

# RECHTSLEER

## DOCTRINE

### Kroniek van rechtspraak: Europees ondernemingsrecht (augustus 2003 – juli 2005)

*Hans Gilliams<sup>1</sup>, Yves Van Gerven<sup>2</sup>, Jan Wouters<sup>3</sup> en Peter Wytinck<sup>4</sup>*

#### INHOUDSTAFEL

<b>I. Vrij verkeer van goederen</b> .....	275
<b>A. Inleiding</b> .....	275
<b>B. Goederen</b> .....	276
<b>C. Douaneheffingen en maatregelen van gelijke werking</b> .....	276
1. Kader .....	276
2. Binnenlandse belastingen (art. 90 EG) – Inhoud en onderscheid met heffingen van gelijke werking .....	277
3. Vergoeding voor een verleende dienst .....	277
<b>D. Kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking (art. 28 EG e.v.)</b> .....	278
1. Inleiding .....	278
2. Maatregelen van gelijke werking: toepassingsgebied .....	278
3. Uitzonderingen: artikel 30 (ex art. 36) EG en de “rule of reason” .....	281
4. Nationale monopolies .....	285
5. Het voorkomingsbeleid .....	285
6. Het afdwingsbeleid .....	286
<b>II. Vrijheid van vestiging</b> .....	286
<b>A. Algemeen – Draagwijdte</b> .....	286
1. Discriminatieverbod .....	286
2. Verbod van niet-discriminerende beperkingen – Begrip “beperking” .....	287
3. Vestigingsrecht van vennootschappen .....	291
<b>B. Onderlinge erkenning van diploma’s en beroepskwalificaties</b> .....	294
<b>C. Fiscale belemmeringen van het vestigingsrecht</b> .....	295
<b>III. Vrij verkeer van diensten</b> .....	297
<b>A. Toepassingsgebied</b> .....	297
<b>B. Draagwijdte</b> .....	298
1. Discriminatieverbod .....	298
2. Verbod van niet-discriminerende beperkingen .....	299
<b>C. Financiële diensten</b> .....	302
<b>IV. Vrij kapitaalverkeer</b> .....	303
<b>V. Mededingingsrecht (art. 81-82 EG en concentratiecontrole-verordening)</b> .....	307
<b>A. Toepassing van de artikelen 81 en 82 EG</b> .....	307
1. Toepasselijkheid van de mededingingsregels .....	307
2. Toerekeningsvragen .....	308
3. Overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedraging .....	309

<sup>1</sup> Advocaat Eubelius Brussel; auteur van delen V.A., V.B., V.C. en V.D.

<sup>2</sup> Advocaat Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP; auteur van delen VI, VII en VIII en coördinator van deze aflevering.

<sup>3</sup> Gewoon hoogleraar KULeuven, advocaat, Linklaters de Bandt Brussel; auteur van delen II, III en IV.

<sup>4</sup> Advocaat Stibbe Brussel; auteur van delen I en V.E.

4. Beperking van de mededinging	313
5. Verticale afspraken	313
6. Invloed op de handel tussen lidstaten	314
7. Artikel 81 lid 3 EG	314
8. Machtspositie	315
9. Misbruik van machtspositie	316
10. Essential facilities	318
<b>B. Rechten van de verdediging</b>	319
1. Algemeen	319
2. Bewijs van een inbreuk	320
3. Verplichting tot medewerking aan het onderzoek	321
4. Verzoeken om inlichtingen	322
5. Vertrouwelijkheid van briefwisseling tussen advocaat en cliënt	322
6. Punten van bezwaar	322
7. Toegang tot het dossier tijdens de administratieve procedure	323
8. Documenten die door de Commissie kunnen worden gebruikt om het bestaan van een inbreuk aan te tonen	324
9. Geen recht op het oproepen van “getuigen à décharge”	325
10. Verplichting om een (inbreuk)beschikking binnen een redelijke termijn vast te stellen en om een arrest binnen een redelijke termijn te vellen	325
<b>C. Boetes</b>	326
1. Algemeen	326
2. Ernst van de inbreuk; verzwarende en verzachtende omstandigheden	327
3. Boetebedragen en het niet-discriminatiebeginsel	329
4. De boeterichtsnoeren	329
5. De clementieregeling	330
6. Overige rechtspraak met betrekking tot boetes	332
<b>D. Decentralisatie</b>	334
<b>E. Toepassing van de concentratiecontroleverordening</b>	336
1. Bevoegdheidsverdeling tussen de Commissie en de lidstaten	336
2. Regels en rechterlijk toezicht bij conglomerale concentraties – Hefboomwerkingarrest Tetra Laval bevestigd	338
3. Bevoegdheid Commissie en belang partijen in beroep na intrekking concentratie – Zaak MCI	340
4. Beroepsmogelijkheden door derde partijen	341
5. Verbintenissen aangeboden door partijen	342
<b>VI. Artikel 10 juncto artikelen 81 en 82 EG: mededingingsbeperkende overheidsregelingen</b>	343
<b>A. Draagwijdte van het verbod van artikel 10 juncto artikelen 81 en 82 EG</b>	343
<b>B. Parallele toepassing van artikelen 81 en 82 EG en artikel 10 juncto artikelen 81 en 82 EG</b>	343
<b>C. Bevoegdheden van de nationale mededingingsautoriteiten (i.h.b. de Raad voor de Mededinging)</b>	344
<b>VII. Artikel 86 EG: openbare ondernemingen</b>	344
<b>A. Artikel 86 lid 1 EG: verhouding met het verbod van staatssteun</b>	344
<b>B. De rechtvaardigingsgrond van artikel 86 lid 2 EG</b>	345
<b>C. Artikel 86 lid 3 EG-Verdrag: de rechtspositie van klagers</b>	346
<b>VIII. Overheidssteun</b>	346
<b>A. Artikel 87 lid 1 EG: het verbod van staatssteun</b>	346
1. Maatregel van de staat of met staatsmiddelen bekostigd	346
2. Een voordeel	347
3. Specificiteit van de maatregel	350
4. Vervalsing van de mededinging en beïnvloeding van het handelsverkeer	352
5. Rechterlijke toetsing: ruim en niet ruim	352
<b>B. Artikel 87 leden 2 en 3 EG: de uitzonderingen op het verbod van staatssteun</b>	353
<b>C. Goedkeuring door de Raad van steunmaatregelen op grond van buitengewone omstandigheden</b>	354
<b>D. Procedure: aanmelding van nieuwe steun, eerste onderzoek, formele onderzoeksprocedure en beroepen</b>	355
<b>E. Misbruik van staatssteun</b>	358
<b>F. Terugvordering door de lidstaat van onrechtmatig verleende steun</b>	358
<b>G. Handhaving door de nationale rechter van het verbod van tenuitvoerlegging van voorgenomen steunmaatregelen</b>	360

## TABLE DES MATIÈRES

<b>I. Libre circulation des marchandises</b> .....	275
<b>A. Introduction</b> .....	275
<b>B. Marchandises</b> .....	276
<b>C. Droits de douane et taxes d'effet équivalent</b> .....	276
1. Cadre .....	276
2. Taxes internes (art. 90 EC) - contenu de la notion et distinction par rapport aux taxes d'effet équivalent .....	277
3. Indemnité pour une prestation donnée .....	277
<b>D. Restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent (art. 28 EC et s.)</b> .....	278
1. Introduction .....	278
2. Mesures d'effet équivalent: champ d'application .....	278
3. Exceptions: article 30 (ex art. 36) EC et la "rule of reason" .....	281
4. Monopoles nationaux .....	285
5. La politique de prévention .....	285
6. Politique de contrôle de l'application du droit communautaire .....	286
<b>II. Liberté d'établissement</b> .....	286
<b>A. Généralités - Portée</b> .....	286
1. Interdiction des discriminations .....	286
2. Interdiction des entraves non discriminatoires - Notion d'"entrave" .....	287
3. Liberté d'établissement des sociétés .....	291
<b>B. La reconnaissance mutuelle des diplômes et qualifications professionnelles</b> .....	294
<b>C. Les entraves fiscales à la liberté d'établissement</b> .....	295
<b>III. Libre prestation des services</b> .....	297
<b>A. Champ d'application</b> .....	297
<b>B. Portée</b> .....	298
1. Interdiction des discriminations .....	298
2. Interdictions des entraves non discriminatoires .....	299
<b>C. Services financiers</b> .....	302
<b>IV. Libre circulation des capitaux</b> .....	303
<b>V. Droit de la concurrence (art. 81-82 CE et règlement de contrôle de concentrations)</b> .....	307
<b>A. Application des articles 81 et 82 CE</b> .....	307
1. Applicabilité du droit de la concurrence .....	307
2. Questions d'imputabilité .....	308
3. Accords et pratiques concertés .....	309
4. Restriction de concurrence .....	313
5. Accords verticaux .....	313
6. Affectation du commerce entre États membres .....	314
7. Article 81 paragraphe 3 CE .....	314
8. Position dominante .....	315
9. Abus de position dominante .....	316
10. Essential facilities .....	318
<b>B. Droits de la défense</b> .....	319
1. Généralités .....	319
2. Preuve d'une infraction .....	320
3. Obligation de collaborer à l'instruction .....	321
4. Demandes de renseignements .....	322
5. Confidentialité de la correspondance avocat-client .....	322
6. Communication des griefs et pièces probantes .....	322
7. Accès au dossier lors de la procédure administrative .....	323
8. Documents pouvant être utilisés pour établir l'existence d'une infraction .....	324
9. Pas de droit de faire appeler des "témoins à décharge" .....	325
10. Obligation d'adopter une décision (d'infraction) et de rendre un arrêt dans un délai raisonnable .....	325
<b>C. Amendes</b> .....	326
1. Généralités .....	326
2. Gravité de l'infraction; circonstances aggravantes et atténuantes .....	327

3. Montant de l'amende et principe de non-discrimination . . . . .	329
4. Lignes directrices pour le calcul des amendes . . . . .	329
5. Programme de clémence . . . . .	330
6. Autre jurisprudence relative aux amendes . . . . .	332
<b>D. Décentralisation</b> . . . . .	334
<b>E. Contrôle des concentrations</b> . . . . .	336
1. Répartition des compétences entre la Commission et les États membres . . . . .	336
2. Règles et contrôle juridictionnel en matière de concentrations conglomerales – arrêt Tetra Laval relatif aux effets de levier confirmé . . . . .	338
3. Compétence de la Commission et intérêt des parties en appel après retrait de la concentration – affaire MCI . . . . .	340
4. Possibilité de recours pour les tiers . . . . .	341
5. Engagements proposés par les parties . . . . .	342
<b>VI. Article 10 juncto articles 81 CE et 82 CE: mesures étatiques restrictives de concurrence</b> . . . . .	343
<b>A. Portée de l'interdiction prévue à l'article 10 juncto articles 81-82 CE</b> . . . . .	343
<b>B. Application parallèle des articles 81-82 CE et articles 10 juncto articles 81-82 CE</b> . . . . .	343
<b>C. Compétence des autorités nationales de concurrence (notamment du Conseil de concurrence)</b> . . . . .	344
<b>VII. Article 86 CE: entreprises publiques</b> . . . . .	344
<b>A. Article 86 premier paragraphe CE: rapport avec l'interdiction sur les aides étatiques</b> . . . . .	344
<b>B. La dérogation prévue à l'article 86 deuxième paragraphe CE</b> . . . . .	345
<b>C. Article 86 troisième paragraphe CE: droits des plaignants</b> . . . . .	346
<b>VIII. Aides d'État</b> . . . . .	346
<b>A. L'interdiction sur les aides étatiques (art. 87 par. 1 CE)</b> . . . . .	346
1. Mesure étatique ou financée au moyen de ressources d'État . . . . .	346
2. Avantage . . . . .	347
3. Spécificité de la mesure . . . . .	350
4. Distorsion de la concurrence et effet sur le commerce entre États membres . . . . .	352
5. Portée du contrôle juridictionnel . . . . .	352
<b>B. Articles 87 paragraphes 2 et 3 CE: dérogations à l'interdiction sur les aides étatiques</b> . . . . .	353
<b>C. Approbation par le Conseil des aides sur base des circonstances exceptionnelles</b> . . . . .	354
<b>D. Procédure: notifications d'aides nouvelles, examen préliminaire, procédure formelle d'examen et recours</b> . . . . .	355
<b>E. Abus d'aide d'État</b> . . . . .	358
<b>F. Recouvrement des aides illicites</b> . . . . .	358
<b>G. Application par les tribunaux nationaux de l'interdiction de la mise en œuvre des aides projetées</b> . . . . .	360

1. Dit is de achtste aflevering van de kroniek die een overzicht en analyse geeft van de rechtspraak van het Hof van Justitie (het "Hof") en het Gerecht van Eerste Aanleg (het "Gerecht") op het gebied van het ondernemingsrecht<sup>5</sup>. Het jaar 2004 was een cruciaal jaar voor het Hof en het Gerecht. De uitbreiding van de Europese Unie kreeg voor het Hof haar beslag op 11 mei 2004. Toen vond de plechtige zitting plaats waarop de tien nieuwe leden aan het Hof de eed hebben afgelegd. De dagen nadien legden de nieuwe rechters van het Gerecht eveneens de eed af. Voorts is een begin gemaakt met de uitvoering van de gerechtelijke hervormin-

gen die mogelijk zijn gemaakt door het Verdrag van Nice. Sinds 1 juni 2004 behoren o.m. beroepen tot nietigverklaring en beroepen wegens nalaten die de lidstaten tegen de Commissie instellen voortaan tot de bevoegdheid van het Gerecht. Op 2 november 2004 stelde de Raad een Gerecht voor ambtenarenzaken in<sup>6</sup>. Deze nieuwe gespecialiseerde rechterlijke instantie bestaat uit 7 rechters en doet in eerste aanleg uitspraak over geschillen inzake het ambtenarenrecht van de Europese Unie. Deze instantie vatte haar werkzaamheden aan in 2005.

<sup>5</sup> Ziehier de vindplaatsen van de eerder gepubliceerde afleveringen:

– jaar 1992: *T.B.H.* 1993, 495-600 (hierna *Kroniek 1992*);  
– januari 1993-juli 1994: *T.B.H.* 1994, 743-872 (hierna *Kroniek 1993-1994*);  
– juli 1994-december 1995: *T.B.H.* 1996, 283-297 (hierna *Kroniek 1994-1995*);  
– januari 1996-september 1997: *T.B.H.* 1998, 135-193 (hierna *Kroniek 1996-1997*);  
– oktober 1997-juli 1999: *T.B.H.* 1999, 747-812 (hierna *Kroniek 1997-1999*);  
– augustus 1999-juli 2001: *T.B.H.* 2002, 506-593 (hierna *Kroniek 1999-2001*);  
– augustus 2001-juli 2003: *T.B.H.* 2004, 631-715 (hierna *Kroniek 2001-2003*).

<sup>6</sup> Besluit 2004/752/EG, Euratom van de Raad van de Europese Unie van 2 november 2004, *PB*. L. 333, 7.

Op termijn moeten deze nieuwe ontwikkelingen leiden tot een snellere rechtsbedeling voor het Hof en Gerecht op het

gebied van het ondernemingsrecht. De meest recente statistieken lijken alvast deze hoop te wettigen.

## I. VRIJ VERKEER VAN GOEDEREN<sup>7</sup>

### A. Inleiding

2. Het vrij verkeer van goederen is samen met het vrij verkeer van diensten, vestiging en kapitaal één van de vier vrijheden in het EG. In feite is er nog een vijfde vrijheid, nl. die van het betalingsverkeer. Het vrij verkeer van goederen is volgens het Hof één van de fundamentele beginselen van het verdrag<sup>8</sup>.

3. Binnen de grenzen van de EU zijn er twee grote peilers inzake het vrij goederenverkeer: enerzijds de realisatie van de douane-unie door middel van de verbodsbepalingen inzake douaneheffingen en heffingen met een “gelijke werking” als douaneheffingen bij de invoer en uitvoer van goederen tussen de lidstaten welke gevisieerd worden in de artikelen 25 e.v. EG (ex art. 12 e.v.) (zie *infra I.B.*). Deze bepalingen moeten worden samengelezen met artikel 90 EG (ex art. 95) dat discriminerende of beschermende nationale belastingen verbiedt. Anderzijds omvat intern gezien het vrij verkeer van goederen ook het verbod op kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking zoals bepaald in de artikelen 28 e.v. EG (ex. art. 30 e.v. EG) (zie *infra I.C.*).

4. Hoewel de bepalingen enkel gelden binnen de grenzen van de EU (thans 25 lidstaten) moet er op gewezen worden dat er verdragen zijn met derde landen die vaak identieke of quasi-identieke bepalingen inhouden (o.m. het EER-Verdrag, maar ook bilaterale verdragen, zoals bv. met Zwitserland). Dit betekent echter niet automatisch dat een zelfde interpretatie van die bepaling zich opdringt. Toch zal men soms wel op de rechtspraak van het Hof kunnen terugvallen om bepalingen uit die verdragen met niet-lidstaten te interpreteren.

5. De geciteerde basisbepalingen (en ook de uitzonderingen erop) hebben rechtstreekse werking. Dit is belangrijk aangezien dit inhoudt dat zij door elke rechtsonderhorige rechtstreeks in een geschil (zowel met een andere particulier als met de overheid) kunnen worden ingeroepen. Daarom

kan het in veel gevallen waarin een materie ook geregeld is door een richtlijn – waar er zoals gekend geen sprake is van horizontale werking (= tussen particulieren) – toch nog nuttig zijn om ook terug te vallen op de verdragsbepaling zelf die de richtlijn beoogt verder toe te passen. Omgekeerd echter, neemt het rechtstreekse karakter van deze verdragsbepalingen niet weg dat lidstaten toch nog verplicht zijn om met die verdragsregels strijdige nationale bepalingen aan te passen<sup>9</sup>. Dat is overigens geen overbodige luxe. Menig praktijkjurist zal al aan den lijve ondervonden hebben dat vele administraties niet bereid zijn af te wijken van nationale wetgeving, ook al zou deze strijdig zijn met het EG-recht. Zij wensen vaak eerst uitdrukkelijke instructies van hogerhand in dat verband.

6. Het Hof heeft verder verduidelijkt dat nationale rechters verplicht zijn de volle werking van het vrij verkeer van goederen te verzekeren, door op eigen gezag strijdige nationale bepalingen buiten toepassing te laten<sup>10</sup>. Er is evenmin een reden waarom in de situatie beschreven in de vorige alinea, de administratie niet evenzeer ambtshalve met EG-recht strijdige nationale bepalingen buiten toepassing moet laten.

7. Ook die secundaire wetgeving moet worden getoetst aan het verdrag. Immers ook de instellingen van de EU zijn gebonden aan de regels inzake vrij verkeer (van goederen, diensten,...)<sup>11</sup>. Uit de rechtspraak blijkt echter wel dat het Hof veel strenger is voor een nationale overheid die een beperkende maatregel invoert (bv. een vergunning voor het op de markt brengen van producten), dan voor de Gemeenschapswetgever. In dit laatste geval zegt het Hof immers dat deze over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt en er slechts een onrechtmatig gedrag zal zijn, wanneer de maatregel kennelijk ongeschikt is ter bereiking van het nagestreefde doel<sup>12</sup>. Overigens mag het voorgaande niet worden verward met de beroepen die soms worden ingesteld tegen secundaire wetgeving omdat deze niet op grond van de juiste juridische rechtsbasis (= beslissingsproces) zouden zijn aangenomen.

<sup>7</sup> Gelet op de veelheid aan arresten, is dit overzicht niet exhaustief. Voor andere overzichten kan ook verwezen worden naar de overzichten die worden gepubliceerd in *J.T. dr. eur.*, *Cah. dr. eur.*, *R.M.C.*, enz. Eén van de laatste overzichten is van J.-P. KEPPELNE, “La libre circulation des marchandises”, *J.T. dr. eur.* 2005, 261-266.

<sup>8</sup> Zie o.m. arrest van 19 juni 2003, zaak C-420/01, *Commissie/Italië*, *Jur.* 2003, I-6445, r.o. 24; arrest van 12 juni 2003, zaak C-112/00, *Eugen Schmidberger*, *Jur.* 2003, I-5659, r.o. 51 e.v.

<sup>9</sup> Arrest van 16 oktober 2003, zaak C-455/01, *Commissie/Italië*, *Jur.* 2003, I-12023.

<sup>10</sup> Arrest van 18 september 2003, zaak C-416/00, *Morellato*, *Jur.* 2003, I-9343, r.o. 43-45.

<sup>11</sup> Arrest van 12 juli 2005, gevoegde zaken C-154/04 en C-155/04, *Alliance for natural health, Nutri Link e.a., nog niet gepubliceerd in Jur.*, r.o. 47; arrest van 14 december 2004, zaak C-434/02, *Arnhold André*, *Jur.* 2004, I-11825, r.o. 57.

<sup>12</sup> Arrest *Alliance for natural health*, aangehaald in vorige voetnoot, r.o. 52.

8. Een andere ontwikkeling die inzake het vrij verkeer van goederen speelt, is de groeiende harmonisatie d.m.v. richtlijnen en verordeningen. Voorbeelden hiervan zijn o.m. het Communautaire wetboek betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik<sup>13</sup>, de merkenrichtlijn<sup>14</sup> en -verordening, de richtlijn vergelijkende reclame<sup>15</sup>, etiketteringsrichtlijnen<sup>16</sup>, de richtlijn veiligheid van speelgoed, onrechtmatige bedingen, verkoop op afstand, de e-commerce richtlijn, enz. De basisregel is dat wanneer dergelijke harmonisatie tussenkomt en de harmonisatie uitputtend is, nationale bepalingen aan de harmonisatiemaatregel moeten getoetst worden, en niet zozeer aan de artikelen 28-30 EG<sup>17</sup>. Hoewel er geen horizontale rechtstreekse werking is van richtlijnen, kan daar soms via de omweg van de richtlijnconforme interpretatie van nationale wetgeving, voor zover die zich tot interpretatie leent, toch in de buurt van gekomen worden<sup>18</sup>.

9. Echter zelfs bij de interpretatie van deze richtlijnen of verordeningen zal het Hof er steeds over waken dat zijn rechtspraak onder deze bepalingen van secundair recht conform de basisbeginselen is van het vrije verkeer van goederen<sup>19</sup>. Op die manier blijven de beginselen van de artikelen 28 e.v. EG en de rechtspraak van het Hof in dit verband ten volle hun belang behouden.

10. Verder gebeurt het vaak dat richtlijnen of verordeningen maar een deel van een materie regelen, of slechts boven bepaalde drempelwaarden, enz. Daarbuiten blijven dan de beginselen van het vrije verkeer van goederen doorwerken. Hier ziet men wel de voortschrijdende werking van het EG-recht. Zo erkent het Hof bijvoorbeeld thans dat onder de nieuwe richtlijn 2001/83 inzake geneesmiddelen, er kennelijk een volledige harmonisatie is van de wijze van productie, distributie en gebruik van geneesmiddelen<sup>20</sup>.

## B. Goederen

11. Ter herinnering kan worden vermeld dat het Hof het begrip goederen uit de artikelen 23 en 28 EG gedefinieerd heeft als waren die in geld waardeerbaar zijn en als zodanig het voorwerp van handelstransacties kunnen vormen<sup>21</sup>. Tijdschriften zijn overduidelijk goederen die onder de bepalingen van het vrije verkeer van goederen vallen<sup>22</sup>. De exploitatie van kansspel- of gokautomaten, daarentegen, is een dienst die valt onder de artikelen 49 e.v. EG<sup>23</sup>.

## C. Douaneheffingen en maatregelen van gelijke werking

### 1. Kader

12. Douaneheffingen in de klassieke zin van het woord komen niet meer voor. Daarentegen blijven heffingen met een gelijke werking af en toe nog het vrije verkeer van goederen belemmeren. Krachtens vaste rechtspraak moet een heffing van gelijke werking gedefinieerd worden als “*een eenzijdig opgelegde – zij het geringe – geldelijke last, wat de benaming en techniek ervan ook moge zijn, die bij een grensoverschrijding op nationale of buitenlandse goederen wordt gelegd en geen douanerecht in eigenlijke zin is*”<sup>24</sup>. Kenmerkend aan douaneheffingen zijn dus dat zij uitsluitend geheven worden op grond van de grensoverschrijding als zodanig<sup>25</sup>.

13. In een eerdere kroniek werd reeds gewezen op het belangrijke arrest geveld in de zaak *Lancry*, m.b.t. tot het toepassingsgebied van de verbodsbepalingen inzake douaneheffingen op *regionale heffingen*<sup>26</sup>. In dit arrest stelt het Hof immers: “*Een proportionele heffing over de douane-waarde van goederen, die door een lidstaat wordt toegepast op alle goederen die in een regio van zijn grondgebied wor-*

<sup>13</sup>. Richtlijn 2001/83 van 6 november 2001, *PB*. 2001, L. 311/67, inmiddels gewijzigd.

<sup>14</sup>. Richtlijn 89/104/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten, *PB*. 1989, L. 40/1. De rechtspraak over deze richtlijn is zéér uitvoerig. Overzichten worden gepubliceerd o.m. in *S.E.W.*

<sup>15</sup>. Richtlijn 97/55 van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997, *PB*. 1997, L. 290/18.

<sup>16</sup>. Zie o.m. Richtlijn 2000/13 van 20 maart 2000, *PB*. 2000, L. 109/29.

<sup>17</sup>. Arrest van 9 juni 2005, gevoegde zaken C-211/03, C-299/03 en C-316/03 tot en met C-318/03, *Warenvertriebs, Orthica/Duitsland, nog niet gepubliceerd in Jur.*, r.o. 58; arrest van 14 december 2004, zaak C-463/01, *Commissie/Duitsland, Jur.* 2004, I-11705, r.o. 36; arrest van 11 december 2003, zaak C-322/01, *Deutscher Apothekerverband, Jur.* 2003, I-14887, r.o. 64.

<sup>18</sup>. Zie hierover *Kroniek 2001-2002, T.B.H.* 2004, p. 636, randnr. 8.

<sup>19</sup>. Arrest van 23 april 2002, zaak C-143/00, *Boehringer Ingelheim, Jur.* 2002, I-3759, r.o. 17-18.

<sup>20</sup>. Arrest van 9 juni 2005, gevoegde zaken C-211/03, C-299/03 en C-316/03 tot en met C-318/03, *Warenvertriebs, nog niet gepubliceerd in Jur.*, r.o. 58.

<sup>21</sup>. Arrest van 10 december 1968, zaak 7/68, *Commissie/Italië, Jur.* 1968, 590; arrest van 21 oktober 1999, zaak C-97/98, *Jägerskiöld/Gustafsson, Jur.* 1999, I-7319, r.o. 30. Zie hierover ook *Kroniek 1993-1994, T.B.H.* 1994, p. 749-750.

<sup>22</sup>. Arrest van 26 mei 2005, zaak C-20/03, *Burmanjer e.a., Jur.* 2005, I-4133.

<sup>23</sup>. Arrest van 21 april 2005, zaak C-267/03, *Lars Erik Staffan Lindberg, Jur.* 2005, I-3247, r.o. 46-47.

<sup>24</sup>. Arrest van 9 september 2004, zaak C-72/03, *Carbonati Apuani, Jur.* 2004, I- 8027, r.o. 20; arrest van 29 april 2004, zaak C-387/01, *Weigel, Jur.* 2004, I-4981, r.o. 64.

<sup>25</sup>. Arrest *Carbonati/Apuani*, r.o. 22.

<sup>26</sup>. Arrest van 9 augustus 1994, zaak C-363/93, *Lancry, Jur.* 1994, I-3957. Zie hierover ook arrest van 16 juli 1992, zaak C-163/90, *Legros, Jur.* 1992, I-4625; arrest van 14 september 1995, zaak C-485/93, *Simitzi, Jur.* 1995, I-2655.

den binnengebracht, is een heffing van gelijke werking als een invoerrecht, niet alleen voor zover zij wordt gelegd op goederen die uit andere lidstaten naar die regio worden gebracht, maar ook voor zover zij wordt gelegd op goederen die uit een ander deel van het grondgebied van die staat in die regio worden binnengebracht”<sup>27</sup>. In een eerdere kroniek werd reeds gewezen op het belang van dit arrest voor regionale heffingen, en dan is België natuurlijk niet veraf. In de besproken periode heeft het Hof deze rechtspraak bevestigd, en in zekere zin – maar dat was geen verrassing – ook uitgebreid doordat het deze rechtspraak nu ook toepast of een *locale* heffing in Italië voor de uitvoer van marmer (zowel uitvoer binnen als buiten Italië)<sup>28</sup>. Het feit dat de heffing slechts één enkel product uit de betrokken gemeente betrof, en dat de entiteit die de heffing invoerde slecht zeer klein van omvang was<sup>29</sup> kon daarbij niet baten.

14. Op het verbod van douaneheffingen en heffingen van gelijke werking bestaan drie uitzonderingen: 1° wanneer de last de tegenprestatie vormt voor een aan de marktdeelnemer werkelijk en individueel verleende dienst en evenredig is aan de kosten daarvan<sup>30</sup>, 2° wanneer de last wordt geheven in uitvoering van een communautaire verplichting en 3° wanneer de last deel uitmaakt van een algemeen stelsel van binnenlandse heffingen waardoor nationale en in- of uitgevoerde producten volgens dezelfde criteria stelselmatig worden belast, d.w.z. het geval van artikel 90 EG (ex. art. 95)<sup>31</sup>.

## 2. Binnenlandse belastingen (art. 90 EG) – Inhoud en onderscheid met heffingen van gelijke werking

15. Het is van belang een onderscheid te maken tussen enerzijds heffingen van gelijke werking en anderzijds algemeen toegepaste binnenlandse belastingen. Beide kunnen immers niet samen worden toegepast<sup>32</sup>. Het Hof oordeelt dat “een last geen heffing van gelijke werking als een douanerecht, maar een binnenlandse belasting in de zin van artikel 90 EG, is indien hij deel uitmaakt van een algemeen stelsel van binnenlandse belastingen waardoor groepen producten stelselmatig worden getroffen volgens objectieve, onafhankelijk van de oorsprong of de bestemming van het product

toegepaste criteria”<sup>33</sup>. Een heffing die enkel in één gemeente wordt geheven voor export van een product buiten die gemeente valt hier niet onder nu geen sprake is van een objectief criterium, maar van het louter overschrijden van een gemeentegrens<sup>34</sup>. Een heffing op het in het verkeer brengen van voertuigen daarentegen valt hier wel onder<sup>35</sup>.

16. Waar artikel 25 EG elke douaneheffing op zich verbiedt, kijkt artikel 90 EG niet naar de heffing op zich, maar naar de discriminatie, of het rechtstreeks of zijdelings beschermend karakter voor de binnenlandse productie. Wat artikel 90 EG dus verbiedt is om op producten uit de overige lidstaten hogere binnenlandse belastingen te heffen dan die welke op gelijksoortige nationale producten worden geheven, of zodanige binnenlandse belastingen dat daardoor andere producties zijdelings worden beschermd. Het heeft tot doel het vrij verkeer van goederen tussen de lidstaten onder normale mededingingsvoorwaarden te verzekeren door elke vorm van bescherming uit te sluiten die het gevolg kan zijn van de toepassing van binnenlandse belastingen die discriminerend zijn ten opzichte van producten uit andere lidstaten (“belastingneutraliteit”)<sup>36</sup>. Dat zal niet het geval zijn wanneer de belasting op het ingevoerde product en die op het soortgelijke nationale product op verschillende wijze en volgens verschillende modaliteiten worden berekend waardoor het risico bestaat dat het ingevoerde product, weze het slechts in sommige gevallen, zwaarder wordt belast.

## 3. Vergoeding voor een verleende dienst

17. Een kost aangerekend ten gunste van het nationale organisme voor geneesmiddelen voor de authenticatie van facturen bij import van grondstoffen voor geneesmiddelen en geneesmiddelen kan niet de vergoeding vormen voor een dienst verleend aan de importeur<sup>37</sup>. Evenmin voldeed een heffing op de uitvoer van marmer aan deze voorwaarde. Het argument dat deze heffing de kosten van de gemeente compenseerde van de marmerontginning, werd door het Hof snel afgewezen doordat er geen enkel direct verband was, nu de kosten op opleiding, algemene uitgaven inzake wegennet, infrastructuur van havens, enz. betrekking hadden. Dit zijn zaken die niet *specifiek* ten goede komen aan de exporteurs die de heffing betalen.

27. Arrest *Lancry*, beschikkend gedeelte en r.o. 32.

28. Arrest van 9 september 2004, zaak C-72/03, *Carbonati Apuani*, Jur. 2004, I- 8027, r.o. 22 e.v.

29. Blijkbaar hoopte Italië dus met een soort “*de minimis*”-argument zoals inzake kartelrecht en staatssteun te ontsnappen, maar onder het vrije verkeer van goederen geldt geen dergelijke *de minimis*-regel.

30. Arrest van 9 september 2004, zaak C-72/03, *Carbonati Apuani*, Jur. 2004, I- 8027, r.o. 31 e.v.

31. Arrest van 29 april 2004, zaak C-387/01, *Weigel*, Jur., 2004, I-4981, r.o. 64. Zie hierover eerder ook al *Kroniek 1993-1994*, T.B.H. 1994, 750, randnrs. 9 e.v.

32. Arrest *Weigel*, aangehaald in voetnoot 24, r.o. 63.

33. Arrest *Carbonati Apuani*, aangehaald in voetnoot 28, r.o. 17.

34. Arrest *Carbonati Apuani*, aangehaald in voetnoot 28, r.o. 18.

35. Arrest *Weigel*, aangehaald in voetnoot 24, r.o. 65.

36. Arrest *Weigel*, aangehaald in voetnoot 24, r.o. 66.

37. Arrest van 21 oktober 2004, zaak C-426/02, *Commissie/Griekenland*, nog niet gepubliceerd in Jur.

## D. Kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking (art. 28 EG e.v.)

### 1. Inleiding

18. Het verbod van kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking (art. 28 EG) heeft rechtstreekse werking en ziet op alle rechtstreekse en onrechtstreekse belemmeringen van de handel van goederen tussen de lidstaten (zie *infra* de *Dassonville*-rechtspraak).

19. Zuiver interne situaties in één lidstaat vallen er dus niet onder<sup>38</sup> (maar harmonisatiebepalingen kunnen wel slaan op situaties die niet beperkt zijn tot grensoverschrijdende gevallen). Is een nationaal product echter uitgevoerd, en wordt het nadien terug ingevoerd, dan heeft men niet meer met een interne situatie te maken (behalve gevallen van simulatie)<sup>39</sup>. In dergelijk geval, stelt het Hof zelfs dat lidstaten gemachtigd zijn om maatregelen te nemen om te voorkomen dat onderdanen de door het verdrag geboden faciliteiten gebruiken om zich onrechtmatig aan de toepassing van nationaal recht te onttrekken<sup>40</sup>.

20. Goederen die eenmaal in een lidstaat zijn ingevoerd en aan alle formaliteiten hebben voldaan, worden van dan af beschouwd als communautaire goederen die op dezelfde wijze de bepalingen van het vrije verkeer van goederen genieten.

21. Verder heeft het Hof erkend dat het vrije verkeer en het beginsel van de douane-unie in het bijzonder met zich brengt dat het bestaan moet worden erkend van een algemeen beginsel van vrije doorvoer van goederen binnen de Gemeenschap. Ook belemmeringen van in transit-goederen die in vrij verkeer in een lidstaat zijn, vallen dus onder artikel 28 EG-Verdrag, en dit ongeacht of de doorvoer voor binnen de EU of buiten de EU is<sup>41</sup>.

22. Op het verbod van artikel 28 EG kan in het bijzonder in twee gevallen een uitzondering worden gemaakt, nl. (i) wanneer de lidstaat van één van de uitzonderingen van artikel 30 (ex 36) van het Verdrag kan genieten, (ii) dan wel indien de lidstaat een beroep kan doen op de “*rule of reason*”. Deze laatste is een door het Hof van Justitie ontwikkelde uitzondering die in het arrest *Cassis de Dijon* werd

ontwikkeld<sup>42</sup>. Zij houdt in dat belemmeringen aan het vrije verkeer van goederen voortvloeiend uit verschillen in nationale wetgeving toch geoorloofd zijn indien de nationale wetgeving zonder onderscheid van toepassing is, één van de door het Hof erkende dwingende vereisten (bv. consumentenbescherming) nastreeft en niet verder gaat dan strikt noodzakelijk is.

23. Enkele belangrijke kenmerken zijn de volgende: de uitzonderingen van de “*rule of reason*” zijn enkel toepasselijk op nationale maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn op nationale en ingevoerde producten. De uitzonderingen van artikel 30 EG daarentegen kunnen steeds spelen indien de nationale regelen discriminerend zijn<sup>43</sup>. Verder is de categorie uitzonderingen van artikel 30 EG limitatief opgesomd in het Verdrag. De uitzonderingen van de “*rule of reason*” zijn strikt genomen niet limitatief, maar moeten wel door het Hof worden erkend. Het gaat dan o.m. om consumentenbescherming, volksgezondheid, eerlijkheid van de handelstransacties, milieubescherming, financieel evenwicht van de sociale zekerheid, sociale redenen (bv. zondagsrust), enz. Men moet daarbij wel in acht nemen dat wanneer in de betrokken aangelegenheid reeds een uitputtende harmonisatie is tot stand gekomen, in principe enkel nog de regels van deze harmonisatierichtlijn (of -verordening) gelden, niet meer de uitzonderingen van artikel 30 EG of de “*rule of reason*”<sup>44</sup>.

### 2. Maatregelen van gelijke werking: toepassingsgebied

#### a. Definitie (*Dassonville criterium*)

24. In de besproken periode heeft het Hof van Justitie zijn vaste *Dassonville*-rechtspraak bevestigd krachtens dewelke “iedere regelgeving van de lidstaten die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren, als een maatregel van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperking moet worden beschouwd”<sup>45</sup>.

Beperkingen die aan deze definitie voldoen, maar die volgen uit communautaire verplichtingen (richtlijnen, verordeningen, ...), zijn echter geen maatregelen van gelijke werking<sup>46</sup>.

<sup>38</sup> Zie hierover ook *Kroniek 1993-1994*, T.B.H. 1994, p. 752.

<sup>39</sup> Arrest van 11 december 2003, zaak C-322/01, *Deutscher Apothekerverband*, *Jur.* 2003, I-14887, r.o. 127-131.

<sup>40</sup> Arrest van 9 september 2003, zaak C-137/00, *The Queen/Milk Marque*, *Jur.* 2003, I-7975, r.o. 114.

<sup>41</sup> Arrest van 23 oktober 2003, zaak C-115/02, *Rioglass en Transremar*, *Jur.* 2003, I-12705, r.o. 18-19.

<sup>42</sup> Arrest van 20 februari 1979, zaak 120/78, *Rewe*, *Jur.* 1979, 649.

<sup>43</sup> Arrest van 7 mei 1997, gevoegde zaken C-321 tot 324/94, *Pistre*, *Jur.* 1997, I-2343, r.o. 52.

<sup>44</sup> Zie o.m. arrest van 15 juli 2004, zaak C-239/02, *Douwe Egberts*, *Jur.* 2004, I-7007.

<sup>45</sup> Arrest van 11 juli 1974, zaak 8/74, *Dassonville*, *Jur.* 1974, 837, r.o. 5. In de besproken periode o.m. bevestigd in: arrest van 26 mei 2005, zaak C-20/03, *Burmanjer e.a.*, *Jur.* 2005, I-4133.

<sup>46</sup> Arrest van 14 december 2004, zaak C-463/01, *Commissie/Duitsland*, *Jur.* 2004, I-11705, r.o. 55; arrest van 11 december 2003, zaak C-322/01, *Deutscher Apothekerverband*, *Jur.* 2003, I-14887, r.o. 53.



25. Enkele illustraties van maatregelen die het handelsverkeer kunnen belemmeren:

1. het vereisen van een voorafgaande vergunning voor de invoer van geneesmiddelen voor persoonlijk gebruik die in overeenstemming met het EG-recht in lidstaat van invoer en uitvoer zijn toegelaten;
2. de noodzaak voor producten (in casu rolstoelen) om op een lijst van terugbetaalbare specialiteiten te staan vooraleer zij voor terugbetaling in aanmerking komen<sup>47</sup>;
3. het kwalificeren van bepaalde vitaminepreparaten als geneesmiddel en de noodzaak er een vergunning voor het in de handel brengen ervan te bekomen waar dat product in andere lidstaten vrij mag verkocht worden (en er niet als geneesmiddel wordt bestempeld)<sup>48</sup>;
4. de vervanging voor drankverpakkingen van een inzamelingsstelsel door een stelsel van statiegeld en individuele terugname<sup>49</sup>;
5. de noodzaak om het bewijs aan te brengen dat bij de nationale bevolking een behoefte bestaat aan een voedingsstof vooraleer een levensmiddel verrijkt met die voedingsstof (vitamines en mineralen) in dat land mag worden ingevoerd alhoewel dat levensmiddel rechtmatig op de markt is in andere EG-landen<sup>50</sup>;
6. etiketteringsverplichtingen<sup>51</sup>;
7. een verbod op postorderverkoop van geneesmiddelen<sup>52</sup>;
8. administratieve praktijken van een lidstaat, daaronder begrepen, het ontbreken van een duidelijk omschreven administratieve procedure met inbegrip van rechtsbescherming wanneer deze laatste op zich kan geoorloofd zijn (bv. parallelimport van geneesmiddelen die in de lidstaat van oorsprong en de lidstaat van invoer geoorloofd zijn)<sup>53</sup>.

26. Er bestaat onder artikel 28 EG-Verdrag ook geen de minimis. Belemmeringen van geringe omvang en zelfs het bestaan van andere afzetmogelijkheden van de betrokken producten nemen het belemmerend karakter niet weg<sup>54</sup>. Ver-

der is het ook irrelevant of de lidstaat met de betrokken maatregel al dan niet tot doel heeft om het goederenverkeer tussen de lidstaten te regelen<sup>55</sup>.

### b. *Keck & Mithouard-rechtspraak*

27. Het bekende *Keck en Mithouard*-arrest<sup>56</sup> werd door het Hof in de besproken periode bevestigd o.m. in een zaak die de Belgische Wet Ambulante Handel betrof<sup>57</sup>. De *Keck*-rechtspraak houdt in dat als een door artikel 28 EG verboden maatregel van gelijke werking is aan te merken, belemmeringen van het vrije goederenverkeer die, bij gebreke van harmonisatie van de wettelijke regelingen, voortvloeien uit de toepassing op goederen uit andere lidstaten, waar zij rechtmatig zijn vervaardigd en in de handel gebracht, van voorschriften betreffende de voorwaarden waaraan die goederen moeten voldoen (zoals voorschriften m.b.t. hun benaming, hun vorm, hun afmetingen, hun gewicht, hun samenstelling, hun aanbiedingsvorm, hun etikettering of hun verpakking), ook indien die voorschriften zonder onderscheid op alle producten van toepassing zijn, wanneer die toepassing niet kan worden gerechtvaardigd door een doel van algemeen belang, dat zou moeten voorgaan boven de eisen van het vrije goederenverkeer<sup>58</sup>.

28. Anderzijds echter oordeelde het Hof dat nationale bepalingen die bepaalde *verkoopmodaliteiten* aan banden leggen of verbieden, niet onder de *Dassonville*-rechtspraak vallen, mits aan twee voorwaarden is voldaan nl. (i) dat die bepalingen van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën, en (ii) dat zij zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten als op die van producten uit andere lidstaten (= de *Keck*-uitzondering)<sup>59</sup>.

Onder verkoopmodaliteiten verstaat het Hof o.m. bepalingen in de nationale wetgeving die betrekking hebben op de plaats en het tijdstip van de verkoop van bepaalde producten, de

47. Arrest van 15 januari 2005, zaak C-38/03, *Commissie/België, nog niet gepubliceerd in Jur.*

48. Arrest van 29 april 2004, zaak C-387/99, *Commissie/Duitsland, Jur.* 2004, I- 3751, r.o. 65; arrest van 29 april 2004, zaak C-150/00, *Commissie/Oostenrijk, Jur.* 2004, I- 3887, r.o. 82.

49. Arrest van 14 december 2004, zaak C-463/01, *Commissie/Duitsland, Jur.* 2004, I-11705; arrest van 14 december 2004, zaak C-309/02, *Radlberger Getränkegesellschaft e.a., Jur.* 2004, I-11763.

50. Arrest van 2 december 2004, zaak C-41/02, *Commissie/Nederland, Jur.* 2004, I- 11375, r.o. 39-41.

51. Zie bv. inzake de invoer van batterijen, de verplichting om deze te merken met de zware metalen die erin verwerkt zijn: arrest van 14 oktober 2004, zaak C-143/03, *Commissie/Italië, nog niet gepubliceerd in Jur.*, r.o. 29.

52. Arrest van 11 december 2003, zaak C-322/01, *Deutscher Apothekerverband, Jur.* 2003, I-11705.

53. Arrest van 12 oktober 2004, zaak C-263/03, *Commissie/Frankrijk, nog niet gepubliceerd in Jur.*

54. Dit volgt uit arrest van 26 mei 2005, *Commissie/Frankrijk, Jur.* 2005, I-4213, r.o. 16; arrest van 14 december 2004, zaak C-463/01, *Commissie/Duitsland, Jur.* 2004, I-11705, r.o. 63.

55. Zie o.m. arrest van 11 december 2003, zaak C-322/01, *Deutscher Apothekerverband, Jur.* 2003, I-14887, r.o. 67.

56. Arrest van 24 november 1993, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, *Keck & Mithouard, Jur.* 1993, I-6097.

57. Arrest van 26 mei 2005, zaak C-20/03, *Burmanjer e.a., Jur.* 2005, I-4133.

58. Zie verder ook arrest van 14 oktober 2004, zaak C-143/03, *Commissie/Italië, nog niet gepubliceerd in Jur.*, r.o. 27.

59. Zie o.m. *Kroniek 1996-1997, T.B.H.* 1998, 140, randnr. 14-16; *Kroniek 1994-1995, T.B.H.* 1996, 305-306, randnr. 50-53. Zie verder in de besproken periode bv. ook arrest van 11 december 2003, zaak C-322/01, *Deutscher Apothekerverband, Jur.* 2003, I-14887, r.o. 68; arrest van 18 september 2003, zaak C-416/00, *Morellato, Jur.* 2003, I- 9343, r.o. 27-28.

reclame, methoden voor het op de markt brengen, enz.<sup>60</sup>

29. M.b.t. de Belgische Wet Ambulante Handel<sup>61</sup> oordeelde het Hof “uit de informatie die de Belgische regering het Hof heeft verstrekt, dat de procedure van voorafgaande machtiging, zonder onderscheid naar herkomst van de betrokken producten, geldt voor alle betrokken marktdeelnemers die op het Belgisch grondgebied activiteiten ontplooiën, en dat de toegang tot de ambulante handel voor nationale onderdanen en voor die van andere lidstaten gelijk is”<sup>62</sup>. Aldus was de eerste voorwaarde van de *Keck*-uitzondering vervuld. M.b.t. de tweede voorwaarde, (zelfde invloed op verhandeling van nationale en buitenlandse goederen, in casu, tijdschriften), meent het Hof dat het niet over voldoende gegevens beschikt, en laat het dus deze beoordeling over aan de nationale rechter, al voegt het er wel aan toe: “Uit de aan het Hof overgelegde stukken lijkt echter te volgen dat, zo die regeling een dergelijke uitwerking zou hebben, deze te onbeduidend en onzeker is om te kunnen worden geacht de handel tussen de lidstaten te belemmeren of op andere wijze te hinderen”<sup>63</sup>. Amper een goede maand later werd de wetwijziging van 4 juli 2005 aan de Wet Ambulante Handel doorgevoerd<sup>64</sup>.

30. Minder goed verging het de bepalingen in het Belgische K.B. van 17 april 1980 betreffende de reclame voor voedingsmiddelen, die verwijzingen naar het vermageren of naar medische aanbevelingen, attesten, citaten of adviezen of naar verklaringen ter goedkeuring verbieden. Het gaat hier duidelijk om een verkoopmodaliteit. Echter, in het concrete geschil ging het om een “koffie”product dat met dergelijke vermeldingen kon verkocht worden in andere EG-lidstaten. Het Hof meende dat dit de betrokken marktdeelnemer dwong om een bijzonder doeltreffend geacht reclamestelsel op te geven. Bovendien had dergelijk *absoluut* reclameverbod een sterker belemmerend effect voor ingevoerde producten<sup>65</sup>. Daarmee bouwt het Hof verder op zijn eerder rechtspraak inzake *Leclerc*<sup>66</sup>, *Gourmet*<sup>67</sup> en *De Agostini*<sup>68</sup>. De *Keck*-uitzondering is dus niet toepasselijk (en zoals verder zal gezien worden, was ook de proportionaliteitsregel niet vervuld).

31. Een beperking op reclame, die daarentegen geen totaalverbod inhoudt, kan dan wel weer van de *Keck*-uitzondering genieten (m.a.w. valt buiten het toepassingsgebied van art. 28 EG-Verdrag). Aldus kan artikel 30 lid 1 van de UWG (de Duitse Wet Handelspraktijken) wel elke openbare bekendmaking verbieden waarin wordt verwezen naar het feit dat goederen afkomstig zijn uit een failliete boedel, zelfs al zijn ze daaruit afkomstig, maar maken ze er geen deel meer van uit (= ze waren inmiddels opgekocht door wederverkopers). Enkel door de curator verkochte goederen kunnen dus nog naar de faillissementsoorsprong verwijzen. Dergelijke beperkte belemmering op de reclame, tast volgens het Hof de handel in goederen die afkomstig zijn van de lidstaat van verkoop of van andere lidstaten niet anders aan<sup>69</sup>. Interessant is ook nog dat het Hof van oordeel is dat deze beperking op de vrijheid van meningsuiting, niet strijdig is met artikel 10 EVRM<sup>70</sup>.

32. Ook een verbod op postorderverkoop van toegelaten geneesmiddelen valt volgens het Hof buiten de *Keck*-uitzondering en dus binnen het verbod van artikel 28 EG. De reden is dat dergelijk verbod weliswaar zowel binnenlandse apotheken als apotheken uit andere lidstaten treft, maar deze laatste wel meer<sup>71</sup>. De binnenlandse kunnen immers nog in hun apotheek verkopen. De apotheken uit andere landen zien door het wegvallen van de postorderverkoop (in het bijzonder de mogelijkheid om via internet te verkopen), een zeer belangrijk middel vallen om zich tot consumenten uit het andere land te richten en op die manier kan de toegang tot de markt voor producten uit andere lidstaten meer worden bemoeilijkt dan voor binnenlandse producten.

33. Een nationale wetgeving die voor drankverpakkingen de vervanging van een inzamelingssysteem door een systeem van statiegeld en individuele terugname tot gevolg heeft valt ook niet onder de *Keck*-uitzondering. Dergelijke vervanging impliceert de wijzigingen van vermeldingen op de verpakking<sup>72</sup>. Nog interessant aan deze laatste zaak is dat Duitse producenten van drankverpakkingen, voor 90% herbruikbare verpakkingen gebruikten. Voor ingevoerde drankverpakkingen werd daarentegen 71% niet-herbruikbare ver-

60. Zie o.m. arrest van 25 maart 2004, zaak C-71/02, *Herbert Karner Industrie-Auktionen en Troostwijk*, *Jur.* 2004, I-3025, r.o. 38.

61. De wet van 25 juni 1993 betreffende de uitoefening van ambulante activiteiten en de organisatie van openbare markten.

62. Arrest *Burmanjer e.a.*, aangehaald in voetnoot 57, r.o. 27.

63. Arrest *Burmanjer e.a.*, aangehaald in voetnoot 57, r.o. 31.

64. Wet van 4 juli 2005 tot wijziging van de wet van 25 juni 1993 betreffende de uitoefening van ambulante activiteiten en de organisatie van openbare markten, *B.S.* 25 augustus 2005.

65. Arrest van 14 juli 2004, zaak C-239/02, *Douwe Egberts*, *Jur.* 2004, I-7007, r.o. 52-53.

66. Arrest van 9 februari 1995, zaak C-412/93, *Leclercq-Siplec*, *Jur.* 1995, I-179.

67. Arrest van 8 maart 2001, zaak C-405/98, *Gourmet International Products*, *Jur.* 2001, I-1795.

68. Arrest van 9 juli 1997, zaak C-34/95-C 36/95, *De Agostini en TV-Shop*, *Jur.* 1997, I-3843.

69. Arrest van 25 maart 2004, zaak C-71/02, *Herbert Karner Industrie-Auktionen/Troostwijk*, *Jur.* 2004, I-3025, r.o. 41.

70. Het Hof verwijst hier naar het *Markt Intern*-arrest van het EHRM, arrest van 20 november 1989, serie A, nr. 15, r.o. 33 en ook naar het arrest *VGT Verein gegen Tierfabriken/Zwitserland* van 28 juni 2001, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-VI, r.o. 69-70. Men leze hierover verder o.m. ook D. VOORHOOF, “Artikel 10. Vrijheid van meningsuiting”, in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2, Artikelsgewijze commentaar*, Intersentia, 2004, 837 e.v.

71. Arrest van 11 december 2003, zaak C-322/01, *Deutscher Apothekerverband*, *Jur.* 2003, I-14887, r.o. 70-76.

72. Arrest van 14 december 2004, zaak C-463/01, *Commissie/Duitsland*, *Jur.* 2004, I-11705, r.o. 62. In dezelfde zin m.b.t. het merken van uit andere lidstaten ingevoerde batterijen: arrest van 14 oktober 2004, zaak C-143/03, *Commissie/Italië, nog niet gepubliceerd* in *Jur.*, r.o. 27.

pakkingen gebruikt. In die omstandigheden vond het Hof dat ook het tweede deel van de *Keck*-test niet was voldaan, omdat de invoering van de Duitse wetgeving voor binnenlandse en ingevoerde drankverpakkingen niet dezelfde werking had.

34. Een verplichting om afgebakken brood dat voordien (al dan niet diepgevroren), uit een andere lidstaat afkomstig was, slechts te verkopen nadat het is voorverpakt, kan dus van de *Keck*-uitzondering niet genieten omdat hier sprake is van een verpakkingseis<sup>73</sup>.

35. In de vorige kronieken werd melding gemaakt van het initiatief van de Europese Commissie om een voorstel van verordening aan het Europees Parlement voor te leggen om verkoopsmodaliteiten uniform te regelen voor de gehele Europese Gemeenschap<sup>74</sup>. Deze verordening zou voor vele landen (waaronder België met zijn Wet Handelspraktijken, Duitsland met zijn UWG) een aardverschuiving met zich gebracht hebben inzake de reglementering van verkoopmethoden<sup>75</sup>. We zijn ondertussen vier jaar verder, maar het lot van deze nochtans belangrijke verordening is onzeker, nu een groot aantal lidstaten zich tegen de verordening blijven verzetten. Daarentegen echter heeft zich een ander belangrijke ontwikkeling voorgedaan doordat op EG-niveau wel een richtlijn “oneerlijke handelspraktijken” is aangenomen<sup>76</sup>. Op het eerste gezicht zou men niet veel “aardverschuivingen” verwachten van deze richtlijn gelet op haar titel, en gelet op het bestaan in België van artikelen 93-94 van de Wet Handelspraktijken van 14 juli 1991. Maar mogelijk zou schijn hier kunnen bedriegen en zou de impact veel groter kunnen zijn<sup>77</sup>.

### c. Exportbeperkingen (art. 29 EG)

36. Het Hof herhaalde zijn vaste rechtspraak dat het in dit artikel gaat “om nationale maatregelen die een specifieke beperking van het uitgaand goederenverkeer ten doel of tot gevolg hebben en aldus tot een ongelijke behandeling van de binnenlandse handel en de uitvoerhandel van een lidstaat lei-

den, waardoor aan de nationale productie of de binnenlandse markt van de betrokken lidstaat ten koste van de productie of de handel van andere lidstaten een bijzonder voordeel wordt verzekerd”<sup>78</sup>. Er blijft dus een belangrijk verschil tussen artikel 28 EG (invoerbepalingen) en artikel 29 EG (uitvoerbepalingen). Artikel 29 EG verbiedt alleen de nationale maatregelen waarin een verschil in behandeling tussen voor uitvoer bestemde en in de betrokken lidstaat verhandelde producten besloten ligt.

### 3. Uitzonderingen: artikel 30 (ex art. 36) EG en de “rule of reason”

#### a. Algemene voorwaarden: restrictieve uitlegging en respect voor het evenredigheidsbeginsel

37. Als uitzonderingen op het “fundamentele” beginsel van het vrije verkeer van goederen, moeten de uitzonderingen van artikel 30 EG en die inzake de “rule of reason” restrictief worden uitgelegd<sup>79</sup>.

38. Als een maatregel onder het verbod van artikel 28 EG-Verdrag valt, kan deze toch nog worden gerechtvaardigd indien hij voldoet aan één van de uitzonderingen in artikel 30 EG of aan een dwingende eis zoals erkend door het Hof (zie *infra*). In elk van die gevallen echter zal de betrokken maatregel (i) ook nog geschikt moeten zijn ter verwezenlijking van de betrokken doelstelling en (ii) verder zal de betrokken lidstaat de proportionaliteit van de betrokken maatregel moeten aantonen (gaat de maatregel niet verder dan noodzakelijk is ter bereiking van de betrokken doelstelling)<sup>80</sup>. Hier knelt vaak het schoentje.

39. Aldus moet ermee rekening gehouden worden of de nagestreefde zorg (bv. volksgezondheid door het verhinderen van het innemen van teveel aan bepaalde vitamines en voedingssupplementen, of het zich ervan vergewissen dat het bleekwater wel de juiste hoeveelheid actieve chloor bevat) niet via een passende etikettering kan worden

<sup>73</sup>. Arrest van 18 september 2003, zaak C-416/00, *Morellato*, *Jur.* 2003, I-9343, r.o. 30.

<sup>74</sup>. Zie Com. (2002) 585 def. Voor de persberichten van de Europese Gemeenschap en de diverse studies die hierover gepubliceerd zijn kan verwezen worden naar de website van de Europese Commissie, directoraat-generaal interne markt: [www.europa.eu.int/comm/Internal\\_market/en](http://www.europa.eu.int/comm/Internal_market/en).

<sup>75</sup>. Zie voor België o.m. ook F. LONGFILS, *L'offre conjointe: la méthanomorphose*, Larquier, 2003; J. STUYCK, *Handelspraktijken*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, deel XIII, Gent, E. Story-Scientia, 2004, i.h.b. randnrs. 398 en 399.

<sup>76</sup>. Richtlijn 2005/29/EG van 11 mei 2005 van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt... (“Richtlijn oneerlijke handelspraktijken”), *PB.* 2005, L. 149/22.

<sup>77</sup>. Zie over deze richtlijn en de gevolgen voor België ook J. STUYCK, “De nieuwe richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Gevolgen voor de wet op de handelspraktijken”, *T.B.H.* 2005, p. 901 e.v.; J. STUYCK, E. TERRYEN en T. VAN DYCK, “Confidence through Fairness? The Directive on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices in the Internal Market”, te verschijnen in *Common Market Law Review*; J. STUYCK, E. TERRYEN en P. WYTINCK, *Actuele vraagstukken van het recht inzake handelspraktijken*, Themis, Post Universitaire Opleiding, die Keure, te verschijnen in 2006.

<sup>78</sup>. Arrest van 2 oktober 2003, zaak C-12/02, *Marco Grilli*, *Jur.* 2003, I-11585, 41; arrest van 9 september 2003, zaak C-137/00, *The Queen/Milk Marque*, *Jur.* 2003, I-7975, r.o. 114. Zie voorheen o.m. al arrest van 8 november 1979, *Groenveld*, 15/79, *Jur.* 1979, 3409, r.o. 7.

<sup>79</sup>. Arrest van 2 december 2004, zaak C-41/02, *Commissie/Nederland*, *Jur.* 2004, I-11375, r.o. 47; arrest van 29 april 2004, zaak C-150/00, *Commissie/Oostenrijk*, *Jur.* 2004, I-3887, r.o. 89.

<sup>80</sup>. Arrest van 13 januari 2005, zaak C-38/03, *Commissie/België, nog niet gepubliceerd in Jur.*, r.o. 20; arrest van 14 december 2004, zaak C-463/01, *Commissie/Duitsland*, *Jur.* 2004, I-11705, r.o. 78.

bereikt<sup>81</sup>, of door een officiële kennisgeving aan de bevoegde autoriteiten van het product en zijn etikettering<sup>82</sup>. Verder zal men bij het vragen van bepaalde vergunningen of goedkeuringen – voor zover die al zouden geoorloofd zijn – minstens moeten zien dat men geen dublures inbouwt met eisen, analyses of proeven die reeds in andere lidstaten werden onderzocht<sup>83</sup>.

40. Aldus kon België bijvoorbeeld de proportionaliteit niet aantonen voor diens wetgeving die de terugbetaling vanuit de sociale zekerheid van een deel van de aankoop van een rolstoel afhankelijk maakte van o.m. het gamma dat de leverancier ter beschikking stelde, van bepaalde technische eisen ook al had de rolstoel een EG-label, enz.<sup>84</sup>.

41. In de hierna nog te bespreken Duitse zaak over de invoering van statiegeld en individuele terugname oordeelde het Hof dat in de concrete omstandigheden van die zaak een overgangstermijn van 6 maanden onevenredig was om de producenten van natuurlijk mineraalwater in de gelegenheid te stellen hun productie en hun beheer van afval van wegwerpvpakking aan het nieuwe systeem aan te passen<sup>85</sup>.

42. In een Franse zaak inzake de aanduiding “goud” en “goudlegering” vond het Hof dat de verplichting om de benaming “goudlegering” toe te voegen voor edelmetalen met een graad van goudgehalte onder een bepaald niveau, weliswaar de eerlijkheid der handelstransacties nastreeft, maar dit in casu niet evenredig was omdat dit een overtollige bijkomende vermelding was bij de zuiverheidsgraad, die niet in andere lidstaten vereist was<sup>86</sup>.

## b. Consumentenbescherming en eerlijkheid van de handelstransacties

43. Het Hof heeft bij herhaling geoordeeld dat maatregelen die een lidstaat treft ter bescherming van de consument en de

eerlijkheid der handelstransacties behoren tot de dwingende vereisten op grond waarvan belemmeringen van het vrije verkeer van goederen in de zin van artikel 28 EG kunnen zijn toegestaan (uiteraard op voorwaarde dat deze maatregelen in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel)<sup>87</sup>. Het Belgische verbod in het K.B. van 17 april 1980 betreffende reclame voor levensmiddelen om bijvoorbeeld vermeldingen inzake het vermageren te gebruiken vond het Hof weliswaar een belang van volksgezondheid of consumentenbescherming nastreven, maar niet proportioneel. Zo kon men eerst vragen aan de adverteerder of de informatie wel juist was. Bovendien werd de vermelding verboden zelfs indien ze niet tot misleiding zou leiden<sup>88</sup>.

44. Het is interessant om het vonnis van de stakingsrechter van Brussel van 8 juli 2002<sup>89</sup> te vergelijken met dit arrest van het Hof. In het vonnis van 8 juli 2002 stelt de voorzitter dat artikel 2, 2° en 4° van het K.B. van 17 april 1980 niet strijdig zou zijn met richtlijn 2000/12/EG. Dit vonnis lijkt op gespannen voet te staan met het arrest van het Hof.

45. Het Hof bevestigt in de besproken periode dat bij het beoordeling van de consumentenbescherming de rechter moet rekening houden “*met de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld, normaal geïnformeerde, omzichtige handelende en oplettende consument*”<sup>90</sup>.

## c. Volksgezondheid

46. De bescherming van de volksgezondheid is in artikel 30 EG uitdrukkelijk erkend als een reden die de belemmering van het vrije verkeer van goederen kan rechtvaardigen. Het Hof had er geen probleem mee dat de communautaire wetgever aldus een verhandelingsverbod oplegde voor tabaksproducten voor oraal gebruik<sup>91</sup>.

47. Bij gebreke van communautaire harmonisatie komt het

<sup>81</sup> Arrest van 5 februari 2004, zaak C-24/00, *Commissie/Frankrijk*, *Jur.* 2004, I-1277, r.o. 75; arrest van 6 november 2003, zaak C-358/01, *Commissie/ Spanje*, *Jur.* 2003, I-13145.

<sup>82</sup> Arrest van 5 februari 2004, zaak C-70/02, *Commissie/Italië*, *Jur.* 2004, I-1559, r.o. 25.

<sup>83</sup> Arrest van 16 oktober 2003, zaak C-455/01, *Commissie/Italië*, *Jur.* 2003, I-12023, r.o. 24.

<sup>84</sup> Arrest van 13 januari 2005, zaak C-38/03, *Commissie/België, nog niet gepubliceerd in Jur.*

<sup>85</sup> Arrest van 14 december 2004, zaak C-463/01, *Commissie/Duitsland*, *Jur.* 2004, I-11705, r.o. 79-82.

<sup>86</sup> Arrest van 8 juli 2004, zaak C-166/03, *Commissie/Frankrijk*, *Jur.* 2004, I-6535, r.o. 18.

<sup>87</sup> Arrest van 14 juli 2004, zaak C-239/02, *Douwe Egberts*, *Jur.* 2004, I-7007, r.o. 52-53; arrest van 8 juli 2004, zaak C-166/03, *Commissie/Frankrijk*, *Jur.* 2004, I-6535, r.o. 18. Zie eerder o.m. ook al arrest van 2 februari 1994, *Verband Socialer Wettbewerb* (“Clinique”), C-315/92, *Jur.* 1994, I-317, r.o. 16; arrest van 28 januari 1999, zaak C-77/97, *Unilever*, *Jur.* 1999, I-431, r.o. 27.

<sup>88</sup> Dit is een interessante toepassing “*avant la lettre*” van de nieuwe richtlijn onrechtmatige bedingen, waarvan sprake in randnr. 35 hiervoor.

<sup>89</sup> Voorz. Kh. Brussel, 8 juli 2002, *Unilever/Vandemoortele*, V.S.1282/02.

<sup>90</sup> Arrest van 15 juli 2004, zaak C-238/02, *Douwe Egberts*, *Jur.* 2004, I-7007, r.o. 46; arrest van 6 november 2003, *Commissie/Spanje*, zaak C-358/01, *Jur.* 2003, I-13145. Zie vroeger ook reeds o.m. arrest van 23 januari 2003, gevoegde zaken C-421/00, C-426/00 en C-16/01, *Rentat Sterbenz*, *Jur.* 2003, I-1065, r.o. 43; arrest van 24 oktober 2002, zaak C-99/01, *Linhart*, *Jur.* 2002, I-9375, r.o. 31; arrest van 4 april 2000, zaak C-465/98, *Darbo*, *Jur.* 2000, I-2297, r.o. 20; *arrest van 16 juli 1998, zaak C-210/96, Gutspringenheide en Tuski*, *Jur.* 1998, I-4657, r.o. 31.

<sup>91</sup> Arrest van 14 december 2004, zaak C-434/02, *Arnhold André*, *Jur.* 2004, I-11825, r.o. 57-60; arrest van 14 december 2004, zaak C-210/03, *Swedish Match*, *Jur.* 2004, I-11893. Het verbod is vervat in richtlijn 2001/37 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2001 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de productie, de presentatie en de verkoop van tabaksproducten, *PB.* 2001, L. 194/26. Uit het arrest blijkt dat er wetenschappelijk bewijs was over het schadelijke karakter van de verboden praktijk.

beschermingsniveau in beginsel toe aan de lidstaten<sup>92</sup>. Hieronder valt in beginsel ook de al dan niet voorafgaande goedkeuring voor het in de handel brengen van bepaalde voedingsmiddelen. Het bestaan van de noodzaak tot bescherming, en met name de bescherming tegen de achterliggende risico's zal echter door de lidstaat moeten bewezen worden en dat in het licht van de voedingsgewoonten van de bevolking en de resultaten van een (internationaal) wetenschappelijk onderzoek, dat van recente datum moet zijn<sup>93</sup>. Blijkt dat er wetenschappelijke onzekerheid heerst, dan beïnvloedt dat de omvang van de beoordelingsbevoegdheid van de betrokken lidstaat en speelt dat mee in de toepassing van het evenredigheidsbeginsel. In dergelijke onzekerheid moet worden aanvaard dat een lidstaat op grond van het voorzorgsbeginsel (cf. ook art. 129 EG) reeds beschermende maatregelen kan nemen. Dit zal dan echter een product per product evaluatie met zich moeten brengen<sup>94</sup>. Dat laatste heeft in een aantal zaken in de besproken periode de lidstaat de das omgedaan. Precies doordat men een algemene regel stelt (bv. een vitaminepreparaat dat drie maal de normale dagelijkse dosis overschrijdt moet de goedkeuringsprocedure van een geneesmiddel door in één lidstaat, terwijl het niet als geneesmiddel in een andere lidstaat wordt verkocht), vindt het Hof dat men niet in concreto kan aantonen dat er een risico voor de volksgezondheid bestaat.

48. Vergunningen voor het in de handel brengen van geneesmiddelen, hetzij voor de oorspronkelijke fabrikant, hetzij voor de importeur, streven de bescherming na van de volksgezondheid. Vele van deze vergunningen worden ten andere communautair voorgeschreven. Wanneer een werkzaam bestanddeel aan twee verschillende fabricanten wordt verkocht voor de productie van een zelfde geneesmiddel, kan het gebrek aan gemeenschappelijke oorsprong van het geneesmiddel alleen nog niet verantwoord worden dat voor één van de geneesmiddelen een vergunning voor het in de handel brengen zondermeer wordt geweigerd wanneer het andere geneesmiddel dit wel heeft. Zo legt het evenredigheidsbeginsel op dat moet bekeken worden in welke mate de resultaten van het onderzoek van de veiligheid en doeltreffendheid van het reeds toegelaten geneesmiddel zonder enig risico voor de bescherming van de gezondheid kan worden gebruikt voor het andere geneesmiddel<sup>95</sup>.

49. Ook het bekomen van een voorafgaande toestemming voor het op de markt brengen van blokjes cederhout met natuurlijke mottenwerende eigenschappen streven de bescherming van de volksgezondheid na omdat het hier om het op de markt brengen gaat van "biociden". Het bekomen van dergelijke voorafgaande toelating was voor het Hof evenredig<sup>96</sup>.

50. Een Italiaans voorschrift dat stelde dat de uiterste consumptiedatum voor melk in alle gevallen slechts vier dagen kan zijn, kon aldus niet worden verantwoord. Immers, hoewel het vermelden van de uiterste consumptiedatum volgt uit communautaire voorschriften, is dat niet zo voor de periode of lengte zelf. In casu maakte Italië geen onderscheid tussen gepasteuriseerde verse melk en bij hoge temperatuur gepasteuriseerde melk, terwijl deze laatste nochtans veel langer bewaart<sup>97</sup>. Het was duidelijk dat daardoor vermeldingen aangebracht in andere lidstaten ongeldig zouden worden. Daarenboven, dergelijke beperkte houdbaarheidsdatum maakt het de facto voor producten uit andere lidstaten bijzonder onaantrekkelijk om nog naar Italië te worden uitgevoerd.

51. Een absoluut verbod van postorderverkoop door apotheken voor receptvrije geneesmiddelen is niet geoorloofd<sup>98</sup>. Ook via internet kan advies worden verstrekt en kan informatie worden gegeven om verkeerd gebruik te vermijden. Een verbod van postorderverkoop voor geneesmiddelen die op voorschrift zijn, is daarentegen wel geoorloofd.

#### d. Intellectuele eigendomsrechten

52. Artikel 30 EG voorziet een expliciete uitzondering op het vrij verkeer van goederen ter bescherming van de intellectuele eigendomsrechten. De houder van een intellectueel eigendomsrecht zal dit echter slechts kunnen inroepen voorzover dit hem in staat stelt rechten te beschermen die het specifieke voorwerp van het intellectueel eigendomsrecht betreffen, begrepen tegen de achtergrond van de wezenlijke functie van het intellectueel eigendomsrecht. Bij merken bestaat het specifieke voorwerp in het verzekeren van de herkomstgarantie van het merkproduct. In de terminologie van het Hof: "Met betrekking tot merken is het vaste rechtspraak

<sup>92</sup>. Arrest van 15 juli 2004, zaak C-443/02, *Nicolas Schreiber*, *Jur.* 2004, I-7275, r.o. 43; arrest van 2 december 2004, zaak C-41/02, *Commissie/Nederland*, *Jur.* 2004, I-11375; arrest van 29 april 2004, zaak C-387/99, *Commissie/Duitsland*, *Jur.* 2004, I-3751, r.o. 68; arrest van 29 april 2004, zaak C-150/00, *Commissie/Oostenrijk*, *Jur.* 2004, I-3887, r.o. 85; arrest van 5 februari 2004, zaak C-24/00, *Commissie/Frankrijk*, *Jur.* 2004, I-1277, r.o. 49; arrest van 11 december 2003, zaak C-322/01, *Deutscher Apothekerverband*, *Jur.* 2003, I-14887, r.o. 103.

<sup>93</sup>. Arrest van 2 december 2004, zaak C-41/02, *Commissie/Nederland*, *Jur.* 2004, I-11375, r.o. 47. Zie ook arrest van 29 april 2004, zaak C-387/99, *Commissie/Duitsland*, *Jur.* 2004, I-3751, r.o. 69; arrest van 29 april 2004, zaak C-150/00, *Commissie/Oostenrijk*, *Jur.* 2004, I-3887, r.o. 86; arrest van 5 februari 2004, zaak C-24/00, *Commissie/Frankrijk*, *Jur.* 2004, I-1277, r.o. 50.

<sup>94</sup>. *Ibid.* Zie verder ook arrest van 29 april 2004, zaak C-387/99, *Commissie/Duitsland*, *Jur.* 2004, I-3751, r.o. 73 e.v.; arrest van 29 april 2004, zaak C-150/00, *Commissie/Oostenrijk*, *Jur.* 2004, I-3887, r.o. 89 e.v.; arrest van 5 februari 2004, zaak C-24/00, *Commissie/Frankrijk*, *Jur.* 2004, I-1277, r.o. 56 e.v.

<sup>95</sup>. Arrest van 1 april 2004, zaak C-112/02, *Kohlpharma*, *Jur.* 2004, I-3369.

<sup>96</sup>. Arrest van 15 juli 2004, zaak C-443/02, *Nicolas Schreiber*, *Jur.* 2004, I-7275.

<sup>97</sup>. Arrest van 13 november 2003, zaak C-294/01, *Granarolo*, *Jur.* 2003, I-13429.

