

RECHTSLEER

DOCTRINE

Kroniek van rechtspraak: Europees ondernemingsrecht (augustus 2005 – december 2007)

*Hans Gilliams¹, Yves Van Gerven², Jan Wouters, Philip De Man³
en Peter Wytinck⁴*

INHOUDSTAFEL

Inleiding	87
I. Vrij verkeer van goederen	88
A. Inleiding	88
B. Goederen	89
C. Douaneheffingen en maatregelen van gelijke werking	90
1. <i>Kader</i>	90
2. <i>Binnenlandse belastingen (art. 90 EG-Verdrag) – Inhoud en onderscheid met heffingen van gelijke werking</i> ..	91
D. Kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking (art. 28 EG-Verdrag e.v.)	92
1. <i>Inleiding</i>	92
2. <i>Maatregelen van gelijke werking: toepassingsgebied</i>	93
3. <i>Uitzonderingen: artikel 30 (ex art. 36) EG-Verdrag en de “rule of reason”</i>	95
4. <i>Nationale monopolies</i>	99
5. <i>Het voorkomingsbeleid</i>	99
II. Vrijheid van vestiging	100
A. Algemeen – Draagwijdte	100
1. <i>Discriminatieverbod</i>	100
2. <i>Verbod van niet-discriminerende beperkingen</i>	101
3. <i>Vestigingsrecht van vennootschappen</i>	104
B. Onderlinge erkenning van diploma’s en beroepskwalificaties	107
C. Fiscale belemmeringen van het vestigingsrecht	108
III. Vrij verkeer van diensten	115
A. Toepassingsgebied	115
B. Draagwijdte	116
1. <i>Discriminatieverbod</i>	116
2. <i>Verbod van niet-discriminerende beperkingen</i>	117
C. Financiële diensten	121
IV. Vrij verkeer van kapitaal	122
V. Mededingingsrecht (art. 81-82 EG-Verdrag)	124
A. Toepassing van de artikelen 81 en 82 EG-Verdrag	125
1. <i>Toepassingsgebied ratione materiae van de mededingingsregels</i>	125

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

² Advocaat Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP; auteur van delen VI, VIII en XI.

³ Jan Wouters: gewoon hoogleraar internationaal recht en internationale organisaties, KULeuven, Of Counsel, Linklaters Brussel.
Philip De Man: junior researcher, Leuven Centre for Global Governance Studies en Instituut voor Internationaal Recht, KULeuven; auteurs van delen II, III en IV.

⁴ Advocaat Stibbe Brussel; auteur van delen inleiding, I en VII en coördinator van deze aflevering.

2. Toerekeningsvragen	126
3. Begrip “onderneming”	128
4. Begrip “ondernemersvereniging”	128
5. Overeenkomst	128
6. Mededingingsbeperking	130
7. Toepassing van artikel 81, lid 3 EG-Verdrag	131
8. Machtspositie	132
9. Misbruik	132
10. Misbruik en intellectuele eigendomsrechten	135
11. Invloed op de handel tussen lidstaten	136
B. Rechtsbescherming	136
1. Marginaal rechterlijk toezicht op inhoudelijke beoordelingen door de Commissie	137
2. Bewijs van een inbreuk – In dubio pro reo?	138
3. Volledige rechtsmacht van het Gerecht	139
4. Gevolgen van onregelmatigheden tijdens de administratieve procedure	140
5. Overschrijding van de redelijke termijn	141
6. Actief meewerken aan de eigen veroordeling	141
7. Vertrouwelijkheid van communicaties met raadslieden	142
8. Punten van bezwaar	143
9. Toegang tot het dossier	144
C. Boetes	144
1. Marginale rechterlijke toetsing	144
2. Bestrafing van inbreuken in het licht van het legaliteitsbeginsel	146
3. De door de Commissie uitgevaardigde boeterichtsnoeren	147
4. Zwaarte van de inbreuk	148
5. Duur	149
6. Verzwarende en verzachtende omstandigheden	149
7. Bis in idem	151
8. De clementieregeling	151
9. Uitvoerbaarheid van boetebeschikkingen hangende beroep bij het Gerecht	153
D. Andere remedies dan boetes	154
E. Private handhaving	154
VI. Artikel 10 juncto artikelen 81 en 82 EG-Verdrag: mededingingsbeperkende overheidsregelingen	155
VII. Artikel 86 EG-Verdrag: openbare ondernemingen	156
A. Artikel 86, lid 1 EG-Verdrag	156
B. De rechtvaardigingsgrond van artikel 86, lid 2 EG-Verdrag	156
C. Artikel 86, lid 3 EG-Verdrag	158
VIII. Toepassing van de concentratiecontroleverordening	158
A. Inleiding	158
B. Schneider Electric: onontvankelijkheid beroep tegen beslissing tot openen van een tweede fase...	159
C. ...maar wel gedeeltelijke schadevergoeding voor Schneider door fouten van de Commissie	160
D. Het begrip concentratie	161
E. Drempelberekening	162
1. Bij meerdere transacties en toezeggingen	162
2. Volgens welke boekhoudregels?	162
3. Rekening houdend met belangrijke gebeurtenissen sinds de laatste jaarrekening	163
F. Beoordelingsmarge EG-Commissie	163
1. Beperkte controle door het Gerecht	163
2. Belang van marktaandeelen	164
3. Belang van de richtsnoeren en mededelingen	164
G. Verbintenissen	164
H. Collectieve dominantie en bewijslast Commissie – De Sony/Bertelsmanfusie	165
IX. Overheidssteun	166
A. Toepassingsgebied	166
B. Artikel 87, lid 1 EG-Verdrag: het verbod van staatssteun	166
1. Maatregel van de staat of met staatsmiddelen bekostigd	166

2. Een voordeel	167
3. Specificiteit van de maatregel	170
4. Vervalsing van de mededinging en beïnvloeding van het handelsverkeer	172
C. Artikel 87, leden 2 en 3 EG-Verdrag: de uitzonderingen op het verbod van staatssteun	172
D. Goedkeuring door de Raad van steunmaatregelen op grond van buitengewone omstandigheden	173
E. Beoordeling van bestaande steun	173
F. Procedure: aanmelding van nieuwe steun, eerste onderzoek, formele onderzoeksprocedure en beroepen	174
G. Misbruik van staatssteun	176
H. Terugvordering door de lidstaat van onrechtmatig verleende steun	177
I. Handhaving door de nationale rechter van het verbod van tenuitvoerlegging van voorgenomen steunmaatregelen	179

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	87
I. Libre circulation des marchandises	88
A. Introduction	88
B. Marchandises	89
C. Droits de douane et taxes d'effet équivalent	90
1. Cadre	90
2. Taxes internes (art. 90 CE) – contenu de la notion et distinction par rapport aux taxes d'effet équivalent	91
D. Restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent (art. 28 CE et suiv.)	92
1. Introduction	92
2. Mesures d'effet équivalent: champ d'application	93
3. Exceptions: article 30 (ex art. 36) CE et la "rule of reason"	95
4. Monopoles nationaux	99
5. La politique de prévention	99
II. Liberté d'établissement	100
A. Généralités – Portée	100
1. Interdiction des discriminations	100
2. Interdiction des entraves non discriminatoires	101
3. Liberté d'établissement des sociétés	104
B. La reconnaissance mutuelle des diplômes et qualifications professionnelles	107
C. Les entraves fiscales à la liberté d'établissement	108
III. Libre prestation des services	115
A. Champ d'application	115
B. Portée	116
1. Interdiction des discriminations	116
2. Interdictions des entraves non discriminatoires	117
C. Services financiers	121
IV. Libre circulation des capitaux	122
V. Droit de la concurrence (art. 81-82 CE)	124
A. Application des articles 81 et 82 CE	125
1. Applicabilité ratione materiae du droit de la concurrence	125
2. Questions d'imputabilité	126
3. Concept d'"entreprise"	128
4. Concept d'"association d'entreprises"	128
5. Accord	128
6. Restriction de concurrence	130
7. Application de l'article 81, paragraphe 3 CE	131
8. Position dominante	132
9. Abus	132
10. Abus et droits de propriété intellectuelle	135
11. Influence sur le commerce entre Etats membres	136
B. Droits de la défense	136

1. Contrôle judiciaire marginal sur le contenu des décisions de la Commission	137
2. Preuve d'une infraction – <i>in dubio pro reo</i> ?	138
3. Pleine juridiction du Tribunal	139
4. Conséquences d'irrégularités pendant la procédure administrative	140
5. Dépassement du délai	141
6. Coopération active à sa propre condamnation	141
7. Confidentialité de la correspondance avocat-client	142
8. Communication des griefs	143
9. Accès au dossier	144
C. Amendes	144
1. Contrôle judiciaire marginal	144
2. Sanction d'infractions à la lumière du principe de légalité	146
3. Lignes directrices de la Commission pour le calcul des amendes	147
4. Gravité de l'infraction	148
5. Durée	149
6. Circonstances aggravantes et atténuantes	149
7. <i>Bis in idem</i>	151
8. Programme de clémence	151
9. Force exécutoire d'une décision imposant une amende faisant l'objet d'un recours devant le Tribunal	153
D. Remèdes autres que des amendes	154
E. Private enforcement	154
VI. Article 10 juncto articles 81 et 82 CE: mesures étatiques restrictives de concurrence	155
VII. Article 86 CE: entreprises publiques	156
A. Article 86, paragraphe 1 CE	156
B. La dérogation prévue à l'article 86, paragraphe 2 CE	156
C. Article 86, paragraphe 3 CE	158
VIII. Application du Règlement sur le contrôle des concentrations	158
A. Introduction	158
B. <i>Schneider Electric</i>: Irrecevabilité d'un appel contre la décision d'ouvrir une deuxième phase ...	159
C. ...mais indemnisation partielle de <i>Schneider</i> pour erreurs de la Commission	160
D. La notion de concentration	161
E. Calcul des seuils	162
1. Plusieurs transactions et engagements	162
2. Selon quelles règles de comptabilité?	162
3. Tenir compte d'événements importants depuis les derniers comptes annuels	163
F. Marge d'appréciation de la Commission européenne	163
1. Contrôle limité du Tribunal	163
2. Importance des parts de marché	164
3. Importance des lignes directrices et communications	164
G. Engagements	164
H. Dominance collective et charge de la preuve de la Commission – la fusion <i>Sony/Bertelsman</i>	165
IX. Aides d'Etat	166
A. Champ d'application	166
B. Article 87, paragraphe 1 CE: l'interdiction d'aide d'Etat	166
1. Aides accordées par les Etats ou aux moyens de ressources d'Etat	166
2. Un avantage	167
3. Sélectivité de la mesure	170
4. Distorsion de la concurrence et effet sur le commerce entre Etats membres	172
C. Article 87, paragraphes 2 et 3 CE: les dérogations à l'interdiction des aides étatiques	172
D. Approbation d'aides par le Conseil sur la base de circonstances exceptionnelles	173
E. Appréciation d'aides existantes	173
F. Procédure: notifications d'aides nouvelles, examen préliminaire, procédure formelle d'examen et recours	174
G. Abus d'aide d'Etat	176
H. Recouvrement des aides illicites par les Etats membres	177
I. Application par les tribunaux nationaux de l'interdiction de la mise en oeuvre des aides envisagées	179

INLEIDING

1. Dit is de negende aflevering van de kroniek die een overzicht en analyse geeft van de belangrijkste rechtspraak van het Hof van Justitie (het “Hof”) en het Gerecht van Eerste Aanleg (het “Gerecht”) op het gebied van het ondernemingsrecht zoals dat volgt uit de bepalingen van het EG-Verdrag⁵ (“primair EG-recht”).

2. De besproken periode was opnieuw op een aantal vlakken historisch. Zo traden op 1 januari 2007 Roemenië en Bulgarije toe tot de EU, zodat het aantal lidstaten thans 27 bedraagt. En o.m. Kroatië, Macedonië en natuurlijk Turkije staan nog aan de deur te kloppen.

Nadat op 25 en 27 mei 2005 de Franse en Nederlandse referenda over de EG-Grondwet op een njet afliepen en Europa in een crisis duwden, werd een andere oplossing gezocht. Dat werd gevonden in de vorm van het op 13 december 2007 ondertekende Verdrag van Lissabon⁶. Helaas heeft deze oplossing Europa inmiddels in een nieuwe crisis gestort na het negatieve referendum in Ierland. Dit neemt niet weg dat het “acquis communautaire” niet weg te denken is uit ons dagelijks leven en de rechtspraak van het Hof en het Gerecht hierover, essentieel zijn voor een jurist in de meest uiteenlopende rechtsdisciplines.

3. Daarnaast was Europa op wetgevend gebied (“secundair EG-recht”) zeer actief en ingrijpend. Men denke bijvoorbeeld aan de REACH-Richtlijn, de Bolkenstein-Richtlijn, enz. Op die ontwikkelingen gaat deze kroniek echter niet in. Nochtans vervangen deze wetgevende initiatieven in steeds grotere mate het belang van de algemene bepalingen van het EG-Verdrag (primair recht). Immers, wordt een materie eenmaal uitputtend geregeld door een richtlijn of een verordening, dan stelt de rechtspraak van het Hof dat men naar die verordening of richtlijn moet kijken, niet langer naar de algemene bepalingen van het verdrag. Zo zullen bijvoorbeeld op het gebied van het dienstenverkeer en vestigings-

recht niet langer de bepalingen van de artikelen 43-49 e.v. EG-Verdrag van toepassing zijn als het gaat om zaken die onder de Bolkenstein-Richtlijn vallen; voor zaken die geharmoniseerd zijn door de merkenrichtlijn of de verordening op het Gemeenschapsmerk, zullen de bepalingen inzake het vrij verkeer van goederen niet meer toepasselijk zijn (hoewel de rechtspraak nog een belangrijke bron van inspiratie kan zijn bij het toepassen van de bepalingen uit deze richtlijnen en verordeningen), enz.

4. Precies in die regelgeving ligt mogelijk een sluimerende tijdbom. Die teksten zijn in praktijk niet altijd even duidelijk en soms hebben zij ook een financiële keerzijde, hoe goed bedoeld ook. Maar een interessante kritiek kwam uit een niet-juridische hoek. In zijn succesvol boek *“In Europa – Reizen door de twintigste eeuw”* schreef Geert Mak het volgende⁷:

“De EU-richtlijnen vullen zo ’n tachtigduizend pagina’s, hun bemoeienis reikt van de dikte van fietsbanden en de ladderlengte voor glazenwassers tot en met de samenstelling van een reep chocola en de bereidingswijze van geitenkaas. Ik liep over de zaterdagmarkt van Dieppe, één groot feest van fruit, groenten, boerenkazen, zelfgemaakte worsten en ander heerlijk uit de omgeving. Toch was – en is – deze markt voor een aanzienlijk deel illegaal: volgens de strikte EU-richtlijnen zou een groot aantal van deze boerenproducten niet verkocht mogen worden. Dit is momenteel een probleem voor de boeren en burgers rondom Dieppe. Maar op den duur is deze onwerkelijke situatie vooral een probleem voor de Europese Unie zelf, voor de werkbaarheid, voor de legitimiteit en overtuigingskracht, zelfs voor haar voortbestaan.”

Of deze kritiek al dan niet geheel of deels terecht is, zal de toekomst uitwijzen. Het illustreert echter wel een gevoel van vervreemding tussen de EG-burger en de regelgever.

⁵ Eerder gepubliceerde afleveringen zijn de volgende:

– 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*”);
 – augustus 2003-juli 2005: *T.B.H.* 2006, 271-361 (hierna “*Kroniek 2003-2005*”).

⁶ Voor meer info over dat verdrag, zie http://europa.eu/lisbon_treaty/index_en.htm.

⁷ Geert MAK, *In Europa – Reizen door de twintigste eeuw*, Amsterdam-Antwerpen, Atlas, p. 792 (18^{de} druk).

I. VRIJ VERKEER VAN GOEDEREN⁸

A. Inleiding

5. Het vrij verkeer van goederen is volgens het Hof één van de fundamentele beginselen van het verdrag⁹. In het arrest *Commissie/Oostenrijk* verwijst het Hof in dat verband ook dat dit is opgenomen in artikel 3 van het verdrag dat precies staat onder het hoofdstuk “beginselen” waarop de EU is gebaseerd¹⁰.

6. De verdragsregels inzake het vrij verkeer van goederen voorzien ten eerste in een verbod op douaneheffingen en heffingen met een “gelijke werking” als douaneheffingen bij de invoer en uitvoer van goederen tussen de lidstaten (art. 25 e.v. EG-Verdrag (ex art. 12 e.v.) – zie hierna I.C.). Deze bepalingen moeten worden samen gelezen met artikel 90 EG-Verdrag (ex art. 95) dat discriminerende of beschermende nationale belastingen verbiedt.

7. Het vrij verkeer van goederen voorziet verder ook in een verbod op kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking zoals bepaald in artikelen 28 e.v. EG-Verdrag (ex. art. 30 e.v. EG-Verdrag) (zie hierna I.D.).

8. Een ontwikkeling die inzake het vrij verkeer van goederen, net zoals in vele andere domeinen binnen het EG-Verdrag speelt, is de groeiende harmonisatie d.m.v. richtlijnen en verordeningen. Zo worden grote delen van het levensmiddelenrecht (zowel inzake samenstelling van voedingsmidde-

len, gebruik van kleurstoffen, bewaarmiddelen, benaming van oorsprong, etikettering¹¹) bepaald door EG-wetgeving. Inzake intellectuele eigendom zijn er de merkenrichtlijn¹² en -verordening, maar ook richtlijnen inzake naburige rechten, het bestrijden van namaak en vele andere harmonisatieteksten. De kenners van het recht inzake de onrechtmatige mededinging zijn uiteraard vertrouwd met de vele EG-teksten, o.m. inzake vergelijkende reclame¹³, onrechtmatige bedingen, verkoop op afstand, de e-commercerichtlijn, enz. In 2005 is daar de inmiddels bekende richtlijn inzake oneerlijke handelspraktijken¹⁴ bijgekomen. Het is deze richtlijn die thans voor zoveel beroering zorgt over de verenigbaarheid van vele bepalingen van de wet handelspraktijken met het EG-recht¹⁵, en die o.m. aan de basis ligt van de prejudiciële vraag die werd gesteld over de verenigbaarheid van het verbod op gezamenlijk aanbod met de richtlijn¹⁶. Daarnaast zijn er in de meest uiteenlopende domeinen harmonisatierichtlijnen (liften, auto's, geneesmiddelen,...). Niet al deze harmonisatiemaatregelen gaan echter even ver. En precies de omvang van de harmonisatie is nochtans belangrijk voor de toepasselijke regels en de vrijheid van de lidstaten.

9. Het gevolg van een uitputtende harmonisatie die is ontstaan op EG-niveau is volgens het Hof dat nationale regels aan de harmonisatiemaatregel moeten getoetst worden, en niet zozeer aan de artikelen 28-30 EG-Verdrag¹⁷. Een voorbeeld waar dit het geval is inzake vergelijkende reclame, de materies geregeld in de eerste merkenrichtlijn, enz. Dat

⁸ 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., Rev. mar. comm.*, enz. Zie o.m. J.-P. Keppenne, “La libre circulation des marchandises”, *J.T. dr. eur.* 2006, 262-267; J.-P. Keppenne, “La libre circulation des marchandises”, *J.T. dr. eur.* 2007, 270-274; P. Oliver en S. Enchelmaier, “Free movement of goods: recent developments in the case law”, *C.M.L.R.* 2007, 649-704.

⁹ Arrest van het Hof 14 september 2006, C-82/05, *Commissie/Griekenland*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 19; arrest van het Hof van 26 oktober 2006, C-65/05, *Commissie/Griekenland*, *Jur.* 2006, I-10341, r.o. 25; arrest van het Hof van 5 juni 2007, C-170/04, *Rosengren e.a./Riksaklagaren*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 31.

¹⁰ Arrest van 15 november 2005, C 320/03, *Commissie/Oostenrijk*, *Jur.* 2005, I- 9871, r.o. 64.

¹¹ Zie o.m. richtlijn 2000/13 van 20 maart 2000, *PB.* 2000, L. 109/29.

¹² 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.*

¹³ Richtlijn 97/55 van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997, *PB.* 1997, L. 290/18.

¹⁴ Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (“Richtlijn oneerlijke handelspraktijken”) *PB.* 2006 L. 149/22.

¹⁵ Voor rechtsleer die meent dat er sprake is van een inbreuk: J. STUYCK, “De nieuwe richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Gevolgen voor de wet handelspraktijken”, *T.B.H.* 2005, 901; L. DE BROUWER, “Richtlijn 2005/29/EG van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken”, *T.B.H.* 2005, 790; G. STRAETMANS, “Recente tendensen in handelspraktijken”, *CBR-Jaarboek 2005-2006*, Antwerpen, Maklu, 2006, 266-268; P. WYTINCK, “Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. De algemene normen”, <http://www.aedc-vsmr.be/uploads/File/slidespw.ppt>. *Contra*: H. DE BAUW, “De impact van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken op de regeling van de verkoop promoties onder de WHPC”, *D.C.C.R.* 2006, 3-30.

¹⁶ Zaak C-261/07: verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door de rechtbank van koophandel te Antwerpen op 1 juni 2007, *VTB-VAB/Total Belgium NV*, *PB.* C. 199 van 25 augustus 2007, p. 18; zaak C-299/07: verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door de rechtbank van koophandel te Antwerpen op 27 juni 2007, *Galatea/Sanoma Magazines Belgium NV*, *PB.* C. 199 van 25 augustus 2007, p. 23, ook gepubliceerd in *RABG* 2007, 1368, met noot P. WYTINCK. Zie over de prejudiciële vraag, nog een tweede gelijkaardige prejudiciële vraag en de verenigbaarheid van het gezamenlijk aanbod met richtlijn 2005/29 ook I. BUELENS, “Het absolute verbod op het gezamenlijk aanbod: patiënt in coma?” (noot bij Voorz. Kh. Brussel 8 november 2006), *RABG* 2007, 1359.

¹⁷ In de besproken periode, zie indirect ook arrest van het Hof van 24 november 2005, C-366/04, *Georg Schwarz/Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg*, *Jur.* 2005, I-10153., r.o. 26-27; arrest van het Hof van 9 maart 2006, C-421/04, *Matrazten Concord/Hukla Germany*, *Jur.* 2006, I-2303, r.o. 20; arrest van het Hof van 17 april 2007, C-470/03, *AGM-Cos.met/Valtio en Lethinen*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 50; arrest van het Hof van 15 november 2007, C-319/05, *Commissie/Duitsland*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 83.

neemt niet weg dat als het Hof een richtlijn of verordening interpreteert en toepast op een casus, het er nog steeds zal over waken dat zijn rechtspraak onder deze bepalingen van secundair recht conform de basisbeginselen is van het vrij verkeer van goederen¹⁸. Op die manier blijven de beginselen van artikelen 28 e.v. EG-Verdrag en de rechtspraak van het Hof in dit verband ten volle hun belang behouden.

10. De harmonisatie is echter vaak maar deels, of soms maar een minimumharmonisatie. In dat laatste geval kunnen lidstaten dus verder gaan in de bescherming dan de richtlijn voorziet. Willen lidstaten verder gaan dan de richtlijn voorziet dan zullen de beginselen van het vrij verkeer van goederen doorwerken in de niet geharmoniseerde delen. Een voorbeeld in de besproken periode hiervan is de richtlijn inzake de bescherming van de consument bij buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten¹⁹ (in België omgezet in de wet handelpraktijken van 14 juli 1991) waarvan het Hof erkende dat lidstaten verdergaande beschermingsmaatregelen mogen nemen dan in de richtlijn voorzien voor zover ze daarbij artikel 28 respecteren²⁰.

B. Goederen

11. “Goederen moet worden uitgelegd als waren die op geld waardeerbaar zijn en als zodanig het voorwerp van handelstransacties kunnen vormen”²¹. Daarmee bevestigt het Hof eerdere rechtspraak²².

12. Elektrische, elektromechanische en elektronische spelen, daaronder begrepen computerspellen, hebben een handelswaarde en kunnen worden verhandeld, in- of uitgevoerd en tegen betaling ter beschikking van de consument worden gesteld. Zij voldoen aan deze criteria en zijn dus goederen in de zin van het EG-Verdrag²³.

13. Hetzelfde geldt voor afvalstoffen, en dat ongeacht of deze kunnen worden gerecycleerd of niet²⁴. Hoewel het Hof erkent dat sommige afvalstoffen ten tijde van hun verwijde-

ring, geen waarde meer kunnen hebben, zijn het toch “goederen” in de zin van deze bepaling omdat zij aanleiding kunnen geven tot handelstransacties met betrekking tot de verwijdering of storting ervan.

14. De grens met het vrij verkeer van diensten is soms niet altijd zo precies te trekken. Het Hof lijkt naar de onderliggende transactie te kijken. Zo werd een verbod op colportage (huis-aan-huis-verkoop) van sieraden niet bekeken vanuit het vrij verkeer van diensten, maar wel vanuit het vrij verkeer van goederen omdat de bedoeling van de colportage ligt in de verkoop van sieraden²⁵.

15. Verder zijn de merkenbeschermingsregelen slechts van toepassing op goederen die op het communautaire grondgebied zijn binnengekomen. Volgens het Hof zijn goederen die onder een extern douanevervoer in de EU passeren, niet onderworpen aan het EU-merkenrecht²⁶.

16. Zodra goederen uit niet-EG-landen wettig op de markt zijn gebracht in de EU genieten zij de status van EG-goed en kunnen zij vrij circuleren. Krachtens artikel 24 EG-Verdrag moet aan drie voorwaarden zijn voldaan opdat uit derde landen afkomstige goederen kunnen worden beschouwd als zich bevindend in het vrij verkeer in een lidstaat: voor dergelijke producten moeten ten eerste de invoerformaliteiten zijn verricht, moeten ten tweede de verschuldigde douanerechten en heffingen van gelijke werking in die lidstaat zijn voldaan en mag ten derde geen gehele of gedeeltelijke teruggave van de rechten en heffingen zijn verleend. Een vraag die zich stelde was nu of de vaststelling door een rechterlijke instantie van een lidstaat dat het aan een verdachte ten laste gelegde strafbare feit van smokkel (m.a.w. onwettige invoer) verjaard is, nu betekent dat het betrokken goed alsnog legaal op de markt is gebracht. Het antwoord van het Hof is negatief. De vraag naar de strafrechterlijke verjaring van fraude en die naar het communautaire karakter of niet van een goed zijn voor het Hof twee verschillende zaken. Daarom is het beginsel *ne bis in idem* niet van toepassing²⁷.

18. Arrest van het Hof van 9 maart 2006, C-421/04, *Matrazten Concord/Hukla Germany*, *Jur.* 2006, I-2303, r.o. 27 e.v.

19. Richtlijn 85/577 van de Raad van 20 december 1985, *PB.* 1985, L. 372/31.

20. Arrest van het Hof van 23 februari 2006, C-441/04, *A-Punkt Schmuckhandels/Claudia Schmidt*, *Jur.* 2006, I-2093, r.o. 10 e.v.

21. Arrest van het Hof van 26 oktober 2006, C-65/05, *Commissie/Griekenland*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 23. Zie ook *J.T. dr. eur.* 4/2007, n° 138, p. 123.

22. Arrest van het Hof van 10 december 1968, nr. 7/68, *Commissie/Italië*, *Jur.* 1968, 590; arrest van het Hof van 21 oktober 1999, 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.

23. Arrest van het Hof van 26 oktober 2006, C-65/05, *Commissie/Griekenland*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 24.

24. Arrest van het Hof van 8 november 2007, C-221/06, *Stadgemeinde Frohnleiten/Bundesminister*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 37. Dit bevestigt de eerdere “*Waalse afvalstoffen*”-rechtspraak: arrest van het Hof van 9 juli 1992, C-2/90, *Commissie/België*, *Jur.* 1992, I-4431, r.o. 28.

25. Arrest van het Hof van 23 februari 2006, C-441/04, *A-Punkt Schmuckhandels/Claudia Schmidt*, *Jur.* 2006, I-2093, r.o. 9.

26. Arrest van het Hof van 9 november 2006, C-281/05, *Montex/Diesel*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 17 e.v., *I.R. D.I.* 2006, 390 met noot C. DE MEYER en C. GOMMERS, “Het *Montex*-arrest van het Hof van Justitie: een gemiste kans?”.

27. Arrest van het Hof van 28 september 2006, C-467/04, *Gasparini*, *Jur.* 2006, I-9199, r.o. 48-52.

C. Douaneheffingen en maatregelen van gelijke werking

1. Kader

17. Volgens het Hof is artikel 23 EG-Verdrag gebaseerd op een douane-unie die zich uitstrekt over het gehele goederenverkeer. Deze unie brengt zowel het verbod mee van in- en uitvoerrechten en van alle heffingen van gelijke werking in het verkeer tussen de lidstaten onderling, als de invoering van een gemeenschappelijk douanetarief voor de betrekkingen tussen de lidstaten en derde landen²⁸. De douane-unie impliceert volgens het Hof “noodzakelijkerwijs dat het vrij verkeer van goederen moet worden verzekerd tussen de lidstaten en, meer algemeen, binnen de douane-unie”²⁹.

18. Het verbod op douaneheffingen van artikel 23 EG-Verdrag omvat twee delen. Ten eerste een verbod op de klassieke douaneheffing. Waar deze nog wel voorkomt aan de buitengrenzen van de EU (maar geregeld wordt door andere bepalingen van het verdrag – art. 133 e.v. EG-Verdrag) zijn deze in principe verdwenen tussen de lidstaten.

19. Helemaal niet verdwenen daarentegen zijn maatregelen van lidstaten die indirect of op verkapte wijze op hetzelfde neerkomen of hetzelfde effect ressorteren. Daarom het belang van het tweede luik van het verbod, nl. het verbod op “heffingen met een gelijke werking”. Krachtens vaste rechtspraak moet een heffing van gelijke werking gedefinieerd worden als “een eenzijdig opgelegde geldelijke last, – hoe gering ook – ongeacht de benaming en structuur, die wegens grensoverschrijding op goederen wordt geheven en geen douanerecht in eigenlijke zin is”³⁰. Kenmerkend aan douaneheffingen zijn dus dat zij uitsluitend geheven worden op grond van de grensoverschrijding als zodanig³¹. Een heffing van een lidstaat, zoals op de storting van afval, die op alle afval slaat, ongeacht of die van nationale of niet-nationale oorsprong is, is dus geen heffing in de zin van artikel 23 EG-Verdrag³².

20. Het gebruik van de bewoordingen “hoe gering ook” geeft dus aan dat er geen “de minimis”-regel bestaat zoals in het EG-mededingingsrecht. Hetzelfde geldt ten andere voor het vrij verkeer van goederen in artikel 23 EG-Verdrag.

21. Deze interne regels voor de douane-unie, moeten er echter evenzeer toe leiden dat de externe regels van artikel

133 EG-Verdrag gevrijwaard worden. In dat verband zijn de volgende overwegingen van het Hof van Justitie van bijzonder belang, mede omdat zij een vrijheid van transitrecht beogen te bewaren³³:

29 *Het gemeenschappelijk douanetarief beoogt de gelijkstelling van de douanerechten die aan de grenzen van de Gemeenschap op uit derde landen ingevoerde producten drukken, teneinde distorsies in het interne vrij verkeer of in de mededingingsvoorwaarden te voorkomen (reeds aangehaalde arrest Indiamex en De Belder, punt 9 en arrest van 7 november 1996, C-126/94, Cadi Surgelés e.a., Jurispr. blz. I-5647, punt 14).*

30 *Er zou ernstig afbreuk worden gedaan aan zowel de eenheid van het communautaire douanegebied als aan de eenvormigheid van de gemeenschappelijke handelspolitiek, indien de lidstaten de importen uit derde landen eenzijdig met heffingen van gelijke werking als douanerechten mochten belasten (zie in die zin reeds aangehaalde arrest Aprile, punt 34).*

31 *De douane-unie impliceert noodzakelijkerwijs dat het vrij verkeer van goederen tussen de lidstaten verzekerd moet zijn. Deze vrijheid zou zelf niet volledig zijn, indien de lidstaten het verkeer van transitgoederen op enigerlei wijze konden belemmeren of hinderen. Als uitvloeisel van de douane-unie en in het wederzijds belang van de lidstaten moet derhalve het bestaan worden erkend van een algemeen beginsel van vrije doorvoer van goederen binnen de Gemeenschap (reeds aangehaalde arrest Siot, punt 16).*

32 *De lidstaten zouden inbreuk maken op het beginsel van vrije doorvoer indien zij op goederen die over hun grondgebied worden vervoerd, rechtstreeks uit een derde land ingevoerde goederen daaronder begrepen, doorvoerrechten of enige andere met die doorvoer in verband staande heffingen zouden toepassen (zie in die zin reeds aangehaalde arrest Siot, punten 18-19).*

33 *Bovendien is er geen enkele reden om het verbod van heffingen van gelijke werking als douanerechten verschillend uit te leggen al naargelang het gaat om de intra-communautaire handel dan wel om het handelsverkeer met derde landen dat door overeenkomsten als de samenwerkingsovereenkomst wordt beheerst (zie reeds aangehaalde arrest Aprile, punt 39).*

22. Op het verbod van douaneheffingen en heffingen van gelijke werking bestaan drie uitzonderingen: 1° wanneer de

²⁸. Arrest van het Hof van 21 juni 2007, C 173/05, *Commissie/Italië*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 27.

²⁹. Arrest van het Hof van 8 november 2005, C-293/05, *Jersey produce Marketing Organisation*, *Jur.* 2005, I-9543, r.o. 64.

³⁰. Arrest van het Hof van 8 november 2007, C-221/06, *Stadgemeinde Frohnleiten/Bundesminister*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 26. Arrest van het Hof van 15 juni 2006, C-393/04 en C-41/05, *Air Liquide Industries Belgium*, *Jur.* 2006, I-5293, r.o. 51; arrest van het Hof van 21 juni 2007, C-173/05, *Commissie/Italië*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 28; arrest van het Hof van 8 juni 2006, C-517/04, *Koornstra*, *Jur.* 2006, I-5015, r.o. 15. Zie hierover ook de vorige kronieken.

³¹. Arrest van het Hof van 9 september 2004, C-72/03, *Carbonati/Apuani*, *Jur.* 2004, I- 8027, r.o. 22 e.v.

³². Arrest van het Hof van 8 november 2007, C-221/06, *Stadgemeinde Frohnleiten/Bundesminister*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 28-29.

³³. Arrest van het Hof van 21 juni 2007, C-173/05, *Commissie/Italië*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 29 e.v.

last de tegenprestatie vormt voor een aan de marktdeelnemer werkelijk en individueel verleende dienst en evenredig is aan de kosten daarvan³⁴; 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-Verdrag (ex. art. 95)³⁵.

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

23. Heffingen van gelijke werking enerzijds (douaneheffingen) en algemeen toegepaste binnenlandse belastingen anderzijds zijn twee onderscheiden zaken met een verschillend juridisch regime. Zij kunnen dan ook niet samen worden toegepast³⁶.

24. Het Hof defineert het toepassingsgebied van artikel 90 EG-Verdrag als volgt: “*Geldelijke lasten die voorvloeien uit een algemeen stelsel van binnenlandse belastingen waardoor categorieën van producten stelselmatig worden getroffen volgens dezelfde objectieve criteria, ongeacht de oorsprong of de bestemming ervan*”³⁷.

25. Een voorbeeld is een belasting op de registratie van voertuigen die op elke registratie van toepassing is. Deze heffing viseert dus niet specifiek de grensoverschrijding³⁸.

26. Artikel 90 “*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”)³⁹.

27. Vanuit dat uitgangspunt hoeft het niet te verwonderen dat het Hof deze bepaling dus zeer ruim ziet, zodat “*alle fiscale regelingen die al dan niet rechtstreeks inbreuk kunnen*

maken op de gelijkheid van behandeling van nationale of ingevoerde producten, eronder vallen. Het in dit artikel geformuleerde verbod geldt derhalve voor alle belastingen waardoor de invoer van producten van oorsprong uit andere lidstaten kan worden afgeremd ten gunste van nationale producten”⁴⁰. Aldus viel een heffing op een dienstverlening door de exploitant van de stortplaats van afval en die varieert in hoogte naar gelang de aard van de dienst, onder artikel 90. Deze activiteit staat immers in verband met de afvalstoffen die er worden gestort en de kosten kunnen worden doorberekend.

28. Er zal sprake zijn van een schending van artikel 90 EG-Verdrag “*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 ingevoerde product, al is het maar in sommige gevallen, zwaarder wordt belast*”. Wat artikel 90 EG-Verdrag 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. In tegenstelling tot bij artikel 25 EG-Verdrag dat elke douaneheffing op zich verbiedt (dus de gehele heffing is onwettig), kijkt artikel 90 EG-Verdrag niet naar de heffing op zich, maar naar de discriminatie, of het rechtstreeks of zijdelings beschermend karakter voor de binnenlandse productie (dus slechts een deel kan onwettig zijn).

29. Bij de beoordeling van het discriminerende karakter of niet kijkt het Hof uiteraard naar de tarieven, maar ook naar de grondslag en de wijze van heffing. Indien aldus binnenlandse producten bepaalde vrijstellingen genieten die niet gelden voor ingevoerde producten kan dat er in sommige gevallen toe leiden dat het ingevoerde product dus toch zwaarder belast wordt.

30. Het voorgaande doet geen afbreuk aan het gegeven dat het Hof erkent dat aan de hand van objectieve criteria bepaalde producten, zelfs diegene die gelijksoortig zijn, onderworpen kunnen zijn aan een stelsel van gedifferentieerde belastingheffing tenminste indien die zo is opgesteld

^{34.} Zie *Kroniek 2003-2005, T.B.H. 2006*, p. 277.

^{35.} Arrest van het Hof van 8 november 2005, C-293/05, *Jersey produce Marketing Organisation, Jur.* 2005, I-9543, r.o. 56; arrest van het Hof van 8 november 2007, C-221/06, *Stadgemeinde Frohnleiten/Bundesminister*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 30. Zie hierover eerder ook al *Kroniek 1993-1994, T.B.H. 1994*, 750, randnrs. 9 e.v.

^{36.} Arrest van het Hof van 8 november 2007, C-221/06, *Stadgemeinde Frohnleiten/Bundesminister*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 26; arrest van het Hof van 15 juni 2006, C-393/04 en C-41/05, *Air Liquide Industries Belgium, Jur.* 2006, I-5293, r.o. 50; arrest van het Hof van 8 juni 2006, C-517/04, *Koornstra, Jur.* 2006, I-5015, r.o. 12.

^{37.} Zie o.m. arrest van 15 juni 2006, C-393/04 en C-41/05, *Air Liquide Industries Belgium, Jur.* 2006, I-5293, r.o. 56; arrest van het Hof van 8 november 2007, C-221/06, *Stadgemeinde Frohnleiten/Bundesminister*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 31; arrest van het Hof van 8 juni 2006, C-517/04, *Koornstra, Jur.* 2006, I-5015, r.o. 16.

^{38.} Arrest van het Hof van 5 oktober 2006, C-290/05, *Nadasd, Jur.* 2006, I-519, r.o. 39-40.

^{39.} Arrest van het Hof van 18 januari 2007, C-313/05, *Brzezinski, Jur.* 2007, I-513, r.o. 27; arrest van het Hof van 8 november 2007, C-221/06, *Stadgemeinde Frohnleiten/Bundesminister*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 30; arrest van het Hof van 15 juni 2006, C-393/04 en C-41/05, *Air Liquide Industries Belgium, Jur.* 2006, I-5293, r.o. 55.

^{40.} Arrest van het Hof van 8 november 2007, C-221/06, *Stadgemeinde Frohnleiten/Bundesminister*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 40.

dat daarbij elke bescherming van concurrerende nationale producten wordt vermeden⁴¹.

31. Omgekeerd *“indien de opbrengst van een dergelijke belasting bestemd is voor activiteiten waarvan inzonderheid de binnenlandse producten profiteren die op de binnenlandse markt worden verwerkt of verhandeld, kan de volgens dezelfde criteria opgelegde heffing uiteindelijk toch een discriminerende belasting vormen, voor zover de fiscale last op de producten die op de binnenlandse markt worden verwerkt of verhandeld, wordt geneutraliseerd door de voordelen die zij dient te financieren, terwijl die op de ongewijzigd uitgevoerde producten een nettobelasting vormt”*⁴².

32. De mate van compensatie bepaalt dan of er sprake is van discriminerende belasting of van douaneheffing. Is de compensatie volledig, is er sprake van douaneheffing en is de gehele maatregel verboden. Is er sprake van een gedeeltelijke compensatie, dan is ten belope van dat deel sprake van een discriminatoire belasting⁴³. Daarmee bevestigt het Hof enerzijds zijn eerdere rechtspraak, maar breidt het die anderzijds ook uit tot export nu de betrokken maatregel de *export* en niet de *import* benadeelde⁴⁴.

33. Er zal volgens het Hof sprake zijn van discriminerende belasting wanneer op de invoer van voertuigen een volle registratiebelasting moet worden betaald, en er geen rekening wordt gehouden van de minwaarde die het voertuig als tweedehandswagen inmiddels heeft ondergaan⁴⁵.

34. Het voorgaande verhindert lidstaten dus niet om nieuwe belastingen in te voeren⁴⁶.

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

1. Inleiding

35. Het verbod van kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking (art. 28 EG-Verdrag) heeft rechtstreekse werking. Particulieren kunnen dit dus voor de nationale rechter inroepen om strijdige nationale wetgeving “uit te schakelen”.

36. Het is altijd vaste rechtspraak geweest van het Hof dat zuiver interne situaties in één lidstaat daar niet ondervallen⁴⁷. Een eerste belangrijke bemerking in dat verband is echter dat harmonisatiebepalingen wel kunnen slaan op situaties die niet beperkt zijn tot grensoverschrijdende gevallen.

37. Het lijkt er nu echter op dat het Hof van Justitie in de besproken periode een mogelijk bijzonder grote bres heeft geslagen in dit “interne situatie”-principe⁴⁸.

38. De zaak betrof de bijdragen die de “States of Jersey en de Jersey Potato Export Marketing Board” kan opleggen aan geregistreerde aardappelproducenten, vastgesteld op basis van de door de betrokkene geproduceerde hoeveelheden aardappelen die daadwerkelijk naar het Verenigd Koninkrijk zijn uitgevoerd, dan wel op basis van de oppervlakte die hij voor de aardappelteelt heeft gebruikt. Bijzonder belangrijk in dit verband is vooreerst de vaststelling van het Hof dat *“voor de toepassing van de artikelen 23, 25, 28 en 29 EG-Verdrag de Kanaaleilanden, het eiland Man en het Verenigd Koninkrijk als één lidstaat dienen beschouwd te worden”* (r.o. 54), m.a.w. we hebben het over een interne situatie op het eerste gezicht.

Vervolgens oordeelt het Hof dat *“een bijdrage als de onderhavige die door de PEMB wordt berekend op basis van de door de betrokkene geproduceerde hoeveelheden aardappelen die van Jersey naar het Verenigd Koninkrijk zijn uitgevoerd, wel degelijk een dergelijke heffing vormt die wordt gelegd op goederen die van het ene deel van het grondgebied van een lidstaat naar een ander deel worden gezonden. Verder moet eraan worden toegevoegd dat, zelfs wanneer de Act van 2001 volgens zijn bewoordingen enkel betrekking heeft op de aardappelen die naar het Verenigd Koninkrijk zijn verzonden voor consumptie aldaar, niets uitsluit dat die aardappelen wanneer zij zich op het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk bevinden, vervolgens weer worden uitgevoerd naar andere lidstaten, zodat de betrokken bijdrage kan drukken op producten die na doorvoer door het Verenigd Koninkrijk inderdaad naar die andere lidstaten worden uitgevoerd. (...) Gelet op het voorgaande, is een bijdrage als de onderhavige die door de PEMB wordt berekend op basis van de door de betrokkene geteelde hoeveelheden aardappelen die naar het Verenigd Koninkrijk zijn uitgevoerd, in strijd met de artikelen 23 en 25 EG-Verdrag”*⁴⁹.

⁴¹. Arrest van het Hof van 8 november 2007, C-221/06, *Stadgemeinde Frohnleiten/Bundesminister*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 56; arrest van het Hof van 5 oktober 2006, C-290/05, *Nadasd*, *Jur.* 2006, I-519, r.o. 51.

⁴². Arrest van het Hof van 8 juni 2006, C-517/04, *Koornstra*, *Jur.* 2006, I-5015, r.o. 16.

⁴³. *Ibid.*, r.o. 17 e.v.

⁴⁴. Zie *Kroniek 2001-2003*, T.B.H. 2004, p. 637.

⁴⁵. Arrest van het Hof van 5 oktober 2006, C-290/05, *Nadasd*, *Jur.* 2006, I-519, r.o. 54-55.

⁴⁶. Arrest van het Hof van 5 oktober 2006, C-290/05, *Nadasd*, *Jur.* 2006, I-519, r.o. 49.

⁴⁷. Zie hierover ook *Kroniek 1993-1994*, T.B.H. 1994, p. 752.

⁴⁸. Arrest van het Hof van 8 november 2005, C-293/05, *Jersey produce Marketing Organisation*, *Jur.* 2005, I-9543, r.o. 56.

⁴⁹. *Ibid.*, r.o. 65-67.

39. De potentiële gevolgen van het arrest zijn natuurlijk enorm omdat er heel wat maatregelen zijn die het nationale verkeer van goederen treffen maar die potentieel ook gevolgen kunnen hebben voor de uitvoer van de betrokken goederen. De rechtsleer wijst erop dat dit met name zal kunnen gebeuren voor maatregelen die gelden op het niveau van de groothandel⁵⁰. Andere rechtsleer wijst er dan weer op dat door deze redenering te beperken tot situaties waarbij in een vervolgstadium mogelijk de export kan betrokken zijn, het Hof niet helemaal consistent is met de situatie onder de douaneheffingen waar het Hof in de arresten *Lancry* en ook *Simitzi*⁵¹ intra-lidstaat-situatie had gevat, zonder de voorwaarde van mogelijke export te vereisen⁵². De vraag is echter of het Hof de mogelijkheid van export als een noodzakelijke voorwaarde heeft bestempeld, of enkel heeft vastgesteld dat dit in de feiten zo was. Immers, het Hof baseert zijn redenering precies op de arresten *Lancry* en *Simitzi*. Dit wordt dus ongetwijfeld vervolgd.

2. Maatregelen van gelijke werking: toepassingsgebied

a. Definitie (*Dassonville-criterium*)

40. Volgens de *Dassonville*-rechtspraak van het Hof van Justitie wordt een maatregel van gelijke werking gedefinieerd als “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”⁵³. Deze rechtspraak blijft onverminderd geldig en werd herhaaldelijk bevestigd⁵⁴.

41. Deze rechtspraak houdt dus in dat ook regelingen die zonder onderscheid op nationale en op ingevoerde producten van toepassing zijn, m.a.w. zonder dat er discriminatie is van binnenlandse producten en producten afkomstig uit andere EG-lidstaten, en waarvan de toepassing op ingevoerde producten het verkoopvolume van die producten kan verminde-

ren⁵⁵, in beginsel een door artikel 28 EG-Verdrag verboden maatregelen van gelijke werking vormen (hierna onder punt 3. wordt dan wel ingegaan onder welke omstandigheden dergelijke beperking alsnog kan toegelaten zijn). Het Hof meent immers dat ook maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn op nationale en ingevoerde producten, in praktijk een belemmering voor de intracommunautaire handel zijn, o.m. omdat zij de producenten van producten die in andere lidstaten volledig geldig op de markt zijn, verplichten om deze producten aan te passen, te heretiketteren, enz. Daardoor stijgt de kost en dus de attractiviteit van deze producten, en zal in sommige gevallen de betrokken producent er zelfs van afzien het product op een andere markt te brengen.

42. Dit wordt ook wel de “*Cassis de Dijon*”-rechtspraak genoemd⁵⁶, die in de besproken periode ook werd bevestigd⁵⁷. De uitzondering op deze regel is waar dit soort beperkingen volgen uit communautaire verplichtingen (richtlijnen, verordeningen,...), in welk geval het geen maatregelen van gelijke werking meer zijn⁵⁸.

43. Enkele illustraties uit de besproken periode van maatregelen die het handelsverkeer kunnen belemmeren⁵⁹:

1. het vereisen van een voorafgaande vergunning of een soortgelijk middel voorafgaand aan de registratie voor de invoer (bv. van een tweedehandswagen), zelfs indien het een pure formaliteit is⁶⁰. Interessant is dat een andere regel waarbij voor de registratie van voertuigen wordt vereist dat deze effectief door een bevoegde controleur kan worden geïdentificeerd, waarbij deze controle 25 minuten duurt en 45 EUR kost en waarbij over het gehele betrokken land (in casu Nederland) een netwerk van keuringsstations bestaat waarbij men telefonisch op voorhand afspraken kan maken om de wagen ter identificatie aan te bieden, geen belemmering is⁶¹. Maar, indien men ook als voorwaarde voor de registratie stelt dat er eerst nog een technische controle van het voertuig moet worden uitgevoerd, is dat weer wel een belemmering⁶²;
2. de voorafgaande goedkeuring van een product voor een bepaald gebruik (bv. in de bouw) evenals de wei-

50. J.-P. KEPPELNE, “La libre circulation des marchandises”, *J.T. dr. eur.* 2006, 264.

51. Zie hierover ook *Kroniek 2003-2005*, *T.B.H.* 2006, p. 276-277. Zie ook *Kroniek 1994-1995*, *T.B.H.* 1996.

52. P. OLIVER en S. ENCHELMAIER, “Free movement of goods: recent developments in the case law”, *C.M.L.R.* 2007, 656.

53. Arrest van het Hof van 11 juli 1974, 8/74, *Dassonville*, *Jur.* 1974, 837, r.o. 5.

54. Zie o.m. Arrest van het Hof van 15 maart 2007, C-54/05, *Commissie/Finland*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 30; arrest van het Hof van 24 november 2005, C-366/04, *Georg Schwarz/Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg*, *Jur.* 2005, I-10153, r.o. 28; arrest van het Hof van 23 februari 2006, C-441/04, *A-Punkt Schmuckhadels/Claudia Schmidt*, *Jur.* 2006, I-2093, r.o. 14; arrest van het Hof van 5 juni 2007, C-170/04, *Rosengren e.a./Riksaklagaren*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 32.

55. Arrest van het Hof van 7 juni 2007, C-254/05, *Commissie/België*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 30.

56. Arrest van het Hof van 20 februari 1979, nr. 120/78, *Rewe-Zentral*, ook genaamd “*Cassis de Dijon*”, *Jur.* 1979, p. 649.

57. Arrest van het Hof van 28 september 2006, C-434/04, *Ahokainen/Leppik*, *Jur.* 2006, I-9171, r.o. 18.

58. Arrest van het Hof van 14 december 2004, C-463/01, *Commissie/Duitsland*, *Jur.* 2004, I-11705, r.o. 55; arrest van het Hof van 11 december 2003, C-322/01, *Deutscher Apothekerverband*, *Jur.*, 2003, I-14887, r.o. 53.

59. Voor andere illustraties, zie de vorige kronieken.

60. Zie o.m. arrest van het Hof van 15 maart 2007, C-54/05, *Commissie/Finland*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 31; arrest van 28 september 2006, C-434/04, *Ahokainen en Leppik*, *Jur.* 2006, I-9171, r.o. 20.

61. Arrest van het Hof van 20 september 2007, C-297/05, *Commissie/Nederland*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 53-63.

62. Arrest van het Hof van 20 september 2007, C-297/05, *Commissie/Nederland*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 73-74.

- gering om de gelijkwaardigheid van in een andere lidstaat afgegeven certificaten te erkennen⁶³;
3. maatregelen van lidstaten die een herverpakking noodzakelijk maken. Een voorbeeld is het verbod om kauwgom onverpakt te verkopen⁶⁴;
 4. een verbod om voorgebakken en ingevroren broodwaren, buiten de traditionele bakkerij te laten ontdooien en afbakken. Er wordt daardoor geen rekening gehouden met de specificiteit van deze producten, en het verhindert dat zij bijvoorbeeld in supermarkten kunnen klaargemaakt worden⁶⁵;
 5. een algeheel verbod om elektrische, elektromechanische en elektronische spelen, daaronder begrepen computerspellen, te installeren en te exploiteren in openbare of privégelegenheden, met uitzondering van casino's. Hoewel dat de invoer op zich niet verhindert, tast het wel het volume daarvan aan⁶⁶;
 6. een verbod voor particulieren om alcoholhoudende dranken in te voeren, zelfs indien het bij wet ingestelde monopolie op de detailhandelverkoop van die dranken verplicht is de betrokken drank op verzoek te leveren⁶⁷;
 7. een nationale norm waaraan producten moeten voldoen (in casu normen inzake de technische voorschriften waaraan componenten van branddetectiesystemen moeten beantwoorden) vooraleer zij op de markt mogen gebracht worden⁶⁸;
 8. een reclameverbod voor het invoeren van geneesmiddelen die in de lidstaat van invoer verboden zijn, behalve op individuele aanvraag⁶⁹;
 9. een verbod voor vrachtwagens boven de 7,5 ton om een deel van een autostrade die "een van de hoofdverbindingen over land vormt tussen Zuid-Duitsland en Noord-Italië" te gebruiken⁷⁰. Het Hof erkent dus nogmaals dat het vrij verkeer van goederen ook een vrij transitrecht impliceert;
 10. het verbod op het gebruik van een bepaalde naam voor een product of levensmiddel, indien het niet volgens een bepaalde wijze is geproduceerd of samengesteld, zoals bijvoorbeeld een verbod op de verhandeling onder de benaming "sjalotten" voor groentegewassen die niet zijn verkregen door vegetatieve vermeerdering⁷¹.

44. Het Hof herhaalt ook zijn rechtspraak dat het vrij verkeer een recht is waarvan de uitoefening niet mag afhangen van een discretionaire bevoegdheid of inschikkelijkheid van de nationale autoriteiten. Het gaat hier om rechtspraak die ook in de andere vrijheden wordt onderschreven⁷².

45. De voorwaarde dat de maatregel moet uitgaan van een lidstaat wordt ruim geïnterpreteerd. Ook verklaringen van ambtenaren op radio en TV die een afschrikkend effect kunnen hebben op goederen, kunnen eronder vallen voor zover die verklaringen aan de staat kunnen worden toegerekend. Dat zal het geval zijn wanneer "de adressanten van deze verklaringen in de context van het geval er redelijkerwijs van mogen uitgaan dat het om standpunten gaat die de ambtenaar met het aan zijn ambt verbonden gezag inneemt"⁷³.

b. Nuance op de Dassonville-regel – De Keck en Mithouard-rechtspraak

46. Volgens de inmiddels goed bekende KECK EN MITHOUARD-rechtspraak⁷⁴ zijn als een door artikel 28 EG-Verdrag verboden maatregel van gelijke werking aan te merken, belemmeringen van het vrij 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 vrij goederenverkeer.

47. Omgekeerd oordeelt het Hof dat nationale bepalingen die bepaalde *verkoopmodaliteiten* aan banden leggen of verbieden, *niet* onder de Dassonville-rechtspraak vallen (en dus niet onder het verbod van art. 28 EG-Verdrag komen), 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

63. Arrest van het Hof van 10 november 2005, C-423/03, *Commissie/Portugal*, *Jur.* 2005, I-9665, r.o. 41.

64. Arrest van het Hof van 24 november 2005, zaak C-366/04, *Georg Schwarz/ Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg*, *Jur.* 2005, I-10153, r.o. 29.

65. Arrest van het Hof van 14 september 2006, C-82/05, *Commissie/Griekenland*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

66. Arrest van het Hof van 26 oktober 2006, C-65/05, *Commissie/Griekenland*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 28 e.v.

67. Arrest van het Hof van 5 juni 2007, C-170/04, *Rosengren e.a./Riksaklagaren*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 30-36; arrest van het Hof van 4 oktober 2007, C-186/05, *Commissie/Zweden*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 22.

68. Arrest van het Hof van 7 juni 2007, C-254/05, *Commissie/België*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 32.

69. Arrest van het Hof van 8 november 2007, C-143/06, *Ludwigs Apotheke/Juers Pharma*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 30.

70. Arrest van het Hof van 15 november 2005, C 320/03, *Commissie/Oostenrijk*, *Jur.* 2005, I-9871. Het is van belang voor ogen te houden dat in casu het probleem zat in het gegeven dat de autostrade een zéér cruciale doorvoerweg was. Dit arrest impliceert dus niet dat lidstaten in hun algemeenheid niet meer zouden mogen beperkingen aanbrengen aan vrachtovervoer.

71. Arrest van het Hof van 10 januari 2006, C-147/04, *De Groot en Bejo*, *Jur.* 2006, I-245.

72. Arrest van het Hof van 15 maart 2007, C-54/05, *Commissie/Finland*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 36.

73. Arrest van het Hof van 17 april 2007, C-470/03, *AGM-Cosmet*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 57.

74. Arrest van het Hof van 24 november 1993, C-267/91 en C-268/91, *Keck en Mithouard*, *Jur.* 1993, I-6097.

rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten als op die van producten uit andere lidstaten (= de *Keck*-uitzondering)⁷⁵.

Onder verkoopmodaliteiten verstaat het Hof o.m. bepalingen in de nationale wetgeving die betrekking hebben op methoden voor het op de markt brengen, zoals bijvoorbeeld een colportageverbod⁷⁶. In eerdere rechtspraak werden ook reeds onder die noemer geplaatst, bepalingen inzake de plaats en het tijdstip van de verkoop van bepaalde producten, de reclame, enz.⁷⁷.

48. Bij een algemeen colportageverbod is de eerste voorwaarde uit de *Keck*-test vervuld, vermits dergelijk algemeen verbod op alle marktdeelnemers slaat die in een land de colportageactiviteit ontplooiën. De vraag is dan of het colportageverbod niet de toegang tot de markt voor producten waarop het slaat (in casu ging het om zilveren sieraden) feitelijk sterker bemoeilijkt dan de toegang tot de markt voor nationale producten. Het enkele feit dat een bepaalde verkoopmethode voor een bepaalde product gepaster en efficiënter is dan een andere, en net die efficiëntere (in casu colportage) verboden wordt is onvoldoende in dat verband. Er moet nog gekeken worden naar andere vormen om de betrokken goederen te verkopen (bv. vanuit een vaste structuur – winkel,...)⁷⁸.

49. Valt daarentegen niet onder de *Keck*-uitzondering, een regeling die het snel ontdooien en afbakken van voorgebakken en ingevroren brood buiten de traditionale bakkerij verbiedt⁷⁹. Dat is geen verkoopmodaliteit, maar wel een maatregel die de bereidingswijze en de productie van producten betreft.

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

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

50. De *Dassonville*-definitie is bijzonder ruim. Vandaar ook het grote belang van de uitzonderingen op dit algemene principe. Eenmaal is vastgesteld dat een maatregel onder het verbod van artikel 28 EG-Verdrag valt, kan deze toch nog worden gerechtvaardigd indien het voldoet aan één van de twee grote categorieën uitzondering: enerzijds aan één van de uitzonderingen in artikel 30 EG-Verdrag, anderzijds aan één van de dwingende eisen zoals erkend door het Hof (zie hierna). 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). Ook dit is sinds het *Cassis de Dijon*-arrest, de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie en dat is in de besproken periode niet gewijzigd⁸⁰.

51. Welke mate van bescherming een lidstaat wenst te geven aan dergelijke dwingende reden (bv. volksgezondheid, bescherming van consumenten,...) is bij gebrek van EG harmonisatie een zaak van de lidstaten⁸¹.

52. Daarbij moet men wel indachtig zijn dat als afwijking op het “fundamentele” beginsel van het vrij verkeer van goederen, de uitzonderingen van artikel 30 en die inzake de “rule of reason” restrictief worden uitgelegd⁸².

53. Vanuit die gedachte, stelt het Hof dat het de lidstaten zijn die als zij zich op één van de uitzonderingen beroepen, concrete bewijzen hiervan moeten aanbrengen⁸³ en niet lou-

⁷⁵. 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 in de besproken periode ook arrest van het Hof van 23 februari 2006, C-441/04, *A-Punkt Schmuckhandels/Claudia Schmidt*, *Jur.* 2006, 2093, r.o. 15; arrest van het Hof van 28 september 2006, C-434/04, *Ahokainen/Leppik*, *Jur.* 2006, I-9171, r.o. 19.

⁷⁶. Arrest van het Hof van 23 februari 2006, C-441/04, *A-Punkt Schmuckhandels/Claudia Schmidt*, *Jur.* 2006, I-2093, r.o. 16; arrest van 14 september 2006, C-158/04 en C-159/04, *Vassilopoulos/Dimisio en Carrefour-Marinopoulos/Dimosio*, *Jur.* 2006, I-8135, r.o. 16.

⁷⁷. Zie o.m. arrest van het Hof van 25 maart 2004, C-71/02, *Herbert Karner Industrie-Auktionen en Troostwijk*, *Jur.* 2004, I-3025, r.o. 38.

⁷⁸. Arrest van het Hof van 23 februari 2006, C-441/04, *A-Punkt Schmuckhandels/Claudia Schmidt*, *Jur.* 2006, I-2093, r.o. 20 e.v.

⁷⁹. Arrest van het Hof van 14 september 2006, C-158/04 en C-159/04, *Vassilopoulos/Dimisio en Carrefour-Marinopoulos/Dimosio*, *Jur.* 2006, I-8135, r.o. 19; arrest van het Hof van 14 september 2006, C-82/05, *Commissie/Griekenland*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 23.

⁸⁰. Zie o.m. Arrest van 15 maart 2007, C-54/05, *Commissie/Finland*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*; arrest van het Hof van 10 november 2005, C-423/03, *Commissie/Portugal*, *Jur.* 2005, I-9665, r.o. 41; arrest van het Hof van 24 november 2005, C-366/04, *Georg Schwarz/Bürgemaister der Landeshauptstadt Salzburg*, *Jur.* 2005, I-10153, r.o. 30; arrest van het Hof van 28 september 2006, C-434/04, *Ahokainen/Leppik*, *Jur.* 2006, I-9171, r.o. 31; arrest van het Hof van 14 september 2006, C-158/04 en C-159/04, *Vassilopoulos/Dimisio en Carrefour-Marinopoulos/Dimosio*, *Jur.* 2006, I-8135, r.o. 22; arrest van het Hof van 7 juni 2007, C-254/05, *Commissie/België*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 33-35.

⁸¹. Arrest van het Hof van 10 november 2005, C-423/03, *Commissie/Portugal*, *Jur.* 2005, I-9665, r.o. 41; arrest van het Hof van 24 november 2005, C-366/04, *Georg Schwarz/Bürgemaister der Landeshauptstadt Salzburg*, *Jur.* 2005, I-10153, r.o. 32; arrest van het Hof van 28 september 2006, C-434/04, *Ahokainen/Leppik*, *Jur.* 2006, I-9171, r.o. 33; arrest van het Hof van 14 september 2006, C-158/04 en C-159/04, *Vassilopoulos/Dimisio en Carrefour-Marinopoulos/Dimosio*, *Jur.* 2006, I-8135, r.o. 21; arrest van het Hof van 5 juni 2007, C-170/04, *Rosengren e.a./Riksaklagaren*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 39; arrest van het Hof van 7 juni 2007, C-254/05, *Commissie/België*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 35.

⁸². Arrest van het Hof van 15 november 2007, C-319/05, *Commissie/Duitsland*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 83. Dit is gewoon de bevestiging van eerdere rechtspraak. Zie o.m. arrest van het Hof van 2 december 2004, C-41/02, *Commissie/Nederland*, *Jur.* 2004, I-11375, r.o. 47; arrest van het Hof van 29 april 2004, C-150/00, *Commissie/Oostenrijk*, *Jur.* 2004, I-3887, r.o. 89.

⁸³. Arrest van het Hof van 15 november 2007, C-319/05, *Commissie/Duitsland*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 88.

ter hypothetische veronderstellingen. In een recent arrest waarin een Belgische norm inzake technische vereisten voor systeemcomponenten voor branddetectieproducten ter sprake kwam, erkende het Hof dat een lidstaat, in casu dus België, uiteraard maatregelen mocht nemen ter bescherming van de openbare veiligheid en bescherming van de gezondheid van zijn onderdanen, en dat het België was die besliste hoe hoog dat niveau was. Maar het Hof stelde evenzeer dat *“de rechtvaardigingsgronden die een lidstaat kan aanvoeren, vergezeld gaan van passende bewijzen of van een analyse van de geschiktheid en de evenredigheid van de door die staat genomen beperkende maatregel, en van preciese gegevens die zijn argumenten kunnen onderbouwen”*⁸⁴. En daar wrong nu net het schoentje: België had zijn verweer beperkt tot de stelling dat die norm tot doel had een goede werking van het systeem te waarborgen. Dat mag men verhop... Maar of dat in casu klopte, of het daarvoor nodig was systemen die in andere landen legaal op de markt waren te weren, aan dat bewijs kwam België niet toe.

54. Een ander maar meer succesvol voorbeeld is het geval van het Oostenrijkse verbod om onverpakte kauwgom in automaten te verkopen, daar waar dit in Duitsland bijvoorbeeld wel was toegelaten. Het Hof oordeelde dat de volksgezondheid werd nagestreefd en oordeelde tevens dat de proportionaliteitstoets werd nageleefd. In casu bleek immers dat er in concreto bewijzen waren dat vocht en insecten in de automatenhouders binnendrongen en de producten aantastten. De verwijzende rechter had er tevens op gewezen dat er kennelijk in praktijk ook effectieve besmetting mogelijk was doordat consumenten besmetting via de laden binnenbrachten en meenamen. Eén en ander toont ook het grote belang aan van de feitelijke vaststellingen van de feitenrechter bij een prejudiciële vraag. Als die feiten immers voldoende concreet en precies zijn, zal het Hof de vraag ook zo beantwoorden dat er in feite een eindresultaat ligt, en niet enkel een juridische interpretatieregel.

55. Indien lidstaten oordelen dat bepaalde samenstellingen van voedingsmiddelen risico's met zich brengen eist het Hof in een constante rechtspraak dat de nationale autoriteiten *“in elk concreet geval tegen de achtergrond van de voedingsgewoonten van hun bevolking en de resultaten van het internationale wetenschappelijk onderzoek aantonen dat hun regeling noodzakelijk is voor een doeltreffende bescherming van de in die bepaling bedoelde belangen, en met name dat het in de handel brengen van de betrokken producten een reëel gevaar voor de volksgezondheid oplevert”*⁸⁵.

56. In de praktijk echter zal het Hof van Justitie in het kader van een prejudiciële vraag niet zelf die test concreet

kunnen invullen omdat het Hof meent niet over voldoende feitelijke gegevens te beschikken. En dan geeft het Hof soms wat “huiswerk” aan de verwijzende rechter. Een mooi voorbeeld betrof de prejudiciële vraag of een vergunning voor de invoer van bepaalde soorten alcohol wel evenredig was om de doelstelling van volksgezondheid en openbare orde te bereiken. Het Hof dat de rechter de argumenten van het betrokken land met betrekking tot de risico's van het gebruik van wijngeest en de doeltreffendheid van het stelsel van voorafgaande vergunningen moest toetsen: *“Tevens dient hij de resultaten van de beperkende maatregelen te onderzoeken, dat wil zeggen of deze maatregelen de... genoemde verstoringen van de openbare orde en schade voor de volksgezondheid, al was het slechts ten dele, kunnen tegengaan. Ten slotte is het zijn taak, zonder te vergeten dat ook voor het gebruik en de verkoop van wijngeest een vergunningenstelsel geldt, te onderzoeken of het door de omstreden regeling nagestreefde doel niet eveneens zou kunnen worden bereikt door middel van door de importeurs ondertekende verklaringen, zo nodig vergezeld van passende certificaten die door de lidstaat van verzending zijn afgegeven, waardoor de bevoegde autoriteiten de inlichtingen kunnen verkrijgen op grond waarvan zij de bestemming van de ingevoerde wijngeest kunnen controleren en misbruik kunnen tegengaan.”* Een rechtspracticus begrijpt dat hij er alle belang bij heeft om de verwijzingsrechter te overtuigen het Hof reeds voldoende gegevens voor te leggen zodat het Hof er desgevallend kan over beslissen. Want na dergelijk antwoord kan het geschil natuurlijk nog alle kanten op.

57. Een “klassiek” probleem om te slagen in de proportionaliteitstest is dat het Hof vaak van oordeel is dat een “passende” etiketterings- of voorlichtingsverplichting even goed het probleem kan oplossen⁸⁶. Een voorbeeld is het Griekse verbod om voorgebakken en ingevroren broodwaren, buiten de traditionele bakkerij snel te ontdooien en af te bakken. Griekenland verantwoordde die beperking vanuit het oogpunt van de bescherming van de consument die zou denken dat hij een vers product koopt, terwijl hij in feite een vitamineloos product van mindere kwaliteit koopt. Op zich had het Hof wel begrip voor de stelling, maar het oordeelde dat dit met een etiket of een passende voorlichting even goed kon bereikt worden terwijl de belemmering wel meteen minder groot was. Hetzelfde overkwam Duitsland dat een knoflookpreparaat als geneesmiddel wilde kwalificeren en aan een voorafgaande vergunning onderwerpen. In afwezigheid van concrete wetenschappelijke bewijzen van de risico's, meende het Hof dat een passende etikettering die de consumenten waarschuwt voor potentiële risico's verbonden aan de consumptie van het product kon volstaan⁸⁷.

⁸⁴. Arrest van het Hof van 7 juni 2007, C-254/05, *Commissie/België*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 36.

⁸⁵. Arrest van het Hof van 15 november 2007, C-319/05, *Commissie/Duitsland*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 88.

⁸⁶. Arrest van het Hof van 14 september 2006, C-158/04 en C-159/04, *Vassilopoulos/Dimisio* en *Carrefour-Marinopoulos/Dimosio*, *Jur.* 2006, I-8135, r.o. 25. Zie ook de vorige kronieken.

⁸⁷. Arrest van het Hof van 15 november 2007, C-319/05, *Commissie/Duitsland*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 95.

58. In het algemeen geldt de regel dat bij een maatregel die een geoorloofd doel nastreeft, de betrokken lidstaat zal moeten nazien dat geen dubbel gebruik ontstaat met eisen, analyses of proeven die reeds in andere lidstaten werden onderzocht⁸⁸. Dit houdt een actieve samenwerkingsplicht in van de betrokken controlerende instanties in de verschillende lidstaten: “*de strikte naleving van deze verplichting vereist een actieve houding van de nationale instantie waarbij een aanvraag om goedkeuring van een product of om erkenning, in dit kader, van de gelijkwaardigheid van een door een goedkeuringsinstantie van een andere lidstaat afgegeven certificaat is ingediend. Overigens moet ook laatstgenoemde instantie in voorkomend geval een dergelijke actieve houding aannemen, en de lidstaten moeten er in dat verband voor zorgen dat de bevoegde goedkeuringsinstanties onderling samenwerken teneinde de procedures te vergemakkelijken die moeten worden gevolgd om toegang tot de nationale markt van de lidstaat van invoer te verkrijgen*”⁸⁹. Ook in een andere zaak legde het Hof de nadruk op de noodzaak van “*samenwerking van de [nationale controle instanties – in casu de Nederlandse douaneautoriteiten] met hun ambtgenoten in de andere lidstaten inzake de eventueel ontbrekende gegevens*”⁹⁰.

59. De ervaring leert echter dat overheidsinstanties niet altijd deze procedures kennen en liever een marktdeelnemer de betrokken documenten of tests laten aanleveren. Ook België is hier niet altijd de goede leerling. In de hoger vermelde zaak inzake de nationale norm voor systeemvereisten voor branddetectieproducten, gaf België toe, dat het bij de toepassing en beoordeling van de invoer van producten aan de norm, geen rekening hield met controles die in de lidstaat van herkomst op de betrokken producten werd verricht. Derhalve was de maatregel dus onevenredig⁹¹. Eenzelfde probleem overkwam Nederland dat bij de invoer van motorvoertuigen een controle eiste om te zien of deze aan de verkeersveiligheidsregels en aan de milieuregels die golden in Nederland voldeden. Het Hof erkende weliswaar dat dit op zich “*dwingende eisen*” kunnen zijn (zie hierna), maar stelde vast dat de maatregel niet evenredig was, nu Nederland geen rekening wilde houden met bewijzen van keuringen in andere lidstaten⁹².

b. Consumentenbescherming en eerlijkheid van de handelstransacties

60. Nationale maatregelen ter bescherming van de consument behoren tot de dwingende vereisten op grond waarvan belemmeringen van het vrij verkeer van goederen in de zin van artikel 28 EG-Verdrag kunnen toegestaan zijn (uiteraard op voorwaarde dat deze maatregelen in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel). Een verbod op het installeren van elektrische, elektromechanische en elektronische spelen, daaronder begrepen computerspelen, kan volgens het Hof inderdaad noodzakelijk zijn met het oog op de bescherming van de consument, in het bijzonder omwille van de bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde en de openbare veiligheid⁹³. Dat is een bevestiging van eerdere rechtspraak van het Hof⁹⁴. Dit soort elektrische spelen zijn echter geen kansspelen met geldgewin als oogmerk. Het Hof meende dat de maatregel niet evenredig was, maar stelde wel niet welke de minder beperkingen maatregelen waren.

61. M.b.t. de benaming of vorm waaronder levensmiddelen of andere producten op de markt komen, zal meestal een passende etikettering een evenwaardige oplossing bieden, maar wel het handelsverkeer minder belemmeren. Het Hof bevestigt echter eerdere rechtspraak dat lidstaten toch van producenten/invoerders kunnen “*verlangen dat zij de benaming van een levensmiddel wijzigen, wanneer een onder een bepaalde benaming aangeboden product qua samenstelling of vervaardiging zozeer verschilt van de algemeen onder die benaming in de Gemeenschap bekende goederen, dat het niet kan worden geacht tot dezelfde categorie te behoren*”⁹⁵. In het betrokken geding stond vast dat de verschillen tussen traditionele sjalotten en zaaisjalotten hoofdzakelijk hun voortplantingswijze betreffen. Het gevolg is, volgens het Hof, dat het doel van de betrokken nationale wetgeving “*te weten de bescherming van de consumenten, (kan) derhalve worden bereikt met een aangepaste etikettering, waarop wordt vermeld dat de litigieuze sjalotten uit zaad zijn verkregen, en niet door vegetatieve vermeerdering*”.

c. Volksgezondheid

62. De bescherming van de volksgezondheid is in artikel 30 EG-Verdrag uitdrukkelijk erkend als een reden die de belemmering van het vrij verkeer van goederen kan recht-

⁸⁸. Arrest van het Hof van 10 november 2005, C-423/03, *Commissie/Portugal*, *Jur.* 2005, I-9665, r.o. 45 e.v.; arrest van het Hof van 20 september 2007, C-297/05, *Commissie/Nederland*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 79.

⁸⁹. *Ibid.*, r.o. 47.

⁹⁰. Arrest van het Hof van 20 september 2007, C-297/05, *Commissie/Nederland*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 79.

⁹¹. Arrest van het Hof van 7 juni 2007, C-254/05, *Commissie/België*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 42.

⁹². Arrest van het Hof van 20 september 2007, C-297/05, *Commissie/Nederland*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 79.

⁹³. Arrest van het Hof van 26 oktober 2006, C-65/05, *Commissie/Griekenland*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

⁹⁴. Zie o.m. de arresten van het Hof van 24 maart 1994, C 275/92, *Schindler*, *Jur.* 1994, I 1039, r.o. 58; arrest van het Hof van 21 september 1999, C-124/97, *Läärä e.a.*, *Jur.* 1999, I 6067, r.o. 33.

⁹⁵. Arrest van het Hof van 10 januari 2006, C-147/04, *De Groot en Bejo*, *Jur.* 2006, I-245. Zie ook reeds de rechtspraak vermeld in *Kroniek 1999-2001*, T.B.H. 2002, randnr. 20.

vaardigen⁹⁶. Een maatregel die voor invoer van alcohol een vergunning vereist kan dienen ter bescherming van de volksgezondheid (waarmee nog niet is gezegd dat de overige voorwaarden zoals de proportionaliteit, vervuld zijn)⁹⁷. Hetzelfde geldt voor een regel die de invoer door particulieren van alcoholhoudende dranken verbiedt⁹⁸.

