

RECHTSLEER

DOCTRINE

Kroniek van rechtspraak: Europees ondernemingsrecht (januari 2008 – december 2010)

Hans Gilliams¹, Dirk Arts², Jan Wouters, Philip De Man³, Peter Wytinck⁴ en Anthony Godfroid^{5,6}

0. Inleiding	612
I. Vrij verkeer van goederen	613
A. Inleiding	613
B. Goederen	615
C. Douaneheffingen en maatregelen van gelijke werking	616
1. Kader	616
2. Binnenlandse belastingen (art. 110 VWEU) – Inhoud en onderscheid met heffingen van gelijke werking.	616
3. Binnenlandse belastingen (art. 110 VWEU) – Draagwijdte	617
D. Kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking (art. 34 e.v. VWEU)	618
1. Inleiding	618
2. Maatregelen van gelijke werking: toepassingsgebied	618
a. Definitie (Dassonville-criterium) en wederzijdse erkenning ('Cassis de Dijon')	618
b. Nuance op de Dassonville-regel: de Keck & Mithouard-rechtspraak	619
c. Mickelsson en Roos – Een nieuwe bijschaving van de Dassonville- en de Keck-regel? Markttoegang	619
3. Voorbeelden van beperkingen	621
4. Uitzonderingen: artikel 36 VWEU en de 'rule of reason'	622
a. Algemene voorwaarden: restrictieve uitlegging en respect voor het evenredigheidsbeginsel	622
b. Verkeersveiligheid	622
c. Volksgezondheid	622
d. Cultuur	624
e. Bescherming van het kind	624
f. Milieubescherming	624
5. Het voorkomingsbeleid	624
a. Richtlijn 98/34/EG (voorheen 83/189)	624
b. Beschikking nr. 3052/95	625
E. Exportbeperkingen (art. 35 VWEU)	626
II. Vrijheid van vestiging	627
A. Algemeen – Draagwijdte	627
1. Discriminatieverbod	627
2. Verbod van niet-discriminerende beperkingen	628
3. Vestigingsrecht van vennootschappen	630
B. Onderlinge erkenning van diploma's en beroepskwalificaties	633

1. Advocaat Eubelius Brussel; auteur van deel V.

2. Advocaat Allen & Overy; auteur van deel VII.

3. Respectievelijk gewoon hoogleraar internationaal recht en internationale organisaties, K.U.Leuven, Of Counsel, Linklaters Brussel; FWO aspirant, Leuven Centre for Global Governance Studies en Instituut voor Internationaal Recht, K.U.Leuven; auteurs van delen O, II, III en IV en coördinatoren van deze aflevering.

4. Advocaat Stibbe Brussel; auteur van delen I en VI.

5. Advocaat Stibbe Brussel; medeauteur van deel VI.

6. De standpunten ingenomen in deze aflevering van de kroniek zijn zoals steeds uitsluitend een persoonlijke weergave van de meningen van de auteurs.

C. Fiscale belemmeringen van het vestigingsrecht	636
III. Vrij verkeer van diensten	639
A. Toepassingsgebied	639
B. Draagwijdte	640
1. Discriminatieverbod	640
2. Verbod van niet-discriminerende beperkingen	641
C. Fiscale beperkingen	647
IV. Vrij verkeer van kapitaal	648
V. Mededingingsrecht	653
A. Toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU	653
1. Strekking van de mededingingsregels	653
2. Onderneming en economische activiteit	654
3. Overeenkomst/onderling afgestemde feitelijke gedraging	654
4. Overeenkomst tussen (minstens twee) ondernemingen	656
5. Collectieve aansprakelijkheid van alle deelnemers aan een kartel	656
6. Relevante markt	657
7. Mededingingsbeperking	658
8. Mogelijkheid van vrijstelling van een mededingingsbeperkende afspraak	659
9. Machtspositie	660
10. Misbruik	660
11. Invloed op handel tussen lidstaten	664
B. Procedure voor de Europese Commissie	665
1. Verplichting tot medewerking aan het onderzoek – Geen zwijgrecht	665
2. Transparantie over verdenking	665
3. Huiszoekingen	665
4. Vertrouwelijkheid van communicaties met (interne) raadsleden	666
5. Punten van bezwaar en recht te worden gehoord	667
6. Toegang tot het dossier	669
7. Verbintenissen	670
8. Recht om verdediging (niet) te voeren tijdens de administratieve procedure	670
9. Recht om binnen een redelijke termijn te worden berecht – Gevolgen van de overschrijding van die termijn	671
10. Bevoegdheid van de Commissie om de mededingingsregels van het EGKS-Verdrag te handhaven na het verstrijken van dat verdrag	672
11. Bewijslast van de Commissie voor het vaststellen van een inbreuk – Algemeen	672
12. Verlichting van de bewijslast van de Commissie: vermoedens inzake toerekenbaarheid van verboden gedrag	673
a. Toerekening aan een onderneming van de inbreuk gepleegd door “iemand die in het algemeen gerechtigd is om voor rekening van die onderneming te handelen”	673
b. Toerekening van de inbreuk van een dochtervennootschap aan de moeder	674
c. Toerekening van de inbreuk aan een moedervennootschap in geval van controlewijziging	675
13. Rechterlijk toezicht door het Gerecht op inbreukbesluiten	675
14. Verwerping van een klacht wegens onvoldoende Uniebelang	678
C. Boetes	678
1. Ernst van de inbreuk	678
2. Verzwarende en verzachtende omstandigheden	681
3. Duur van de inbreuk	683
4. De 10%-bovengrens	684
5. De clementieregeling	685
6. Verjaring	685
7. Rechterlijk toezicht op door de Commissie opgelegde boetes	686
a. Rechtsbescherming en volledige rechtsmacht	686
b. Legaliteit, rechtszekerheid en voorzienbaarheid versus afschrikking	687
c. Evenredigheid versus afschrikking	689
d. Ne bis in idem	691
e. Het gelijkheidsbeginsel	692

D. Het arrest VEBIC: procedures voor het hof van beroep tegen inbreukbesluiten van de Raad voor de Mededinging	692
VI. Toepassing van de concentratiecontroleverordening	693
A. Inleiding	693
B. Bewijslast en beoordelingsmarge van de Commissie – Het Sony / BMG-arrest	693
C. Controle over het verkoopproces van verplicht af te stoten activa – Onafhankelijkheid van de monitoring trustee	694
D. Collectieve dominantie: drie voorwaarden bevestigd	696
E. De verplichte verkoop van een niet-controlerend minderheidsbelang kan niet worden opgelegd onder de concentratiecontroleregels	696
F. Het verstrekken van onvolledige informatie en de schorsing van de beslissingstermijn – De noodzakelijkheidstest	696
G. Eisen opgelegd in het lastenboek van een openbare aanbesteding kunnen niet worden beoordeeld in een concentratieprocedure	697
H. Niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie	697
1. <i>Airtours</i> : bewijs van een fout in hoofde van de Commissie niet evident	697
2. <i>Schneider Electric</i> : bewijs van een causaal verband tussen fout en schade ook niet evident	698
I. De concentratieverordening als instrument ter beperking van de bescherming van nationale kampioenen door de lidstaten	699
VII. Overheidssteun	701
A. Artikel 107, lid 1 VWEU: het verbod van staatssteun	701
1. De vereiste begunstigde: het begrip onderneming	701
2. Een voordeel	702
3. Specificiteit van de maatregel	705
4. Maatregel van de staat of met staatsmiddelen bekostigd	706
5. Vervalsing van de mededinging en beïnvloeding van het handelsverkeer	708
6. Openbare dienstverplichtingen: <i>Altmark</i> en artikel 106, lid 2 VWEU	708
7. Beoordeling van steunmaatregelen: het onderscheid tussen bestaande steun en nieuwe steun	709
8. Procedureaanmelding van nieuwe steun: eerste onderzoek, formele onderzoeksprocedure en beroepen	710
a. Aanmeldingsplicht	710
b. De omvang van de onderzoeksplicht van de Commissie bij een eerste onderzoek	710
c. Openen van een formele procedure en onderzoek	711
d. Eindbeschikking	712
e. Rechtsbescherming tegen Commissiebeschikkingen: beroep tot nietigverklaring	713
f. Een voor beroep vatbare handeling?	713
g. Het vereiste van individueel geraakt zijn in artikel 263, lid 4 VWEU	713
h. Termijn	715
9. Terugvordering door de lidstaat van onrechtmatige steun	715
a. De omvang van de terugvorderingsplicht	715
b. Wie moet onrechtmatige steun terugbetalen?	717
10. Handhaving door de nationale rechter van het verbod van tenuitvoerlegging van voorgenomen steunmaatregelen	718
B. Artikel 4, lid 3 VEU juncto artikelen 101 en 102 VWEU	719
C. Artikel 106 VWEU: openbare ondernemingen	719
D. Artikel 106, lid 2 VWEU: dienst van algemeen economisch belang	720
Table des matières	
0. Introduction	612
I. Libre circulation des marchandises	613
A. Introduction	613
B. Marchandises	615
C. Droits de douane et taxes d'effet équivalent	616
1. Cadre	616
2. Taxes internes (art. 110 TFUE) - Contenu de la notion et distinction par rapport aux taxes d'effet équivalent	616
3. Taxes internes (art. 110 TFUE) - Portée	617

D. Restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent (art. 34 TFUE et s.)	618
1. Introduction	618
2. Mesures d'effet équivalent: champ d'application	618
a. Définition (critère Dassonville) et reconnaissance mutuelle ('Cassis de Dijon')	618
b. Nuancer la règle Dassonville: la jurisprudence Keck et Mithouard	619
c. Mickelsson et Roos: Un nouveau polissage de la règle Dassonville et Keck? Accès au marché	619
3. Exemples de restrictions	621
4. Exceptions: article 36 TFUE et la 'rule of reason'	622
a. Conditions générales: interprétation restrictive et respect pour le principe de proportionnalité	622
b. Sécurité routière	622
c. Santé publique	622
d. Culture	624
e. Protection de l'enfant	624
f. Protection de l'environnement	624
5. La politique de prévention	624
a. Directive 98/34/EG (ex 83/189)	624
b. Décision n° 3052/95	625
E. Restrictions d'exportation (art. 35 TFEU)	626
II. Liberté d'établissement	627
A. Généralités - Portée	627
1. Interdiction des discriminations	627
2. Interdiction des entraves non discriminatoires	628
3. Liberté d'établissement des sociétés	630
B. La reconnaissance mutuelle des diplômes et qualifications professionnelles	633
C. Les entraves fiscales à la liberté d'établissement	636
III. Libre prestation des services	639
A. Champ d'application	639
B. Portée	640
1. Interdiction des discriminations	640
2. Interdiction des entraves non discriminatoires	641
C. Services financiers	647
IV. Libre circulation des capitaux	648
V. Droit de la concurrence	653
A. Application des articles 101 et 102 TFUE	653
1. Finalité des règles de concurrence	653
2. Entreprise et activité économique	654
3. Accord/pratique concertée	654
4. Accord entre (au moins deux) entreprises	656
5. Responsabilité collective de tous les participants à une entente	656
6. Marché pertinent	657
7. Restriction de concurrence	658
8. Possibilité d'exemption d'un arrangement anticoncurrentiel	659
9. Position dominante	660
10. Abus	660
11. Influence sur le commerce entre Etats membres	664
B. Procédure devant la Commission européenne	665
1. Obligation de coopérer à l'enquête - Pas de droit au silence	665
2. Transparence des soupçons	665
3. Perquisitions	665
4. Confidentialité des communications avec conseils (internes)	666
5. Grieffs et le droit d'être entendu	667
6. Accès au dossier	669
7. Engagements	670
8. Droit de se défendre (seulement) pendant la procédure administrative	670
9. Droit à être jugé dans un délai raisonnable - Conséquences de dépassement du délai	671

10. Compétence de la Commission pour maintenir les règles de concurrence du Traité CECA après l'expiration de ce traité	672
11. Charge de preuve incombant à la Commission pour constater une infraction - Général	672
12. Allègement de la charge de la preuve incombant à la Commission: présomption d'imputabilité du comportement interdit	673
a. Imputation à une entreprise d'infraction commis par "une personne généralement autorisée à agir pour le compte de l'entreprise"	673
b. Imputation de l'infraction de la filiale à la société mère	674
c. Imputation de l'infraction à la société mère en cas de changement de contrôle	675
13. Contrôle judiciaire par le tribunal des décisions concernant infractions	675
14. Rejet d'une plainte à cause d'intérêt de l'Union insuffisante	678
C. Amendes	678
1. Gravité de l'infraction	678
2. Circonstances aggravantes et atténuantes	681
3. Durée de l'infraction	683
4. Le plafond de 10%	684
5. Programme de clémence	685
6. Prescription	685
7. Contrôle judiciaire des amendes imposées par la Commission	686
a. Protection judiciaire et juridiction pleine	686
b. Légalité, sécurité juridique et prévisibilité vs dissuasion	687
c. Proportionnalité vs dissuasion	689
d. Ne bis in idem	691
e. Le principe d'égalité	692
D. L'arrêt VEBIC: procédures devant la cour d'appel contre décisions concernant infractions du Conseil de la concurrence	692
VI. Application du règlement sur le contrôle des concentrations	693
A. Introduction	693
B. Charge de la preuve et marge d'appréciation de la Commission – L'arrêt Sony / BMG	693
C. Contrôle de la vente forcée des actifs – Indépendance du monitoring trustee	694
D. Position dominante collective: les trois conditions confirmées	696
E. La vente forcée d'une participation minoritaire sans contrôle ne peut pas être imposée sous les règles sur le contrôle des concentrations.	696
F. Fournir des données incomplètes et la suspension du délai de décision – Le test de nécessité.	696
G. Demandes imposées par le cahier des charges d'une adjudication publique ne peuvent pas être appréciées pendant une procédure de concentration	697
H. Responsabilité extracontractuelle de l'Union	697
1. Airtours: démontrer une faute de la Commission pas évident	697
2. Schneider Electric: démontrer un lien de causalité entre faute et dommage pas évident non plus	698
I. Le règlement sur le contrôle des concentrations comme instrument qui sert à limiter la protection des champions nationales par les Etats membres	699
VII. Aides d'Etat	701
A. Article 107, 1. TFUE: l'interdiction d'aide d'Etat	701
1. Le bénéficiaire: notion 'entreprise'	701
2. Un avantage	702
3. Spécificité de la mesure	705
4. Aides accordées par les Etats ou aux moyens de ressources d'Etat	706
5. Distorsion de la concurrence et effet sur le commerce	708
6. Obligations de service public: Altmark et article 106, paragraphe 2, TFUE	708
7. Appréciation de mesures d'aide: la distinction entre aides existantes et aides nouvelles	709
8. Procédure notification d'aides nouvelles: examen préliminaire, procédure formelle d'examen et recours	710
a. Obligation de notification	710
b. L'étendue de l'obligation d'examen de la Commission pendant l'examen préliminaire	710
c. Ouvrir une procédure et examen formelle	711
d. Décision finale	712
e. Protection judiciaire contre décisions de la Commission: recours en annulation	713

<i>f. Un acte attaquant?</i>	713
<i>g. La condition relative à l'affectation individuelle prévue à l'article 263, paragraphe 4 TFEU</i>	713
<i>h. Délai</i>	715
<i>9. Recouvrement des aides illicites par l'Etat membre</i>	715
<i>a. L'étendue de l'obligation de recouvrement</i>	715
<i>b. Qui doit rendre l'aide illégale?</i>	717
<i>10. Application par les tribunaux nationaux de l'interdiction de la mise en œuvre des aides envisagées</i>	718
B. Article 4, paragraphe 3, TUE juncto articles 101 et 102 TFEU	719
C. Article 106 TFEU: entreprises publiques	719
D. Article 106, 2. TFEU: service d'intérêt économique général	720

0. INLEIDING

1. *Algemeen.* – De huidige bijdrage is de tiende aflevering van de kroniek die een overzicht en analyse geeft van de belangrijkste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie op het gebied van het ondernemingsrecht, zoals dat volgt uit de bepalingen van het Unierecht⁷. Deze aflevering bestrijkt de arresten geveld door het Hof van 1 januari 2008 tot 31 december 2010.

2. *Inwerkingtreding Verdrag van Lissabon.* – De belangrijkste evolutie van de besproken periode is ongetwijfeld de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009⁸. De daaruit voortvloeiende wijzigingen hebben voornamelijk betrekking op terminologische en procedurele kwesties, terwijl de arresten uit de besproken periode op inhoudelijk vlak hoofdzakelijk blijf geven van een grote continuïteit⁹.