<sup>98</sup>. Arrest van 11 december 2003, zaak C-322/01, *Deutscher Apothekerverband*, *Jur.* 2003, I-14887, r.o. 112 e.v.

dat het merkrecht inzonderheid tot specifiek voorwerp heeft, de merkgerichtigde het uitsluitend recht te verschaffen het merk te gebruiken om een product als eerste in het verkeer te brengen, en hem aldus te beschermen tegen concurrenten die van de positie en de reputatie van het merk misbruik zouden willen maken door producten te verkopen die onrechtmatig van het merk zijn voorzien.”. Op die basis oordeelde het Hof dat een beslagmaatregel wegens verdenking van namaak, een belemmering is die niet verantwoord is wanneer het beslag wordt gelegd op goederen die in doorvoer zijn vanuit een lidstaat waar deze rechtmatig zijn vervaardigd, op weg naar een derde land. Die doorvoer is volgens het Hof immers geen verhandeling van de betrokken goederen zodat hierdoor het specifieke voorwerp van het merkenrecht niet kan worden geschaad<sup>99</sup>.

### e. Geografische herkomstbenamingen – Kwaliteitslabel

53. In de besproken periode bevestigt het Hof dat aanduidingen van herkomst kunnen vallen onder de uitzondering inzake de bescherming van industriële en commerciële eigendom en dus beperkingen op het vrije verkeer van goederen kunnen rechtvaardigen. Het Hof bevestigt dat lidstaten benamingen ter aanduiding van streken of plaatsen op zijn gebied kan beschermen, behoudens wanneer deze tot soortnaam zijn verworven<sup>100</sup>. Een lidstaat kan dat ook doen in het kader van een verdrag met een derde (niet-EG-)staat door aan een herkomstbenaming uit die derde staat bescherming te bieden. Dit is zeker een belemmering van het vrije verkeer van goederen uit andere lidstaten. Echter, het doel van dergelijk verdrag is te vermijden dat producenten uit een verdragsluitende staat de geografische benamingen van een andere staat gebruiken en aldus profijt trekken van de reputatie van de producten van ondernemingen die gevestigd zijn in de streken of plaatsen waaraan die benamingen zijn ontleend. Dit is geoorloofd omwille het waarborgen van een eerlijke mededinging en op die manier de bescherming van commerciële en industriële eigendom<sup>101</sup>.

54. In de besproken periode heeft het Hof het oorspronkelijke Waalse kwaliteitslabel zoals neergelegd in het decreet van 7 september 1989, in strijd verklaard met artikel 28 EG-

Verdrag<sup>102</sup>. Een verrassing was dit niet. De rechtsleer had vroeger al aangegeven dat dit decreet de test met het EG-recht niet doorstond<sup>103</sup>.

### f. Milieubescherming

55. Het opzetten van een systeem van statiegeld en individuele terugname doet het percentage geretourneerde lege verpakkingen toenemen en leidt tot selectie van het verpakingsafval, hetgeen bijdraagt tot betere terugwinning daarvan. In zoverre de heffing van statiegeld de verbruiker ertoe aanzet de lege verpakkingen naar de verkooppunten te retourneren, draagt zij bovendien bij tot de beperking van afval in de natuur. Dit draagt bij tot de doelstelling van milieubescherming<sup>104</sup>. Zoals hiervoor onder a. werd aangegeven was de maatregel echter wel niet helemaal proportioneel.

56. Een ander gevolg van de arresten van het Hof van 14 december 2004 is de vraag of het arrest van het Arbitragehof van 1 december 2004 nog wel correct is<sup>105</sup>. Hierin was het Arbitragehof van oordeel dat de verpakkingshemming (in het kader van de ecobonussen)<sup>106</sup> niet strijdig is met artikel 90 EG-Verdrag. Richtlijn 94/62 betreffende verpakking en verpakkingafval, hoewel zij het de lidstaten mogelijk maakt zowel het hergebruik als de recyclage te bevorderen, verzet zich volgens het Arbitragehof immers niet tegen een nationale reglementering die in beginsel het hergebruik zou bevoordelen<sup>107</sup>. Een wetgeving die de herbruikbare verpakkingen vrijstelt, kan volgens het Hof niet worden geacht in strijd te zijn met de dwingende vereisten inzake de bescherming van het leefmilieu. Het Arbitragehof heeft met betrekking tot de kosten verbonden aan het hergebruik gesteld dat dit het gevolg is van de Europese wetgeving en niet van de keuze van de wetgever. Uit het arrest van het Hof van Justitie blijkt echter dat dit een onvolledige en in die zin niet juiste lezing van de feiten is omdat de kost volgt uit een samenspel van de Europese regelgeving en het gebrek van een effectieve keuze voor de invoerder: hij wordt in de Duitse wetgeving immers verplicht ofwel standaardflessen te gebruiken of een ophaalsysteem op te zetten. Verder heeft het Hof van Justitie in de bedoelde arresten van 14 december 2004 duidelijk vastgesteld dat richtlijn 94/62 geen rangorde

<sup>99</sup>. Arrest van 23 oktober 2003, zaak C-115/02, *Rioglass en Transremar*, *Jur.* 2003, I-12705.

<sup>100</sup>. Arrest van 18 november 2003, zaak C-216/01, *Budvar*, *Jur.* 2003, I-13617, r.o. 95 e.v. Zie ook het arrest van 10 november 1992, zaak C-3/91, *Exportur*, *Jur.* 1992, I-5529.

<sup>101</sup>. Arrest van 18 november 2003, zaak C-216/01, *Budvar*, *Jur.* 2003, I-13617, r.o. 99.

<sup>102</sup>. Arrest van 17 juni 2004, zaak C-255/03, *Commissie/België, nog niet gepubliceerd in Jur.*

<sup>103</sup>. P. WYTINCK, “De verenigbaarheid van de WHP met het EEG-recht”, in J. STUYCK en P. WYTINCK (eds.), *De nieuwe wet handelspraktijken*, Antwerpen, Kluwer, 1992, p. 213; B. PONET, *De bescherming van benamingen van oorsprong, geografische aanduidingen en herkomstaanduidingen*, Intersentia, 1998, p. 64.

<sup>104</sup>. Arrest van 14 december 2004, zaak C-463/01, *Commissie/Duitsland*, *Jur.* 2004, I-11705, r.o. 62; zie ook arrest van 14 december 2004, zaak C-309/02, *Radlberger Getränkegesellschaft e.a.*, *Jur.* 2004, I-11763.

<sup>105</sup>. Arbitragehof nr. 195/2004, 1 december 2004.

<sup>106</sup>. Art. 369, 17° van de gewone wet van 16 juli 1993, ingevoegd bij wet van 30 december 2002.

<sup>107</sup>. Arbitragehof nr. 195/2004, 1 december 2004, punt B.27.5.

bepaalt tussen het hergebruik van verpakking en de terugwinning van verpakkingsafval<sup>108</sup>.

#### 4. Nationale monopolies

57. Artikel 31 lid 1 EG bepaalt: “De lidstaten passen hun nationale monopolies van commerciële aard aan in dier voege dat elke discriminatie tussen de onderdanen van de lidstaten wat de voorwaarden van de voorziening en afzet betreft is uitgesloten. De bepalingen van dit artikel zijn van toepassing op elk lichaam waardoor een lidstaat de invoer of de uitvoer tussen de lidstaten in rechte of in feite rechtstreeks of zijdelings beheerst, leidt of aanmerkelijk beïnvloedt. Deze bepalingen zijn eveneens van toepassing op de door een staat gedelegeerde monopolies.” In Zweden is de detailverkoop van geneesmiddelen exclusief voorbehouden aan een instelling “Apoteket”, die is onderworpen aan het toezicht van de staat, via meerderheidsdeelneming en bestuursstructuur. Artikel 31 EG is hierop van toepassing.

58. Artikel 31 EG vereist dus *niet* de afschaffing van de betrokken monopolies. Het vereist wel dat zij zodanig worden aangepast dat elke discriminatie tussen de onderdanen van de lidstaten wat de voorwaarden van de voorziening en afzet betreft, is uitgesloten<sup>109</sup>. Het doel van artikel 31 lid 1 EG is immers, de voor de lidstaten bestaande mogelijkheid om bepaalde monopolies van commerciële aard te handhaven als instrument bij het nastreven van doeleinden van algemeen belang, te verzoenen met de vereisten van de toestandbrenging en de werking van de gemeenschappelijke markt. Het beoogt de belemmeringen van het vrije verkeer van goederen weg te nemen, met uitzondering evenwel van de aan het bestaan van zulke monopolies inherente beperkende gevolgen voor het handelsverkeer. Voor een verkoopmonopolie voor geneesmiddelen, betekent dat volgens het Hof dat aan drie criteria moet voldaan zijn: (i) het selectiesysteem van het verkoopmonopolie moet berusten op criteria die onafhankelijk zijn van de herkomst van de producten en het moet transparant zijn in die zin dat het zowel een verplichting tot motivering van de beslissingen moet bevatten als een onafhankelijke toezichtprocedure; (ii) vervol-

gens moet het verkoopnetwerk van dit monopolie aldus zijn georganiseerd dat het aantal verkooppunten niet zo beperkt is dat de levering aan de consument in gevaar komt; (iii) ten slotte moeten de marketing- en reclamemaatregelen van dit monopolie onpartijdig zijn en onafhankelijk van de herkomst van de producten, en het nodige ondernemen om onder de consumenten bekendheid te geven aan nieuwe producten<sup>110</sup>.

Nu het Zweedse nationale monopolie o.m. geen systeem van aanbestedingen kent, er geen mogelijkheid is om de beslissingen voor een onafhankelijke toezichthoudende instantie aan te vechten, is het Zweedse monopolie strijdig met artikel 31 EG-Verdrag. Om deze redenen ook kan de uitzondering van artikel 86 EG-Verdrag (beheer van diensten van algemeen economisch belang<sup>111</sup>), niet spelen.

#### 5. Het voorkomingsbeleid

##### a. Richtlijn 94/34/EG (voorheen 83/189)

59. Met het oog op het voorkomen van belemmeringen van het intracommunautair handelsverkeer hebben het Parlement en de Raad een richtlijn uitgevaardigd krachtens dewelke lidstaten op voorhand alle ontwerpen van technische voorschriften voor producten (industrie-, landbouw-, cosmeticaproducten, levensmiddelen,...) aan de Commissie moeten meedelen. Het betreft hier o.m. ontwerpen inzake kwaliteitsvereisten, prestaties, veiligheid, afmetingen, verkoopbenaming, terminologie, etikettering, verpakkingen, enz. Aan deze voorafgaande aanmelding is een automatische opschortingsperiode gekoppeld, die naar gelang de situatie van 3 maanden tot 18 maanden kan gaan<sup>112</sup>.

60. Deze richtlijn beoogt dus een preventieve controle. Het Hof erkent echter dat het toepassingsgebied niet geheel samenvalt met dat van het vrije verkeer van goederen. Aanknopingspunt is immers de notie “technisch voorschrift”, dat dus zowel ruimer kan zijn als in bepaalde gevallen beperkter kan zijn dan wat onder het vrije verkeer van goederen valt<sup>113</sup>. Dat laatste weten we uit de Belgische *Colim*-zaak van

<sup>108</sup>. Arrest van 14 december 2004, zaak C-309/02, *Radlberger Getränkegesellschaft e.a.*, *Jur.* 2004, I-11763, r.o. 33; arrest van 14 december 2004, zaak C-463/01, *Commissie/Duitsland*, *Jur.* 2004, I-11705, r.o. 40.

<sup>109</sup>. Arrest van 31 mei 2005, zaak C-435/02, *Hanner*, *Jur.* 2005, I-4551, r.o. 34 met verdere verwijzing naar de arresten van het Hof van 3 februari 1976, zaak 59/75, *Manghera e.a.*, *Jur.* 1976, 91, r.o. 4 en 5; arrest van 13 maart 1979, zaak 91/78, *Hansen*, *Jur.* 1979, p. 935, r.o. 8; arrest van 7 juni 1983, zaak 78/82, *Commissie/Italië*, *Jur.* 1983, 1955, r.o. 11; arrest van 14 december 1995, zaak C-387/93, *Banchero*, *Jur.* 1995, I-4663, r.o. 27; arrest van 23 oktober 1997, zaak C-189/95, *Franzén*, *Jur.* 1997, I-5909, r.o. 38.

<sup>110</sup>. Arrest *Hanner*, aangehaald in vorige voetnoot, r.o. 39-41.

<sup>111</sup>. Zie hierover uitgebreider het deel mededingingsrecht, randnr. 272 e.v.

<sup>112</sup>. Richtlijn 98/34 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften – voorheen richtlijn 83/189/EEG van 28 maart 1983 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften, *PB.* 1983, L. 109/8, herhaaldelijk gewijzigd. In 1998 is de oorspronkelijke richtlijn gecodificeerd in een nieuwe richtlijn: richtlijn 98/34 van 22 juni 1999 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften, *PB.* 1998, L. 204/37, inmiddels gewijzigd. Daarnaast zijn nog andere maatregelen genomen, zoals een specifieke klachtenprocedure (“Solvit”), een verplichting voor lidstaten om administratieve belemmeringen te melden, enz.

<sup>113</sup>. Arrest van 21 april 2005, zaak C-267/03, *Lars Erik Staffan Lindberg*, *Jur.* 2005, I-3247, r.o. 49-50.

1999<sup>114</sup> waar het Hof oordeelde dat de taalvoorschriften voor etiketten, verpakkingen en informatie van de WHPC niet onder deze richtlijn vallen, hoewel ze overduidelijk wel onder artikel 28 EG-Verdrag vallen.

**61.** Een technisch voorschrift slaat op het product of zijn verpakking als zodanig. Het stelt derhalve één van de vereiste kenmerken van het product vast. Een nationale wet die het organiseren van kansspelen door middel van de exploitatie van bepaalde speelautomaten verbiedt, kan een technisch voorschrift in de zin van artikel 1, punt 9, van richtlijn 83/189 (nu dus 98/34) vormen, wanneer vaststaat dat de reikwijdte van het betrokken verbod voor geen enkel ander gebruik ruimte laat dan een strikt marginaal gebruik dat redelijkerwijze van het betrokken product kan worden verwacht of, zo dat niet het geval is, wanneer vaststaat dat dit verbod op significante wijze de samenstelling, de aard of de verhandeling van het product kan beïnvloeden<sup>115</sup>.

**62.** In de zaak *CIA Security International*<sup>116</sup> heeft het Hof van Justitie gesteld dat deze richtlijn rechtstreekse werking heeft en dat “technische voorschriften” die niet zijn aangemeld door een nationale rechter buiten toepassing moeten verklaard worden<sup>117</sup>.

### *b. Aanbeveling tot correcte en tijdige omzetting van richtlijnen*

**63.** Verder heeft de Commissie een aanbeveling aangenomen op 2 juli 2004 betreffende de omzetting in nationaal recht van interne markttrichtlijnen<sup>118</sup>. Deze richtlijn bevat aanbevelingen en tips aan de lidstaten betreffende de organi-

satie van de (tijdige, volledige en juiste) omzetting, rapportage, enz. Voor een particulier zal dit echter weinig waarde hebben, en ook de lidstaten zijn strikt gezien niet gebonden door de richtlijn.

## **6. Het afdwingingsbeleid**

**64.** De Commissie heeft verschillende “wapens” en “voorkomingsmiddelen” tegenover lidstaten die hun verplichtingen niet naleven.

**65.** Het bekendste is natuurlijk het sturen van een ingebrekestelling aan een lidstaat, gevolgd eventueel door een gemotiveerd advies en ten slotte, als de Commissie niet tevreden is met de reactie van de lidstaat, een inbreukprocedure tegen de lidstaat voor het Hof van Justitie (zie art. 226 EG-Verdrag).

**66.** Daarnaast probeert de Commissie de lidstaten gevoelig te maken via de voorafgaande melding (zie hiervoor richtlijn 98/34), het publiceren van persberichten over inbreukprocedures en het bijhouden van de inbreukprocedures op een website<sup>119</sup>. Een onderdeel hiervan is het op geregelde basis publiceren van een score van omzetting van richtlijnen inzake de interne markt<sup>120</sup>.

**67.** Eenieder kan daarnaast een klacht neerleggen bij de EG-Commissie wegens mogelijke inbreuk door een lidstaat van zijn verdragsverplichtingen<sup>121</sup>. Daarnaast kan de burger ook gebruik maken van één van de SOLVIT-centra die hem zal proberen bij te staan mocht zich een mogelijke inbreuk voordoen<sup>122</sup>.

## **II. VRIJHEID VAN VESTIGING**

### **A. Algemeen – Draagwijdte**<sup>123</sup>

#### **1. Discriminatieverbod**

**68.** Het Hof van Justitie heeft in de besproken periode heel wat interessante uitspraken inzake de vrijheid van vestiging geveld. Als vanouds acht het de kernbepaling ervan, artikel 43 (ex 52) EG, “een van de fundamentele bepalingen van

*gemeenschapsrecht [die] sedert het einde van de overgangsperiode rechtstreeks toepasselijk is in de lidstaten. Volgens deze bepaling omvat de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat de toegang tot en de uitoefening van werkzaamheden anders dan in loondienst, alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor*

<sup>114.</sup> Arrest van 3 juni 1999, zaak C-33/97, *Colim*, *Jur.* 1999, I-3175.

<sup>115.</sup> Voor een goed begrip van deze kryptische omschrijving moet de lezer verwezen worden naar het volledige, maar zeer technische arrest van 21 april 2005, zaak C-267/03, *Lars Erik Staffan Lindberg*, *Jur.* 2005, I-3247, r.o. 57-60.

<sup>116.</sup> Arrest van het Hof van 30 april 1996, zaak C-194/94, *Jur.* 1996, I-2201.

<sup>117.</sup> Zie *Kroniek 1996-1997*, *T.B.H.* 1998, p. 144-145, randnrs. 35-41.

<sup>118.</sup> *P.B.* 2005, L. 98, 47.

<sup>119.</sup> [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/update/infr/index.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/update/infr/index.htm).

<sup>120.</sup> Zie [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/score/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/score/index_en.htm).

<sup>121.</sup> Voor het formulier, zie [http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/sgb/lexcomm/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/lexcomm/index_en.htm).

<sup>122.</sup> [http://europa.eu.int/solvit/site/index\\_nl.htm](http://europa.eu.int/solvit/site/index_nl.htm).



de eigen onderdanen zijn vastgesteld”<sup>124</sup>. Uit deze laatste zinsnede leidt het Hof traditioneel af dat artikel 43 EG in de eerste plaats vereist dat personen of vennootschappen (in de zin van art. 48, ex 58, EG) die gebruik maken van de vrijheid van vestiging om zich in een andere EU-lidstaat te vestigen, niet mogen worden gediscrimineerd op grond van hun nationaliteit: het artikel beoogt derhalve “met name de nationale behandeling in de lidstaat van ontvangst [...] te garanderen”<sup>125</sup>. Ofschoon dit discriminatieverbod reeds lang gevestigd is, doen zich toch nog steeds schendingen ervan voor, hetzij openlijk, hetzij verkapt. Zo bleek uit een inbreukprocedure tegen Oostenrijk dat dit land een verbod hanteerde om in vrij beroep bepaalde paramedische beroepen (laboratorium- en röntgentechneer en technicus orthopedie) uit te oefenen. Volgens de Commissie, daarin niet weerlegd door Oostenrijk, had het vereiste van een dienstverband voor de uitoefening van deze werkzaamheden een discriminatoir effect, aangezien beroepsbeoefenaren uit andere lidstaten zo in de onmogelijkheid werden geplaatst dit beroep als zelfstandige uit te oefenen in Oostenrijk<sup>126</sup>.

## 2. Verbod van niet-discriminerende beperkingen – Begrip “beperking”

69. Zoals in de vorige afleveringen van deze kroniek reeds herhaaldelijk werd aangestipt, is het begrip “beperking” op de vrijheid van vestiging in de zin van artikel 43 EG ruimer dan alleen maar discriminaties op grond van nationaliteit. In de besproken periode bevestigde het Hof herhaaldelijk dat “[v]olgens vaste rechtspraak [...] artikel 43 EG in de weg [staat] aan een nationale regeling die, zelfs wanneer zij zonder discriminatie op grond van nationaliteit van toepassing

is, toch de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging door gemeenschapsonderdanen kan belemmeren of minder aantrekkelijk maken”<sup>127</sup>. Het betrof inbreukprocedures: de ene tegen Nederland omwille van nationaliteits- en woonplaatseisen voor de inschrijving van een zeeschip in de Nederlandse registers (zie *infra*, randnr. 70), de andere tegen Griekenland m.b.t. een verbod voor gediplomeerde opticiens om meer dan één optiekzaak te exploiteren. In een ander tijdens de besproken periode gevelde arrest geeft het Hof een andere weergave van zijn “beperkings”-lezing van artikel 43 EG, die eveneens aanknoopt met eerdere rechtspraak: in *Caixa-Bank France* heet het dat “[i]ngevolge artikel 43 EG [...] beperkingen van de vrijheid van vestiging [moeten] worden opgeheven. Als dergelijke beperkingen moeten worden beschouwd alle maatregelen die de uitoefening van deze vrijheid verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken”<sup>128</sup>. In *Hughes de Lasteyrie du Saillant*, een fiscale uitspraak waarop we verder ingaan (*infra*, randnrs. 94-95), voegt het Hof hieraan toe dat artikel 43 EG, “evenals de andere bepalingen betreffende de vrijheid van vestiging, [...] zich er eveneens tegen verzet dat de lidstaat van herkomst de vestiging van een van zijn onderdanen in een andere lidstaat bemoeilijkt” en dat “zelfs een geringe of minder belangrijke beperking van de vrijheid van vestiging door artikel [43] van het Verdrag verboden [is]”<sup>129</sup>.

70. Interessant aan de voormelde inbreukprocedure tegen Nederland is dat de Nederlandse regering vergeefs trachtte het bestaan van een “beperking” op het vestigingsrecht tegen te spreken door te stellen dat de in de betwiste wetgeving neergelegde voorwaarde inzake het hebben van de nationaliteit van een “lidstaat van de Europese Gemeenschappen”

<sup>123</sup>. Een uitspraak die niet onder het vestigingsrecht ressorteert maar daar toch enig verband mee heeft, is het arrest van 2 oktober 2003, zaak C-148/02, *Avello*, *Jur.* 2003, I-11613. In deze zaak kwam het Hof tot de conclusie dat het in strijd is met de art. 12 en 17 EG wanneer een overheid van een lidstaat (in dit geval, de Belgische) weigert een gunstig gevolg te geven aan een verzoek om naamsverandering m.b.t. minderjarige kinderen die in die staat verblijven en de dubbele nationaliteit, die van die staat en die van een tweede lidstaat, bezitten, wanneer dat verzoek tot doel heeft dat die kinderen de naam kunnen dragen die zij zouden dragen op grond van het recht en de gebruiken van de tweede lidstaat. De Raad van State had hiertoe een prejudiciële vraag aan het Hof gesteld, oordelend dat het hier een kwestie van burgerschapsrechten en niet van vestigingsrecht betrof, aangezien het ging om de minderjarige kinderen van de betrokkene, een Spanjaard die reeds jaren in België woonachtig was met zijn Belgische echtgenote (r.o. 19). Zie o.a. de commentaren van M. AUDIT, “Principe de non-discrimination et transmission du nom de famille en Europe”, *Dalloz* 2004, *Jur.*, 1476-1479; H. OOSTEROM-STAPLES, “Burgerschap van de Unie”, *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2004, 57-61; G.R. DE GROOT, “Op weg naar een Europees IPR op het gebied van het personenrecht”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2004, 360-363; G.R. DE GROOT, “Towards European Conflict Rules in Matters of Personal Status”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2004, 115-119; G.R. DE GROOT en S. RUTTEN, “Op weg naar een Europees IPR op het gebied van het personen- en familierecht”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 2004, 273-282; J. MÖRSDORF-SCHULTE, “Europäische Impulse für Namen und Status des Mehrstaaters”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2004, 315-326; P. LAGARDE, *Rev. crit. dr. intern. privé* 2004, 192-202; P. FOUBERT, *S.E.W.* 2005, 141-143.

<sup>124</sup>. Arrest van 11 maart 2004, zaak C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant*, *Jur.* 2004, I-2409, r.o. 40, met verwijzing naar eerdere rechtspraak.

<sup>125</sup>. Arrest *Hughes de Lasteyrie du Saillant*, r.o. 42.

<sup>126</sup>. Arrest van 9 september 2004, zaak C-81/03, *Commissie/Oostenrijk*, niet gepubliceerd in *Jur.*

<sup>127</sup>. Arresten van 14 oktober 2004, zaak C-299/02, *Commissie/Nederland*, *Jur.* 2004, I-9761, r.o. 15, en 21 april 2005, zaak C-140/03, *Commissie/Griekenland*, *Jur.* 2005, I-3177, r.o. 27. Zie over de eerstgenoemde zaak o.a. L. IDOT, “Régime d’immatriculation des navires”, *Europe* 2004, nr. 409, 21-22; B.J. DRIJBER, *Ondernemingsrecht* 2005, 27-28; C. PANAYI, “Ships and Taxes: Does the Case of Commission v. Netherlands Have Tax Implications?”, *European Taxation* 2005, 97-102; H.H. VOOGSGEERD, *S.E.W.* 2005, 385-387.

<sup>128</sup>. Arrest van 5 oktober 2004, zaak C-442/02, *Caixa-Bank France*, *Jur.* 2004, I-8961. Zie o.a. L. IDOT, “Fin de l’interdiction française de la rémunération des comptes à vue”, *Europe* 2004, nr. 402, 16-17; S. PIEDELIÈVRE, “Feu vert de la CJCE pour les comptes rémunérés”, *Dalloz* 2004, *Chron.*, 2770-2771; B.J. DRIJBER, *Ondernemingsrecht* 2005, 26-27; M. VAN HUFFEL, “La liberté tarifaire des établissements de crédit à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice, ‘l’arrêt Caixabank du 5 octobre 2004’”, *Gaz. Pal.* 2005, I, *Jur.*, 21-25; J.C.M. VAN DER BEEK, “Recente ontwikkelingen financiële dienstverlening binnen de EU: arresten Caixa en Paul”, *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2005, 96-100.

<sup>129</sup>. Arrest *Hughes de Lasteyrie du Saillant*, r.o. 42-43, met verwijzingen naar eerdere rechtspraak.

respectievelijk van “één van de overige Staten die partij zijn bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte”, anders dan een voorwaarde van nationaliteit van een lidstaat, geen beperking in de zin van artikel 43 EG opleverde. Het Hof oordeelde dat “bij ontbreken van een geharmoniseerd voorschrift dat voor de gehele Gemeenschap geldt, [...] een EG- of EER-nationaliteitsvoorwaarde, net als de voorwaarde van nationaliteit van een bepaalde lidstaat, een belemmering voor de vrijheid van vestiging [kan] vormen”<sup>130</sup>. De Nederlandse wetgeving stelde dat een schip enkel in Nederland kon worden geregistreerd indien m.n. (i) het voor minstens 2/3 toebehoorde aan natuurlijke personen of vennootschappen met EG- of EER-nationaliteit, (ii) de personen in kwestie het zeescheepvaartbedrijf in Nederland uitoefenden d.m.v. een (neven-)vestiging in Nederland en het beheer over het schip in overwegende mate vanuit Nederland voerden, (iii) de dagelijkse leiding van deze vestiging bij personen met EG- of EER-nationaliteit berustte. Het Hof las hier wel degelijk beperkingen in voor het vestigingsrecht van de eigenaren van de schepen: als de betrokken vennootschappen niet aan de voorwaarden voldoen, “rest hun [...] niets anders dan de structuur van hun aandelenkapitaal of van hun bestuursorganen dienovereenkomstig te wijzigen. Deze wijzigingen kunnen vanzelfsprekend diepgaande veranderingen binnen de vennootschap meebrengen en bovendien moeten daarvoor tal van formaliteiten worden vervuld die niet zonder financiële consequenties zijn. Evenzo moeten de eigenaren van de schepen hun aanstellingsbeleid aanpassen om ervoor te zorgen dat hun vertegenwoordiger ter plaatse niet een onderdaan van een staat buiten de Gemeenschap of de EER is”<sup>131</sup>.

**71.** Het Hof bleek ook vrij ruim in het vaststellen van een niet-discriminerende beperking in *Gambelli*<sup>132</sup>. De zaak betrof de Italiaanse wetgeving inzake weddenschappen op sportevenementen. Een wijdverbreide en vertakte organisatie van Italiaanse agentschappen bleek via internet verbonden met een te Liverpool gevestigde bookmaker, Stanley International Betting Ltd (“Stanley”), die sportwedden schappen organiseerde en beheerde op basis van een Britse vergunning. Na maatregelen van een Italiaanse onderzoeksrechter tegen de agentschappen, kreeg het Hof een prejudiciële vraag voorgelegd m.b.t. de verenigbaarheid met de artikelen 43 en 49 EG van de Italiaanse wetgeving terzake, die

voorziet in een verbod onder strafbedreiging voor het inzamelen, aannemen enz. van weddenschappen inzake sportevenementen, behoudens het bezit van een Italiaanse concessie of vergunning. Het Hof herinnerde eraan dat de vrijheid van vestiging ook behelst dat beperkingen inzake de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen verboden zijn. Het ging ervan uit Stanley, wanneer het weddenschappen inzamelt d.m.v. “een samenstel van in een andere lidstaat gevestigde agentschappen”, zijn vestigingsrecht uitoefent<sup>133</sup>. Het achtte “op het eerste gezicht” een beperking op het vestigingsrecht voorhanden, “[v]oorzover de afwezigheid van buitenlandse marktdeelnemers onder de concessiehouders in de sector van weddenschappen met betrekking tot sportevenementen in Italië te wijten is aan het feit dat de Italiaanse regeling inzake aanbestedingen het in de praktijk voor op de gereguleerde markten van andere lidstaten genoteerde kapitaalvennootschappen onmogelijk maakt concessies te verkrijgen”<sup>134</sup>.

**72.** Bijzonder ruim mag de wijze heten waarop het Hof het begrip “beperking” hanteert in het arrest *Caixa-Bank France*. De zaak betrof een in Frankrijk geldend verbod voor alle kredietinstellingen om over tegoeden in rekening-courant rente te vergoeden. Caixa-Bank France, een in Frankrijk gevestigde dochtermaatschappij van een Spaanse bank, bood rentedragende rekeningen-courant aan en raakte in moeilijkheden met de Franse toezichhouders. Volgens het Hof vormt het Franse verbod “voor vennootschappen uit andere lidstaten dan de Franse Republiek een ernstige belemmering om in deze laatste lidstaat hun activiteiten uit te oefenen door middel van een dochteronderneming, hetgeen hun toegang tot de markt ongunstig beïnvloedt”. Het verbod ontnemt nl. aan deze vennootschappen de mogelijkheid “om door een rentevergoeding over rekeningen-courant doeltreffender te concurreren met de van oudsher in de lidstaat van vestiging aanwezige kredietinstellingen, die over een uitgebreid kantorennetwerk beschikken en derhalve gemakkelijker kapitaal van het publiek kunnen aantrekken dan genoemde dochterondernemingen.” Bij het betreden van een nationale markt door dochters van buitenlandse kredietinstellingen is rente concurrentie immers één van de meest doeltreffende methoden<sup>135</sup>. Het valt op hoezeer het Hof in dit arrest een markttoetredingsperspectief hanteert en dit toespitst op de specificiteit van de sector van de krediet-

<sup>130</sup>. Arrest in zaak C-299/02, *Commissie/Nederland*, r.o. 21.

<sup>131</sup>. Arrest in zaak C-299/02, *Commissie/Nederland*, r.o. 19.

<sup>132</sup>. Arrest van 6 november 2003, zaak C-243/01, *Gambelli*, *Jur.* 2003, I-13031. Zie o.a. B. HOELLER en R. BODEMANN, “Das ‘Gambelli’-Urteil des EuGH und seine Auswirkungen auf Deutschland”, *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, 122-125; L. DE BROUWER en B. DOCQUIR, *T.B.H.* 2004, 313-315; J.C.M. VAN DER BEEK en M. KONING, “De goksaga: nieuwe grenzen aan de beperkingen van gokken over de grenzen”, *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2004, 137-146; S. WALZ, “Gambling um Gambelli? – Rechtsfolgen der Entscheidung Gambelli für das staatliche Sportwettenmonopol”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2004, 523-526; G. STRAETMANS, *Common Market Law Review* 2004, 1409-1428.

<sup>133</sup>. Arrest *Gambelli*, r.o. 46. Of het hier echt om “agentschappen” ging, d.w.z. secundaire vestigingen in de zin van art. 43 EG, is een kwestie die o.i. toch wat grondiger analyse vergde. Ook de conclusie van advocaat-generaal Alber (punten 77-87) is vrij rommelig op dit vlak. Voor een nadere bespreking van het begrip “agentschap” en “bijkantoor”, zie J. WOUTERS, *Het Europees vestigingsrecht voor ondernemingen herbekeken*, proefschrift K.U.Leuven, 1996, nrs. 189-198.

<sup>134</sup>. Arrest *Gambelli*, r.o. 48.

<sup>135</sup>. Arrest *Caixa-Bank France*, r.o. 13-14.

instellingen. Toch rijst de vraag waar hier de limiet ligt: vallen dan alle marktregelingen die een concurrentieel voordeel aan een dochter van een buitenlandse bank ontnemen, onder het verbod van artikel 43 EG? In het arrest van 1997 over de EG-richtlijn inzake depositogarantiestelsels was het antwoord van het Hof op het argument van de Duitse regering inzake het ontnemen van een concurrentieel voordeel heel anders<sup>136</sup>.

**73.** De toetsing die het Hof doorvoert van niet-discriminerende beperkingen op het vestigingsrecht, verloopt via een vrij vast stramien. In het voornoemde arrest *Commissie/Nederland* (*supra*, randnr. 69-70) bracht het Hof dit, in een enigszins ander kleedje, in herinnering:

*“De vrijheid van vestiging kan bij ontbreken van communautaire harmonisatiemaatregelen echter worden beperkt door nationale regelingen die zijn gerechtvaardigd door de in artikel 46, lid 1, EG genoemde redenen of door dwingende redenen van algemeen belang [...].”*

*In deze context staat het aan de lidstaten te bepalen in welke mate zij de in artikel 46, lid 1, EG genoemde doelen en het algemeen belang willen beschermen en hoe dit niveau van bescherming moet worden bereikt. Zij moeten hierbij echter binnen de in het Verdrag aangegeven grenzen blijven en met name het evenredigheidsbeginsel eerbiedigen, ingevolge hetwelk de genomen maatregelen geschikt moeten zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder mogen gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel [...].”*<sup>137</sup>.

De Nederlandse regeling in kwestie doorstond alleszins deze toets niet, noch op het vlak van de pertinentie, noch op het vlak van de evenredigheid: *“Het is immers moeilijk in te zien in welk opzicht de structuur van het aandelenkapitaal of van de bestuursorganen van de vennootschappen die eigenaar van het schip zijn, dan wel de nationaliteit van de vertegenwoordiger ter plaatse van invloed kunnen zijn op de uitoefening van een doeltreffend toezicht op het schip door de vlagstaat. Deze omstandigheden zijn van weinig belang voor de vaststelling van maatregelen zoals de inspectie van het schip, de registratie van de gegevens betreffende het schip, de controle van de bekwaamheid en de arbeidsvoorwaarden van de bemanning, alsmede voor het instellen en verrichten van een onderzoek in geval van een ongeval op zee of een*

*voorval verband houdende met de navigatie op zee.”*<sup>138</sup>. Interessant – ook voor sommige Belgische wetgeving – is de verduidelijking van het Hof dat *“EG- of EER-nationaliteitsvoorwaarden weliswaar in het kader van een geharmoniseerde gemeenschapsregeling kunnen worden vastgesteld, doch dat zij door de lidstaten niet eenzijdig in hun nationale regeling mogen worden ingevoerd”*<sup>139</sup>. Nederland voerde aan dat een band met de achterliggende eigenaar, zoals de vereiste nationaliteitsband, noodzakelijk was voor de uitoefening van een doeltreffend toezicht. Het Hof repliceerde hierop dat het *“voor een dergelijk toezicht volstaat dat is bepaald dat het beheer van een schip vanuit een vestiging in Nederland door een persoon met vertegenwoordigingsbevoegdheid moet worden verzekerd [...]. Aldus kan de lidstaat rechtstreeks tegen de vertegenwoordiger van de eigenaar van het schip optreden”*<sup>140</sup>. Het Hof liet zich eerder sceptisch uit over het nut van een nationaliteitsvoorwaarde voor het effectief uitoefenen van rechtsmacht: *“de mogelijkheid voor een staat om zijn rechtsmacht jegens een persoon uit te oefenen, [hangt] vooral af[...] van de praktische mogelijkheid van toegang tot deze persoon en niet van zijn nationaliteit. Aan dit criterium is reeds voldaan wanneer het beheer over het schip moet worden verzekerd vanuit een vestiging in Nederland door een persoon die bevoegd is de eigenaar van het schip te vertegenwoordigen”*<sup>141</sup>. Even kritisch was het Hof, om dezelfde redenen, over de nationaliteits- en woonplaatsvoorwaarden ten aanzien van bestuurders van een rederij<sup>142</sup>.

**74.** Ook in de hogergenoemde Griekse inbreukprocedures (*supra*, randnr. 69) betoonde het Hof zich assertief op het vlak van de evenredigheidstest. De fraaie “kwaliteits”-argumenten van de Griekse regering m.b.t. de maatregel in kwestie, die opticiens niet toestond meer dan één optiekzaak te openen en die de opening van een optiekzaak door rechtspersonen aan banden legde door te eisen dat een erkend opticien minstens 50% in het kapitaal van de vennootschap moest bezitten en dat deze ten hoogste in nog één andere dergelijke vennootschap mocht deelnemen, werden met één paragraaf van tafel geveegd: *“de door de Helleense Republiek aangehaalde doelstelling van bescherming van de volksgezondheid kan worden bereikt met maatregelen die de vrijheid van vestiging van zowel natuurlijke als rechtspersonen minder beperken, bijvoorbeeld met het vereiste dat in elke optiekzaak een gediplomeerde opticien als werknemer of vennoot*

<sup>136</sup>. Arrest van 13 mei 1997, zaak C-233/94, *Duitsland/Raad*, *Jur.* 1997, I-2405. Zie de bespreking in *Kroniek 1996-1997*, T.B.H. 1998, p. 156-157, randnr. 61.

<sup>137</sup>. Arrest in zaak C-299/02, *Commissie/Nederland*, r.o. 17-18. De meer “klassieke” formulering vindt men in het arrest *Inspire Art* (arrest van 30 september 2003, zaak C-167/01, *Jur.* 2003, I-10155, r.o. 133): *“nationale maatregelen die de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, [moeten] om te kunnen worden gerechtvaardigd aan vier voorwaarden voldoen: zij moeten zonder discriminatie worden toegepast, hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaan dan voor de bereiking van dat doel noodzakelijk is”*.

<sup>138</sup>. Arrest in zaak C-299/02, *Commissie/Nederland*, r.o. 21.

<sup>139</sup>. Arrest in zaak C-299/02, *Commissie/Nederland*, r.o. 24.

<sup>140</sup>. Arrest in zaak C-299/02, *Commissie/Nederland*, r.o. 25.

<sup>141</sup>. Arrest in zaak C-299/02, *Commissie/Nederland*, r.o. 26.

<sup>142</sup>. Arrest in zaak C-299/02, *Commissie/Nederland*, r.o. 33-37.

aanwezig moet zijn, de regeling voor de burgerlijke aansprakelijkheid voor derden, en een regeling die een beroeps-aansprakelijkheidsverzekering voorschrijft”<sup>143</sup>.

75. Meer deferentieel leek het Hof inzake de rechtvaardigings- en evenredigheidstest in de weddenschaapszaak *Gambelli*: de eindbeoordeling van de Italiaanse wetgeving in kwestie liet het Hof aan de nationale rechter over. Dat er in deze zaak negen regeringen voor een terughoudende interpretatie pleitten, zal daar wel niet vreemd aan zijn. Toch gaf het Hof enkele belangrijke preciseringen mee die allermint vrijblijvend zijn. Wat de rechtvaardigingstest betreft, herinnerde het Hof weliswaar aan zijn vroegere rechtspraak inzake weddenschaaps, waarin het dwingende redenen van algemeen belang aanvaardt ter beperking van dergelijke activiteiten, m.n. de bescherming van consumenten, fraudebestrijding en het voorkomen dat burgers tot geldverkwisting door gokken worden aangespoord. Maar dan moet Italië wel consequent zijn: “wanneer de autoriteiten van een lidstaat de consumenten aansporen en aanmoedigen om deel te nemen aan loterijen, kansspelen of weddenschaaps opdat de schatkist er financieel beter van zou worden, kunnen de autoriteiten van deze staat zich niet op de met de beperking van de gelegenheden tot spelen gediende maatschappelijke orde beroepen ter rechtvaardiging van maatregelen als die in het hoofdgeding”<sup>144</sup>. Daarnaast herinnerde het Hof aan het discriminatieverbod: als er al beperkingen bij de concessievoorwaarden zijn, moeten zij “op dezelfde wijze en aan de hand van dezelfde criteria [...] worden toegepast op in Italië gevestigde marktdeelnemers en op marktdeelnemers uit andere lidstaten”<sup>145</sup>. Op het vlak van de evenredigheidstest ten slotte droeg het Hof de Italiaanse rechter op goed te kijken of (i) het opleggen van een strafsancie aan eenieder die vanuit zijn woning in Italië via internet weddenschaaps aangaat met een in een andere lidstaat gevestigde bookmaker, niet onevenredig is, vooral nu deelneming aan (door organen met vergunning georganiseerde) weddenschaaps door de Italiaanse overheden zelf wordt aangemoedigd, en (ii) het opleggen van strafsancies aan tussenpersonen die een internetverbinding met een in een andere lidstaat gevestigde bookmaker ter beschikking stellen aan gokkers, verder gaat dan voor fraudebestrijding noodzakelijk is, nu de betrokken dienstverrichter in zijn lidstaat van oorsprong onder een bestuurlijk toezicht- en sanctiestelsel valt en de tussenpersonen legaal waren opgericht<sup>146</sup>. Het uitsluiten van in andere lidstaten genoteerde kapitaalvennootschappen van concessies lijkt het Hof alleszins disproportioneel met het oog op fraudebestrijding, “vooral daar er andere middelen

zijn om de rekeningen en de activiteiten van dergelijke vennootschappen te controleren”<sup>147</sup>; al zegt het Hof niet aan welke middelen het denkt.

76. In *Caixa-Bank France* betoonde het Hof zich dan weer van zijn activistische kant. Naast de brede uitlegging van het begrip “beperking” (*supra*, randnr. 72) kende het Hof geen genade voor de door de Franse regering aangevoerde rechtvaardigingsgronden. Het argument van consumentenbescherming werd afgevoerd met een opmerkelijke overweging over disproportionaliteit die het Hof bijna in de huid van financieel regelgever doet kruipen: tegenover het argument van de Franse regering dat de invoering van een rentevergoeding over rekeningen-courant de kosten van bedrijfsvoering gevoelig zou verhogen en het systeem van gratis basisbankdiensten in verdrukking kan stellen, plaatst het dat, zelfs als dat klopt, er overwogen zou kunnen worden “om de consument te laten kiezen hetzij voor een niet-rentedragende rekening-courant waarbij bepaalde basisbankdiensten gratis blijven, hetzij voor een rentedragende rekening-courant met de mogelijkheid voor de kredietinstelling, voor tot dan toe gratis verleende bankdiensten, zoals de uitgifte van cheques, kosten in rekening te brengen.” Ook acht het Hof de maatregel onevenredig om het doel te bereiken sparen op middellange en lange termijn aan te moedigen<sup>148</sup>.

77. In een inbreukprocedure tegen Portugal kwamen nog een aantal andere niet-discriminatoire beperkingen van de vrijheid van vestiging, in dit geval in de sector van de particuliere veiligheidsdiensten, aan bod. Het Hof achtte volgende elementen van de Portugese wetgeving een schending van het vestigingsrecht:

- het vereiste dat marktdeelnemers in deze sector rechtspersoonlijkheid moeten hebben: dit “verhindert immers dat communautaire ondernemers die natuurlijke personen zijn in Portugal een nevenvestiging oprichten”<sup>149</sup>;
- het vereiste van een bepaald minimum maatschappelijk kapitaal, aangezien dit het een communautaire onderneming met een maatschappelijk kapitaal dat lager ligt dan het bedoelde minimum onmogelijk maakt om in het gastland een dochtervennootschap of bijkantoor op te richten<sup>150</sup>.

Het Hof bevond beide vereisten onevenredig om schuldeisers te beschermen, aangezien er minder belemmerende alternatieven mogelijk zijn, zoals het verstrekken van een waarborg of het afsluiten van een verzekeringsovereenkomst<sup>151</sup>.

143. Arrest in zaak C-140/03, *Commissie/Griekenland*, r.o. 35.

144. Arrest *Gambelli*, r.o. 69.

145. Zie arrest *Gambelli*, r.o. 70-71.

146. Arrest *Gambelli*, r.o. 72-73.

147. Arrest *Gambelli*, r.o. 74.

148. Arrest *Caixa-Bank France*, r.o. 21-23.

149. Arrest van 29 april 2004, zaak C-171/02, *Commissie/Portugal*, *Jur.* 2004, I-5645, r.o. 42.

150. Arrest in zaak C-171/02, *Commissie/Portugal*, r.o. 54.

151. Arrest in zaak C-171/02, *Commissie/Portugal*, r.o. 43 en 55.

### 3. Vestigingsrecht van vennootschappen<sup>152</sup>

78. Tijdens de besproken periode gold meer dan ooit dat “[b]lijkens artikel 48 EG [...] de vrijheid van vestiging niet alleen [geldt] voor gemeenschapsonderdanen maar tevens voor vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en welke hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben”<sup>153</sup>. Deze bepaling legt limitatief de voorwaarden vast waaronder vennootschappen<sup>154</sup> gerechtigd zijn op de vrijheid van vestiging: zo is het in strijd met deze bepaling om Europese (EG- of EER-)nationaliteitsvoorwaarden voor aandeelhouders en/of bestuurders op te leggen in nationale wetgeving (*supra*, randnr. 73)<sup>155</sup>.

79. Een mijlpaalarrest, in het verlengde van de vroeger in deze kroniek besproken arresten *Centros*<sup>156</sup> en *Überseering*<sup>157</sup>, is *Inspire Art*<sup>158</sup>. Zoals in de vorige aflevering van deze kroniek opgemerkt, konden wij ons na deze belangrijke uitspraken aan nieuwe zaken verwachten. Anders dan *Überseering* komt de zaak *Inspire Art* echter niet uit een “siège réel”-land (d.w.z. een lidstaat die de werkelijke zetel van de vennootschap als aanknopingsfactor voor het toepasselijke vennootschapsrecht hanteert) maar uit een lidstaat die de zgn. “incorporatieleer” aanhangt op het gebied van het vennootschaps-IPR (met de statutaire zetel als aanknopingsfactor), nl. Nederland. Nederland is echter al lang niet meer de meest liberale aanhanger van de incorporatieleer en legde terzake in het verleden enkele belangrijke restricties op, onder meer vervat in zijn “Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen” van 17 december 1997 (“WFBV”), die

in deze zaak centraal staat. Krachtens artikel 1 WFBV is een “formeel buitenlandse vennootschap” een naar een ander dan Nederlands recht opgerichte, rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschap, die haar werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland verricht en voorts geen werkelijke band heeft met de staat waarbinnen het recht geldt waarnaar zij is opgericht. Aan de kwalificatie als formeel buitenlandse vennootschap hecht de WFBV een aantal belangrijke rechtsgevolgen: zo o.a. de verplichting (i) zich als zodanig te laten inschrijven in het Nederlandse handelsregister, op straffe van hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders; (ii) een geplaatst kapitaal te hebben dat ten minste gelijk is aan het minimumkapitaal voorgeschreven voor Nederlandse vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, op straffe van dezelfde sanctie (deze verplichting geldt evenwel niet voor EG-/EER-vennootschappen waarop de Tweede Richtlijn toepasselijk is, m.a.w. naamloze vennootschappen); (iii) een boekhouding te voeren en 7 jaar te bewaren, alsook jaarlijks een jaarrekening en jaarverslag op te maken (deze verplichting geldt niet voor EG-/EER-vennootschappen waarop de Vierde en Zevende Richtlijn van toepassing zijn). *Inspire Art*, een Engelse *private company* (Ltd.) met statutaire zetel in Folkestone, is actief op het gebied van de verkoop van kunst. Haar enige bestuurder woont in Den Haag en de vennootschap heeft een bijkantoor in Amsterdam. Ze is ingeschreven in het Amsterdamse handelsregister zonder de vermelding dat zij een “formeel buitenlandse vennootschap” is in de zin van artikel 1 WFBV. De Amsterdamse Kamer van Koophandel vordert voor het kantongerecht dat de inschrijving van *Inspire Art* met de voornoemde vermelding zou worden aangevuld. *Inspire Art* bestrijdt dit: niet alleen vindt ze dat ze geen “formeel buiten-

<sup>152</sup> Naast de in deze afdeling besproken arresten werden tijdens de besproken periode een aantal interessante uitspraken geveld i.v.m. harmonisatie van regels die raken aan het vestigingsrecht van vennootschappen. Te vermelden zijn m.n.: (i) inzake de Moeder-dochterrichtlijn (richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 over de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen, *P.B.* 1990, L. 225, 6), het arrest van 25 september 2003, zaak C-58/01, *Océ Van der Grinten*, *Jur.* 2003, I-9809 (zie o.a. D. BOUZORAA, W. VAN DER BRINK, S. BARANGER en R. RUSSO, “The Océ Van der Grinten Case: Implications for Other EU Member States”, *European Taxation* 2003, 394-402); (ii) inzake de sanctiëring onder de vierde richtlijn en de zevende richtlijn ter harmonisatie van het jaarrekeningsrecht, het arrest van 3 mei 2005, gevoegde zaken C-387, C-391 en C-403/02, *Berlusconi*, *Jur.* 2005, I-3565 (zie o.a. I. GROSS, “Keine Strafverfolgung wegen Bilanzfälschung auf Grund einer Richtlinie – Berlusconi”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2005, 371-373; B.J. DRIJBER, *Ondernemingsrecht* 2005, 370-371; M. GELTER en M.M. SIEMS, “Judicial Federalism in the ECJ’s Berlusconi Case: Toward More Credible Corporate Governance and Financial Reporting?”, *Harvard International Law Journal* 2005, 487-505; J. LUTHER, “Das Gesetz als Mittel zur Prozessverschleppung, die Politisierung der italienischen Justiz und die Grenzen europäischer Rechtsstaatlichkeit”, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 2005, 350-357; C. SOULARD, “Droit communautaire et rétroactivité in mitius: exigences et invocabilité des directives en droit pénal des sociétés”, *Gaz. Pal.* 2005, I, *Jur.*, 6-9; S. PRECHAL en R.H. VAN OOIK, *S.E.W.* 2005, 445-447); en (iii) als interessante interpretatie van de rechtsgrondslag van de harmonisatie van het vennootschapsrecht, m.n. het begrip “derden” in de zin van art. 44 lid 2 sub g EG, de beschikking van 23 september 2004, gevoegde zaken C-435/02 en C-103/03, *Springer en Weske*, *Jur.* 2004, I-8663.

<sup>153</sup> Arrest in zaak C-299/02, *Commissie/Nederland*, *supra*, noot 127, r.o. 16.

<sup>154</sup> Art. 48 tweede al. EG bevat, zoals bekend, een definitie van het begrip “vennootschap” voor de toepassing van het vestigingsrecht. Ofschoon niet i.v.m. de vrijheid van vestiging geweest, bevat een beschikking van het Gerecht van Eerste Aanleg die tijdens de besproken periode werd gewezen, een interessant *obiter dictum* over “rechtspersoonlijkheid”: beschikking van 28 mei 2004, zaak T-253/03, *Akzo Nobel Chemicals en Akzo Nobel/Commissie*, *nog niet gepubliceerd* in *Jur.*, r.o. 18-19. Het ging om een verzoek tot tussenkomst in een geding vanwege de “European Council on Legal Affairs”. Het Gerecht bracht een vroegere beschikking van het Hof in herinnering (11 december 1973, gevoegde zaken 41, 43-48, 50, 111, 113-114/73, *Générale sucrière e.a./Commissie*, *Jur.* 1973, 1465, r.o. 3) en stelde dat, om tot tussenkomst toegelaten te worden, de minimale elementen die aan de rechtspersoonlijkheid van rechtspersonen ten grondslag liggen aanwezig moeten zijn een, zelfs beperkte, autonomie en aansprakelijkheid. Het Gerecht stelde vast dat hieraan in casu niet voldaan was aangezien de betrokken vereniging “a été constitué par une simple décision informelle de ses fondateurs, qu’il n’a pas de statuts et qu’il ne constitue qu’un forum d’échange d’informations et d’expériences pratiques ainsi que de discussions de certains aspects intéressant ses membres” (r.o. 18).

<sup>155</sup> Arrest in zaak C-299/02, *Commissie/Nederland*.

<sup>156</sup> Arrest van 9 maart 1999, zaak C-212/97, *Centros*, *Jur.* 1999, I-1459, *Kroniek 1997-1999*, *T.B.H.* 1999, p. 758-759, randnr. 44, p. 761-762, randnrs. 49-50.

<sup>157</sup> Arrest van 5 november 2002, zaak C-208/00, *Überseering*, *Jur.* 2002, I-9919, *Kroniek 2001-2003*, *T.B.H.* 1999, p. 650-651, randnrs. 60-61.

landse vennootschap” is maar bovendien acht ze de WFBV in strijd met de artikelen 43 en 48 EG.

**80.** Het Hof beoordeelt de WFBV eerst vanuit het oogpunt van de Elfde Richtlijn. Deze richtlijn betreft de openbaarmakingsplichten voor in een lidstaat opgerichte bijkantoren van vennootschappen die onder het recht van een andere staat vallen<sup>159</sup>. De richtlijn harmoniseert volgens het Hof de openbaarmakingsplichten voor bijkantoren (zonder afbreuk te doen aan openbaarmakingsplichten krachtens het sociaal en fiscaal recht en op statistisch gebied) “volledig”, aangezien zij alleen in dat geval het door haar beoogde doel kan bereiken, nl. het opheffen van de belemmeringen op het vestigingsrecht die uit uiteenlopende nationale regelingen inzake openbaarmaking voortvloeien. De in artikel 2 lid 1 van de richtlijn opgenomen openbaarmakingsplichten zijn limitatief. Voor zover de WFBV openbaarmakingsplichten oplegt die verder gaan dan de richtlijn, zijn ze daarmee in strijd<sup>160</sup>.

De regeling inzake minimumkapitaal valt niet onder de Elfde Richtlijn en het Hof beoordeelt haar rechtstreeks vanuit artikel 43 *juncto* 48 EG. Daarbij bouwt het Hof voort op de hogergenoemde *Centros*- en *Überseering*-arresten alsook op het (veel oudere) *Segers*-arrest<sup>161</sup>.

**81.** In de eerste plaats herhaalt het Hof zijn in de vernoemde arresten ontwikkelde standpunt over het “misbruik”-argument. Volgens de Nederlandse en een aantal andere regeringen heeft Inspire Art beoogd de regels inzake oprichting en werking van vennootschappen in de lidstaat waar zij haar activiteiten ontplooit, integraal te ontwijken. Het Hof ziet echter geen probleem in wat deze regeringen een “*onaanvaardbare ontwijking van de nationale regels*” noemen: het herhaalt dat het voor de toepassing van de bepalingen inzake het vestigingsrecht “*niet van belang is dat een vennootschap in een lidstaat enkel is opgericht met het doel zich te vestigen in een tweede lidstaat, om daar haar voor-*

<sup>158.</sup> *Supra*, noot 137. Meer dan ooit heeft het annotaties en commentaren geregend, zie o.a. M. WELLER, “Scheinauslandsgesellschaften nach Centros, Überseering und Inspire Art: ein neues Anwendungsfeld für die Existenzvernichtungshaftung”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2003, 207-210; E. MICHELER, “Recognition of Companies Incorporated in Other EU Member States”, *International and Comparative Law Quarterly* 2003, 521-529; H. ZIEMONS, “Freie Bahn für den Umzug von Gesellschaften nach Inspire Art?!” *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2003, 1913-1920; F. WOOLDRIDGE, “The Advocate General’s Submissions in Kamer van Koophandel: Further Emphasis on the Right of Establishment”, *European Business Law Review* 2003, 497-505; S. LEIBLE, “Wie inspiriert ist ‘Inspire Art’?”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2003, 677-683; H. HIRTE, “Niederlassungsfreiheit: Eintragung der Zweitniederlassung einer in anderem Mitgliedstaat gegründeten Gesellschaft darf nicht von nationalen Gründungsbedingungen für Mindestkapital und Haftung abhängig gemacht werden – ‘Inspire Art’”, *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 2003, 521-522; U. EHRRICKE, “‘Inspire Art’ – ein schmerzhafter Schritt auf dem Weg zur Niederlassungsfreiheit in der EU”, *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 2003, Heft 11, I; E. SCHANZE en A. JÜTTNER, “Die Entscheidung für Pluralität: Kollisionsrecht und Gesellschaftsrecht nach der EuGH-Entscheidung ‘Inspire Art’”, *Aktiengesellschaft* 2003, 661-671; G. SPINDLER en O. BERNER, “Inspire Art – Der europäische Wettbewerb um das Gesellschaftsrecht ist endgültig eröffnet”, *Recht der Internationalen Wirtschaft* 2003, 949-957; D. ZIMMER, “Nach ‘Inspire Art’: Grenzenlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen?”, *Neue Juristische Wochenschrift* 2003, 3585-3592; M. LUBY, “Libre établissement des sociétés: le mot de la fin de la CJCE”, *Semaine Juridique – Édition Générale* 2003, II, 10002; O. SANDROCK, “Nach Inspire Art – Was bleibt vom deutschen Sitzrecht übrig?”, *Betriebs-Berater* 2003, 2588-2589; W. BAYER, “Die EuGH-Entscheidung ‘Inspire Art’ und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen”, *Betriebs-Berater* 2003, 2357-2366; S. MAUL en C. SCHMIDT, “Inspire Art – Quo vadis Sitztheorie?”, *Betriebs-Berater* 2003, 2297-2300; V. TRIEBEL, “Wegzug und grenzüberschreitende Umwandlungen deutscher Gesellschaften nach ‘Überseering’ und ‘Inspire Art’”, *Betriebs-Berater* 2003, 2409-2417; M. ZILINSKY, “Het arrest Inspire Art: het einde van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen?”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2003, 915-916; J.-N. SCHUTTE-VEENSTRA, *Ondernemingsrecht* 2003, 540-542; C. MAUBERNARD, *Revue des Affaires Européennes* 2003-04, 304-311; H. EIDENMÜLLER, “Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt”, *Juristenzeitung* 2004, 24-33; H. ALTMEPPEL, “Schutz vor ‘europäischen’ Kapitalgesellschaften”, *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, 97-104; P. BEHRENS, “Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Anwendung inländischen Gesellschaftsrechts auf Auslandsgesellschaften nach Inspire Art”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2004, 20-26; V. MAGNIER, “Une société régulièrement immatriculée selon le droit d’un État membre ne peut se voir imposer les exigences requises par la loi de l’État membre où s’exerce l’essentiel de son activité”, *Semaine Juridique – Entreprise et Affaires* 2004, 279-282; E. PATAUT, “Liberté d’établissement et droit international privé des sociétés: un pas de plus”, *Dalloz* 2004, Jur., 491-494; N. HORN, “Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht und die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit”, *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, 893-901; H. EIDENMÜLLER en G.M. REHM, “Niederlassungsfreiheit versus Schutz des inländischen Rechtsverkehrs: Konturen des Europäischen Internationalen Gesellschaftsrechts”, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2004, 159-188; C.F. WETZLER, “Nationales Gesellschaftsrecht im Wettbewerb”, *Recht der Internationalen Wirtschaft* 2004, 84-86; B.J. DRIJBER, *S.E.W.* 2004, 229-232; I.G.F. CATH, “Het Inspire Art-arrest en de Wet formeel buitenlandse vennootschappen”, *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2004, 62-64; J.-P. DOM, “La liberté d’établissement des succursales: principes et limites”, *Revue des Sociétés* 2004, 142-144; A. LOOJESTIJN-CLEARIE, “Have the dikes collapsed? Inspire Art a further breakthrough in the freedom of establishment of companies?”, *European Business Organization Law Review* 2004, 389-418; J. HOFFMANN, “Die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften im Europäischen Binnenmarkt nach Überseering und Inspire Art: Auswirkungen auf die grenzüberschreitende Verschmelzung”, *Europarecht* 2004 Beiheft 3, 127-143; G. BITTER, “Flurschäden im Gläubigerschutzrecht durch ‘Centros & Co.’?”, *Wertpapier-Mitteilungen* 2004, 2190-2200; H.-J. DE KLUIVER, “Inspiring a New European Company Law?”, *European Company and Financial Law Review* 2004, 121-134; S.F.G. RAMMELOO, “Vrij verkeer van rechtspersonen in Europa na HvJ EG Inspire Art Ltd.: zetelleercontroverse beslecht!”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 2004, 283-295; P. RYAN, *Columbia Journal of European Law* 2004, 187-201; H. MUIR WATT, *R.C.D.I.P.* 2004, 173-184; C. KIRCHNER, R.W. PAINTER en W.A. KAAL, “Regulatory Competition in EU Corporate Law after ‘Inspire Art’: Unbundling Delaware’s Product for Europe”, *European Company and Financial Law Review* 2005, 159-206; D. ZIMMER, *Common Market Law Review* 2005, 1127-1140; H.-J. PRIESTER, “Die deutsche GmbH nach ‘Inspire Art’ – brauchen wir eine neue?“, *Der Betrieb* 2005, 1315-1320.

<sup>159.</sup> Richtlijn 89/666/EEG van de Raad van 21 december 1989, *P.B.* 1989, L. 395, 36.

<sup>160.</sup> Arrest *Inspire Art*, r.o. 66-72. Zelfs omtrent haar bepalingen die inhoudelijk in overeenstemming met de Elfde Richtlijn zijn, kan de WFBV nog problematisch zijn op het vlak van de opgelegde sancties. Het Hof herhaalt hier ten behoeve van de nationale rechter zijn vaste rechtspraak inzake de eisen die het gemeenschapsrecht stelt aan sancties in het kader van de uitvoering van communautaire voorschriften, en wijst er m.n. op dat de WFBV buitenlandse vennootschappen niet ongunstiger mag behandelen dan Nederlandse vennootschappen: arrest *Inspire Art*, r.o. 62-64.

<sup>161.</sup> Arrest van 10 juli 1986, zaak 79/85, *Segers*, *Jur.* 1986, 2375.

naamste, zo niet al haar economische activiteiten te ontplooiën”; “[d]e redenen waarom een vennootschap voor oprichting in een lidstaat kiest, hebben, afgezien van gevallen van fraude, immers geen gevolg voor de toepassing van de regels inzake de vrijheid van vestiging”<sup>162</sup>. De omstandigheid dat een vennootschap in een lidstaat wordt opgericht met het doel gebruik te maken van een gunstiger wettelijke regeling, levert geen misbruik op, zelfs niet indien de betrokken vennootschap haar activiteiten hoofdzakelijk of uitsluitend in die tweede staat uitoefent<sup>163</sup>. Het feit dat Inspire Art in het Verenigd Koninkrijk is opgericht met het doel te ontkomen aan het Nederlandse vennootschapsrecht, dat o.a. inzake minimumkapitaal en de volstorting van aandelen strengere regels bevat, neemt niet weg dat voor de oprichting van een filiaal van deze vennootschap in Nederland, de artikelen 43 en 48 EG gelden. Op de (nochtans pertinente) vraag van de Duitse, Italiaanse en Oostenrijkse regering of in het geval van formeel buitenlandse vennootschappen het bijkantoor niet in feite als hoofdvestiging moet worden beschouwd, gaat het Hof niet in.

M.a.w., de kwestie of een lidstaat “anti-misbruik”-maatregelen kan treffen, is een heel andere vraag dan deze naar de toepasselijkheid van de voornoemde artikelen: zij dient behandeld nadat is gebleken of de betrokken wetgeving tot een beperking van het vestigingsrecht in de zin van artikel 43 EG leidt.

**82.** Een dergelijke belemmering is hier volgens het Hof wel degelijk voorhanden. Het verwerpt volledig de argumentatie dat de WFBV slechts een aantal aanvullende administratieve verplichtingen oplegt. Zij heeft immers als gevolg dat een aantal Nederlandse vennootschapsrechtelijke regels inzake minimumkapitaal en aansprakelijkheid van bestuurders dwingend worden toegepast op buitenlandse vennootschappen als Inspire Art en dit belemmert het gebruik door deze vennootschappen van de door het EG-Verdrag erkende vrijheid van vestiging<sup>164</sup>. Het op het arrest *Daily Mail* gebaseerde argument dat EU-lidstaten vrij zijn om het op een vennootschap toepasselijk recht te bepalen, verwerpt het Hof, maar enkel op basis van het onderscheiden van de onderhavige casuspositie ten opzichte van die van *Daily Mail*: in die zaak ging het om de betrekkingen tussen een vennootschap (die haar werkelijke zetel met behoud van rechtspersoonlijkheid wou verplaatsen naar een andere lidstaat) en haar lidstaat van oprichting, terwijl het hier gaat over de toepassing van de wetgeving van een lidstaat van

ontvangst op een naar het recht van een andere lidstaat opgerichte vennootschap<sup>165</sup>. Dat laat ons natuurlijk andermaal op onze honger wat betreft de vraag naar de blijvende precedentwaarde van *Daily Mail*.

**83.** Zo komt men bij de rechtvaardigings- en proportionaliteitstoetsing terecht. De Nederlandse regering had verschillende rechtvaardigingsgronden naar voren geschoven voor de verplichtingen inzake minimumkapitaal vervat in de WFBV: bestrijding van fraude, bescherming van schuldeisers, het waarborgen van de doeltreffendheid van de fiscale controles en de eerlijkheid van de handelstransacties. Het Hof ging daar echter niet in mee. Wat schuldeisersbescherming betreft, toonde het zich sceptisch: “zonder dat het Hof hoeft te onderzoeken of de regels betreffende het minimumkapitaal op zich een geschikte bescherming zijn, [moet] worden vastgesteld dat Inspire Art zich presenteert als een vennootschap naar Engels recht en niet als een Nederlandse vennootschap. Haar potentiële schuldeisers worden voldoende geïnformeerd van het feit dat zij onder een andere wettelijke regeling valt dan die welke in Nederland geldt voor de oprichting van vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, en met name voor het minimumkapitaal en de aansprakelijkheid van bestuurders. Zij kunnen eveneens [...] een beroep doen op bepaalde gemeenschapsrechtelijke regels die hen beschermen, zoals de Vierde en de Elfde Richtlijn”<sup>166</sup>. Of nog: *caveat creditor*. De bestrijding van fraude valt eveneens bot als rechtvaardigingsgrond: het Hof bevestigt zijn “vaste rechtspraak” dat het feit dat een vennootschap geen activiteiten ontplooit in de lidstaat waar zij gevestigd is, en haar activiteiten uitsluitend of hoofdzakelijk uitoefent in de lidstaat van haar filiaal, niet volstaat ten bewijze van misbruik of bedrog die de laatstgenoemde lidstaat zou toestaan aan die vennootschap een beroep op haar vestigingsrecht te ontzeggen<sup>167</sup>. Op de vraag van de Duitse vertegenwoordiger om aan te geven “hoe de lidstaten de oprichting van brievenbusvennootschappen kunnen verhinderen die huns inziens een misbruik van de vrijheid van vestiging oplevert”, is het Hof niet ingegaan<sup>168</sup>. Wat tenslotte de aangevoerde rechtvaardigingsgronden van fiscale controles en eerlijkheid van de handelstransacties betreft, merkt het Hof op dat de Kamer van Koophandel noch de Nederlandse regering “omstandigheden heeft aangedragen waaruit blijkt dat de betrokken maatregel aan de [...] criteria van doeltreffendheid, evenredigheid en non-discriminatie voldoet”<sup>169</sup>.

<sup>162</sup>. Arrest *Inspire Art*, r.o. 95.

<sup>163</sup>. Arrest *Inspire Art*, r.o. 96.

<sup>164</sup>. Arrest *Inspire Art*, r.o. 99-101.

<sup>165</sup>. Arrest *Inspire Art*, r.o. 102-103.

<sup>166</sup>. Arrest *Inspire Art*, r.o. 135.

<sup>167</sup>. Arrest *Inspire Art*, r.o. 139.

<sup>168</sup>. Zie de conclusie van advocaat-generaal Alber, punten 122-123, die deze vraag “verrassend” noemde.

<sup>169</sup>. Arrest *Inspire Art*, r.o. 140.

## B. Onderlinge erkenning van diploma's en beroepskwalificaties

**84.** Naast, zoals altijd, soms bijzonder specifieke zaken<sup>170</sup> over de EG-richtlijnen voor de erkenning van diploma's, heeft het Hof ook in de besproken periode uitspraken geveld over zaken die zich, bij gebrek aan of wegens de niet-toepasbaarheid van communautaire wetgeving, rechtstreeks onder de toepassing van de algemene verdragsbepalingen inzake het vrije personenverkeer situeren.

**85.** In twee arresten heeft het Hof toepassing gemaakt van zijn zgn. *Vlassopoulou*-rechtspraak. In *Morgenbesser*<sup>171</sup> had het Italiaanse Hof van Cassatie gevraagd of het gemeenschapsrecht eraan in de weg staat dat de autoriteiten van een lidstaat (in casu Italië) de inschrijving weigert van de houder van een in een andere lidstaat behaald rechtendiploma in het register van personen die de stage volgen vereist om tot de balie te worden toegelaten, op de enkele grond dat het rechtendiploma niet door een universiteit van de eerste lidstaat is afgegeven, bekrachtigd of als gelijkwaardig erkend. Het antwoord luidt bevestigend. Eerst verifieert het Hof of de situatie van *Morgenbesser*, een Franse met een Frans rechten-diploma (*maîtrise en droit*) die bij de orde van Genua om inschrijving in het register der *praticanti* had verzocht, viel onder de algemene erkenningsrichtlijn 89/48/EEG (neen, omdat de activiteit van *praticanti* niet een gereguleerd beroep vormt) respectievelijk de advocatenvestigingsrichtlijn 98/5/EG (neen, want *Morgenbesser* had nog niet de beroepskwalificaties verworven om het beroep van advocaat uit te oefenen)<sup>172</sup>. Zo komt het Hof onder artikel 43 EG zelf terecht. Verwijzend naar de "*Vlassopoulou*"-rechtspraak oordeelt het Hof dat het "aan de bevoegde autoriteit [staat] om overeenkomstig de beginselen die het Hof in [deze rechtspraak] heeft geformuleerd, na te gaan of en in welke mate de kennis die uit het in een andere lidstaat afgegeven diploma blijkt en de in deze andere lidstaat verworven bekwaamheden of beroepservaring, alsmede de ervaring die werd opgedaan in de lidstaat waar de aanvrager zich wenst in te schrijven, moeten worden geacht – zij het ten dele – te voldoen aan de voorwaarden die voor de toegang tot de betrokken activiteit gelden"<sup>173</sup>. Zoals bekend, is het onder

deze rechtspraak perfect mogelijk voor de lidstaat van ontvangst om rekening te houden met objectieve verschillen en, in geval van slechts gedeeltelijke overeenkomst van kennis en bekwaamheden, het bewijs te verlangen dat de betrokkene de ontbrekende kennis en bekwaamheden heeft verworven<sup>174</sup>.

**86.** Interessant in dit verband is ook het arrest *Markopoulos*<sup>175</sup>. De zaak betreft de uitlegging van de Achtste Richtlijn op het gebied van het vennootschapsrecht, die een zekere harmonisatie tot stand heeft gebracht van de eisen waaraan personen belast met de wettelijke controle van boekhoudbescheiden moeten voldoen<sup>176</sup>. Het hoofdgeding sloeg op de tenuitvoerlegging van de richtlijn in Griekenland en m.n. de vrijstelling die de Griekse wetgeving gaf van het vakbekwaamheidsexamen. Het Hof oordeelde dat artikel 15 van de richtlijn alle lidstaten toelaat de personen die in die lidstaat bevoegd waren om de wettelijke controle van boekhoudbescheiden uit te oefenen en dit deden tot de in dat artikel bedoelde datum (d.w.z. uiterlijk vóór 1 januari 1990), toe te laten zonder hen te verplichten te slagen voor een vakbekwaamheidsexamen. De tweede vraag was of krachtens artikel 11 van de richtlijn de beroepsbeoefenaren die in de ene lidstaat de boekhoudcontrole verrichten, tot de uitoefening van deze activiteit in een andere lidstaat kunnen worden toegelaten zonder een aldaar opgelegd vakbekwaamheidsexamen. Het Hof diende toe te geven dat artikel 11 weliswaar de vaststelling van de gelijkwaardigheid van "bekwaamheden" door de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van ontvangst betreft, maar dat dit begrip in de Achtste Richtlijn zelf niet is omschreven. Dat bracht het Hof ertoe om zijn *Vlassopoulou*-rechtspraak (*supra*, randnr. 85) in herinnering te brengen: "bij het ontbreken van specifieke bepalingen inzake het onderzoek van de gelijkwaardigheid, [staat het] aan de bevoegde autoriteiten van de lidstaten om bij dit onderzoek de verplichtingen na te leven die de EG-verdragsbepalingen, en in het bijzonder de regels betreffende de vrijheid van vestiging, aan de lidstaten opleggen"<sup>177</sup>.

**87.** Een wat vreemde eend in de bijt is het arrest *Neri*<sup>178</sup>. De Italiaanse Valentina Neri had zich aan de Nottingham Trent University ("NTU") ingeschreven om het diploma

<sup>170.</sup> Zie o.a. de arresten van 9 september 2003, zaak C-25/02, *Rinke*, *Jur.* 2003, I-8349 (een interessante toetsing van opleidingsvereisten vervat in de huisartsen- resp. artsrichtlijnen 86/457/EEG en 93/16/EEG aan het verbod van indirecte discriminatie op grond van geslacht); 17 oktober 2003, zaak C-35/02, *Vögel*, *Jur.* 2003, I-12229 (schending richtlijn 78/687/EEG inzake harmonisatie tandheelkunde omdat artsen algemene toegang krijgen tot uitoefening werkzaamheden beoefenaar der tandheelkunde); 9 september 2004, zaak C-417/02, *Commissie/Griekenland*, *Jur.* 2004, I-7973 (niet-nakoming richtlijn 85/384/EEG inzake erkenning van architectendiploma's); 18 november 2004, gevoegde zaken C-10/02 en C-11/02, *Fascicolo*, *Jur.* 2004, I-11107 (quota en voorbehouden plaatsen voor artsen met bepaalde certificaten onder richtlijnen 86/457/EEG en 93/16/EEG).

