaft welke in strijd zijn met artikel 90, lid 1, in samenhang met artikel 86 van het EEG-Verdrag. Aangezien aan artikel 90, lid 1, in samenhang met een rechtstreeks werkende bepaling van het Verdrag, zoals artikel 86, rechtstreekse werking toekomt[49], betekent dit dat, wanneer de nationale rechter het met het voorgaande eens is, particulieren aan voornoemde bepalingen rechtstreeks rechten kunnen ontlenen ten aanzien van de betrokken Lid-Staat net zoals zij uiteraard tegen Merci en Compagnia rechtstreeks rechten kunnen doen gelden op grond van de door hen verrichte misbruikelijke gedragingen.

47 — Zo zou blijken uit het reeds geciteerde rapport van 23 juli 1987 van het Comitato Sezione Lavoro van de havenautoriteiten van de haven van Genua (geciteerd in de opmerkingen van Siderurgica, blz. 13).

48 — Zie hiervoor nr. 2.

49 — Zie het in voetnoot 14 reeds geciteerde arrest Sacchi, r. o. 18.

23. Is de hier aan de orde staande nationale wetgeving ook in strijd met artikel 90, lid 1, in samenhang met artikel 85, zo luidt de volgende vraag.

Overeenkomstig *artikel 85* zijn onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en aldus verboden alle overeenkomsten tussen bedrijven, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen de Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

Zoals hiervoor (nr. 16) reeds aangemerkt kan er geen twijfel over bestaan dat Merci en Compagnia ondernemingen zijn in de zin van artikel 85, dat dit artikel toepasselijk is op het verrichten en organiseren van havenoperaties en dat in casu, naar blijkt uit de prejudiciële vraagstelling, de handel tussen Lid-Staten door de onderzochte wetgeving en de daarop gesteunde handelingen ongunstig kan worden beïnvloed. In het arrest ERT heeft het Hof evenwel onderstreept dat er, voor de toepassing van artikel 85 EEG-Verdrag, wel degelijk sprake moet zijn van een mededingingbeperkende overeenkomst of beter: afspraak tussen ondernemingen. [50]

24. Uit de aan het Hof beschikbare gegevens blijkt niet dat tussen het havenbedrijf Merci en de havencorporatie Compagnia overeenkomsten werden gesloten. Anderzijds kan niet zo maar worden uitgesloten, wel integendeel, dat er tussen hen onderling afgestemde feitelijke gedragingen bestaan die door de toepasselijke nationale wetgeving worden uitgelokt, begunstigd of onafwendbaar gemaakt. Een onderling afgestemde feitelijke gedraging is door het Hof immers gedefinieerd als „een vorm van coördinatie tussen ondernemingen (...), die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's der onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking". „Ofschoon", aldus het Hof, „een parallellie in de gedragingen op zichzelf niet met een onderling afgestemde feitelijke gedraging mag worden gelijkgesteld, (kan) zij nochtans een ernstige aanwijzing voor zodanige gedraging opleveren wanneer zij leidt tot mededingingsvoorwaarden die (...) niet met de normaal te achten marktvoorwaarden overeenkomen". [51]

In die zaken ging het over ondernemingen die elkaars rechtstreekse concurrenten waren. Het staat evenwel vast dat ook verticale afspraken, dit zijn afspraken tussen ondernemingen die elkaar niet rechtstreeks beconcurreren, en derhalve ook onderling afgestemde feitelijke gedragingen van dergelijke ondernemingen, onder artikel 85 vallen omdat zij de mededinging ten aanzien van derden beperken. Gezien in die context staat het aan de nationale rechter om te beoordelen of Merci en Compagnia bewust onderling afgestemde feitelijke gedragingen hebben gehad die, zoals hiervoor werd vastgesteld bij het onderzoek van misbruikelijk gedrag in hoofde van de ondernemingen afzonderlijk, concurrentiebeperkend zijn. De omstandigheid dat die onderling afgestemde feitelijke gedragingen werd ingegeven of onontkoombaar gemaakt door de betrokken nationale wetgeving is daarbij geen excuus

50 — Zie rechtsoverweging 29 van het in voetnoot 16 reeds geciteerde arrest ERT. Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Lenz van 23 januari 1991 in voornoemde zaak, Jurispr. 1991, blz. I-2939, nr. 32.

51 — Arrest van 14 juli 1972, ICI, zaak 48/69, Jurispr. 1972, blz. 619, r. o. 64 en 66; zie ook het arrest van 16 december 1975, Suiker Unie en anderen, 40/73 — 48/73, 50/73, 54/73 — 56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. 1975, blz. 1663, r. o. 191.