3. *'Europese Unie' volgt 'Europese Gemeenschap' op.* – Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon wordt de Europese Gemeenschap juridisch opgevolgd door de Europese Unie¹⁰. Dit heeft gevolgen op meerdere vlakken. Zo wordt de naam van de instelling van het Hof van

Justitie vervangen door 'Hof van Justitie van de Europese Unie', terwijl de samenstellende rechtscolleges voortaan respectievelijk 'Hof van Justitie' (hierna 'Hof'), 'Gerecht' en 'gespecialiseerde rechtbanken' genoemd worden. Verder spreken we in de huidige aflevering van de kroniek niet langer over Gemeenschapsrecht (EG-recht) en Gemeenschaps-onderdanen (EG-onderdanen), maar over Unierecht (EU-recht) en Unieonderdanen (EU-onderdanen). Het ondernemingsrecht waarover de Europese rechters uitspraak moeten doen op grond van de vier vrijheden volgt immers niet langer uit het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna 'EG-Verdrag' of 'EG'), maar uit het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna 'Verdrag' of 'VWEU'). Hoewel deze evolutie vanzelfsprekend gevolgen heeft voor de nummering van de relevante bepalingen inzake de fundamentele vrijheden, is de inhoud van de artikelen zelf ongewijzigd gebleven¹¹.

4. *Bevoegdheid en werking van het Hof van Justitie.* – Een rechtstreeks gevolg van de opvolging van de Europese Gemeenschap door de Europese Unie is de formele afschaffing van de pijlerstructuur. Dit heeft enkele belangrijke

7. Eerder gepubliceerde afleveringen zijn de volgende:
– jaar 1992: *TBH* 1993, 495-600 (hierna 'Kroniek 1992');
– januari 1993-juli 1994: *TBH* 1994, 743-872 (hierna 'Kroniek 1993-1994');
– juli 1994-december 1995: *TBH* 1996, 283-297 (hierna 'Kroniek 1994-1995');
– januari 1996-september 1997: *TBH* 1998, 135-193 (hierna 'Kroniek 1996-1997');
– oktober 1997-juli 1999: *TBH* 1999, 747-812 (hierna 'Kroniek 1997-1999');
– augustus 1999-juli 2001: *TBH* 2002, 506-593 (hierna 'Kroniek 1999-2001');
– augustus 2001-juli 2003: *TBH* 2004, 631-715 (hierna 'Kroniek 2001-2003');
– augustus 2003-juli 2005: *TBH* 2006, 271-361 (hierna 'Kroniek 2003-2005');
– augustus 2005-december 2007: *TBH* 2009, 83-180 (hierna 'Kroniek 2005-2007').

8. Voor de meest recente geconsolideerde versie, zie *Pb.* 2010, C 83.

9. Zie voor een algemene bespreking van de gevolgen van het Verdrag van Lissabon voor de werking van het Hof van Justitie o.m. P.J.G. KAPTEYN, "Rechtsbescherming in de hervormde Europese Unie" in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A.-M. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het Verdrag van Lissabon: de Europese impasse doorbroken*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 43-55; P. VAN NUFFEL, "Prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie: leidraad voor de rechtspraak na het Verdrag van Lissabon", *RW* 2009-10, 1154-1177; R. BARENTS, "The Court of Justice after the Treaty of Lisbon", *CML Rev.* 2010, 709-728; A. HINAREJOS, *Judicial control in the European Union: reforming jurisdiction in the intergovernmental pillars*, Oxford, OUP, 2009; L. PARRET, "En wat met de rechtsbescherming? Het Verdrag van Lissabon en de communautaire rechter", *SEW* 2009, 103-107; S. VAN DER JEUGHT, "Le Traité de Lisbonne et la Cour de justice de l'Union européenne", *JTDE* 2009, 297-303.

10. De enige resterende Gemeenschap is de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie.

11. De vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon gewezen arresten van het Hof verwijzen nog naar de oude bepalingen van het EG-Verdrag. Ook de zaken behandeld na 1 december 2009 zijn veelal nog niet aangepast aan de nieuwe verdragsstructuur. De citaten uit de arresten aangehaald in voorliggende aflevering van de kroniek werden in dit opzicht niet aangepast. Een concordantietabel is te vinden op <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0361:0388:NL:PDF> (*Pb.* 2010, C 83/361).

gevolgen voor de bevoegheden van het Hof, die immers traditioneel beperkt waren tot materies van de nu opgeheven tweede en derde pijler. Wat de derde pijler betreft kunnen de rechterlijke instanties van alle lidstaten sinds de inwerking-treding van het Verdrag van Lissabon voortaan in beginsel onverkort prejudiciële vragen stellen aan het Hof over het EU-recht inzake politieke en justitiële samenwerking in strafzaken (hierna: ‘PJSS’). Voorheen kon zulks enkel indien de betrokken lidstaat expliciet de prejudiciële bevoegdheid van het Hof op die domeinen aanvaard had, wat in België overigens het geval was. Voor PJSS-regelgeving aangenomen vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon geldt de prejudiciële bevoegdheid van het Hof echter pas na het verstrijken van een overgangperiode van vijf jaar. Verder blijft de aanvaarding van de bevoegdheid van het Hof in

PJSS-zaken ook na 1 december 2014 nog optioneel voor het Verenigd Koninkrijk¹². De bevoegdheid van het Hof inzake het gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid (hierna: ‘GBVB’), de vroegere tweede pijler, blijft ook na Lissabon uitgesloten (nieuw art. 275, 1^{ste} al. VWEU), behoudens enkele uitzonderingen¹³.

5. Het Verdrag van Lissabon wijzigt ten slotte ook de procedure voor het instellen door de Commissie van een beroep wegens niet-nakoming van het Unierecht door een lidstaat. Zo moet de Commissie geen met redenen omkleed advies meer uitbrengen indien zij een lidstaat voor de tweede maal voor het Hof daagt wegens niet-nakoming van het Unierecht, maar kan zij daarvoor volstaan met een eenvoudige ingebrekestelling (art. 260, 2. VWEU, ex art. 228 EG).

I. VRIJ VERKEER VAN GOEDEREN¹⁴

A. Inleiding

6. Het vrij verkeer van goederen is volgens het Hof één van de fundamentele beginselen van het Verdrag¹⁵. Het feit dat het Hof dit als een fundamenteel beginsel bestempelt betekent in praktijk dat het Hof extra waakzaam zal zijn voor elke afwijking of aantasting ervan en dat de uitzonderingen uit het Verdrag die dergelijke afwijkingen kunnen rechtvaardigen strikt zullen geïnterpreteerd worden.

7. Wat moet begrepen worden onder ‘goederen’ komt hieronder aan bod in B. De Verdragsregelen inzake het vrij verkeer van goederen zijn vervolgens rond drie delen opgebouwd: ten eerste volgt uit de artikelen 28 e.v. VWEU (ex art. 23 e.v. EG) een verbod op *douaneheffingen en heffingen met een ‘gelijke werking’ als douaneheffingen* bij de invoer en uitvoer van goederen tussen de lidstaten (zie *infra*, C.1.). Ten tweede zijn er de regels van de artikelen 110 e.v. VWEU (ex art. 90 EG) die *discriminerende of beschermende nationale belastingen* verbieden (zie *infra*, C.2.). Ten derde voorzien de artikelen 34 e.v. VWEU (ex art. 28 e.v. EG) in een verbod op *kwantitatieve invoerbepalingen en maatregelen van gelijke werking tussen de lidstaten* en artikel 35 VWEU (ex art. 29 EG) in een verbod op *kwantitatieve uitvoerbepalingen en maatregelen van gelijke werking tussen de lidstaten* (zie *infra*, D. en E.).

8. Deze Verdragsregels zien op handelingen van lidstaten. Het begrip ‘lidstaat’ moet echter in ruime zin omschreven worden zodat hieronder bijvoorbeeld ook gedecentraliseerde entiteiten vallen. Deze Verdragsregels vormen in zekere zin de keerzijde van de regels inzake het mededingingsrecht die zien op handelingen van ‘ondernemingen’¹⁶.

9. Handelingen van lidstaten zijn in dit geval niet enkel de klassieke wetgeving. Bijvoorbeeld ook een administratieve praktijk kan hieronder vallen, indien het een zekere mate van constante en algemene praktijk betreft¹⁷. Aldus kunnen in België onder omstandigheden ook bijvoorbeeld omzendbrieven van diverse inspectiediensten, of PV’s van waarschuwing of pro justitia’s hieronder vallen.

10. Het belang van deze kernbepalingen inzake vrij verkeer (niet alleen van goederen, maar ook van diensten, vestiging, kapitaal) van het VWEU heeft vooral te maken met de rechtstreekse werking van deze bepalingen¹⁸ en de ruime interpretatie die het Hof van Justitie hieraan geeft, zoals hierna nog wordt geïllustreerd. Ondanks dit nog steeds zeer

¹². Art. 10 van Protocol 36 betreffende de overgangsbepalingen, *Pb.* 2008, C 115/322. Zie tevens art. 276 VWEU (nieuw) voor een bijkomende uitzondering op de principiële prejudiciële bevoegdheid van het Hof in PJSS-zaken.

¹³. Art. 275, 2^{de} al. VWEU (nieuw) bevat enkele beperkte uitzonderingen op dit beginsel.

¹⁴. Gelet op de veelheid aan arresten, is dit overzicht niet exhaustief. Voor andere overzichten kan ook verwezen worden naar de kronieken of individuele annotaties die worden gepubliceerd in o.m. *JTDE*, *CDE* en *NTER*. Zie o.m. S. Rodrigues, “Chronique de jurisprudence communautaire – marché intérieur – marchandises, services et capitaux (2007-2008)”, *CDE* 2009, 217-283.

¹⁵. Arrest van het Hof van 9 december 2010, C-421/09, *Humanplasma / Oostenrijk*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 25. Zie eerder ook al arrest van het Hof van 14 september 2006, C-82/05, *Commissie / Griekenland*, *Jur.* 2006, I-93, 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. / Rikslagslagaren*, *Jur.* 2007, I-4071, r.o. 31; arrest van het Hof van 28 januari 2010, C-333/08, *Commissie / Frankrijk*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 73.

¹⁶. Zie hierover hoofdstuk VII – en specifiek voor openbare ondernemingen, zie hoofdstuk VII.C. In de mate dat lidstaten (of entiteiten van de lidstaat) zich als onderneming op de markt gedragen, zullen zij ook aan de mededingingsregels onderworpen zijn.

¹⁷. Arrest van het Hof van 5 maart 2009, C-88/07, *Commissie / Spanje*, *Jur.* 2009, I-1353, r.o. 54.

¹⁸. Zie hierover o.m. “Kroniek 2003-2005”, *TBH* 2006, p. 275, randnrs. 5-6.

grote belang van de verdragsbepalingen zelf moet de lezer bewust zijn dat het belang ervan voor een steeds groter wordend deel wordt overgenomen door richtlijnen en verordeningen die in deze materie de wetgeving van de lidstaten harmoniseren. Een voorbeeld kan dit duidelijk maken. De wet handelspraktijken van 14 juli 1971 kon nog bijna volledig worden uitgevaardigd zonder acht te slaan op andere bepalingen dan de verdragsbepalingen. Het gevolg was dat de invloed van het Europees recht op de uiteindelijke teksten van de WHP de facto eerder beperkt was. Sindsdien echter is het aantal richtlijnen en verordeningen die materies regelen die onder het toepassingsgebied van de wet handelspraktijken vallen schier eindeloos. Zonder uitpuittend te zijn, kan hierbij onder meer verwezen worden naar de Richtlijn misleidende reclame¹⁹. De wet handelspraktijken van 1991 was de eerste waarbij men de invloed van het EU-recht zo duidelijk zag spelen. De WHPC van 1991 moest sindsdien herhaaldelijk gewijzigd of aangevuld worden onder invloed van de ene of andere EU-richtlijn zoals de Richtlijn vergelijkende reclame²⁰, de Richtlijn onrechtmatige bedingen²¹, de Richt-

lijn verkoop op afstand²², de e-commerce-Richtlijn²³, enz. In 2005 is daar de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken²⁴ bijgekomen. Mede om de wijzigingen vereist voor de omzetting van de Richtlijn oneerlijke marktpraktijken (en nog andere Europese wetgeving) door te voeren, heeft de federale wetgever de nieuwe wet marktpraktijken van 6 april 2010 aangenomen²⁵. Van in het begin was deze echter onderhevig aan zeer felle kritiek omdat de nieuwe wet de richtlijn niet correct omzette²⁶. Het is dan ook niet verrassend dat deze richtlijn oneerlijke marktpraktijken vrij snel de aanleiding is geweest van diverse prejudiciële vragen bij het Hof van Justitie²⁷, die mogelijks een grondige aanpassing van de nieuwe wet marktpraktijken van 6 april 2010 zullen vereisen. De Europese Commissie heeft België ook recentelijk trouwens in gebreke gesteld omdat de wet marktpraktijken van 6 april 2010 op diverse vlakken niet in overeenstemming is met de richtlijn²⁸.

11. Het is deze Richtlijn oneerlijke marktpraktijken die ten andere aan de basis ligt van de prejudiciële vraag in de

- ^{19.} Richtlijn 84/450 van de Raad van 10 september 1984 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake misleidende reclame, *Pb.* 1984, L 250/17, inmiddels vervangen door richtlijn 2006/114 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame (gecodificeerde versie), *Pb.* 2006, L 376/21. Deze richtlijn brengt een uitputtende harmonisatie tot stand. Zie o.m. arrest van het Hof van 8 april 2003, C-44/01, *Pippig Augenoptik*, *Jur.* 2003, I-3095, r.o. 44.
- ^{20.} Richtlijn 97/55 van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997, *Pb.* 1997, L 290/18. Deze richtlijn is inmiddels vervangen door richtlijn 2006/114 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame (gecodificeerde versie), *Pb.* 2006, L 376/21.
- ^{21.} Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *Pb.* 1993, L 95/29.
- ^{22.} Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, *Pb.* 1997, L 144/19.
- ^{23.} Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt ('Richtlijn inzake elektronische handel'), *Pb.* 2000, L 178/1.
- ^{24.} 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. De publicaties over de richtlijn zijn ontelbaar. Zie o.m. B. KEIRSILCK, *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, te verschijnen; S. WEATHERILL en U. BERNITZ (eds.), *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29*, Oxford, Hart Publishing, 2007; B.J. DRIJBER, "Richtlijn oneerlijke handelspraktijken: een eerlijk compromis", *NTER* 2005/9, 179-184; J. STUYCK, E. TERRYEN en T. VAN DYCK, "Confidence through fairness? The new directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market", *CML Rev.* 2006, 170-152; L. GONZALEZ VAQUE, "La directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales: entre l'objectif d'une harmonisation totale et l'approche d'une harmonisation complète", *Rev.dr.U.E.* 2005, 785-802.
- ^{25.} Zie o.m. R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010; T. HEREMANS (ed.), *De nieuwe wet marktpraktijken en consumentenbescherming: volledig overzicht van oud en nieuw*, Brussel, Larcier, 2010; H. JACQUEMIN, "La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur", *JT* 2010, 545-558; B. KEIRSILCK en J. STUYCK, "Een kritische analyse van de wet marktpraktijken en consumentenbescherming", *TBH* 2010, 703-744; G. STRAETMANS en J. STUYCK, "De wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming", *RW* 2010-11, 416-419; G. STRAETMANS en J. STUYCK, "Wet marktpraktijken en consumentenbescherming" in CENTRUM BEROEPSVOLMAKING RECHT (ed.), *CBR Jaarboek 2009-2010*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 521-617.
- ^{26.} Voor rechtsleer die meent dat er sprake is van een inbreuk, zie J. STUYCK, "De nieuwe richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Gevolgen voor de wet handelspraktijken", *TBH* 2005, 901; L. DE BROUWER, "Richtlijn 2005/29/EG van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken", *TBH* 2005, 790; G. STRAETMANS, "Recente tendensen in handelspraktijken" in CENTRUM BEROEPSVOLMAKING RECHT (ed.), *CBR Jaarboek 2005-2006*, Antwerpen, Maklu, 2006, 266-268; P. WYTINCK, "Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. De algemene normen", beschikbaar op www.aedc-vsmr.be/uploads/File/slidespw.ppt; G. STRAETMANS, "Een kritische doorlichting van het toepassingsgebied van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de Belgische omzettingswetgeving" in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRYEN (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008: handelspraktijken na omzetting richtlijn 2005/29*, Mechelen, Kluwer, 2008, 1-49; G. STRAETMANS en J. STUYCK, "De wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming", *RW* 2010-11, 386; R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 90-92. Zie ook RvS, *Parl.St.* Kamer 2009-10, stuk nr. 2340/001, p. 171. *Contra*: H. DE BAUW, "De impact van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken op de regeling van de verkoop promoties onder de WHPC", *DCCR* 2006, 3-30. Deze auteur is echter ondertussen teruggekomen op zijn standpunt en sluit zich nu volledig aan bij de auteurs die menen dat er op vele vlakken een strijdigheid is: H. DE BAUW, "De gevolgen van het 'koppelverkooparrest' van het Hof van Justitie van 23 april 2009 voor de sperperiode en enkele andere regels", *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2008, 331.
- ^{27.} Zie Voorz. Kh. Brussel 28 juni 2010, *NjW* 29 september 2010, 594; zie ook Cass. 21 februari 2011, www.cass.be. Beide prejudiciële vragen gaan over de verenigbaarheid van de regelen inzake de sperperiode met de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, maar in werkelijkheid is de impact van de beantwoording door het Hof van Justitie veel groter en betreft zij een groot aantal geregelde marktpraktijken.
- ^{28.} Persbericht van 14 maart 2011, IP/11/310.

gevoegde zaken *VTB-VAB / Total* en *Galatea / Sanoma* over de verenigbaarheid van het Belgische verbod op gezamenlijk aanbod met de richtlijn. Bij arrest van 23 april 2009 antwoordt het Hof van Justitie dat het verbod voorzien in artikel 54 WHPC van 14 juli 1991 in strijd is met de richtlijn²⁹. Het verbod komt niet meer voor in de wet marktpraktijken van 6 juli 2010 behalve wat betreft financiële diensten (zie art. 72). Een mooiere illustratie van de impact van een richtlijn is moeilijk denkbaar. Immers, in 1982 oordeelde het Hof van Justitie in het arrest *Oosthoek*³⁰ nog op basis van de algemene verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van goederen, dat het Nederlandse verbod op verkoop met premie (wat ten dele vergelijkbaar was met het Belgische verbod op gezamenlijke aanbiedingen) verenigbaar was met het EG-Verdrag. Hoewel de Nederlandse regeling een maatregel met gelijke werking als een verboden kwantitatieve beperking was, werd zij aanvaard omwille van de consumentenbescherming. En een poging van de Europese Commissie in 2003 om het Belgische verbod op gezamenlijke aanbiedingen te horen kelderen (waarbij de Commissie zich steunde op de regelen inzake vrij verkeer van diensten) liep op een sisser af omdat de Commissie onvoldoende bewijzen kon voorleggen van de door de Commissie gelaakte praktijk in verband met de getrouwheidskortingen van artikel 57, 4° WHPC³¹. Na de Richtlijn oneerlijke marktpraktijken zijn dit soort *per se* verbodsbepalingen inzake gezamenlijke aanbiedingen maatregelen zonder meer in strijd met het EU-recht.