<sup>171.</sup> Arrest van 13 november 2003, zaak C-313/01, *Morgenbesser*, *Jur.* 2003, I-13467. Zie o.a. S. TIMM en D. KEMPTER, "Diskriminierung beim Zugang zum Referendardienst in Deutschland – Schein oder Sein?", *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, 2826-2828; L. DEFALQUE, "Droit d'établissement des avocats et équivalence des diplômes", *J.T.* 2004, 182-183.

<sup>172.</sup> Arrest *Morgenbesser*, r.o. 43-55.

<sup>173.</sup> Arrest *Morgenbesser*, r.o. 67.

<sup>174.</sup> Arrest *Morgenbesser*, r.o. 69-70.

<sup>175.</sup> Arrest van 7 oktober 2004, zaak C-255/01, *Markopoulos*, *Jur.* 2004, I-9077.

<sup>176.</sup> Achtste Richtlijn 84/253/EEG van de Raad van 10 april 1984, *PB.* 1984, L. 126, 20.

<sup>177.</sup> Arrest *Markopoulos*, r.o. 62.

<sup>178.</sup> Arrest van 13 november 2003, zaak C-153/02, *Neri*, *Jur.* 2003, I-13555.



internationale politieke wetenschappen te behalen. De opleiding zelf werd ingericht en verstrekt door het Higher Education College ("ESE"), een kapitaalvennootschap met beperkte aansprakelijkheid die hiertoe volgens de Britse onderwijsstructuur gemachtigd is. Zij richt tegen vergoeding cursussen in voor aan de NTU ingeschreven studenten en de NTU reikt naderhand het eindexamen uit. Om de hoge kosten van Britse studies te vermijden, had Neri zich ingeschreven voor door ESE ingerichte cursussen te Genua. Dan verneemt ze dat krachtens een administratieve praktijk in Italië alleen door universiteiten in andere lidstaten afgegeven titels kunnen worden erkend wanneer de studenten de cursussen hebben gevolgd *in de staten* waarin de titels worden afgegeven. Het Hof krijgt de vraag voorgeschied of dit in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht. Het stelt vast dat de zaak de vrijheid van vestiging betreft: ESE heeft hoofdvestiging in het Verenigd Koninkrijk en organiseert hogeronderwijsopleidingen vanuit haar nevenvestiging in Genua. Aangezien dit tegen vergoeding gebeurt, ligt een economische activiteit voor die onder het vestigingsrecht valt. De Italiaanse administratieve praktijk kan studenten ontmoedigen deze cursussen te volgen. Weliswaar vormt de doelstelling, universitaire opleidingen van hoog niveau te waarborgen, een rechtmatige rechtvaardiging voor beperkingen op het vestigingsrecht, maar de maatregel moet ook nog geschikt zijn ter verwezenlijking van dit doel en mag niet verder gaan dan wat hiertoe noodzakelijk is. De regeling struikelt op beide punten: het blijkt immers dat de Italiaanse rechtsorde wel vergelijkbare overeenkomsten tussen Italiaanse universiteiten en andere Italiaanse hogeronderwijsinstellingen aanvaardt en dat de administratieve praktijk in kwestie elke mogelijkheid van erkenning van diploma's zoals in het hoofdgeding uitsluit<sup>179</sup>.

### C. Fiscale belemmeringen van het vestigingsrecht

**88.** De jurisprudentie van het Hof inzake de relatie tussen de vrijheden en de directe fiscaliteit van de lidstaten blijft in de besproken periode, zoals ook de vorige jaren, *crescendo* gaan. Verder in deze Kroniek onderzoeken we de impact van het vrije dienstenverkeer (*infra*, randnr. 100, 110) en van het vrije kapitaalverkeer (*infra*, randnr. 113-117) terzake. Eén zaak staat vast: de mantra van de vaste rechtspraak dat, "hoewel de directe belastingen tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren, deze niettemin verplicht zijn die bevoegdheid in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uit te oefenen"<sup>180</sup>, heeft voor de nationale fiscale overheden steeds meer een onheilspellende bijklank gekregen. Overigens – maar dit valt buiten deze Kroniek – toetst het Hof blijkens het arrest *Schempp* regels van nationale inkomstenbelastingen nu ook aan de EG-verdragsbepalingen inzake het Europese burgerschap in samenhang met het algemene verbod van discriminatie op grond van nationaliteit vervat in artikel 12 EG<sup>181</sup>.

**89.** De Nederlandse fiscus keek alvast met grote angst het arrest *Bosal*<sup>182</sup> tegemoet. Het ging om een geschil tussen Bosal BV, een Nederlandse houdstermaatschappij van de Bosal-groep, en de Nederlandse fiscus, omwille van de weigering van deze laatste om Bosal toe te staan haar belastbare winst te verminderen met de kosten die verband houden met haar deelnemingen in dochterondernemingen gevestigd in andere lidstaten. De Hoge Raad vroeg het Hof of het verenigbaar is met de artikelen 43 en 48 EG indien een lidstaat een moedervennootschap alleen aftrek verleent van kosten m.b.t. deelnemingen die (middellijk) dienstbaar zijn aan het behalen van winst die in de lidstaat van vestiging van de

<sup>179</sup>. Zie arrest *Neri*, r.o. 39-50.

<sup>180</sup>. In de besproken periode nog herhaald in de arresten van 11 december 2003, zaak C-364/01, *Barbier*, *Jur.* 2003, I-15013, r.o. 56; *Hughes de Lasteyrie du Saillant*, *supra*, noot 124, r.o. 44; 4 maart 2004, zaak C-334/02, *Commissie/Frankrijk*, *Jur.* 2004, I-2229, r.o. 21; Beschikk. van 8 juni 2004, zaak C-268/03, *De Baeck*, *Jur.* 2004, I-5961, r.o. 19; arresten van 15 juli 2004 in zaak C-315/02, *Lenz*, *Jur.* I-7063, r.o. 19 en in zaak C-242/03, *Weidert en Paulus*, *Jur.* 2004, I-7379, r.o. 12; 7 september 2004, zaak C-319/02, *Manninen*, *Jur.* 2004, I-7477, r.o. 19; 10 maart 2005, zaak C-39/04, *Laboratoires Fournier*, *Jur.* 2005, I-2057, r.o. 14.

<sup>181</sup>. Arrest van 12 juli 2005, zaak C-403/03, *Schempp*, *nog niet gepubliceerd in Jur.* Zie ook, eveneens in de besproken periode maar dan m.b.t. nationale *indirecte* belastingen, arresten van 29 april 2004, zaak C-387/01, *Weigel*, *Jur.* 2004, I-4981 en 15 juli 2004, zaak C-365/02, *Jur.* 2004, I-7183.

<sup>182</sup>. Arrest van 18 september 2003, zaak C-168/01, *Bosal*, *Jur.* 2003, I-9409. Deze zaak heeft tot bijzonder veel commentaren, in de eerste plaats in Nederland, geleid: zie o.a. F.P.J. SNEL, "Bosal Holding – Gedachten naar aanleiding van de conclusie van A-G Alber", *Weekblad voor Fiscaal Recht* 2002, 1779-1785; D.M. WEBER, "Debt-Equity ratio om thin capitalisation problemen te voorkomen?", *Weekblad voor Fiscaal Recht* 2003, 315-316; R.P.C.W.M. BRANDSMA, "De zaak Bosal: uitlaatklep of katalysator?", *Weekblad voor Fiscaal Recht* 2003, 1385-1386; U. SUHRBIER-HAHN, "Die Beschränkung des Abzugs von Aufwendungen für die Beteiligung an einer Tochter in einem anderem Mitgliedstaat ist nicht richtlinienkonform", *Recht der Internationalen Wirtschaft* 2003, 882-884; G.T.K. MEUSSEN, *Beslissingen in Belastingzaken* 2003, nr. 344; F.J. SNEL, "Bosal Holding Case – Landmark or Business as Usual?", *European Taxation* 2003, 420-424; M. EISMA, "Big Bad Bosal kwam niet onverwacht", *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2003, 267-271; D. WEBER, "The Bosal Holding Case: Analysis and Critique", *EC Tax Review* 2003, 220-230; A. KÖRNER, "Das 'Bosal'-Urteil des EuGH – Vorgaben für die Abzugsfähigkeit der Finanzierungsaufwendungen des Beteiligungserwerbs", *Betriebs-Berater* 2003, 2436-2442; S.R. PANCHAM en G.W.J.M. KAMPSCHÖERRA, "Beperking verliesverrekening: de 'echte' Bosal-reparatie", *Weekblad voor Fiscaal Recht* 2003, 1929-1936; J.A. BROOS en T. SCHOEMAN, "De andere Bosal-reparatie", *Weekblad voor Fiscaal Recht* 2003, 1937-1942; H.J. ESSERS, "De Bosal-wetgeving en het Titanic-gevoel", *Weekblad voor Fiscaal Recht* 2003, 1843-1844; D.M. WEBER, "Het Bosal Holding-arrest: analyse, kritiek en gevolgen", *Weekblad voor Fiscaal Recht* 2003, 1844-1868; J.W. ZWEMMER, "Het Bosal arrest", *Ars Aequi* 2004, 137-138; D. AIGNER, "ECJ – The Bosal Holding BV Case: Parent-Subsidiary Directive and Freedom of Establishment", *Intertax* 2004, 148-151; G.T.K. MEUSSEN, "Bosal Holding Case and the Freedom of Establishment: A Dutch Perspective", *European Taxation* 2004, 59-64; H. VAN DEN HURK en B. WAGENAAR, "The Far-Reaching Consequences of the ECJ Decision in Bosal and the Response of the Netherlands", *Bulletin for International Fiscal Documentation* 2004, 269-278; H. VAN DEN HURK, *S.E.W.* 2005, 137-138.

moedervenootschap belastbaar is. Het Hof onderzocht de vraag primair vanuit het oogpunt van de Moeder-dochterrichtlijn<sup>183</sup>. Artikel 4 lid 2 van deze laatste geeft de lidstaten een niet aan enige voorwaarde gekoppelde bevoegdheid om aftrek van deelnemingskosten van de belastbare winst van een moedermaatschappij niet toe te staan. Echter: lidstaten mogen die mogelijkheid slechts gebruiken “*met inachtneming van de fundamentele verdragsbepalingen, in casu artikel [43] van het Verdrag*”<sup>184</sup>. De Nederlandse wetgeving belemmert door de hogergenoemde aftrekvoorwaarden volgens het Hof de oprichting van dochterondernemingen in andere lidstaten. Die beperking druist in tegen het doel van de Moeder-dochterrichtlijn, “*volgens welke een gemeenschappelijke regeling moet worden ingevoerd en de benadeling moet worden opgeheven welke erin bestaat dat voor de betrekkingen tussen moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten fiscale voorschriften worden toegepast die minder gunstig zijn dan die welke voor de betrekkingen tussen moedervenootschappen en dochterondernemingen uit dezelfde lidstaat gelden*”<sup>185</sup>.

**90.** Het “*Bachmann*”-argument – samenhang van het belastingstelsel handhaven – dat de Nederlandse regering en de Commissie maakten, doorprikt het Hof meteen. Daartoe is een rechtstreeks verband vereist tussen de toekenning van een fiscaal voordeel en de compensatie van dit voordeel door een fiscale heffing, en dat is er in casu niet: “*Er bestaat immers geen enkel rechtstreeks verband tussen enerzijds de toekenning aan in Nederland gevestigde moedermaatschappijen van een fiscaal voordeel [...] en anderzijds de belastingregeling voor dochterondernemingen van moedermaatschappijen wanneer deze in deze lidstaat zijn gevestigd*”<sup>186</sup>. Tegenover de beperking van de aftrekbaarheid staat hier geen voordeel. Bovendien bestaat evenmin een rechtstreeks verband tussen de kosten die een moedermaatschappij van haar in Nederland belastbare winst kan aftrekken en de eventuele belastbare winst van haar in deze lidstaat gevestigde dochtervestiging van haar buitenlandse dochter<sup>187</sup>.

**91.** Interessant is ook de verwerping door het Hof van het

argument dat de Nederlandse regering baseerde op het “*fiscale territorialiteitsbeginsel*”, welk beginsel het Hof in *Futura Participations*<sup>188</sup> had erkend. Nederland betoogde dat de situatie van dochterondernemingen die in Nederland belastbare winst behalen en zij die dat niet doen, niet vergelijkbaar is: kosten i.v.m. activiteiten in het buitenland moeten immers worden toegerekend aan de winst die met die activiteiten is behaald, en de beperking van de aftrekbaarheid van kosten is uitsluitend gekoppeld aan het al dan niet behalen van winst buiten Nederland. Het Hof was niet overtuigd: het in *Futura* erkende territorialiteitsbeginsel heeft betrekking op de heffing van belasting van één belastingplichtige die activiteiten uitoefent in de lidstaat van hoofdvestiging als ook in andere lidstaten vanuit een nevenvestiging. Het argument van de niet-vergelijkbaarheid acht het Hof “*irrelevant*”: de winst van dochterondernemingen is sowieso niet bij de moedermaatschappijen belastbaar, of zij nu afkomstig is van Nederlandse of buitenlandse dochters<sup>189</sup>.

**92.** Zoals al vaker in het verleden, verwerpt het Hof tenslotte ook een rechtvaardiging vanuit het doel om een uitholling van de belastinggrondslag te voorkomen: vermindering van de belastinginkomsten behoort niet tot de verdragsuitzonderingen noch tot de dwingende redenen van algemeen belang die beperkingen op het vestigingsrecht kunnen rechtvaardigen<sup>190</sup>.

**93.** In de beschikking *De Baeck*<sup>191</sup> ging het om een Belgische zaak, nl. een geschil tussen De Baeck en de fiscus over de belasting op de meerwaarde door eerstgenoemde gerealiseerd bij de verkoop van aandelen van Belgische vennootschappen aan een Franse vennootschap. De rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen vroeg het Hof naar de verenigbaarheid met o.a. de artikelen 43 en 48 EG van de Belgische fiscale regeling terzake<sup>192</sup>, krachtens welke de meerwaarden niet belastbaar zijn bij overdracht van aandelen of deelbewijzen aan een Belgische vennootschap, maar wel bij overdracht aan een buitenlandse vennootschap, vereniging, inrichting of instelling. Het Hof, van mening dat het ant-

<sup>183</sup>. Richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, *PB*. 1990, L. 225, 6.

<sup>184</sup>. Arrest *Bosal*, r.o. 26.

<sup>185</sup>. Arrest *Bosal*, r.o. 28.

<sup>186</sup>. Arrest *Bosal*, r.o. 31. In r.o. 32 brengt het Hof het verschil tussen dochterondernemingen en bijkantoren/nevenvestigingen (zeg maar: vaste inrichtingen) met het oog op de inkomstenbelastingen in herinnering.

<sup>187</sup>. Zie arrest *Bosal*, r.o. 33-36. De Nederlandse regering heeft het “*fiscale coherentie*”-motief, eveneens zonder succes, ook als rechtvaardigingsgrond in *Hughes de Lasteyrie du Saillant* gehanteerd (*supra*, noot 124; zie r.o. 61-67 van dat arrest).

<sup>188</sup>. Arrest van 15 mei 1997, zaak C-250/95, *Futura Participations*, *Jur.* 1997, I-2471, r.o. 22, besproken in *Kroniek 1996-1997*, *T.B.H.* 1998, p. 151-152, randnr. 53.

<sup>189</sup>. Arrest *Bosal*, r.o. 37-39. In r.o. 40 verwijst het Hof in dit verband ook naar het arrest *Metalgesellschaft en Hoechst* (8 maart 2001, gevoegde zaken C-397/98 en C-410/98, *Jur.* 2001, I-1727, r.o. 60), besproken in *Kroniek 1999-2001*, *T.B.H.* 2002, p. 529-530, randnr. 60.

<sup>190</sup>. Arrest *Bosal*, r.o. 42; idem arrest *Hughes de Lasteyrie du Saillant*, *supra*, noot 124, r.o. 60.

<sup>191</sup>. *Supra*, noot 180. Zie J. VAN STEENWINCKEL, “*Taxation of capital gains realised by a Belgian resident in case of assignment of a major holding in the capital of a Belgian company to a company established in another Member State*”, *EC Tax Review* 2005, 26-30.

<sup>192</sup>. Ook de verenigbaarheid met het vrije kapitaalverkeer lag voor. In dat opzicht herhaalde het Hof in r.o. 21-22 zijn in *X en Y* gemaakte onderscheid (r.o. 37 en 70) dat wanneer een deelneming “*een zodanige invloed op de besluiten van de vennootschap verleent dat [de aandeelhouders] de activiteiten ervan kunnen bepalen*”, de situatie onder het vestigingsrecht valt; indien dit niet het geval is omdat de deelneming onvoldoende groot is, valt zij onder art. 56 EG, d.w.z. het vrije kapitaalverkeer.

woord – in de zin van onverenigbaarheid – duidelijk uit zijn rechtspraak, m.n. het arrest *X en Y*<sup>193</sup>, viel af te leiden, deed de zaak af met een beschikking. Weinig glorieus voor de Belgische overheid is dat enkel De Baeck en de Commissie opmerkingen indienden. Concreet betekende dit dat het Hof zich op het vlak van de rechtvaardigingstoetsing geen enkele moeite getroostte: “*Aangezien geen enkele rechtvaardigingsgrond voor bovenbedoelde beperkingen aan dit Hof is meegedeeld, hoeft niet te worden onderzocht of daarmee een rechtmatig doel wordt nagestreefd dat verenigbaar is met het EG-Verdrag, dan wel of deze beperkingen gerechtvaardigd zijn om dwingende redenen van algemeen belang*”<sup>194</sup>.

94. Het arrest *Hughes de Lasteyrie du Saillant*<sup>195</sup> betreft een “exit tax”-situatie voor natuurlijke personen, nl. een onder de Franse wetgeving geheven belasting op nog niet gerealiseerde waardevermeerderingen wanneer een belastingplichtige zijn fiscale woonplaats naar het buitenland verplaatst<sup>196</sup>. In lijn met zijn vaste rechtspraak dat artikel 43 EG ook belemmeringen uitgaande van de lidstaat van herkomst verbiedt (*supra*, randnr. 69), oordeelde het Hof dat de desbetreffende Franse fiscale bepaling weliswaar de uitoefening van het vestigingsrecht niet verbiedt, maar “*niettemin de uitoefening van dit recht [kan] beperken, aangezien er voor de belastingplichtigen die zich in een andere lidstaat wensen te vestigen ten minste een afschrikkend effect van uitgaat*”<sup>197</sup>. Het uitstel dat de belastingplichtige voor de belasting op de meerwaarden kan verkrijgen, neemt dit belemmerend effect niet weg omdat het niet automatisch is en aan strikte voorwaarden is verbonden, waaronder het verstrekken van een waarborg, die volgens het Hof “*uit zichzelf een belemme-*

*rende werking [heeft], daar hij de belastingplichtige het genot van het als waarborg verstrekte vermogen onthoudt*”<sup>198</sup>.

95. Zo komt het Hof op de vraag naar de mogelijke rechtvaardiging van de maatregel. De door de verwijzende rechter aangegeven doelstelling van het voorkomen van belastingontwijking vangt alvast bot: het betrokken artikel blijkt niet specifiek tot doel te hebben louter kunstmatige constructies van een belastingvoordeel uit te sluiten, maar treft iedere belastingplichtige die om gelijk welke reden zijn fiscale woonplaats naar het buitenland verplaatst. Het Hof maakt zonneklaar dat dit artikel hierdoor “*aanzienlijk verder [gaat] dan nodig is om het beoogde doel te bereiken*”<sup>199</sup>: “*Een algemeen vermoeden van belastingfraude of -ontwijking kan niet worden gebaseerd op het feit dat de woonplaats van een natuurlijke persoon naar een andere lidstaat is verplaatst en kan geen rechtvaardigingsgrond zijn voor een fiscale maatregel die afbreuk doet aan de uitoefening van een bij het Verdrag beschermde fundamentele vrijheid*”<sup>200</sup>. Een argument van de Duitse regering, nl. dat rekening moet worden gehouden met de verdeling van belastingbevoegdheid tussen de staat van vertrek en de staat van bestemming, wijst het Hof eveneens af, omdat “*het geding niet betrekking heeft op de verdeling van de belastingbevoegdheid tussen lidstaten, noch op het recht van de Franse overheid om latente waardevermeerderingen te belasten om op te treden tegen kunstmatige verplaatsing van de woonplaats, doch wel op de vraag of de daartoe vastgestelde maatregelen in overeenstemming zijn met de vrijheid van vestiging*”<sup>201</sup>.

### III. VRIJ VERKEER VAN DIENSTEN

#### A. Toepassingsgebied

96. De kwestie van de afbakening tussen het toepassingsgebied van de EG-verdragsbepalingen inzake vrijheid van vestiging en deze inzake vrije dienstverrichting keert regelmatig terug in de rechtspraak van het Hof. In het hoger aangestipte arrest *Commissie/Portugal* (*supra*, randnr. 77) heeft

het Hof nogmaals de puntjes op de i gezet:

“*Het centrale criterium bij de afbakening van de werkingssfeer van de beginselen van de vrijheid van dienstverrichting respectievelijk de vrijheid van vestiging is verrat in de vraag of de marktdelnemer al dan niet is gevestigd in de lidstaat waarin hij de betrokken dienst aanbiedt [...]. Indien hij (al*

<sup>193</sup>. Arrest van 21 november 2002, zaak C-436/00, *X en Y*, *Jur.* 2002, I-10829, besproken in *Kroniek 2001-2003*, T.B.H. 2004, p. 656-657, randnr. 73. Zie overigens voor een Belgische toepassing van deze rechtspraak ook Rb. Luik 15 januari 2004, *F.J.F.* 2004, 627.

<sup>194</sup>. Beschikking *De Baeck*, r.o. 27.

<sup>195</sup>. *Supra*, noot 124. Zie voor een analyse vanuit Belgisch en Nederlands fiscaalrechtelijk perspectief L. GOOSSENS en P.G.H. ALBERT, “De positie van de aanspreekbaar belanghouder na de arresten X en Y, de Lasteyrie en de beschikking De Baeck”, *Fiscaal Praktijkboek Directe Belastingen 2004-05*, 95-152.

<sup>196</sup>. Het komt er maar niet van om de problematiek inzake grensoverschrijdende zetelverplaatsingen van vennootschappen voor het Hof te brengen. Van anekdotisch belang in dit verband is de beschikking van het Gerecht van Eerste Aanleg van 13 januari 2005, zaak T-184/04, *Sulvida/Commissie*, nog niet gepubliceerd in *Jur.* Hierin verklaart het Gerecht een nalatigheidsvordering tegen de Commissie teneinde deze op te leggen aan de lidstaten een communautaire regeling inzake de grensoverschrijdende zetelverplaatsing van personen- en kapitaalvennootschappen voor te stellen, kennelijk niet-ontvankelijk.

<sup>197</sup>. Arrest *Hughes de Lasteyrie du Saillant*, r.o. 45; zie ook r.o. 46.

<sup>198</sup>. Arrest *Hughes de Lasteyrie du Saillant*, r.o. 47.

<sup>199</sup>. Arrest *Hughes de Lasteyrie du Saillant*, r.o. 52. In r.o. 54 schetst het Hof een minder belemmerend alternatief om het beoogde doel te bereiken.

<sup>200</sup>. Arrest *Hughes de Lasteyrie du Saillant*, r.o. 51, met verwijzing naar eerdere rechtspraak.

<sup>201</sup>. Arrest *Hughes de Lasteyrie du Saillant*, r.o. 68.

dan niet hoofdzakelijk is gevestigd in de lidstaat waarin hij de dienst aanbiedt (lidstaat van bestemming of lidstaat van ontvangst), valt hij binnen de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging zoals omschreven in artikel 43 EG. Is de marktdeelnemer daarentegen niet in die lidstaat van bestemming gevestigd, dan is hij een grensoverschrijdend dienstverrichter waarvoor de vrijheid van dienstverrichting van artikel 49 EG geldt.

In deze context volgt uit het begrip vestiging dat de marktdeelnemer op **duurzame** wijze diensten aanbiedt vanuit een **kantoor in de lidstaat van bestemming** [...]. Daarentegen zijn alle diensten die niet op duurzame wijze vanuit een kantoor in de lidstaat van bestemming worden aangeboden, dienstverrichtingen als bedoeld in artikel 49 EG.<sup>202</sup>

97. Anderzijds volstaat het enkele feit dat een in een lidstaat gevestigde marktdeelnemer in een andere lidstaat over een langere tijdspanne diensten verricht, niet om ervan uit te gaan dat hij in die laatste lidstaat gevestigd is. In het arrest *Schnitzer*<sup>203</sup> preciseert het Hof in dat verband:

“Het begrip dienst in de zin van het Verdrag kan [...] slaan op diensten van zeer verschillende aard, met inbegrip van diensten die gedurende een lange periode, zelfs meerdere jaren, worden verricht, bijvoorbeeld wanneer het gaat om diensten in het kader van de oprichting van een groot gebouw. Van diensten in de zin van het Verdrag kan evenzeer sprake zijn in geval van diensten die een in een lidstaat gevestigde ondernemer op min of meer frequente of regelmatige wijze, zelfs gedurende langere tijd, verstrekt aan personen die in één of meer andere lidstaten zijn gevestigd, bijvoorbeeld adviesverlening of informatieverstrekking tegen betaling.

Geen enkele bepaling van het Verdrag maakt het immers mogelijk op abstracte wijze de duur of de frequentie te bepalen vanaf welke de verrichting van een dienst of van een bepaald soort dienst in een andere lidstaat niet meer kan worden beschouwd als een dienstverrichting in de zin van het Verdrag.

Hieruit volgt dat het enkele feit dat een in een lidstaat gevestigde ondernemer op min of meer frequente of regelmatige wijze identieke of gelijksoortige diensten verricht in een andere lidstaat zonder dat hij aldaar over een infrastructuur beschikt die hem in staat stelt in die lidstaat op duurzame

wijze een beroepswerkzaamheid uit te oefenen en zich, vanuit die infrastructuur, tot onder anderen de onderdanen van die lidstaat te richten, niet volstaat om hem te beschouwen als gevestigd in die lidstaat.”<sup>204</sup>

## B. Draagwijdte

### 1. Discriminatieverbod

98. Het is vaste rechtspraak, in de besproken periode nog bevestigd in het arrest *Oulane*, dat artikel 49 EG “op het gebied van het vrij verrichten van diensten een bijzondere uitdrukking [vormt] van het in artikel 12 EG neergelegde beginsel van gelijke behandeling, dat iedere discriminatie op grond van nationaliteit verbiedt”<sup>205</sup>. Openlijke discriminaties op grond van nationaliteit zijn derhalve onder het vrije dienstenverkeer verboden: zo oordeelde het Hof in de voornoemde zaak dat artikel 49 EG zich ertegen verzet “dat een onderdaan van een lidstaat – in casu een Fransman – in een andere lidstaat – in casu Nederland – een geldige identiteitskaart of een geldig paspoort dient over te leggen om zijn nationaliteit te bewijzen, wanneer de eigen onderdanen van die andere lidstaat niet aan een algemene identificatieplicht zijn onderworpen, maar hun identiteit met ieder naar nationaal recht toegestaan middel kunnen bewijzen”<sup>206</sup>. Een andere illustratie van een wettelijke regeling met een “duidelijk discriminerende aard” biedt het arrest *Lindman*. Het ging om een Finse belastingregeling die prijzen van in andere lidstaten (in casu Zweden) georganiseerde kansspelen tot het belastbaar inkomen van de winnaar rekende, terwijl prijzen van in Finland zelf georganiseerde kansspelen vrij waren van inkomstenbelasting<sup>207</sup>.

99. Ook verkapte of indirecte discriminaties op grond van nationaliteit vallen onder het verbod van artikel 49 EG. De besproken periode biedt hiervan twee illustraties. In het arrest *Metano* oordeelde het Hof dat de toewijzing door een (Italiaanse) gemeente, zonder enige transparantie, van een concessie aan een onderneming in de lidstaat in kwestie, een ongelijke behandeling en indirecte discriminatie in het nadeel van geïnteresseerde ondernemingen in andere lidstaten oplevert<sup>208</sup>. Zelfs al zou de noodzaak voor een

<sup>202</sup>. Arrest in zaak C-171/02, *Commissie/Portugal*, *supra*, noot 148, r.o. 24-25 (eigen benadrukking).

<sup>203</sup>. Arrest van 11 december 2003, zaak C-215/01, *Schnitzer*, *Jur.* 2003, I-14847.

<sup>204</sup>. Arrest *Schnitzer*, r.o. 30-32; zie ook arrest in zaak C-171/02, *Commissie/Portugal*, r.o. 26-27.

<sup>205</sup>. Arrest van 17 februari 2005, zaak C-215/03, *Oulane*, *Jur.* 2005, I-1215, r.o. 33. Zie tevens arrest van 11 december 2003, zaak C-289/02, *AMOK*, *Jur.* 2003, I-15059, r.o. 25-26.

<sup>206</sup>. Arrest *Oulane*, punt 2 *dictum*.

<sup>207</sup>. Arrest van 13 november 2003, zaak C-42/02, *Lindman*, *Jur.* 2003, I-13519. In een andere uitspraak over een Portugese regeling die de exploitatie en beoefening van kans- en gokspelen alleen toestaat in casinozalen in bij decreet aangewezen speelzones, achtte het Hof deze regeling verenigbaar met de art. 49-50 EG omdat zij zonder onderscheid van toepassing is op de eigen onderdanen van andere lidstaten, en omdat ze gerechtvaardigd is door overwegingen van sociaal beleid en bestrijding van fraude: arrest van 11 september 2003, zaak C-6/01, *Anomar*, *Jur.* 2003, I-8621. Deze uitspraak ligt in het verlengde van de vroegere rechtspraak, m.n. het *Schindler*-arrest (24 maart 1994, zaak C-275/92, *Schindler*, *Jur.* 1994, I-1039), besproken in *Kroniek 1993-94*, *T.B.H.* 1994, p. 797-799, randnrs. 104-106.

<sup>208</sup>. Arrest van 21 juli 2005, zaak C-231/03, *Metano*, *nog niet gepubliceerd in Jur.*

gemeente om controle uit te oefenen op de concessiehouder die een openbare dienst beheert, een eventuele ongelijke behandeling objectief kunnen rechtvaardigen, dan nog achtte het Hof in casu de deelneming van de bewuste gemeente in het kapitaal van de begunstigde vennootschap (0,97%) zo klein dat ze een dergelijke controle niet mogelijk maakt; die participatie leverde derhalve geen rechtvaardigingsgrond op<sup>209</sup>.

**100.** In het arrest *Laboratoires Fournier* achtte het Hof een Franse belastingregeling die het voordeel van een belastingkrediet voor onderzoek voorbehoudt aan in die lidstaat verricht onderzoek, een met artikel 49 strijdige ongelijke behandeling op grond van de plaats waar de dienst wordt verricht<sup>210</sup>. Naast het klassieke “fiscale cohesie”-argument en de bijna even klassieke afwijzing hiervan door het Hof (wegens het ontbreken van een rechtstreeks verband tussen de algemene vennootschapsbelasting en het belastingkrediet in kwestie), beriep de Franse regering zich tevergeefs op het doel, onderzoek te bevorderen (een argument dat het Hof meteen ontkrachtte met verwijzing naar de doelstellingen van het communautaire onderzoeksbeleid in art. 163 lid 1 EG, waar deze regeling rechtstreeks tegen indruist), en de doeltreffendheid van fiscale controles te verzekeren. Hoewel lidstaten maatregelen mogen toepassen “die een duidelijke en nauwkeurige controle mogelijk maken van het bedrag van de kosten die in die staat als uitgaven voor onderzoek mogen worden afgetrokken”, kan de voornoemde rechtvaardigingsgrond voor het Hof niet dienen voor een nationale regeling die een belastingplichtige volstrekt belet te bewijzen dat uitgaven voor onderzoek in andere lidstaten daadwerkelijk zijn gedaan en voldoen aan de voorgeschreven criteria<sup>211</sup>.

## 2. Verbod van niet-discriminerende beperkingen

**101.** Het is reeds lang vaste rechtspraak dat niet-discriminerende belemmeringen van het vrije dienstenverkeer principieel verboden zijn onder artikel 49 EG: “alle maatregelen die het gebruik van die vrijheid verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken” vallen daaronder, en artikel 49

EG “staat in de weg aan de toepassing van een nationale regeling die de mogelijkheid voor een dienstverrichter om daadwerkelijk van die vrijheid gebruik te maken, zonder objectieve rechtvaardiging beperkt”<sup>212</sup>. Elders heet het dat artikel 49 EG zich verzet “tegen de toepassing van elke nationale regeling die ertoe leidt, dat het verrichten van diensten tussen lidstaten moeilijker wordt dan het verrichten van diensten binnen een enkele lidstaat”<sup>213</sup>. De verscheidenheid van dit soort belemmeringen blijft groot: het gaat van vestigingseisen en toestemmingseisen tot vergunningprocedures, werkvergunningen, bankgaranties, beroepskaarten, inschrijving in een register, weigering tot terugbetaling van kosten,...

Overigens komt de vrijheid van dienstverrichting, zoals het Hof in *Viacom Outdoor* rappelleerde, zowel de dienstverrichter als de ontvanger van de dienst ten goede<sup>214</sup>. Ook in het arrest *Soulane* bracht het Hof in herinnering dat “het in artikel 49 EG neergelegde beginsel van het vrij verrichten van diensten impliceert dat de ontvangers van diensten zich met het oog daarop naar een andere lidstaat kunnen begeven zonder daarbij door beperkingen te worden gehinderd, en dat toeristen te beschouwen zijn als ontvangers van diensten”<sup>215</sup>.

**102.** Een vestigingsvereiste, m.n. de eis van een exploitatiezetel op het grondgebied waar de dienstverrichting (in casu particuliere bewakingsdiensten) plaatsvindt, is voor het Hof bijna altijd fataal, aangezien die “rechtstreeks ingaat tegen de vrijheid van dienstverrichting, daar het in andere lidstaten gevestigde ondernemingen belet in die staat diensten te verrichten”<sup>216</sup>. Ook het vereiste dat de activiteit in het kader van een rechtspersoon wordt uitgeoefend achtte het Hof, althans in deze sector, een belemmering<sup>217</sup>. Zelfs een vergunningsvereiste is hier een niet te rechtvaardigen belemmering “aangezien zij uitsluit dat rekening wordt gehouden met de verplichtingen waaraan de grensoverschrijdende dienstverrichter reeds is onderworpen in de lidstaat waar hij is gevestigd”<sup>218</sup>. Het vereiste van een beroepskaart voor het personeel is om die reden eveneens strijdig met artikel 49 (en 39) EG<sup>219</sup>.

**103.** In een inbreukprocedure tegen Frankrijk omtrent de

<sup>209</sup>. Arrest *Metano*, r.o. 23-24.

<sup>210</sup>. Arrest *Laboratoires Fournier*, *supra*, noot 180, r.o. 15-16.

<sup>211</sup>. Arrest *Laboratoires Fournier*, r.o. 24-25.

<sup>212</sup>. Arrest van 11 maart 2004, zaak C-496/01, *Commissie/Frankrijk*, *Jur.* 2004, I-2351, r.o. 64, met verwijzing naar overige rechtspraak terzake.

<sup>213</sup>. Arrest in zaak C-334/02, *Commissie/Frankrijk*, *supra*, noot 180, r.o. 23.

<sup>214</sup>. Arrest van 17 februari 2005, zaak C-134/03, *Viacom Outdoor*, *Jur.* 2005, I-1167, r.o. 35. In deze zaak ging het om een heffing door gemeentelijke autoriteiten van een, qua bedrag bescheiden, reclamebelasting voor buitenreclame die gebruik maakt van de door de gemeentelijke overheid beheerde openbare ruimte. Het Hof oordeelde dat onder die voorwaarden de heffing niet van die aard was dat zij de levering van reclamediensdiensten belette, hinderde of anderszins minder aantrekkelijk maakte (r.o. 38).

<sup>215</sup>. Arrest *Oulane*, *supra*, noot 205, r.o. 37. In r.o. 54 preciseert het Hof evenwel dat het aan de onderdaan van een lidstaat staat om, in zijn hoedanigheid van dienstontvanger, de bewijzen over te leggen op grond waarvan kan worden geconcludeerd dat zijn verblijf rechtmatig is. Bij gebreke van die bewijzen kan de lidstaat van ontvangst een maatregel van uitzetting treffen binnen de door het gemeenschapsrecht opgelegde grenzen (r.o. 56 en punt 4 *dictum*).

<sup>216</sup>. Arrest in zaak C-171/02, *Commissie/Portugal*, *supra*, noot 149, r.o. 33.

<sup>217</sup>. Arrest in zaak C-171/02, *Commissie/Portugal*, r.o. 41.

<sup>218</sup>. Arrest in zaak C-171/02, *Commissie/Portugal*, r.o. 60.

<sup>219</sup>. Arrest in zaak C-171/02, *Commissie/Portugal*, r.o. 66.

aldaar geldende eis van een Franse exploitatiezetel voor laboratoria kwam het Hof eveneens tot de vaststelling dat deze eis in strijd is met artikel 49 EG. Op zich billijkte het Hof hier evenwel, gelet op de “*de doelstelling, de kwaliteit van de medische diensten op peil te houden*”, die onder de uitzondering van artikel 46 EG kan vallen “*voorzover zij bijdraagt tot de verwezenlijking van een hoog niveau van gezondheidsbescherming*”, dat het toegestaan is om “*de kwaliteit van de medische diensten op peil te houden, niet alleen door de kwalificatie van de bestuurders en het personeel van de laboratoria voor medisch-biologische analyses te waarborgen, maar ook door met periodieke inspecties te controleren of de analyses nog steeds in overeenstemming met de door de Franse wetgever en de Franse autoriteiten vastgestelde regeling, in het bijzonder met de vereiste vergunning, worden verricht*”<sup>220</sup>. Toch moet ook dan nog een noodzakelijkheidstest worden doorgevoerd. Een voorwaarde van een exploitatiezetel gaat verder dan nodig om het voornoemde doel te verwezenlijken: dit kan worden bereikt door een vergunningsvereiste, waarbij dan nog de voorwaarden geen onnodige herhaling mogen vormen van overeenkomstige wettelijke voorwaarden waaraan reeds in de staat van vestiging is voldaan. Die vergunningsregeling zou volgens het Hof “*met name de voorwaarde kunnen opleggen dat laboratoria waarvan de exploitatiezetel in een andere lidstaat is gevestigd, ervoor zorgen dat hun analyserapporten door in Frankrijk werkende artsen kunnen worden begrepen*”<sup>221</sup>. Het Hof geeft weliswaar toe dat de Franse autoriteiten moeilijk controles in andere lidstaten kunnen gaan uitvoeren, maar het acht het “*niettemin mogelijk om van de in een andere lidstaat gevestigde laboratoria te verlangen dat zij ten genoegen van de Franse autoriteiten bewijzen dat de controles waaraan zij door de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van hun exploitatiezetel worden onderworpen, niet minder streng zijn dan die welke in Frankrijk gelden, en betrekking hebben op de eerbiediging van bepalingen die ten minste hetzelfde niveau van bescherming van de gezondheid garanderen als de Franse regeling*”<sup>222</sup>. Om dezelfde redenen oordeelt het Hof eveneens dat Frankrijk, door de weigering van de Franse ziekenfondsen om de kosten te vergoeden van analyses die zijn uitgevoerd door laboratoria met exploitatiezetel in een andere lidstaat, het vrije dienstenverkeer schendt<sup>223</sup>.

**104.** In *Schnitzer* ging het om een Duitse regelgeving die een voorafgaande inschrijving in het ambachtsregister vereist. Schnitzer, bedrijfsleider van een Portugese onderneming die stukadoorswerkzaamheden in Beieren verrichtte, kwam in moeilijkheden omdat deze onderneming niet in dit

register was ingeschreven. Het Hof bracht zijn eerdere rechtspraak in herinnering dat dit vereiste een beperking van de vrije dienstverrichting vormt<sup>224</sup>. Een dergelijk vereiste kan weliswaar gerechtvaardigd zijn door dwingende redenen van algemeen belang, “*zoals de doelstelling de kwaliteit van de uitgevoerde ambachtelijke werken te waarborgen en de afnemers ervan te beschermen*”, maar dan nog geldt de geschiktheids- en noodzakelijkheidstest. Daar vloeien in casu een aantal voorwaarden uit die ook voor andere sectoren van belang kunnen zijn:

*“Bijgevolg mag de door de ontvangende lidstaat ingevoerde vergunningsprocedure de uitoefening van het recht van een in een andere lidstaat gevestigde persoon, zijn diensten op het grondgebied van de eerstbedoelde staat te verrichten, niet vertragen of bemoeilijken, nadat het onderzoek naar de voorwaarden voor toegang tot de betrokken activiteiten is verricht en heeft uitgewezen dat aan die voorwaarden is voldaan [...].*

*Wanneer deze voorwaarden zijn vervuld, moet de eventueel vereiste inschrijving in het ambachtsregister van de lidstaat van ontvangst automatisch gebeuren en mag zij noch een voorafgaande voorwaarde vormen voor het verrichten van diensten, noch leiden tot administratieve kosten voor de betrokken verrichter, noch de verplichting doen ontstaan om bijdragen te betalen aan de ambachtskamer.*

*Dit geldt niet alleen voor verrichters van diensten die van plan zijn slechts af en toe, wellicht slechts één keer, diensten te verrichten in de lidstaat van ontvangst, maar ook voor verrichters die herhaaldelijk of min of meer regelmatig diensten verrichten of wensen te verrichten*”<sup>225</sup>.

**105.** Een werkvergunning achtte het Hof in een inbreukprocedure tegen Luxemburg evenmin een passend middel met het oog op de – op zich gerechtvaardigde – bescherming van de werknemers. Luxemburg schreef nl. voor in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichters die personeelsleden onderdanen van derde landen (die rechtmatig in die andere lidstaat verblijven en werken) ter beschikking stellen, een individuele of collectieve werkvergunning voor, waarvan de afgifte afhankelijk was van overwegingen i.v.m. de arbeidsmarkt en het bestaan van een overeenkomst voor onbepaalde tijd en een tewerkstelling bij de dienstverrichter sinds minstens 6 maanden. Het legde die dienstverrichters ook een bankgarantie op. Een werkvergunning, zo het Hof, “*brenkt immers formaliteiten en vertragingen met zich, die het vrij verrichten van diensten door middel van ter beschikking gestelde werknemers die onderdaan zijn van een derde staat, ontmoedigen*”<sup>226</sup>. Een even doeltreffend en minder belem-

<sup>220</sup>. Arrest in zaak C-496/01, *Commissie/Frankrijk*, supra, noot 203, r.o. 66-67.

<sup>221</sup>. Arrest in zaak C-496/01, *Commissie/Frankrijk*, r.o. 69-72.

<sup>222</sup>. Arrest in zaak C-496/01, *Commissie/Frankrijk*, r.o. 74.

<sup>223</sup>. Arrest in zaak C-496/01, *Commissie/Frankrijk*, r.o. 91-95.

<sup>224</sup>. Arrest *Schnitzer*, r.o. 34, met verwijzing naar arrest van 3 oktober 2000, zaak C-58/98, *Corsten*, *Jur.* 2000, I-7919, r.o. 34.

<sup>225</sup>. Arrest *Schnitzer*, r.o. 36-38.

<sup>226</sup>. Arrest van 21 oktober 2004, zaak C-445/03, *Commissie/Luxemburg*, *Jur.* 2004, I-10191, r.o. 30.

merend alternatief zou zijn, een verplichting om de plaatselijke autoriteiten in kennis te stellen van de aanwezigheid van een of meer ter beschikking gestelde werknemers, de duurtijd en de dienst in kwestie<sup>227</sup>.

**106.** De weigering tot terugbetaling van kosten opgelopen i.v.m. het ontvangen van diensten in het buitenland blijft vooral in de medische sector voor belemmeringen van het vrije dienstenverkeer zorgen. In de besproken periode situeren twee uitspraken zich in het verlengde van de in de vorige afleveringen van deze kroniek besproken arresten *Smits en Peerbooms*<sup>228</sup> en *Müller-Fauré en Van Riet*<sup>229</sup>. In het arrest *Inizan* boog het Hof zich o.m. over de verenigbaarheid met het vrije dienstenverkeer van een Franse socialezekerheidsbepaling die de terugbetaling van een ziekenhuisbehandeling in een andere lidstaat afhankelijk stelde van toestemming van het Franse ziekenfonds en daaraan de voorwaarde verbond dat bewezen wordt dat de verzekerde de voor zijn gezondheidstoestand passende behandeling niet op het Franse grondgebied kon ondergaan. Het Hof riep de voornoemde rechtspraak volgens welke “een dergelijk stelsel van voorafgaande administratieve toestemming, ook al derogeert het aan een fundamentele vrijheid [...], gerechtvaardigd [kan] zijn indien het gebaseerd is op objectieve criteria, die niet-discriminerend en vooraf kenbaar zijn, opdat een grens wordt gesteld aan de beoordelingsvrijheid van de nationale autoriteiten en willekeur wordt voorkomen”. Bovendien, zo voegt het Hof toe, moet een dergelijk stelsel “berusten op gemakkelijk toegankelijke procedureregels, die de betrokkenen waarborgen dat hun aanvraag binnen een redelijke termijn objectief en onpartijdig zal worden behandeld, terwijl eventuele weigeringen bovendien in het kader van een beroep in rechte moeten kunnen worden betwist.” De in de Franse bepaling opgelegde eis van het bewijs dat geen passende behandeling in Frankrijk kon worden verkregen, kan voor het Hof door de beugel, voorzover toestemming om in een andere lidstaat een behandeling te ondergaan enkel mag worden geweigerd wanneer in Frankrijk “tijdig een identieke of voor de patiënt even doeltreffende behandeling kan worden verkregen”<sup>230</sup>.

**107.** In de zaak *Leichtle* weigerde de Duitse federale arbeidsdienst verscheidene kosten terug te betalen die Leichtle, een Duits ambtenaar, had opgelopen voor het vol-

gen van een thermale kuur in Italië. Het Hof paste zijn hogergenoemde rechtspraak toe. M.n. de voorwaarde dat een attest nodig is van een arts van de openbare gezondheidsdienst of een controlerend arts waaruit blijkt dat de buitenlandse thermale kuur absoluut nodig is wegens de veel grotere kans op succes buiten Duitsland, ontmoedigt volgens het Hof naar haar aard ambtenaren om zich tot in andere lidstaten gevestigde kuuroorden te wenden<sup>231</sup>. Als rechtvaardigingsgrond schermde de Duitse en Spaanse regering met het financieel evenwicht van het stelsel van Duitse kuurinrichtingen. Dit verweer bleek evenwel niet specifiek genoeg om de voornoemde voorwaarde te rechtvaardigen. Bovendien wees het Hof erop dat niets de lidstaten belet om voor een in het buitenland gevolgde thermale kuur eenzelfde bovengrens voor tegemoetkomingen op te leggen als voor een in Duitsland gevolgde kuur: een dergelijke bovengrens, die “kan worden gerechtvaardigd door de overweging dat de door de lidstaat te dragen kosten moeten worden beperkt tot hetgeen medisch gezien noodzakelijk is, berust immers op een objectief, niet-discriminerend en transparant criterium”<sup>232</sup>. Ook onvereenigbaar met de artikelen 49 en 50 EG is de Duitse regeling die de vergoeding van de desbetreffende kosten uitsluit ingeval de betrokkene niet heeft gewacht op de beëindiging van de gerechtelijke procedure tegen de weigering van het verlenen van bijstand, vooraleer hij de kuur begint<sup>233</sup>.

**108.** Bij de beoordeling van de rechtmatigheid van beperkingen op het vrije dienstenverkeer laat het Hof, waar nodig, ook de bescherming van de grondrechten doorwegen. Zo stond in het arrest *Omega Spielhallen* een verbodsbeschikking van de stad Bonn ter discussie, waarmee deze stad een Duitse vennootschap verbood om in het kader van de door haar te Bonn uitgebate “laserdrome” een spel aan te bieden waarbij het doden van mensen werd gesimuleerd. Het *Bundesverwaltungsgericht* zag in deze beschikking een inbreuk op artikel 49 EG omdat Omega terzake een franchiseovereenkomst had gesloten met een Britse vennootschap. Desgevraagd oordeelde het Hof evenwel dat deze maatregel, genomen ter bescherming van de openbare orde, niet in strijd is met het gemeenschapsrecht: zijn doel, het beschermen van de menselijke waardigheid, is op zichzelf een algemeen rechtsbeginsel van de communautaire rechtsorde. Interessant is de precisering van het Hof dat het gemeenschapsrecht “niet vereist dat alle lidstaten [...] eenzelfde overtuiging

<sup>227</sup>. Arrest in zaak C-445/03, *Commissie/Luxemburg*, r.o. 31. Ook de andere door Luxemburg aangedragen rechtvaardigingsgronden, nl. sociale bescherming en het vermijden van verstoringen op de arbeidsmarkt, achtte het Hof op zich weliswaar pertinent, maar de desbetreffende maatregelen werden niet geschikt en/of disproportioneel bevonden: r.o. 32-48. Zie ook over deze problematiek, vanuit het oogpunt van richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (*PB*. 1997, L. 18, 1), het arrest van 12 oktober 2004, zaak C-60/03, *Wolff & Müller*, *Jur.* 2004, I-9553.

<sup>228</sup>. Arrest van 12 juli 2001, zaak C-157/99, *Smits en Peerboom*, *Jur.* 2001, I-5473, besproken in *Kroniek 1999-2001*, *T.B.H.* 2002, p. 533, randnr. 65 en p. 537, randnr. 73.

<sup>229</sup>. Arrest van 13 mei 2003, zaak C-385/99, *Müller-Fauré en Van Riet*, *Jur.* 2003, I-4509, besproken in *Kroniek 2001-2003*, *T.B.H.* 2004, p. 662, randnr. 86.

<sup>230</sup>. Arrest van 23 oktober 2003, zaak C-56/01, *Inizan*, *Jur.* 2003, I-12403, r.o. 56-59.

<sup>231</sup>. Arrest van 18 maart 2004, zaak C-8/02, *Leichtle*, *Jur.* 2004, I-2641.

<sup>232</sup>. Arrest *Leichtle*, r.o. 48, met verwijzing naar arrest *Müller-Faure en Van Riet*, r.o. 107.

<sup>233</sup>. Arrest *Leichtle*, r.o. 52-59.

delen met betrekking tot de wijze van bescherming van het betrokken grondrecht of rechtmatig belang”<sup>234</sup>.

### C. Financiële diensten

**109.** In de besproken periode waren er verscheidene uitspraken m.b.t. financiële diensten<sup>235</sup>, waarvan een tweetal vermeldenswaard zijn. In het arrest *Paul* ging het om de uitlegging van de Depositogarantierichtlijn en de Europese Bankrichtlijnen in een situatie waarin Paul en anderen de gedupeerde spaarders waren van het faillissement van een Duitse bank die niet was toegelaten tot het Duitse depositogarantiestelsel<sup>236</sup>. Zij brachten een schadeclaim uit tegen de Duitse Bondsrepubliek omdat zij hun deposito's niet verloren zouden hebben als Duitsland de Depositogarantierichtlijn op tijd, d.w.z. vóór 1 juli 1995, had omgezet (wat pas bij wet van 16 juli 1998 gebeurde). Een Duitse rechtbank veroordeelde Duitsland weliswaar wegens een gekwalificeerde schending van EG-recht, nl. de te late omzetting van de richtlijn, maar plafonneerde de vergoeding op 20.000 euro, d.w.z. het garantiebedrag vermeld in de richtlijn, vermeerderd met rente. Voor het financiële nadeel boven dit bedrag werden de vorderingen afgewezen met verwijzing naar de Duitse regels inzake overheidsaansprakelijkheid, nl. dat deze slechts voorligt jegens particulieren indien “ambtsplichten jegens een derde” zijn geschonden, wat hier niet het geval was aangezien het *Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen* zijn taken enkel in het algemeen belang vervult. Het Hof, daarin ondervraagd door het *Bundesgerichtshof*, antwoordt dat de bepalingen van de Depositogarantierichtlijn zich niet tegen deze Duitse aansprakelijkheidsregeling verzetten: wanneer de schadeloosstelling is gegarandeerd zoals de richtlijn bepaalt, verleent de richtlijn volgens het Hof “de deposanten niet het recht te verlangen dat de bevoegde autoriteiten in hun belang zorg dragen voor toezichtsmaatregelen”<sup>237</sup>. Ook de andere Europese Bankrichtlijnen verzetten zich volgens het Hof niet tegen deze Duitse regels inzake overheidsaansprakelijkheid. Interessant maar enigszins ont-nuchterend daarbij zijn de volgende twee opmerkingen van het Hof: (i) na vastgesteld te hebben dat deze materie niet door de Bankrichtlijnen wordt geregeld, overweegt het dat

“[d]e coördinatie van de nationale voorschriften inzake de aansprakelijkheid van de nationale autoriteiten jegens de deposanten in geval van gebrekkig toezicht, [...] niet noodzakelijk [lijkt]” om het Europese bankstelsel gebaseerd op wederzijdse erkenning van vergunningen en *home country control* door te voeren; en (ii) daar voegt het aan toe dat “in een aantal lidstaten, net als in het Duitse recht, uitgesloten [is] dat de nationale autoriteiten die toezicht houden op de kredietinstellingen, in geval van gebrekkig toezicht aansprakelijk kunnen zijn jegens particulieren”, een regeling waarvan het Hof noteert dat zij “gebaseerd [is] op overwegingen in verband met de complexiteit van het toezicht op het bankwezen, in het kader waarvan de autoriteiten verplicht zijn zeer verschillende belangen te beschermen, waaronder meer in het bijzonder, dat van de stabiliteit van het financiële stelsel”<sup>238</sup>.

**110.** In een inbreukprocedure tegen Frankrijk<sup>239</sup> ging het om een Franse inkomstenbelastingwetgeving die inkomsten uit beleggingen (obligaties, kasbonnen,...) en verzekeringscontracten, waarvan de schuldenaar niet in Frankrijk woont of is gevestigd, volledig van de toepassing van de bevrijdende voorheffing uitsloot. Uiteraard weerhoudt dat niet alleen Franse belastingplichtigen om dergelijke contracten te sluiten/investeringen aan te gaan: het belemmert ook in andere lidstaten gevestigde ondernemingen om kapitaal in Frankrijk aan te trekken en vormt derhalve ook een beperking van het vrije kapitaalverkeer. De Franse regering wist het Hof niet te overtuigen van een sluitende rechtvaardiging. Inhouding aan de bron is stellig een handeling die het de belastingadministratie eenvoudig maakt, maar dergelijke administratieve (on)gemakken volstaan niet om een belemmering van het vrije diensten- en kapitaalverkeer te rechtvaardigen. Bovendien had de Franse regering zelf erkend dat deze praktische problemen voorkomen konden worden door voor de toepassing van de bevrijdende roerende voorheffing in het kader van de aangifte van de inkomstenbelasting te voorzien in een jaarlijkse vrijwillige opgave van financiële inkomsten verkregen van in andere lidstaten gevestigde ondernemingen. Ook wijst het Hof, zoals het dat vroeger al zo dikwijls deed, naar de mogelijkheid om gebruik te maken van de wederzijdse-bijstandrichtlijn 77/799/EEG<sup>240</sup>.

<sup>234</sup>. Arrest van 14 oktober 2004, zaak C-36/02, *Omega Spielhallen*, *Jur.* 2004, I-11583, r.o. 37.

<sup>235</sup>. Melding kan ook worden gemaakt van de arresten van 16 oktober 2003, zaak C-489/01, *Commissie/Verenigd Koninkrijk*, *Jur.* 2003, I-12037, waarin het Verenigd Koninkrijk wordt veroordeeld wegens het niet ten uitvoer leggen van de richtlijn beleggercompensatiestelsels (richtlijn 97/9/EG van 3 maart 1997, *PB.* 1997, L. 84, 22) voor Gibraltar; 7 september 2004 in zaak C-346/02, *Commissie/Luxemburg*, *Jur.* 2004, I-7517 (verenigbaarheid van het Luxemburgse bonus-malussysteem voor autoverzekeringen met de Derde Schadeverzekeringsrichtlijn) en zaak C-347/02, *Commissie/Frankrijk*, *Jur.* 2004, I-7557 (verenigbaarheid van de Franse bonus-malusregeling voor autoverzekeringen met de Derde Schadeverzekeringsrichtlijn); en 16 september 2004, zaak C-28/03, *Anaptyxis*, *Jur.* 2004, I-8533 (nationale wettelijke regeling op grond waarvan i.g.v. faillissement, liquidatie of een vergelijkbare toestand van insolventie van de verzekeringsonderneming de activa die de technische voorzieningen dekken, kunnen worden aangewend voor de betaling van loonvorderingen bij voorrang boven de betaling van vorderingen uit hoofde van de verzekering).

<sup>236</sup>. Arrest van 12 oktober 2004, zaak C-222/02, *Paul*, *Jur.* 2004, I-9425.

<sup>237</sup>. Arrest *Paul*, r.o. 30.

<sup>238</sup>. Arrest *Paul*, r.o. 43-44.

<sup>239</sup>. Arrest in zaak C-334/02, *Commissie/Frankrijk*, *supra*, noot 179.

<sup>240</sup>. Arrest in zaak C-334/02, *Commissie/Frankrijk*, r.o. 29-33. Ietwat bevreemdend is hoe het Hof op een aantal punten bij het weerleggen van de argumenten van de Franse regering zonder meer doorverwijst naar de conclusie van de advocaat-generaal (zie vooral r.o. 33).



## IV. VRIJ KAPITAALVERKEER

111. Het vrije kapitaalverkeer rukt gestaag verder op, al blijft het totale aantal arresten relatief beperkt. Een vijftal van de in de besproken periode op dit domein gewezen arresten hebben bovendien betrekking op nationale fiscale regelingen. Vooraleer hierop in te gaan, even aandacht voor *Ospelt*<sup>241</sup> en een inbreukprocedure tegen Italië m.b.t. gepri vatiseerde ondernemingen<sup>242</sup>. In het eerstgenoemde arrest, een zoveelste zaak over beperkingen op de verwerving van grondeigendom in Oostenrijk, ging het om een Liechtensteinse die een kasteel in Oostenrijk bewoont en dit, samen met de omliggende eigendom, aan haar Liechtensteinse familiestichting verkocht als onderdeel van een vermogensplanning. De deelstatelijke overheid weigerde hiertoe echter vergunning te verlenen omdat de stichting geen landbouwactiviteit uitoefende – al had zij wel het voornemen de verpachtingen toegekend door *Ospelt* voort te zetten – en omdat de transactie inging tegen het doel van de bewuste wetgeving om een economisch rendabele boerenstand te vrijwaren. De vraag rees ook of het hier ging om een “intra-communautaire” vorm van kapitaalverkeer dan wel kapitaalverkeer met derde landen.

Het Hof herinnerde er eerst aan dat, ondanks het klassieke voorbehoud inzake de regeling van eigendom vervat in artikel 295 (ex art. 222) EG, de fundamentele communautaire regels inzake non-discriminatie, vrije vestiging en vrij kapitaalverkeer blijven gelden<sup>243</sup>. Voorts maakt het duidelijk dat hier de toepasselijke regels niet zozeer de artikelen 56 e.v. EG zijn, maar de inhoudelijk identieke bepalingen van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (“EER”; het betreft art. 40 en bijlage XII daarvan), waarbij zowel Liechtenstein als Oostenrijk partij zijn, en voor wier uitlegging het zich bevoegd acht<sup>244</sup>. Het zou ingaan tegen de doelstelling van een zo volledig mogelijke verwezenlijking van het kapitaalverkeer binnen de EER indien lidstaten zich ten aanzien van een EVA-staat als Liechtenstein konden beroepen op de exceptie waarin artikel 57 (ex 73C) EG voorziet voor kapitaalverkeer met derde landen<sup>245</sup>.

Op het vlak van de toetsing toonde het Hof zich soepel. Het acht het woonplaatsvereiste vervat in de wetgeving “niet a priori discriminatoir”<sup>246</sup> (wat in vele andere rechtspraak

anders is). Ook meent het dat de wetgeving doelstellingen van algemeen belang nastreeft die beperkingen op het kapitaalverkeer kunnen rechtvaardigen, zoals sociale doelstellingen (behoud van de boerenstand, spreiding van grondbezit, bevordering van rationeel gebruik van de beschikbare grond) die in lijn zijn met deze van het gemeenschappelijk landbouwbeleid. Zelfs van disproportionaliteit lijkt voor het Hof op het eerste gezicht geen sprake nu het om een voorafgaande vergunningsplicht gaat. Toch voldoet één van de vereisten van het stelsel niet aan de evenredigheidstest: eisen dat de verkrijger *zelf* de grond moet bewerken is onevenredig, aangezien het belet dat landbouwers die niet over voldoende middelen beschikken om grond aan te schaffen, deze niet kunnen pachten van een rechtspersoon zoals in de transactie in kwestie. Een minder belemmerend alternatief zou zijn een rechtspersoon-koper bijzondere verplichtingen op te leggen, zoals de verpachting van de grond voor lange duur<sup>247</sup>.

112. De Italiaanse inbreukprocedure ligt in de lijn van de belangrijke “privatiserings”-arresten die het Hof in 2002 uitsprak en die in de vorige aflevering van deze kroniek<sup>248</sup> aan bod kwamen. Zij betrof een Italiaans wetsdecreet dat voorzag in de automatische schorsing van de stemrechten verbonden aan meer dan 2% van het maatschappelijk kapitaal van ondernemingen in de gas- en elektriciteitssector ingeval het deelnemingen betreft van openbare ondernemingen die niet aan gereglementeerde financiële markten zijn genoteerd en een machtspositie hebben. De regeling had expliciet tot doel “mededingingsversturende aanvallen” door openbare bedrijven die in andere lidstaten in dezelfde sector actief zijn, te vermijden. Aangezien zij het de betrokken buitenlandse bedrijven “onmogelijk maakt daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van en de zeggenschap over de Italiaanse ondernemingen die werkzaam zijn op de gas- en de elektriciteitsmarkt”<sup>249</sup>, kon het Hof moeilijk anders dan een beperking van het vrij kapitaalverkeer vaststellen; dat de regeling slechts tot een bepaalde categorie openbare ondernemingen was gericht, deed daaraan niets af<sup>250</sup>.

De “rule of reason”-toetsing die het Hof vervolgens uitvoert, is dezelfde als onder het vestigingsrecht en het dien-

<sup>241</sup>. Arrest van 23 september 2003, zaak C-452/01, *Ospelt*, *Jur.* 2003, I-9743. Zie o.a. K.J.M. MORTELMANS, *S.E.W.* 2004, 45-47.

<sup>242</sup>. Arrest van 2 juni 2005, zaak C-174/04, *Commissie/Italië, nog niet gepubliceerd in Jur.* Zie o.a. B.J. DRUBER, *Ondernemingsrecht* 2005, 371; W. KILIAN, “Italienisches Gesetz zu Stimmrechtsbeschränkungen bei Strom- und Gasversorgern gemeinschaftswidrig”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2005, 440-441; G. JAZOTTES, “Droit européen des affaires”, *Rev. trim. dr. comm.* 2005, 627-629.

<sup>243</sup>. Arrest *Ospelt*, r.o. 24.

<sup>244</sup>. Arrest *Ospelt*, r.o. 25-29.

<sup>245</sup>. Arrest *Ospelt*, r.o. 30-31.

<sup>246</sup>. Arrest *Ospelt*, r.o. 37.

<sup>247</sup>. Arrest *Ospelt*, r.o. 46-52.

<sup>248</sup>. Zie *Kroniek 2001-2003*, T.B.H. 2004, p. 664-666, randnrs. 92-95.

<sup>249</sup>. Arrest in zaak C-174/04, *Commissie/Italië*, r.o. 30.

<sup>250</sup>. Arrest in zaak C-174/04, *Commissie/Italië*, r.o. 32. In r.o. 33 verwerpt het Hof terecht de (ver gezochte) analogie die de Italiaanse regering maakte met stemrechtbeperkingen voorzien in richtlijn 2004/39/EG betreffende markten voor financiële instrumenten (*P.B.* 2004, L. 145, 1).

stenverkeer. De Italiaanse regering tracht vergeefs een aantal rechtvaardigingsgronden op te geven. Haar argument dat zo wordt vermeden dat mededingingsversturende aanvallen op de Italiaanse energiemarkt plaatsvinden, verwijst het Hof meteen naar de prullemand: “*het belang om de mededingingsstructuur voor de betrokken markt in het algemeen te versterken [levert] geen geldige rechtvaardigingsgrond op[...] voor beperkingen van het kapitaalverkeer*”<sup>251</sup>. Ook de noodzaak tot veiligstelling van de energievoorziening in Italië overtuigt het Hof niet: dit is weliswaar onder bepaalde voorwaarden een grond ter rechtvaardiging van beperkingen op de verdragsvrijheden, maar “*de Italiaanse regering toont niet aan in hoeverre de beperking van de stemrechten, die slechts geldt voor een specifieke categorie openbare ondernemingen, onmisbaar is om het betrokken doel te bereiken*”<sup>252</sup>.

**113.** Zo belanden we bij de fiscale zaken. Een eerste zaak, *Barbier*<sup>253</sup>, betrof een Nederlandse regeling inzake successierechten. Een Nederlandse belastinginspecteur weigerde om bij de waardebepaling van de onroerende zaken die de overleden – en met zijn familie in 1970 naar België verhuisde – Barbier in Nederland in eigendom had, de “leveringsverplichting” m.b.t. deze zaken (d.w.z. de goederenrechtelijke plicht om de zaak te leveren aan een andere persoon die de economische eigendom hiervan heeft) in mindering te brengen, met als motivering dat Barbier op het moment van zijn overlijden niet in Nederland woonde. Dat hier een beperking van het kapitaalverkeer voorlag, was voor het Hof een uitgemaakte zaak: investeringen in onroerende zaken vormen kapitaalverkeer, het is niet relevant dat de fiscale maatregel uitgaat van de lidstaat van oorsprong en het beroep op de vrij-verkeersrechten in dit verband “*is niet afhankelijk van het bestaan van andere grensoverschrijdende elementen*”<sup>254</sup>. De Nederlandse regering had nl. geargumenteed dat Barbier enkel zijn domicilie had verplaatst, hetgeen geen economische activiteit is<sup>255</sup>.

De diverse argumenten van de Nederlandse regering vingen bot. Zo betoogde zij dat hier geen verschil in behandeling van vergelijkbare situaties voorlag wegens het beginsel van internationaal belastingrecht dat de bevoegdheid betreffende zakelijke verplichtingen toekomt aan de staat waar de zaak

is gelegen, terwijl persoonlijke verplichtingen (zoals in casu de leveringsverplichting) door de woonstaat in aanmerking moeten worden genomen. Het Hof kon ermee volstaan de verwijzende rechter zelf aan te halen, die meende dat een dergelijk toedelingsbeginsel niet bestaat wegens de te grote successierechtelijke verschillen tussen de lidstaten<sup>256</sup>. Ook het argument dat de erven van Barbier geen gemeenschapsrechtelijke bescherming behoeften omdat de transactie zo gestructureerd was met het oogmerk de overdrachtsbelasting te ontgaan of uit te stellen, stootte op de nuchtere opmerking dat “*een ingezetene van de Gemeenschap niet de mogelijkheid om zich op de bepalingen van het Verdrag te beroepen kan worden ontnomen op grond dat hij profiteert van fiscale voordelen die rechtmatig worden geboden door voorschriften die in een andere lidstaat dan zijn woonstaat gelden*”<sup>257</sup>.

**114.** In het arrest *Lenz*<sup>258</sup> gaat het Hof *in extenso* in op de contouren van de uitzondering op het vrije kapitaalverkeer die vervat is in artikel 58 (ex 73D) lid 1 *sub a* EG, luidens welk het vrije kapitaalverkeer niets afdoet aan het recht van de lidstaten de ter zake dienende bepalingen van hun belastingwetgeving toe te passen die onderscheid maken tussen belastingplichtigen die niet in dezelfde situatie verkeren m.b.t. hun vestigingsplaats of de plaats waar hun kapitaal is belegd. In het geding was een Oostenrijkse inkomstenbelastingenwet krachtens welke de toepassing van een bevrijdend belastingtarief van 25% of van een gehalveerd belastingtarief werd voorbehouden voor dividendden uit een in Oostenrijk gevestigde vennootschap, met uitsluiting van dividendden uit het buitenland. De Oostenrijkse en drie andere regeringen beriepen zich ter rechtvaardiging van deze bepaling op het voornoemde artikel 58 lid 1 *sub a* EG. Het Hof ging evenwel niet akkoord. Als afwijking op het fundamentele beginsel van vrij kapitaalverkeer moet die uitzondering “*strikt [...] worden uitgelegd*” en kan zij “*niet aldus [...] worden uitgelegd dat elke belastingwetgeving die onderscheid tussen belastingplichtigen maakt naar gelang van de plaats waar zij hun kapitaal beleggen, automatisch verenigbaar is met het Verdrag.*” Immers, de uitzondering wordt zelf beperkt door artikel 58 lid 3 EG, luidens hetwelk de voornoemde maatregelen “*geen middel tot willekeurige discriminatie [mogen] vormen, noch een verkapte beperking van het vrije kapitaalverkeer en betalingsverkeer als*

<sup>251.</sup> Arrest in zaak C-174/04, *Commissie/Italië*, r.o. 37. In r.o. 38 verwijst het Hof naar de betekenis op dit vlak van de EG-Concentratieverordening.

<sup>252.</sup> Arrest in zaak C-174/04, *Commissie/Italië*, r.o. 40.

<sup>253.</sup> *Supra*, noot 180. Zie o.a. N. DAUTZENBERG, “Bei Berechnung der Erbschaftsteuer darf die Verpflichtung zur Übertragung einer unbeweglichen Sache an den wirtschaftlichen Eigentümer nicht nur dann berücksichtigt werden, wenn der Erblasser im Belegenheitsstaat wohnte”, *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 2004, 129-131; F. SONNEVELDT, *European Taxation* 2004, 284-287; I.J.F.A. VAN VIJFEIJKEN, “Barbier en de gevolgen voor het recht van overgang”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2004, 631-639; M. DASSESE, “‘Droit au départ’ et droits de succession”, *DAOR* 2004, 3-11; T. VON HIPPEL, “Fremdnützige Vermögenstransfers – ein Anwendungsfall der Kapitalverkehrsfreiheit?”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2005, 7-10.

<sup>254.</sup> Arrest *Barbier*, r.o. 59-61.

<sup>255.</sup> De Nederlandse regering beriep zich terzake op het arrest van 26 januari 1993, zaak C-112/91, *Werner*, *Jur.* 1993, I-429; zie *Kroniek 1993-1994*, T.B.H. 1994, p. 771-772, nrs. 65-66.

<sup>256.</sup> Arrest *Barbier*, r.o. 65-66.

<sup>257.</sup> Arrest *Barbier*, r.o. 71.

<sup>258.</sup> *Supra*, noot 180. Zie o.a. L. IDOT, “L'imposition des dividendes et le principe communautaire de libre circulation”, *Europe* 2004, nr. 322, 20-21; A. LANDSMEER, *S.E.W.* 2005, 283-284.

omschreven in artikel [56]<sup>259</sup>. Bijgevolg kan de Oostenrijkse regeling enkel verenigbaar zijn met de verdragsbepalingen “indien het verschil in behandeling betrekking heeft op situaties die niet objectief vergelijkbaar zijn, of wordt gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, zoals de noodzaak om de samenhang van het belastingstelsels te bewaren, de strijd tegen belastingontwijking en de doeltreffendheid van de fiscale controles”. Bovendien mag “het verschil in behandeling tussen verschillende categorieën van kapitaalopbrengsten [...] niet verder gaan dan nodig is om het door de betrokken regering nagestreefde doel te bereiken”<sup>260</sup>.

De voornoemde regeringen hebben zonder succes geprobeerd om de situatie van Lenz als een objectief verschillende situatie voor te stellen. Volgens het Hof kunnen zowel de kapitaalopbrengsten van Oostenrijkse oorsprong als die vanuit andere lidstaten aan een dubbele belasting worden onderworpen; t.a.v. een fiscale bepaling die de gevolgen van dubbele belasting over de vennootschapswinsten tracht te verzachten verkeren de in Oostenrijk onbeperkt belastingplichtige aandeelhouders die dividenden uit een andere lidstaat ontvangen, in een vergelijkbare situatie als diegenen die dividenden van een Oostenrijkse vennootschap ontvangen. Een verschil in situatie in de zin van artikel 58 lid 1 sub a), is niet voorhanden<sup>261</sup>. De fiscale cohesie en derving van fiscale inkomsten worden andermaal afgewezen als rechtvaardigingsgrond<sup>262</sup>. Gelden evenmin als rechtvaardiging: de omstandigheid dat de inkomsten van in een andere lidstaat gevestigde vennootschappen daar aan een lagere belasting zijn onderworpen<sup>263</sup>; andere fiscale voordelen voor Oostenrijkse beleggers, aangezien een ongunstige fiscale behandeling in strijd met een fundamentele vrijheid niet kan worden gerechtvaardigd door andere voordelen, als die al bestaan<sup>264</sup>; de doeltreffendheid van fiscale controles; en gewone administratieve ongemakken zoals het feit dat rechtstreekse

inhouding aan de bron voor de belastingadministratie eenvoudiger is<sup>265</sup>.

**115.** Het fiscale-cohesieargument steekt andermaal de kop op in *Weidert en Paulus*<sup>266</sup>. Het ging om een Luxemburgse fiscale bepaling die een aftrek van het belastbaar inkomen uitsluit wanneer natuurlijke personen aandelen verwerven tegen contant geld in kapitaalvennootschappen gevestigd in andere lidstaten. De Luxemburgse regering trachtte de maatregel te rechtvaardigen door erop te wijzen dat de aftrek van belastbaar inkomen voor de verwerving van in Luxemburg gevestigde vennootschappen gecompenseerd werd door de belastingheffing over dividenden die deze vennootschappen uitkeren; deze laatste werd op grond van het Belgisch-Luxemburgs dubbelbelastingverdrag met 15% verminderd vanwege de bronheffing in België. Het Hof wees op het “strikt en binnen de grenzen van de evenredigheid” te interpreteren karakter van de fiscale-cohesieuitzondering en op het rechtstreeks verband dat terzake steeds moet voorliggen<sup>267</sup>. Welnu, dat rechtstreeks verband was er ook hier niet: (i) er is geen enkele waarborg dat vennootschappen waarin een investering is verricht die recht geeft op het belastingvoordeel, dividenden zullen uitkeren en de heffing daarover het voordeel compenseert; (ii) de Belgische bronbelasting levert de betrokken belastingplichtige geen enkel voordeel op; (iii) meer in het bijzonder kan het voornoemde dubbelbelastingverdrag, dat “juist ten doel heeft de fiscale samenhang te waarborgen, [...] niet worden aangevoerd als een oorzaak van een gebrek aan samenhang”<sup>268</sup>.