63. Het Hof meent dat een verbod voor particulieren om alcoholhoudende dranken in te voeren, niet geschikt is om het doel van volksgezondheid en bescherming van de openbare orde te bereiken indien terzelfdertijd een nationaal detailhandelsmonopolie op vraag van de consumenten de betrokken alcohol toch moet invoeren. Immers in dat geval is het gevolg van de regeling vooral de bescherming van een bepaald handelskanaal⁹⁹. Het monopolie kan echter mogelijk wel nuttig zijn om de verkoop van alcohol aan jongeren tegen te gaan. Het Hof stelt echter vast dat het invoerverbod voor alcohol dan weer geldt ongeacht de leeftijd. Dus stellen dat het monopolie er is om de jongeren te beschermen en dat daarvoor een gelijkaardig invoerverbod nodig is, klopt niet in de feiten, nu het invoerverbod veel verder gaat. Het Hof meent bovendien dat een minder verregaand verbod erin zou bestaan dat wie de dranken koopt, een verklaring moet afleggen dat hij ouder is dan de in de nationale wetgeving voorziene leeftijd.

d. Intellectuele eigendomsrechten

64. Artikel 30 EG-Verdrag voorziet een expliciete uitzondering op het vrij verkeer van goederen ter bescherming van de intellectuele eigendomsrechten. Het Hof heeft altijd geoordeeld dat wanneer er geen communautaire wetgeving is, het EG-recht de rechten van de lidstaten inzake intellectuele eigendom “onverlet laat”, maar dat het “naar gelang de omstandigheden” daarvan de uitoefening kan beperken¹⁰⁰. Op basis van dat beginsel oordeelde het Hof dat het vrij verkeer van goederen een lidstaat niet verbiedt om een teken dat in de taal van een andere lidstaat beschrijvend is of er geen onderscheidend vermogen zou hebben voor de betrokken waren of diensten, toch als nationaal merk in te schrijven¹⁰¹.

65. De houder van een intellectueel eigendomsrecht zal dit echter slechts kunnen invoeren voor zover 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”¹⁰². Bij ompakking van geneesmiddelen wordt het specifieke voorwerp van het merk aangetast. Toch is er een hele rechtspraak die stelt wanneer dergelijke ompakking toch toelaatbaar is of niet¹⁰³. In de besproken periode is daar het arrest *Boehringer Ingelheim* bijgekomen dat de eerder door het Hof ontwikkelde criteria verder heeft uitgewerkt, maar wel integraal gebaseerd werd op de merkenrichtlijn, zodat dit hier verder onbesproken blijft.

e. Milieubescherming

66. Maatregelen ter bescherming van het milieu streven zeker één van de door het Hof erkende dwingende vereisten na¹⁰⁴. Aldus vallen maatregelen ter bescherming van de luchtkwaliteit onder deze dwingende eisen.

67. Maar ook hier geldt dat de lidstaten de noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets zullen moeten naleven. Om die reden kon het Hof niet instemmen met een Oostenrijks verbod voor vrachtwagens boven de 7,5 ton om een deel van een cruciale autowegverbinding tussen Duitsland en Italië nog langer te gebruiken. De overwegingen van het Hof daarbij waren tweërlei. Ten eerste had Oostenrijk onvoldoende minder beperkende maatregelen onderzocht. In de bewoordingen van het Hof:

87 Zonder dat het Hof zich zelf behoeft uit te spreken over het bestaan van alternatieven, via het spoor of over de weg, om het vervoer van de in de litigieuze verordening bedoelde goederen onder economisch aanvaardbare voorwaarden te verzekeren, noch behoeft na te gaan of andere, al dan niet gecombineerde maatregelen hadden kunnen worden getroffen om het doel van vermindering van de emissies van verontreinigende stoffen in het betrokken gebied te bereiken, volstaat het dienaangaande op te merken dat de Oostenrijkse autoriteiten vóór de vaststelling van een zo verregaande maatregel als een algeheel rijverbod op een gedeelte van een snelweg die een vitale verbinding tussen bepaalde lidstaten vormt, grondig moesten onderzoeken of maatregelen konden worden getroffen die het vrije verkeer minder beperken en deze slechts van de hand mochten wijzen indien duidelijk vaststond dat zij niet geschikt waren om het nagestreefde doel te bereiken.

⁹⁶. Arrest van het Hof van 24 november 2005, C-366/04, *Georg Schwarz/Bürgemaister der Landeshauptstadt Salzburg*, *Jur.* 2005, I-10153, r.o. 26-27.

⁹⁷. Arrest van het Hof van 28 september 2006, C-434/04, *Ahokainen/Leppik*, *Jur.* 2006, I-9171, r.o. 28.

⁹⁸. Arrest van het Hof van 5 juni 2007, C-170/04, *Rosengren e.a./Riksaklagaren*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 40.

⁹⁹. Arrest van het Hof van 5 juni 2007, C-170/04, *Rosengren e.a./Riksaklagaren*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 47; arrest van het Hof van 4 oktober 2007, C-186/05, *Commissie/Zweden*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 24.

¹⁰⁰. Arrest van het Hof van 9 maart 2006, C-421/04, *Matrazten Concord/Hukla Germany*, *Jur.* 2006, I-2303, r.o. 28.

¹⁰¹. Arrest van het Hof van 9 maart 2006, C-421/04, *Matrazten Concord/Hukla Germany*, *Jur.* 2006, I-2303, r.o. 29 e.v.

¹⁰². Arrest van het Hof van 26 april 2007, C-348/07, *Boehringer Ingelheim/Swingward, Dowelhurst e.a.*, 289 met noot M. CAMPOLINI en I. VERNIMME, r.o. 14, *I.R. D.I.* 2007.

¹⁰³. Zie hierover *Kroniek 2001-2003*, *T.B.H.* 2004, p. 644-645.

¹⁰⁴. Arrest van het Hof van 15 november 2005, C-320/03, *Commissie/Oostenrijk*, *Jur.* 2005, I-9871, r.o. 70 e.v. Zie ook de samenvatting en de bespreking in *C.M.L.R.* 2006, 1447.

88 Gelet op het uitdrukkelijke doel om het vervoer van de betrokken goederen te verleggen van de weg naar het spoor, hadden die autoriteiten, alvorens te beslissen een maatregel als die welke bij de litigieuze verordening is ingevoerd in werking te doen treden, zich meer in het bijzonder ervan moeten vergewissen dat het spoor voldoende en passende capaciteit had voor die verlegging¹⁰⁵.

Daarnaast oordeelde het Hof dat de overgangstermijn van twee maanden voor bedrijven om zich aan te passen veel te kort was.

f. Verkeersveiligheid

68. Het Hof erkent dat maatregelen die beogen de verkeersveiligheid te verhogen, dwingende redenen van algemeen belang vormen en een belemmering van het vrij verkeer van goederen kunnen rechtvaardigen¹⁰⁶. In casu echter was de noodzakelijkheidsvoorwaarde niet vervuld bij een Finse wetgeving die een overbrengingsvergunning oplegde voor de invoer van een in een andere lidstaat rechtmatig in het verkeer gebracht voertuig. Het Hof leidde dit o.m. af uit het feit dat een dergelijke vereiste niet gold voor alle in een andere lidstaat geregistreerde voertuigen die op het Finse grondgebied in het verkeer werden gebracht. Bovendien kon de achterliggende reden voor deze vergunning (nl. achterhalen van de technische k merken van het betrokken voertuig), ook op andere wijzen worden achterhaald in het licht van het feit dat alle lidstaten over een systeem van voertuigenregistratie beschikken.

g. Belastingcontrole

69. Uiteraard zijn maatregelen die een doeltreffende belastingcontrole moeten verzekeren een toegelaten dwingende vereiste. Invoervergunningen op de invoer van tweedehandsauto's m.h.o.o. vrijstelling van motorijtuigenbelastingen kunnen echter met minder beperkende middelen, zoals een verplichte aangifte¹⁰⁷.

4. Nationale monopolies

70. Artikel 31, lid 1 EG-Verdrag 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 alcoholhoudende dranken exclusief voorbehouden aan een commercieel monopolie, met name de Systembolaget. Bepalingen inzake het bestaan en de werking van dat monopolie vallen onder artikel 31 EG-Verdrag¹⁰⁸.

71. Bepalingen die echter losstaan van het bestaan en de werking van dergelijke monopolies, vallen buiten artikel 31. Zo moet het Zweedse verbod voor invoer van alcohol door particulieren alsnog aan artikel 28 worden getoetst en niet aan artikel 31 ondanks het detailhandelmonopolie¹⁰⁹.

5. Het voorkomingsbeleid

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

72. Met het oog op het voorkomen van belemmeringen van het intra-communautaire handelsverkeer hebben het Parlement en de Raad een richtlijn uitgevaardigd krachtens dewelke lidstaten op voorhand alle ontwerpen van technische voorschriften voor producten (industrie-, landbouw-, cosmetica-producten, 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 gaan¹¹⁰.

73. Een algeheel verbod op het gebruik van elektrische, elektromechanische en elektronische spelen, daaronder begrepen computerspelen, in openbare of privégelegenheden, met uitzondering van casino's, alsmede op het gebruik van spelen op computers in ondernemingen waar internetdiensten worden verleend, en de exploitatie van deze ondernemingen afhankelijk stellen van de afgifte van een speciale vergunning, zijn technische voorschriften in de zin van

¹⁰⁵ Ibid., r.o. 87-88.

¹⁰⁶ Arrest van het Hof van 15 maart 2007, C-54/05, *Commissie/Finland*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 36; arrest van 20 september 2007, C-297/05, *Commissie/Nederland*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 77.

¹⁰⁷ Arrest van het Hof van 15 maart 2007, C-54/05, *Commissie/Finland*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 44-46.

¹⁰⁸ Arrest van het Hof van 5 juni 2007, C-170/04, *Rosengren e.a./Riksaklagaren*, r.o. 17; arrest van het Hof van 4 oktober 2007, C-186/05, *Commissie/Zweden*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 23.

¹⁰⁹ Arrest van het Hof van 5 juni 2007, C-170/04, *Rosengren e.a./Riksaklagaren*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 19-27.

¹¹⁰ 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.

artikel 1, sub 11 van richtlijn 98/34¹¹¹. Interessant in deze zaak is verder nog dat het Hof niet aanvaardde dat de betrokken lidstaat (Griekenland) zich kon beroepen op de uitzondering van artikel 9, lid 7, eerste streepje van richtlijn 98/34 (een soort noodtoestand of urgentietoestand), aangezien vaststond dat er op de datum van vaststelling van genoemde wet in Griekenland geen sprake was van een situatie waarop deze bepaling betrekking heeft.

74. Deze richtlijn beoogt dus een preventieve controle. Ter herinnering kan opgemerkt worden dat in de zaak *CIA Security International*¹¹² het Hof van Justitie gesteld heeft dat deze richtlijn rechtstreekse werking heeft en dat “technische voorschriften” die niet zijn aangemeld door een nationale rechter buiten toepassing moeten verklaard worden¹¹³.

b. Beschikking nr. 3052/95

75. Minder verregaand is beschikking nr. 3052/95/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 1995 tot vaststelling van een procedure voor uitwisseling van informatie over nationale maatregelen waarbij wordt afgeweken van het beginsel van het vrij verkeer van goederen binnen de Gemeenschap¹¹⁴. Artikel 1 van beschikking nr. 3052/95 luidt:

“Wanneer een lidstaat het in het vrij verkeer of in de handel brengen verhindert van een bepaald model of een bepaald type product dat in een andere lidstaat rechtmatig vervaardigd of in de handel is gebracht, brengt hij de Commissie de desbetreffende maatregel ter kennis, wanneer deze voor het product direct of indirect tot gevolg heeft dat:

- het algeheel wordt verboden,*
- de vergunning voor het in de handel brengen wordt geweigerd,*
- het model of het type wordt gewijzigd voordat het product in de handel kan worden gebracht of gehandhaafd, of*
- het uit de handel wordt genomen.”*

Deze wetgeving beoogt dus vooral de Commissie toe te laten een zicht te krijgen op potentieel belemmerende maatregelen die de lidstaten in praktijk nemen. Het laat de Commissie ook toe om eventueel snel op te treden tegen bepaalde praktijken.

76. Het Hof heeft geoordeeld dat hieronder vallen: “*elke door een lidstaat genomen maatregel, met uitzondering van rechterlijke beslissingen, waardoor het vrij verkeer wordt verhinderd van producten die in een andere lidstaat rechtmatig zijn vervaardigd of in de handel zijn gebracht, ongeacht de vorm van die maatregel of de instantie die hem heeft genomen*”. Aldus zijn de weigering om producten uit andere lidstaten goed te keuren die niet voldoen aan nationale normen en de weigering om met goedkeuringen van andere lidstaten rekening te houden, “maatregelen” die onder deze richtlijn vallen en dus aan de Commissie zouden moeten gemeld worden¹¹⁵. Het praktische belang voor de particulier is echter tot op heden zeer beperkt, aangezien er – in tegenstelling tot de situatie onder richtlijn 98/34 – geen rechtspraak is die stelt dat de niet-naleving van deze verplichting op zich de “buiten toepasbaarheid” met zich brengt van de betrokken nationale maatregel.

II. VRIJHEID VAN VESTIGING

A. Algemeen – Draagwijdte

1. Discriminatieverbod

77. Veel van de in de besproken periode gevelde arresten van het Hof van Justitie betreffen de reikwijdte van de in artikel 43 EG-Verdrag vervatte vrijheid van vestiging. Het Hof herinnerde eraan dat deze verdragsbepaling “*een van de fundamentele bepalingen van het Gemeenschapsrecht is en rechtstreeks toepasselijk is in de lidstaten*”¹¹⁶ en dat zij een bijzondere uitdrukking vormt van het algemene niet-discriminatiebeginsel vervat in artikel 12 EG-Verdrag¹¹⁷. Wat dit niet-discriminatiebeginsel betreft, herbevestigde het Hof zijn vaste rechtspraak dat “[d]e regels inzake gelijke behandeling [...] niet alleen de zichtbare discriminaties op grond van nationaliteit [verbieden], maar ook alle verkapt vormen van discriminatie die door toepassing van andere onderscheidingscriteria in feite tot hetzelfde resultaat leiden”¹¹⁸ en dat er “*slechts sprake [is] van discriminatie wanneer verschillende regels worden toegepast op vergelijkbare situaties of wanneer dezelfde regel wordt toegepast op verschillende situaties*”¹¹⁹.

¹¹¹. Arrest van het Hof van 26 oktober 2006, C-65/05, *Commissie/Griekenland*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 61 e.v.

¹¹². Arrest van het Hof van 30 april 1996, C-194/94, *Jur.* 1996, I-2201.

¹¹³. Zie *Kroniek 1996-1997, T.B.H.* 1998, p. 144-145, randnrs. 35-41.

¹¹⁴. *PB.* 1995, L. 321, p. 1.

¹¹⁵. Arrest van het Hof van 10 november 2005, C-432/03, *Commissie/Portugal*, *Jur.* 2005, I-9665, r.o. 57-58.

¹¹⁶. Arrest van het Hof van 23 februari 2006, C-253/03, *CLT-UFA*, *Jur.* 2006, I-1831, r.o. 12.

¹¹⁷. Arrest van het Hof van 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, *Jur.* 2005, I-8585, r.o. 48.

¹¹⁸. Arrest van het Hof van 22 maart 2007, C-383/05, *Talotta*, *Jur.* 2007, I-2555, r.o. 17.

¹¹⁹. Arrest *Talotta*, r.o. 18.

78. Dat ook ons land deze beginselen nog niet altijd consistent toepast, blijkt uit het arrest *Talotta*¹²⁰. De zaak betrof de verenigbaarheid met het vrije vestigingsrecht van artikel 342 § 2 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen van 1992, uitgevoerd door artikel 182 van een koninklijk besluit van 27 augustus 1993. Deze bepalingen voorzagen uitsluitend voor “vreemde firma’s die in België werkzaam zijn” in minimummaatstaven ter bepaling van de heffing op welbepaalde nader gepreciseerde belastbare winsten en baten. In lijn met het arrest *Schumacker*¹²¹ oordeelde het Hof dat deze regeling “een indirecte discriminatie op grond van nationaliteit [vormt] in de zin van artikel 52 [nu artikel 43] van het verdrag. Zelfs indien genoemde regeling een onderscheid maakt aan de hand van het woonplaatscriterium, in die zin dat zij aan niet-ingezetenen bepaalde belastingvoordelen onthoudt die zij ingezetenen wel toekent, kan zij immers in het nadeel werken van hoofdzakelijk onderdanen van andere lidstaten, aangezien de niet-ingezetenen in de meeste gevallen buitenlanders zijn”¹²².

79. In *Finanzamt Dinslaken*¹²³, eveneens een fiscale zaak, bevond het Hof een Duitse regeling discriminerend, daar zij tot gevolg had dat aan een ingezetene belastingplichtige door de lidstaat waar hij woont, wordt geweigerd om gezamenlijk met zijn in een andere lidstaat wonende echtgenoot in de inkomstenbelasting te worden aangeslagen op grond dat deze laatste in die andere lidstaat zowel meer dan 10% van het gezinsinkomen als meer dan 24.000 (toenmalige) DEM heeft verworven, terwijl de door die echtgenoot in deze andere lidstaat verworven inkomsten daar niet aan de inkomstenbelasting zijn onderworpen. Het Hof oordeelde dat, “[a]angezien [de ingezeten echtgenoot] in casu op geen enkele wijze aanspraak kan maken op inaanmerkingneming, in het kader van de gezamenlijke aanslag, van zijn persoonlijke situatie en zijn gezinssituatie, moet worden vastgesteld dat hier sprake is van een door artikel 52 [nu artikel 43] van het verdrag verboden discriminatie”¹²⁴.

80. De zaak *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, ten slotte, leidde tot een veroordeling van Italiaanse maatregelen die het recht op uitoefening van bepaalde activiteiten op het gebied van advies- en bijstandsverlening in fiscale zaken bij uitsluiting voorbeholden aan officiële centra voor belasting-

advies, waarbij het Hof meer bepaald de beperking van de mogelijkheid tot oprichting van dergelijke centra tot bepaalde reeds in Italië gevestigde rechtssubjecten als een niet-gerechtigde discriminatoire belemmering van de vrijheid van vestiging bestempelde¹²⁵.

2. Verbod van niet-discriminerende beperkingen

81. Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat ook niet-discriminerende beperkingen van het vrije vestigingsrecht in beginsel door artikel 43 EG-Verdrag verboden zijn¹²⁶. Geconfronteerd met dergelijke beperkingen, zal het Hof, in het kader van zijn “rule of reason”-toetsing, nagaan of de betrokken nationale maatregelen niet gerechtvaardigd kunnen worden, wat enkel het geval zal zijn “indien zij een doel van algemeen belang nastreven, geschikt zijn om de verwezenlijking daarvan te waarborgen en niet verder gaan dan noodzakelijk is om het gestelde doel te bereiken”¹²⁷.

82. Ook vanuit deze optiek kwamen een aantal Belgische maatregelen tijdens de besproken periode onder vuur te liggen. Zo achtte het Hof in *Claude Nadin* de Belgische regeling die een ingezetene zelfstandige verplicht tot inschrijving in België van een bedrijfsvoertuig dat hem ter beschikking gesteld is door een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap die hem tewerkstelt, wanneer dat voertuig niet hoofdzakelijk bestemd is voor duurzaam gebruik in België en daar feitelijk ook niet duurzaam wordt gebruikt, in strijd met artikel 43 EG-Verdrag¹²⁸. Verder bevond het, in het kader van een inbreukprocedure, de Belgische regeling inzake levensverzekeringen strijdig met het vrije vestigingsrecht (alook met het vrij verkeer van diensten en personen), in de mate dat deze regeling, onder meer, voor de aftrekbaarheid van de werkgeversbijdragen voor aanvullende verzekering tegen ouderdom en vroegtijdige dood, en voor de belastingvermindering voor het langetermijnsparen voor persoonlijke bijdragen voor genoemde aanvullende verzekering, de voorwaarde stelde dat deze bijdragen worden betaald aan een in België gevestigde verzekeringsonderneming of verzorgingsinstelling¹²⁹. Ten slotte besliste het Hof in *Geurts en Vogten* dat, bij gebreke van een geldige rechtvaardiging terzake, de vrijheid van vestiging in de weg staat aan de Belgische

¹²⁰. *Supra*, voetnoot 118.

¹²¹. Arrest van het Hof van 14 februari 1995, C-279/93, *Schumacker*, *Jur.* 1995, I-225.

¹²². Arrest *Talotta*, r.o. 32.

¹²³. Arrest van het Hof van 25 januari 2007, C-329/05, *Finanzamt Dinslaken*, *Jur.* 2007, I-1107.

¹²⁴. Arrest *Finanzamt Dinslaken*, r.o. 30.

¹²⁵. Arrest van het Hof van 30 maart 2006, C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, *Jur.* 2006, I-2941. De overige bepalingen van de bestreden Italiaanse regeling werden veroordeeld als zijnde niet-discriminerende schendingen van art. 43 EG-Verdrag. Tot een discriminatoire belemmering van het vrije vestigingsrecht werd in de besproken periode ook besloten in, onder meer, *CLT-UFA*, *supra*, voetnoot 116.

¹²⁶. Veel belangwekkende arresten terzake werden gevelde met betrekking tot specifieke onderwerpen zoals het vestigingsrecht van vennootschappen en fiscale aangelegenheden, zodat de lezer voor een uitvoerige bespreking van deze arresten verwezen wordt naar de overeenstemmende hoofdingen in deze bijdrage.

¹²⁷. Arrest van het Hof van 30 januari 2007, C-150/04, *Commissie/Denemarken*, *Jur.* 2007, I-1163, r.o. 46.

¹²⁸. Arrest van het Hof van 15 december 2005, C-151/04 en C-152/04, *Claude Nadin e.a.*, *Jur.* 2005, I-11203. Zie tevens beschikking van 2 mei 2006, C-291/04, *Schmitz*, *Jur.* 2006, I-59.

¹²⁹. Arrest van het Hof van 5 juli 2007, C-522/04, *Commissie/België*, *Jur.* 2007, I-5701.

belastingregeling inzake successierechten krachtens welke de vrijstelling van deze rechten voor familiale ondernemingen niet geldt voor ondernemingen die gedurende de drie jaar vóór het overlijden van de decujus ten minste vijf werknemers in een andere lidstaat tewerkstellen, terwijl dergelijke vrijstelling wel geldt wanneer de werknemers in een Belgische regio zijn tewerkgesteld¹³⁰.

83. In *Placanica*¹³¹ kreeg het Hof de kans om verdere toepassing te maken van zijn rechtspraak inzake kansspelen zoals ontwikkeld in, onder meer, *Schindler*¹³² en *Gambelli*¹³³. De voorliggende zaak betrof de relatie tussen artikel 43 EG-Verdrag en de (wederom) Italiaanse regeling terzake, die de uitoefening van een activiteit in de kanspelsector op niet-discriminatoire wijze beperkt door te vereisen dat de betrokken marktdeelnemer een specifieke vergunning moet verkrijgen, alsook moet beschikken over een concessie, die verleend wordt middels een aanbestedingsprocedure waarvan bepaalde soorten marktdeelnemers uitgesloten zijn. Het Hof bevestigde dat, in de context van kansspelen, “de bijzonderheden van morele, religieuze of culturele aard, alsmede de aan kansspelen en weddenschappen verbonden moreel en financieel schadelijke gevolgen voor het individu en de samenleving [kunnen] rechtvaardigen dat de nationale autoriteiten over voldoende beoordelingsvrijheid beschikken om te bepalen, wat noodzakelijk is voor de bescherming van de consument en van de maatschappelijke orde”¹³⁴. Niettemin achtte het de Italiaanse regelgeving een schending van het vrije vestigingsrecht die geen rechtvaardiging vond in de opgeworpen doelstellingen om de gelegenheden tot spelen te beperken en de criminaliteit te bestrijden, althans in zoverre ze impliceerde dat bepaalde marktdeelnemers steeds uitgesloten moeten worden van de relevante aanbestedingsprocedures voor het toekennen van concessies. Dergelijke totale uitsluiting gaat immers verder dan noodzakelijk is ter bereiking van de gestelde doelen aangezien minder beperkende maatregelen, zoals het inwinnen van informatie, terzake even doeltreffend kunnen zijn¹³⁵. Of het vereiste van concessies *in se* gerechtvaardigd kan worden door de aangevoerde gronden, laat het Hof evenwel over aan de nationale rechter.

84. Een ander belangwekkend arrest¹³⁶, dat in lijn ligt met

de eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie in *Schmidberger*¹³⁷ en *Omega Spielhallen*¹³⁸, en dat de nodige inkt heeft doen vloeien¹³⁹, is *Viking*¹⁴⁰.

Zie, onder meer, T. BLANKE, “Streikende Wikinger vor dem Europäischen Gerichtshof”, *Arbeit und Recht* 2006, 1-6; T. NOVITZ, “The right to strike and re-flagging in the European Union: free movement provisions and human rights”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly* 2006, 242-256; V. WEDL, “Vaxholm und Viking: Gewerkschaftliche Kampfmaßnahmen vor dem EuGH”, *Das Recht der Arbeit* 2006, 264-268; B. BERCUSSON, “The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day”, *European Law Journal* 2007, Vol. 13, Issue 3, 279-308; N. REICH, “Gemeinschaftliche Verkehrsfreiheiten versus Nationales Arbeitskampfrecht”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2007, 391-396; T. BLANKE, “Viking und Laval vor dem Europäischen Gerichtshof”, *Arbeit und Recht* 2007, 249-254; M. PIEBKALLA, “Unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten des EG-Vertrags bei Boykottaufrufen durch Gewerkschaften”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2007, 1144-1148; S. EVJU, “Grenzüber-schreitender Arbeitskampf auf Schiffen und Rechtswahl”, *Recht der internationalen Wirtschaft* 2007, 898-908; C. LANGENFELD, “Wer schlägt die Schlacht im Fall Rosella? Streiks gegen Standortverlagerungen contra europäische Niederlassungsfreiheit vor dem EuGH”, *Staat im Wort* 2007, 815-828; B. ZWANZIGER, “Arbeitskampf- und Tarifrecht nach den EuGH-Entscheidungen ‘Laval’ und ‘Viking’ – Zugleich Anmerkung zu den EuGH-Entscheidungen vom 11.12.2007 und 18.12.2007”, *Der Betrieb* 2008, 294-298; P. CHAUMETTE, “Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises”, *CJCE* 11 décembre 2007, C-438/05, *ITF & The Finnish Seamen’s Union*, *CJCE* 18 décembre 2007, C-341/05, *Laval & Partnery Ltd*, *Droit social* 2008, 210-220; D. SIMON, “Libre circulation des entreprises, conventions collectives et actions syndicales”, *Europe* 2008, Février Comm. n° 40, 18-20; A. BÜCKER, “Die Rosella-Entscheidung des EuGH zu gewerkschaftlichen Maßnahmen gegen Standortverlagerungen: der Vorhang zu und viele Fragen offen”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2008, 212-216; B. TEYSSIÉ, “Esquisse du droit communautaire des conflits collectifs”, *La Semaine Juridique – Social* 2008, n° 1075, 15-18; J. CAVALLINI, “Une action collective licite en droit interne peut être contraire à la liberté d’établissement consacrée par le traité de Rome”, *La Semaine Juridique – Social* 2008, n° 1086, 36-37; R. REBHAIN, “Grundfreiheit versus oder vor Streikrecht”, *Wirtschaftsrechtliche Blätter* 2008, 63-69; *Id.*, “Grundfreiheit vor Arbeitskampf – der Fall Viking”, *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht* 2008, 109-117; A. POTZ, “Arbeitskampf und Niederlassungsfreiheit – Zum Spannungsverhältnis zwischen Grundrechten und Grundfreiheiten – Anmerkung zu Rs C-438/05 Viking”, *Österreichisches Recht der Wirtschaft* 2008, 92-95; C. VIGNEAU, “Encadrement par la Cour de l’action collective au regard du Traité de Rome”, *La Semaine Juridique – édition générale* 2008, II 10060, 33-36; T. NOVITZ, “Taking collective action”, *Competition Law Insight* 2008, Vol. 7, Issue 4, 10-12; C. JOERGES en F. RÖDL, “Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischer Rechtsprechung im Umgang mit dem ‘sozialen Defizit’ des Integrationsprojekts: ein

^{130.} Arrest van het Hof van 25 oktober 2007, C-464/05, *Maria Geurts en Dennis Vogten*, *Jur.* 2007, I-9325.

^{131.} Arrest van het Hof van 6 maart 2007, C-338/04, C-359/04 en 360/04, *Massimiliano Placanica e.a.*, *Jur.* 2007, I-1891.

^{132.} Arrest van het Hof van 24 maart 1994, C-275/92, *Schindler*, *Jur.* 1994, I-1039, besproken in *Kroniek 1993-1994*, *T.B.H.* 1994, p. 797-799, randnrs. 104-106.

^{133.} Arrest van het Hof van 6 november 2003, C-243/01, *Gambelli*, *Jur.* 2003, I-13031, besproken in *Kroniek 2003-2005*, *T.B.H.* 2006, p. 288, randnr. 71 en p. 290, randnr. 75.

^{134.} Arrest *Placanica*, r.o. 47.

^{135.} Arrest *Placanica*, r.o. 62.

^{136.} Niet minder dan 15 regeringen dienden opmerkingen in.

^{137.} Arrest van het Hof van 12 juni 2003, C-112/00, *Eugen Schmidberger*, *Jur.* 2003, I-5659.

^{138.} Arrest van het Hof van 14 oktober 2004, C-36/02, *Omega Spielhallen*, *Jur.* 2004, I-11583, besproken in *Kroniek 2003-2005*, *T.B.H.* 2006, p. 302, randnr. 108.

^{139.} Zie tekst op deze bladzijde.

^{140.} Arrest van het Hof van 11 december 2007, C-438/05, *Viking*, *Jur.* 2007, I-10779. Zie in die zin tevens het arrest *Laval* (arrest van 18 december 2007, C-341/05, *Laval*, *Jur.* 2007, I-11767), hieronder besproken (*infra*, randnr. 107).

Beitrag aus Anlass der Urteile des EuGH in den Rechtssachen Viking und Laval”, *Zentrum für Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen* 2008, 22 p.; S. THOMAS, “La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt ‘Viking’”, *Revue du droit de l’Union européenne* 2008, n° 1, 193-200; E. KOCHER, “Die Tarifreuerklärung vor dem EuGH”, *Der Betrieb* 2008, 1042-1045; H. BRODIER, “Restrictions à une liberté fondamentale du traité par l’exercice du droit fondamental à l’action collective: la Cour encadre étroitement les justifications basées sur l’objectif de la protection des travailleurs”, *L’Europe des libertés: revue d’actualité juridique* 2008, n° 25, 20-21; A.C.L. DAVIES, “One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ”, *Industrial Law Journal* 2008, 126-148; G. JAZOTTES, “Droit européen des affaires”, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique* 2008, 445-450; F. DONNAT, “Chronique annuelle 2007 de jurisprudence communautaire”, *Revue juridique de l’Economie publique* 2008, n° 655, 10-11; C. BARNARD, “Social dumping or dumping socialism?”, *The Cambridge Law Journal* 2008, 262-264 en F. TEMMING, “Mit wie viel Verlust muss eine Fähre betrieben werden? Der Fall Viking vor dem EuGH”, *European Law Reporter* 2008, 190-205.

De zaak betrof de vraag naar de verenigbaarheid met het vestigingsrecht van een collectieve actie ingespannen door een Finse vakbond van varende personeel (*Finnish Seamen’s Union*, hierna: “FSU”) en de in Londen gevestigde internationale federatie van werknemersbonden in de vervoersector waarbij FSU aangesloten is (*International Transport Workers’ Federation*) tegen Viking, een ferrymaatschappij naar Fins recht, en meer bepaald tegen diens plan zich in te schrijven in Estland of Noorwegen, teneinde het hoofd te kunnen bieden aan de sterke concurrentie van Estse schepen die, anders dan Viking, niet gebonden zijn door de strikte normen inzake minimumlonen naar Fins recht, vastgelegd in collectieve arbeidsovereenkomsten. Het Hof bevestigde in de eerste plaats zijn vaste rechtspraak inzake collectieve arbeidsovereenkomsten, zoals o.m. vervat in *Walrave en Koch*¹⁴¹, *Bosman*¹⁴² en *Wouters*¹⁴³, nl. dat “de artikelen 39 EG, 43 EG en 49 EG niet alleen [gelden] voor handelingen van de overheid, maar ook voor bepalingen van andere aard, strekkende tot collectieve regeling van arbeid in loondienst, zelfstandige arbeid en het verrichten van diensten”¹⁴⁴, aangezien “een beperking van de verboden van deze artikelen tot handelingen van de overheid [zou] kunnen leiden tot het ontstaan van ongelijkheden bij hun toepassing”¹⁴⁵.

Vervolgens ging het Hof over tot een afweging tussen grondrechten en fundamentele vrijheden van het Gemeenschapsrecht: “[o]f schoon het recht om collectieve acties te voeren, met inbegrip van het stakingsrecht [...] moet worden erkend als grondrecht dat integrerend deel uitmaakt van de algemene beginselen van Gemeenschapsrecht waarvan het Hof

de eerbiediging verzekert, kunnen aan de uitoefening ervan bepaalde beperkingen worden gesteld”¹⁴⁶. Anderzijds “[vormt] de bescherming van de grondrechten een rechtmatig belang [...], dat in beginsel een rechtvaardiging kan vormen voor een beperking van de door het Gemeenschapsrecht opgelegde verplichtingen, zelfs die voortvloeiend uit een door het verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheid”¹⁴⁷. Bijgevolg “dienen de uit het EG-Verdrag voortvloeiende rechten met betrekking tot het vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal te worden afgewogen tegen de doelen van de sociale politiek”¹⁴⁸.

Uiteindelijk stelde het Hof zich bij de toetsing in *Viking*, in het licht van de aangevoerde en principieel gerechtvaardigde dwingende reden van algemeen belang van de bescherming van werknemers, terughoudend op en liet het aan de verwijzende rechter om na te gaan of de bestreden collectieve actie van de betrokken vakbonden inderdaad geschikt en noodzakelijk was om de werknemers te beschermen. Wel gaf het Hof de nationale rechter mee dat de collectieve actie van FSU vermoedelijk niet gerechtvaardigd zal zijn indien zou blijken dat geen arbeidsplaatsen of arbeidsvoorwaarden op het spel stonden of anderszins ernstig in gevaar waren, aangezien dit net het vermeende voorwerp van de betrokken actie was¹⁴⁹.

85. In een inbreukprocedure tegen Denemarken¹⁵⁰ ging het Hof de verenigbaarheid met het vrije vestigingsrecht na van een niet-discriminerende nationale regeling inzake levensverzekeringen en ouderdomspensioenen, op grond waarvan het recht op aftrek van en het recht op vrijstelling voor premiebetalingen alleen golden voor overeenkomsten die met in Denemarken gevestigde pensioeninstellingen zijn afgesloten, terwijl deze belastingvoordelen niet golden voor overeenkomsten die met in andere lidstaten gevestigde pensioeninstellingen zijn afgesloten. Het Hof was van oordeel dat dergelijke regeling een belemmering vormt van de vestigingsvrijheid (alsook van het vrij verkeer van diensten en personen), die in casu geen rechtvaardiging vond in de aangevoerde redenen van algemeen belang (doeltreffendheid van fiscale controles, voorkoming van belastingvlucht en samenhang van het belastingstelsel).

86. Ten slotte besliste het Hof in *N/Inspecteur van de Belastingdienst*¹⁵¹ dat het een niet-discriminerende belemmering van artikel 43 EG-Verdrag oplevert wanneer een lid-

^{141.} Arrest van het Hof van 12 december 1974, 36/74, *Walrave en Koch*, *Jur.* 1974, 1405, r.o. 17-18.

^{142.} Arrest van het Hof van 15 december 1995, C415/93, *Bosman*, *Jur.* 1995, I-4921, r.o. 83-84.

^{143.} Arrest van het Hof van 19 februari 2002, C-309/99, *Wouters*, *Jur.* 2002, I-1577, r.o. 120, besproken in *Kroniek 2001-2003*, T.B.H. 2004, p. 631, randnrs. 114-124.

^{144.} Arrest *Viking*, *supra*, voetnoot 140, r.o. 33.

^{145.} Arrest *Viking*, r.o. 34.

^{146.} Arrest *Viking*, r.o. 44.

^{147.} Arrest *Viking*, r.o. 45.

^{148.} Arrest *Viking*, r.o. 79.

^{149.} Arrest *Viking*, r.o. 81.

^{150.} *Infra*, voetnoot 179.

staat, in casu Nederland, een systeem invoert van belasting over waardeangroei in geval van verlegging van de woonplaats van een belastingplichtige van die lidstaat naar het buitenland, dat voor de verlening van uitstel van betaling van deze belasting zekerheidstelling vereist en niet volledig rekening houdt met waardeverminderingen die na de verlegging van de woonplaats van de belanghebbende kunnen optreden en die niet in aanmerking worden genomen door de lidstaat van ontvangst. De aangevoerde rechtvaardigingsgronden – de noodzaak van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten en het vermijden van dubbele belasting – konden de schending niet afwenden.

3. Vestigingsrecht van vennootschappen

87. In de arresten uitgesproken in de onderhavige periode bevestigde het Hof meermaals dat “[d]e vrijheid van vestiging die in artikel 43 EG-Verdrag aan de Gemeenschaps-ondernemers wordt toegekend, [...] overeenkomstig artikel 48 EG-Verdrag voor de vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben, het recht [meebrengt] om in de betrokken lidstaat hun bedrijfsactiviteit uit te oefenen door middel van een filiaal of een agent-schap”¹⁵². Het is tevens vaste rechtspraak dat bij vennootschappen de zetel in de zin van artikel 48 EG-Verdrag, naar het voorbeeld van de nationaliteit van natuurlijke personen, dient ter bepaling van hun binding aan de rechtsorde van een bepaalde staat. Immers, “[z]ou de lidstaat van vestiging vrijelijk een andere behandeling mogen toepassen, enkel omdat de zetel van de vennootschap in een andere lidstaat is gevestigd, dan zou daarmee aan artikel 43 EG iedere inhoud worden ontnomen [...]. De vrijheid van vestiging beoogt aldus het voordeel van de nationale behandeling in de lidstaat van ontvangst te garanderen door elke discriminatie op grond van de plaats van de zetel van vennootschappen te verbieden”¹⁵³.

88. Een opmerkelijke toepassing van deze beginselen vinden we terug in het mijlpaalarrest *Sevic*¹⁵⁴.

Arrest van het Hof van 13 december 2005, C-411/03, *SEVIC Systems AG*, *Jur.* 2005, I-10805. Het heeft commentaren geregend, vooral in Duitsland: T. KUNTZ, “Zur Möglichkeit grenzüberschreitender Fusionen – Die Schlussanträge in Sachen Sevic Systems Aktiengesellschaft”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2005, 524-528; T. DRYGALA, “Die Mauer bröckelt. Bemerkungen zur Bewegungsfreiheit deutscher Unternehmen in Europa”, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2005, 1995-2000; J. KLEINERT en J. NAGLER, “Konzernbesteuerung – Gewinne von Muttergesellschaften. Abzug der Verluste einer gebietsansässigen Tochtergesellschaft. Bewilligung. Abzug der Verluste einer gebietsfremden Tochtergesellschaft. Ausschluss”, *Der Betrieb* 2005, 2791-2793;

H. BUNGERT, “Grenzüberschreitende Verschmelzungsmobilität. Anmerkung zur Sevic Entscheidung des EuGH”, *Betriebs-Berater* 2006, 53-56; W. BAYER en J. SCHMIDT, “Der Schutz der grenzüberschreitenden Verschmelzung durch die Niederlassungsfreiheit”, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2006, 210-213; B.P. PAAL, “Grenzüberschreitende Verschmelzung: Eintragung in das nationale Handelsregister ist zulässig”, *Recht der internationalen Wirtschaft* 2006, 142-144; P. BEHRENS, “Die neue Lektion aus Luxemburg zur internationalen Mobilität von Gesellschaften: Grenzüberschreitende Verschmelzungen sind möglich!”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2006, 65; E. GOTTSCHALK, “Grenzüberschreitende Verschmelzungen und Ablehnung ihrer Eintragung in nationales Handelsregister”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2006, 83-84; G. GRÄFE, “Grenzüberschreitende Verschmelzung als Modalität der Ausübung der Niederlassungsfreiheit”, *European Law Reporter* 2006, 66-70; G. WENGLORZ, “Grenzüberschreitende Verschmelzungen: Die innergemeinschaftliche Mobilität von Gesellschaften wächst weiter!”, *European Law Reporter* 2006, 24; W.J.M. VAN VEEN, “Hof van Justitie EG over vestigingsvrijheid en grensoverschrijdende fusie; de fusierichtlijn voor invoering achterhaald?”, *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie* 2006, 181-184; C. TEICHMANN, “Binnenmarkt mobilität von Gesellschaften nach ‘Sevic’”, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2006, 355-363; J. HEUSCHMID, “Transnationale Verschmelzung und Unternehmensmitbestimmung”, *Arbeit und Recht* 2006, 121-123; J. OECHSLER, “Die Zulässigkeit grenzüberschreitender Verschmelzungen. Die Sevic-Entscheidung des EuGH”, *Neue juristische Wochenschrift* 2006, 812-814; J. SEDEMUND, “EU-weite Verschmelzungen: Gesellschaftsrechtliche Vorgaben und steuerliche Implikationen des Sevic-Urteils des EuGH vom 13.12.2005”, *Betriebs-Berater* 2006, 519-522; C. SCHMIDT en S. MAUL, “Niederlassungsfreiheit: Eintragung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung in das nationale Handelsregister darf nicht verweigert werden – Sevic Systems”, *Betriebs-Berater* 2006, 13-14; C.P. SCHINDLER, “Cross-Border Mergers in Europe. Company Law is catching up!”, *European Company and Financial Law Review* 2006, 109-119; M. SIEMS, “Sevic: Der letzte Mosaikstein im Internationalen Gesellschaftsrecht der EU?”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2006, 135-140; B. PRIEMAYER, “Zur Zulässigkeit der Eintragung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung von Gesellschaften ins Handelsregister”, *Wirtschaftsrechtliche Blätter* 2006, 119-120; J.-M. ROVERS, “Grensoverschrijdende fusie na Sevic: de Tiende Richtlijn voorbij?”, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2006, 133-137; L. IDOT, “Fusions transfrontalières et inscription au registre du commerce”, *Europe* 2006, Février Comm. n° 47, 21; J. WOUTERS, “Grensoverschrijdende fusie en vrijheid van vestiging van vennootschappen in de Europese Unie”, *T.B.H.* 2006, 407-417; M. LUBY, “Liberté d’établissement des sociétés et fusion transfrontalière”, *Recueil Le Dalloz* 2006, 451-456; R. DAMMANN, “Le principe de la liberté d’établissement consacré par les articles 43 et 48 CE s’applique aux fusions transfrontalières intra-communautaires”, *La Semaine juridique – entreprise et affaires* 2006, 1273-1276; E.-M. KIENINGER, “Grenzüberschreitende Verschmelzungen in der EU. Das Sevic-Urteil des EuGH”, *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 2006, 49-54; D. CHEMIN-BOMBEN, “Il est interdit d’interdire les fusions transfrontalières”, *Revue Lamy droit des affaires* 2006, n° 4, 30; M. DORALT, “Sevic: Traum und Wirklichkeit. Die grenzüberschreitende Verschmelzung ist Realität”, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2006, 572-578; U. WACKERBARTH, “Niederlassungsfreiheit und nationales Gläubigerschutzsystem”, *Zivil- und Wirtschaftsrecht im europäischen und globalen Kontext: Festschrift für Norbert Horn zum 70. Geburtstag* 2006, 605-618; R. DAMMANN, “Le principe de la liberté d’établissement consacré par les articles 43 et 48 CE s’applique aux fusions transfrontalières intra-communautaires”, *La Semaine juridique – édition générale* 2006, 971-974; K. RODRÍGUEZ, “Droit international et européen.

¹⁵¹. Arrest van het Hof van 7 september 2006, C-470/04, *N/Inspecteur van de Belastingdienst*, *Jur.* 2006, I-7409.

¹⁵². Zie, onder meer, arrest van het Hof van 13 december 2005, C-446/03, *Marks & Spencer*, *Jur.* 2005, I-10837, r.o. 30.

¹⁵³. Zie, onder meer, arrest van het Hof van 12 december 2006, C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, *Jur.* 2006, I-11673, r.o. 43.

¹⁵⁴. Zie tekst op deze bladzijde.

Les progrès de la fusion transfrontalière”, *La Semaine juridique – édition générale* 2006, 1391-1392; T. BALLARINO, “La mort annoncée de la réglementation allemande des fusions internationales”, *Revue trimestrielle de droit européen* 2006, 721-726; J. CAVALLINI, “Les libertés de circulation: marchandises, capitaux, prestation de services et établissement (juillet 2005 à juin 2006)”, *Revue du marché commun et de l’Union européenne* 2006, 629-630; G.-J. VOSSESTEIN, “Companies’ Freedom of Establishment after *Sevic*”, *European Company Law* 2006, vol. 3, 177-182; N. KRAUSE en N. KULPA, “Grenzüberschreitende Verschmelzungen. Vor dem Hintergrund der ‘Sevic’. Entscheidung und der Reform des deutschen Umwandlungsrechts”, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 2007, 38-78; M. JAENSCH, “Der grenzüberschreitende Formwechsel vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH”, *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 2007, 97-106; S. WEISS en H.-T. WÖHLERT, “Die ‘Sevic-Entscheidung’ des EuGH – ‘sudden death’ für Societas Europaea und Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung und Wegbereiter für grenzüberschreitende Spaltungen?”, *Wertpapier-Mitteilungen* 2007, 580-585; F. CAPELLI, “Les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux et l’arrêt *Sevic* de la Cour de justice”, *Revue du marché commun et de l’Union européenne* 2007, 458-462; G. VAN SOLINGE, “Een nieuwe rechtsfiguur met oude wortels”, *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie* 2007, 674-680; M. ZILINSKY, “Grensoverschrijdende juridische fusie van rechtspersonen, enkele problemen van IPR”, *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie* 2007, 681-687; S.M. VAN DEN BRAAK, “Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen”, *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie* 2007, 688-693 en M.M. SIEMS, “*Sevic*: Beyond Cross-Border Mergers”, *European Business Organization Law Review* 2007, 307-316.

De Duitse vennootschap *Sevic Systems AG*, gevestigd in het Duitse Neuwied, had in 2002 een fusieovereenkomst gesloten met het Luxemburgse *Security Vision Concept SA*, met zetel te Luxemburg, waarbij voorzien werd in de ontbinding zonder vereffening van laatstgenoemde vennootschap en de overdracht onder algemene titel van haar vermogen aan *Sevic*, zonder dat deze laatste een wijziging van haar vennootschapsnaam onderging. Bij verzoek om inschrijving door *Sevic* van de fusie in het plaatselijke handelsregister, weigerde het Amtsgericht Neuwied zulks, op grond van het feit dat de toepasselijke Duitse wetgeving (de *Umwandlungsgesetz* van 28 oktober 1994) enkel voorziet in een fusie tussen rechtspersonen met zetel in Duitsland. *Sevic* vocht deze beslissing aan bij het Landgericht Koblenz, dat hierover een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie stelde.

De bondigheid waarmee het Hof deze vraag beantwoordde kan de lezer enigszins misleiden wat het belang van het *Sevic*-arrest betreft. Het Hof stelt zonder veel dralen dat grensoverschrijdende fusies zoals de onderhavige neerkomen op een uitoefening van de door artikelen 43 en 48 EG-Verdrag gevrijwaarde vrijheid van vestiging. Immers, aldus het Hof, dergelijke fusies “beantwoorden, evenals overige omzettingen van vennootschappen, aan de behoeften aan samenwerking en reorganisatie van vennootschappen die in verschillende lidstaten zijn gevestigd. Zij vormen bijzondere

wijzen van uitoefening van de vrijheid van vestiging, die belangrijk zijn voor de goede werking van de interne markt, en behoren dus tot de economische activiteiten waarvoor de lidstaten de in artikel 43 EG-Verdrag bedoelde vrijheid van vestiging moeten eerbiedigen”¹⁵⁵. Het Hof werd hierbij klaarblijkelijk geleid door de redenering van advocaat-generaal Tizzano¹⁵⁶, en stelt hieromtrent meer bepaald dat “de werkingssfeer van het recht van vestiging zich uit[strekt] tot iedere maatregel die de toegang tot een andere lidstaat dan de lidstaat van vestiging en de uitoefening van een economische activiteit in die lidstaat mogelijk maakt of zelfs maar vergemakkelijkt, door de betrokken marktdeelnemers in staat te stellen daadwerkelijk deel te nemen aan het economische leven in die lidstaat onder dezelfde voorwaarden als die welke voor de nationale marktdeelnemers gelden”¹⁵⁷. Het dient echter opgemerkt dat een grensoverschrijdende fusie op zich bezwaarlijk een “economische activiteit” in het gastland als uitoefening van het vestigingsrecht genoemd kan worden; het betreft veeleer een juridische techniek die de daadwerkelijke uitoefening van economische activiteiten voorafgaat¹⁵⁸. Dit doet echter niets af aan de correcte kwalificatie van grensoverschrijdende fusies als een uitoefening van de vrijheid van vestiging.

89. Eens vastgesteld dat grensoverschrijdende fusies ressorteren onder de werkingssfeer van de artikelen 43 en 48 EG-Verdrag, onderzoekt het Hof of de Duitse regeling een beperking vormt van het recht op vrije vestiging en zo ja, of deze belemmering gerechtvaardigd kan worden. Het Hof merkt hierbij op dat “een fusie als die welke in het hoofdgeding aan de orde is [...] een doeltreffend middel tot omzetting van vennootschappen vormt, voor zover zij het in het kader van één enkele transactie mogelijk maakt een bepaalde activiteit in een nieuwe vorm en zonder onderbreking uit te oefenen, wat bijgevolg leidt tot minder complicaties en geringere tijdsinvestering en kosten in vergelijking met andere vormen van reorganisatie van vennootschappen, zoals die welke bijvoorbeeld de ontbinding van een vennootschap met liquidatie van het vermogen en de oprichting van een nieuwe vennootschap met overdracht van de vermogensbestanddelen aan deze laatste inhouden”¹⁵⁹. Het Hof besluit dat er in de onderhavige zaak wel degelijk sprake is van een beperking, daar “in tegenstelling tot wat voor interne fusies geldt, geen enkele bepaling van Duits recht voorziet in de inschrijving van grensoverschrijdende fusies in het nationale handelsregister en dat daarom verzoeken om inschrijving van dergelijke fusies in het algemeen worden afgewezen”¹⁶⁰. Vraag is of het Hof tot een potentiële schending van het vestigingsrecht zou besluiten in andere gevallen waar grensoverschrijdende fusies belemmerd worden door natio-

¹⁵⁵ Arrest *Sevic*, *supra*, voetnoot 154, r.o. 19.

¹⁵⁶ Conclusie van 7 juli 2005, *Jur.* 2005, I-10805.

¹⁵⁷ Arrest *Sevic*, r.o. 18.

¹⁵⁸ Zie hieromtrent verder J. WOUTERS, *supra*, voetnoot 154, 412-413.

¹⁵⁹ Arrest *Sevic*, r.o. 21.

¹⁶⁰ Arrest *Sevic*, r.o. 20.

nale wetgeving terzake. Zulks lijkt wel te verwachten, gelet op de ruime invulling die het Hof geeft aan het begrip “beperking” in de context van het vestigingsrecht¹⁶¹.

90. Om na te gaan of de beperkende regeling gerechtvaardigd kan worden, past het Hof vervolgens zijn *rule of reason*-toetsing toe, wat erop wijst dat het – terecht – in de desbetreffende aspecten van de Duitse *Umwandlungsgesetz* een niet-discriminerende beperking van het vestigingsrecht ziet¹⁶². In dit verband veegt het Hof in de eerste plaats het argument van de Nederlandse regering van tafel dat op het tijdstip van de procedure een harmonisatierichtlijn over grensoverschrijdende fusies aanhangig was¹⁶³; zulks met verwijzing naar zijn vaste rechtspraak dat “*hoewel communautaire harmonisatieregels nuttig zijn om grensoverschrijdende fusies te vergemakkelijken, het bestaan van dergelijke harmonisatieregels niet als voorwaarde vooraf kan worden gesteld voor de uitoefening van de in de artikelen 43 en 48 EG-Verdrag neergelegde vrijheid van vestiging*”¹⁶⁴.

Met verwijzing naar *Überseering*¹⁶⁵ en *Inspire Art*¹⁶⁶ stelt het Hof vervolgens dat weliswaar “*niet [kan] worden uitgesloten dat dwingende redenen van algemeen belang, zoals de*

bescherming van de belangen van de schuldeisers, de minderheidsaandeelhouders en de werknemers [...], alsook de waarborging van de doeltreffendheid van de fiscale controles en de eerlijkheid van handelstransacties [...], onder bepaalde omstandigheden en mits bepaalde voorwaarden zijn vervuld, een maatregel rechtvaardigen die de vrijheid van vestiging beperkt”¹⁶⁷. Zonder daarbij na te gaan of dergelijke dwingende redenen in casu een rechtvaardigingsgrond kunnen vormen voor de Duitse regelgeving, besluit het Hof echter dat de *Umwandlungsgesetz* in elk geval verder gaat dan wat noodzakelijk is om de voornoemde doelstellingen te bereiken, daar “*de inschrijving in het handelsregister van een fusie tussen een in [Duitsland] gevestigde vennootschap en een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap in het algemeen wordt geweigerd*” en grensoverschrijdende fusies zodoende tevens worden verhinderd “*wanneer de [hogere genoemde] belangen niet zijn bedreigd*”¹⁶⁸.

91. Een andere belangwekkende zaak met betrekking tot het vestigingsrecht van vennootschappen in de besproken periode is *Cadbury Schweppes*¹⁶⁹, waarin het Hof toepassing maakt van zijn “misbruikrechtspraak” zoals o.m. ontwikkeld in *Segers*¹⁷⁰, *Centros*¹⁷¹, *Überseering*¹⁷² en *Inspire Art*¹⁷³.

¹⁶¹. Zie, bv., *Kroniek 2003-2005, T.B.H. 2006*, p. 287-289, randnr. 69-72. Zie verder J. WOUTERS, *supra*, voetnoot 154, 414-416.

¹⁶². Advocaat-generaal Tizzano deelt deze mening niet en stelt onomwonden dat de Duitse regeling discrimineert. Zie punt 56 van zijn conclusie.

¹⁶³. De betrokken richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (2005/56/EG, *PB. 2005*, L. 310, 1) werd intussen aangenomen op 26 oktober 2005 en diende door de lidstaten voor 15 december 2007 omgezet te worden in hun nationale rechtsorde.

¹⁶⁴. Arrest *Sevic*, r.o. 26.

¹⁶⁵. Arrest van het Hof van 5 november 2002, C-208/00, *Überseering*, *Jur. 2002*, I-9919, besproken in *Kroniek 2001-2003, T.B.H. 2004*, p. 650-651, randnr. 60-61.

¹⁶⁶. Arrest van het Hof van 30 september 2003, C-167/01, *Inspire Art*, *Jur. 2003*, I-10155, besproken in *Kroniek 2003-2005, T.B.H. 2006*, p. 291-294, randnr. 79-83.

¹⁶⁷. Arrest *Sevic*, r.o. 28.

¹⁶⁸. Arrest *Sevic*, r.o. 30.

¹⁶⁹. Arrest van het Hof van 12 september 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, *Jur. 2006*, I-7995. Het arrest kon op de nodige belangstelling rekenen in de doctrine, al bleef de controverse uitgelokt door de vorige “misbruikarresten” enigszins uit: P. BAKER, *Pending Cases Filed by UK Courts I: The Cadbury Schweppes Case, the CFC and Dividend GLO and the Vodafone 2 Case, ECJ: recent developments in direct taxation*, Wenen, Linde, 2006, 311-321; E. MEIER, “Liberté d’établissement et loi sur les sociétés étrangères contrôlées (à propos de CJCE, conclusions du 2 mai 2006, affaire C-196/04, ‘Cadbury Schweppes’)”, *Petites affiches* 2006, n° 110, 4-5; A. KÖRNER, “German Reference to the ECJ for a Preliminary Ruling: Unilateral Switch-over Clause and CFC Rules”, *Intertax* 2006, 32-36; J. SEDEMUND, “Cadbury/Schweppes: Britische Regelungen zur Hinzurechnungsbesteuerung nur im Falle rein künstlicher Gestaltungen europarechtskonform”, *Betriebs-Berater* 2006, 2119-2120; G. ACKERMANN, “Wieder eine Mahnung aus Luxemburg”, *Der Betrieb* 2006, Heft 38, I; Id., “Niederlassungsfreiheit. Gemeinschaftsrechtskonformität der Hinzurechnungsbesteuerung? Rechtfertigungsgründe. Abgrenzung zum Missbrauch”, *Der Betrieb* 2006, 2050; B. LIEBER, “Einbeziehung der Gewinne beherrscher ausländischer Gesellschaften in die Steuerbemessungsgrundlage der britischen Muttergesellschaft”, *Finanz-Rundschau Ertragsteuerrecht* 2006, 993-995; B. BOUTEMY en E. MEIER, “Sociétés étrangères contrôlées et liberté d’établissement (CJCE 12 septembre 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes Plc*)”, *Petites affiches* 2006, n° 221, 4-8; J. SEDEMUND, “Die mittelbare Wirkung der Grundfreiheiten für in Drittstaaten ansässige Unternehmen nach den EuGH-Urteilen Fidium Finanz AG und Cadbury Schweppes”, *Betriebs-Berater* 2006, 2781-2786; T. SANNA, “Britische Aussensteuergesetzgebung auf dem europarechtlichen Prüfstand”, *European Law Reporter* 2006, 516-520; F. MARIATTE, “Fiscalité directe des entreprises et liberté d’établissement”, *Europe* 2006, Novembre Comm. n° 314, 18-20; A. RAINER, J. ROELS, O. THÖMMES, E. TOMSETT, H. VAN DEN HURK en G. WEENING, “ECJ Restricts Scope of CFC Legislation”, *International Tax Review* 2006, 636-638; B. BOUTEMY en E. MEIER, “Sociétés étrangères contrôlées et liberté d’établissement”, *La Semaine juridique – entreprise et affaires* 2006, n° 2769, 2117-2119; M. KÖPLIN en J. SEDEMUND, “Das BMF-Schreiben vom 8. 1. 2007 – untauglich, die EG-Rechtswidrigkeit der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung nach Cadbury Schweppes zu beseitigen!”, *Betriebs-Berater* 2007, 244-248; G. TURNER, “The Legitimacy of CFC Legislation Within the Community”, *EC Tax Journal* 2007, Vol. 9, 23-47; F. PERROTIN, “Un élargissement inattendu de la notion communautaire d’abus de droit”, *Petites affiches* 2007, n° 66, 3-5; S. FRANCO, “Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Circulation des personnes et des services”, *Journal du droit international* 2007, 653-659; C. ROMANO, “Using Tax Haven under European Law: Cadbury Schweppes and CFC rules”, *Rivista di diritto tributario internazionale* 2007, n° 02, 127-139 en O. DÖRFLER en M. RIBBROCK, “Keine neuen Erkenntnisse zur Vereinbarkeit der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung mit Gemeinschaftsrecht”, *Betriebs-Berater* 2008, 205-206.

¹⁷⁰. Arrest van het Hof van 10 juli 1986, 79/85, *Segers*, *Jur. 1986*, 2375.

¹⁷¹. Arrest van het Hof van 9 maart 1999, C-212/97, *Centros*, *Jur. 1999*, I-1459, besproken in *Kroniek 1997-1999, T.B.H. 1999*, p. 758-759, randnr. 44 en p. 761-762, randnr. 49-50.

¹⁷². *Supra*, voetnoot 165.

¹⁷³. *Supra*, voetnoot 166.

Het uitgangspunt is dat “*de omstandigheid dat [een] vennootschap in een lidstaat is opgericht met het doel gebruik te maken van een gunstiger wettelijke regeling, op zich geen misbruik van [de vestigingsvrijheid] oplevert*”¹⁷⁴. De vennootschap Cadbury Schweppes kon zich bijgevolg wel degelijk beroepen op artikelen 43 en 48 EG-Verdrag om de verenigbaarheid met het Gemeenschapsrecht in vraag te stellen van de betrokken, door het Hof restrictief bevonden, nationale regeling, die in casu inhield dat in de belastinggrondslag van een ingezeten vennootschap de door een gecontroleerde buitenlandse vennootschap in een andere lidstaat gemaakte winst werd opgenomen wanneer deze winst in laatstgenoemde lidstaat lager belast wordt dan in de lidstaat van vestiging van de ingezeten vennootschap.

Het Hof behandelt de door de tussenkommende regeringen opgeworpen rechtvaardigingsgrond van de bestrijding van belastingontwijking vervolgens via een intussen haast klassiek stramien. Het benadrukt vooreerst dat de noodzaak om lagere belastinginkomsten te vermijden geen afdoende reden kan vormen voor de invoering van een vrijheidsbeperkende regelgeving¹⁷⁵, om daarna te stellen dat een algemeen vermoeden van belastingfraude niet afgeleid kan worden uit “*de omstandigheid alleen dat een binnenlandse vennootschap in een andere lidstaat een tweede vestiging, zoals een dochteronderneming, opricht*”¹⁷⁶. Een restrictieve maatregel moet “*specifiek gericht [zijn] op volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om de belastingwetgeving van de betrokken lidstaat te ontwijken*”¹⁷⁷. Hoewel het Hof de betrokken regeling geschikt bevond, daar ze van aard is belastingontwijkend gedrag tegen te gaan, achtte het ze niet noodzakelijk evenredig met het nagestreefde doel. Zulks is slechts het geval indien “*uit objectieve en door derden controleerbare elementen blijkt dat ondanks het bestaan van fiscale beweegredenen de betrokken [gecontroleerde buitenlandse vennootschap] daadwerkelijk in de lidstaat van ontvangst is gevestigd en er daadwerkelijk economische activiteiten uitoefent*”¹⁷⁸. Het Hof laat het in casu aan de nationale rechter over om te beoordelen of de toepasselijkheid van de betrokken nationale regeling zich beperkt tot deze gevallen.

Cadbury Schweppes bevestigt de eerdere rechtspraak van het Hof in misbruikzaken, waarin de principieel geschikte dwingende reden van voorkoming van belastingontwijking meer dan eens strandt op het noodzakelijkheidsvereiste. Dit

lag enigszins anders in het *Oy AA*-arrest¹⁷⁹, dat, gelet op zijn samenhang met bepaalde hieronder besproken zaken, verderop behandeld zal worden (zie *infra*, randnr. 104).

B. Onderlinge erkenning van diploma's en beroepskwalificaties

92. De besproken periode levert enkele belangwekkende arresten op inzake de onderlinge erkenning van diploma's en beroepskwalificaties, waarbij het merendeel van de zaken, zoals doorgaans het geval is, evenwel betrekking had op bijzonder specifieke kwesties¹⁸⁰. Niettemin werden ook enkele interessante uitspraken geveld die de draagwijdte en interpretatie van de algemene erkenningsrichtlijnen 89/48/EG en 92/51/EG verduidelijken, alsook, bij gebrek aan dergelijke richtlijnen, de toepasselijkheid in deze context van de algemene verdragsbepalingen inzake vrijheid van vestiging duiden.

Een eerste zaak onder deze hoofding betrof een inbreukprocedure tegen Duitsland ter beoordeling van de eventuele strijdigheid met het Gemeenschapsrecht van een nationale regeling die bepaalde overgangsmaatregelen of verworven rechten, op grond waarvan psychotherapeuten een toelating of een erkenning kunnen krijgen zonder dat rekening wordt gehouden met de geldende bepalingen inzake de erkenning door het ziekenfonds, voorbehouden aan psychotherapeuten die hun beroepsactiviteit in een Duitse regio in het kader van de Duitse ziektekostenverzekering hebben uitgeoefend, terwijl vergelijkbare of verwante beroepsactiviteiten van psychotherapeuten in andere lidstaten niet in aanmerking genomen worden¹⁸¹. Met verwijzing naar zijn *Vlassopoulou*-rechtspraak stelt het Hof vooreerst dat, aangezien geen harmonisatie-richtlijnen bestaan inzake de activiteiten van psychotherapeuten, de lidstaten in beginsel bevoegd blijven om nationale maatregelen terzake uit te vaardigen, evenwel met de *caveat* dat deze niet strijdig mogen zijn met, onder meer, artikel 43 EG-Verdrag¹⁸². Het Hof besluit tot strijdigheid met het Gemeenschapsrecht omdat “*een wet die de toekenning van een recht afhankelijk stelt van het vereiste van een woonplaats in een regio van een lidstaat, en daardoor eigen onderdanen bevoordeelt tegenover onderdanen van andere lidstaten, in strijd [is] met het non-discriminatiebeginsel van*

¹⁷⁴. Arrest *Cadbury Schweppes*, *supra*, voetnoot 169, r.o. 37.

¹⁷⁵. Arrest *Cadbury Schweppes*, r.o. 49.

¹⁷⁶. Arrest *Cadbury Schweppes*, r.o. 50.

¹⁷⁷. Arrest *Cadbury Schweppes*, r.o. 51.

¹⁷⁸. Arrest *Cadbury Schweppes*, r.o. 75.

¹⁷⁹. Arrest van het Hof van 18 juli 2007, C-231/05, *Oy AA*, *Jur.* 2007, I-6373.

¹⁸⁰. Zie, onder meer, arrest van het Hof van 27 oktober 2005, C-437/03, *Commissie/Oostenrijk*, *Jur.* 2005, I-9373; arrest van het Hof van 15 juni 2006, C-262/05, *Commissie/Oostenrijk*, *Jur.* 2006, I-82; arrest van het Hof van 15 juni 2006, C-264/05, *Commissie/Duitsland*, *Jur.* 2006, I-83; arrest van het Hof van 13 juli 2006, C-221/05, *Sam Mc Cauley Chemists*, *Jur.* 2006, I-6869; arrest van het Hof van 18 januari 2007, C-203/06, *Commissie/Tsjechië*, *Jur.* 2007, I-6; arrest van het Hof van 18 januari 2007, C-204/06, *Commissie/Tsjechië*, *Jur.* 2007, I-7 en arrest van het Hof van 24 mei 2007, C-43/06, *Commissie/Portugal*, *Jur.* 2007, I-73.

¹⁸¹. Arrest van het Hof van 6 december 2007, C-456/05, *Commissie/Duitsland*, *Jur.* 2007, I-10517.

¹⁸². Arrest in C-456/05, *Commissie/Duitsland*, r.o. 48; zie arrest van het Hof van 7 mei 1991, C-340/89, *Vlassopoulou*, *Jur.* 1991, I-2357, r.o. 9.

artikel 12 EG-Verdrag, *zelfs indien deze wet zonder onderscheid toepasselijk is*¹⁸³. Het Hof stelt dat de bescherming van een verworven recht in beginsel een rechtvaardigingsgrond kan vormen, en dat deze in de onderhavige zaak tevens geschikt lijkt om het nagestreefde doel te bereiken¹⁸⁴. De Duitse wetgeving stoot echter op het noodzakelijkheidsvereiste: ze gaat verder dan nodig is en leidt tot de uitsluiting van alle psychotherapeuten die gedurende de referentieperiode hun beroepsactiviteit buiten het kader van de Duitse verplichte ziektekostenverzekering hebben uitgeoefend, terwijl de door de opgeworpen rechtvaardigingsgrond daadwerkelijk beoogde groep slechts een fractie daarvan beslaat¹⁸⁵.

93. Interessant is het arrest *Colegio de Ingenieros de Caminos* (hierna: “*Colegio*”), waarin het Hof uitspraak deed over de vraag of richtlijn 89/48/EG zich er tegen verzet dat, wanneer de houder van een in een lidstaat behaald diploma een aanvraag indient om toestemming om te worden toegelaten tot een gereguleerd beroep in een andere lidstaat, de autoriteiten van laatstgenoemde staat deze aanvraag onder bepaalde voorwaarden gedeeltelijk inwilligen, door de reikwijdte van de toestemming te beperken tot de activiteiten waarvoor het genoemde diploma toegang verleent in de lidstaat waar het werd behaald¹⁸⁶. Het Hof gaat na of de bewoordingen, het stelsel en/of de doelstellingen van de richtlijn impliceren dat steeds een alomvattende toestemming verleend moet worden aan de houder van een diploma uit een andere lidstaat om alle activiteiten van een gereguleerd beroep uit te oefenen in de lidstaat van aanvraag.

Het Hof stelt vast dat richtlijn 89/48/EG geen uitdrukkelijke bepalingen terzake bevat¹⁸⁷. Het antwoord dient bijgevolg afgeleid te worden uit de algemene opzet en de doelstellingen van de richtlijn. Hieromtrent benadrukt het Hof dat “uit het bij de richtlijn vastgestelde stelsel van onderlinge erkenning van diploma’s niet volgt dat de door andere lidstaten afgegeven diploma’s het bewijs vormen van een gelijksoortige of vergelijkbare opleiding als die welke in de ontvangende lidstaat is voorgeschreven. Overeenkomstig het door de richtlijn ingevoerde stelsel wordt een diploma immers niet erkend wegens de intrinsieke waarde van de hiermee afgesloten opleiding, maar wel omdat het diploma in de lidstaat waar het werd afgegeven of erkend, toegang verleent tot een gereguleerd beroep”¹⁸⁸. Daar ook een teleologische interpretatie tot dezelfde conclusie leidt, besluit het Hof dat een gedeeltelijke toestemming tot uitoefening van een

gereguleerd beroep niet onverenigbaar is met richtlijn 89/48/EG. Het Hof benadrukt dat een gedeeltelijke erkenning die de betrokken beroepsbeoefenaars vrijstelt van de door de betrokken richtlijn principieel toegelaten compensatiemaatregelen, zoals een aanpassingsstage of een proeve van bekwaamheid, minder belemmerend kan zijn dan laatstgenoemde maatregelen en derhalve niet ontmoedigd dient te worden¹⁸⁹.

De tweede vraag was of een weigering van gedeeltelijke erkenning van een diploma behaald in een andere lidstaat verenigbaar kan zijn met artikel 43 EG-Verdrag. Hierbij dient volgens het Hof een onderscheid gemaakt te worden tussen gevallen die objectief gezien kunnen worden opgelost met toepassing van de in richtlijn 89/48/EG vermelde compensatiemaatregelen, in welke hypothese geen probleem van verenigbaarheid rijst, en gevallen waarbij de verschillen tussen de betrokken activiteitengebieden dermate groot zijn, dat de genoemde maatregelen niet voldoende zijn en de facto een geheel nieuwe opleiding gevolgd dient te worden. In deze laatste hypothese, aldus het Hof, moet een verder onderscheid gemaakt worden tussen beroepen waarvan de verschillende activiteiten gesplitst kunnen worden en beroepen waarbij dit niet het geval is. Enkel in deze laatste omstandigheid kan een uitsluiting van elke mogelijkheid van gedeeltelijke erkenning niet als strijdig met het vestigingsrecht beschouwd worden, al laat het Hof het uiteindelijke oordeel daaromtrent over aan de nationale rechter¹⁹⁰.

94. Verder is ook het arrest *Harold Price*¹⁹¹ van belang in de mate dat het de verhouding tussen de richtlijnen 89/48/EG en 92/51/EG onderzoekt, waarbij het Hof in herinnering brengt dat laatstgenoemde richtlijn van aanvullende aard is ten opzichte van de eerste. Deze verhouding leidt er in casu toe dat niet richtlijn 92/51/EG, maar richtlijn 89/48/EG van toepassing is op een aanvrager met kwalificaties als een diploma “Bachelor of Arts in Fine Arts Valuation”, die het beroep van directeur vrijwillige verkopeningen van roerende zaken bij opbod wil uitoefenen in een lidstaat waar de uitoefening van dit beroep wordt voorbehouden aan houders van een diploma in de zin van richtlijn 89/48/EG.

C. Fiscale belemmeringen van het vestigingsrecht

95. Enkele van de meest spraakmakende ontwikkelingen in de rechtspraak in de besproken periode vonden plaats op

¹⁸³. Arrest in C-456/05, *Commissie/Duitsland*, r.o. 56.

¹⁸⁴. Arrest in C-456/05, *Commissie/Duitsland*, r.o. 63-64.

¹⁸⁵. Arrest in C-456/05, *Commissie/Duitsland*, r.o. 65-75.

¹⁸⁶. Arrest van het Hof van 19 januari 2006, C-330/03, *Colegio de Ingenieros de Caminos*, *Jur.* 2006, I-801.

¹⁸⁷. Arrest *Colegio*, r.o. 18.

¹⁸⁸. Arrest *Colegio*, r.o. 19.

¹⁸⁹. Arrest *Colegio*, r.o. 24.

¹⁹⁰. Arrest *Colegio*, r.o. 33-38.

¹⁹¹. Arrest van het Hof van 7 september 2006, C-149/05, *Harold Price*, *Jur.* 2006, I-7691.

het vlak van de relatie tussen de vrijheid van vestiging en de directe fiscaliteit, met name de vennootschapsbelasting. Steevast hamert het Hof hierbij op het bekende mantra dat “*ofschoon de directe belastingen tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren, deze laatste niettemin verplicht zijn die bevoegdheid met eerbiediging van het Gemeenschapsrecht uit te oefenen*”¹⁹². Van belang zijn voornamelijk de drie arresten die het Hof geveld heeft in de zaken *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (hierna: “*Test Claimants ACT*”)¹⁹³, *Denkavit International BV* (hierna: “*Denkavit*”)¹⁹⁴ en *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (hierna: “*Test Claimants Thin Cap*”)¹⁹⁵. In deze arresten beoordeelde het Hof telkens een mogelijke schending van het vestigingsrecht door nationale maatregelen die een potentieel verschillende fiscale behandeling doorvoerden in de relaties tussen grensoverschrijdende vennootschapsgroepen, waarbij in de toetsing voornamelijk de nadruk gelegd werd op het al dan niet objectief vergelijkbare karakter van de betrokken verschillend behandelde situaties.

96. De feiten in *Test Claimants ACT* betreffen de *Income and Corporation Taxes Act 1988* (hierna: “*ICTA*”). Krachtens zijn destijds geldende Section 14 was elke vennootschap die in het Verenigd Koninkrijk gevestigd is en aan haar aandeelhouders dividend uitkeert, verplicht om een over het bedrag of de waarde van de uitkering berekende voorheffing op de vennootschapsbelasting (*advance corporation tax*; hierna: “*ACT*”) te voldoen. De ICTA bepaalde verder dat in sommige gevallen dergelijke aan de ACT onderworpen dividenduitkering door een vennootschap aan een andere vennootschap aanleiding gaf tot een belastingkrediet voor deze laatste ten belope van het deel van de door de eerste vennootschap betaalde ACT. Ook kon de ontvangende vennootschap deze door de eerste vennootschap betaalde ACT overnemen en deze op haar beurt in aftrek brengen op de ACT die zij zelf moet betalen wanneer zij aan haar eigen aandeelhouders dividend uitkeert, zodat zij alleen het overschot aan ACT voldoet. De Britse regeling was echter van die aard dat enkel in geval van een dividenduitkering door een *ingezeten vennootschap* een volledig belastingkrediet werd toegekend aan de *uiteindelijke aandeelhouders* die dit dividend ontvangen en *woonachtig* waren in deze lidstaat. Geen volledig of gedeeltelijk belastingkrediet werd toegekend aan in sommige andere lidstaten gevestigde vennootschappen die een

dergelijk dividend ontvangen. Een dergelijk belastingkrediet werd wel toegekend aan uiteindelijke ontvangende aandeelhouders die woonachtig waren in een andere lidstaat waarmee het Verenigd Koninkrijk een dubbelbelastingverdrag had gesloten waarin in een dergelijk krediet voorzien was. De verwijzende rechter in *Test Claimants* wilde weten of dergelijke regeling in strijd was met artikel 43 EG-Verdrag, en verwees daartoe vier “*test cases*” naar het Hof. Overigens was de betrokken nationale wetgeving reeds het voorwerp van ’s Hof’s arrest *Metallgesellschaft*¹⁹⁶; het hoofdgeding in *Test Claimants ACT* betrof vorderingen tot teruggave en/of compensatie die ingesteld waren naar aanleiding van deze uitspraak.

97. Na enkele welbekende opmerkingen aangaande de principiële lidstatelijke bevoegdheid inzake directe fiscaliteit, de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging van vennootschappen en het verbod op discriminatie in die context¹⁹⁷, ging het Hof over tot een gedetailleerd onderzoek van het feitelijk discriminatoire karakter van de nationale regeling in het hoofdgeding, en met name de vraag of de betrokken situaties door de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk verschillend behandeld werden en zo ja, of ze objectief vergelijkbaar waren¹⁹⁸. Het Hof kwam snel tot de conclusie dat een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap die dividend ontvangt van een andere ingezeten vennootschap, voordeliger behandeld wordt dan een niet-ingezeten vennootschap die dergelijk dividend ontvangt, daar deze laatste geen belastingkrediet verkrijgt dat overeenkomt met het deel van het bedrag dat de ingezeten, uitkerende vennootschap als ACT heeft betaald (behoudens, desgevallend, krachtens een dubbelbelastingverdrag). Aangezien derhalve vaststond dat de voornoemde categorieën van vennootschappen verschillend behandeld werden, ging het Hof na of deze vennootschappen zich in een objectief vergelijkbare situatie bevonden¹⁹⁹.