12. Het volstaat dus niet meer om enkel de interpretatie-arresten van de verdragsvrijheden na te gaan. Men zal minstens even aandachtig moeten zijn op het bestaan van harmonisatieregelen (met name richtlijnen en verordeningen), en de rechtspraak van het Hof hierover. Een gevolg van dergelijke harmonisatie is dat nationale regels aan de harmonisatiemaatregel moeten worden getoetst, en niet zozeer aan de vrijheden uit het Verdrag³². Dat neemt niet weg dat wanneer het Hof een richtlijn of verordening interpreteert in een bijzonder geval het er nog steeds zal moeten op toezien dat die uitlegging van de bepalingen van secundair recht conform de beginselen van het vrij verkeer van goederen is uit het Verdrag³³.

13. Een bijkomende moeilijkheid is dat er verschillende vormen van harmonisatie zijn. Soms is harmonisatie volledig en dan zijn lidstaten gebonden aan de tekst van de richtlijn, zonder mogelijkheid van afwijking. Het Hof van Justitie heeft bevestigd dat dit bijvoorbeeld het geval is voor de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken³⁴ alsook voor de richtlijn 76/768 inzake cosmetische producten³⁵. In andere gevallen gaat het daarentegen om een minimumharmonisatie. In dat laatste geval kunnen lidstaten dus verder gaan in de bescherming dan de richtlijn voorziet. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de Richtlijn verkoop op afstand³⁶. Willen lidstaten verder gaan dan deze richtlijn, dan zullen de aanvullende vereisten in overeenstemming moeten zijn met de beginselen van het vrij verkeer van goederen uit het Verdrag. In nog andere gevallen harmoniseert een richtlijn niet alle aspecten. Ook hier behouden de lidstaten dan voor de niet-geharmoniseerde aspecten hun vrijheid, onder de beperkingen die uit de vrijheden uit het Verdrag voortvloeien.

B. Goederen

14. Het Verdrag zelf bevat geen definitie van het begrip goederen. Zoals in de voorgaande kronieken werd aangegeven moet volgens de rechtspraak van het Hof het begrip goederen “worden uitgelegd als waren die op geld waardeerbaar zijn en als zodanig het voorwerp van handelstransacties kunnen vormen”³⁷. Elektriciteit is een goed³⁸. Het begrip ‘goederen’ kan wel enkel slaan op ‘legale’ goederen. Verdovende middelen die zich niet in een door de bevoegde autoriteiten strikt gecontroleerd circuit ten behoeve van gebruik voor medische en wetenschappelijke doeleinden bevinden, zijn geen goederen in de zin van het vrij verkeer van goederen. Het Hof voegt hier aan toe dat het gegeven dat “bepaalde lidstaten een verdovend middel als een softdrug beschouwen, dit niet opnieuw ter discussie [kan] stellen”³⁹ (zie *infra*, randnr. 103).

15. De grens met het vrij verkeer van diensten is niet altijd duidelijk. Een regel die het Hof daarbij volgt is die waarbij de ‘hoofdzaak’ de ‘bijaak’ volgt. Het Hof drukt de regel dan

²⁹. Arrest van het Hof van 23 april 2009, gevoegde zaken C-261/07 en C-299/07, *VTB-VAB NV / Total Belgium NV* en *Galatea / Sanoma Magazines Belgium NV*, *Jur.* 2009, I-2949. Zie L. DE BROUWER, “La Cour de justice des Communautés européennes précise le champ d’application de la directive 2005/29 à propos des offres conjointes”, *TBH* 2009, 778-786; E. TERRY, “Koppelverkoop andere per se verboden in de WHPC (toekomstig Wet Marktpraktijken en Consumentenbescherming) na het *VTB-VAB*-arrest van het Europees Hof van Justitie”, *RW* 2009-10, 1242.

³⁰. Arrest van het Hof van 15 december 1982, 286/81, *Oosthoek’s Uitgeversmaatschappij*, *Jur.* 1982, 457.

³¹. Arrest van het Hof van 12 mei 2005, C-287/03, *Commissie / België*, *Jur.* 2005, I-3761.

³². Arrest van het Hof van 24 januari 2008, C-257/06, *Roby Profumi*, *Jur.* 2008, I-189, r.o. 13; arrest van het Hof van 16 december 2008, C-205/07, *Gysbrechts*, *Jur.* 2008, I-9947, r.o. 33.

³³. Arrest van het Hof van 9 maart 2006, C-421/04, *Matrazten Concord / Hukla Germany*, *Jur.* 2006, I-2303, r.o. 27 e.v.

³⁴. Arrest *VTB-VAB / Total*, aangehaald in voetnoot 29, r.o. 52. Dit werd inmiddels bevestigd in arrest van het Hof van 9 november 2010, C-540/08, *Mediaprint Zeitungs- und zeitschriftenverlag / ‘Österreich’-Zeitungsverlag*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.* en arrest van het Hof van 14 januari 2010, C-304/08, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs / Plus Warenhandelsgesellschaft*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

³⁵. Richtlijn 76/768 van de Raad van 27 juli 1976 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake cosmetische producten, *Pb.* 1976, L 262/169, herhaaldelijk gewijzigd.

³⁶. Arrest *Gysbrechts*, aangehaald in voetnoot 32, r.o. 34.

³⁷. Zie o.m. “Kroniek 2005-2007”, *TBH* 2009, p. 89, randnrs. 11 e.v.

³⁸. Arrest van het Hof van 17 juli 2008, C-206/06, *Essent*, *Jur.* 2008, I-5497, r.o. 43.

³⁹. Arrest van het Hof van 16 december 2010, C-137/09, *Josemans*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 41.

uit als dat “het Hof een nationale maatregel die zowel het vrij verkeer van goederen als een andere fundamentele vrijheid beperkt, in beginsel slechts toetst aan een van deze twee vrijheden, indien blijkt dat een van de vrijheden volledig ondergeschikt is aan de andere en daarmee kan worden verbonden”⁴⁰.

16. Om dat in concreto in te vullen lijkt het Hof naar de onderliggende transactie te kijken. Aldus wordt een Hongaars verbod op de verkoop van contactlenzen via Internet door het Hof geanalyseerd vanuit de verenigbaarheid met het vrij verkeer van goederen en niet met het vrij verkeer van diensten⁴¹. Dat sluit aan bij eerdere rechtspraak waarbij een verbod op *colportage* (huis-aan-huis) verkoop van sieraden aan de beginselen inzake het vrij verkeer van goederen werd getoetst (en niet het vrij verkeer van diensten) omdat de bedoeling van de *colportage* ligt in de verkoop van sieraden⁴². Hetzelfde geldt voor de analyse van een nationale maatregel die betrekking heeft op de verkoop van goederen via Internet en de levering van de goederen ten huize van de consument⁴³. Eenzelfde analyse wordt gevolgd voor de regeling van de gemeente Maastricht, die verbiedt om niet in Nederland woonachtige personen tot de in de betrokken gemeente gelegen coffeeshops toe te laten⁴⁴.

C. Douaneheffingen en maatregelen van gelijke werking

1. Kader

17. Volgens het Hof is artikel 28 VWEU gebaseerd op een douane-unie die zich uitstrekt over het gehele goederenverkeer. 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”⁴⁵.

18. Het verbod op douaneheffingen voorzien in artikel 28 VWEU omvat twee luiken. Ten eerste behelst het een verbod op de (klassieke) douaneheffingen. Waar deze nog wel aan de buitengrenzen van de EU worden toegepast (maar door andere bepalingen van het Verdrag – art. 207 VWEU, ex

art. 133 e.v. EG – worden geregeld) zijn deze in principe verboden tussen de lidstaten.

19. Er zijn daarentegen nog tal van maatregelen van lidstaten die indirect of op verkapte wijze hetzelfde effect ressorteren als een douaneheffing. Het tweede luik van het verbod, nl. het verbod van ‘heffingen met een gelijke werking’ viseert deze regeling⁴⁶. Het is vaste rechtspraak van het Hof dat “elke eenzijdig opgelegde geldelijke last, hoe gering ook, ongeacht de benaming en de structuur ervan, die op goederen drukt op grond van het feit dat zij de grens overschrijden, en geen douanerecht in eigenlijke zin is, een heffing van gelijke werking [vormt]”⁴⁷.

20. Op het verbod van douaneheffingen en heffingen van gelijke werking bestaan drie uitzonderingen: (1) wanneer de last de tegenprestatie vormt voor een aan de marktdeelnemer werkelijk en individueel verleende dienst en evenredig is aan de kosten daarvan⁴⁸; (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.i. voorzien in het geval van artikel 110 VWEU⁴⁹. De artikelen 110 en 28 VWEU vervullen dus complementaire functies, waarbij “beide tot doel [hebben] elke nationale fiscale regeling tegen te gaan die producten afkomstig uit of bestemd voor andere lidstaten kan discrimineren door het vrij verkeer ervan binnen de Gemeenschap onder normale mededingingsvoorwaarden te belemmeren”⁵⁰.

2. Binnenlandse belastingen (art. 110 VWEU) – Inhoud en onderscheid met heffingen van gelijke werking

21. Volgens het Hof is er enkel sprake van binnenlandse belastingen in de zin van artikel 110 VWEU in het geval van “geldelijke lasten die voortvloeien uit een algemeen systeem van binnenlandse heffingen waardoor categorieën van producten volgens dezelfde objectieve criteria stelselmatig worden getroffen, ongeacht de oorsprong of de bestemming

⁴⁰. Arrest van het Hof van 24 maart 1994, C-275/92, *Schindler*, *Jur.* 1994, I-1039, besproken in “Kroniek 1993-1994”, *TBH* 1994, p. 797-799, randnr. 95, r.o. 22; arrest van het Hof van 26 mei 2005, C-20/03, *Burmanjer e.a.*, *Jur.* 2005, I-4133, r.o. 35; arrest van het Hof van 2 december 2010, C-108/09, *Ker-Optika*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 43.

⁴¹. Arrest *Ker-Optika*, aangehaald in de vorige voetnoot. Zie ook H.A.G. TEMMINK, “Verbod van verkoop van contactlenzen via Internet is in strijd met het EU-recht”, *NTER* 2011, 1-6.

⁴². Arrest van het Hof van 23 februari 2006, C-441/04, *A-Punkt Schmuckhandels / Claudia Schmidt*, *Jur.* 2006, I-2093, r.o. 9.

⁴³. Arrest van het Hof van 11 december 2003, C-322/01, *Deutscher Apothekerverband*, *Jur.* 2003, I-14887, r.o. 65, 76 en 124.

⁴⁴. Arrest *Josemans*, aangehaald in voetnoot 39, r.o. 50. Zie voor een bespreking van deze zaak *infra*, randnr. 103.

⁴⁵. Arrest van het Hof van 8 november 2005, C-293/05, *Jersey produce Marketing Organisation*, *Jur.* 2005, I-9543, r.o. 64.

⁴⁶. Zie hierover de vorige afleveringen van deze kroniek.

⁴⁷. Arrest *Essent*, aangehaald in voetnoot 38, r.o. 41.

⁴⁸. Zie “Kroniek 2003-2005”, *TBH* 2006, p. 277, randnr. 14.

⁴⁹. Zie hierover eerder “Kroniek 1993-1994”, *TBH* 1994, p. 750, randnr. 9 e.v.

⁵⁰. Arrest *Essent*, aangehaald in voetnoot 38, r.o. 40.

ervan”⁵¹. Daarin ligt ook het onderscheidend criterium ten opzichte van douaneheffing.

22. Het Hof beperkt zich bij de toetsing aan artikel 110 VWEU tot een zuiver *pro forma* onderzoek van de regelgeving. Meer bepaald zal het Hof ook rekening houden met de bestemming van de belasting. Zo is het eveneens vaste rechtspraak dat een binnenlandse belasting – die op het eerste gezicht onschuldig lijkt – alsnog onder het verbod kan vallen “wanneer de opbrengst van deze belasting bestemd is voor de bekostiging van activiteiten die in het bijzonder de belaste nationale producten ten goede komen. Indien de voordelen voor deze producten de belasting die erop drukt volledig compenseren, heeft deze laatste slechts merkbare gevolgen voor de ingevoerde producten en vormt zij een heffing van gelijke werking. Indien daarentegen deze voordelen de op het binnenlandse product drukkende last slechts ten dele compenseren, is er sprake van een discriminerende belasting in de zin van artikel 90 EG, waarvan de heffing verboden is voor het gedeelte van het bedrag dat ter compensatie van de nationale producten wordt gebruikt”⁵². Het feit dat de belasting door een consument wordt betaald, eerder dan door ondernemingen, is niet relevant.

3. Binnenlandse belastingen (art. 110 VWEU) – Draagwijdte

23. Volgens de bewoordingen van artikel 110 VWEU is het verboden om enerzijds op producten van de andere lidstaten hogere binnenlandse belastingen te heffen dan op gelijksoortige nationale producten. Het is verder verboden om op de producten van de andere lidstaten zodanige binnenlandse belastingen te heffen, zodat daardoor andere producties zijdelings worden beschermd. Artikel 110 VWEU beoogt volgens het Hof de volstrekte neutraliteit van de binnenlandse belastingen te waarborgen ten aanzien van de mededinging tussen producten die zich reeds op het nationale grondgebied bevinden, en ingevoerde producten⁵³.

24. In de besproken periode verwijst het Hof nogmaals naar de oude rechtspraak volgens dewelke bananen en ander in Italië geproduceerd tafelfruit niet gelijksoortig zijn⁵⁴. Verder lijkt het Hof ook te bevestigen dat sommige soorten wijn (nl. van het lichtere en goedkopere type) in concurrentie staan met bepaalde bieren⁵⁵. De uitkomst van deze analyse is

niet *per se* dezelfde als die welke men zou uitvoeren om de ‘relevante productmarkt’ af te bakenen onder het mededingingsrecht.

25. Voor de beoordeling van het al dan niet discriminerende karakter van een binnenlandse belasting (in casu ging het om een accijns op ingevoerde motorvoertuigen)⁵⁶, is het niet vereist dat de ingevoerde goederen in concurrentie zouden staan met goederen die in de betrokken lidstaat worden geproduceerd. Een product krijgt namelijk het karakter van een nationaal product, zodra het is ingevoerd en in de handel gebracht. Ingevoerde en ter plaatse gekochte gebruikte motorvoertuigen zijn soortgelijke of concurrerende producten. Bijgevolg is artikel 110 VWEU van toepassing op een registratiebelasting op ingevoerde gebruikte motorvoertuigen.