**116.** In dezelfde lijn als de vorige uitspraken bevindt zich het arrest *Manninen*<sup>269</sup>. Ditmaal lag de verenigbaarheid met het kapitaalverkeer voor van een Finse regeling inzake belastingkrediet, krachtens welke een in Finland gevestigde onbeperkt belastingplichtige geen recht heeft op een belastingkrediet voor dividenden die hem worden uitgekeerd door

<sup>259</sup>. Arrest *Lenz*, r.o. 26.

<sup>260</sup>. Arrest *Lenz*, r.o. 27.

<sup>261</sup>. Arrest *Lenz*, r.o. 31-33.

<sup>262</sup>. Arrest *Lenz*, r.o. 34-40.

<sup>263</sup>. Arrest *Lenz*, r.o. 49 en punt 2 *dictum*; zie ook r.o. 41, waar het Hof expliciet stelt dat het “voor de beoordeling van de verenigbaarheid van een nationale regeling [...] met de artikelen [56 en 58] leden 1 en 3 van het Verdrag niet relevant [is] hoe hoog de belasting is die aan in andere lidstaten gevestigde vennootschappen wordt opgelegd.”

<sup>264</sup>. Arrest *Lenz*, r.o. 43.

<sup>265</sup>. Arrest *Lenz*, r.o. 44-47 resp. 48.

<sup>266</sup>. *Supra*, noot 180.

<sup>267</sup>. Arrest *Weidert en Paulus*, r.o. 20-21.

<sup>268</sup>. Arrest *Weidert en Paulus*, r.o. 22-26.

<sup>269</sup>. *Supra*, noot 180. Zie o.a. H.-J. KREBS en A. BÖDEFELD, “Verbot der Anrechnung ausländischer Körperschaftsteuer auf die Einkommensteuer des Anteilseigners europarechtswidrig”, *Betriebs-Berater* 2004, 1416-1421; K.D. HAHNE en R. HAMACHER, “Zur Europarechtswidrigkeit der Besteuerung ausländischer Dividendenerträge nach dem Anrechnungsverfahren”, *Der Betrieb* 2004, 1340-1342; A. RUST, “Renaissance der Kohärenz”, *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 2004, 450-454; R. HAMACHER en K.D. HAHNE, “Aspekte der Anrechnung von Körperschaftsteuern auf ausländische Dividendenerträge”, *Der Betrieb* 2004, 2386-2389; K. EICKER en T. KETTELER, “Die verfahrensrechtliche Durchsetzung von Gemeinschaftsrecht im Steuerrecht am Beispiel der Rs. Manninen und die Frage der Durchbrechung der Bestandskraft”, *Betriebs-Berater* 2005, 131-135; M. RIBBROCK, “Das EuGH-Urteil in der Rechtssache Manninen – Anforderungen an eine europarechtskonforme Besteuerung von Auslandsdividenden”, *Recht der Internationalen Wirtschaft* 2005, 130-135; A. LANDSMEER, *S.E.W.* 2005, 283-284; L. HINTSANEN en K. PETTERSSON, “The Implications of the ECJ Holding: the Denial of Finnish Imputation Credits in Cross-Border Situations to Be Incompatible with the EC Treaty in the Manninen Case”, *European Taxation* 2005, 130-137; A. LINDEMANN, “Auswirkungen der EuGH-Verfahren Manninen/Meilicke für die Investmentbesteuerung”, *Betriebs-Berater* 2005, 1931-1935; J. DE WEERTH, “Zur rückwirkenden Anwendung von EuGH-Urteilen am Beispiel der ‘Manninen’-Entscheidung des EuGH”, *Der Betrieb* 2005, 1407-1412; M. DASSESSE, “Taxation des dividendes transfrontaliers après l’arrêt Manninen: état des lieux et perspectives”, *C.D.E.* 2005, 493-514.

in een andere lidstaat (in casu Zweden) gevestigde naamloze vennootschappen. Zoals in *Lenz*, onderzocht het Hof in de eerste plaats of deze regeling een rechtvaardiging vindt in artikel 58 lid 1 *sub a*) EG. Het Hof herhaalt de toepassingsvoorwaarden van deze uitzondering en stelt vast dat in casu in Finland gevestigde onbeperkt belastingplichtigen zich in een vergelijkbare situatie bevinden, ongeacht zij dividenden uit een Finse dan wel een Zweedse vennootschap ontvangen<sup>270</sup>. Het Franse verweer dat de Finse regeling in overeenstemming is met het fiscale territorialiteitsbeginsel, vangt bot: volgens het Hof is de regeling geen uitvloeisel van het territorialiteitsbeginsel – dat hoe dan ook niet een afwijking op artikel 58 lid 1 *sub a*) EG kan rechtvaardigen – aangezien dit beginsel zich er niet tegen verzet dat aan een in Finland onbeperkt belastingplichtige een belastingkrediet wordt toegekend voor dividenden die zijn uitgekeerd door in andere lidstaten gevestigde vennootschappen<sup>271</sup>. Het fiscale-cohesieargument wordt afgewezen: hoewel het Hof toegeeft dat de Finse belastingregeling berust op een verband tussen het fiscale voordeel en de compenserende heffing (vennootschapsbelasting), acht het haar niet noodzakelijk. De samenhang zou niet in gevaar worden gebracht door aan de betrokken aandeelhouder een belastingkrediet toe te kennen dat wordt berekend op basis van de vennootschapsbelasting die de Zweedse vennootschap in Zweden verschuldigd is. De praktische moeilijkheden die de Finse en Britse regering hiertegen inbrengen, acht het Hof in casu niet voorhanden; sowieso kunnen eventuele moeilijkheden bij de vaststelling van de daadwerkelijk betaalde belasting een belemmering van het vrij kapitaalverkeer niet rechtvaardigen<sup>272</sup>.

**117.** *Last but not least* is er het arrest *D/Inspecteur van de Belastingdienst*<sup>273</sup>. De zaak gaat over de verenigbaarheid met het vrije kapitaalverkeer van de Nederlandse wetgeving inzake vermogensbelasting. D., een Duitser woonachtig in Duitsland, heeft 10% van zijn vermogen in Nederland; de overige 90% houdt hij in Duitsland. Hij vroeg aan de Nederlandse belastinginspecteur, met een beroep op het gemeenschapsrecht, om in aanmerking te komen voor de belastingvrije som die binnenlandse (maar niet buitenlandse) belastingplichtigen onder de betrokken wet in mindering mogen brengen op hun wereldvermogen. Toen dit geweigerd werd, beriep hij zich voor de rechter op de onverenigbaarheid hier-

van met de artikelen 56 e.v. EG, alsook, opmerkelijk genoeg, op de non-discriminatiebepaling van het Belgisch-Nederlandse dubbelbelastingverdrag van 2000, waaruit volgt dat inwoners van België wel recht op de belastingvrije som hebben.

Ofschoon D. bot vangt bij het Hof, bevat het arrest een aantal interessante passages. Het Hof begint met zijn “*Schumacker*”-rechtspraak te recapituleren, die op het vlak van de inkomstenbelasting postuleert dat de situatie van een ingezetene verschilt van die van een niet-ingezetene zodat de niet-toekenning van een aantal belastingvoordelen aan laatstgenoemde in regel niet discriminerend is; dit is maar anders ingeval de niet-ingezetene geen inkomsten van betekenis in de woonstaat verwerft en het grootste deel van zijn belastbaar inkomen haalt uit arbeid in de werkstaat<sup>274</sup>. Volgens het Hof komt de situatie van de vermogensbelastingplichtige in verschillende opzichten overeen met die van de inkomstenbelastingplichtige: vermogensbelasting is eveneens een directe belasting o.b.v. draagkracht en geldt als aanvulling op de inkomstenbelasting, en bovendien bezit de vermogensbelastingplichtige in regel het grootste deel van zijn vermogen in de staat waarvan hij ingezetene is. Als dus een belastingplichtige slechts een niet-wezenlijk deel van zijn vermogen bezit in een andere lidstaat dan de staat waarvan hij ingezetene is, is zijn situatie in regel niet vergelijkbaar met die van de ingezetenen van die andere lidstaat en komt het niet toekennen van een belastingvrije som niet neer op een discriminatie<sup>275</sup>.

**118.** Het “meestbegunstigings”-argument, gebaseerd op het Belgisch-Nederlandse dubbelbelastingverdrag, wist het Hof evenmin te overtuigen. Het Hof gaf toe dat, ofschoon de werkingssfeer van een bilateraal belastingverdrag beperkt is tot de in dat verdrag genoemde natuurlijke of rechtspersonen, er situaties bestaan waarin de voordelen van dat verdrag kunnen worden uitgebreid tot ingezetenen van niet-verdragspartijen: zo had het in het arrest *Saint-Gobain* geoordeeld dat i.g.v. een dubbelbelastingverdrag tussen een lidstaat en een derde land, de betrokken lidstaat ingevolge het beginsel van nationale behandeling verplicht is, de in dat verdrag voorziene voordelen onder dezelfde voorwaarden aan vaste inrichtingen van buitenlandse vennootschappen te verlenen als aan binnenlandse vennootschappen<sup>276</sup>. Toch is

<sup>270</sup>. Arrest *Manninen*, r.o. 28-37.

<sup>271</sup>. Arrest *Manninen*, r.o. 38-39. Ook in het arrest *Laboratoires Fournier*, *supra*, noot 180, r.o. 18, verwierp het Hof een argument van de Franse regering gebaseerd op het fiscale territorialiteitsbeginsel.

<sup>272</sup>. Arrest *Manninen*, r.o. 40-54.

<sup>273</sup>. Arrest van 5 juli 2005, zaak C-376/03, *D/Inspecteur van de Belastingdienst, nog niet gepubliceerd* in *Jur.* Zie o.a. M. LANG, “Das EuGH-Urteil in der Rechtssache D. – Gerät der Motor der Steuerharmonisierung ins Stottern?”, *Steuer & Wirtschaft International* 2005, 365-375; M.R. MOK, *N.J.* 2005, nr. 412; G.T.K. MEUSSEN, “Exit meestbegunstiging”, *Weekblad voor Fiscaal Recht* 2005, 1027-1028; P. DEROUIN, “Différences de traitement fiscal résultant des conventions de double imposition entre États membres de l’Union européenne”, *Rev. dr. fisc.* 2005, 1288-1302.

<sup>274</sup>. Arrest *D/Inspecteur van de Belastingdienst*, r.o. 27-29; zie ook, tijdens de besproken periode, arrest van 1 juli 2004, zaak C-169/03, *Wallentin*, *Jur.* 2004, I-6443, r.o. 15-17; voor vroegere bevestigingen, zie o.a. arresten van 14 februari 1995, zaak C-279/93, *Schumacker*, *Jur.* 1995, I-225, r.o. 31-37; 14 september 1999, zaak C-391/97, *Gschwind*, *Jur.* 1999, I-5451, r.o. 22-23; 16 mei 2000, zaak C-87/99, *Zurstrassen*, *Jur.* 2000, I-3337, r.o. 21; 12 december 2002, zaak C-385/00, *de Groot*, *Jur.* 2002, I-11819, r.o. 89; 12 juni 2003, zaak C-234/01, *Gerritse*, *Jur.* 2003, I-5933, r.o. 43-44.

<sup>275</sup>. Arrest *D/Inspecteur van de Belastingdienst*, r.o. 31-38.

<sup>276</sup>. Arrest *D/Inspecteur van de Belastingdienst*, r.o. 54-56; arrest van 21 september 1999, zaak C-307/97, *Saint-Gobain*, *Jur.* 1999, I-6161, r.o. 59, besproken in *Kroniek 1999-2001*, T.B.H. 2002, p. 528-529, randnr. 59.

er in casu volgens het Hof geen “meestbegunstigingsplicht”, want “[h]et feit dat deze wederkerige rechten en verplichtingen slechts gelden voor personen die ingezetenen zijn van één van de beide verdragsluitende lidstaten is een inherent gevolg van bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting. Hieruit volgt dat een belastingplichtige die Belgisch ingezetene is zich met betrekking tot de vermogensbelasting over in Nederland gelegen onroerende zaken niet in dezelfde situatie bevindt als een belastingplichtige die buiten België woont”<sup>277</sup>. Om daaraan toe te voegen dat de desbe-

treffende bepaling van het dubbelbelastingverdrag “niet [kan] worden beschouwd als een voordeel dat kan worden losgekoppeld van de rest van de overeenkomst, maar [...] daarvan integrerend deel uit[maakt] en [bij]draagt [...] tot het algehele evenwicht ervan”<sup>278</sup>. Het besluit luidt dat “in een situatie en in de omstandigheden als die van het hoofdgeding” de desbetreffende bepaling niet moet worden uitgebreid tot een ingezetene van een niet-verdragspartij. Dat laat nog heel wat vragen open over “situaties en omstandigheden” waarin dit anders kan zijn.

## V. MEDEDINGINGSRECHT (ART. 81-82 EG EN CONCENTRATIECONTROLE-VERORDENING)

### A. Toepassing van de artikelen 81 en 82 EG

**119.** Ook deze aflevering van de kroniek moest een zeer groot aantal arresten van Hof en Gerecht inzake de toepassing van de artikelen 81 en 82 EG verwerken. In vergelijking met vorige afleveringen van de kroniek werden tijdens de besproken periode wel minder vernieuwende uitspraken geveld. De meest vermeldenswaardige arresten zijn deze in de zaak *Adalat* (waarin de uitspraak van het Gerecht, op hogere voorziening van de Commissie, door het Hof wordt bevestigd, zie hierna randnrs. 130 e.v.) en in de zaak *IMS Health* (die een verdere ontwikkeling van het arrest *Bronner* vormt, zie hierna, randnrs. 163 e.v.). Omwille van de zeer grote te verwerken hoeveelheid materiaal wordt, zoals in vorige afleveringen, de nadruk gelegd op de synthese en situering van de besproken arresten, eerder dan op de commentaar ervan.

#### 1. Toepasselijkheid van de mededingingsregels

**120.** Het begrip *onderneming*. Het toepassingsgebied *ratione personae* van de mededingingsregels is gebaseerd op het begrip “onderneming”. Tijdens de besproken periode wordt vaste rechtspraak bevestigd, volgens welke “ondernemingen” gedefinieerd worden als entiteiten die een economische activiteit uitoefenen, zonder dat vereist is dat de betrokken entiteit eigen rechtspersoonlijkheid heeft<sup>279</sup>.

**121.** In eerdere arresten had het Hof afspraken die nauw

aanleunden bij het wettelijk stelsel van sociale zekerheid, omwille van hun *voorwerp* (dus *ratione materiae*) uitgesloten van de toepassing van de mededingingsregels<sup>280</sup>. In het arrest *Duitse ziekenfondsenverenigingen*<sup>281</sup> knoopt het Hof de niet-toepasselijkheid van de mededingingsregels op terugbetalingregels inzake geneesmiddelen, evenwel opnieuw vast aan het begrip “onderneming”. Meer bepaald moest het Hof oordelen over een Duitse wettelijke regeling die aan ziekenfondsenverenigingen de bevoegdheid toekende om maximumbedragen vast te stellen voor de terugbetaling van door een arts voorgeschreven geneesmiddelen. De geneesmiddelenfabrikanten hadden aangevoerd dat de vaststelling, door de ziekenfondsenverenigingen, van die maximumbedragen als een door artikel 81 verboden afspraak is te aanzien. Het Hof meende van niet, omdat de ziekenfondsen, *bij het vaststellen van die maximumbedragen*, niet als “ondernemingen” kunnen worden aanzien. Die uitspraak knoopte het Hof vast aan zijn eerdere rechtspraak waarin werd geoordeeld dat instellingen die belast zijn met het beheer van wettelijke stelsels van sociale zekerheid en die daarbij op geen enkele wijze concurreren op basis van prijs, inhoud of kwaliteit van de diensten, geen “ondernemingen” in de zin van artikel 81 EG zijn<sup>282</sup>. Hetzelfde besluit moest volgens het Hof gelden voor de Duitse ziekenfondsen, nu het bedrag van de door hen betaalde uitkeringen wettelijk is vastgelegd en niet afhangt van het bedrag van de premies die worden betaald door de bij hen aangesloten personen<sup>283</sup>. Er bestaat evenmin concurrentie tussen de ziekenfondsen voor wat betreft de financiering van de terugbetalingen: de bedragen worden gefinancierd door verplichte bijdragen, en de

<sup>277</sup>. Arrest D/Inspecteur van de Belastingdienst, r.o. 61.

<sup>278</sup>. Arrest D/Inspecteur van de Belastingdienst, r.o. 62.

<sup>279</sup>. Arrest van het Hof van 28 juni 2005, gevoegde zaken C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P tot C 208/02 P en C-213/02 P, *Dansk Rørindustri e.a./Commissie, nog niet gepubliceerd in Jur.* (hierna het “arrest *Buizen voor afstandsverwarming*”), r.o. 112; arrest van het Gerecht van 15 juni 2005, gevoegde zaken T-71/03, T-74/03, T-87/03 en T-91/03, *Tokai Carbon/Commissie, nog niet gepubliceerd in Jur.* (hierna het “arrest *Speciaal grafiet*”), r.o. 54.

<sup>280</sup>. Zie het arrest *Drijvende Bokken*, besproken in *Kroniek 1999-2001*, T.B.H. 2002, 506, randnrs. 95-98.

<sup>281</sup>. Arrest van het Hof van 16 maart 2004, gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C 355/01, *AOK-Bundesverband e.a., Jur.* 2004, I-2493 (hierna het “arrest *Duitse ziekenfondsenverenigingen*”).

<sup>282</sup>. Arrest *Duitse ziekenfondsenverenigingen*, r.o. 46-47, met verwijzing naar het arrest *Poucet en Pistre*, besproken in *Kroniek 1994-1995*, T.B.H. 1996, 283, randnr. 100.

<sup>283</sup>. De bedragen waren blijkens het arrest weliswaar niet rechtstreeks door de overheid vastgesteld, maar zij moesten worden bepaald op basis van door de wetgever voorgeschreven criteria, en de overheid kon zelf de bedragen vaststellen indien de ziekenfondsenverenigingen niet tot overeenstemming komen.

ziekenfondsen zijn slechts betalingsagenten. Bij het vastleggen van de bedragen hebben de ziekenfondsen dus niet een eigen belang op het oog, zodat zij *in dat kader* niet optreden als ondernemingen maar wel als beheersorganen van het Duitse sociale zekerheidsstelsel<sup>284</sup>. Deze uitspraak contrasteert met eerdere jurisprudentie, die de kwalificatie als “onderneming” maakte ten aanzien van een entiteit *als zodanig*, en dus niet in functie van de ene of andere activiteit van die entiteit. Het arrest van het Hof bevestigt dat de ziekenfondsen desgevallend wél kunnen worden bestempeld als ondernemingen in zoverre zij ook *andere* handelingen verrichten die economisch van aard zijn<sup>285</sup>.

**122.** De uitspraak van het Gerecht in de zaak *Meca-Medina* werd wel gebaseerd op het toepassingsgebied *ratione materiae* van de mededingingsregels<sup>286</sup>. In *Meca-Medina* ging het om de vraag of anti-dopingregels van sportfederaties kunnen worden beschouwd als mededingingsbeperkende afspraken. Het Gerecht verwees naar de jurisprudentie van het Hof volgens dewelke “zuiver sportieve” regels, te begrijpen als regels betreffende onderwerpen die “alleen verband houden met de sport” en als dusdanig buiten de economische activiteit staan, niet binnen het toepassingsgebied van de vrijverkeersbepalingen van het verdrag vallen<sup>287</sup>. Ook anti-dopingregels maken deel uit van die “zuiver sportieve regels” aldus het Gerecht. Immers, de strijd tegen de doping streeft geen enkele economische doelstelling na. Ook al kan de toepassing van die regeling zware economische gevolgen (jarenlange schorsing van beroepssporters) hebben, dat neemt aan die regeling niet haar “zuiver sportief karakter”<sup>288</sup>. De beperkingen van de economische vrijheid die het gevolg zijn van dergelijke regeling zijn dan ook geen “mededingingsbeperkingen”, maar wel beperkingen die inherent zijn aan de organisatie en het goede verloop van de sportcompetitie<sup>289</sup>.

**123.** De verwijzing naar “zuiver sportieve regels” ontbreekt geheel in het arrest *Piau*, dat het Gerecht enkele maanden na *Meca-Medina* velde en dat betrekking had op de FIFA-regels die het statuut van “spelersmakelaars” beheersen<sup>290</sup>. Het Gerecht wees er op, dat de betrokken clubs “voetbal als een economische activiteit beoefenen”, mede gelet op de handel

die zij (laten) drijven in uitzendrechten van voetbalcompetities<sup>291</sup>. Zij zijn dus te aanzien als “ondernemingen”, en daaraan doet niet af dat ook amateurclubs deel uitmaken van de competitie. De activiteit van spelersmakelaars is onbetwistbaar een economische activiteit die slechts zijdelings verband houdt met de betrokken sportactiviteit; de FIFA-regels betreffende deze activiteit kunnen worden getoetst aan de mededingingsregels<sup>292</sup>.

## 2. Toerekeningsvragen

**124.** *Temporele toerekeningsvragen.* Het Gerecht bevestigt vaste rechtspraak volgens dewelke de aansprakelijkheid voor een inbreuk op de mededingingsregels ligt bij de persoon of personen die de betrokken onderneming leidde op het ogenblik dat de inbreuk werd gepleegd<sup>293</sup>. Daaruit leidt het Gerecht af dat de Commissie haar beschikking (die desgevallend een boete oplegt) mag richten tot het orgaan dat de rechtspersoon onder het toepasselijk recht leidt (zoals de raad van bestuur). De Commissie is dus niet verplicht na te gaan of de onderneming in werkelijkheid wordt geleid door één van de aandeelhouders van de vennootschap, en om de inbreukbeschikking (alleen) tot hen te richten<sup>294</sup>. Het Gerecht werd geconfronteerd met de bewering van een vennootschap, dat zij op het ogenblik van de inbreuk onder de controle stond van een andere vennootschap, en dat die vennootschap haar had gedwongen deel te nemen aan de inbreuk; de Commissie zou haar dus geen boete hebben mogen opleggen. Het Gerecht antwoordt daarop, dat zulk argument enkel kan spelen met betrekking tot de gebeurlijke civielrechtelijke aansprakelijkheid van de vroegere moeder-vennootschap voor de door haar vroegere dochteronderneming opgelopen schade (de boete)<sup>295</sup>.

**125.** In het arrest *Cement* bevestigt het Hof dat een wijziging van de rechtsvorm van een onderneming er niet noodzakelijkerwijs toe leidt dat er een nieuwe onderneming ontstaat die niet aansprakelijk is voor de inbreuken van eerstgenoemde onderneming, wanneer beide ondernemingen, vanuit een economisch oogpunt, één enkele entiteit vor-

<sup>284</sup>. Arrest *Duitse ziekenfondsenverenigingen*, r.o. 51-65.

<sup>285</sup>. Arrest *Duitse ziekenfondsenverenigingen*, r.o. 58.

<sup>286</sup>. Arrest van het Gerecht van 30 september 2004, zaak T-313/02, *Meca-Medina en Majcen/Commissie, nog niet gepubliceerd in Jur.*

<sup>287</sup>. Arrest *Meca-Medina*, r.o. 37-41, o.m. met verwijzing naar het arrest *Deliège*, besproken in *Kroniek 1999-2001*, T.B.H. 2002, 506, randnr. 73.

<sup>288</sup>. Arrest *Meca-Medina*, r.o. 51-55.

<sup>289</sup>. De niet-toepasselijkheid van het mededingingsrecht op “zuiver sportieve regels” onderscheidt het Gerecht uitdrukkelijk van de uitspraak in het eerdere arrest *Wouters* dat beroepsregels die noodzakelijk zijn voor de “goede uitoefening van de (advocaten)praktijk” niet worden verboden door art. 81 EG. Arrest *Meca-Medina*, r.o. 65. Het arrest *Wouters* werd besproken in *Kroniek 2001-2003*, T.B.H. 2004, 631, randnrs. 114-124.

<sup>290</sup>. Arrest van het Gerecht van 26 januari 2005, zaak T-193/02, *Piau/Commissie, nog niet gepubliceerd in Jur.*

<sup>291</sup>. Arrest *Piau*, r.o. 69-72.

<sup>292</sup>. Arrest *Piau*, r.o. 73-79 en eveneens r.o. 105.

<sup>293</sup>. Arrest van het Gerecht van 29 april 2004, gevoegde zaken T-236/01, T-239/01, T-244/01 tot T-246/01, T-251/01 en T-252/01, *Tokai Carbon e.a./Commissie, Jur.* 2004, II-1181 (hierna het “arrest *Grafiotelektroden*”), r.o. 280, met verwijzingen naar de jurisprudentie van het Hof. Zie hieromtrent *Kroniek 2001-2003*, T.B.H. 2004, 631, randnr. 102, en *Kroniek 1999-2001*, T.B.H. 2002, 506, randnr. 106.

<sup>294</sup>. Arrest *Grafiotelektroden*, r.o. 281.

<sup>295</sup>. Arrest *Grafiotelektroden*, r.o. 282.

men<sup>296</sup>. Maar een boete kan enkel worden opgelegd aan een rechtspersoon die duidelijk is geïdentificeerd in de mededeling van punten van bezwaar<sup>297</sup>.

**126.** Anderzijds kan, volgens vaste rechtspraak, het (onrechtmatige) gedrag van de ene rechtspersoon (ook) aan een andere rechtspersoon worden toegerekend, wanneer vaststaat dat eerstgenoemde onderneming niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalde, maar in hoofdzaak de door die andere rechtspersoon verstrekte instructies volgde<sup>298</sup>. Deze regel vindt in het bijzonder toepassing tussen een moeder- en een (volle) dochtervennootschap<sup>299</sup>. Het enkele feit dat het maatschappelijk kapitaal van twee onderscheiden vennootschappen in handen is van eenzelfde persoon of familie levert nog niet het bewijs op dat tussen die twee (zuster)vennootschappen een “economische eenheid” bestaat die toelaat dat de ene verantwoordelijk wordt gesteld voor de handelingen van de andere<sup>300</sup>. Wat moet vaststaan, is dat tussen beide vennootschappen voldoende “economische en juridische banden” bestaan om ze als één en dezelfde onderneming te kunnen kwalificeren<sup>301</sup>. Maar indien de Commissie vaststelt dat twee (van elkaar te onderscheiden) rechtspersonen schuldig zijn aan een en dezelfde inbreuk, mag zij niet de beschikking tot slechts één van hen richten, en het bedrag van de aan die ene onderneming opgelegde boete mede bepalen op basis van de onrechtmatige gedragingen van de andere (niet bestrafte) onderneming<sup>302</sup>.

**127.** *Toerekening van een inbreuk van een ondernemersvereniging aan de ondernemingen-leden van die vereniging.* Een lid van een ondernemersvereniging kan medeaansprakelijk worden gesteld voor een verboden afspraak die door die

vereniging is gemaakt, wanneer zij actief heeft deelgenomen aan (de tenuitvoerlegging van) de inbreuk<sup>303</sup>. Wanneer het bovendien gaat om besluiten van een ondernemingsvereniging die (gelet op de statuten van de vereniging) de getrouwe weergave vormen van de gezamenlijke wil van haar leden, dan zijn de leden verantwoordelijk voor de vaststelling ervan<sup>304</sup>. Omgekeerd kunnen de feitelijke gedragingen van leden van een ondernemersvereniging, aan die vereniging worden toegerekend wanneer die gedragingen strekken tot uitbreiding van een door die vereniging vastgestelde (en verboden) regeling, wanneer de betrokken leden bestuursfuncties bekleedden binnen de vereniging, en wanneer de auteurs van de betrokken gedragingen ten behoeve van alle leden van de vereniging optraden<sup>305</sup>.

### 3. Overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedraging

**128.** *Begrip “overeenkomst”.* Het is vaste rechtspraak dat het volstaat, om te besluiten tot het bestaan van een “overeenkomst” in de zin van artikel 81 lid 1, dat de betrokken ondernemingen hun gezamenlijke wil tot uitdrukking hebben gebracht om zich op de markt op een bepaalde manier te gedragen<sup>306</sup>.

**129.** *Zwijgen betekent toestemmen.* Een “overeenkomst” in de zin van artikel 81 hoeft geen bijzondere vorm te hebben: een aanbod kan stilzwijgend worden aanvaard, en een stilzwijgende aanvaarding kan zelfs blijken uit het achterwege blijven van enige afwijzing van een meegedeelde overeen-

<sup>296</sup>. Arrest van het Hof van 7 januari 2004, gevoegde zaken C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, *Aalborg Portland/Commissie, Jur.* 2004, I-123 (hierna het “arrest *Cement*”). Dit arrest verwerpt over (vrijwel) de gehele lijn de hogere voorzieningen tegen het arrest *Cement* van het Gerecht, besproken in *Kroniek 1999-2001, T.B.H.* 2002, 506, randnr. 105 e.v. Het Hof had te oordelen over een inbreuk begaan door een vennootschap waarvan de activiteiten vervolgens werden overgedragen aan een andere vennootschap (en de oorspronkelijke vennootschap enkel nog een 50%-aandeelhouder was van de entiteit die de betrokken activiteiten verder zette). Gelet op die blijvende (controle-) participatie, oordeelde het Hof dat de vennootschap die de activiteiten had overgenomen, aansprakelijk mocht worden geacht voor de door haar rechtsvoorganger begane inbreuk, ook al was die rechtsvoorganger blijven bestaan (r.o. 354-359 van het arrest). Deze uitspraak nuanceert eerdere rechtspraak volgens dewelke de (nieuwe) moedervennootschap niet aansprakelijk is voor de inbreuken gepleegd door een dochtervennootschap vóór het tijdstip waarop de moeder de dochter verwierf. Zie *Kroniek 1999-2001, T.B.H.* 2002, 506, randnr. 106.

<sup>297</sup>. Arrest *Cement*, r.o. 59.

<sup>298</sup>. Arrest *Grafielektroden*, aangehaald in voetnoot 293, r.o. 282-283, waar er aan wordt herinnerd dat het gaat om een mogelijkheid en niet een verplichting van de Commissie.

<sup>299</sup>. Arrest *Speciaal grafiet*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 60-62.

<sup>300</sup>. Arrest van het Hof van 2 oktober 2003, zaak C-196/99 P, *Aristrain/Commissie, Jur.* 2003, I-11005 (hierna het “arrest *Aristrain Madrid*”), r.o. 99.

<sup>301</sup>. Arrest *Buizen voor afstandverwarming*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 117.

<sup>302</sup>. Arrest *Aristrain Madrid*, r.o. 91-97. Wellicht bestond bij de Commissie de stellige indruk, dat beide vennootschappen (als zusters) tot dezelfde onderneming (groep) hoorden. Maar de Commissie was in gebreke gebleven aan te tonen dat de niet-beboete rechtspersoon deel uitmaakte van dezelfde onderneming (groep), en had evenmin aangetoond dat de wél beboete vennootschap aan het hoofd van dergelijke groep stond en instond voor de coördinatie van de activiteiten van de groep.

<sup>303</sup>. Arrest van het Gerecht van 16 december 2003, gevoegde zaken T-5/00 en T-6/00, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied en Technische Unie/Commissie, Jur.* 2003, II-5761 (hierna het “arrest *FEG & TU*”), r.o. 349-367.

<sup>304</sup>. Arrest *FEG & TU*, r.o. 376.

<sup>305</sup>. Arrest *FEG & TU*, r.o. 390-393.

<sup>306</sup>. Arrest van het Gerecht van 11 december 2003, in zaak T-56/99, *Marlines, Jur.* 2003, II-5225 (hogere voorziening verworpen bij beschikking van 15 september 2005 van het Hof in zaak C-112/04 P), r.o. 20-21. In dezelfde zin de arresten van dezelfde datum van het Gerecht over de beroepen die door de andere betrokken ondernemingen waren ingesteld, zaak T-59/99, *Ventouris/Commissie, Jur.* 2003, II-5257, zaak T-61/99, *Adriatica di Navigazione/Commissie, Jur.* 2003, II-5349, zaak T-65/99, *Strintzis Lines Shipping/Commissie, Jur.* 2003, II-5433 en zaak T-66/99, *Minoan Lines/Commissie, Jur.* 2003, II-5515. Zie ook het arrest van het Gerecht van 27 juli 2005, gevoegde zaken T-49/02 tot T-51/02, *Brasserie nationale e.a./Commissie, nog niet gepubliceerd in Jur.* (hierna het “arrest *Luxemburgse brouwerijen*”), r.o. 126-130.

komst<sup>307</sup>. Hof en Gerecht bevestigen tijdens de besproken periode de strenge behandeling van ondernemingen die deelnemen aan bijeenkomsten waarop verboden afspraken worden voorgesteld, gesloten of besproken, indien zij zich bewust zijn van het doel van die bijeenkomsten<sup>308</sup>. Om een onderneming (mede) schuldig te verklaren aan de verboden afspraken die op dergelijke bijeenkomsten worden gemaakt, hoeft de Commissie niet te bewijzen dat die onderneming op actieve wijze heeft deelgenomen aan die bijeenkomsten<sup>309</sup>, of dat zij aan alle bijeenkomsten heeft deelgenomen<sup>310</sup>, en evenmin dat zij profijt heeft behaald uit de aldaar gemaakte afspraken<sup>311</sup>. De Commissie moet enkel bewijzen dat er bijeenkomsten plaatsvonden waarop verboden afspraken werden gesloten en kan eenvoudigweg uitgaan van de collectieve aansprakelijkheid van alle deelnemers aan die bijeenkomsten die zich *niet duidelijk hebben verzet* tegen die afspraken<sup>312</sup>. De omstandigheid dat de op een bijeenkomst gemaakte afspraken niet ten uitvoer zouden zijn gelegd, ontslaat de betrokken onderneming niet van haar aansprakelijkheid voor die afspraken, tenzij ze zich daarvan uitdrukkelijk heeft gedistantieerd<sup>313</sup>. Dat niet alle ondernemingen bij de inbreuk dezelfde rol hebben gespeeld, belet niet dat zij allen aansprakelijk zijn voor één en dezelfde inbreuk, indien voor elk van hen vaststaat dat zij – op hun eigen niveau – hebben deelgenomen aan het nastreven van het gemeenschappelijk doel<sup>314</sup>. Het staat dan aan de betrokken deelnemer om aan te tonen dat zijn deelname geen mededingingsverstoringe bedoeling had, en wel door de andere deelnemers duidelijk te maken dat hij vanuit een andere optiek aan de bijeenkomsten deelnam. De stilzwijgende goedkeuring van een verboden afspraak waarvan niet publiekelijk afstand wordt genomen en die niet bij een mededingingsautoriteit wordt aange-

geven leidt er toe, aldus het Hof, dat het voortbestaan van de inbreuk wordt bevorderd – zodat er sprake is van medeplichtigheid of passieve deelname aan de inbreuk, waarbij de betrokken onderneming in het kader van één enkele overeenkomst aansprakelijk kan worden gesteld<sup>315</sup>.

**130.** *Zwijgen betekent nog niet toestemmen.* Anders dan een oppervlakkige lezing van de hiervoor besproken arresten suggereert, kan zwijgen niet steeds als toestemmen worden beschouwd. Dat geldt in het bijzonder in “verticale” situaties (relatie leverancier-distributeur). Tijdens de besproken periode bevestigde het Hof het arrest van het Gerecht<sup>316</sup> in de zgn. *Adalat*-zaak<sup>317</sup>. In die zaak ging het om maatregelen die geneesmiddelenfabrikant Bayer had genomen ten aanzien van zijn Spaanse groothandelaars om wederuitvoer van een bepaald geneesmiddel naar Groot-Brittannië tegen te gaan. Eén van de maatregelen van Bayer bestond in het opsporen van exporterende groothandelaren en het beperken van de leveringen aan dergelijke handelaars. De Commissie zag daarin een (door Bayer opgelegd) exportverbod, waarmee de groothandelaars stilzwijgend instemden, onder dreiging van leveringsbeperkingen door Bayer. Net zoals het Gerecht, en anders dan de Commissie, zag het Hof in deze feiten geen “overeenkomst” in de zin van artikel 81<sup>318</sup>.

**131.** Het Hof wees er op, dat er geen (voldoende) bewijs bestond dat de naleving, door de groothandelaars, van het exportverbod een voorwaarde was voor verdere leveringen door Bayer, zodat het contingentieringsbeleid van Bayer niet zomaar kon worden gekwalificeerd als een overeenkomst tussen Bayer en de groothandelaars om de betrokken producten niet te herexporteren<sup>319</sup>. Van een stilzwijgende aan-

<sup>307</sup>. Arrest *Marlines*, r.o. 21.

<sup>308</sup>. Zie bv. het arrest *Grafietelektroden*, aangehaald in voetnoot 293, r.o. 333. Weliswaar moet de Commissie *aantonen* dat op die bijeenkomsten mededingingsbeperkende afspraken werden gemaakt; dergelijke afspraken kunnen niet zomaar worden vermoed. Zie bv. het arrest van het Gerecht van 14 oktober 2004, zaak T-54/02, *Vereins- und Westbank/Commissie, nog niet gepubliceerd in Jur.*, r.o. 55-69 (het Gerecht oordeelt dat de Commissie onvoldoende bewijs leverde van een wilsovereenstemming inzake de aanrekening, door Duitse banken, van de kosten voor de omwisseling van buitenlandse valuta).

<sup>309</sup>. Arrest *Speciaal grafiet*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 65.

<sup>310</sup>. Arrest *Cement*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 328.

<sup>311</sup>. Arrest *Speciaal grafiet*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 81.

<sup>312</sup>. Arrest *Cement*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 81-83. Zie eveneens de arresten van het Gerecht van 8 juli 2004, zaak T-44/00, *Mannesmannröhren-Werke/Commissie, nog niet gepubliceerd in Jur.*, van 8 juli 2004, zaak T-48/00, *Corus UK/Commissie, nog niet gepubliceerd in Jur.* (hierna het “arrest *Corus UK*”); van 8 juli 2004, zaak T-50/00, *Dalmine/Commissie, nog niet gepubliceerd in Jur.*, en van het Gerecht van 8 juli 2004, gevoegde zaken T-67/00, T-68/00, T-71/00 en T-78/00, *JFE Engineering/Commissie, nog niet gepubliceerd in Jur.* (dit laatste arrest wordt hierna geciteerd als het “arrest *Naadloze stalen buizen*”), alsmede arrest *Speciaal grafiet*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 65, telkens met verwijzing naar eerder rechtspraak.

<sup>313</sup>. Arrest *Cement*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 85; arrest *Buizen voor afstandsverwarming*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 144-145; arrest *Speciaal grafiet*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 74. Zie ook het arrest van het Gerecht van 13 januari 2004, zaak T-67/01, *JCB Service/Commissie, Jur.* 2004, II-49 (hierna het “arrest *JCB*”), r.o. 103, waarin wordt bevestigd dat het feit dat een exportbeperking in de praktijk niet ten uitvoer werd gelegd, niet volstaat om dergelijke beperking te onttrekken aan het verbod van art. 81 lid 1. Niet-uitvoering is wel van invloed op de *omvang* van de aansprakelijkheid en dus de hoogte van de boete; daarover meer hierna in deel V.C.

<sup>314</sup>. Arrest *Naadloze stalen buizen*, r.o. 370.

<sup>315</sup>. Arrest *Cement*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 84; arrest *Buizen voor afstandsverwarming*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 142-143. De suggestie dat een deelnemer altijd de mogelijkheid heeft om van de verboden praktijk aangifte te doen bij de bevoegde autoriteiten wordt herhaald in r.o. 369 van het arrest. In het arrest *Grafietelektroden* (aangehaald in voetnoot 293) oordeelt het Gerecht, dat een interne audit die door de raad van bestuur van een bij een inbreuk betrokken onderneming is bevolen (naar aanleiding van een door de Commissie uitgevoerde inspectie) niet betekent dat de inbreuk daardoor automatisch is beëindigd (r.o. 277 van het arrest).

<sup>316</sup>. Het arrest van het Gerecht werd besproken in *Kroniek 1999-2001, T.B.H.* 2002, 506, randnr. 110.

<sup>317</sup>. Arrest van het Hof van 6 januari 2004, gevoegde zaken C-2/01 en C-3/01, *Bundesverband der Arzneimittel Importeure/Bayer en Commissie, Jur.* 2004, I-23 (hierna het “arrest *Adalat*”).

<sup>318</sup>. Arrest *Adalat*.

<sup>319</sup>. Arrest *Adalat*, r.o. 88.



vaarding van dergelijk eenzijdig contingentingsbeleid kan volgens het Hof enkel sprake zijn indien de wilsuitdrukking van de leverancier (in casu: Bayer's wens dat de geleverde producten niet zouden worden geherexporteerd) een (expliciete of impliciete) uitnodiging vormt aan de groothandelaar om de mededingingsbeperkende doelstelling van die wilsuitdrukking *gezamenlijk* te verwezenlijken. Dat is a fortiori noodzakelijk, aldus het Hof, wanneer de door de leverancier gewenste overeenkomst niet in het belang is van de groothandelaren: dergelijke overeenkomst kan niet worden afgeleid uit het éenzijdig beleid van de leverancier, dat ook zonder medewerking van de groothandelaar ten uitvoer kan worden gelegd<sup>320</sup>. In casu viel uit de feiten niet af te leiden dat de groothandelaren zich hadden geschikt naar de wil van Bayer om de betrokken producten niet te herexporteren – wel integendeel: zij hadden bestellingen gespreid over meerdere agentschappen teneinde Bayer te doen geloven dat de behoeften van “hun” markt waren toegenomen en aldus Bayer te doen bewegen tot het voortzetten van leveringen van hetzelfde volume<sup>321</sup>. Dat er reeds *een* overeenkomst (levering van geneesmiddelen) bestond tussen Bayer en de groothandelaren, betekent nog niet dat de groothandelaren kunnen vermoed worden om (ook) te hebben ingestemd met de door Bayer gewenste beperking op de bestemming van de geleverde producten<sup>322</sup>.

**132.** In “horizontale” situaties (kartels) wordt zwijgen als toestemming geïnterpreteerd, wanneer het gaat om de deelneming aan bijeenkomsten, waarvan geweten is of moet zijn dat zij een mededingingsbeperkend opzet hebben. In verticale situaties, zo hebben het Hof en Gerecht duidelijk gemaakt in de zaak *Adalat*, zal er van stilzwijgende instemming veel minder snel sprake zijn. De omstandigheid dat een distributeur, na te hebben vernomen dat de leverancier de mededinging wil beperken door de geleverde waar niet te herexporteren, niettemin zijn contractuele relaties met de leverancier verder zet, staat nog niet gelijk met een afspraak inzake een exportverbod.

**133.** De verschillende uitkomst in het arrest *Adalat* lijkt toe

te schrijven aan twee factoren: ten eerste hadden in *Adalat* de groothandelaars geen belang bij de toepassing van de door Bayer gewenste uitvoerbeperkingen; ten tweede viel uit het gedrag van de groothandelaars (pogingen tot omzeiling van de contingentingsregeling) af te leiden dat zij niet zinnens waren de door Bayer gewenste regeling toe te passen. De tweede factor (geen tenuitvoerlegging van de beweerde afspraak) is, zo blijkt uit de in nr. 129 besproken arresten, irrelevant in horizontale situaties; maar die laatste rechtspraak gaat er van uit, dat er (als gevolg van het welbewust deelnemen aan bijeenkomsten waarvan men weet of moet weten dat zij gericht zijn op het sluiten of voortzetten van een mededingingsbeperkende afspraak) reeds wilsovereenstemming bestaat. Het bestaan van wilsovereenstemming zal minder snel worden aanvaard in verticale situaties, althans wanneer vaststaat dat de distributeur geen belang heeft bij het sluiten of uitvoeren van een door de leverancier gewenste afspraak.

**134.** In het arrest *Volkswagen II*<sup>323</sup>, dat enkele maanden voor het arrest *Adalat* werd geveld, had het Gerecht te maken met een situatie waarin de distributeurs eventueel wél belang zouden kunnen hebben bij de toepassing van een door de leverancier gewenste mededingingsbeperkende afspraak. Het ging om “dringende verzoeken” door Volkswagen aan haar Duitse dealers om geen of slechts beperkte kortingen toe te staan op het model VW Passat. De Commissie zag daarin een “overeenkomst”, omdat er reeds een selectieve distributieovereenkomst bestond tussen Volkswagen en haar Duitse dealers, en aanpassingen van de distributieregels door de leverancier geen (uitdrukkelijke) instemming vereisen van de distributeur: die instemming kan geacht worden reeds op voorhand te zijn gegeven<sup>324</sup>. Het Gerecht was het daar niet mee eens. Immers, aldus het Gerecht, het wezenlijk element van een overeenkomst is het bestaan van wilsovereenstemming, ongeacht de vorm die dergelijke wilsovereenstemming aanneemt (maar met dien verstande dat de vormgeving de getrouwe weergave moet zijn van de wilsovereenstemming)<sup>325</sup>. Welnu, de aanvulling van een selectieve distributieovereenkomst kan inderdaad worden geacht op

<sup>320</sup>. Arrest *Adalat*, r.o. 102.

<sup>321</sup>. Arrest *Adalat*, r.o. 118-123. Dezelfde benadering blijkt uit het arrest van het Gerecht van 21 oktober 2003 in zaak T-368/00, *General Motors Nederland en Opel Nederland/Commissie*, Jur. 2003, II-4491 (hierna het “arrest *General Motors Nederland*”). Daarin oordeelde het Gerecht dat er géén sprake was van een overeenkomst bij een mededeling, door General Motors aan zijn distributeurs, dat de aan de distributeurs geleverde hoeveelheden voortaan zouden worden beperkt. Het Gerecht wees er op, dat er geen voldoende bewijs bestond dat dergelijke mededeling inderdaad had plaatsgevonden, en evenmin dat de aangekondigde beperking daadwerkelijk in de praktijk was gebracht. R.o. 78-88 van het arrest. Deze strenge houding is opmerkelijk, nu in hetzelfde arrest het bestaan wordt bevestigd van een overeenkomst om exporten te beperken (en wel door exporten niet langer mee te tellen voor de berekening van de bonus van de dealers). Met andere woorden, het Gerecht weigert om eenzijdige maatregelen, getroffen door de leverancier ten aanzien van de distributeurs, die duidelijk gericht zijn op exportbeperking, te kwalificeren als deel uitmakend van de contractuele relaties zelfs wanneer vaststaat dat die contractuele relaties reeds (andere) afspraken bevatten waarvan vaststaat dat ze gericht zijn op exportbeperking.

<sup>322</sup>. Arrest *Adalat*, r.o. 141.

<sup>323</sup>. Arrest van het Gerecht van 3 december 2003, zaak T-208/01, *Volkswagen/Commissie*, Jur. 2003, II-5141 (hierna het “arrest *Volkswagen II*”). Over de hogere voorziening tegen dit arrest (zaak C-74/04 P) was door het Hof nog geen uitspraak gedaan op het ogenblik dat deze kroniek werd afgesloten. Advocaat-generaal Tizzano stelde in een conclusie van 17 november 2005 de verwerping voor van de hogere voorziening.

<sup>324</sup>. Subsidiar had de Commissie gewezen op een clausule in de overeenkomst waarin de distributeurs de verplichting aangingen om de belangen van Volkswagen, de verkoopsorganisatie en het merk VW te behartigen en op alle manieren te bevorderen. R.o. 63 van het arrest.

<sup>325</sup>. Dit laatste principe geldt zowel in “horizontale” als in “verticale” situaties. Zie bv. het arrest van het Gerecht van 14 oktober 2004, zaak T-44/02, *Dresdner Bank/Commissie*, nog niet gepubliceerd in Jur., r.o. 65.

voorhand te zijn aanvaard door de distributeur, wanneer het gaat om een *rechtmatige* aanvulling van die overeenkomst, dan wel om een aanpassing die, gelet op de gebruiken of de toepasselijke wetgeving, niet door de distributeur kan worden geweigerd. Maar het ligt anders, aldus het Gerecht, wanneer het gaat om een *onrechtmatige* aanvulling van die overeenkomst. In dat laatste geval kan de instemming van de distributeur enkel plaatsvinden na kennisname van de door de leverancier beoogde ontwikkeling, en kan die instemming niet worden vermoed<sup>326</sup>. Aangezien de Commissie geen bewijs had geleverd van dergelijke instemming<sup>327</sup>, was er volgens het Gerecht geen bewijs geleverd van het bestaan van een overeenkomst om geen of slechts beperkte kortingen toe te staan. Men hoede zich evenwel voor al te haastige gevolgtrekkingen uit dit arrest. Met name uit het arrest *Volkswagen I*, dat tijdens de besproken periode door het Hof op hogere voorziening werd bevestigd<sup>328</sup>, blijkt dat een nauwkeurige studie van de betrokken overeenkomst steeds noodzakelijk is. Dit laatste arrest handelde over beperkingen op de export, door Volkswagen-dealers uit Italië. Het Gerecht had vastgesteld dat het dealership contract aan Volkswagen toeliet om leveringen aan Italiaanse dealers te kortwieken, en dat voor de berekening van de bonus van de dealers slechts tot een bepaald plafond rekening werd gehouden met geëxporteerde auto's. Dat volstond voor het Hof en het Gerecht om het bestaan te bevestigen van een "overeenkomst" die strekte tot beperking van het aantal uitgevoerde auto's<sup>329</sup>.

**135.** De lessen uit *Adalat* en *Volkswagen II* lijken, in een notedop, de volgende te zijn. Als een distributeur geen objectief belang heeft bij een bepaalde door zijn leverancier voorgestelde afspraak, en uit zijn handelen evenmin blijkt dat hij die afspraak ten uitvoer wil leggen, dan kan het bestaan van de door de leverancier gewenste afspraak niet worden afgeleid uit het stilzwijgen van de distributeur (*Ada-*

*lat*). Het enkele bestaan van een distributieovereenkomst waaruit op zich geen mededingingsbeperkende afspraken zijn af te leiden, laat niet toe om door de leverancier uitgedrukte (mededingingsbeperkende) wensen als stilzwijgend door de distributeur aanvaard te beschouwen (*Volkswagen II*). Maar *Adalat* noch *Volkswagen II* lijkt er in aan de weg te staan dat een stilzwijgende instemming door de distributeur met een door de leverancier gewenste mededingingsbeperkende afspraak wordt afgeleid uit de omstandigheid dat de distributeur (gelet op zijn gedrag op de markt) zich schikt naar de door de leverancier uitgedrukte wensen, indien de distributeur objectief belang heeft bij de uitvoering van die wensen, en indien zijn daadwerkelijk gedrag geen aanleiding geeft tot interpretatieproblemen (wat wel het geval zal zijn wanneer hij omzeilingsmaatregelen treft)<sup>330</sup>.

**136.** Met betrekking tot de notie "*onderling afgestemde feitelijke gedraging*" herinnert het Gerecht er aan dat sprake moet zijn van een daadwerkelijke (en gemeenschappelijke) gedraging. Maar als de betrokken gedraging een mededingingsbeperkend *doel* heeft, hoeft niet te worden aangetoond dat zij een daadwerkelijk *gevolg* heeft voor de mededinging op de markt<sup>331</sup>.

**137.** "*Druk*" van andere deelnemers aan inbreuk geen *verschoningsgrond*. Dat de deelname aan overeenkomsten gevolg gaf aan druk uitgeoefend door de kopstukken, of door de vrees voor retaliatie door de kopstukken, is zonder invloed op de aansprakelijkheid van de betrokken deelnemer(s)<sup>332</sup>, en verandert zelfs niets aan het bestaan en de zwaarte van de gepleegde inbreuk<sup>333</sup>. Immers, een onderneming heeft altijd de optie om aangifte te doen van de illegale afspraken<sup>334</sup>.

**138.** Ook de bewering dat een deelnemer aan de bijeenkomsten de andere deelnemers zou hebben "misleid" door de

<sup>326</sup>. Arrest *Volkswagen II*, r.o. 40-45. Deze uitspraak, samen met het arrest *Adalat*, doen twijfels rijzen over de verdere gelding van het oudere arrest van het Hof van 17 september 1985 in zaken 25/84 en 26/84, *Ford, Jur.* 1985, 2725. Daarin ging het om het tegengaan, door Ford, van de export van auto's door distributeurs, door het zenden aan de dealers van een circulaire waarin werd meegedeeld dat er niet verder zou worden geleverd voor export. Omdat de dealers hun contractuele relatie met Ford na het ontvangen van die circulaire voortzetten oordeelde het Hof dat de niet-uitvoer van de door Ford geleverde wagens deel was gaan uitmaken van de contractuele relaties. Na *Adalat* en *Volkswagen II* is het niet langer zeker dat dergelijke "stilzwijgende aanvaarding" nog volstaat in "verticale" relaties. Zie S. BRAMMER, noot bij het *Adalat*-arrest, *Columbia Journal of European Law*, Vol. 11 (2005), No. 2, deel 5.2. De (overblijvende) strekking van het arrest *Ford* lijkt deze te zijn die is te vinden in het arrest *General Motors Nederland*, aangehaald in voetnoot 321. Daarin beaamde het Gerecht dat de wijziging, door de leverancier, van een bonusstelsel waarbij exportverkopen niet langer werden meegeteld voor de berekening van de bonus, te aanzien is als een "overeenkomst" die strekt tot de beperking van de mededinging. Immers, die nieuwe regels werden *toegepast* bij de behandeling van bonusaanvragen en zijn dus deel gaan uitmaken van de contractuele relaties van partijen (r.o. 97-98 van het arrest).

<sup>327</sup>. Uit het arrest blijkt, dat Volkswagen had geargumenteed dat instemming met de door Volkswagen gewenste beperkingen op kortingen niet viel af te leiden uit het prijsgedrag van de distributeurs (waaruit een handhaving of zelfs *toename* van de kortingen zou blijken). Dit argument wordt door het Gerecht niet onderzocht, blijkbaar omdat de Commissie het bestaan van een overeenkomst aangaande de door Volkswagen gewenste beperkingen op de kortingen enkel afleidde uit het selectieve distributiecontract.

<sup>328</sup>. Het arrest van het Gerecht werd besproken in *Kroniek 1999-2001*, T.B.H. 2002, 506, randnr. 111. Het werd bevestigd door een arrest van het Hof van 18 september 2003, zaak C-338/00 P, *Volkswagen/Commissie, Jur.* 2003, I-9189 (hierna het "arrest *Volkswagen F*").

<sup>329</sup>. *Ibid.*, r.o. 60-66. In dezelfde zin het arrest *General Motors Nederland*, aangehaald in voetnoot 321.

<sup>330</sup>. Dit lijkt het *distinguo* te zijn van beide arresten met het arrest *Volkswagen I*, besproken in *Kroniek 1999-2001*, T.B.H. 2002, 506, randnr. 111.

<sup>331</sup>. Arrest *FEG & TU*, aangehaald in voetnoot 303, r.o. 287.

<sup>332</sup>. Arrest *Buizen voor afstandsverwarming*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 150.

<sup>333</sup>. Arrest *Buizen voor afstandsverwarming*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 370.

<sup>334</sup>. Zie het arrest *Naadloze stalen buizen* (aangehaald in voetnoot 312), alsmede het arrest *Speciaal grafiet*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 77, waarin de stelling dat dergelijke aangifte zou hebben geleid tot het faillissement van de "verklikker" als een "abstracte en onbewezen bewering" wordt afgedaan.

gemaakte afspraken niet ten uitvoer te leggen wordt door het Gerecht als niet terzake doend afgewezen: aangezien alle deelnemers aan het kartel concurrenten van elkaar blijven, bestaat voor hen steeds de verleiding om te profiteren van de discipline van de andere door de eigen prijzen te verlagen en zo het eigen marktaandeel te verhogen, dit alles terwijl het peil van de prijzen, als gevolg van het kartel, artificieel hoog blijft<sup>335</sup>.

#### 4. Beperking van de mededinging

**139. Mededingingsbeperkend doel versus gevolg.** Meerdere arresten bevestigen de vaste en welbekende rechtspraak dat afspraken met een mededingingsbeperkend doel onder het verbod van artikel 81 vallen, zonder dat het nodig is om de concrete mededingingsbeperkende gevolgen ervan te onderzoeken<sup>336</sup>.

**140. Merkbaarheidsvereiste.** Wanneer evenwel niet is aangetoond dat een overeenkomst de beperking van de mededinging als doel heeft, dan kan zij enkel binnen het toepassingsgebied van artikel 81 vallen indien in concreto is aangetoond dat zij een “merkbare” beperking van de mededinging veroorzaakt. Bijvoorbeeld oordeelde het Gerecht dat de FIFA-regels volgens dewelke de overeenkomst tussen een voetballer en een makelaar geen langere looptijd dan twee jaar kan hebben, maar wel verlengbaar is, de mededinging niet beperken. Integendeel, een dergelijke clause bevordert de vlotte doorstroming op de markt<sup>337</sup>.

**141. Merkbaarheidsonderzoek niet relevant voor de toepassing van artikel 82 EG.** De jurisprudentie inzake de merkbaarheid van mededingingsbeperkingen is enkel relevant voor de toepassing van artikel 81. Het Gerecht wees er tijdens de besproken periode op, dat het verbod van artikel 82 niet afhangt van de mededingingsbeperkende gevolgen van de betrokken praktijk, en evenmin van het eventueel mededingingsbeperkend doel ervan. Voor de toepassing van artikel 82 volstaat het, dat de betrokken gedraging de mededinging (die als gevolg van het bestaan van een dominante onderneming reeds verzwakt is) kan beperken<sup>338</sup>. En indien vast komt te staan dat een praktijk van een dominante onder-

neming een mededingingsbeperkend doel heeft, staat eveneens vast dat die praktijk ook een mededingingsbeperkend gevolg kan hebben, ook al mist de praktijk zijn doel<sup>339</sup>. Dit principe wordt ook toegepast in een arrest van het hof van beroep te Brussel<sup>340</sup>. In praktijk lijkt het weliswaar niet erg waarschijnlijk dat misbruikelijke praktijken van een dominante onderneming (tenzij ze hun doel geheel zouden missen) geen “merkbaar” effect hebben op de mededinging.

**142. Uitwisseling van commercieel gevoelige informatie.** In het arrest *Eurofer* bevestigt het Hof dat een door concurrerende ondernemingen opgezette uitwisseling van commercieel gevoelige informatie in voorkomend geval ook een mededingingsbeperkend doel kan hebben, met name wanneer de uitwisseling gericht is op het vergroten van de markttransparantie. Immers, door de systematische uitwisseling wordt de normaal in de markt bestaande onzekerheid over elkaars gedrag welbewust verminderd of weggenomen, zodat de marktdeelnemers niet meer zelfstandig bepalen welk beleid ze voeren (maar in plaats daarvan hun gedrag op dat van de anderen afstemmen, wat uiteindelijk tot versterking leidt)<sup>341</sup>. Tegen de uitwisseling van informatie kan ook bezwaar bestaan wanneer die uitwisseling niet wordt opgezet op een sterk geconcentreerde, oligopolistische markt. Het risico op een beperking van de mededinging is enkel afwezig wanneer de uitwisseling betrekking heeft op een markt met versnipperd aanbod<sup>342</sup>. Anderzijds geldt het bezwaar tegen de uitwisseling van informatie die normalerwijs commercieel gevoelig is, niet wanneer de betrokken informatie door toedoen van een overheidsinstantie publiek is gemaakt – in dergelijk geval wordt de betrokken informatie immers openbaar en kan de uitwisseling ervan niet meer als mededingingsbeperkend worden beschouwd<sup>343</sup>.

#### 5. Verticale afspraken

**143.** Hoewel rechtspraak en beschikkingspraktijk over “verticale” afspraken (tussen leverancier en afnemer) sinds de uitvaardiging van de “verticale” groepsvrijstelling sterk is afgenomen, werden tijdens de besproken periode toch enkele arresten in dit gebied geveld.

<sup>335</sup>. Arrest *Speciaal grafiet*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 75.

<sup>336</sup>. Arrest *JCB*, aangehaald in voetnoot 313, r.o. 117, en arrest *General Motors Nederland*, aangehaald in voetnoot 321, r.o. 104, telkens met verwijzing naar eerdere rechtspraak.

<sup>337</sup>. Arrest *Piau*, aangehaald in voetnoot 290, r.o. 93.

<sup>338</sup>. Arrest van het Gerecht van 30 september 2003, zaak T-203/01, *Michelin/Commissie*, Jur. 2003, II-4071 (hierna het “arrest *Michelin*”), r.o. 237-239.

<sup>339</sup>. Arrest *Michelin*, r.o. 240-245.

<sup>340</sup>. In dezelfde zin het arrest *FEBlAC* (hierna, voetnoot 558).

<sup>341</sup>. Arresten van het Hof van 2 oktober 2003, zaak C-179/99 P, *Eurofer/Commissie*, Jur. 2003, I-10725 (hierna het “arrest *Eurofer*”), r.o. 41-47 en 59; zaak C-182/99 P, *Salzgitter/Commissie*, Jur. 2003, I-10761 (hierna het “arrest *Salzgitter*”), r.o. 100-108; zaak C-195/99 P, *Krupp Hoesch/Commissie*, Jur. 2003, I-10937 (hierna het “arrest *Krupp Hoesch Stahl*”), r.o. 58-66; en het arrest *Corus UK*, aangehaald in voetnoot 312, r.o. 105-109. Het oordeel van het Hof (en het Gerecht) in deze zaken was waarschijnlijk beïnvloed door de vaststelling dat het systeem van informatie-uitwisseling betrekking had op markten waarop voorheen quota golden.

<sup>342</sup>. Arrest van het Hof van 2 oktober 2003, zaak C-194/99 P, *Thyssen Stahl/Commissie*, Jur. 2003, I-10821 (hierna het “arrest *Thyssen Stahl*”), r.o. 86.

<sup>343</sup>. Arrest van het Gerecht van 30 september 2003, gevoegde zaken T-191/98 en T-212/98 tot T-214/98, *Atlantic Container Line e.a./Commissie*, Jur. 2003, II-3275 (hierna het “arrest *TACA*”), r.o. 1154.

144. Zo werd in het arrest *JCB* geoordeeld dat het opleggen, door een fabrikant aan distributeurs, van de verplichting om zich enkel te bevoorraden bij de nationale dochtermaatschappij van de fabrikant, met verbod van onderlinge leveringen, een inbreuk op artikel 81 lid 1 vormt<sup>344</sup>.

145. Anderzijds is het vastleggen, door een fabrikant, van “indicatieve” detailhandelsprijzen, niet verboden door artikel 81, zelfs niet wanneer het om een “nadrukkelijke suggestie” gaat om de prijzen toe te passen. Het zou enkel anders zijn als er een verplichting geldt om de betrokken prijzen toe te passen, of als er op de markt een toenemende verstarring van de prijsstructuur kan worden waargenomen<sup>345</sup>. Ook de verplichting voor een distributeur die verkopen verricht buiten “zijn” contractgebied, om een “servicevergoeding” te betalen aan de voor de plaats van de verkoop “bevoegde” distributeur werd door het Gerecht niet ongeoorloofd geacht mede gelet op het feit dat het bedrag van de vergoeding werd vastgesteld op basis van de kosten van de verrichte service, verhoogd met een redelijke winstmarge<sup>346</sup>. Het zou slechts anders zijn indien de vergoeding geen verband zou houden met de reële servicekosten<sup>347</sup>.

146. Evenmin bestaat er bezwaar tegen de toekenning, door een fabrikant, van speciale kortingen voor verkopen aan eindgebruikers; die kortingen mogen worden ingetrokken indien naderhand blijkt dat de betrokken goederen op de tweedehands- of de huurkoopmarkt terecht komen. Het zou anders zijn indien de korting wordt ingetrokken voor verkopen buiten het contractgebied<sup>348</sup>.

147. Indien ten aanzien van een door een onderneming opgezet distributiestelsel, op basis van het “netwerkeffect” ervan, wordt geoordeeld dat het een (merkbare) beperking van de mededinging inhoudt, dan geldt die beoordeling voor alle individuele distributieovereenkomsten die door de betrokken onderneming zijn afgesloten; enkel in uitzonderlijke omstandigheden kan het verantwoord zijn om het netwerk op te splitsen<sup>349</sup>.

<sup>344</sup>. Arrest *JCB*, aangehaald in voetnoot 313, r.o. 111-113.

<sup>345</sup>. Arrest *JCB*, r.o. 131.

<sup>346</sup>. Arrest *JCB*, r.o. 136.

<sup>347</sup>. Arrest *JCB*, r.o. 137-144.

<sup>348</sup>. Arrest *JCB*, r.o. 152-153.

<sup>349</sup>. Arrest van het Gerecht van 23 oktober 2003, zaak T-65/98, *Van den Bergh Foods/Commissie*, Jur. 2003, II-4653, r.o. 204, met verwijzing naar het arrest van het Hof van 7 december 2000, zaak C-214/99, *Neste Markkinointi*, Jur. 2000, I-11.121, *Kroniek 1999-2001*, T.B.H. 2002, 506, randnr. 118. In dat laatste arrest ging het om een atypisch geval: het ging niet zozeer om de concurrentie tussen de verschillende merken die door een detaillist (benzinstation) werden verdeeld, maar om de duur van het afnamecontract van die detaillist bij een brandstoffenleverancier. Het Hof had vastgesteld dat afnamecontracten met een opzegtermijn van één jaar slechts in geringe mate bijdroegen tot het cumulatieve beperkende effect, en sloot die dan ook uit van de gezamenlijke “netwerkbeoordeling”.

<sup>350</sup>. Aangehaald in voetnoot 312 hiervoor.

<sup>351</sup>. Arrest *Naadloze stalen buizen*, aangehaald in voetnoot 312, r.o. 482-492.

<sup>352</sup>. Aangehaald in voetnoot 349.

<sup>353</sup>. Arrest *Van den Bergh*, r.o. 106-107.

<sup>354</sup>. Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de art. 81 en 82 van het Verdrag, *PB*. 2003, L. 1, 1. Zie ook verordening (EG) nr. 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de art. 81 en 82 van het Verdrag, *PB*. 2004, L. 123, 18.

## 6. Invloed op de handel tussen lidstaten

148. Over dit onderwerp is enkel het arrest *Naadloze stalen buizen*<sup>350</sup> vermeldenswaard: daarin wordt bevestigd dat de bepalingen van het EER-Verdrag niet verhinderen dat de Commissie optreedt tegen een praktijk die een invloed kan uitoefenen op de handel tussen lidstaten en die de mededinging op de gemeenschappelijke markt beperkt, zelfs wanneer de Toezichhoudende Autoriteit van de EVA reeds (soortgelijke) praktijken had onderzocht<sup>351</sup>.

## 7. Artikel 81 lid 3 EG

149. *Geen rule of reason in het communautaire mededingingsrecht*. In het arrest *Van den Bergh Foods*<sup>352</sup> herhaalt het Gerecht zijn stelling dat artikel 81 van het verdrag geen “rule of reason” bepaling is. Het Gerecht weerlegt daarmee de stelling dat de Commissie de uit een overeenkomst voortvloeiende beperkingen niet in strijd mag achten met artikel 81 lid 1 indien die beperkingen “niet onredelijk” zijn en “nodig” om de betrokken ondernemingen toe te laten alle voordelen uit die overeenkomst (in casu: een distributiestelsel voor diepvries-ijs) te behalen. Het Gerecht bevestigt zijn eerdere rechtspraak, dat (merkbare) beperkingen van de mededinging enkel kunnen worden vrijgesteld op basis van de (limitatieve) gronden die in artikel 81 *derde lid* worden opgesomd<sup>353</sup>. Deze discussie is minder belangrijk sinds verordening 1/2003<sup>354</sup> ook het derde lid van artikel 81 rechtstreekse werking verleende, maar terecht wijst het Gerecht op de noodzaak om na te gaan of de in artikel 81 derde lid genoemde voordelen inderdaad geheel of gedeeltelijk voortvloeien uit de betrokken overeenkomst, en of is voldaan aan de in dat derde lid gestelde (cumulatieve) voorwaarden (een billijk aandeel van de voordelen komt de gebruikers ten goede, geen minder beperkende alternatieven, en geen uitschakeling van de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten). De bewijslast terzake rust overigens, zoals thans uitdrukkelijk is bepaald in artikel 2 van ver-

ordering nr. 1/2003, op de onderneming die aanspraak maakt op een vrijstelling op basis van artikel 81 derde lid<sup>355</sup>.

**150.** In dezelfde lijn ligt het arrest Luxemburgse brouwerijen, waarin het Gerecht oordeelt dat een mededingingsbeperkende afspraak niet kan worden gebillijkt door de bewering van de deelnemers dat zij daarmee een gerechtvaardigd doel (in casu: commerciële loyaliteit) nastreven. Het beroep op het arrest *Wouters* wordt verworpen met het argument dat de in dat arrest ontwikkelde uitzonderingsgrond niet geldt voor afspraken die een mededingingsbeperkend doel (zoals marktverdeling) hebben<sup>356</sup>.

**151.** Om te kunnen worden vrijgesteld, moet vaststaan dat de mededingingsbeperking die voortvloeit uit een afspraak, *noodzakelijk* is voor de verwezenlijking van een in het derde lid van artikel 81 genoemde grond. Deze vereiste wordt geïllustreerd door het arrest *Van den Bergh*. Daarin oordeelde het Gerecht over een distributiestelsel waarbij een onderneming gratis vrieskisten aan detailwinkels ter beschikking stelde in ruil voor de verbintenis om vanuit die kisten exclusief de producten van die onderneming te verkopen. Het Gerecht trad de appreciatie van de Commissie bij, volgens dewelke de voordelen van het stelsel (betere distributie) niet opwogen tegen de nadelen voor de mededinging (de exclusiviteit schermde de markt af ten voordele van de betrokken onderneming, die een zeer hoog marktaandeel genoot), en dat niet was aangetoond dat het cruciale element van het systeem (de exclusiviteit ten voordele van de producten van de betrokken onderneming) onmisbaar was voor de ingeroepen voordelen van het systeem<sup>357</sup>.

**152.** Met betrekking tot de groepsvrijstelling van verordening nr. 1475/95 (distributie van motorvoertuigen) werd geoordeeld dat deze verordening enkel betrekking heeft op motorvoertuigen voor gebruik op de openbare weg, en dus niet op machines voor het verrichten van grond- en graafwerken, ook al kunnen dergelijke machines op de openbare weg worden gebruikt<sup>358</sup>.

## 8. Machtspositie

**153.** *Bepaling van de relevante markt.* Goederen en diensten die voldoende<sup>359</sup> substitueerbaar zijn, maken deel uit van dezelfde relevante markt. Maar dat geldt niet wanneer de substitutie slechts in één richting werkt en definitief is. Zo werd in het arrest *TACA* geoordeeld dat containervervoer geen deel uitmaakt van de markt bestaande uit het “traditioneel” goederenvervoer per schip. Immers, gebleken was dat eens verladings hebben geopteerd om goederen te vervoeren via container, die keuze (substitutie) *definitief* is, dat wil zeggen het traditioneel goederenvervoer is voor dergelijke goederen niet langer een aanvaardbaar alternatief<sup>360</sup>.

**154.** *Bewijs van een (collectieve) machtspositie.* Volgens vaste rechtspraak is een “extreem groot” marktaandeel (dat wil zeggen: meer dan 50%) reeds *op zichzelf* een duidelijke aanwijzing van het bestaan van een machtspositie<sup>361</sup>, tenzij dergelijk marktaandeel slechts voor een zeer korte periode zou hebben bestaan<sup>362</sup>. De 50%-regel geldt ook wanneer het extreem groot marktaandeel toe te schrijven is aan twee ondernemingen die als een collectiviteit optreden – en dus een collectieve machtspositie (zie *infra*) genieten<sup>363</sup>. Bij lagere marktaandelen kan het bestaan van een machtspositie worden afgeleid uit andere relevante elementen, zoals het feit dat de betrokken onderneming in staat is een discriminerende prijzenstructuur te handhaven, en de beperkte mogelijkheid van gebruikers om beroep te doen op alternatieve leveranciers (bv. als gevolg van hoge toegangsdrempels)<sup>364</sup>. Het bestaan van overblijvende concurrentie van andere ondernemingen op de markt sluit niet uit dat er sprake is van een machtspositie; waar het om gaat, is of die concurrentie zodanig verzwakt is zodat de onderneming met een machtspositie in staat is een beslissende of alleszins een aanmerkelijke invloed uit te oefenen op de mededinging, en daarbij geen nadeel ondervindt van de nog op de markt aanwezige mededinging<sup>365</sup>. Hetzelfde geldt met betrekking tot potentiële concurrentie<sup>366</sup>, met dien verstande dat potentiële con-

<sup>355</sup> Arrest *Van den Bergh*, aangehaald in voetnoot 349, r.o. 136; arrest *Cement*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 78.

<sup>356</sup> Arrest *Luxemburgse brouwerijen*, aangehaald in voetnoot 306, r.o. 84-86.

<sup>357</sup> Arrest *Van den Bergh*, r.o. 142. Het Gerecht valt in r.o. 143 de prognose van de Commissie bij, die het onwaarschijnlijk achtte dat de betrokken onderneming zou weigeren om vrieskisten, al dan niet gratis, ter beschikking te stellen als zij zich niet verzekerd wist van de exclusiviteit ten voordele van haar producten.

<sup>358</sup> Arrest *JCB*, aangehaald in voetnoot 313, r.o. 164.

<sup>359</sup> Een beperkte mate van substitueerbaarheid volstaat niet: dat het ene goed/dienst bij een prijsstijging een beperkt volume verliest aan een ander goed/dienst volstaat niet voor de conclusie dat beide betrokken goederen/diensten tot dezelfde markt horen. Arrest *TACA*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 800.

<sup>360</sup> Arrest *TACA*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 790-795.

<sup>361</sup> Arrest *TACA*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 907; arrest *Van den Bergh*, aangehaald in voetnoot 349, r.o. 154, telkens met verwijzing naar eerdere rechtspraak. Het bestaan van een machtspositie kan ook worden afgeleid uit een aanzienlijk verschil tussen de marktaandelen van de marktleider en haar naaste “achternvolger(s)”: arrest *Van den Bergh*, r.o. 155.

<sup>362</sup> Arrest *TACA*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 919.

<sup>363</sup> Arrest *TACA*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 931-933.

<sup>364</sup> Arrest *TACA*, r.o. 904 en 924.

<sup>365</sup> Arrest *TACA*, r.o. 953-997. Dat ondernemingen met een (collectieve) machtspositie geen grote hinder ondervinden van de overblijvende concurrenten betekent dat ze beschikken over het *vermogen* om de prijzen te doen stijgen. Het bestaan van een (collectieve) machtspositie wordt niet tegengesproken door de omstandigheid dat die ondernemingen een beleid op het getouw hebben gezet van prijsdiscriminatie (inclusief kortingen). Arrest *TACA*, r.o. 1078-1085.