Wat betreft de vergelijkbaarheid van de verscheidene betrokken situaties vanuit het oogpunt van het doel dubbele belasting te vermijden, overwoog het Hof dat, “[w]anneer een lidstaat een stelsel voor voorkoming of vermindering van opeenvolgende belastingheffingen of dubbele economische belasting van door **ingezeten vennootschappen** aan **ingezetenen** uitgekeerd dividend kent, moet hij het door **niet-ingezeten vennootschappen** aan **ingezetenen** uitgekeerd divi-

¹⁹² Arrest *Test Claimants ACT*, *supra*, voetnoot 153, r.o. 36. Het Hof herhaalde deze overweging systematisch in elk in de hier besproken periode geveld arrest inzake fiscale aangelegenheden.

¹⁹³ *Supra*, voetnoot 153.

¹⁹⁴ Arrest van het Hof van 14 december 2006, C-170/05, *Denkavit International BV*, *Jur.* 2006, I-11949.

¹⁹⁵ Arrest van het Hof van 13 maart 2007, C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, *Jur.* 2007, I-2107. Ook kan in dit opzicht verwezen worden naar *Test Claimants in the FII Group Litigation* (arrest van het Hof van 12 december 2006, C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, *Jur.* 2006, I-11753). Gelet op het beperkte bestek van deze Kroniek en de grote mate van vergelijkbaarheid van *Test Claimants in the FII Group Litigation* met de andere hier besproken zaken, werd er echter voor geopteerd om eerstgenoemd arrest niet nader te behandelen.

¹⁹⁶ Arrest van het Hof van 8 maart 2001, C-397/98 en C-410/98, *Metallgesellschaft en Hoechst*, *Jur.* 2001, I-1727, besproken in *Kroniek 1999-2001*, T.B.H. 2002, p. 529-530, randnr. 60.

¹⁹⁷ Arrest *Test Claimants ACT*, *supra*, voetnoot 153, r.o. 36 en 42-44.

¹⁹⁸ Arrest *Test Claimants ACT*, r.o. 44-71.

¹⁹⁹ Arrest *Test Claimants ACT*, r.o. 44-46.

dend op soortgelijke wijze behandelen”²⁰⁰. Immers, de situatie van de twee betrokken categorieën ingezetenen ontvangende aandeelhouders is vergelijkbaar, “aangezien zowel het dividend van nationale als het dividend van buitenlandse oorsprong het voorwerp kan zijn van, enerzijds, in het geval van vennootschappen-aandeelhouders, opeenvolgende belastingheffingen, en, anderzijds, in het geval van uiteindelijke aandeelhouders, van dubbele economische belasting”²⁰¹.

98. Toch meende het Hof dat er niet noodzakelijkerwijze sprake is van objectieve vergelijkbaarheid tussen de situatie van de lidstaat waarin de uitkerende vennootschap gevestigd is en de lidstaat waarin de ontvangende aandeelhouder gevestigd is, indien beide gevestigd zijn in een verschillende lidstaat²⁰². Het is in zijn hoedanigheid van staat van vestiging van de aandeelhouder dat het Verenigd Koninkrijk, wanneer een ingezetenen vennootschap dividend uitkeert aan zijn ingezetenen uiteindelijke aandeelhouders, aan deze laatsten een belastingkrediet verleent dat overeenkomt met het gedeelte van de vennootschapsbelasting dat door de vennootschap die de uitgekeerde winst heeft gegenereerd, bij de uitkering van dat dividend vooraf is betaald²⁰³. Het Hof achtte “de positie van een lidstaat waarin zowel de uitkerende vennootschappen als de uiteindelijke aandeelhouders zijn gevestigd, dus niet vergelijkbaar met die van een lidstaat waarin een vennootschap is gevestigd die dividend uitkeert aan een niet-ingezetenen vennootschap, die dit op haar beurt aan haar uiteindelijke aandeelhouders uitkeert, in die zin dat deze laatste staat in beginsel uitsluitend in zijn hoedanigheid van staat van de bron van de uitgekeerde winst handelt”²⁰⁴. Daar de betrokken situaties verschillend zijn, behoeven ze geen gelijke behandeling en is er in beginsel geen sprake van een schending van het vestigingsrecht. Dit is enkel anders “wanneer [...] een in een lidstaat gevestigde vennootschap dividend uitkeert aan een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap en de aandeelhouders van deze laatste vennootschap in eerstgenoemde staat zijn gevestigd”. In dergelijke situatie “moet [de betrokken lidstaat] als staat van vestiging van deze aandeelhouders [...] erop toezien dat het dividend dat deze aandeelhouders van een niet-ingezetenen vennootschap ontvangen fiscaal op gelijke wijze wordt behandeld als het dividend dat een ingezetenen aandeelhouder van een ingezetenen vennootschap ontvangt”²⁰⁵. Dergelijke situatie doet zich echter niet voor in *Test Claimants ACT*. Het ver-

schil in de in onderhavige zaak voorliggende situaties is gelegen in de plaats van vestiging van de uiteindelijke aandeelhouders, die zich niet in dezelfde lidstaat bevinden, in tegenstelling tot de zonet beschreven hypothese²⁰⁶. De betrokken nationale wetgeving was bijgevolg niet onvereenigbaar met artikel 43 EG-Verdrag in zoverre ze betrekking had op situaties van ingezetenen versus niet-ingezetenen aandeelhouders.

99. In de mate dat het Verenigd Koninkrijk echter wel een belastingkrediet toekende aan niet-ingezetenen aandeelhouders op grond van een dubbelbelastingverdrag is het wel gehouden tot eenzelfde behandeling van de situatie van de ingezetenen en de betrokken niet-ingezetenen aandeelhouders. Immers, “[z]odra een lidstaat, hetzij unilateraal hetzij door het sluiten van overeenkomsten, niet alleen ingezetenen aandeelhouders, maar ook niet-ingezetenen aandeelhouders voor het dividend dat zij van een ingezetenen vennootschap ontvangen, aan de inkomstenbelasting onderwerpt, benadert de situatie van deze niet-ingezetenen aandeelhouders [...] die van de ingezetenen aandeelhouders”²⁰⁷. Dergelijke lidstaat oefent immers zijn fiscale bevoegdheid tevens uit ten aanzien van de inkomsten van niet-ingezetenen vennootschappen, wiens situatie zodoende niet meer verschillend is van ingezetenen aandeelhouders, zodat de niet-ingezetenen aandeelhouders bijgevolg gelijk behandeld dienen te worden, d.w.z. eenzelfde belastingkrediet moeten kunnen genieten, als ingezetenen²⁰⁸. Het Hof besloot op een enigszins terughoudende noot, door het aan de nationale rechter over te laten om na te gaan of uit de dubbelbelastingverdragen gesloten door het Verenigd Koninkrijk daadwerkelijk eenzelfde behandeling volgt voor de betrokken niet-ingezetenen aandeelhouders²⁰⁹. In de gevallen waar er geen dubbelbelastingverdrag gesloten is, is er geen sprake van een schending van artikel 43 EG-Verdrag²¹⁰.

Essentieel ter beoordeling van zaken als *Test Claimants ACT* is om na te gaan of de betrokken situaties objectief verschillend zijn en derhalve een verschillende behandeling kunnen rechtvaardigen, dan wel vergelijkbaar zijn, in welk geval een verschillende behandeling een discriminatoire belemmering vormt van het vestigingsrecht, die slechts gerechtvaardigd kan worden door bepaalde in het EG-Verdrag opgesomde rechtvaardigingsgronden.

100. Nog op dezelfde dag, in *Denkavit*²¹¹, greep het Hof de

²⁰⁰. Arrest *Test Claimants ACT*, r.o. 55 (eigen benadrukking).

²⁰¹. Arrest *Test Claimants ACT*, r.o. 56.

²⁰². Arrest *Test Claimants ACT*, r.o. 57-58.

²⁰³. Arrest *Test Claimants ACT*, r.o. 64.

²⁰⁴. Arrest *Test Claimants ACT*, r.o. 65 (eigen benadrukking).

²⁰⁵. Arrest *Test Claimants ACT*, r.o. 66.

²⁰⁶. Arrest *Test Claimants ACT*, r.o. 67.

²⁰⁷. Arrest *Test Claimants ACT*, r.o. 68.

²⁰⁸. Arrest *Test Claimants ACT*, r.o. 70.

²⁰⁹. Arrest *Test Claimants ACT*, r.o. 71.

²¹⁰. Arrest *Test Claimants ACT*, r.o. 72.

²¹¹. *Supra*, voetnoot 194.

kans aan om de in *Test Claimants ACT* ontwikkelde redenering toe te passen en verder uit te werken, om nu wel tot een schending van artikel 43 te beslissen. *Denkavit* betrof de verenigbaarheid met de vrijheid van vestiging van een Franse regelgeving die dividenden die door ingezeten dochtermaatschappijen aan hun in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappij worden uitgekeerd, onderwerpt aan belasting, terwijl ingezeten moedermaatschappijen die dergelijke dividenden krijgen nagenoeg volledig vrijgesteld zijn van belasting. In lijn met *Test Claimants ACT* stelt het Hof eerst vast dat uit de nationale regelgeving een verschil in behandeling voortvloeit van dividenden die door een ingezeten dochtermaatschappij aan haar moedermaatschappij worden uitgekeerd, al naargelang laatstgenoemde ingezet en niet-ingezet is²¹². Bij de beoordeling van de vergelijkbaarheid van de betrokken situaties herhaalt het Hof de kern van zijn bevindingen in *Test Claimants ACT*, die inhoudt dat, terwijl de situatie van dividend ontvangende ingezeten aandeelhouders en dividend ontvangende niet ingezeten aandeelhouders vanuit het oogpunt van de vermindering van dubbele belasting niet noodzakelijk vergelijkbaar is, zulks niet het geval is wanneer de betrokken lidstaat tevens niet-ingezeten aandeelhouders aan zijn fiscale bevoegdheid onderwerpt, in casu bij wege van een dubbelbelastingsverdrag tussen Frankrijk en Nederland. Het Hof stelt daaromtrent: *“In casu verkeren de dividend ontvangende moedermaatschappijen, of zij die dividenden nu als ingezeten moedermaatschappijen ontvangen, als niet-ingezeten moedermaatschappijen die in Frankrijk over een vaste vestiging beschikken dan wel als niet-ingezeten moedermaatschappijen die in Frankrijk niet over een vaste vestiging beschikken, met betrekking tot de belasting in Frankrijk van door ingezeten dochtermaatschappijen uitgekeerde dividenden in een vergelijkbare situatie. In al die gevallen onderwerpt die lidstaat de van een ingezeten vennootschap ontvangen dividenden immers aan belasting”*²¹³.

De onomwonden conclusie van het Hof is dan ook dat, *“[d]oor niet-ingezeten moedermaatschappijen niet de gunstiger nationale fiscale behandeling te geven die aan ingezeten moedermaatschappijen wordt verleend, de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale wettelijke regeling een met het verdrag onverenigbare discriminerende maatregel [vormt], aangezien zij dividenden die door ingezeten dochtermaatschappijen aan Nederlandse moedermaatschappijen worden uitgekeerd zwaarder belast dan dezelfde dividenden die aan Franse moedermaatschappijen worden uitgekeerd”*²¹⁴. De vastberadenheid waarmee het Hof tot deze conclusie komt is opmerkelijk in het licht van de terughoudendheid in *Test Claimants ACT*. Het feit dat in laatstgenoemde zaak, anders dan in *Denkavit*, geen specifiek ver-

drag ter voorkoming van dubbele belasting voorlag, maar het Hof eerder in abstracto werd gevraagd uitspraak te doen over de verenigbaarheid met de verdragsvrijheden van een nationale regeling, kan dit helpen verklaren. Opmerkelijk is wel dat het Hof zich in *Denkavit* meent te moeten uitspreken over de door Frankrijk opgeworpen rechtvaardigingsgrond van voorkoming van dubbele belasting. Daar het in die zaak vaststond dat de Franse regeling discriminatoir was, volstond het vast te stellen dat geen van de in het EG-Verdrag opgesomde rechtvaardigingsgronden was opgeworpen, om tot een definitieve schending van artikel 43 EG-Verdrag te komen.

101. Het Hof paste de beginselen ontwikkeld in *Test Claimants ACT* en *Denkavit* nogmaals toe in het arrest *Test Claimants Thin Cap* van 13 maart 2007²¹⁵. Het ging om een Britse wetgeving die een beperking stelde aan de mogelijkheid van een ingezeten vennootschap om de rente op een lening die haar door een directe of indirecte niet-ingezeten moedermaatschappij is verstrekt, af te trekken van de belasting, terwijl die beperking voor de ingezeten vennootschap niet gold indien de rente was betaald op een lening verstrekt door een in eerstgenoemde lidstaat ingezeten moedermaatschappij. De relevante wetgeving was wederom de *Income and Corporation Taxes Act 1988*, zoals gewijzigd in 1995 en 1998. Anders dan in de twee voorgaande zaken stelde het Hof dat *“de verschillende behandeling waaraan dochtermaatschappijen van niet-ingezeten moedermaatschappijen in het kader van een wettelijke regeling als in het hoofdgeding aan de orde is worden onderworpen in vergelijking met dochtermaatschappijen van ingezeten moedermaatschappijen, de vrijheid van vestiging kan beperken, zelfs al is de situatie van een grensoverschrijdende groep van vennootschappen op fiscaal niveau niet vergelijkbaar met die van een groep van vennootschappen die alle in dezelfde lidstaat zijn gevestigd”*²¹⁶. Deze overweging lijkt ingegeven door het feit dat de ook in deze zaak voorkomende dubbelbelastingverdragen niet even terzake dienend waren als in de eerste *Test Claimants*-zaak en *Denkavit*.

Aangezien het in *Test Claimants Thin Cap* gaat over een niet-discriminerende belemmering van het vestigingsrecht, past het Hof de *rule of reason* toe. Het Verenigd Koninkrijk beriep zich op de noodzaak om de samenhang van het nationale belastingstelsel te verzekeren, welke grond het Hof afwijst wegens het ontbreken van het vereiste rechtstreeks verband tussen het betrokken fiscale voordeel en de compensatie voor dit voordeel door een bepaalde heffing. Wat het Britse argument op basis van misbruikbestrijding betreft, acht het Hof de regeling weliswaar geschikt om het beoogde (*in se* gerechtvaardigde) doel te bereiken, maar bevindt het

²¹². Arrest *Denkavit*, r.o. 26.

²¹³. Arrest *Denkavit*, r.o. 36.

²¹⁴. Arrest *Denkavit*, r.o. 39.

²¹⁵. *Supra*, voetnoot 195.

²¹⁶. Arrest *Test Claimants Thin Cap*, r.o. 59 (eigen benadrukking).

deze niet noodzakelijk aangezien ze niet specifiek gericht is op de voorkoming van volstrekt kunstmatige constructies²¹⁷. Opmerkelijk genoeg stelt het Hof vervolgens dat de regeling geïntroduceerd door de door het Verenigd Koninkrijk gesloten verdragen in sommige gevallen de Britse nationale regeling kan vervangen en bijgevolg aan een afzonderlijke rechtvaardigingstoetsing moet worden onderworpen. Hierbij laat het Hof het aan de nationale rechter om na te gaan of deze verdragsrechtelijke regeling noodzakelijk is, maar geeft mee dat “een fiscale regeling als die welke, voor daaronder vallende situaties, voortvloeit uit de door het Verenigd Koninkrijk gesloten belastingverdragen, zich op het eerste gezicht [lijkt] te baseren op een onderzoek van objectieve en verifieerbare elementen op grond waarvan kan worden vastgesteld of er sprake is van een louter kunstmatige constructie die alleen is opgezet voor belastingdoeleinden”²¹⁸.

De afzonderlijke behandeling van de Britse nationale regeling en deze ingevoerd door de relevante belastingverdragen volgt blijkbaar uit de vaststelling dat, zoals eerder aangegeven, “[d]e in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale bepalingen [...] niet het gevolg [zijn] van een eenvoudige verdeling van bevoegdheden tussen het Verenigd Koninkrijk en de landen waarmee het belastingverdragen heeft gesloten”²¹⁹ en dat die bepalingen “niet zozeer dubbele belasting van in het Verenigd Koninkrijk behaalde winst [beoogden] te vermijden, maar de keuze van die lidstaat [weerspiegelden] om zijn belastingstelsel zo te organiseren dat dergelijke winst niet door middel van een stelsel van onderkapitalisatie van ingezeten dochtermaatschappijen door niet-ingezeten gelieerde vennootschappen in die lidstaat aan belastingheffing werd onttrokken”²²⁰. Merkwaardig is echter wel dat het Hof wachtte tot de beoordeling van de rechtvaardigingsgronden en meer bepaald niet bij de beoordeling van het al dan niet discriminatoire karakter van de desbetreffende regeling. Dit is des te opmerkelijker, daar het Hof in *Test Claimants Thin Cap* – nog steeds tijdens de bespreking van de rechtvaardigingsgrond van misbruikvoorkoming – de overwegingen uit de eerste *Test Claimants*-case herhaalt, volgens dewelke slechts een vergelijkbare situatie bestaat indien de lidstaat in kwestie ook fiscale bevoegdheid uitoefent ten aanzien van niet-ingezeten vennootschappen²²¹.

102. Minder verregaand, maar niet minder opmerkelijk en belangwekkend, is *Marks & Spencer*²²².

Supra, voetnoot 37. De uitspraak deed eens te meer het nodige juridische stof opwaaien: G. MEUSSEN, “The *Marks & Spencer*-Case: reaching the boundaries of the EC Treaty”, *EC Tax Review* 2003, 144-148; D. GUTMANN, “La fiscalité française des groupes de société à l’épreuve du droit communautaire”, *Revue de droit fiscal* 2004, 681-685; I. DOERR, “A Step Forward in the Field of Europe-

an Corporate Taxation and Cross-border Loss Relief: Some Comments on the *Marks and Spencer* Case”, *Intertax* 2004, 180-186; L.J.E. PAPPERS, “Terechtzitting van *Marks & Spencer*-zaak”, *Weekblad voor fiscaal recht* 2005, 375-378; F. BALMES, M.J.J. BRÜCK en M. RIBBROCK, “Der EuGH-Fall *Marks & Spencer*: Rückschlüsse für die deutsche Organschaftsbesteuerung”, *Betriebs-Berater* 2005, 966-970; J. NAGLER en J. KLEINERT, “Das EuGH-Verfahren *Marks & Spencer*. Konsequenzen des Schlussantrags des Generalanwalts”, *Der Betrieb* 2005, 855-857; H. JANSSEN, “Soll sich der EuGH ein Beispiel am Bundesverfassungsgericht nehmen? ‘*Marks & Spencer*’ und die Rückwirkung”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2005, 257; G.T.K. MEUSSEN, “The *Marks & Spencer*-Case: The Final Countdown Has Begun”, *European Taxation* 2005, 160-163; J. KLEINERT, J. NAGLER en H. REHM, “Gewinnbesteuerung nach ‘Art des Hauses’ mittels grenzüberschreitender Organschaft”, *Der Betrieb* 2005, 1869-1875; T. BENDER, S.C.W. DOUMA en F.A. ENGELEN, “Werken aan winst? Werken aan de interne markt! (1)”, *Weekblad voor fiscaal recht* 2005, 1029-1036; Id., “Werken aan winst? Werken aan de interne markt! (2)”, *Weekblad voor fiscaal recht* 2005, 1069-1078; P. MARTIN, “The *Marks & Spencer* EU group relief case – a rebuttal of the ‘taxing jurisdiction’ argument”, *Intertax* 2005, 61-68; M. LANG, “*Marks and Spencer* – more questions than answers: an analysis of the Opinion delivered by Advocate General Maduro”, *Intertax* 2005, 95-100; G.T.K. MEUSSEN, “Cross-Border Loss Relief in the European Union following the Advocate General’s Opinion in the *Marks & Spencer*-Case”, *European Taxation* 2005, 282-286; M. GAMMIE, “The Impact of the *Marks & Spencer* Case on US-European Planning”, *Intertax* 2005, 485-489; M. HELMINEN, “The *Esab*-Case (C-231/05) and the Future of Group Taxation Regimes in EU”, *Intertax* 2005, 595-602; J. WERBROUCK, “*Marks & Spencer*”, *Euredia* 2005, 273-278; C. ROMANO, “Cross-border deductions of losses: *Marks & Spencer* and after”, *Rivista di diritto tributario internazionale* 2005, n° III, 173-189; A. CLOER, “Niederlassungsfreiheit: Grundsätzliche Versagung des Verlustabzugs von Tochtergesellschaften mit Sitz im Ausland? – Schlussanträge Rs. *Marks & Spencer*”, *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 2005, 213-215; M.P. SCHEUNEMANN, “*Marks & Spencer*: Kein Ausschluss des Konzernabzugs für Verluste gebietsfremder Tochtergesellschaften, wenn diese im Staat des Sitzes der Tochtergesellschaften nachweislich nicht berücksichtigt werden”, *Recht der internationalen Wirtschaft* 2006, 79-80; J.F.M. GIELE, “Hoofdbreken na arrest *Marks & Spencer*”, *Nederlandse staatscourant* 2006, n° 7, 4; F. BALMES, M.J.J. BRÜCK en M. RIBBROCK, “Das EuGH-Urteil *Marks & Spencer*: Grenzüberschreitende Verlustnutzung kommt voran!”, *Betriebs-Berater* 2006, 186-189; M. LANG, “The *Marks & Spencer*-Case – The Open Issues Following the ECJ’s Final Word”, *European Taxation* 2006, 54-67; R. WERNSMANN en A. NIPPERT, “Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für die grenzüberschreitende Verlustberücksichtigung im Konzern”, *Finanz-Rundschau Ertragsteuerrecht* 2006, 153-163; F.P. SUTTER, “Pauschales Verbot grenzüberschreitenden Verlustabzugs – Verstoß gegen Niederlassungsfreiheit”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2006, 87-88; T. SANNA, “Grenzüberschreitende konzerninterne Verlustberücksichtigung – Das Urteil *Marks & Spencer*”, *European Law Reporter* 2006, 32-43; E.C.C.M. KEMMEREN, “*Marks & Spencer*: balanceren op grenzeloze verliesverrekening”, *Weekblad voor fiscaal recht* 2006, 211-225; M. PETRITZ, “*Marks & Spencer*: EuGH zur grenzüberschreitenden Verlustverwertung im Konzern”, *Ecolex* 2006, 147-150; G. SAß, “Nochmals: Zur Berücksichtigung von Verlusten ausländischer Tochtergesellschaften in der EU”, *Der Betrieb* 2006, 123-127; B. BOUTEMY en E. MEIER, “Limites de la compatibilité avec le droit communautaire du régime britannique de dégrèvement de groupe”, *La Semaine juridique – entreprise et affaires* 2006, 597-

²¹⁷. Arrest *Test Claimants Thin Cap*, r.o. 71-84. Het Hof volgt op dit punt de klassieke redenering zoals toegepast in *Cadbury Schweppes*, *supra*, voetnoot 169.

²¹⁸. Arrest *Test Claimants Thin Cap*, r.o. 86.

²¹⁹. Arrest *Test Claimants Thin Cap*, r.o. 50.

²²⁰. Arrest *Test Claimants Thin Cap*, r.o. 52.

²²¹. Arrest *Test Claimants Thin Cap*, r.o. 89-90.

²²². Zie tekst op deze bladzijde.

599; D. DÜRRSCHMIDT en M. SCHILLER, “Die Rechtssache Marks & Spencer und ihre Folgen”, *Europarecht* 2006, 275-284; H. ZAPF en J. DU PASQUIER, “L’arrêt Marks & Spencer: une victoire à la Pyrrhus?”, *Petites affiches* 2006, n° 78, 5-9; J.W. ZWEMMER, “Marks & Spencer, Internationale verliesverrekening”, *Ars aequi* 2006, 211-212; M. GAMMIE, *Pending Cases Filed by UK Courts II: The ACT, FII, and Thin Cap Group Litigations and the Marks & Spencer Case, ECJ: recent developments in direct taxation*, Wenen, Linde, 2006, 323-348; F. MARIATTE, “Impôts directs”, *Europe* 2006, Février Comm. n° 48, 21-23; G. JAZOTTES, “Droit européen des affaires. Liberté d’établissement”, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique* 2006, 513-515; M. ISENBAERT en C. VALJEMARK, “M&S judgment: the ECJ caught between a rock and a hard place”, *EC Tax Review* 2006, 10-17; O. THÖMMES, “Sieg der Vernunft – oder Kniefall vor den Mitgliedstaaten? Das EuGH-Urteil Marks & Spencer”, *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 2006, Heft 1, I; I. DÖRR, “Niederlassungsfreiheit: Kein Ausschluss des Konzernabzugs einer Muttergesellschaft für Verluste gebietsfremder Tochtergesellschaften, wenn diese im Staat des Sitzes der Tochtergesellschaften nachweislich nicht berücksichtigt werden – Marks & Spencer”, *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 2006, 34-36; M.P. SCHEUNEMANN, “Decision in the Marks & Spencer-Case: a Step Forward, but No Victory for Cross-Border Group Taxation in Europe”, *Intertax* 2006, 54-57; J.-P. MAUBLANCEAN, “La compensation transfrontalière des pertes d’un groupe de sociétés devant la Cour de justice”, *Revue du marché commun et de l’Union européenne* 2006, 417-421; R. SEER, “The ECJ on the Verge of a Member State Friendly Judicature?”, *European Company and Financial Law Review* 2006, Vol. 3, n° 2, 237-247; T. O’SHEA, “Marks and Spencer v Halsey (HM Inspector of Taxes): restriction, justification and proportionality”, *EC Tax Review* 2006, 66-82; L. VALLÉE, “Heurts et malheurs de l’harmonisation fiscale européenne”, *Cahiers juridiques de l’électricité et du gaz* 2006, 201-208; T. RÖNFELDT, “Marks & Spencer”, *European Business Law Review* 2006, 1715-1726; G.-J. VOSSESTEIN, “Exit restrictions on Freedom of Establishment after Marks & Spencer”, *European Business Organization Law Review* 2006, 863-878; J. CAVALLINI, “Les libertés de circulation: marchandises, capitaux, prestation de services et établissement (juillet 2005 à juin 2006)”, *Revue du marché commun et de l’Union européenne* 2006, 626-628; M. LANG, “Gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung zur Rechtsformneutralität im Steuerrecht?”, *Internationales Steuerrecht* 2006, 397-402; C. DAVID, “Droit communautaire et déductions des déficits étrangers”, *Revue des sociétés* 2006, 869-880; D. TRIANTAFYLLOU, “Auf dem Wege zur Koordinierung der direkten Steuern in der EG?”, *Europarecht* 2007, 671-682 en T. O’SHEA, “EU Cross-Border Loss Relief: Which View Will Prevail?”, *Tax Notes International* 2008, 104-108.

De zaak betrof de rechtmatigheid in het licht van het Gemeenschapsrecht van een Britse nationale regeling krachtens welke het voor een ingezetene moedervernootschap niet mogelijk was het verlies van een in een andere lidstaat gevestigde dochtervennootschap af te trekken van haar eigen belastbare winst, terwijl zulks wel kon wanneer het verliezen van een ingezetene dochtervennootschap betrof. Zoals eerder in *Metallgesellschaft*²²³, komt het Hof in *Marks & Spencer*

vrij snel tot de conclusie dat de betwiste regeling een belemmering vormt voor het vestigingsrecht van vennootschappen, daar aan hen een fiscaal cashflowvoordeel ontnomen wordt wat betreft verliezen geleden door niet-ingezetene dochtervennootschappen²²⁴. Het toont zich vervolgens echter opmerkelijk terughoudend bij de beoordeling van de door acht regeringen aangevoerde rechtvaardigingsgronden, te weten: de noodzaak een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de verschillende lidstaten te waarborgen, het voorkomen van dubbele verliesverrekening en het vermijden van belastingontwijking²²⁵. Wat betreft de noodzaak van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid stelt het Hof voor de eerste maal klaar en duidelijk, na weliswaar herhaald te hebben dat een derving van belastinginkomsten principieel niet aangemerkt kan worden als een dwingende reden van algemeen belang²²⁶, dat “*de onverkorte handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten het [...] noodzakelijk [kan] maken, op de bedrijfsactiviteiten van de in een van [de] lidstaten gevestigde vennootschappen zowel ter zake van winst als ter zake van verlies uitsluitend de fiscale regels van die lidstaat toe te passen*”²²⁷. Wat betreft het voorkomen van dubbele verliesverrekening geeft het Hof kortweg aan dat “*[het] dient te worden aangenomen dat de lidstaten dit moeten kunnen verhinderen*”²²⁸. Ten slotte erkent het Hof ook het bestaan van mogelijke gevaren voor belastingontwijking, door te stellen dat “*de mogelijkheid om het verlies van een niet-ingezetene dochtervennootschap over te dragen aan een ingezetene vennootschap, het gevaar inhoudt dat de verliesoverdracht binnen een vennootschapsgroep zo wordt georganiseerd dat het verlies wordt overgedragen aan vennootschappen in lidstaten waar het belastingtarief het hoogste is, en waar de fiscale waarde van een verlies dus het grootste is*”²²⁹. Dergelijke “lidstaatsvriendelijke” uitspraken zijn enigszins verrassend. Ze liggen dan wel in lijn met de eerdere beslissing van het Hof in *Futura Participations*²³⁰, waarin het beginsel van het fiscale territorialiteitsbeginsel werd erkend, maar ze vormen toch een duidelijke stap terug vergeleken met de recentere arresten *Bosal*²³¹ en *Manninen*²³².

Het Hof stelt vervolgens dat, “[g]elet op deze drie rechtvaardigingsgronden, **samen beschouwd**, dient te worden opgemerkt dat met een restrictieve regeling als die in het hoofdgeding, rechtmatige doelstellingen worden nagestreefd

²²³ *Supra*, voetnoot 83.

²²⁴ Arrest *Marks & Spencer*, *supra*, voetnoot 152, r.o. 32-34.

²²⁵ Arrest *Marks & Spencer*, r.o. 43.

²²⁶ Arrest *Marks & Spencer*, r.o. 44.

²²⁷ Arrest *Marks & Spencer*, r.o. 45.

²²⁸ Arrest *Marks & Spencer*, r.o. 47.

²²⁹ Arrest *Marks & Spencer*, r.o. 49.

²³⁰ Arrest van het Hof van 15 mei 1997, C-250/95, *Futura Participations*, *Jur.* 1997, I-2471, besproken in *Kroniek 1996-1997*, T.B.H. 1998, p. 151-152, randnr. 53.

²³¹ Arrest van het Hof van 18 september 2003, C-168/01, *Bosal*, *Jur.* 2003, I-9409, besproken in *Kroniek 2003-2005*, T.B.H. 2006, p. 295-297, randnr. 89-92.

²³² Arrest van het Hof van 7 september 2004, C-319/02, *Manninen*, *Jur.* 2004, I-7477, besproken in *Kroniek 2003-2005*, T.B.H. 2006, p. 306, randnr. 116.

die zich met het verdrag verdragen en gerechtvaardigd zijn uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang, en dat deze regeling daarenboven geschikt is om deze doelstellingen te verwezenlijken”²³³. Hierbij is van belang te bemenken dat het Hof in *Marks & Spencer* de nadruk legt op het feit dat de drie opgeworpen gronden in hun onderlinge samenhang worden beschouwd teneinde potentieel de belemmerende Britse regeling te kunnen rechtvaardigen. Het Hof zal deze precisering in latere arresten immers aangrijpen om de reikwijdte van *Marks & Spencer* enigszins in te dijken. De praktische relevantie van de principiële erkenning in *Marks & Spencer* van de aldaar opgeworpen rechtvaardigingsgronden wordt overigens ook in deze zaak zelf reeds beperkt, aangezien het Hof bij de beoordeling van de bestreden regeling stelt dat deze in beginsel onevenredig is. Het benadrukt daarbij echter wel expliciet dat zulks slechts het geval is indien de niet-ingezeten dochtervennootschap in haar vestigingsstaat niet (meer) de mogelijkheid heeft over te gaan tot verliesverrekening²³⁴.

103. Dat deze laatste precisering allerm minst van vrijblijvende aard is, mag blijken uit *Rewe Zentralfinanz eG* (hierna: “*Rewe*”)²³⁵. Het Hof onderzocht hier de verenigbaarheid met het vestigingsrecht van een Duitse regeling die, zoals de Britse wetgeving in *Marks & Spencer*, de mogelijkheid beperkte voor een in de betrokken lidstaat gevestigde moedervennootschap om het verlies uit afschrijvingen op de waarde van haar deelnemingen in in andere lidstaten gevestigde dochtervennootschappen fiscaal af te trekken. Het Hof troostte zich heel wat moeite de feitelijkheden van de zaak te onderscheiden van deze die ten grondslag lagen aan *Marks & Spencer*. Na beslist te hebben dat de voorliggende nationale regeling een belemmering van het vestigingsrecht inhield²³⁶, wierp het Hof zich op de door de Duitse regering aangevoerde rechtvaardigingsgronden, met name: de noodzaak van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, het voorkomen van dubbele verliesverrekening, het bestrijden van belastingontwijking, de noodzaak van doeltreffende fiscale controles van buitenlandse transacties en de vrijwaring van de eenvormigheid van het belastingstelsel.

Wie gelet op de gelijkenissen met *Marks & Spencer* een gelijkaardige uitkomst verwachtte in *Rewe*, komt bedrogen uit. Hoewel het Hof erkent dat “indien een vennootschap de mogelijkheid zou worden geboden, te opteren voor verreke-

ning van haar verlies in de lidstaat waar ze gevestigd is, dan wel in een andere Lidstaat, een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten groot gevaar zou lopen”²³⁷, meent het dat “de draagwijdte van het rechtmatige vereiste van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten [dient] te worden afgebakend. In het bijzonder zij benadrukt dat het Hof in het reeds aangehaalde arrest *Marks & Spencer* slechts met een dergelijke rechtvaardigingsgrond rekening heeft gehouden **in samenhang met twee andere rechtvaardigingsgronden**, het gevaar voor dubbele verrekening van het verlies en het gevaar voor belastingontwijking”²³⁸. Deze overweging lijkt op het eerste gezicht weinig hout te snijden aangezien, zoals blijkt uit vorige paragraaf, de twee laatstgenoemde gronden tevens opgeworpen werden in *Rewe*. Van belang is echter dat het Hof, anders dan in *Marks & Spencer*, het argument inzake de voorkoming van dubbele verliesverrekening in *Rewe* niet zonder meer aanvaardt, daar “het verlies waarom het in het hoofdgeding gaat, [...] niet vergelijkbaar [is] met een in het buitenland door een dochtervennootschap geleden verlies dat de moedervennootschap wil overdragen om haar belastbare winst te doen dalen, hetgeen het geval was in de zaak die tot het reeds aangehaalde arrest *Marks & Spencer* heeft geleid”²³⁹. Het verwerpen van de tweede rechtvaardigingsgrond omwille van feitelijke verschillen met *Marks & Spencer* laat het Hof toe, gelet op de in dit laatste arrest aangebrachte precisering dat de betrokken gronden “samen beschouwd” dienen te worden, om in *Rewe* ook de eerste grond inzake de lidstatelijke heffingsbevoegdheid naast zich neer te leggen. Het feit dat dubbele verliesverrekening in de feitelijkheden van deze zaak ook mogelijk bleef in de relatie tussen Duitse moedervennootschappen en ingezeten dochtervennootschappen²⁴⁰, zal daar vermoedelijk niet vreemd aan zijn. Ten slotte legt het Hof ook de drie andere rechtvaardigingsgronden (bestrijden van belastingontwijking, doeltreffendheid van fiscale controles en de eenvormigheid van de belastingregeling) naast zich neer²⁴¹, om te besluiten tot een met het EG-Verdrag onverenigbare belemmering van het vestigingsrecht.

104. Een opmerkelijke toepassing van de in *Marks & Spencer* en *Rewe* uitgewerkte benadering vinden we in *Oy AA*²⁴², dat, zoals eerder aangekondigd, ook relevant is in het licht van de rechtspraak van het Hof inzake misbruik van het vestigingsrecht. *Oy AA* betreft de vraag naar de verenigbaarheid met de artikelen 43 en 48 EG-Verdrag van een nationale

²³³. Arrest *Marks & Spencer*, *supra*, voetnoot 152, r.o. 51 (eigen benadrukking).

²³⁴. Arrest *Marks & Spencer*, r.o. 55.

²³⁵. Arrest van het Hof van 29 maart 2007, C-347/04, *Rewe Zentralfinanz eG*, *Jur.* 2007, I-2647.

²³⁶. Arrest *Rewe*, r.o. 27-36.

²³⁷. Arrest *Rewe*, r.o. 42.

²³⁸. Arrest *Rewe*, r.o. 41 (eigen benadrukking).

²³⁹. Arrest *Rewe*, r.o. 47.

²⁴⁰. Arrest *Rewe*, r.o. 49.

²⁴¹. Arrest *Rewe*, r.o. 50-69. Vergelijkbare gronden werden in de hier besproken periode tevens opgeworpen, maar uiteindelijk evenmin weerhouden, zoals vermeld, in *N/Inspecteur van de Belastingdienst*, *supra*, voetnoot 151 en C-150/04, *Commissie/Denemarken*, *supra*, voetnoot 127.

²⁴². *Supra*, voetnoot 179.

regeling volgens welke een in een lidstaat gevestigde dochteronderneming een financiële intragroepsoverdracht aan haar moedermaatschappij slechts van haar belastbare inkomsten kan aftrekken wanneer deze laatste in dezelfde lidstaat gevestigd is. Net als in *Rewe* herhaalt het Hof dat bepaalde praktijken die de betrokken regeling beoogt te vermijden, kunnen leiden tot een ernstige verstoring van de heffingsbevoegdheid en dat om die reden de rechtvaardigingsgrond van een evenwichtige verdeling van deze bevoegdheid in beginsel aanvaard moet kunnen worden²⁴³. Eveneens als in *Rewe* verwerpt het Hof vervolgens het argument volgens hetwelk de bestreden regeling gerechtvaardigd zou kunnen worden vanuit overwegingen ter vermijding van dubbele verliesverrekening²⁴⁴. Een derde grond, belastingontwijking, wordt aanvaard als een dwingende en geschikte reden van algemeen belang²⁴⁵.

Waar de argumentatie van het Hof tot op dit punt een loutere voortzetting en bevestiging is van *Rewe* en van zijn gevestigde rechtspraak inzake misbruik van vestigingsrecht, vormt het vervolg een onverwacht keerpunt op beide vlakken. Het Hof stelt immers dat de eerste en derde rechtvaardigingsgrond niet enkel dwingend en geschikt zijn, ze worden daarenboven ook *noodzakelijk* geacht. Het Hof merkt terzake allereerst op dat *“het garanderen van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten en het vermijden van belastingontwijking met elkaar samenhangende doelstellingen zijn. Gedragingen die erin bestaan, volstrekt kunstmatige constructies op te zetten die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaliter verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied, kunnen namelijk een aantasting opleveren van het recht van de lidstaten om hun belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot die activiteiten, en zo de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten in gevaar brengen”*²⁴⁶. Hoewel deze redenering in het ver-

lengde van *Marks & Spencer* ligt, gaat het Hof in *Oy AA* verder door de rechtvaardigingsgrond van dubbele verliesverrekening buiten beschouwing te laten.

Het verschil met de misbruikrechtspraak is zo mogelijk nog frappanter. Het Hof stelt dat, *“[o]ok al heeft de wettelijke regeling die in het hoofdgeding aan de orde is, niet specifiek tot doel om het daarin voorziene belastingvoordeel te onthouden aan volstrekt kunstmatige constructies die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaliter verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied, [...] een dergelijke regeling toch [kan] worden geacht evenredig te zijn aan haar doelstellingen in hun geheel beschouwd”*²⁴⁷. Deze overweging komt enigszins onverwacht in het licht van de eerdere rechtspraak van het Hof, waarin telkens uitdrukkelijk benadrukt werd dat redenen van bestrijding van belastingontwijking en andere misbruikpraktijken slechts noodzakelijk kunnen zijn indien ze daadwerkelijk en alleen volstrekt kunstmatige constructies raken. Het Hof lijkt in *Oy AA* veel belang te hechten aan het feit dat in die zaak een grote samenhang bestaat met de noodzaak aan een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid. Ook overweegt het dat, *“[i]n een situatie waarin het voordeel in kwestie bestaat in de mogelijkheid inkomsten over te dragen met aftrek ervan van de belastbare inkomsten van de verrichter en bijtelling bij de belastbare inkomsten van de ontvanger, elke uitbreiding van dit voordeel tot grensoverschrijdende situaties [...] tot gevolg [zou] hebben dat [...] groepen vennootschappen vrij kunnen kiezen in welke lidstaat hun winst wordt belast, ten koste van het recht van de lidstaat van de dochteronderneming om belasting te heffen op de winsten uit activiteiten op zijn grondgebied”*²⁴⁸. Het is zeer de vraag of deze twee overwegingen de ommekeer in *Oy AA* op het vlak van de gevestigde misbruikrechtspraak kunnen verantwoorden.

III. VRIJ VERKEER VAN DIENSTEN

A. Toepassingsgebied

105. Het is bekend dat het Hof een ruime omschrijving hanteert van het begrip “dienst” in de zin van artikel 49 EG-Verdrag. In *Meca-Medina* bevestigde het dat *“een sportieve activiteit, wanneer zij het karakter van arbeid in loondienst of van een bezoldigde dienstverrichting heeft, wat het geval*

*is bij beroeps- of semi-beroepssporters [...] binnen de werkingssfeer van [...] de artikelen 49 en volgende EG-Verdrag [valt]”*²⁴⁹. Het Hof had in *Donà*²⁵⁰ weliswaar erkend dat *“de Gemeenschapsbepalingen inzake [...] het vrij verrichten van diensten zich niet verzetten tegen regelgevingen of praktijken die worden gerechtvaardigd door niet-economische overwegingen die verband houden met het specifieke karakter*

²⁴³. Arrest *Oy AA*, r.o. 54-56.

²⁴⁴. Arrest *Oy AA*, r.o. 57.

²⁴⁵. Arrest *Oy AA*, r.o. 58-60.

²⁴⁶. Arrest *Oy AA*, r.o. 62.

²⁴⁷. Arrest *Oy AA*, r.o. 63 (eigen benadrukking).

²⁴⁸. Arrest *Oy AA*, r.o. 64.

²⁴⁹. Arrest van het Hof van 18 juli 2006, C-519/04, *David Meca-Medina*, *Jur.* 2006, I-6991, r.o. 23.

²⁵⁰. Arrest van het Hof van 14 juli 1976, nr. 13/76, *Donà*, *Jur.* 1976, 1333, r.o. 12.

ter en kader van bepaalde wedstrijden”, maar het heeft er evenzeer op gewezen dat “deze inperking van de werkingssfeer van de betrokken bepalingen beperkt moet blijven tot haar eigenlijke doel. Zij kan derhalve niet worden aangewend om elke sportieve activiteit van de werkingssfeer van het verdrag uit te sluiten”²⁵¹.

106. Wat de onderlinge afbakening van de werkingssfeer en de verhouding tussen de relevante bepalingen van het vrij verkeer van diensten en kapitaal betreft, verduidelijkte het Hof in *Fidium Finanz AG* dat “uit de bewoordingen van de artikelen 49 en 56 EG-Verdrag, alsmede uit de plaats ervan in twee verschillende hoofdstukken van titel III van het verdrag, [blijkt] dat zij weliswaar nauw met elkaar verband houden, maar verschillende situaties beogen te regelen en elk een eigen werkingssfeer hebben”²⁵². Meer bepaald verwierp het Hof het argument als zouden de bepalingen betreffende het vrij verrichten van diensten subsidiair gelden ten opzichte van die betreffende de vrijheid van kapitaalverkeer: hoewel “in de definitie van het begrip ‘diensten’ in artikel 50, eerste alinea EG-Verdrag gepreciseerd [is] dat het gaat om verrichtingen waarop ‘de bepalingen betreffende het vrij verkeer van goederen, kapitaal en personen [...] niet van toepassing zijn’, [neemt dit niet weg] dat dit een precisering is op het vlak van de definitie van bedoeld begrip, zonder dat daarbij een rangorde tussen de vrijheid van dienstverrichting en de andere fundamentele vrijheden tot stand wordt gebracht. Het begrip ‘diensten’ is immers van toepassing op de verrichtingen die niet door de andere vrijheden worden beheerst, om te vermijden dat economische activiteiten buiten de werkingssfeer van de fundamentele vrijheden zouden vallen”²⁵³. Bijgevolg moet men in elke zaak in concreto nagaan welke belemmering bij voorrang onderzocht moet worden. Verder herinnert het Hof eraan dat voor de afbakening van de werkingssfeer tussen artikelen 43 en 49 EG-Verdrag het essentieel is na te gaan of een marktdeelnemer al dan niet gevestigd is in de lidstaat waar hij diensten aanbiedt²⁵⁴.

B. Draagwijdte

1. Discriminatieverbod

107. In de besproken periode bevestigde het Hof meermaals zijn vaste rechtspraak dat “de vrijheid van dienstverrichting in de eerste plaats de afschaffing impliceert van iedere dis-

criminatie van de dienstverrichter op grond van diens nationaliteit of van de omstandigheid dat hij is gevestigd in een andere lidstaat dan die waarin de dienst moet verricht worden”²⁵⁵. Net als bij de vrijheid van vestiging geldt in het kader van de vrije dienstverrichting dat het non-discriminatiebeginsel vervat in artikel 12 EG-Verdrag toegepast en geconcretiseerd is in artikel 49 EG-Verdrag²⁵⁶ en dat er sprake is van discriminatie “wanneer verschillende regels worden toegepast op vergelijkbare situaties of wanneer dezelfde regel wordt toegepast op verschillende situaties”²⁵⁷. Hoe elementair deze beginselen ook zijn, ze worden nog steeds met de regelmaat van de klok geschonden, zoals onder meer blijkt uit het arrest *Laval*²⁵⁸. In deze zaak, die hierna uitvoeriger besproken wordt (*infra*, randnr. 114), besloot het Hof dat de artikelen 49 en 50 EG-Verdrag op discriminatoire wijze geschonden worden doordat een lidstatelijk verbod voor vakbondsorganisaties om een collectieve actie te organiseren teneinde intrekking of wijziging van een door derden gesloten collectieve arbeidsovereenkomst af te dwingen, afhankelijk wordt gesteld van de voorwaarde dat de actie betrekking heeft op arbeidsvoorwaarden en omstandigheden waarop de nationale wet rechtstreeks van toepassing is. Zulks heeft immers tot gevolg dat een onderneming die werknemers in die lidstaat ter beschikking stelt in het kader van een grensoverschrijdende dienstverrichting en die gebonden is aan een krachtens het recht van een andere lidstaat geldende collectieve arbeidsovereenkomst, dit verbod niet aan deze organisaties kan tegenwerpen. Aangezien discriminatoire beperkingen slechts gerechtvaardigd kunnen worden uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid, en geen van de door de Zweedse regering aangevoerde argumenten op deze gronden betrekking had, lag volgens het Hof geen rechtvaardiging voor²⁵⁹.

108. Verder stelde het Hof in *Contse*²⁶⁰ met betrekking tot een Spaanse nationale regeling dat artikel 49 EG-Verdrag zich ertegen verzet dat een aanbestedende dienst in het bestek voor een overheidsopdracht voor het verlenen van gezondheidsdiensten op het gebied van ademhalingstherapieën aan huis en andere kunstmatige beademingstechnieken enerzijds een toelatingsvoorwaarde vaststelt, volgens welke de inschrijvende onderneming ten tijde van de inschrijving dient te beschikken over een voor het publiek toegankelijk kantoor in de provinciehoofdstad waar de dienst moet worden verricht, en anderzijds criteria vaststelt voor de beoordeling van de offertes, waarbij extra punten worden toegekend

²⁵¹. Arrest *David Meca-Medina*, *supra*, voetnoot 249, r.o. 26.

²⁵². Arrest van het Hof van 3 oktober 2006, C-452/04, *Fidium Finanz AG*, *Jur.* 2006, I-9521, r.o. 28.

²⁵³. Arrest *Fidium Finanz AG*, r.o. 32.

²⁵⁴. Arrest van het Hof van 26 januari 2006, C-514/03, *Commissie/Spanje*, *Jur.* 2006, I-963, r.o. 22.

²⁵⁵. Arrest *Laval*, *supra*, voetnoot 140, r.o. 114.

²⁵⁶. Arrest *Laval*, r.o. 55.

²⁵⁷. Zie, onder meer, *Talotta*, *supra*, voetnoot 118 en arrest van het Hof van 18 juli 2007, C-182/06, *Lakebrink en Peters-Lakebrink*, *Jur.* 2007, I-6705.

²⁵⁸. *Supra*, voetnoot 140.

²⁵⁹. Arrest *Laval*, *supra*, voetnoot 140, r.o. 117-119.

²⁶⁰. Arrest van het Hof van 27 oktober 2005, C-234/03, *Contse*, *Jur.* 2005, I-9315.

aan de inschrijver die ten tijde van de inschrijving beschikt over installaties voor de productie, de behandeling en de afvulling van zuurstof op minder dan 1.000 km van bedoelde provincie, of over voor het publiek toegankelijke kantoren in bepaalde andere plaatsen van die provincie, en waarbij, wanneer verschillende offertes eenzelfde aantal punten behalen, de onderneming wordt bevoordeeld die de betrokken dienst voorheen reeds verrichtte, in zoverre deze regeling op discriminatoire wijze wordt toegepast. Zulks zal het geval zijn indien “[a]utomatisch en definitief [gekozen wordt] voor de onderneming die op de betrokken markt reeds actief is”²⁶¹.

2. Verbod van niet-discriminerende beperkingen

109. Het is sinds lange tijd vaste rechtspraak dat de bepalingen inzake het vrij verkeer van diensten ook niet-discriminerende belemmeringen betreffen. Ook in de besproken periode bevestigde het Hof meermaals deze jurisprudentie: “Er zij op gewezen dat artikel 49 EG-Verdrag niet alleen de afschaffing verlangt van iedere discriminatie van de in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter op grond van diens nationaliteit, maar tevens de opheffing van iedere beperking – ook indien deze zonder onderscheid geldt voor binnenlandse dienstverrichters en dienstverrichters uit andere lidstaten – die de werkzaamheden van de dienstverrichter die in een andere lidstaat is gevestigd en aldaar rechtmatig gelijksoortige diensten verricht, verbiedt, belemmert of minder aantrekkelijk maakt”²⁶². De vrijheid gewaarborgd door artikel 49 EG-Verdrag komt overigens zowel de verrichter als de ontvanger van de dienst ten goede²⁶³.

110. In *Federico Cipolla*²⁶⁴ vond het Hof een niet-discriminerende belemmering in een nationale regeling volgens welke het absoluut verboden was om af te wijken van de minimumhonoraria van advocaten, vastgesteld volgens bepaalde tariefregelingen, aangezien zulks “de toegang van in een andere lidstaat dan de Italiaanse Republiek gevestigde advocaten tot de Italiaanse markt van juridische diensten moeilijker [maakt]”²⁶⁵ en “tevens de keuzemogelijkheid van dienstenontvangers in Italië [beperkt], daar zij geen in andere lidstaten gevestigde advocaten in de arm kunnen nemen die hun werkzaamheden in Italië tegen een lagere

prijs zouden aanbieden dan de prijs voortvloeiend uit de minimumhonoraria van de tariefregeling”²⁶⁶. Deze belemmeringen kunnen naar mening van het Hof echter gerechtvaardigd worden door overwegingen ingegeven door de nood aan bescherming van de consument en een goede rechtsbedeling. Of zulks in casu ook het geval is, laat het Hof over aan de nationale rechter, echter niet zonder enige verdere richtsnoeren. Daar de Italiaanse regering aanvoerde dat een te sterke concurrentie tussen advocaten zou kunnen leiden tot een prijzenslag die de afname van de kwaliteit van de geleverde diensten tot gevolg zou hebben, zal de nationale rechter “in het bijzonder moeten nagaan of er een verband bestaat tussen de hoogte van de honoraria en de kwaliteit van de door de advocaten geleverde diensten, en met name of de vaststelling van dergelijke minimumhonoraria een passende maatregel is waarmee de nagestreefde doelstellingen kunnen worden bereikt, namelijk de bescherming van de consument en een goede rechtsbedeling”²⁶⁷. Het Hof meent overigens zelf dat zulks het geval zou kunnen zijn: “Een tariefregeling die minimumhonoraria voorschrijft, belet de leden van de beroepsgroep weliswaar niet, diensten te leveren van matige kwaliteit, maar bij voorbaat valt niet uit te sluiten dat met deze tariefregeling kan worden voorkomen dat advocaten in een context als de Italiaanse markt, die blijkens de verwijzingsbeslissing wordt gekenmerkt door een zeer groot aantal ingeschreven en actief werkzame advocaten, worden gestimuleerd om te concurreren door middel van het aanbieden van diensten onder de prijs, met het risico dat de kwaliteit van de geleverde diensten achteruitgaat”²⁶⁸.

111. In een inbreukprocedure tegen Duitsland²⁶⁹ oordeelde het Hof, in lijn met *Vander Elst*²⁷⁰ en *Commissie/Luxemburg*²⁷¹, dat een nationale regeling die voorziet in een verregaande voorafgaande controle ter afgifte van een specifiek visum voor werknemers uit derde landen die in een betrokken lidstaat tijdelijk tewerkgesteld worden door een dienstverrichtende onderneming gevestigd in een andere lidstaat, een belemmering vormt van artikel 49 EG-Verdrag. Deze regeling kan desgevallend gerechtvaardigd worden door dwingende redenen van algemeen belang, zoals de voorkoming van misbruik van de vrijheid van diensten, de bescherming van werknemers en de rechtszekerheid. In casu echter verwierp het Hof deze gronden, aangezien dezelfde doelen

^{261.} Arrest *Contse*, r.o. 78.

^{262.} Arrest van het Hof van 5 december 2006, C-94/04 en C-202/04, *Federico Cipolla e.a.*, *Jur.* 2006, I-11421, r.o. 56. Dit principe werd tevens bevestigd in, onder meer, arrest van het Hof van 19 januari 2006, C-244/04, *Commissie/Duitsland*, *Jur.* 2006, I-885, r.o. 30; arrest van het Hof van 15 juni 2006, C-255/04, *Commissie/Frankrijk*, *Jur.* 2006, I-5251, r.o. 37 en arrest van het Hof van 11 januari 2007, C-208/05, *ITC Innovative Technology Center GmbH*, *Jur.* 2007, I-181, r.o. 55.

^{263.} Zie, onder meer, arrest in C-255/04, *Commissie/Frankrijk*, *supra*, voetnoot 262, r.o. 37.

^{264.} *Supra*, voetnoot 151.

^{265.} Arrest *Federico Cipolla*, r.o. 58.

^{266.} Arrest *Federico Cipolla*, r.o. 60.

^{267.} Arrest *Federico Cipolla*, r.o. 66.

^{268.} Arrest *Federico Cipolla*, r.o. 67.

^{269.} *Supra*, voetnoot 151.

^{270.} Arrest van het Hof van 9 augustus 1994, C-43/93, *Vander Elst*, *Jur.* 1994, I-3803.

^{271.} Arrest van het Hof van 21 oktober 2004, C-445/03, *Commissie/Luxemburg*, *Jur.* 2004, I-10191.

bereikt konden worden door minder verregaande maatregelen, zoals een eenvoudige verklaring vooraf van de in een andere lidstaat gevestigde onderneming die voornemens is de betrokken werknemers ter beschikking te stellen. In het bijzonder nam het Hof aanstoot aan het feit dat de Duitse regeling eiste dat laatstgenoemde werknemers minstens één jaar bij die onderneming tewerkgesteld dienden te zijn. Zulks hoeft niet te verbazen: eerder oordeelde het Hof in *Commissie/Luxemburg* dat een tewerkstellingsvereiste van 6 maanden verder ging dan op grond van het doel van sociale bescherming van de werknemers kon worden geëist²⁷².

112. In een inbreukprocedure tegen Frankrijk²⁷³ onderzocht het Hof de verenigbaarheid met het vrij dienstenverkeer van een nationale regel volgens welke elke overeenkomst op grond waarvan een natuurlijke of rechtspersoon met het oog op zijn productie tegen beloning een beroep doet op de medewerking van een uitvoerend artiest, vermoed wordt een arbeidsovereenkomst te zijn, voor zover deze regeling van toepassing is op artiesten uit een andere lidstaat die als dienstverrichter werkzaam zijn. Het Hof oordeelde dat een dergelijke belemmerende maatregel niet in se gerechtvaardigd kon worden door het feit dat het een procedureregeling betrof, aangezien, zoals reeds gesteld in *Peterbroeck*²⁷⁴, “*de rechtspraak van het Hof [terzake] niet automatisch van toepassing is op alle nationale procedureregels, maar enkel betrekking heeft op procedurevoorschriften voor beroepen in rechte die ertoe strekken de bescherming van de rechten die de justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het Gemeenschapsrecht onttelen, te waarborgen*”²⁷⁵. De Franse regeling kon evenmin rechtvaardiging vinden in de aangevoerde dwingende redenen van algemeen belang van de sociale bescherming van artiesten en de bestrijding van zwartwerk. Van belang bij de verwerping van de eerste rechtvaardigingsgrond achtte het Hof dat “*het specifieke*

vraagstuk van de wetgeving die geldt op het gebied van de sociale zekerheid voor dienstverrichters voorwerp vormt van een coördinatie op Gemeenschapsniveau”²⁷⁶.

113. *ITC Innovative Technology GmbH*²⁷⁷ betrof een Duitse regeling die de betaling door een lidstaat aan een particulier arbeidsbemiddelingsbureau van de door een werkzoekende aan dit bureau verschuldigde vergoeding afhankelijk stelt van de voorwaarde dat de door deze bemiddelaar gevonden betrekking in deze lidstaat onder de socialeverzekeringplicht valt. Uit het arrest blijkt het belang voor regeringen om hun verklaringen voor het Hof ter rechtvaardiging van belemmerende regelingen afdoende specifiek en gemotiveerd te maken. Immers, het Hof verwierp de door de Duitse regering aangevoerde dwingende redenen van algemeen belang (bevordering van de arbeidsbemiddeling, verlaging van de werkloosheid, bescherming van de nationale sociale zekerheid en bescherming van de nationale arbeidsmarkt tegen verlies van geschoolde arbeidskrachten) telkenmale wegens te algemeen geformuleerd en niet van aard de specifieke regeling te rechtvaardigen, ook omdat de betrokken maatregelen verder gingen dan noodzakelijk voor de nagestreefde doeleinden. Het Hof bevestigde wel dat “*de lidstaten bij de uitoefening van [de bevoegdheid van werkgelegenheid] over een ruime beoordelingsmarge beschikken*”²⁷⁸.

114. Een belangwekkende uitspraak in de besproken periode, in de lijn van *Schmidberger*²⁷⁹, *Omega Spielhallen*²⁸⁰ en *Viking*²⁸¹, is *Laval*²⁸². De zaak betrof de rechtmatigheid van collectieve acties ondernomen door Zweedse vakbondsorganisaties die de werkzaamheden in Zweden door Laval, een vennootschap naar Lets recht, ernstig verstoorden en zelfs verhinderden. Laval had voor de betrokken werkzaamheden ongeveer 35 arbeidskrachten in Zweden ter beschikking gesteld. De vakbondsacties hadden tot doel

²⁷². Arrest van het Hof in C-445/03, *Commissie/Luxemburg*, r.o. 32.

²⁷³. *Supra*, voetnoot 262.

²⁷⁴. Arrest van het Hof van 14 december 1995, C-312/93, *Peterbroeck*, *Jur.* 1995, I-4599, r.o. 12.

²⁷⁵. Arrest in zaak C-255/04, *Commissie/Frankrijk*, *supra*, voetnoot 262, r.o. 40.

²⁷⁶. Arrest in zaak C-255/04, *Commissie/Frankrijk*, r.o. 48. In casu ging het om art. 13, lid 1 van verordening nr. 1408/71 *juncto* de art. 4 en 14bis, punt 1, sub a) van deze verordening.

²⁷⁷. *Supra*, voetnoot 262.

²⁷⁸. Arrest *ITC Innovative Technology GmbH*, r.o. 39.

²⁷⁹. *Supra*, voetnoot 137.

²⁸⁰. *Supra*, voetnoot 138.

²⁸¹. *Supra*, voetnoot 140.

²⁸². *Supra*, voetnoot 140. Voor commentaren op dit arrest, zie, naast de doctrine aangehaald bij de bespreking van *Viking* (*supra*, voetnoot 140), onder meer, B. MESTRE, “Some preliminary comments on the Opinion of Advocate-General Mengozzi in the *Laval*-case”, *European Law Reporter* 2007, 174-185; D. VASBECK, “Swedish trade union blockade against Latvian posted workers found to be contrary to EC law – Case C-341/05, *Laval*”, *Bulletin of international legal developments* 2008, Issue 3, 27-29; P.A. KÖHLER, “‘Vaxholm’ – ‘Gustafsson’ – ‘Evaldsson’: Das kollektive Arbeitsrecht Schwedens auf dem europarechtlichen Prüfstand”, *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht* 2008, 65-74; B. MESTRE, “The ruling *Laval* un Partneri: clarification and innovation”, *European Law Reporter* 2008, 2-9; J. CAVALLINI, “Une action collective licite en droit interne peut être contraire à la libre prestation de services consacrée par le Traité de Rome”, *La Semaine Juridique – Social* 2008, n° 1087, 38-40; A. JUNKER, “Baubranche, freier Dienstleistungsverkehr, Entsendung von Arbeitnehmern, kollektive Maßnahmen”, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* 2008, 175-176; S. THOMAS, “La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt ‘*Laval*’”, *Revue du droit de l’Union européenne* 2008, n° 1, 181-192; F. TEMMING, “Das ‘schwedische Modell’ auf dem Prüfstein in Luxemburg – der Fall *Laval*”, *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht* 2008, 231-242; C.-E. CLESSE, “Le plombier polonais est-il de retour? Incidence de l’arrêt *Laval* sur le système des conventions collectives belges et le respect des rémunérations y contenues”, *J.T.T.* 2008, 220-223 en J. JOUSSEN, “Schritte zum europäischen Streikrecht – die Entscheidung *Laval*”, *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht* 2008, 333-339.

Laval te dwingen onderhandelingen aan te gaan over de aan deze laatste werknemers te betalen lonen, alsook deze vennootschap te dwingen zich aan te sluiten bij bepaalde collectieve arbeidsovereenkomsten. De vraag rees naar de verenigbaarheid van dergelijke collectieve acties met artikel 49 EG-Verdrag, daar zij onbetwistbaar het vrij verkeer van diensten ernstig belemmerden. Zoals in *Viking* begon het Hof zijn analyse door in herinnering te brengen dat collectieve acties in beginsel niet buiten het toepassingsgebied van de vrijheid van dienstverrichting vallen en dat de naleving van artikel 49 EG-Verdrag zich tevens uitstrekt tot bepaalde niet-publiek-rechtelijke regelingen²⁸³. Vervolgens ging het over tot een belangenafweging tussen het grondrecht op collectieve acties en de betrokken fundamentele vrijheid (in casu van dienstverrichting)²⁸⁴. Anders echter dan in *Viking*, waar het Hof zich uiteindelijk terughoudend opstelde, zoals ook in *Schmidberger* en *Omega Spielhallen*, beslecht het deze belangenafweging in *Laval* expliciet in het nadeel van het collectieve stakingsrecht. Inderdaad, het Hof stelt in *Laval* dat de betwiste collectieve acties van de Zweedse vakbonden die tot doel hadden de Letse vennootschap te dwingen loononderhandelingen aan te gaan en zich aan te sluiten bij bepaalde collectieve arbeidsovereenkomsten, niet gerechtvaardigd konden worden vanuit het oogmerk van een sociale bescherming van werknemers door het recht op collectieve acties, daar, onder meer, de betrokken onderneming als werkgever “met betrekking tot de door hem in het kader van een grensoverschrijdende dienstverrichting ter beschikking gestelde werknemers namelijk [reeds] verplicht [is], als gevolg van [de coördinatie door richtlijn 96/71 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten], een kern van dwingende voorschriften voor minimale bescherming in de lidstaat van ontvangst in acht te nemen”²⁸⁵. Verder hechtte het Hof belang aan het feit dat de nationale Zweedse regeling terzake onvoldoende nauwkeurige en toegankelijke bepalingen bevatte, “zodat het voor [een onderneming uit een andere lidstaat] in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk is te weten welke verplichtingen zij moet nakomen op het gebied van het minimumloon”²⁸⁶.

115. Tijdens de besproken periode velde het Hof enkele belangwekkende arresten met betrekking tot de weigering tot terugbetaling van kosten opgelopen in verband met medische dienstverstrekking in andere lidstaten. Een van deze

zaken is *Watts*²⁸⁷, waarin de Britse socialezekerheidsregeling getoetst werd op haar verenigbaarheid met artikel 49 EG-Verdrag²⁸⁸. Een van de voorliggende vragen betrof de toepasselijkheid van de rechtspraak van het Hof inzake de uitlegging van het begrip “tijdig” in de context van artikel 49 EG-Verdrag op artikel 22 van verordening nr. 1408/71 betreffende de toepassing van socialezekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen. Laatstgenoemd artikel bepaalt dat een voorafgaande toestemming vereist voor het ondergaan van een operatie in een andere lidstaat op kosten van het socialezekerheidsstelsel van de lidstaat waarin de betrokken patiënt woont, niet geweigerd mag worden “wanneer de desbetreffende behandeling behoort tot de prestaties waarin de wettelijke regeling van de lidstaat op het grondgebied waarvan de betrokkene woont voorziet, en bedoelde behandeling hem, gelet op zijn gezondheidstoestand van dat moment en het te verwachten ziekteverloop, niet kan worden gegeven binnen de termijn die gewoonlijk nodig is voor de desbetreffende behandeling in de lidstaat waar hij woont”. In *Watts* bevestigt het Hof zijn rechtspraak ontwikkeld in *Smits en Peerbooms*²⁸⁹, *Müller-Fauré en Van Riet*²⁹⁰ en *Inizan*²⁹¹, en stelt dat er geen redenen zijn waarom de uitlegging in de context van artikel 22 van verordening 1408/71 zou moeten verschillen van die van artikel 49 EG-Verdrag, aangezien het in beide gevallen gaat om dezelfde vraag²⁹². Concreet betekent dit dat het bevoegde orgaan bij een eventuele weigering van toestemming in de context van artikel 22 van verordening nr. 1408/71 “[zich] niet uitsluitend kan baseren op het bestaan van wachtlijsten in [de betrokken] lidstaat, zonder rekening te houden met de concrete omstandigheden die de medische toestand van de betrokken patiënt kenmerken”²⁹³ om te besluiten dat de behandeling waar de patiënt om vraagt niet gegeven kan worden “binnen de termijn die gewoonlijk nodig is voor de desbetreffende behandeling in de lidstaat waar hij woont”.

Een volgende vraag betrof de eventuele strijdigheid met het vrij dienstenverkeer van de toepasselijke Britse regeling in *Watts*. Het Hof oordeelt vooreerst dat de duidelijk belemmerende nationale regeling, die immers impliceert dat een patiënt uit het Verenigd Koninkrijk zonder voorafgaande toestemming van het bevoegde orgaan geen behandeling kan ondergaan op kosten van de *National Health Service* (hierna: “NHS”), in beginsel gerechtvaardigd kan worden door de noodzaak het financiële evenwicht van het socialezeker-

²⁸³. Arrest *Laval*, *supra*, voetnoot 140, r.o. 88 en 98.

²⁸⁴. Arrest *Laval*, r.o. 91, 93 en 105.

²⁸⁵. Arrest *Laval*, r.o. 108.

²⁸⁶. Arrest *Laval*, r.o. 110.

²⁸⁷. Arrest van het Hof van 16 mei 2006, C-372/04, *Watts*, *Jur.* 2006, I-4325.

²⁸⁸. Het is vaste rechtspraak dat deze bepaling van toepassing is in socialezekerheidszaken: arrest *Watts*, r.o. 92.

²⁸⁹. Arrest van het Hof van 12 juli 2001, 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.

²⁹⁰. Arrest van het Hof van 13 mei 2003, 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.

²⁹¹. Arrest van het Hof van 23 oktober 2003, C-56/01, *Inizan*, *Jur.* 2003, I-12403, besproken in *Kroniek 2003-2005*, *T.B.H.* 2006, p. 301, randnr. 106.

²⁹². Arrest *Watts*, *supra*, voetnoot 287, r.o. 60.

²⁹³. Arrest *Watts*, r.o. 63.

heidsstelsel te waarborgen, het verzekeren van een voor eenieder toegankelijke verzorging door artsen en ziekenhuizen en de instandhouding van een bepaalde verzorgingscapaciteit of medische deskundigheid in de mate dat zulks noodzakelijk zou zijn voor de gezondheid of zelfs het overleven van de bevolking²⁹⁴. Vervolgens gaat het Hof na of de bestreden regeling evenredig is met de nagestreefde doelen. Hierbij benadrukt het dat een voorwaarde van voorafgaande toestemming in beginsel geen schending kan inhouden van artikel 49 EG-Verdrag, daar socialezekerheidsstelsels noodzakelijk onderworpen zijn aan een doorgedreven planning die bijdraagt tot “het garanderen van een rationeel, stabiel, evenwichtig en toegankelijk aanbod van ziekenhuisbehandelingen”, die gedwarsboemd zou kunnen worden “indien de patiënten zich vrijelijk en onder alle omstandigheden tot ziekenhuizen konden wenden waarmee hun ziekenfonds geen overeenkomst heeft gesloten”²⁹⁵. Zoals reeds bleek uit de arresten *Smits en Peerbooms* en *Müller-Fauré en Van Riet*, is zulks evenwel niet voldoende om te besluiten tot een verenigbaarheid van de nationale regeling met het vrij dienstenverkeer. Ook de voorwaarden waaronder de betrokken toestemming wordt verleend moeten verenigbaar zijn met de eerder genoemde dwingende redenen van algemeen belang en voldoen aan het evenredigheidsvereiste. Immers, “[h]et is vaste rechtspraak dat een regeling van voorafgaande toestemming geen rechtvaardiging kan vormen voor een discretionair optreden van de nationale autoriteiten waardoor de communautaire voorschriften, met name die betreffende een fundamentele vrijheid als die in het hoofdgeding aan de orde is, van hun nuttig effect worden beroofd”²⁹⁶. De objectieve criteria waarop een eventuele weigering van toestemming gebaseerd moeten zijn, zijn intussen bekend: ze moeten niet-discriminatoir en vooraf kenbaar zijn, de procedure voor het verlenen van een toestemming moet binnen een redelijke termijn op objectieve en onpartijdige wijze afgehandeld worden, en de uiteindelijke beslissing dient behoorlijk gemotiveerd te zijn in de mate dat ze achteraf aangevochten moet kunnen worden voor een onpartijdige rechterlijke instantie die daarbij beroep kan doen op onafhankelijke deskundigen²⁹⁷. Aangezien dergelijk wettelijk kader in *Watts* niet voorhanden blijkt te zijn, acht het Hof de Britse regeling onverenigbaar met het vrij verkeer van diensten.

116. Concreet heeft het arrest *Watts* tot gevolg dat “moet [...] worden aanvaard dat de verplichting van de lidstaten om de beginselen en de systematiek van hun gezondheidsstelsel in overeenstemming te brengen met de vereisten van de communautaire vrijheden, evenzeer als de uit artikel 22 van verordening nr. 1408/71 voortvloeiende vereisten, voor de auto-

riteiten van een nationaal gezondheidsstelsel als de NHS de verplichting meebrengt om te zorgen dat er een methode is voor de vergoeding van ziekenhuisbehandelingen die in een andere lidstaat worden gegeven aan patiënten aan wie binnen dit stelsel niet de vereiste behandeling kan worden gegeven binnen een termijn die medisch aanvaardbaar is in de zin van [...] het onderhavige arrest”²⁹⁸. Op de vraag hoe dergelijke vergoeding dan wel berekend dient te worden, geeft het Hof een tweeledig antwoord. Uit artikel 22 van verordening 1408/71 volgt dat de bevoegde instantie in beginsel de bepalingen van de verblijfstaat van de patiënt terzake moet toepassen²⁹⁹. Artikel 49 EG-Verdrag impliceert echter dat, indien de toepassing van de bepalingen van de verblijfstaat zou neerkomen op een vergoeding die minder bedraagt dan deze waar de betrokken patiënt recht op zou hebben indien de medische behandeling uitgevoerd geweest was in de lidstaat waar hij zijn woonplaats heeft, “het bevoegde orgaan verplicht is, de patiënt een aanvullende vergoeding te betalen ten bedrage van het verschil tussen de objectief berekende kosten van deze vergelijkbare behandeling, zo nodig gemaximeerd tot het voor de behandeling in de verblijfstaat in rekening gebrachte totaalbedrag, en de bijdrage van het orgaan van deze staat volgens de wettelijke regeling van deze staat, zo het eerste bedrag hoger is dan het tweede”³⁰⁰.

Ten slotte buigt het Hof zich in *Watts* over de vraag of de vergoedingsverplichting van de bevoegde lidstaat zich ook uitstrekt tot de reis- en verblijfkosten verbonden aan een medische behandeling in het buitenland. Het Hof maakt wederom een onderscheid tussen de verplichtingen voor lidstaten zoals deze voortvloeien uit verordening nr. 1408/71 en uit artikel 49 EG-Verdrag. In eerste instantie leidt het Hof uit de specifieke terminologie van artikel 22 van de betrokken verordening (“zorg” en “verstrekkingen” die “bestemd zijn ter dekking van de verzorging van de verzekerde”), af dat, “[a]angezien artikel 22 van verordening nr. 1408/71 [...] niet ertoe strekt, de betaling of de vergoeding te regelen van de bijkomende kosten, zoals de reiskosten en de kosten van een eventueel verblijf buiten het ziekenhuis die zijn gemaakt door een patiënt die van het bevoegde orgaan toestemming heeft verkregen om in een andere lidstaat een voor zijn gezondheidstoestand passende behandeling te ondergaan, [...] het ingevolge dat artikel niet verplicht, **doch ook niet verboden** [is] om dergelijke kosten te vergoeden”³⁰¹. De expliciete toevoeging van de overweging dat de vergoeding van dergelijke kosten niet verboden is, kan gelezen worden als een impliciete aanmaning aan het adres van de lidstaten om zulks toch te doen. In de tweede plaats verwijst het Hof naar artikel 49 EG-Verdrag, waaruit volgt dat het vrij verkeer

²⁹⁴. Arrest *Watts*, r.o. 102-105.

²⁹⁵. Arrest *Watts*, r.o. 111.

²⁹⁶. Arrest *Watts*, r.o. 115.

²⁹⁷. Arrest *Watts*, r.o. 116-117.

²⁹⁸. Arrest *Watts*, r.o. 122.

²⁹⁹. Arrest *Watts*, r.o. 126.

³⁰⁰. Arrest *Watts*, r.o. 131.

³⁰¹. Arrest *Watts*, r.o. 138 (eigen benadrukking).

van diensten zich verzet tegen een nationale regeling die vergoeding zou uitsluiten van reis- en verblijfkosten van een patiënt aan wie toestemming verleend is om in een andere lidstaat een behandeling te ondergaan, indien en in de mate dat deze kosten wel vergoed zouden worden wanneer de betrokken behandeling ondergaan wordt in een ziekenhuis dat onder het nationale stelsel valt³⁰². Deze laatste overwegingen bevestigde het Hof later met zoveel woorden in het arrest *Manuel Acereda Herrera*³⁰³.

117. Zoals uit de voorgaande paragrafen bleek, behandelde het Hof de vragen in *Watts* telkens, waar mogelijk, vanuit het oogpunt van zowel verordening 1408/71 als artikel 49 EG-Verdrag. In *Aikaterini Stamatelaki*³⁰⁴ beperkte het zijn analyse echter tot artikel 49 EG-Verdrag, daar de verwijzende rechter geen melding had gemaakt van de betrokken verordening in zijn prejudiciële vraag, die betrekking had op de verenigbaarheid met het vrij verkeer van diensten van een nationale regeling die de vergoeding uitsluit van zorgen die werden verstrekt in een particuliere instelling voor gezondheidszorg die in een andere lidstaat is gevestigd, met uitzondering van de vergoeding van de verzorging van kinderen van minder dan 14 jaar. Deze verschillende benadering leidde evenwel niet tot een radicaal verschillende uitkomst. Inderdaad, net als in *Watts* verwerpt het Hof in *Aikaterini Stamatelaki* de betrokken lidstatelijke regeling als een verboden schending van het vrij dienstenverkeer, aangezien deze maatregelen verder gaan dan noodzakelijk voor het bereiken van de aangevoerde rechtvaardigingsgronden van volksgezondheid en de noodzaak het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel te vrijwaren, die meer bepaald beter gediend zouden kunnen worden door minder belemmerende maatregelen, “zoals een stelsel van voorafgaande toestemming dat de door het Gemeenschapsrecht opgelegde vereisten in acht neemt [...] en, in voorkomend geval, de vaststelling van tarieven voor de vergoeding van medische verzorging”³⁰⁵.