26. Voor de beoordeling van de vraag of de (in casu Bulgaarse) registratiebelasting al dan niet in strijd is met artikel 110 VWEU, vertrekt het Hof van de vaststelling dat artikel 110 VWEU een aanvulling op de bepalingen betreffende de afschaffing van douanerechten en heffingen van gelijke werking is. Zij wil “elke vorm van bescherming uitsluiten die het gevolg kan zijn van de toepassing van binnenlandse belastingen die discriminerend zijn ten opzichte van producten uit andere lidstaten”⁵⁷. In lijn met eerdere arresten bevestigt het Hof in de besproken periode dat dit inhoudt dat een belastingstelsel slechts verenigbaar met artikel 110 VWEU zal zijn “indien het zodanig is ingericht dat hoe dan ook is uitgesloten dat ingevoerde producten zwaarder worden belast dan binnenlandse producten en dat het bijgevolg in geen geval discriminerende gevolgen heeft”⁵⁸.

27. Het gevolg is dat een nationale belasting de toets van artikel 110, 1^{ste} alinea VWEU niet zal doorstaan indien het ingevoerde product zwaarder wordt belast, ook al is dat maar uitzonderlijk het geval. Dit zal een moeilijke oefening zijn indien de belasting op het ingevoerde product en het soortgelijke nationale product op verschillende wijze en volgens verschillende modaliteiten wordt berekend.

28. In casu doorstond de Bulgaarse belasting die toets niet, omdat die gesteund was op een vast tarief op basis van het motorvermogen zonder rekening te houden met het bouwjaar en de kilometerstand van deze voertuigen op het tijdstip van invoer op het Bulgaarse grondgebied. Daardoor bleek

⁵¹. Arrest *Essent*, aangehaald in voetnoot 38, r.o. 41.

⁵². Arrest *Essent*, aangehaald in voetnoot 38, r.o. 42.

⁵³. Arrest van het Hof van 8 april 2008, C-167/05, *Commissie / Zweden*, *Jur.* 2008, I-2127, r.o. 40-41; arrest van het Hof van 29 april 2010, C-102/09, *Camar*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 32; arrest van het Hof van 3 juni 2010, C-2/09, *Petar Dimitrov Kalinchev*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 30-31; arrest van het Hof van 17 juli 2008, C-426/07, *Krawczynski*, *Jur.* 2008, I-6021, r.o. 31.

⁵⁴. Arrest *Camar*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 20, met verwijzing naar het arrest van het Hof van 7 mei 1987, 193/85, *Co-Frutta*, *Jur.* 1987, 2085, r.o. 17-18.

⁵⁵. Arrest in zaak C-167/05, *Commissie / Zweden*, aangehaald in voetnoot 53, r.o. 42 e.v.

⁵⁶. Arrest *Kalinchev*, aangehaald in voetnoot 53.

⁵⁷. Arrest *Kalinchev*, aangehaald in voetnoot 53, r.o. 37; arrest *Krawczynski*, aangehaald in voetnoot 53, r.o. 30.

⁵⁸. Arrest *Kalinchev*, aangehaald in voetnoot 53, r.o. 38; arrest *Krawczynski*, aangehaald in voetnoot 53, r.o. 32.

het relatief duurder een gebruikt motorvoertuig uit een andere lidstaat in te voeren dan om een motorvoertuig van hetzelfde type, met hetzelfde motorvermogen en met dezelfde kilometerstand, dat wil zeggen met dezelfde slijtage, op het Bulgaarse grondgebied te kopen. Dat verschil kan de keuze van de consument beïnvloeden⁵⁹.

D. Kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking (art. 34 e.v. VWEU)

1. Inleiding

29. Het verbod van kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking (art. 34 VWEU) heeft rechtstreekse werking. Particulieren kunnen dit dus voor de nationale rechter inroepen om strijdige nationale wetgeving ‘uit te schakelen’.

30. Het is vaste rechtspraak van het Hof dat zuiver interne situaties in één lidstaat niet binnen het toepassingsgebied van dit verbod vallen⁶⁰. Een belangrijke nuance in dat verband is dat harmonisatiebepalingen wel kunnen slaan op zuiver interne gevallen. Dit was het geval voor het verbod op gezamenlijke aanbiedingen dat aanleiding heeft gegeven tot het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *VTB-VAB / Total*. Het ging immers om een geschil dat zich geheel binnen België afspeelde, tussen Belgische vennootschappen en – althans voor zover uit de beslissing kon worden afgeleid – geen enkel grensoverschrijdend aspect had⁶¹. Hetzelfde was bijvoorbeeld ook het geval voor de prijsvergelijkende reclame van Colruyt met verschillende andere supermarkten in België in het arrest *Colruyt / Lidl*⁶².

2. Maatregelen van gelijke werking: toepassingsgebied

a. Definitie (*Dassonville*-criterium) en wederzijdse erkenning (*Cassis de Dijon*)

31. De basisregel om te bepalen wat een “maatregel met een gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking”

is, blijft de bekende *Dassonville*-formule uit het gelijknamige arrest van het Hof van Justitie⁶³. Ook in de besproken periode heeft het Hof deze rechtspraak herhaaldelijk bevestigd: “[v]olgens vaste rechtspraak moet iedere handelsregeling van lidstaten die de handel binnen de Unie al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren, worden beschouwd als een maatregel van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen in de zin van artikel 34 VWEU (zie met name arresten van 11 juli 1974, nr. 8/74, *Dassonville*, *Jur.*, 837, punt 5 en van 10 februari 2009, C-110/05, *Commissie / Italië*, *Jur.*, I-519, punt 33)”⁶⁴.

32. Artikel 34 VWEU geeft volgens het Hof aldus uitdrukking “aan de verplichting tot eerbiediging van de beginselen van non-discriminatie en van wederzijdse erkenning van producten die in andere lidstaten rechtmatig worden gemaakt en in de handel gebracht, alsook aan de verplichting om de communautaire producten vrije toegang tot de nationale markten te verzekeren”⁶⁵. Het Hof heeft de *Dassonville*-rechtspraak inderdaad in de daaropvolgende jaren, en voor het eerst in het ‘*Cassis de Dijon*’ arrest aldus toegepast dat een beperking van het vrij verkeer van goederen voorligt bij nationale regels die, “bij ontbreken van harmonisatie van de nationale wettelijke regelingen, voortvloeiend uit de toepassing op goederen uit andere lidstaten waarin deze goederen rechtmatig zijn vervaardigd en in de handel gebracht, van voorschriften betreffende de voorwaarden waaraan die goederen moeten voldoen (zoals voorschriften met betrekking tot hun benaming, hun vorm, hun afmetingen, hun gewicht, hun samenstelling, hun aanbestedingsvorm, hun etikettering of hun verpakking), ook indien die voorschriften zonder onderscheid op alle producten van toepassing zijn, wanneer deze toepassing niet kan worden gerechtvaardigd door een doel van algemeen belang dat zou moeten voorgaan boven de eisen van het vrij goederenverkeer”⁶⁶.

33. Eenvoudig uitgedrukt, als de Belgische reglementering vereist dat brood maximaal 2% zout mag bevatten, is dat een maatregel die niet discrimineert (want toepasselijk zowel op binnenlandse als ingevoerde producten). Toch belemmert deze regel het vrij verkeer van goederen, wanneer brood dat

⁵⁹. Arrest *Kalinchev*, aangehaald in voetnoot 53, r.o. 46.

⁶⁰. Zie hierover ook “Kroniek 1993-1994”, *TBH* 1994, p. 752.

⁶¹. *Supra*, randnr. 11.

⁶². Arrest van het Hof van 19 september 2006, C-356/04, *Lidl Belgium*, *Jur.* 2006, I-8501. Zie in dezelfde zin o.m. ook arrest van het Hof van 18 november 2010, C-159/09, *Lidl / Vierzon*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

⁶³. Arrest van het Hof van 11 juli 1974, 8/74, *Dassonville*, *Jur.* 1974, 837, r.o. 5.

⁶⁴. Zie o.m. arrest *Ker-Optika*, aangehaald in voetnoot 40. Zie ook de noot bij het arrest van H.A.G. TEMMINK, aangehaald in voetnoot 41; arrest *Humanplasma / Oostenrijk*, aangehaald in voetnoot 15, r.o. 25; arrest van het Hof van 30 april 2009, C-531/07, *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft / Libro*, *Jur.* 2009, I-3717, r.o. 16; arrest in zaak C-333/08, *Commissie / Frankrijk*, aangehaald in voetnoot 15, r.o. 74; arrest in zaak C-88/07, *Commissie / Spanje*, aangehaald in voetnoot 17, r.o. 82.

⁶⁵. Arrest van het Hof van 10 februari 2009, C-110/05, *Commissie / Italië*, *Jur.* 2009, I-519, r.o. 35 met verwijzing naar het arrest van het Hof van 14 juli 1983, nr. 174/82, *Sandoz*, *Jur.* 1983, 2445, r.o. 26 en arrest van het Hof van 20 februari 1979, nr. 120/78, *Rewe-Zentral* (*Cassis de Dijon*), *Jur.* 1979, 649, r.o. 6, 14 en 15. Verder wordt ook verwezen naar het arrest van het Hof van 24 november 1993, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, *Keck en Mithouard*, *Jur.* 1993, I-6097.

⁶⁶. Arrest *Rewe-Zentral*, aangehaald in de vorige voetnoot – in de besproken periode o.m. bevestigd in het arrest van het Hof van 14 februari 2008, C-244/06, *Dynamic Medien / Avides Media*, *Jur.* 2008, I-505, r.o. 27; arrest in zaak C-110/05, *Commissie / Italië*, aangehaald in de vorige voetnoot.

bijvoorbeeld in Nederland wordt gebakken en daar meer dan 2% zout mag bevatten, op die manier niet in België mag worden ingevoerd en verhandeld. Andere gekende voorbeelden zijn de *margarine-in-kubus-rechtspraak*⁶⁷ en de ‘*Reinheitsgebot*’-rechtspraak⁶⁸.

34. Het voorgaande houdt in dat ook loutere bijkomende controles op producten die in een andere lidstaat rechtmatig zijn vervaardigd en in de handel gebracht, een beperking van het vrij verkeer voor gevolg kunnen hebben⁶⁹.

b. Nuance op de Dassonville-regel: de Keck & Mithouard-rechtspraak

35. Op de *Dassonville*- en de *Cassis de Dijon*-rechtspraak is met het arrest *Keck & Mithouard* een correctie gekomen – maar enkel voor wat betreft nationale regelingen inzake verkoopmodaliteiten. In dit laatste arrest geeft het Hof aan dat “*de toepassing op producten uit andere lidstaten van nationale bepalingen die op het grondgebied van de invoerende lidstaat bepaalde verkoopmodaliteiten aan banden leggen of verbieden, niet als een maatregel die de handel tussen lidstaten kan belemmeren worden beschouwd, mits die bepalingen in de eerste plaats van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën, en mits zij in de tweede plaats zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere lidstaten. Deze toepassing heeft immers niet tot gevolg, dat voor die producten de toegang tot de markt van de lidstaat van invoer wordt verhinderd of meer wordt bemoeilijkt dan voor nationale producten het geval is*”⁷⁰.

36. Ten gevolge van deze rechtspraak komen bepalingen inzake verkoopmodaliteiten waar men kan verkopen, door wie, wanneer men mocht reclame maken, enz., in *beginsel* niet meer onder de werkingssfeer van het verbod op beperkingen van het vrij verkeer van goederen. Het Hof bevestigt in de besproken periode dat “*een regeling die de afzet van producten beperkt tot bepaalde verkooppunten en die de vrijheid van bedrijfsuitoefening van de marktdeelnemers beperkt, los van de kenmerken van de betrokken producten zelf, een verkoopmodaliteit [is in de zin van de Keck-rechtspraak]*”⁷¹.

37. De nuance uit de vorige paragraaf (‘in beginsel’), is om de in het arrest *Keck* vermelde hypothese af te dekken dat het niet zou gaan om een maatregel die “*zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed [heeft] op de verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere lidstaten*”. Een *algeheel* reclameverbod – een regel die men bij uitstek als verkoopmodaliteit zou kunnen kwalificeren – zou dan alsnog onder het verbod op beperkingen van het vrij verkeer van goederen vallen indien als gevolg van dit verbod de verhandeling van buitenlandse producten moeilijker wordt dan binnenlandse.

38. Een toepassing van deze regel vindt men in het arrest *Dynamic Medien*. Het betreft een Duitse regeling die de postorderverkoop verbiedt van beeldragers die niet door de bevoegde autoriteit zijn gekeurd en geclassificeerd met oog op bescherming van de minderjarigen en waarop door deze autoriteit geen leeftijdsgrens is vermeld. Volgens het Hof is dit geen verkoopmodaliteit omdat dergelijke regeling de invoer van beeldragers uit andere lidstaten moeilijker en duurder kan maken zodat dit bepaalde belanghebbenden kan ontmoeiigen om dergelijke beeldragers in Duitsland af te zetten⁷².

39. In een Oostenrijkse zaak met betrekking tot de boekenprijs, oordeelt het Hof dat het verbod voor de Oostenrijkse importeurs van Duitstalige boeken om een prijs vast te stellen die lager is dan de door de uitgever voor de staat van uitgave (in casu Duitsland) vastgestelde of aanbevolen prijs, verminderd met de daarin begrepen BTW, ingevoerde boeken minder gunstig behandelt, zodat de *Keck*-uitzondering niet van toepassing is. De reden voor het Hof is “*dat deze regeling het de Oostenrijkse importeurs en de buitenlandse uitgevers belet, minimumprijzen voor de detailhandelverkoop volgens de kenmerken van de markt van invoer te bepalen, terwijl het de Oostenrijkse uitgevers vrijstaat, voor hun producten dergelijke minimumprijzen voor de detailhandelverkoop op de nationale markt zelf vast te stellen*”⁷³.

c. Mickelsson en Roos – Een nieuwe bijschaving van de Dassonville- en de Keck-regel? Markttoegang

40. In de besproken periode is een fel debat uitgebroken over de vraag of het Hof van Justitie via de zaken *Commissie / Italië*⁷⁴ en *Michelsson en Roos*⁷⁵ een verdere

67. Arrest van het Hof van 10 november 1982, nr. 261/81, *Walter Rau Lebensmittelwerke / De Smedt*, *Jur.* 1982, 3961.

68. Arrest van het Hof van 12 maart 1987, nr. 178/84, *Commissie / Duitsland*, *Jur.* 1987, 1227.

69. Arrest *Dynamic Medien*, aangehaald in voetnoot 66, r.o. 28.

70. Arrest *Keck en Mithouard*, aangehaald in voetnoot 65, aldus samengevat in het arrest van het Hof van 11 november 2010, C-543/08, *Commissie / Portugal*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, met verwijzing naar het arrest van het Hof van 10 mei 1995, C-384/93, *Alpine Investments*, *Jur.* 1995, I-1141, r.o. 37. Zie in de besproken periode ook bevestiging van deze regel in het arrest *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft / Libro*, aangehaald in voetnoot 64, r.o. 16; arrest *Dynamic Medien*, aangehaald in voetnoot 66, r.o. 28.

71. Arrest *Dynamic Medien*, aangehaald in voetnoot 66, r.o. 31.

72. Arrest *Dynamic Medien*, aangehaald in voetnoot 66, r.o. 33.

73. Arrest *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft / Libro*, aangehaald in voetnoot 64, r.o. 21-22.

74. Arrest in zaak C-110/05, *Commissie / Italië*, aangehaald in voetnoot 65.

75. Arrest van het Hof van 4 juni 2009, C-142/05, *Mickelsson en Roos*, *Jur.* 2009, I-4273.

bijshaving op de *Dassonville*- en *Keck*-rechtspraak heeft aangebracht en meer bepaald of markttoegang thans een determinerend criterium is.

41. In de zaak *Commissie / Italië* is de vraag aan de orde of Italië het in artikel 34 VWEU voorzien verbod heeft geschonden door het trekken van een aanhangwagen door bromfietsen, motorfietsen, driewielers en vierwielers te verbieden⁷⁶. Het gaat dus niet om discriminatoire maatregelen of om productregulering (zie hierboven, arrest *Cassis de Dijon*). De regel kan ook niet worden aanzien als een ‘verkoopmodaliteit’ in de zin van de *Keck*-rechtspraak. De regel heeft eerder betrekking op de modaliteiten van gebruik van een product. Dat het een principezaak betreft, kan men ook afleiden uit het feit dat het Hof, na een eerste mondelinge behandeling de debatten heeft heropend en toegewezen aan een grote kamer, en daarbij bijkomende vragen aan de lidstaten heeft gesteld en de advocaat-generaal om een aanvullende conclusie heeft verzocht.

42. In zijn analyse verwijst het Hof eerst naar zijn *Dassonville*-, zijn *Cassis de Dijon*- en zijn *Keck*-rechtspraak. De samenvatting die het daarin maakt is verrassend, want voor het eerst op deze wijze geformuleerd: “[v]alt eveneens onder dit begrip [maatregel van gelijke werking = beperking van het vrij verkeer], elke andere maatregel die de toegang tot de markt van een lidstaat voor uit andere lidstaten afkomstige producten belemmert” (wij benadrukken). In het licht van deze beginselen stelt het Hof vast dat de Italiaanse maatregel de toegang van aanhangwagens wel degelijk belemmert en er dus sprake is van een beperking (volgens het Hof is deze beperking evenwel om redenen van verkeersveiligheid toelaatbaar, zoals hierna nog zal worden toegelicht).