<sup>366</sup> Arrest *TACA*, r.o. 999-1037.

currentie enkel dan relevant kan zijn, indien blijkt dat de mogelijkheid van toetreding tot de markt een daadwerkelijke beperking inhoudt op de handelingsvrijheid van de onderneming(en) met een machtspositie<sup>367</sup>. Bij de appreciatie van de residuele mededinging hoeft geen rekening te worden gehouden met ondernemingen die een marktaandeel van minder dan 1% hebben<sup>368</sup>.

**155.** *Bestaan van een groepsvrijstelling sluit niet uit dat de betrokken onderneming(en) een (collectieve) machtspositie bezitten.* In het arrest *TACA* was opgeworpen dat aan de leden van een lijnvaartconferentie, die genoot van een groepsvrijstelling, onmogelijk een (collectieve) machtspositie kon worden toegeschreven – immers, aldus het betoog, één van de voorwaarden voor een vrijstelling ex artikel 81 derde lid is dat de afspraak de betrokken ondernemingen niet in staat stelt de mededinging voor een wezenlijk deel van de markt uit te schakelen. Het Gerecht antwoordt daarop, dat het bestaan van een groepsvrijstelling in de weg staat aan de (automatische) conclusie dat de deelnemers aan de betrokken afspraak, die samen meer dan 50% marktaandeel bezitten, niet zouden voldoen aan voornoemde voorwaarde van artikel 81 lid 3. Maar die redenering kan niet worden omgedraaid: het in artikel 81 derde lid gebruikte begrip “uitschakeling van de mededinging” is enger dan het in artikel 82 gebruikte begrip “machtspositie”, zodat het bestaan van een (groeps-)vrijstelling ex artikel 81 lid 3 er niet in aan de weg staat dat ten aanzien van de betrokken onderneming(en) wordt geconcludeerd dat zij (alleen dan wel collectief) een machtspositie geniet(en). In dergelijke gevallen is de intrekking van de groepsvrijstelling enkel mogelijk wanneer de betrokken onderneming(en) misbruik maakt/maken van haar/hun machtspositie<sup>369</sup>.

**156.** *Begrip “collectieve machtspositie”.* Van een collectieve machtspositie kan slechts sprake zijn wanneer tussen de betrokken ondernemingen voldoende onderlinge banden bestaan die hen toelaten hun gedrag op de markt te coördineren<sup>370</sup>. Dergelijke “banden” kunnen blijken uit afspraken tussen de betrokken ondernemingen, met toepassing waarvan die ondernemingen ten aanzien van gebruikers en concurrenten als een collectiviteit kunnen optreden, en zij samen in

staat zijn om hun concurrentieel gedrag in belangrijke mate onafhankelijk van die gebruikers en concurrenten te bepalen<sup>371</sup>. Er moet dus enkel worden aangetoond dat de betrokken ondernemingen als een collectiviteit *kunnen* optreden, niet dat zij daadwerkelijk in alle gevallen eenzelfde gedragslijn hebben gevolgd<sup>372</sup>. Ook het voortbestaan, tussen de betrokken ondernemingen, van een (beperkte) mate van concurrentie staat niet noodzakelijk in de weg aan de vaststelling van het bestaan van een collectieve machtspositie – immers de ondernemingen zijn per definitie onafhankelijke entiteiten die steeds met elkaar kunnen concurreren<sup>373</sup>.

## 9. Misbruik van machtspositie

**157.** In het arrest *TACA* herinnert het Gerecht eraan, dat het verbod van artikel 82 geen uitzonderingen kent. Dat wil zeggen: eens vast komt te staan dat een gegeven praktijk “misbruik” van een machtspositie oplevert, is die praktijk verboden, en is het geen verweer dat die praktijk gebruikelijk, “objectief gerechtvaardigd” dan wel “noodzakelijk” voor het verwezenlijken van bepaalde legitieme doelstellingen zou zijn<sup>374</sup>. In het arrest *TACA* werd dat principe toegepast ten aanzien van een collectieve afspraak inzake tarieven die van een groepsvrijstelling genoot. Dienaangaande oordeelde het Gerecht, dat een door een lijnvaartconferentie ingesteld verbod op het afsluiten, door haar leden, van individuele vervoerscontracten, niet kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak om de stabiliteit te garanderen van de gemeenschappelijke tarieven. Weliswaar kan (omdat de betrokken afspraken een groepsvrijstelling genieten) de toepassing van de gemeenschappelijke tarieven verplicht worden gemaakt, maar een verbod op individuele overeenkomsten is daartoe niet noodzakelijk – immers, aldus het Gerecht, als iedereen zich houdt aan de gemeenschappelijke tarieven is dergelijk verbod eenvoudig overbodig<sup>375</sup>. Evenmin doet de omstandigheid, dat het verbod op individuele overeenkomsten door een derde staat (zoals de VSA) zou zijn toegelaten of zelfs begunstigd, afbreuk aan het verbod van artikel 82. Neteliger is de hypothese waarbij bepaalde praktijken door het recht van een derde staat worden *voorgescreven*. Het Gerecht oordeelt dat die hypothese alvast niet voorligt wanneer de

<sup>367</sup>. Arrest *TACA*, r.o. 1025.

<sup>368</sup>. Arrest *TACA*, r.o. 957-962.

<sup>369</sup>. Arrest *TACA*, r.o. 937-939.

<sup>370</sup>. Arrest *TACA*, r.o. 595, met verwijzing naar eerdere rechtspraak.

<sup>371</sup>. Arrest *TACA*, r.o. 601-634. Dat de betrokken afspraken verboden zijn resp. door de Commissie als verboden worden beschouwd, belet niet dat (de uitvoering van) die afspraken de bedoelde “band” tussen de betrokken ondernemingen creëert.

<sup>372</sup>. Arrest *TACA*, r.o. 631-632 en 650.

<sup>373</sup>. Arrest *TACA*, r.o. 650-653 en 1041-1042. Wel kan de bestaande “interne” concurrentie tussen de leden van de collectiviteit als gevolg hebben dat de daadwerkelijk door hen toegepaste prijzen niet excessief zijn, zodat er geen sprake is van een misbruik. *Ibid.*, r.o. 1043.

<sup>374</sup>. Arrest *TACA*, r.o. 1109, met verwijzing naar eerdere rechtspraak en r.o. 1123-1126; minder duidelijk zijn de r.o. 1186-1187 van hetzelfde arrest. Zie ook het arrest *Van den Bergh*, aangehaald in voetnoot 349, r.o. 159 (de omstandigheid dat het gebruikelijk is voor de onderneming die een vrieskist gratis ter beschikking stelt, te bedingen dat uit die kist exclusief haar producten zullen worden aangeboden, verhindert niet dat dergelijke afspraak wordt verboden wanneer zij wordt aangegaan door een dominante onderneming en zij een afschermend effect blijkt te hebben ten nadele van de overblijvende concurrenten). In r.o. 170-172 van hetzelfde arrest wordt daar nog aan toegevoegd, dat de inperking van het eigendomsrecht van de dominante onderneming die voortvloeit uit de toepassing van art. 82, beantwoordt aan doeleinden van algemeen belang en dus gerechtvaardigd is.

<sup>375</sup>. Arrest *TACA*, r.o. 1121.

betrokken onderneming een *contractuele* verplichting is aangegaan ten aanzien van een autoriteit van het betrokken derde land<sup>376</sup>.

**158.** De vraag of een praktijk (bv. een door een onderneming met een machtspositie ingesteld kortingssysteem) “objectief gerechtvaardigd” is, kan mogelijk relevant zijn bij de vraag of die praktijk als *misbruikelijk* is te aanzien: dominante ondernemingen mogen hun commerciële belangen verdedigen, zolang hun optreden er niet toe dient hun machtspositie te versterken of te misbruiken<sup>377</sup>. Maar het disciplineren van de leden van een collectief dominante lijnvaartconferentie die zich zouden willen onttrekken aan gemeenschappelijk vastgestelde prijzen en contractvoorwaarden, valt volgens het Gerecht buiten dergelijke toegelaten bescherming van commerciële belangen<sup>378</sup>.

**159.** Eveneens in het arrest *TACA* bevestigt het Gerecht de *Continental Can*-jurisprudentie, met toepassing waarvan het toelaten, door een lijnvaartconferentie die een (collectieve) machtspositie geniet, van nieuwe leden op zichzelf een misbruik kan vormen, meer bepaald wanneer na de nieuwe toetreding op de markt nog enkel ondernemingen overblijven die in hun marktgedrag afhankelijk zijn van de overheersende onderneming<sup>379</sup>. Hetzelfde arrest lijkt eveneens te aanvaarden dat als een misbruik is te beschouwen het vaststellen, door de dominante lijnvaartconferentie, van maatregelen die als specifiek doel hebben om de aansluiting van nieuwe leden bij de conferentie te stimuleren<sup>380</sup>.

**160.** Tijdens de besproken periode wordt nog bevestigd dat het misbruik van een machtspositie zich kan doen voelen op een andere markt dan degene waar de betrokken onderneming dominant is, op voorwaarde dat beide markten voldoende nauw verband met elkaar houden<sup>381</sup>.

**161.** Het arrest *Michelin*<sup>382</sup> maakt een toepassing van de in eerdere rechtspraak uitgewerkte regels inzake de toepassing, door een dominante onderneming, van kortingen. Een dominante onderneming mag haar eigen commerciële belangen verdedigen, maar mag daarbij – gelet op de “bijzondere verantwoordelijkheid” die op haar rust om de reeds verzwakte mededinging op de markt niet verder te compromitteren –

geen gebruik maken van technieken die dienen tot versterking van haar machtspositie. Getrouwheidskortingen die worden toegekend als tegenprestatie voor een toezegging van de afnemer om zich (bijna) uitsluitend te bevoorraden bij de onderneming met een machtspositie zijn te aanzien als een misbruik omdat zij een “afschermend” effect hebben op concurrenten<sup>383</sup>. In het arrest wordt dit principe toegepast op door een dominante onderneming toegekende kwantumkortingen. In eerdere rechtspraak was geoordeeld dat geen bezwaar bestaat tegen kortingen die een afspiegeling zijn van de kostenbesparingen die gepaard gaan met grotere geleverde hoeveelheden. Met andere woorden, kortingen mogen stijgen naargelang de gekochte hoeveelheid stijgt, behalve wanneer uit de criteria en toekenningsmodaliteiten van de kortingen zou blijken dat het kortingssysteem niet strekt tot toekenning van een “gerechtvaardigde tegenprestatie” voor de bestelde hoeveelheid, maar veeleer afnemers wil beletten zich bij concurrenten te bevoorraden. Het arrest *Michelin* bevestigt dat sprake is van een afschermend effect in het geval van kortingen die berekend worden op de totale door een klant bestelde hoeveelheid, zeker wanneer die totale hoeveelheid wordt gemeten over een lange referentieperiode (i.p.v. de kortingen per bestelde schijf toe te kennen). Concreet oordeelt het Gerecht dat een systeem van kortingen dat gebaseerd is op de totaal bestelde hoeveelheid, dat een referentieperiode van één jaar hanteert en dat een groot verschil in kortingen kent tussen de hoogste en de laagste trappen, de kenmerken vertoont van een systeem van getrouwheidskortingen<sup>384</sup>. Aangezien voor de aldus toegekende kortingen geen economische rechtvaardiging was te vinden, maken zij inbreuk op artikel 82<sup>385</sup>.

**162.** Tot hetzelfde besluit komt het Gerecht m.b.t. een door Michelin toegepaste “servicepremie”, die er toe zou strekken “de kwaliteit van dienstverlening door verdelers van Michelin alsmede het aanzien van het merk Michelin te verbeteren”. Het Gerecht stelt vast dat Michelin zich een aanzienlijke discretionaire beoordelingsmarge toemast bij de toekenning van de premie en leidt daaruit af dat de premie een door artikel 82 verboden “onbillijke praktijk” is, omdat de betrokken handelaren in het onzekere werden gelaten voor wat betreft het bedrag van de premie waarop ze aanspraak konden maken<sup>386</sup>. Dat geen bewijs voorlag dat de premie een

<sup>376.</sup> Arrest *TACA*, r.o. 1140-1150.

<sup>377.</sup> Arrest *TACA*, r.o. 1113, met verwijzing naar eerdere rechtspraak.

<sup>378.</sup> Arrest *TACA*, r.o. 1115-1116.

<sup>379.</sup> Arrest *TACA*, r.o. 1262.

<sup>380.</sup> Het Gerecht stelt echter vast dat de Commissie het bestaan van dergelijke maatregelen niet had bewezen, r.o. 1263-1326 van het arrest. Maatregelen waarvan de Commissie beweert dat ze stimulansen vormen voor concurrenten om zich bij de dominante conferentie aan te sluiten, maar waarvan niet blijkt dat ze dergelijk resultaat hebben gehad, kunnen niet als bewijs van misbruik dienen. *Ibid.*, r.o. 1339.

<sup>381.</sup> Arrest van het Gerecht van 17 december 2003, zaak T-219/99, *British Airways/Commissie*, *Jur.* 2003, II-5917, (hierna het “arrest *British Airways*”), r.o. 127-135 (misbruik door dominante luchtvaartmaatschappij doet zich voelen op de markt voor de diensten van reisagenten).

<sup>382.</sup> Arrest *Michelin*, aangehaald in voetnoot 338.

<sup>383.</sup> Arrest *Michelin*, r.o. 55-56. In dezelfde zin het arrest *Van den Bergh*, aangehaald in voetnoot 349, r.o. 158.

<sup>384.</sup> Arrest *Michelin*, r.o. 61-95.

<sup>385.</sup> Arrest *Michelin*, r.o. 96-113. Een gelijkaardige benadering wordt gevolgd in het arrest *British Airways* (aangehaald in voetnoot 381), ten aanzien van bonus-schema's die een dominante luchtvaartmaatschappij had en die reisagenten recht gaven op een commissie voor *alle* tickets die ze verkochten voor die luchtvaartmaatschappij, op voorwaarde dat ze eerst een “target” niveau haalden (r.o. 234-240 en 270-284 van het arrest).

<sup>386.</sup> Arrest *Michelin*, r.o. 136-150.

sterke klantenbindende (of afschermdende) werking had, doet aan de toepasselijkheid van het verbod geen afbreuk<sup>387</sup>. Eveneens als misbruikelijk wordt de “Club des amis Michelin” bestempeld, waarbij voordelen werden toegekend aan bandenverkopers die een hoog “marktaandeel” in Michelin-producten haalden. Volgens het Gerecht heeft de clause die wederverkopers verplicht om een voorraad Michelin-producten aan te houden die volstaat om klantenbestellingen onmiddellijk te voldoen, een mededingingsbeperkend doel – namelijk de versterking van de machtspositie van Michelin ten nadele van haar concurrenten<sup>388</sup>. Zelfs rapportageverplichtingen die “clubleden” moeten nakomen (inzake hun financiële resultaten, hun aandeelhouderschap, en hun verkopen en verkoopvooruitzichten) kunnen misbruikelijk zijn wanneer zij verder gaan dan “gebruikelijke” informatieverplichtingen en er toe strekken, de wederverkopers zoveel mogelijk te controleren, en aan zich te binden (door het gebruik van niet-publieke informatie)<sup>389</sup>.

## 10. Essential facilities

163. Een bijzondere (en betwiste) vraag is, of ondernemingen die houder zijn van een beweerdelijk “onmisbaar” goed of recht, kunnen worden gedwongen om aan derden een gebruiksrecht toe te staan met betrekking tot dat goed of recht – waarbij een weigering zulks te doen, wordt aanzien als een misbruik van de machtspositie die de onderneming ontleent aan het betrokken goed of recht. Tijdens de besproken periode deed het Hof uitspraak in de zaak *IMS Health*<sup>390</sup>. Het arrest verduidelijkt de criteria op basis waarvan kan worden geoordeeld of sprake is van “essential facilities” en van verplichte toegang in het geval van “netwerkindustrieën”<sup>391</sup>. Meer bepaald ging het om data inzake (regionale) verkopen van geneesmiddelen in Duitsland. Deze data waren ontwikkeld door IMS Health, een marktonderzoeksbureau, in samenwerking met farmaceutische ondernemingen, en ze waren gerangschikt volgens een auteursrechtelijk beschermde structuur. De verwijzende rechter oordeelde dat voornoemde structuur een gebruikelijke standaard was geworden, waarop afnemers van de verkoopgegevens hun informatica en verkoopstructuur afstemden, zodat het voor potentiële concurrenten onontbeerlijk was om toegang te

krijgen tot die structuur. Aan het Hof werd gevraagd of de weigering van IMS Health om een gebruikslicentie te verlenen op de structuur, is te aanzien als een misbruik van machtspositie.

164. Het antwoord van het Hof ligt in de lijn van het arrest *Bronner*<sup>392</sup>: eerst moet worden nagegaan of er producten dan wel diensten bestaan die alternatieve oplossingen bieden, ook al zijn die oplossingen minder aantrekkelijk, en verder of er technische, reglementaire of economische hinderpalen bestaan die het voor geïnteresseerde aanbieders onmogelijk of onredelijk moeilijk maken om dergelijke alternatieven te ontwikkelen. De “onmogelijk of onredelijk moeilijk”-toets veronderstelt dat het voor een productie van een omvang die vergelijkbaar is met die van de dominante onderneming, voor (potentiële) concurrenten niet rendabel is om zelf alternatieve producten of diensten te ontwikkelen. Hierbij mag rekening worden gehouden met de noodzaak om voldoende deelnemers te betrekken bij het alternatieve netwerk (in casu: farmaceutische ondernemingen die hun verkoopgegevens willen leveren) en, in voorkomend geval, met de omstandigheid dat de deelnemers aan de dominante structuur, van die structuur technisch afhankelijk zijn geworden en enkel tot medewerking aan een concurrerende structuur zouden kunnen worden bewogen tegen voorwaarden die de rendabiliteit van dergelijke concurrerende structuur uitsluiten<sup>393</sup>.

165. Ook wanneer vast staat dat het opzetten van een concurrerende structuur niet redelijkerwijs mogelijk is, is de weigering van de dominante onderneming om een gebruikslicentie toe te staan op “haar structuur” niet automatisch te beschouwen als een misbruik van machtspositie. Daarvan is enkel sprake indien drie (cumulatieve) voorwaarden zijn vervuld. De belangrijkste voorwaarde is deze: het gebruiksrecht moet noodzakelijk zijn om op een (aparte) relevante markt actief te worden, en er moet voor de producten/diensten die dergelijke markt omvat, een daadwerkelijke vraag bestaan. Er moeten dus twee verschillende “productiestadia” kunnen worden aangewezen, waarbij het product/dienst van de dominante onderneming onontbeerlijk is voor de levering van een ander product/dienst (in de *IMS Health*-zaak ging het om het gebruik van de beschermde structuur voor de

<sup>387</sup>. Arrest *Michelin*, r.o. 151-166.

<sup>388</sup>. Arrest *Michelin*, r.o. 208-210.

<sup>389</sup>. Arrest *Michelin*, r.o. 213-220. Ook de verplichting voor clubleden om de eerste loopvlakvernieuwing van een band bij Michelin te laten verrichten wordt in het arrest bestempeld als een door art. 82 verboden koppelverkoop.

<sup>390</sup>. Arrest van het Hof van 29 april 2004, zaak C-418/01, *IMS Health*, *Jur.* 2004, I-5039 (hierna het “arrest *IMS Health*”). Dit arrest is ook relevant voor de beoordeling, door het Gerecht, van de zgn. *Microsoft*-zaak. Tijdens de besproken periode verwierp het Gerecht het verzoek van Microsoft om opschorting van de door de Commissie opgelegde boete van 497 miljoen euro, evenwel zonder over de grond van de zaak uitspraken te doen die reeds in deze aflevering van de kroniek een bespreking wettigen. Beschikking van het Gerecht van 22 december 2004, zaak T-201/04 R, *Microsoft/Commissie*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*

<sup>391</sup>. Netwerkindustrieën hebben het gemeenschappelijk kenmerk dat de waarde van een product of dienst stijgt (en de aantrekkelijkheid van alternatieve producten en diensten daalt) in verhouding met het aantal deelnemers aan het netwerk. “Netwerken” kunnen “tastbaar” zijn (telefoon, elektriciteit, spoor, betaalkaarten, enz.), maar ook virtueel (pc operating software, dvd/video van een gegeven formaat).

<sup>392</sup>. Zie de bespreking in *Kroniek 1997-1999*, T.B.H. 1999, 747, randnr. 94-96.

<sup>393</sup>. Arrest *IMS Health*, r.o. 21-30.



levering van verkoopgegevens inzake geneesmiddelen)<sup>394</sup>. Met andere woorden, een “dwanglicentie” ten laste van de dominante onderneming is enkel dan mogelijk wanneer het betrokken intellectueel eigendomsrecht noodzakelijk is voor het betreden van een separate, afgeleide markt én er een daadwerkelijke vraag bestaat naar de nieuwe producten/diensten die op die afgeleide markt zouden worden aangeboden. Van een dwanglicentie kan dus geen sprake zijn wanneer degene die om die licentie verzoekt, enkel uit is op de levering van producten/diensten die reeds worden aangeboden door de houder van het intellectueel eigendomsrecht<sup>395</sup>. De twee andere voorwaarden voor het bestaan van misbruik zijn als volgt: de weigering van een licentie mag niet “op objectieve gronden” gerechtvaardigd zijn<sup>396</sup> en de weigering moet als gevolg hebben dat een relevante markt (in casu: de levering van verkoopgegevens inzake geneesmiddelen) geheel wordt voorbehouden aan de houder van het intellectueel eigendomsrecht<sup>397</sup>. De drie criteria lijken een verstrenging uit te maken ten aanzien van het eerdere *Magill*-arrest<sup>398</sup> – dat wil zeggen, het is voortaan nog moeilijker om aan te tonen dat de weigering van een licentie een misbruik van machtspositie uitmaakt.

## B. Rechten van de verdediging

### 1. Algemeen

**166.** *Geen ambtshalve onderzoek door het Gerecht van schendingen van de rechten van de verdediging.* De eerbiediging van de rechten van de verdediging mag dan wel een grondbeginsel zijn van het gemeenschapsrecht<sup>399</sup>, maar

schending van dit beginsel staat niet gelijk met een schending van wezenlijke vormvoorschriften en kan dus niet ambtshalve door het Gerecht worden onderzocht<sup>400</sup>. Om een schending van de rechten van de verdediging aan te tonen, hoeft de betrokken onderneming niet aan te tonen dat de beschikking van de Commissie zonder dergelijke schending anders had geluid, maar enkel dat zij zich zonder de begane onrechtmatigheid beter had kunnen verdedigen<sup>401</sup>.

**167.** De volledige rechtsmacht waarover het Gerecht beschikt strekt er niet toe, het Gerecht de rol van de Commissie toe te kennen voor wat betreft het onderzoek en de beoordeling van inbreuken. Eventuele schendingen van de rechten van de verdediging kunnen door het Gerecht niet op basis van zijn volledige rechtsmacht worden geregulariseerd<sup>402</sup>. Evenmin impliceert de volledige rechtsmacht van het Gerecht de bevoegdheid om de wettigheid te onderzoeken van Commissiebeschikkingen wanneer het beroep tot nietigverklaring laattijdig is ingesteld<sup>403</sup>.

**168.** *Onderzoek à charge en à décharge.* De Commissie moet bij haar onderzoek van mogelijke inbreuken de rechten van de verdediging en het beginsel van goed bestuur eerbiedigen. Dat betekent met name, dat zij alle relevante gegevens van de zaak zorgvuldig en onpartijdig moet onderzoeken<sup>404</sup>. Aangezien de Commissie ook rekening moet houden met elementen à décharge, kan er aanleiding bestaan voor het Gerecht om een onderzoek te wijden aan bepaalde interne documenten van de Commissie: ook al zijn dergelijke documenten vertrouwelijk en maken zij geen deel uit van het dossier, toch is het mogelijk dat zij relevant kunnen zijn voor het verweer van een betrokken onderneming, zodat de niet-over-

<sup>394</sup>. Arrest *IMS Health*, r.o. 40-46.

<sup>395</sup>. Arrest *IMS Health*, r.o. 48-49. Het arrest is niet geheel duidelijk of de levering van concurrerende verkoopgegevens, gerangschikt volgens de beschermde (IMS) structuur, kan worden beschouwd als een “nieuw” product/dienst. Het lijkt niet uitgesloten dat van een nieuw product sprake is wanneer de concurrerende onderneming werkt met verschillende methodes voor het verzamelen van verkoopgegevens, en rapporten produceert met (voldoende) verschillende inhoud, formaat en frequentie. Daarentegen lijkt van een “nieuw” product moeilijk sprake te kunnen zijn als het verschil enkel betrekking heeft op de prijs.

<sup>396</sup>. Het arrest verduidelijkt niet wat onder “objectieve gronden” te begrijpen valt. De meest voor de hand liggende interpretatie is, dat het gaat om omstandigheden die niet onder de controle zijn van de dominante onderneming en die het voor haar onmogelijk dan wel onredelijk moeilijk maken om een gebruikslicentie te verlenen. Eveneens zou onder “objectieve gronden” kunnen worden begrepen, de eis van de houder van het intellectueel eigendomsrecht om van het licentienummer een “billijke” vergoeding te ontvangen. Het arrest biedt geen criteria om uit te maken hoe dergelijke vergoeding – bij afwezigheid van overeenstemming tussen de betrokken partijen – moet worden bepaald.

<sup>397</sup>. Arrest *IMS Health*, aangehaald in voetnoot 390, r.o. 51-52. Op te merken valt, dat het arrest niet uitdrukkelijk stelt dat de daarin ontwikkelde principes gelden voor andere intellectuele eigendomsrechten dan auteursrecht.

<sup>398</sup>. Zie daarover *Kroniek 1994-1995*, T.B.H. 1996, 283, randnr. 136.

<sup>399</sup>. Zie bv. het arrest van het Hof van 2 oktober 2003, zaak C-176/99 P, *Arbed/Commissie*, Jur. 2003, I-10687 (hierna het “arrest *Arbed*”), r.o. 19.

<sup>400</sup>. Arrest *Naadloze stalen buizen*, aangehaald in voetnoot 312, r.o. 425.

<sup>401</sup>. Arrest *Thyssen Stahl*, aangehaald in voetnoot 342, r.o. 31. Zie ook het arrest *Volkswagen I*, aangehaald in voetnoot 328, r.o. 163-165 (de bekendmaking, door de Commissie, vóór de vaststelling van haar beschikking, van het bedrag van de boete, doet weliswaar afbreuk aan de waardigheid van de betrokken onderneming en is een schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, maar bij afwezigheid van bewijs dat deze schending de uitkomst van de beschikking beïnvloedde is er geen aanleiding tot vernietiging ervan).

<sup>402</sup>. Arrest *Buizen voor afstandsverwarming*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 445.

<sup>403</sup>. Beschikking van het Gerecht van 9 november 2004, zaak T-252/03, *FNICGV*, nog niet gepubliceerd in Jur.

<sup>404</sup>. Arrest *TACA*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 404, met verwijzing naar eerdere rechtspraak. Maar punten van bezwaar die door de adressaten als “bevooroordeeld” worden ervaren impliceren geen schending van de rechten van de verdediging; daarvan kan enkel sprake zijn indien de uiteindelijke (inbreuk-)beschikking zou nalaten rekening te houden met bewijs à décharge, of de bewijsstukken op onjuiste manier zou inschatten. *Ibid.*, 414. Evenmin bestaat er een bezwaar tegen dat de Commissie met geldboetes dreigt, of aankondigt dat, hoe langer de duur van de (in voorkomend geval vastgestelde) overtreding, hoe zwaarder de geldboetes zullen uitvallen. *Ibid.*, r.o. 441-451.

legging ervan de rechten van de verdediging kan schenden<sup>405</sup>.

**169.** *Gewettigd vertrouwen dat geen inbreuk zal worden vastgesteld?* De publieke aankondiging, door de Commissie, dat zij voornemens is om, op basis van de haar door de betrokken onderneming voorgelegde elementen, aan de door die onderneming aangemelde overeenkomst een vrijstelling te verlenen (de zgn. “artikel 19(3) mededeling” op basis van de vroegere verordening nr. 17), kan bij die onderneming geen “gewettigd vertrouwen” wekken dat een vrijstelling daadwerkelijk zal worden verleend. De Commissie behoudt de vrijheid om, op basis van de reacties die zij ontvangt naar aanleiding van die publicatie, een (nieuwe) mededeling van punten van bezwaar uit te brengen en alsnog een verbodsbeschikking uit te vaardigen<sup>406</sup>. Evenmin is de Commissie verplicht om de gesprekken met een onderneming over eventuele oplossingen voor problematische overeenkomsten eendeloos te rekken<sup>407</sup>.

**170.** *Het niet-discriminatiebeginsel.* De omstandigheid dat andere ondernemingen die beweerdelijk ook aan de inbreuk zouden hebben deelgenomen, niet zijn vervolgd of bestraft door de Commissie, vormt geen verboden discriminatie van de wél bestrafte ondernemingen<sup>408</sup>. In het arrest *Naadloze stalen buizen* wordt gesuggereerd dat het anders zou kunnen zijn waar vaststaat dat de Commissie ten aanzien van andere ondernemingen over even sterke bewijzen beschikte, maar zij desondanks die andere ondernemingen niet heeft vervolgd of gestraft<sup>409</sup> – iets wat ongetwijfeld zeer moeilijk aan te tonen is. Het is overigens maar de vraag of het Gerecht, in afwezigheid van die niet-gestrafte onderneming, wel bevoegd is om te beoordelen of zij inderdaad schuldig was aan een inbreuk<sup>410</sup>.

## 2. Bewijs van een inbreuk

**171.** *Principes.* Ten aanzien van het bewijs van een inbreuk speelt, voor wat het gemeenschapsrecht betreft, het beginsel

van de vrije bewijslevering: het enige relevante criterium voor de beoordeling van de voor het Gerecht aangevoerde bewijzen is de geloofwaardigheid ervan<sup>411</sup>. De beoordeling, welke waarde moet worden gehecht aan de voorliggende bewijsmiddelen, is een taak voor het Gerecht; die beoordeling is volgens vaste rechtspraak een beoordeling van feiten die – behoudens het geval van een onjuiste voorstelling van de bewijselementen – niet opnieuw door het Hof kan worden verricht<sup>412</sup>. De Commissie (of meer algemeen, de partij die het bestaan van een inbreuk aanvoert en dus daarvoor de bewijslast torst) moet bij de rechter de “vaste overtuiging” kunnen teweegbrengen dat de inbreuk is gepleegd, zij het dat dit moet worden uitgemaakt op basis van het geheel van de voorliggende bewijsstukken<sup>413</sup>. Indien het Gerecht twijfels heeft over de realiteit van een beweerde inbreuk, moeten die in het voordeel spelen van de beschuldigde onderneming, omwille van het vermoeden van onschuld<sup>414</sup>.

**172.** De praktische impact van deze principiële bewijsregels mag – zeker in “klassieke kartelzaken” – niet worden overschat. Zo wordt in het *Cement*-arrest het volgende gesteld: “Daar het verbod op [kartels] en de sancties die overtreders riskeren, algemeen bekend zijn, worden de activiteiten die met die gedragingen en overeenkomsten verband houden, doorgaans clandestien verricht, worden de bijeenkomsten in het geheim gehouden, meestal in een derde land, en wordt de desbetreffende documentatie tot een minimum beperkt. Zelfs wanneer de Commissie stukken ontdekt waaruit met zoveel woorden onrechtmatig overleg tussen marktdeelnemers blijkt, zoals de notulen van een vergadering, zijn die doorgaans slechts fragmentarisch en schaars, zodat vaak bepaalde details via deductie moeten worden gereconstrueerd. In de meeste gevallen moet het bestaan van een mededingingsversturende gedraging of overeenkomst worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen die in hun totaliteit beschouwd, bij gebreke van een andere coherente verklaring het bewijs kunnen leveren dat de mededingingsregels zijn geschonden”<sup>415</sup>. Daarbij aansluitend stelt het Gerecht in het arrest *Naadloze stalen buizen* dat ten aanzien van bewijsstukken die, samen geno-

<sup>405</sup>. Arrest *Corus UK*, aangehaald in voetnoot 312, r.o. 130-131.

<sup>406</sup>. Arrest *Van den Bergh*, aangehaald in voetnoot 349, r.o. 192-195. In dezelfde zin het arrest *Grafietelektroden*, aangehaald in voetnoot 293, r.o. 292-294, waarin het Gerecht oordeelt dat een brief van de Commissie aan een onderneming waarin die onderneming wordt gemeld dat zij in het kader van een inbreuk enkel wordt gehoord als getuige, de Commissie niet verhindert om later ook punten van bezwaar tot die onderneming te richten met betrekking tot de door haar vastgestelde inbreuk.

<sup>407</sup>. Arrest *Van den Bergh*, aangehaald in voetnoot 349, r.o. 207.

<sup>408</sup>. Arrest *FEG & TU*, aangehaald in voetnoot 303, r.o. 382; arrest *Grafietelektroden*, aangehaald in voetnoot 293, r.o. 283; arrest *Speciaal grafiet*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 369; arrest *British Airways*, aangehaald in voetnoot 381, r.o. 66.

<sup>409</sup>. Arrest *Naadloze stalen buizen*, aangehaald in voetnoot 312, r.o. 415. In het in voetnoot 381 geciteerde arrest *British Airways* (r.o. 70) voegde het Gerecht daar nog aan toe, dat indien de Commissie wordt geconfronteerd met aanwijzingen van inbreuken door meerdere ondernemingen in dezelfde sector, zij haar inspanningen mag toespitsen op slechts één van de “verdachten”.

<sup>410</sup>. Arrest *Speciaal grafiet*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 370.

<sup>411</sup>. Arrest *Naadloze stalen buizen*, aangehaald in voetnoot 312, r.o. 273.

<sup>412</sup>. Arrest *Cement*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 77.

<sup>413</sup>. Arrest *Naadloze stalen buizen*, aangehaald in voetnoot 312, r.o. 179-180.

<sup>414</sup>. Arrest *Naadloze stalen buizen*, aangehaald in voetnoot 312, r.o. 178, met verwijzing naar art. 6 lid 2 en het handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

<sup>415</sup>. Arrest *Cement*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 55-57.

men, de conclusie wettigen dat er sprake is van een (mededingingsbeperkende) overeenkomst, de auteur van die overeenkomst zich niet kan vrijpleiten met de algemene bewering dat het voorliggende bewijs ook op een andere manier zou kunnen worden geïnterpreteerd: hij moet aantonen (of gemotiveerd bestrijden) dat de concrete bewijsstukken, desgevallend omdat zij op een andere manier kunnen worden geïnterpreteerd dan de Commissie voorhoudt, ontoereikend zijn om de conclusie te wettigen dat er sprake is van een verboden overeenkomst<sup>416</sup>. Eveneens moet rekening worden gehouden met de regel dat overeenkomsten waarvan de rechter aanvaardt dat zij tot *doel* hebben de mededinging te beperken, onder het verbod van artikel 81 vallen, zonder dat het noodzakelijk is aan te tonen dat zij daadwerkelijke mededingingsbeperkende *gevolgen* hebben gehad<sup>417</sup>. Tenslotte, indien de auteurs van de praktijken waarvan vaststaat dat zij mededingingsbeperkend zijn, aanvoeren dat die praktijken gedekt worden door artikel 81 *derde lid*, dan staat het aan hen – en niet aan de partij die de inbreuk aanvoert – om aan te tonen dat de toepassingsvoorwaarden van dat derde lid zijn vervuld.

**173. Bewijswaarde van verklaringen.** Geen enkel beginsel van mededingingsrecht belet de Commissie om het bewijs van een inbreuk te steunen op verklaringen die zijn afgelegd door een andere beschuldigde onderneming<sup>418</sup>. Dit beginsel geldt ook ten aanzien van verklaringen die zijn afgelegd met het oog op het bekomen van de voordelen van de clementie-mededeling. Maar dergelijke verklaringen kunnen, wanneer zij door andere beschuldigde ondernemingen worden betwist, niet worden aanzien als *voldoende* bewijs in de afwezigheid van andere bewijselementen<sup>419</sup>. Verklaringen die de Commissie heeft verkregen van informanten waarvan zij, omwille van het risico van retaliatie, de identiteit geheim houdt, zijn niet onontvankelijk als bewijs, maar de anonimiteit van die verklaringen kan wel in rekening worden genomen door de rechter die de geloofwaardigheid ervan moet beoordelen<sup>420</sup>.

**174.** Bij de appreciatie van de bewijswaarde van verklaringen geldt het principe dat verklaringen die namens een onderneming als zodanig worden afgegeven, geloofwaardig-

ger zijn dan individuele verklaringen van personeelsleden van een onderneming<sup>421</sup>.

**175.** Documenten die weinig bewijswaarde opleveren (bv. omdat zij hoofdzakelijk verwijzen naar feiten die in andere documenten worden beschreven) hoeven niet uit het dossier te worden geweerd en kunnen dienen als aanwijzing van de (hoofdzakelijk uit andere bewijsstukken blijvende) inbreuk<sup>422</sup>.

### 3. *Verplichting tot medewerking aan het onderzoek*

**176.** De verplichting tot medewerking aan het onderzoek is vooral relevant voor inspecties en verzoeken om inlichtingen. Het is vaste rechtspraak dat ondernemingen verplicht zijn om actief mee te werken, hetgeen betekent dat zij alle informatie die betrekking heeft op het voorwerp van het onderzoek, ter beschikking van de Commissie moeten houden<sup>423</sup>. De rechten van de verdediging impliceren niet het recht om onvolledige of onjuiste informatie te verstrekken<sup>424</sup>. Evenmin impliceren de rechten van de verdediging een absoluut zwijgrecht (weigering om te antwoorden op enig verzoek om inlichtingen): gelet op de verplichting tot medewerking aan het onderzoek is dergelijke absolute weigering te beschouwen als een ongerechtvaardigde belemmering van het onderzoek, die aanleiding kan geven tot dwangmaatregelen<sup>425</sup>. Ook mag de Commissie een onderneming waartegen een onderzoek loopt, ondervragen over de handelingen van alle andere betrokken ondernemingen<sup>426</sup>. De verplichting om alle door de Commissie gevraagde inlichtingen over te leggen, geldt zelfs wanneer op basis van die inlichtingen het bestaan van een inbreuk kan worden bewezen; het is slechts anders indien de Commissie verzoekt om een beschrijving van het voorwerp en het verloop van bijeenkomsten of om de notulen daarvan, in gevallen waarin de Commissie vermoedt dat die bijeenkomsten een mededingingsbeperkende doelstelling hadden<sup>427</sup>.

**177.** Ondernemingen die enkel datgene doen waartoe ze verplicht zijn, en doorheen de gehele procedure het stand-

<sup>416</sup>. Arrest *Naadloze stalen buizen*, aangehaald in voetnoot 312, r.o. 186-187 en 203.

<sup>417</sup>. Arrest *Naadloze stalen buizen*, aangehaald in voetnoot 312, r.o. 181 en r.o. 382-384. Evenmin hoeft de Commissie aan te tonen hoe het kartel precies functioneerde: het volstaat (althans ten aanzien van de vraag of er sprake is van een inbreuk; de precieze werking van het kartel kan desgevallend wél relevant voor de beoordeling van de zwaarte en de duur van de inbreuk en het daarmee verbonden bedrag van de boete) dat de Commissie het bestaan bewijst van een ongeoorloofde overeenkomst. *Ibid.*, r.o. 203.

<sup>418</sup>. Arrest *Naadloze stalen buizen*, aangehaald in voetnoot 312, r.o. 192.

<sup>419</sup>. Arrest *Naadloze stalen buizen*, r.o. 219.

<sup>420</sup>. Arrest *Naadloze stalen buizen*, r.o. 273.

<sup>421</sup>. Arrest *Naadloze stalen buizen*, r.o. 205.

<sup>422</sup>. Arrest *Naadloze stalen buizen*, r.o. 238.

<sup>423</sup>. Arrest *Cement*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 62.

<sup>424</sup>. Arrest *Buizen voor afstandverwarming*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 401.

<sup>425</sup>. Arrest *Grafietelektroden*, aangehaald in voetnoot 293, r.o. 402.

<sup>426</sup>. Arrest *Cement*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 207.

<sup>427</sup>. Arrest *Grafietelektroden*, aangehaald in voetnoot 293, r.o. 403-408; arrest *Cement*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 65.

punt van de Commissie bestrijden, kunnen om die reden geen hogere geldboete oplopen. Maar zij komen wel niet in aanmerking voor de toepassing van de clementieregeling (zie randnr. 218 *infra*).

#### 4. Verzoeken om inlichtingen

**178.** Verzoeken om inlichtingen moeten gerechtvaardigd zijn door de vereisten van het onderzoek; dat geldt niet voor een verzoek om overlegging van een document dat reeds in het bezit was van de Commissie (bv. als gevolg van een contact met een klager)<sup>428</sup>. “Excessieve” verzoeken om inlichtingen die worden verzonden na de mededeling van punten van bezwaar kunnen de uitoefening van de rechten van de verdediging bemoeilijken<sup>429</sup>. Maar of de niet-naleving van deze regel kan worden afgedwongen is de vraag: het is immers vaste rechtspraak dat er enkel dan van nietigverklaring van de (eind)beschikking sprake kan zijn wanneer er een – desgevallend zelfs maar geringe – kans bestond, dat de administratieve procedure zonder die overtreding een ander resultaat zou hebben gehad<sup>430</sup>.

#### 5. Vertrouwelijkheid van briefwisseling tussen advocaat en cliënt

**179.** In het mijlpaalarrest *AM&S* maakte het Hof uit dat briefwisseling tussen advocaat en cliënt vertrouwelijk is (en niet mag worden gebruikt door de Commissie in het kader van haar onderzoek) wanneer aan twee voorwaarden is voldaan: ten eerste moet de briefwisseling hebben plaatsgevonden in het kader en ten behoeve van de verdediging van de cliënt; ten tweede moet zij afkomstig zijn van een onafhankelijke advocaat, dat wil zeggen een advocaat die niet in dienstbetrekking is bij zijn cliënt<sup>431</sup>. In een latere beschikking *Hilti* van het Gerecht werd voorts uitgemaakt dat de

bescherming van briefwisseling met een onafhankelijk advocaat ook geldt voor interne nota's die enkel de tekst of de inhoud van die briefwisseling weergeven en die onder het leidinggevend personeel van de onderneming ter overdenking zijn verspreid<sup>432</sup>. In de zaak *Akzo* staat de vraag aan de orde of de bescherming ook kan worden uitgebreid tot bepaalde interne documenten. In de eerste plaats interne memoranda met informatie die werd verzameld voor bespreking met de advocaat van de onderneming. In de tweede plaats interne communicatie (e-mails) tussen het bedrijfsvoorzitter en een advocaat die *werknemer* is van de onderneming. Indien in deze zaak een uitspraak ten gronde wordt geveld, zal deze in een volgende aflevering van de kroniek worden besproken<sup>433</sup>.

#### 6. Punten van bezwaar

**180.** Een mededeling van punten van bezwaar moet in bewoordingen zijn gesteld die – hoe bondig ook – voor de adressaten voldoende duidelijk zijn om te weten welke gedragingen de Commissie hen verwijt, zodat zij zich daartegen behoorlijk kunnen verdedigen alvorens de Commissie een definitieve beschikking vaststelt<sup>434</sup>. De Commissie moet uiteenzetten op welke feiten en bewijzen zij zich baseert om van een inbreuk te gewagen, en moet deze elementen juridisch kwalificeren, maar hoeft nog geen (definitieve) conclusies uit die feiten en juridische argumenten te trekken<sup>435</sup>. Evenmin hoeft zij in te gaan op alle elementen die werden voorgedragen tijdens de administratieve procedure<sup>436</sup>.

**181.** Indien de beschikking beweringen van feitelijke of juridische aard bevat die niet reeds in de punten van bezwaar voorkwamen, levert zulks een schending van de rechten van de verdediging op. Maar daarvan is geen sprake indien de beweringen van de beschikking slechts een herformulering, herschikking of uitwerking vormen van reeds in de punten van bezwaar gemaakte beweringen<sup>437</sup>.

<sup>428</sup>. Arrest *TACA*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 425-429.

<sup>429</sup>. Arrest *TACA*, r.o. 418.

<sup>430</sup>. Arrest *TACA*, r.o. 430, met verwijzing naar eerdere rechtspraak.

<sup>431</sup>. Arrest van het Hof van 18 mei 1982, zaak 155/79, *AM&S*, *Jur.* 1982, 1575.

<sup>432</sup>. Beschikk. van het Gerecht van 4 april 1990 in zaak 30/89, *Hilti*, *Jur.* 1990, II-163.

<sup>433</sup>. Het Gerecht (beschikk. van 30 oktober 2003, gevoegde zaken T-125/03 R en T-253/03 R, *Akzo Nobel Chemicals en Akros Chemicals/Commissie*, *Jur.* 2003, II-4771 en vervolgens beschikk. van 28 mei 2004, zaak T-253/03, *Akzo Nobel Chemicals en Akros Chemicals, nog niet gepubliceerd in Jur.*, r.o. 93-130) beval de voorlopige opschorting van de Commissiebeschikking die aan deze documenten de *AM&S* bescherming ontzegde, en beval, ter voorkoming van onherstelbare schade, de bewaring van de (verzegelde) set A-documenten op de griffie van het Gerecht. De beschikking werd door het Hof in hogere voorziening evenwel teniet gedaan (beschikk. van het Hof van 27 september 2004, zaak C-7/04 P(R), *Commissie/Akzo Nobel Chemicals en Akros Chemicals*, *Jur.* 2004, I-8739). Het Hof wees er op, dat de Commissie er zich had toe verbonden om derde partijen geen toegang te verlenen tot deze set documenten tot uitspraak zou zijn gedaan over de wettigheid van haar beschikking waarin zij het *AM&S*-statuut aan deze documenten ontzegde. Bovendien had de Commissie reeds (kort) kennis genomen van de set A-documenten, zodat de schade die zou kunnen ontstaan van een gebeurlijke meer grondige lezing volgens het Hof niet kon worden aanzien als ernstig en onherstelbaar, gelet op de omstandigheid dat de Commissie aldus verkregen informatie (voorlopig) niet mag gebruiken in het kader van haar onderzoek. Beschikk. van het Hof van 27 september 2004 in zaak C-7/04 P(R), *Akzo*, *Jur.* 2004, I-8739, r.o. 36-43.

<sup>434</sup>. Arrest *FEG & TU*, aangehaald in voetnoot 303, r.o. 33; arrest *Speciaal grafiet*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 138.

<sup>435</sup>. Arrest *Naadloze stalen buizen*, aangehaald in voetnoot 312, r.o. 429 en 453. De eindbeschikking hoeft geen replica te zijn van de mededeling van de punten van bezwaar, arrest *Cement*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 67.

<sup>436</sup>. Zie o.m. het arrest *Volkswagen I*, aangehaald in voetnoot 328, r.o. 127.

<sup>437</sup>. Arrest *TACA*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 194, met verwijzing naar eerdere rechtspraak.

**182.** Een boete kan enkel dan worden opgelegd aan een bepaalde rechtspersoon wanneer de Commissie tot die rechtspersoon een mededeling van punten van bezwaar heeft gericht, daarin haar voornemen inzake het opleggen van een boete heeft aangekondigd en daarbij de voornaamste feitelijke en juridische omstandigheden vermeldt die dit voornemen schragen<sup>438</sup>. Daarentegen is niet vereist dat de Commissie in de punten van bezwaar preciseert of de boetes die zij voornemens is op te leggen, zullen worden berekend op basis van de boeterichtsnoeren dan wel de methode toelicht op basis waarvan zij voornemens is de boete te berekenen<sup>439</sup>; evenmin is vereist dat de Commissie in de punten van bezwaar kond doet van haar voornemen om het geldende beleid inzake het niveau van de boetes te verstrengen; het recht te worden gehoord heeft geen betrekking op de wijze waarop de Commissie de zwaarte en de duur van de inbreuk zal vertalen naar een concreet boetebedrag<sup>440</sup>.

**183. Aanvullende punten van bezwaar.** Naar aanleiding van het antwoord op punten van bezwaar, mag de Commissie desgewenst een tweede of aanvullende mededeling van punten van bezwaar verrichten die rekening houdt met de omstandigheid dat een aantal van de afspraken waartegen bezwaar werd gemaakt, voorheen ter vrijstelling waren aangemeld (en dus provisionele immuniteit genoten) – ook al lijkt het voor de hand te liggen, dat de Commissie reeds bij het uitbrengen van de oorspronkelijke punten van bezwaar op de hoogte was of had moeten zijn van de eerder aangeelde afspraken<sup>441</sup>.

## 7. Toegang tot het dossier tijdens de administratieve procedure

**184.** Toegang tot het dossier is geen doel op zich, maar

strekt ter bescherming van de rechten der verdediging<sup>442</sup>. De toegang tot het dossier heeft meer bepaald als doel, elke onderneming die het voorwerp uitmaakt van het onderzoek, in kennis te stellen van al het door de Commissie vergaarde bewijsmateriaal, om doeltreffend te kunnen reageren op de conclusies waartoe de Commissie, in de punten van bezwaar, is gekomen op basis van dat bewijsmateriaal<sup>443</sup>.

**185.** Het staat aan elke onderneming om de Commissie uit eigen beweging alle stukken over te maken die naar hun oordeel bewijs à décharge leveren. Daartegenover staat de verplichting van de Commissie om alle ondernemingen die het voorwerp uitmaken van haar onderzoek, toegang te verlenen tot alle door de Commissie verzamelde bewijsstukken, zowel à charge als à décharge<sup>444</sup>. Het staat immers niet aan de Commissie om eigenmachtig uit te maken welke stukken bewijs à décharge kunnen opleveren en welke niet.

**186.** Het feit dat geen toegang werd verleend tot interne documenten van de betrokken onderneming zelf (waarvan beweerd wordt dat ze ontlastend materiaal bevatten), of tot de tekst van een tot een andere onderneming gericht verzoek om informatie, levert geen schending op van de rechten van de verdediging<sup>445</sup>. Maar dat belet niet, dat de Commissie dergelijke documenten enkel dan tegen de betrokken onderneming als bewijsmateriaal kan aanwenden, wanneer zij die onderneming de gelegenheid heeft gegeven om haar opmerkingen kenbaar te maken over de bewijskracht van de betrokken documenten<sup>446</sup>.

**187.** Geen toegang kan worden verleend tot zakengeheimen van andere ondernemingen, en de Commissie is evenmin verplicht om toegang te verlenen tot haar interne documenten en andere vertrouwelijke informatie<sup>447</sup>. Interne Commissiedocumenten kunnen alleen dan ter inzage worden gegeven indien er serieuze aanwijzingen bestaan (te verstrekken

<sup>438</sup>. Arrest *Arbed*, aangehaald in voetnoot 399, r.o. 20 (mededeling van punten van bezwaar aan een dochtervennootschap wettigt niet het opleggen van een boete aan de moedervennootschap tot wie geen dergelijke mededeling was gericht); arrest *Speciaal grafiet*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 139, met verwijzing naar eerdere rechtspraak.

<sup>439</sup>. Arrest *Speciaal grafiet*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 141-146.

<sup>440</sup>. Arrest *Buizen voor afstandsverwarming*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 428-439.

<sup>441</sup>. Arrest *JCB*, aangehaald in voetnoot 313, r.o. 52.

<sup>442</sup>. Arrest *TACA*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 376, met verwijzing naar eerdere rechtspraak.

<sup>443</sup>. Arrest *Cement*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 68; arrest *TACA*, r.o. 334; arrest *Corus UK*, aangehaald in voetnoot 312, r.o. 125-126, telkens, met verwijzing naar eerdere rechtspraak. Het is niet vereist dat de toegang tot het dossier het voor een betrokken onderneming mogelijk maakt, na te gaan hoe de Commissie tot een bepaalde conclusie is gekomen; het is voldoende dat kan worden nagegaan op welke bewijsmiddelen de Commissie haar bezwaren schraagt. Arrest *TACA*, r.o. 377, met verwijzing naar eerdere rechtspraak.

<sup>444</sup>. Arrest *TACA*, r.o. 334-335, met verwijzing naar eerdere rechtspraak.

<sup>445</sup>. Arrest *JCB*, aangehaald in voetnoot 328, r.o. 66-67. Desgevallend kunnen die documenten dan wel worden geweerd als bewijsmiddel; zie randnr. 191 hierna.

<sup>446</sup>. Arrest *TACA*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 172. Anders is het voor *argumenten* die door een onderneming zijn aangevoerd tijdens de administratieve procedure. Als de Commissie in de beschikking haar argumentatie verder uitwerkt naar aanleiding van dergelijke argumenten, dan hoeft de betrokken onderneming niet te worden gehoord over die “uitwerking”, zeker als daardoor de aard van de tegen die onderneming ingebrachte bezwaren niet wordt gewijzigd. Arrest *TACA*, r.o. 314. Het is ook anders voor bewijsstukken à décharge die zich niet in het onderzoeksdossier van de Commissie bevonden: als de betrokken onderneming de Commissie tijdens de procedure niet uitdrukkelijk heeft gewezen op die documenten of heeft verzocht om toegang tot die documenten (in het geval ze zich in het bezit van een andere onderneming bevinden), dan kan de betrokken onderneming niet gewagen van een schending van de rechten van de verdediging op basis van het argument dat zij geen toegang had verkregen tot dergelijke bewijsmiddelen à décharge. Arrest *TACA*, r.o. 340, met verwijzing naar eerdere rechtspraak.

<sup>447</sup>. Arrest *TACA*, r.o. 335, met verwijzing naar eerdere rechtspraak; arrest *JCB*, aangehaald in voetnoot 328, r.o. 68; arrest *Corus UK*, aangehaald in voetnoot 312, r.o. 129; arrest *Grafielektroden*, aangehaald in voetnoot 293, r.o. 39.

door de partij die om inzage verzoekt) dat die relevant zijn voor de beoordeling van de zaak<sup>448</sup>. Documenten kunnen als “vertrouwelijk” worden beschouwd wanneer er aanleiding bestaat om te vrezen voor vergeldingsmaatregelen door een onderneming met een machtspositie; in dergelijk geval kan de Commissie die laatste onderneming inzage weigeren in (gedeelten van) de briefwisseling met derden die het voorwerp zouden kunnen uitmaken van vergeldingsmaatregelen<sup>449</sup>.

**188.** Op de Commissie rust in het algemeen geen verplichting om schriftelijke verslagen op te stellen van alle besprekingen die zij in het kader van een zaak voert (bv. besprekingen met een klager), en om dergelijke verslagen aan het dossier toe te voegen. Dergelijke verslagen zijn interne documenten, waartoe geen toegang hoeft te worden verleend<sup>450</sup>. Het zou slechts anders zijn als de Commissie een of meer bezwaren steunt op dergelijke besprekingen<sup>451</sup>.

### **8. Documenten die door de Commissie kunnen worden gebruikt om het bestaan van een inbreuk aan te tonen**

**189.** Het Gerecht bevestigt eerdere rechtspraak volgens dewelke de Commissie, tot staving van eerder overgemaakte punten van bezwaar, bewijsstukken die zij nadien heeft gekregen, mag overmaken aan de adressaten van de punten van bezwaar om haar in de mededeling van punten van bezwaar uitgedrukte standpunt (verder) te ondersteunen. Hetzelfde geldt wanneer de Commissie de bij een inbreuk betrokken ondernemingen wil confronteren met hun – beweerdelijk tegenstrijdige – opmerkingen op de door haar meegedeelde punten van bezwaar. Voorwaarde is wel dat de betrokken ondernemingen de gelegenheid wordt gegeven, opmerkingen te maken over de aldus meegedeelde bewijsstukken respectievelijk documenten<sup>452</sup>. Dat laatste principe geldt ook wanneer het gaat om bewijsstukken die van de

betrokken ondernemingen zelf afkomstig zijn. Ook al kunnen de betrokken ondernemingen geacht worden bekend te zijn met de inhoud ervan, toch kan de Commissie dergelijke documenten, als ze niet bij de punten van bezwaar waren gevoegd, niet als bewijsmiddel aanwenden, tenzij de betrokken ondernemingen de gelegenheid wordt geboden om opmerkingen te maken over de bewijskracht ervan<sup>453</sup>. Maar wanneer een onderneming, in het kader van een beroep tot nietigverklaring dat zij instelt tegen een verbodsbeschikking, beroep doet op stukken die door de Commissie niet werden gebruikt om de inbreuk aan te tonen, mag de Commissie in haar repliek, bij wege van antwoord, die stukken bespreken om de wettigheid van de inbreukbeschikking te verdedigen<sup>454</sup>.

**190.** Het Gerecht bevestigt eveneens vaste rechtspraak volgens dewelke documenten die als bijlage bij de punten van bezwaar werden gevoegd, maar er niet in werden genoemd, slechts als bewijsstukken kunnen gelden tegen de adressaat van de mededeling indien en voorzover deze uit de mededeling redelijkerwijze kon afleiden welke conclusies de Commissie uit die bijgevoegde documenten zou trekken<sup>455</sup>. Niet-naleving van voornoemde regels resulteert niet noodzakelijkerwijs in de nietigverklaring van de beschikking: de ten onrechte gebruikte stukken moeten als bewijsmiddel worden uitgesloten en het Gerecht dient na te gaan of de overige bewijsstukken nog voldoende bewijs opleveren van de in de beschikking vastgestelde inbreuk<sup>456</sup>.

**191.** Vervolgens is er de hypothese dat een onderneming zich tijdens de administratieve procedure niet heeft kunnen uitspreken over een document dat ergens in de eindbeschikking is gebruikt (omdat zulk document geen deel uitmaakte van het dossier en evenmin door de Commissie is nagezonden). Omdat er sprake zou zijn van een schending van de rechten van de verdediging moet de betrokken onderneming om te beginnen aantonen dat zulk document in de beschikking als bewijs is aangewend voor de ene of andere aan die onderneming verweten inbreuk<sup>457</sup>. Is dat het geval, dan moet dat docu-

<sup>448</sup>. Arrest *Grafitelektroden*, r.o. 40.

<sup>449</sup>. Arrest *TACA*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 393; arrest *Michelin*, aangehaald in voetnoot 338, r.o. 124-125. In laatstgenoemd arrest had de dominante onderneming enkel toegang gekregen tot samenvattingen in tabelvorm. Het Gerecht verrichtte een controle van de juistheid van de in die tabellen opgenomen informatie (r.o. 126).

<sup>450</sup>. Arrest *TACA*, r.o. 394.

<sup>451</sup>. Arrest *TACA*, r.o. 349-356.

<sup>452</sup>. Arrest *TACA*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 165; arrest *Grafitelektroden*, aangehaald in voetnoot 293, r.o. 45, telkens met verwijzing naar eerdere rechtspraak.

<sup>453</sup>. Arrest *TACA*, r.o. 165-171, met verwijzing naar eerdere rechtspraak. Bij de vraag of de betrokken ondernemingen redelijkerwijs konden vermoeden welke conclusies de Commissie uit dergelijke bewijsstukken zou trekken, mag rekening worden gehouden zowel met de mededeling van punten van bezwaar als met latere feiten en omstandigheden, bv. de bewoordingen van een verzoek om inlichtingen waarmee de overlegging van de betrokken stukken wordt gevraagd. Arrest *TACA*, r.o. 173. In dat arrest had de Commissie in een verzoek om inlichtingen gesteld, dat zij op basis van de gevraagde documenten wilde onderzoeken of een individuele vrijstelling krachtens art. 81 lid 3 mogelijk was. Uit de beschikking bleek dat de Commissie die documenten aanwendde als bewijs van een inbreuk op art. 82. Daarin zag het Gerecht een schending van de rechten van de verdediging. Arrest *TACA*, r.o. 174-187.

<sup>454</sup>. Arrest *Naadloze stalen buizen*, aangehaald in voetnoot 312, r.o. 176.

<sup>455</sup>. Arrest *TACA*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 162, en arrest *FEG & TU*, aangehaald in voetnoot 303, r.o. 34, telkens met verwijzing naar eerdere rechtspraak.

<sup>456</sup>. Arrest *TACA*, r.o. 188, 196, 246-249 en 338, met verwijzing naar eerdere rechtspraak.

<sup>457</sup>. Arrest *FEG & TU*, r.o. 35; arrest *TACA*, r.o. 337, met verwijzing naar eerdere rechtspraak. Deze voorwaarde geldt enkel voor bewijsstukken à charge.

ment als bewijsmiddel worden uitgesloten; maar in dat geval moet worden nagegaan – en het is de betrokken onderneming die de bewijslast torst – of de nog overblijvende bewijsstukken volstaan om de door de Commissie aangevoerde inbreuk te bewijzen<sup>458</sup>. Voor niet-meegedeelde documenten à *décharge* geldt echter een verlichte bewijslast: de betrokken onderneming hoeft enkel aan te tonen dat de niet-overlegging het verloop van de procedure en de inhoud van de beschikking ten nadele van deze onderneming heeft *kunnen* beïnvloeden, dat wil zeggen dat zij die stukken à *décharge* voor haar verweer had *kunnen* gebruiken, in die zin dat, zo zij zich tijdens de administratieve procedure op die documenten had kunnen beroepen, zij elementen had kunnen aanvoeren die niet overeenstemden met de deducties die de Commissie in dat stadium had verricht en dus op enigerlei wijze het oordeel van de Commissie had kunnen beïnvloeden<sup>459</sup>.

**192.** Eens het bewijs is geleverd, volgens de hiervoor geschetste regels, dat, als gevolg van het achterwege blijven van toegang tot het (volledige) dossier, de rechten van de verdediging zijn geschonden, moet de inbreukbeschikking worden nietig verklaard, en kan die schending van de rechten van de verdediging niet meer ongedaan worden gemaakt door het feit dat toegang uiteindelijk werd verleend tijdens de procedure voor het Gerecht<sup>460</sup>.

## 9. Geen recht op het oproepen van “getuigen à *décharge*”

**193.** Aangezien de procedure voor de Commissie van louter administratieve aard is, is de Commissie niet verplicht de betrokken onderneming in de gelegenheid te stellen een bepaalde getuige te ondervragen en zijn verklaringen in de onderzoeksfase te analyseren<sup>461</sup>. Evenmin bestaat er een absoluut recht om, in het kader van een beroep tot nietigverklaring tegen een inbreukbeschikking, getuigen te doen verschijnen: het Gerecht beschikt over een beoordelingsbevoegdheid wat betreft de noodzaak en opportuniteit van het horen van de voorgestelde getuigen. Voor de eerbiediging

van de rechten van de verdediging volstaat het dat de betrokken onderneming, gelet op de globale procedure, de mogelijkheid heeft gehad om de op haar rustende verdenkingen naar behoren en voldoende te betwisten<sup>462</sup>.

## 10. Verplichting om een (inbreuk)beschikking binnen een redelijke termijn vast te stellen en om een arrest binnen een redelijke termijn te vellen

**194.** Tijdens de besproken periode wordt de vaste rechtspraak bevestigd dat een onderneming die wordt beschuldigd van een inbreuk, recht heeft op een uitspraak van de Commissie binnen een redelijke termijn<sup>463</sup>. Ook de procedure voor het Gerecht is aan die regel onderworpen<sup>464</sup>.

**195.** Of de duur van het onderzoek al dan niet redelijk was, moet worden beoordeeld met inachtneming van de “specifieke omstandigheden” van de zaak, in het bijzonder het belang ervan voor de betrokkene, de complexiteit van de zaak, het gedrag van de betrokkene en de bevoegde autoriteiten en de gemiddelde behandelingsduur van een zaak van een zelfde type; deze lijst is niet limitatief<sup>465</sup>. Een vooralsnog onopgeloste vraag is op welk ogenblik de “termijn” ingaat waarvan de duur “redelijk” moet zijn. In het arrest *FEG & TU*<sup>466</sup> maakt het Gerecht, op basis van bestaande rechtspraak, een onderscheid tussen twee fases van de onderzoeksprocedure: de eerste fase loopt tot de mededeling van de punten van bezwaar; de tweede fase loopt vanaf de punten van bezwaar tot de eindbeschikking. Het Gerecht oordeelt dat de duur van de eerste fase “*op zich*” geen afbreuk kan doen aan de rechten van de verdediging: zolang geen mededeling van punten van bezwaar is uitgebracht zijn de betrokken ondernemingen, aldus het Gerecht, nergens van beschuldigd<sup>467</sup>.

**196.** In de *FEG & TU*-zaak had de gehele onderzoeksprocedure, gemeten vanaf de waarschuwingsbrief tot de eindbeschikking, bijna acht en een half jaar aangesleept<sup>468</sup>. Het

<sup>458</sup>. Arrest *Cement*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 72-73.

<sup>459</sup>. Arrest *Cement*, r.o. 74-75; arrest *JCB*, aangehaald in voetnoot 328, r.o. 69-71; arrest *Thyssen Stahl*, aangehaald in voetnoot 342, r.o. 31-34; arrest *TACA*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 339-340, telkens met verwijzing naar eerdere rechtspraak. Of een document kan worden beschouwd als een bewijsstuk als *décharge* is een rechtsvraag die ook door het Hof in het kader van een hogere voorziening kan worden beslecht. Arrest *Cement*, r.o. 125.

<sup>460</sup>. Arrest *Cement*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 100-105; arrest *JCB*, aangehaald in voetnoot 328, r.o. 64.

<sup>461</sup>. Arrest *Cement*, r.o. 200.

<sup>462</sup>. Arrest *Buizen voor afstandsverwarming*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 67-71 (met verwijzing naar de rechtspraak van het EHRM).

<sup>463</sup>. Arrest *Aristrain Madrid*, aangehaald in voetnoot 300, r.o. 165.

<sup>464</sup>. Arresten *Aristrain Madrid*, r.o. 165-178, *Corus UK*, aangehaald in voetnoot 312, r.o. 41-56, *Thyssen Stahl*, aangehaald in voetnoot 342, r.o. 152-166, en *Krupp Hoesch Stahl*, r.o. 121-133, waarin een termijn van vijf jaar als “lang” wordt bestempeld, maar uiteindelijk niet als onredelijk wordt aangemerkt, gelet op de “bijzondere complexiteit” van de zaak. Zie ook *Kroniek 1997-1999*, T.B.H. 1999, 747, randnrs. 118-119.

<sup>465</sup>. Arrest *Aristrain Madrid*, aangehaald in voetnoot 300, r.o. 166, met verwijzing naar eerdere rechtspraak.

<sup>466</sup>. Aangehaald in voetnoot 303.

<sup>467</sup>. Arrest *FEG & TU*, aangehaald in voetnoot 303, r.o. 79. Het Gerecht bestempelde uiteindelijk zowel de eerste als de tweede fase als onredelijk lang.

<sup>468</sup>. Ter vergelijking: in het arrest *JCB* werd een termijn van bijna 5 jaar “niet overdreven lang” geacht, gelet op de complexiteit van de zaak, het feit dat er verschillende lidstaten bij betrokken waren, vijf inbreuken ten laste waren gelegd, en een tweede mededeling van punten van bezwaar diende te worden opgesteld. Arrest *JCB*, aangehaald in voetnoot 328, r.o. 43. Opmerkelijk is, dat het onderzoek in die zaak werd voorafgegaan door een administratieve behandeling van een door *JCB* aangemelde overeenkomst die 27 jaar (*sic*) aansleepte, en dat de inbreukprocedure (deels) betrekking had op de voordien aangemelde overeenkomsten. Zie r.o. 3-20 van het arrest.

Gerecht herinnert aan de vaste rechtspraak dat de overschrijding van de redelijke termijn enkel kan leiden tot de nietigverklaring van de beschikking wanneer is aangetoond dat de betrokken ondernemingen zich minder doeltreffend hebben kunnen verdedigen als gevolg van het overdreven lange tijdsverloop<sup>469</sup>. Welnu, het Gerecht vond geen bewijs dat, als gevolg van de lange duur van de onderzoeksprocedure, afbreuk was gedaan aan de rechten van de verdediging<sup>470</sup>. Het argument van de betrokken ondernemingen dat wegens het tijdverloop bewijzen verloren zouden zijn gegaan, wordt door het Gerecht terzijde gesteld met verwijzing naar de “algemene voorzorgplicht” die rust op elke onderneming of ondernemersvereniging, zeker wanneer zij een verzoek om inlichtingen ontvangen. In dergelijke omstandigheden moeten de betrokkenen, aldus het Gerecht, “met grote zorg handelen” en alle nodige maatregelen treffen om bewijzen waarover zij beschikken, te bewaren<sup>471</sup>. Het Gerecht herinnert ook aan de vijfjarige verjaringstermijnen voor (het onderzoek van) inbreuken, en poneert dat, zolang de verjaring niet is ingetreden, het voortduren van de onzekerheid aangaande de conclusies waartoe de Commissie desgevallend zal komen, op zich geen afbreuk doet aan de rechten van de verdediging<sup>472</sup>. Nu de onredelijke duur van het onderzoek geen afbreuk had gedaan aan de mogelijkheid voor de betrokken ondernemingen om zich behoorlijk te verdedigen bleef nog de vraag of die duur een verlaging van de boete wettigde. De Commissie had in de beschikking al uit eigen beweging het bedrag van de door haar vastgestelde geldboete met 100.000 euro verlaagd na de “aanzienlijke” duur van de procedure te hebben erkend. Het Gerecht achtte een verdere verlaging van de boete niet gepast<sup>473</sup>.

## C. Boetes

**197. Toename van het boetecontentieux.** De in de vorige aflevering van deze kroniek vastgestelde tendens zet zich ook tijdens de besproken periode door: een groot deel van de door het Gerecht beslechte zaken hebben (hoofdzakelijk of bijna uitsluitend) betrekking op (de hoogte van) de boete die door de Commissie ten aanzien van inbreuken is opgelegd.

Het lijkt dan ook gepast om een afzonderlijke afdeling van deze kroniek te wijden aan het boetecontentieux.

### 1. Algemeen

**198. Belangrijke rol van het Gerecht.** Een discussie over het bedrag van een boete kan enkel worden gevoerd in het kader van een beroep bij het Gerecht, en die discussies zijn thans frequent, enerzijds omdat de Commissie het algemene niveau van boetes (in het bijzonder voor “hard core”-inbreuken) verder heeft verhoogd, anderzijds omdat veel meer inbreuken worden vastgesteld op basis van bewijs dat aan de Commissie wordt bezorgd onder de clementieregeling; in dergelijke gevallen is er vaak nog weinig twijfel over het bestaan en de duur van de inbreuk, en heeft de discussie betrekking op de ernst ervan – en dus op het bedrag van de boete.

**199. Volledige rechtsmacht.** In mededingingszaken beschikt het Gerecht over volledige rechtsmacht, wat betekent dat het het bedrag van de door de Commissie opgelegde boete kan verlagen of zelfs verhogen. Uit de jurisprudentie blijkt dat het Gerecht daarvan frequent gebruik maakt. Het is vaste rechtspraak van het Hof dat aanpassingen, door het Gerecht, van het bedrag van de boete, door het Hof niet kunnen worden teruggedraaid louter op billijkheidsoverwegingen<sup>474</sup>. Maar als het Gerecht, in het kader van zijn volledige rechtsmacht, wil afwijken van een *berekeningsmethode* van de Commissie, moet het zulks in zijn arrest motiveren<sup>475</sup>, behalve wanneer de boetebeschikking slechts tot één onderneming was gericht<sup>476</sup>.

**200. Beoordelingsbevoegdheid van de Commissie bij het bepalen van het bedrag van de boete.** Hof en Gerecht bevestigen tijdens de besproken periode dat de Commissie – ook wanneer ze toepassing geeft aan de door haar uitgevaardigde boeterichtsnoeren – over een zekere beoordelingsbevoegdheid beschikt bij het bepalen van het bedrag van de boetes, en geen precieze mathematische formules hoeft toe te pas-

<sup>469</sup>. Arrest *FEG & TU*, aangehaald in voetnoot 303, r.o. 74; zie ook arrest *JCB*, r.o. 40.

<sup>470</sup>. Arrest *FEG & TU*, r.o. 78 en 93. In die passage van het arrest lijkt het Gerecht zowel elementen van de eerste als van de tweede fase te onderzoeken.

<sup>471</sup>. Arrest *FEG & TU*, r.o. 87.

<sup>472</sup>. Arrest *FEG & TU*, r.o. 89-91.

<sup>473</sup>. Arrest *FEG & TU*, r.o. 438. Bij het afsluiten van de tekst van deze kroniek werd de conclusie bekend van advocaat-generaal Kokott (genomen op 8 december 2005 in zaken C-105/04 P en C-113/04 P, *nog niet gepubliceerd in Jur.*) op de door de betrokken ondernemingen ingestelde hogere voorziening. De advocaat-generaal leest het arrest van het Gerecht aldus, dat het Gerecht geen onderzoek wijdde aan de gevolgen van de buitensporige duur van de eerste fase voor de uitoefening van de rechten van de verdediging gedurende de gehele duur van de procedure. Ten onrechte, aldus de advocaat-generaal. Wat betreft de verwijzing naar de verplichting van de betrokken ondernemingen om alle schriftelijke bewijzen goed te bewaren, merkt de advocaat-generaal op dat het “met het verstrijken van de tijd [...] moeilijker [kan] worden getuigen à décharge te vinden, met name vanwege het vanzelfsprekende verloop van bestuurders en andere medewerkers in ondernemingen” (punt 129 van de conclusie in zaak C-105/04 P). Het arrest van het Hof op hogere voorziening komt in een volgende aflevering van de kroniek aan de orde.

<sup>474</sup>. Zie bv. arrest van het Hof van 17 december 1998, zaak C-185/95 P, *Baustahlgewebe/Commissie*, *Jur.* 1998, I-8417, r.o. 129; arrest van het Hof van 29 april 2004, zaak C-359/01 P, *British Sugar/Commissie*, *Jur.* 2004, I-4933, r.o. 48.

<sup>475</sup>. Arrest *Buizen voor afstandsverwarming*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 337.

<sup>476</sup>. Zie het arrest *Volkswagen I*, aangehaald in voetnoot 328, r.o. 145-147.



sen<sup>477</sup>. Weliswaar moet de Commissie zich houden aan de principes die ze in haar verschillende mededelingen inzake berekening van boetes en vermindering van boetes wegens medewerking heeft uiteengezet<sup>478</sup>, maar uit dergelijke mededelingen van de Commissie kan geen gewettigd vertrouwen worden behaald dat het niveau van de boetes niet zal worden verhoogd in vergelijking met vorige gevallen<sup>479</sup>.

**201. Verhoging van het boeteniveau.** De toepassing van de boeterichtsnoeren kan als gevolg hebben dat een inbreuk zwaarder wordt gestraft dan een vergelijkbare inbreuk in het verleden. Daartegen bestaat geen bezwaar<sup>480</sup>. Meer algemeen bevestigt het Gerecht eerdere rechtspraak die geen graven ziet in een verhoging, door de Commissie en zonder waarschuwing vooraf, van het boeteniveau: marktdeelnemers kunnen immers, aldus het Gerecht, geen gewettigd vertrouwen hebben dat de Commissie het niveau van boetes voor bepaalde inbreuken handhaaft. Wel integendeel, de Commissie mag het “algemene niveau” van boetes verhogen indien dit noodzakelijk is voor de uitvoering van het communautaire mededingingsbeleid<sup>481</sup>.