118. In een inbreukprocedure tegen België ten slotte oordeelde het Hof dat ons land zijn verplichtingen krachtens artikelen 49 en 50 EG-Verdrag niet nagekomen was door te bepalen dat opdrachtgevers en aannemers die een beroep doen op niet in België geregistreerde buitenlandse aannemers, verplicht zijn 15% van het voor de uitgevoerde werken verschuldigde bedrag in te houden en hen hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de belastingschulden van die medecontractanten³⁰⁶.

C. Financiële diensten

119. In de besproken periode werden enkele belangwekkende zaken gevelde met betrekking tot financiële diensten, waarvan *Fidium Finanz AG*³⁰⁷ en *FKP Scorpio Konzertproduktionen GmbH*³⁰⁸ (hierna: “*FKP Scorpio*”) hier kort besproken worden.

FKP Scorpio betrof de mogelijke rechtvaardiging van een belemmerend bevonden nationale Duitse regeling volgens welke een bronheffingsprocedure toegepast werd op de vergoeding van dienstverrichters die geen ingezetene zijn van de lidstaat waarin de diensten zijn verricht, terwijl geen belasting wordt ingehouden op de vergoeding die wordt betaald aan dienstverrichters die wel ingezetene van deze lidstaat zijn. Tevens moest het Hof zich uitspreken over de communautaire verenigbaarheid van deze regeling op het vlak van de aansprakelijkheid van de dienstontvanger wanneer hij de bronheffing waartoe hij verplicht was, niet heeft verricht. Het Hof achtte de regeling gerechtvaardigd door de noodzaak om de doeltreffendheid van de inning van de inkomstenbelasting te waarborgen. Immers, “[d]e bronheffingsprocedure en de daartoe als garantie dienende aansprakelijkheidsregeling vormen [...] een wettig en passend middel voor de fiscale behandeling van de inkomsten van een buiten de heffingsstaat gevestigde persoon en ter voorkoming dat op de betrokken inkomsten geen belasting wordt betaald in de woonstaat en evenmin in de staat waar de diensten zijn verricht”³⁰⁹. Evenzeer gerechtvaardigd vanuit het oogmerk een goede werking van de bronheffingsprocedure te waarborgen is volgens het Hof de Duitse regeling krachtens welke men slechts een beroep kan doen op de belastingvrijstelling onder het Duits-Nederlandse belastingverdrag voor een niet-ingezeten dienstverrichter die zijn activiteiten in Duitsland uitoefent, wanneer de bevoegde belastingdienst een vrijstellingsbewijs heeft afgegeven waaruit blijkt dat is voldaan aan de daartoe door dat verdrag gestelde voorwaarden³¹⁰.

Daarentegen werden geen rechtvaardigingsgronden aangedragen voor de bepalingen die niet toestonden dat de dienstontvanger de beroepskosten van een niet-ingezeten dienstverrichter bij de bronheffing aftrekt, terwijl een ingezeten dienstverrichter slechts op zijn netto-inkomsten wordt belast. Deze vraag ligt in het verlengde van het arrest *Gerritse*, waar het Hof reeds vaststelde dat een nationale regeling die bij de belastingheffing geen aftrek van beroepskosten toestaat aan niet-ingezetenen maar wel aan ingezetenen, een in beginsel met het vrij verkeer van diensten strijdige

³⁰². Arrest *Watts*, r.o. 139-140.

³⁰³. Arrest van het Hof van 15 juni 2006, C-466/04, *Manuel Acereda Herrera*, *Jur.* 2006, I-5341.

³⁰⁴. Arrest van het Hof van 19 april 2007, C-444/05, *Aikaterini Stamatelaki*, *Jur.* 2007, I-3185.

³⁰⁵. Arrest *Aikaterini Stamatelaki*, r.o. 35.

³⁰⁶. Arrest van het Hof van 9 november 2006, C-433/04, *Commissie/België*, *Jur.* 2006, I-10653.

³⁰⁷. *Supra*, voetnoot 252.

³⁰⁸. Arrest van het Hof van 3 oktober 2006, C-290/04, *FKP Scorpio Konzertproduktionen GmbH*, *Jur.* 2006, I-9461.

³⁰⁹. Arrest *FKP Scorpio*, r.o. 36.

³¹⁰. Arrest *FKP Scorpio*, r.o. 53-60.

indirecte discriminatie op grond van nationaliteit inhoudt³¹¹. Het Hof sprak zich toen echter niet uit over de vraag in welk stadium van de heffingsprocedure de beroepskosten van een dienstverrichter moeten worden afgetrokken indien daarvoor verschillende stadia in aanmerking kunnen komen. In *FKP Scorpio* beantwoordt het Hof deze vraag door te stellen dat de bepalingen van het vrij dienstenverkeer wel degelijk geschonden worden door een nationale regeling “die uitsluit dat de dienstontvanger, zijnde de schuldenaar van de aan een niet-ingezetene dienstverrichter betaalde vergoeding, de beroepskosten die deze dienstverrichter hem heeft gemeld en die rechtstreeks verband houden met zijn activiteiten in de lidstaat waar de dienst is verricht, aftrekt bij de bronheffing, terwijl een dienstverrichter die wel ingezetene van deze lidstaat is, slechts wordt belast op zijn netto-inkomsten, dat wil zeggen op zijn ontvangen inkomsten na aftrek van de beroepskosten”³¹².

IV. VRIJ VERKEER VAN KAPITAAL

121. Het Hof spreekt zich in toenemende mate uit over mogelijke belemmeringen van het vrij verkeer van kapitaal. Bijna alle belangwekkende zaken in de besproken periode hadden betrekking op fiscale kwesties³¹⁶. Zo betrof het arrest *Bouanich* de verenigbaarheid met de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van kapitaal van een Zweedse regeling volgens welke bij verlaging van het aandelenkapitaal het aan een niet-ingezetene aandeelhouder uitbetaalde bedrag van de terugkoop van aandelen wordt belast als uitkering van dividenden zonder dat recht op aftrek van de aankoopkosten van die aandelen bestaat, terwijl dit bedrag wordt belast als vermogenswinst met recht op aftrek van de aankoopkosten wanneer het aan een ingezetene aandeelhouder wordt uitbetaald³¹⁷. Aangezien de bestreden Zweedse regeling impliceert dat niet-ingezetene aandeelhouders uitgesloten worden van een fiscaal voordeel dat voorbehouden wordt aan ingezetene aandeelhouders, vormt ze een belemmering van het vrij kapitaalverkeer. Daarbij dient nagegaan te worden of deze belemmering gerechtvaardigd kan worden op grond van artikel 58 (ex 73 D), lid 1 *juncto* lid 3 EG-Verdrag, volgens welke bepalingen lidstaten in hun nationale regeling een onderscheid mogen maken tussen ingezetene en niet-

120. In *Fidium Finanz AG* bevestigde het Hof zijn vaste rechtspraak dat het verstrekken van diensten door een kredietinstelling een dienst is in de zin van artikel 49 EG-Verdrag³¹³. Daaraan doet niet af het feit dat de vennootschap *Fidium Finanz* in casu geen kredietinstelling is in de zin van het Gemeenschapsrecht: “*Fidium Finanz* is weliswaar geen kredietinstelling in de zin van het Gemeenschapsrecht, aangezien haar activiteit niet bestaat in het van het publiek in ontvangst nemen van deposito’s of van andere terugbetaalbare gelden, maar dit neemt niet weg dat haar activiteit van bedrijfsmatige kredietverstrekking een dienstverrichting is”³¹⁴. Daar de betrokken regeling uitsluitend van toepassing was op ondernemingen met zetel buiten de Europese Economische Ruimte, kon evenwel geen beroep gedaan worden op de bepalingen van het vrij dienstenverkeer³¹⁵.

ingezetene belastingplichtigen, voor zover dit onderscheid geen middel tot willekeurige discriminatie vormt, noch een verkapt beperking van het vrij kapitaalverkeer. Onder verwijzing naar *Manninen*³¹⁸ oordeelt het Hof dat “een nationale fiscale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, enkel verenigbaar met de verdragsbepalingen betreffende het vrij kapitaalverkeer [kan] worden geacht indien het verschil in behandeling betrekking heeft op situaties die niet objectief vergelijkbaar zijn, of wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang”³¹⁹. Daar in casu geen objectief verschil bestaat tussen de situatie van ingezetene en niet-ingezetene aandeelhouders, besluit het Hof tot het bestaan van een willekeurige discriminatie, die, bij afwezigheid van enig beroep op andere mogelijke gronden, niet gerechtvaardigd kan worden.

122. Vergelijkbaar met *Bouanich* is de zaak *Centro di Musicologia Walter Stauffer* (hierna: “*Walter Stauffer*”)³²⁰. In deze zaak stelde het Hof dat een in beginsel verboden belemmering van het vrij kapitaalverkeer voortvloeit uit een nationale regeling die de inkomsten uit verhuur die in beginsel onbeperkt belastingplichtige stichtingen van algemeen nut in

³¹¹. Arrest van het Hof van 12 juni 2003, C-234/01, *Gerritse*, *Jur.* 2003, I-5933, r.o. 55.

³¹². Arrest *FKP Scorpio*, r.o. 49.

³¹³. Arrest *Fidium Finanz AG*, *supra*, voetnoot 252, r.o. 39.

³¹⁴. Arrest *Fidium Finanz AG*, r.o. 40.

³¹⁵. Arrest *Fidium Finanz AG*, r.o. 23 en 50.

³¹⁶. Twee belangwekkende arresten van het Gerecht van Eerste Aanleg in de hier besproken periode zijn, in dit opzicht, *Al Barakaat* (arrest van 21 september 2005, T-306/01, *Al Barakaat*, *Jur.* 2005, II-3533) en *Kadi* (arrest van 21 september 2005, T-315/01, *Kadi*, *Jur.* 2005, II-3649). Daar deze arresten in beroep onlangs evenwel verbroken werden door het Hof van Justitie (arrest van 3 september 2008, C-402/05 P en C-415/05 P, *Kadi en Al Barakaat*, <http://eur-lex.europa.eu>), wordt de lezer voor een bespreking van de betrokken arresten verwezen naar de volgende editie van deze *Kroniek*.

³¹⁷. Arrest van het Hof van 19 januari 2006, C-265/04, *Bouanich*, *Jur.* 2006, I-923.

³¹⁸. *Supra*, voetnoot 119, r.o. 19.

³¹⁹. Arrest *Bouanich*, *supra*, voetnoot 206, r.o. 38. Dit werd in de hier besproken periode tevens bevestigd in, onder meer, arrest van 8 september 2005, C-512/03, *Blanckaert*, *Jur.* 2005, I-7685, r.o. 42.

³²⁰. Arrest van 14 september 2006, C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, *Jur.* 2006, I- 8203.

het binnenland genieten vrijstelt van vennootschapsbelasting wanneer deze stichtingen in deze staat zijn gevestigd, maar weigert aan een privaatrechtelijke stichting van algemeen nut die gevestigd is in een andere lidstaat en in het binnenland slechts beperkt belastingplichtig is. Bij de toetsing herinnerde het Hof eraan dat, hoewel artikel 58, lid 1 EG-Verdrag in beginsel niet afdoet aan het recht van de lidstaten “de terzake dienende bepalingen van hun belastingwetgeving toe te passen die onderscheid maken tussen belastingplichtigen die niet in dezelfde situatie verkeren met betrekking tot hun vestigingsplaats of de plaats waar hun kapitaal is belegd”, deze voorziening “als afwijking van het fundamentele beginsel van vrij kapitaalverkeer strikt moet worden uitgelegd”, en aldus niet kan worden geïnterpreteerd als zou “elke belastingwetgeving die onderscheid maakt tussen belastingplichtigen op grond van hun vestigingsplaats of de lidstaat waar zij hun kapitaal beleggen, automatisch verenigbaar [zijn] met het verdrag”³²¹.

123. Anders dan in *Bouanich* wierpen de betrokken regeringen in *Walter Stauffer* wel andere rechtvaardigingsgronden op dan deze opgesomd in artikel 58 EG-Verdrag. Evenwel verwierp het Hof in het kader van zijn *rule of reason*-toetsing al deze gronden, nl. de bevordering van cultuur en onderwijs, de doeltreffendheid van belastingcontroles, de noodzaak de samenhang van het belastingstelsel alsook de belastinggrondslag te vrijwaren en de bestrijding van criminaliteit, gelet op de te verregaande aard van de betrokken nationale regeling. Het Hof besloot dan ook tot een ongerechtvaardigde belemmering van het vrij verkeer van kapitaal³²².

124. Een verdere bevestiging van de *Manninen*-rechtspraak vinden we terug in *Wienand Meilicke*³²³. In deze zaak wenste de verwijzende rechter te vernemen of de betrokken Duitse belastingregeling de artikelen 56 en 58 EG-Verdrag schond door te bepalen dat een in een lidstaat onbeperkt belastingplichtige aandeelhouder bij de uitkering van dividenden door een kapitaalvennootschap een belastingkrediet ontvangt dat wordt berekend op basis van het voor de uitgekeerde winst geldende vennootschapsbelastingtarief, wanneer de uitkerende vennootschap in dezelfde lidstaat is gevestigd, maar niet wanneer zij in een andere lidstaat is gevestigd. Deze duidelijk beperkende maatregel kende weinig genade in de ogen van het Hof en kon meer bepaald niet gerechtvaardigd worden door het door de Duitse regering aangevoerde (klassieke) argument betreffende de noodzaak

om de samenhang van het belastingstelsel te vrijwaren. Het voor deze grond vereiste rechtstreeks verband tussen het betrokken fiscale voordeel en de compensatie van dit voordeel door de bestreden heffing was immers afwezig. Het Hof bevestigde verder nogmaals dat een derving van belastinginkomsten geen rechtvaardigingsgrond kan vormen voor een kapitaalbelemmerende maatregel.

125. Het Hof blijft in de besproken periode streng voor lidstaten die een woonplaatsvereiste inschrijven in hun nationale regelgeving. Zo bevond het in *Festersen* een Deense regeling die voor de verkrijging van een agrarisch erf als voorwaarde stelt dat de verkrijger ervan er zijn vaste woonplaats vestigt, strijdig met het vrij verkeer van kapitaal, op grond van een onevenredige inbreuk op het door het EVRM gewaarborgde fundamentele recht om vrij zijn woonplaats te kiezen³²⁴.

126. Dat er grenzen zijn aan de mogelijke beperkingen van het vrij verkeer van kapitaal, mag blijken uit *van Hilten-van der Heijden*³²⁵. Het Hof oordeelde dat geen belemmering voortvloeide uit de betrokken Nederlandse regeling, krachtens de nalatenschap van een onderdaan van die lidstaat die is overleden binnen tien jaar nadat hij die lidstaat metterwoon heeft verlaten, wordt belast als was hij in diezelfde lidstaat blijven wonen, maar onder aftrek van de door andere staten geheven successierechten. Immers, “[d]oor de nalatenschappen van onderdanen die hun woonplaats naar het buitenland hebben verlegd, op dezelfde wijze te belasten als die van onderdanen die in de betrokken lidstaat zijn blijven wonen, kan een dergelijke wetgeving [...] eerstbedoelde onderdanen niet ervan afzien in die lidstaat investeringen te doen vanuit een andere staat, noch laatstbedoelde onderdanen, zulks te doen vanuit die betrokken lidstaat in een andere staat, terwijl zij evenmin, ongeacht de plaats waar de betrokken zaken zich bevinden, de waarde kan verminderen van de nalatenschap van een onderdaan die zijn woonplaats naar het buitenland heeft verlegd. Daartoe is irrelevant, dat die wetgeving niet geldt voor onderdanen die sinds meer dan tien jaar in het buitenland wonen of die welke nooit in de betrokken lidstaat hebben gewoond. Aangezien zij enkel geldt voor onderdanen van die betrokken lidstaat, kan zij het kapitaalverkeer van onderdanen van andere lidstaten niet beperken”³²⁶. Het Hof benadrukte dat een loutere verlegging van de woonplaats als zodanig geen financiële verrichtingen of eigendomsovergang impliceert en zodoende ook niet onder artikel 56 EG-Verdrag valt³²⁷.

³²¹. Arrest *Walter Stauffer*, r.o. 31.

³²². Arrest *Walter Stauffer*, r.o. 43-61.

³²³. Arrest van 6 maart 2007, C-292/04, *Wienand Meilicke*, *Jur.* 2007, I-1835.

³²⁴. Arrest van het Hof van 25 januari 2007, C-370/05, *Festersen*, *Jur.* 2007, I-1129.

³²⁵. Arrest van het Hof van 23 februari 2006, C-513/03, *van Hilten-van der Heijden*, *Jur.* 2006, I-1957.

³²⁶. Arrest *van Hilten-van der Heijden*, r.o. 46.

³²⁷. Arrest *van Hilten-van der Heijden*, r.o. 49.

127. In twee (niet-fiscale) inbreukprocedures tegen respectievelijk Nederland³²⁸ en Duitsland³²⁹, ten slotte, kreeg het Hof de kans zich uit te spreken over de verenigbaarheid met het vrij verkeer van kapitaal van overheidsparticipaties in ondernemingen, een bijzonder belangrijke kwestie in de context van de huidige financiële crisis en de daarmee gepaard gaande gedeeltelijke of gehele nationalisaties van banken. In de eerste zaak was de rechtmatigheid in het licht van artikel 56 EG-Verdrag in het geding van de zgn. *golden shares* van de Nederlandse overheid in telecommunicatiebedrijf KPN en postbedrijf TPG, op grond waarvan deze speciale rechten toegekend kreeg met betrekking tot de goedkeuring van bepaalde besluiten inzake het bestuur van de bevoegde organen van genoemde vennootschappen. De inbreukprocedure tegen Duitsland betrof de verenigbaarheid met het vrij kapitaalverkeer van bepalingen van de zgn. "Volkswagenwet" van 21 juli 1960 inzake de privatisering van de aandelen van de Volkswagenwerk GmbH, waarvan § 2, lid 1 het stemrecht van elke aandeelhouder beperkte tot 20% van het maatschappelijk kapitaal van Volkswagen, en § 4, lid 3 een blokkeringsminderheid van 20% invoerde. Belangrijk in deze context is dat de federale Duitse Staat, alsmede de deelstaat Niedersachen, ten tijde van het vaststellen van de betwiste wet de twee grootste aandeelhouders waren van Volkswagen, met ieder 20% van het kapitaal. § 4, lid 1 van de bestreden wet bepaalde verder dat de federale staat en de deelstaat Niedersachen, zolang zij aandeelhouders van Volkswagen zijn, de mogelijkheid hebben om elk twee leden van de raad van commissarissen van deze vennootschap aan te wijzen, zulks in afwijking van het gemeen vennootschapsrecht.

In beide zaken stelde het Hof dat de in het geding zijnde nationale regelingen het vrij kapitaalverkeer belemmeren, daar ze tot gevolg hebben dat directe investeringen uit andere lidstaten ontmoedigd worden. In de inbreukprocedure tegen Nederland heet het dat "[door voor een aantal zeer belangrijke bestuursbeslissingen van de organen van

KPN en TPG, zowel betreffende de activiteiten van deze twee vennootschappen als hun structuur zelf (met name met betrekking tot fusie, splitsing en ontbinding) voorafgaande goedkeuring door de Nederlandse Staat te vereisen] en door aldus voor de andere aandeelhouders de mogelijkheid om effectief aan het bestuur van de betrokken vennootschap deel te nemen, te beperken, kan het bestaan van die aandelen een negatieve invloed hebben op de directe investeringen"³³⁰. In *Commissie/Duitsland* luidt het: "Doordat [de bestreden] situatie voor de overige aandeelhouders de mogelijkheid beperkt om een deelneming in de vennootschap te verwerven teneinde met deze vennootschap duurzame en directe economische betrekkingen te vestigen of te handhaven die de mogelijkheid bieden, daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over de betrokken vennootschap, kan zij directe investeerders uit andere lidstaten ontmoedigen"³³¹.

Wat de mogelijke rechtvaardiging van de bestreden nationale regelingen betreft, herhaalt het Hof in beide zaken op algemene wijze dat "[h]et vrij verkeer van kapitaal kan worden beperkt door nationale regelingen die hun rechtvaardiging vinden in de in artikel 58 EG-Verdrag genoemde redenen of in dwingende redenen van algemeen belang, voor zover er geen communautaire harmonisatiemaatregelen bestaan"³³². In voorliggende zaken verwierp het Hof al de aangevoerde rechtvaardigingsgronden, met name het waarborgen van een dienst (TPG) respectievelijk onderneming (Volkswagen) van algemeen belang, de bescherming van de belangen van de werknemers van Volkswagen en de bescherming van de belangen van de minderheidsaandeelhouders in laatstgenoemde vennootschap. Hoewel deze gronden desgevallend wel aanvaard zouden kunnen worden als dwingende redenen van algemeen belang, gaan de betrokken nationale maatregelen immers verder dan noodzakelijk is voor het bereiken van de aangevoerde doelstellingen.

V. MEDEDINGINGSRECHT (ART. 81-82 EG-VERDRAG)³³³

128. Tijdens de besproken periode werden door Hof en (vooral) Gerecht opnieuw een zeer groot aantal arresten gevelde³³⁴. Nochtans bracht de besproken periode eerder weinig nieuwigheden inzake de interpretatie van de artikelen 81

en 82. Het indrukwekkende volume van de jurisprudentie is vooral een gevolg van de toegenomen handhavingsactiviteit van de Commissie ten aanzien van kartels. Het boeteniveau bleef in (scherp) stijgende lijn gaan, en daarmee ook de

³²⁸. Arrest van het Hof van 28 september 2006, C-282/04 en C-283/04, *Commissie/Nederland*, Jur. 2006, I-9141.

³²⁹. Arrest van het Hof van 23 oktober 2007, C-112/05, *Commissie/Duitsland*, Jur. 2007, I-8995.

³³⁰. Arrest in C-282/04 en C-283/04, *Commissie/Nederland*, *supra*, voetnoot 217, r.o. 24 en 26.

³³¹. Arrest in C-112/05, *Commissie/Duitsland*, *supra*, voetnoot 218, r.o. 52. Zie tevens r.o. 66 van dit arrest.

³³². Arrest in C-112/05, *Commissie/Duitsland*, r.o. 72-73. Zie tevens arrest in C-282/04 en C-283/04, *Commissie/Nederland*, r.o. 32-33.

³³³. Heel wat van de tijdens de besproken periode gevelde arresten verwijzen nog naar bepalingen van de (door Verordening 1/2003 opgeheven) verordening nr 17. Om het gebruiksgemak van de *Kroniek* te verhogen wordt zoveel als mogelijk verwezen naar de overeenstemmende bepalingen van verordening 1/2003, behalve wanneer er inhoudelijke verschillen bestaan tussen de bepalingen van beide verordeningen.

³³⁴. Net zoals in de vorige aflevering van de *Kroniek* wordt eveneens (kort) aandacht besteed aan een beperkt aantal tijdens de besproken periode gevelde Belgische vonnissen en arresten.

incentive voor de beboete ondernemingen om hun zaak aan het Gerecht voor te leggen³³⁵. Wat betreft het toezicht op inhoudelijke beoordelingen door de Commissie en op de door de Commissie opgelegde boetes is de algemene indruk er één van verminderde rechterlijke toetsing, blijkbaar ingegeven door de overtuiging dat aan de Commissie voldoende ruimte moet worden gelaten om doeltreffend tegen inbreuken op te treden en daarvoor passende en afschrikkende straffen op te leggen. Vooral inzake boetes wekt de jurisprudentie van de besproken periode meermaals de indruk dat kartelberoepen bij het Gerecht op een “dat zeggen ze allemaal”-reactie stoten. Bovendien maakt het Gerecht thans zonder aarzelen gebruik van zijn volle rechtsmacht, zowel wat betreft het beoordelen van de grond van de zaak als wat betreft het vaststellen van het bedrag van de boete, en dat geschiedt lang niet altijd ten voordele van de rechtzoekende onderneming. Tekenend is de (kort voor het afsluiten van deze bijdrage gerapporteerde) publieke waarschuwing van een lid van het Gerecht dat rechtzoekenden in kartelzaken voortaan systematisch rekening moeten houden met het risico dat het Gerecht hun boetes zal verhogen³³⁶. Een opmerkelijke evolutie, nu het Gerecht de eerste (en in een aantal gevallen de enige) onafhankelijke rechter is aan wie de zaak wordt voorgelegd.

A. Toepassing van de artikelen 81 en 82 EG-Verdrag

1. Toepassingsgebied *ratione materiae* van de mededingingsregels

129. “Zuiver sportieve regelingen” niet onderworpen aan de mededingingsregels? In het arrest *Meca-Medina*³³⁷ had het Gerecht de jurisprudentie van het Hof derwijze geïnterpreteerd, dat “zuiver sportieve” regels, zoals anti-dopingregels, die geen enkele economische doelstelling nastreven, buiten het toepassingsgebied vallen van zowel de verdrags-

regels inzake vrij verkeer als de mededingingsregels. Het Hof³³⁸ is het daar niet helemaal mee eens: de verdragsbepalingen inzake vrij verkeer van werknemers en vrij verkeer van diensten vinden inderdaad geen toepassing op vraagstukken (zoals de sportieve dopingproblematiek) die alleen verband houden met de sport, en (dus) als zodanig buiten de economische activiteit staan. Maar daaruit volgt niet noodzakelijk, dat (de activiteit van) een sportbeoefenaar of een sportfederatie buiten de werkings sfeer van het verdrag valt. Met name valt niet bij voorbaat uit te sluiten dat de door een sportfederatie uitgevaardigde regels zijn te aanzien als besluiten van een ondernemersvereniging. Dat is evenwel niet het geval, aldus het Hof, voor antidopingregels die een legitiem doel (het goede verloop van de sportcompetitie) nastreven. Het Hof lijkt een soort van “Wouters-toets”³³⁹ te hanteren: het (niet-economische) doel van dergelijke regels doet hen ontsnappen aan de toepassing van de mededingingsregels, op voorwaarde weliswaar dat de eraan verbonden sancties (uitsluiting van de sporter) “niet verder gaan dan noodzakelijk is om het goede verloop van de sportcompetitie te verzekeren”³⁴⁰. De eventueel “buitensporige” aard van dergelijke regels kan blijken zowel uit de omschrijving van wat doping is (welke grenswaarde wordt gehanteerd om te besluiten tot een overtreding?) als uit de sancties die in geval van overtreding worden toegepast³⁴¹. Bij de toetsing van sportieve regels aan deze principes geniet de Commissie een beoordelingsvrijheid³⁴².

130. Niet alle “collectieve afspraken” vallen buiten de mededingingsregels. In het arrest *FNCBV* weigert het Gerecht de “*Drijvende Bokken*”-jurisprudentie, volgens dewelke de mededingingsregels geen toepassing vinden op collectieve afspraken tussen werkgevers- en werknemersorganisaties ter verbetering van arbeidsvoorwaarden, uit te breiden tot overeenkomsten gesloten door Franse vakorganisaties van rundveehouders en slachthuizen die waren gericht op de opschorting van importen van rundvlees en minimum aankooprijzen bij aanvoer in het slachthuis³⁴³.

³³⁵ Als de werklast voor het Gerecht een functie is van het door de Commissie gehanteerde boetenniveau, dan staan het Gerecht nog drukke tijden te wachten. Blijkens de jaarlijkse mededingingsverslagen van de Commissie bedroeg het totaal aantal boetes dat werd opgelegd in 2005 683 miljoen, in 2006 1.846 miljoen en in 2007 3.334 miljoen.

³³⁶ Zie “*Era of ‘risk-free’ antitrust appeals may be over, says CFI’s Wahl*”, gerapporteerd op www.mlex.com, 23 mei 2008. Op dezelfde nieuwssite werd kort voor de afsluiting van deze bijdrage gemeld dat een beboete onderneming haar beroep bij het Gerecht had ingetrokken nadat de behandelende rechters ter terechtzitting zouden hebben laten doorschemeren dat het Gerecht de opgelegde boete wel eens substantieel zou kunnen verhogen. Zie “*Jungbunzlauer pulls sodium gluconate cartel appeal*”, www.mlex.com, 16 juli 2008.

³³⁷ Besproken in *Kroniek 2003-2005*, *T.B.H.* 2006, 271, randnr. 122.

³³⁸ Arrest van het Hof van 18 juli 2006, C-519/04 P, *David Meca-Medina en Igor Majcen*, *Jur.* 2006, I-6991.

³³⁹ Zie daarover *Kroniek 2001-2003*, *T.B.H.* 2004, 631, 114-124.

³⁴⁰ Arrest *Meca-Medina*, r.o. 47.

³⁴¹ Arrest *Meca-Medina*, r.o. 48-55.

³⁴² Arrest *Meca-Medina*, r.o. 50.

³⁴³ Arrest van het Gerecht van 13 december 2006, T-217/03 en T-245/03, *Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV) (T-217/03) en Fédération nationale des syndicats d’exploitants agricoles (FNSEA) e.a. (T-245/03)*, *Jur.* 2006, II-4987, r.o. 97-101. Tegen dit arrest werd hogere voorziening ingesteld bij het Hof, C-101/07 P. Over de *Drijvende Bokken*-jurisprudentie zie *Kroniek 1999-2001*, *T.B.H.* 2002, 506, randnrs. 95-98. Het arrest *FNCBV* weigert ook (r.o. 89) een toepassing per analogie te maken van de “Wouters”-jurisprudentie (zie de verwijzing in voetnoot 339 hierboven).

2. Toerekeningsvragen

a. Toerekening van de gehele inbreuk aan alle deelnemers ervan

131. Een kartelinbreuk vormt in veel gevallen een geheel van een aantal handelingen die gedurende een bepaalde periode een identiek doel nastreven; wanneer die handelingen deel uitmaken van een “totaalplan” mag de Commissie volgens vaste rechtspraak alle auteurs van de handelingen aansprakelijk stellen voor de inbreuk in haar geheel³⁴⁴. Dat geldt meer bepaald voor elke onderneming die met haar gedrag heeft willen bijdragen aan het bereiken van de gemeenschappelijke doelstellingen en die de bijdragen van de andere deelnemers kende of redelijkerwijs kon voorzien, en bereid was het risico ervan te aanvaarden³⁴⁵. De zaken liggen anders wanneer niet vaststaat dat de betrokken onderneming weet had van de andere aspecten van het kartel³⁴⁶.

b. Zwijgen is toestemmen

132. Een onderneming die heeft deelgenomen aan een bijeenkomst tussen concurrenten waar afspraken zijn gemaakt, kan haar verantwoordelijkheid voor die afspraken niet ontlopen met de bewering dat zij enkel als “waarnemer” aanwezig was. Het is immers vaste rechtspraak dat de betrokken onderneming door haar aanwezigheid de overige deelnemers heeft doen geloven dat zij het eens was met het resultaat van de bijeenkomst, en dat zij bereid was om bij te dragen tot de realisatie van de gemaakte afspraken³⁴⁷. Het is slechts anders wanneer de betrokken onderneming haar concurrenten duidelijk heeft gemaakt dat zij “vanuit een andere optiek” aan die bijeenkomsten deelnam³⁴⁸.

c. Blijvende aansprakelijkheid, zelfs wanneer afspraken niet langer worden nageleefd

133. Eens vaststaat dat een onderneming is toegetreden tot een verboden afspraak, blijft zij daarvoor aansprakelijk tot zij zich er uitdrukkelijk van distantiëert³⁴⁹. Daartoe volstaat het niet, de gemaakte afspraken niet langer uit te voeren of met de andere deelnemers te redetwisten over de (aanpassing van) de afspraken. De berouwvolle deelnemer moet zich uitdrukkelijk distantiëren van die afspraken en, als zij nog op bijeenkomsten present geeft, de anderen duidelijk maken dat zij (voortaan) “vanuit een andere optiek” aan die bijeenkomsten deelneemt³⁵⁰. Die voortdurende aansprakelijkheid wordt gemotiveerd met de opmerkelijke overweging dat een onderneming die zich niét van de inhoud van de gemaakte afspraken distantiëert, bij de andere deelnemers de indruk wekt dat zij het daarmee eens bleef en dat zij zich daaraan zou houden³⁵¹. De klaarblijkelijke ratio van deze jurisprudentie is dus druk te zetten op kartels. De enige manier om te ontsnappen aan de voortdurende aansprakelijkheid voor een inbreuk bestaat erin, die inbreuk publiek af te vallen – wat in de praktijk betekent: zelf een clementieverzoek indienen of het risico lopen dat een andere deelnemer zulks doet.

d. Toerekenbaarheid van het gedrag van de dochter- aan de moeder vennootschap

134. Tijdens de besproken periode wordt de bestaande rechtspraak bevestigd inzake de toerekening van de door een vennootschap begane inbreuken aan haar (rechtstreekse en onrechtstreekse) moeder vennootschappen, ook wanneer die moeder vennootschappen niet zelf hebben deelgenomen aan de inbreuk. Die rechtspraak gaat uit van de assumptie dat de dochter vennootschap niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, maar in hoofdzaak de instructies van haar (rechtstreekse en/of onrechtstreekse) moeder vennootschap volgt³⁵². Volgens die rechtspraak mag de Commissie, in het geval van een 100% moeder-dochterrelatie, er tot bewijs van

^{344.} Arresten van het Gerecht van 14 december 2006, T-259/02 tot T-264/02 en T-271/02, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG e.a.*, *Jur.* 2006, II-5169, r.o. 111; arrest van het Gerecht van 26 april 2007, T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 en T-136/02, *Bolloré SA e.a.*, *Jur.* 2007, II-947, r.o. 421-425 en arrest van het Gerecht van 12 september 2007, T-36/05, *Coats Holdings Ltd en J & P Coats Ltd*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 105, r.o. 119.

^{345.} Arresten van het Gerecht *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 189, *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 207 en van 12 december 2007, T-101/05 en T-111/05, *BASF en UCB*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.* (het arrest “*BASF (vitamine B4)*”), r.o. 160. Zie eveneens het arrest van het Gerecht *FNCBV*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 110-118, waarin het Gerecht bevestigt dat een koepelvereniging aansprakelijk is voor inbreuken op de mededingingsregels door lokale organisaties wanneer blijkt dat de koepel de overeenkomst die aan de basis lag van de lokale acties, heeft uitgewerkt, en heeft opgeroepen tot actie op lokaal niveau.

^{346.} Arrest van het Gerecht *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 209 en 234-240.

^{347.} Arresten van het Gerecht van 15 september 2005, T-325/01, *DaimlerChrysler AG*, *Jur.* 2005, II-3319, r.o. 207 en *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 486.

^{348.} Arrest *DaimlerChrysler*, r.o. 202.

^{349.} Zie bv., tijdens de besproken periode, de arresten van het Gerecht van 27 september 2006, T-329/01, *Archer Daniels Midland Co.*, *Jur.* 2006, II-3255, r.o. 246 en *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 360.

^{350.} Zie bv., tijdens de besproken periode, het arrest *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 188 en het arrest van het Gerecht van 5 april 2006, T-279/02, *Degussa AG*, *Jur.* 2006, II-897, r.o. 129.

^{351.} Arrest *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 189 en 416.

^{352.} Arrest van het Gerecht van 4 juli 2006, T-304/02, *Hoek Loos NV*, *Jur.* 2006, II-1887, r.o. 117.

het tegendeel van uitgaan dat de dochter haar marktgedrag niet zelfstandig bepaalde. Het staat dus aan de betrokken ondernemingen om het bewijs van het tegendeel te leveren³⁵³. Minder duidelijk is welk bewijs zou volstaan om het vermoeden te weerleggen. Meerdere tijdens de besproken periode door het Gerecht gevelde arresten lijken er van uit te gaan dat een inbreuk aan de moeder vennootschap kan worden toegerekend wanneer vaststaat dat de moeder zich heeft ingelaten met de commerciële strategie van de betrokken dochter³⁵⁴.

135. Maar wat als de moeder vennootschap geen weet had noch kon hebben van het onrechtmatige gedrag? Hof en Gerecht stippen tijdens de besproken periode meermaals aan dat kartels in de regel clandestiene schema's zijn³⁵⁵. Het is dan ook mogelijk dat een inbreuk op het getouw wordt gezet op het niveau van het management, zonder dat de raad van bestuur (en *a fortiori* de aandeelhouders) van de betrokken vennootschap daarvan op de hoogte is³⁵⁶. In dergelijke omstandigheden oordelen dat de moeder vennootschap niettemin aansprakelijk is voor de inbreuk lijkt bezwaarlijk verenigbaar met het persoonlijk karakter van straffen en sancties, volgens hetwelk aan een onderneming slechts een sanctie kan worden opgelegd voor feiten die haar individueel ten laste worden gelegd³⁵⁷, en met artikel 23 van verordening 1/2003, volgens hetwelk voor het opleggen van geldboetes minstens onachtzaamheid moet worden aangetoond³⁵⁸. Deze benadering zou bovendien het in de rechtspraak gecreëerde vermoeden zo goed als onweerlegbaar maken, aangezien een moeder vennootschap, als diligent investeerder, redelijkerwijs niet anders kan dan (via de raad van bestuur van de dochter) een zekere mate van toezicht uit te oefenen op de bedrijfsvoering van de dochter.

e. Toerekeningsvragen in geval van controlewijziging

136. Het is de rechtspersoon die de onderneming voerde op het ogenblik van de inbreuk, die voor die inbreuk aansprakelijk is – en dat ook blijft indien hij de onderneming (lees: de activa) aan een ander (rechts)persoon overdraagt³⁵⁹. Wanneer de inbreuk wordt vastgesteld na de overdracht en nadien niet is voortgezet (of reeds voor de overdracht was beëindigd), dan is de verkrijger van de onderneming niet aansprakelijk voor die inbreuk. Deze regel maakt evenwel niet veel verschil indien de transactie betrekking heeft op de aandelen van een rechtspersoon die een inbreuk beging. De aansprakelijkheid van die rechtspersoon voor de begane inbreuk verdwijnt niet als gevolg van die verandering van eigenaar. Dat betekent dat de koper van de aandelen niet zelf aansprakelijk wordt voor de in het verleden begane inbreuk³⁶⁰, maar dat belet niet dat de koper eigenaar wordt van een entiteit die wél zelf (en eventueel samen met de vroegere eigenaar) voor die inbreuk aansprakelijk is en gebeurlijk zal worden beboet. De in de rechtspraak gestelde regelaar inzake de niet-aansprakelijkheid van de nieuwe eigenaar voor inbreuken van het verleden moet dus genuanceerd worden. Kopers die aansprakelijkheid willen vermijden moeten ofwel aandelen verwerven en daarbij van de verkoper een schadeloosstelling bedingen ten gunste van de verworven entiteit, ofwel activa (en niet aandelen) verwerven.

137. Een uitzondering op de niet-aansprakelijkheid van de koperregel geldt wanneer de eigenaar/exploitant van de onderneming ten tijde van de inbreuk niet langer bestaat ten tijde van de beschikking. Aangezien niet kan worden aanvaard dat “de onderneming” met behulp van juridische of organisatorische kunstgrepen ontsnapt aan elke sanctie voor de inbreuk kan, volgens Hof en Gerecht, desnoods worden aangeklopt bij de overnemer van die onderne-

³⁵³. Zie met name de arresten van het Gerecht van 15 september 2005, T-325/01, *DaimlerChrysler AG*, *Jur.* 2005, II-3319, r.o. 219, van 27 september 2006, T-330/01, *Akzo Nobel NV*, *Jur.* 2006, II-3389, r.o. 83, van 27 september 2006, T-314/01, *Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA*, *Jur.* 2006, II-3085, r.o. 136, van 12 september 2007, T-30/05, *William Prym GmbH & Co. KG en Prym Consumer GmbH & Co. KG*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 146 en van 12 december 2007, T-112/05, *Akzo Nobel NV e.a.*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 60-62 (tegen dit arrest werd hogere voorziening ingesteld bij het Hof, C-97/08 P).

³⁵⁴. Arrest *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 134-148. Tegen dit arrest werd hogere voorziening ingesteld bij het Hof, C-322/07 P, C-327/07 P en C-338/07 P. Zie eveneens het arrest in T-112/05, *Akzo Nobel*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 58 en 83: de toerekening van een inbreuk aan een moedermaatschappij vereist niet het bewijs dat de moeder invloed uitoefent op het marktgedrag van de dochter op het specifieke terrein waarop de inbreuk is gepleegd.

³⁵⁵. Zie met name het arrest van het Gerecht van 5 december 2006, T-303/02, *Westfalen Gassen Nederland BV*, *Jur.* 2006, II-4567, r.o. 106 en het arrest van het Hof van 25 januari 2007, C-403/04 P en C-405/04 P, *Sumitomo Metal Industries Ltd (C-403/04 P)* en *Nippon Steel Corp. (C-405/04 P)*, *Jur.* 2007, I-729, r.o. 51.

³⁵⁶. Ter vergelijking: tijdens de besproken periode oordeelt het Gerecht dat de beweerdde toezeggingen van een directeur-generaal van de Commissie inzake de timing van de uitspraak in bepaalde zaken niet aan de Commissie kunnen worden toegeschreven aangezien enkel het college van commissarissen bevoegd is om beschikkingen vast te stellen. Arrest *Prym*, aangehaald in voetnoot 353, r.o. 67.

³⁵⁷. Arrest *Hoek Loos*, r.o. 118.

³⁵⁸. Die opvatting weerklinkt alvast in het arrest van het Gerecht van 12 september 2007, T-36/05, *Coats Holdings Ltd en J & P Coats Ltd*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 105. Het Gerecht merkt terecht op – zij het niet in het kader van een discussie over de toerekenbaarheid van een inbreuk aan een moedermaatschappij – dat een onderneming die op de hoogte wordt gesteld van een kartel als gevolg daarvan niet noodzakelijk aansprakelijk is voor de inbreuk.

³⁵⁹. Arrest *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 324.

³⁶⁰. In de hypothese dat de inbreuk voortduurt na de overdracht kan ook de nieuwe eigenaar van de aandelen daarvoor aansprakelijk worden gesteld, zulks op basis van de hoger besproken rechtspraak inzake toerekening aan de moeder vennootschap.

ming³⁶¹. De uitdrukking “overnemer” lijkt niet te slaan op de partij die de aandelen verwerft van de entiteit die de inbreuk beging, maar desgevallend wel op de koper van de activa van een entiteit die vervolgens de boeken neerlegt en/of wordt vereffend. Wanneer de overnemer voor de activa een overnameprijs heeft betaald die overeenkomt met de marktwaarde ervan, dan lijkt het evenwel niet gerechtvaardigd dat de Commissie alsnog aanklopt bij de overnemer, zelfs wanneer de vereffening van de oorspronkelijke eigenaar/exploitant uiteindelijk met een negatief saldo wordt afgesloten.

3. Begrip “onderneming”

138. In het arrest *FENIN*³⁶² bevestigt het Hof dat het aankopen van producten of diensten niét kan worden aanzien als een economische activiteit wanneer de koper een eindgebruiker is of wanneer de goederen worden aangekocht met het oog op het verrichten van een niet-economische activiteit. Daaruit volgt dat de aankoop van medische instrumenten met het oog op de verstrekking van gratis gezondheidsdiensten in het kader van een regime van sociale zekerheid, niet is te aanzien als een economische activiteit. De koper kan dus niet als een onderneming worden aanzien uit hoofde van die activiteit. De niet-toepassing van de mededingingsregels geldt evenwel *per activiteit*. Anders gezegd, het is mogelijk dat een entiteit die meerdere activiteiten uitoefent, voor sommige van die activiteiten wél en voor andere niét als een onderneming is te beschouwen. Die regel past het Gerecht tijdens de besproken periode toe in het arrest *Eurocontrol*³⁶³. Weliswaar had het Hof in een wat ouder arrest geoordeeld dat de werkzaamheden van Eurocontrol wegens hun aard en hun doel en de regels waaraan zij zijn onderworpen, neerkomen op het uitoefenen van overheidsprerogatieven die geen economisch karakter hebben, zodat Eurocontrol niet kan worden aanzien als een onderneming³⁶⁴. Het Hof had evenwel gefocust op een welbepaalde activiteit van Eurocontrol, met name de controle en de politie van het luchtruim. Het Gerecht werd geconfronteerd met andere door Eurocontrol uitgeoefende activiteiten. Wat betreft activiteiten van technische normalisatie, onderzoek en ontwikkeling (inclusief de verwerving van prototypes), en de aan-

koop van air traffic management (“ATM”)-systemen bevestigt het Gerecht dat ze geen economische activiteit uitmaken. Het oordeel luidt anders voor de technische bijstand die Eurocontrol verleent aan nationale administraties met name bij aanbestedingsprocedures voor de verwerving van ATM-systemen en -apparatuur. Dergelijke activiteit kan volgens het Gerecht door een particuliere onderneming tegen betaling worden uitgeoefend, zodat ze te aanzien is als een economische activiteit. Dat Eurocontrol daarvoor niet wordt betaald en dat de dienst wordt verleend ten bate van een nationale administratie die een taak van algemeen economisch belang uitoefent, doet daaraan niet af.

139. Het arrest *Eurocontrol* illustreert dat uitzonderingen op het toepassingsgebied van de mededingingsregels slechts met mondjesmaat worden toegestaan. De door het Gerecht gehanteerde toets – of een activiteit ook door een particuliere onderneming tegen betaling “kan” worden verricht – lijkt niet echt helder. Op het eerste gezicht valt immers niet in te zien waarom de andere in het arrest besproken activiteiten niet eveneens door particuliere ondernemingen zouden *kunnen* worden verricht. Het Gerecht verwijst zelf naar het arrest *Höfner*³⁶⁵, waarin het Hof oordeelde dat arbeidsbemiddeling als een economische activiteit is te aanzien, en zulks in weerwil van de omstandigheid dat de toepasselijke wetgeving *verbodt* dat die activiteit werd uitgeoefend door particuliere ondernemingen.

4. Begrip “ondernemersvereniging”

140. Een (koepel)vereniging van verenigingen kan als een ondernemersvereniging worden beschouwd, voor zover de koepelvereniging of de aangesloten vereniging ageert in het belang en in naam van ondernemingen³⁶⁶.

5. Overeenkomst

141. *Overeenkomst vs. eenzijdige handeling*. Een “overeenkomst” in de zin van artikel 81 veronderstelt een wilsovereenstemming³⁶⁷. Ook een op het eerste gezicht eenzijdige handeling kan het bewijs opleveren van een wilsovereen-

³⁶¹. Arrest van het Hof van 11 december 2007, C-280/06, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato/Ente tabacchi italiani – ETI SpA e.a. en Philip Morris Products SA e.a./Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e.a.*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.* 2007, r.o. 38-52 (zowel de overdrager als de overnemer van de “onderneming” waren onderworpen aan het toezicht van hetzelfde overheidsorgaan). Zie eveneens het arrest van het Gerecht *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 325-326.

³⁶². Arrest van het Hof van 11 juli 2006, C-205/03 P, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN)*, *Jur.* 2006, I-6295. Dit arrest bevestigt de uitspraak van het Gerecht die werd besproken in *Kroniek 2001-2003*, T.B.H. 2004, 631, randnr. 100.

³⁶³. Arrest van het Gerecht van 12 december 2006, T-155/04, *SELEX Sistemi Integrati Spa*, *Jur.* 2006, II-4797. In dezelfde zin Brussel 31 januari 2006, *International Gemmological Institute BVBA/Hoge Raad voor Diamant Antwerpen VZW*, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 2006*, 762, waarin het Brusselse hof van beroep oordeelt dat “niets belet dat binnen eenzelfde juridische entiteit mededingingsrechtelijk verschillende entiteiten worden onderscheiden die naar omstandigheden al of niet ondernemingen kunnen vormen”.

³⁶⁴. Arrest van het Hof van 19 januari 1994, C-364/92, *SAT Fluggesellschaft*, *Jur.* 1994, I-43.

³⁶⁵. Arrest van het Hof van 23 april 1991, C-41/90, *Höfner en Elser*, *Jur.* 1991, I-1979, i.h.b. r.o. 21.

³⁶⁶. Arrest van het Gerecht *FNCBV*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 48-50.

³⁶⁷. Zoals bekend is voor de toepassing van art. 81 niet vereist dat de “overeenkomst” juridisch bindend is, en hetzelfde geldt voor besluiten van ondernemersverenigingen. Zie, tijdens de besproken periode, het arrest van het Gerecht *FNCBV*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 89.

stemming, wanneer die handeling tot stand komt in het kader van een lopende contractuele relatie. Zo kan een verzoek van een leverancier aan een distributeur om welbepaalde herverkooprijzen toe te passen, een “overeenkomst” opleveren wanneer de leverancier het contractuele recht had dergelijke prijzen aan de distributeur op te leggen, of wanneer blijkt dat de distributeur het gedane verzoek aanvaardt. De (vaststaande) feiten van een zaak zijn echter lang niet altijd zo duidelijk. In de zaak *Volkswagen* was de Commissie van oordeel dat een oproep van Volkswagen aan zijn dealers om geen of slechts beperkte kortingen toe te staan, te aanzien was als een (verboden) overeenkomst die strekte tot het artificieel hoog houden van herverkooprijzen. De Commissie interpreteerde de dealership-overeenkomst van Volkswagen aldus, dat zij Volkswagen het recht verleende om de betrokken maatregel aan dealers op te leggen. Op basis daarvan had de Commissie de oproep van Volkswagen gebrandmerkt als een verboden overeenkomst, ook al bestond er geen (afdoend) bewijs dat de dealers die oproep hadden aanvaard. Het Gerecht had de overeenkomst evenwel anders geïnterpreteerd dan de Commissie: volgens het Gerecht gaf die overeenkomst Volkswagen niét het recht om wederverkooprijzen op te leggen. In dat verband had het Gerecht overwogen dat een overeenkomst niet aldus kan worden geïnterpreteerd dat zij een partij het recht zou verlenen om een met artikel 81 strijdige maatregel op te leggen³⁶⁸. Die laatste stelling verwerpt het Hof: het is wel degelijk mogelijk dat een overeenkomst (impliciet of uitdrukkelijk) één van de partijen het recht verleent om maatregelen op te leggen die strijden met artikel 81³⁶⁹.

142. Agentuur. Van een overeenkomst in de zin van artikel 81 kan slechts sprake zijn voor zover daar tenminste twee verschillende ondernemingen bij betrokken zijn. Een agent die handelt voor rekening van een principaal is geen afzonderlijke onderneming maar wel een “hulporgaan” dat deel uitmaakt van de onderneming van de principaal³⁷⁰. Derhalve is er geen sprake van verboden afspraken over minimumwederverkooprijzen wanneer de principaal de door de agent toe te passen prijzen vastlegt. Maar dat veronderstelt wel dat de agent geen van de geldelijke of commerciële risico's draagt die voortvloeien uit de overeenkomsten die hij voor rekening van de principaal sluit. Is dat wel het geval, dan is de agent in (economische) werkelijkheid een onafhankelijke ondernemer, en vinden de mededingingsregels wél

toepassing op afspraken tussen principaal en de “agent”³⁷¹. Dat een overeenkomst naar nationaal recht is te aanzien als een agentuur, is niet beslissend; onderzocht moet worden of de agent inderdaad commerciële en/of financiële risico's op zich neemt. In het arrest *CEPSA* geeft het Hof een aantal voorbeelden van relevante risico's in de relatie tussen een brandstoffenleverancier en een tankstationhouder: het risico van verlies draagt, vanaf de levering van de brandstoffen, de kosten van transport, het verrichten van investeringen die specifiek zijn verbonden aan de te verkopen waar (bv. een brandstof tank) en het voeren van reclamecampagnes. Indien de tussenpersoon slechts “een verwaarloosbaar deel” van het risico draagt, maakt dat hem nog niet tot een separate onderneming³⁷².

143. In het arrest *DaimlerChrysler* oordeelt het Gerecht dat sprake is van een agentuur-relatie: de agenten verkopen auto's voor rekening van DaimlerChrysler en zijn niet verplicht voor eigen rekening een stock aan te houden. Als de agent kortingen geeft op de aankoop van een auto komen die kortingen weliswaar in mindering op zijn verkoopcommissie, maar dat laatste is geen “risico” dat hem de hoedanigheid van agent ontnemt: de agent kan er immers voor opteren zijn commissie te beperken om meer auto's te verkopen en aldus een grotere totale commissie op te strijken³⁷³. Weliswaar hadden de agenten de verplichting om demonstratiewagens te kopen, maar daarmee verliezen ze volgens het Gerecht nog niet de hoedanigheid van agent: die wagens kunnen immers aan een speciale prijs worden verkregen en na zes maanden worden verkocht, zodat er niet echt sprake is van een eigen risico³⁷⁴. Ook de verplichting om reparaties uit te voeren die onder de garantie vallen is niet noodzakelijk een risico wanneer de agent een toereikende garantievergoeding ontvangt van de principaal³⁷⁵. Of er sprake is van een commercieel of financieel risico voor de agent moet op basis van de specifieke omstandigheden van de zaak worden nagegaan. In het arrest *DaimlerChrysler* droeg de agent het risico van de transportkost, indien hij met de koper geen afspraak kon maken over de door de koper te betalen kost. Dat leek er op te wijzen dat de agent wel degelijk met een financieel risico was opgezadeld. In de praktijk evenwel bleek dat 35% van de kopers hun bestelde auto bij de fabriek afhaalden. In die omstandigheden acht het Gerecht het onwaarschijnlijk dat het transportrisico inderdaad intreedt en is er geen sprake van een significant risico voor de agent³⁷⁶.

³⁶⁸. Arrest van het Gerecht van 3 december 2003, T-208/01, *Volkswagen*, *Jur.* 2003, II-5141, besproken in *Kroniek 2003-2005*, T.B.H. 2006, 271, randnr. 134.

³⁶⁹. Niettemin laat het Hof het (feitelijke) oordeel van het Gerecht – volgens hetwelk de betrokken dealershipovereenkomst Volkswagen niet de bevoegdheid verleende om bindende prijsaanbevelingen te doen – in stand.

³⁷⁰. Arrest *DaimlerChrysler*, aangehaald in voetnoot 347, r.o. 81-86.

³⁷¹. Arrest *DaimlerChrysler*, r.o. 87.

³⁷². Arrest van het Hof van 14 december 2006, C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio/Compañía Española de Petróleos (CEPSA)*, *Jur.* 2006, I-11987 (het arrest “*CEPSA*”), r.o. 38-61.

³⁷³. Arrest *DaimlerChrysler*, r.o. 99.

³⁷⁴. Arrest *DaimlerChrysler*, r.o. 107-108.

³⁷⁵. Arrest *DaimlerChrysler*, r.o. 110-111.

³⁷⁶. Arrest *DaimlerChrysler*, r.o. 107-108.

144. Wel te verstaan geldt de niet-toepasselijkheid van artikel 81 op agentuurrelaties enkel voor de handelingen die de tussenpersoon namens de principaal stelt. Een agentuurovereenkomst kan evenwel ook andere clausules bevatten zoals een verbod voor de tussenpersoon om ook andere ondernemingen te vertegenwoordigen, of een verbod voor de tussenpersoon om, na afloop van de overeenkomst, een concurrerende activiteit te verrichten. Voor doeleinden van dergelijke clausules is de tussenpersoon wél een afzonderlijke onderneming³⁷⁷, en de genoemde clausules kunnen, naar gelang van de concrete omstandigheden, resulteren in een beperking van de mededinging op de “intermediatiemarkt” (die bestaat uit de diensten die agenten en distributeurs leveren aan leveranciers met het oog op de verdeling van hun producten).

6. Mededingingsbeperking

145. *Beperkingen op parallelhandel hebben niet noodzakelijk een mededingingsbeperkend strekking.* Een overeenkomst zal, ongeacht de concrete effecten ervan, binnen het toepassingsgebied van artikel 81 komen indien zij een mededingingsbeperkend doel heeft³⁷⁸. Tijdens de besproken periode velt het Gerecht daarover een opmerkelijk arrest. In de zaak *GlaxoSmithKline* wordt geoordeeld dat een prijsbeleid dat er op is gericht parallelhandel te ontmoedigen, niet noodzakelijk een mededingingsbeperkend doel heeft. GlaxoSmithKline (“GSK”) paste voor leveringen in Spanje twee soorten prijzen toe: één (lagere) prijs voor geneesmiddelen bestemd voor verbruik in het kader van het gesubsidieerde Spaanse socialezekerheidsstelsel, en een andere prijs voor alle andere leveringen (dus ook deze aan afnemers die de betrokken geneesmiddelen zouden kunnen heruitvoeren). GSK ontkende niet dat dit systeem de bedoeling had om de wederuitvoer van (goedkope) geneesmiddelen tegen te gaan. Het Gerecht meende, dat, aangezien de prijzen van de betrokken geneesmiddelen in belangrijke mate worden vastgesteld door de overheid en daarmee onttrokken zijn aan het spel van vraag en aanbod, niet zomaar kan worden volgehouden dat een bepaling die als doel heeft de parallelhandel in die geneesmiddelen tegen te gaan, het welzijn van de eindgebruikers zal benadelen³⁷⁹. Immers, GSK had aangevoerd

dat de beperkte beschikbaarheid van de “gesubsidieerde” Spaanse producten er toe strekte om GSK, door middel van verkopen aan de “normale” prijs, voldoende winsten te laten genereren waarmee haar kosten van onderzoek en ontwikkeling konden worden terug verdiend³⁸⁰. Het arrest *GlaxoSmithKline* geeft blijk van een opmerkelijke open geest ten aanzien van een prijsbeleid dat parallelhandel wil tegengaan. Het staat enigszins in contrast met het eveneens tijdens de besproken periode gevelde arrest *General Motors*. Daarin bestempelde het Hof een bonusstelsel voor dealers dat strekte tot het tegengaan van export uit “goedkopere” naar “duurdere” lidstaten, als mededingingsbeperkend van strekking, ook al zou zo’n stelsel ook andere, legitieme doelstellingen nastreven³⁸¹. De benadering in het arrest *GlaxoSmithKline* lijkt tenminste ten dele ingegeven door de als bijzonder gepercipieerde situatie van de geneesmiddelenmarkt, waar nationale prijsregelingen leiden tot aanzienlijke en artificiële discrepanties tussen lidstaten inzake prijsniveaus³⁸².

146. *Uitwisseling van informatie heeft niet (noodzakelijk) een mededingingsbeperkend doel.* Het Hof oordeelde tijdens de besproken periode dat een overeenkomst houdende uitwisseling, tussen concurrerende financiële instellingen, van informatie inzake de kredietgeschiedenis van hun respectieve klanten, geen mededingingsbeperkend doel heeft. Dergelijke uitwisseling vermindert de tussen schuldeiser en schuldenaar bestaande ongelijkheid van informatie en maakt het gemakkelijker, de kans op terugbetaling in te schatten, zodat zij de functionering van het kredietaanbod kan verbeteren³⁸³.

147. *Vaststelling van het bestaan van een mededingingsbeperkend effect.* Wanneer een overeenkomst geen mededingingsbeperkend doel heeft, kan zij niettemin onder artikel 81 vallen indien komt vast te staan dat zij een merkbaar mededingingsbeperkend effect heeft³⁸⁴. Volgens vaste rechtspraak dient, om uit te maken of een overeenkomst al dan niet een mededingingsbeperkend effect heeft, te worden nagegaan hoe de mededinging er zou hebben uitgezien zonder die overeenkomst (wat economen de “counterfactual” noemen)³⁸⁵. Het arrest *O2* illustreert dat principe: het Gerecht oordeelt dat een afspraak waarbij een mobiele operator

³⁷⁷. Arrest *CEPSA*, r.o. 62. Zie ook Antwerpen 8 november 2007, *NV Axa Belgium/D.S. en NV Record Bank*, T.B.H. 2008, 185.

³⁷⁸. Zie bv., tijdens de besproken periode, arrest van het Gerecht *FNCBV*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 93.

³⁷⁹. Arrest van het Gerecht van 27 september 2006, T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited*, *Jur.* 2006, II-2969, r.o. 103-147. Tegen dit arrest werd hogere voorziening ingesteld bij het Hof, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P.

³⁸⁰. Arrest *GlaxoSmithKline*, r.o. 146.

³⁸¹. Arrest van het Hof van 6 april 2006, C-551/03 P, *General Motors BV*, *Jur.* 2006, I-3173, r.o. 64. Die strenge benadering is wel te verstaan enkel van toepassing op belemmeringen van exporten tussen lidstaten van de Gemeenschap. Een regeling die gericht is op beperkingen van de export van goederen uit een derdeland naar de Gemeenschap kan niet zomaar worden gelijkgesteld met een regeling die exporten tussen lidstaten van de Gemeenschap belemmert. Daartoe moet zijn aangetoond dat de betrokken beperkingen een merkbaar effect hebben op de mededinging binnen de Gemeenschap en op de handel tussen lidstaten. Zie het arrest van het Gerecht van 27 september 2006, T-204/03, *Haladjian Frères SA*, *Jur.* 2006, II-3779.

³⁸². Zie met name r.o. 276 van het arrest *GlaxoSmithKline*.

³⁸³. Arrest van het Hof van 23 november 2006, T-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL/Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, *Jur.* 2006, I-11125, r.o. 46-47.

³⁸⁴. Arrest *Asnef-Equifax*, r.o. 48-51.

³⁸⁵. Arrest *General Motors BV*, aangehaald in voetnoot 381, r.o. 72. In hetzelfde arrest (r.o. 77-79) oordeelt het Hof dat de beoordeling van de strekking van een overeenkomst er (o.m.) rekening mee mag houden dat één of meer partijen bij die overeenkomst het voornemen hadden om de mededinging te beperken.

“national roaming”-rechten voor 3G-communicatie bedingt bij een andere mobiele operator, niet mededingingsbeperkend is indien komt vast te staan dat, zonder die afspraak, eerstgenoemde operator de 3G-markt niet zou hebben betreden³⁸⁶.

148. *Beperkingen op parallelhandel hebben niet noodzakelijk een mededingingsbeperkend effect.* Tijdens de besproken periode werden op dit punt een aantal interessante arresten geveld. In het reeds vermelde arrest *GlaxoSmithKline* oordeelt het Gerecht dat een prijssysteem dat parallelhandel beoogt tegen te gaan, *niet noodzakelijk* een mededingingsbeperkend effect heeft. Dat parallelhandelaars in afwezigheid van zulk prijssysteem de betrokken goederen met winst zouden kunnen afzetten in andere lidstaten volstaat niet, aldus het Gerecht, om te concluderen dat dat prijssysteem mededingingsbeperkend is. Het is immers mogelijk dat er verschillende (geografische) markten bestaan waarin verschillende prijzen gelden³⁸⁷. In de concrete omstandigheden van het geval acht het Gerecht het mededingingsbeperkend effect weliswaar bewezen: als de lager geprijsde geneesmiddelen hadden kunnen worden uitgevoerd, dan zouden zij op de markten waarheen ze worden geëxporteerd, hebben kunnen bijdragen tot een lager prijsniveau³⁸⁸.

149. *Uitwisseling van informatie heeft niet noodzakelijk een mededingingsbeperkend effect.* In het reeds genoemde arrest *Asnef-Equifax* oordeelt het Hof dat de uitwisseling van informatie inzake de kredietgeschiedenis van potentiële leningnemers een mededingingsbeperkend effect zou kunnen hebben indien die uitwisseling er toe leidt dat de participerende financiële instellingen hun marktgedrag niet langer autonoom vaststellen. Dat risico bestaat in het bijzonder wanneer de markt sterk geconcentreerd is (en de marktdeelnemers relatief minder in het ongewisse zijn over elkaars marktpositie en commerciële strategie). Op dergelijke markten kan een systeem van uitwisseling van informatie inzake kredietgeschiedenis resulteren in collusie respectievelijk gecoördineerd gedrag. Dat risico wordt versterkt wanneer de deelnemende ondernemingen ook inzicht kunnen verkrijgen in de identiteit van de schuldeisers. Wanneer de markt evenwel gefragmenteerd is (en er onzekerheid bestaat over het gedrag van de andere marktdeelnemers), kan de uitwisseling van informatie daarentegen stimulerend werken voor de mededinging. Een onderneming kan dankzij die informatie haar aanbod immers beter aanpassen aan het risicoprofiel van de verbruiker (aan personen met een “sterke” kredietgeschiede-

nis kunnen betere voorwaarden worden aangeboden)³⁸⁹. Van belang is ook, dat systemen inzake uitwisseling van informatie zowel rechtens als feitelijk zonder onderscheid toegankelijk zijn voor alle marktactoren; is dat niet het geval, dan zouden bepaalde aanbieders daarvan nadeel kunnen onderkennen bij het uitwerken van hun aanbod, en zou de toetreding van nieuwe aanbieders op de betrokken markt kunnen worden bemoeilijkt³⁹⁰.

7. Toepassing van artikel 81, lid 3 EG-Verdrag

150. In het arrest *Der Grüne Punkt* (art. 81)³⁹¹ overweegt het Gerecht dat, aangezien artikel 81, lid 3 een uitzondering vormt op het verbod van artikel 81, lid 1, de Commissie “*ten aanzien van de voorschriften die zij aan een ontheffing verleent, een grote beoordelingsbevoegdheid [moet] hebben*”³⁹². In hetzelfde arrest bevestigt het Gerecht dat de Commissie een ontheffingsbeschikking kan verbinden aan de naleving van verplichtingen, ook als die verplichtingen niet zijn voorgesteld door de onderneming die de ontheffing bekomt³⁹³.

151. *Eerste voorwaarde: verbetering van de productie of distributie dan wel technische- of economische vooruitgang.* In het arrest *GlaxoSmithKline* stelt het Gerecht zich ook bij de toepassing van artikel 81, lid 3 opmerkelijk positief op ten aanzien van een prijsbeleid dat de parallelhandel in geneesmiddelen beoogt tegen te gaan. De Commissie had in haar beschikking het standpunt ingenomen dat een prijsbeleid dat er toe strekt parallelhandel te bemoeilijken, niet aan de eerste voorwaarde van artikel 81, lid 3 kan voldoen. De Commissie had dan ook geen afweging gemaakt van het (beweerde) voordeel tegen de vastgestelde beperking van de mededinging. Het Gerecht is het daarmee niet eens. Volgens het Gerecht had GSK “relevante, betrouwbare en waarschijnlijk” bewijsstukken overlegd ter staving van haar stelling enerzijds dat parallelhandel in de betrokken geneesmiddelen zou resulteren in efficiëntieverlies (ontmoediging van O&O-investeringen) en anderzijds dat de grotere winsten die werden behaald met het prijsbeleid daadwerkelijk (onder meer als gevolg van de levendige concurrentie op de geneesmiddelenmarkt) ten goede zouden komen aan O&O³⁹⁴. Het Gerecht verwijt de Commissie dat zij de door GSK voorgelegde bewijsstukken niet of onvoldoende grondig heeft onderzocht, zodat er geen voldoende basis bestond om te concluderen dat het prijsbeleid niet resulteert in voldoende

³⁸⁶. Arrest van het Gerecht van 2 mei 2006, T-328/03, *O2 (Germany) GmbH & Co. OHG Jur.* 2006, II-1231, r.o. 74-98.

³⁸⁷. Arrest *GlaxoSmithKline*, r.o. 167-179.

³⁸⁸. Arrest *GlaxoSmithKline*, r.o. 181-189.

³⁸⁹. Arrest *Asnef-Equifax*, r.o. 54-59 en 61-63.

³⁹⁰. Arrest *Asnef-Equifax*, r.o. 60.

³⁹¹. Arrest van het Gerecht van 24 mei 2007, T-289/01, *Duales System Deutschland GmbH/Commissie, Jur.* 2007, II-1691 (het arrest “*Der Grüne Punkt*” (art. 81)).

³⁹². Arrest van het Gerecht *Der Grüne Punkt* (art. 81), r.o. 153.

³⁹³. Arrest van het Gerecht *Der Grüne Punkt* (art. 81), r.o. 153-154.

³⁹⁴. Arrest *GlaxoSmithKline*, r.o. 253-263.

efficiënties³⁹⁵. Om dezelfde reden oordeelt het Gerecht dat er onvoldoende basis bestond voor de conclusie van de Commissie dat het prijsbeleid niet onmisbaar was om de door GSK aangevoerde efficiënties te verwezenlijken³⁹⁶. Het arrest van het Gerecht impliceert niet (noodzakelijk) dat het prijsbeleid van GSK in aanmerking komt voor een onthefing, wel dat de Commissie de door GSK voorgelegde bewijsstukken grondig(er) moet onderzoeken.

152. Tweede voorwaarde: een billijk aandeel van de efficiënties moet ten goede komen aan de gebruikers. In het arrest *Asnef-Equifax* verduidelijkt het Hof dat deze voorwaarde niet impliceert dat alle gebruikers zonder onderscheid dezelfde voordelen moeten ontvangen. De uitwisseling van informatie over de kredietgeschiedenis van lening-aanvragers kan er inderdaad toe leiden dat aanvragers met een hoog risicoprofiel geen lening krijgen, of enkel aan minder aantrekkelijke voorwaarden. Waar het om gaat is dat de regeling per saldo voordelig is voor alle gebruikers samen (en niet individueel) genomen³⁹⁷.

153. Vierde voorwaarde: geen uitschakeling van de mededinging op een wezenlijk deel van de betrokken markt. In het arrest *Der Grüne Punkt* (art. 81) beaamt het Gerecht dat het DSD-systeem (inzake inzameling en verwerking van verpakkingen) afvalverwijderaars waarop het beroep doet, omwille van zijn zeer aanzienlijke marktpositie, niet mag beletten ook te werken voor concurrerende collectieve terugname- en verwerkingssystemen. Om dezelfde reden is het noodzakelijk dat aan concurrerende systemen een recht wordt verleend op medegebruik van inzamelingsinstallaties³⁹⁸.

8. Machtspositie

154. De besproken periode brengt de bevestiging van vaste rechtspraak volgens dewelke een machtspositie blijkt uit de omstandigheid dat de betrokken onderneming in staat is om zich in aanzienlijke mate onafhankelijk te gedragen tegenover haar concurrenten en afnemers en, in laatste instantie, de consument³⁹⁹. Het marktaandeel vormt slechts één element ter beoordeling van het bestaan van een machtspositie.

Het bezetten van een belangrijk (wellicht grootste) deel van de relevante markt volstaat in beginsel niet om te besluiten tot een machtspositie⁴⁰⁰. “Zeer grote” marktaandelen kunnen weliswaar op zichzelf, en behoudens buitengewone omstandigheden, het bewijs opleveren van het bestaan van een machtspositie⁴⁰¹. Grote marktaandelen zijn (nog) sprekender wanneer de onderneming met het grootste marktaandeel een ruime voorsprong heeft op haar tegenstrevers⁴⁰².

9. Misbruik

155. (Voorlopig) geen “guidance” van de Commissie. Sinds de in 1999 vastgestelde groepsvrijstelling voor “verticale” overeenkomsten is de toepassing van artikel 81 afgestemd op de mededingingsbeperkende effecten van onderzochte gedragingen. Blijkens de hiervoor besproken arresten *GlaxoSmithKline*, *O2* en *Asnef-Equifax* is die nieuwe benadering ook zichtbaar in de jurisprudentie met betrekking tot artikel 81 EG-Verdrag. De verwachting was dat deze trend zich tijdens de besproken periode eveneens zou doorzetten wat betreft de toepassing van artikel 82 EG-Verdrag⁴⁰³. De Commissie leek daartoe in december 2005 een aanzet te geven met de publicatie van een “discussiedocument”⁴⁰⁴ en de organisatie van een hoorzitting in juni 2006. In de twee daaropvolgende jaren slaagde de Commissie er evenwel niet in om met meer definitieve standpunten naar buiten te treden. Bij het afsluiten van deze bijdrage lijkt het niet eens zeker of die standpunten er uiteindelijk nog zullen komen. De weifelende attitude van de Commissie heeft Hof en Gerecht er tijdens de besproken periode niet toe aangezet om zelf de bakens te verzetten. De uitgesproken arresten situeren zich in het algemeen in de lijn van de bestaande rechtspraak, volgens dewelke de kwalificatie van “misbruik” in wezen is gebaseerd op een aantal “per se”-regels, waarbij de concrete effecten van de onderzochte gedragingen op de mededingingsstructuur geen (beslissende) rol speelt.

156. In de beschikking *Unilever Bestfoods* herhaalt het Hof de welbekende formule: misbruik van machtspositie is een objectief begrip dat betrekking heeft op gedragingen die invloed kunnen uitoefenen op de structuur van een markt waar de mededinging reeds is verzwakt en die de handha-

³⁹⁵. Arrest *GlaxoSmithKline*, r.o. 264-307.

³⁹⁶. Arrest *GlaxoSmithKline*, r.o. 309-310.

³⁹⁷. Arrest *Asnef-Equifax*, r.o. 69-70; het Hof merkt daarbij nog op dat het ook in het belang van “slechte risico’s” kan zijn dat zij geen (of enkel een dure) lening kunnen krijgen, aangezien op die wijze overbelening wordt tegengegaan én aangezien de uitwisseling van informatie er toe kan bijdragen dat het kredietrisico juist wordt ingeschat (en een geldschieter aldus aangepaste voorwaarden kan aanbieden eerder dan een slecht risico helemaal te weigeren), zie r.o. 69 en 71 van het arrest.

³⁹⁸. Arrest van het Gerecht *Der Grüne Punkt* (art. 81), aangehaald in voetnoot 391, r.o. 72-78 en 101-115.

³⁹⁹. Arrest van het Gerecht van 30 januari 2007, T-340/03, *France Télécom SA/Commissie*, Jur. 2007, II-107, r.o. 99.

⁴⁰⁰. Antwerpen 15 juni 2006, *Bouts Stations/Sanoma Magazines Belgium*, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 2006*, 801.

⁴⁰¹. Arrest *France Télécom*, r.o. 100, dat weliswaar niet langer verwijst naar de +50%-benadering waarvan sprake was in het arrest *Akzo*.

⁴⁰². Arrest *France Télécom*, r.o. 109.

⁴⁰³. Voor een uitstekende samenvatting van het aan de gang zijnde debat, zie D.J. GERBER, “The Future of Article 82: Dissecting the Conflict”, in EHLER-MANN en MARQUIS (eds.), *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, te verschijnen bij Hart.

⁴⁰⁴. “Staff Discussion Paper” over misbruiken gericht op uitsluiting van mededingers, te consulteren op <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

ving van de nog resterende concurrentie kunnen verhinderen met andere middelen dan gebruikelijk zijn bij een normale mededinging op basis van ondernemersprestaties⁴⁰⁵. Dat consumenten hebben geprofiteerd van de door een dominante onderneming toegepaste afbraakprijzen is dus irrelevant⁴⁰⁶. En ook overeenkomsten die een dominante onderneming sluit met de volle instemming van de wederpartijen kunnen een inbreuk uitmaken⁴⁰⁷.

157. “Mogelijkheid” dat de praktijken van een dominante onderneming de mededinging beperken. De door het Hof gedebiteerde formule mag geïjkt zijn, de concrete gevolgen ervan zijn niet geheel eenduidig. Immers, wat moet worden verstaan onder gedragingen die “een invloed kunnen uitoefenen op de structuur van een markt” respectievelijk die “de concurrentie kunnen verhinderen”? Laten die uitdrukkingen toe om gedragingen waarvan niet is bewezen dat ze de mededingingsvoorwaarden wijzigen ten voordele van de dominante onderneming, niét als “misbruik” te kwalificeren? Anders gezegd, is het voor de toepassing van artikel 82 nodig om rekening te houden met de concrete effecten van de onderzochte gedragingen? In het arrest *British Airways*⁴⁰⁸ geeft het Hof – in het kader van een hogere voorziening – enkele indicaties. De zaak handelde over premies die werden toegekend door British Airways (waarvan de dominante positie onbetwist was) aan reisagenten. De Commissie en het Gerecht hadden die premies als misbruikelijk bestempeld, ook al daalde het marktaandeel van British Airways tijdens de periode dat ze werden toegekend. British Airways beaamde dat de premies een klantenbindende werking hadden, maar meende dat het Gerecht had moeten onderzoeken of die premies ook daadwerkelijke uitsluitingseffecten hadden ten nadele van haar concurrenten. Het Hof wees die stelling af. Weliswaar moet worden onderzocht of door een dominante onderneming toegekende premies en kortingen ertoe “tenderen”⁴⁰⁹ concurrenten uit te sluiten. Het werkwoord “tenderen” lijkt de lat iets hoger te leggen dan “kun-

nen”, maar het Hof laat er geen twijfel over bestaan dat geen bewijs is vereist van “een kwantificeerbare daadwerkelijke verslechtering van de mededingingspositie van de handelspartners individueel beschouwd”⁴¹⁰.

158. De uitspraak in *British Airways* sluit aan bij het tijdens de besproken periode meermaals bevestigde principe dat artikel 82 EG-Verdrag niet alleen van toepassing is vanaf het moment dat er geen, of bijna geen, mededinging meer op de markt bestaat. Indien de Commissie moest wachten totdat de concurrenten uit de markt zijn verwijderd voordat zij op grond van deze bepaling kan ingrijpen, zou dat ingaan tegen de doelstelling daarvan, die bestaat in de instandhouding van de nog bestaande mededinging op de markt⁴¹¹. Tegelijk zou *British Airways* kunnen worden aanzien als een – voorzichtige – bevestiging van het principe dat artikel 82 geen “per se”-regel inhoudt, en de toepassing van het verbod op misbruik van machtspositie een – tenminste *prima facie* – onderzoek vereist naar de te verwachten impact van de onderzochte praktijk op de mededingingsstructuur⁴¹².