(maar is wel een factor die bij het opleggen van boetes in aanmerking mag worden genomen). Die omstandigheid leidt er integendeel toe dat de nationale wetgeving door particulieren op grond van artikel 90, lid 1, in samenhang met artikel 85, kan worden bestreden. Genomen in samenhang met artikel 85, bezitten de bepalingen van artikel 90, lid 1, inderdaad rechtstreekse werking.

Schending van het verbod van artikel 30 EEG-Verdrag

25. Volgens vaste rechtspraak van het Hof is een maatregel van gelijke werking in de zin van artikel 30 EEG-Verdrag iedere handelsregeling die het intracommunautaire goederenverkeer al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren.[52] Is dat het geval voor de hier besproken monopolies op havenoperaties ? Volgens de Commissie is artikel 30 in de onderhavige zaak niet relevant omdat de voormelde monopolies — althans in het licht van de haar bekende gegevens — niet tot gevolg hebben dat het verhandelen op de Italiaanse markt van ingevoerde produkten wordt bemoeilijkt ten opzichte van nationale produkten. Volgens Siderurgica daarentegen hebben de monopolies en de daarmee gepaard gaande onbillijke prijzen voor havendiensten vooral een neerslag op ingevoerde produkten en moeten de genoemde monopolies derhalve als handelsregelingen in de zin van artikel 30 beschouwd worden.

52 — Arrest van 11 juli 1974, zaak 8/74, Dassonville, Jurispr. 1974, blz. 837, r. o. 5.

Uit de aan het Hof overgelegde gegevens kan blijken dat de aan Merci en Compagnia verleende monopolies inderdaad leiden tot onbillijke prijzen en een gebrekkige dienstverlening en dat de invoer van produkten uit andere Lid-Staten daardoor duurder en moeilijker wordt gemaakt, hetgeen volstaat voor de toepassing van artikel 30. Nochtans zo komt het mij voor, is dat gevolg niet te wijten aan de nationale wetgeving op zichzelf maar aan de op grond van die wetgeving door Merci en Compagnia in het kader van de hun verleende monopolies verrichte handelingen. Dit betekent mijns inziens dat artikel 90 in samenhang met artikelen 85 en 86 veeleer dan artikel 30 de ten aanzien van de betrokken nationale wetgeving toepasselijke bepaling is.

Artikel 90, lid 2, EEG-Verdrag

26. Artikel 90, lid 2, EEG-Verdrag bepaalt dat ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, onder de regels van het Verdrag vallen, met name onder de mededingingsregels, *voor zover* de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. Deze uitzondering ten behoeve van bepaalde ondernemingen op de toepasselijkheid van de verdragsbepalingen geldt echter niet indien de ontwikkeling van het handelsverkeer erdoor wordt beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.

Met de tweede prejudiciële vraag wil de verwijzende rechter vernemen of Merci en Compagnia ondernemingen zijn belast met

het beheer van diensten van algemeen economisch belang en, zo ja, of de toepassing van in het bijzonder de artikelen 7, 85 en 86 EEG-Verdrag hen zou verhinderen hun specifieke taak te vervullen. Zou dit het geval zijn, en zou ook aan de andere voorwaarden van artikel 90, lid 2, zijn voldaan, dan moet mijns inziens worden aangenomen, in verband met de in het voorgaande deel van de conclusie behandelde punten, dat een nationale wetgeving die ondernemingsgedrag *dat op grond van artikel 90, lid 2, toegelaten is,* verplichtend stelt, begunstigt of onafwendbaar maakt, toch niet in strijd is met artikel 90, lid 1, in samenhang met andere verdragsbepalingen.

27. Vooreerst dient te worden opgemerkt dat het begrip „ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang" een specifiek communautaire betekenis heeft. Volgens de rechtspraak van het Hof waarin steeds wordt gesteld dat dit begrip eng moet worden geïnterpreteerd[53], is het van belang dat de onderneming door de overheid belast werd met de door haar uitgeoefende activiteiten[54] en dat deze activiteiten noodzakelijk zijn om redenen van algemeen belang.[55] Uit de betrokken nationale wetgeving blijkt dat zowel de havenbedrijven als de havencorporaties door de overheid worden belast met de door hen uitgeoefende activiteiten. Dit betekent evenwel nog niet dat deze activiteiten van algemeen economisch belang zijn in de zin van artikel 90, lid 2. Ofschoon de inrichting van een haven als dusdanig ongetwijfeld een activiteit van algemeen economisch belang is, kan dit mijns inziens niet worden gezegd van de activiteiten van de havencorporaties en -bedrijven, die erin bestaan havenoperaties te verrichten of voor rekening van derden te organiseren. Onder havenoperaties zijn immers te verstaan het laden, ontladen, overslaan en bewaren van goederen. Vallen ook dergelijke operaties onder het begrip diensten van algemeen belang, dan kan men er vrijwel alle economische activiteiten in onderbrengen.[56] Onder het begrip komen mijns inziens alleen, zoals ook blijkt uit de hiervoor in voetnoot 55 geciteerde arresten, activiteiten die de collectiviteit rechtstreeks ten goede komen.