## 2. Ernst van de inbreuk; verzwarende en verzachtende omstandigheden

**202. Relevante factoren voor de beoordeling van de ernst van een inbreuk.** De zwaarte van de inbreuk – samen met de duur één van de twee factoren die de hoogte van de boete bepalen – is vast te stellen op basis van een aantal (niet exhaustief op te sommen) omstandigheden, zoals de aard van de inbreuk (bv. prijsafspraken of marktverdeling), het gedrag van de betrokken ondernemingen, de rol die elk van

hen heeft gespeeld om te kunnen komen tot de verboden gedragingen<sup>482</sup>, en de waarschuwing die uitgaat van de bestaande beschikkingspraktijk en rechtspraak<sup>483</sup>. Deze appreciatie moet voor elk van de deelnemers aan de inbreuk afzonderlijk geschieden<sup>484</sup>.

**203.** Het is vaste rechtspraak dat bij de vaststelling van het bedrag van de boete rekening moet worden gehouden met de afschrikkende werking van de sanctie. Maar het argument dat het bedrag van een boete *hoger is dan noodzakelijk* om afschrikkend te werken, wordt steevast afgewezen<sup>485</sup>.

**204. Verzwarende omstandigheden.** Werden tijdens de besproken periode o.m. beschouwd als verzwarende omstandigheden:

- het waarschuwen, van andere leden van het kartel, voor op handen zijnde inspecties. Immers, met dergelijk gedrag wordt gepoogd om het bestaan van het kartel verborgen te houden en het voortbestaan ervan te verzekeren<sup>486</sup>;
- het verder zetten van de inbreuk na ontvangst van de mededeling van punten van bezwaar<sup>487</sup>;
- de winst die met verboden afspraken is behaald kan eveneens als factor worden aanzien op basis waarvan de zwaarte van de inbreuk wordt bepaald; indien de raming van dergelijke winst objectief mogelijk is, moet daarmee bij het bepalen van het bedrag van de boete rekening worden gehouden als verzwarende omstandigheid, teneinde de onrechtmatig behaalde voordelen te neutraliseren<sup>488</sup>. Maar deze regel kan niet *a contrario* worden toegepast: het feit dat de deelname aan het kartel *geen* economisch voordeel opleverde, is geen verzachtende omstandigheid<sup>489</sup>.

<sup>477</sup>. Arrest *Buizen voor afstandsverwarming*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 172, 243 en 267; arrest *Thyssen Stahl*, aangehaald in voetnoot 342, r.o. 149; arrest *Michelin*, aangehaald in voetnoot 338, r.o. 292; arrest van het Gerecht van 18 juli 2005, zaak T-241/01, *Scandinavian Airlines System/Commissie, nog niet gepubliceerd in Jur.* (hierna het “arrest SAS”), r.o. 64, 87 en 165-166. Het Gerecht oordeelde tijdens de besproken periode dat dit beginsel ook geldt wanneer het het bedrag van de boete vaststelt in het kader van zijn volledige rechtsmacht. Arrest van het Gerecht van 14 september 2004, zaak T-156/94, *Aristrain Madrid II, nog niet gepubliceerd in Jur.*, r.o. 43.

<sup>478</sup>. Arrest *General Motors Nederland*, aangehaald in voetnoot 321, r.o. 187-188.

<sup>479</sup>. Arrest *Buizen voor afstandsverwarming*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 186-188.

<sup>480</sup>. Arrest *Grafitelektroden*, aangehaald in voetnoot 293, r.o. 189-192.

<sup>481</sup>. Arrest *TACA*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 1567-1568; arrest *Buizen voor afstandsverwarming*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 169-171, 173 en 191-196; arrest *Aristrain Madrid*, aangehaald in voetnoot 300, r.o. 81; arrest *Michelin*, aangehaald in voetnoot 338, r.o. 254 en 277 (in verband met het bedrag van de verhoging van de boete wegens de duur van de inbreuk).

<sup>482</sup>. Arrest *Buizen voor afstandsverwarming*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 241-242. De rol van kopstuk is een evidente verzwarende omstandigheid; zie bv. het arrest *Grafitelektroden*, aangehaald in voetnoot 293, r.o. 302-304; arrest *Speciaal grafiet*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 316-321.

<sup>483</sup>. Arrest *General Motors Nederland*, aangehaald in voetnoot 321, r.o. 192.

<sup>484</sup>. Arrest *Cement*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 92.

<sup>485</sup>. Zie bv. arrest *Grafitelektroden*, aangehaald in voetnoot 293, r.o. 144-148 en het arrest *Corus UK*, aangehaald in voetnoot 312, r.o. 181.

<sup>486</sup>. Arrest *Grafitelektroden*, r.o. 310-312. Deze strenge attitude wordt ook weerspiegeld in de opvatting van Hof en Gerecht dat stilzwijgende (passieve) deelname aan een geheim kartel de duur van de inbreuk kan verlengen, zodat “stilzwijgende” deelnemers enkel van hun aansprakelijkheid voor de inbreuk worden ontslagen indien en wanneer zij zich daarvan uitdrukkelijk distantiëren (zie hiervoor, randnr. 129).

<sup>487</sup>. Arrest *British Airways*, aangehaald in voetnoot 381, r.o. 312-314.

<sup>488</sup>. Arrest *Buizen voor afstandsverwarming*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 290-295. Eenzelfde benadering volgt het Gerecht in het arrest *SAS*, aangehaald in voetnoot 477 (r.o. 122) wat betreft de concrete weerslag van de inbreuk op de markt. Indien de aard van de inbreuk (typisch een verbod, bv. een kartel met toepassing waarvan bepaalde deelnemers zich ervan onthouden om op een gegeven markt te verkopen, of een afspraak inzake exportverbod) het onmogelijk maakt om de impact op de mededinging precies te bepalen, kunnen de betrokken ondernemingen de Commissie niet verwijten dat zij de impact van de inbreuk niet heeft onderzocht. Arrest *Naadloze stalen buizen*, aangehaald in voetnoot 312, r.o. 546; arrest *General Motors Nederland*, aangehaald in voetnoot 321, r.o. 197.

<sup>489</sup>. Arrest *SAS*, aangehaald in voetnoot 477, r.o. 146, met verwijzing naar eerdere rechtspraak.

**205. Verzachtende omstandigheden: algemeen.** De Commissie geniet een zekere beoordelingsbevoegdheid bij de vraag of bepaalde omstandigheden als “verzachtend” kunnen worden aanzien, nu de boeterichtsnoeren geen limitatieve lijst van dergelijke omstandigheden bevatten<sup>490</sup>. Uit de jurisprudentie die tijdens de besproken periode werd geveld, blijkt dat de notie van verzachtende omstandigheden allengs wordt vernauwd. De arresten besproken in de volgende randnummers maken dit duidelijk.

**206. “Compliance program” geen verzachtende omstandigheid.** Het Hof bevestigt het oordeel van het Gerecht dat de invoering van een “compliance program” niet als verzachtende omstandigheid kan worden aangemerkt, nu in casu een inbreuk is vastgesteld<sup>491</sup>.

**207. Financiële moeilijkheden geen verzachtende omstandigheid.** Het Hof bevestigt dat de Commissie bij de vaststelling van het bedrag van de boete niet verplicht is om rekening te houden met de deficitaire situatie van een onderneming, aangezien dat zou neerkomen op het verschaffen van een niet-gerechvaardigd voordeel aan ondernemingen die het minst zijn aangepast aan de eisen van de markt; evenmin is het een verzachtende omstandigheid, dat de afspraken zijn gemaakt in een sector die in een moeilijke economische situatie verkeert<sup>492</sup>. Het in de boeterichtsnoeren vermelde principe, dat rekening moet worden gehouden met het vermogen van een onderneming om de boete daadwerkelijk te betalen, verwijst volgens het Gerecht naar de consequenties die de uitvoering van de boete kan hebben voor de werknemers of de leveranciers, en belet de Commissie niet een boete op te leggen zelfs wanneer die boete resulteert in het faillissement of de vereffening van de onderneming die de inbreuk pleegde<sup>493</sup>.

**208. Berouw slechts uitzonderlijk een verzachtende omstandigheid.** – In het arrest *SAS* sluit het Gerecht niet bij voorbaat uit, dat maatregelen genomen na de vaststelling van een boetebeschikking in aanmerking kunnen worden genomen om, in het kader van de volle rechtsmacht van het Gerecht, een vermindering van de boete te overwegen. Maar het gedrag

na de beschikking verleent alleszins geen enkele aanspraak op dergelijke vermindering; bovendien zou dergelijke vermindering slechts in uitzonderlijke omstandigheden gerechtvaardigd kunnen zijn en moet zij met “de grootst mogelijke omzichtigheid” worden toegepast, om niet te kunnen worden opgevat als een aansporing om inbreuken te plegen met speculatie op een verlaging van de boete<sup>494</sup>.

**209. Vrijwillige stopzetting van de inbreuk.** Bijzonder streng klinkt het arrest *Speciaal Grafiet*. Daarin bevestigt het Gerecht dat de stopzetting van de inbreuk meteen nadat de Commissie daartegen is opgetreden (bv. door een inspectie), volgens de boeterichtsnoeren kan worden beschouwd als een verzachtende omstandigheid. Maar volgens het Gerecht geldt zulks niet voor de stopzetting van de inbreuk *vooraleer* de Commissie is opgetreden, nu een vermindering uit dien hoofde “dubbel gebruik” zou uitmaken met de rol die de duur van de inbreuk speelt bij de vaststelling van het boetebedrag<sup>495</sup>. Wat het praktische gevolg is van deze beoordeling is niet zo duidelijk. Wanneer de ene deelnemer aan een inbreuk vrijwillig een einde zou hebben gesteld aan zijn deelname nog voor de Commissie is opgetreden, terwijl een andere deelnemer zulks pas deed nadat de Commissie actie had ondernomen, dan lijkt het beginsel van gelijke behandeling er zich tegen te verzetten dat eerstgenoemde deelnemer per slot van rekening even streng (laat staan strenger) zou worden gestraft dan de tweede deelnemer.

**210. Overhandiging van (nieuw) bewijsmateriaal aan de Commissie.** Zoals geweten heeft de Commissie “clementieregels” uitgevaardigd, waarin zij vermindering of zelfs immuniteit van boetes toezegt aan ondernemingen die de Commissie uit eigen beweging in kennis stellen van bewijs dat de Commissie toelaat om inbreuken, waarbij die ondernemingen betrokken zijn, met minder moeite vast te stellen. In het arrest *TACA* oordeelt het Gerecht dat dergelijke initiatieven, ook *buiten* de clementieregels om, een verzachtende omstandigheid uitmaken die de Commissie in elk geval in aanmerking moet nemen en die een vermindering van de boete kan rechtvaardigen<sup>496</sup>.

<sup>490</sup>. Arrest *Speciaal grafiet*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 289.

<sup>491</sup>. Arrest *Buizen voor afstandsverwarming*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 371-373. Dat geldt a fortiori voor het instellen van een compliance program na de beëindiging van het onderzoek van de Commissie: arrest *Grafietelektroden*, aangehaald in voetnoot 293, r.o. 343. Vermeldenswaard is ook de stelling van het Gerecht in het arrest *SAS* (aangehaald in voetnoot 477, r.o. 194) volgens dewelke de aanwezigheid van juridische adviseurs op bepaalde bijeenkomsten niet garandeert dat die bijeenkomsten rechtmatig waren.

<sup>492</sup>. Arrest *Buizen voor afstandsverwarming*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 327; arrest *Grafietelektroden*, aangehaald in voetnoot 293, r.o. 369-370; arrest *Speciaal grafiet*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 332-333.

<sup>493</sup>. Arrest *Grafietelektroden*, r.o. 371-372. Indien evenwel de Commissie, gelet op de financieel zwakke positie van een onderneming, het *eindbedrag* van de boete proportioneel vermindert met de overweging dat een verminderd bedrag voldoende afschrikwekkend is, dan kan het Gerecht, in het kader van zijn volledige rechtsmacht, deze proportionele vermindering laten bestaan zelfs wanneer het het *basisbedrag*, op basis waarvan het eindbedrag (vóór vermindering) is bepaald, vermindert: de procentuele vermindering wordt dan toegepast op een lager eindbedrag. Arrest *Speciaal grafiet*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 404-406.

<sup>494</sup>. Arrest *SAS*, aangehaald in voetnoot 477, r.o. 225-228.

<sup>495</sup>. Arrest *Speciaal grafiet*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 291. Alleszins gaat het ook hier niet om een *verplichting*. In het geval van een bijzonder zware inbreuk beaamt het Gerecht het standpunt van de Commissie dat de “vrijwillige” beëindiging van de inbreuk, anders dan in eerdere beschikkingen, niet als een verzachtende omstandigheid in aanmerking hoeft te worden genomen.

<sup>496</sup>. Arrest *TACA*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 1607-1610. In dezelfde zin het arrest *Buizen voor afstandsverwarming*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 351.

### 3. Boetebedragen en het niet-discriminatiebeginsel

**211. Vergelijkbare gevallen.** Bij het beboeten van inbreuken op de mededingingsregels moet de Commissie zich houden aan het gelijkheidsbeginsel, dat er zich tegen verzet dat vergelijkbare situaties verschillend en verschillende situaties gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is<sup>497</sup>. De vergelijking met boetebedragen die in het verleden voor *andere* inbreuken werden opgelegd is meestal een moeilijke opgave, gelet op grote verschillen in de feitelijke en juridische context van de betrokken zaken<sup>498</sup>. Daarom zal het gelijkheidsbeginsel vooral een rol spelen ingeval meerdere ondernemingen betrokken zijn bij een inbreuk. In dergelijke gevallen moet de Commissie het bedrag van de aan elke deelnemer opgelegde boete bepalen in functie van de rol die hij bij die inbreuk heeft gespeeld<sup>499</sup>. Daarbij moet de Commissie kunnen aantonen dat de differentiatie van de boetebedragen gebaseerd is op objectieve criteria. Bijvoorbeeld werd in het arrest *Speciaal grafiet* het argument aanvaard van de onderneming die als kopstuk van een kartel was aangewezen, dat de zwaarte van de inbreuk gepleegd door andere bij het kartel betrokken ondernemingen niet zodanig verschillend was dat zulk verschil een differentiatie in het boetebedrag van 50% rechtvaardigde<sup>500</sup>.

**212. Vergissingen in andere gevallen leveren geen discriminatie op.** – Het argument dat sommige ondernemingen die bij een inbreuk betrokken zijn, ten onrechte *te laag* zijn beboet, wordt niet automatisch aanvaard als grond voor de verlaging van de boetes die zijn opgelegd aan alle andere deelnemers aan die inbreuk<sup>501</sup>. Wel integendeel, zoals blijkt uit het arrest *Naadloze stalen buizen*. In die laatste zaak werd het Gerecht geconfronteerd met een Commissiebeschikking die uitspraak had gedaan over twee inbreuken die qua deelnemers weliswaar enig verband met elkaar hielden, maar die qua doel en gevolgen toch van elkaar te onderscheiden waren. Het Gerecht stelde dat ondernemingen die slechts aan één van beide inbreuken hadden deelgenomen (“groep 1”), niet even zwaar gestraft kunnen worden als ondernemingen die schuldig zijn aan beide inbreuken (“groep 2”)<sup>502</sup>. De Com-

missie had beide groepen evenwel boetes van hetzelfde niveau opgelegd. Het Gerecht suggereerde, dat de “meest geschikte oplossing” voor dit probleem er in zou kunnen bestaan, de boetes voor groep 2 te *verhogen*, na te hebben vastgesteld dat het bedrag van de boete die was opgelegd aan groep 1 op zich volkomen verantwoord is. Maar het Gerecht achtte zich niet bevoegd om dergelijke verhoging uit te spreken wanneer de Commissie daartoe niet heeft geconcludeerd – wat enkel mogelijk is indien groep 2 ook in de procedure is betrokken, en zich kan verweren tegen het verzoek om verhoging. In die omstandigheden was de enige oplossing om de boete voor groep 1 te verlagen<sup>503</sup>.

### 4. De boeterichtsnoeren

**213. Geldigheid van de boeterichtsnoeren**<sup>504</sup>. In het arrest *Buizen voor afstandsverwarming* bevestigt het Hof, in het verlengde van het eerder arrest van het Gerecht<sup>505</sup>, dat de Commissie, met de aankondiging van de methode die zij wilde toepassen bij de berekening van boetes, binnen het door verordening nr. 17 (thans: verordening nr. 1/2003) opgelegde wettelijke kader was gebleven<sup>506</sup>. In het arrest *SAS* verwerpt het Gerecht de stelling, dat de Commissie met de uitvaardiging van de boeterichtsnoeren haar eigen beoordelingsbevoegdheid te sterk zou hebben ingeperkt door “forfaitaire” (en per hypothese te hoge) “tarieven” vast te stellen<sup>507</sup>.

**214.** De toepassing van de (in de boeterichtsnoeren vervatte berekeningsregels op feiten die plaatsvonden vóór de uitvaardiging van de) boeterichtsnoeren vormt volgens het Gerecht geen ontoelaatbare retroactieve sanctie, nu die richtsnoeren een berekeningsmethode uitwerken die blijft binnen het wettelijk kader van verordening nr. 17 (thans verordening nr. 1/2003)<sup>508</sup>. Dit standpunt werd evenwel niet gevolgd door het Hof in het arrest *Buizen voor afstandsverwarming*. Het Hof besprak de opwerping, dat de onmiddellijke toepassing van de richtsnoeren kan resulteren in het opleggen van hogere boetes aan praktijken die dateren van voor de publicatie van die richtsnoeren. Het Hof distantieert zich van het standpunt van het Gerecht<sup>509</sup> als zouden de boeterichtsnoe-

<sup>497</sup>. Arrest *Grafietelektroden*, aangehaald in voetnoot 293, r.o. 394; arrest *JCB*, aangehaald in voetnoot 328, r.o. 187.

<sup>498</sup>. Arrest *Aristrain Madrid*, aangehaald in voetnoot 300, r.o. 78-79.

<sup>499</sup>. Arrest *Grafietelektroden*, aangehaald in voetnoot 293, r.o. 301.

<sup>500</sup>. Arrest *Speciaal grafiet*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 328-331.

<sup>501</sup>. Arrest *SAS*, aangehaald in voetnoot 477, r.o. 170. In dezelfde zin het arrest *Grafietelektroden*, aangehaald in voetnoot 293, r.o. 398: de omstandigheid dat andere deelnemers aan de inbreuk een te hoge korting wegens medewerking zouden hebben gekregen, vormt geen aanleiding om ook andere kortingen te verhogen.

<sup>502</sup>. Arrest *Naadloze stalen buizen*, aangehaald in voetnoot 312, r.o. 566-573.

<sup>503</sup>. Arrest *Naadloze stalen buizen*, aangehaald in voetnoot 312, r.o. 576.

<sup>504</sup>. Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten zoals gepubliceerd in *PB*. 1998, C. 9, p. 3.

<sup>505</sup>. Zie de bespreking in *Kroniek 2001-2003*, *T.B.H.* 2004, 631, randnr. 140. Zie ook, tijdens de besproken periode, de arresten van het Gerecht in de zaken *Naadloze stalen buizen*, aangehaald in voetnoot 312, r.o. 531-535 en *Speciaal grafiet*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 159-164.

<sup>506</sup>. Arrest *Buizen voor afstandsverwarming*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 250-260.

<sup>507</sup>. Arrest *SAS*, aangehaald in voetnoot 477, r.o. 66-75.

<sup>508</sup>. Arrest *TACA*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 1569.

<sup>509</sup>. Arrest *Buizen voor afstandsverwarming*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 206-207.

ren, anders dan verordening nr. 1/2003, geen deel uitmaken van het rechtskader voor de vaststelling van geldboetes, zodat er geen probleem zou bestaan van retroactieve toepassing van sancties. Het Hof wijst er op, dat de richtsnoeren op algemene wijze de methode bepalen die de Commissie bij de vaststelling van geldboetes dient te volgen, en aldus de rechtszekerheid van de ondernemingen waarborgen. Zij zijn, met toepassing van de (in het arrest van het Hof geciteerde) jurisprudentie van het EHRM, wel degelijk te beschouwen als deel uitmakend van het “recht”, en kunnen dus niet op retroactieve wijze straffen invoeren of verzwaren<sup>510</sup>. Daarvan is evenwel geen sprake wanneer richtsnoeren de bestaande regels verfijnen, maar wel wanneer zij een nieuwe uitlegging invoeren die niet redelijkerwijs kon worden voorzien<sup>511</sup>. De “voorzienbaarheid” van een gegeven interpretatie is grotendeels afhankelijk van de inhoud van die bepaling, maar wordt ook beïnvloed door de verplichting van professionele actoren om deskundig advies in te winnen aangaande de mogelijke gevolgen van een voorgenomen handelswijze<sup>512</sup>. De “tarifaire” benadering van de richtsnoeren was volgens het Hof voorzienbaar, net als de verhoging van het boeteniveau dat in die tarieven tot uiting komt<sup>513</sup>.

**215. Boetetarieven per inbreuk.** Aangezien de richtsnoeren boetetarieven *per inbreuk* vermelden, kan het totale bedrag van boetes oplopen naarmate de Commissie in het kader van een onderzoek meerdere inbreuken vaststelt. In het arrest *Speciaal grafiet* wijst het Gerecht de bewering van de hand, als zou de Commissie een “artificieel onderscheid” hebben gemaakt tussen afspraken inzake grafietproducten (grafiet-elektroden, speciaal isostatisch grafiet en speciaal gespoten grafiet). Het Gerecht bevestigt het bestaan van drie verschillende inbreuken op basis van de omstandigheid dat de afspraken betrekking hadden op verschillende markten, dat de deelnemers aan de inbreuken niet steeds dezelfde waren en dat er ook inhoudelijke verschillen bestonden tussen de voor de onderscheidene producten gemaakte afspraken<sup>514</sup>.

**216. Differentiatie van het boetebedrag in functie van de “groepering” van de deelnemers aan de inbreuk.** Het Gerecht bevestigt tijdens de besproken periode de toelaatbaarheid van de indeling in categorieën van de bij een

inbreuk betrokken ondernemingen volgens hun respectieve grootte, waarbij verschillende (forfaitaire) “basisboetebedragen” (vastgesteld in functie van de ernst van de inbreuk) worden gehanteerd voor elk van de categorieën<sup>515</sup>. Deze werkwijze impliceert dat het boetebedrag weliswaar wordt gedifferentieerd per categorie, maar niet (individueel) wordt berekend in functie van de omzet van elke onderneming, maar wel in functie van een forfaitair basisbedrag. Het Gerecht bevestigt eveneens de wettigheid van de indeling in categorieën in functie van de totale omzet van de betrokken ondernemingen (en dus niet in functie van de omzet op de markt waarop de inbreuk plaatsvond)<sup>516</sup>. Een verschil tussen de aldus vastgestelde basisboetebedragen van 25% blijft, aldus het Gerecht, binnen de grenzen van de beoordelingsbevoegdheid waarover de Commissie terzake beschikt<sup>517</sup>.

**217.** Maar de methode die wordt gehanteerd om de betrokken ondernemingen in de ene of andere categorie onder te brengen, en de verhouding tussen de basisboetebedragen die aan elk van die categorieën wordt toegekend moet wel samenhangend en objectief gerechtvaardigd zijn. Dat betekent dat de verhouding tussen enerzijds het marktaandeel dan wel het omzetcijfer (de factor(en) waarop de Commissie zich baseert om een onderneming in een categorie onder te brengen) en anderzijds het basisboetebedrag voor alle betrokken ondernemingen in dezelfde lijn moet liggen, tenzij de Commissie specifiek motiveert waarom zij anders te werk is gegaan<sup>518</sup>.

## 5. De clementieregeling

**218. Algemeen.** Het Hof bevestigt tijdens de besproken periode de basispremissie van de clementieregeling: de vermindering van de boete is de “beloning” voor de bijdrage van een onderneming aan de administratieve procedure, waardoor de Commissie in staat wordt gesteld om een inbreuk met minder moeilijkheden vast te stellen<sup>519</sup>. Er kan dus geen sprake zijn van “afgedwongen bekentenissen” dan wel van een “bestrafing” voor het uitoefenen van de rechten van de verdediging: alle betrokken ondernemingen zijn vrij

<sup>510</sup>. Arrest *Buizen voor afstandsverwarming*, r.o. 215-223.

<sup>511</sup>. Arrest *Buizen voor afstandsverwarming*, r.o. 215-218 en 224.

<sup>512</sup>. Arrest *Buizen voor afstandsverwarming*, r.o. 219.

<sup>513</sup>. Arrest *Buizen voor afstandsverwarming*, r.o. 227-232. Om dezelfde reden bestond er voor de Commissie geen verplichting om de betrokken ondernemingen te horen over haar voornemen om de in de boetrichtsnoeren vermelde regels toe te passen op feiten die hadden plaatsgevonden voor de bekendmaking van die richtsnoeren. Arrest *Buizen voor afstandsverwarming*, r.o. 440.

<sup>514</sup>. Arrest *Speciaal grafiet*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 117-125, waarin ook wordt bevestigd dat er geen bezwaar tegen bestaat dat de Commissie twee van elkaar te onderscheiden inbreuken in één beschikking behandelt en bestraft. Omgekeerd bevestigt het Hof in het arrest *Volkswagen I* (aangehaald in voetnoot 328) dat een inbreuk kan bestaan uit een serie van verschillende handelingen die samen één gemeenschappelijke strekking hebben en dus één en dezelfde inbreuk uitmaken (r.o. 103-105 van het arrest).

<sup>515</sup>. Arrest *TACA*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 1517-1520; arrest *SAS*, aangehaald in voetnoot 477, r.o. 160; arrest *Naadloze stalen buizen*, aangehaald in voetnoot 312, r.o. 551-554.

<sup>516</sup>. Arrest *TACA*, r.o. 1524-1532; arrest *Grafietelektroden*, aangehaald in voetnoot 293, r.o. 216-218.

<sup>517</sup>. Arrest *TACA*, r.o. 1551.

<sup>518</sup>. Arrest *Grafietelektroden*, aangehaald in voetnoot 293, r.o. 228-233.

<sup>519</sup>. Arrest *Buizen voor afstandsverwarming*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 399.

om al dan niet medewerking te verlenen die verder gaat dan hetgeen waartoe ze verplicht zijn<sup>520</sup>.

**219. Voorwaarde voor immuniteit.** Boete-immuniteit kan worden toegekend aan de onderneming die de eerste is om de Commissie bewijsmateriaal te verstrekken dat de Commissie toelaat een inbreuk vast te stellen. Daartoe is niet vereist dat *al* het bewijsmateriaal met betrekking tot die inbreuk wordt overgelegd, zolang de betrokken onderneming maar al het bewijsmateriaal heeft verstrekt dat *in haar bezit is*. Bijvoorbeeld bevestigde het Gerecht dat de Commissie immuniteit mocht verlenen aan een onderneming die als eerste bewijsmateriaal had voorgelegd, maar niet met betrekking tot de gehele duur van de inbreuk (aangezien de betrokken onderneming niet gedurende de gehele periode aan de inbreuk had deelgenomen)<sup>521</sup>.

**220. “Bewijs” hoeft niet schriftelijk te zijn.** Ook mondeling verstrekte inlichtingen, die gereflecteerd worden in interne nota’s van Commissieambtenaren (en zich dus niet bevinden in het dossier waartoe alle betrokken ondernemingen toegang krijgen) kunnen “bewijsstukken” (in de zin van de Clementieregeling) vormen die het voor de Commissie gemakkelijker maken om het bewijs te leveren van het bestaan van een inbreuk of aan die inbreuk een einde te maken<sup>522</sup>.

**221. Vermindering van boete veronderstelt resultaten, geen intenties.** De enkele *bereidheid* tot medewerking volstaat niet om een vermindering van de boete te bekomen; daarvoor is noodzakelijk, dat aan de Commissie inlichtingen dan wel bewijsstukken worden verstrekt die bijdragen tot het bewijs van de inbreuk<sup>523</sup>; geven daarentegen geen recht op vermindering, bewijsstukken waarover de Commissie al beschikt of die betrekking hebben op feiten die door de Commissie reeds op basis van andere stukken konden worden bewezen<sup>524</sup>.

**222. Niet alle clementieverminderingen vinden automatisch toepassing.** De “laagste” categorie van medewerking (deel D van de clementiemededeling) bestaat uit het verstrekken van inlichtingen of andere bewijsstukken die “bijdragen” tot het bewijs van het bestaan van de inbreuk, vooreer een mededeling van punten van bezwaar is verzonden. Dergelijke vermindering moet evenwel niet worden toege-

kend door de Commissie: zij beschikt over een zekere beoordelingsbevoegdheid, en een vermindering kan slechts gerechtvaardigd zijn “indien de verstrekte informatie en meer algemeen het gedrag van de betrokken onderneming terzake kunnen worden geacht blijk te geven van een werkelijke medewerking harerzijds”<sup>525</sup>.

**223. Clementieverminderingen moeten een “nuttig effect” hebben.** Om de vermindering wegens medewerking “nuttige werking” te verlenen, kan het vereist zijn dat de Commissie die pas in rekening brengt nadat het (basis)bedrag van de boete reeds is vastgesteld op basis van de regel dat de boete nooit meer mag bedragen dan 10% van de omzet van de betrokken onderneming<sup>526</sup>.

**224. Beroep op clementieregeling niet onverenigbaar met beroep tot nietigverklaring tegen (verminderde) boete.**– Het Gerecht bevestigt eerdere rechtspraak dat een beroep op de clementieregeling niet belet dat de betrokken onderneming beroep aantekent tegen de boetebeschikking (waarin haar een boetevermindering wegens medewerking is toegekend), en in het kader van dat beroep haar verantwoordelijkheid voor de inbreuk betwist. Maar indien zij in het kader van haar beroep op de clementieregeling een aantal feiten uitdrukkelijk, duidelijk en nauwkeurig heeft erkend, en zij voor die erkenning een boetevermindering heeft bekomen, kan zij voor het Gerecht op die erkenning niet meer terugkomen, op straffe van een verhoging van de boete<sup>527</sup>. In het arrest *Grafitelektroden* oordeelt het Gerecht dat voorgaande regel niet geldt voor erkenningen van feiten die níet duidelijk, nauwkeurig en uitdrukkelijk waren<sup>528</sup>. In het arrest *Speciaal grafiet* wordt daar nog aan toegevoegd dat de onmogelijkheid om terug te komen op een erkenning van de feiten, de betrokken onderneming niet verhindert om te redetwisten over de interpretatie van die feiten of de daaraan verbonden juridische gevolgen<sup>529</sup>. Maar in het arrest *Grafitelektroden* wordt die laatste regel bepaald eng geïnterpreteerd: het Gerecht bevestigt dat de erkenning, tijdens de procedure, van bepaalde feiten niet voldoende “duidelijk, nauwkeurig en uitdrukkelijk” was, en gaat derhalve na of de betrokken feiten bewezen kunnen worden geacht; het Gerecht meent van wel, opmerkelijk genoeg op basis van de (ingetrokken) erkenning<sup>530</sup>. Ook opmerkelijk is dat het Gerecht vervolgens

<sup>520</sup>. Arrest *Buizen voor afstandsverwarming*, r.o. 401 en 417-419.

<sup>521</sup>. Arrest *Speciaal grafiet*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 358-365.

<sup>522</sup>. Arrest *Grafitelektroden*, aangehaald in voetnoot 293, r.o. 430-436 (een vermindering is ook gepast voor bewijs dat de Commissie toelaat een intern lek te identificeren dat haar onderzoek saboteerde).

<sup>523</sup>. Arrest *SAS*, aangehaald in voetnoot 477, r.o. 212.

<sup>524</sup>. Arrest *SAS*, r.o. 213-219.

<sup>525</sup>. Arrest *Buizen voor afstandsverwarming*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 393-395.

<sup>526</sup>. Arrest *Grafitelektroden*, aangehaald in voetnoot 293, r.o. 350-354 (indien de vermindering wegens medewerking zou zijn toegepast voor de toepassing van de 10%-regel, dan zou zij geen effect hebben gehad).

<sup>527</sup>. Arrest *SAS*, aangehaald in voetnoot 477, r.o. 231-241.

<sup>528</sup>. Arrest *Grafitelektroden*, aangehaald in voetnoot 293, r.o. 108-109.

<sup>529</sup>. Arrest *Speciaal grafiet*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 322-327.

<sup>530</sup>. Arrest *Grafitelektroden*, aangehaald in voetnoot 293, r.o. 108-111.

een deel van de door de Commissie toegestane clementiekorting intrekt<sup>531</sup>.

**225. *Betwisting van de aan een andere onderneming toegekende vermindering.*** Omdat de clementiekortingen degressief zijn, en niet (meer) beschikbaar zijn voor bewijsmateriaal dat reeds door een andere onderneming aan de Commissie is bezorgd, kunnen deelnemers aan een inbreuk belang hebben bij het betwisten van de korting die aan een andere onderneming is toegekend. Indien het argument beperkt is tot de stelling dat aan de andere onderneming ten onrechte een (te grote) clementiekorting werd verleend, kan het volgens het Gerecht niet slagen, aangezien niemand profijt kan trekken uit een onrechtmatigheid begaan door een andere onderneming<sup>532</sup>. Maar het is anders wanneer wordt aangevoerd dat aan een andere onderneming ten onrechte volledige boete-immuniteit is verleend, want de immuniteitsstatus kan slechts één keer worden toegekend, en dan nog enkel aan de onderneming die het vereiste bewijs als eerste aan de Commissie bezorgde<sup>533</sup>. Een moeilijke situatie ligt voor, wanneer de onderneming aan wie, uit hoofde van de clementieregeling, immuniteit is verleend (hierna “onderneming A”), geen beroep tot nietigverklaring aantekent tegen de Commissiebeschikking die boetes oplegt aan andere deelnemers bij die inbreuk. Als één van die andere deelnemers (hierna “onderneming B”), aan wie immuniteit geweigerd was, in het kader van dat beroep de wettigheid betwist van de aan onderneming A verleende clementie, dan kan onderneming A er belang bij hebben om in dat geding te interveniëren ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie. Opmerkelijk genoeg oordeelde het Gerecht tijdens de besproken periode dat onderneming A *niet* het vereiste belang heeft voor zo’n interventie, ook niet wanneer onderneming B in het kader van dat beroep beweert dat de Commissie onderneming A *ten onrechte* immuniteit heeft verleend<sup>534</sup>. Dit standpunt impliceert dat, als het Gerecht (in afwezigheid van onderneming A) het standpunt van onderneming B (dat zij de eerste was om de Commissie beslissend bewijs te bezorgen) aanvaardt en de beschikking van de Commissie, waarin onderneming B immuniteit wordt ontzegd, nietig verklaart, het risico bestaat dat de Commissie (aangezien slechts één onderneming immuniteit kan bekomen) ten aanzien van onderneming A op haar immuniteitsbeschikking zal willen of zelfs moeten terugkomen, en zulks

op basis van een feitelijke appreciatie van het Gerecht waarover onderneming A zich niet heeft kunnen uitspreken. Onderneming A kan vervolgens wel een beroep tot nietigverklaring instellen tegen de beschikking waarin haar immuniteit weer wordt ingetrokken, maar de kans dat het Gerecht zal willen terugkomen op haar feitelijke beoordeling van de zaak die haar eerder door onderneming B werd voorgelegd, lijkt toch eerder gering.

## 6. Overige rechtspraak met betrekking tot boetes

**226. *Provisionele boete-immuniteit uitzonderingsregeling.*** In het arrest *TACA* oordeelde het Gerecht, dat de boete-immuniteit toegekend door verordening nr. 4056/86 (groepsvrijstelling inzake zeevervoer en die provisionele immuniteit toekent voor bij de Commissie aangemelde gedragingen), betrekking heeft op boetes zowel wegens inbreuk op artikel 81 als op artikel 82. De weigering van de in de aanmelding gevraagde vrijstelling (of de intrekking van de immuniteit nog voor de vaststelling van de eindbeschikking) maakt dus de weg vrij voor het beboeten van inbreuken van beide bepalingen<sup>535</sup>.

**227. *Toepassing van het 10%-plafond op de totale omzet van de “onderneming”.*** Ingeval twee of meer rechtspersonen op het ogenblik van de inbreuk wél deel uitmaken van een en dezelfde onderneming, maar zulks niet meer het geval is op het ogenblik dat de beschikking wordt vastgesteld, dan mag de Commissie het 10%-plafond niet meer toepassen op het totale omzetcijfer van beide ondernemingen samen – aangezien dat laatste plafond betrekking heeft op het omzetcijfer van de onderneming in het laatste boekjaar dat de beschikking voorafgaat<sup>536</sup>.

**228. *Ne bis in idem.*** Tijdens de besproken periode bevestigt het Gerecht het in de vorige aflevering van de kroniek besproken *Lysine*-arrest<sup>537</sup>. Het beginsel *ne bis in idem* verhindert niet dat de Commissie een boete oplegt voor een inbreuk die voordien reeds *door een niet-EU-mededingingsautoriteit* (zoals de Amerikaanse autoriteiten) is bestraft. Dergelijke “dubbele” bestraffing is niet verboden wanneer vaststaat dat de verschillende regels een verschillende strekking hebben (bescherming van de mededinging op de

<sup>531</sup>. Arrest *Grafiotelektroden*, r.o. 112-113. Uit deze passage en uit r.o. 287-288 van hetzelfde arrest kan worden afgeleid, dat het Gerecht een verhoging gepast acht als de Commissie verplicht is om een nieuwe bewijsvoering voor het Gerecht te leveren. In het eerdere arrest *Archer Daniels Midland*, waren de feiten bewezen geacht op basis van een ingetrokken erkenning (die wél duidelijk werd geacht), maar werd niet geraakt aan de door de Commissie toegekende korting. Zie *Kroniek 2001-2003*, T.B.H. 2004, 631, randnr. 152.

<sup>532</sup>. Arrest *Speciaal grafiet*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 373. Zie ook de hiervoor besproken rechtspraak over het argument dat andere ondernemingen ten onrechte, niet of te laag werden bestraft, randnr. 170 en 211..

<sup>533</sup>. Arrest *Speciaal grafiet*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 358 e.v.

<sup>534</sup>. Beschikk. van het Gerecht van 16 december 2004 in zaak T-410/03, *Hoechst* (uitspraak over verzoek om interventie van Chisso), *nog niet gepubliceerd in Jur.*

<sup>535</sup>. Arrest *TACA*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 1445-1463.

<sup>536</sup>. Arrest *Speciaal grafiet*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 388-390.

<sup>537</sup>. Arresten van het Gerecht van 9 juli 2003 in zaken T-223, *Kyowa Hakko Kogyo*, *Jur.* 2003, II-2553, T-224/00, *Archer Daniels Midland*, *Jur.* 2003, II-2597, T-230/00, *Daesang Corporation en Sewon Europe*, *Jur.* 2003, II-2733, besproken in *Kroniek 2001-2003*, T.B.H. 2004, randnr. 147.

gemeenschappelijke markt resp. van de markt in een derde land)<sup>538</sup>. Om dezelfde reden bestaat er geen bezwaar tegen, dat het bedrag van de boete dat door de Commissie wordt opgelegd aan een wereldwijd kartel (en dat reeds door een niet-EU-mededingingsautoriteit is bestraft), rekening houdt met de wereldwijde omzet van alle karteldeelnemers<sup>539</sup>, en hoeft de Commissie evenmin rekening te houden met het bedrag van de boete dat ten aanzien van die inbreuk door een niet-EU-jurisdictie werd opgelegd<sup>540</sup>.

**229.** Evenmin ziet het Gerecht er graten in, dat de Commissie bij de bestraffing van een wereldwijd kartel het boetebedrag bepaalt in functie van de wereldwijde omzet van de betrokken ondernemingen. Dat is geen overschrijding van haar territoriale bevoegdheid, aldus het Gerecht<sup>541</sup>.

**230.** “Toezeggingen” inzake het bedrag van de boete. Toezeggingen die zouden zijn gedaan door een Commissieambtenaar dat de boete een bepaald niveau niet zou overschrijden, binden de Commissie niet, zelfs niet wanneer het zou gaan om de directeur-generaal van het directoraat-generaal Mededinging, nu deze niet bevoegd is om dergelijke toezeggingen te doen. Bijgevolg, aldus het Gerecht, voldoet de beweerde toezegging niet aan het vereiste dat zij nauwkeurig, onvoorwaardelijk en van een betrouwbare bron afkomstig moet zijn<sup>542</sup>.

**231.** *Interest bij laattijdige betaling van boetes.* Tijdens de besproken periode bevestigde het Gerecht nog eens, dat de bevoegdheid van de Commissie om boetes op te leggen, eveneens de bevoegdheid omvat om een datum vast te stellen waarop die boetes opeisbaar worden, en om een rentevoet vast te stellen voor de vertragingsrente. Zonder een dergelijke bevoegdheid zou het “voordeel” (*sic*) dat ondernemingen kunnen halen uit het met vertraging betalen van de boete neerkomen op een vermindering van de straffen die de Commissie heeft opgelegd<sup>543</sup>.

**232.** *Terugbetaling door de Commissie van (een gedeelte*

*van) de boete ten gevolge op een arrest van het Gerecht.* Het is vaste rechtspraak dat, wanneer een arrest een door de Commissie opgelegde (en door de betrokken onderneming betaalde) boete vernietigt of verlaagt, de Commissie, in uitvoering van dat arrest, en met toepassing van artikel 233 EG<sup>544</sup>, het betrokken boetebedrag moet terug betalen, verhoogd met moratoire intresten<sup>545</sup>. Uit het arrest *Holcim (Deutschland)* van het Gerecht lijkt te volgen dat de Commissie evenwel niet is gehouden tot terugbetaling van de door de betrokken onderneming gemaakte kosten voor het stellen van een bankgarantie (teneinde contante betaling van de boete te kunnen uitstellen tot de uitspraak over het beroep tot nietigverklaring tegen de boetebeschikking)<sup>546</sup>.

**233.** Weigert de Commissie zulks te doen, dan kan de betrokken onderneming een beroep tot nietigverklaring of een beroep wegens nalaten instellen. Probleem daarbij is dat het verdrag eist dat dergelijke beroepen binnen een zeer korte termijn (twee maanden) worden ingesteld. In de zaak *Greencore* had de betrokken onderneming om de betaling van interest verzocht, maar de Commissie betaalde enkel de hoofdsom terug. De betrokken onderneming wachtte de uitspraak af van het Gerecht in de *Corus*-zaak<sup>547</sup>, en verzocht vervolgens om betaling van rente. De Commissie weigerde zulks, verwijzend naar het feit dat *Greencore* niet tijdig een beroep tot nietigverklaring had ingesteld tegen haar weigering om interest te betalen; die weigering, aldus de Commissie, bleek duidelijk uit de betaling van de hoofdsom zonder interest. Het Hof verwerpt dat argument: zelfs in de specifieke omstandigheden van deze zaak (betaling volgt op een verzoek van *Greencore* om interest te ontvangen) kan de betaling van de hoofdsom zonder interesten niet als een weigeringsbeslissing worden beschouwd<sup>548</sup>.

**234.** In de zaak *Holcim (France)* had de betrokken onderneming geopteerd voor een beroep tot *schadevergoeding* (waarbij de schade bestaat in de niet-terugbetaalde interest). Voor beroepen tot schadevergoeding geldt een verjaringstermijn van vijf jaar. Een exceptie van onontvankelijkheid

<sup>538</sup>. Arrest *Grafietelektroden*, aangehaald in voetnoot 293, r.o. 130-151; arrest *Speciaal grafiet*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 112.

<sup>539</sup>. Arrest *Grafietelektroden*, r.o. 138; arrest *Speciaal grafiet*, aangehaald in voetnoot 279, r.o. 115.

<sup>540</sup>. Arrest *Grafietelektroden*, r.o. 138-142; zie hierover *Kroniek 2001-2003, T.B.H. 2004*, 631, randnr. 147.

<sup>541</sup>. Arrest *Grafietelektroden*, r.o. 200.

<sup>542</sup>. Arrest *Grafietelektroden*, r.o. 152-153.

<sup>543</sup>. Arrest *Grafietelektroden*, r.o. 475, met verwijzing naar eerdere rechtspraak. Vermeldenswaard is dat in Nederland anders werd geoordeeld, zie College van Beroep voor het Bedrijfsleven, uitspraak van 7 december 2005, *Secon en G-Star/NMa* (te vinden op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)), waarin werd geoordeeld dat op basis van de Nederlandse Mededingingswet een geldboete slechts verschuldigd is vanaf de inwerkingtreding van de boetebeschikking (dat wil zeggen dat géén rente verschuldigd is zolang de bezwaarprocedure tegen een beslissing van de directeur-generaal nog loopt).

<sup>544</sup>. Deze bepaling van het verdrag verplicht een instelling waarvan een handeling nietig is verklaard door het Hof of het Gerecht, “de maatregelen te nemen welke nodig zijn ter uitvoering van het arrest”.

<sup>545</sup>. Arrest van het Gerecht van 10 oktober 2001, zaak T-171/99, *Corus UK/Commissie*, *Jur.* II-2967.

<sup>546</sup>. Arrest van het Gerecht van 21 april 2005, zaak T-28/03, *Holcim (Deutschland)/Commissie, nog niet gepubliceerd in Jur.* (hierna het “arrest *Holcim (Deutschland)*”), r.o. 126-130. Het Gerecht hamert er op, dat de bankgarantie (die werd gesteld voor een boete die later wordt nietig verklaard) niet leidt tot een verrijking van de Gemeenschap: “indien de Commissie de kosten van het stellen van een bankgarantie op zich moest nemen, zou de betrokken onderneming weer in de situatie kunnen de verkeren, waarin zij zich voor de vaststelling van de litigieuze beschikking bevond, doch zou de Commissie daarentegen worden benadeeld omdat zij aan die onderneming bedragen zou moeten vergoeden waarover zij niet heeft beschikt” (r.o. 130 van het arrest, het gaat weliswaar om een *obiter dictum*).

<sup>547</sup>. Aangehaald in voetnoot 545.

<sup>548</sup>. Arrest van het Hof van 9 december 2004 in zaak C-123/03 P, *Commissie/Greencore Groep*, *Jur.* 2004, I-11.647.

van de Commissie (op basis van de stelling dat het beroep tot schadevergoeding in realiteit een laattijdig ingesteld beroep tot nietigverklaring is van haar weigering om interest te betalen), wordt door het Gerecht afgewezen<sup>549</sup>. Uit het arrest *Holcim (Deutschland)* blijkt evenwel dat de termijn van vijf jaar, voor wat betreft de terugbetaling van de kosten verbonden aan een bankgarantie (die door de betrokken onderneming werd gesteld om de contante betaling van de boete hangende het beroep voor het Gerecht te vermijden), ingaat op het ogenblik dat de bankgarantie werd gesteld en de daaraan verbonden kosten worden opgelopen. Een beroep tot schadevergoeding moet daarom, volgens het Gerecht, worden ingesteld binnen vijf jaar na het stellen van de bankgarantie<sup>550</sup>; wordt het nadien ingesteld, dan kan enkel vergoeding worden gevorderd van de kosten die zijn opgelopen in de periode van vijf jaar voor de instelling van het beroep<sup>551</sup>. Als klap op de vuurpijl oordeelt het Gerecht vervolgens dat de (gedeeltelijke) vernietiging, door het Hof, van de betrokken Commissiebeschikking (met de daaraan verbonden vernietiging van de boete) niet deed blijken dat er een “voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht” werd begaan door de Commissie, gelet op de “ingewikkelde situatie” waarover de Commissie moest oordelen, en er evenmin een causaal verband bestaat tussen de (mogelijke) fout van de Commissie en kosten van de bankgarantie – immers, het is de betrokken onderneming die heeft gekozen voor het stellen van een garantie (om contante betaling te vermijden)<sup>552</sup>.

## D. Decentralisatie

**235.** Sinds de inwerkingtreding van verordening nr. 1/2003<sup>553</sup> hebben nationale rechters een belangrijker rol bij de toepassing van het communautaire mededingingsrecht, én heeft het communautaire recht een (nog) belangrijker invloed op het nationale recht. Daarom besteedt deze kroniek voortaan ook kort aandacht aan geselecteerde arresten van het hof van beroep te Brussel die betrekking hebben op

de verhouding tussen communautair en Belgisch mededingingsrecht<sup>554</sup>.

**236.** “Nationale” en “intracommunautaire” merkbaarheid van de mededingingsbeperking. De belangrijkste uitspraak van het Brusselse hof van beroep is het “antiquairsarrest”<sup>555</sup>. Daarin werd toepassing gemaakt van de regel (art. 3 lid 2 van verordening nr. 1/2003) dat regelingen die níet verboden zijn door artikel 81 EG, evenmin kunnen verboden worden door het nationale mededingingsrecht. Het hof moest zich uitspreken over het effect op de mededinging van een regeling, uitgevaardigd door een antiquairsvereniging, die de leden van de vereniging verbood om deel te nemen aan niet door die vereniging georganiseerde beurzen. Het hof oordeelt dat het verbod een merkbare beperking veroorzaakte van de mededinging op de “Belgische markt” (in de zin van art. 2 WBEM). Maar een merkbare beperking van de mededinging in de zin van artikel 81 eerste lid EG lag volgens het hof niet voor<sup>556</sup>. Daarom kan de regeling, ondanks het bestaan van een merkbare beperking op de “Belgische” markt, sinds de inwerkingtreding van verordening nr. 1/2003, niet meer worden verboden met toepassing van artikel 2 WBEM. De “Belgische” merkbaarheidstoets is, sinds de inwerkingtreding van verordening nr. 1/2003, nog enkel relevant met betrekking tot afspraken die geen invloed hebben op het interstatelijk handelsverkeer. Als een afspraak wél invloed heeft op het interstatelijk handelsverkeer, moet deze ook worden getoetst aan artikel 81 – en moet de vraag naar de merkbaarheid van de beperking worden beoordeeld in functie van een volgens “communautaire” regels gedefinieerde relevante markt (waarvan de geografische omvang ruimer kan uitvallen dan het Belgisch grondgebied). Indien de afspraak op de “communautaire” markt géén merkbaar beperkend effect heeft, dan kan ze niet worden verboden op basis van artikel 81 EG noch op basis van artikel 2 WBEM.

**237.** Na het antiquairsarrest is de eerste vraag die moet worden onderzocht, of de betrokken afspraak een invloed kan hebben op het interstatelijk handelsverkeer<sup>557</sup>. Is dat het

<sup>549</sup>. Beschikk. van 4 mei 2005 in zaak T-86/03, *Holcim (France)*, nog niet gepubliceerd in *Jur.* Over de grond van de zaak is bij het afsluiten van deze kroniek nog geen uitspraak gedaan.

<sup>550</sup>. Arrest *Holcim (Deutschland)*, r.o. 59-68. Indien (wat gebruikelijk is) de aan die garantie verbonden kosten slechts geleidelijk (naar gelang van de duur van de garantie) oplopen, kan de vijfjarige termijn worden gestuit door een verzoek om terugbetaling van die kosten; maar als die verzoeken worden afgewezen of zonder gevolg blijven, moet tijdig een beroep tot nietigverklaring of een beroep wegens nalaten worden ingesteld.

<sup>551</sup>. *Ibid.*, r.o. 69-73 van hetzelfde arrest.

<sup>552</sup>. *Ibid.*, r.o. 102-124. Opmerkelijk is, dat het Gerecht in een ander arrest het stellen van een bankgarantie bestempelde als een “eis” van de Commissie. Zie de beschikking van het Gerecht van 29 april 2004, T-308/02, *SGL Carbon/Commissie*, *Jur.* 2004, II-1363, r.o. 49-50.

<sup>553</sup>. Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de art. 81 en 82 van het verdrag, *PB.* 2003, L. 1, 1. Zie ook verordening (EG) nr. 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de art. 81 en 82 van het Verdrag, *PB.* 2004, L. 123, 18.

<sup>554</sup>. Deze arresten worden gepubliceerd op de website van de Commissie, zie [http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/national\\_courts/index\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/national_courts/index_en.html).

<sup>555</sup>. Brussel 29 september 2004, *Gilde van Vlaamse Antiquairs/MSA*.

<sup>556</sup>. Die conclusie steunt het hof op de vaststelling dat buitenlandse antiquairs veel alternatieven hebben wat betreft (buitenlandse) antiekbeurzen, en dus geen merkbare hinder ondervonden van het “Belgische” verbod. Het hof spreekt zich wel niet duidelijk uit over de geografische omvang van de relevante markt.

<sup>557</sup>. Zoals bekend volstaat een potentiële invloed. Zie, tijdens de besproken periode, het arrest *Naadloze stalen buizen*, aangehaald in voetnoot 312, r.o. 392, alsmede het arrest van het Hof van 29 april 2004, C-359/01 P, *British Sugar/Commissie*, *Jur.* 2004, I-4933, r.o. 27, telkens met verwijzing naar eerdere rechtspraak.



geval, dan moet vervolgens de (geografische) omvang worden onderzocht van de (volgens de communautaire regels gedefinieerde) relevante markt(en) waarop de gevolgen van de afspraak zich laten voelen. Is (zijn) die markt(en) *ruimer* dan het Belgische grondgebied, dan is de derde vraag of de betrokken afspraken een (opnieuw op basis van communautaire noties gedefinieerde) merkbare beperking van de mededinging teweegbrengen. Als er geen sprake is van een merkbare mededingingsbeperking, dan verzet verordening nr. 1/2003 er zich tegen dat de betrokken afspraken worden verboden op basis van artikel 81 EG of het nationale equivalent daarvan. Opgelet: het valt niet uit te sluiten dat dergelijke regeling een misbruik van machtspositie inhoudt; immers, het verbod van misbruik van een machtspositie is absoluut en veronderstelt niet het bewijs dat de mededinging daardoor wordt beperkt<sup>558</sup>.

**238.** (Geen) *prejudiciële vragen door nationale mededingingsautoriteiten aan het Hof van Justitie*. Nationale rechters die worden geconfronteerd met moeilijkheden inzake de interpretatie of toepassing van het mededingingsrecht kunnen het Hof van Justitie EG een prejudiciële vraag stellen. In het arrest *Syfait* rees de vraag of ook de Griekse mededingingsautoriteit om een prejudicieel arrest kan verzoeken. Het Hof beantwoordt die vraag ontkennend, op basis van een motivering die het al bij al onwaarschijnlijk maakt dat een prejudicieel verzoek van de (Belgische) Raad voor de Mededinging ontvankelijk zou zijn. Artikel 234 EG, aldus het arrest, verleent het Hof enkel bevoegdheid om in te gaan op prejudiciële verwijzingen van een “rechterlijke instantie”, en daarvan is geen sprake in het geval van de Griekse mededingingsautoriteit die onder toezicht staat van een nationaal minister die, binnen zekere grenzen, bevoegd is om de rechtmatigheid te toetsen van de beslissingen van de autoriteit. Bovendien stelde het Hof vast dat er geen bijzondere waarborgen bestonden tegen de herroeping of de intrekking van de benoeming van de leden van de autoriteit, en dat er in Griekenland geen absolute scheiding bestaat tussen het

beslissingsorgaan en het instructieorgaan. Ten slotte herinnerde het Hof aan de verplichting van nationale mededingingsautoriteiten om nauw samen te werken met de Commissie, waarbij de Commissie in voorkomend geval een zaak aan die autoriteiten kan onttrekken; er bestaat dus geen zekerheid dat de procedure voor een nationale autoriteit uitmond in een beslissing die alle kenmerken van een rechterlijke uitspraak vertoont<sup>559</sup>. Deze uitspraak doet vanzelfsprekend geen afbreuk aan de mogelijkheid voor een nationale mededingingsautoriteit om de hulp in te roepen van de Commissie<sup>560</sup>.

**239.** *Autoriteit van eerdere Commissiebeschikkingen over de feiten die aan de nationale rechter voorliggen*. Een prejudicieel arrest van het Brusselse hof van beroep maakt toepassing van de zgn. *Masterfoods*-regel<sup>561</sup>: het hof werd gevraagd om uitspraak te doen over de verenigbaarheid van deontologische regels van de Orde van Architecten waarmee (minimum)barema's voor honoraria werden vastgelegd. Aangezien die barema's door een eerdere Commissiebeschikking strijdig waren verklaard met artikel 81, oordeelt het hof van beroep dat deze regels de mededinging beperken<sup>562</sup>.

**240.** De *Masterfoods*-regel geldt overigens slechts in één richting: de omstandigheid dat een overeenkomst het voorwerp uitmaakt van een (mededingingsrechtelijke) procedure voor een nationale rechtbank verhindert de Commissie niet om met betrekking tot die overeenkomst een onderzoek te voeren en een beschikking vast te stellen<sup>563</sup>.

**241.** *Nationale mededingingsregels mogen communautair landbouwbeleid niet doorkruisen*. Artikel 36 EG bepaalt dat de communautaire mededingingsregels van het verdrag slechts van toepassing zijn op de productie van en handel in landbouwproducten voor zover die toepasselijkheid geen afbreuk doet aan het door de Raad in een gegeven landbouw-

<sup>558</sup>. Zie de rechtspraak besproken in randnr. 162 *supra*, die het hof van beroep correct toepast in het arrest *FEBIAC* (Brussel 10 november 2005, *Wallonie Expo/FEBIAC*). Daarin ging het om een clause die deelnemers aan een FEBIAC-autosalon verbiedt om deel te nemen aan andere beurzen gedurende een periode van zes maanden voor de opening van het salon. Het hof oordeelt dat de clause invloed kan hebben op het handelsverkeer tussen lidstaten, dat het een mededingingsbeperkend effect én strekking heeft, maar dat niettemin geen “merkbaar” beperkend effect is aangetoond, onder meer omdat het FEBIAC-salon slechts elke twee jaar plaatsvindt, en er geen beletsel bestaat voor organisatie van of deelname aan andere salons in de 18 maanden volgend op een FEBIAC-salon. Het hof besluit dus dat de clause niet wordt verboden door art. 81 noch door art. 2 WBEM. Niettemin bestempelt het Hof de clause als een misbruik van de machtspositie van FEBIAC. Het hof schrijft FEBIAC een “*de facto* monopolie” toe op de organisatie van “autosalons” in België, en meent dat FEBIAC in staat is om invloed uit te oefenen op het gedrag van constructeurs en invoerders van voertuigen met betrekking tot hun deelneming aan andere beurzen. De niet-concurrentieclause resulteert volgens het hof in de totale uitschakeling van de mededinging gedurende de zes maanden vóór het salon, en kan dus een invloed hebben op de concurrentieverhoudingen.

<sup>559</sup>. Arrest van het Hof van 31 mei 2005, zaak C-53/03, *Syfait e.a., Jur.* 2005, I-4609, r.o. 22-37.

<sup>560</sup>. Zie in het bijzonder de mededeling betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten, *PB*. 2004, C. 101/43 en art. 11 lid 5 van verordening nr. 1/2003.

<sup>561</sup>. De principes uitgewerkt in het arrest *Masterfoods* (besproken in *Kroniek 1999-2001*, *T.B.H.* 2002, 506, randnrs. 87-93) zijn naderhand opgenomen in art. 16 § 1 van verordening 1/2003.

<sup>562</sup>. Brussel 28 september 2004, *Lodiso/MONDE*. Aangezien het hof geen twijfel had over de geldigheid van die commissiebeschikking, doet het uitspraak zonder een prejudiciële vraag te richten aan het Hof van Justitie aangaande de geldigheid van de betrokken commissiebeschikking.

<sup>563</sup>. Arrest *Van den Bergh*, aangehaald in voetnoot 349, r.o. 197.

sector uitgestippeld beleid. Diezelfde regel geldt ook voor de *nationale* mededingingsregels<sup>564</sup>.

## E. Toepassing van de concentratiecontrole-verordening

### 1. Bevoegdheidsverdeling tussen de Commissie en de lidstaten

#### a. Beginselen

**242.** Een van de basisbeginselen van de EG-concentratiecontrole zoals georganiseerd door verordening 139/2004<sup>565</sup> is een duidelijke scheiding van bevoegdheden tussen de EG-Commissie en de lidstaten. Valt een concentratie (fusie, acquisitie, full-function joint venture) binnen de drempels van artikel 1 (2) of artikel 1 (3) van verordening 139/2004, dan is de EG-Commissie exclusief bevoegd voor de beoordeling van de concentratie (art. 21 (1))<sup>566</sup>. Het pendant hiervan is artikel 21 (2) dat bepaalt: “De lidstaten passen hun nationale mededingingswetgeving niet toe op concentraties van communautaire dimensie.”<sup>567</sup>

Omgekeerd, valt een concentratie beneden de EG-drempels, dan zijn in beginsel enkel de lidstaten bevoegd. In beide gevallen zijn echter uitzonderingen mogelijk, via respectievelijk de “German clause” (art. 9 = een verzoek van een lidstaat om een concentratie die binnen de bevoegdheid van de Commissie valt, alsnog – wat het grondgebied van die lidstaat betreft – naar de bevoegde mededingingsautoriteit van die lidstaat te verwijzen voor een beslissing inzake de toelaatbaarheid)<sup>568</sup> en de “Dutch clause” (art. 22 = een verzoek van een lidstaat om een concentratie die buiten de bevoegdheid van de Commissie valt alsnog door de Commissie te willen zien onderzoeken). Een verdere uitzondering is te vinden in artikel 21 (3) dat hierna wordt besproken.

**243.** Hieruit volgt dat de concentratieverordening berust op het beginsel van een precieze verdeling van bevoegdheden tussen de nationale en de communautaire controlerende autoriteiten. Volgens het Hof van Justitie blijkt dat de

gemeenschapswetgever een duidelijke afbakening tussen het optreden van de nationale en dat van de communautaire autoriteiten heeft willen aanbrengen, teneinde te vermijden dat deze verschillende autoriteiten zich achtereenvolgens over een en dezelfde concentratie uitspreken, en dat hij een controle van concentraties heeft willen verzekeren binnen termijnen die zowel verenigbaar zijn met de vereisten van behoorlijk bestuur als met die van het zakenleven<sup>569</sup>.

#### b. Gevolgen voor optreden lidstaten bij concentraties

**244.** Eén van de gevolgen van het voorgaande is dat nationale wetgeving van welke aard ook behoudens specifieke uitzonderingen, niet meer in dat exclusieve beslissingsproces kan tussenkomen. In de zaak *Portugal/Commissie* moest Portugal dat aan den lijve ondervinden m.b.t. een privatiseringswet waardoor een bijzondere procedure werd ingesteld en geregeld waardoor de staat toezicht kan uitoefenen op de ontwikkeling van de aandeelhoudersstructuur van ondernemingen die worden geprivatiseerd. In casu was krachtens deze wet, voor de verwerving van stemgerechtigde aandelen die meer dan 10% van het vennootschappelijk kapitaal van nog niet volledig geprivatiseerde ondernemingen vertegenwoordigen, een vergunning van de minister van Financiën vereist.

De feiten in deze zaak betroffen een bod van de vennootschap Secil, via haar 100% dochter Secilpar, op de meerderheid van de aandelen van Cimpor, een Portugese vennootschap waarin Portugal nog 12% van de aandelen en bijkomende bijzondere rechten aanhield. In een tweede fase zouden Secil en Holderbank (een Zwitserse vennootschap) de activa van Cimpor onder elkaar verdelen, met als eindresultaat dat Secil de activiteiten van Cimpor in Spanje en Egypte en een deel van haar activiteiten in Brazilië zou verkrijgen terwijl Holderbank de activiteiten van Cimpor in Portugal, Marokko, Tunesië en Mozambique alsmede het andere deel van haar activiteiten in Brazilië zou verkrijgen<sup>570</sup>. In uitvoering van de Portugese privatiseringswet hadden Secilpar en Holderbank de Portugese minister van Financiën om een

<sup>564.</sup> Arrest van het Hof van 9 september 2003, zaak C-137/00, *Milk Marque en National Farmers' Union*, *Jur.* 2003, I-7975. Het bodemgeschil had betrekking op een mogelijk conflict tussen de toepasselijke “landbouw”-regels (die o.m. producenten een bepaald inkomensniveau willen garanderen) en het mededingingsrecht (beslissing van een nationale mededingingsautoriteit om door toepassing van de nationale regels inzake misbruik van machtspositie ten aanzien van een onderneming die handelde in landbouwproducten, te komen tot meer concurrentiële prijzen).

<sup>565.</sup> *PB.* 2004, L. 24, 1 – voorheen verordening nr. 4064/89 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PB.* 1989, 395, 1.

<sup>566.</sup> Art. 21 (1) bepaalt immers: “Onder voorbehoud van het toezicht door het Hof van Justitie is uitsluitend de Commissie bevoegd de in deze verordening bedoelde beschikkingen te geven.”

<sup>567.</sup> In de Belgische mededingingswet van 5 augustus 1991 (hierna “WBEM”) is daarom in art. 13 voorzien dat concentraties die onderworpen zijn aan EG-toezicht, m.a.w. die vallen onder verordening nr. 139/2004, niet aan toezicht (en dus evenmin melding) onderworpen zijn van de Belgische wet.

<sup>568.</sup> Voor een toepassing, zie het arrest van het Gerecht van 30 september 2003, gevoegde zaken T-346/02 en T/347-02, *Cableuropa e.a./Commissie*, *Jur.* 2003, II-4251.

<sup>569.</sup> Arrest van 25 september 2003, zaak C-170/02, *P. Schlüsselverlag J.S. Moser/Commissie*, *Jur.* 2003, I-9889, r.o. 34; arrest van 22 juni 2004, zaak C-42/01, *Portugal/Commissie*, *Jur.* 2004, I-6079, r.o. 53.

<sup>570.</sup> De feiten zijn veel complexer en uitgebreider maar hiervoor mag de lezer naar het arrest verwezen worden; arrest *Portugal/Commissie*, aangehaald in vorige voetnoot. Zie voor een commentaar ook B. RODGER, annotatie in *C.M.L.-Rev.* 2005, 1519-1532.

vergunning verzocht om de aandelen te verwerven. Dit verzoek werd bij besluiten van 5 juli en 11 augustus 2000 afgewezen. De afwijzing beruiste op de volgende motieven: i) de verwerving zou leiden tot de terugtrekking van Cimpor uit de Portugese kapitaalmarkt; ii) het industrieel project van de aanvragers was onverenigbaar met de strategieën van de Portugese regering met betrekking tot de herstructurering van de sector; iii) de verwerving stond in de weg aan de overdracht van de participatie van de Portugese staat in Cimpor in goede financieel-economische omstandigheden, alsmede iv) door de verwerving werd het beginsel van gelijke behandeling in de laatste fase van het privatiseringsproces van Cimpor geschonden.

**245.** De Commissie oordeelde bij beschikking op grond van artikel 21 (3) van verordening nr. 139/2004 dat Portugal aldus de verordening nr. 139/2004, en in het bijzonder artikel 21 (3) ervan had miskend. Dit artikel bevat een verdere beperking op de hierboven beschreven bevoegdheidsverdeling voor de bescherming van bepaalde belangen<sup>571</sup>. Geen van de betrokken belangen was echter in het spel, en de Commissie had ook geen melding gekregen van een ander openbaar belang. Op grond van de specifieke taakverdeling tussen de Commissie en de lidstaten en de dwingende beslissingstermijnen voor de Commissie oordeelde het Hof van Justitie dat de door de Portugese regering voorgestane uitlegging van artikel 21 lid 3 derde alinea van de concentratieverordening, namelijk dat de Commissie zich bij gebreke van aanmelding van de door de besluiten van 5 juli en 11 augustus 2000 beschermde belangen niet bij beschikking kon uitspreken over de verenigbaarheid van deze belangen met het gemeenschapsrecht, niet kan worden aanvaard. De Commissie moest dus niet de gewone inbreukprocedure van artikel 226 EG-Verdrag volgen omdat het anders zou onmogelijk zijn om binnen de door de concentratieverordening voorgeschreven korte termijnen een communautaire beschikking te verkrijgen, waardoor de kans toeneemt dat een dergelijke beschikking pas wordt gegeven nadat de nationale maatregelen de concentratie van communautaire dimensie reeds definitief hebben verstoord<sup>572</sup>. Het Hof geeft met deze “nuttig effect” redenering dus een stevige duw in de rug van de Commissie om haar exclusieve bevoegdheden door middel van een snelle procedure veilig te stellen en lidstaten dus snel de pas af te snijden bij onrechtmatige interventie.

<sup>571</sup> Art. 21 (3) bepaalt: “*Onverminderd de leden 1 en 2 kunnen de lidstaten maatregelen nemen ter bescherming van andere gewettigde belangen dan die waarop deze verordening betrekking heeft, en die met de algemene beginselen en de overige bepalingen van het gemeenschapsrecht verenigbaar zijn. Als gewettigde belangen in de zin van de eerste alinea worden beschouwd de openbare veiligheid, de pluraliteit van de media en de toezichtsregels. Alvorens de bovengenoemde maatregelen kunnen worden genomen moet elk andere openbaar belang door de betrokken lidstaat aan de Commissie worden medegedeeld en door haar worden erkend nadat zij de verenigbaarheid ervan met de algemene beginselen en de overige bepalingen van het gemeenschapsrecht heeft onderzocht. De Commissie stelt de betrokken lidstaat binnen een maand na deze mededeling van haar beschikking in kennis.*”

<sup>572</sup> Arrest *Portugal/Commissie*, aangehaald in voetnoot 569, r.o. 54-55.

<sup>573</sup> Zie art. 18 van verordening (EG) nr. 447/98 van de Commissie van 1 maart 1998 betreffende de aanmeldingen, de termijnen en het horen van betrokkenen en derden overeenkomstig verordening nr. 4064/89, *PB*, 1998, L. 61, 1.

<sup>574</sup> Arrest *Schlüsselverlag J.S. Moser/Commissie*, aangehaald in voetnoot 569, r.o. 27.

<sup>575</sup> Arrest *Schlüsselverlag J.S. Moser/Commissie*, aangehaald in voetnoot 569, r.o. 28.

<sup>576</sup> Arrest *Schlüsselverlag J.S. Moser/Commissie*, aangehaald in voetnoot 569, r.o. 36 e.v.

### *c. Gevolgen voor de Commissie t.a.v. klagers*

**246.** Omwille van deze bevoegdheid van de Commissie en ook de bijzondere rechten die derden ontlenuen aan de uitvoeringsverordening<sup>573</sup>, kan de Commissie er niet van afzien, in te gaan op klachten van ondernemingen die niet betrokken zijn bij een concentratie welke een communautaire dimensie kan hebben. De totstandkoming van een dergelijke concentratie ten gunste van ondernemingen die met de klagers concurreren, kan immers een onmiddellijke wijziging van de situatie van laatstgenoemden op de betrokken markt(en) tot gevolg hebben<sup>574</sup>.

**247.** In dezelfde lijn ligt de verplichting van de Commissie om n.a.v. een klacht van een derde zich erover uit te spreken of zij in beginsel de bevoegde controlerende autoriteit is. De redenen zijn volgens het Hof veelvuldig: “Indien de Commissie zou weigeren om zich op verzoek van derde ondernemingen formeel uit te spreken over de vraag of een niet bij haar aangemelde concentratie al dan niet binnen de werksfeer van deze verordening valt, zou zij het deze ondernemingen onmogelijk maken om de procedurele waarborgen te benutten die de communautaire wetgeving hun biedt. Tegelijkertijd zou zij zichzelf een middel ontnemen om na te gaan of de ondernemingen die partij zijn bij een concentratie met een communautaire dimensie, daadwerkelijk hun aanmeldingsplicht nakomen. Bovendien zouden klagende ondernemingen niet door middel van een beroep tot nietigverklaring kunnen opkomen tegen een weigering van de Commissie tot handelen die, zoals in het voorgaande punt reeds gezegd, voor hen nadelig kan zijn”<sup>575</sup>.

### *d. Gevolgen voor klager*

**248.** De dwingende beslissingstermijnen voor de Commissie en de vereisten van rechtszekerheid, ook voor de aanmeldende partijen, eisen dan echter wel dat de EG-Commissie binnen een redelijke termijn door een derde moet worden uitgenodigd zich uit te spreken over de niet-verenigbaarheid van een niet bij haar aangemelde concentratie waarvan de Commissie met de betrokken ondernemingen eerder tot de conclusie was gekomen dat een aanmelding zich niet opdrong<sup>576</sup>.

## 2. Regels en rechterlijk toezicht bij conglomerale concentraties – Hefboomwerkingarrest Tetra Laval bevestigd

### a. Principes van het rechterlijk toezicht

**249.** In de vorige kroniek werd het arrest *Tetra Laval*<sup>577</sup> besproken<sup>578</sup>. Dat arrest verbrak de Commissiebeschikking waarbij de overname van Sidel door Tetra Laval werd verboden<sup>579</sup>. Het was één van de arresten in een reeks die een aantal Commissiebeschikkingen inzake concentraties verbrak en aldus gebreken blootlegde in de beoordeling door de Commissie van aangemelde concentraties. Voor een nadere feitelijke beschrijving mag naar de vorige kroniek worden verwezen.

**250.** De Commissie vond dat het arrest van het Gerecht van eerste aanleg te streng was en stelde een hogere voorziening in bij het Hof van Justitie. De Commissie kreeg echter lik op stuk, behalve op één niet onbelangrijk punt dat echter geen invloed had op het eindresultaat. Het arrest is technisch en gezien het “cassatie”-karakter van het oordeel van het Hof ook slechts deels interessant voor deze kroniek.