159. Objectieve rechtvaardiging. Ten aanzien van de objectieve rechtvaardiging van premies en kortingen stelt het Hof in het arrest *British Airways* dat moet worden nagegaan of het vastgestelde uitsluitingseffect “kan worden gecompenseerd, of zelfs geneutraliseerd, door voordelen op het vlak van efficiëntie die ook de verbruiker ten goede komen”⁴¹³. Het Hof sluit zich – impliciet – aan bij het oordeel van het Gerecht dat “doelkortingen”, waarbij de korting enkel wordt toegekend indien de klant een bepaald (omzet)doel haalt, deze toets niet doorstaan (immers, bestellingen onder het doel leveren eveneens efficiënties op, maar die worden dus niet beloond met een korting)⁴¹⁴.

160. Koppelverkoop. Ook het langverwachte arrest *Microsoft*⁴¹⁵ sluit grotendeels aan bij de bestaande jurisprudentie. Het Gerecht sprak zich uit over twee beweerdelijk misbrui-

⁴⁰⁵ Beschikking van het Hof van 28 september 2006, C-552/03 P, *Unilever Bestfoods (Ireland) Ltd*, *Jur.* 2006, I-9091, r.o. 129.

⁴⁰⁶ Arrest *France Télécom*, aangehaald in voetnoot 399, r.o. 266.

⁴⁰⁷ *Unilever Bestfoods*, *ibid.*

⁴⁰⁸ Arrest van het Hof van 15 maart 2007, C-95/04 P, *British Airways plc*, *Jur.* 2007, I-2331.

⁴⁰⁹ Het arrest *British Airways* bezigt verschillende synoniemen. In de Nederlandse versie wordt op de ene plaats (r.o. 68) gewaagd van premies die “een uitsluitingseffect kunnen hebben”, en op de andere (r.o. 100 en 144-145) dat die premies “tot doel hadden” de agenten aan British Airways te binden. Die laatste uitdrukking is de Nederlandse weergave die het Hof gebruikt voor het Franse “*tendre à*” en het Engelse “*tend to*”. Het (niet in de Nederlandse versie gebruikte) werkwoord “tenderen” lijkt nauwer aan te sluiten bij de Franse en de Engelse taalversies. Die laatste twee versies lijken aan te geven dat een zuivere mogelijkheid (een uitsluitingseffect “kunnen” hebben) niet (langer) volstaat. Zie hieromtrent K. PFEIFFER, “Reflections on *British Airways v Commission*”, *C.M.L.R.* 2007, 597-600.

⁴¹⁰ Arrest *British Airways*, r.o. 145. Zie hieromtrent de kritische bedenkingen van K. BACON, “European Court of Justice Upholds Judgment of European Court of First Instance in the *British Airways/Virgin-Saga*”, *Competition Policy International* 2007, Vol. 3, No 2 (te raadplegen op www.globalcompetitionpolicy.org).

⁴¹¹ Arrest van het Gerecht van 17 september 2007, T-201/04, *Microsoft Corp.*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.* 2007, r.o. 560-564. Zie eveneens het arrest *France Télécom*, aangehaald in voetnoot 399, r.o. 195-196 (omstandigheid dat een op uitsluiting gerichte handeling zijn doel niet bereikt verhindert niet dat die handeling een verboden misbruik uitmaakt).

⁴¹² Tijdens de besproken periode lijkt de rechtspraak van het Brusselse hof van beroep evenwel een andere richting uit te gaan: in het arrest *Wallonie Expo* (Brussel 10 november 2005, *Wallonie Expo/Febiac*, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2005, 896) oordeelt het hof dat een overeenkomst die de mededinging niet merkbaar beperkt, en derhalve niet kan worden verboden op grond van art. 81 EG-Verdrag, toch een misbruik van machtspositie kan uitmaken.

⁴¹³ Arrest *British Airways*, r.o. 86.

⁴¹⁴ Arrest *British Airways*, r.o. 87-88.

kelijke praktijken van Microsoft: de weigering om “informatie inzake compatibiliteit” te verstrekken (hierna besproken in het deeltje over interactie tussen de mededingingsregels en intellectuele eigendomsrechten) en de koppelverkoop van het Windows-besturingssysteem en de Windows Media Player. De koppeling van de Windows Media Player aan het Windows-besturingssysteem wordt door het Gerecht als misbruik bestempeld. Om te beginnen, aldus het Gerecht, gaat het om twee van elkaar te onderscheiden producten waarvoor een onderscheiden vraag bestaat, met name van de zijde van OEM-PC-fabrikanten die zowel een besturingssysteem als een mediaspeler nodig hebben, maar niet noodzakelijk van dezelfde leverancier⁴¹⁶. Ten tweede is Microsoft dominant op de markt voor het product waaraan gekoppeld wordt (Windows-besturingssystemen). Ten derde is er volgens het Gerecht sprake van koppelverkoop: OEM-PC-fabrikanten konden Windows-besturingssystemen enkel samen met de Windows Media Player aanschaffen en waren dus niet geneigd om extra te investeren in (een) andere mediaspeler(s). Dat kopers niets extra zouden moeten betalen voor de Windows Media Player is niet relevant (en overigens moeilijk vast te stellen, aangezien Microsoft geen Windows-besturingssystemen zonder de Windows Media Player aanbod)⁴¹⁷. De koppeling creëerde het risico van een verzwakking van de mededinging op de markt voor mediaspelers zodat de instandhouding van een werkzame concurrentiestructuur niet meer verzekerd was, met name omdat het marktaandeel van Microsoft op de markt voor PC-besturingssystemen meer dan 90% bedroeg⁴¹⁸. Dat de koppeling gerechtvaardigd zou zijn was volgens het Gerecht niet aangetoond. Microsoft’s weigering om een Windows-versie zonder Windows Media Player te commercialiseren vindt het Gerecht niet objectief noodzakelijk. Weliswaar leidt de gekoppelde verkoop tot een de facto standaardisatie van het Windows Media Player platform, maar een dergelijke eenzijdig opgelegde standaardisatie kan niet worden beschouwd als een rechtvaardigingsgrond, nu niet kan worden uitgesloten dat een aantal gebruikers (bv. OEM-PC-fabrikanten) de door Microsoft voorgestelde standaardisatie niet wensen⁴¹⁹.

161. Afbraakprijzen. Het arrest *France Télécom* bevestigt de bestaande toets inzake op uitschakeling gerichte prijzen

(ook wel aangeduid als “afbraakprijzen”, “roofprijzen” of “predatory pricing”). Prijzen die beneden de gemiddelde variabele kosten liggen, leveren op zichzelf een vermoeden op dat ze op uitschakeling van de concurrenten zijn gericht. Prijzen beneden de gemiddelde totale kosten leveren misbruik op wanneer zij zijn vastgesteld in het kader van “een plan dat tot doel heeft een concurrent uit te schakelen”⁴²⁰. De Commissie hoeft niet te bewijzen dat de betrokken onderneming haar (met de afbraakprijzen geleden) verliezen kon compenseren of daadwerkelijk heeft gecompenseerd⁴²¹. Dat verlieslatende prijzen worden gehanteerd als reactie op prijsverlagingen van concurrerende ondernemingen, levert geen rechtvaardiging op. Een onderneming met een machtspositie heeft immers geen onbeperkt recht om haar prijzen aan die van haar concurrenten aan te passen: zij mag geen handelingen stellen die tot doel hebben haar machtspositie te versterken en te misbruiken⁴²². Deze laatste stelling is een exponent van de klassieke, “formalistische” jurisprudentie over het concept misbruik.

162. Wurgprijzen. In het arrest *Tele 2 Belgium NV/Belgacom NV* bevestigt het hof van beroep te Brussel dat er twee verschillende testen bestaan om het bestaan van wurgprijzen (“price squeeze”) te bewijzen. Vooreerst kan sprake zijn van wurgprijzen wanneer vast komt te staan dat het eigen stroomafwaartse bedrijfs onderdeel van de dominerende onderneming niet rendabel zou kunnen opereren op basis van de prijs die het stroomopwaarts bedrijfs onderdeel aan zijn concurrenten aanrekent (“equally efficient competitor test”). Price squeeze kan daarnaast ook worden aangetoond door te bewijzen dat de marge tussen de prijs die de dominerende onderneming van haar concurrenten op de stroomafwaartse markt vraagt voor de diensten van intermediair gebruik en de prijs die de dominerende onderneming op de stroomafwaartse markt vraagt, niet hoog genoeg is om een redelijk efficiënte dienstverrichter op deze markt in staat te stellen een normale winst te behalen (“hypothetical reasonably efficient competitor test”)⁴²³. Om toepassing te maken van het verbod op wurgprijzen hoeft dus niet in alle gevallen te worden aangetoond dat de onderneming met machtspositie verlies maakt, zodat de vraag of ze bij machte is haar verlies na uitschakeling goed te maken niet in alle gevallen rijst⁴²⁴.

⁴¹⁵. Aangehaald in voetnoot 411. Het arrest werd door de Grote Kamer van het Gerecht geveld. Microsoft besliste om geen hogere voorziening tegen het arrest in te stellen.

⁴¹⁶. Arrest *Microsoft Corp.*, r.o. 912-944.

⁴¹⁷. Arrest *Microsoft Corp.*, r.o. 960-974. Opmerkelijk is wel, dat de Commissie Microsoft naderhand toeliet om de “gestripte” versie van het Windows-besturingssysteem (dus zonder Windows Media Player) te verkopen aan dezelfde prijs als de “gekoppelde” versie. Mede gelet op de bijna-afwezigheid van mededinging op de markt voor besturingssystemen wekt het geen verwondering dat vrijwel geen enkele PC-fabrikant opteerde voor een aankoop van de gestripte versie.

⁴¹⁸. Arrest *Microsoft Corp.*, r.o. 1031-1089. Zie ook de r.o. 979-987 en 1069 van het arrest: aangezien het Windows-besturingssysteem voor client-PC’s is voorgeïnstalleerd op meer dan 90% van de wereldwijd verkochte client-PC’s resulteerde de koppelverkoop in de “alomtegenwoordigheid” van Windows Media Player. Zie ook hiervoor, voetnoot 428.

⁴¹⁹. Arrest *Microsoft Corp.*, r.o. 1144-1166.

⁴²⁰. Arrest *France Télécom*, aangehaald in voetnoot 399, r.o. 130, 197 en 224.

⁴²¹. Arrest *France Télécom*, aangehaald in voetnoot 399, r.o. 227-228.

⁴²². Arrest *France Télécom*, aangehaald in voetnoot 399, r.o. 178 en 185.

⁴²³. Brussel 18 december 2007, *Tele 2 Belgium/Belgacom* niet gepubliceerd, ov. 84.

⁴²⁴. Brussel 18 december 2007, *Tele 2 Belgium/Belgacom*, ov. 91.

10. Misbruik en intellectuele eigendomsrechten

163. *Weigering van een dominante onderneming om een licentie te verlenen.* In het arrest *Microsoft* bevestigt het Gerecht dat de weigering van Microsoft om “informatie inzake compatibiliteit” inzake het Windows-besturingssysteem te verstrekken aan concurrenten op de markt voor besturingssystemen voor werkgroepserveren als een misbruik is te beschouwen. Het Gerecht gaat er daarbij van uit dat de betrokken informatie inderdaad is gedekt door intellectuele eigendomsrechten (dan wel in aanmerking komt voor bescherming als een bedrijfsgeheim). In die omstandigheden moet het Gerecht nagaan of Microsoft’s weigering gerechtvaardigd was op basis van de *Magill/IMS Health*-jurisprudentie⁴²⁵. Op basis van die jurisprudentie bevestigt het Gerecht dat een weigering van een onderneming met een machtspositie om een licentie te verlenen op een door haar gehouden intellectueel eigendomsrecht, als een misbruik te aanzien wanneer aan drie voorwaarden is voldaan: ten eerste moet de weigering betrekking hebben op een product of een dienst dat “onontbeerlijk” is voor de uitoefening, door de kandidaat-licentienemer, van een bepaalde activiteit op een verwante markt; ten tweede moet vaststaan dat de weigering elke effectieve mededinging op de verwante markt uitsluit, en ten derde moet de weigering in de weg staan aan de introductie van een nieuw product waarnaar van de zijde van de consumenten een potentiële vraag bestaat⁴²⁶.

164. Op basis van een marginale toetsing⁴²⁷ bevestigt het Gerecht dat in casu aan elk van deze voorwaarden is voldaan. Om te beginnen is de informatie inzake compatibiliteit onmisbaar aangezien Microsoft in staat was om de Windows-domeinarchitectuur op te leggen als de “de facto standaard” in de sector van computers voor werkgroepnetwerken. Wat de tweede voorwaarde betreft meent het Gerecht dat Microsoft’s weigering om die informatie te verstrekken het risico creëert van uitschakeling van de mededinging op de markt voor besturingssystemen voor werkgroepserveren⁴²⁸. Daar komt nog bij dat een uitschakeling van de mededinging op de betrokken markt waarschijnlijk onomkeerbaar zou zijn (de gebruikers die opteren voor het Microsoft-besturingssysteem zullen niet snel geneigd zijn om naderhand alsnog naar andere besturingssystemen over te stappen)⁴²⁹. Interessant is de interpretatie die in het arrest wordt gegeven van de derde voorwaarde. In het arrest *IMS Health* had het Hof overwogen dat de weigering enkel een

misbruik oplevert indien ze in de weg staat aan de introductie van een *nieuw* product of dienst, maar het Gerecht meent dat zulks “niet de enige parameter kan zijn”⁴³⁰. In casu had de Commissie vastgesteld dat de licentieweigering de concurrenten van Microsoft ervan weerhield om “geavanceerde eigenschappen van hun eigen producten” beschikbaar te maken en dat toegang tot informatie inzake compatibiliteit die concurrenten in staat zal stellen om besturingssystemen te ontwikkelen die een aantal verbeteringen of innovaties bevatten van het Windows-systeem. Anders gezegd, de vereiste van “nieuw” wordt verzacht tot “innovatie” of tot “een verbeterde versie van een bestaand product”. Dit lijkt op het eerste gezicht een erg flexibele toets (met name is niet duidelijk *hoeveel* innovatie vereist is), en men kan zich moeilijk van de indruk ontdoen dat zij is ingegeven door de toch wel bijzondere omstandigheden van het geval (de “super-dominante” positie van Microsoft wat betreft PC-besturingssystemen).

165. Het arrest *Microsoft* bevestigt, in de lijn van de bestaande rechtspraak, eveneens dat een weigering om een licentie te verlenen geen misbruik uitmaakt wanneer die weigering op objectieve gronden kan worden gerechtvaardigd, maar de bewijslast rust op de betrokken onderneming. De bewering van Microsoft dat een dwanglicentie afbreuk zou doen aan haar bereidheid om in de toekomst te investeren in de ontwikkeling van haar technologie wordt verworpen als te algemeen en niet onderbouwd⁴³¹.

166. *Misbruik in de vorm van te ruim bemeten royalties.* In het arrest *Der Grüne Punkt* (art. 82)⁴³² rees de vraag of DSD misbruik maakte van haar machtspositie door een licentievergoeding te vragen voor alle in Duitsland in de handel gebrachte verpakkingen die haar logo “Der Grüne Punkt” droegen. Niet betwist was, dat een deel van die verpakkingen niet werden teruggenomen en verwerkt via het DSD-systeem. Aangezien het de eindgebruiker is die bepaalt waar de lege verpakking wordt gedeponed (in containers van DSD of van een ander systeem), kan op voorhand niet worden bepaald of een verpakking al dan niet in het DSD-systeem zal terechtkomen. Het alternatief van “selectief merken” van verpakkingen was dus praktisch niet haalbaar, mede omwille van de zeer aanzienlijke marktpositie van DSD. Immers, een stelsel van selectief merken (verpakkingen zonder het “Der Grüne Punkt”-logo kunnen door de eindgebruikers niet in DSD-containers worden gedeponed) zou producenten er

⁴²⁵ Besproken in *Kroniek 2003-2005*, T.B.H. 2006, 271, randnr. 163-165.

⁴²⁶ Arrest *Microsoft Corp.*, aangehaald in voetnoot 411, r.o. 312-336.

⁴²⁷ Zie *infra*, randnr. 172.

⁴²⁸ De benadering van het Gerecht is gelijkaardig aan deze van het Hof in het hiervoor besproken arrest *British Airways*: de uitsluitingseffecten worden niet gekwantificeerd; de (reële) mogelijkheid dat die effecten zich zullen voordoen volstaat. In het geval van Microsoft kon daarover weinig twijfel bestaan, gelet op de zeer hoge marktaandeelen van Microsoft Windows.

⁴²⁹ Arrest *Microsoft Corp.*, r.o. 562.

⁴³⁰ Arrest *Microsoft Corp.*, r.o. 647.

⁴³¹ Arrest *Microsoft Corp.*, r.o. 698-703.

⁴³² Arrest van het Gerecht van 24 mei 2007, T-151/01, *Duales System Deutschland GmbH/Commissie*, Jur: 2007, II-1607 (het arrest “Der Grüne Punkt” (art. 82)).

waarschijnlijk toe aanzetten om de verwerking van al hun verpakkingen aan DSD toe te vertrouwen. Het Gerecht beaamt dan ook dat DSD misbruik heeft gemaakt van zijn machtspositie door niet enkel een vergoeding te vragen voor het aandeel van verpakkingen dat daadwerkelijk door haar wordt ingezameld en verwerkt. Door dergelijke toepassing van artikel 82 van het verdrag wordt volgens het Gerecht geen afbreuk gedaan aan de “wezenlijke functie” van het “Der Grüne Punkt”-merk, aangezien dat merk geen indicatie geeft over herkomst of kwaliteit van het product (of de verpakking), maar enkel aangeeft dat het product, naar keuze van de gebruiker, kan worden gerecycleerd via het DSD-systeem. Evenmin is, aldus het Gerecht, sprake van een “gedwongen licentiesysteem” ten laste van de merkhouders, maar enkel van een beperking op het recht van DSD om een vergoeding te vragen voor het gebruik van zijn logo. Overigens, aldus het Gerecht, wanneer het “Der Grüne Punkt”-merk wordt aangebracht op verpakkingen die uiteindelijk niet door DSD maar door een ander systeem worden verwerkt, verleent DSD geen dienst en kan ze ook geen aanspraak maken op een licentievergoeding. Wel erkent het Gerecht dat, voor verpakkingen die uiteindelijk (als gevolg van de door de eindgebruiker gemaakte keuze) niet worden teruggenomen en verwerkt door DSD, het “Der Grüne Punkt”-merk een economische waarde heeft (aangezien het gebruikers de *mogelijkheid* verleent om de verpakking via het DSD-systeem te laten verwijderen). Daarvoor kan DSD de betrokken producenten een “passende licentievergoeding” vragen, ook al kan die prijs niet even hoog zijn als de prijs die wordt aangerekend voor verpakkingen die daadwerkelijk door DSD worden ingezameld en verwerkt⁴³³.

11. Invloed op de handel tussen lidstaten

167. De besproken periode brengt bevestiging van welbekende rechtspraak dat voor de toepassing van artikel 81 enkel is vereist dat een overeenkomst de handel tussen lidstaten merkbaar kan beïnvloeden⁴³⁴ en dat de “ongunstige invloed” waarvan sprake in artikel 81 verwijst naar het risico dat het mededingingsbeperkend gedrag de totstandkoming van een gemeenschappelijke markt kan belemmeren⁴³⁵. Een kartel dat het gehele grondgebied van een lidstaat bestrijkt,

heeft naar zijn aard een versterking van de nationale drempeelvorming tot gevolg, wat kan bijdragen tot de afscherming van de markten en aldus tot een ongunstige beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer⁴³⁶. Dat is in het bijzonder het geval wanneer bij dat kartel vrijwel alle nationale ondernemingen betrokken zijn en de afspraken betrekking hebben op een ruim gamma producten en diensten⁴³⁷, en wanneer de nationale markt wordt gekenmerkt door hoge toetredingsbarrières⁴³⁸.

168. Dat onder de partijen aan een afspraak zich ook ondernemingen uit andere lidstaten bevinden is volgens het Hof een “belangrijk element”, maar niet doorslaggevend bij de beoordeling van de invloed die van de afspraak kan uitgaan op de interstatelijke handel⁴³⁹.

B. Rechtsbescherming

169. Gerecht en Hof spelen in mededingingszaken een cruciale rol, omdat de Commissie niet enkel uitgebreide onderzoeksbevoegdheden geniet, maar ook zelf een inbreuk kan vaststellen en beboeten. Het is vaste⁴⁴⁰ (zij het betwiste⁴⁴¹) rechtspraak dat de Commissie geen rechterlijke instantie in de zin van artikel 6 EVRM is. Het Gerecht is dan ook de eerste (en, onder voorbehoud van hogere voorziening op rechtspunten, de enige) rechter die zich uitspreekt over het al dan niet bestaan van een inbreuk en, eventueel, de daarvoor opgelegde boete. Een onderneming kan er zelfs voor opteren haar verweer voor het Gerecht (en dus niet of niet geheel tijdens de administratieve procedure voor de Commissie) te voeren⁴⁴².

170. Tegen die achtergrond blijkt uit de jurisprudentie van de besproken periode een opmerkelijke revival – misschien is “survival” een betere term – van het principe dat de Commissie wat inhoudelijke beoordelingen betreft (d.w.z.: de vaststelling van de feiten en toetsing van die feiten aan de art. 81 en 82 EG-Verdrag) over een beoordelingsbevoegdheid beschikt die enkel marginaal kan worden getoetst door de Gemeenschapsrechter (zie hierna, deel V.B.1.). De marginale rechterlijke toetsing op de boetepraktijk van de Commissie komt hierna (deel V.C.1.) ter sprake.

⁴³³. Arrest van het Gerecht *Der Grüne Punkt* (art. 82), r.o. 140-196.

⁴³⁴. Arrest van het Gerecht *FNCBV*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 68.

⁴³⁵. Arrest van het Hof van 13 juli 2006, C-295/04 tot C-298/04, *Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito/Fondiarista Sai SpA en Nicolò Tricarico en Pasqualina Murgolo/Assitalia SpA.*, *Jur.* 2006, I-6619, r.o. 42.

⁴³⁶. Arrest *Manfredi*, aangehaald in voetnoot 435, r.o. 45.

⁴³⁷. Arrest van het Gerecht van 14 december 2006, T-259/02 tot T-264/02 en T-271/02, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG e.a.*, *Jur.* 2006, II-5169, r.o. 179-182.

⁴³⁸. Arrest *Manfredi*, aangehaald in voetnoot 435, r.o. 50.

⁴³⁹. Arrest *Manfredi*, aangehaald in voetnoot 435, r.o. 44.

⁴⁴⁰. Zie, tijdens de besproken periode, het arrest *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 86 en de daar aangehaalde rechtspraak.

⁴⁴¹. Zie met name R. LAWSON, “Confusion and conflict? Diverging interpretations of the European Convention on Human Rights in Strasbourg and Luxembourg”, in *Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Nijhoff, 1994, Vol. III, 219, i.h.b. 234.

⁴⁴². Arrest van 15 maart 2006, T-15/02, *BASF AG*, *Jur.* 2006, II-497, r.o. 119, r.o. 293.

171. Wat betreft de eerbiediging van de rechten van de verdediging tijdens de administratieve procedure is het toezicht van Hof en Gerecht niet marginaal. Talloze tijdens de besproken periode gevelde arresten hernemen de stijlformule dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging “van des te groter fundamenteel belang” is wanneer de Commissie over een beoordelingsmarge beschikt⁴⁴³. Maar tegelijk leert de jurisprudentie van de besproken periode dat er geen al te hoge verwachtingen moeten worden gekoesterd wat betreft de reikwijdte van de rechten van de verdediging (zie met name delen V.B.6. en V.B.7. hierna), en dat schendingen van die rechten lang niet altijd resulteren in een nietigverklaring van de inbreukbeschikking of in een vermindering van de opgelegde boete (zie *infra*, deel V.B.4.).

1. Marginaal rechterlijk toezicht op inhoudelijke beoordelingen door de Commissie

172. Vooral het Gerecht bevestigt in talrijke arresten dat de beoordeling, door de Commissie, van wat het Gerecht percipieert als “ingewikkelde economische situaties” slechts aan een beperkte toetsing door de Gemeenschapsrechter is onderworpen⁴⁴⁴. Tekenend is het arrest *Microsoft*, waarin het Gerecht moest oordelen over de wettigheid van een door de Commissie opgelegde boete van 497 miljoen EUR. Voor het Gerecht beriep de Commissie zich uitdrukkelijk op rechtspraak die verwijst naar de beperkte toetsing door de Gemeenschapsrechter⁴⁴⁵, en het Gerecht gaat daar gretig op in met de volgende overweging: “*Volgens vaste rechtspraak stelt de Gemeenschapsrechter weliswaar in het algemeen een volledig onderzoek in [...] maar bij de toetsing van een ingewikkelde economische beoordeling door de Commissie*

dient hij zich te beperken tot de vraag of de procedurevoorschriften en de motiveringsregels in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn weergegeven en of er sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling dan wel van misbruik van bevoegdheid... Voor zover de beschikking van de Commissie het resultaat is van ingewikkelde technische beoordelingen, zijn deze in beginsel eveneens slechts onderworpen aan een beperkte rechterlijke toetsing, waarbij de Gemeenschapsrechter zijn beoordeling van de feiten niet in de plaats van die van de Commissie kan stellen”⁴⁴⁶. Een toch wel opmerkelijke stelling, die terug lijkt te komen op wat het Gerecht in het *Cement*-arrest had gesteld⁴⁴⁷, en die lijkt uit te gaan van de veronderstelling dat de Commissie, mits eerbiediging van de rechten van de verdediging, in beginsel tot een juiste beoordeling van de zaak zal komen.

173. De marginaliteit van de (inhoudelijke) rechterlijke toetsing wordt nog versterkt door de jurisprudentie van het Hof volgens dewelke de vaststelling door het Gerecht dat een situatie “ingewikkeld” is, een feitelijke appreciatie vormt die niet vatbaar is voor toetsing door het Hof in het kader van een hogere voorziening⁴⁴⁸. Ook de toepassing van de vier voorwaarden van het 3^{de} lid van artikel 81 lijkt, althans volgens een tijdens de besproken periode gevelde arrest van het Hof, enkel marginaal toetsbaar⁴⁴⁹, net als de appreciatie door de Commissie van het communautaire belang om een klacht te onderzoeken⁴⁵⁰ en het onderzoek of (sportieve) regelingen aan de mededingingsregels zijn onderworpen⁴⁵¹. Of deze stand van de jurisprudentie van Gerecht en Hof te rijmen valt met de eisen van artikel 6 EVRM blijft een intrigerende maar voorlopig onbeantwoorde vraag⁴⁵².

⁴⁴³. Arrest *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 92.

⁴⁴⁴. Zie bv., tijdens de besproken periode, de volgende arresten van het Gerecht: arrest van 16 november 2006, T-120/04, *Peróxidos Orgánicos, SA/Commissie*, Jur. 2006, II-4441, r.o. 72 (vaststellingen van de Commissie “niet kennelijk onjuist”), arrest *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 144 (aangaande “een ingewikkeld netwerk van afspraken”), arrest *Eurocontrol*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 59-69 (Commissie maakte geen “kennelijke beoordelingsfout” door bepaalde activiteiten te beschouwen als niet onderworpen aan de mededingingsregels), en r.o. 102-109 (geen “kennelijke beoordelingsfout” bij de toetsing van een situatie aan art. 82), arrest *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 664 (*obiter dictum*; rechterlijke toetsing van “ingewikkelde economische beoordeling” door de Commissie beperkt tot “kennelijke onjuiste beoordeling”), en arrest *France Télécom*, aangehaald in voetnoot 399, r.o. 129 en 155 (“ruime beoordelingsbevoegdheid” wat betreft de keuze van een berekeningsmethode in een onderzoek naar rooftprijzen) en r.o. 163 (eveneens een “ruime beoordelingsbevoegdheid” wat betreft de toepassing van de gekozen methode).

⁴⁴⁵. Arrest *Microsoft Corp.*, aangehaald in voetnoot 411, r.o. 85.

⁴⁴⁶. Arrest *Microsoft Corp.*, aangehaald in voetnoot 411, r.o. 87-88. Verderop in het arrest wordt die benadering in de praktijk omgezet, zie met name r.o. 379 (beoordeling door de Commissie of bepaalde informatie onmisbaar is voor concurrenten is slechts aan een beperkte rechterlijke toetsing onderworpen), r.o. 482 (definitie van de productmarkt is “slechts aan een beperkte toetsing door de Gemeenschapsrechter [...] onderworpen”) en r.o. 618 (de Commissie maakte “geen kennelijke beoordelingsfout [...] door te concluderen dat uit de ontwikkeling van de markt blijkt dat er een gevaar van uitschakeling van de mededinging op de markt voor besturingssystemen voor werkgroepservers bestaat”).

⁴⁴⁷. Zie daarover *Kroniek 1999-2001*, T.B.H. 2002, 506, randnr. 172.

⁴⁴⁸. Arrest van het Hof van 19 april 2007, C-282/05 P, *Holcim (Deutschland) AG*, Jur. 2007, I-2941, r.o. 52-55.

⁴⁴⁹. Beschikking *Unilever Bestfoods*, aangehaald in voetnoot 405, r.o. 104. Zie ook het hiervoor (randnr. ???) besproken arrest *GlaxoSmithKline*, waaruit blijkt dat de Gemeenschapsrechter in de eerste plaats nagaat of de Commissie een voldoende aandachtig onderzoek heeft gewijd aan de haar in het kader van art. 81, lid 3 voorgelegde elementen, en eerder aarzelend is om in te gaan op de grond van de zaak.

⁴⁵⁰. Zie, tijdens de besproken periode, het arrest van het Gerecht van 3 juli 2007, T-458/04, *Au Lys de France SA/Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 71-73. Dit arrest bevestigt dat de “activistische” jurisprudentie van het Gerecht, die scherp toekeek op de verwerping, door de Commissie, van klachten in mededingingszaken (zie daarover *Kroniek 1993-1994*, T.B.H. 1994, 743, randnrs. 134-136 en *Kroniek 1994-1995*, T.B.H. 1996, 283, randnrs. 203-208), is verlaten.

⁴⁵¹. Zie de bespreking van het arrest *Meca-Medina*, *supra*, randnr. 129.

⁴⁵². Over die vraag, zie met name D. WAELBROECK en C. SMITS, “Le droit de la concurrence et les droits fondamentaux”, in M. CANDELA SORIANO (ed.), *Les droits de l’homme dans les politiques de l’Union européenne*, Brussel, Larcier, 2006, 145-146.

174. In het arrest *Alrosa*⁴⁵³ laat het Gerecht wat betreft het niveau van inhoudelijke toetsing een enigszins dissidente noot klinken. Dat arrest vernietigt een beschikking van de Commissie waarmee toezeggingen werden aanvaard die door De Beers werden aangeboden met het oog op de sluiting van een inbreukprocedure ex artikel 82 EG-Verdrag. De vernietiging werd uitgesproken op verzoek van Alrosa, die haar diamanten via De Beers commercialiseerde en die als gevolg van de toezeggingen op termijn niet meer zou kunnen verkopen aan De Beers. Het Gerecht stelt dat een marginale toetsing gerechtvaardigd is op het gebied van concentratiecontrole (aangezien de Commissie op dat vlak prospectieve beoordelingen moet maken), maar niet zozeer ten aanzien van de toepassing van de artikelen 81 en 82⁴⁵⁴. Vervolgens maakt het Gerecht een relatief kritische toetsing van de beschikking aan het proportionaliteitsbeginsel en besluit dat de door de Commissie aanvaarde toezeggingen onevenredig zware gevolgen hebben voor Alrosa; bovendien stelt het Gerecht vast dat Alrosa niet behoorlijk werd gehoord vooraleer de toezeggingen van De Beers werden aanvaard⁴⁵⁵. De striktere benadering van het Gerecht in deze zaak lijkt tenminste ten dele ingegeven door de omstandigheid dat de betrokken toezeggingen een negatieve weerslag hadden op de marktpositie van de belangrijkste concurrent van de (dominante) onderneming die de toezeggingen aanbood.

2. Bewijs van een inbreuk – *In dubio pro reo?*

175. Het bestaan van een inbreuk is te bewijzen door de Commissie, en als er twijfel blijft over het bestaan van een inbreuk moet die ten voordele van de onderzochte ondernemingen spelen⁴⁵⁶. Toch moet in kartelzaken geen al te grote betekenis worden gehecht aan de regel *in dubio pro reo*. Wat betreft het bewijs van kartels houden Hof en Gerecht er immers rekening mee dat verboden afspraken clandestien worden gemaakt en geadministreerd, dat bijeenkomsten in het geheim worden gehouden en dat de desbetreffende documentatie tot een minimum wordt beperkt. De aanwijzingen

die aan het licht komen zijn doorgaans dan ook slechts fragmentarisch en schaars, zodat de Commissie geen andere keuze heeft dan de details van de afspraken via deductie te reconstrueren. Tegen die achtergrond aanvaardden Hof en Gerecht dat de Commissie het bestaan van een afspraak via deductie mag leveren, dat wil zeggen op basis van een geheel van overeenstemmende omstandigheden en aanwijzingen⁴⁵⁷ die in hun totaliteit beschouwd, en bij gebreke van een andere coherente verklaring, het bewijs van een afspraak opleveren⁴⁵⁸.

176. Dat betekent weliswaar niet dat de Commissie het bestaan van een (verboden) afspraak reeds mag afleiden uit de omstandigheid dat een bijeenkomst tussen mededingers heeft plaatsgevonden die vermoedelijk werd belegd om (verboden) afspraken te maken. De Commissie moet eveneens voldoende aanwijzingen voorleggen die het voldoende waarschijnlijk maken dat op die bijeenkomst een afspraak werd gemaakt over een onderwerp waarover tussen concurrenten geen collusie mag plaatsvinden⁴⁵⁹.

177. Niettemin ligt de bewijslast van de Commissie niet al te hoog: zelfs indien zij niet kan bewijzen dat afspraken werden gemaakt over aangelegenheden als prijzen en klanten kan ze vaak wél bewijzen dat er bijeenkomsten plaatsvonden tussen mededingers, dat op die bijeenkomsten informatie werd uitgewisseld over concurrentieel gevoelige zaken zoals kortingen en klanten en dat als gevolg daarvan de onzekerheid verdween over hun toekomstig marktgedrag. Op basis van dergelijke gegevens zal in de meeste gevallen kunnen worden bewezen dat er sprake is van een (evenzeer door art. 81 verboden) onderling afgestemde gedraging⁴⁶⁰.

178. Weliswaar is voor het bewijs van een onderling afgestemde gedraging vereist dat er niet enkel een afstemming plaatsvond maar ook dat die afstemming resulteerde in een daarmee overeenstemmend marktgedrag. In het arrest *Degussa* oordeelt het Gerecht evenwel dat mag worden vermoed dat ondernemingen rekening houden met de informa-

⁴⁵³. Arrest van het Gerecht van 11 juli 2007, T-170/06, *Alrosa Company Ltd*, nog niet gepubliceerd in de *Jur*.

⁴⁵⁴. Arrest *Alrosa*, r.o. 108-110.

⁴⁵⁵. Arrest *Alrosa*, r.o. 175-203.

⁴⁵⁶. Arrest van het Gerecht *Coats Holdings*, aangehaald in voetnoot 358, r.o. 68-70.

⁴⁵⁷. Arrest van het Hof *Sumitomo Metal Industries*, aangehaald in voetnoot 355, r.o. 51; arrest van het Gerecht *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 155. Zie ook het arrest van het Gerecht *FNCBV*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 124 (een niet gedateerd of ondertekend document dat slecht leesbaar is kan niettemin dienen als aanwijzing, mits de herkomst, de datum en de inhoud ervan op basis van andere elementen met “voldoende zekerheid” kan worden vastgesteld).

⁴⁵⁸. Het arrest *Coats Holdings*, aangehaald in voetnoot 358, stelt weliswaar dat de Commissie “duidelijke en samenhangende” bewijzen moet voorleggen, maar bevestigt tegelijk eerdere rechtspraak volgens dewelke de Commissie mag bouwen op een geheel van een aantal indicaties die, in de afwezigheid van een andere plausibele verklaring, samen het bewijs van een overeenkomst opleveren (r.o. 71-72). In die zin eveneens het arrest *Sumitomo Metal Industries*, r.o. 44-45.

⁴⁵⁹. Arrest van het Gerecht van 27 september 2006, T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP en T-61/02 OP, *Dresdner Bank AG e.a.* (procedure op verzet van de Commissie), *Jur*: 2006, II-3567. Eénzijdige documenten leveren niet noodzakelijk het bewijs van wilsovereenstemming op, als niet vaststaat dat de bestemming van die documenten instemde met de daarin gedane voorstellen of uitspraken. Arrest van het Gerecht *Coats Holdings*, aangehaald in voetnoot 358, r.o. 88. Evenmin kan een onderneming voor een kartel aansprakelijk worden geacht enkel op basis van de vaststelling dat zij kennis had van het bestaan ervan. *Ibid.*, r.o. 105.

⁴⁶⁰. Arrest van het Gerecht van 5 april 2006, T-279/02, *Degussa AG*, *Jur*: 2006, II-897, r.o. 128-133. Op zijn minst is er dan sprake van een voornemen om de mededinging te beperken: arrest van het Gerecht *Coats Holdings*, aangehaald in voetnoot 358, r.o. 113.

tie die ze met hun concurrenten uitwisselen, zodat, behoudens door de betrokken ondernemingen te leveren tegenbevijs, hun marktgedrag mag worden vermoed te resulteren uit die uitwisseling⁴⁶¹. Daarmee is duidelijk dat ook een kartel dat niet (meer) functioneert, of dat is “verworden” tot een aantal bijeenkomsten van concurrenten die geen aanleiding geven tot klare afspraken, de deelnemers aan die bijeenkomsten niettemin blootstellen aan aansprakelijkheid voor een inbreuk op artikel 81 EG-Verdrag – en, desgevallend, aan zeer hoge boetes. Ook deze rechtspraak legt dus, gewild of ongewild, druk op de betrokken ondernemingen om een duidelijk standpunt voor of tegen de bijeenkomsten in te nemen.

179. In het Gemeenschapsrecht primeert volgens het Hof het beginsel van de vrije bewijslevering: het enige relevante criterium bij de beoordeling van bewijsstukken is de geloofwaardigheid ervan⁴⁶². Op basis van die regel maakt het Gerecht geen bezwaar tegen het gebruik van anonieme bewijsstukken of van verklaringen van niet-geïdentificeerde personen⁴⁶³, waarvan de herkomst niet kan worden nagegaan. Immers, aldus het Gerecht, de mogelijkheid voor de Commissie om inbreuken te bewijzen moet worden gevrijwaard. Wel kan een anoniem document “op zich” niet het bewijs leveren van een inbreuk⁴⁶⁴, en “zou het noodzakelijk kunnen blijken” om bij de beoordeling van de geloofwaardigheid van dergelijk document rekening te houden met de anonieme herkomst ervan⁴⁶⁵.

180. Dat de onderneming waartegen die anonieme stukken worden aangewend de steller ervan tijdens de administratieve procedure niet kan doen ondervragen, vormt volgens het Gerecht geen bezwaar, aangezien het ondervragen van getuigen à charge een recht is dat enkel door de rechter (en dus niet voor de vervolgende instantie) kan worden uitgeoefend⁴⁶⁶. Het Hof voegt er nog aan toe dat het ondervragen van getuigen à charge geen recht is in mededingingszaken; immers, anders dan in strafzaken “speelt het getuigenbewijs [in mededingingszaken] slechts een ondergeschikte rol”⁴⁶⁷.

181. Wat betreft het bewijs van de duur van de inbreuk wordt geoordeeld dat de Commissie, bij afwezigheid van rechtstreeks bewijs aangaande de duur van de inbreuk, “tenminste bewijzen moet aanvoeren betreffende feiten die zich

zo kort na elkaar hebben voorgedaan, dat redelijkerwijs kan worden aangenomen dat deze inbreuk tussen twee welbepaalde tijdstippen zonder onderbreking heeft voortgeduurd”⁴⁶⁸. Die regel klinkt (ten aanzien van de bewijslast van de Commissie) strenger dan hij is: de Commissie kan (ook temporeel ver uit elkaar liggende) handelingen “samenvoegen” als deel uitmakend van één en dezelfde inbreuk wanneer die handelingen passen in een “totaalplan”, dat wil zeggen wanneer de door de betrokken ondernemingen gestelde handelingen hetzelfde doel hebben⁴⁶⁹. Tijdens de besproken periode overweegt dienaangaande het Hof als volgt: “In het kader van een inbreuk die zich over verschillende jaren uitstrekt, heeft het feit dat zich in verschillende tijdvakken, met meer of minder lange tussenpozen, manifestaties van de mededingingsregeling voordoen, geen invloed op het bestaan van deze mededingingsregeling, voor zover de verschillende acties die daarvan deel uitmaken, één doel hebben en in het kader van één voortdurende inbreuk passen”⁴⁷⁰. De bewering van een onderneming dat zij zich in de periode die ligt tussen twee handelingen “tijdelijk” zou hebben “teruggetrokken” uit de verboden afspraak zal in de regel dan ook niet worden aanvaard⁴⁷¹. Opnieuw een uitspraak die deelnemers aan een verboden afspraak ertoe aanzet een duidelijke keuze te maken.

3. Volledige rechtsmacht van het Gerecht

182. De jurisprudentie van de besproken periode illustreert dat het Gerecht thans zonder aarzelen deze bevoegdheid uitoefent. De vaststelling dat de Commissie in één of ander opzicht een inhoudelijke beoordelingsfout heeft begaan wordt in de regel gevolgd door een eigen beoordeling door het Gerecht van het betrokken punt en, waar nodig, een “vaststelling”, door het Gerecht, van een “passend” bedrag van de boete. Werkelijke of vermeende feitelijke vergissingen van de Commissie zullen dus niet noodzakelijk aanleiding geven tot boetevermindering, met name wanneer de Commissie ook voor de feiten, zoals door het Gerecht weerhouden, dezelfde boete had kunnen opleggen⁴⁷².

183. Het Hof herhaalt tijdens de besproken periode dat de volledige rechtsmacht de bevoegdheid omvat zowel om het

⁴⁶¹. Arrest *Degussa*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 136.

⁴⁶². Arrest van het Hof van 25 januari 2007, C-407/04 P, *Dalmine, Jur.* 2007, I-829, r.o. 63.

⁴⁶³. Arrest *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 86.

⁴⁶⁴. Arrest van het Hof van 25 januari 2007, C-411/04 P, *Salzgitter Mannesmann GmbH, Jur.* 2007, I-959, r.o. 47.

⁴⁶⁵. Arrest *Dalmine*, aangehaald in voetnoot 462, r.o. 44-50.

⁴⁶⁶. Arrest van het Gerecht in de zaak *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 86.

⁴⁶⁷. Arrest van het Hof van 25 januari 2007, C-411/04 P, *Salzgitter Mannesmann GmbH, Jur.* 2007, I-959, r.o. 42. In het arrest *Prym*, aangehaald in voetnoot 353, r.o. 153, herneemt het Gerecht de affirmatie van art. 23, lid 5 van verordening 1/2003 volgens dewelke boetebeschikkingen “geen strafrechtelijk karakter” hebben.

⁴⁶⁸. Arrest *Degussa*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 114 en r.o. 153.

⁴⁶⁹. Zie bv. het arrest *Degussa*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 155-156.

⁴⁷⁰. Arrest van het Hof van 21 september 2006, C-105/04 P, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied (“FEG”)*, *Jur.* 2006, I-8725, r.o. 98.

⁴⁷¹. Arrest van het Gerecht van 29 november 2005, T-62/02, *Union Pigments AS, Jur.* 2005, II-5057, r.o. 36-42.

⁴⁷². Arrest in T-15/02, *BASF*, aangehaald in voetnoot 442, r.o. 70-72.

bedrag van de geldboete te verlagen als om het te verhogen. Een verhoging kan ook ambtshalve worden opgelegd, dus zonder dat zij is gevorderd door de Commissie; daarmee wordt geen inbreuk gemaakt op enig rechtsbeginsel⁴⁷³. Vier tijdens de besproken periode uitgesproken arresten illustreren de mogelijke implicaties van de uitoefening door het Gerecht van zijn volledige rechtsmacht.

184. Op de eerste plaats is er het arrest *FNCBV*, waarin het Gerecht vaststelt dat de Commissie geen goede redenen had opgegeven om het boeteplafond van een ondernemersvereniging vast te stellen in functie van de omzet van de leden van die vereniging. Niettemin wordt de beschikking door het Gerecht in stand gelaten “aangezien nietigverklaring enkel zou kunnen resulteren in de vaststelling van een nieuwe beschikking die ten gronde zou overeenkomen met de nietig verklaarde beschikking”⁴⁷⁴. Dat lijkt op snelrecht.

185. In het arrest *Roquette Frères* stelt het Gerecht vast dat het door de Commissie gehanteerde uitgangsbetrag van de boete te hoog is, en moet worden verminderd. Aangezien de vergissing van de Commissie evenwel te wijten is aan de dubbelzinnige antwoorden van de betrokken onderneming, verhoogt het Gerecht ambtshalve (dus zonder daartoe door de Commissie te zijn gevorderd) het bedrag van de (aangepaste) boete, zij het met een bescheiden bedrag⁴⁷⁵.

186. In het arrest *BASF* stelt het Gerecht vast dat de Commissie in haar inbreukbeschikking geen voldoende bewijs had aangevoerd om een onderneming als kopstuk te brandmerken, en gaat vervolgens zelf na, “tegen de achtergrond van alle relevante omstandigheden van de [...] zaak [...] of niettemin mag worden aangenomen dat [de betrokken onderneming] een leider van de betrokken mededingingsregeling is geweest, en of het basisbedrag van de geldboete [...] derhalve op grond van deze verzwarende omstandigheid moet worden verhoogd”⁴⁷⁶. Het Gerecht lijkt zulks te doen zonder de betrokken onderneming te horen over de interpretatie die zij in haar arrest voornemens is te weerhouden⁴⁷⁷.

187. In het arrest *Archer Daniels Midland*⁴⁷⁸ wordt vastgesteld dat een inbreukbeschikking twee grieven bevat die niet in de punten van bezwaar waren opgenomen. Het Gerecht

vernietigt de inbreukbeschikking voor zover die beschikking de grieven weerhoudt⁴⁷⁹, maar beslist tegelijk dat die twee grieven “overbodig waren” wat betreft (de werking van) het kartel, en leidt daaruit, op basis van zijn volle rechtsmacht, af dat er “geen termen aanwezig zijn om het bedrag van de door de Commissie vastgestelde geldboete te wijzigen”⁴⁸⁰.

4. Gevolgen van onregelmatigheden tijdens de administratieve procedure

188. De besproken periode brengt eveneens de bevestiging dat procedurele onregelmatigheden begaan door de Commissie tijdens het onderzoek, niet noodzakelijk gevolgen hebben voor de geldigheid van de beschikking of voor de hoogte van de opgelegde boete⁴⁸¹. Dit blijkt alvast uit de jurisprudentie inzake de overschrijding, door de Commissie, van de redelijke termijn tijdens het onderzoek (*infra*, deel V.B.5.) en inzake de toegang tot en de samenstelling van het onderzoeksdossier (*infra*, deel V.B.9.). Maar de vaststelling is meer algemeen. Ziehier, bij wege van illustratie, een greep uit de tijdens de besproken periode gevelde arresten.

189. In het arrest *Akzo* stelt het Gerecht vast dat de Commissie tijdens een verificatie ten onrechte documenten had onderzocht waarvan de betrokken onderneming had gesteld dat zij waren gedekt door het beroepsgeheim van de advocaat (en/of de bedrijfsjurist)⁴⁸². Die vaststelling blijft evenwel zonder gevolg, vermoedelijk (het arrest is onduidelijk op dit punt) omdat het Gerecht ten gronde vaststelt dat de betrokken documenten niet onder het beroepsgeheim vallen.

190. In het arrest *BASF* bevestigt het Gerecht eerdere rechtspraak volgens dewelke een vroegtijdige bekendmaking, door de Commissie, van het voornemen om een onderneming te beboeten, weliswaar inbreuk maakt op het vermoeden van onschuld, maar enkel tot nietigverklaring kan leiden indien de geschade onderneming aantoonde dat de procedure zonder die overtreding een andere uitkomst zou hebben gehad⁴⁸³. Dat laatste bewijs lijkt quasi onmogelijk te leveren: de stelling dat de leden van de Commissie zich door de vroegtijdige bekendmaking onder druk zouden hebben

⁴⁷³. Arrest van het Hof van 8 februari 2007, C-3/06 P, *Groupe Danone*, *Jur.* 2007, I-1331, r.o. 60-63.

⁴⁷⁴. Arrest van het Gerecht *FNCBV*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 362-363.

⁴⁷⁵. Arrest van het Gerecht van 27 september 2006, T-322/01, *Roquette Frères SA*, *Jur.* 2006, II-3137, r.o. 223 en r.o. 293-315.

⁴⁷⁶. Arrest in T-15/02, *BASF*, aangehaald in voetnoot 442, r.o. 394.

⁴⁷⁷. Het Hof oordeelt in het arrest *Groupe Danone*, aangehaald in voetnoot 473, r.o. 70-76 dat het volstaat dat het Gerecht op de terechtzitting een impliciet signaal geeft dat het op basis van zijn volle rechtsmacht het bedrag van de boete wel eens zou kunnen verhogen.

⁴⁷⁸. Arrest van het Gerecht van 27 september 2006, T-59/02, *Archer Daniels Midland Co.*, *Jur.* 2006, II-3627.

⁴⁷⁹. Zie r.o. 416-429 van het arrest.

⁴⁸⁰. Zie r.o. 442-445 van het arrest.

⁴⁸¹. In deze afdeling wordt niet ingegaan op meerdere arresten van het Gerecht die vaststellen dat één of meer onderdelen van een inbreukbeschikking niet, onjuist of ontoereikend zijn gemotiveerd, en vervolgens die motivering zelf aanvullen in het kader van de uitoefening van de volle rechtsmacht (zie met name het arrest besproken in voetnoot 548, *infra*).

⁴⁸². Arrest van het Gerecht van 17 september 2007, T-125/03 en T-253/03, *Akzo Nobel Chemicals Ltd* en *Akros Chemicals Ltd/Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 92-101. Tegen dit arrest werd hogere voorziening ingesteld bij het Hof, C-550/07 P.

⁴⁸³. Arrest in T-15/02, *BASF*, aangehaald in voetnoot 442, r.o. 604-606.

gevoeld om het aangekondigde besluit daadwerkelijk vast te stellen, wuift het Gerecht weg als onbewezen⁴⁸⁴. Is er dan wel sprake van effectieve rechtsbescherming? Toch wel, aldus het Gerecht: de geschade onderneming kan een aansprakelijkheidsvordering tegen de Commissie instellen⁴⁸⁵. Een ander tijdens de besproken periode geveld arrest van het Hof laat evenwel vermoeden dat daarvoor zal moeten worden aangetoond dat de Commissie zich schuldig heeft gemaakt aan een “gekwalificeerde schending” van een rechtsregel die er toe strekt om aan particulieren rechten te verlenen⁴⁸⁶.

191. Ook de vrijgave door de Commissie van de zakengeheimen van een onderneming levert geen grond op voor de nietigverklaring van een inbreukbeschikking, behalve indien de geschade onderneming aantoont dat, indien de Commissie de onregelmatigheid niet zou hebben begaan, de inbreukbeschikking een andere inhoud zou hebben gehad⁴⁸⁷. De enige remedie lijkt dus te bestaan in een vordering tot schadevergoeding – wat veronderstelt dat de betrokken onderneming haar schade kan kwantificeren en aantonen dat die schade resulteert uit de vrijgave van haar zakengeheimen.

192. Evenmin bestaat er een garantie dat een door de Commissie begane procedurele onregelmatigheid zal resulteren in een verlaging van het bedrag van de boete. Volgens het Gerecht kunnen enkel onregelmatigheden die “*ernstig afbreuk kunnen doen aan de rechten van de verdediging een lagere boete rechtvaardigen*”⁴⁸⁸.

5. Overschrijding van de redelijke termijn

193. Het Hof bevestigt in de arresten *FEG* en *TU* dat, wat betreft de naleving door de Commissie van het beginsel van de redelijke termijn, een onderscheid moet worden gemaakt tussen twee fasen van de administratieve procedure: de fase tot de mededeling van de punten van bezwaar en de fase van de punten van bezwaar tot de eindbeschikking. Voor beide fasen moet worden onderzocht of deze al dan niet buitensporig lang heeft geduurd⁴⁸⁹. Verder bevestigt het Hof het standpunt van het Gerecht dat de vaststelling van een buitensporige duur op zich niet volstaat voor de conclusie dat er sprake is van de schending van de rechten van de verdediging; daarvoor moet eveneens vaststaan dat de duur van de procedure afbreuk heeft gedaan aan de mogelijkheid van de betrokken

onderneming om zich daadwerkelijk te verdedigen⁴⁹⁰. Ten derde beaamt het Hof met het Gerecht dat de buitensporige duur van de eerste fase *op zich* geen afbreuk doet aan de rechten van de verdediging, aangezien de betrokken onderneming pas formeel in beschuldiging wordt gesteld door de mededeling van punten van bezwaar⁴⁹¹.

194. Anders dan het Gerecht aanvaardt het Hof echter wel, dat de buitensporige duur van de eerste fase desgevallend schadelijke gevolgen kan hebben voor de uitoefening van het recht van verdediging in de tweede fase van de procedure: hoe meer tijd verstrijkt tussen de aanvang van het onderzoek en de punten van bezwaar hoe moeilijker het wordt dat eventueel disculperend bewijs kan worden vergaard, wat als gevolg zou kunnen hebben dat de rechten van verdediging onherstelbaar worden aangetast⁴⁹². Het bewijs van die aantasting moet evenwel worden geleverd door de onderneming die haar rechten geschaad acht⁴⁹³.

195. De duur van de procedure voor het Gerecht kan desgevallend in het kader van een hogere voorziening voor het Hof worden onderzocht. Tijdens de besproken periode oordeelt het Hof dat een duur van vier jaar en drie maanden, in de concrete omstandigheden van de (kartel)zaak, niet overdreven lang is⁴⁹⁴.

6. Actief meewerken aan de eigen veroordeling

196. De al bij al beperkte omvang van het zwijgrecht (het recht om zichzelf niet te beschuldigen) in kartelzaken wordt door het Hof tijdens de besproken periode nog verder ingeperkt. Het Gerecht had in de grafietelektrodenzaken geoordeeld dat een verzoek van de Commissie om overlegging van de notulen, werkdocumenten, en nota's van “verdachte” vergaderingen indruiste tegen het beginsel. Het Hof stelt dat oordeel terzijde en verhardt de regel. Het herinnert er aan dat ondernemingen die worden verdacht van een inbreuk verplicht zijn om “actief mee te werken” met het onderzoek van de Commissie, zodat de Commissie middels een verzoek om inlichtingen documenten naar believen mag opvragen en de adressaten van die verzoeken verplicht zijn die documenten aan de Commissie over te leggen, ook wanneer ze kunnen worden gebruikt om aan te tonen dat die onderneming een inbreuk op de mededingingsregels heeft begaan. Het recht om niet tegen zichzelf te getuigen kan enkel worden ingeroe-

⁴⁸⁴ Arresten van het Gerecht van 5 april 2006, T-279/02, *Degussa AG*, *Jur.* 2006, II-897, r.o. 412-416 en in T-15/02, *BASF*, aangehaald in voetnoot 442, r.o. 608-611.

⁴⁸⁵ Arresten *Degussa*, en *BASF*, *ibid.*

⁴⁸⁶ Arrest van het Hof *Holcim (Deutschland)*, aangehaald in voetnoot 448, r.o. 47-49.

⁴⁸⁷ Arrest *Dalmine*, aangehaald in voetnoot 462, r.o. 70.

⁴⁸⁸ Arrest *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 569.

⁴⁸⁹ Arrest *FEG*, r.o. 35-41; arrest van het Hof van 21 september 2006, C-113/04 P, *Technische Unie BV (“TU”)*, *Jur.* 2006, I-8831, r.o. 40-46.

⁴⁹⁰ Arrest *FEG*, r.o. 42-44; arrest *TU*, r.o. 47-49.

⁴⁹¹ Arrest *FEG*, r.o. 46-47; arrest *TU*, r.o. 51-52.

⁴⁹² Arrest *FEG*, r.o. 48-52; arrest *TU*, r.o. 53-57.

⁴⁹³ Arrest *FEG*, r.o. 55-60; arrest *TU*, r.o. 60-71.

⁴⁹⁴ Arrest van het Hof *Sumitomo Metal Industries*, aangehaald in voetnoot 355, r.o. 115-122.

pen wanneer de Commissie van een onderneming een *verklaring* vraagt waardoor de onderneming het bestaan van een inbreuk zou moeten erkennen. Daarvan is geen sprake wanneer een onderneming wordt verzocht om data en deelnemers van “verdachte” bijeenkomsten op te geven, en evenmin wanneer een onderneming door de Commissie wordt verplicht om voor haar belastende documenten aan de Commissie over te leggen: zij kan, aldus het Hof, tijdens de administratieve procedure immers nog steeds pogen hard te maken dat die documenten niet het bewijs van een inbreuk opleveren⁴⁹⁵. Hierbij valt nog te bedenken, dat zowel het vernietigen van (zelfs belastende) documenten als het verwittigen van andere ondernemingen dat een verificatie ophanden is⁴⁹⁶, te beschouwen valt als een verzwarende omstandigheid aangezien daaruit “obstructie” van het onderzoek blijkt met de bedoeling de inbreuk verborgen te houden.

7. Vertrouwelijkheid van communicaties met raadslieden

197. In het arrest *Akzo* weigert het Gerecht, in weerwil van de smeekbeden van vertegenwoordigers van zowel de advocatuur als de bedrijfsjuristen, om de bescherming die toekomt aan communicaties tussen advocaat en cliënt uit te breiden tot communicaties van en met bedrijfsjuristen en met advocaten die (zoals dat in een aantal landen mogelijk is) werknemers zijn van de onderneming waarmee de correspondentie wordt gevoerd⁴⁹⁷. Het Gerecht stipt aan dat heel wat lidstaten nog zweren bij een enge toepassing van het beroepsgeheim. Bovendien toont het Gerecht zich zeer weigerachtig om beperkingen op te leggen “op de [...] onderzoeksbevoegdheden [van de Commissie die] voornamelijk worden uitgeoefend in het kader van de bestrijding van de ernstigste inbreuken op artikel 81, lid 1 EG-Verdrag, waartoe met name prijskartels en marktverdeling behoren, alsmede de bestrijding van inbreuken op artikel 82 EG-Verdrag”⁴⁹⁸. Het argument dat ondernemingen in staat moeten zijn om met bijstand van een bedrijfsjurist de wettigheid van hun marktgedrag te onderzoeken maakt geen indruk: daarvoor kan een beroep worden gedaan op externe raadslieden⁴⁹⁹.

198. Van een discriminatie tussen advocaten en bedrijfsjuristen is evenmin sprake: volgens het Gerecht bevinden

beide beroepen “zich [...] klaarblijkelijk in verschillende situaties met name vanwege de functionele, structurele en hiërarchieke integratie van bedrijfsjuristen binnen de bedrijven waarbij zij in dienst zijn”⁵⁰⁰. Dat correspondentie met bedrijfsjuristen of met advocaten in dienstverband wél aanspraak kan maken op bescherming in het nationaal recht van de lidstaat waar de verificatie van de Commissie plaatsvindt, heeft geen belang in procedures die op basis van verordening 1/2003 plaatsvinden: aan de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie kan geen afbreuk worden gedaan door bepalingen van nationaal recht⁵⁰¹. Omgekeerd geldt het arrest *Akzo* niet in het kader van een onderzoek door het auditoraat en/of de dienst voor de mededinging op basis van de WBEM. Namens het auditoraat en de dienst is overigens uitdrukkelijk (zij het mondeling) bevestigd dat het arrest *Akzo* geen aanleiding zal geven tot wijziging van de vaste praktijk om correspondentie met leden van het Instituut voor Bedrijfsjuristen op dezelfde wijze te behandelen als correspondentie met externe raadslieden.

199. Het arrest *Akzo* is ook leerzaam ten aanzien van de reikwijdte van het beroepsgeheim van externe raadslieden. Bescherming komt toe aan “communicaties” (niet enkel papieren of elektronische briefwisseling, maar ook gesprekken en mondelinge dan wel schriftelijke adviezen) op voorwaarde dat die communicaties geschieden in het kader en ten behoeve van de rechten van verweer van de cliënt⁵⁰². Ook bedrijfsinterne documenten die beperkt zijn tot het weergeven van de tekst of de inhoud van juridisch advies van externe raadslieden vallen onder het beroepsgeheim⁵⁰³, net als documenten die door een onderneming zijn opgesteld met het *uitsluitende* doel om juridisch advies te vragen aan haar raadsman; dat is echter niet zomaar het geval voor elk document dat met de raadsman is besproken⁵⁰⁴. Opnieuw toont het Gerecht zich bezorgd om het vrijwaren van de doeltreffendheid van het onderzoek van de Commissie: “de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaten en cliënten [vormt] een uitzondering [...] op de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie, welke van wezenlijk belang zijn om haar in staat te stellen een einde te maken aan inbreuken op de mededingingsregels en deze inbreuken te bestraffen. Deze inbreuken worden bovendien vaak zorgvuldig geheim gehouden en zijn gewoonlijk zeer schadelijk voor de goede werking van de gemeenschappelijke markt. Dat is

⁴⁹⁵. Arrest van het Hof van 29 juni 2006, C-301/04 P/SGL *Carbon AG*, *Jur.* 2006, I-5915, r.o. 33-49. Zie in dezelfde zin het arrest van het Hof in de zaak *Dalmine*, aangehaald in voetnoot 462, r.o. 34 en het arrest van het Gerecht *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 540 (verzoek van de Commissie om het onderwerp en het verloop van “verdachte” bijeenkomsten te beschrijven wanneer daarover geen documenten bestaan).

⁴⁹⁶. Zie het arrest van het Hof van 29 juni 2006, C-308/04 P, *SGL Carbon AG*, *Jur.* 2006, I-5977, r.o. 64-70.

⁴⁹⁷. Arrest in T-125/03 en T-253/03, *Akzo*, aangehaald in voetnoot 482, r.o. 165-177.

⁴⁹⁸. Arrest in T-125/03 en T-253/03, *Akzo*, aangehaald in voetnoot 482, r.o. 170-172.

⁴⁹⁹. Arrest in T-125/03 en T-253/03, *Akzo*, aangehaald in voetnoot 482, r.o. 173.

⁵⁰⁰. Arrest in T-125/03 en T-253/03, *Akzo*, aangehaald in voetnoot 482, r.o. 174.

⁵⁰¹. Arrest in T-125/03 en T-253/03, *Akzo*, aangehaald in voetnoot 482, r.o. 175.

⁵⁰². Arrest in T-125/03 en T-253/03, *Akzo*, aangehaald in voetnoot 482, r.o. 117.

⁵⁰³. Arrest in T-125/03 en T-253/03, *Akzo*, aangehaald in voetnoot 482, r.o. 117.

⁵⁰⁴. Arrest in T-125/03 en T-253/03, *Akzo*, aangehaald in voetnoot 482, r.o. 118-123.

de reden waarom de mogelijkheid om een voorbereidend document als beschermd door de vertrouwelijkheid aan te merken, restrictief moet worden uitgelegd. Het staat aan de onderneming die zich op deze bescherming beroept om te bewijzen dat de betrokken documenten uitsluitend zijn opgesteld om aan een advocaat juridisch advies te vragen. Dat moet op eenduidige wijze voortvloeien uit de inhoud van de documenten zelf of uit de context waarin deze documenten zijn voorbereid en gevonden⁵⁰⁵. Het gebruik van duidelijke opschriften en de separate opslag van dergelijke documenten zijn dus geen overbodige luxe.

200. Als gevolg van de beperkte reikwijdte van het beroepsgeheim kan er (vooral in het kader van een verificatie) onenigheid rijzen over de vraag of een document al dan niet kan genieten van het beroepsgeheim. De Commissie had in de praktijk het recht opgeëist om documenten waarvan de betrokken onderneming inriep dat ze gedekt waren door het beroepsgeheim te onderwerpen aan een “beknopt onderzoek” (“examen sommaire”/“ cursory look”). Het Gerecht oordeelt evenwel dat de Commissie zo’n onderzoek niét mag verrichten wanneer dat er toe zou leiden dat zij meteen ook kennis neemt van de inhoud van het betwiste document. In dergelijke gevallen moet de Commissie eerst een formele beschikking richten tot de betrokken onderneming met het bevel de documenten vrij te geven, zodat de onderneming de gelegenheid krijgt om dat bevel bij het Gerecht aan te vechten. Intussen kunnen de betwiste documenten worden verzegeld⁵⁰⁶. De niet-naleving door de Commissie van deze regels zal echter enkel gevolgen hebben indien achteraf blijkt dat de betwiste documenten inderdaad konden genieten van het beroepsgeheim⁵⁰⁷.

8. Punten van bezwaar

201. De mededeling van punten van bezwaar is een essentiële vereiste in elke inbreukprocedure; de inhoud daarvan kan niet afhangen van de omstandigheid dat een onderneming schuld heeft bekend en met het onderzoek meewerkt⁵⁰⁸.

202. De punten van bezwaar moeten voor de adressaten ervan voldoende duidelijk zijn opdat zij kunnen begrijpen welke gedragingen de Commissie hen verwijt, en zij zich daartegen terdege kunnen verweren⁵⁰⁹. Niet enkel de feiten maar ook de aard van de verweten inbreuk moet worden uiteengezet, zij het dat de beschrijving van de aard van de inbreuk beknopt mag zijn⁵¹⁰. Opmerkelijk is dan ook de vaststelling dat de sanctie op de niet-naleving van dit (op het eerste gezicht cruciale) voorschrift niet noodzakelijk bestaat in de nietigheid van de eindbeschikking (althans de bezwaren in de eindbeschikking die niet in de punten van bezwaar waren terug te vinden). Tijdens de besproken periode stelt het Gerecht in het arrest *Bolloré* vast, dat in punten van bezwaar niet was aangevoerd dat een moedervernootschap (ook) rechtstreeks bij de inbreuk betrokken was. In de eindbeschikking werd de moedervernootschap wél van rechtstreekse betrokkenheid beschuldigd, en op basis daarvan ook beboet. Dat de betrokken vennootschap zich niet had kunnen verweren tegen die beschuldiging acht het Gerecht echter geen reden om de eindbeschikking te vernietigen: eerst moet vaststaan dat de beschuldiging niet kan worden bewezen op basis van bewijsstukken waarover de vennootschap zich heeft kunnen uitspreken⁵¹¹. Dat lijkt te impliceren dat de betrokken onderneming zelf de beschuldiging had moeten afleiden uit de punten van bezwaar en de stukken van het dossier.

203. Vóór de mededeling van de punten van bezwaar hoeft de Commissie nog niet in haar kaarten te laten kijken; bijvoorbeeld hoeft zij een onderneming die zij verdenkt van een inbreuk niet te laten weten dat zij (via de autoriteiten van een lidstaat) in het bezit is geraakt van voor die onderneming belastende stukken. Opnieuw blijkt dat de “doeltreffendheid van het onderzoek” een belangrijke inspiratie is voor de jurisprudentie van het Gerecht in kartelzaken⁵¹².

204. De besproken periode brengt de bevestiging van vaste rechtspraak dat de punten van bezwaar weliswaar de factoren dienen op te geven op basis waarvan de Commissie het bedrag van de boete zal vaststellen (in wezen dus: de factoren waaruit volgens de Commissie de zwaarte en de duur van de inbreuk blijkt), maar niet hoeven aan te geven hoe die

⁵⁰⁵. Arrest in T-125/03 en T-253/03, *Akzo*, aangehaald in voetnoot 482, r.o. 124.

⁵⁰⁶. Arrest in T-125/03 en T-253/03, *Akzo*, aangehaald in voetnoot 482, r.o. 79-88. Daaraan wordt wel meteen de waarschuwing verbonden dat ondernemingen die “misbruik” maken van deze procedure met de bedoeling de zaken te vertragen, door de Commissie kunnen worden bestraft wegens obstructie van het onderzoek; bovendien kan dergelijk “misbruik” worden aanzien als een verzwarende omstandigheid van een in voorkomend geval vastgestelde inbreuk. *Ibid.*, r.o. 89.

⁵⁰⁷. Zie *supra*, randnr. 189.

⁵⁰⁸. Arrest *BASF*, aangehaald in voetnoot 442, r.o. 58. De Commissie tracht deze rechtspraak in te passen in haar zopas vastgestelde “settlement” procedure – die een verlaging van de boete in het vooruitzicht stelt voor ondernemingen die meteen schuld bekennen – door te stellen dat de mededeling van punten van bezwaar in het kader van schikkingen de gegevens moet bevatten die partijen nodig hebben om te kunnen bevestigen dat deze hun met het oog op een schikking gedane verklaringen weergeeft (zie de Mededeling van de Commissie betreffende schikkingsprocedures met het oog op de vaststelling van beschikkingen op grond van de art. 7 en 23 van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad in kartelzaken, *PB*, 2008, C. 167, 1, punt 23, voetnoot 1).

⁵⁰⁹. Arrest *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 67.

⁵¹⁰. Arrest *DaimlerChrysler*, aangehaald in voetnoot 347, r.o. 192-194.

⁵¹¹. Arrest *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 80.

⁵¹². Arrest *Dalmine*, aangehaald in voetnoot 462, r.o. 58-60.

factoren zullen doorwegen in het bedrag van de boete; de concrete berekening van de boete is enkel te vinden in de eindbeschikking⁵¹³.

9. Toegang tot het dossier

205. Documenten die tijdens de administratieve procedure niet aan de betrokken partijen zijn meegedeeld, zijn geen bewijsmiddelen die in de beschikking kunnen worden gebruikt tot staving van het bestaan van een inbreuk⁵¹⁴. De sanctie op het overtreden van die regel is dat de betrokken bewijsstukken door het Gerecht als bewijsmiddel worden geweigerd⁵¹⁵. Dat het Gerecht op die manier de ontoelaatbare bewijsstukken te zien krijgt nog voor het heeft geoordeeld over het bestaan van de inbreuk, vormt blijkbaar geen bezwaar.

206. Hof en Gerecht bevestigen dat, wanneer de Commissie nalaat om bewijsstukken aan het onderzoeksdossier toe te voegen die mogelijk ontlastend materiaal bevatten, zulks enkel een schending van de rechten van de verdediging oplevert wanneer de betrokken onderneming aantoonbaar dat de administratieve procedure anders had kunnen aflopen indien zij toegang had gekregen tot die stukken⁵¹⁶. Bovendien moet de betrokken onderneming tijdens de administratieve procedure uitdrukkelijk om inzage van die stukken vragen, zoniet vervalt haar recht om de wettigheid van de beschikking op die grond aan te vechten⁵¹⁷.

207. Wanneer de Commissie verklaringen van derden wil gebruiken als belastend materiaal, dan moet zij die aan het dossier toevoegen. Wanneer het gaat om verklaringen die mondeling zijn afgelegd in het kader van een bespreking met de Commissie dan moet van die bespreking een opname of

notulen aan het dossier worden toegevoegd⁵¹⁸.

208. Derden die blijk geven van een “redelijk belang” kunnen toegang krijgen tot (een niet-vertrouwelijke versie van) de punten van bezwaar⁵¹⁹. Tijdens de besproken periode oordeelt het Gerecht dat de Commissie, in een onderzoek naar inbreuken door banken, terecht besliste om een niet-vertrouwelijke versie van de punten van bezwaar toe te zenden aan een politieke partij, nadat deze zich had voorgesteld als een consument van bankdiensten. De “loutere verdenking” dat die partij misbruik zou kunnen maken van het document, levert geen reden op om de toezending ervan te weigeren⁵²⁰.

C. Boetes

1. Marginale rechterlijke toetsing

209. Talrijke arresten bevestigen dat de Commissie inzake boetes in nagenoeg alle opzichten geniet van een (ruime) beoordelingsvrijheid. Om te beginnen wordt de Commissie een ruime beoordelingsvrijheid toegedacht ten aanzien van het bedrag van de boetes die voor een inbreuk worden opgelegd, zowel in individuele gevallen⁵²¹ als in het algemeen⁵²². Het Gerecht herinnert er dan wel aan dat de beoordelingsvrijheid van de Commissie wat betreft de beboeting van een inbreuk wordt beperkt door de in verordening 1/2003 opgesomde criteria (zwaarte en duur van de inbreuk)⁵²³, maar stelt tegelijkertijd dat de Commissie over een (ruime) beoordelingsbevoegdheid beschikt bij het inschatten van de zwaarte van een inbreuk⁵²⁴, de beoordeling van de economische macht van een onderneming voor doeleinden van de vaststelling van het boeteniveau⁵²⁵, het al dan niet beschouwen van een omstandigheid als verzachtend dan wel verzwa-

⁵¹³. Arresten van het Gerecht in de T-329/01, *Archer Daniels Midland*, aangehaald in voetnoot 349, r.o. 365, in de zaak *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 369, in de zaak *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 403 en in de zaak *BASF*, aangehaald in voetnoot 442, r.o. 48-49 en 62.

⁵¹⁴. Arrest *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 56.

⁵¹⁵. Arrest *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 56.

⁵¹⁶. Arrest van het Hof in C-308/04 P, *SGL Carbon*, aangehaald in voetnoot 496, r.o. 97-98; arrest van het Gerecht *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 60.

⁵¹⁷. Arrest *Avebe*, aangehaald in voetnoot 353, r.o. 66-67; arrest *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 49. Uiteraard kan een onderneming slechts om inzage verzoeken indien ze weet heeft van het bestaan van bepaalde stukken. Dat kan bv. het geval zijn wanneer de Commissie een lijst meedeelt van de stukken die voor de betrokken onderneming niet toegankelijk zijn (wat kan zijn ingegeven door de omstandigheid dat die stukken zakelijke geheimen van andere ondernemingen bevatten).

⁵¹⁸. Arrest van het Gerecht van 25 oktober 2005, T-38/02, *Groupe Danone/Commissie*, *Jur.* 2005, II-4407, r.o. 67.

⁵¹⁹. Art. 6 Verord. Comm. nr. 773/2004, 7 april 2004, betreffende procedures van de Commissie op grond van de art. 81 en 82 van het verdrag, *PB.* 2004, L. 123, 18.

⁵²⁰. Arrest *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 102.

⁵²¹. Zie bv. het arrest van 15 maart 2006, T-15/02, *BASF AG*, *Jur.* 2006, II-497, r.o. 119, het arrest van het Gerecht in T-329/01, *Archer Daniels Midland*, aangehaald in voetnoot 349, r.o. 109 (“ruime beoordelingsvrijheid”), het arrest *Westfalen Gassen Nederland*, aangehaald in voetnoot 355, r.o. 151, het arrest *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 367, het arrest *Prym*, aangehaald in voetnoot 353, r.o. 167, het arrest *Hoek Loos*, aangehaald in voetnoot 352, r.o. 68 en het arrest van het Hof van 29 juni 2006, C-289/04 P, *Showa Denko KK*, *Jur.* 2006, I-5859, r.o. 36 (“bijzonder ruime beoordelingsvrijheid”), alsmede de arresten van het Gerecht in de zaak *Degussa*, aangehaald in voetnoot 349, r.o. 74-76 (“ruime beoordelingsmarge”).

⁵²². Zie het arrest van het Hof van 29 juni 2006, C-308/04 P, *SGL Carbon AG*, *Jur.* 2006, I-5977, r.o. 46 (“ruime beoordelingsvrijheid”); zie ook het arrest *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 467 e.v.

⁵²³. Arrest *Prym*, aangehaald in voetnoot 353, r.o. 154; arrest *Westfalen Gassen Nederland*, aangehaald in voetnoot 355, r.o. 157.

⁵²⁴. Arrest van het Gerecht van 29 november 2005, T-64/02, *Dr. Hans Heubach GmbH & Co. KG*, *Jur.* 2005, II-5137, r.o. 76 en de arresten van het Hof in C-308/04 P, *SGL Carbon*, aangehaald in voetnoot 496, r.o. 71 en *Dalmine*, aangehaald in voetnoot 462, r.o. 133 (“ruime beoordelingsvrijheid”).

⁵²⁵. Arrest van het Gerecht *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 386.

rend (en de aanpassing van het boetebedrag in functie van die appreciatie)⁵²⁶, de kwalificatie van (zelfs in een verleden gepleegde) feiten als recidive⁵²⁷, het uitvaardigen van clementieregels die de “samenwerking” met het onderzoek van de Commissie belonen⁵²⁸, het inschatten van de kwaliteit en de bruikbaarheid van de door een onderneming (in het kader van de clementieregeling) verleende medewerking⁵²⁹, het vaststellen van de rentevoet die verschuldigd zal zijn bij vertraging in betaling van geldboetes⁵³⁰.