43. In de zaak *Michelsson en Roos* gaat het om een Zweedse regeling die het gebruik van waterscooters buiten de aangewezen vaarwegen verbiedt. Het gevolg is dat waterscooters enkel op de openbare vaarwegen worden toegestaan. Omdat deze vaarwegen echter bestemd zijn voor het commerciële scheepvaartverkeer en dus gevaarlijk voor het gebruik van waterscooters zou het verbod dus voor gevolg hebben dat gebruik van waterscooters in Zweden slechts marginaal zou zijn. Ook hier gaat het om een maatregel die niet-discriminatoire is, die geen ‘productregulering’ betreft zoals in *Cassis de Dijon* en evenmin een zuivere ‘verkoopmodaliteit’ is zoals in *Keck*. Het gaat opnieuw over een regeling inzake het gebruik van een product.

44. In deze context vat het Hof de bestaande rechtspraak als volgt samen (let vooral op de laatste zin die wij benadrukken):

“Er zij aan herinnerd dat als ‘maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperkingen’ in de zin van artikel 28 EG moeten worden beschouwd, de maatregelen van een lidstaat die ertoe strekken of tot gevolg hebben dat uit andere lidstaten afkomstige producten minder gunstig worden behandeld, alsook belemmeringen van het vrij goederenverkeer, die, bij ontbreken van harmonisatie van de nationale 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, ook indien die voorschriften zonder onderscheid op alle producten van toepassing zijn (zie in die zin arresten van 20 februari 1979, *Rewe-Zentral*, ‘*Cassis de Dijon*’, nr. 120/78, *Jur.*, 649, punten 6, 14 en 15; 26 juni 1997, *Familiapress*, C-368/95, *Jur.*, I-3689, punt 8 en 11 december 2003, *Deutscher Apothekerverband*, C-322/01, *Jur.*, I-14887, punt 67). **Valt eveneens onder dit begrip, elke andere maatregel die de toegang tot de markt van een lidstaat voor uit andere lidstaten afkomstige producten belemmert** (zie arrest van 10 februari 2009, *Commissie / Italië*, C-110/05, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, punt 37)”⁷⁷.

45. De vraag is nu of dit wel een samenvatting is van de bestaande rechtspraak⁷⁸, dan wel een duidelijke hint dat het Hof zijn rechtspraak aan het nuanceren is en nu uitgaat van een ‘markttoegang’-criterium (tenminste voor wat betreft nationale regels inzake het gebruik van goederen)⁷⁹. Het is duidelijk dat de eerste zin een correcte toepassing is van de *Dassonville*-rechtspraak zoals aangevuld door de *Cassis de Dijon*-rechtspraak. Het is daarentegen alles behalve evident, dat de laatste zin een zuivere toepassing zou zijn van de *Keck*-rechtspraak. Het lijkt er integendeel op dat het Hof een iets ruimere test toepast dan in *Keck* het geval was. Ruimer betekent dan dat, zodra er belemmering is van de markttoegang, de maatregel onder de regels inzake het vrij verkeer van goederen kan vallen.

46. Minstens lijkt dit toch een ‘verduidelijking’ van de *Keck*-regel dat *Keck* enger is dan tot nu toe werd aangenomen aangezien deze niet van toepassing is op nationale maatregelen inzake het gebruik van producten. Dat blijkt ook uit de analyse die het Hof vervolgens maakt van de

⁷⁶. Arrest in zaak C-110/05, *Commissie / Italië*, aangehaald in voetnoot 65.

⁷⁷. Arrest *Michelsson en Roos*, aangehaald in voetnoot 75, r.o. 24. Zie hierover o.m. E. SPAVENTA, “Leaving Keck behind? The free movement of goods after the rulings in *Commission v Italy* and *Michelsson and Roos*”, *EL Rev.* 2009, 914-932; P. WENNERAS, “Selling arrangements, keeping Keck”, *EL Rev.* 2010, 387-400.

⁷⁸. In die zin P. WENNERAS, aangehaald in de vorige voetnoot.

⁷⁹. Aldus E. Spaventa, aangehaald in voetnoot 77; P. PECHO, “Good-Bye Keck? A comment on the remarkable judgment in *Commission v Italy*, C-110/08”, *LIEI* 2009, 257; T. HORSLEY, “Anyone for Keck”, *CML Rev.* 2010, 2001-2019; C. BARNARD, “Trailing a new approach to free movement of goods”, *CLJ* 2009, 288; J. SNELL, “The notion of market access: A concept or a slogan”, *CML Rev.* 2010, 455-460. Vergelijk met S. WHEATHERILL, “Current Developments”, *ICLQ* 2009, 987; J. STUYCK, *Vrij verkeer in de EU en de Belgische rechtspraak*, powerpoint-presentatie Vormingsinstituut voor advocaten, Brussel, 22 maart 2010.

Zweedse regel en waaruit volgt dat het Hof niet uitsluit dat artikel 34 VWEU toepasselijk is:

“26. *Zelfs indien de nationale regeling niet ertoe strekt of tot gevolg heeft dat uit andere lidstaten afkomstige producten minder gunstig worden behandeld, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan, kan de opgelegde beperking van het gebruik van een product op het grondgebied van een lidstaat, afhankelijk van haar draagwijdte, een aanzienlijke invloed hebben op het consumentengedrag, dat dan weer een negatieve uitwerking kan hebben voor de toegang van dit product tot de markt van deze lidstaat (zie in die zin arrest Commissie / Italië, reeds aangehaald, punt 56).*

27. *Aangezien de consumenten weten dat het door een dergelijke regeling toegestane gebruik zeer beperkt is, hebben zij er immers maar weinig belang bij om het betrokken product te kopen (zie in die zin arrest Commissie / Italië, reeds aangehaald, punt 57).*

28. *Indien de nationale regels voor de aanwijzing van de bevaarbare wateren en vaarwegen tot gevolg zouden hebben dat de gebruikers van waterscooters deze niet kunnen gebruiken op een wijze die kenmerkend is voor en inherent aan deze producten of dat het gebruik hiervan aanzienlijk wordt beperkt, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan, zouden dergelijke regels ertoe leiden dat de toegang van die producten tot de nationale markt wordt belemmerd en zouden zij, behoudens rechtvaardiging op grond van artikel 30 EG of van dwingende vereisten van algemeen belang, een door artikel 28 EG verboden maatregel van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen vormen”⁸⁰.*

47. Dat de nieuwe regel mogelijk beperkt is tot gevallen van ‘gebruik’ van goederen zou dan misschien kunnen verklaren waarom, in een recent arrest van het Hof van 2 december 2010, de *Keck*-regel uitdrukkelijk wordt vermeld en met de nieuwe wordt vermengd⁸¹.

48. Deze ontwikkeling roept nog twee opmerkingen op. Ten eerste is de vraag of de nieuwe regel in praktijk tot echt grote verschillen gaat leiden. Wellicht niet. In hun respectieve conclusie kwamen beide advocaten-generaal, op grond van de ‘oude’ rechtspraak ook tot de slotsom dat er een belemmering was.

49. Ten tweede, en dit baart meer zorgen, is er de vaststelling dat de advocaten-generaal enerzijds en het Hof anderzijds tot tegenovergestelde conclusies zijn gekomen in hun verdere analyse. Drie advocaten-generaal oordeelden

immers dat de Italiaanse maatregel m.b.t. de aanhangwagens en de Zweedse maatregel m.b.t. de waterscooters, *niet* te verantwoorden waren en dus in strijd waren met artikel 34 VWEU. Het Hof volgt dit niet en oordeelt dat beide regels wel in overeenstemming zijn met deze bepaling. Dat drie advocaten-generaal een andere visie hebben dan het Hof is bijzonder verontrustend en geeft geen goed gevoel over de duidelijkheid en de rechtszekerheid in deze materie.

3. Voorbeelden van beperkingen

50. In de besproken periode worden o.m. volgende nationale regels bestempeld als maatregelen die een ‘gelijke werking’ hebben als kwantitatieve beperkingen en dus potentieel het vrij verkeer van goederen kunnen belemmeren:

- een nationaal verbod op de invoer van bloed van donors die daarvoor betaald worden, zelfs indien dergelijk verbod ook geldt voor nationaal ingezameld donorbloed⁸² (mogelijks gerechtvaardigd omwille van redenen van bescherming van de volksgezondheid, maar in casu niet wegens te vergaand – zie *infra*, 4.c.);
- een wettelijke bepaling die het gebruik van aanhangwagens voor motorfietsen verbiedt⁸³ (in casu wel gerechtvaardigd om redenen van verkeersveiligheid – zie *infra*, 4.b.);
- een Zweedse wetgeving die het gebruik van waterscooters enkel op bepaalde waterwegen toelaat⁸⁴ (in casu wel gerechtvaardigd om reden van milieubescherming – zie *infra*, 4.f.);
- een verbod op verkoop van contactlenzen via Internet⁸⁵ (niet gerechtvaardigd op grond van één van de uitzonderingen – zie *infra*, 4.c.);
- een stelsel van voorafgaande vergunning voor het gebruik van technische hulpstoffen uit andere lidstaten of levensmiddelen uit andere lidstaten waarbij technische hulpstoffen zijn gebruikt (mogelijks wel gerechtvaardigd om redenen van volksgezondheid – zie *infra*, 4.c.);
- een verbod op de verkoop van of het gebruik van uitrustingen waarmee het vermogen en/of de snelheid van bromfietsen kan worden verhoogd⁸⁶;
- een verbod om reclame te maken voor ingevoerde boeken aan lagere prijzen dan door de uitgever voor de lidstaat van uitgave vastgestelde minimumprijzen (niet gerechtvaardigd – zie *infra*, 4.d.);
- een nationale regeling houdende verbod van postorderverkoop van beeldrasters die niet door bevoegde autoriteit zijn gekeurd en geclassificeerd met oog op

⁸⁰. Arrest *Mickelsson en Roos*, aangehaald in voetnoot 75. Zie verder o.m. de rechtsleer aangehaald in voetnoot 77.

⁸¹. Arrest *Ker-Optika*, aangehaald in voetnoot 40. Zie ook het commentaar bij het arrest van H.A.G. TEMMINK, aangehaald in voetnoot 41.

⁸². Arrest *Humanplasma / Oostenrijk*, aangehaald in voetnoot 15, r.o. 25.

⁸³. Arrest in zaak C-110/05, *Commissie / Italië*, aangehaald in voetnoot 65.

⁸⁴. Arrest *Mickelsson en Roos*, aangehaald in voetnoot 75.

⁸⁵. Arrest *Ker-Optika*, aangehaald in voetnoot 40.

⁸⁶. Arrest in zaak C-110/05, *Commissie / Italië*, aangehaald in voetnoot 65.

bescherming van de minderjarigen en waarop door deze autoriteit geen leeftijdsgrens is vermeld (mogelijks wel gerechtvaardigd – zie *infra*, 4.e.).

4. Uitzonderingen: artikel 36 VWEU en de ‘rule of reason’

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

51. Volgens vaste rechtspraak kan een nationale regel die kwalificeert als een belemmering van het vrij verkeer van goederen worden gerechtvaardigd op grond van, hetzij één van de in artikel 36 VWEU (ex art. 30 EG) omschreven redenen van algemeen belang, hetzij dwingende vereisten van algemeen belang. In beide gevallen dient de nationale maatregel geschikt te zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen (noodzakelijkheidsvereiste) en mag hij niet verder gaan dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken (proportionaliteitstoets)⁸⁷. Of in de bewoordingen van het Hof: “[u]it de rechtspraak volgt evenwel dat een regeling die een in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheid, zoals het vrij verkeer van goederen, kan beperken, slechts gerechtvaardigd kan zijn wanneer zij geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde legitieme doel te waarborgen en niet verder gaat dan nodig is om dat doel te bereiken”⁸⁸.

52. Interessant is dat het Hof van Justitie bij de beoordeling van de vraag of de proportionaliteit kan vervuld zijn of beoordeeld worden, ook de te nemen uitvoeringsmaatregelen in rekening brengt: “[e]en nationale regeling zoals die in het hoofdgeding kan in beginsel als evenredig worden beschouwd op voorwaarde, in de eerste plaats, dat de bevoegde nationale autoriteiten verplicht zijn dergelijke uitvoeringsmaatregelen te nemen, vervolgens, dat die autoriteiten de hun op dit punt verleende bevoegdheid daadwerkelijk hebben uitgeoefend en de gebieden hebben aangewezen die aan de voorwaarden van de nationale verordening voldoen en, ten slotte, dat dergelijke maatregelen zijn vastgesteld binnen een redelijke termijn na de inwerkingtreding van die verordening”⁸⁹.

b. Verkeersveiligheid

53. De verkeersveiligheid is een dwingende reden van algemeen belang die een belemmering van het vrij verkeer van goederen kan rechtvaardigen⁹⁰. Aldus wordt een Italiaanse maatregel waarbij het voor motorfietsen verboden is om een aanhangwagen te trekken, weliswaar als een belemmering van het vrij verkeer van aanhangwagens bestempeld, maar toch toelaatbaar geacht. Aangezien er op dit gebied nog geen EU-harmonisatie bestaat, geldt de regel (net zoals voor de andere uitzonderingen die hierna worden toegelicht) dat het aan de lidstaten staat om te beslissen in welke mate zij de verkeersveiligheid op hun grondgebied willen verzekeren. Op het vlak van de proportionaliteitstoets benadrukt het Hof dat, hoewel “niet is uitgesloten dat andere maatregelen dan het verbod [...] een zeker niveau van verkeersveiligheid kunnen verzekeren”, dit niet wegneemt “dat de lidstaten niet de mogelijkheid kan worden ontzegd om een doelstelling zoals de verkeersveiligheid te verwezenlijken door de invoering van algemene en eenvoudige regels die de bestuurders gemakkelijk kunnen begrijpen en toepassen, en die door de bevoegde autoriteiten zonder moeilijkheden kunnen worden gehandhaafd en gecontroleerd”⁹¹.

54. Beperkingen op de verkoop van uitrustingen voor het opvoeren van bromfietsen kunnen de verkeersveiligheid zeker ten goede komen⁹². Het Hof merkt, in het kader van de proportionaliteitstoets, echter op dat een totaal verbod ook gevolgen kan hebben voor de verkoop van dergelijke uitrusting in het kader van sportdoeleinden buiten de openbare weg om. De nationale rechter wordt dan ook opgedragen om na te gaan of een minder vergaande maatregel dan een algemeen verbod niet even doeltreffend kan zijn.

c. Volksgezondheid

55. Het is vaste rechtspraak van het Hof dat de bescherming van de volksgezondheid een ‘dwingende reden’ kan zijn ter beperking van het vrij verkeer van goederen. Het Hof erkent daarbij steevast dat het “de taak van de lidstaten is om te beslissen op welk niveau zij de bescherming van de volksgezondheid wensen te verzekeren en hoe dit dient te gebeuren. Aangezien dit niveau per lidstaat kan verschillen, beschikken de lidstaten over een beoordelingsmarge”⁹³. Soms benadrukt het Hof zelfs dat het gaat om de eerste uit-

⁸⁷. Arrest *Ker-Optika*, aangehaald in voetnoot 40, r.o. 57; arrest in zaak C-110/05, *Commissie / Italië*, aangehaald in voetnoot 65, r.o. 59; arrest *Mickelsson en Roos*, aangehaald in voetnoot 75.

⁸⁸. Arrest *Humanplasma / Oostenrijk*, aangehaald in voetnoot 15, r.o. 34.

⁸⁹. Arrest *Mickelsson en Roos*, aangehaald in voetnoot 75.

⁹⁰. Arrest in zaak C-110/05, *Commissie / Italië*, aangehaald in voetnoot 65, r.o. 60. Zie eerder o.m. ook al het arrest van het Hof van 5 oktober 1994, C-55/93, *Van Schaik*, *Jur.* 1994, I-4837, r.o. 19; arrest van het Hof van 12 oktober 2000, C-314/98, *Snellers*, *Jur.* 2000, I-8633, r.o. 55.

⁹¹. Arrest in zaak C-110/05, *Commissie / Italië*, aangehaald in voetnoot 65, r.o. 67.

⁹². Arrest in zaak C-110/05, *Commissie / Italië*, aangehaald in voetnoot 65, r.o. 58; arrest van het Hof van 18 november 2010, C-142/09, *Vincent Willy Lahousse / Lavichy*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 43 e.v.

⁹³. Arrest van het Hof van 1 juni 2010, gevoegde zaken C-570/07 en C-571/07, *Blanco Pérez en Chao Gómez*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 44; arrest *Mickelsson en Roos*, aangehaald in voetnoot 75, r.o. 36; arrest *Ker-Optika*, aangehaald in voetnoot 40, r.o. 58; arrest *Humanplasma / Oostenrijk*, aangehaald in voetnoot 15, r.o. 32. Zie voor een bespreking van deze eerste zaak *infra*, randnr. 82.

zondering die in artikel 36 VWEU wordt vermeld, waaruit het Hof een ruimere beoordelingsmarge voor de lidstaten lijkt af te leiden⁹⁴.