**251.** De Commissie vond vooreerst dat het Gerecht haar een te strenge bewijslast oplegt, daarbij inbreuk plegend op de ruime discretionaire bevoegdheid van de Commissie in de beoordeling van ingewikkelde economische kwesties. Het Hof bevestigde dat de materieelrechtelijke voorschriften van de EG-fusiecontroleverordening, in het bijzonder artikel 2 ervan (hetgeen overigens overeenstemt met art. 10 van de Belgische Mededingingswet) de Commissie een zekere discretionaire bevoegdheid geven, met name op het punt van economische beoordelingen, zodat de gemeenschapsrechter, bij zijn toezicht op de uitoefening van die bevoegdheid rekening diende te houden met de beoordelingsmarge die in de economische normen van de concentratieregeling besloten ligt<sup>580</sup>. Het Hof zette echter de puntjes op de “i” door duidelijk te maken dat dit geen “carte blanche” is voor de Commissie. Volgens het Hof neemt de beoordelingsmarge immers niet weg: “dat de gemeenschapsrechter de interpretatie van de Commissie van economische gegevens mag toetsen. Met name dient de gemeenschapsrechter immers niet enkel de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen, en de betrouwbaarheid en samenhang ervan, te controleren, maar hij moet ook controleren of die elementen

het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe toestand, en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen. Een dergelijke controle is des te noodzakelijker in geval van een bij het onderzoek van een geplande concentratie met conglomerateffect uit te voeren prospectieve analyse”<sup>581</sup>. Het Hof wijst er dan op dat concentraties een prospectieve analyse vergen, zeg maar, kijken in de toekomst. Dergelijke prospectieve analyse bestaat in het onderzoek van de veranderingen die een concentratie kan teweegbrengen in de factoren die de mededingingssituatie op een bepaalde markt bepalen, om na te gaan of die veranderingen zullen leiden tot een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging. Bij een dergelijke analyse moet worden onderzocht welke oorzaken welke gevolgen kunnen hebben, om uit te maken welke de meest waarschijnlijke scenario’s zijn<sup>582</sup>. Dat staat in schril contrast tot analyses van mededingingsbeperkende afspraken en misbruik van dominante posities die kijken naar het verleden en dus ook meestal steunen op precieze en zekere feiten. In dergelijke concentratie-analyse is een bijzondere zorgvuldigheid vereist. Volgens het Hof is deze analyse er een “waarbij vanwege het ruime tijdsbestek waarop de vooruitzichten betrekking hebben, en de voor een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging vereiste hefboomwerking, moeilijk waarneembaar, onzeker en moeilijk aan te tonen is welke oorzaken welke gevolgen gaan teweegbrengen. In dat verband is de kwaliteit van de door de Commissie overlegde bewijselementen ten bewijze van de noodzaak van een beschikking die de concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaart, bijzonder belangrijk, aangezien die elementen grond dienen op te leveren voor de beoordeling van de Commissie, dat de economische ontwikkelingen die zij verwacht indien een dergelijke beschikking achterwege blijft, realistisch zijn”<sup>583</sup>. Dat impliceert dat een rechter de bewijselementen wel degelijk moet onderzoeken om te zien of de feiten juist zijn waarop de beslissing is gebaseerd, of deze wel volledig zijn, wel kunnen leiden tot de conclusie, enz. Het Hof vond derhalve dat het Gerecht terecht de feiten en conclusies van de Commissie had onderzocht en terecht fouten in de analyse van de Commissie had gevonden.

**252.** Het voorgaande is overigens ook voor de Belgische Mededingingswet niet onbelangrijk omdat het hof van beroep recentelijk zeer nadrukkelijk steunt op de rechtspraak van het Gerecht en het Hof inzake de Europese fusiecontroleverordening<sup>584</sup>.

<sup>577</sup>. Arrest van het Gerecht van 25 oktober 2002, zaak T-5/02, *Tetra Laval/Commissie*, Jur. 2002, II-4381.

<sup>578</sup>. Zie *Kroniek 2001-2003*, T.B.H. 2004, p. 631, r.o. 194 e.v.

<sup>579</sup>. Beschikking van de Commissie van 30 oktober 2001, zaak COMP/M.2416 – *Tetra Laval/Sidel*, PB. 2004, L. 43,13.

<sup>580</sup>. Arrest van het Hof van 15 februari 2005, zaak C-12/03P, *Commissie/Tetra Laval*, Jur. 2005, I-987, r.o. 38. Zie ook arrest van het Gerecht van 30 september 2003, zaak T-158/00, *ARD/Commissie*, Jur. 2003, II-3825, r.o. 194 en r.o. 329.

<sup>581</sup>. Arrest *Tetra Laval*, aangehaald in voetnoot 580, r.o. 39.

<sup>582</sup>. Arrest *Tetra Laval*, aangehaald in voetnoot 580, r.o. 43.

<sup>583</sup>. Arrest *Tetra Laval*, aangehaald in voetnoot 580, r.o. 44.

<sup>584</sup>. Zie laatst o.m. arrest van het hof van beroep van 15 september 2005, *IPM/Rossel/De Persgroep/Editco*, te publiceren in *TBM* 2006/2 met annotaties.

*b. Moeten risico's van bepaald toekomstig gedrag worden in rekening gebracht of niet als dat gedrag zelf in strijd zou zijn met artikel 82 EG-Verdrag (cf. art. 3 Belgische Mededingingswet)?*

**253.** Tetra Pak was dominant op de markt van aseptische kartonverpakkingen (bekend o.m. van de melkbrikken, vruchtensappen, enz.). Sidel was een belangrijke speler op een “aanverwante” markt van PET-verpakkingen. De Commissie vreesde risico's van “hefboomwerking” vanuit Tetra's dominante positie. In casu waren er twee groepen van maatregelen die zich voor het toepassen van hefboomwerking leenden: in de eerste plaats het uitoefenen van druk, die tot gebonden verkoop of koppelverkoop van installaties en verbruiksgoederen voor kartonnen verpakkingen met installaties voor PET-verpakkingen leidt. Deze druk kan worden uitgeoefend op de afnemers van Tetra die voor een gedeelte van hun productie kartonnen verpakkingen blijven gebruiken, en vooral die welke met Tetra langlopende leveringscontracten voor kartonnen verpakkingen hebben. In de tweede plaats kunnen lokmaatregelen worden toegepast, in de vorm van afbraakprijzen, een prijzenoorlog en getrouwheidskortingen<sup>585</sup>. Het Gerecht oordeelde volgens het Hof “op goede gronden” dat “(...) de waarschijnlijkheid van de gedraging volledig moest worden onderzocht, dat wil zeggen met inachtneming van zowel de beweeggronden om dergelijke gedragingen te stellen, als met de omstandigheden welke die geneigdheid kunnen tegengaan of zelfs uitschakelen, hieronder begrepen de eventuele onwettigheid van die gedragingen”<sup>586</sup>.

Dit was een belangrijke vaststelling. Ook naar Belgisch mededingingsrecht had de Raad voor de Mededinging in een aantal beslissingen er al op gewezen dat men bij het beoordelen van een concentratie mocht rekening houden met het feit dat bepaald toekomstig gedrag door de aanmeldende entiteiten niet mocht verwacht worden wegens strijdigheid met de Mededingingswet.

**254.** Na de herneming van dit beginsel neemt het Hof echter meteen een stap terug:

*“75. Het zou evenwel tegen de preventiedoelstelling van de verordening ingaan om (...) van de Commissie te verlangen dat zij inzake iedere geplande concentratie zou onderzoeken in hoeverre de beweeggronden om mededingingsbelemmerende gedragingen te stellen verzwakken of zelfs geheel worden onderdrukt door het feit dat de betrokken gedragingen*

*onwettig zijn, waarschijnlijk aan het licht zullen komen, aanleiding zullen geven tot vervolging door de bevoegde communautaire of nationale autoriteiten, en dat daar sancties op zullen volgen.*

*76. Het door het Gerecht verlangde soort onderzoek zou immers een volledig en gedetailleerd onderzoek vergen van de regelgeving van de verschillende eventueel toepasselijke rechtsordes en van het strafbeleid in die rechtsordes. Om nuttig effect te sorteren veronderstelt een dergelijk onderzoek overigens een hoge graad van waarschijnlijkheid van de feiten die zouden kunnen worden verweten omdat zij onderdeel van een mededingingsbelemmerende gedraging zouden zijn.*

*77. Hieruit volgt dat een onderzoek naar de waarschijnlijkheid van een inbreuk op artikel 82 EG en naar de bestraffing ervan in verschillende rechtsordes, in de fase van de beoordeling van de geplande concentratie te speculatief zou zijn, en de Commissie niet in staat zou stellen haar beoordeling te baseren op het geheel van feitelijke gegevens die relevant zijn om na te gaan of deze een economisch scenario zoals een hefboomwerking bevestigen.*

*78. Derhalve heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waar het de conclusies van de Commissie betreffende het stellen, door de nieuwe entiteit, van mededingingsbelemmerende gedragingen die een hefboomwerking tot gevolg zouden kunnen hebben, van de hand heeft gewezen louter op grond dat die instelling bij de beoordeling van de waarschijnlijkheid van dergelijke gedragingen geen rekening had gehouden met de onwettigheid ervan, en bijgevolg, met de kans dat deze door de bevoegde communautaire of nationale autoriteiten zouden worden ontdekt en vervolgd, en met de geldelijke sancties die eruit konden voortvloeien”<sup>587</sup>.*

Daarmee verbiedt het Hof niet dat de EG-Commissie (en per analogie de Raad voor de Mededinging) alsnog met artikel 82 EG-Verdrag (resp. art. 3 WBEM) zouden rekening houden om de waarschijnlijkheid van toekomstig gedrag te beoordelen. Het Hof lijkt echter wel een belangrijke beperking te zetten op de omstandigheden waarin deze autoriteiten verplicht zouden zijn om dit te doen. Wellicht betekent dit wat meer werk voor de aanmeldende partijen o.m. om de effectieve inbreuk van een bepaald risicogedrag aan te tonen, de effectieve sanctiemogelijkheden, enz., m.a.w. de effectieve onwaarschijnlijkheid dat dit zich echt zou kunnen voordoen.

<sup>585.</sup> Arrest *Tetra Laval*, aangehaald in voetnoot 580, r.o. 57.

<sup>586.</sup> Arrest *Tetra Laval*, aangehaald in voetnoot 580, r.o. 74. Eigen onderlijning.

<sup>587.</sup> Arrest *Tetra Laval*, aangehaald in voetnoot 580, r.o. 75-78.

### 3. Bevoegdheid Commissie en belang partijen in beroep na intrekking concentratie – Zaak MCI

#### a. Belang van partijen om beroep in te stellen tegen de Commissiebeschikking

255. Na een aanmelding van een concentratie gebeurt het af en toe dat partijen de aanmelding intrekken. Vele redenen kunnen aan de grondslag liggen van dergelijke beslissing. Om er enkele te noemen: er is een tegenbod en de oorspronkelijke bieder wenst niet hoger te bieden, tijdens de “due diligence” duiken problemen op en wil de overnemer niet langer doorgaan. Tenslotte is een vaak voorkomende reden dat partijen een ongunstige beslissing van een mededingingsautoriteit onontkoombaar achten (al dan niet na het geven van bepaalde engagementen) en liever niet dergelijke negatieve beslissing zien bekend gemaakt worden waaruit concurrenten achteraf kunnen proberen “garen spinnen” (marktdefinitie, marktpositie, vaststelling van dominantie, enz.)<sup>588</sup>.

256. In de zaak *MCI/Commissie*<sup>589</sup> ging het over de vraag of de EG-Commissie alsnog een beslissing kon nemen (in casu, een verbodsbeslissing<sup>590</sup>) over een aangemelde concentratie, hoewel partijen die formeel hadden ingetrokken. Een eerste knelpunt was of partijen wel een procesbelang hadden om tegen dergelijke beslissing van de Commissie alsnog op te komen. In een eerder arrest had het Gerecht geoordeeld dat, wanneer uit de omstandigheden van de zaak blijkt dat niet vrijwillig van de concentratie is afgezien, maar dat deze beslissing de “rechtstreekse consequentie” is van een beschikking van de Commissie, de betrokken onderneming haar belang bij nietigverklaring van deze beschikking behoudt<sup>591</sup>.

Het *MCI*-arrest is hierop een eerste nuttige aanvulling omdat het Gerecht dit belang “uitbreidt” en stelt dat “de toepassing van deze rechtspraak niet mag worden beperkt tot de gevallen waarin van de concentratie wordt afgezien nadat beroep bij het Gerecht is ingesteld”. De conclusie is dat “het wegvallen van de contractuele grondslag van de concentratie doordat de aanmeldende partijen van het concentratieproject hebben afgezien, op zich dus geen omstandigheid die toetsing van de wettigheid van de bestreden beschikking uitsluit”<sup>592</sup>.

257. Het *MCI*-arrest gaat echter nog een stap verder. Het

arrest erkent immers dat dit belang er ook is zelfs als de partijen vrijwillig afzien van de concentratie vooraleer de Commissie een beslissing neemt. Het Gerecht komt tot dit besluit op grond van volgende argumenten:

*“Zolang de bestreden beschikking, die een vermoeden van geldigheid geniet totdat zij door de gemeenschapsrechter nietig wordt verklaard, bestaat (arrest Hof van 1 april 1982, Dürbeck/Commissie, 11/81, Jur. blz. 1251, punt 17), kan verzoekster voorts wettelijk gezien niet met Sprint fuseren, althans in de vorm en onder de voorwaarden die in de aanmelding zijn opgegeven, ingeval zij dat in de toekomst opnieuw voornemens zou zijn.*

*Dat verzoekster niet noodzakelijkerwijs dit voornemen heeft of het misschien niet tot uitvoering zal brengen, vormt in dat opzicht een louter subjectieve omstandigheid die niet in aanmerking kan worden genomen bij de beoordeling van haar belang bij een beroep tot nietigverklaring van een handeling die onbetwistbaar bindende rechtsgevolgen in het leven roept welke haar belangen aantasten doordat zij haar rechtspositie aanmerkelijk wijzigen”<sup>593</sup>.*

#### b. Bevoegdheid Commissie om alsnog een beslissing te nemen

258. De volgende vraag in het *MCI*-arrest die voorlag was of de Commissie in de omstandigheden van de zaak bevoegd was om een beschikking krachtens artikel 8 lid 3 (= verbodsbeschikking), van verordening nr. 4064/89 (thans 139/2004) te geven waarbij de “aangemelde concentratie” onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt werd verklaard, hoewel de aanmeldende partijen, zonder formeel af te zien van hun concentratieproject, officieel hadden verklaard dat zij hun aanmelding zouden intrekken en dat zij niet meer voornemens waren dit project uit te voeren in de vorm zoals voorgesteld in de aanmelding, ook al lieten zij daarbij de mogelijkheid open om hun activiteiten in de toekomst in een andere vorm te fuseren<sup>594</sup>.

De conclusie van het Gerecht was dat wanneer partijen dergelijke brief schrijven via hun raadslieden, de Commissie “had moeten vaststellen dat zij bij gebreke van een “[concentratie]overeenkomst” in de zin van artikel 4 van verordening nr. 4064/89 niet meer bevoegd was tot het geven van een beschikking krachtens artikel 8 lid 3 van deze verordening,

<sup>588</sup>. O.m. dat laatste zou strikt juridisch niet mogen aangezien de rechtspraak van het Gerecht in Luxemburg en het hof van beroep te Brussel stelt dat aan dit soort vaststellingen geen “precedentwerking” toekomt in toekomstige zaken waarin al deze elementen opnieuw moeten bekeken en onderzocht worden in het licht van de dan geldende marktsituatie. Zie o.m. Gerecht, arrest van 22 maart 2000, gevoegde zaken T-125/97 en T-127/97, *Coca Cola*, Jur. 2000, II-1733; Brussel, arrest van 21 januari 2002, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2002*, 840.

<sup>589</sup>. Arrest van het Gerecht van 28 september 2004, zaak T-310/00, *MCI/Commissie*, nog niet gepubliceerd in Jur.

<sup>590</sup>. Commissiebeschikking van 28 juni 2000, zaak COMP/M. 1741, *MCI WorldCom/Sprint*, PB. 2003, L. 300/1.

<sup>591</sup>. Arrest van het Gerecht van 15 december 1999, zaak T-22/97, *Kesko/Commissie*, Jur. 1999, II-3775, r.o. 61-65.

<sup>592</sup>. Arrest *MCI/Commissie*, aangehaald in voetnoot 589, r.o. 48-49.

<sup>593</sup>. Arrest *MCI/Commissie*, aangehaald in voetnoot 589, r.o. 55-56.

<sup>594</sup>. Arrest *MCI/Commissie*, aangehaald in voetnoot 589, r.o. 80.

waarbij de “aangemelde concentratie” onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt werd verklaard<sup>595</sup>.

Dat laatste doet geen afbreuk aan het feit dat de bevoegdheid van de Commissie niet beperkt is tot aangemelde concentraties. Immers, de aanmelding is niet meer dan het instrument dat het de Commissie gemakkelijker maakt om een bevoegdheid uit te oefenen die zij hoe dan ook bezit en die niet enkel kan afhangen van de wil van de partijen. Dat was echter onvoldoende om in casu een beslissing te vellen over wat kennelijk een puur hypothetische situatie was geworden. De conclusie is derhalve dat de Commissie, door de bestreden beschikking vast te stellen terwijl de aanmeldende partijen officieel hun aanmelding hadden ingetrokken en de Commissie hadden meegedeeld dat zij afzagen van de concentratie in de vorm zoals bedoeld in de aanmelding, de grenzen van haar bevoegdheid krachtens verordening nr. 4064/89 heeft overschreden<sup>596</sup>. Anders gesteld: na een duidelijke intrekking van de aanmelding en het afzien van de betrokken concentratie heeft de Commissie niet meer de mogelijkheid nog een beslissing te nemen.

**259.** De Commissie heeft inmiddels een specifieke mededeling uitgevaardigd inzake de terugtrekking van aangemelde concentraties<sup>597</sup>.

#### 4. Beroepsmogelijkheden door derde partijen

**260.** In België is onder de WBEM, de beroepsmogelijkheden van een derde partij die niet bij een concentratie is betrokken, zeer ruim geregeld. Artikel 43 § 2 WBEM bepaalt immers dat het beroep ook kan worden ingesteld door de voor de Raad betrokken partijen, door de indiener van de klacht alsook door elke persoon die een belang kan doen gelden en die aan de Raad gevraagd heeft te worden gehoord.

**261.** Op EG-niveau bestaat een gelijkaardige bepaling niet. De vraag of een derde (bv. concurrent, leverancier, afnemer,...) van de partijen die bij een concentratie betrokken zijn, tegen een beschikking van de EG-Commissie inzake een concentratie in beroep kunnen opkomen hangt af van de vraag of deze derde door de bestreden beschikking rechtstreeks en individueel wordt geraakt in de zin van artikel 230 vierde alinea EG-Verdrag. Voor partijen die in dezelfde markt actief zijn zal het rechtstreeks geraakt zijn niet zo moeilijk aan te tonen zijn. In het andere geval is de regel dat

*“een natuurlijke of rechtspersoon slechts rechtstreeks wordt geraakt door een communautaire handeling wanneer deze handeling rechtstreeks gevolgen heeft voor zijn rechtspositie en de uitvoering ervan zuiver automatisch is en voortvloeit uit de gemeenschapsregeling als zodanig, zonder toepassing van nadere uitvoeringsbepalingen. Dat is met name het geval wanneer de mogelijkheid voor adressaten om geen gevolg te geven aan deze handeling louter theoretisch is en het buiten twijfel staat dat zij deze willen nakomen”*<sup>598</sup>. Het probleem is het bewijs dat men individueel geraakt is. De regel is dan dat zij die niet de geadresseerden zijn van de beslissing slechts kunnen stellen individueel te worden geraakt indien deze beschikking hen treft uit hoofde van zekere bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie welke hen ten opzichte van ieder ander karakteriseert en hen derhalve individualiseert op soortgelijke wijze als de geadresseerde van een beschikking<sup>599</sup>.

In het *ARD*-arrest oordeelt het Gerecht dat de loutere deelneming aan een procedure op zichzelf niet voldoende is om vast te stellen dat men individueel door de beschikking wordt geraakt, vooral niet op het gebied van concentraties, waarbij voor een nauwkeurig onderzoek contacten met veel ondernemingen nodig zijn. Wel vereist is een “actieve” deelname aan de administratieve procedure die in combinatie met andere specifieke omstandigheden de ontvankelijkheid van een beroep vast stellen<sup>600</sup>. Dat was in casu vervuld door het herhaald formuleren van opmerkingen, doen van voorstellen, het rekening houden door de Commissie met sommige van deze argumenten enz. M.b.t. de positie van de derde stelt het Gerecht dat een derde niet als concurrent, en zelfs niet als potentiële concurrent van KirchPay TV (één van de aanmeldende partijen) op de betaaltelevisiemarkt is te beschouwen, niet noodzakelijkerwijze uitsluit dat zij niet individueel door de beschikking wordt geraakt. Integendeel, wanneer een onderneming met een monopoliepositie haar positie versterkt door de concentratie, kan een beroep tot nietigverklaring van een marktdeelnemer die alleen actief is op aangrenzende markten of op markten lager of hoger in de bedrijfskolom, in bepaalde omstandigheden ook ontvankelijk zijn. Volgens het Gerecht was hieraan voldaan omdat aan de hand van een aantal elementen kon worden vastgesteld dat de positie van de derde beroep doende partij wordt geraakt: het bestaan van een zekere concurrentie tussen gratis televisie en betaaltelevisie; het in de toekomst naar elkaar toe groeien van gratis televisie en betaaltelevisie als gevolg van de digitalisering; de weerslag van de concentratie op digitale interactieve televisiediensten; de acquisitie van uitzendrechten,...<sup>601</sup>.

<sup>595</sup>. Arrest *MCI/Commissie*, aangehaald in voetnoot 589, r.o. 91.

<sup>596</sup>. Arrest *MCI/Commissie*, aangehaald in voetnoot 589, r.o. 107.

<sup>597</sup>. Zie Commissiemededeling op de website van DG-concurrentie.

<sup>598</sup>. Arrest *Cableuropa/Commissie*, aangehaald in voetnoot 568, r.o. 49 en 50.

<sup>599</sup>. Dit is de “*Plaumann*”-rechtspraak van het Hof: arrest van 15 juli 1963, zaak 25/62, *Jur.* 1963, 205; arrest van 30 september 2003, *ARD/Commissie*, *Jur.* 2003, II-3825, r.o. 62. Zie ook arrest van 30 september 2003, *Cableurop/Commissie*, gevoegde zaken T-346/02 en T-347/02, *Jur.* 2003, r.o. 47 e.v.

<sup>600</sup>. Arrest *ARD/Commissie*, aangehaald in voetnoot 600, r.o. 76.

<sup>601</sup>. Arrest *ARD/Commissie*, aangehaald in voetnoot 600, r.o. 78-79.

## 5. Verbintenissen aangeboden door partijen

### a. Structurele en gedragsverbintenissen

**262.** Artikel 6 lid 2 van verordening nr. 4064/89 bepaalt dat indien de Commissie constateert dat een concentratie ernstige twijfel oproept, zij deze concentratie overeenkomstig artikel 6 lid 1 sub b), toch verenigbaar kan verklaren met de gemeenschappelijke markt indien partijen verbintenissen voorstellen die de ernstige twijfel kunnen wegnemen die volgens de Commissie door de betrokken concentratie wordt opgeworpen. Het Gerecht bevestigde in de besproken periode dat structurele verbintenissen in beginsel de voorkeur verdienen boven verbintenissen die gedragingen betreffen. Het Gerecht erkende echter dat *“niet bij voorbaat (kan) worden uitgesloten dat ook verbintenissen die op het eerste gezicht louter op gedragingen betrekking lijken te hebben, zoals de toegang onder niet-discriminerende voorwaarden tot een belangrijke infrastructuur, het ontstaan of de versterking van een machtspositie kunnen verhinderen”*<sup>602</sup>. Partijen en de Commissie, evenals in België de Raad voor de Mededinging, hebben hier veel ruimte. Immers, wil een derde partij deze verbintenissen aanvechten dan geldt de regel dat *“gezien de complexe economische beoordelingen die de Commissie moet maken bij de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid om de door de partijen bij de concentratie voorgestelde verbintenissen te toetsen, is het overigens de taak van de verzoeker die een beschikking tot goedkeuring van een concentratie wil laten nietigverklaren met als motivering dat de verbintenissen onvoldoende zijn om de ernstige twijfel weg te nemen, om aan te tonen dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt”*<sup>603</sup>.

### b. Relatie met artikel 82 (misbruik van dominante positie)

**263.** Soms bieden partijen verbintenissen aan die in praktijk gedragingen betreffen die ook onder artikel 82 EG-Verdrag zouden verboden zijn. Het gaat hier dus verder dan het louter naleven van artikel 82 EG-Verdrag<sup>604</sup>. Er worden namelijk welbepaalde praktijken geconcretiseerd. Dit soort verbintenissen hebben volgens het Gerecht aldus wel een meerwaarde t.a.v. artikel 82 EG-Verdrag:

*“In het kader van het algemene toezicht op misbruik van een machtspositie op grond van artikel 82 EG moet het bewijs van een machtspositie op de relevante markt en van misbruik hiervan namelijk door de Commissie en door de derden worden geleverd. Daarentegen brengen verbintenissen die als voorwaarde voor een beschikking tot goedkeuring van een concentratie worden opgelegd, met zich mee dat de last van het bewijs dat deze worden nageleefd, komt te liggen bij de bedrijven die bij de desbetreffende concentratie zijn betrokken. In zoverre hebben de verbintenissen reeds een ruimere strekking dan het algemene toezicht van artikel 82 EG.*

*Bovendien zou het ontbreken van verbintenissen de nationale of communautaire procedure op grond van artikel 82 EG moeten worden ingesteld, waarvan de uitkomst onzeker zou zijn, en in ieder geval moeilijker af te dwingen. Hierdoor zou de rechtsonzekerheid voor de rechtssubjecten groter worden. Daarentegen leggen de verbintenissen gedetailleerde, binnen korte termijn te vervullen verplichtingen op, waarvan de naleving wordt verzekerd door een doeltreffende en bindende arbitrageprocedure waarbij de bewijslast wordt omgekeerd ten nadele van de Kirch-groep. De verbintenissen bieden aldus een veel grotere rechtszekerheid dan artikel 82 EG”*<sup>605</sup>

Bovendien is de sanctie veel doeltreffender. Op grond van artikel 8 lid 5 van verordening nr. 4064/89 kan de Commissie haar beschikking namelijk intrekken indien de betrokken ondernemingen in strijd met een van de bij genoemde beschikking voorgeschreven verplichtingen handelen. Artikel 82 EG-Verdrag kent niet een dergelijke sanctie.

### c. Indieningstermijn van de opmerkingen

**264.** Artikel 18 lid 1 van verordening nr. 447/98<sup>606</sup>, thans artikel 19 van verordening nr. 802/2004<sup>607</sup>, geeft een uiterste datum voor het indienen van opmerkingen. Het Gerecht bevestigt haar vroegere rechtspraak<sup>608</sup> dat de partijen bij een concentratie de Commissie niet kunnen verplichten om rekening te houden met verbintenissen en wijzigingen ervan die na die termijn zijn ingediend, maar dat de Commissie daarentegen, indien zij voldoende tijd meent te hebben om deze te onderzoeken, de concentratie op grond van genoemde verbintenissen moet kunnen goedkeuren, zelfs indien er wijzigingen na die termijn worden ingediend<sup>609</sup>. Daar kunnen derden dus bezwaar tegen maken.

<sup>602.</sup> Arrest *ARD/Commissie*, aangehaald in voetnoot 600, r.o. 193.

<sup>603.</sup> Arrest *ARD/Commissie*, aangehaald in voetnoot 600, r.o. 194 met verwijzing naar arrest Gerecht van 3 april 2003, zaak T-119/02, *Royal Philips Electronics/Commissie*, *Jur.* 2003, II-1433, r.o. 78.

<sup>604.</sup> Zie hierover reeds punt 3 *supra*.

<sup>605.</sup> Arrest *ARD/Commissie*, aangehaald in voetnoot 600, r.o. 193.

<sup>606.</sup> Verordening 447/98 van de Commissie van 1 maart 1998 betreffende de aanmeldingen, de termijnen en het horen van betrokkenen en derden overeenkomstig verordening nr. 4064/89, *PB.* 1998, L. 61, 1.

<sup>607.</sup> Verordening nr. 802/2004 van de Commissie van 7 april 2004 tot uitvoering van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PB.* 2004, L. 133, 1.

<sup>608.</sup> Arrest van het Gerecht van 3 april 2003, zaak T-119/02, *Royal Philips Electronics/Commissie*, *Jur.* 2003, II-1433, r.o. 239.

<sup>609.</sup> Arrest *ARD/Commissie*, aangehaald in voetnoot 600, r.o. 386.



### d. Opmerkingstermijn van derde partijen

265. Derde partijen die deelnemen aan de onderzoeksprocedure ontlene hieraan ook rechten om gehoord te worden. Volgens het Gerecht wordt het rechtmatige belang van derden om hun standpunt kenbaar te maken over de nadelige gevolgen die de concentratie voor de mededinging zou hebben, ten volle gevrijwaard wanneer zij in staat worden gesteld om op basis van de gegevens die hun door de Commissie tijdens de krachtens artikel 6 lid 1 *sub c*) van verordening nr. 4064/89 ingeleide procedure zijn meegedeeld, en met name van de door de betrokken ondernemingen aangeboden verbintenissen, hun standpunt kenbaar te maken over de eventuele wijzigingen van het concentratievoornemen om de ernstige twijfel over de verenigbaarheid ervan met de

gemeenschappelijke markt weg te nemen. In dat geval is immers afdoende gewaarborgd dat de overwegingen van de concurrerende derde ondernemingen in voorkomend geval door de Commissie in aanmerking kunnen worden genomen bij de beoordeling van de verenigbaarheid van de concentratie met het gemeenschapsrecht, en inzonderheid om te bepalen of de door de betrokken ondernemingen voorgestelde verbintenissen daartoe volstaan<sup>610</sup>. In casu had de derde echter slechts 24 uur gehad om commentaar te leveren op een eerste reeks wijzigingen op eerder voorgestelde verbintenissen. Het Gerecht zag hier geen probleem in. De wettelijke regels voorzien immers geen termijnen en verder moeten hier ook de eisen van strikte beslissingstermijnen gerespecteerd worden.

## VI. ARTIKEL 10 JUNCTO ARTIKELN 81 EN 82 EG: MEDEDINGINGSBEPERKENDE OVERHEIDSREGELINGEN

### A. Draagwijdte van het verbod van artikel 10 juncto artikelen 81 en 82 EG

266. In de beschikking *Mauri* bevestigt het Hof de vaste rechtspraak dat artikel 10 EG de lidstaten verplicht geen maatregelen te nemen of te handhaven die het nuttig effect van de op ondernemingen toepasselijke artikelen 81 en 82 EG ongedaan kunnen maken. Met name worden de artikelen 10 EG en 81 EG geschonden “wanneer een lidstaat het tot stand komen van met artikel 81 strijdige mededingingsregels oplegt of begunstigt dan wel de werking ervan versterkt, of aan haar eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers over te dragen”<sup>611</sup>.

In casu bepaalt de Italiaanse wetgeving dat de jury voor het staatsexamen waaraan de toegang tot het beroep van advocaat is onderworpen, samengesteld is uit vijf door de minister van Justitie benoemde leden, waarvan 2 magistraten, 1 professor in de rechtsgeleerdheid en twee advocaten. Laatstgenoemden worden aangewezen door de Nationale Orde van Advocaten. Een gezakte kandidaat meende dat de grote invloed van de twee advocaten in de jury de Nationale Orde toeliet de toegang op kwantitatieve wijze te beperken. Op die manier werden de reeds ingeschreven advocaten tegen concurrentie van buitenaf beschermd. Na onderzoek van de wetgeving oordeelde het Hof dat de overheid in alle stadia van het examen de controle behield en haar bevoegdheden bijgevolg niet had overgedragen aan privé-operatoren.

### B. Parallele toepassing van artikelen 81 en 82 EG en artikel 10 juncto artikelen 81 en 82 EG

267. In een vorige aflevering van deze kroniek werd reeds aangestipt dat een parallelle toepassing van artikel 10 juncto artikelen 81 en 82 EG t.a.v. een overheidsregeling en van de artikelen 81 en 82 t.a.v. ondernemingen mogelijk is in de mate dat de overheidsregeling, ook al is zij dwingend in bepaalde opzichten, ruimte laat voor autonoom ondernemingsgedrag. De artikelen 81 en 82 EG vinden slechts toepassing op autonome gedragingen van ondernemingen<sup>612</sup>. In het principiearrest *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF)* werkt het Hof deze regel verder uit. Het kartelverbod van artikel 81 lid 1 EG is van toepassing op de betrokken ondernemingen indien (i) nationale wetgeving “de mogelijkheid openlaat van mededinging die nog door autonome gedragingen van ondernemingen zou kunnen worden belemmerd, beperkt of vervalst” en (ii), zo ja, “de eventuele aanvullende beperkingen die de ondernemingen worden verweten in feite niet aan de betrokken lidstaat zijn toe te schrijven”<sup>613</sup>. De nationale wetgeving in kwestie verleende aan de minister de bevoegdheid om de detailhandelsprijs van een product, m.n. lucifers, vast te stellen. Daarnaast verleende de wetgeving aan een consortium waarbij de luciferproducenten moeten zijn aangesloten, de bevoegdheid om de productie onder hen te verdelen. Het Hof oordeelde dat prijsconcurrentie niet de enige doeltreffende vorm van mededinging is. De voorafgaande vaststelling van de detailverkoopprijs door de overheid sloot daarom niet iedere mogelijkheid van concurrentieel gedrag uit. Aangezien de wetgeving geen criteria of

<sup>610</sup> Arrest *ARD/Commissie*, aangehaald in voetnoot 600, r.o. 416.

<sup>611</sup> Beschikking van het Hof van 12 februari 2005, zaak C-250/03, *Giorgio Emanuele Mauri*, *Jur.* 2005, I-1267, r.o. 29-30.

<sup>612</sup> Zie de bespreking in *Kroniek 1999-2001*, *T.B.H.* 2002, p. 575, randnr. 188.

<sup>613</sup> Arrest van het Hof van 9 september 2003, zaak C-198/01, *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF)/Autorita Garanta della Concorrenza del Mercato*, *Jur.* 2003, I-8055, r.o. 66.

regels vaststelde voor de verdeling van de productie, waren de aangesloten ondernemingen in de mogelijkheid de resterende mededinging meer te vervalsen dan op grond van de wetgeving het geval was. Zij hadden productiequota afgesproken. Tenslotte kon de productieverdeling niet aan een handeling van de overheid worden toegeschreven<sup>614</sup>. Bijgevolg hadden de luciferproducenten artikel 81 EG geschonden.

### C. Bevoegdheden van de nationale mededingingsautoriteiten (i.h.b. de Raad voor de Mededinging)

**268.** In het arrest *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF)* preciseerde het Hof de bevoegdheden van de nationale mededingingsautoriteiten (in België: de Raad voor de Mededinging) in een dubbel opzicht<sup>615</sup>.

**269.** In de eerste plaats dient de Raad voor de Mededinging in het kader van zijn onderzoek naar de verenigbaarheid van ondernemingsgedrag met artikel 81 EG tevens bevoegd te zijn de strijdigheid van wetgeving met artikel 10 *juncto* 81 EG vast te stellen en deze wetgeving buiten toepassing te laten. De Raad is zelfs verplicht zulke wetgeving buiten toepassing te laten. Deze bevoegdheid en verplichting volgen rechtstreeks uit het vereiste een nuttig effect te geven aan de Europese mededingingsregels. Het feit dat de Belgische Mededingingswet deze bevoegdheid niet uitdrukkelijk aan de Raad toekent, neemt dus niet weg dat de Raad deze bevoegdheid heeft<sup>616</sup>.

**270.** In de tweede plaats heeft het bestaan van wetgeving die aanleiding heeft gegeven tot de inbreuken van ondernemingen op de artikelen 81 en 82 EG, consequenties voor de bevoegdheid van de Raad voor de Mededinging om aan ondernemingen sancties voor die inbreuken op te leggen.

Indien de nationale wet de mogelijkheid uitsluit van mededinging die door autonome gedragingen van ondernemingen kan worden verstoord, kan de verplichting van de Raad om een dergelijke wet niet toe te passen, niet tot gevolg hebben dat de betrokken ondernemingen een strafrechtelijke of bestuursrechtelijke sanctie kan worden opgelegd voor een gedraging in het verleden die door de wet werd voorgeschreven. De wet verstrekt de ondernemingen dus immuniteit. De beslissing van de Raad voor de Mededinging die de mededingingsversturende wet buiten toepassing laat, is evenwel bindend voor de betrokken ondernemingen, althans zodra zij definitief is. Vanaf dat ogenblik kan een onderneming niet langer stellen dat de wet haar dwong de communautaire mededingingsregels te overtreden. De Raad kan bijgevolg voor haar toekomstig gedrag een sanctie opleggen<sup>617</sup>.

Indien de nationale wet de ondernemingen slechts aanzet tot autonome mededingingsversturende gedragingen of deze vergemakkelijkt, blijven de artikelen 81 en 82 EG op deze ondernemingen van toepassing. De Raad kan hun sancties opleggen, ook met betrekking tot gedragingen die plaatsvonden vóór de beslissing om de wet niet toe te passen. De mededingingsautoriteit kan de nationale wet wel als verzachtende omstandigheid in aanmerking nemen bij de vaststelling van het bedrag van de hoogte van de sanctie<sup>618</sup>.

## VII. ARTIKEL 86 EG: OPENBARE ONDERNEMINGEN

### A. Artikel 86 lid 1 EG: verhouding met het verbod van staatssteun

**271.** Artikel 86 lid 1 EG verbiedt lidstaten met betrekking tot openbare bedrijven en ondernemingen waaraan zij bijzondere of exclusieve rechten verlenen, maatregelen te nemen of te handhaven welke in strijd zijn met de regels van het verdrag.

Tijdens de besproken periode kan melding gemaakt worden van het arrest *Enirisorse SpA* waarin het Hof aanvaardt dat een overheidsmaatregel tegelijkertijd een inbreuk kan vor-

men op het verbod van staatssteun (art. 87 lid 1 EG) en het verbod van artikel 86 lid 1 *juncto* 82 EG. Het Hof formuleerde het als volgt: “[d]e omstandigheid dat de toebedeling door de staat aan een openbare onderneming van een aanzienlijk deel van de opbrengst van een belasting staatssteun vormt, sluit niet uit dat deze toebedeling ook misbruik van machtspositie door die onderneming, in strijd met de artikelen 82 en 86 van het Verdrag, in de hand kan werken”<sup>619</sup>. In het betrokken geval stelde het Hof nochtans vast dat niet eens aangetoond werd dat een gedraging van de openbare onderneming een aantasting van de mededinging (nl. misbruik) tot gevolg had.

<sup>614</sup>. Arrest *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF)*, r.o. 68-79.

<sup>615</sup>. Arrest *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF)*, r.o. 50-58.

<sup>616</sup>. Arrest *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF)*, r.o. 50.

<sup>617</sup>. Arrest *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF)*, r.o. 53-55.

<sup>618</sup>. Arrest *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF)*, r.o. 56-57.

<sup>619</sup>. Arrest van het Hof van 27 november 2003, zaken C-34/01 en C-38/01, *Enirisorse SpA/Ministero delle Finanze*, Jur. 2003, I-14243, r.o. 43.

## B. De rechtvaardigingsgrond van artikel 86 lid 2 EG

**272.** Artikel 86 lid 2 EG bepaalt dat ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang vallen onder de regels van het verdrag tenzij de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde taak verhindert. Deze bepaling kan worden ingeroepen ter rechtvaardiging van een overheidswetgeving die strijdig is met het verdrag<sup>620</sup>.

**273.** *Uitzondering op vrij verkeer van goederen.* In het arrest *Hanner* oordeelde het Hof dat de toekenning aan een openbare onderneming van een exclusief recht voor de detailverkoop van geneesmiddelen strijdig was met artikel 31 lid 1 EG. Dit monopolie is echter gerechtvaardigd op grond van artikel 86 lid 2 EG indien de vervulling van de aan de onderneming toevertrouwde bijzondere taak slechts door de verlening van het exclusief recht kan worden verzekerd en voor zover de ontwikkeling van het handelsverkeer niet wordt beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap. In casu bevatte de Zweedse wetgeving die het overheidsmonopolie voor de verkoop van geneesmiddelen had ingesteld, echter geen selectieprocedure voor de opname van producten in het assortiment. Hierdoor kon discriminatie van geneesmiddelen ten opzichte van geneesmiddelen uit andere lidstaten niet worden uitgesloten. De rechtvaardigingsgrond was daarom niet toepasselijk<sup>621</sup>.

**274.** *Uitzondering op staatssteunregels.* Een steunmaatregel die met artikel 87 lid 1 EG strijdig is, kan eveneens gerechtvaardigd worden op grond van artikel 86 lid 2 EG. De maatregel dient vooraf te worden aangemeld bij de Commissie op grond van artikel 88 lid 3 EG<sup>622</sup>.

**275.** In de zaak *Fred Olson* had de Commissie de subsidie die de Spaanse overheid aan een bedrijf dat de zeevervoerdiensten tussen de Canarische eilanden verzekert, op grond van artikel 86 lid 2 EG verenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt. Niet betwist was dat de subsidie staatssteun vormde in de zin van artikel 87 lid 1 EG. De overheid had de subsidie evenwel toegekend als financiële compensatie van de kosten die het bedrijf had gemaakt met het oog op de vervulling van in het kader van de zeevervoerdien-

sten opgelegde openbardienstverplichtingen. Een concurrent meende dat de Commissie artikel 86 lid 2 EG verkeerd had toegepast. Het Gerecht verwierp evenwel het beroep.

Daartoe bracht het Gerecht allereerst in herinnering dat ondernemingen die belast zijn met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang, met die taak belast moeten zijn door een "handeling van de overheid"<sup>623</sup>. De omstandigheid dat een onderneming zelf verzocht heeft om toewijzing van het beheer van de dienst van algemeen economisch belang ontnemt aan het daarop volgende toewijzingsbesluit niet zijn overheidskarakter. Een taak van openbare dienstverlening kan immers aan een ondernemer worden toevertrouwd bij concessie en een concessie moet door de concessionaris worden aanvaard<sup>624</sup>. Vervolgens oordeelde het Gerecht dat de aan het bedrijf toebedeelde openbardienstverplichtingen duidelijk waren omschreven, zodat artikel 86 lid 2 EG eveneens om die reden kon toegepast worden<sup>625</sup>. Vooral interessant zijn de beschouwingen van het Gerecht over de vraag of de lidstaat in kwestie niet al te gemakkelijk de verzekering van zeevervoerdiensten tussen de Canarische eilanden als een dienst van algemeen economisch belang had beschouwd. De concurrent had aangevoerd dat de vrije marktwerking het aanbod van deze diensten kon verzekeren zonder dat deze diensten als diensten van algemeen economisch belang behoeften te worden gekwalificeerd. Het Gerecht antwoordde dat de lidstaten een ruime beoordelingsbevoegdheid hebben met betrekking tot de omschrijving van wat zij als diensten van algemeen economisch belang beschouwen<sup>626</sup>. Een kennelijke beoordelingsfout van de lidstaten aangaande het bestaan van een reële behoefte aan een openbare dienst moet worden aangetoond. Men dient het bewijs te leveren dat de marktwerking het aanbod van de diensten reeds waarborgt. In casu meende het Gerecht dat niet was aangetoond dat de concurrenten van het bedrijf die met de dienst van algemeen economisch belang was belast, soortgelijke diensten konden waarborgen wat betreft continuïteit, regelmaat en frequentie op alle verbindingen die door het bedrijf in het kader van de openbare dienst werden onderhouden<sup>627</sup>. Tot slot preciseerde het Gerecht nog dat blijkens de bewoordingen van artikel 86 lid 2 EG niet vereist is dat de taak van algemeen belang enkel na een aanbestedingsprocedure aan een onderneming kan worden toevertrouwd<sup>628</sup>.

<sup>620</sup> Daarnaast kunnen ook ondernemingen zich op art. 86 lid 2 EG beroepen ter rechtvaardiging van door hen gestelde inbreuken op de art. 81 en 82 EG.

<sup>621</sup> Arrest van het Hof van 31 mei 2005, zaak C-438/02, *Krister Hanner*, *Jur.* 2005 I-4551, r.o. 47-48.

<sup>622</sup> Arrest van het Hof van 21 oktober 2003, zaken C-261/01 en 262/01, *Van Calster*, *Jur.* 2003, I-12249, r.o. 61.

<sup>623</sup> Arrest van het Gerecht van 15 juni 2005, zaak T-17/02, *Fred Olson/Commissie*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, r.o. 186.

<sup>624</sup> Arrest *Fred Olson/Commissie*, r.o. 188. Voorts meende het Gerecht dat het nadien eenzijdig staken van het verrichten van de dienst van algemeen economisch belang door de aangewezen onderneming, evenmin belet dat er sprake is van een overheids-handeling (arrest, r.o. 189).

<sup>625</sup> Arrest *Fred Olson*, r.o. 199-203.

<sup>626</sup> Arrest *Fred Olson*, r.o. 216.

<sup>627</sup> Arrest *Fred Olsen*, r.o. 217-227.

<sup>628</sup> Arrest *Fred Olsen*, r.o. 239.

### C. Artikel 86 lid 3 EG-Verdrag: de rechtspositie van klagers

276. In het principearrest van 22 februari 2005 in de zaak *Commissie/T-Mobil Austria* (voorheen max.mobil) bevestigde een voltallig Hof dat een particulier het recht heeft om een beroep in te stellen tegen een beschikking van de Commissie op grond van artikel 86, lid 3 EG indien hij aantoont dat hij rechtstreeks en individueel geraakt is<sup>629</sup>.

Daarentegen sluit het Hof de pas af aan particulieren die een beroep willen instellen tegen de weigering van de Commissie om een beschikking op grond van artikel 86 lid 3 EG te nemen. In onverbloemde bewoordingen verklaart het Hof: “uit de bewoordingen van artikel 86 lid 3 van het Verdrag en uit de opzet van de bepalingen van dit artikel vloeit (...) voort dat de Commissie niet verplicht is, een maatregel in de

zin van deze bepalingen te nemen, aangezien particulieren niet kunnen eisen dat de Commissie een bepaald standpunt inneemt”<sup>630</sup>. Een particulier kan niet opkomen tegen een besluit waarbij de Commissie weigert om zijn klacht in behandeling te nemen. Een brief van de Commissie in die zin heeft geen bindende rechtsgevolgen en kan dus niet het voorwerp vormen van een beroep. Hiermee sluit het Hof de opening die het eerder in het arrest *Bundesverband der Bilanzbuchhalter/Commissie* had gemaakt. Het Hof verklaarde daar dat a priori “uitzonderingssituaties” kunnen bestaan waarin een particulier in rechte kan optreden tegen een weigering van de Commissie om een beschikking te geven ex artikel 86 lid 3 EG<sup>631</sup>. De rechtspraak van het Gerecht volgens welke de Commissie verplicht is klachten tegen lidstaten op grond van artikel 86 EG zorgvuldig te onderzoeken, belandde eveneens in de prullenmand<sup>632</sup>.

## VIII. OVERHEIDSSTEUN

### A. Artikel 87 lid 1 EG: het verbod van staatssteun

277. Tijdens de besproken periode is herhaaldelijk in de rechtspraak – onder verwijzing naar het arrest *Altmark* – bevestigd dat de kwalificatie als steun in de zin van artikel 87 lid 1 EG vereist dat aan *alle* in die bepaling bedoelde voorwaarden is voldaan<sup>633</sup>. Deze rechtspraak identificeert de volgende vier voorwaarden: (i) het gaat om een maatregel van de staat of met staatsmiddelen bekostigd; (ii) deze maatregel moet het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden; (iii) de maatregel moet de begunstigde een voordeel verschaffen en (iv) hij moet de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen<sup>634</sup>. Bij de bespreking van deze voorwaarden wordt hierna deze – door de recente rechtspraak van het Hof aangehouden – volgorde in acht genomen. De specificiteit van de maatregel blijft uiteraard eveneens een toepassingsvoorwaarde van artikel 87 lid 1, maar in een aantal gevallen is het Hof geneigd die voorwaarde te

behandelen in het kader van de vraag naar het bestaan van een voordeel<sup>635</sup>.

#### 1. Maatregel van de staat of met staatsmiddelen bekostigd

278. Naar zijn bewoordingen ziet artikel 87 lid 1 EG op steunmaatregelen *van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd*. Volgens vaste rechtspraak mag geen onderscheid gemaakt worden tussen gevallen waarin de steun rechtstreeks door de staat wordt verleend en gevallen waarin de steun via door de staat aangewezen of opgerichte publiek- of privaatrechtelijke lichamen wordt verleend. Voordelen kunnen evenwel slechts als steunmaatregelen in de zin van artikel 87 lid 1 EG worden beschouwd indien zij rechtstreeks of indirect met staatsmiddelen zijn bekostigd en aan de staat kunnen worden toegerekend<sup>636</sup>.

<sup>629</sup>. Arrest van het Hof van 22 februari 2005, zaak C-141/02 P, *Jur.* 2005, I-1283, r.o. 68.

<sup>630</sup>. Arrest *Commissie/T-Mobile Austria GmbH*, r.o. 69.

<sup>631</sup>. Arrest van het Hof van 20 februari 1997, zaak C-107/95 P, *Jur.* 1997, I-947, r.o. 25.

<sup>632</sup>. Zie de bespreking van het door het Hof vernietigde arrest van het Gerecht in *Kroniek 2000-2003*, T.B.H. 2004, p. 698, randnr. 217.

<sup>633</sup>. Arresten van het Hof van 24 juli 2003, zaak C-280/00, *Altmark Trans*, *Jur.* 2003, I-7747, r.o. 74, van 20 november 2003, zaak C-126/01, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie/GEMO SA*, *Jur.* 2003, I-13769, r.o. 21 en van 15 juli 2004, zaak C-345/02, *Pearle*, *Jur.* 2004, I-7139, r.o. 32.

<sup>634</sup>. Zie arresten *Altmark*, r.o. 75 en *Pearle*, r.o. 33, beide aangehaald in vorige voetnoot, en van 27 november 2003, zaken C-34/01 en C-38/01, *Enirisorse SpA/Ministerio delle Finanze*, *Jur.* 2003, I-14243, r.o. 26-29. In het arrest van 18 januari 2005 (zaak T-93/02, *Confédération nationale du crédit mutuel/Commissie, nog niet gepubliceerd in Jur.*, r.o. 77) identificeert het Gerecht dezelfde vier voorwaarden. Uiteindelijk vernietigt het Gerecht wegens motiveringsgebreken de beschikking van de Commissie die bepaalde maatregelen van de Franse overheid ten gunste de Crédit mutuel (Livret bleu) als verboden steun had gekwalificeerd. Uit de beschikking kon immers niet worden opgemaakt welke maatregelen de Commissie als steun aanmerkte.

<sup>635</sup>. Zie bv. arrest van het Hof van 3 maart 2005, zaak C-172/03, *Wolfgang Heiser/Finanzamt Innsbruck*, *Jur.* 2005, I-1627, r.o. 40-54.

<sup>636</sup>. Arrest *GEMO*, aangehaald in voetnoot 633, r.o. 23 (met verwijzingen naar eerdere rechtspraak) en r.o. 24-26 (de omstandigheid dat de kosteloos aangeboden openbare destructiedienst voor dierlijke kadavers en slachtafval werd ingevoerd door de overheid volstaat om de regeling aan de overheid toe te rekenen, ook al exploiteren privaatrechtelijke ondernemingen deze dienst).

In de zaak *Pearle e.a./Hoofdbedrijfschap Ambachten* was de vraag aan de orde of de financiering van een collectieve reclamecampagne ten behoeve van ondernemingen in de optiekbranche staatssteun was. Het Hoofdbedrijfschap Ambachten, een publiekrechtelijke bedrijfslichaam dat de opticiens verenigt, zorgde voor de financiering. De leden dienden een “bestemmingsheffing” te betalen om de kosten van de campagne te dekken. Het Hof oordeelde dat de collectieve reclamecampagne niet met staatsmiddelen was bekostigd noch aan de staat kon worden toegerekend. De reclamecampagne was gefinancierd met middelen waarover het publiekrechtelijk lichaam op geen enkel moment vrijelijk had kunnen beschikken. De heffingen waren bestemd voor de organisatie van deze reclamecampagne en volledig betaald door de ondernemingen die daarvan profiteerden. De tussenkomst van het publiekrechtelijk lichaam bracht bijgevolg geen extra last voor de staat mee. Voorts dienden de heffingen voor een zuiver commercieel doel dat de betrokken bedrijfssector vooraf had vastgesteld en dat geen deel uitmaakte van het beleid van de Nederlandse overheid<sup>637</sup>.

**279.** In de zaak *Griekenland/Commissie* bevestigde het Hof dat artikel 87 lid 1 EG ziet op alle geldelijke middelen die de staat daadwerkelijk kan gebruiken om ondernemingen te steunen. Het feit dat deze middelen constant onder openbaar toezicht en dus ter beschikking van de bevoegde nationale autoriteiten staan, volstaat om ze als “staatsmiddelen” aan te merken. Wanneer de staat de enige aandeelhouder van een bank is en de leden van de raad van bestuur benoemt, kan zij rechtstreeks of indirect een beslissende invloed uitoefenen op de aanwending van de geldelijke middelen van de bank. Een door die bank toegekende schuldverschikking leidt bijgevolg tot een aanwending van staatsmiddelen, ook al heeft de staat de bank daarvoor geen compensatie toegekend<sup>638</sup>.

**280.** Bekostiging met staatsmiddelen omvat eveneens het derven van inkomsten door de staat. Zo bijvoorbeeld leidt de vrijstelling voor een onderneming van betaling van een fiscale heffing tot een verlies van middelen die in de begroting van de staat hadden moeten worden opgenomen<sup>639</sup>. De omstandigheid dat een stelsel van heffingen (in casu meststofheffingen) niet dient om belastinginkomsten te genereren maar de productie van bepaalde stoffen af te remmen, is irrelevant.

## 2. Een voordeel

**281.** Het begrip staatssteun in de zin van artikel 87 lid 1 EG heeft een “algemenere strekking dan het begrip subsidie omdat het niet alleen positieve prestaties omvat zoals de subsidie zelf, maar ook maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken”<sup>640</sup>. Als steun wordt beschouwd “maatregelen die, in welke vorm ook, ondernemingen rechtstreeks of indirect kunnen bevoordelen of die als een economische voordeel moeten worden beschouwd dat de begunstigde ondernemingen onder normale voorwaarden niet zou hebben verkregen”<sup>641</sup>. Beide delen van deze definitie leggen een vergelijking op: de eerste een vergelijking met andere ondernemingen die niet vallen onder de toepassing van de maatregel, de tweede een vergelijking met een hypothetische marktdeelnemer. Zonder exhaustief te kunnen zijn, worden hierna een aantal gevallen van staatssteun tijdens de besproken periode besproken.

### a. Fiscale maatregelen

**282.** Fiscale maatregelen kunnen in hun diverse vormen een voordeel opleveren. Het typevoorbeeld is de belastingvrijstelling of -vermindering die aan een bepaalde onderneming of categorie van ondernemingen wordt gegeven. De discussie over het bestaan van een voordeel leidt hier meestal tot de vraag of de vrijstelling of vermindering beantwoordt aan de selectiviteitsvoorwaarde (zie daarover, randnr. 299 e.v.). Zoals hierboven aangestipt, is er een tendens in de rechtspraak om de selectiviteitsvoorwaarde te behandelen in het kader van de vraag naar het bestaan van een voordeel.

**283.** In de zaak *GIL Insurance* rees de vraag of een belastingstelsel wegens het bestaan van twee tarieven een staatssteun kan opleveren. De Britse wetgeving voorziet in een belasting op de verzekeringspremies van verzekeringsovereenkomsten in verband met huishoudelijk apparaat aan een hoger tarief dan het tarief dat geldt voor andere verzekeringspremies. Het Hof lijkt te suggereren – maar toch met het nodige voorbehoud – dat een belastingregeling die twee verschillende tarieven toepast een voordeel inhield ten gunste van de ondernemingen die aan het laagste tarief onderworpen zijn. Uiteindelijk oordeelt het dat de specificiteitsvoorwaarde niet is vervuld zodat geen staatssteun voorhanden is<sup>642</sup>. Dit is een interessante ontwikkeling omdat de

<sup>637</sup> Arrest *Pearle*, aangehaald in voetnoot 633, r.o. 34-37 en dispositief.

<sup>638</sup> Arrest van het Hof van 29 april 2004, zaak C-278/00, *Helleense Republiek/Commissie*, *Jur.*, I-3997, r.o. 51-54.

<sup>639</sup> Arrest van het Hof van 29 april 2004, zaak C-159/01, *Nederland/Commissie*, *Jur.* 2004, I-4461, r.o. 51-52.

<sup>640</sup> Tijdens de besproken periode, zie bv. arrest van het Hof van 14 april 2005, zaken C-128/03 en C-129/03, *AEM SpA en AEM Torino SpA/Autorita per energia elettrica e par il gas e.a.*, *Jur.* 2005, I-2861, r.o. 38.

<sup>641</sup> Zie bv. arresten *Altmark*, aangehaald in voetnoot 633, r.o. 84 en *Enirisorse SpA/Ministerio delle Finanze*, aangehaald in voetnoot 634, r.o. 30.

<sup>642</sup> Arrest van het Hof van 29 april 2004, zaak 308/01, *GIL Insurance e.a./Commissioners of Customs & Excise*, *Jur.* 2004, I-4777, r.o. 65 e.v. Zie verder m.b.t. de specificiteitsvoorwaarde, randnr. 300.

bewijslast verschuift naar de overheid om het verschil in tarieven te rechtvaardigen (zie *infra*, randnr. 301).

**284.** Een enigszins aparte plaats komt toe aan de zaak *Wolfgang Heiser/Finanzamt Innsbruck* waarin de Oostenrijkse BTW-administratie zelf inriep dat de door de wetgever ingevoerde regel volgens welke voor artsen de overgang van heffing naar vrijstelling van BTW niet leidt tot de door artikel 20 van de Zesde BTW-Richtlijn voorgeschreven vermindering van de reeds toegepaste aftrek met betrekking tot in de onderneming blijvend in gebruik zijnde goederen, verboden staatssteun opleverde. De Oostenrijkse regering betoogde het tegendeel, maar het Hof koos de zijde van de BTW-administratie<sup>643</sup>.

**285.** Ten slotte is er het bijzondere vraagstuk van de parafiscale heffingen. Het gaat om heffingen die aan bedrijven worden opgelegd en waarvan de opbrengst gebruikt wordt om bepaalde activiteiten van ondernemingen te financieren. De financiering van die activiteiten vormt uiteraard steun indien aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 87 lid 1 EG is voldaan. Moeilijker is evenwel de vraag of de heffingen zelf als steun moeten worden gekwalificeerd. In de zaak *Enirisorse SpA* kwam deze kwestie aan bod. Een privé-bedrijf diende een havenbelasting te betalen voor het laden en lossen van goederen. De opbrengst van de belasting ging voor één derde naar de schatkist en voor twee derde naar een openbare onderneming die in concurrentie met de heffingsplichtige onderneming laad- en losdiensten verrichtte. Onder verwijzing naar eerdere rechtspraak<sup>644</sup> stelde het Hof dat het begrip staatssteun “zich niet alleen uitstrekt tot bepaalde parafiscale heffingen, naar gelang het gebruik van de opbrengst van die heffingen, maar ook tot de heffingen van een bijdrage die een parafiscale heffing vormt”<sup>645</sup>. En verder: “niet alleen de toekenning van een deel van de havenbelasting aan de betrokken onderneming maar ook de heffing bij de gebruikers van het deel dat met het aldus toebedeelde bedrag overeenkomt [kan] een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steunmaatregel vormen”<sup>646</sup>. Het Hof suggereert hiermee dat de heffingen zelf staatssteun vormen, althans wanneer zij een integrerend deel uitmaken van de steunmaatregel (nl. de maatregel tot financiering van activiteiten die voldoet aan de toepassingsvoorwaarden van art. 87

lid 1 EG)<sup>647</sup>. In dat geval kunnen de heffingen worden teruggevorderd wegens strijdigheid ervan met de standstill-bepaling van artikel 88 lid 3 laatste volzin EG<sup>648</sup>. Anderzijds: indien de maatregel bestaande in de financiering van activiteiten van ondernemingen niet voldoet aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 87 lid 1 EG, maken de betaalde heffingen geen deel uit van een steunmaatregel in de zin van deze bepaling. Bijgevolg dienen zij niet te worden terugbetaald<sup>649</sup>.

### *b. Levering van goederen of diensten*

**286.** Volgens vaste rechtspraak vormt de levering van goederen of diensten door de overheid tegen gunstigere voorwaarden een voordeel in de zin van artikel 87 lid 1 EG<sup>650</sup>.

**287.** Toegepast op de verkoop van grond door de overheid aan een onderneming, betekent dit dat moet worden vastgesteld of de verkrijger de verkoopprijs niet onder normale marktomstandigheden had kunnen verkrijgen. In het arrest *Valmont Nederland BV* oordeelde het Gerecht dat bij onderzoek van de na de transactie opgestelde deskundigenrapporten de Commissie de werkelijk betaalde prijs moet vergelijken met de prijzen van de rapporten en moet bepalen of de prijs niet zo ver van die prijzen afwijkt, dat sprake is van een voordeel. Dan nog moet het deskundigenrapport de nodige “bewijswaarde” hebben<sup>651</sup>. In casu vernietigde het Gerecht de beschikking van de Commissie omdat diens conclusie dat de verkoopprijs beneden de marktprijs van de grond lag (en dus staatssteun vormde) niet geschraagd werd door het deskundigenrapport dat Nederland tijdens de administratieve procedure had overgelegd en dat de Commissie had gebruikt<sup>652</sup>. De Commissie heeft het niet gemakkelijk. In de vorige aflevering van deze kroniek had het Gerecht reeds een beschikking van de Commissie vernietigd omdat de gebruikte rapporten verkeerd waren beoordeeld<sup>653</sup>. Het Gerecht is bereid een grondig toezicht uit te oefenen op de bevindingen van de Commissie.

**288.** Een overeenkomst tussen een openbaar kuuroord en de eigenaar van een privé-hotel waarbij over en weer diensten werden verleend (boekings van hotelkamers in ruil voor de

<sup>643</sup>. Arrest *Wolfgang Heiser/Finanzamt Innsbruck*, aangehaald in voetnoot 635, r.o. 18 e.v.

<sup>644</sup>. Arresten van het Hof van 16 december 1992, zaak C-17/91, *Lornoy*, *Jur.* 1992, I-6523, r.o. 28 en van 27 oktober 1993, zaak C-72/92, *Scharbatke*, *Jur.* 1993, I-5509, r.o. 20.

<sup>645</sup>. Arrest van het Hof van 27 november 2003, zaken C-34/01 en C-38/01, *Enirisorse SpA/Ministero delle Finanze*, *Jur.* I-14243, r.o. 43.

<sup>646</sup>. Arrest *Enirisorse SpA*, r.o. 45. Daarentegen heeft de eventuele onrechtmatigheid van de heffing en van de toebedeling daarvan aan de onderneming geen invloed op het aan de schatkist afgedragen deel van de belasting (r.o. 46).

<sup>647</sup>. In casu de toebedeling van de belasting aan de openbare onderneming.

<sup>648</sup>. Over de toepassing van art. 88 lid 3 laatste volzin EG door de nationale rechter met het oog op de terugvordering van parafiscale heffingen, zie *infra*, randnr. 328 e.v.

<sup>649</sup>. Dit was het geval in de zaak *Pearle*, aangehaald in voetnoot 633, r.o. 40.

<sup>650</sup>. Zie het principearrest van het Hof van 2 februari 1988, zaken 67/85, 68/85 en 70/85, *Van der Kooy*, *Jur.* 1988, 219, r.o. 28-29.

<sup>651</sup>. Arrest van het Gerecht van 16 september 2004, zaak T-274/01, *Valmont Nederland BV/Commissie*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, r.o. 45.

<sup>652</sup>. Arrest *Valmont Nederland BV/Commissie*, r.o. 46-90.

<sup>653</sup>. Zie *Kroniek 2001-2003*, T.B.H. 2004, p. 702, randnr. 227.

huur van ligzetels aan de warmwaterbron, enz.) werd niet geacht te verschillen van een “normale handelstransactie tussen twee particuliere ondernemingen.” De overheid had nochtans – door de Commissie goedgekeurde – regionale steun aan de eigenaar verstrekt voor de bouw van het hotel. Het openbaar kuuroord had de overeenkomst evenwel om zuiver economische redenen gesloten<sup>654</sup>.

**289.** Overigens leveren openbare diensten die aan preferentiële tarieven of kosteloos worden verstrekt, eveneens een voordeel op in de zin van artikel 87 lid 1 EG<sup>655</sup>.

### *c. Vermindering van schulden, uitstel van betaling en kwijtschelding van schulden*

**290.** Wanneer de overheid aan een onderneming in financiële moeilijkheden uitstel van betaling verleent voor uitstaande socialezekerheidsschulden, handelt zij niet als particulier investeerder maar als een publiek schuldeiser die, net als een particuliere schuldeiser, de hem verschuldigde bedragen tracht te verhalen en daartoe met de debiteur een regeling overeenkomt om de terugbetaling van de opgestapelde schulden te vergemakkelijken<sup>656</sup>. In de zaak *Lenzig/Commissie* besliste de Commissie dat de schuldherschikkingsovereenkomsten tussen de socialezekerheidsinstellingen en de onderneming in moeilijkheden geen staatssteun vormden. De instellingen waren als een particuliere schuldeiser in dezelfde situatie opgetreden. Het Gerecht vernietigde de beschikking van de Commissie: de schuldherschikkingen hadden belangrijke voordelen aan de onderneming verschaft die een hypothetische particuliere schuldeiser die zich jegens zijn schuldenaar in een gelijkaardige situatie bevindt, niet zou hebben verstrekt<sup>657</sup>. De omstandigheid dat de particuliere schuldeisers met de onderneming een terugbetalingsregeling waren overeengekomen die veel minder gunstig was dan de schuldherschikking die de socialezekerheidsinstellingen hadden bekomen, veranderde daar voor het Gerecht niets aan. Deze openbare instellingen beschikten immers over bepaalde bijzondere rechten (o.a. pand en hypotheek) waardoor zij zich in een *andere* situatie bevonden dan de particuliere schuldeisers.

**291.** Wanneer de overheid in het kader van een privatiseringsoperatie een productielijn verkoopt aan een privé-

bedrijf en de koper nadien wegens financiële moeilijkheden niet in staat is de verkoopprijs te voldoen, dient de verlaging van de verkoopprijs door de overheid vergeleken te worden “met een particuliere schuldeiser die betaling tracht te verkrijgen van de bedragen die hem verschuldigd zijn door een schuldenaar in financiële moeilijkheden”<sup>658</sup>. De betrokken lidstaat voerde aan dat de kosten voor de overheid ten gevolge van de verlaging van de verkoopprijs lager waren dan de kosten van de overheid in geval van handhaving van de oorspronkelijke verkoopprijs. In het laatste geval zou de overnemer wellicht failliet zijn gegaan en zijn financiële verplichtingen jegens de overheid niet hebben uitgevoerd. Het Gerecht meende evenwel dat de Commissie terecht had geoordeeld dat blijkens het dossier de kosten van de prijsverlaging voor de overheid in feite hoger waren dan de kosten bij handhaving van de verkoopprijs op het oorspronkelijke niveau<sup>659</sup>. Bijgevolg was er sprake van staatssteun.

**292.** In een andere zaak sloot het Hof zich eveneens aan bij de zienswijze van de Commissie dat schuldherschikkingen die een openbare bank aan landbouwcoöperaties in overeenstemming met in de wet vastgelegde terugbetalings- en interestvoorwaarden toestond staatssteun vormden. Volgens het Hof valt moeilijk in te denken dat een particuliere financier in normale marktomstandigheden een uitstel van betaling van drie jaar en een rentevoet van 50% van de geldende marktrentevoet zou hebben aanvaard. Dergelijke wettelijke voorwaarden voor schuldherschikking waren dus zeer gunstig voor de kredietnemer<sup>660</sup>.

**293.** In de zaak *Commissie/Spanje* floot het Hof de Commissie daarentegen wel terug. De Commissie meende dat de autoriteiten zich niet hadden gedragen als een zorgvuldige particuliere schuldeiser die tracht minstens een klein gedeelte van de achterstallige belastingen en sociale bijdragen van twee ondernemingen te innen. De sociale zekerheden en de belastingdiensten zouden na sluiting van de overeenkomsten tot kwijtschelding en herschikking stil hebben gezeten. Daardoor zouden de schulden nadien nog aanzienlijk zijn toegenomen. Het Hof vernietigde de beschikking van de Commissie aangezien bleek dat de Spaanse autoriteiten nadien wel de nodige executoriale procedures (o.a. beslagmaatregelen) hadden ingezet om te beletten dat de ondernemingen hun activiteiten zouden voortzetten zonder aan hun fiscale en sociale verplichtingen te voldoen<sup>661</sup>.

<sup>654</sup>. Arrest van het Gerecht van 13 januari 2004, zaak T-158/99, *Thermenhotel Stoiser Franz Gesellschaft e.a./Commissie*, Jur. 2004, II-1, r.o. 106-123.

<sup>655</sup>. Arrest van het Hof van 20 november 2003, zaak C-126/01, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie/GEMO*, Jur. 2003, I-13769, r.o. 29-33: een openbare dienst die bestaat in de kosteloze ophaling en verwijdering van dierlijke kadavers en slachtafval ontnemt de veehouders en slachthuizen een financiële last die inherent is aan hun economische activiteit.

<sup>656</sup>. Zie arrest van het Hof van 29 april 1999, zaak C-342/96, *Spanje/Commissie*, Jur. 1999, I-2459, r.o. 46, besproken in *Kroniek 1997-1999, T.B.H.* 1999, p. 804, randnr. 170.

<sup>657</sup>. Arrest van het Gerecht van 21 oktober 2004, zaak T-36/99, *Lenzig AG/Commissie*, nog niet gepubliceerd in Jur. 2004, r.o. 149 e.v.

<sup>658</sup>. Arrest van het Gerecht van 8 juli 2004, zaak T-198/01, *Technische Glaswerke Ilmenau GmbH/Commissie*, nog niet gepubliceerd in Jur., r.o. 99.

<sup>659</sup>. Arrest *Technische Glaswerke Ilmenau GmbH/Commissie*, r.o. 101-122.

<sup>660</sup>. Arrest *Helleense Republiek/Commissie*, aangehaald in voetnoot 638, r.o. 46-48.

<sup>661</sup>. Arrest van het Hof van 14 september 2004, zaak C-276/02, *Spanje/Commissie*, Jur. 2004, I-8091, r.o. 32-36.

#### *d. Verzelfstandiging en privatisering van openbare bedrijven*

**294.** In toenemende mate brengt de overheid economische activiteiten onder in afzonderlijke commerciële vennootschappen die onder haar controle blijven. Deze vennootschappen zijn voor het overige evenwel onder vergelijkbare mededingingsvoorwaarden als particuliere bedrijven op de markt werkzaam. In het arrest *Danske Busvognmaend/Commissie* oordeelde het Gerecht dat de verstrekking van middelen om het geprivilegieerde (en dure) ambtenarenstatuut te vervangen door het werknemersstatuut geen staatssteun opleverde<sup>662</sup>. Deze maatregel strekt er namelijk toe om het verzelfstandigd openbaar bedrijf “te bevrijden van een structureel nadeel ten opzichte van haar particuliere concurrenten”<sup>663</sup>.

#### *e. Toelagen ter compensatie van openbardienstverplichtingen*

**295.** De gemeenschapsrechter heeft zijn eerste uitspraken geveld in het “post-Altmark” tijdperk. Volgens het *Altmark*-arrest valt een overheidsmaatregel die te beschouwen is als een compensatie die de tegenprestatie vormt voor de prestaties die een onderneming heeft verricht om openbardienstverplichtingen uit te voeren, niet binnen de werkingssfeer van artikel 87 lid 1 EG. Een dergelijke compensatie kan echter enkel aan de kwalificatie van staatssteun ontsnappen indien een aantal voorwaarden zijn voldaan<sup>664</sup>.

**296.** In de zaak *Enirisorse* onderwierp de Italiaanse wetgeving het laden en lossen van goederen in havens aan een belasting. De opbrengst kwam voor 1/3 ten goede aan de staat en voor 2/3 aan openbare ondernemingen die laad- en losactiviteiten voor derden verrichten. Het Hof meende dat de toedeling van de belastingopbrengst aan de openbare ondernemingen staatssteun vormde. De Altmark-voorwaarden waren niet vervuld. Vooreerst was niet aangetoond dat zij belast waren met de uitvoering van openbardienstverplichtingen. Evenmin waren deze verplichtingen duidelijk afgebakend (eerste voorwaarde)<sup>665</sup>. Voorts waren de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend niet vooraf op objectieve en doorzichtige wijze vastgesteld (tweede voorwaarde). Ten slotte was niet voldaan aan het vereiste dat de compensatie niet hoger mag zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbare dienst te

dekken (derde voorwaarde). Het bedrag van de aan de openbare ondernemingen afgedragen havenbelasting kwam niet overeen met de daadwerkelijk gemaakte kosten voor het verlenen van de laad- en losdiensten. Het bedrag was gerelateerd aan de omvang van de goederen die alle gebruikers in de haven hadden vervoerd en hing dus niet af van de mate van bedrijvigheid in de haven<sup>666</sup>.

**297.** In de zaak *Valmont Nederland BV* had de Commissie geconstateerd dat de gemeentelijke aanleg van een parkeerplaats ten goede kwam aan de onderneming Valmont en tevens dat Valmont uit hoofde van een “gentlemen’s agreement” met de gemeente het gebruik van de parkeerplaats op regelmatige en kosteloze basis aan derde ondernemingen toestond. De Commissie bestempelde daarom de helft van de gemeentelijke financiering van de aanleg van de parkeerplaats als staatssteun aan Valmont. Het Gerecht oordeelde dat wanneer de Commissie zelf vaststelt dat een onderneming bepaalde lasten van algemeen belang draagt, zij gehouden is te onderzoeken of de verleende steun aan de Altmark-voorwaarden voldoet en derhalve eventueel een steunmaatregel in de zin van artikel 87 lid 1 EG vormt. De steunbeschikking van de Commissie werd vernietigd omdat de Commissie had nagelaten te onderzoeken of de helft van de financiering niet kon worden beschouwd als de daadwerkelijke tegenprestatie van de door Valmont gedragen last van algemeen belang<sup>667</sup>.

**298.** In de zaak *Danske Busvognmaend/Commissie* had de Commissie steun goedgekeurd aan een openbare busmaatschappij beweerdelijk ter compensatie van toekomstige verliezen in verband met de openbardienstverplichtingen. Het Gerecht oordeelde dat niet aan alle Altmark-voorwaarden was voldaan. De busmaatschappij was niet daadwerkelijk belast met de uitvoering van openbardienstverplichtingen. Bovendien waren de elementen op basis waarvan de compensatie werd berekend, niet vooraf objectief en doorzichtig vastgesteld<sup>668</sup>.

### **3. Specificiteit van de maatregel**

**299.** Artikel 87 lid 1 EG verwijst naar steunmaatregelen die de mededinging door de begunstiging van *bepaalde ondernemingen of bepaalde producties* vervalst of dreigt te vervalsten. Dit is de voorwaarde van de specificiteit.

<sup>662</sup>. In casu gaf de overheid met een eenmalige uitkering een “incentive” aan de betrokkenen om het ambtenarenstatuut op te geven.