210. Het marginale karakter van rechterlijk toezicht op de boetepraktijk van de Commissie wordt nog versterkt door de vaste rechtspraak volgens dewelke het niet aan het Hof staat om, in het kader van een hogere voorziening, en zulks ondanks 's Hof's volle rechtsmacht, uit billijkheidsoverwegingen zijn oordeel inzake het gepaste bedrag van de boete in de plaats kan stellen van dat van het Gerecht⁵³¹. Evenmin kan het Hof bij een hogere voorziening de evenredigheid van de boete opnieuw beoordelen aangezien dat het “een heronderzoek van feitelijke beoordelingen” zou vereisen⁵³².

211. Hof en Gerecht lijken de door de Commissie opgelegde boetes vooral te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel⁵³³ en het non-discriminatiebeginsel⁵³⁴. Het gaat om klassieke “juridische” regels die de rechter niet verplichten om in te gaan op de grond van de zaak, en die tegelijk voldoende soepel zijn om ingrepen toe te laten wanneer het gevoel bestaat dat het boetebedrag, op basis van een eerder afstandelijke beoordeling van de omstandigheden van de zaak, niet passend lijkt.

212. Evenredigheid. Het Gemeenschapsrecht eist niet dat het bedrag van de boete evenredig is aan het belang van de

onderneming op de markt waarop de inbreuk betrekking heeft. Daarom mag de Commissie bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete zowel rekening houden met de totale omzet van de betrokken onderneming (die een benaderende aanwijzing biedt door de omvang en de economische macht van de onderneming) als met de omzet die die onderneming behaalde met de goederen waarop de inbreuk betrekking heeft (welke omzet een aanwijzing vormt voor de omvang van de inbreuk)⁵³⁵.

213. Niets belet de Commissie om een boete op te leggen die ruim meer bedraagt dan de winst die werd behaald met de inbreuk: “Redelijkerwijs kan worden aangenomen dat ondernemingen [...] rationeel rekening houden niet alleen met het niveau van de geldboeten die hun in geval van een inbreuk zouden kunnen worden opgelegd, maar ook met de kans dat het kartel wordt ontdekt... Door de geldboete terug te brengen tot een loutere compensatie voor de geleden schade, zou immers niet alleen worden voorbijgegaan aan de afschrikkende werking die enkel betrekking kan hebben op toekomstige gedragingen, maar ook aan het repressieve karakter van een dergelijke maatregel ten opzichte van de daadwerkelijk gepleegde concrete inbreuk”⁵³⁶. Sterker nog, dat een boete meer bedraagt dan de omzet die de auteur van de inbreuk heeft behaald met de producten waarop de verboden afspraken betrekking hadden volstaat evenmin om aan te tonen dat de geldboete onevenredig hoog is⁵³⁷. Wel wijst het Gerecht de stelling af dat elke boete die minder bedraagt dan 10% van de totale omzet van de betrokken onderneming niet onevenredig kan zijn⁵³⁸.

214. Non-discriminatie. Het Gerecht voelt zich wél op zijn gemak bij de toepassing van het gelijkheidsbeginsel, bij

⁵²⁶. Arresten van het Gerecht *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 494 en 510 en *Prym*, aangehaald in voetnoot 353, r.o. 204.

⁵²⁷. Arrest van het Hof *Groupe Danone*, aangehaald in voetnoot 473, r.o. 36-38.

⁵²⁸. Arrest van het Gerecht in T-329/01, *Archer Daniels Midland*, aangehaald in voetnoot 349, r.o. 342-345 (“ruime beoordelingsmarge”, het Gerecht gaat na of Commissie niet “willekeurig” heeft gehandeld).

⁵²⁹. Arrest van het Hof in C-308/04 P, *SGL Carbon*, aangehaald in voetnoot 496, r.o. 88 (“ruime beoordelingsvrijheid”); arrest van het Gerecht *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 532 en 556.

⁵³⁰. Arrest in C-308/04 P, *SGL Carbon*, aangehaald in voetnoot 496, r.o. 109-112.

⁵³¹. Arresten van het Hof van 18 mei 2006, C-397/03 P, *Archer Daniels Midland Co.* en *Archer Daniels Midland Ingredients Ltd*, *Jur.* 2006, I-4429, r.o. 105 en *TU*, aangehaald in voetnoot 489, 210.

⁵³². Arrest van het Hof van 10 mei 2007, C-328/05 P, *SGL Carbon AG*, *Jur.* 2007, I-3921, r.o. 99.

⁵³³. Zie met name het arrest van het Gerecht in *Hoek Loos*, aangehaald in voetnoot 352, r.o. 69.

⁵³⁴. Voor een illustratie, zie bv. het arrest *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 694-705. In het arrest van het Gerecht *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 423 alsmede in het arrest van 15 maart 2006, T-26/02, *Daichi Pharmaceutical Co. Ltd*, *Jur.* 2006, II-713, r.o. 85, wordt verwezen naar toezicht op de gelijke behandeling, de samenhangendheid van de wijze waarop de Commissie te werk is gegaan en de “objectieve rechtvaardiging” van die werkwijze; uit met name r.o. 452 van het arrest *Raiffeisen Zentralbank Österreich* blijkt evenwel dat het rechterlijk toezicht op de objectieve rechtvaardiging (zeer) marginaal is.

⁵³⁵. Arrest van het Hof in C-397/03 P, *Archer Daniels Midland*, aangehaald in voetnoot 531, r.o. 100. De thans toepasselijke richtsnoeren (richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van Verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd, *PB.* 2006, C. 210, 2) bepalen dat het basisbedrag van de boete wordt berekend rekening houdend met “de waarde van de op de desbetreffende geografische markt in de EER verkochte goederen of diensten van de onderneming die rechtstreeks of indirect verband houden met de inbreuk”. Dat basisbedrag wordt vervolgens vermenigvuldigd met de (in jaren uitgedrukte) duur van de inbreuk.

⁵³⁶. Arresten van het Gerecht in T-329/01, *Archer Daniels Midland*, aangehaald in voetnoot 349, r.o. 141 en in T-59/02, *Archer Daniels Midland*, aangehaald in voetnoot 478, r.o. 130. Zie eveneens het arrest *Hans Heubach*, aangehaald in voetnoot 524, r.o. 184, het arrest van het Gerecht van 29 november 2005, T-52/02, *Société nouvelle des couleurs zinciques SA (SNCZ)*, *Jur.* 2005, II-5005, r.o. 89-91, en het arrest in de zaak *Prym*, aangehaald in voetnoot 353, r.o. 191.

⁵³⁷. Arrest van het Gerecht in T-329/01, *Archer Daniels Midland*, aangehaald in voetnoot 349, r.o. 80.

⁵³⁸. Arrest van het Gerecht in de zaak *Prym*, aangehaald in voetnoot 353, r.o. 223-226.

voorbeeld in verband met de indeling van ondernemingen in categorieën voor doeleinden van de vaststelling van gedifferentieerde basisbedragen⁵³⁹, of in verband met de toepassing van kortingen wegens medewerking aan het onderzoek⁵⁴⁰.

215. De wisselwerking tussen de volle rechtsmacht van Hof en Gerecht en boetes werd hiervoor (deel V.B.2.) reeds besproken.

2. Bestrafing van inbreuken in het licht van het legaliteitsbeginsel

216. Het legaliteitsbeginsel zoals uitgedrukt in artikel 7, lid 1 EVRM vereist, aldus de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dat de wet een duidelijke omschrijving geeft van onder meer de straffen die gesteld zijn op de overtreding van de wet⁵⁴¹. Verordening 1/2003, die aan de Commissie de bevoegdheid toekent om inbreuken op de mededingingsregels te bestraffen door het opleggen van een boete “niet groter dan 10% van de totale omzet” staat volgens het Gerecht niet op gespannen voet met die regel: een “zekere mate van onvoorzienbaarheid” van de op te leggen sanctie moet mogelijk zijn, en het plafond van 10% van de omzet alsmede de volle rechtsmacht van Hof en Gerecht verzekeren dat de Commissie “niet over een onbeperkte beoordelingsmarge beschikt” bij het vaststellen van het bedrag van de boete⁵⁴². In andere arresten van het Gerecht wordt zelfs zonder omwegen geponeerd dat de onvoorspelbaarheid van de sanctie juist een goede zaak is omdat die onvoorspelbaarheid afschrikkend werkt⁵⁴³.

217. Dat de Commissie boetes kan opleggen tot 10% van de wereldwijde omzet van een onderneming is volgens het Gerecht overigens redelijk “gelet op de belangen die de Commissie bij dergelijke soorten van inbreuken verdedigt”⁵⁴⁴.

218. De eerder bescheiden relevantie van het legaliteitsbeginsel bij de rechterlijke toetsing van boetes in mededingingszaken blijkt ook uit een aantal tijdens de besproken periode gevelde arresten die de wenselijkheid van een daadwerkelijke en afschrikkende bestraffing van dergelijke inbreuken lijken te verheffen tot een hogere rechtsregel. De volgende uitspraken springen in het oog:

- de bevoegdheid die de Commissie krachtens artikel 15 van Verordening nr. 17 (thans art. 23 van Verordening 1/2003) geniet om boetes op te leggen, omvat “impliciet” eveneens de bevoegdheid om de rentevoet vast te stellen die verschuldigd is bij laattijdige betaling, ook als die rentevoet hoger ligt dan de marktrente voor leningen – immers, aldus het Hof, “wanneer de Commissie die bevoegdheid niet zou hebben, zouden ondernemingen voordeel kunnen halen uit te late betaling, wat het effect van de sancties zou verminderen”⁵⁴⁵;
- zelfs wanneer de Commissie in haar boeterichtsnoeren bepaalt dat boetebeschikkingen zoveel als mogelijk gericht moeten zijn tot de leden van ondernemersverenigingen, hoeft die regel niet te worden nageleefd in het geval van verenigingen met ettelijke duizenden aangeslotenen: in dergelijk geval is het volgens het Gerecht “onmogelijk” de aangekondigde aanpak te volgen⁵⁴⁶;
- de Commissie kan aan een ondernemersvereniging een boete opleggen die gaat tot 10% van de omzet van de leden van die vereniging, zelfs indien de vereniging haar leden niet kan binden. De bevoegdheid van de vereniging om de leden te binden was nochtans een voorwaarde die in vaste rechtspraak was gesteld om hun omzet in aanmerking te nemen bij de boeteberekening⁵⁴⁷, maar die voorwaarde wordt over boord gekieperd met de bedenking dat “[a]nders... afbreuk [zou] kunnen worden gedaan aan de mogelijkheid voor de Commissie om passende geldboeten voor de betrokken inbreuken op te leggen”⁵⁴⁸;

⁵³⁹. Zie bv. het arrest van in de zaak *SN CZ*, aangehaald in voetnoot 536, r.o. 68-69 en r.o. 109-116. Deze werkwijze is overigens verlaten in de thans geldende versie van de boeterichtsnoeren.

⁵⁴⁰. Zie bv. de arresten van het Gerecht in T-329/01, *Archer Daniels Midland*, aangehaald in voetnoot 349, r.o. 338-345 en in de zaak *Danone*, aangehaald in voetnoot 518, r.o. 453-476.

⁵⁴¹. Zie de jurisprudentie geciteerd in het arrest van het Gerecht van 27 september 2006, T-43/02, *Jungbunzlauer AG*, *Jur.* 2006, II-3435, r.o. 76 en het arrest *Degussa*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 69.

⁵⁴². Arrest *Jungbunzlauer*, aangehaald in voetnoot 541, r.o. 80-86; arrest *Degussa*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 72-76 en 79.

⁵⁴³. Arrest *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 416; arrest *Degussa*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 83.

⁵⁴⁴. Arrest *Jungbunzlauer*, aangehaald in voetnoot 541, r.o. 86.

⁵⁴⁵. Arresten van het Hof in C-308/04 P, *SGL Carbon*, aangehaald in voetnoot 496, r.o. 13-114 en in C-328/05 P, *SGL Carbon* aangehaald in voetnoot 532, r.o. 109-110.

⁵⁴⁶. Arrest van het Gerecht *FNCBV*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 316.

⁵⁴⁷. Arrest van het Hof van 16 november 2000, in C-298/98 P, *Metsä-Serla Sales Oy, voorheen Finnboard*, *Jur.* 2000, II-1617, 66.

⁵⁴⁸. Arrest van het Gerecht *FNCBV*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 318-319. In de conclusie naar aanleiding van de hogere voorziening tegen het arrest van het Gerecht poneert advocaat-generaal Mazák dat de voorwaarde inzake de bevoegdheid om de leden te binden enkel geldt in gevallen waarin de leden niet hebben deelgenomen aan de inbreuk van de verenigingconclusie van 17 april 2008 in C-101/07 P en C-110/07 P, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, punten 51-59. In het arrest *FNCBV* beslist het Gerecht de Commissie in haar boetebeschikking wel de redenen uiteen te zetten die haar ertoe brengen de boete te berekenen op basis van de omzet van de leden, zie r.o. 237-241 van hetzelfde arrest. De niet-naleving van die motiveringsverplichting leidt evenwel niet tot de nietigheid van (het betrokken deel van) de beschikking en evenmin tot een vermindering van de boete, zie r.o. 362-364 van hetzelfde arrest. In Verordening 1/2003 is bepaald (zie art. 23) dat wanneer aan een ondernemersvereniging een boete is opgelegd die rekening houdt met de totale omzet van haar leden, die vereniging in geval van insolventie verplicht is om van haar leden bijdragen te vragen teneinde de boete te betalen. Doet ze dat niet, dan kan de Commissie “elke onderneming waarvan de vertegenwoordigers lid waren van de betrokken besluitvormende organen van de vereniging” rechtstreeks tot betaling van de boete aanspreken.

- in Verordening 1/2003 wordt bepaald dat de Commissie het 10%-plafond van de boete moet vaststellen op basis van de omzet van de betrokken onderneming die is gerealiseerd tijdens het laatste boekjaar dat voorafgaat aan de vaststelling van de beschikking. Die regel hoeft de Commissie echter niet na te leven wanneer die omzet “geen enkele bruikbare aanwijzing geeft over de werkelijke economische situatie” van de betrokken onderneming (bv. omdat zij haar activiteiten heeft stopgezet). In dergelijk geval mag de Commissie uitgaan van een ander boekjaar “teneinde... te verzekeren dat de geldboete voldoende afschrikkende werking heeft”⁵⁴⁹;
- zelfs als in boeterichtsnoeren wordt erkend dat de onmiddellijke beëindiging van een inbreuk reeds bij de eerste stappen van de Commissie is te aanzien als een verzachtende omstandigheid, dan kan zulks niet worden gelezen als een verplichting voor de Commissie en kan er geen sprake van zijn dat ze wordt toegepast ten aanzien van opzettelijk gepleegde inbreuken. Weliswaar geldt ten aanzien van richtsnoeren het *patere legem*-beginsel; niettemin wordt de betrokken passage van de richtsnoeren door het Gerecht niet toegepast, aangezien die toepassing “op ongerechtvaardigde wijze afbreuk [zou] doen aan het nuttig effect van artikel 81, lid 1 EG-Verdrag doordat zowel de sanctie als de afschrikkende werking van de sanctie wordt afgezwakt”⁵⁵⁰.

3. De door de Commissie uitgevaardigde boeterichtsnoeren

219. De richtsnoeren inzake de bepaling van boetebedragen bevatten geen rechtsregels, maar enkel gedragsregels die de Commissie zich vrijwillig heeft opgelegd⁵⁵¹. De Commissie

past die richtsnoeren periodiek aan, wat in de praktijk resulteert in (aanzienlijke) verhogingen van het boeteniveau. De rechtsgrondslag voor boetes is niet te vinden in de richtsnoeren maar wel in Verordening 1/2003⁵⁵². Dergelijke verhogingen van het niveau van de boetes zijn “redelijkerwijs voorzienbaar” door een onderneming die een inbreuk pleegt⁵⁵³, en de Commissie hoeft dergelijke verhogingen niet op voorhand aan te kondigen⁵⁵⁴.

220. Om dezelfde reden stoot de toepassing van richtsnoeren op gedragingen die dateren van voor de vaststelling ervan niet op het verbod van retroactieve straffen⁵⁵⁵. Het Gerecht erkent weliswaar dat boeterichtsnoeren als “instrument van mededingingsbeleid” binnen de werkingssfeer kunnen vallen van het verbod op de uitvaardiging van straffen met terugwerkende kracht, maar voegt er meteen aan toe dat zulk verbod niet in de weg staat aan de retroactieve toepassing van een “nieuwe uitlegging” van een strafbepaling die redelijkerwijs kon worden voorzien toen de inbreuk werd gepleegd⁵⁵⁶. De voorzieningskracht van ondernemingen wordt door het Gerecht overigens hoog aangeslagen: richtsnoeren die resulteren in geldboetes die 43 tot 153 keer hoger zijn dan voorheen zijn “redelijkerwijs voorzienbaar”⁵⁵⁷. Evenmin is er sprake van “discriminatie” wanneer andere inbreuken die min of meer gelijktijdig plaatsvonden, eerder worden bestraft – en als gevolg daarvan nog kunnen “genieten” van een merkelijk lager boeteniveau⁵⁵⁸.

221. Dat een inbreuk in vroegere beschikkingen van de Commissie milder zou zijn bestraft, is volstrekt irrelevant. Eerdere beschikkingen kunnen niet fungeren als rechtskader voor de toetsing van het bedrag van een door de Commissie opgelegde boete: ondernemingen mogen er immers niet op vertrouwen dat de Commissie het niveau van de geldboetes niet zal verhogen⁵⁵⁹.

⁵⁴⁹. Arrest van het Hof van 7 juni 2007, C-76/06 P, *Britannia Alloys & Chemicals Ltd*, Jur. 2007, I-4405, r.o. 19-30.

⁵⁵⁰. Arrest van het Gerecht in T-329/01, *Archer Daniels Midland*, aangehaald in voetnoot 349, r.o. 278-279. Iets minder hard klinkt het arrest van het Gerecht *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 497.

⁵⁵¹. Arrest *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 221-222.

⁵⁵². Arrest *Groupe Danone*, aangehaald in voetnoot 473, r.o. 23.

⁵⁵³. Arrest *Degussa*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 386-397.

⁵⁵⁴. Arresten van het Gerecht in T-15/02, *BASF*, aangehaald in voetnoot 442, r.o. 59 en *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 392 en 407-409.

⁵⁵⁵. Arrest van het Hof in C-397/03 P, *Archer Daniels Midland*, aangehaald in voetnoot 531, r.o. 19-26; arresten van het Gerecht *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 217-218, *Degussa*, r.o. 386-395 en *Hans Heubach*, aangehaald in voetnoot 524, r.o. 205-210. Hetzelfde geldt voor een interpretatie door het Gerecht van de boeterichtsnoeren die resulteert in een hogere boete dan opgelegd door de Commissie. Zie het arrest van het Hof *Groupe Danone*, aangehaald in voetnoot 473, r.o. 87-91. Voorts kan de regel inzake de toepassing van de “gunstiger strafwet” eventueel worden ingeroepen ten aanzien van (nieuwe) clementierichtsnoeren die boetevermindering beloven in ruil voor medewerking aan het onderzoek, maar dan enkel wanneer die nieuwe richtsnoeren worden gepubliceerd vooraleer de boete wordt opgelegd. Zie het arrest van het Gerecht *Roquette Frères*, aangehaald in voetnoot 475, r.o. 224-225.

⁵⁵⁶. Arrest van het Gerecht in T-329/01, *Archer Daniels Midland*, aangehaald in voetnoot 349, r.o. 41.

⁵⁵⁷. Arrest van het Gerecht in T-329/01, *Archer Daniels Midland*, aangehaald in voetnoot 349, r.o. 48.

⁵⁵⁸. Arrest van het Gerecht in T-329/01, *Archer Daniels Midland*, aangehaald in voetnoot 349, r.o. 53.

⁵⁵⁹. Arrest *Britannia Alloys*, aangehaald in voetnoot 549, r.o. 61 en 83; arrest *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 376-377; arrest *France Télécom*, aangehaald in voetnoot 399, r.o. 251 (wat betreft de beboeting van misbruiken van machtspositie). Hetzelfde geldt voor de eerdere toepassing van de clementieregels, zie het arrest *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 534. In het arrest van het Gerecht *Degussa* (aangehaald in voetnoot 350, r.o. 80) wordt weliswaar gesuggereerd dat de eerdere beschikkingen van de Commissie het Gerecht kunnen leiden in zijn toetsing van de boete aan het gelijkheidsbeginsel, maar uit de andere tijdens de besproken periode gevelde arresten blijkt niet dat het Gerecht de bestaande beschikkingen als relevant beschouwt.

222. De door de Commissie uitgevaardigde richtsnoeren inzake de bepaling van het bedrag van boetes en de beloning van “medewerking” zijn overigens een uitoefening van de haar toekomende beoordelingsbevoegdheid⁵⁶⁰, zodat de daarin genomen beleidsopties slechts (zeer) marginaal worden getoetst⁵⁶¹. Weliswaar zijn de richtsnoeren te aanzien als gedragsregels waaraan de Commissie, op basis van het *patere legem*-beginsel, zich moet houden⁵⁶², maar er bestaat geen bezwaar tegen dat de Commissie zich in haar richtsnoeren een “aanzienlijke beoordelingsmarge” voorbehoudt⁵⁶³. Bovendien is het toezicht van de rechter op de naleving van het *patere legem*-principe – althans volgens een tijdens de besproken periode geveld arrest van het Gerecht – slechts marginaal⁵⁶⁴.

223. De bovengrens van 10% van de omzet van een onderneming hoeft enkel te worden gerespecteerd door het eindbedrag van de door de Commissie opgelegde boete; er bestaat dus geen bezwaar tegen dat de Commissie een berekeningsmethode toepast waarbij het basisbedrag van de boete die 10% overschrijdt⁵⁶⁵.

4. Zwaarte van de inbreuk

224. De besproken periode brengt de bevestiging dat het begrip “opzettelijke” inbreuk zeer ruim is: van opzet is sprake zodra een onderneming er niet onkundig van kan zijn dat de afspraken waaraan zij deelneemt er toe strekken de mededinging te beperken⁵⁶⁶.

225. Met toepassing van artikel 23, lid 3 van verordening 1/2003 moet de Commissie het bedrag van de boete vaststellen en rekening houden zowel met de ernst (zwaarte) als met de duur van de inbreuk. Tijdens de besproken periode wordt de vaste rechtspraak bevestigd volgens dewelke de zwaarte van inbreuken moet worden vastgesteld met inachtneming van een groot aantal factoren, zonder dat evenwel sprake is van een dwingende of uitputtende lijst van verplicht in aanmerking te nemen criteria⁵⁶⁷. In een aantal arresten wordt daarbij verduidelijkt, dat de zwaarte “collectief” wordt vastgesteld in functie van *de inbreuk als een geheel*, en dus niet in functie van de individuele bijdrage van elk van de deelnemers aan die inbreuk⁵⁶⁸. Met andere woorden, ook een onderneming die naar eigen zeggen slechts een verwaarloosbare bijdrage zou hebben geleverd tot een inbreuk, of die pas tot de inbreuk zou zijn togetreden nadat op het ogenblik dat die inbreuk geen (bijkomende) weerslag meer had op de markt zal worden bedacht met een boete waarvan het basisbedrag is afgestemd op de zwaarte van die inbreuk⁵⁶⁹. Het “individualiseren” van de sanctie geschiedt door het onderzoek naar eventuele verzwarende en/of verzachtende omstandigheden⁵⁷⁰.

226. De huidige stand van de rechtspraak laat overigens weinig ruimte voor discussie over de zwaarte van inbreuken, althans in “klassieke” kartelzaken. Horizontale prijs- en marktverdelingsafspraken worden vrijwel automatisch (omwille van de aard ervan) als “zeer zwaar” bestempeld⁵⁷¹, ook al kan er worden geredetwist over de weerslag ervan op de markt⁵⁷², of hebben de betrokken afspraken een beperkte

^{560.} Zie met name het arrest van het Gerecht van 27 september 2006, T-322/01, *Roquette Frères SA*, *Jur.* 2006, II-3137, r.o. 223.

^{561.} Zie bv. het arrest van het Hof *Dalmine*, aangehaald in voetnoot 462, r.o. 141-144 en het arrest van het Gerecht in T-329/01, *Archer Daniels Midland*, aangehaald in voetnoot 349, r.o. 143-148.

^{562.} Arresten van het Gerecht in T-15/02, *BASF*, aangehaald in voetnoot 442, r.o. 119 en 488 en van 15 maart 2006, T-26/02, *Daiichi Pharmaceutical Co. Ltd.*, *Jur.* 2006, II-713, r.o. 49. Andere arresten drukken het voorzichtiger uit: de Commissie mag “niet zonder opgaaf van redenen” in concrete gevallen afwijken van de door haarzelf uitgevaardigde richtsnoeren. Zie bv. het arrest van het Hof in C-397/03 P, *Archer Daniels Midland*, aangehaald in voetnoot 531, r.o. 91 en het arrest van het Gerecht *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 221.

^{563.} Arrest *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 224 en 473; arrest *Dalmine*, aangehaald in voetnoot 462, r.o. 133; arrest in T-15/02, *BASF*, aangehaald in voetnoot 442, r.o. 180.

^{564.} Arrest in T-15/02, *BASF*, aangehaald in voetnoot 442, r.o. 157.

^{565.} Arresten van het Hof *Dalmine*, aangehaald in voetnoot 462, r.o. 146 en in C-308/04 P, *SGL Carbon*, aangehaald in voetnoot 496, r.o. 82; arresten van het Gerecht van 29 november 2005, T-52/02, *Société nouvelle des couleurs zinciques SA (SNCZ)*, *Jur.* 2005, II-5005, r.o. 36-38 en *FNCBV*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 254-255.

^{566.} Arrest *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 205.

^{567.} Arrest van het Hof in C-328/05 P, *SGL Carbon*, aangehaald in voetnoot 532, r.o. 43.

^{568.} Zie bv. het arrest van het Gerecht *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 233. Wel kan bij de beoordeling van de zwaarte rekening worden gehouden met de (totale) omzet en/of het totale marktaandeel van alle bij die inbreuk betrokken ondernemingen, zie bv. het arrest *Jungbunzlauer*, aangehaald in voetnoot 541, r.o. 214-215. Minder duidelijk zijn de arresten van het Hof in de zaak *Dalmine*, aangehaald in voetnoot 462, r.o. 130 en van het Gerecht in de zaak *Coats Holdings*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 209 en in de zaak *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 429, die de beoordeling van de (collectieve) zwaarte van de inbreuk en van (individuele) verzwarende omstandigheden lijken te vermengen.

^{569.} Arresten van het Gerecht *Union Pigments*, aangehaald in voetnoot 471, r.o. 103-106, in T-329/01, *Archer Daniels Midland*, aangehaald in voetnoot 349, r.o. 204 en in *Roquette Frères*, aangehaald in voetnoot 475, r.o. 179.

^{570.} Arrest *Britannia Alloys*, aangehaald in voetnoot 549, r.o. 44 en 57.

^{571.} Een zeldzame uitzondering is te vinden in het arrest van het Gerecht van 6 december 2005, T-48/02, *Brouwerij Haacht NV*, *Jur.* 2005, II-5259, waarin horizontale afspraken inzake prijzen en klantenverdeling “slechts” als “zwaar” worden bestempeld op grond van de omstandigheid dat die afspraken enkel op een bepaald segment van de markt betrekking hadden (r.o. 49-51). Te noteren valt, dat de “milde” inschatting door de Commissie zelf was gemaakt, en door de betrokken onderneming uiteraard niet in vraag werd gesteld in de procedure voor het Gerecht. Zie bv. het arrest *Roquette Frères*, aangehaald in voetnoot 475, r.o. 151 alsmede het arrest van het Hof van 21 september 2006, C-167/04 P, *JCB Service*, *Jur.* 2006, I-8935, r.o. 216-219.

^{572.} Arrest van het Gerecht *Degussa*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 249-251. Zie eveneens het arrest *Hans Heubach*, aangehaald in voetnoot 524, r.o. 145 (“Uit het bestaan van andere zaken met nog meer uitgesproken schendingen van het mededingingsrecht kan niet worden afgeleid dat de [vaststelling van verkoopquota, streefprijzen en de toewijzing van klanten] niet zeer zwaar is”).

territoriale uitwerking⁵⁷³ en waren zij niet clandestien of zelfs met de steun van de overheid gesloten⁵⁷⁴.

227. Tijdens de besproken periode wordt meermaals bevestigd dat afschrikking “*één van de voornaamste overwegingen is waardoor de Commissie zich bij de bepaling van het bedrag van de geldboete dient (sic) te laten leiden*”⁵⁷⁵. Daarbij valt op te merken dat de boete afschrikkend moet werken zowel ten aanzien van de auteurs van de inbreuk als ten aanzien van “andere deelnemers aan het economisch verkeer”⁵⁷⁶. Bovendien moet de boete zowel “collectief” afschrikkend zijn (d.w.z. voor alle deelnemers aan de inbreuk, rekening houdend met de zwaarte van de begane inbreuk) als individueel (rekening houdend met de rol die elke individuele deelnemer heeft gespeeld in de inbreuk⁵⁷⁷ en/of met hun omvang en globale middelen⁵⁷⁸).

228. Bij het inschatten van de noodzaak tot afschrikking is de Commissie niet verplicht om rekening te houden met boetes die reeds door mededingingsautoriteiten van derde landen zijn opgelegd⁵⁷⁹. Dat de activiteit waarop de inbreuk betrekking had intussen is verkocht belet niet dat het nog steeds nodig is dat de boete die wordt opgelegd aan de (voormalige) exploitant van die activiteit, afschrikkend werkt⁵⁸⁰.

229. De mogelijkheid voor de Commissie om de boete te verhogen teneinde de deelnemers aan een inbreuk af te schrikken, is niet afhankelijk van het bewijs dat de beboete ondernemingen voornemens zijn te recidiveren⁵⁸¹, en evenmin hoeft de Commissie de waarschijnlijkheid van recidive te onderzoeken⁵⁸². Sterker nog, ook indien een betrokken onderneming (bv. door het vaststellen van een compliance programma) haar vaste voornemen tot uiting brengt om niét te recidiveren, laat dit nog steeds de mogelijkheid bestaan dat zij in de toekomst in slechte gewoonten hervalt; daarom

acht het Gerecht het verhogen van de boete ter “preventieve afschrikking” gerechtvaardigd⁵⁸³.

5. Duur

230. Tijdens de besproken periode wordt geoordeeld dat “*de duur van de inbreuk in de regel [een] aanzienlijke invloed op het basisbedrag van de geldboete [dient] te hebben*”, zelfs in gevallen waarin er geen rechtstreeks verband bestaat tussen de duur van de inbreuk en de toename in de aantasting van de mededinging⁵⁸⁴. De Commissie heeft daarop ten volle ingespeeld in de thans toepasselijke boeterichtsnoeren: het basisbedrag van de boete wordt thans vermenigvuldigd met de (in jaren uitgedrukte) duur van de inbreuk.

6. Verzwarende en verzachtende omstandigheden

231. Verzachtende (net als verzwarende) omstandigheden hebben betrekking op het individuele gedrag van een bij een inbreuk betrokken onderneming. Dat betekent dat overwegingen die betrekking hebben op de inbreuk (bv. de beweerdelijk zwakke weerslag op de markt) niet relevant zijn; dergelijke overwegingen zijn (uitsluitend) relevant bij het bepalen van de zwaarte van de inbreuk⁵⁸⁵. Wél moet de Commissie, in geval van een door meerdere ondernemingen gepleegde inbreuk, het “*relatieve gewicht van ieders deelneming*” onderzoeken, wat betekent dat voor elke deelnemer wordt vastgesteld welke rol hij, tijdens de duur van zijn deelneming, heeft gespeeld⁵⁸⁶.

232. Werden tijdens de besproken periode als verzwarende omstandigheid beschouwd:

⁵⁷³. Arrest van het Gerecht *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 240.

⁵⁷⁴. Zie, tijdens de besproken periode, de arresten van het Gerecht *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 252-260 en *FNCBV*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 92. Weliswaar kan de betrokkenheid van de overheid als een verzachtende omstandigheid worden beschouwd (*ibid.*).

⁵⁷⁵. Arresten van het Gerecht in T-329/01, *Archer Daniels Midland*, aangehaald in voetnoot 349, r.o. 140 alsmede in T-330/01, *Akzo Nobel*, r.o. 110-113; zie eveneens het arrest van het Hof in C-289/04 P, *Showa Denko*, aangehaald in voetnoot 521, r.o. 16.

⁵⁷⁶. Arrest van het Hof in C-289/04 P, *Showa Denko*, aangehaald in voetnoot 521, r.o. 16; arresten van het Gerecht in de zaak *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 383, in de zaak *Degussa*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 283, en in de zaak *Hans Heubach*, aangehaald in voetnoot 524, r.o. 179.

⁵⁷⁷. Arrest van het Gerecht in zaak T-329/01, *Archer Daniels Midland*, aangehaald in voetnoot 349, r.o. 121-122. In het arrest van het Gerecht *Degussa*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 327-329, wordt weliswaar geponeerd dat een “individuele” verhoging wegens afschrikking aan strengere eisen moet voldoen om als objectief gerechtvaardigd te worden beschouwd. Of die regel in de praktijk veel verschil uitmaakt is niet duidelijk, vooral in gevallen waarin de “collectieve” verhoging wegens afschrikking als resultaat heeft dat de boete voor elk van de betrokken ondernemingen afschrikkend is.

⁵⁷⁸. Arresten van het Gerecht in T-329/01, *Archer Daniels Midland*, aangehaald in voetnoot 349, r.o. 150-153, in zaak T-59/02, *Archer Daniels Midland*, aangehaald in voetnoot 478, r.o. 131, in T-15/02, *BASF*, aangehaald in voetnoot 442, r.o. 234-235 en in *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 545-546. Niet geheel duidelijk is, of met de uitdrukking “(financiële) middelen” wordt verwezen naar de mogelijkheid voor de onderneming om met gebruik van het eigen vermogen dan wel op basis van haar ontleningscapaciteit een (hogere) boete te betalen.

⁵⁷⁹. Arrest in T-15/02, *BASF*, aangehaald in voetnoot 442, r.o. 269.

⁵⁸⁰. Arrest van het Gerecht in de zaak *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 527.

⁵⁸¹. Arrest in T-15/02, *BASF*, aangehaald in voetnoot 442, r.o. 231.

⁵⁸². Arrest *BASF (vitamine B4)*, aangehaald in voetnoot 345, r.o. 46-47.

⁵⁸³. Arresten van het Gerecht *Degussa*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 348-349 en *BASF (vitamine B4)*, aangehaald in voetnoot 345, r.o. 51-52.

⁵⁸⁴. Arrest *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 465-467.

⁵⁸⁵. Arrest *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 470.

⁵⁸⁶. Arrest van het Hof in C-308/04 P, *SGL Carbon*, aangehaald in voetnoot 496, r.o. 85; arrest van het Gerecht *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 561.

- het voortzetten van de inbreuk na de ontvangst van een waarschuwingsbrief van de Commissie⁵⁸⁷;
- het oproepen tot mededingingsbeperkende handelingen, vooral wanneer de gevolgen daarvan voorzienbaar zijn⁵⁸⁸;
- het waarschuwen van andere ondernemingen voor op handen zijnde verificaties van de Commissie, aangezien zulk gedrag er toe strekt het bestaan van de inbreuk verborgen te houden en dus het voortbestaan ervan te verzekeren⁵⁸⁹;
- recidive, ongeacht de termijn die is verstreken sinds de eerdere inbreuk⁵⁹⁰ en ook indien de twee inbreuken betrekking hadden op verschillende productmarkten⁵⁹¹; recidive beschouwt het Gerecht als een “zeer belangrijke aanwijzing voor de zwaarte van het betrokken gedrag”⁵⁹²;
- het uitoefenen van druk op andere deelnemers aan een kartel, met de bedoeling de omvang daarvan uit te breiden⁵⁹³;
- de rol van aanstichter dan wel van leider (kopstuk) van een kartel⁵⁹⁴. Tussen beide hoedanigheden moet een onderscheid worden gemaakt: een aanstichter kan niet automatisch als kopstuk worden gebrandmerkt⁵⁹⁵, en omgekeerd verliest een kopstuk die rol niet als de aanstichter van de inbreuk iemand anders is⁵⁹⁶.

233. De rol als “kopstuk” van de inbreuk definieert het Gerecht als “een significante drijvende kracht” achter de verboden afspraak⁵⁹⁷. Dat kan met name blijken uit de omstandigheid dat een onderneming meermaals als eerste een overeengekomen prijsverhoging lanceert⁵⁹⁸, ook al

bestaat er geen bewijs dat die onderneming (eveneens) druk heeft uitgeoefend op de andere deelnemers om de prijzen te volgen. Het als eerste aankondigen van een prijsverhoging levert evenwel geen bewijs op van de rol van kopstuk indien de prijsverhoging door alle deelnemers collectief is beslist, en indien eveneens collectief is beslist wie de verhoging als eerste zou bekendmaken: in dergelijk geval is de bekendmaking een loutere uitvoering van de gemaakte afspraken, geen “spontaan initiatief”⁵⁹⁹. Ook de omstandigheid dat meerdere deelnemers aan de inbreuk een actieve rol spelen, volstaat niet om elk van hen als kopstukken aan te duiden⁶⁰⁰.

234. Werden tijdens de besproken periode, met bevestiging van bestaande rechtspraak, *verworpen* als verzachtende omstandigheden:

- druk, hoe zwaar ook, van de andere deelnemers aan het kartel, waaraan de klassieke bedenking wordt toegevoegd dat de betrokken onderneming aangifte had kunnen doen van de overtreding⁶⁰¹;
- de vaststelling dat de verboden afspraken voor de toetreding van de betrokken lidstaat tot de Gemeenschap vele jaren lang door de overheid waren toegestaan⁶⁰² of dat een prijskartel voortvloeit uit een door de overheid in het verleden opgelegde prijsreglementering⁶⁰³;
- de bewering dat de gepleegde inbreuk “de eerste keer” zou geweest zijn⁶⁰⁴;
- het doorvoeren, na de inbreuk, van een conformeringsprogramma (“compliance program”)⁶⁰⁵ of van een “clean-up” in het management⁶⁰⁶;
- het feit dat uit hoofde van de inbreuk reeds schadevergoeding is betaald in de Verenigde Staten (zelfs in de

^{587.} Arrest *FNCBV*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 271.

^{588.} Arrest *FNCBV*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 280 e.v.

^{589.} Arrest van het Hof in C-308/04 P, *SGL Carbon*, aangehaald in voetnoot 496, r.o. 64-66.

^{590.} Arrest van het Hof *Groupe Danone*, aangehaald in voetnoot 473, r.o. 36-41; het Hof merkt op dat een periode van 10 jaar “een relatief korte tijdsperiode” is, en lijkt daarmee te bevestigen dat alle eerdere inbreuken op de mededingingsregels, ongeacht de sector waarin ze gepleegd zijn, grond kunnen opleveren voor de vaststelling van recidive. Voor conglomeraten als Danone lijkt dat een grimmig vooruitzicht. Tegelijk lijkt het arrest *Danone* te wijzen op het belang van een appreciatie van “de bijzondere omstandigheden” van elke zaak, om na te gaan of de verhoging van de boete noodzakelijk is om de recidivist af te schrikken van verdere inbreuken.

^{591.} Arrest *BASF (vitamine B4)*, aangehaald in voetnoot 345, r.o. 64.

^{592.} Arrest van het Gerecht in de zaak *Danone*, aangehaald in voetnoot 473, r.o. 349.

^{593.} Arrest van het Gerecht in de zaak *Danone*, aangehaald in voetnoot 473, r.o. 281. Wanneer de Commissie de *effectieve* uitbreiding van de omvang van het kartel als verzwarende omstandigheid karakteriseert, dan moet zij kunnen bewijzen dat de uitgeoefende druk inderdaad tot dergelijke uitbreiding heeft geleid. Zie r.o. 282-311 van hetzelfde arrest.

^{594.} Arrest van het Gerecht in T-15/02, *BASF*, aangehaald in voetnoot 442, r.o. 280-281 en *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, 560-561.

^{595.} Arrest in T-15/02, *BASF*, aangehaald in voetnoot 442, r.o. 316.

^{596.} Arrest in T-15/02, *BASF*, aangehaald in voetnoot 442, r.o. 376.

^{597.} Arrest in T-15/02, *BASF*, aangehaald in voetnoot 442, r.o. 374.

^{598.} Arrest in T-15/02, *BASF*, aangehaald in voetnoot 442, r.o. 348-349.

^{599.} Arrest in T-15/02, *BASF*, aangehaald in voetnoot 442, r.o. 427.

^{600.} Arrest in T-15/02, *BASF*, aangehaald in voetnoot 442, r.o. 403.

^{601.} Arresten van het Gerecht *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 638-639 en *Danone*, aangehaald in voetnoot 473, r.o. 164 en 422-424.

^{602.} Arrest *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 504. Bij die beoordeling lijkt het Gerecht er rekening mee te houden dat de betrokken ondernemingen (financiële instellingen) beschikken over de nodige middelen “om zich nauwkeurige en correcte juridische adviezen te verschaffen” (*ibid.*).

^{603.} Arrest van het Gerecht in de zaak *Danone*, aangehaald in voetnoot 473, r.o. 404-408.

^{604.} Arrest van het Gerecht in T-329/01, *Archer Daniels Midland*, aangehaald in voetnoot 349, r.o. 300 en in de zaak *SNCZ*, aangehaald in voetnoot 565, r.o. 84.

^{605.} Arresten van het Gerecht in T-329/01, *Archer Daniels Midland*, aangehaald in voetnoot 349, r.o. 299, in de T-59/02, *Archer Daniels Midland*, aangehaald in voetnoot 478, r.o. 359, in de zaak *Degussa*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 350 en in de zaak *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 652-653.

^{606.} Arresten van het Gerecht in T-15/02, *BASF*, aangehaald in voetnoot 442, r.o. 266 en *BASF (vitamine B4)*, aangehaald in voetnoot 345, r.o. 129.

vorm van *treble damages*) en, gedeeltelijk, aan afnemers die zijn gevestigd in de Europese Unie⁶⁰⁷;

- het niet uitvoeren van de gemaakte kartelafspraken; immers, het is mogelijk dat de “valsspeler” poogt zich het kartel ten nutte te maken⁶⁰⁸. Deze rechtspraak verhoogt nog verder de druk op ondernemingen die bij een kartel betrokken zijn: bij gebrek aan een uitdrukkelijke distantiëring van de inbreuk blijven zij ten volle aansprakelijk voor de inbreuk;
- de omstandigheid dat voor een onderneming geen verzwarende omstandigheden in aanmerking worden genomen, betekent nog niet dat voor haar verzachtende omstandigheden gelden⁶⁰⁹. In dezelfde zin: de omstandigheid dat een onderneming niet hoorde tot de initiatiefnemers van de inbreuk impliceert nog niet dat zij een louter passieve rol zou hebben gespeeld⁶¹⁰;
- dat de betrokken sector in een “crisis” zou verkeren levert niet noodzakelijk een verzachtende omstandigheid op: kartels ontstaan immers over het algemeen wanneer een sector problemen heeft⁶¹¹.

235. De besproken periode bracht eveneens de bevestiging van de vaste rechtspraak dat de Commissie bij de bepaling van het bedrag van de geldboete geen rekening hoeft te houden met de deficitaire situatie van de betrokken onderneming, om te vermijden dat een “ongerechtvaardigd concurrentievoordeel” zou worden verschaft aan “ondernemingen die het minst zijn aangepast aan de eisen van de markt”⁶¹².

236. Werden tijdens de besproken periode wél – principieel – aanvaard als verzachtende omstandigheid:

- het feit dat een onderneming kartelbijekomsten veel onregelmatiger heeft bijgewoond dan de “gewone” deelnemers aan de inbreuk, wat een indicatie “kan” zijn van haar passieve rol⁶¹³;
- het feit dat een onderneming pas veel later op de markt is gekomen dan de andere deelnemers “kan” een grond opleveren voor een verzachtende omstandigheid⁶¹⁴.

237. De beëindiging van een inbreuk vanaf de eerste door de Commissie ondernomen stappen *kan* worden aanzien als een verzachtende omstandigheid (het werd als dusdanig vermeld door de Commissie in een vroegere versie van de boeterichtsnoeren). Maar dat is geen automatisme: het gaat immers enkel om “*een passende en normale reactie*” die hoe dan ook niet kan worden aanzien als “medewerking met het onderzoek”, nu zij er niet toe bijdraagt dat de vervolging door de Commissie doeltreffender wordt⁶¹⁵. Overigens veronderstelt deze hypothese dat de betrokken onderneming er *door het optreden van de Commissie* toe is aanzet om de inbreuk te beëindigen; wanneer een onderneming reeds voordien tot betere inzichten was gekomen kan er geen sprake meer zijn van een verzachtende omstandigheid⁶¹⁶.

7. *Bis in idem*

238. Tijdens de besproken periode bevestigt het Hof de (in de vorige aflevering van de *Kroniek* gesignaleerde) rechtspraak van het Gerecht dat het beginsel *ne bis in idem* niet van toepassing is wanneer de Commissie een kartel bestraft dat voordien reeds is bestraft door de autoriteiten van één of meer derde landen⁶¹⁷. Meer in het algemeen is er ook volgens het Hof geen enkel ander rechtsbeginsel op grond waarvan de Commissie verplicht zou zijn om rekening te houden met vervolgingen en boetes in derde landen⁶¹⁸.

8. *De clementieregeling*

239. De besproken periode brengt bevestiging van vaste rechtspraak dat “*een vermindering van het bedrag van een geldboete wegens medewerking slechts is gerechtvaardigd, indien de onderneming zich aldus heeft gedragen dat het voor de Commissie gemakkelijker was om inbreuken [...] vast te stellen en tegen te gaan [...] en heeft blijk gegeven van*

⁶⁰⁷. Arrest in T-59/02, *Archer Daniels Midland*, aangehaald in voetnoot 478, r.o. 349-352. Het feit dat de Commissie in een eerdere beschikking de betaling van schadeloosstelling wél beschouwde als een verzachtende omstandigheid heeft niet de minste relevantie (*ibid.*, r.o. 353-354).

⁶⁰⁸. Arresten van het Gerecht *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 490-491, *Union Pigments*, aangehaald in voetnoot 471, r.o. 130 en *Bolloré*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 200. Op zijn minst is noodzakelijk dat de betrokken onderneming de werking van het kartel heeft verstoord: arrest van het Gerecht *Daiichi Pharmaceutical Co.*, aangehaald in voetnoot 534, r.o. 129.

⁶⁰⁹. Arrest van het Gerecht *Jungbunzlauer*, aangehaald in voetnoot 541, r.o. 257.

⁶¹⁰. Arrest *Brouwerij Haacht*, aangehaald in voetnoot 571, r.o. 79.

⁶¹¹. Arrest *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 510; arrest *Hans Heubach*, aangehaald in voetnoot 524, r.o. 139; arrest in de zaak *Prym*, aangehaald in voetnoot 353, r.o. 207.

⁶¹². Arrest van het Hof in C-308/04 P, *SGL Carbon*, aangehaald in voetnoot 496, r.o. 105; arrest van het Gerecht in de zaak *Danone*, aangehaald in voetnoot 518, r.o. 413.

⁶¹³. Arresten van het Gerecht *Brouwerij Haacht*, aangehaald in voetnoot 571, r.o. 75, *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 482 en *Coats Holdings*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 210.

⁶¹⁴. Arrest *Brouwerij Haacht*, aangehaald in voetnoot 571, r.o. 75.

⁶¹⁵. Arrest van het Gerecht in T-329/01, *Archer Daniels Midland*, aangehaald in voetnoot 349, r.o. 278.

⁶¹⁶. Arrest *Dalmine*, aangehaald in voetnoot 462, r.o. 158.

⁶¹⁷. Zie met name de arresten van het Hof *Archer Daniels Midland*, aangehaald in voetnoot 531, r.o. 46-52, *SGL Carbon*, aangehaald in voetnoot 495, r.o. 24 e.v., alsmede het arrest *Showa Denko*, aangehaald in voetnoot 521, r.o. 50-56. Zie over dit punt *Kroniek 2003-2005*, T.B.H. 2006, 271, randnr. 228.

⁶¹⁸. Arrest van het Hof in C-308/04 P, *Showa Denko*, aangehaald in voetnoot 521, r.o. 33-38.

een werkelijke geest van medewerking”⁶¹⁹. Bovendien mag de Commissie zich in haar clementieregels een beoordelingsbevoegdheid voorbehouden wat betreft de verminderingen die zij toekent⁶²⁰.

240. Het ter hand stellen van bewijsmateriaal met betrekking tot een inbreuk waarvoor de betrokken onderneming geen geldboete kan krijgen (omdat ze verjaard zijn) wettigt niet de toekenning van een vermindering van de boete voor een andere inbreuk⁶²¹.

241. Een onderneming die “vrijwillig” toestemt in een huiszoeking (zodat de Commissie die niet bij beschikking hoeft te gelasten) verleent geen medewerking die haar recht geeft op een boetevermindering, aldus het Gerecht. Immers, de Commissie had evengoed die huiszoeking kunnen gelasten⁶²². Wanneer een onderneming een antwoord verstrekt op een verzoek om inlichtingen terwijl zij (op grond van het zwijgrecht) niet verplicht was zulks te doen, is dat te beschouwen als een “spontane medewerking” die een vermindering van de geldboete “kan” (sic) rechtvaardigen⁶²³. In dit verband moet wel rekening worden gehouden met de rechtspraak inzake de beperkte reikwijdte van het zwijgrecht⁶²⁴.

242. Doorslaggevend bewijsmateriaal doelt niet op bewijzen die op zichzelf volstaan om het bestaan van de inbreuk aan te tonen: het volstaat dat het betrokken materiaal “rechtstreeks” kan worden gebruikt als “voornaamste bewijs” van de inbreuk⁶²⁵. Dat zal niet noodzakelijk het geval zijn met bewijsstukken die de Commissie toelaten om een verificatie te gelasten, mede gelet op het bescheiden niveau van aanwij-

zingen waarover de Commissie hieromtrent moet beschikken⁶²⁶.

243. Bewijsmateriaal kan door een clementieverzoeker ook mondeling aan de Commissie worden verstrekt; het staat dan aan de Commissie om van de mondelinge verklaring een proces-verbaal op te stellen⁶²⁷. Weliswaar hoeft de Commissie daartoe niet onmiddellijk een bespreking vast te leggen als zij niet meteen de nodige personeelsleden kan vrijmaken: dat creëert het risico voor de onderneming die een mondelinge verklaring wil afleggen dat andere ondernemingen (die documentair bewijs aanbieden) haar voor zullen zijn⁶²⁸. Het is dus raadzaam eerst het beschikbare documentaire bewijs voor te leggen, en de mondelinge verklaring nadien zo snel als redelijkerwijs mogelijk af te leggen⁶²⁹. De onderneming kan ook zelf een proces-verbaal opstellen van de verklaringen van haar betrokken personeelsleden en dat document aan de Commissie overhandigen⁶³⁰. Deze werkwijze wordt in de praktijk niet toegepast, naar verluidt uit angst dat de betrokken documenten zouden kunnen worden opgevraagd door andere mededingingsautoriteiten of door andere partijen die voor een (Angelsaksische) rechtbank een schadevordering hebben ingesteld.

244. Ook bij de toepassing van de clementieregels moet rekening worden gehouden met de rol van de volle rechtsmacht van het Gerecht. Dat blijkt onder meer uit het arrest *BASF*. Nadat het Gerecht heeft uitgemaakt dat de Commissie ten onrechte had geweigerd te erkennen dat een onderneming als eerste clementieverzoeker doorslaggevend bewijs had verstrekt van een inbreuk, oordeelt het Gerecht in het kader van zijn volle rechtsmacht dat die onderneming *toch*

⁶¹⁹. Arresten van het Gerecht *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 530, *Degussa*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 380, *Prym*, aangehaald in voetnoot 353, r.o. 251 en *BASF (vitamine B4)*, aangehaald in voetnoot 345, r.o. 90 en 92.

⁶²⁰. Arrest *BASF (vitamine B4)*, aangehaald in voetnoot 345, r.o. 91.

⁶²¹. Arrest *BASF (vitamine B4)*, aangehaald in voetnoot 345, r.o. 222.

⁶²². Arrest *France Télécom*, aangehaald in voetnoot 399, r.o. 281. Overigens, beroepen tegen beschikkingen waarin verificaties worden gelast falen vrijwel steeds. Zie, tijdens de besproken periode, de beschikking van het Hof van 30 maart 2006, C-110/04 P, *Srintzis Lines Shipping SA/Commissie*, *Jur.* 2006, I-44 alsmede de arresten van het Gerecht van 8 maart 2007, T-340/04, *France Télécom SA*, *Jur.* 2007, II-573 en van 12 juli 2007, T-266/03, *Groupement des cartes bancaires (CB)*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

⁶²³. Arrest *Brouwerij Haacht*, aangehaald in voetnoot 571, r.o. 107, arrest *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, aangehaald in voetnoot 344, r.o. 529. Heel duidelijk is de rechtspraak op dit punt niet: in het arrest *Roquette Frères* bv. acht het Gerecht het onnodig om te onderzoeken of het verzoek om inlichtingen van de Commissie de adressaat van het verzoek ertoe noopte om bekentenissen af te leggen; vervolgens merkt het Gerecht op dat “vrijwillige” antwoorden op een verzoek om inlichtingen “niet noodzakelijkerwijs getuigen van een spontane medewerking” (r.o. 266 van het arrest).

⁶²⁴. Besproken in randnr. 196, *supra*.

⁶²⁵. Arrest in T-15/02, *BASF*, aangehaald in voetnoot 442, r.o. 493.

⁶²⁶. Arrest in T-15/02, *BASF*, aangehaald in voetnoot 442, r.o. 517. Deze uitspraak lijkt mede aanleiding te zijn geweest voor de thans toepasselijke clementieregels, die bepalen dat een onderneming, om voor immuniteit in aanmerking te komen, als eerste informatie en bewijsmateriaal moet verschaffen dat, naar de mening van de Commissie, de Commissie in staat stelt een “gerichte” inspectie uit te voeren in verband met het vermeende kartel of een inbreuk op art. 81 vast te stellen in verband met het vermeende kartel (Med. Comm. betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken, *PB.* 2006, C. 298, 17, ov. 8).

⁶²⁷. Arrest in T-15/02, *BASF*, aangehaald in voetnoot 521, r.o. 495-502.

⁶²⁸. Te noteren in dat verband dat het aanbod om een verklaring af te leggen niet volstaat: het bewijsmateriaal moet daadwerkelijk aan de Commissie zijn verstrekt. Tot dat is geschied, kan de betrokken onderneming worden “ingehaald” door andere berouwvolle clementiezoekers. Arrest in T-15/02, *BASF*, aangehaald in voetnoot 442, r.o. 522 en 526.

⁶²⁹. Arrest in T-15/02, *BASF*, aangehaald in voetnoot 442, r.o. 503-505. De thans toepasselijke mededeling inzake medewerking laat de Commissie overigens toe een “marker” te verlenen aan een onderneming die een clementieaanvraag indient. Een “marker” is een (voorlopig) bewijs van “rangorde”, dat toelaat de verkregen rang te behouden op voorwaarde dat de aanvraag binnen een (door de diensten van de Commissie) bepaalde termijn wordt “vervolledigd” met de informatie en het bewijsmateriaal die vereist zijn om de bewijsdrempel voor immuniteit te halen (Med. Comm. betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken, *PB.* 2006, C. 298, 17, ov. 15).

⁶³⁰. Arrest in T-15/02, *BASF*, aangehaald in voetnoot 442, r.o. 526.

niet in aanmerking komt voor (volledige) boete-immuniteit. Immers, aldus het Gerecht, zij had de Commissie pas benaderd nadat de Amerikaanse mededingingsautoriteiten een onderzoek naar de feiten hadden geopend, en handelde dus “onder druk” van het risico dat de inbreuk sowieso zou worden ontdekt door de Commissie. In die omstandigheden acht het Gerecht een vermindering met 75% “passend”⁶³¹.

9. Uitvoerbaarheid van boetebeschikkingen hangende beroep bij het Gerecht

245. In de *IBP*-beschikking⁶³² bevestigt de president van het Gerecht de strenge rechtspraak inzake de uitvoerbaarheid van een boetebeschikking hangende het beroep tegen die beschikking. De Commissie stemt er mee in, de uitvoering van dergelijke beschikking op te schorten tot de uitspraak van het Gerecht, op voorwaarde evenwel dat hetzij het bedrag van de boete voorlopig wordt betaald hetzij een voor de Commissie aanvaardbare bankgarantie wordt gesteld voor het bedrag van de boete en de voorzienbare interesten. De beschikking verwerpt het verzoek om opschorting van wat wordt aangeduid als de “verplichting” tot het stellen van een bankgarantie⁶³³. Het volstaat niet, aldus de beschikking, dat de vennootschap aan wie de boete is opgelegd niet in staat is om de gevraagde bankgarantie te bekomen; eveneens moet worden aangetoond dat (ook) de (rechtstreekse en onrechtstreekse) controlerende aandeelhouders niet in staat zijn de door de Commissie geëiste zekerheden te stellen. Immers, aldus de beschikking, de belangen van de vennootschap aan wie een boete is opgelegd zijn niet te onderscheiden van de belangen van de persoon of personen die deze vennootschap controleren⁶³⁴. De *IBP*-beschikking maakt duidelijk dat in dit verband tot op de top van de piramide moet worden gegaan – in het geval van *IBP* betekende dat: een durfkapitaalinvesteerder waarvan, zo lijkt het, niet eens

werd beweerd dat deze op enigerlei wijze aansprakelijk kon worden gesteld voor de beweerde inbreuk⁶³⁵. Dat een vrijstelling voor het stellen van een bankgarantie enkel wordt verleend op voorwaarde dat de beboete persoon aantoont dat niet enkel hijzelf, maar ook geen enkel van de leden van de onderneming waartoe die persoon behoort (inclusief personen die niet aansprakelijk zijn voor de inbreuk), in staat is zo’n bankgarantie te bekomen staat, volgens de *IPB*-beschikking, niet op gespannen voet met artikel 6 EVRM⁶³⁶.

246. Evenmin ziet het Gerecht er graten in dat het bedrag van de boete moet worden betaald nog vooraleer de rechter uitspraak heeft gedaan over de wettigheid van die boete. Weliswaar volgt uit artikel 6 EVRM dat de schuld van een persoon die het voorwerp uitmaakt van een inbreuk en (boete-)beschikking enkel komt vast te staan wanneer nadat het Gerecht heeft geoordeeld over het door die persoon ingestelde beroep⁶³⁷. Maar het argument dat de eis tot het stellen van een bankgarantie nog vóór de rechter uitspraak heeft gedaan over de wettigheid van de boetebeschikking niet te rijmen zou vallen met het recht op een eerlijk proces, wordt terzijde gesteld met een striemende verwijzing naar het “openbaar belang” van de uitvoering van de (dus nog niet rechterlijk getoetste) boetebeschikking⁶³⁸. En zelfs indien de beboete entiteit kan aantonen dat zowel zijzelf als alle andere leden van de groep waartoe zij behoort in de objectieve onmogelijkheid verkeren om een bankgarantie te stellen, wordt die onmogelijkheid door de rechter afgewogen tegen “het financiële belang van de Gemeenschap bij invordering van de geldboete en, meer algemeen, tegen het openbare belang bij handhaving van de doeltreffendheid van de communautaire mededingingsvoorschriften en de afschrikkende werking van de door de Commissie opgelegde geldboeten”⁶³⁹. Die afweging kan er toe leiden dat het verzoek om vrijstelling van de verplichting om een bankgarantie te stellen, geheel of gedeeltelijk wordt afgewezen⁶⁴⁰.

⁶³¹. Arrest in T-15/02, *BASF*, aangehaald in voetnoot 442, r.o. 571-574.

⁶³². Beschikking van de president van het Gerecht van 28 maart 2007, T-384/06 R, *IBP Ltd en International Building Products France SA*, *Jur.* 2007, II-30.

⁶³³. Dergelijke kwalificatie lijkt moeilijk te rijmen met het arrest van het Gerecht van 21 april 2005 in T-28/03, *Jur.* 2005, II-1357, besproken in *Kroniek 2003-2005*, T.B.H. 2006, 271, randnr. 234, waarin een vordering tot terugbetaling van de kosten van de bankgarantie (na vernietiging van de boetebeschikking) wordt afgewezen o.m. op basis van de overweging dat het stellen van een bankgarantie een “optie” is voor de beboete onderneming, ten einde te ontsnappen aan de onmiddellijke uitvoering van de beschikking. Die rechtspraak wordt tijdens de besproken periode bevestigd in de Beschikking van het Gerecht van 12 december 2007, T-113/04, *Atlantic Container Line e.a.*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*; in die beschikking wordt zelfs opgemerkt dat dit een volledig vrije keuze is van de betrokken persoon (r.o. 38).

⁶³⁴. Beschikking *IBP*, r.o. 67. In r.o. 83 van dezelfde beschikking wordt daar nog aan toegevoegd dat de groepsaansprakelijkheid de tegenhanger is van het feit dat de boete aan “de onderneming” is opgelegd. Deze overweging lijkt betwistbaar: een boete wordt aan één of meer (rechts)personen opgelegd, niet aan “een onderneming”, enkel rechtspersonen die aansprakelijk zijn voor de inbreuk kunnen worden beboet – zij het dat de aansprakelijkheidstoets voor (rechtstreekse of onrechtstreekse) volle moeders bepaald streng is, daarover meer in deel V.A.2. *supra*.

⁶³⁵. Beschikking *IBP*, r.o. 69-75 en 89. In dezelfde zin luidt de beschikking van de president van het Gerecht van 13 juli 2006, T-11/06 R, *Romana Tabacchi Spa*, *Jur.* 2006, II-2491: er wordt een vermogensonderzoek uitgevoerd van de twee (particuliere) aandeelhouders van de beboete vennootschap om na te gaan of zij al dan niet in staat waren de door de Commissie geëiste bankgarantie te verkrijgen (zie r.o. 111-122 van de beschikking).

⁶³⁶. Beschikking *IBP*, r.o. 80-96. Zie ook de beschikking van de president van het Gerecht van 21 januari 2004, T-217/03 R (tijdelijk uitstel om een ondernemersvereniging de gelegenheid te bieden, haar leden om éénmalige contributies te verzoeken teneinde de boete te betalen of een bankgarantie te bekomen).

⁶³⁷. Arrest van het Gerecht van 12 oktober 2007, T-474/04, *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse GmbH*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.* 2007, r.o. 76.

⁶³⁸. Beschikking *IBP*, r.o. 66 en 84.

⁶³⁹. Beschikking *Romana Tabacchi*, r.o. 135.

⁶⁴⁰. Zie bv. beschikking *Romana Tabacchi*, r.o. 135-146.

247. Overigens kunnen de kosten verbonden aan een bankgarantie in geen geval worden verhaald op de Commissie, ook niet als naderhand de boetebeschikking nietig wordt verklaard, tenzij *eveneens* zou worden aangetoond dat de Commissie met die beschikking een “gekwalficeerde schending” maakte van een regel van Gemeenschapsrecht die er toe strekt, rechten aan particulieren toe te kennen⁶⁴¹.

D. Andere remedies dan boetes

248. *Verjaring van de bevoegdheid om te beboeten belet niet dat een inbreukbeschikking wordt vastgesteld.* Verordening (EEG) nr. 2988/74 inzake “de verjaring van het recht van vervolging en van tenuitvoerlegging op het gebied van het vervoers- en het mededingingsrecht” bepaalt dat de bevoegdheid van de Commissie om “geldboetes of sancties” op te leggen verjaart vijf jaar nadat de inbreuken zijn begaan⁶⁴². Het Gerecht leidt daaruit af dat er geen beperking in de tijd bestaat wat betreft de bevoegdheid van de Commissie om een inbreuk vast te stellen. Een inbreukbeschikking is immers geen sanctie, aldus het Gerecht⁶⁴³, en van een schending van het vermoeden van onschuld is evenmin sprake⁶⁴⁴. Weliswaar verzet het beginsel van rechtszekerheid er zich tegen dat de Commissie eindeloos wacht met de uitoefening van haar bevoegdheden, maar daarvan kan geen sprake zijn wanneer de Commissie het bestaan van een opzettelijk geheim gehouden kartel pas na vele jaren ontdekt⁶⁴⁵. Eveneens moet de Commissie in de inbreukbeschikking motiveeren waarom er nog een gewettigd belang bestond om het bestaan van een inbreuk formeel vast te stellen⁶⁴⁶. Deze uitspraak is niet zonder praktisch belang voor de private handhaving van de mededingingsregels, aangezien in sommige lidstaten de verjaringstermijn voor vorderingen tot schadevergoeding pas begint te lopen nadat slachtoffers kennis hebben gekregen van de inbreuk of de schade.

249. *De aanstelling van een “trustee”.* In de zaak *Microsoft* had de Commissie, ten gevolge op de vaststelling van het

bestaan van een misbruik, Microsoft het bevel opgelegd een einde te maken aan de inbreuk, bepaalde “corrigerende maatregelen” geëist (vrijgave van informatie inzake compatibiliteit en commercialisatie van een Windows-besturingsstelsel zonder Windows Media Player) en een “onafhankelijke toezichthoudende trustee” aangesteld om de Commissie te assisteren bij het houden van toezicht op de naleving door Microsoft van de verbodsbeschikking. De Commissie had in haar beschikking de trustee opgedragen om de uitvoering van de corrigerende maatregelen na te gaan en te beoordelen. Het Gerecht erkent dat de Commissie, ook in de context van de tenuitvoerlegging van een beschikking, beroep mag doen op een externe deskundige teneinde opheldering te bekomen over technische vraagstukken. Die derde kan evenwel geen bevoegdheden uitoefenen die aan de Commissie toekomen. Het Gerecht vernietigt dan ook de beschikking in zoverre zij Microsoft verplicht om de aangestelde trustee toegang te verlenen tot haar interne gegevens, gebouwen, werknemers en broncode. Eveneens maakt het Gerecht de tenlastelegging aan Microsoft van de kosten van de trustee ongedaan⁶⁴⁷.

E. Private handhaving

250. Private handhaving, door middel van schadevorderingen, is één van de duidelijke beleidsprioriteiten van de thans in functie zijnde commissaris voor mededinging. Tijdens de besproken periode publiceerde de Commissie een groenboek⁶⁴⁸ en vervolgens een witboek⁶⁴⁹. Het beleid van de Commissie (en met name de keuze voor “domeinspecifieke regels” in plaats van algemene regels die zouden gelden voor alle inbreuken op bepalingen van Gemeenschapsrecht) vindt niet bij alle betrokkenen bijval⁶⁵⁰. Perscommuniqués van de Commissie die de vaststelling van inbreuk en (boete-)beschikkingen aankondigen eindigen thans steeds met de melding dat “*Personen of ondernemingen die schade hebben ondervonden van het mededingingsbeperkende gedrag [...] kunnen voor de nationale rechter schadevergoeding*

⁶⁴¹. Zie het arrest van het Hof *Holcim (Deutschland)*, aangehaald in voetnoot 448, dat de hogere voorziening tegen het arrest van het Gerecht van 21 april 2005 in T-28/03, *Jur.* 2005, II-1357, besproken in *Kroniek 2003-2005, T.B.H.* 2006, 271, randnr. 234; zie eveneens de Beschikking *Atlantic Container Line*, geciteerd in voetnoot 633.

⁶⁴². Verordening van de Raad van 26 november 1974, *PB.* 1974, L. 319, 1.

⁶⁴³. Arrest van het Gerecht van 6 oktober 2005, T-22/02 en T-23/02, *Sumitomo Chemical Co. Ltd en Sumika Fine Chemicals Co. Ltd, Jur.* 2005, II-4065, r.o. 40-61.

⁶⁴⁴. Arrest van het Gerecht in T-22/02 en T-23/02, *Sumitomo Chemical*, r.o. 103-111.

⁶⁴⁵. Arrest van het Gerecht in T-22/02 en T-23/02, *Sumitomo Chemical*, r.o. 86-91.

⁶⁴⁶. Arrest van het Gerecht in T-22/02 en T-23/02, *Sumitomo Chemical*, r.o. 129-139. Bij gebrek aan dergelijke motivering vernietigt het arrest de beschikking van de Commissie. In vergelijking met andere arresten lijkt het Gerecht hier een strenge benadering te volgen wat betreft de motiveringsverplichting van de Commissie. Niettemin lijkt deze passage van het arrest aan te geven dat, mits voldoende motivering, de Commissie wel degelijk een gewettigd belang kan hebben bij de vaststelling van een inbreukbeschikking, bv. om recidive te ontmoedigen dan wel om civiele schadevorderingen te vergemakkelijken.

⁶⁴⁷. Arrest *Microsoft Corp.*, aangehaald in voetnoot 411, r.o. 1260-1278.

⁶⁴⁸. “Schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels”, Com.(2005) 672 DEF, te consulteren op <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=com:2005:0672:fin:nl:pdf>.

⁶⁴⁹. “Schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels”, Com.(2008) 165 DEF, te consulteren op http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_nl.pdf.

⁶⁵⁰. Zie bv. de reactie van de Nederlandse regering op het witboek van 2008, te consulteren op <http://www.ez.nl/dsresource?objectid=158711&type=PDF>.

eisen. Zij kunnen de bekendgemaakte beschikking gebruiken als bewijs dat de betrokken gedraging daadwerkelijk heeft plaatsgevonden en onwettig was. Er kan schadevergoeding worden verleend, zonder dat deze wordt verminderd omdat de Commissie reeds een geldboete heeft opgelegd". In de praktijk blijken ook daadwerkelijk (formele en informele) eisen om vergoedingen te worden geformuleerd eens een kartel aan het licht is gebracht als gevolg van een beschikking van een mededingingsautoriteit⁶⁵¹. In juni 2008 stelde de Commissie zelf een civiele schadevordering in tegen de liftenfabrikanten die ze eerder een boete had opgelegd (aangezien de Commissie naar eigen zeggen ook zelf schade leed als gevolg van het kartel).

251. Op het gebied van de jurisprudentie bracht de besproken periode weinig nieuws. Het arrest *Manfredi* bevestigt de uitspraak in *Courage en Crehan* volgens dewelke de "volle werking" van de artikelen 81 en 82 de mogelijkheid impliceert om, op basis van het toepasselijk nationaal recht en voor de bevoegde rechter, vergoeding te vorderen van schade op voorwaarde dat er een causaal verband bestaat tussen die schade en een inbreuk op die bepalingen⁶⁵². Wat het Hof niet (uitdrukkelijk) vermeldt is dat de eiser eveneens zal moeten aantonen dat de inbreuk ook als een fout is te beschouwen; in het geval van een "klassiek" kartel zal dat in

de regel geen probleem opleveren⁶⁵³. De volle werking van het Gemeenschapsrecht en meer bepaald het doeltreffendheidsbeginsel vereist dat vergoeding moet kunnen worden bekomen van alle effectief geleden schade (inclusief vertragsrente) en verzet zich tegen een "totale uitsluiting" van gedeelde winst⁶⁵⁴. Het Gemeenschapsrecht vereist daarentegen niet dat "punitieve" schadevergoedingen kunnen worden toegekend, maar het verzet zich ook niet tegen het bestaan van dergelijke vergoeding, op voorwaarde dat ze ook zonder onderscheid beschikbaar is voor de vergoeding van schade die is geleden als gevolg van een inbreuk op een bepaling van Gemeenschapsrecht⁶⁵⁵.

252. Ook de verjaring van schadevorderingen is een zaak van nationaal recht, onder voorbehoud weliswaar van eerbiediging van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel. Een nationale regel volgens dewelke de verjaringstermijn voor het indienen van een schadevordering begint te lopen op de dag waarop de mededingingsbeperkende afspraak is tot stand gekomen, zou afbreuk kunnen doen aan het doeltreffendheidsbeginsel. Immers, die regel zou als gevolg kunnen hebben dat (in het geval van doorlopende of herhaalde inbreuken) de verjaringstermijn reeds zou zijn verstreken vooraleer de inbreuk is beëindigd⁶⁵⁶.

VI. ARTIKEL 10 *juncto* ARTIKELN 81 EN 82 EG-VERDRAG: MEDEDINGINGSBEPERKENDE OVERHEIDSREGELINGEN

253. Volgens de vaste rechtspraak bestaat strijdigheid met de artikelen 10 *juncto* 81 EG-Verdrag wanneer een lidstaat het totstandkomen van met artikel 81 EG-Verdrag strijdige mededingingsregelingen oplegt of begunstigt, dan wel de werking ervan verstrekt, of aan zijn eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers over te dragen⁶⁵⁷.

254. In het arrest *Cipolla* oordeelde het Hof (grote kamer) dat deze bepalingen een lidstaat niet verbieden wetgeving aan te nemen waarbij de minister op basis van het ontwerp van een beroepsorganisatie van advocaten een bindende tariefregeling met minimumbedragen voor erelonen goed-

keurt⁶⁵⁸. Het Hof meende dat de overheid daardoor zijn verantwoordelijkheid voor interventie op economisch gebied niet overdraagt aan particuliere marktdeelnemers. Enerzijds was de nationale Orde van Advocaten slechts belast met de opstelling van een ontwerp tariefregeling die zelf niet verbindend was. De ontwerpregeling trad niet in werking zonder ministeriële goedkeuring en zolang bleef het oude tarief van kracht. De bevoegdheid om het ontwerp van de orde te wijzigen kwam toe aan de minister die daarbij door twee publiekrechtelijke organen werd bijgestaan. Anderzijds bleven de gerechtelijke instanties bevoegd om op grond van bepaalde criteria de honoraria vast te stellen. De rechter kon in bepaalde uitzonderlijke gevallen ook afwijken van de vastgestelde minimumbedragen⁶⁵⁹.

⁶⁵¹. Eén voorbeeld: meerdere voedingsfabrikanten vorderen voor het Engelse Competition Appeal Tribunal schadevergoeding van de deelnemers aan het vitaminedkartel, waarover het Gerecht tijdens de besproken periode uitspraak deed in het arrest *BASF*, aangehaald in voetnoot 442.

⁶⁵². Arrest *Manfredi*, aangehaald in voetnoot 435, r.o. 60-61.

⁶⁵³. Over dit vraagstuk zie o.m. L. CORNELIS en H. GILLIAMS, "Private enforcement of the competition rules in Belgium", *T.B.M.* 2007/11, nrs. 21-29.

⁶⁵⁴. Arrest *Manfredi*, aangehaald in voetnoot 435, r.o. 95-97.

⁶⁵⁵. Arrest *Manfredi*, aangehaald in voetnoot 435, r.o. 92-93.

⁶⁵⁶. Arrest *Manfredi*, aangehaald in voetnoot 435, r.o. 78-79. Dezelfde conclusie geldt natuurlijk wanneer het zou gaan om heimelijke afspraken.

⁶⁵⁷. Zie beschikking van het Hof van 17 februari 2005, C-250/03, *Mauri*, *Jur.* 2005, I-1267, r.o. en de daar aangehaalde rechtspraak. Voor een systematische bespreking van de rechtspraak wordt verwezen naar de vorige *Kronieken*.

⁶⁵⁸. Arrest van het Hof van 5 december 2006, C-94/04 en C-202/04, *Cipolla e.a.*, *Jur.* 2006, I-11421.

⁶⁵⁹. Arrest *Cipolla*, r.o. 50 en 52.

VII. ARTIKEL 86 EG-VERDRAG: OPENBARE ONDERNEMINGEN

A. Artikel 86, lid 1 EG-Verdrag

255. *Algemeen.* Artikel 86, lid 1 EG-Verdrag 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.

256. Deze bepaling heeft geen zelfstandige betekenis, maar dient te worden gelezen in samenhang met de overige relevante verdragsregels⁶⁶⁰. De verenigbaarheid van een maatregel van een lidstaat dient dus getoetst te worden aan de diverse regels van het verdrag. Tijdens de besproken periode is de rechtspraak schaars.

257. *Mededingingsregels.* Thans mag gezegd worden dat de juridische maatstaf om een maatregel aan artikel 86, lid 1 *juncto* artikel 82 te toetsen, definitief in de rechtspraak is ingebed. De verlening door de overheid van bijzondere of uitsluitende rechten in de zin van artikel 86, lid 1 EG-Verdrag schept misschien wel een machtspositie, maar is als zodanig niet onverenigbaar met artikel 82 EG-Verdrag. Een lidstaat handelt enkel in strijd met de in deze twee bepalingen vervatte verboden wanneer de betrokken onderneming door de enkele uitoefening van de haar toegekende exclusieve of bijzondere rechten misbruik maakt van haar machtspositie, of indien deze rechten een situatie kunnen creëren waarin die onderneming tot een dergelijke misbruik wordt gebracht. Tijdens de besproken periode kwam het Hof evenwel niet toe aan een concrete toepassing van deze maatstaf. De verwijzende nationale rechter had te weinig feitelijke gegevens verstrekt over de relevante markt en de wijze waarop de houder van het exclusief of bijzonder recht een machtspositie zou hebben⁶⁶¹.