56. Inzake levensmiddelen luidt het steevast dat *“het bij gebreke van harmonisatie en voor zover er bij de huidige stand van het wetenschappelijk onderzoek nog onzekerheid bestaat, aan de lidstaten [staat] om te beslissen in welke mate zij de gezondheid en het leven van personen willen beschermen en of zij een voorafgaande vergunning verlangen voor het in de handel brengen van technische hulpstoffen en levensmiddelen bij de bereiding waarvan technische hulpstoffen zijn gebruikt, rekening houdend met de eisen van het vrij verkeer van goederen binnen de Gemeenschap”*⁹⁵.

57. Op grond van voorgaande regel wordt een Frans stelsel van voorafgaande vergunning voor het gebruik van technische hulpstoffen uit andere lidstaten of levensmiddelen uit andere lidstaten waarbij technische hulpstoffen zijn gebruikt, geacht onder de bescherming van de volksgezondheid te vallen. Inzake de noodzakelijkheids- en proportionaliteitstest oordeelt het Hof dat *“de nationale autoriteiten die zich daarop beroepen, in elk concreet geval tegen de achtergrond van de resultaten van internationaal 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”*. Volgens het Hof impliceert dit *“het aangevoerde reële gevaar voor de volksgezondheid voldoende aannemelijk voorkomt op basis van de meest recente wetenschappelijke gegevens die op de datum van de uitvaardiging van dat verbod beschikbaar zijn. In die context betreft de door de lidstaat te verrichten risico-evaluatie de mate van waarschijnlijkheid van de negatieve gevolgen van het gebruik van technische hulpstoffen bij de bereiding van levensmiddelen voor de gezondheid van de mens en de ernst van die potentiële gevolgen”*⁹⁶. Het is mogelijk dat wetenschappelijk onderzoek niet tot definitief eindresultaat leidt. Het Hof aanvaardt dat, in dergelijke gevallen, het ‘voorzorgsbeginsel’ in de beoordelingsbevoegdheid van de betrokken lidstaat toegang kan vinden en dat *“in die omstandigheden moet worden aanvaard dat een lidstaat op grond van het voorzorgsbeginsel beschermende maatregelen neemt zonder te wachten tot ten volle blijkt dat deze risico’s inderdaad bestaan en in welke mate (zie in die zin arrest van 5 mei 1998, National Farmers’ Union e.a., C-157/96, Jur., I-2211, punt*

*63 alsmede arrest Commissie / Nederland, reeds aangehaald, punten 51 en 52). Bij de evaluatie van het risico mag evenwel niet worden uitgegaan van zuiver hypothetische overwegingen”*⁹⁷. In de betrokken zaak komt het Hof tot het besluit dat Frankrijk onvoldoende heeft aangetoond dat deze voorwaarden voldaan zijn. Het Hof vindt ook dat het systematische karakter van de vergunning onevenredig is, omdat Frankrijk aldus geen onderscheid maakt tussen verschillende technische hulpstoffen en de risicograad van die stoffen. Het Hof steunt dat besluit ook op de vaststelling dat Frankrijk dit ook voorschrijft voor kant-en-klare gerechten waarin geen enkel residu van deze technische hulpstoffen kan worden aangetroffen. Ten slotte meent het Hof dat indien een lidstaat een systeem van voorafgaande vergunning wil invoeren, die wetgeving dan ook moet *“voorzien in een procedure die het voor de ondernemers mogelijk maakt deze stof op de nationale lijst van toegelaten stoffen te laten plaatsen. Deze procedure moet gemakkelijk toegankelijk zijn en binnen een redelijke termijn kunnen worden afgesloten, en indien zij wordt afgesloten met een weigering, moet tegen het weigeringsbesluit in rechte kunnen worden opgekomen”*⁹⁸.

58. Het Hof komt tot eenzelfde bevinding met betrekking tot vergunningen voor producten op basis van geneeskrachtige planten die voor menselijke consumptie bestemd zijn⁹⁹.

59. De bescherming van de volksgezondheid werd eveneens ingeroepen ter rechtvaardiging van een Hongaarse regeling die de verkoop van contactlenzen via het Internet verbiedt. Volgens het Hof kan deze regel noodzakelijk zijn voor de bescherming van de volksgezondheid, maar gaat ze verder dan nodig. In antwoord op de stelling van de Hongaarse overheid dat de patiënt een gepast oogonderzoek ondergaat in de winkel van de opticien, merkt het Hof op dat een preventief onderzoek ook door oogartsen buiten een opticienzaak kan gebeuren en dat dus geen reden kan zijn om Internetverkopen van de contactlenzen te verbieden. Bovendien is dergelijk preventief onderzoek een vrije keuze van de patiënt. Wat betreft de specifieke adviezen aangaande het aanbrengen van de lenzen, het correcte gebruik en het onderhoud ervan, meent het Hof dat dit enkel bij een eerste levering noodzakelijk is. Verder advies en informatie kan volgens het Hof bovendien via interactieve gegevens op de website van de leverancier verstrekt worden. Het Hof besluit dat *“het doel de gezondheid van de contactlensdragers te beschermen wordt bereikt met minder restrictieve maatregelen dan die krachtens de regeling in het hoofdgeding, wan-*

⁹⁴. Arrest *Humanplasma / Oostenrijk*, aangehaald in voetnoot 15, r.o. 32.

⁹⁵. Arrest in zaak C-333/08, *Commissie / Frankrijk*, aangehaald in voetnoot 15, r.o. 85, met referentie naar het arrest *Sandoz*, aangehaald in voetnoot 65, r.o. 16 en arrest van het Hof van 13 december 1990, C-42/90, *Bellon*, Jur. 1990, I-4863, r.o. 11; arrest van het Hof van 5 februari 2004, C-24/00, *Commissie / Frankrijk*, Jur. 2004, I-1277, r.o. 49. Zie in de besproken periode ook het arrest in zaak C-88/07, *Commissie / Spanje*, aangehaald in voetnoot 17, r.o. 86.

⁹⁶. Arrest in zaak C-333/08, *Commissie / Frankrijk*, aangehaald in voetnoot 15, r.o. 87 en 89.

⁹⁷. Arrest in zaak C-333/08, *Commissie / Frankrijk*, aangehaald in voetnoot 15, r.o. 91, met verwijzing naar o.m. het arrest van het Hof van 9 september 2003, C-236/01, *Monsanto Agricoltura Italia e.a.*, Jur. 2003, I-8105, r.o. 106.

⁹⁸. Arrest in zaak C-333/08, *Commissie / Frankrijk*, aangehaald in voetnoot 15, r.o. 117.

⁹⁹. Arrest in zaak C-88/07, *Commissie / Spanje*, aangehaald in voetnoot 17, r.o. 90.

neer alleen de eerste levering van lenzen aan bepaalde beperkingen wordt onderworpen en de betrokken marktdeelnemers ertoe worden verplicht, een geschoold opticien ter beschikking van de klant te stellen”¹⁰⁰.

60. Een Oostenrijks verbod om bloed van bloeddonoren in te voeren waarvoor de donor is betaald, kan zijn rechtvaardiging vinden in de bescherming van de volksgezondheid. Maar is het ook noodzakelijk en proportioneel? Volgens het Hof kan een verbod om financieel voordeel te halen uit bloeddonaties geschikt zijn om de betrokken doelstelling te halen. Dit is daarentegen niet het geval voor een verbod om de verplaatsingskosten te vergoeden¹⁰¹. Bovendien wordt de regeling echter hoe dan ook niet proportioneel geacht omdat de bescherming van de volksgezondheid ook wordt gewaarborgd doordat alle donaties van bloed conform een EU-richtlijn moeten gecontroleerd worden.

d. Cultuur

61. De bescherming van een boek als cultuurgoed kan een dwingende vereiste van algemeen belang zijn dat beperkingen op het vrij verkeer van goederen kan rechtvaardigen. Een nationale regeling (in casu uit Oostenrijk) die de importeurs van Duitstalige boeken verbiedt een prijs vast te stellen die lager is dan de door de uitgever in de staat van uitgave vastgestelde of aanbevolen prijs kan gerechtvaardigd zijn om deze doelstelling te bereiken maar gaat niettemin verder dan noodzakelijk. Volgens het Hof kan immers het doel van de bescherming van boeken als cultuurgoed met voor de importeur minder restrictieve maatregelen worden bereikt. Het Hof verwijst als voorbeeld naar de mogelijkheid om de importeur of de buitenlandse uitgever “toe te staan een verkoopprijs voor de Oostenrijkse markt vast te stellen die de kenmerken van die markt recht doet wedervaren”¹⁰².

e. Bescherming van het kind

62. Met verwijzing naar het Verdrag inzake de rechten van het kind en andere wetteksten met vergelijkbare draagwijdte zoals in het handvest van de grondrechten van de Europese Unie, erkent het Hof in de besproken periode dat de bescherming van het kind een legitiem belang kan vormen ter beperking van het vrij verkeer van goederen, voor zover de noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets vervuld zijn¹⁰³. Een nationale regeling houdende verbod van postorderverkoop van beeldragers die niet door bevoegde autoriteit zijn gekeurd en geïdentificeerd met oog op bescherming van de

minderjarigen en waarop door deze autoriteit geen leeftijdsgrens is vermeld, kan zijn rechtvaardiging vinden in de bescherming van het kind. Lidstaten beschikken hier over een zekere beoordelingsvrijheid, zodat de bescherming die in één lidstaat geldt (bv. lidstaat van invoer) groter kan zijn dan in de lidstaat van uitvoer. Om aan de proportionaliteits-eis te voldoen stelt het Hof wel als verdere voorwaarde dat “een dergelijke keuringsprocedure [...] echter gemakkelijk toegankelijk [moet] zijn en binnen een redelijke termijn kan worden afgesloten; voorts moet, indien zij uitloopt op een weigering, tegen het besluit tot weigering in rechte kunnen worden opgekomen”¹⁰⁴.

f. Milieubescherming

63. De bescherming van het milieu is één van de dwingende vereisten die het Hof al bij herhaling heeft aanvaard als mogelijke rechtvaardiging voor belemmeringen van het vrij goederenverkeer. Ook hier laat het Hof een zekere beoordelingsmarge aan de lidstaten zoals o.m. blijkt uit volgende overweging: “[h]oewel het in casu niet uitgesloten is dat andere maatregelen dan het verbod in artikel 2 van de nationale verordening een zeker niveau van milieubescherming kunnen verzekeren, kan aan de lidstaten niet de mogelijkheid worden ontzegd om een doel zoals de bescherming van het milieu te verwezenlijken door de invoering van algemene regels die, enerzijds, noodzakelijk zijn wegens de geografische kenmerken van de betrokken lidstaat en, anderzijds, door de nationale autoriteiten zonder moeilijkheden kunnen worden gehandhaafd en gecontroleerd”¹⁰⁵.

5. Het voorkomingsbeleid

a. Richtlijn 98/34/EG (voorheen 83/189)

64. Sinds vele jaren kent de Europese Unie ook richtlijn 98/34 (de opvolger van richtlijn 83/189), die gericht is op het voorkomen van nieuwe belemmeringen van het intracommunautair handelsverkeer. Krachtens deze richtlijn moeten lidstaten op voorhand alle ontwerpen van technische voorschriften voor producten (industrie-, landbouw-, cosmetica-producten, levensmiddelen, ...) aan de Commissie meedelen. De Commissie deelt die dan op haar beurt aan de andere lidstaten mee voor eventuele opmerkingen. Het betreft hier o.m. voorschriften inzake kwaliteit, prestaties, veiligheid, afmetingen, verkoopbenaming, terminologie, etikettering, verpakkingen, enz. Aan deze voorafgaande aanmelding is een automatische *standstill*-periode gekoppeld, die naar

^{100.} Arrest *Ker-Optika*, aangehaald in voetnoot 40, r.o. 74.

^{101.} Arrest *Humanplasma / Oostenrijk*, aangehaald in voetnoot 15, r.o. 35-37.

^{102.} Arrest *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft / Libro*, aangehaald in voetnoot 64, r.o. 35.

^{103.} Arrest *Dynamic Medien*, aangehaald in voetnoot 66, r.o. 40-42.

^{104.} Arrest in zaak C-333/08, *Commissie / Frankrijk*, aangehaald in voetnoot 15, r.o. 50. Merk de analogie op met de rechtspraak van het Hof bv. inzake vergunningen voor ingrediënten van levensmiddelen (zie *supra*, c.).

^{105.} Arrest *Mickelsson en Roos*, aangehaald in voetnoot 75.

gelang de situatie van 3 maanden tot 18 maanden kan duren¹⁰⁶.

65. Het Hof van Justitie formuleert het in de besproken periode aldus “*dat richtlijn 98/34 door middel van een preventieve controle het vrij verkeer van goederen beoogt te beschermen, dat een van de grondslagen van de Gemeenschap vormt, en dat het nut van deze controle hierin bestaat, dat onder deze richtlijn vallende technische voorschriften een belemmering kunnen vormen voor het vrij verkeer van goederen tussen lidstaten, welke belemmeringen enkel kunnen worden toegestaan indien zij noodzakelijk zijn om te voldoen aan dwingende eisen verband houdend met een doelstelling van algemeen belang*”¹⁰⁷.

66. Het niet naleven van de *standstill* voorzien in deze richtlijn leidt tot een draconische sanctie, nl. de niet-toepasbaarheid van de betrokken technische voorschriften. Het gevolg is dat deze voorschriften niet aan particulieren kunnen worden tegengeworpen. Dit werd door het Hof voor het eerst in het arrest *Securitel* (dat op Belgische veiligheidssystemen betrekking had) gesteld, en wordt in de betrokken periode bevestigd¹⁰⁸. Het is om die reden dat men nu bij zeer vele wetten, decreten, KB's, MB's in de aanhef ook een verwijzing vindt naar (de mededeling die is gebeurd conform) richtlijn 98/34.

67. Om een omzeiling van de richtlijn te vermijden, voorziet deze dat de lidstaten tot een nieuwe mededeling moeten overgaan, indien zij in een ontwerp van technisch voorschrift significante wijzigingen aanbrengen die een verandering van het toepassingsgebied, een verkorting van het oorspronkelijk geplande tijdschema, een toevoeging van specificaties of eisen of het stringenter maken ervan tot gevolg hebben. Het Hof verduidelijkt in de besproken periode echter wel dat, indien na een eerste kennisgeving en daaropvolgende opmerkingen van de Commissie, de betrokken lidstaat wijzigingen aanbrengt die “*ten opzichte van het meegedeelde ontwerp enkel een versoepeling inhouden van de gebruiksvoorwaarden van het betrokken product en derhalve de eventuele invloed van het technisch voorschrift op het handelsverkeer beperken*”, er geen sprake is van een significante wijziging en er derhalve geen nieuwe voorafgaande mededeling moet plaatsvinden¹⁰⁹.

b. Beschikking nr. 3052/95

68. Naast richtlijn 98/34, die inmiddels goed is ingeburgerd, is er ook nog beschikking nr. 3052/95/EG, die minder bekend is¹¹⁰. Het doel van deze beschikking is om de Commissie in kennis te stellen van potentieel belemmerende maatregelen die de lidstaten, niet zozeer door middel van wetgeving, maar door andere praktijken, vaststellen. Dat volgt uit artikel 1, dat stelt:

“*[w]anneer 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.*”

69. De draagwijdte van deze bepaling is dus allesbehalve specifiek op wetgeving gericht maar op alle ‘maatregelen’ die aan de opsomming voldoen. Het Hof van Justitie bevestigt in de besproken periode dat onder ‘maatregel’ moet begrepen worden: “*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 gebracht, ongeacht de vorm van die maatregel of de instantie die hem heeft genomen*”¹¹¹.

70. In de besproken periode verduidelijkt het Hof de draagwijdte van deze bepaling in belangrijke mate. Volgens het Hof volgt uit de bewoordingen van artikel 1 “*dat de kennisgevingsverplichting van dit artikel niet enkel op de betrokken lidstaat rust ingeval in een andere lidstaat vervaardigde of in de handel gebrachte producten uit de handel worden genomen, maar ook ingeval op zijn eigen grondgebied vervaardigde producten uit de handel worden genomen, wanneer producten van hetzelfde model of van hetzelfde type in een andere lidstaat rechtmatig zijn vervaardigd en/of in de handel gebracht en daarop dezelfde maatregel tot uit de han-*

¹⁰⁶. 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 werd 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.

¹⁰⁷. Arrest van het Hof van 15 april 2010, C-433/05, *Lars Sandström*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 42.

¹⁰⁸. Arrest *Lars Sandström*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 43.

¹⁰⁹. Arrest *Lars Sandström*, aangehaald in voetnoot 107, r.o. 44-49.