<sup>663</sup>. Arrest van het Gerecht van 16 maart 2004, zaak T-157/01, *Danske Busvognmaend/Commissie*, Jur. 2004, II-917, r.o. 57.

<sup>664</sup>. Arrest *Altmark*, reeds aangehaald in voetnoot 633, r.o. 87, besproken in *Kroniek 2001-2003*, T.B.H. 2004, p. 704, randnr. 232.

<sup>665</sup>. In het verleden had het Hof overigens beslist dat de exploitatie van een handelshaven niet automatisch een dienst van algemeen economisch belang uitmaakt.

<sup>666</sup>. Arrest *Enirisorse SpA/Ministero delle Finanze*, reeds aangehaald in voetnoot 634, r.o. 30-40.

<sup>667</sup>. Arrest *Valmont Nederland BV/Commissie*, aangehaald in voetnoot 651, r.o. 129-137.

<sup>668</sup>. Arrest *Danske Busvognmaend/Commissie*, aangehaald in voetnoot 663, r.o. 97-98.



Maatregelen met algemene strekking vallen dus buiten de werkingssfeer van artikel 87 lid 1 EG. Maatregelen die op het eerste gezicht op alle ondernemingen van toepassing zijn, kunnen echter toch selectief zijn. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de administratie die een algemene regel moet toepassen, bij de toepassing over een zekere vrijheid beschikt<sup>669</sup>.

**300.** In het arrest *Adrian-Wien Pipeline* had het Hof bij de beoordeling van de verenigbaarheid van rechtsregelingen met artikel 87 lid 1 EG een begin gemaakt met de toepassing van een soort van discriminatietest: wanneer de overheid categorieën van ondernemingen financieel ongelijk behandelt, leidt dit tot begunstiging in de zin van artikel 87 lid 1 EG<sup>670</sup>. In uitspraken tijdens de besproken periode gaat het Hof door op dit nieuwe elan. Om de woorden van het Hof te gebruiken in de arresten *GIL Insurance* en *Wolfgang Heiser*, deze bepaling legt de verplichting op “te bepalen of een nationale maatregel binnen het kader van een bepaalde rechtsregeling bepaalde ondernemingen of producties kan begunstigen ten opzichte van andere die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden gelet op de doelstelling van de betrokken regeling”<sup>671</sup>. Wanneer dit het geval is, voldoet de betrokken maatregel aan de voorwaarde van de selectiviteit, tenzij hij gerechtvaardigd is door de “aard of de opzet van het stelsel” waarvan hij deel uitmaakt. De zaak *GIL Insurance* ging over een belasting op de verzekeringspremies in verband met o.a. huishoudelijke apparatuur tegen een hoger tarief dat geldt voor andere verzekeringspremies. De principiële vraag rees of het bestaan van verschillende tarieven een steunmaatregel in de zin van artikel 87 lid 1 EG oplevert ten gunste van de ondernemingen die aan het normale (nl. het laagste) tarief onderworpen waren. Het Hof oordeelde dat indien de differentiële tarieven een voordeel aan die ondernemingen toekennen, het verhoogde tarief in ieder geval voor een aantal verzekeringsovereenkomsten gerechtvaardigd was door de aard en de opzet van het stelsel waarvan die belasting deel uitmaakt. Het hoger tarief werd nadien ingevoerd om gedragingen tegen te gaan die trachten voordeel te halen uit het verschil tussen het normale tarief en het BTW-tarief via manipulatie van de prijzen voor verhuur of verkoop van apparaten en daarmee samenhangende ver-

zekeringen<sup>672</sup>. Daarentegen oordeelde het Hof in de zaak *Wolfgang Heiser* dat de fiscale regel volgens welke voor artsen de overgang van heffing naar vrijstelling van BTW niet leidt tot de door artikel 20 van de Zesde BTW-Richtlijn voorgeschreven vermindering van de reeds toegepaste aftrek met betrekking tot in de onderneming blijvend in gebruik zijnde goederen, niet gerechtvaardigd is door de aard en opzet van het belastingstelsel waarvan hij deel uitmaakt<sup>673</sup>.

**301.** In het arrest *Nederland/Commissie* oordeelde het Hof dat steun niet voorhanden is in geval van “maatregelen waarmee tussen ondernemingen onderscheid wordt gemaakt ten aanzien van de lasten wanneer dat onderscheid voortvloeit uit de aard en de opzet van het betrokken lastenstelsel”<sup>674</sup>. En: “[h]et staat aan de lidstaat die dit onderscheid tussen ondernemingen inzake lasten heeft gemaakt, te bewijzen dat het daadwerkelijk gerechtvaardigd is door de aard en de opzet van het betrokken stelsel”<sup>675</sup>. Het Hof lijkt hier ervan uit te gaan dat een verschil in lasten een voordeel vormt in de zin van artikel 87 lid 1 EG tot bewijs van het tegendeel door de betrokken lidstaat. In casu werd geoordeeld dat Nederland niet het bewijs had geleverd dat de vrijstelling van de meststoffenheffing voor tuinbouwbedrijven en -centra was gerechtvaardigd door de aard en de opzet van het heffingenstelsel.

**302.** Voor de vervulling van de voorwaarde van de specificiteit volstaat dat de kosteloze openbare destructiedienst van dierlijke kadavers en slachtafval hoofdzakelijk de veehouders en slachthuizen ten goede komt. De omstandigheid dat eigenaars van huisdieren en bepaalde andere ondernemingen, zoals dierentuinen, of bepaalde overheidsinstanties occasioneel deze dienst gebruiken, maakt de regeling niet tot een algemene maatregel<sup>676</sup>.

**303.** Tijdens de besproken periode verwierp het Hof op procedurele gronden de hogere voorzieningen tegen de uitspraken van het Gerecht die de toekenning van een belastingkrediet ten gunste van belangrijke investeringen en een vermindering van de belastbare grondslag in de vennootschapsbelasting ten gunste van nieuw opgerichte ondernemingen als selectieve steunmaatregelen bestempelde<sup>677</sup>.

<sup>669</sup>. Arrest *Lenzig/Commissie*, aangehaald in voetnoot 657, r.o. 129.

<sup>670</sup>. Arrest van het Hof van 8 november 2001, zaak C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, *Jur.* 2001, I-8365, r.o. 37-40. Zie de bespreking in *Kroniek 2001-2003*, T.B.H. 2004, p. 706, randnr. 234.

<sup>671</sup>. Arrest *GIL Insurance e.a.*, reeds aangehaald in voetnoot 642, r.o. 68 en arrest *Wolfgang Heiser*, aangehaald in voetnoot 635, r.o. 40. Zie eveneens arrest *GEMO*, aangehaald in voetnoot 633, r.o. 35.

<sup>672</sup>. Arrest *GIL Insurance e.a.*, reeds aangehaald in voetnoot 642, r.o. 73-78.

<sup>673</sup>. Arrest *Wolfgang Heiser*, aangehaald in voetnoot 635, r.o. 43-49.

<sup>674</sup>. Arrest van het Hof van 29 april 2004, zaak C-159/01, *Nederland/Commissie*, *Jur.* 2004, I-4461, r.o. 42.

<sup>675</sup>. Arrest *Nederland/Commissie*, r.o. 43.

<sup>676</sup>. Arrest *GEMO*, aangehaald in voetnoot 633, r.o. 35-39.

<sup>677</sup>. Arresten van het Hof van 11 november 2004, zaken C-186/02 P en C-188/02 P, *Ramondin SA en Territorio Historico de Alava – Diputacion Foral de Alava*, *Jur.* 2004, I-10653 en zaken C-183/02 P en C-187/02 P, *Daewoo Electronics Manufacturing Espana SA en Territorio Historico de Alava – Diputacion Foral de Alava*, *Jur.* 2004, I-10609. Over de arresten van het Gerecht, zie *Kroniek 2001-2003*, T.B.H. 2004, randnrs. 234 en 236.

#### 4. Vervalsing van de mededinging en beïnvloeding van het handelsverkeer

**304.** Aangaande deze twee toepassingsvoorwaarden van artikel 87 lid EG dient allereerst gewezen te worden op de tweeling-arresten *Italië/Commissie en Italië/Commissie en Alzetta*. Zij wijzen elke effectsleer inzake staatssteun af<sup>678</sup>. Het Hof stelt ondubbelzinnig dat de Commissie bij de beoordeling van zowel bestaande als nieuwe steunmaatregelen niet hoeft vast te stellen of er sprake is van een “werkelijke” beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten en een “daadwerkelijke” vervalsing van de mededinging. Het bewijs dat bepaalde ondernemingen door de steun schade hebben geleden, dient niet te worden geleverd. De Commissie moet enkel onderzoeken of de steunmaatregelen het handelsverkeer ongunstig “kunnen” beïnvloeden en de mededinging “kunnen” vervalsen. Hetzelfde geldt indien nieuwe steun is verleend zonder dat deze maatregelen vooraf bij de Commissie zijn aangemeld. Immers, indien de Commissie in haar beschikking het werkelijke effect van reeds verleende steun zou moeten aantonen, worden lidstaten die in strijd met de aanmeldingsplicht van artikel 88 lid 3 EG steun verlenen, bevoordeeld ten nadele van de lidstaten die de steun wel aanmelden<sup>679</sup>. Nadien besliste het Gerecht eveneens dat de Commissie niet verplicht is om de reële effecten van het steunvoornemen op het handelsverkeer en de mededinging te bepalen<sup>680</sup>.

**305.** Wat de inhoud van deze toepassingsvoorwaarden betreft, valt voor het overige niet veel nieuws te rapen. Beïnvloeding van het handelsverkeer tussen lidstaten ligt voor wanneer de financiële steun de positie van een onderneming ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen in het intracommunautaire handelsverkeer versterkt<sup>681</sup>. Dit houdt bijvoorbeeld in dat steun die een onderneming ontlast van bepaalde kosten, een positieve weerslag heeft op de prijs van de producten van de onderneming. Hierdoor geniet dat product een concurrentievoordeel op de markten van de lidstaten waar concurrenten wel die kosten zelf moeten dragen<sup>682</sup>.

**306.** De omstandigheid dat een lidstaat steun geeft als compensatie van een objectieve concurrentieachterstand die de eigen ondernemingen hebben in vergelijking met de concurrentie uit de andere landen (bv. omdat in de lidstaat een

hogere discontovoet of hogere lonen gelden) kan niet als rechtvaardiging worden ingeroepen. Het feit dat een lidstaat via unilaterale maatregelen de mededingingsvoorwaarden van een bepaalde economische sector probeert aan te passen aan die welke in andere lidstaten heersen, ontnemt aan die maatregelen niet het karakter van steun<sup>683</sup>.

**307.** Ten slotte werd herhaaldelijk de vaste rechtspraak in herinnering gebracht volgens welke de betrekkelijk geringe omvang van een steun of de betrekkelijk geringe omvang van de onderneming niet a priori uitsluit dat het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig kan worden beïnvloed. Steun van betrekkelijk geringe omvang beïnvloedt de mededinging en het handelsverkeer tussen lidstaten, wanneer intense mededinging heerst in de sector waarin de steunontvangende ondernemingen werkzaam zijn. Het geringe aandeel van de steunontvanger(s) belet evenmin de toepassing van artikel 87 lid 1 EG. M.a.w. er bestaat geen drempel of percentage waaronder het handelsverkeer tussen de lidstaten kan worden geacht niet ongunstig te worden beïnvloed. Wanneer een sector wordt gekenmerkt door een groot aantal kleine ondernemingen, kan steun, zelfs indien deze individueel gezien van geringe omvang is, maar potentieel alle of een zeer groot gedeelte van de ondernemingen in die sector daarvoor in aanmerking komen, gevolgen hebben voor het handelsverkeer tussen de lidstaten<sup>684</sup>. De voorwaarde dat de steunmaatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig moet beïnvloeden, hangt evenmin af van het plaatselijke of regionale karakter van de verrichte diensten of van de omvang van het betrokken werkkterrein<sup>685</sup>.

#### 5. Rechterlijke toetsing: ruim en niet ruim

**308.** Het begrip staatssteun is een juridisch begrip en dient op basis van objectieve elementen te worden uitgelegd. Bijgevolg moet de gemeenschapsrechter in beginsel en gelet op zowel de concrete gegevens van het geschil als het technische of ingewikkelde karakter van de door de Commissie gemaakte beoordelingen volledig toetsen of een maatregel al dan niet binnen het toepassingsgebied van artikel 87 lid 1 EG valt. Van dit beginsel wordt echter afgeweken wanneer de beoordeling complexe economische situaties betreft, in welk geval de rechterlijke toetsing beperkt is<sup>686</sup>.

<sup>678</sup>. Arresten van het Hof van 29 april 2004, zaak C-372/97, *Italiaanse Republiek/Commissie*, Jur. 2004, I-3679 en zaak C-298/00 P, *Republiek Italië/Commissie en Alzetta*, Jur. 2004, I-4087.

<sup>679</sup>. Arresten *Italiaanse Republiek/Commissie*, r.o. 44-45 en 62 en *Italiaanse Republiek/Commissie en Alzetta*, r.o. 49-50.

<sup>680</sup>. Arrest van het Gerecht van 15 juni 2005, zaak T-171/02, *Regiona autonoma della Sardegna/Commissie*, nog niet gepubliceerd in Jur., r.o. 84-85.

<sup>681</sup>. Arrest van 17 september 1980, zaak 730/79, *Philip Morris/Commissie*, Jur. 1980, 2671, r.o. 11, herhaaldelijk bevestigd in de besproken periode.

<sup>682</sup>. Arrest *GEMO*, aangehaald in voetnoot 633, r.o. 42.

<sup>683</sup>. Arresten *Italiaanse Republiek/Commissie*, r.o. 61-62 en *Italiaanse Republiek/Commissie en Alzetta*, r.o. 67.

<sup>684</sup>. Arresten *Italiaanse Republiek/Commissie*, r.o. 54-55, en *Italiaanse Republiek/Commissie en Alzetta*, r.o. 53-54 en 57.

<sup>685</sup>. Zie bv., tijdens de besproken periode, arresten *Wolfgang Heiser*, aangehaald in voetnoot 635, r.o. 33, en *Italiaanse Republiek/Commissie*, aangehaald in vorige voetnoot, r.o. 60.

<sup>686</sup>. Arrest *Valmont Nederland/Commissie*, aangehaald in voetnoot 651, r.o. 37 met verwijzingen naar eerdere rechtspraak. De vraag of de Commissie zich op een deskundigenrapport zonder bewijswaarde heeft gebaseerd om te besluiten dat de verkoopprijs van een grond staatssteun bevatte, houdt geen beoordeling in van een complexe economische situatie en wordt bijgevolg volledig getoetst (r.o. 43 van het arrest).

## B. Artikel 87 leden 2 en 3 EG: de uitzonderingen op het verbod van staatssteun<sup>687</sup>

**309.** *Algemeen.* Als uitzonderingen op het in artikel 87 lid 1 EG neergelegde algemeen verbod van staatssteun dienen de uitzonderingen van leden 2 en 3 strikt te worden uitgelegd<sup>688</sup>, evenals trouwens de beschikkingen van de Commissie die steun op grond van die bepalingen verenigbaar verklaren met de gemeenschappelijke markt.

De Commissie beschikt bij de toepassing van artikel 87 lid 3 EG over een ruime beoordelingsbevoegdheid waarvan het gebruik een afweging van economische en sociale gegevens impliceert die dient te gebeuren in een communautair kader. Bij de toetsing van het gebruik van die vrijheid mag de gemeenschapsrechter zijn oordeel niet in de plaats stellen van de Commissie. Zijn onderzoek moet beperkt blijven tot de naleving van de procedurevoorschriften, de nakoming van de motiveringsplicht, de materiële juistheid van de feiten, het ontbreken van kennelijke onjuiste beoordelingen en van misbruik van bevoegdheid<sup>689</sup>. De Commissie moet weliswaar altijd een oordeel geven over de verenigbaarheid van staatssteun waarover zij toezicht uitoefent, zelfs indien de steun niet bij haar is aangemeld. Zoals uit het woordje “kan” in artikel 87 lid 3 blijkt, is zij echter niet verplicht de steun verenigbaar te verklaren<sup>690</sup>.

**310.** *Richtsnoeren en kaderregelingen.* In de praktijk heeft de Commissie voor vele domeinen haar beleid in een aantal mededelingen en richtsnoeren vastgelegd. Zij mag voor de uitoefening van haar bevoegdheid indicatieve regels stellen op voorwaarde dat zij niet afwijken van de verdragsbepalingen. Wanneer de Commissie dergelijke regels vaststelt, hebben zij voor haar dwingende werking en onderzoekt de

gemeenschapsrechter of de Commissie deze regels heeft nageleefd<sup>691</sup>. Naar het voorbeeld van de mededingingsregels voor overeenkomsten tussen ondernemingen heeft de Commissie bovendien de laatste jaren een aantal “groepsvrijstellingen” aangenomen waarin bepaalde soorten van steunmaatregelen verenigbaar worden verklaard met de gemeenschappelijke markt en vrijgesteld zijn van de voorafgaande aanmeldingsplicht<sup>692</sup>.

Tijdens de besproken periode onderzochten het Hof en het Gerecht herhaaldelijk of de Commissie de door haar uitgevaardigde mededelingen, kaderregelingen en groepsvrijstellingen correct heeft toegepast<sup>693</sup>.

De KMO-kaderregeling voert een gunstig regime in voor staatssteun aan KMO's. Om als KMO te kwalificeren dient een onderneming wel aan een aantal criteria te voldoen, o.m. het zelfstandigheids criterium. Als zelfstandig worden beschouwd de ondernemingen die niet voor 25% of meer van het kapitaal of van de stemrechten in handen zijn van één onderneming of van verscheidene ondernemingen gezamenlijk die niet aan de definitie van KMO of kleine onderneming beantwoorden. Tijdens de besproken periode oordeelde het Hof dat het zelfstandigheids criterium op teleologische wijze dient te worden uitgelegd: een onderneming die voor minder dan 25% in handen is van een grote onderneming en dus formeel aan dit criterium voldoet doch in feite deel uitmaakt van een groot concern, kan niet worden geacht te voldoen aan dit criterium. Zo is een onderneming waarvan de aandelen slechts voor 24% in handen zijn van een wereldconcern, maar waarvan de andere aandelen in het bezit zijn van natuurlijke personen die bestuurder of een belangrijke aandeelhouder van het concern zijn, niet zelfstandig in de zin van de KMO-regeling<sup>694</sup>.

Met betrekking tot de kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu preciseerde het Hof dat enkel inves-

<sup>687</sup>. Tijdens de besproken periode werd eveneens een arrest geveld met betrekking tot staatssteun aan de scheepsbouw: arrest van het Hof van 29 april 2004, zaak C-181/02 P, *Commissie/Kvaerner Warnow Werft GmbH*, Jur. 2004, I-5703, waarin werd geoordeeld dat het Gerecht aan het begrip “capaciteitsplafond” een juiste uitlegging had gegeven.

<sup>688</sup>. Arresten van het Hof van 30 september 2003, zaken C-57/00 P en C-61/00 P, *Freistaat Sachsen en Volkswagen AG en Volkswagen Sachsen GmbH/Commissie*, Jur. 2003, I-9975, r.o. 23, en zaak C-301/96, *Duitsland/Commissie*, Jur. 2003, I-9919, r.o. 66. In deze uitspraken bevestigde het Hof dat een “ernstige verstoring in de economie van een lidstaat” als bedoeld in art. 87 lid 3 sub b EG doelt op de verstoring van de economie van een lidstaat en niet enkel op de economie van een streek of een gebied ervan. Deze uitzondering kan bijgevolg nagenoeg nooit worden ingeroepen ter rechtvaardiging van steun.

<sup>689</sup>. Tijdens de besproken periode, zie bv. arrest *Technische Glaswerke Ilmenau GmbH/Commissie*, aangehaald in voetnoot 658, r.o. 148 en arrest *Hel-leense Republiek/Commissie*, aangehaald in voetnoot 660, r.o. 97.

<sup>690</sup>. Arrest van het Hof van 29 april 2004, zaak C-91/01, *Italië/Commissie*, Jur. 2004, I-4355, r.o. 44.

<sup>691</sup>. Arrest van het Gerecht van 15 juni 2005, zaak T-171/02, *Regione autonoma della Sardegna/Commissie, nog niet gepubliceerd in Jur.*, r.o. 94-97.

<sup>692</sup>. Tijdens de besproken periode verwierp het Hof het beroep tot nietigverklaring van België tegen de verordening (EG) nr. 2204/2002 van de Commissie van 5 december 2002 betreffende de toepassing van de art. 87 en 88 EG-Verdrag op werkgelegenheidssteun. Het Hof meende dat deze groepsvrijstelling geen schending inhield van het bij het Verdrag van Amsterdam nieuw ingevoerde art. 137 lid 3 EG volgens welke de Raad met eenparigheid van stemmen besluiten neemt op het gebied van de “financiële bijdragen ter bevordering van de werkgelegenheid en het scheppen van arbeidsplaatsen.” De verordening heeft immers als hoofddoel de steunmaatregelen te identificeren die verenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt (in uitvoering van art. 87 lid 3). De weerslag op de bevordering van de werkgelegenheid was slechts een ondergeschikt doel (arrest van het Hof van 14 april 2005, zaak C-110/03, *België/Commissie*, Jur. 2005, I-2801, r.o. 79 en 80.)

<sup>693</sup>. Aldus kan melding worden gemaakt van: de kaderregeling inzake overheidssteun voor kleine en middelgrote ondernemingen (*PB*. 1996, C. 213, 4) en de kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu (*PB*. 1994, C. 72, 3), beiden aan de orde in arrest van het Gerecht van 14 januari 2004, zaak T-109/01, *Fleuren Compost BV/Commissie*, Jur. 2004, II-127.

<sup>694</sup>. Arrest *Italië/Commissie*, aangehaald in voetnoot 690, r.o. 50-52. Deze uitspraak heeft betrekking op de KMO-mededeling inzake overheidssteun aan KMO's (*PB*. 1996, C. 213, 4).

teringen die specifiek op de verbetering van het milieu zijn gericht voor steun in aanmerking komen. Bepalend is de doelstelling van de investering waarvoor steun is aangevraagd. Een investering die door economische overwegingen is ingegeven, kan slechts voor steun ten behoeve van het milieu in aanmerking komen indien deze overwegingen op zich de investering onvoldoende rechtvaardigen. De omstandigheid dat de nieuwe installatie waarin geïnvesteerd wordt minder schadelijk is voor het milieu volstaat niet om te besluiten dat de milieubescherming een doelstelling van de investering is. Het kan immers gaan om een louter neven-effect van een gewijzigde technologie om economische redenen<sup>695</sup>.

Tijdens de besproken periode waren de communautaire richtsnoeren voor reddings- en herstructureringssteun meermaals aan de orde. Het valt buiten het kader van dit bestek om in te gaan op deze rechtspraak<sup>696</sup>.

**311. Bedrijfssteun.** Volgens vaste rechtspraak komt bedrijfssteun, d.w.z. steun waardoor een onderneming wordt bevrijd van de kosten die zij in het kader van haar gewone bedrijfsvoering of van haar normale bedrijfswerkzaamheden normaliter zelf zou moeten dragen, in beginsel niet in aanmerking voor toepassing van de uitzonderingsgrond van artikel 87 lid 3 EG<sup>697</sup>.

**312. Bijzondere regels voor vervoersector en andere sectoren.** Het verbod van staatssteun van artikel 87 lid 1 EG kan voor de vervoersector niet enkel ingevolge de algemene bepalingen van artikel 87 leden 2 en 3 EG maar ook op basis van de specifieke bepaling van artikel 73 EG buiten werking worden gesteld. Artikel 73 EG bepaalt dat verenigbaar zijn met het verdrag steunmaatregelen die beantwoorden aan de behoeften van de coördinatie van het vervoer of die overeenkomen met de vergoeding van bepaalde met het begrip “openbare dienst” verbonden, verplichte dienstverrichtingen. In de sector van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren heeft de Raad de verordening nr. 1191/69 en de verordening nr. 1107/70 uitgevaardigd<sup>698</sup>. In de arresten *Altmark* en *Danske Busvognmaend/Commissie* oordeelde de gemeenschapsrechter dat lidstaten zich sinds de uitvaardiging van deze verordeningen niet langer recht-

streeks op het voordeel van artikel 73 EG mogen beroepen<sup>699</sup>. Deze verordeningen bevatten op exhaustieve wijze de voorwaarden op basis waarvan lidstaten steun ingevolge artikel 73 EG kunnen verlenen. In de laatstgenoemde zaak had de Commissie steun van de Deense overheid aan het openbaar busbedrijf ter dekking van toekomstige verliezen in overeenstemming geacht met verordening nr. 1191/69. Het Gerecht oordeelde evenwel dat deze verordening een bijzonder gunstige goedkeuringsregeling bevat voor overheidssteun van taken van openbaar vervoer. Als uitzondering op het verbod van staatssteun moet zij daarom beperkt worden tot “steunmaatregelen die rechtstreeks en uitsluitend noodzakelijk zijn voor de verrichting van de openbare dienst als zodanig, met uitsluiting van subsidies ter dekking van de tekorten die het busvervoerbedrijf heeft geleden door andere omstandigheden dan zijn eigen vervoerstaak, zoals de consequenties van een algemeen financieel beheer dat niet inherent is aan de vervoersector”<sup>700</sup>.

**313.** Ten slotte kan nog vermeld worden dat het EG-Verdrag een gunstig regime bevat voor staatssteun aan producenten van militaire goederen<sup>701</sup>. Anderzijds bevatten gemeenschappelijke marktordeningen vaak bijzondere regels voor steun aan producenten van die landbouwproducten. Wanneer een gemeenschappelijke ordening op limitatieve wijze de toegelaten steunmaatregelen opsomt, kan een lidstaat zich niet beroepen op de rechtvaardigingsgronden van artikel 87 EG om andere steunmaatregelen in te voeren<sup>702</sup>.

## C. Goedkeuring door de Raad van steunmaatregelen op grond van buitengewone omstandigheden

**314.** Artikel 88 lid 2 derde alinea EG bepaalt dat “[o]p verzoek van een lidstaat de Raad met eenparigheid van stemmen [kan] beslissen dat een door die staat genomen of te nemen steunmaatregel in afwijking van de bepalingen van artikel 87 of van de in artikel 89 bedoelde verordeningen als verenigbaar moet worden beschouwd met de gemeenschappelijke markt indien buitengewone omstandigheden een dergelijke beslissing rechtvaardigen.”

<sup>695</sup>. Arrest van het Gerecht van 18 november 2004, zaak T-176/01, *Ferriere Nord SpA/Commissie*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, r.o. 147-152.

<sup>696</sup>. Zie arresten van het Hof van 14 september 2004, *Spanje/Commissie*, zaken C-278/92, C-279/92 en C-280/92, *Jur.* 1-4103, r.o. 67, en van het Gerecht van 16 maart 2004, zaak T-157/01, *Danske Busvognmaend/Commissie*, *Jur.* 2004, II-917, van 15 juni 2005, zaak T-171/02, *Regiona autonoma della Sardegna/Commissie*, zaak T-171/02, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, en van 15 juni 2005, zaak T-349/03, *Corsica Ferries France SAS/Commissie*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*

<sup>697</sup>. Arrest van het Gerecht van 27 november 2003, zaak T-190/00, *Regione Siciliana/Commissie*, *Jur.* 2003, II-5015, r.o. 130, met referenties naar eerdere rechtspraak.

<sup>698</sup>. Verordening nr. 1191/69 van 26 juni 1969 betreffende het optreden van de lidstaten ten aanzien van het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren (*PB.* 1969, L. 156, 1) en verordening nr. 1107/70 van 4 juni 1970 betreffende de steunmaatregelen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren (*PB.* 1970, L. 130, 1).

<sup>699</sup>. Arresten *Altmark*, aangehaald in voetnoot 633, r.o. 107 en 108, en *Danske Busvognmaend/Commissie*, aangehaald in voetnoot 663, r.o. 100.

<sup>700</sup>. Arrest *Danske Busvognmaend/Commissie*, aangehaald in voetnoot 663, r.o. 86.

<sup>701</sup>. Over de art. 296 en 298 EG-Verdrag, zie arrest van het Gerecht van 30 september 2003, zaak T-26/01, *Fiocchi munizioni SpA/Commissie*, *Jur.* 2003, II-3951.

<sup>702</sup>. Arrest van het Hof van 14 oktober 2004, zaak C-173/02, *Spanje/Commissie*, *Jur.* 2004, I-9735.

De Commissie had steun tussen 1994 en 1998 aan de Portugese varkenssector onverenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt en de terugvordering bevolen. Nadien verzocht Portugal de Raad om buitengewone steun te mogen uitkeren aan de varkenshouders. Deze steun kwam overeen met de bedragen die de varkenshouders ingevolge de beschikking van de Commissie dienden terug te betalen. De Raad had deze buitengewone steun verenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt. Een voltallig Hof veroordeelde deze “kunstgreep”, want de nuttige werking van de beschikking van de Commissie werd volledig teniet gedaan<sup>703</sup>. Indien de betrokken lidstaat geen verzoek uit hoofde van artikel 88 lid 2 derde alinea tot de Raad heeft gericht *voordat* de Commissie de betrokken steunmaatregel onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaart en daarmee de formele onderzoeksprocedure *afsluit*, is de Raad niet langer bevoegd om zich uit te spreken over de verenigbaarheid van de steunmaatregel<sup>704</sup>. Evenmin kan de Raad op grond van die bepaling een steunmaatregel verenigbaar verklaren waarmee aan de begunstigden van steun die voordien bij beschikking van de Commissie onverenigbaar is verklaard, een bedrag wordt toegekend ter compensatie van de terugbetalingen waartoe zij ter uitvoering van de beschikking gehouden zijn<sup>705</sup>.

#### D. Procedure: aanmelding van nieuwe steun, eerste onderzoek, formele onderzoeksprocedure en beroepen

**315. Aanmelding.** Ingevolge artikel 88 lid 3 EG dient nieuwe steun vooraf te worden aangemeld bij de Commissie. In het arrest *Regione autonoma della Sardegna/Commissie* bevestigde het Gerecht dat een *aanmelding* “volledig” is wanneer de aanmelding in haar oorspronkelijke vorm, of na de beantwoording door de lidstaat van de verzoeken om inlichtingen van de Commissie, de noodzakelijke informatie bevat om de Commissie in staat te stellen zich een eerste oordeel te vormen over de verenigbaarheid van de steun. De Commissie kan bijgevolg niet verhinderen dat de dwingende termijn van twee maanden van de vooronderzoeksfase begint te lopen wanneer zij om informatie verzoekt die niet noodzakelijk is. In casu besloot het Gerecht echter dat de gevraagde informatie wel noodzakelijk was en werd de ter-

mijn toch gestuit<sup>706</sup>.

**316.** Een onderscheid dient te worden gemaakt tussen, enerzijds, het bij artikel 88 lid 3 EG ingestelde en bij artikel 4 van de procedureverordening nr. 659/99 geregelde eerste onderzoek en, anderzijds, de formele onderzoeksprocedure van artikel 88 lid 2 EG.

**317. Eerste onderzoek.** Het eerste onderzoek dient er slechts toe de Commissie in staat te stellen zich een eerste oordeel te vormen over het bij haar aangemelde steunvoornemen teneinde te concluderen dat zij (i) ofwel geen steunmaatregelen zijn, (ii) ofwel verenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt, (iii) ofwel dat er twijfel bestaat omtrent de verenigbaarheid zodat een grondig onderzoek moet worden ingesteld. Deze fase dient in beginsel als urgent te worden beschouwd. Een dwingende termijn van 2 maanden geldt vanaf de ontvangst van een volledige aanmelding<sup>707</sup>. In deze fase is de Commissie verplicht met de lidstaat de maatregelen te bespreken. De lidstaat moet de gelegenheid hebben aan de Commissie uit te leggen dat de maatregelen geen steun of minstens bestaande steun vormen. Wanneer de Commissie deze verplichting niet nakomt, wordt de eventuele beslissing tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure vernietigd<sup>708</sup>. In het arrest *Italië/Commissie* preciseerde het Hof de werkwijze die de Commissie moet volgen wanneer een lidstaat aanvoert dat de niet-aangemelde maatregelen geen steun of slechts bestaande steun vormt. De Commissie dient deze kwestie te onderzoeken op basis van de door de staat meegedeelde informatie. Kunnen deze gegevens de twijfel uit de weg ruimen in de zin dat de maatregelen geen steun bevatten, dan mag de Commissie de formele onderzoeksprocedure niet inleiden. Indien de gegevens daarentegen niet de twijfel over het bestaan van steun kunnen wegnemen en eveneens twijfel bestaat over de verenigbaarheid van de steun, dan moet de Commissie de formele procedure inleiden<sup>709</sup>. In het laatste geval moet de Commissie nagaan of deze procedure zich situeert in het kader van het voortdurende onderzoek van bestaande steun (art. 88 lid 1 *juncto* lid 2 EG) dan wel van de controle van nieuwe steun (art. 88 lid 3 *juncto* lid 2 EG). Naargelang uit de verstrekte gegevens blijkt dat bestaande of nieuwe steun aan de orde is, dient zij te kiezen voor het eerste dan wel het tweede procedurele kader.

**318.** De omvang van de rechten van de klagers tijdens het

<sup>703</sup>. Arrest van 29 juni 2004, zaak C-110/02, *Commissie/Raad van de Europese Unie en Portugal*, *Jur.* 2004, I-6333, r.o. 43-46.

<sup>704</sup>. In het arrest van 29 februari 1996 (*Commissie/Raad*, zaak C-122/94, *Jur.* 1996, I-881) had het Hof geoordeeld dat de Raad wel bevoegd was om steun verenigbaar te verklaren. De Commissie had in die zaak evenwel enkel op basis van art. 88 lid 3 EG geoordeeld dat de voorgenomen maatregel niet verenigbaar met de gemeenschappelijke markt was en besloten tot *inleiding* van de formele onderzoeksprocedure. Zie de bespreking in de *Kroniek 1996-1997*, T.B.H. 1998, randnr. 127.

<sup>705</sup>. Arrest *Commissie/Raad van de Europese Unie en Portugal*, r.o. 33 en 47.

<sup>706</sup>. Arrest *Regione autonoma della Sardegna/Commissie*, aangehaald in voetnoot 696, r.o. 40-41 en 47.

<sup>707</sup>. Arrest *Regione autonoma della Sardegna/Commissie*, aangehaald in voetnoot 696, r.o. 31.

<sup>708</sup>. Arrest van het Hof van 10 mei 2005, zaak C-400/99, *Italië/Commissie*, *Jur.* 2005, I-3657, r.o. 29-35.

<sup>709</sup>. Anders dan Italië in die zaak aanvoerde, mag de Commissie dus de formele procedure openen niettegenstaande dat zij nog in de onzekerheid verkeert omtrent het al dan niet bestaan van steun (arrest *Italië/Commissie*, r.o. 47).

eerste onderzoek werden in de *Sytraval*-rechtspraak verduidelijkt<sup>710</sup>. De Commissie dient klachten zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken. Indien zij meent dat geen staatssteun aanwezig is, moet zij uitleggen waarom de aangevoerde gegevens rechtens en feitelijk ontoereikend waren als bewijs van staatssteun. Wanneer het juridisch zo voor de hand ligt dat een maatregel geen steunelement bevat, geldt evenwel geen specifieke motiveringsplicht en volstaat een summierere behandeling<sup>711</sup>.

**319. Formele onderzoeksprocedure.** Wanneer de Commissie na het eerste onderzoek tot de bevinding komt dat de aangemelde steunmaatregel twijfel doet rijzen over de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt, geeft zij een beschikking waarmee de formele onderzoeksprocedure wordt ingeleid (art. 4 lid 4 van de procedureverordening nr. 659/99). De Commissie mag zich dus slechts tot het eerste onderzoek beperken om een beschikking te geven waarbij zij geen bezwaar maakt tegen een steunmaatregel indien zij op grond van dat onderzoek tot de overtuiging kan komen dat de voorgenomen steunmaatregel verenigbaar is met het verdrag. Leidt het eerste onderzoek de Commissie tot een tegengestelde conclusie of heeft zij niet alle problemen weten op te lossen, dan is zij verplicht alle nodige adviezen in te winnen en hiertoe de formele onderzoeksprocedure te openen<sup>712</sup>. Volgens de vaste rechtspraak is de Commissie aldus verplicht de formele onderzoeksprocedure te openen wanneer de beoordeling van de verenigbaarheid van de steun “ernstige moeilijkheden” doet rijzen. Wanneer de Commissie de formele procedure niet inleidt, zal de gemeenschapsrechter desgevraagd nagaan of de Commissie terecht heeft geoordeeld dat geen “ernstige moeilijkheden” rezen<sup>713</sup>.

In het arrest *SIC/Commissie I* vernietigde het Gerecht op verzoek van een klager de beschikking van de Commissie omdat die ondanks ernstige moeilijkheden omtrent het bestaan van steun door de Portugese overheid aan de openbare televisieomroep toch geen formele procedure had ingeleid<sup>714</sup>. Na dit arrest opende de Commissie nog niet de formele procedure, maar zond een verzoek om inlichtingen om uit te maken of de steun bestaande of nieuwe steun was. Vervolgens zond de Commissie een tweede verzoek om inlich-

tingen krachtens artikel 17 lid 2 van de procedureverordening nr. 659/1999. Hieruit bleek dat ze meende dat de steun bestaande steun was. De klager stelde een verzoek tot nalaten in. In het arrest *SIC/Commissie II* oordeelde het Gerecht evenwel dat zijn eerdere uitspraak dit punt niet had beslecht. Bijgevolg kon de Commissie eerst de vraag onderzoeken en beantwoorden of de steun nieuwe of bestaande steun uitmaakte alvorens de formele onderzoeksprocedure in te leiden<sup>715</sup>.

Tijdens de besproken periode werd de rechtspraak bevestigd volgens welke de procedure van toezicht op staatssteun een procedure is die wordt ingeleid jegens de lidstaat en niet jegens de begunstigde van de steun<sup>716</sup>. Krachtens artikel 88 lid 2 EG is de Commissie verplicht de “belanghebbenden” in de mogelijkheid te stellen hun opmerkingen te maken. De Commissie komt aan haar verplichting tegemoet door de mededeling in het *Publikatieblad* dat de formele procedure werd ingeleid. De Commissie is niet gehouden de steunontvanger een individuele aanmaning te zenden om opmerkingen te maken<sup>717</sup>. Evenmin kan de Commissie verantwoordelijk worden gehouden voor het verzuim van de betrokken lidstaat om een kopie van de beslissing betreffende de inleiding van de formele procedure aan de steunontvanger mee te delen<sup>718</sup>. Anderzijds volstaat het loutere feit op de hoogte te worden gebracht van de inleiding van een formele procedure niet om nuttige opmerkingen te kunnen maken. De beschikking tot inleiding van die procedure, die wordt gepubliceerd in het *Publikatieblad* moet, ook al is de erin vervatte beoordeling voorlopig, “voldoende nauwkeurig (...) zijn om de belanghebbenden in de gelegenheid te stellen, doeltreffend deel te nemen aan de formele onderzoeksprocedure, waarin zij hun argumenten zullen kunnen doen gelden. Daartoe volstaat het dat de belanghebbenden de redenering van de Commissie kunnen kennen”<sup>719</sup>. Hierdoor hebben de belanghebbenden (steunontvangers en klagers) de zekerheid dat zij zullen worden gehoord. Zij kunnen evenwel geen aanspraak maken op een debat op tegenspraak met de Commissie<sup>720</sup>.

**320. Duur van het onderzoek.** Bij de afwikkeling van het onderzoek dient de Commissie een redelijke termijn in acht te nemen. Het rechtszekerheidsbeginsel verzet zich ertegen

<sup>710</sup>. Arrest van het Hof van 2 april 1998, zaak C-367/95 P, *Commissie/Sytraval en Brink's France, Jur.*, I-1719, besproken in *Kroniek 1997-1999, T.B.H.* 1999, p. 810, randnr. 186.

<sup>711</sup>. Arrest *Danske Busvognmaend/Commissie*, aangehaald in voetnoot 663, r.o. 54 en 58.

<sup>712</sup>. Zie bv. arrest *Thermenhotel Stoiser Franz Gesellschaft GmbH & Co KG e.a./Commissie*, aangehaald in voetnoot 654, r.o. 60-61.

<sup>713</sup>. Zie voor toepassingsgevallen, arrest *Thermenhotel Stoiser Franz Gesellschaft e.a./Commissie*, aangehaald in voetnoot 654, r.o. 89 e.v. (bevestiging van de beschikking aangezien de Commissie terecht de procedure niet had geopend) en arrest van het Gerecht van 1 december 2004, zaak T-27/02, *Kronofrance SA/Commissie, nog niet gepubliceerd in Jur.*, r.o. 49 e.v. (vernietiging van de beschikking aangezien de Commissie de procedure had moeten openen).

<sup>714</sup>. Arrest van het Gerecht van 10 mei 2000, zaak T-46/97, *SIC/Commissie, Jur.* II-2125. Zie *Kroniek 1999-2001, T.B.H.* 2002, p. 590, randnr. 232.

<sup>715</sup>. Arrest van het Gerecht van 19 februari 2004, zaken T-297/01 en T-298/01, *SIC/Commissie, Jur.* 2000, II-743, r.o. 47-51.

<sup>716</sup>. Arresten van het Gerecht van 14 januari 2004, *Fleuren Compost/Commissie*, T-109/01, *Jur.* 2004, II-127, r.o. 42, en van 11 mei 2005, zaken T-111/01 en 133/01, *Saxonia Edelmetalle GmbH en J. Riedemann/Commissie, nog niet gepubliceerd in Jur.*, r.o. 47.

<sup>717</sup>. Arrest *Saxonia Edelmetalle*, r.o. 48.

<sup>718</sup>. Arrest *Fleuren Compost/Commissie*, aangehaald in voetnoot 693, r.o. 47.

<sup>719</sup>. Arrest *Saxonia Edelmetalle*, r.o. 50. Het Gerecht verwijst in dit verband naar art. 6 lid 1 van de procedureverordening nr. 659/99. Zie eveneens arrest *Fleuren Compost/Commissie*, aangehaald in voetnoot 693, r.o. 45-46.

<sup>720</sup>. Zie bv. arrest *Fleuren Compost BV/Commissie*, aangehaald in voetnoot 693, r.o. 40-44.

dat de Commissie eindeloos wacht met de uitoefening van haar bevoegdheden. De gemeenschapsrechter zal het verloop van de administratieve procedure onderzoeken om uit te maken of de Commissie uiterst laattijdig heeft gehandeld. In de zaak *Regione autonoma della Sardegna/Commissie* duurde de fase van het eerste onderzoek 12 maanden, terwijl de formele onderzoeksprocedure 33,5 maanden in beslag nam. Het Gerecht oordeelde evenwel dat de betrokken lidstaat laattijdige en onvolledige antwoorden op de verzoeken om inlichtingen van de Commissie had gegeven. De lange duur van de procedure was daarom aan de lidstaat toe te rekenen<sup>721</sup>. De uitspraak illustreert dat de Commissie verplicht is om niet alleen in kartelzaken, maar tevens in staatssteunzaken binnen een redelijke termijn een eindbeslissing te nemen.

**321. Beroepsmogelijkheden.** De fase van het eerste onderzoek en de formele onderzoeksprocedure worden afgesloten met een beschikking van de Commissie die onder bepaalde voorwaarden vatbaar is voor een beroep bij het Gerecht *c.q.* het Hof.

De *steunontvanger* (alsook de lidstaat) kan enkel een beschikking aanvechten van de Commissie waarbij steun verenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt, indien een procesbelang wordt aangetoond. Een lidstaat ging in beroep tegen een beschikking tot beëindiging van het eerste onderzoek waarbij de storting van een bijdrage voor de verwerking van baggerspecie als steun vanwege de havenautoriteiten werd gekwalificeerd en verenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt. Het Hof besloot tot de niet-ontvankelijkheid aangezien de rechtssituatie van de lidstaat niet aanmerkelijk werd gewijzigd<sup>722</sup>. In een andere zaak voerde de steunontvanger aan dat een beschikking ter afsluiting van de formele onderzoeksprocedure waarbij een maatregel als steun werd aangemerkt en verenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt, bezwaarrend voor hem was. Een concurrent (in casu de klager) kon zich immers voor de nationale rechter op de rechtstreekse werking van artikel 88 lid 3 laatste zin EG beroepen om de niet-aangemelde (m.a.w. onrechtmatig uitgekeerde) steun terug te laten vorderen, ook al had de Commissie de steun goedgekeurd. Het Gerecht achtte het beroep niet-ontvankelijk. De steunmaatregel was onvoorwaardelijk en zonder beperking in de tijd aan de verzoekster toegestaan. Bovendien was het bewijs niet geleverd dat bij de nationale rechter procedures op grond van artikel 88 lid 3 laatste zin EG daadwerkelijk aanhangig waren gemaakt. Zelfs indien procedures voor de nationale rechter in de toekomst zouden worden

ingesteld, genoot verzoekster van een effectieve rechterlijke bescherming. Enerzijds kon zij met alle verweermiddelen van nationaal recht zich tegen terugbetaling van de steun verzetten. Anderzijds mag de nationale rechter in afwezigheid van een ontvankelijk beroep bij het Gerecht een prejudiciële vraag voorleggen aan het Hof aangaande de geldigheid van de beschikking van de Commissie<sup>723</sup>.

In het arrest *Alzetta*, gewezen op hogere voorziening, heeft het Hof bevestigd dat een onderneming in beginsel niet kan opkomen tegen een beschikking van de Commissie tot beëindiging van de formele onderzoeksprocedure waarbij een sectorieële steunregeling onverenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt, wanneer deze beschikking haar enkel betreft vanwege het feit dat zij tot de bedoelde sector behoort en wegens haar hoedanigheid van potentieel begunstigde van die regeling. Wanneer de onderneming evenwel de daadwerkelijke begunstigde is van een uit hoofde van de sectorieële regeling toegekende individuele steun waarvan de Commissie de terugvordering heeft gelast, is zij wel individueel geraakt en kan de beschikking aanvechten<sup>724</sup>. In het betrokken geval had de Commissie in de beschikking het aantal aanvragen voor steunverlening en de hoogte van de voor steunverlening voorziene kredieten vermeld. Volgens het Hof moest de Commissie daarom op de hoogte zijn van het bestaan van de daadwerkelijke begunstigten. Het beroep werd bijgevolg ontvankelijk verklaard<sup>725</sup>.

In het verleden is beslist dat een beschikking tot inleiding van de formele procedure voor de gemeenschapsrechter kan worden aangevochten wanneer zij definitieve rechtsgevolgen heeft die niet achteraf door de eindbeschikking kunnen worden rechtgezet. Dit is het geval wanneer de Commissie de formele procedure inleidt ten aanzien van een maatregel die zij voorlopig als nieuwe steun aanmerkt. Ingevolge artikel 88 lid 3 EG wordt de uitvoering van de maatregel opgeschort. In het arrest *Regione Siciliana/Commissie* besliste het Gerecht dat het verzuim om een beroep in te stellen tegen de beschikking tot inleiding van de formele procedure, niet verhindert dat de belanghebbende partij een beroep kan instellen tegen een eindbeslissing van de Commissie waarbij de steun onverenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt<sup>726</sup>.

Met de steunontvanger *concurrerende ondernemingen* zijn belanghebbenden in de zin van artikel 88 lid 2 EG. Zij kunnen een beroep instellen tegen een beschikking van de Commissie tot beëindiging van de vooronderzoeksfase waarbij geen bezwaar tegen de steun wordt gemaakt<sup>727</sup>. Een bedrijfstakorganisatie waarvan een aantal leden-ondernemingen in

<sup>721</sup>. Arrest van het Gerecht van 15 juni 2005, zaak T-171/02, *Regione autonoma della Sardegna/Commissie, nog niet gepubliceerd* in *Jur.*, r.o. 53-61.

<sup>722</sup>. Beschikk. van het Hof van 28 januari 2004, zaak C-164/02, *Nederland/Commissie, Jur.* 2004, I-1177, r.o. 20.

<sup>723</sup>. Arrest van het Gerecht van 14 april 2005, zaak T-143/03, *Sniace SA/Commissie, nog niet gepubliceerd* in *Jur.*, r.o. 27-30 en 39-40.

<sup>724</sup>. Arrest van het Hof van 29 april 2004, *Republiek Italië/Commissie en Alzetta*, zaak C-298/00 P, *Jur.* 2004, I-4087, r.o. 37-38.

<sup>725</sup>. Arrest *Republiek Italië/Commissie en Alzetta*, r.o. 39.

<sup>726</sup>. Arrest *Regione Siciliana/Commissie*, aangehaald in voetnoot 697, r.o. 49.

<sup>727</sup>. Arresten van het Gerecht van 13 januari 2004, zaak T-158/99, *Thermenhotel Stoiser Franz Gesellschaft e.a./Commissie, Jur.* 2004, II-1, r.o. 68-73, en van 1 december 2004, zaak T-27/02, *Kronofrance SA/Commissie, nog niet gepubliceerd* in *Jur.* 2004, r.o. 37-44.

een concurrentieverhouding met de steunontvanger stond, kan eveneens een beroep instellen tegen een dergelijke beschikking. De organisatie had een klacht ingediend en het verloop van de administratieve procedure voor de Commissie beïnvloed<sup>728</sup>. Voorts kan volgens de vaste rechtspraak een concurrent beroep instellen tegen een beschikking van de Commissie tot beëindiging van de formele procedure waarbij de steun verenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt, voorzover hij in het kader van de formele procedure een actieve rol heeft gespeeld en de steun zijn marktpositie wezenlijk heeft beïnvloed<sup>729</sup>. Tijdens de besproken periode oordeelde het Hof in minste één zaak dat dit het geval was<sup>730</sup>, terwijl in andere zaken het Gerecht oordeelde dat de rol van de concurrent in de precontentieuze procedure te gering was en een wezenlijke aantasting van de marktpositie niet bewezen was<sup>731</sup>.

## E. Misbruik van staatssteun

**322.** Indien de Commissie vaststelt dat van een steunmaatregel misbruik wordt gemaakt, bepaalt zij dat de betrokken staat die steunmaatregel moet opheffen of wijzigen (art. 88 lid 1 EG). Artikel 1 *sub g*) van verordening 659/1999 bepaalt dat sprake is van “misbruik van steun” wanneer de steun door de begunstigde wordt gebruikt in strijd met een beschikking om geen bezwaar te maken (afsluiting van de vooronderzoeksfase) of met een beschikking luidens welke de steun verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt (afsluiting van de formele onderzoeksfase).

In de zaak *Saxonia Edelmetalle* en *J. Riedemann/Commissie* had de Duitse overheid steun toegekend aan een aantal ondernemingen in het kader van hun privatisering<sup>732</sup>. Bij beschikking had de Commissie goedkeuring verleend aan de steun met het oog op hun herstructurering. De steun mocht via de holding die de ondernemingen controleerde, aan hen worden uitgekeerd. Nadien werd evenwel een deel van de steun teruggevonden in de rekeningen van de holding. Bij een nieuwe beschikking stelde de Commissie misbruik van staatssteun vast en verzocht zij Duitsland het misbruikte deel

van de steun terug te vorderen van zowel de houdstermaatschappij als de dochterondernemingen. Het Gerecht oordeelde dat de Commissie terecht had beslist dat een gedeelte van de herstructureringssteun was misbruikt<sup>733</sup>. Niettemin vernietigde het Gerecht de beschikking van de Commissie in de mate dat de dochterondernemingen als aanvankelijke begunstigten verplicht werden om de herstructureringssteun terug te betalen. De beschikking druiste in tegen “de regel dat de onderneming waaraan misbruikte steun feitelijk ten goede is gekomen, het door haar genoten voordeel moet terugbetalen.” Bijgevolg mocht de Commissie de misbruikte steun slechts van de holding terugvorderen<sup>734</sup>.

## F. Terugvordering door de lidstaat van onrechtmatig verleende steun

**323. Algemeen.** Indien een negatieve beschikking wordt gegeven over onrechtmatig verleende steun, beschikt de Commissie dat de betrokken lidstaat alle nodige maatregelen neemt om de steun van de begunstigde terug te vorderen (art. 14 lid 1 van procedureverordening nr. 659/1999)<sup>735</sup>. Het hoofddoel van de terugbetaling van de staatssteun is het herstel in de vroegere toestand. Terugbetaling leidt tot de opheffing van de verstoring van de mededinging die voorkomt uit het concurrentievoordeel ten gevolge van de onwettige steun. Dit doel is bereikt zodra de steun, eventueel vermeerderd met vertragsrente, door de begunstigde is terugbetaald. De begunstigde is de onderneming die de steun feitelijk heeft genoten<sup>736</sup>. De vraag wie feitelijk van de steun heeft genoten rijst o.m. bij verkoop van de onderneming die steun heeft ontvangen en bij voortzetting van de gesubsidieerde activiteiten na faillissement door een andere onderneming.

**324. Verkoop van onderneming.** In het arrest *Duitsland/Commissie* oordeelde het Hof dat wanneer een onderneming steun heeft ontvangen en nadien middels een aandelenkoop (“share deal”) wordt verkocht, de koper niet kan gevraagd worden de steun terug te betalen. De onderneming waaraan de onwettige steun is verleend, behoudt haar rechtspersoonlijkheid en blijft de gesubsidieerde activiteiten voor eigen

<sup>728</sup>. Arrest *Danske Busvognmaend/Commissie*, aangehaald in voetnoot 663, r.o. 39-40. Na de indiening van de klacht had de betrokken lidstaat de maatregel aangemeld.

<sup>729</sup>. Arrest van het Hof van 28 januari 1986, zaak 169/84, *COFAZ e.a./Commissie*, *Jur.* 1986, 391, r.o. 25.

<sup>730</sup>. Zie bv. arrest *Lenzig/Commissie*, aangehaald in voetnoot 657, r.o. 74 e.v.

<sup>731</sup>. Zie bv. arrest van het Gerecht van 14 april 2005, zaak T-88/01, *Sniace SA/Commissie, nog niet gepubliceerd in Jur.*, r.o. 56-60 en 78-79, en beschikking van het Gerecht van 27 mei 2004, zaak T-358/02, *Deutsche Post AG/Commissie, Jur.* 2004, II-1565, r.o. 34 e.v.

<sup>732</sup>. Arrest van het Gerecht van 11 mei 2005, zaken T-111/01 en 133/01, *Saxonia Edelmetalle GmbH en J. Riedemann/Commissie, nog niet gepubliceerd in Jur.*, r.o. 82 e.v.

<sup>733</sup>. Het Gerecht merkt op dat volgens art. 1 *sub g*) van verordening nr. 659/99 steun slechts kan worden geacht te zijn misbruikt indien deze praktijk aan de begunstigde kan worden toegeschreven (r.o. 96 van het arrest). In casu stelde het Gerecht vast dat de Commissie de groep in zijn geheel als begunstigde van de steun had aangemerkt. Vervolgens oordeelde het evenwel dat in werkelijkheid slechts de dochterondernemingen de aanvankelijke begunstigten waren. Enigszins cryptisch meende het Gerecht dat de Commissie terecht had geoordeeld de steun was misbruikt (want gebleven bij de houdstermaatschappij).

<sup>734</sup>. Arresten *Saxonia Edelmetalle GmbH en J. Riedemann/Commissie*, r.o. 125.

<sup>735</sup>. De Commissie is niet verplicht het precieze bedrag van de terug te betalen steun vast te stellen. Voldoende is dat de beschikking de gegevens bevat waarmee de lidstaat zonder buitensporige moeilijkheden dit bedrag zelf kan berekenen (arrest van het Hof van 12 mei 2005, zaak C-415/03, *Commissie/Griekenland, Jur.* 2005, I-3875, r.o. 39-40).

<sup>736</sup>. Arrest van het Hof van 21 maart 1991, zaak C-303/88, *Italië/Commissie, Jur.* 1991, I-1433, r.o. 57.



rekening uitoefenen. Aangezien deze onderneming het aan de steun verbonden concurrentievoordeel behoudt, dient zij – niet de koper – de steun terug te betalen<sup>737</sup>.

**325. Afsplitsing na faillissement.** Anderzijds is er de situatie waarin een onderneming die steun heeft ontvangen failliet wordt verklaard en nadien een afgesplitste onderneming wordt opgericht om een deel van de activiteiten van de gefailleerde voort te zetten. Volgens het Hof volstaat dan de inschrijving van de schuldvordering tot terugbetaling van de betrokken steun op de lijst van de schuldvorderingen. De verstoring van de mededinging wordt daardoor ongedaan gemaakt<sup>738</sup>. De afgesplitste vennootschap kan eventueel ook gehouden zijn de betrokken steun terug te betalen wanneer is bewezen dat zij het aan de steun verbonden concurrentievoordeel feitelijk blijft genieten. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de afgesplitste vennootschap activa van de vennootschap in liquidatie aankoopt zonder een prijs tegen de marktvoorwaarden te betalen of wanneer is bewezen dat door de oprichting van de vennootschap de verplichting tot terugbetaling van de steun wordt omzeild<sup>739</sup>. Is dat niet het geval, kan de Commissie de steun niet terugvorderen van de afgesplitste vennootschap. In casu vernietigde het Hof de beschikking omdat de Commissie niet had aangetoond dat de betrokken transactie de verplichting tot terugbetaling had omzeild.

**326. Verweer tegen terugvordering.** De Commissie verlangt geen terugvordering van de onrechtmatige verleende steun wanneer dit in strijd is met een algemeen beginsel van het gemeenschapsrecht (art. 14 lid 1 laatste volzin van verordening 659/1999). Tijdens de besproken periode oordeelde het Hof dat de terugvordering van steun meer dan 7 jaar na toekenning geen schending van het evenredigheidsbeginsel inhoudt<sup>740</sup>. De omstandigheid dat de terugvordering voor de begunstigden een zeer zware last vormt die ertoe leidt dat een groot aantal van hen van de markt verdwijnt met ernstige gevolgen voor de werkgelegenheid, houdt evenmin een schending van het evenredigheidsbeginsel in<sup>741</sup>. In tegenstel-

ling tot de steunverlenende lidstaat<sup>742</sup>, kan de steunontvangers zich onder bepaalde voorwaarden beroepen op het beginsel van het gewettigd vertrouwen. Hier luidt de algemene regel dat een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun slechts kan bestaan wanneer de steun met inachtneming van de procedure van artikel 88 is toegekend. Een steunontvanger vermag zich dan tegen terugbetaling verzetten wanneer hij zich kan beroepen op “uitzonderlijke omstandigheden” die zijn vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun konden wettigen<sup>743</sup>. In de arresten *Italië/Commissie* en *Italië/Commissie en Alzetta* aanvaardde het Hof dat de vertraging waarmee de Commissie heeft beslist dat steun onwettig is, onder bepaalde omstandigheden bij de steunontvanger een gewettigd vertrouwen kan doen wekken. De Commissie mag de steun dan niet terugvorderen. Ingevolge de eis van rechtszekerheid mag de Commissie niet eindeloos wachten met de uitoefening van haar bevoegdheden. In geval van niet-aangemelde steun kan een vertraging evenwel slechts aan de Commissie worden verweten vanaf het moment waarop zij kennis heeft gekregen van het bestaan van de steun<sup>744</sup>. In de zaak *Fleuren Compost BV* had de Nederlandse overheid in een toelichting voor de *Staatscourant* verklaard dat steunaanvragen van vóór een bepaalde datum waren gedekt door de goedkeuring die de Commissie aan de steunregeling had gegeven. Het Gerecht oordeelde dat “eventuele verwachtingen die de Nederlandse autoriteiten ten onrechte zouden hebben gewekt zonder de Commissie daarvan op de hoogte te hebben gesteld, in geen geval de rechtmatigheid van de bestreden beschikking kunnen aantasten”<sup>745</sup>. M.a.w., onjuiste informatie vanwege de overheid kon in de concrete omstandigheden van deze zaak bij de steunontvanger geen gewettigd vertrouwen jegens de Commissie doen ontstaan. Overigens oordeelde het Gerecht dat de Commissie niet “uiterst laat” had gehandeld. Ook om die reden kon de steunontvanger zich niet beroepen op een gewettigd vertrouwen<sup>746</sup>.

Indien een lidstaat een beschikking tot terugvordering van steun niet binnen de gestelde termijn nakomt, kan de Com-

<sup>737</sup>. Arrest van het Hof van 29 april 2004, zaak C-277/00, *Duitsland/Commissie*, *Jur.* 2004, I-3925, r.o. 78-81 (met verwijzing naar het in een eerdere kroniek besproken arrest van het Hof van 20 september 2001, zaak C-390/98, *Banks*, *Jur.* 2001, I-6117, r.o. 77).

<sup>738</sup>. Arrest *Duitsland/Commissie*, r.o. 85.

<sup>739</sup>. Arrest *Duitsland/Commissie*, r.o. 86.

<sup>740</sup>. Arrest van het Hof van 29 april 2004, zaak C-278/00, *Helleense Republiek/Commissie*, *Jur.* 2004, I-3997, r.o. 102-103.

<sup>741</sup>. Arresten *Italiaanse Republiek/Commissie*, aangehaald in voetnoot 678, r.o. 105, en *Italiaanse Republiek/Commissie en Alzetta*, aangehaald in voetnoot 678, r.o. 77-78.

<sup>742</sup>. Arrest van het Hof van 1 april 2004, zaak C-99/02, *Commissie/Italiaanse Republiek*, *Jur.* 2004, I-3353, r.o. 20-21.

<sup>743</sup>. Zie het principearrest van het Hof van 20 september 1990, zaak C-5/89, *Commissie/Duitsland*, *Jur.* 1990, I-3457, r.o. 14-17. Bevestigd tijdens de besproken periode door o.a. arrest van het Hof van 11 november 2004, zaken C-183/02 P en C-187/02 P, *Daewoo Electronics Manufacturing Espana/Commissie*, *Jur.* 2004, I-10609, r.o. 44-51.

<sup>744</sup>. Arresten *Italiaanse Republiek/Commissie*, aangehaald in voetnoot 678, r.o. 117-119, en *Italiaanse Republiek/Commissie en Alzetta*, aangehaald in voetnoot 678, r.o. 90-92. In casu oordeelde het Hof evenwel op grond van de concrete omstandigheden dat de steunontvanger zich niet op een gewettigd vertrouwen kon beroepen.

<sup>745</sup>. Het Gerecht vervolgt: “[z]ou men dit toelaten, dan zouden de artikelen 87 en 88 EG elk nuttig effect verliezen, aangezien de nationale autoriteiten zich dan op hun eigen onrechtmatig gedrag of nalatigheid zouden kunnen beroepen om aan de beschikkingen die de Commissie op grond van verdragsbepalingen heeft gegeven elke werking te ontnemen” (arrest van het Gerecht van 14 januari 2004, zaak T-109/01, *Fleuren Compost/Commissie*, *Jur.* 2004, II-127 r.o. 143-144).

<sup>746</sup>. Arrest *Fleuren Compost/Commissie*, aangehaald in vorige voetnoot, r.o. 145-147. Verzoekster had o.m. betoogd dat een periode van bijna 6 jaar was gelegen tussen de indiening van de subsidieaanvraag en de beslissing van de Commissie om de formele onderzoeksprocedure in te leiden. Het Gerecht oordeelde evenwel dat de Commissie diligent was opgetreden.

missie overeenkomstig artikel 88 lid 2 tweede alinea EG de lidstaat wegens niet-nakoming voor het Hof dagen. Het enige verweer van de lidstaat bestaat in het aantonen van de “volstrekte onmogelijkheid” om de beschikking correct uit te voeren<sup>747</sup>. In de zaak *Olympic Airways* had de Commissie Griekenland gelast een belangrijke kapitaalinjectie terug te vorderen van de luchtvaartmaatschappij. De Griekse autoriteiten hadden zich beperkt tot de uitgifte van een betalingsorder en de betekening ervan. Ondertussen hadden zij gezorgd voor de schuldvrĳe overgang van het personeel en alle activa van Olympic Airways naar de nieuwe vennootschap Olympic Airways. Het Hof oordeelde dat deze operatie de daadwerkelijke uitvoering van de beschikking van de Commissie en de terugvordering van de steun belemmerde. Het doel van de beschikking, nl. het herstel van de niet-vervalste mededinging in de burgerluchtvaart, was ernstig in gevaar gebracht. Aangezien de Griekse staat verder geen enkel element had aangevoerd tot bewijs van de volstrekte onmogelijkheid om de kapitaalinjectie terug te vorderen, oordeelde het Hof dat Griekenland zijn verplichting tot terugvordering niet was nagekomen<sup>748</sup>.

### G. Handhaving door de nationale rechter van het verbod van tenuitvoerlegging van voorgenomen steunmaatregelen

**327. Algemeen.** Ingevolge artikel 88 lid 3 EG moet de Commissie van elk voornemen van steun tijdig op de hoogte worden gebracht. Dit is de aanmeldingsplicht voor steun. Artikel 88 lid 3 laatste volzin EG verbiedt een lidstaat de voorgenomen steunmaatregel ten uitvoer te leggen vooraleer de Commissie een eindbeslissing heeft genomen. Dit verbod van tenuitvoerlegging van steun (de zgn. “standstill”-bepaling), heeft rechtstreekse werking en schept rechten voor de burgers die de nationale rechter moet handhaven.

In het arrest *Administración del Estado/Xunta de Galicia* preciseert het Hof dienaangaande dat de nationale rechter “het begrip steunmaatregel als bedoeld in artikel 87 lid 1 EG [dient] uit te leggen en toe te passen om uit te maken of een overheidsmaatregel die buiten de voorafgaande controleprocedure van artikel 83 lid 3 om is ingesteld, daaraan al dan niet had moeten onderworpen”<sup>749</sup>. De aanmeldingsprocedure van artikel 88 lid 3 EG geldt immers enkel voor steunmaatregelen in de zin van artikel 87 lid 1 EG<sup>750</sup>. Hieruit volgt dat de nationale rechter verplicht is alle toepassingsvoor-

waarden van artikel 87 lid 1 EG in zijn onderzoek te betrekken. Hij dient o.m. ook na te gaan of de maatregel het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden. Immers, “[i]ngevolge artikel 87 lid 1 EG moet een maatregel, om als staatssteun te worden gekwalificeerd, met name het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden”<sup>751</sup>. De handhaving van de “standstill”-bepaling noopt de rechter dus tot het onderzoek of alle toepassingsvoorwaarden van artikel 87 lid 1 EG zijn vervuld. Slechts indien de maatregel aan alle voorwaarden voldoet, is er sprake van een steunmaatregel en een schending van de aanmeldingsplicht en de “standstill”-bepaling.

In geval van schending van het verbod van tenuitvoerlegging van artikel 87 lid 3 laatste volzin EG dient de nationale rechter volgens de vaste rechtspraak daaraan overeenkomstig zijn recht alle consequenties te verbinden, zowel wat de geldigheid van handelingen tot uitvoering van de steunmaatregelen als wat de terugvordering van in strijd met deze bepaling toegekende financiële steun betreft. De steun zal overeenkomstig de nationale procedureregels moeten worden terugbetaald<sup>752</sup>.

**328. Terugvordering van parafiscale heffingen.** Tijdens de besproken periode is de vraag gerezen of een rechtsonderhorige zich kan beroepen op het verbod van artikel 88 lid 3 laatste volzin EG om de teruggave te vragen van (parafiscale) heffingen die een steunmaatregel in de zin van artikel 87 lid 1 EG financierden.

In het arrest *Van Calster* onderzocht het Hof deze vraag naar aanleiding van heffingen die gestort werden in het Belgische Fonds voor de gezondheid en de productie van dieren<sup>753</sup>. Het bij wet opgerichte fonds komt tussen in de financiering van vergoedingen voor de bestrijding van dierenziekten en de verbetering van de gezondheid en kwaliteit van de dieren. De veehouders dienen krachtens de wet jaarlijks zgn. “verplichte bijdragen” te storten in dit fonds. De Commissie verklaarde bij een beschikking van 1991 deze steunregeling onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt voor zover de bijdragen werden geheven op dieren die uit andere lidstaten werden ingevoerd. De veehouders vorderden voor de Belgische rechtbanken de terugbetaling van de betaalde bijdragen. Het Hof oordeelde dat wanneer de wijze van financiering van de steun middels een heffing “*integrerend onderdeel*” uitmaakt van de steunmaatregel, de gevolgen van de niet-naleving van artikel 88 lid 3 laatste volzin EG zich uitstrekken tot dit aspect van de steunmaatregel<sup>754</sup>. In

<sup>747</sup>. Zie m.n. arresten van 29 januari 1998, zaak C-280/95, *Commissie/Italië*, *Jur.* 1998, I-259, r.o. 13, en van 3 juli 2001, zaak C-378/98, *Commissie/België*, *Jur.* 2001, I-5107, r.o. 30.

<sup>748</sup>. Arrest van 12 mei 2005, zaak C-415/03, *Commissie/Griekenland*, *Jur.* 2005, I-3875, r.o. 32-36.

<sup>749</sup>. Arrest van het Gerecht van 21 juli 2005, zaak C-71/04, *Administración del Estado/Xunta de Galicia*, *nog niet gepubliceerd in Jur.*, r.o. 33.

<sup>750</sup>. Arrest *Xunta de Galicia*, r.o. 32.

<sup>751</sup>. Arrest *Xunta de Galicia*, r.o. 32.

<sup>752</sup>. Arrest *Xunta de Galicia*, r.o. 49, met verwijzingen naar eerdere rechtspraak.

<sup>753</sup>. Arrest van het Hof van 21 oktober 2003, zaken C-261/01 en 262/01, *Van Calster*, *Jur.* 2003, I-12249.

<sup>754</sup>. Arrest *Van Calster*, r.o. 46-49.

casu oordeelde het Hof dat de verplichte bijdragen specifiek en uitsluitend werden geheven ter financiering van de steun die het fonds uitbetaalt. De bijdragen waren dus geheven in strijd met het verbod van tenuitvoerlegging en dienden te worden terugbetaald.

Vervolgens besliste het Hof in het arrest *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant* dat een justitiabele die onderworpen is aan een heffing die integrerend deel uitmaakt van een steunmaatregel en die in strijd met het uitvoeringsverbod van artikel 88 lid 3 laatste volzin EG wordt geïnd, zich daarop kan beroepen ongeacht of hij wordt geraakt door een concurrentievervalsing als gevolg van de steunmaatregel<sup>755</sup>. Voorts herhaalde het Hof dat “[h]effingen niet [vallen] binnen de werkingssfeer van de verdragsbepalingen betreffende staatssteun tenzij zij de wijze van financiering van een steunmaatregel vormen zodat zij integrerend deel uitmaken van deze maatregel”<sup>756</sup>. De vraag is dan wat onder “integrerend onderdeel” dient te worden verstaan. Het Hof voert daarvoor het volgende criterium in: “[o]m een heffing of een gedeelte van een heffing als een integrerend onderdeel van een steunmaatregel te kunnen aanmerken, moet er krachtens de relevante nationale regeling noodzakelijkerwijs een *dwingend bestemmingsverband* bestaan tussen de heffing en de steun”<sup>757</sup>. In casu nam de steun de vorm aan van een vrijstelling van de afvalstoffenbelasting. Dit belastingvoordeel werd begrotingstechnisch gecompenseerd door een verhoging van de afvalstoffenbelasting. De opbrengst van de belasting had evenwel geen enkele invloed op de hoogte van de steun. Daarom oordeelde het Hof dat geen dwingend bestemmingsverband aanwezig was<sup>758</sup>. In het arrest *F.J. Pape* van dezelfde datum paste het Hof hetzelfde criterium

toe, met hetzelfde resultaat. In die zaak werd de verdeling van de opbrengst van de mestoverschotheffingen overgelaten aan het discretionair oordeel van de bevoegde autoriteiten. Hierdoor had de opbrengst van de heffingen evenmin een rechtstreekse invloed op de omvang van de steun<sup>759</sup>. Bijgevolg konden de heffingen niet worden teruggevorderd. In de elektriciteitssector oordeelde het Hof dat een dwingend bestemmingsverband bestaat tussen de verhoging van de vergoeding voor de toegang tot en het gebruik van het nationale transmissienet en een nationale steunregeling wanneer de verhoging noodzakelijkerwijs voor de financiering van deze steun wordt bestemd<sup>760</sup>.

**329. Geen dekking achteraf mogelijk.** Ten slotte kan er nog op gewezen worden dat de nationale rechter in de uitoefening van zijn bevoegdheid om de terugvordering te gelasten van in strijd met artikel 88 lid 3 laatste volzin EG betaalde heffingen, niet beperkt wordt door een eventuele latere goedkeuringsbeslissing van de Commissie. Immers, een beslissing waarbij de steunmaatregel verenigbaar wordt verklaard, dekt achteraf niet de uitvoering van die steunmaatregel in strijd met de “standstill”-bepaling<sup>761</sup>. Evenmin kan een lidstaat de schending van de “standstill”-bepaling achteraf regulariseren, bijvoorbeeld door op het ogenblik van de invoering van een nieuwe – aangemelde en thans door de Commissie goedgekeurde – heffingsregeling tegelijkertijd te bepalen dat deze regeling met terugwerkende kracht de in het verleden betaalde heffingen opnieuw verschuldigd stelt<sup>762</sup>. In ieder geval is de Commissie niet bevoegd te beslissen dat een in strijd met de “standstill”-bepaling ten uitvoergelegde steun rechtmatig is<sup>763</sup>.

<sup>755</sup>. Arrest van het Hof van 13 januari 2005, zaak C-174/02, *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant/Staatssecretaris van Financiën*, *Jur.* 2005, I-85, r.o. 19 en 21.

<sup>756</sup>. Arrest *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant/Staatssecretaris van Financiën*, r.o. 25.

<sup>757</sup>. Arrest *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*, r.o. 26. Immers, aldus het Hof, “[i]ndien een dergelijk verband bestaat heeft de opbrengst van de heffing rechtstreekse invloed op de omvang van de steun en bijgevolg op de beoordeling van de verenigbaarheid van deze steun met de gemeenschappelijke markt” (r.o. 26).

<sup>758</sup>. Arrest *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*, r.o. 27 en 28.

<sup>759</sup>. Arresten van het Hof van 13 januari 2005, zaak C-175/02, *F.J. Pape/Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, *Jur.* 2005, I-127, r.o. 14-16.

<sup>760</sup>. Arrest van het Hof van 14 april 2005, zaken C-128/03 en C-129/03, *AEM SpA en AEM Torino SpA/Autorita per l'energia elettrica e per il gas e.a.*, *Jur.* 2005, I-2861, r.o. 45-51.

<sup>761</sup>. Arrest *Xunta de Galicia*, aangehaald in voetnoot 749, r.o. 31.

<sup>762</sup>. Arrest *Van Calster*, aangehaald in voetnoot 753, r.o. 57-60.

<sup>763</sup>. Arrest *Van Calster*, aangehaald in voetnoot 753, r.o. 73.