258. *Regels inzake overheidsopdrachten.* De aanbestedende diensten zijn onderworpen aan de Europese richtlijnen inzake overheidsopdrachten en de fundamentele regels van het verdrag, met name het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit⁶⁶², het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers op overheidsopdrachten en het transparantiebeginsel. In de zaak *ANAV* had een gemeente de openbare vervoerdienst op haar grondgebied zonder een openbare

aanbestedingsprocedure gegund aan een vennootschap waarvan de aandelen en het toezicht volledig in haar handen waren. Het Hof oordeelde dat blijkens artikel 86, lid 1 EG-Verdrag de lidstaten in beginsel geen nationale wetgeving kunnen handhaven waarbij de gunning van openbare dienstenconcessies wordt toegestaan zonder oproep tot mededinging, omdat deze gunning in strijd is met de artikelen 43 of 49 EG-Verdrag of de hoger genoemde grondbeginselen⁶⁶³. In casu meende het Hof evenwel dat de nationale regeling in overeenstemming was met het Gemeenschapsrecht, omdat de gemeente op de vennootschap toezicht uitoefende zoals op haar eigen diensten *en* de vennootschap het merendeel van haar werkzaamheden verrichtte ten behoeve van de gemeente (zgn. “in house”-situatie)⁶⁶⁴. Een bijzonder geval doet zich voor wanneer een overheidsinstantie zonder oproep tot mededinging een overheidsopdracht gunt aan een openbare vennootschap waarvan het kapitaal volledig in handen is van de overheid en die op het nationale grondgebied de leverancier is van de universele (post)dienst⁶⁶⁵. Ofschoon hier geen “in-house”-situatie voor ligt, is een gunning van de overheidsopdracht zonder oproep tot mededinging toch toegelaten indien zij zich beperkt tot de diensten die een liberalisatierichtlijn nog aan de universele dienstverlener heeft voorbehouden. De Gemeenschapswetgever heeft deze diensten (voorlopig) aan de mededinging onttrokken waardoor de Europese aanbestedingsrichtlijnen en artikel 86, lid 1 *juncto* de andere bepalingen van het EG-Verdrag niet van toepassing zijn⁶⁶⁶. In casu voerde de richtlijn 97/67/EG een geleidelijke en gecontroleerde liberalisatie van de postsector in. De lidstaten mogen de binnenlandse brievenpost met een gewicht van minder dan 350 gram exclusief aan de leverancier van de universele postdienst voorbehouden. Bijgevolg kan een aanbestedende dienst deze brievenpost zonder een voorafgaande oproep tot mededinging aan deze leverancier toevertrouwen.

B. De rechtvaardigingsgrond van artikel 86, lid 2 EG-Verdrag

259. Artikel 86, lid 2 EG-Verdrag bepaalt dat ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang vallen onder de regels van het verdrag tenzij de

⁶⁶⁰. Arrest van het Hof van 19 april 2007, C-295/05, *Asemfo*, *Jur.* 2007, I-2999, r.o. 40.

⁶⁶¹. Arresten van het Hof van 30 maart 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, C-451/03, *Jur.* 2006, I-2941, r.o. 23 en van 13 december 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium NV e.a./Belgische Staat*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 17.

⁶⁶². Voor wat de vrije vestiging en het vrij verkeer van diensten betreft, is het verbod opgenomen in de art. 43 en 49 EG-Verdrag.

⁶⁶³. Arrest van het Hof van 6 april 2006, C-410/04, *ANAV*, *Jur.* 2006, I-3303, r.o. 20. De uitzondering voor “in house”-situaties ligt verankerd in de vaste rechtspraak van het Hof.

⁶⁶⁴. Arrest *ANAV*, r.o. 24-33, hetgeen een toepassing is van de vaste rechtspraak van het Hof volgens welke de art. 43 en 49 EG-Verdrag alsmede de algemene beginselen waarvan zij de bijzondere uitdrukking vormen, niet gelden voor openbare dienst-concessies wanneer deze twee voorwaarden vervuld zijn (zie bv. arrest van het Hof van 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, *Jur.* 2005, I-8585, r.o. 62).

⁶⁶⁵. Arrest van het Hof van 18 december 2007, C-220/06, *Asociacion Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia/Administracion General del Estado*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 76-77.

⁶⁶⁶. Arrest *Asociacion Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia/Administracion General del Estado*, r.o. 38-41 en 86-87.

toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde taak verhindert.

260. Exclusieve rechten. In het verleden heeft het Hof beslist dat deze uitzonderingsgrond kan ingeroepen worden om de toekenning van exclusieve rechten te rechtvaardigen. Ingevolge het bekende arrest *Corbeau* mogen de lidstaten exclusieve – mededingingsbeperkende – rechten verlenen aan aanbieders van de universele postdienst *wanneer* die rechten noodzakelijk zijn om hen in staat te stellen hun taak van algemeen belang in economisch aanvaardbare omstandigheden te vervullen. Een onderneming die met een taak van algemeen belang is belast, dient de mogelijkheid te hebben de resultaten van rendabele en minder rendabele sectoren onderling te compenseren. Bijgevolg is een beperking (*c.q.* uitsluiting) van de mededinging door particuliere ondernemers in de economisch rendabele sectoren gerechtvaardigd⁶⁶⁷. Nadien heeft de Gemeenschapswetgever het criterium van het financiële evenwicht opgenomen in de liberaliseringsrichtlijnen voor de postsector. Zo bepaalt artikel 7 van richtlijn 97/67 dat “voor zover nodig voor de handhaving van de universele dienst” de binnenlandse brievenpost, de grensoverschrijdende post en de directe mail binnen bepaalde prijs- en gewichtklassen aan de aanbieder van de universele dienst mogen worden voorbehouden. In het arrest *International Mail Spain* besliste het Hof dat het gebruik van het woordje “nodig” verhindert dat die postactiviteiten op basis van loutere overwegingen van doeltreffendheid aan de verlener van de universele postdienst worden voorbehouden. Een lidstaat die de grensoverschrijdende post wenst voor te behouden aan de leverancier van de universele postdienst, moet het bewijs leveren dat zonder dit voorbehoud de universele dienst niet kan worden gewaarborgd of dat dit voorbehoud noodzakelijk is om de universele dienst onder economisch aanvaardbare omstandigheden te verrichten⁶⁶⁸.

261. Kort nadien oordeelde het Hof dat een lidstaat de diensten die uit hoofde van artikel 7 aan de leverancier van de universele postdienst zijn voorbehouden, niet naar eigen goeddunken kan uitbreiden. Aldus mag een lidstaat aan de leverancier van de universele dienst niet het exclusief recht verlenen om aan overheidsinstanties niet-voorbehouden diensten te leveren. Een dergelijke uitbreiding druist in tegen het doel van de richtlijn om de postsector geleidelijk en op gecontroleerde wijze te liberaliseren. Het feit dat bepaalde diensten niet “voorbehouden” zijn in de zin van artikel 7 van de richtlijn 97/67, betekent dat hun voorbehoud niet noodza-

kelijk werd geacht om de uitbating van de universele postdienst onder economisch aanvaardbare omstandigheden te waarborgen. Een exclusief recht van levering van niet-voorbehouden diensten aan overheidsinstanties kan niet op grond van artikel 86, lid 2 EG-Verdrag worden gerechtvaardigd⁶⁶⁹.

262. Onbillijke prijzen. Op het gebied van de milieubescherming dienen de “*Der Grüne Punkt*”-arresten van het Gerecht te worden vermeld. In Duitsland exploiteert slechts één onderneming (DSD) een collectief systeem voor de ophaling en verwerking van verpakkingsmateriaal over het gehele nationale grondgebied. De producenten en verkopers van verpakkingsmateriaal die zich bij het collectief systeem aansluiten, waren gehouden tot de betaling van een licentievergoeding die niet afhangt van het daadwerkelijk gebruik van het collectief systeem, maar van het aantal verpakkingen dat zij met het logo *Der Grüne Punkt* in de handel zouden brengen. Het gevolg was dat de producenten of verkopers in geval van een gelijktijdig beroep op een eigen of concurrerend systeem, niettemin voor diensten betaalden die zij niet van DSD afnamen maar van een ander systeem (onbillijke prijzen). Bovendien was het voor producenten en verkopers niet langer rendabel zich aan te sluiten bij een concurrerend eigen of collectief systeem aangezien zij vergoedingen aan DSD en het concurrerend systeem verschuldigd waren (uitsluiting van concurrenten). De Europese Commissie meende dat DSD zich schuldig maakte aan misbruik van machtspositie. DSD beriep zich op de uitzondering van artikel 86, lid 2 EG-Verdrag. Het Gerecht erkende dat het aanbieden van een collectief systeem voor de ophaling en verwerking van verpakkingen een dienst van algemeen economisch belang in de zin van artikel 86, lid 2 EG-Verdrag is. Volgens het Gerecht was het bewijs echter niet geleverd dat het verbod voor DSD om een licentievergoeding aan te rekenen voor een dienst waarvan aangetoond is dat hij via een ander systeem wordt verricht, de uitvoering onder economische aanvaardbare voorwaarden van het DSD-systeem in gevaar zou brengen⁶⁷⁰. In een parallelle zaak heeft de Commissie beslist dat DSD de afvalverwijderingsbedrijven waarop zij voor de afhaling en verwijdering van verpakkingen bij de eindgebruiker een beroep doet, niet mag beletten om aan concurrerende systemen containers en installaties aan te bieden. Opnieuw meende het Gerecht dat het medegebruik van de containers en de installaties door concurrenten geen bedreiging vormde voor de uitvoering onder economisch aanvaardbare voorwaarden van de dienst van algemeen economisch belang die aan DSD was toevertrouwd⁶⁷¹.

⁶⁶⁷. Arrest van het Hof van 19 mei 1993, C-320/91, *Corbeau*, *Jur.* 1993, I-2533, r.o. 14-17.

⁶⁶⁸. Arrest van het Hof van 15 november 2007, C-162/06, *International Mail Spain SL/Administracion del Estado Corros*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 40-42 en 49-50.

⁶⁶⁹. Arrest *Asociacion Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia/Administracion General del Estado*, r.o. 81-83, aangehaald in voetnoot 665.

⁶⁷⁰. Arrest van het Gerecht van 24 mei 2007, T-151/01, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 207-210.

⁶⁷¹. Arrest van het Gerecht van 24 mei 2007, T-289/01, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 206-209.

263. Staatssteun. In het arrest *BUPA/Commissie* diende het Gerecht te beslissen of de vergoedingen die de openbare aanbieder van particuliere ziektekostenverzekeringen (Kas voor de particuliere ziektekostenverzekering) uit een fonds ontvangt dat gespijst wordt door bijdragen van de tweede aanbieder van particuliere ziektekostenverzekeringen (“PZ”) op de markt, staatssteun vormt die eventueel kan worden gerechtvaardigd op grond van artikel 86, lid 2 EG-Verdrag⁶⁷². De regeling voert een mechanisme in volgens welke de PZ-verzekeraars met een gunstiger risicoprofiel van verzekerden dan het gemiddelde risicoprofiel van de markt een bijdrage moeten betalen, terwijl PZ-verzekeraars met een ongunstiger risicoprofiel een vergoeding ontvangen. Na een uitgebreide analyse – die een heus draaiboek vormt voor de toepassingsvoorwaarden van artikel 86, lid 2 EG-Verdrag – besluit het Gerecht dat de invoering van de regeling noodzakelijk en evenredig is voor het verrichten voor PZ-diensten met de daaraan verbonden PZ-verplichtingen, zoals uniforme tariefstelling, acceptatieplicht, levenslange dekking en minimumverstrekkingen. Het Gerecht meende eveneens dat de regeling het handelsverkeer niet beïnvloedt in een mate strijdig met het belang van de Gemeenschap.

C. Artikel 86, lid 3 EG-Verdrag

264. Wetgeving. In zijn arrest *Altmark* heeft het Hof van Justitie beslist dat overheidscompensatie voor de openbare dienst niet als staatssteun in de zin van artikel 87 EG-Verdrag moeten worden beschouwd mits aan een viertal voorwaarden is voldaan⁶⁷³. Wanneer de lidstaten niet aan deze criteria voldoen en aan de algemene criteria voor de toepassing van artikel 87, lid 1 EG-Verdrag is voldaan, is compensatie voor de openbare dienst aan te merken als staatssteun. Voor die gevallen heeft de Commissie op grond van artikel 86, lid 3 EG-Verdrag de beschikking 2005/842/EG van 28 november 2005 aangenomen⁶⁷⁴. Deze beschikking preciseerd de voorwaarden waaronder staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt moet worden beschouwd en van de aanmeldingsverplichting van artikel 88, lid 3 EG-Verdrag is vrijgesteld. Voor staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die niet onder de toepassing van beschikking 2005/842/EG valt, blijft de verplichting tot voorafgaande aanmelding gelden. In een communautaire kaderregeling die tegelijkertijd met de beschikking werd bekendgemaakt, heeft de Commissie de voorwaarden uiteengezet waaronder dat soort staatssteun – na aanmelding – op grond van artikel 86, lid 2 EG-Verdrag met de gemeenschappelijke markt verenigbaar kan worden verklaard⁶⁷⁵.

VIII. TOEPASSING VAN DE CONCENTRATIECONTROLEVERORDENING

A. Inleiding

265. Naast enkele opmerkelijke arresten is voor de practicus een belangrijk feit in de besproken periode de op 10 juli 2007 door de Europese Commissie aangenomen geconsolideerde mededeling van de commissie over bevoegdheidskwesties op grond van verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen⁶⁷⁶ die meer informatie geeft over de bevoegdheid van de Europese Commissie onder verordening 139/2004 (concentratieverordening)⁶⁷⁷. Deze richtsnoeren moeten de onderne-

mingen beter in staat stellen om, voorafgaandelijk aan elk contact met de Commissie, te beoordelen of hun operatie valt onder de Europese regels inzake concentratiecontrole. Deze mededeling vervangt en consolideert de bestaande mededelingen over de concepten concentratie⁶⁷⁸, volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen⁶⁷⁹ en betrokken ondernemingen⁶⁸⁰, evenals de mededeling over de berekening van de omzet⁶⁸¹. Ondanks enkele beperkte afwijkingen in de Belgische rechtspraak over de Belgische mededingingswet, zal deze mededeling ook voor de Belgische mededingingswet bijzonder nuttig zijn.

⁶⁷². Arrest van het Gerecht van 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA/Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 259-310.

⁶⁷³. Arrest van het Hof van 24 juli 2003, C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, *Jur.* 2003, I-7747, besproken in *Kroniek 2001-2003*, T.B.H. 2004, 704, randnr. 232.

⁶⁷⁴. Beschikking van de Commissie van 28 november 2005 betreffende de toepassing van art. 86, lid 2 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend, *PB*. L. 312/67 van 29 november 2005.

⁶⁷⁵. Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, *PB*. C. 297/4 van 29 november 2005.

⁶⁷⁶. Beschikbaar op <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/nl.pdf>.

⁶⁷⁷. *PB*. 2004, L. 24/1.

⁶⁷⁸. *PB*. 1998, C. 66/5.

⁶⁷⁹. *PB*. 1998, C. 66/1.

⁶⁸⁰. *PB*. 1998, C. 66/14.

⁶⁸¹. *PB*. 1998, C. 66/25.

B. Schneider Electric: onontvankelijkheid beroep tegen beslissing tot openen van een tweede fase...

266. De *Schneider*-zaak kent een lange en pijnlijke voorgeschiedenis. Op 10 oktober 2001 verklaarde de EG-Commissie bij beschikking op grondslag van het toenmalige artikel 8, lid 3 van verordening nr. 4064/89 (de voorloper van de thans geldende verordening 139/2004 – hierna de “concentratiecontroleverordening”⁶⁸²) de aangemelde concentratie tussen Schneider en Legrand onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt (hierna: “onverenigbaarheidsbeschikking”)⁶⁸³.

Op 13 december 2001 heeft Schneider bij het Gerecht beroep ingesteld tot nietigverklaring van de onverenigbaarheidsbeschikking. Omdat echter de onverenigbaarheidsbeschikking was gegeven na de totstandkoming van de fusie van de twee ondernemingen (openbaar bod), heeft de Commissie op 30 januari 2002 op de grondslag van artikel 8, lid 4 van verordening nr. 4064/89 een beschikking gegeven waarbij Schneider werd gelast zich binnen een termijn van 9 maanden, eindigend op 5 november 2002, af te splitsen van Legrand en bepaalde onderdelen van Legrand niet los van elkaar af te stoten (hierna: “scheidingsbeschikking”). Deze termijn werd later op 5 februari 2003 gebracht naar aanleiding van een kort geding van Legrand tegen de Commissie.

Op 18 maart 2002 heeft Schneider beroep tot nietigverklaring van de scheidingsbeschikking ingesteld (zaak T 77/02).

Bij arrest van 22 oktober 2002 heeft het Gerecht de onverenigbaarheidsbeschikking nietig verklaard⁶⁸⁴. Bij arrest van 22 oktober 2002, heeft het Gerecht de scheidingsbeschikking derhalve nietig verklaard, aangezien zij ter uitvoering van de nietig verklaarde onverenigbaarheidsbeschikking was gegeven⁶⁸⁵.

267. In het kader van het hernieuwde onderzoek⁶⁸⁶ leidde de EG-Commissie op 4 december 2002 een nieuw tweede faseonderzoek in, ondanks diverse voorstellen van Schneider om aan de bezwaren van de Commissie tegemoet te komen. Omdat Schneider echter op 10 december 2002 aan de Commissie meedeelde dat het Legrand conform de scheidingsbeschikking had verkocht, schreef de Commissie op 13 december 2002 Schneider aan met de mededeling dat de concentratieprocedure zonder voorwerp was geworden en de

procedure dus werd beëindigd.

268. Het besproken arrest (in de vorm van een beschikking van de vierde kamer)⁶⁸⁷ behandelt het hoger beroep van Schneider tegen de beschikking van de Commissie waarbij deze laatste in de tweede concentratieprocedure besloot om een tweede faseonderzoek in te stellen (brief van 4 december 2002) en vervolgens besloot om het dossier te sluiten (brief van 13 december 2002) toen Schneider definitief Legrand verkocht.

Eén van de belangrijke vaststellingen in de beschikking om het beroep van Schneider onontvankelijk te verklaren is dat de beslissing van de Commissie om een tweede faseprocedure op te starten geen aanvechtbare beslissing is zoals vereist onder artikel 230(4) EG-Verdrag. Volgens het Gerecht is die beslissing om een grondig onderzoek in te stellen slechts een voorbereidende maatregel die tot doel heeft het onderzoek naar de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt. Dit is in lijn met de “oude” *IBM*-rechtspraak van het Hof⁶⁸⁸.

Interessant is ook dat het Gerecht erop wijst dat de gevolgen van deze beslissing van de Commissie worden bepaald door de concentratiecontroleverordening zelf die op haar beurt door de aanmelding door partijen werd toegepast. Het was uiteindelijk de opschortingsverplichting die uit de verordening en de aanmelding zelf volgt dit ervoor gezorgd heeft dat Schneider de door haar beoogde controle nog niet had kunnen verwerven. Ter vergelijking: gelijkaardige verplichtingen en gevolgen zijn ook te vinden in de concentratiecontrolewet in de Belgische mededingingswet van 10 juni 2006.

Het Gerecht stelt ook dat een beslissing in het kader van concentratiecontrole om een tweede faseonderzoek in te stellen verschilt van de beslissing van de Commissie om een grondig onderzoek in te stellen in het kader van de staatssteunregels. Immers, in dit laatste scenario ontstaat er in hoofdte van de lidstaat pas dan een plicht om de betrokken maatregel op te schorten, die dus niet omwille van de aanmelding voortvloeit uit het EG-Verdrag zelf.

Ook het nietigheidsberoep ingesteld tegen de brief van de Commissie waarbij besloten werd de zaak te sluiten omdat Schneider had afgezien van de voorgenomen transactie na de verkoop van Lagrange, wordt onontvankelijk verklaard. Het Gerecht bevestigt dat, aangezien de procedure zonder voorwerp geworden was, er geen officiële intrekking van de aanmelding door Schneider diende te gebeuren vooraleer de

682. *PB*. 2004, L. 24/1.

683. http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2283_20011010_610_nl.pdf; *PB*. 2004, L. 101/1.

684. Arrest van het Gerecht van 22 oktober 2004, T-310/01, *Schneider Electric/Commissie*, *Jur.* 2004, II 4071, hierna: arrest “*Schneider I*”.

685. Arrest van het Gerecht van 22 oktober 2004, T-77/02, *Schneider Electric/Commissie*, *Jur.* 2004, II-4201, hierna: arrest “*Schneider II*”.

686. Hierbij kan worden opgemerkt dat volgens de concentratiecontroleverordening in geval van dergelijke vernietiging, de termijn voor nieuwe onderzoek onmiddellijk terug begint te lopen op de dag van het arrest. Ter vergelijking, in de Belgische wet tot bescherming van de economische mededinging zoals gecoördineerd bij K.B. van 15 september 2006 wordt daarover niets voorzien.

687. Arrest van het Gerecht van 31 januari 2006, T-48/03, *Schneider Electric/Commissie*, *Jur.* 2006, II-111.

688. Arrest Hof van 11 november 1981, nr. 60/81, *IBM/Commissie*, *Jur.* 1981, 2639, r.o. 10-12. Zie verder o.m. ook het arrest Gerecht van 27 juni 1995, T-186/94, *Guérin automobiles/Commissie*, *Jur.* 1995, II-1753, r.o. 39.

Commissie deze beslissing kon nemen⁶⁸⁹. Volgens het Gerecht is dat ook het verschil met de beslissing van de Commissie om geen gevolg te geven aan een klacht van particulieren in het kader van het mededingingsrecht omdat in dit laatste geval de Commissie een positie inneemt terwijl in *Schneider* de Commissie enkel vaststelde dat de aanmelding zonder voorwerp geworden was, zonder positie te moeten innemen.

Naar aanleiding van het inwerkingtreden van verordening 139/2004 heeft de Commissie haar standpunt betreffende het afzien van een concentratie na het inleiden van het tweede faseonderzoek verduidelijkt in een mededeling⁶⁹⁰.

269. Vervolgens heeft Schneider tegen het arrest van het Gerecht waarin haar beroepen werden onontvankelijk verklaard, een hogere voorziening ingesteld bij het Hof van Justitie, maar die werd bij beschikking van het Hof afgewezen⁶⁹¹. Het Hof bevestigt daarbij ook dat de Commissie ervoor kon opteren om de procedure tot goedkeuring te laten herbeginnen vanaf fase 1 en niet vanaf fase 2. Benieuwd hoe dat in België zou worden aangepakt gelet op het ontbreken van specifieke regels in de Belgische mededingingswet.

C. ...maar wel gedeeltelijke schadevergoeding voor Schneider door fouten van de Commissie

270. Na de onverenigbaarheidsbeschikking van de Commissie leidde Schneider een schadevergoedingsverzoek in tegen de Commissie voor de geleden verliezen. Het Gerecht heeft bij arrest van 11 juli 2007 de Commissie veroordeeld tot het betalen van een schadevergoeding⁶⁹². Het exacte bedrag van de vergoeding moet nog worden begroot. Voor wat betreft de schade voortvloeiend uit de minderprijs die Schneider heeft gekregen bij de gedwongen verkoop van Legrand wordt een expert aangesteld.

Het Gerecht bouwt voort op de vaststaande rechtspraak dat er drie voorwaarden voldaan moeten zijn vooraleer sprake kan zijn van buitencontractuele aansprakelijkheid op grond van artikel 288, 2^{de} alinea EG-Verdrag in hoofde van de Gemeenschap. Er moet sprake zijn van een fout, bestaande uit een onrechtmatige handeling van de betrokken communautaire instelling, een zekere en vaststaande schade en een oorzakelijk verband tussen beide. Het Gerecht vervolgt dat wanneer de fout bestaat uit de onrechtmatigheid van een rechtshandeling, deze een voldoende gekwalificeerde schen-

ding van een rechtsregel, die rechten toekent aan derden, moet bevatten. Het doorslaggevend criterium hier is dat van een ernstige en manifeste miskennen van de grenzen die aan de beoordelingsbevoegdheid van de instelling worden opgelegd⁶⁹³. Indien de betrokken rechtsregel de Commissie geen enkele beoordelingsvrijheid laat, volstaat de loutere schending van deze regel om van een gekwalificeerde schending te spreken. Het argument van de Commissie dat een te ruime toepassing van de aansprakelijkheid een remmende werking zou hebben op haar taak als mededingingsautoriteit werd door het Gerecht aldus ondervangen. De kernoverweging in dat verband is: *“Wanneer daarentegen het gedrag van de instelling bestaat in de vaststelling van een handeling die duidelijk met de rechtsregel in strijd is en de belangen van derden ernstig schaadt, en die niet kan worden gerechtvaardigd of verklaard door de bijzondere beperkingen die objectief voortvloeien uit de uitoefening van de normale activiteit van de instelling, komt de door dat gedrag veroorzaakte schade wel voor vergoeding in aanmerking”*⁶⁹⁴.

271. Schneider riep twee gekwalificeerde schendingen in. De eerste betrof de vastgestelde gebreken bij het analyseren van de marktimpact van de concentratie. Het Gerecht stelt hier vast dat de gebreken in de Commissiebeschikking betreffende de analyse van sectoriële nationale markten buiten Frankrijk geen invloed hadden op de uiteindelijke verbodsbeschikking van de Commissie. Immers, de Commissie had ook problemen vastgesteld op de Franse sectoriële markten. Die problemen zouden op zich reeds volstaan hebben om een verbodsbeschikking te nemen.

De tweede ingeroepen gekwalificeerde schending betreft de rechten van verdediging van Schneider. Het Gerecht stelt vast dat uit de verbodsbeschikking volgde dat de Commissie de rechten van verdediging van Schneider ernstig had geschaad door haar mededeling van de punten van bezwaar aldus op te stellen, dat het voor Schneider niet duidelijk was dat de concentratie nooit zou worden goedgekeurd wanneer zij geen corrigerende maatregelen zou voorstellen teneinde de wederzijdse ondersteuning van haar positie en die van Legrand op de Franse sectoriële markten te verminderen of ongedaan te maken. Het Gerecht oordeelt dat deze schending van de rechten van verdediging op zich een gekwalificeerde schending uitmaakt die tot buitencontractuele aansprakelijkheid kan leiden.

272. Schneider had ook nog acht verzwarende omstandigheden ingeroepen die de geleden schade hebben verergerd of

⁶⁸⁹. Omgekeerd leidt de terugtrekking van de aanmelding er – binnen bepaalde voorwaarden – wel toe dat de Commissie geen beslissing meer kan nemen over de transactie. Zie hierover arrest van het Gerecht van 28 september 2004, T-310/00, *MCI/Commissie*.

⁶⁹⁰. DG Competition Information note on Art. 6(1)c 2nd sentence of Regulation 139/2004 (abandonment of concentrations). Beschikbaar op <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/abandonment.pdf>.

⁶⁹¹. Beschikking van het Hof van 9 maart 2007, C-188/06P, *Schneider Electric/Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

⁶⁹². Arrest van het Gerecht van 11 juli 2007, T-351/03 *Schneider Electric SA /Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

⁶⁹³. Zie r.o. 115 e.v. Zie in de besproken periode ook het arrest van het Hof van 19 april 2007, C-282/05, *Holcim/Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

⁶⁹⁴. Arrest *Schneider*, r.o. 124.

een afzonderlijke schade hebben veroorzaakt. Enkel de belangrijkste worden hierna besproken. Het Gerecht is van oordeel dat de Commissie geen gebrek aan loyaliteit heeft tentoongespreid door de grief inzake wederzijdse versterking van de machtspositie niet voldoende naar voor te brengen in de punten van bezwaar. Het Gerecht vindt evenmin dat de Commissie zich niet als een onafhankelijk beslissingsorgaan heeft opgesteld doordat het team dat de verbodsbeschikking heeft genomen quasi hetzelfde team was als datgene wat de desinvesteringsbeschikking genomen heeft. Tot slot vormden ook de voorwaarden en termijnen voor de desinvestering geen verzwarende omstandigheid.

Inzake causaal verband geeft het Gerecht aan dat men dient na te gaan wat de impact is van de vastgestelde inbreuk op de concentratiecontroleprocedure. Het Gerecht heeft een inbreuk vastgesteld op de rechten van de verdediging, maar het is niet aangetoond dat zonder deze schending de concentratie goedgekeurd zou worden. Het Gerecht stelt ook vast dat de eerste vernietigingsbeslissing niet impliceerde dat de concentratie geldig was of door de Commissie in de daaropvolgende procedure moest worden verenigbaar verklaard, maar enkel dat verder onderzoek nodig was met een verweermogelijkheid voor Schneider. Het Gerecht erkent wel dat aldus aan Schneider een serieuze kans op een voor haar gunstige beschikking werd ontnomen. Omdat het echter te onzeker is welke economische parameters hadden moeten wijzigen om dan nog binnen het juridische toelaatbare kader tot een instemming te kunnen leiden, meent het Gerecht dat het ontnemen van deze kans op zich niet tot een causaal verband leidt met de geleden schade.

273. Daarmee heeft het Gerecht een vrij hoge drempel gelegd op het bekomen van schadevergoeding voor fouten in hoofde van de Commissie bij het beoordeling van concentraties⁶⁹⁵.

Er bestaat echter wel een voldoende causaliteit tussen de schending van de rechten van verdediging en twee andere schadeposten: 1) de kosten gemaakt voor het hernemen van de concentratiecontroleprocedure na het vernietigingsarrest van het Gerecht van 22 oktober 2002⁶⁹⁶ en 2) de prijsvermindering die Schneider heeft moeten toestaan op de verkoopprijs van Legrand om te zorgen dat de verkoop pas doorging nadat er een uitspraak was van het Gerecht in het annulatieberoep tegen de Commissiebeschikking. De Commissie dient de volledige kost van het hernemen van de concentra-

tieprocedure te betalen en twee derden van de prijsvermindering. Dit laatste omdat Schneider, gezien de marktpositie van beide partijen, had moeten weten dat er een kans bestond dat een machtspositie zou worden gecreëerd of versterkt. Niettegenstaande dit risico had Schneider toch besloten het bod gestand te doen op basis van artikel 7 § 3 verordening 4064/89.

274. Verder is interessant dat het Gerecht een verdragingsrente toekent op de te betalen vergoedingen. Daarentegen wordt een verhoging voor de op de vergoeding te betalen nationale belasting afgewezen. De reden daartoe is niet zozeer dat dit principieel niet zou kunnen (daar spreekt het Gerecht zich niet over uit), maar wel dat het bedrag van de vergoeding nog niet vaststaat en ook niet of er überhaupt hierop wel belasting zou moeten betaald worden.

275. Inmiddels heeft de Commissie een hogere voorziening ingesteld bij het Hof van Justitie die nog hangende is op het moment van afsluiten van deze *Kroniek*⁶⁹⁷. Een ander beroep tot schadevergoeding wegens een ten onrechte afgewezen concentratiegoedkeuring in de zaak *Airtours/First Choice* is nog steeds hangende⁶⁹⁸.

D. Het begrip concentratie

276. Bij Commissiebeschikking van 26 juni 2003 werd een concentratie tussen Haniel en Cementbouw – onder voorwaarden – goedgekeurd⁶⁹⁹. Bij arrest van 23 februari 2006⁷⁰⁰ verwerpt het Gerecht het beroep tegen deze beschikking.

Het arrest bevat vooreerst zeer feitelijke overwegingen inzake de vraag wanneer er wel of niet gezamenlijke controle is door minderheidsaandeelhouders. Het belang van deze overwegingen voor de Belgische praktijk is dubbel. Ten eerste lijkt het Gerecht hier de Commissiemededeling ter zake te onderschrijven en dat is belangrijk voor een houvast naar de toekomst toe⁷⁰¹. Ten tweede zullen daardoor deze mededelingen een nog groter belang krijgen bij de beoordeling van gelijkaardige vragen naar concentraties onder de Belgische mededingingswet. Een interessante illustratie hiervan vormt overigens de beslissing van de Raad i.v.m. de vraag naar gezamenlijke of alleencontrole over Belgacom Mobile door Belgacom in het licht van de verwerving door

⁶⁹⁵. Zie o.m. de kritiek van A. DAWES en K. PECL, "Sorry but there's nothing we can do to help: Schneider II and the extracontractual liability of het European Commission in merger cases" *E.C.L.R.* 2008, 151-161; D. ARTS en L. ESKENAZI, "Arrêt *Cheider c. Commission*: la responsabilité extracontractuelle de la Commission dans le cadre du contrôle des concentrations", *J.T. dr. eur.* 2007/10, p. 299.

⁶⁹⁶. Arrest van het Gerecht van 22 oktober 2002, T-310/01, *Schneider Electric/Commissie*, *Jur.* 2002, II-4071.

⁶⁹⁷. Zie persbericht IP/07/1213 en MEMO/07/321, beiden van 6 augustus 2007.

⁶⁹⁸. *PB.* 2003, C. 200.

⁶⁹⁹. *PB.* 2003, L. 282/1 met rectificatie in L. 285/52.

⁷⁰⁰. Arrest van het Gerecht van 23 februari 2006, T-282/02, *Jur.* 2006, II-319.

⁷⁰¹. Mededeling van de Commissie betreffende het begrip concentratie in verordening nr. 4064/89, *PB.* 1998, C. 66/5. Deze mededeling is inmiddels vervangen door de geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/nl.pdf>.

Belgacom van de minderheidsparticipatie van Vodaphone in Belgacom Mobile⁷⁰².

E. Drempelberekening

1. Bij meerdere transacties en toezeggingen

277. In het arrest *Haniel en Cementbouw* geeft het Gerecht aan dat bij meerdere verschillende transacties die formeel los staan van elkaar, men niet zozeer moet kijken naar elke individuele transactie vanuit de vraag of zij meldingsplichtig zijn, maar wel naar de samenhang tussen hen om te zien of zij niet als één globale transactie moeten beschouwd worden, m.a.w. *zou de ene niet zonder de andere tot stand zijn gekomen*.

278. Cementbouw Handel ging in beroep bij het Hof van Justitie, maar tevergeefs. Cementbouw Handel riep in dat het Gerecht een onjuiste uitlegging en toepassing heeft gemaakt van de bevoegdheid van de Commissie inzake concentratiecontrole en van het evenredigheidsbeginsel bij de beoordeling van de beslissing van de Commissie die de eerste toezeggingen ontoereikend vond. Volgens Cementbouw had de concentratie na het eerste ontwerp van toezeggingen geen communautaire dimensie meer en werd de Commissie dus onbevoegd om deze te beoordelen. Het Hof oordeelt echter dat de bevoegdheid van de Commissie om kennis te nemen van een concentratie op een bepaalde datum voor de gehele duur van de procedure moet worden vastgelegd⁷⁰³. Gelet op het belang van de aanmeldingsplicht in het controlesysteem van de Commissie en de taakverdeling tussen de Commissie en de nationale autoriteiten, moet de datum nauw verband houden met deze aanmelding. Wanneer de concentratie op het moment van aanmelding een communautaire dimensie heeft en de toezeggingen slechts partiële maatregelen inhouden die geenszins tot gevolg hebben dat er wordt afgezien van de concentratie, dan maakt het Gerecht geen verkeerde beoordeling wanneer het stelt dat de Commissie bevoegd is om de concentratie te beoordelen. Verder preciseert het Hof dat de toetsing van de evenredigheid van de voorwaarden en verplichtingen die de Commissie aan de partijen kan opleggen geen betrekking heeft op de verificatie van de communautaire dimensie van de concentratie wanneer de voorwaarden zijn uitgevoerd, maar wel op het feit of die voorwaarden en verplichtingen in verhouding staan tot het vastgesteld mededingingsprobleem en dit probleem volledig opheffen.

2. Volgens welke boekhoudregels?

279. Op 5 september 2005 had Gas Natural, een Spaanse onderneming die actief is in de energiesector, de intentie bekendgemaakt om een openbaar bod uit te brengen op alle aandelen van Endesa, eveneens een Spaanse onderneming die vooral actief is in de electriciteitssector. Op 12 september 2005 werd deze transactie door Gas Natural aangemeld bij de Spaanse mededingingsautoriteit. Endesa verzette zich tegen deze transactie. Bij de EG-Commissie argumenteerde Endesa dat de Europese Commissie de bevoegde mededingingsautoriteit was. Bij beslissing van 15 november 2005 heeft de Commissie Endesa geïnformeerd dat de concentratie geen communautaire dimensie had omdat beide ondernemingen meer dan twee derde van hun omzet in Spanje realiseerden⁷⁰⁴. Bijgevolg was niet de EG-Commissie, maar wel de nationale autoriteit(en) bevoegd. Endesa stelde zowel een gewoon beroep als een kort geding in tegen deze beslissing bij het Gerecht van Eerste Aanleg.

280. De zaak ten gronde is interessant omdat het ingaat op de vraag volgens welke boekhoudkundige regels de drempels moeten worden berekend⁷⁰⁵. Het beroep van Endesa was gebaseerd op de bewering dat de Commissie haar omzet verkeerd had berekend, nl. op basis van de Spaanse boekhoudkundige regels, en niet volgens de IAS/IFRS, International Financial Reporting Standards. Het Gerecht volgt echter de Commissie dat de toepasselijke regels in Spanje voor het jaar 2004 deze zijn volgens de algemene boekhoudnormen. De IFRS-regels waren pas vanaf 2005 verplicht.

Het Gerecht stelt ook vast dat waar de concentratiecontroleverordening een exclusieve bevoegdheid voor de EG-Commissie in het leven roept voor concentraties die binnen de verordening vallen, dat niet geldt voor de vraag zelf of de concentratie de drempels overschrijdt of niet. Ook de lidstaten bij wie een concentratie moet worden aangemeld, moeten zich er van vergewissen dat zij wel bevoegd zijn of niet. Dit staat uiteraard een samenwerking tussen de lidstaten en de Commissie of een latere beslissing van de Commissie die zou kunnen afwijken van die van de nationale lidstaat niet in de weg.

281. Volledigheidshalve kan nog worden vermeld dat in de beschikking betreffende het kort geding de voorzitter o.m. aangeeft dat er in casu geen sprake kan zijn van een ernstig en onherstelbaar nadeel dat dringend vermeden dient te worden⁷⁰⁶. Endesa had immers gesteld dat het nadeel erin bestond dat Gas Natural controle zou nemen over Endesa en deze laatste zou beginnen ontmantelen.

⁷⁰². Zie de beslissing van de Raad voor de Mededinging van 30 oktober 2006, zaak CONC-C/C-06/0036, gepubliceerd in het *driemaandelijks tijdschrift van rechtspraak van de Raad 2006/4*, te consulteren op www.mededinging.be en in *T.B.M.* 2007/1, p. 47. Zie eveneens de annotatie van Thomas FRANCHOO, "Het begrip concentratie. Gezamenlijke of uitsluitende zeggenschap", *T.B.M.* 2007/1, p. 57.

⁷⁰³. H.v.J. 18 december 2007, *Cementbouw Handel & Industrie BV/Commissie*, C-202/06 P, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

⁷⁰⁴. Zaak no. COMP/M.3986 – http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/additional_data/m3986_en.pdf.

⁷⁰⁵. Arrest van 14 juli 2006, T-417/05, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

⁷⁰⁶. Beschikking van de voorzitter van het Ger. 1 februari 2006, T-417/05 R, *Endesa/Commissie*.

Endesa stelde dat het nadeel niet alleen haarzelf, maar ook haar aandeelhouders zou treffen. Dit is volgens de voorzitter niet relevant omdat het nadeel enkel in hoofde van verzoekerster kan beoordeeld worden en niet in hoofde van derden. Bovendien, zo stelt de voorzitter, valt niet uit te sluiten dat deze aandeelhouders belangen zouden hebben die niet noodzakelijk samenvallen met de belangen van Endesa, zoals het realiseren van een meerwaarde op de aandelen.

Daarenboven oordeelde de voorzitter eveneens dat het ingeroepen nadeel hypothetisch was omdat het niet zeker was dat het bod van Gas Natural zou slagen. Daarnaast was het evenmin zeker dat, gezien het feit dat het openbaar bod van Gas Natural niet voor 15 juni 2006 kon worden gerealiseerd, er nog geen uitspraak ten gronde zou zijn van het Gerecht van Eerste Aanleg. Deze werd immers onder de versnelde procedure behandeld. Tot slot was de voorzitter ook van oordeel dat Endesa niet had aangetoond dat er voor de nationale rechter geen afdoende rechtsmiddelen voorhanden waren om de gestelde nadelen te vermijden.

3. Rekening houdend met belangrijke gebeurtenissen sinds de laatste jaarrekening

282. Het Hof bevestigt in het arrest *Endesa* ook dat onder de concentratiecontroleverordening kan rekening worden gehouden met gebeurtenissen van de betrokken ondernemingen die zijn voorgevallen nadat het laatste boekjaar is afgesloten, bijvoorbeeld de verkoop of verwerving van ondernemingen in het lopende boekjaar⁷⁰⁷. De Commissie Mededeling bevat hierover nadere regels⁷⁰⁸.

283. In België bepaalt artikel 86 van de nieuwe mededingingswet van 2006 hoe de omzet moet berekend worden. De omzet moet geconsolideerd worden berekend, maar de Belgische wet blijft de regel hanteren dat men moet kijken naar de totale omzet “gerealiseerd tijdens het vorige boekjaar”.

Uit de zaak *Metraux Services Belgium/Sodimat*⁷⁰⁹ is onder de oude wet gebleken dat de Raad het equivalente artikel 46 oude wet letterlijk toepaste en dus enkel kijkt naar de laatst goedgekeurde jaarrekening van de betrokken ondernemingen, zonder rekening te houden met structurele wijzigingen (anders dus dan een toename of afname van de omzet om economische redenen) die zich nadien zouden hebben voorgedaan (desinvesteringen, acquisities, enz.). Dat is een belangrijke afwijking van de praktijk op EG-niveau, en de vraag is of dit onder de oude wet nog geldt alsmede of die afwijking wel wenselijk is. In de rechtsleer werd er eerder al op gewezen dat het zou wenselijk zijn dat de nieuwe Raad snel hierover (alsmede over een aantal andere vragen en onduidelijkheden of onzekerheden) duidelijkheid schept, bijvoorbeeld d.m.v. het uitvaardigen van een mededeling zoals voorzien in artikel 11 § 3⁷¹⁰.

F. Beoordelingsmarge EG-Commissie

1. Beperkte controle door het Gerecht

284. Het Gerecht bevestigt eerdere rechtspraak dat bij een beroep tegen een beslissing inzake concentratiecontrole, de toetsing door de gemeenschapsrechter van de ingewikkelde economische beoordelingen die de Commissie heeft verricht in de uitoefening van de haar bij verordening nr. 4064/89 verleende bevoegdheid, moet worden beperkt tot de vraag of de procedure- en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn vastgesteld en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling dan wel van misbruik van bevoegdheid⁷¹¹.

Handelingen van de Commissie worden vermoed wettig te zijn⁷¹² en de beoordeling van de wettigheid dient te geschieden rekening houdende met de feiten en regels die gelden op het ogenblik van het nemen van de beslissing⁷¹³.

⁷⁰⁷. Arrest van 14 juli 2006, T-417/05, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 132.

⁷⁰⁸. Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, i.h.b. r.o. 172-173. Beschikbaar op: <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/nl.pdf>.

⁷⁰⁹. Raad voor de Mededinging, beslissing van 29 januari 2002, nr. 2002-C/C-03, *Driemaandelijks tijdschrift van de Raad voor de mededinging* 2002/01, 27.

⁷¹⁰. Bij wijze van voorbeeld kan daarbij ook gedacht worden aan de vraag of de berekening van de omzet van de totale groep naar Belgisch en EG-recht wel hetzelfde is. Voor België verwijst men naar de geconsolideerde jaarrekening van de ondernemingen (art. 86, r.o. 1, 2^{de} al.). Op EG-niveau echter verwijst men niet naar geconsolideerde jaarrekeningen maar naar “het recht hebben de zaken van de onderneming te leiden” (zie Mededeling van de Commissie betreffende de berekening van de omzet in de zin van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PB*. 1998, C. 66/25, r.o. 37). Een ander voorbeeld is wellicht de vraag naar de geografische toewijzing van omzet waar de beschikkingpraktijk tot nogal wat reacties aanleiding heeft gegeven. Zie o.m. J. YSEWYN, “Overzicht van rechtspraak van de Raad voor de Mededinging (1999-2000)”, *T.B.H.* 2001, 644-645; F. WIJCKMANS, “Uitspraken van de Raad voor de Mededinging in het kader van de gewijzigde mededingingswet”, *T.B.H.* 2001, 422; P. WYTINCK, “Enkele ervaringen vanuit de advocatuur met de WEM na de wetswijziging van 1999”, in J. STUYCK en P. WYTINCK (eds.), *De Belgische mededingingswet anno 2003*, Kluwer, 2003, p. 166-167; Raad voor de Mededinging, *Jaarverslag 2001*, p. 19-21; Raad voor de Mededinging, *Jaarverslag 2000*, p. 29.

⁷¹¹. Arrest van het Gerecht van 23 februari 2006, T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie/Commissie*, *Jur.* 2006, II-319. Arrest van het Gerecht van 9 juli 2007, T-282/06, *Sun Chemical Group e.a./Commissie*, T-282/06, nog niet gepubliceerd in de *Jur.* Zie eerder ook het arrest van het Gerecht van 21 september 2005, T-87/05, *EDP/Commissie*, *Jur.* 2005, II-3745, r.o. 151.

⁷¹². Arrest van het Hof van 15 juni 1994, C-137/92 P, *Commissie/BASF e.a.*, *Jur.* 1994, I-2555, r.o. 48; arrest van het Gerecht van 28 september 2004, T-310/00, *MCI/Commissie*, *Jur.* 2004, II-3253, r.o. 55.

⁷¹³. Arrest van het Gerecht van 4 juli 2006, T-177/04, *EasyJet/Commissie*, *Jur.* 2006, II-1931, r.o. 203-204; arrest van het Gerecht van 9 juli 2007, T-282/06, *Sun Chemical Group e.a./Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 59.

Het Gerecht is inzonderheid niet bevoegd zijn economische beoordeling in de plaats te stellen van die van de Commissie⁷¹⁴. Het Hof bevestigt deze beperkte controle⁷¹⁵.

285. Zoals hiervoor ook al in de zaak *Schneider* is gebleken, zal dit altijd een ernstige drempel zijn voor partijen om fouten bij de EG-Commissie te bewijzen die tot schadevergoeding kunnen aanleiding geven, mede in acht genomen de vraag of zonder die fouten de concentratie anders wel zou zijn goedgekeurd.

Wat dan wel nog kan volgens het Gerecht en het Hof is

*“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”*⁷¹⁶.

2. Belang van marktaandeelen

286. Het Gerecht heeft in de besproken periode verder bevestigd dat een zeer aanzienlijk marktaandeel (in casu meer dan 50%) op zich al een indicatie of bewijs van machtspositie kan leveren, in het bijzonder wanneer de marktaandelen van de andere marktpartijen veel kleiner zijn (in casu 14 x meer dan de eerstvolgende concurrent). Nochtans moet men zich ervoor hoeden om te veel belang te hechten aan marktaandelen alleen. Ondanks hoge marktaandelen stelt men vast dat het Hof en het Gerecht kijken naar bijkomende elementen om al dan niet het bestaan van een dominante positie of gebrek aan concurrentiedruk vast te stellen (en onder de 50% des te meer). Zo onderzoekt het Gerecht in de zaak *Cementbouw Handel & Industrie BV/Commissie* of de Commissie terecht of niet andere elementen (zoals afwezigheid van concurrentiedruk van andere materialen, aanzienlijke drempels voor markttoetreding, afwezigheid van afnemersmacht, concurrentiedruk van naburige markten...) heeft

afgewezen, en komt binnen de beperkte controle die het Gerecht kan uitoefenen, tot de conclusie dat dit niet het geval is⁷¹⁷. Omgekeerd, in de zaak *Sun Chemical Group e.a./Commissie*⁷¹⁸ stelt het Gerecht vast dat er net geen sprake was van een dominant positie van de fuserende entiteiten o.m. omdat er een aantal weze het kleine concurrenten waren die de producten ook produceerden, dat zij in staat waren het volledige pallet aan grondstoffen te maken, en zij extra capaciteit hadden om aan een extra vraag te voldoen. In dat verband is de *Sun Chemical*-beslissing ook een welkome beslissing in de mate het aangeeft dat ook het overschrijden van de HHI-index en de delta, niet tot automatismen moet aanleiding geven in het verbieden van een concentratie⁷¹⁹.

3. Belang van de richtsnoeren en mededelingen

287. Bij arrest van 9 juli 2007⁷²⁰ verwerpt het Gerecht het beroep tegen de Commissiebeschikking van 29 mei 2006 waarbij een concentratie tussen Hexion en de Inkt en hars afdeling van Akzo Nobel werd goedgekeurd⁷²¹. Het Gerecht bevestigt hierbij dat de Commissie gebonden is door haar eigen mededelingen⁷²², in casu de richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies⁷²³. Het Gerecht stelt echter ook dat in het geval van de richtsnoeren de Commissie niet verplicht is alle factoren vermeld in deze richtsnoeren te onderzoeken⁷²⁴.

G. Verbintenissen

288. Het Gerecht bevestigt dat bij de keuze van de door de Commissie aanvaardde verbintenissen, een gedragsverbintenis (in tegenstelling tot een structurele verbintenis), niet uit zijn aard ontoereikend is om het ontstaan of de versterking van een machtspositie te voorkomen. Het Gerecht bevestigt dat een gedragsverbintenis, evenzeer als een structurele verbintenis geval per geval moet onderzocht worden⁷²⁵.

De Commissie is verplicht een concentratie zoals gewijzigd door de voorgestelde verbintenissen van de partijen, te onderzoeken en kan ze dan slechts onverenigbaar met de

^{714.} Zie en vergelijk dit ook met de aanpak van het hof van beroep te Brussel in de zaak *L'Echo*, gepubliceerd en geannoteerd in *T.B.M.* 2006, 126.

^{715.} Arrest van het Hof van 18 december 2007, C-202/06 P, *Cementbouw Handel & Industrie BV/Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

^{716.} Arrest van het Gerecht van 13 juli 2006, T-464/04, *Independent Music Publishers and Labels Association (Impala)/ Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 328, met verwijzing naar arrest van het Hof van 15 februari 2005, C-12/03P, *Commissie/Tetra Laval*, *Jur.* 2005, I-987, r.o. 39.

^{717.} Arrest van 23 februari 2006, T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie/Commissie*, *Jur.* 2006, II-319.

^{718.} Arrest van het Gerecht van 9 juli 2007, T-282/06, *Sun Chemical Group e.a./Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 84 e.v.

^{719.} Zie r.o. 137 e.v.

^{720.} Arrest van het Gerecht van 9 juli 2007, T-282/06, *Sun Chemical Group e.a./Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

^{721.} http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m4071_20060529_20310_en.pdf.

^{722.} Zie reeds in die zin het arrest van het Gerecht van 3 april 2003, T-114/02, *BaByliss/Commissie*, T-114/02, *Jur.* 2003, II-1279, r.o. 143; arrest van het Gerecht van april 2003, T-119/02, *Royal Philips Electronics/Commissie*, *Jur.* 2003, II-1433, r.o. 242.

^{723.} *PB.* 2004, C. 31/5.

^{724.} Zie in die zin ook reeds het arrest van het Gerecht van 8 juli 2004, T-67/00, T-68/00, T-71/00 en T-78/00, *JFE Engineering e.a./Commissie*, *Jur.* 2004, II-2501, r.o. 553.

^{725.} Arrest van het Gerecht van 4 juli 2006, T-177/04, *EasyJet/Commissie*, *Jur.* 2006, II-1931, r.o. 182; arrest van het Gerecht van 21 september 2005, T-87/05, *EDP/Commissie*, *Jur.* 2005, II-3745, r.o. 100.

gemeenschappelijke markt verklaren, wanneer die verbintenissen onvoldoende zijn om het in het leven roepen of het versterken te verhinderen van een machtspositie die een daadwerkelijke mededinging aanzienlijk zou belemmeren⁷²⁶. Het staat dus aan de Commissie om aan te tonen, dat de door de partijen voorgestelde verbintenissen de concentratie, zoals door deze verbintenissen gewijzigd, niet met de gemeenschappelijke markt verenigbaar maken, en het zijn dus niet de partijen die moeten aantonen dat met de verbintenissen de concentratie wel verenigbaar is⁷²⁷.

H. Collectieve dominantie en bewijslast Commissie – De Sony/Bertelsmanfusie⁷²⁸

289. De Commissie verklaarde op 18 juli 2004 de concentratie tussen Bertelsman AG en Sony verenigbaar met de Gemeenschappelijke markt⁷²⁹. Een derde partij, in casu Impala, een internationale organisatie die ongeveer 2.500 onafhankelijke ondernemingen die muziek produceren groepeerde ging in hoger beroep en met succes.

Het arrest begint met een interessante samenvatting en enkele bijkomende overwegingen i.v.m. de notie collectieve dominante positie. Het Gerecht bevestigt de drie criteria om van een collectieve dominante positie te kunnen spreken:

“Ten eerste moet de markt voldoende transparant zijn om de ondernemingen die hun gedrag coördineren in staat te stellen voldoende nauwkeurig na te gaan of de regels van de coördinatie in acht worden genomen. Ten tweede is voor de goede orde vereist dat er een soort afschrikkende maatregel wordt toegepast in geval van afwijkend gedrag. Ten derde mogen de reacties van de ondernemingen die niet aan de coördinatie deelnemen, zoals de huidige of toekomstige concurrenten, en de reacties van de klanten geen afbreuk kunnen doen aan de van de coördinatie verwachte resultaten.”

Volgens het Gerecht kan dit

indirect kan worden vastgesteld op basis van een reeks – eventueel zelfs zeer verschillende – aanwijzingen en bewijzen betreffende de tekenen, uitingen en verschijnselen die typisch zijn voor een collectieve machtspositie.

Zo zou bijvoorbeeld de sterke onderlinge afstemming van de prijzen over een lange periode, vooral indien deze liggen op een niveau boven dat van de normale mededinging, samen met andere factoren die typisch zijn voor een collectieve machtspositie, bij gebreke van een andere redelijke verklaring kunnen volstaan om het bestaan van een collectieve machtspositie te bewijzen, ook al zouden er geen harde

directe bewijzen zijn dat de markt zeer transparant is, aangezien dit in dergelijke omstandigheden kan worden vermoed.

Hieruit volgt dat in het onderhavige geval het feit dat zowel de bruto- als de nettoprijzen de laatste zes jaar op elkaar zijn afgestemd, terwijl de producten niet identiek zijn (elke cd heeft een verschillende inhoud), en dat deze prijzen ondanks de grote daling van de vraag op een vrij stabiel en hoog geacht niveau zijn gehandhaafd, samen met andere door de Commissie in de beschikking vastgestelde factoren (macht van de oligopolistische ondernemingen, stabiliteit van de marktaandelen, enz.), bij gebreke van een andere verklaring een aanwijzing zou kunnen vormen dat de onderlinge prijsafstemming niet het resultaat is van een normale, daadwerkelijke mededinging en dat de markt voldoende transparant is voor zover zij een stilzwijgende prijscoördinatie mogelijk heeft gemaakt.

Deze opmerking is des te frappanter, nu het Gerecht vaststelt dat dit niet kan weerhouden worden omdat dit tussen partijen niet is besproken.

290. Het Gerecht vernietigt vervolgens (in overwegingen die tientallen bladzijden omvatten) de beschikking van de Commissie omdat de Commissie onvoldoende heeft gemotiveerd waarom de markt niet voldoende transparant is om collusie mogelijk te maken, en meer bepaald onvoldoende duidelijk en aannemelijk heeft onderbouwd waarom de promotionele kortingen de transparantie die de Commissie voor het overige wel vaststelt, zou wegnemen.

Hoewel daarmee de beslissing al kon worden vernietigd, doet het Gerecht de Commissie nog meer blozen wanneer het overweegt dat de Commissie ook de regel m.b.t. de vergeldingsmaatregelen verkeerd heeft toegepast. De Commissie had nl. vastgesteld dat er geen bewijs van dergelijke genomen vergeldingsmaatregelen waren. Het Gerecht oordeelt daarentegen: *“Het loutere bestaan van doeltreffende afschrikmiddelen volstaat in beginsel, aangezien er geen reden is om een sanctie op te leggen indien de leden van het oligopolie zich houden aan het gemeenschappelijke beleid.”* En het Gerecht trekt daar dan ook de logische conclusie uit: *“Bovendien is het doeltreffendste afschrikmiddel, zoals verzoekster stelt, het middel dat niet hoeft te worden toegepast.”* M.a.w.: Commissie, het feit dat u geen vergeldingsmaatregelen hebt gevonden is misschien het beste bewijs dat ze er juist wel zijn en bijzonder efficiënt zijn.

Ten slotte wijst het Gerecht erop dat onderzoeken naar mogelijke nadelige gevolgen van oligopolies in wezen een nog veel strenger onderzoek vergt dan het vaststellen van het

⁷²⁶ Weze het dat de Commissie ook daarover een ruime beoordelingsvrijheid beschikt: (in deze zin, arrest van het Gerecht van 3 april 2003, T-342/00, *Petrolesence en SG2R/Commissie*, Jur. p. II-1161, punt 101, en aldaar aangehaalde rechtspraak, en arrest van het Hof van 15 februari 2005, C-12/03 P, *Commissie/Tetra Laval*, Jur. 2005, I-987, 38.

⁷²⁷ Arrest van het Gerecht van 21 september 2005, T-87/05, *EDP/Commissie*, Jur. 2005, II-3745, r.o. 63 e.v.

⁷²⁸ Arrest van het Gerecht van 13 juli 2006, T-464/04, *Independent Music Publishers and Labels Association (Impala)/Commissie*, nog niet gepubliceerd in de Jur.

⁷²⁹ http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m3333_20040719_590_en.pdf; PB. 2005, L. 62/30.

bestaan van een dominante positie. Het gaat immers om het inschatten van de waarschijnlijkheid van toekomstige gebeurtenissen. Het Gerecht meent daarom dat een strenge beoordeling van de motivering van de Commissie vereist is en dat de volgens het Gerecht eerder korte en soms zelfs “*bijzonder oppervlakkige, zelfs zuiver formele overwegingen*” van de Commissie onvoldoende zijn.

IX. OVERHEIDSSTEUN

A. Toepassingsgebied

292. De staatssteunregels van het verdrag gelden in beginsel voor alle economische activiteiten tenzij het EG-Verdrag in een specifieke uitzondering voorziet. Een voorbeeld is artikel 42 EG-Verdrag dat bepaalt dat de mededingingsregels, waaronder de staatssteunregels, slechts gelden voor landbouwproducten in zover als door de Raad bepaald⁷³². Verordening 26/62 van de Raad stelt dat van de staatssteunregels enkel het artikel 88, leden 1 en 3, eerste volzin EG-Verdrag in de landbouwsector van toepassing is. Bijgevolg is de Commissie voor onder die verordening vallende producten niet bevoegd om de formele onderzoeksprocedure van artikel 88, lid 2 in te leiden. Zij kan uitsluitend haar opmerkingen maken, maar mag zich niet tegen de toekenning van de betrokken steun verzetten⁷³³. Het milde regime van verordening 26/62 geldt echter uitsluitend voor de landbouwproducten waarvoor de Raad geen gemeenschappelijke marktordening heeft vastgesteld. In de praktijk heeft de Gemeenschapswetgever voor alle belangrijke landbouwproducten gemeenschappelijke marktordeningen ingevoerd die de staatssteunregels integraal toepasselijk verklaren.

B. Artikel 87, lid 1 EG-Verdrag: het verbod van staatssteun

293. De kwalificatie van steun als met de gemeenschappelijke markt onverenigbare staatssteun vereist dat aan alle in artikel 87, lid 1 EG-Verdrag bedoelde voorwaarden is voldaan. Volgens de gevestigde rechtspraak zijn er vier voorwaarden (i) een optreden van staatswege dan wel een optreden dat met staatsmiddelen is bekostigd, (ii) een mogelijk ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten, (iii) een voordeel voor de begunstigde waardoor bepaalde

291. Op 10 juli 2008 vernietigde echter het Hof van Justitie deze beslissing van het Gerecht van Eerste Aanleg⁷³⁰ waardoor dus in feite concentratie terug goedgekeurd is. De vraag is welk effect dit zal hebben op de standaard van rechtstoezicht bij toekomstige beoordelingen door het Gerecht. Ondertussen had de EG-Commissie de fusie al opnieuw goedgekeurd...⁷³¹.

ondernemingen of producties worden begunstigd en (iv) een vervalsing of dreiging van vervalsing van de mededinging⁷³⁴. Het vereiste van de specificiteit van de steun maakt deel uit van de derde voorwaarde maar krijgt hierna een afzonderlijke behandeling.

1. Maatregel van de staat of met staatsmiddelen bekostigd

294. De vraag of een steunmaatregel aan een staat moet worden toegerekend verschilt van de vraag of de steun met staatsmiddelen is bekostigd. Het gaat om onderscheiden en cumulatieve voorwaarden voor de toepassing van artikel 87, lid 1 EG-Verdrag⁷³⁵.

295. Aangaande de eerste voorwaarde besliste het Gerecht in de zaak *Deutsche Bahn/Commissie* dat een nationale maatregel niet aan een lidstaat kan worden toegerekend wanneer deze in werkelijkheid voortvloeit uit een handeling van de Gemeenschapswetgever. De Duitse spoorwegmaatschappij had een klacht ingediend tegen de Duitse wetgeving die vliegtuigbrandstof vrijstelt van accijnzen. De klacht werd afgewezen aangezien de Duitse wetgeving enkel de omzetting van EG-richtlijn 92/81 van de Raad en dus een uitvoering van communautaire verplichtingen vormde⁷³⁶.

296. De tweede voorwaarde houdt – volgens vaste rechtspraak – in dat een staatsmaatregel die geen rechtstreekse of indirecte overdracht van staatsmiddelen meebrengt, niet als staatssteun kan worden aangemerkt, zelfs als hij aan de andere voorwaarden van artikel 87, lid 1 EG-Verdrag voldoet. Het is dus onjuist te stellen dat deze voorwaarden slechts een accessoire rol zouden spelen⁷³⁷. Wetgeving die supermarkten een soepelere behandeling op vlak van de

^{730.} H.v.J. 10 juli 2008, C-413/06 P. www.curia.eu.int.

^{731.} Zie Commissiebeschikking van 3 oktober 2007, beschikbaar op http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m3333_20071003_590_en.pdf.

^{732.} Art. 32 EG-Verdrag bepaalt hetgeen onder “landbouwproducten” moet worden verstaan.

^{733.} Arrest van het Hof van 23 februari 2006, C-346/03 en C-529/03, *Guiseppa Atzeni e.a.*, *Jur.* 2006, I-1875, r.o. 39.

^{734.} Zie bv. arrest van het Gerecht van 22 februari 2006, T-34/02, *Le Levant 001 EURL/Commissie*, *Jur.* 2006, II-267, r.o. 110.

^{735.} Arrest van het Gerecht van 5 april 2006, T-351/02, *Deutsche Bahn AG/Commissie*, *Jur.* 2006, II-1047, r.o. 103.

^{736.} Arrest *Deutsche Bahn AG/Commissie*, r.o. 102.

^{737.} Arrest van het Gerecht van 12 december 2006, T-95/03, *Asociación de Empresarios de Estaciones de Servicio de la Comunidad Autónoma de Madrid/Commissie*, *Jur.* 2006, II-4739, r.o. 104.

stedenbouw verschaft maar geen verlies van overheidsmiddelen of afstand van inning daarvan met zich meebrengt, valt daarom niet onder artikel 87, lid 1 EG-Verdrag⁷³⁸.

297. Steunmaatregelen voor een bepaalde economische sector worden soms gefinancierd door heffingen die een comité waarin vertegenwoordigers van de sector en van de overheid zetelen, aan de ondernemingen van de sector opleggen. De vraag rijst dan of dergelijke zgn. parafiscale heffingen “staatsmiddelen” vormen in de zin van de artikel 87, lid 1 EG-Verdrag. In het arrest *EARL Salvat père & fils/Commissie* besliste het Gerecht dat er sprake is van “staatsmiddelen” indien de overheid een doorslaggevende rol speelt in de besluitvorming van het comité. Dit is het geval wanneer de staat in het comité vertegenwoordigd is en zijn goedkeuring noodzakelijk is voor alle belangrijke beslissingen van het comité (m.n. beslissingen over oplegging van heffingen en bestemming van de opbrengst ervan)⁷³⁹.

2. Een voordeel

298. De staatsbemoeyenis moet de begunstigde een voordeel verstrekken waardoor bepaalde ondernemingen of producties worden begunstigd.

299. Het begrip “voordeel” wordt ruim ingevuld. Het omvat niet alleen positieve prestaties maar ook maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van de onderneming drukken en daardoor – zonder subsidies in de strikte zin van het woord te zijn – van gelijke aard zijn en tot identieke gevolgen leiden. Wetgeving in doorgaans onverdachte rechtsgebieden – zoals het vennootschapsrecht – kan een voordeel vanwege de staat bevatten⁷⁴⁰.

a. Fiscale maatregelen

300. In de besproken periode werden opnieuw belastingregelingen als een voordeel beschouwd. Volgens vaste rechtspraak vormt de verlening van een belastingvrijstelling, hoewel geen staatsmiddelen worden overgedragen, een steunmaatregel omdat de financiële situatie van de begunstigde

verbetert ten aanzien van de andere belastingplichtigen⁷⁴¹. Een voorbeeld tijdens de besproken periode is de vrijstelling van de gemeentelijke en provinciale heffing op drijfkracht van motoren voor de exploitatie van de vestiging van een bedrijf⁷⁴².

301. In de zaak over de *Belgische coördinatiecentra* bevestigt het Hof dat niet alleen belastingvrijstellingen (o.a. vrijstelling van de fictieve roerende en de onroerende voorheffing en van de kapitaalrechten) maar ook de toepassing van de “cost plus”-methode waarbij de belastbare winst wordt vastgesteld op een forfaitair bedrag dat overeenkomt met een percentage van het totaal van de uitgaven en bedrijfskosten exclusief personeelskosten en financiële lasten, een voordeel kan vormen voor de begunstigten van de regeling⁷⁴³. Aangaande het laatste element besluit het Hof tot het bestaan van een voordeel op grond van een vergelijking van de “cost plus”-methode met de algemene belastingregeling “die is gebaseerd op het verschil tussen lasten en baten van een onderneming die haar bedrijf uitoefent in een omgeving van vrije mededinging”⁷⁴⁴. Aangezien de personeelskosten en financiële lasten op doorslaggevende wijze bijdragen aan de verwezenlijking van de inkomsten van de coördinatiecentra, vormt hun uitsluiting van de belastbare basis een voordeel.

b. Sociale maatregelen

302. De onmiddellijke toekenning van socialezekerheidsvoordelen aan een werkgever die een onderneming overneemt die het voorwerp vormt van een bijzondere insolventieprocedure, maakt een voordeel uit. Het feit dat de maatregel tot doel heeft de werkgelegenheid te garanderen, doet niets af aan de kwalificatie van steunmaatregel. Artikel 87, lid 1 maakt geen onderscheid naar de oorzaken of doelstellingen van het overheidsingrijpen, maar definieert dit naar de gevolgen ervan⁷⁴⁵. Eventueel kan de steun genieten van de groepsvrijstelling voor werkgelegenheidssteun mits de voorwaarden daarvan vervuld zijn⁷⁴⁶.

c. Aankoop van diensten

303. In de arresten *BAl/Commissie*⁷⁴⁷ en *P & O European Ferries*⁷⁴⁸ heeft het Gerecht beslist dat de aankoop door de overheid van goederen en diensten die niet aan marktvoor-

⁷³⁸ Arrest *Asociación de Empresarios de Estaciones de Servicio de la Comunidad Autónoma de Madrid/Commissie*, aangehaald in vorige voetnoot, r.o. 16.

⁷³⁹ Arrest van het Gerecht van 20 september 2007, T-136/05, *EARL Salvat père & fils/Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 138-167.

⁷⁴⁰ Zie tijdens de besproken periode bv. arrest van het Hof van 23 maart 2006, C-237/04, *Enirisorse Spa/Sotacarbo Spa*, *Jur.* 2006, I-2843, r.o. 42. Zie verder randnr. 312.

⁷⁴¹ Arrest van het Hof van 15 maart 1994, C-387/92, *Banco Exterior de Espana*, *Jur.* 194, I-877, r.o. 143.

⁷⁴² Arrest van het Hof van 15 juni 2006, C-393/04 en C-41/05, *Air Liquide Industries Belgium SA/Ville de Seraing en Province de Liège*, *Jur.* 2006, 30. Zie ook arrest van het Hof van 10 januari 2006, C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*, *Jur.* 2006, I-289, r.o. 132.

⁷⁴³ Arrest van het Hof van 22 juni 2006, C-182/03 en C-217/03, *België en Forum 187 VZW/Commissie*, *Jur.* 2006, I-5479, r.o. 90-117.

⁷⁴⁴ *Ibid.*, r.o. 96.

⁷⁴⁵ Arrest van het Gerecht van 12 september 2007, T-239/04 en T-323/04, *Italië en Brandt Italia Spa/Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 64 en 69.

⁷⁴⁶ Verordening nr. 2204/2002 van de Commissie van 12 december 2002 betreffende de toepassing van de art. 87 en 88 op werkgelegenheidssteun, *PB* L. 337, p. 3.

⁷⁴⁷ Arrest van 28 januari 1999, T-14/96, *Jur.* 1999, II-139, besproken in *Kroniek 1999-2001*, *T.B.H.* 1999, 802, randnr. 67.

⁷⁴⁸ Arrest van 5 augustus 2003, T-116/01 en T-118/01, *Jur.* 2003, II-2957, besproken in *Kroniek 2001-2003*, *T.B.H.* 2004, 702, randnr. 226.

waarden geschiedt, een steunmaatregel uitmaakt. Op hogere voorziening tegen de laatste uitspraak diende het Hof niet op de problematiek in te gaan⁷⁴⁹.

d. Levering van goederen of diensten

304. Onder een voordeel valt ook de levering van goederen of diensten tegen preferentiële tarieven⁷⁵⁰.

305. Toegepast op de verkoop van grond aan een onderneming door een overheidsinstantie houdt dit in dat moet worden vastgesteld of de verkrijger de verkoopprijs niet onder normale marktomstandigheden had kunnen verkrijgen⁷⁵¹. In het arrest *Scott SA/Commissie* tikt het Gerecht de Commissie opnieuw op de vingers omdat zij ten onrechte in de verkoop van een grond een element van staatssteun had onderkend⁷⁵². Allereerst bracht het Gerecht in herinnering dat bij de bepaling van de omvang van steun in de vorm van de verkoop van een terrein tegen een beweerde voorkeursprijs, het criterium van de particuliere investeerder moet worden gehanteerd: de omvang van de steun is het verschil tussen hetgeen de begunstigde heeft betaald en hetgeen hij destijds onder normale marktomstandigheden voor een vergelijkbaar terrein aan een particuliere verkoper zou hebben betaald⁷⁵³. In casu had de Commissie de waarde van het terrein louter vastgesteld op basis van de kosten die de overheid had gedragen voor de verkoop van het terrein, nl. de aankoopkosten en de kosten voor het bouwrijp maken ervan. Het Gerecht oordeelde dat “[h]oewel de aankoopsom en de kosten voor het bouwrijp maken ervan een secundaire en onrechtstreekse indicatie van de waarde van het litigieuze terrein kunnen vormen, zij niet het beste bewijs ervan [kunnen] leveren”⁷⁵⁴. En verder: “[d]e toepassing van het beginsel van de private investeerder houdt immers in dat de prijs wordt geschat die het litigieuze terrein zou hebben opgeleverd als het in de maand augustus onder normale marktvoorwaarden zou zijn verkocht. Die prijs wordt niet noodzakelijk bepaald door de kosten die de verkoper heeft gemaakt, aangezien meerdere factoren, zoals het spel van vraag en aanbod op het tijdstip van de verkoop, de prijs kunnen bepalen.” De Commissie had geweigerd de door de lidstaat en de begunstigde onderneming voorgelegde taxatierapporten ter bepaling van de

waarde van het terrein in aanmerking te nemen. Evenmin had zij de bijstand van een onafhankelijke deskundige ingeroepen om de marktprijs van het terrein te taxeren⁷⁵⁵.

e. De verlening van overheidslicenties

306. In het arrest *Bouygues SA/Commissie* besliste het Gerecht dat overheidslicenties om mobiele telecommunicatiediensten (in casu UMTS) aan te bieden, een economische waarde hebben. De overheid dient deze waarde in aanmerking te nemen wanneer hij het bedrag van de vergoedingen vaststelt die de exploitanten van mobiele telefoniediensten moeten betalen⁷⁵⁶. De omstandigheid dat exploitanten een vergoeding beneden de marktwaarde van de licenties betalen, betekent echter niet noodzakelijk dat het verlies van staatsmiddelen een voordeel vormt in de zin van artikel 87, lid 1 EG-Verdrag. Het criterium is eerder of de gevraagde licentievergoedingen een element van *discriminatie* tussen de exploitanten invoert: bestaat, bij verder gelijke omstandigheden, een verschil tussen de prijs die elk van de betrokken exploitanten heeft betaald⁷⁵⁷? De soepelere benadering van het Gerecht wordt verklaard door de Europese telecommunicatiewetgeving die de lidstaten vrij laat in de keuze van de procedure voor toewijzing van de licenties en de berekening van de vergoedingen. Het enige vereiste is dat de beginselen van vrije mededinging en gelijke behandeling van de exploitanten worden geëerbiedigd. Binnen die grenzen mogen lidstaten licenties voor mobiele telefoniediensten hetzij in het kader van een openbare veiling aan de meest biedende partij hetzij op grond van een vergelijkende selectie gratis toewijzen⁷⁵⁸.

f. Gedogen van niet-betaling en kwijtschelding van schulden

307. Wanneer de overheid gedooft dat een onderneming in financiële moeilijkheden overheidsschulden niet betaalt, rijst de vraag naar het bestaan van steun. In de zaak *Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE/Commissie* bevestigde het Gerecht – in lijn met eerdere rechtspraak – dat dergelijke maatregelen aan het criterium van de particuliere schuldeiser

⁷⁴⁹. Arrest van het Hof van 1 juni 2006, C-442/03 P en C-471/03 P, *P & O European Ferries en Diputacion Foral de Vizcaya/Commissie*, Jur. 2006, I-4845 waarin geoordeeld werd dat het Gerecht het absoluut gezag van gewijsde van het arrest *BAl/Commissie* had miskend omdat het opnieuw in hetzelfde geschil dezelfde rechtsvragen onderzocht had (r.o. 38-52).

⁷⁵⁰. Arresten van het Hof van 2 februari 1988, nrs. 67/85, 68/85 en 70/85, *Van Der Kooy e.a./Commissie*, Jur. 1988, 219, r.o. 28-29 en van 20 november 2003, C-126/01, *GEMO*, Jur. I-13769, r.o. 29.

⁷⁵¹. Arrest van het Gerecht van 6 maart 2002, T-127/99, T-129/99 en T-148/99, *Diputacion Foral de Alava e.a./Commissie*, Jur. 2002, II-3145, r.o. 45.

⁷⁵². Arrest van het Gerecht van 29 maart 2007, T-366/00, *Scott SA/Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.* Zie *Kroniek 2001-2003*, T.B.H. 2004, p. 702, randnr. 227 en *Kroniek 2003-2005*, T.B.H. 2006, p. 348, randnr. 287.

⁷⁵³. Arrest *Scott SA/Commissie*, r.o. 124.

⁷⁵⁴. Arrest *Scott SA/Commissie*, r.o. 125.

⁷⁵⁵. Arrest *Scott SA/Commissie*, r.o. 124-136 en 137.

⁷⁵⁶. Arrest van het Gerecht van 4 juli 2007, T-475/04, *Bouygues SA/Commissie*, Jur. 2007, II-2097, r.o. 100 en 110.

⁷⁵⁷. Arrest *Bouygues/Commissie*, r.o. 110. Bij de vraag of de vergoedingen die van de verschillende exploitanten worden gevraagd economisch gelijkwaardig zijn, wordt – overeenkomstig de *Connect Austria*-rechtspraak – vooral gekeken naar de omvang van de toegekende frequentiespectra, het moment waarop elk van de betrokken exploitanten tot de markt is toegetreten en het belang om een volledige gamma van mobiele telecommunicatiesystemen te kunnen aanbieden (arrest van het Hof van 2 mei 2003, C-462/99, *Connect Austria*, Jur. 2003, I-5197, r.o. 92-93).