Ook als men zou aannemen dat voornoemde havenoperaties moeten worden aangemerkt als diensten van algemeen economisch belang, dan is nog niet aangetoond dat de naleving van de genoemde verdragsregels, in het bijzonder de artikelen 7, 85 en 86, onverenigbaar is met de uitvoering van de overheidstaak, met andere woorden, dat overtreding van de verdragsregels onvermijdelijk is voor de uitvoering van die taak.[57] Bovendien moet nog blijken dat de toepassing van de uitzondering op de verdragsregels niet strijdig is met het belang van de Gemeenschap.

53 — Zie bij voorbeeld het arrest van 27 maart 1974, zaak 127/73, BRT, Jurispr. 1974, blz. 313, r. o. 19.

54 — Zie het in vorige voetnoot reeds geciteerde arrest BRT, r. o. 20, het arrest van 2 maart 1983, zaak 7/82, GVL, Jurispr. 1983, blz. 483, r. o. 29-32, en het arrest Ahmed Saeed, geciteerd in voetnoot 22, r. o. 55.

55 — Zie het in voetnoot 22 geciteerde arrest Ahmed Saeed, r. o. 55. Tot dusver werden door het Hof als activiteiten van algemeen economisch belang o. a. aangemerkt: het bevaarbaar houden van een belangrijke waterweg (zaak 10/71, Muller, Jurispr. 1971, blz. 723), de watervoorziening (zaak 96/82, IAZ, Jurispr. 1983, blz. 3369) het verstrekken van telecommunicatiediensten (zaak 41/83, Italië/Commissie, Jurispr. 1985, blz. 873) en televisieuitzendingen (zaak 155/73, Sacchi, Jurispr. 1974, blz. 409).

56 — Dit lijkt ook de mening te zijn van het Tribunale amministrativo regionale dat in een vonnis van 21 december 1988 met betrekking tot de havencorporaties heeft gesteld: „Het valt immers uit te sluiten, dat de nationale regeling van de sector van de havencorporaties een dienst van algemeen economisch belang heeft willen opdragen." (Foro It. 89, parte 3, blz. 98).

57 — Zie de arresten Höfner, reeds geciteerd in voetnoot 26, r. o. 24, en CBEM, reeds geciteerd in voetnoot 35, r. o. 17.

28. Van artikel 90, lid 2, heeft het Hof in een arrest van 14 juli 1971 gezegd dat het geen rechtstreekse werking heeft gelet op het feit dat „de toepassing van deze bepaling een beoordeling inhoudt van de eisen die inherent zijn aan de vervulling van de bijzondere taken der betrokken ondernemingen enerzijds en aan de bescherming van het belang der Gemeenschap anderzijds". [58] Dit heeft het Hof evenwel niet belet in latere arresten te stellen, in verband met het eerste in dit citaat genoemde beoordelingspunt, dat het de nationale rechter toekomt te onderzoeken of een onderneming die zich beroept op artikel 90, lid 2, om de bepalingen van het Verdrag niet na te leven, werkelijk is belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang [59], hetgeen in casu, zoals hiervoor aangemerkt, onwaarschijnlijk is. Zelfs wanneer zou worden aangenomen dat de ondernemingen in casu belast zijn met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang, kan de uitzondering van artikel 90, lid 2, nog maar door hen worden ingeroepen indien zij erin slagen voor de nationale rechter aan te tonen om welke vereisten van algemeen economisch belang het precies gaat en hoe zij van aard zijn om de handelwijze van de betrokken ondernemingen te beïnvloeden. [60] In verband met door de overheid goedgekeurde tarieven is dat laatste bij voorbeeld niet het geval wanneer de tariefstructuur niet transparant is, een omstandigheid die zoals reeds aangestipt ook in deze zaak blijkt voorhanden te zijn. [61]

Uit die rechtspraak kan ik dus niet anders dan concluderen dat het aan de nationale rechter toekomt om na te gaan of een onderneming die zich op de uitzondering van artikel 90, lid 2, beroept daadwerkelijk belast werd met een dienst van algemeen economisch belang in de gemeenschapsrechtelijke zin van het woord en, zo ja, of en in welke precieze mate de vereisten van algemeen belang die ondernemingen verplichten in strijd te handelen met verdragsbepalingen als de artikelen 7, 85 of 86 EEG-Verdrag. Dit betekent dat de bewijslast bij de betrokken ondernemingen ligt en dat zij voor de nationale rechter moeten aantonen dat aan de randvoorwaarden van artikel 90, lid 2, voldaan is.