¹¹⁰. 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 Gemeenschap, *Pb.* 1995, L 321/1.

¹¹¹. Arrest in zaak C-88/07, *Commissie / Spanje*, aangehaald in voetnoot 17, r.o. 106.

del nemen van producten zou worden toegepast indien zij in de betrokken lidstaat zouden worden ingevoerd". De doelstelling van de regels zijn derhalve duidelijk gesteld: een nationale praktijk kan een afschrikkend effect hebben op de invoer van goederen uit andere lidstaten. En dat moet worden voorkomen.

71. Het zou bijzonder interessant zijn te vernemen wat het Hof denkt van diverse PV's van waarschuwing of pro justitia's die soms door een aantal inspectiediensten in België worden uitgeschreven m.b.t. producten (al dan niet komende uit andere lidstaten). De vraag is of België die überhaupt meldt aan Europa, en de vraag is verder vanaf wanneer zij beantwoorden aan de definitie van dergelijke in artikel 1 bedoelde 'maatregel'.

E. Exportbeperkingen (art. 35 VWEU)

72. Volgens vaste rechtspraak worden als maatregelen met een gelijke werking als een kwantitatieve uitvoerbeperkingen gekwalificeerd, de *"nationale maatregelen die een specifieke beperking van het uitgaande goederenverkeer tot doel of tot gevolg hebben en aldus tot een ongelijke behandeling van de binnenlandse handel en de uitvoerhandel van een lidstaat leiden, waardoor aan de nationale productie of de binnenlandse markt van de betrokken lidstaat ten koste van de productie of de handel van andere lidstaten een bijzonder voordeel wordt verzekerd"*¹¹².

73. De Belgische regelgeving inzake verkoop op afstand, vervat in de vroegere wet handelspraktijken (inmiddels aangepast, ook op dit punt door de wet marktpraktijken van 6 april 2010) voorzag dat de leveranciers bij een verkoop op afstand de consumenten niet het nummer van hun betaalkaart mochten vragen, ook al verbonden de leveranciers zich ertoe, daarvan vóór het verstrijken van de herroepingstermijn geen gebruik te maken. Op basis van de *Groenveld*-rechtspraak¹¹³ zou men op het eerste gezicht geneigd zijn te oordelen dat in het kader van een verkoop op afstand vanuit België naar een andere EU-lidstaat, dit niet in strijd is met het verbod op exportbeperkingen. In de zaak *Gysbrechts* oordeelt het Hof echter als volgt:

"42. Zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing heeft een dergelijk verbod in het algemeen ernstigere gevolgen voor rechtstreekse grensoverschrijdende verkopen aan consu-

menten, in het bijzonder voor verkopen via het Internet, met name door de belemmeringen bij het in een andere lidstaat in rechte vervolgen van in gebreke blijvende consumenten, vooral wanneer het relatief geringe bedragen betreft.

43. Bijgevolg moet worden geoordeeld dat ook al is een verbod als aan de orde in het hoofdgeding, van toepassing op alle op het nationale grondgebied handelende marktdeelnemers, dit niettemin nadeliger is voor de uitvoer van producten van de markt van de uitvoerende lidstaat dan voor de handel in producten op de nationale markt van die lidstaat.

*44. Vastgesteld moet dus worden dat een aan de leverancier bij een verkoop op afstand opgelegd verbod om vóór het verstrijken van de herroepingstermijn een voorschot of een betaling te vragen, een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve uitvoerbeperking vormt. Hetzelfde geldt voor het verbod voor de leverancier om van consumenten het nummer van hun betaalkaart te vragen, ook al verbindt hij zich ertoe, daarvan vóór het verstrijken van de herroepingsstermijn geen gebruik te maken om betaling te verkrijgen"*¹¹⁴.

74. Daarmee is de vraag gesteld of dit nog een zuivere *Groenveld*-toets is, dan wel of er hier sprake is van een convergentie tussen de rechtspraak inzake exportbeperkingen en die inzake invoerbeperkingen.

75. *Mutatis mutandis* gelden dezelfde regelen als inzake invoerbeperkingen zodat ook bij exportbeperkingen dwingende redenen van bijvoorbeeld consumentenbescherming alsnog een belemmering kunnen rechtvaardigen, voor zover die voldoet aan de noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets. Volgens het Hof is dat het geval met het vereiste om geen betaling te vragen tijdens de herroepingstermijn. De Belgische regel die de verkoper niet eens toelaat om het nummer van de kredietkaart op te vragen (zelfs indien dit niet wordt gebruikt tijdens de herroepingsperiode) voldoet daarentegen niet aan deze vereiste. Het Hof stelt immers vast dat, indien de verkoper het nummer toch zou gebruiken de betaling in ieder geval in strijd zou zijn met het algemene verbod op betaling in de herroepingsperiode. Dat laatste vereiste gaat dus verder als nodig.

76. In de nieuwe wet marktpraktijken van 6 april 2010 komt dit laatste verbod onder meer voor. De wetgever laat bovendien expliciet toe dat betaling gevraagd wordt tijdens de bedenkttermijn (zie art. 45-48).

¹¹². Dit is de *Groenveld*-rechtspraak: arrest van het Hof van 8 november 1979, nr. 15/79, *Groenveld*, *Jur.* 1979, 3409, r.o. 7. Het citaat komt uit het arrest *Gysbrechts*, aangehaald in voetnoot 32, r.o. 40.

¹¹³. Zie vorige voetnoot.

¹¹⁴. Arrest *Gysbrechts*, aangehaald in voetnoot 32, r.o. 42-44.

II. VRIJHEID VAN VESTIGING

A. Algemeen – Draagwijdte

1. Discriminatieverbod

77. *Algemeen.* – Het Hof herinnert eraan dat het begrip vestiging “zeer ruim is en inhoudt dat een Unieonderdaan duurzaam kan deelnemen aan het economische leven van een andere lidstaat dan zijn staat van herkomst en daar voordeel uit kan halen, en aldus de economische en sociale verwechting in de Europese Unie op het gebied van niet in loondienst verrichte werkzaamheden kan bevorderen”¹¹⁵. Daartoe vereist het Unierecht in de eerste plaats dat lidstatelijke regelingen geen discriminerend onderscheid doorvoeren tussen de eigen onderdanen en Unieburgers met de nationaliteit van een andere lidstaat. Artikel 49 VWEU (ex art. 43 EG) vormt een concretisering van het algemeen verbod van discriminatie op grond van nationaliteit vervat in artikel 18 VWEU (ex art. 12 EG). Deze laatste algemene bepaling vindt slechts autonoom toepassing in gevallen waarin het Unierecht wel geldt, maar waarvoor het VWEU niet in bijzondere discriminatieverboden voorziet. In de mate dat een nationale regeling gekwalificeerd kan worden als een discriminatoire belemmering van de vrijheid van vestiging zal een zaak bijgevolg enkel geanalyseerd worden op grond van de specifieke bepalingen van deze vrijheid¹¹⁶. Volgens vaste rechtspraak van het Hof is er sprake van discriminatie wanneer verschillende regels worden toegepast op vergelijkbare situaties of wanneer dezelfde regel wordt toegepast op verschillende situaties¹¹⁷.

78. *Discriminatie op grond van nationaliteit of zetel.* – De vrijheid van vestiging vereist in eerste instantie de afschaffing van alle vormen van rechtstreekse discriminatie op grond van nationaliteit, of, in het geval van vennootschappen (*infra*, randnr. 84), de plaats van de zetel. Zo is onverenigbaar met artikel 49 VWEU een nationale regeling die aan de houders van concessies voor de exploitatie van casino’s de verplichting oplegt om hun zetel op het nationale grondgebied te hebben¹¹⁸. Dergelijke openlijke discriminatie kan immers slechts stroken met het Unierecht voor zover zij onder een uitdrukkelijk afwijkende bepaling zoals artikel 52

VWEU (ex art. 46 EG) valt, dat betrekking heeft op de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid¹¹⁹. De in de betrokken zaak opgeworpen rechtvaardigingsgrond van de bestrijding van criminaliteit, los van de vraag of dit inderdaad onder de noemer ‘openbare orde’ gebracht kan worden, wordt echter verworpen door het Hof, daar dit doel stellig bereikt kan worden door minder belemmerende maatregelen dan het vereiste de zetel op het nationale grondgebied te vestigen¹²⁰.

79. *Verbod op verkapte vormen van discriminatie.* – Het beginsel van non-discriminatie verbiedt niet alleen rechtstreekse of openlijke discriminatie op grond van nationaliteit, maar ook alle verkapte vormen van discriminatie, die door toepassing van andere onderscheidingscriteria, zoals woonplaats, in feite tot hetzelfde resultaat leiden. Een nationale bepaling moet dan ook als indirect discriminerend beschouwd worden wanneer zij van aard is burgers van andere lidstaten meer te treffen dan de eigen burgers. Dit is onder meer het geval wanneer voor de vestiging van apotheken in een lidstaat welbepaalde voorwaarden worden opgelegd waaraan gemakkelijker voldaan kan worden door nationale apothekers dan door onderdanen van andere lidstaten. Zo wordt in *Blanco Pérez en Chao Gómez*¹²¹ geoordeeld dat een nationale regeling artikel 49 VWEU schendt wanneer zij de uitgifte van vergunningen voor de vestiging van nieuwe apotheken afhankelijk maakt van criteria die, onder meer, een hogere waarde toekennen aan beroepservaring opgedaan door apothekers in een welbepaalde regio van de betrokken lidstaat, en in geval van een gelijkwaardige ervaring voorrang verlenen aan apothekers die hun beroep uitgeoefend hebben in dezelfde regio¹²². Voor de beoordeling van het (indirect) discriminatoire karakter van een maatregel is het overigens irrelevant dat de verzoekende partij zou kunnen opteren voor een andere behandeling, waardoor de discriminatie weggenomen zou worden. De facultatieve toepassing van een *in se* ongerechtvaardigde discriminatoire regel neemt de schending van het Unierecht immers niet weg¹²³.

¹¹⁵ Arrest van het Hof van 30 november 1995, C-55/94, *Gebhard*, *Jur.* 1995, I-4165, besproken in “Kroniek 1994-1995”, *TBH* 1996, p. 310-313, randnrs. 68-70, r.o. 25. Deze rechtspraak vindt in de besproken periode bevestiging in, onder meer, arrest van het Hof van 17 september 2009, C-182/08, *Glaxo Wellcome*, *Jur.* 2009, I-8591, r.o. 46; arrest van het Hof van 8 september 2010, C-409/06, *Winner Wetten*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 46; arrest van het Hof van 8 september 2010, gevoegde zaken C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 en C-410/07, *Markus Stoß e.a.*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 59.

¹¹⁶ Arrest van het Hof van 17 januari 2008, C-105/07, *Lammers en Van Cleeff NV*, *Jur.* 2008, I-173, r.o. 14; arrest van het Hof van 21 januari 2010, C-311/08, *Société de Gestion Industrielle SA (SGI)*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 31-32.

¹¹⁷ Arrest van het Hof van 22 december 2008, C-282/07, *Truck Center SA*, *Jur.* 2008, I-10767, r.o. 37.

¹¹⁸ Arrest van het Hof van 9 september 2010, C-64/08, *Engelmann*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

¹¹⁹ Zie, onder meer, arrest van het Hof van 6 oktober 2009, C-153/08, *Commissie / Spanje*, *Jur.* 2009, I-9735, r.o. 37.

¹²⁰ Arrest *Engelmann*, aangehaald in voetnoot 118, r.o. 37-38.

¹²¹ Aangehaald in voetnoot 93.

¹²² Arrest *Blanco Pérez en Chao Gómez*, aangehaald in voetnoot 93, r.o. 120-125. Voor een verdere bespreking van deze zaak, zie *infra*, randnr. 82.

¹²³ Arrest van het Hof van 18 maart 2010, C-440/08, *Gielen*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 49-53.

2. Verbod van niet-discriminerende beperkingen

80. *Algemeen; niet-discriminatoire belemmeringen en lidstatelijke socialezekerheidsstelsels.* – Artikel 49 VWEU verbiedt niet enkel discriminatoire nationale bepalingen, maar staat tevens in de weg aan lidstatelijke regelingen die, zelfs wanneer zij zonder discriminatie op grond van nationaliteit van toepassing zijn, de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging door EU-onderdanen kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk maken¹²⁴. Deze ruime interpretatie van de vrijheid van vestiging maakt dat het Hof zich kan uitspreken over een brede waaier aan nationale regelingen. De meest interessante zaken aangaande niet-discriminatoire beperkingen van de vrijheid van vestiging in de besproken periode toetsen de verenigbaarheid van bepaalde onderdelen van de socialezekerheidsstelsels van de lidstaten met het Unierecht. Daarbij dient eraan herinnerd te worden dat het Unierecht de bevoegdheid van de lidstaten om hun socialezekerheidsstelsels in te richten, daaronder begrepen het niveau waarop de bescherming van de volksgezondheid verzekerd wordt, onverlet laat. Niettemin dienen de lidstaten deze bevoegdheid uit te oefenen met inachtneming van de fundamentele vrijheden¹²⁵. Hoe deze lidstatelijke beoordelingsvrijheid ingevuld wordt, en hoever deze reikt verschilt echter van zaak tot zaak. Bij de beoordeling houdt het Hof er ook rekening mee dat de gezondheid en het leven van personen de eerste plaats innemen onder de goederen en belangen die door het Unierecht worden beschermd, en dat het de taak van de lidstaten is om te beslissen op welk niveau zij de bescherming van de volksgezondheid wensen te verzekeren, en hoe dit dient te gebeuren¹²⁶.

81. *Coherent en systematisch nastreven van de verwezenlijking van geschikte rechtvaardigingsgronden.* – De buffer van sociale zekerheid blijkt niet steeds doeltreffend om een doortastende analyse door het Hof van een lidstatelijke regeling inzake volksgezondheid af te wenden. De zaak *Hartlauer* betreft de verenigbaarheid met artikel 49 VWEU en

artikel 54 VWEU (ex art. 48 EG) van een niet-discriminatoire Oostenrijkse regeling die voor de oprichting van een particuliere zorginstelling in de vorm van een zelfstandige tandheelkundige polikliniek een toelating vereist en krachtens welke deze toelating wordt geweigerd wanneer er gelet op het reeds bestaande zorgaanbod van fondsartsen geen enkele behoefte bestaat die een rechtvaardiging voor de oprichting van deze polikliniek vormt¹²⁷. In navolging van de arresten *Gloszczuk*¹²⁸ en *Commissie / Frankrijk*¹²⁹ oordeelt het Hof dat een nationale regeling die de uitoefening van een activiteit afhankelijk stelt van een voorwaarde die aanknoopt bij de economische of sociale behoeften aan deze activiteit, op zich reeds een belemmering vormt, die derhalve objectief gerechtvaardigd moet kunnen worden¹³⁰.

Uit *Müller-Fauré en Van Riet en Watts* volgt dat een dergelijke regeling in beginsel gerechtvaardigd kan worden door legitieme overwegingen van volksgezondheid zoals vervat in artikel 52, 1. VWEU¹³¹. Concreet volgt uit deze bepaling dat lidstaten fundamentele vrijheden van het Unierecht kunnen beperken voor zover de instandhouding van een bepaalde verzorgingscapaciteit of medische deskundigheid op nationaal grondgebied essentieel is voor de volksgezondheid en in de mate dat een planning van de medische prestaties in een lidstaat berust op het streven de kosten van de gezondheidssector te beheersen. Niettemin dient een nationale regeling tevens geschikt te zijn om de verwezenlijking van de vooropgestelde doelstellingen te waarborgen. Bij de interpretatie van dit geschiktheids criterium voert het Hof in *Hartlauer* een strenge toetsing door, waarbij het benadrukt dat “een nationale wetgeving slechts geschikt is om de verwezenlijking van het betrokken doel te waarborgen, wanneer de verwezenlijking ervan coherent en systematisch wordt nagestreefd”¹³². Hierbij breidt het Hof de in zijn gokrecht spraak ontwikkelde interpretatie van het geschiktheids criterium uit naar de socialezekerheidssector¹³³. De specifieke formule van coherentie en systematiek wordt in *Hartlauer* als een algemeen beginsel geformuleerd waaraan in ver-

¹²⁴. Arrest van het Hof van 10 maart 2009, C-169/07, *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, *Jur.* 2009, I-1721, r.o. 33; arrest van het Hof van 11 maart 2010, C-384/08, *Attanasio Group Srl*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 43; arrest *Blanco Pérez en Chao Gómez*, aangehaald in voetnoot 93, r.o. 53; arrest van het Hof van 16 december 2010, C-89/09, *Commissie / Frankrijk*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 44.

¹²⁵. Arrest *Hartlauer*, aangehaald in voetnoot 124, r.o. 29-30; arrest van het Hof van 19 mei 2009, C-531/06, *Commissie / Italië*, *Jur.* 2009, I-4103, r.o. 35-36; arrest van het Hof van 19 mei 2009, gevoegde zaken C-171/07 en C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a.*, *Jur.* 2009, I-4171, r.o. 18-19.