⁷⁵⁸. Arrest *Bouygues/Commissie*, r.o. 108.

moeten worden getoetst. Het loutere feit dat een openbare schuldeiser betalingsfaciliteiten discretionair toekent, volstaat niet voor hun kwalificatie als staatssteun. De toegekende betalingsfaciliteiten moeten duidelijk groter zijn dan de faciliteiten welke zouden zijn verleend door een particuliere schuldeiser die zich ten aanzien van zijn schuldenaar in een vergelijkbare situatie bevindt, gelet o.a. op de omvang van de schuld, de beroepsmiddelen waarover de openbare schuldeiser beschikt, de kansen op herstel van de situatie van de schuldenaar, indien hij zijn activiteit mag voortzetten en het risico op nog groter verlies dat de schuldeiser bij voortzetting van de activiteit loopt⁷⁵⁹. In casu volgde het Gerecht de stelling van de Commissie dat de Griekse overheid door het gedogen van de aanhoudende niet-betaling van luchthavenbelastingen, huursommen voor het gebruik van luchthaveninfrastructuur en socialezekerheidsbijdragen, aan de nationale luchtvaartmaatschappij steun had toegekend.

308. In de zaak *NV Ter Lembeek International/Commissie* besliste de Commissie dat het Waalse Gewest illegale staatssteun had verstrekt aan de Beaulieu-groep door, in ruil voor de delging van een zekere schuld van de groep, aandelen in een holdingmaatschappij van de groep te aanvaarden, waarvan de waarde nihil was. Het Waalse Gewest had daardoor afgezien van een schuldvordering ten belope van het bedrag van de schuld. Het Gerecht bevestigde de analyse van de Commissie⁷⁶⁰.

g. Niet-betaling van BTW

309. De BTW is in beginsel neutraal met betrekking tot de concurrentiepositie van ondernemingen. De BTW die de belastingplichtige voldoet, wordt onmiddellijk als voorbelasting afgetrokken of op korte termijn terugbetaald. Bijgevolg bestaat het voordeel dat de belastingplichtige door de niet-betaling van BTW op producten geniet, hoogstens in een liquiditeitsvoordeel ten gevolge van de tijdelijke vóórfinanciering van de vóórbelasting⁷⁶¹.

h. Verlening van diensten door een openbare onderneming belast met een dienst van algemeen economisch belang aan een dochteronderneming

310. In het arrest *Chronopost e.a./Ufex* had het Hof de uitspraak vernietigd die het Gerecht had gewezen inzake de logistieke en commerciële bijstand die het Franse La Poste

had verstrekt aan het filiaal (SFMI) dat in de geliberaliseerde sector van de snelpostdiensten werkzaam was⁷⁶². Het Hof verwees de zaak nadien terug naar het Gerecht. Tijdens de besproken periode vernietigt het Gerecht opnieuw – maar nu wegens motiveringsgebreken – de beslissing van de Commissie die tot afwezigheid van steun van La Poste aan SFMI had besloten. Volgens het Gerecht liet de beslissing niet toe te beoordelen of de tegenprestatie die La Poste als tegenprestatie voor de bijstand van haar filiaal verlangde, volstond voor de dekking van alle variabele kosten verbonden aan de bijstand vermeerderd met een passende bijdrage in de vaste kosten van het gebruik van het postnet en een passende vergoeding voor het eigen kapitaal⁷⁶³. Het Hof had geoordeeld dat een tegenprestatie die deze bestanddelen niet dekt, steun vormt. Bovendien oordeelde het Gerecht dat een openbaar bedrijf dat zijn cliënteel voor zijn voormalige snelpostdienst op kosteloze wijze overdraagt aan een filiaal in de geliberaliseerde sector, een voordeel toekent. De klantenkring is een immaterieel activum en de omstandigheid dat het activum moeilijk kwantificeerbaar is, doet niets af aan de economische waarde ervan. Voorts heeft La Poste haar snelpostdienst met middelen afkomstig uit het wettelijk monopolie kunnen oprichten⁷⁶⁴. De uitspraak van het Gerecht is een toepassing van de algemene regel dat het subsidiëren van activiteiten onder vrije concurrentie door kosten te boeken bij gemonopoliseerde activiteiten normaliter illegale staatssteun uitmaakt.

i. Staatswaarborgen

311. Overheidsgaranties bevatten een element van staatssteun indien zij niet onder normale marktvoorwaarden worden toegekend. Het bestaan en de omvang van steun moeten beoordeeld worden in het licht van de concrete omstandigheden op het tijdstip van toekenning. Het daadwerkelijk beroep op de overheidsgarantie (wanneer de begunstigde onderneming in gebreke blijft) wijzigt niet de aard van de garantie en doet derhalve geen nieuwe steun ontstaan. Wanneer de verstrekker van de overheidsgarantie echter eenzijdig afstand doet van zijn rechten ten aanzien van de begunstigde, kan die afstand in bepaalde gevallen steun vormen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de verstrekker van de overheidsgarantie niet handelt als een “rationeel deelnemer aan het economisch verkeer die alle mogelijkheden uitoefent om de terugbetaling te verkrijgen van het bedrag dat hij op grond van de garantie moet betalen”⁷⁶⁵.

⁷⁵⁹ Arrest van het Gerecht van 12 september 2007, T-68/03, *Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE/Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 283.

⁷⁶⁰ Arrest van het Gerecht van 23 november 2006, T-217/02, *NV Ter Lembeek International/Commissie*, *Jur.* 2006, II-4483.

⁷⁶¹ Arrest *Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE/Commissie*, r.o. 361-365.

⁷⁶² Zie *Kroniek 2001-2003*, T.B.H. 2004, randnr. 228.

⁷⁶³ Arrest van het Gerecht van 7 juni 2006, T-613/97, *Ufex e.a./Commissie*, *Jur.* 2006, II-1531, r.o. 63-101.

⁷⁶⁴ Arrest *Ufex e.a./Commissie*, r.o. 164-169. Overigens oordeelde het Gerecht dat het opstellen en het op de markt aanbieden van adressenlijsten voor bepaalde activiteiten als zodanig economische activiteiten vormen (r.o. 169).

⁷⁶⁵ Arrest van het Gerecht van 19 oktober 2005, T-318/00, *Freistaat Thüringen (Duitsland)/Commissie*, *Jur.* 2005, II-4179, r.o. 125-126: indien blijkt dat de afstand van een aanvankelijk door een kredietgarantie gedekte schuldvordering, na de nakoming van die garantie, definitief is, zodat de schuld van de begunstigde rechtstreeks wordt verminderd, kan die afstand bovendien een afzonderlijke steunmaatregel vormen, voor zover hij een bijkomend economisch voordeel verschaft ten opzichte van de kredietgarantie en van de uitvoering daarvan.

j. *Recht van uittreding van aandeelhouders uit een vennootschap*

312. De zaak *Enirisorse/Sotacarbo* handelt over een – van het gemeen recht afwijkende – regeling over het uittredingsrecht van aandeelhouders uit een naamloze vennootschap⁷⁶⁶. Het Italiaanse Burgerlijk Wetboek bepaalt dat vennoten die niet akkoord gaan met bepaalde belangrijke besluiten voor de vennootschap, mogen uittreden met terugbetaling van hun aandelen. Een bijzondere wet had een naamloze vennootschap opgericht met als doel de ontwikkeling van nieuwe technologieën op het vlak van gebruik van steenkool. In afwijking van de gevallen bepaald in het Burgerlijk Wetboek waren de aandeelhouders van de vennootschap bij uitzondering gerechtigd uit te treden mits hun aandelen waren volgestort. In dat geval kregen zij de aandelen evenwel niet terugbetaald. Een uitgetreden aandeelhouder voerde aan dat de naamloze vennootschap een voordeel genoot in de zin van artikel 87, lid 1 EG-Verdrag. Het Hof ging niet akkoord. De aandeelhouders genieten niet van enig voordeel, want zij kunnen uittreden zonder terugbetaling van hun aandelen. De vennootschap geniet evenmin van een voordeel aangezien de aandeelhouders, hoewel gerechtigd, niet verplicht zijn uit de vennootschap te treden, ook al is niet voldaan aan de ter zake door het gemeen recht vastgestelde voorwaarden. Anderzijds was er wel een voordeel geweest indien de bijzondere wetgeving het recht op terugbetaling bij uittreding ook had uitgesloten voor het geval van uittreding onder de voorwaarden van het Burgerlijk Wetboek⁷⁶⁷.

k. *Toelagen ter compensatie van openbare dienstverplichtingen*

313. Volgens de *Altmark*-rechtspraak valt een overheidsmaatregel die te beschouwen is als een vergoeding voor de prestaties die een onderneming verricht om openbare dienstverplichtingen uit te voeren, niet binnen de werkingssfeer van artikel 87, lid 1 EG-Verdrag. De in de genoemde rechtspraak ontwikkelde vier voorwaarden dienen dan wel vervuld te zijn⁷⁶⁸.

314. Tijdens de besproken periode past het Hof in de zaak *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl* deze voorwaarden plichtgetrouw toe⁷⁶⁹. Het Hof oordeelde dat ondernemingen die zijn belast met de verlening van bijstand aan belastingplichtigen bij de opstelling van belastingaangiften en de indiening ervan bij de fiscus, een openbare dienst verlenen. Een vergoeding van een vast bedrag per ingevulde en

ingediende belastingaangifte is daarenboven objectief en transparant. Vereist is wel dat de vergoeding voor de openbare dienstverlening niet hoger dan nodig is om de kost van de uitvoering ervan te dekken, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst. Ten slotte moet de vergoeding in ieder geval zijn vastgesteld op basis van de kosten van een gemiddelde, goed beheerde onderneming.

315. In de zaak *BUPA/Commissie* ging het Gerecht op minitieuze wijze na of de vergoedingen die werden uitgekeerd in het kader van de invoering van het risicovereveningssysteem op de Ierse markt voor particuliere ziektekostenverzekering voldeden aan de vier voorwaarden van de *Altmark*-rechtspraak⁷⁷⁰. Het Gerecht meent van wel. De lange uitspraak vormt een heus draaiboek voor de uitlegging van de vier *Altmark*-criteria. Een uitvoerige bespreking valt buiten het bestek van deze *Kroniek*.

3. *Specificiteit van de maatregel*

316. Artikel 87, lid 1 EG-Verdrag verbiedt selectieve steunmaatregelen, m.a.w. steunmaatregelen die “bepaalde ondernemingen of bepaalde producties” begunstigen.

317. In het principearrest *Portugal/Commissie* heeft de grote kamer van het Hof haar rechtspraak over deze voorwaarde in herinnering gebracht en gepreciseerd⁷⁷¹. Overheidsmaatregelen die tussen ondernemingen differentiëren en derhalve a priori selectieve maatregelen zijn, vormen niettemin geen staatssteun wanneer de differentiatie het gevolg is van de aard en de opzet van het lastenstelsel waarbinnen de maatregelen plaatsvinden⁷⁷². Bijgevolg moeten twee vragen worden behandeld: (i) hebben de maatregelen een selectief karakter? en (ii) indien ja, kunnen zij worden gerechtvaardigd door de aard en opzet van het toepasselijke stelsel?

318. Wat de beoordeling van de selectiviteitsvoorwaarde betreft, moet worden onderzocht of een nationale maatregel in het kader van een bepaalde rechtsregeling “bepaalde ondernemingen of bepaalde producties” kan “begunstigen ten opzichte van andere die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden, uit het oogpunt van de doelstelling van de betrokken regeling”⁷⁷³. Wanneer een steunregeling voor het nationale grondgebied van een lidstaat geldt, zal relatief gemakkelijk blijken of de regeling aan bepaalde ondernemingen een voordeel verschaft ten opzichte van

⁷⁶⁶. Arrest van het Hof van 23 maart 2006, C-237/04, *Enirisorse Spa/Sotacarbo Spa*, *Jur.* 2006, I-2843.

⁷⁶⁷. Arrest *Enirisorse Spa/Sotacarbo Spa*, r.o. 47-49.

⁷⁶⁸. Zie voetnoot 734.

⁷⁶⁹. Arrest van het Hof van 30 maart 2006, C-451/03, *Jur.* 2006, I-2941, r.o. 51 e.v.

⁷⁷⁰. Arrest *BUPA/Commissie*, aangehaald in voetnoot 672, r.o. 88-258.

⁷⁷¹. Arrest van het Hof van 6 september 2006, C-88/03, *Portugal/Commissie*, *Jur.* 2006, I-7115.

⁷⁷². Arrest *Portugal/Commissie*, r.o. 52.

⁷⁷³. Arrest *Portugal/Commissie*, r.o. 54.

andere ondernemingen. Zo werd een verlaging van de inkomstenbelasting voor banken die een fusie aangaan, aangemerkt als een selectieve maatregel om de evidente reden dat de maatregel ten goede komt aan ondernemingen binnen de banksector, en daarenboven enkel aan banken die beslissen tot een fusie. Een dergelijke maatregel is niet van toepassing op alle marktdeelnemers en vormt bijgevolg geen algemene maatregel van fiscaal of economisch beleid⁷⁷⁴. Om dezelfde reden heeft de vrijstelling van de gemeentelijke of provinciale heffing op drijfkracht in België een selectief karakter aangezien zij geldt voor motoren in aardgasstations, met uitsluiting van motoren die worden gebruikt voor andere industriegassen⁷⁷⁵.

319. Wanneer een steunregeling – zoals de toepassing van lagere belastingtarieven – beperkt blijft tot ondernemingen die zich in een bepaald deel van het nationale grondgebied van een lidstaat bevinden, genieten die ondernemingen van een voordeel ten opzichte van de ondernemingen die in het andere deel van het nationale grondgebied gevestigd zijn. De vraag rijst of de vaststelling voor een geografisch beperkt gebied van lagere belastingtarieven staatssteun kan vormen. In de zaak *Portugal/Commissie* maakt het Hof – naar het voorbeeld van de advocaat-generaal – een onderscheid tussen drie situaties⁷⁷⁶. In een *eerste* situatie beslist de centrale regering eenzijdig om in een bepaald geografisch gebied een lager belastingtarief toe te passen dan het nationale tarief. Een *tweede* situatie is die van een stelsel van verdeling van belastingbevoegdheden waarin alle plaatselijke autoriteiten op eenzelfde niveau (regio's, gemeenten, e.a.) binnen de hun toegekende bevoegdheden het belastingtarief voor het onder hun vallende grondgebied vrij kunnen bepalen. Een door een plaatselijke overheid genomen maatregel is niet selectief in afwezigheid van een normaal belastingniveau dat als referentienorm kan dienen. In de *derde* situatie stelt een regionale of lokale autoriteit in de uitoefening van haar bevoegdheden ten opzichte van de centrale overheid een belastingtarief vast dat lager is dan het nationale tarief en dat enkel geldt voor de ondernemingen die binnen haar bevoegdheidsgebied opereren. In de laatste situatie moet worden onderzocht of de regionale of lokale autoriteit het lager belastingtarief in de

uitoefening van “voldoende autonome bevoegdheden” heeft vastgesteld⁷⁷⁷. Is dat het geval, dan vormt het grondgebied van de regionale of lokale entiteit, en niet het nationale grondgebied in zijn geheel, de relevante context om uit te maken of het lagere belastingtarief bepaalde ondernemingen begunstigt ten opzichte van andere ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden. In het andere geval zal normaliter het selectief karakter van het regionale tarief op grond van een vergelijking met het (normale) nationale tarief worden vastgesteld.

320. Wanneer een belastingregeling een selectief karakter heeft, moet worden nagegaan of de regeling door de aard en de algemene opzet van het belastingstelsel wordt gerechtvaardigd. De lidstaat dient aan te tonen dat de maatregel rechtstreeks uit de basis- of hoofdbeginselen van zijn belastingstelsel voortvloeit⁷⁷⁸. Wanneer het ingevoerde onderscheid tussen ondernemingen ter zake van voordelen of lasten is gebaseerd op andere doelstellingen dan degenen die het algemene stelsel nastreeft, voldoet de betrokken maatregel in beginsel aan de voorwaarde van selectiviteit bedoeld in artikel 87, lid 1 EG-Verdrag⁷⁷⁹. In het belangwekkende arrest *British Aggregates Association/Commissie* heeft het Gerecht een soepele toepassing gemaakt van de staatssteunregels op het gebied van milieueffingen. Volgens het Gerecht kan een heffing als een milieubelasting of milieueffing worden gedefinieerd “wanneer de heffingsgrondslag is gerelateerd aan een duidelijk negatief milieueffect”⁷⁸⁰. Het staat de lidstaten vrij sectorale milieueffingen in te voeren teneinde bepaalde milieudoelstellingen te bereiken. Zo zijn de lidstaten vrij om bij de afweging van de verschillende belangen hun prioriteiten terzake van milieubescherming te definiëren en te bepalen welke goederen of diensten zij aan een milieueffing onderwerpen. De omstandigheid dat een milieueffing een gerichte maatregel vormt die bepaalde goederen of diensten treft en geen deel uitmaakt van een algemeen stelsel van heffing over alle gelijkaardige activiteiten met een vergelijkbare milieu-impact, volstaat niet om te oordelen dat gelijkaardige activiteiten die niet aan deze milieueffing zijn onderworpen, een selectief voordeel genieten⁷⁸¹. In casu oordeelde het Gerecht dat een milieuef-

⁷⁷⁴. Arrest van het Hof van 15 december 2005, C-148/04, *Unicredito Italiano Spa/Agenzia delle Entrate Genova 1*, Jur. 2005, I-11137, r.o. 44-51. Zie arrest van het Hof van 15 december 2005, C-66/02, *Italië/Commissie*, Jur. 2005, I-10901.

⁷⁷⁵. Arrest *Air Liquide Industries Belgium*, aangehaald in voetnoot 742, r.o. 31-32.

⁷⁷⁶. Arrest *Portugal/Commissie*, aangehaald in voetnoot 771, r.o. 63-79.

⁷⁷⁷. Een beslissing wordt geacht te zijn genomen in de uitoefening van voldoende autonome bevoegdheden wanneer zij is vastgesteld door een regionale of plaatselijke autoriteit met, op het constitutionele niveau, een eigen politieke en administratieve status, die losstaat van die van de centrale overheid. Verder moet zij zijn vastgesteld zonder dat de centrale overheid rechtstreekse zeggenschap heeft ervan. Ten slotte mogen de financiële consequenties van een verlaging van het nationale belastingtarief voor de ondernemingen in de regio niet door bijdragen of subsidies van andere regio's of de centrale overheid worden gecompenseerd (arrest *Portugal/Commissie*, r.o. 67).

⁷⁷⁸. Arrest *Portugal/Commissie*, aangehaald in voetnoot 771, r.o. 81 e.v.

⁷⁷⁹. Arrest van het Gerecht van 13 september 2006, T-210/02, *British Aggregates Association/Commissie*, Jur. 2006, II-2789, r.o. 107.

⁷⁸⁰. Arrest *British Aggregates Association/Commissie*, r.o. 114: het Gerecht neemt de definitie over van de Commissie (mededeling van 26 maart 1997 inzake milieubelastingen en -heffingen in de gemeenschappelijke markt (Com.97) 9 definitief, punt 11) en voegt eraan toe: een milieueffing is een zelfstandige fiscale maatregel die wordt gekenmerkt door de milieudoelstelling en de bijzondere grondslag ervan. Zij drukt op bepaalde goederen of diensten teneinde de milieukosten in de prijs ervan op te nemen en/of gerecycleerde producten meer concurrerend te maken en de producenten en verbruikers aan te zetten tot activiteiten die minder schadelijk zijn voor het milieu.

⁷⁸¹. Arrest *British Aggregates Association/Commissie*, r.o. 115.

ving die in beginsel drukt op de verhandeling van natuurlijke aggregaten⁷⁸², geen selectief karakter had⁷⁸³.

4. Vervalsing van de mededinging en beïnvloeding van het handelsverkeer

321. Tijdens de besproken periode heeft het Hof in herinnering gebracht dat de Commissie bij de beoordeling van die twee voorwaarden niet hoeft vast te stellen dat er sprake is van een werkelijke beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten en een daadwerkelijke vervalsing van de mededinging. De Commissie moet enkel onderzoeken of de steunmaatregelen het handelsverkeer ongunstig *kunnen* beïnvloeden en de mededinging *kunnen* vervalsen. Het is voldoende dat het concurrentievoordeel (ten gevolge een belastingvermindering) voor ondernemingen in een bepaalde lidstaat de penetratie van de markt van die lidstaat door ondernemingen uit andere lidstaten kan bemoeilijken, en de penetratie van andere markten door in die lidstaat gevestigde ondernemingen kan vergemakkelijken⁷⁸⁴.

322. De omstandigheid dat een sector van de economie op Gemeenschapsniveau is geliberaliseerd – bijvoorbeeld de financiële dienstensector – helpt om een werkelijke of potentiële weerslag op de handel en de mededinging vast te stellen. Anderzijds is niet noodzakelijk dat de begunstigde onderneming zelf aan het communautaire handelsverkeer deelneemt⁷⁸⁵.

C. Artikel 87, leden 2 en 3 EG-Verdrag: de uitzonderingen op het verbod van staatssteun

323. *Algemeen.* Wanneer een overheidsmaatregel steun in de zin van artikel 87, lid 1 EG-Verdrag uitmaakt, kan de maatregel onder de voorwaarden vervat in artikel 87, leden 2 en 3 eventueel genieten van een uitzondering.

324. *Artikel 87, lid 2, sub b).* Zoals iedere uitzondering op het algemeen verbod van staatssteun moet deze bepaling die steun voor schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen toelaat, eng worden uitgelegd. Een rechtstreeks verband moet bestaan tussen de door de buitengewone gebeurtenis veroorzaakte schade en de staats-

steun. Bovendien moet de schade van de betrokken producten zo nauwkeurig mogelijk worden geraamd⁷⁸⁶.

325. *Artikel 87, lid 3 EG-Verdrag.* Voor de toepassing van artikel 87, lid 3 geniet de Commissie een ruime beoordelingsbevoegdheid waarvan de uitoefening een complexe afweging van economische en sociale gegevens impliceert die in een communautair kader dient plaats te vinden. Dit geldt eveneens voor de beoordelingen die de Commissie maakt inzake verenigbaarheid van milieusteun met de gemeenschappelijke markt⁷⁸⁷. De rechterlijke toetsing van de appreciaties van de Europese Commissie in het kader van artikel 87, lid 3 heeft in beginsel slechts een marginaal karakter.

326. *Richtsnoeren en kaderregelingen.* De Commissie kan in richtsnoeren en kaderregelingen zichzelf regels stellen voor de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheden. De gedragscriteria die zij zichzelf oplegt over het door haar te volgen beleid, mogen echter niet afwijken van de normen van het EG-Verdrag⁷⁸⁸. Bovendien kunnen richtsnoeren en kaderregelingen niet tot gevolg hebben dat de Commissie haar beoordelingsbevoegdheid in een concrete geval verliest, zeker niet in de gevallen die de richtsnoeren en kaderregelingen niet uitdrukkelijk hebben geïmplementeerd. Aldus mag de Commissie een steunmaatregel ten behoeve van het milieu rechtstreeks op grond van artikel 87, lid 3, sub c) EG-Verdrag onderzoeken en goedkeuren wanneer de steunmaatregel niet binnen de toepassingsfeer valt van de kaderregeling voor milieusteun. In dat geval moet de Commissie het gelijkheidsbeginsel eerbiedigen: door de kaderregeling geïmplementeerde situaties moeten op dezelfde manier worden behandeld als situaties die niet door de regeling zijn gedekt. Bij de uitlegging van de uitzondering van artikel 87, lid 3 EG-Verdrag moet rekening worden gehouden met de algemene doelstellingen en politieken van het EG-Verdrag, waaronder de bevordering van het milieu (art. 174, lid 1 EG-Verdrag)⁷⁸⁹.

327. *Project van gemeenschappelijk Europees belang.* Maatregelen die voornamelijk de economische deelnemers van één lidstaat (bv. het banksysteem van een lidstaat) en niet de Gemeenschap als geheel bevoordelen, vormen geen project van gemeenschappelijk Europees belang in de zin van artikel 87, lid 3, sub b) EG-Verdrag. Bijgevolg kunnen maatregelen ter versterking van een bepaalde economische

⁷⁸². D.w.z. voor het eerst gewonnen granuleuze materialen in steengroeven die worden gebruikt in de sector bouw en openbare werken – met uitzondering van bepaalde gespecificeerde materialen.

⁷⁸³. Arrest *British Aggregates Association/Commissie*, r.o. 127 e.v.

⁷⁸⁴. Arrest *Unicredito Italiano Spa/Agenzia delle Entrate Genova I*, aangehaald in voetnoot 774, r.o. 54-55 en 62.

⁷⁸⁵. Arrest *Unicredito Italiano Spa/Agenzia delle Entrate Genova I*, aangehaald in voetnoot 774, r.o. 57-58.

⁷⁸⁶. Arrest *Giuseppe Atzeni*, aangehaald in voetnoot 733, r.o. 79.

⁷⁸⁷. Arrest van het Gerecht van 20 september 2007, T-375/03, *European Insulation Manufacturers Association/Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 138.

⁷⁸⁸. Vaste rechtspraak, zie bv. tijdens de besproken periode: arrest van het Gerecht van 6 april 2006, T-17/03, *Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke GmbH/Commissie*, *Jur.* 2006, II-1139, r.o. 41-42.

⁷⁸⁹. Arrest *European Insulation Manufacturers Association/Commissie*, aangehaald in voetnoot 787, r.o. 140-148.

sector (bv. de banksector) in een lidstaat of een door een lidstaat ingeleid privatiseringsproces, niet van de uitzondering genieten⁷⁹⁰.

328. Herstructureringssteun. Herstructureringssteun aan een onderneming in moeilijkheden kan slechts genieten van de uitzondering van artikel 87, lid 3, sub c) EG-Verdrag wanneer hij gepaard gaat met een herstructureringsplan dat gericht is op de vermindering of heroriëntatie van de bedrijvigheid van de onderneming⁷⁹¹. De kaderregeling voor reddings- en herstructureringssteun bevat de precieze voorwaarden waaraan het plan dient te voldoen. Eén voorwaarde is dat de steun beperkt blijft tot hetgeen strikt “noodzakelijk” is voor de herstructurering en het herstel van de levensvatbaarheid van het bedrijf⁷⁹². Zolang de herstructureringsperiode niet is afgelopen, kan de betrokken lidstaat de Commissie verzoeken wijzigingen aan het herstructureringsplan en het steunbedrag te aanvaarden. Uit artikel 87, lid 3, sub c) EG-Verdrag *juncto* artikelen 88, leden 2 en 3 EG-Verdrag volgt dat voor een belangrijke wijziging van een door de Commissie aanvaard herstructureringsplan de betrokken lidstaat in beginsel een gewijzigd plan met alle noodzakelijke gegevens moet voorleggen. De Commissie kan de wijziging immers enkel goedkeuren op basis van een uitvoerig formeel onderzoek van de vraag of het gewijzigde plan strookt met de in de richtsnoeren voor herstructureringssteun neergelegde voorwaarden⁷⁹³.

D. Goedkeuring door de Raad van steunmaatregelen op grond van buitengewone omstandigheden

329. In de besproken periode bevestigde het Hof dat de Raad niet langer de bevoegdheid heeft om krachtens artikel 88, lid 2, derde alinea EG-Verdrag op verzoek van een lidstaat een steunmaatregel goed te keuren wanneer de lidstaat zijn verzoek tot de Raad richt *nadat* de Commissie de steun-

maatregel reeds onverenigbaar heeft verklaard met de gemeenschappelijke markt⁷⁹⁴.

E. Beoordeling van bestaande steun

330. In de Belgische *coördinatiecentra*-zaken rees de vraag op welke rechtsgrondslag de Commissie een nationale regeling waarvan zij aanvankelijk besliste dat zij geen element van staatssteun bevatte, opnieuw kan onderzoeken omdat zij meent dat de regeling uiteindelijk toch staatssteun vormt. Het Hof oordeelde dat deze regeling – in casu het K.B. nr. 187 van 30 december 1987 over de coördinatiecentra waartegen de Commissie bij beslissingen van 1984 en 1987 geen bezwaar had gemaakt – enkel op grond van de procedure van artikel 88, lid 1 EG-Verdrag voor bestaande steun aan een heronderzoek kon worden onderworpen. Zonder veel uitleg laat het Hof het heronderzoek toe op grond van de overweging dat de groep “gedragscode” (vastgesteld door de Raad) de belastingregeling voor coördinatiecentra als schadelijk voor de gemeenschappelijke markt had verklaard. De betrokken belastingregeling was een “bestaande maatregel” aangezien zij in 1984 was aangemeld en goedgekeurd, en nadien geen enkele substantiële wijziging had ondergaan⁷⁹⁵. De mogelijkheid van heronderzoek is niettemin begrensd door het beginsel van het gewettigd vertrouwen⁷⁹⁶. De begunstigden van een regeling die het voorwerp vormt van een heronderzoek, “mochten hoe dan ook verwachten dat een beschikking waarmee de Commissie terugkomt op haar vroegere beoordeling, hun de nodige tijd zou geven om daadwerkelijk rekening te houden met deze wijziging van de beoordeling”⁷⁹⁷. In casu vernietigde het Hof gedeeltelijk de beschikking die de belastingregeling voor de coördinatiecentra onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt had verklaard. De beschikking voorzag geen redelijke overgangperiode voor de coördinatiecentra waarvan een aanvraag tot erkenning als centrum op de datum van de kennisgeving van de beschikking aanhangig was of waarvan de erkenning gelijktijdig met of kort na de kennisgeving afliep⁷⁹⁸.

⁷⁹⁰. Arrest *Unicredito Italiano Spa/Agenzia delle Entrate Genova I*, aangehaald in voetnoot 774, r.o. 73 en 77.

⁷⁹¹. Arrest *Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke GmbH/Commissie*, r.o. 43.

⁷⁹². Zie arrest *Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke GmbH/Commissie*, r.o. 50-76, waarin het Gerecht oordeelde dat de Commissie terecht had beslist dat de verstrekte steun verder ging dan hetgeen noodzakelijk was.

⁷⁹³. Arrest *Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE/Commissie*, aangehaald in voetnoot 759, r.o. 91-93.

⁷⁹⁴. Arrest van het Hof van 22 juni 2006, C-399/03, *Commissie/Raad, Jur.* 2006, I-5629, r.o. 23-37 (i.v.m. de Belgische belastingregeling inzake coördinatiecentra).

⁷⁹⁵. Arrest van het Hof van 22 juni 2006, C-182/03 en C-217/03, *België en Forum 187 VZW/Commissie, Jur.* 2006, I-5479, r.o. 73-78. Anderzijds meende het Hof dat het begrip “vanwege de ontwikkeling van de gemeenschappelijke markt” in art. 1, sub b) van de procedureverordening 659/1999 dat kan worden opgevat als een “wijziging van de economische en juridische context in de door de betrokken maatregel geraakte sector, niet ziet op het geval waarin, zoals in casu, de Commissie haar beoordeling uitsluitend wijzigt op grond van een striktere toepassing van de [staatssteunregels].” (r.o. 71).

⁷⁹⁶. *Ibid.*, r.o. 150-167.

⁷⁹⁷. *Ibid.*, r.o. 161.

⁷⁹⁸. De erkenning als coördinatiecentrum geldt voor 10 jaar. Enkel ten gunste van de coördinatiecentra waarvoor de erkenning als centrum kort vóór de vaststelling van de beschikking is afgelopen, had de Commissie in een overgangsmaatregel voorzien. Deze overgangsmaatregel bestond erin dat die centra tot 31 december 2010 van de belastingregeling konden genieten. Overigens besloot het Hof tot een schending van het gelijkheidsbeginsel ten nadele van de coördinatiecentra die niet van een overgangsmaatregel konden genieten (*ibid.*, r.o. 168-174).

F. Procedure: aanmelding van nieuwe steun, eerste onderzoek, formele onderzoeksprocedure en beroepen

331. Aanmelding. Een “aanmelding” in de zin van artikel 88, lid 3 EG-Verdrag moet steeds gebeuren door de betrokken lidstaat. Wanneer de begunstigde onderneming de Commissie van de steun op de hoogte brengt, wordt niet aan de aanmeldingsplicht voldaan⁷⁹⁹. Artikel 2, lid 2 van de procedureverordening 659/1999 bepaalt dat een aanmelding volledig is wanneer “de betrokken lidstaat alle informatie verstrekt die de Commissie nodig heeft om overeenkomstig de artikelen 4 en 7 een beschikking te geven”. Anderzijds bepaalt artikel 5, lid 3 dat de lidstaat na een ontvangen verzoek om inlichtingen de Commissie kan meedelen dat hij de aanmelding als volledig beschouwt. In dat geval dient de Commissie binnen de twee maanden na deze verklaring een beschikking te nemen. In *Freistaat Sachsen/Commissie* merkt het Gerecht op dat deze bepaling de lidstaten de mogelijkheid geeft te voorkomen dat de Commissie de duur van de eerste onderzoeksfase kunstmatig verlengt. Het feit dat de lidstaat van deze mogelijkheid geen gebruik maakt, wettigt evenwel niet de conclusie dat de oorspronkelijke aanmelding niet volledig was. Het beslissende criterium is dat de aanmelding alle noodzakelijke inlichtingen bevat om de Commissie in staat te stellen zich een eerste oordeel te vormen over de verenigbaarheid van de steunmaatregel met het verdrag⁸⁰⁰.

332. Duur van het onderzoek van een klacht. In overeenstemming met eerdere rechtspraak⁸⁰¹ bevestigde het Gerecht in *Air One/Commissie* dat een concurrent van de steunontvanger gerechtigd is een beroep tot nalaten in te stellen wanneer de Commissie verzuimt tijdig zijn klacht wegens onwettige steun te onderzoeken⁸⁰². De Commissie moet klachten over beweerde staatssteun met bekwame spoed en onpartijdigheid onderzoeken. In casu had het onderzoek op het ogenblik van de instelling van het beroep echter nog geen zes maanden geduurd. Het Gerecht verweet de Commissie

meer dan vier maanden te hebben gewacht om de klacht aan de betrokken lidstaat voor uitleg door te zenden. Niettemin oordeelde het dat de Commissie in het licht van de complexiteit van de zaak de grenzen van de redelijke termijn voor onderzoek van de klacht niet had overschreden⁸⁰³. Wanneer op het ogenblik van de indiening van de klacht een andere zaak voor het Gerecht hangt die van belang is voor het onderzoek van de klacht, mag de Commissie dit onderzoek en de uitspraak van het Gerecht afwachten⁸⁰⁴.

333. In een andere zaak oordeelde het Gerecht daarentegen dat de Commissie het vooronderzoek te lang had laten aanslepen. Een vooronderzoek van 28 maanden dat was afgesloten door een beslissing van geen bezwaar, kon niet gerechtvaardigd worden in het licht van de beperkte omvang, onderzoeksdaten en complexiteit van het dossier⁸⁰⁵. De sanctie voor het overschrijden van de redelijke termijn is echter beperkt: “het feit alleen dat een beschikking na het verstrijken van een dergelijke termijn is gegeven, [volstaat] niet voor de vaststelling dat een door de Commissie na afloop van een eerste onderzoek krachtens artikel 88, lid 3 EG-Verdrag gegeven beschikking onrechtmatig is”⁸⁰⁶. Het overschrijden van de redelijke termijn kan, samen met andere elementen, wel een aanwijzing zijn dat de Commissie ernstige beoordelingsproblemen heeft ondervonden en de formele onderzoeksprocedure van artikel 88, lid 2 EG-Verdrag had moeten openen. In dat geval wordt de beslissing van geen bezwaar vernietigd⁸⁰⁷.

334. Formele onderzoeksprocedure. Wanneer na het eerste onderzoek twijfel rijst ten aanzien van de verenigbaarheid van de steun, moet de Commissie de formele procedure inleiden. Artikel 6, lid 1 van de procedureverordening bepaalt dat het inleidingsbesluit een “samenvatting van de relevante feiten en rechtspunten” bevat. Hierdoor worden de belanghebbenden in staat gesteld doeltreffend deel te nemen aan de formele procedure waarin zij hun argumenten kunnen aanvoeren⁸⁰⁸. In de zaak *Le Levant 001 EURL/Commissie*

⁷⁹⁹. Arrest van het Hof van 1 juni 2006, C-442/03 P en C-471/03 P, *P & O European Ferries en Diputación Foral de Vizcaya/Commissie*, *Jur.* 2006, I-04845, r.o. 103-104 (art. 2, lid 1, van procedureverordening 659/1999 waarin het vereiste van aanmelding door de betrokken lidstaat neergelegd werd, is enkel een codificatie van de rechtspraak van het Hof terzake).

⁸⁰⁰. Arrest van het Gerecht van 3 mei 2007, T-357/02, *Freistaat Sachsen/Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 136-137, alwaar verwezen wordt naar de rechtspraak gewezen vóór de inwerkingtreding van de procedureverordening 659/1999.

⁸⁰¹. Arresten van het Gerecht van 15 september 1998, T-95/96, *Gestevisión Telecinco/Commissie*, *Jur.* 1998, II-3407 en van 15 september 1998, T-17/96, *TF1/Commissie*, *Jur.*, 1998, II-1757, besproken in eerdere *Kronieken*.

⁸⁰². Arrest van het Gerecht van 10 mei 2006, T-395/04, *Air One SpA/Commissie*, *Jur.* 2006, II-1343, r.o. 25-39.

⁸⁰³. Arrest *Air One SpA/Commissie*, r.o. 61-66.

⁸⁰⁴. Arrest van het Gerecht van 11 juli 2007, T-167/04, *Asklepios Kliniken/Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 87-88.

⁸⁰⁵. Arrest *Asociación de Empresarios de Estaciones de Servicio de la Comunidad Autónoma de Madrid/Commissie*, aangehaald in voetnoot 737, r.o. 121-128.

⁸⁰⁶. Arrest *Asociación de Empresarios de Estaciones de Servicio de la Comunidad Autónoma de Madrid/Commissie*, aangehaald in voetnoot 737, r.o. 130.

⁸⁰⁷. Arrest *Asociación de Empresarios de Estaciones de Servicio de la Comunidad Autónoma de Madrid/Commissie*, aangehaald in vorige voetnoot, r.o. 135-142. In casu achtte het Gerecht niet bewezen dat de Commissie in de loop van het vooronderzoek op ernstige moeilijkheden was gestuit. De beschikking van de Commissie werd dus niet vernietigd, maar de Commissie werd in een deel van de kosten verwezen. Een andere sanctie op de overschrijding van de redelijke termijn bestaat in de toekenning van schadevergoeding op voorwaarde dat de verzoekster in het kader van een beroep tot schadevergoeding tegen de Gemeenschap het bestaan van schade ten gevolge van de overschrijding van de redelijke termijn bewijst (zie, impliciet, arrest van het Gerecht, r.o. 132).

⁸⁰⁸. Arrest van het Gerecht van 12 september 2007, T-25/04, *Gonzalez y Díez SA/Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.* r.o. 124. Overigens mag de Commissie haar eindbeschikking niet baseren op het ontbreken van elementen waarvan de belanghebbende partijen op basis van de vermeldingen in het inleidingsbesluit niet konden weten dat zij aan de Commissie dienden te worden verstrekt (r.o. 125).

besliste het Gerecht dat het vaststellen van de begunstigde van de steun een dergelijk “relevant feit en rechtspunt” vormt. Indien de hoedanigheid van begunstigde van de litigieuze steun niet wordt vermeld in het inleidingsbesluit of in een later stadium van de procedure, kan die belanghebbende niet worden geacht te zijn aangemaand om opmerkingen te maken in de zin van artikel 88, lid 2 EG-Verdrag. Hij mocht er derhalve van uitgaan dat zijn opmerkingen niet nodig waren, omdat hij niet als begunstigde van de terug te verdienen steun werd aanzien. Als de Commissie uiteindelijk van die persoon de steun terugvordert, schendt de Commissie het algemene rechtsbeginsel volgens welke eenieder jegens wie een bezwarende beschikking kan worden gegeven in staat moet worden gesteld zijn standpunt kenbaar te maken over de belastende gegevens waarop de Commissie haar beschikking baseert⁸⁰⁹.

335. In het inleidingsbesluit worden de betrokken lidstaat en de andere belanghebbenden uitgenodigd om hun opmerkingen mee te delen binnen een vastgestelde termijn. Hieruit volgt evenwel niet dat de Commissie alle andere elementen die de begunstigde haar na het verstrijken van de termijn ter kennis heeft gebracht, automatisch mag weren. De Commissie heeft de verplichting het dossier aan een zorgvuldig en onpartijdig onderzoek te onderwerpen. In bepaalde omstandigheden is de Commissie bijgevolg gehouden rekening te houden met de opmerkingen van de steunontvanger na afloop van de termijn⁸¹⁰.

336. 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.

337. In een arrest van de grote kamer heeft het Hof de voorwaarden in herinnering gebracht waaronder particulieren een beroep kunnen instellen tegen een beschikking van de Commissie tot beëindiging van de fase van eerste onderzoek waarbij geen bezwaar tegen de steun wordt gemaakt⁸¹¹. De voorwaarden verschillen naar gelang het voorwerp van het beroep. Enerzijds kan een persoon een beroep instellen om de procedurele rechten te doen eerbie-

digen die hij aan artikel 88, lid 2 EG-Verdrag ontleent. Volgens deze bepaling hebben “belanghebbenden” het recht opmerkingen in te dienen tijdens de formele onderzoeksprocedure – niet in de fase van het eerste onderzoek. Een beroep beoogt de procedurele rechten van artikel 88, lid 2 te doen eerbiedigen wanneer het aanvoert dat de Commissie haar verplichting om de formele onderzoeksprocedure in te leiden heeft geschonden. Deze verplichting bestaat wanneer de Commissie bij de beoordeling van de verenigbaarheid van de steun “ernstige moeilijkheden” vaststelt. Een dergelijk beroep is ontvankelijk wanneer het wordt ingesteld door een “belanghebbende” in de zin van artikel 88, lid 2 EG-Verdrag. “Belanghebbenden” zijn de personen, ondernemingen of verenigingen die eventueel door de verlening van de steun in hun belangen worden geraakt, d.w.z. de ondernemingen die met de begunstigde van de steun concurreren. Anderzijds kan een beroep de gegrondheid (inhoud) zelf van de beschikking van geen bezwaar aanvechten, bijvoorbeeld wanneer aangevoerd wordt dat de beschikking ten onrechte tot de afwezigheid van het bestaan van steun heeft besloten. In dat geval volstaat voor de ontvankelijkheid van het beroep niet dat de verzoeker een “belanghebbende” is. De verzoeker moet een bijzondere status aantonen, nl. dat de aangevochten steun zijn marktpositie merkbaar aantast⁸¹². Op grond van dit onderscheid vernietigde het Hof een uitspraak van het Gerecht die ten onrechte het voorwerp van een nietigheidsberoep had gekwalificeerd als ertoe strekkende de procedurele rechten van artikel 88, lid 2 te doen eerbiedigen, terwijl eigenlijk de gegrondheid van de beschikking werd aangevochten⁸¹³.

338. Tijdens de besproken periode onderschreef het Gerecht de rechtspraak van het Hof dat een steunontvangende onderneming in principe niet kan opkomen tegen een beslissing van de Commissie tot beëindiging van de formele onderzoeksprocedure waarbij een sectoriële steunregeling onverenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt. Daarentegen kan een onderneming toch de beslissing van de Commissie aanvechten wanneer zij de daadwerkelijke begunstigde is van een uit hoofde van een sectoriële steunregeling toegekende individuele steun waarvan de Commissie de terugvordering heeft gelast⁸¹⁴.

^{809.} Arrest van het Gerecht van 23 februari 2006, T-34/02, *Le Levant 001 EURL/Commissie*, *Jur.*, 2006, II-267, 82-83 en 97. In casu waren een groot aantal privé-investeerders in het kader van mede-eigendom de eigenaars geworden van een schip op grond van Franse wetgeving, waarbij zij de investeringskost van hun belastbaar inkomen mochten aftrekken. Vervolgens werd het schip verhuurd aan een bedrijf voor de exploitatie van een lijn in een Frans overzees gebied. Na vijf jaar zou het bedrijf het schip kopen tegen een voordelige prijs waarin de fiscale steun was doorberekend. In een negatieve beschikking eiste de Commissie dat de privé-investeerders de onwettig uitgekeerde steun terugbetaalden. Daarentegen werd van de exploitant geen steun teruggevorderd aangezien het schip op het moment van de beschikking nog niet was verkocht. Het inleidingsbesluit bevatte geen aanwijzingen dat de privé-investeerders maar alleen de exploitant (en uiteindelijk eigenaar) van het schip begunstigten van de steun waren.

^{810.} Arrest *Scott SA/Commissie*, aangehaald in voetnoot 752, r.o. 56.

^{811.} Arrest van het Hof van 13 december 2005, C-78/03 P, *Commissie/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum eV*, *Jur.* 2005, I-10737, r.o. 31 tot 39.

^{812.} Wanneer de verzoeker een beroepsvereniging is, moet hij aantonen dat de marktpositie van de leden ernstig wordt aangetast.

^{813.} Arrest van het Hof van 29 november 2007, C-176/06 P, *Stadtwerke Schwabisch Hall GmbH e.a./Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 25. In de arresten *Asociación de Empresarios de Estaciones de Servicio de la Comunidad Autónoma de Madrid/Commissie* (aangehaald in voetnoot 737, r.o. 44 e.v.), van 20 september 2007 (T-254/05, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 41 e.v.) en van 20 september 2007 (T-375/03, *European Insulation Manufacturers Association/Commissie*, aangehaald in voetnoot 787, r.o. 47 e.v.) houdt het Gerecht zich daarentegen nauwgezet aan de rechtspraak van het Hof.

^{814.} Zie *Kroniek 2003-2005*, T.B.H. 2006, p. 357, randnr. 321, rechtspraak bevestigd in arrest *EARL Salvat père et fils/Commissie*, aangehaald in voetnoot 739, r.o. 67-70.

339. Volgens de vaste rechtspraak kunnen niet alleen de steunontvanger maar ook de daarmee concurrerende ondernemingen die in het kader van de procedure een actieve rol hebben gespeeld, de beschikking van de Commissie tot beëindiging van de formele onderzoeksprocedure aanvechten, voor zover de aangevochten steunmaatregel hun marktpositie wezenlijk heeft beïnvloed⁸¹⁵. De Europese Commissie verdedigt graag de stelling dat de actieve rol tijdens de procedure en de aanzienlijke aantasting van de marktpositie cumulatieve ontvankelijkheidsvoorwaarden zijn. Tijdens de besproken periode verduidelijkte het Hof evenwel dat de omstandigheid dat een onderneming een klacht heeft ingediend naar aanleiding waarvan de formele onderzoeksprocedure werd geopend en dat zijn opmerkingen tijdens de procedure in aanzienlijke mate bepalend zijn geweest voor het verloop van de procedure, als relevante elementen kunnen worden aangemerkt. Volgens het Hof is de betrokkenheid bij de procedure echter geen noodzakelijke voorwaarde voor een concurrent om een nietigheidsberoep in te stellen⁸¹⁶. Anderzijds moet minstens één van de twee voorwaarden vervuld zijn. Aldus kan een klager geen ontvankelijk beroep indienen wanneer hij (i) door de herhaaldelijke verstrekking van informatie de aanzet heeft gegeven tot de inleiding van de formele procedure maar nadien zijn tussenkomst heeft beperkt tot het verzenden van één enkele brief zonder nieuwe of relevante aanvullende informatie en (ii) nalaat aan de hand van concrete gegevens – zoals de omzet vóór en ná de vaststelling van de beweerde steunmaatregel – aan te tonen dat de steun zijn positie op de betrokken markt wezenlijk kon aantasten⁸¹⁷. Wat de laatste voorwaarde betreft, volstaat de enkele omstandigheid dat de verzoeker een concurrent is van de begunstigde onderneming niet. De verzoeker moet aantonen dat de steunmaatregel zijn mededingingspositie op belangrijke wijze aantast⁸¹⁸. Anderzijds dient de concurrent de wezenlijke beïnvloeding van zijn marktpositie niet noodzakelijk aan te tonen aan de hand van een aanzienlijke daling van zijn omzet of marktaandeel. De toekenning van staatssteun kan ook op andere manieren de concurrentiepositie van een ondernemer beïnvloeden⁸¹⁹.

340. Verjaring. Artikel 15 van de procedureverordening voorziet in een verjaringstermijn van tien jaar vanaf de verlening van de onrechtmatige steun aan de begunstigde. De verjaring wordt evenwel gestuit door “elke maatregel van de

Commissie of een op haar verzoek optredende lidstaat ten aanzien van de onrechtmatige steun”. In het arrest *Scott*, gewezen op hogere voorziening, heeft het Hof beslist dat de stuiting van de verjaringstermijn niet gebonden is aan de voorwaarde dat de maatregel van de Commissie ter kennis van de begunstigde van de steun werd gebracht⁸²⁰.

G. Misbruik van staatssteun

341. Artikel 88, lid 2, eerste alinea EG-Verdrag bepaalt dat “indien de Commissie, na de belanghebbenden te hebben aangemaand hun opmerkingen te maken, vaststelt dat [van] een steunmaatregel door een staat of met staatsmiddelen bekostigd (...) misbruik wordt gemaakt, [zij] bepaalt dat de betrokken staat die steunmaatregel moet opheffen of wijzigen binnen de door haar vast te stellen termijn”. Verder wordt in artikel 1, sub g) van de procedureverordening 659/1999 “misbruik van steun” omschreven als “steun die door de begunstigde wordt gebruikt in strijd met een beschikking die werd gegeven overeenkomstig artikel 4, lid 3 of artikel 7, leden 3 en 4 van de verordening”.

342. De vaststelling van misbruik van staatssteun is een afzonderlijk criterium dat los staat van de vraag naar de verenigbaarheid van steun met de gemeenschappelijke markt. Misbruik van staatssteun kan bijgevolg op zichzelf een beschikking van de Commissie tot opheffing of wijziging van een steunmaatregel rechtvaardigen. De Commissie moet niet het bewijs leveren dat de steun onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, maar dat bij de toepassing van de steunregeling inbreuk is gemaakt op die regeling zoals die door de Commissie is goedgekeurd. M.a.w. de Commissie moet aantonen dat “inbreuk is gemaakt op de nationale voorschriften betreffende die regeling of op de bijkomende voorwaarden waarmee de lidstaat heeft ingestemd in het kader van de goedkeuring van de regeling door de Commissie”⁸²¹. Het begrip “misbruik van recht” is strikt beperkt tot die situatie. De schending van een bijkomende voorwaarde die door de steunverstrekende lidstaat eenzijdig is opgelegd zonder dat de voorwaarde uitdrukkelijk in de door de Commissie goedgekeurde nationale voorschriften is neergelegd, vormt geen misbruik⁸²².

⁸¹⁵. Arrest van het Hof van 28 januari 1986, nr. 169/84, *Cofaz e.a./Commissie*, *Jur.* 1986, 391, r.o. 25.

⁸¹⁶. Arrest van het Hof van 22 november 2007, C-260/05 P, *Sniace SA/Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 55-57.

⁸¹⁷. Arrest van het Gerecht van 27 september 2006, T-117/04, *Vereniging Werkgroep Commerciële Jachthavens Zuidelijke Randmeren e.a./Commissie*, *Jur.* 2006, II- 03861, r.o. 52-64. Daarenboven werd het beroep van de ondernemingsvereniging niet-ontvankelijk verklaard in afwezigheid van de – door de vaste rechtspraak vereiste – “bijzondere omstandigheden”, zoals de rol die de vereniging heeft gespeeld in het kader van de administratieve procedure, die haar ten opzichte van ieder ander kon individualiseren (r.o. 65-76).

⁸¹⁸. Zie beschikking van het Hof van 21 februari 2006, C-367/04 P, *Deutsche Post en DHL Express (Italië) Srl/Commissie*, *Jur.* 2006, I-26, r.o. 41-42.

⁸¹⁹. Arrest van het Hof van 22 november 2007, C-525/04 P, *Spanje en Commissie/Lenzing AG*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

⁸²⁰. Arrest van het Hof van 6 oktober 2005, C-276/03 P, *Scott/Commissie*, *Jur.* 2005, I-8437, r.o. 28.

⁸²¹. Arrest van het Gerecht van 19 oktober 2005, T-318/00, *Freistaat Thüringen (Duitsland)/Commissie*, *Jur.* 2005, II-4179, r.o. 116 en 114.

⁸²². Arrest *Freistaat Thüringen (Duitsland)/Commissie*, r.o. 149-150. Er is geen misbruik zelfs indien de bijkomende voorwaarde bestaat uit een verbod van subsidiëring van andere ondernemingen binnen dezelfde groep als de steunontvanger.

H. Terugvordering door de lidstaat van onrechtmatig verleende steun

343. *Algemeen.* Wanneer de Commissie oordeelt dat uitgekeerde steun onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, beveelt zij de lidstaat alle nodige maatregelen te nemen om de steun van de begunstigde terug te vorderen (art. 14, lid 1 van procedureverordening 659/1999). Het doel van de terugvordering is dat de begunstigde het voordeel verliest dat hij op de markt ten opzichte van zijn concurrenten genoot en dat de toestand van vóór de steunverlening wordt hersteld. De terugvordering kan niet als een sanctie worden beschouwd en heeft geen strafrechtelijk karakter⁸²³. De Commissie kan niet uit clementie voor de steunontvanger de terugvordering van een lager bedrag dan de omvang van de steun gelasten. Omgekeerd mag zij om haar afkeuring van de ernst van de inbreuk te tonen, niet de terugvordering van een hoger bedrag bevelen⁸²⁴. Het herstel van de toestand vóór de steun is bereikt zodra de betrokken steun, eventueel vermeerderd met vertragingsrente, door de begunstigde is terugbetaald. De begunstigde is de onderneming die de steun feitelijk heeft genoten⁸²⁵.

344. *Verkoop van de onderneming (“asset deal”).* In het arrest *CDA Datenträger Albrechts GmbH/Commissie* werd een gedeelte van de activa van een onderneming in moeilijkheden die steun had ontvangen, overgedragen aan een andere onderneming die de activiteit feitelijk voortzette⁸²⁶. De overdracht van de activa beoogde dat deel van de activiteit te redde door het af te schermen van het onzekere voortbestaan van de onderneming in moeilijkheden. Het Gerecht oordeelde niettemin dat de overnemende onderneming niet diende beschouwd te worden als degene die feitelijk van de toegekende steun genoot. Een belangrijke overweging was dat de overnemer voor de activa een marktconforme prijs had betaald, zodat deze verrichting niet met zich meebracht dat de overnemer in feite bleef profiteren van het aan de steun voor de overdragende onderneming verbonden voordeel⁸²⁷. De opheffing van de concurrentievervalsing kon verwezenlijkt worden door de inschrijving van de verplichting tot terugbetaling van de steun op de passiefzijde van de overdragende onderneming die in het kader van een faillissementsprocedure werd geliquideerd⁸²⁸.

345. *Oneigenlijk gebruik door andere ondernemingen binnen de groep.* Wanneer aan een onderneming toegekende

steun oneigenlijk is gebruikt ten behoeve van andere ondernemingen binnen de groep en de interne overdrachtsmechanismen enkel ten nadele van eerstgenoemde onderneming hebben gewerkt, kan deze onderneming niet worden geacht feitelijk van de steun te hebben genoten. Het bevel tot terugbetaling kan niet aan deze onderneming worden gericht⁸²⁹.

346. *Hoofdelijke verplichting tot terugbetaling.* Wanneer een lidstaat de door de Commissie gevraagde informatie in verband met onrechtmatig verleende steun niet heeft verstrekt, mag de Commissie overeenkomstig artikel 13, lid 1 van de procedureverordening nr. 659/1999 een beschikking geven waarbij de onverenigbaarheid van de steun wordt vastgesteld en (overeenkomstig art. 14, lid 1 van de verordening) de steun terugvorderen van de steunontvangers. Niettemin mag de Commissie niet een bepaalde onderneming aansprakelijk stellen – zij het slechts hoofdelijk – voor de terugbetaling van een bepaald gedeelte van de onverenigbaar verklaarde steun wanneer de overdracht van staatsmiddelen aan die onderneming wordt verondersteld. De Commissie had, naast de steunontvangende onderneming, eveneens een andere onderneming hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor de terugbetaling omdat zij op grond van de beschikbare informatie niet kon uitsluiten dat die onderneming ook van de steun had geprofiteerd⁸³⁰.

347. *Rente op de teruggevorderde bedragen.* De terug te vorderen steun omvat rente tegen een door de Commissie vastgesteld passend percentage (art. 14, lid 2 van procedureverordening 659/1999). In verordening nr. 794/2004 preciseerde de Commissie dat het rentepercentage op samengestelde wijze wordt toegepast tot de datum waarop de steun is terugbetaald (art. 11, lid 2 van die verordening). De rente wordt dus gekapitaliseerd⁸³¹.

348. *Verweer tegen terugvordering.* Overeenkomstig artikel 14, lid 1, laatste volzin van procedureverordening 659/1999 verlangt de Commissie geen terugvordering van de steun indien zulks in strijd is met een algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht. In de zaak *Koninklijke Friesland Foods NV* had de Commissie de speciale regeling voor concernfinancieringsactiviteiten van Nederland onverenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt en de afschaffing bevolen voor de toekomst⁸³². Een onderneming die een verzoek om toepassing van die regeling had ingediend, beriep zich op het vertrouwensbeginsel om aanspraak te blij-

⁸²³ Arrest *Scott SA/Commissie*, aangehaald in voetnoot 752, r.o. 94.

⁸²⁴ Arrest *Scott SA/Commissie*, aangehaald in voetnoot 752, r.o. 95.

⁸²⁵ Arrest van het Gerecht van 19 oktober 2005, T-324/00, *CDA Datenträger Albrechts GmbH/Commissie*, *Jur.* 2005, II-4309, r.o. 78.

⁸²⁶ Arrest *CDA Datenträger Albrechts GmbH/Commissie*, aangehaald in vorige voetnoot.

⁸²⁷ Arrest *CDA Datenträger Albrechts GmbH/Commissie*, r.o. 97-100.

⁸²⁸ Arrest *CDA Datenträger Albrechts GmbH/Commissie*, r.o. 101.

⁸²⁹ Arrest *CDA Datenträger Albrechts GmbH/Commissie*, r.o. 87-93.

⁸³⁰ Arrest van het Gerecht van 12 september 2007, T-196/02, *MTU Friedrichshafen GmbH/Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 45 e.v.

⁸³¹ Voor de motivering van de Commissie om samengestelde rente te vorderen, zie arrest van het Gerecht van 27 maart 2007, T-369/00, *Département du Loiret/Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 32.

⁸³² Arrest van het Gerecht van 12 september 2007, T-348/03, *Koninklijke Friesland Foods NV/Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

ven maken op de voordelen van de regeling⁸³³. De Nederlandse regeling was analoog aan de Belgische wetgeving inzake concentratiecentra, waarvan de Commissie bij beslissing van 2 mei 1984 had geoordeeld dat geen steun aanwezig was in de zin van artikel 87, lid 1 EG-Verdrag. Het Gerecht bracht in herinnering dat “*iedere justitiabele bij wie een gemeenschapsinstelling gegronde verwachtingen heeft gewekt door hem precieze toezeggingen te doen, zich op het vertrouwensbeginsel [kan] beroepen*”⁸³⁴. In casu hadden de herhaaldelijke standpunten van de Commissie over de Belgische regeling het gewettigd vertrouwen gewekt dat de analoge Nederlandse regeling ook verenigbaar was met het Gemeenschapsrecht. Daarenboven deed de omstandigheid dat de Commissie de formele onderzoeksprocedure tegen de Nederlandse regeling had ingeleid, het gewettigd vertrouwen van de betrokken ondernemingen niet teniet. De inleiding van de formele procedure loopt niet vooruit op de kwalificatie van de regeling door de Commissie in de eindbeschikking. Derhalve kon een voorzichtige en bezonnen marktdeelnemer op basis van de enkele beslissing tot inleiding van de formele procedure niet voorzien dat een beschikking van onverenigbaarheid zou worden gegeven⁸³⁵.

349. Beroep wegens niet-nakoming. Indien een lidstaat een beschikking tot terugvordering van steun niet binnen de gestelde termijn nakomt, kan de Commissie overeenkomstig artikel 88, lid 2, tweede alinea EG-Verdrag de lidstaat wegens niet-nakoming voor het Hof dagen. Volgens vaste rechtspraak kan een lidstaat zich niet als verweer beroepen op de onwettigheid van een tot hem gerichte beschikking⁸³⁶. De enige verdediging voor de lidstaat is het aantonen van de “volstrekte onmogelijkheid” om de beschikking correct uit te voeren. Aan de voorwaarde van volstrekte onmogelijkheid is niet voldaan wanneer de lidstaat de Commissie enkel in kennis stelt van de juridische, politieke of praktische moeilijkheden die de uitvoering van de beschikking meebrengt, maar geen actie tegen de begunstigde onderneming onderneemt om de steun terug te krijgen⁸³⁷. De omstandigheid dat in de nationale wetgeving geen oplossing is voorzien voor de herziening van naar nationaal recht definitief geworden administratieve handelingen, vormt geen verweer⁸³⁸. Het feit dat de onderneming zich in moeilijkheden

bevindt of in staat van faillissement verkeert, onthefft de lidstaat evenmin van zijn verplichting tot terugvordering⁸³⁹. Indien een lidstaat jegens de Commissie blijk geeft van een gebrek aan medewerking bij het verstrekken van de voor de uitvoering van de beschikking noodzakelijke medewerking, schendt de lidstaat daarenboven artikel 10 EG-Verdrag⁸⁴⁰.

350. Bevoegdheid van de nationale rechter. Daarentegen is enkel de nationale rechter bevoegd om kennis te nemen van een geschil tussen de lidstaat en de begunstigde over de uitvoering van een beschikking waarbij de terugvordering van de steun wordt bevolen. De rechter behoudt deze bevoegdheid, zelfs indien de lidstaat – in overeenstemming met de verplichting tot loyale samenwerking – overleg heeft gevoerd met de Commissie over gerezen problemen bij de tenuitvoerlegging van de beschikking en de Commissie haar instemming heeft betoond met de door de lidstaat voorgestelde uitvoering. Wanneer tussen de lidstaat en de begunstigde onderneming een geschil ontstaat over de terugvordering van de steun, in het bijzonder aangaande de feitelijke vaststellingen in de beschikking van de Commissie of het exacte bedrag van het terug te vorderen reële voordeel, moet de nationale rechter het geschil beslissen op grond van zijn nationaal recht en daarbij rekening houden met de beschikking en de instemming van de Europese Commissie. Bij twijfel kan de nationale rechter krachtens artikel 10 EG-Verdrag (beginsel van loyale samenwerking) inlichtingen bij de Commissie inwinnen⁸⁴¹.

351. Buitencontractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap. Wanneer de Commissie bij beschikking de terugvordering van uitgekeerde steun eist en de Gemeenschapsrechter daarna de beschikking vernietigt, rijst de vraag of de Gemeenschap wegens foutief optreden van de Commissie buitencontractueel aansprakelijk kan gesteld worden. De onwettige terugvordering van de steun kan schade hebben veroorzaakt aan het bedrijf van de steunontvanger. De hamvraag is of een oorzakelijk verband bestaat tussen fout en schade. Het oorzakelijk verband ontbreekt indien de ontvanger niet diligent is opgetreden om de schade te voorkomen of minstens te beperken⁸⁴².

⁸³³. In deze zaak beriep de begunstigde van de steunregeling zich niet op het vertrouwensbeginsel om terugvordering te verhinderen maar om de vernietiging te bekomen van de beschikking van de Commissie voor zover zij aan de ondernemingen die nog geen positieve beslissing t.a.v. de toepassing van de concernfinancieringsregeling hadden bekomen, het voordeel van die regeling ontnam.

⁸³⁴. Arrest *Koninklijke Friesland Foods NV/Commissie*, aangehaald in voetnoot 832, r.o. 127.

⁸³⁵. Arrest *Koninklijke Friesland Foods NV/Commissie*, aangehaald in voetnoot 832, r.o. 135.

⁸³⁶. Vaste rechtspraak, zie bv. arrest van het Hof van 20 september 2007, C-177/06, *Commissie/Spanje*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 30 (het verweer kan alleen slagen in het uitzonderlijke geval dat de beschikking zulke ernstige en kennelijke gebreken vertoont dat zij “non-existent” is).

⁸³⁷. Arrest van het Hof van 6 december 2007, C-28/05, *Commissie/Italië*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 25.

⁸³⁸. Arrest van het Hof van 14 december 2006, C-485/03 en C-490/03, *Commissie/Spanje*, *Jur.* 2006, I-11887, r.o. 73 en 74.

⁸³⁹. Vaste rechtspraak bevestigd in het arrest *Commissie/Italië*, aangehaald in voetnoot 337, r.o. 28.

⁸⁴⁰. Arrest van het Hof van 18 oktober 2007, C-441/06, *Commissie/Frankrijk*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, r.o. 45 (i.v.m. de verlaagde bedrijfsbelasting die France Télécom genoot).

⁸⁴¹. Arrest van het Gerecht van 31 mei 2006, T-354/99, *Kuwait Petroleum (Nederland) BV en Nederland/Commissie*, *Jur.* 2006, II-1475, r.o. 68-69.

⁸⁴². Zie voor een toepassing tijdens de besproken periode: arresten van het Gerecht van 19 juli 2007, T-344/04, *Denis Bouychou/Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.* en T-360/04, *FG Marine SA/Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

I. Handhaving door de nationale rechter van het verbod van tenuitvoerlegging van voorgenomen steunmaatregelen

352. *Onderscheiden taken van de Commissie en de nationale rechter.* Zoals het Hof in het arrest *Transalpine Olleitung in Oostenrijk* in herinnering brengt, valt de beoordeling van de verenigbaarheid van steunmaatregelen met de gemeenschappelijke markt binnen de exclusieve bevoegdheid van de Commissie. Anderzijds zien de nationale rechtbanken toe op de vrijwaring van de rechten van de rechtsonderhorigen in geval van schending van de verplichting om steunmaatregelen vooraf bij de Commissie aan te melden (art. 88, lid 3 EG-Verdrag). Deze verdragsbepaling heeft rechtstreekse werking. Een particulier kan voor de nationale rechter een steunmaatregel aanvechten die in strijd met de “stand-still”-bepaling van artikel 88, lid 3 EG-Verdrag werd ten uitvoergelegd vooraleer de Commissie een eindbeslissing heeft genomen. Om te kunnen bepalen of een overheidsmaatregel had moeten worden aangemeld en niet ten uitvoer gelegd in afwachting van de goedkeuring van de Commissie, is de nationale rechter geroepen het begrip “steunmaatregel” van artikel 87, lid 1 uit te leggen⁸⁴³.

353. *Terugvordering van parafiscale heffingen.* Ingevolge de vaste rechtspraak moet de nationale rechter uit de schending van de aanmeldingsplicht en het verbod op uitvoering van de steun alle consequenties trekken, zowel wat betreft de geldigheid van de handelingen tot uitvoering van de steunmaatregelen, als wat betreft de terugvordering van de steun⁸⁴⁴. Een handeling tot uitvoering van een steunmaatregel is bijvoorbeeld een parafiscale heffing om steun te financieren. Een justiciable kan evenwel – in lijn met het arrest *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*⁸⁴⁵ – enkel de terugbetaling van een parafiscale heffing bekomen indien een “dwingend bestemmingsverband” bestaat tussen de heffing en de niet-aangemelde, uitgevoerde steunmaatregel.

354. Een mooie illustratie tijdens de besproken periode is het arrest *Distribution Casino France SAS*⁸⁴⁶. In Frankrijk zijn detailhandelszaken die een bepaalde verkoopoppervlakte (400 m²) en jaaromzet (460.000 EUR) overschrijden, gehouden tot de betaling van een heffing voor steun aan handel en ambacht. De opbrengst van de heffing dient voor de financiering van (i) een uittredingsvergoeding voor handelaren en

ambachtslieden die hun activiteiten na de leeftijd van zestig jaar definitief beëindigen, (ii) de basisstelsels van ouderdomsverzekering voor zelfstandigen in ambachtelijke en commerciële beroepen, en (iii) een interventiefonds dat collectieve acties onderneemt voor het behoud van handel en ambacht. Een aantal grootwarenhuizen vroegen de terugbetaling van de betaalde heffingen wegens strijdigheid met de artikelen 87, lid 1 en 88, lid 3 EG-Verdrag. Het Hof bracht allereerst in herinnering dat “heffingen niet binnen de werkingssfeer van de bepalingen van het EG-Verdrag betreffende staatssteun [vallen], tenzij zij de wijze van financiering van een steunmaatregel vormen, zodat zij integrerend deel uitmaken van deze maatregel”⁸⁴⁷. En verder: “indien een heffing (...) integrerend deel uitmaakt van een steunmaatregel in de zin van artikel 87, lid 1 EG-Verdrag, dan tast de schending door de nationale autoriteiten van de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 88, lid 3 EG-Verdrag niet alleen de wettigheid van de steunmaatregel aan, maar ook die van de heffing die de wijze van financiering ervan vormt”⁸⁴⁸. Een heffing maakt “integrerend deel” uit van de steunmaatregel wanneer een dwingend bestemmingsverband bestaat tussen de heffing en de steun⁸⁴⁹. In casu achtte het Hof het bestaan van het bestemmingsverband niet bewezen⁸⁵⁰. Het minimum- en maximumbedrag van de uittredingsvergoeding wordt uitsluitend op basis van de persoonlijke situatie van de betrokkene vastgesteld, ongeacht de opbrengst van de heffing. In het licht van de discretionaire bevoegdheid van de bevoegde ministers tot jaarlijkse vaststelling van de financiering van de verzekeringsstelsels, heeft de opbrengst van de heffing evenmin een rechtstreekse invloed op de omvang van het voordeel dat aan de verzekeringskassen (ouderdomsverzekering) wordt verleend⁸⁵¹. Ten slotte legde het interventiefonds op discretionaire wijze de bestemming vast van de middelen die met de heffing werden opgehaald. Aangezien geen dwingend bestemmingsverband werd vastgesteld, diende het Hof niet in te gaan op de vraag of de verschillende bestemmingen van de heffing verboden steunmaatregelen vormden in de zin van artikel 87, lid 1 EG-Verdrag.

355. *Verhouding tussen parafiscale heffing en vrijstelling van de heffing.* In de zaak *Banks* had het Hof al beslist dat ondernemingen die een heffing verschuldigd zijn, zich niet aan betaling kunnen onttrekken op grond van de stelling dat de door andere ondernemingen genoten vrijstelling staatssteun vormt⁸⁵². In het arrest *Distribution Casino France SAS*

⁸⁴³. Arrest van het Hof van 5 oktober 2006, C-368/04, *Jur.* 2006, I-9957, r.o. 36-39.

⁸⁴⁴. Arrest van 21 november 1991, C-354/90, *FNCE*, *Jur.* 1991, I-5505, r.o. 12.

⁸⁴⁵. Arrest van het Hof van 13 januari 2005, C-174/02, *Jur.* 2005, I-85, besproken in *Kroniek 2003-2005*, T.B.H. 2006, 361, randnr. 328.

⁸⁴⁶. Arrest van het Hof van 27 oktober 2005, C-266/04 tot C-270/04, C-276/04 en C-321/04 tot C-325/04, *Distribution Casino France SAS e.a.*, *Jur.* 2005, I-9481.

⁸⁴⁷. Arrest *Distribution Casino France SAS e.a.*, r.o. 34.

⁸⁴⁸. Arrest *Distribution Casino France SAS e.a.*, r.o. 35.

⁸⁴⁹. Arrest *Distribution Casino France SAS e.a.*, r.o. 40.

⁸⁵⁰. Arrest *Distribution Casino France SAS e.a.*, r.o. 45-58.

⁸⁵¹. Daar komt nog bij dat de activiteiten van deze kassen berusten op een solidariteitsmechanisme en derhalve geen economische activiteit vormen. Om deze reden alleen al valt hun financiering net onder de staatssteunregels (arrest *Distribution Casino France SAS e.a.*, r.o. 55).

⁸⁵². Arrest van het Hof van 20 september 2001, C-390/98, *Banks*, *Jur.* 2001, I-6117, r.o. 80.

trekt het Hof deze lijn door. In resolute bewoordingen stelt het Hof dat “geen dwingend verband [bestaat] tussen een heffing en de vrijstelling van die heffing voor een categorie ondernemingen” (nl. de kleine handelszaken)⁸⁵³. De toepassing van een belastingvrijstelling en de omvang ervan zijn immers niet afhankelijk van de belastingopbrengst. In het arrest *Air Liquide Industries Belgium* aanvaardde het Hof dat een dwingend bestemmingsverband tussen de heffing en de vrijstelling kon worden aangetoond. In casu was niet bewezen dat de opbrengst van de door Air Liquide verschuldigde heffing op de drijfkracht van de motoren voor de productie van industriegassen, bestemd was voor de financiering van de vrijstelling van de heffing voor motoren in aardgasstations⁸⁵⁴.

356. Hieruit volgt dat ondernemingen enkel in beperkte mate kunnen opkomen tegen de oplegging van parafiscale heffingen wanneer andere marktdeelnemers voor deze heffingen van een vrijstelling genieten. In het arrest *Laboratoires Boiron SA* aanvaardt het Hof niettemin dat een onderneming toch heffingen kan terugvorderen waarvan andere ondernemingen vrijgesteld waren⁸⁵⁵. In Frankrijk rusten op de groothandelaars-distributeurs openbare dienstverplichtingen m.b.t. de bevoorrading van apotheken met geneesmiddelen. Deze verplichtingen rusten niet op het concurrerende distributiecircuit van de farmaceutische laboratoria in ruil voor de betaling van heffingen op de rechtstreekse verkoop van geneesmiddelen. Volgens het Hof verschilt de niet-onderwerping van de groothandelaars-distributeurs aan een dergelijke heffing wezenlijk van de vrijstellingen die aan de orde waren in de reeks van zaken die met Banks werden ingezet. Daar ging het om de vrijstelling van bepaalde marktdeelnemers van een algemene heffing en werd betoogd dat de vrijstelling op zichzelf een steunmaatregel was. De

heffingsregeling in *Laboratoires Boiron SA*, verschilt daarvan aangezien slechts één van de twee elkaar beconcurrerende categorieën marktdeelnemers (nl. de farmaceutische laboratoria) eraan onderworpen is. Bij een dergelijke “asymmetrische onderwerping” aan een heffing vloeit de vermeende steun voort uit het feit dat een andere categorie marktdeelnemers waarmee de aan de heffing onderworpen categorie in rechtstreekse concurrentie staat, niet aan de heffing onderworpen is. In dat geval is de maatregel waarvan gesteld wordt dat hij steun vormt, de heffing op de rechtstreekse verkoop zelf en niet een of andere vrijstelling die hiervan kan worden losgekoppeld. In die omstandigheid moet een farmaceutisch laboratorium volgens het Hof de terugbetaling van de heffingen kunnen vorderen⁸⁵⁶.

357. *Geen dekking achteraf mogelijk.* De beschikking van de Commissie waarbij staatssteun verenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt, heeft niet tot gevolg dat de ongeldigheid van uitvoeringsmaatregelen die in strijd met de “standstill”-bepaling van artikel 88, lid 3, laatste volzin EG-Verdrag zijn vastgesteld, achteraf wordt gedekt. De nationale rechter kan dus ertoe gebracht worden de teruggave van onrechtmatige steun door de steunontvangers te gelasten, ook al werd de steun naderhand door de Commissie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaard. Het is ook mogelijk dat een nationale rechter uitspraak moet doen over een verzoek tot vergoeding van schade die ontstaan is doordat de steunmaatregel onrechtmatig is. Daarbij moet de rechter al het nodige doen om de belangen van de justitiabelen te beschermen door het belang van de Gemeenschap ten volle in aanmerking te nemen. In het bijzonder dient hij erop toe te zien dat door zijn beslissing de kring van ontvangers van steun niet wordt vergroot⁸⁵⁷.

⁸⁵³. Arrest *Distribution Casino France SAS e.a.*, r.o. 41.

⁸⁵⁴. Arrest *Air Liquide Industries Belgium*, r.o. 39-48.

⁸⁵⁵. Arrest van het Hof van 7 september 2006, C-526/04, *Laboratoires Boiron SA/Urssaf de Lyon*, *Jur.* 2006, I-7529, r.o. 32-40.

⁸⁵⁶. Weliswaar zal terugvordering enkel mogelijk zijn indien aangetoond wordt dat de niet-onderwerping aan de heffing op de rechtstreekse verkoop een overcompensatie ten gunste van de groothandelaars-distributeurs meebrengt. Dit is het geval wanneer het voordeel dat de distributeurs uit de niet-onderwerping halen, groter is dan de extra-kosten die zij dragen om te voldoen aan de verplichtingen inzake openbare dienstverlening die hun zijn opgelegd (arrest *Laboratoires Boiron SA*, r.o. 37). Zie arrest van het Hof van 22 november 2001, C-53/00, *Ferring*, C-53/00, *Jur.* 2001, I-9067, besproken in *Kroniek 1999-2001*, T.B.H. 2002, randnr. 204 en 214.

⁸⁵⁷. Arrest *Transalpine Olleitung in Osterreich*, aangehaald in voetnoot 843, r.o. 54-57.