Komt de nationale rechter tot de conclusie dat aan die randvoorwaarden inderdaad voldaan is (wat mij in casu zeer onwaarschijnlijk voorkomt) dan kan hij — wat betreft het tweede beoordelingspunt genoemd in het bij de aanvang van dit nummer aangehaalde citaat (met name wat betreft de vraag of de door de Lid-Staat opgedragen taak en de uitvoering daarvan niet leiden tot een ontwikkeling van het handelsverkeer die strijdig is met het belang van de Gemeenschap) — zich desgewenst, ter beantwoording van deze vraag en naar analogie met wat het Hof heeft aanvaard inzake de toepassing van de artikelen 85 en 86 [62], tot de Commissie wenden met het oog op het verkrijgen van juridische en economische gegevens die hem kunnen toelaten die vraag te beantwoorden.

58 — Zie het arrest Muller, reeds geciteerd in voetnoot 55, r. o. 13-16.

59 — Zie de arresten Sacchi, reeds geciteerd in voetnoot 14, r. o. 18, BRT, reeds geciteerd in voetnoot 53, r. o. 22, CBEM, reeds geciteerd in voetnoot 35, r. o. 17, en Ahmed Saeed, reeds geciteerd in voetnoot 22, r. o. 55-57.

60 — Zie het arrest Ahmed Saeed, reeds geciteerd in voetnoot 22, r. o. 56.

61 — Ibidem, r. o. 57.

62 — Zie arrest van 28 februari 1991, zaak C-234/89, Delimitis, Jurispr. 1991, blz. I-935, r. o. 53.

Besluit

29. Op grond van de voorafgaande beschouwingen, geef ik het Hof in overweging op de gestelde prejudiciële vragen te antwoorden als volgt:

„1) a) Een nationale wetgeving welke aan bedrijven of ondernemingen als bedoeld in artikel 90, lid 1, belast met het uitvoeren of organiseren van havenoperaties, de verplichting oplegt om voor die operaties een beroep te doen op havenarbeiders die de nationaliteit van de betrokken Lid-Staat hebben, is onverenigbaar met artikel 90, lid 1, in samenhang met artikel 7 en de artikelen 48 of 52 en 59 van het EEG-Verdrag en kan niet verantwoord worden hetzij uit hoofde van openbare orde of openbare veiligheid, hetzij wegens arbeid in overheidsdienst of uitoefening van openbaar gezag. In samenhang met voornoemde verdragsbepalingen komt aan artikel 90, lid 1, rechtstreekse werking toe.

b) Is onverenigbaar met artikel 90, lid 1, in samenhang met artikel 86 c. q. artikel 85 van het EEG-Verdrag, een nationale wetgeving welke een bedrijf of onderneming als bedoeld in artikel 90, lid 1, aanzet, verplicht of er onvermijdelijk toe brengt om misbruik te maken van een machtspositie die het inneemt op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, of om met een ander bedrijf of onderneming een onderling afgestemde feitelijke gedraging te hebben, welk misbruik of gedraging er zou in bestaan dat voor al of niet gevraagde en soms niet eens verleende havenoperaties onbillijke prijzen of andere voorwaarden worden aangerekend, of dat of de afzet of technische ontwikkeling ten nadele van de gebruikers wordt beperkt, of dat ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties ten nadele van handelspartners worden toegepast.

In samenhang met de artikelen 86 c. q. 85 van het EEG-Verdrag komt aan artikel 90, lid 1, rechtstreekse werking toe.

2) Ondernemingen belast met het uitvoeren of organiseren van havenoperaties waaronder verstaan wordt het laden, ontladen, overslaan en bewaren van goederen in de haven, kunnen normalerwijze niet geacht worden een onderneming te zijn belast met het beheer van diensten van algemeen economische belang in de zin van artikel 90, lid 2, van het EEG-Verdrag, dit zijn diensten die de collectiviteit rechtstreeks ten goede komen. Het komt aan de nationale rechter toe dat in concreto uit te maken. Zou die tot een andersluidende con-

clusie komen, dan staat het nog aan de betrokken ondernemingen om voor de nationale rechter aan te tonen, willen zij zich op de in artikel 90, lid 2 voorziene uitzondering kunnen beroepen, welke vereisten van algemeen belang er haar precies zouden toe verplichten in strijd te handelen met de artikelen 7, 85 of 86 van het EEG-Verdrag. Alleen wanneer ook dit voor de nationale rechter kan worden aangetoond en wanneer bovendien zou worden aangetoond, desgevallend na contact met de Commissie, dat aan de in artikel 90, lid 2, laatste zin genoemde voorwaarde eveneens is voldaan, is er aanleiding om een nationale wetgeving als beschreven onder 1, sub a en b, toch niet in strijd te achten met artikel 90, lid 1, in samenhang met één van de onder 1, sub a en b genoemde verdragsbepalingen.