¹²⁶. Arrest *Blanco Pérez en Chao Gómez*, aangehaald in voetnoot 93, r.o. 44; arrest in zaak C-89/09, *Commissie / Frankrijk*, aangehaald in voetnoot 124, r.o. 42.

¹²⁷. *Supra*, voetnoot 124.

¹²⁸. Arrest van het Hof van 27 september 2001, C-63/99, *Gloszczuk*, *Jur.* 2001, I-6369, besproken in “Kroniek 2001-2003”, *TBH* 2004, p. 654, randnr. 66, r.o. 59.

¹²⁹. Arrest van het Hof van 15 juni 2006, C-255/04, *Commissie / Frankrijk*, *Jur.* 2006, I-5251, r.o. 29.

¹³⁰. Arrest *Hartlauer*, aangehaald in voetnoot 124, r.o. 36-40, 44.

¹³¹. 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”, *TBH* 2004, p. 662, randnr. 86, r.o. 67, 80; arrest van het Hof van 16 mei 2006, C-372/04, *Watts*, *Jur.* 2006, I-4325, besproken in “Kroniek 2005-2007”, *TBH* 2009, p. 119-121, randnr. 115-116, r.o. 105 en 109.

¹³². Arrest *Hartlauer*, aangehaald in voetnoot 124, r.o. 55.

¹³³. Arrest van het Hof van 6 november 2003, C-243/01, *Gambelli*, *Jur.* 2003, I-13031, besproken in “Kroniek 2003-2005”, *TBH* 2006, p. 288, randnr. 71, r.o. 67. Zie tevens arrest van het Hof van 17 juli 2008, C-500/06, *Corporación Dermoeestética SA*, *Jur.* 2008, I-5785, r.o. 39. In deze zaak wordt een Italiaanse regeling strijdig bevonden met de in het Unierecht gewaarborgde vrijheden van vestiging en diensten, aangezien zij op niet-discriminatoire wijze verbiedt om op nationale televisiezenders reclame te maken voor medisch-chirurgische behandelingen in particuliere instellingen voor gezondheidszorg, maar onder bepaalde voorwaarden de uitzending van dergelijke reclame wel toestaat op lokale televisiezenders.

scheidene latere arresten stelselmatig wordt gerefereerd. In casu bevindt het Hof de bestreden Oostenrijkse regeling uiteindelijk onverenigbaar met het vestigingsrecht aangezien zij op incoherente wijze een onderscheid maakt tussen zelfstandige tandheelkundige poliklinieken, die voor hun vestiging wel afhankelijk zijn van een voorafgaande vergunning op basis van een behoeftetoets op de markt, en nieuwe groepspraktijken, die dergelijke vergunning niet moeten bekomen, hoewel zij op alle relevante punten verregaande overeenkomsten vertonen met zelfstandige poliklinieken.

82. *De exploitatie van apotheken en belemmeringen van het vestigingsrecht.* – Voor de planning van lidstatelijke socialezekerheidsstelsels is een evenwichtige spreiding van apotheken van cruciaal belang. Niettemin wordt het nastreven van deze dwingende reden van algemeen belang ook aan een strikte toets van coherentie en systematiek onderworpen wanneer zij wordt opgeworpen ter rechtvaardiging van nationale maatregelen die de vestigingsvrijheid van apothekers afhankelijk maken van bepaalde voorwaarden. De meest frequent voorkomende beperkingen in dit opzicht stellen dat er slechts één apotheek gevestigd mag worden op een vooraf vastgesteld aantal inwoners, waarbij tevens een welbepaalde minimumafstand ten opzichte van naburige apotheken gerespecteerd moet worden. Uit het arrest *Blanco Pérez en Chao Gómez* volgt alvast dat dergelijke voorwaarden van inwonersaantal en minimumafstand, die verband houden met de economische of sociale behoeften waaraan de gereglementeerde activiteit moet voldoen, een belemmering van het vestigingsrecht kunnen uitmaken¹³⁴. Of deze belemmering gerechtvaardigd kan worden door het doel een veilige en kwalitatief hoogstaande geneesmiddelenvoorziening van de bevolking te waarborgen, hangt in sterke mate af van de vraag of dit doel door de betrokken nationale regeling op consistente wijze wordt nagestreefd. De strikte, cumulatieve toepassing van criteria die een welbepaald minimumaantal inwoners én een vastgestelde minimumafstand ten opzichte van naburige apotheken vereisen voor de verlening van een vergunning tot vestiging van een nieuwe apotheek, kan er immers toe leiden dat de adequate toegang tot farmaceutische zorg wordt ontzegd in gebieden met bijzondere demo-

grafische kenmerken¹³⁵. Zo kan het vereiste een bepaalde minimumafstand te respecteren tot problemen leiden in dichtbevolkte gebieden, terwijl hetzelfde geldt wat het vereiste van inwoners betreft voor schaarsbevolkte regio's. De specifieke regeling aan de orde in *Blanco Pérez en Chao Gómez* voorziet echter in uitzonderingen die de gevolgen van dergelijke uniforme toepassing van beide vereisten kunnen verzachten, zodat het uiteindelijk aan de nationale rechter overgelaten wordt om te beoordelen of de opgeworpen rechtvaardigingsgrond ook in feite coherent en systematisch wordt nagestreefd door de betrokken bepalingen.

83. In twee andere arresten, geveld op dezelfde dag, onderzoekt het Hof de verenigbaarheid met de vrijheid van vestiging van nationale bepalingen die de exploitatie van apotheken door personen die niet de hoedanigheid van apotheker hebben, verbieden, ongeacht de nationaliteit van de betrokkene. De eerste zaak betreft een inbreukprocedure tegen Italië ter beoordeling van een nationale regeling, volgens welke natuurlijke personen die geen apothekersdiploma hebben en rechtspersonen waarvan niet alle vennoten apotheker zijn geen apotheek mogen exploiteren¹³⁶. Een Duitse regeling met vergelijkbare inhoud ligt ten grondslag aan het tweede arrest, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a.*¹³⁷. Deze zaak onderzoekt de verenigbaarheid met het Unierecht van een regeling die de verlening aan een in Nederland gevestigde naamloze vennootschap van een vergunning voor de exploitatie van een apotheekfiliaal in Duitsland afhankelijk stelt van de voorwaarde dat de betrokken vennootschap een apotheker aanwerft die de apotheek persoonlijk en onder eigen verantwoordelijkheid leidt. Gelet op de grote overeenstemming in de behandeling van deze zaken bespreken we beide samen.

Het Hof oordeelt dat de lidstatelijke regelingen in beide zaken de vrijheid van vestiging beperken. Zoals ook de regeling in *Blanco Pérez en Chao Gómez*, kunnen deze belemmeringen evenwel in beginsel gerechtvaardigd worden door de noodzaak de volksgezondheid te beschermen, gelet op het doel een veilige en kwalitatief hoogstaande geneesmiddelenvoorziening van de bevolking te waarborgen. Wederom vereist het Hof echter dat de uitsluiting van niet-apothekers in

¹³⁴. Aangehaald in voetnoot 93, r.o. 54-60.

¹³⁵. Arrest *Blanco Pérez en Chao Gómez*, aangehaald in voetnoot 93, r.o. 96.

¹³⁶. *Supra*, voetnoot 125.

¹³⁷. *Supra*, voetnoot 125. Zie voor een beoordeling van deze zaken in de rechtsleer, onder meer, G. KIRCHHOFF, "Niederlassungsfreiheit und 'Normverwerfungsbefugnis' nationaler Behörden im Fall DocMorris", *Zeit.Eur.Sozial- & Arbeitsr.* 2007, 301-307; D. GRASKE, "Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht (einschl. Sonderprivatrecht der öffentlichen Hand) – Anmerkung zu den Schlussanträgen des Generalanwalts Bot beim EuGH vom 16.12.2008, C-171/07 und C-172/07 – *Apothekerkammer des Saarlandes u.a.* (DocMorris II) – und C-531/06 – *Kommission / Italien*", *Zeit.Gemeinschaftsprivat.* 2009, 87-89; V. MICHEL, "L'épouvantail du 'tout marché' écarté et la santé publique valorisée", *Europe* 2009 juillet Comm.(271), 11-13; E. BROUSSY, F. DONNAT en C. LAMBERT, "Chronique de jurisprudence communautaire. Santé publique – Monopole des pharmaciens", *AJDA* 2009, 1535-1536; P. TAMKE, "Die Untrennbarkeit von Apothekenfremdbesitz- und Mehrbetriebsverbot innerhalb der Entscheidung über ihre Zukunft", *Zeit.Eur.Sozial- & Arbeitsr.* 2009, 381-387; C. HERRMANN, "Fremdbesitzverbot bei Apotheken kein Verstoß gegen Europäisches Recht", *Eur.Zeit. Wirtschaftsr.* 2009, 413-415; M.-C. CHEMTOB CONCÉ, "La confirmation de la CJCE des règles de détention et d'exploitation d'une pharmacie", *Gaz.Pal.* 2009 (296-297) I Jur., 16-19; M.-T. RICHTER, "Der Apotheker bleibt in seiner Apotheke", *Zeit.Rechtsvergl.Int'les Privat. & Europar.* 2009, 100-105; J. DE PINGON, "Monopole pharmaceutique et liberté d'établissement", *Gaz.Pal.* 2009(326-328) Act., 33-35; C. GÜNTHER, "The European Court of Justice lets the pharmacist stay in his pharmacy: no branch pharmacies for pharmaceutical companies", *Eur.L.Rep.* 2009, 285-291; E. MAND, "Der EuGH und das Fremdbesitzverbot für Apotheken – Paradigmenwechsel in der Kontrolldichte gesundheitspolitischer Entscheidungen der EU-Mitgliedstaaten", *Wettbewerbr. & Praxis* 2010, 702-708.

de voorliggende zaken ook daadwerkelijk geschikt is om de verwezenlijking van het opgeworpen doel te bereiken. Voor de beoordeling van dit criterium maakt het Hof een onderscheid tussen drie categorieën van potentiële exploitanten van apothekers: natuurlijke personen die de hoedanigheid van apotheker hebben, personen die als fabrikant of groothandelaar werkzaam zijn in de farmaceutische sector, en personen die noch de hoedanigheid van apotheker hebben noch werkzaam zijn in die sector. Dienaangaande stelt het Hof dat het winststreven bij de verkoop van geneesmiddelen weliswaar bij elke van deze drie categorieën aanwezig is, doch enkel bij exploitanten van de eerste categorie afdoende wordt getemperd door waarborgen van opleiding, beroepservaring en aansprakelijkheid¹³⁸. Gelet op de reeds in *Delattre* vastgestelde ‘zeer bijzondere aard van geneesmiddelen’ hecht het Hof grote waarde aan dit onderscheid, aangezien een ongereguleerde verdeling van geneesmiddelen verregaande gevolgen kan hebben, zowel voor de volksgezondheid als voor het financiële evenwicht van de socialezekerheidsstelsels van de lidstaten¹³⁹. Daar er een rechtstreeks verband bestaat tussen de winst van de marktdeelnemers in de farmaceutische sector en de financiële middelen van lidstaten, kunnen deze laatste rechtmatig beslissen de exploitatie van apotheken uitsluitend voor te behouden aan professionele apothekers¹⁴⁰. Daaraan doet niet af dat de Italiaanse en Duitse regelingen in uitzonderingsmaatregelen voorzien die ertoe kunnen leiden dat apotheken gedurende een beperkte periode toch uitgebaat worden door niet-gediplomeerde erfgenamen van apothekers, aangezien ook in dergelijke omstandigheden de verplichting blijft bestaan voor de erfgenamen om de apotheek gedurende de overgangperiode te laten exploiteren onder de verantwoordelijkheid van een gediplomeerde apotheker. Uit beide zaken blijkt dat het Hof het coherentie criterium van *Hartlauer* niet nodeloos strikt toepast.

3. Vestigingsrecht van vennootschappen¹⁴¹

84. Zetel als aanknopingspunt. – Het is vaste rechtspraak van het Hof dat de vrijheid van vestiging die in artikel 49 VWEU aan EU-onderdanen wordt toegekend en die voor

hen de toegang tot en de uitoefening van werkzaamheden anders dan in loondienst alsmede de oprichting en het bestuur van ondernemingen omvat onder dezelfde voorwaarden als in de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld, overeenkomstig artikel 54 VWEU 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 Unie hebben, het recht meebrengt om in de betrokken lidstaat hun bedrijfsactiviteit uit te oefenen door middel van een dochteronderneming, een filiaal of een agentschap. Het Hof benadrukt daarbij dat de zetel van vennootschappen in de zin van artikel 54 VWEU, naar het voorbeeld van de nationaliteit van natuurlijke personen, dient ter bepaling van hun binding aan de rechtsorde van een staat. Immers, zou 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 49 VWEU iedere inhoud worden ontnomen¹⁴². Het recht van secundaire vestiging beperkt zich overigens niet tot de drie vormen opgesomd in artikel 54 VWEU¹⁴³. Zo stelt het Hof in de onderhavige periode duidelijk dat de bepalingen aangaande de vrijheid van vestiging ook gelden wanneer een vennootschap met zetel in een lidstaat haar activiteiten in een andere lidstaat verricht via een vaste inrichting, aangezien dergelijke inrichting een autonome entiteit vormt¹⁴⁴.

85. Verplaatsing van de zetel van een vennootschap met behoud van de hoedanigheid van een vennootschap die valt onder het nationaal recht van de oorspronkelijke lidstaat van oprichting. – Uit de hoger aangehaalde formulering van artikel 54 VWEU blijkt dat de statutaire zetel, het hoofdbestuur en de hoofdvestiging van een vennootschap allen op gelijke voet geplaatst worden als element van aanknopingspunt voor vennootschappen om te kunnen genieten van de vrijheid van vestiging¹⁴⁵. Het volstaat bijgevolg dat één enkele van de in artikel 54 VWEU genoemde aanknopingspunten zich in een lidstaat bevindt opdat een vennootschap zou kunnen genieten van het vestigingsrecht. Een cruciale voorafgaande voorwaarde is evenwel dat de betrokken vennootschap ook

¹³⁸. Arrest in zaak C-531/06, *Commissie / Italië*, aangehaald in voetnoot 125, r.o. 61-62; arrest *Apothekerkammer des Saarlandes e.a.*, aangehaald in voetnoot 125, r.o. 37-38.

¹³⁹. Arrest van het Hof van 21 maart 1991, C-369/88, *Delattre*, *Jur.* 1991, I-1487, r.o. 54.

¹⁴⁰. Arrest in zaak C-531/06, *Commissie / Italië*, aangehaald in voetnoot 125, r.o. 57-58; arrest *Apothekerkammer des Saarlandes e.a.*, aangehaald in voetnoot 125, r.o. 33-34.

¹⁴¹. Deze hoofding behandelt uitsluitend de relevante zaken uit de hier besproken periode met betrekking tot potentiële belemmeringen van de vrijheid van vestiging van vennootschappen die niet van fiscale aard zijn. Vestigingszaken aangaande vennootschapsbelasting worden zoals in de vorige afleveringen van deze kroniek besproken onder de hoofding ‘fiscale belemmeringen van het vestigingsrecht’.

¹⁴². Zie, onder meer, arrest van het Hof van 26 juni 2008, C-284/06, *Burda*, *Jur.* 2008, I-4571, r.o. 76-77; arrest *Truck Center SA*, aangehaald in voetnoot 117, r.o. 31-32; arrest van het Hof van 18 juni 2009, C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*, *Jur.* 2009, I-5145, r.o. 37-38; arrest *Société de Gestion Industrielle SA (SGI)*, aangehaald in voetnoot 116, r.o. 38-40.

¹⁴³. Zie, onder meer, arrest van het Hof van 4 december 1984, 205/84, *Commissie / Duitsland*, *Jur.* 1984, 3755, r.o. 21; arrest van het Hof van 27 september 1988, nr. 81/87, *Daily Mail*, *Jur.* 1988, 5483, r.o. 17.

¹⁴⁴. Arrest van het Hof van 15 mei 2008, C-414/06, *Lidl Belgium GmbH & Co. KG*, *Jur.* 2008, I-3601, r.o. 20-22.

¹⁴⁵. Zie in het algemeen over de zetel als aanknopingspunt voor de vestigingsvrijheid van vennootschappen J. WOUTERS en Ph. DE MAN, “EC law and residence of companies” in G. MAISTO (ed.), *Residence of companies under tax treaties and EC law*, EC and International Tax Law Series, Amsterdam, International Bureau of Fiscal Documentation, 2009, 61-92.

opgericht is in overeenstemming met het nationaal recht van een lidstaat. Het is deze vraag die centraal staat in het mijlpaalarrest *Cartesio*¹⁴⁶.

Cartesio is een in 2004 naar Hongaars recht opgerichte commanditaire vennootschap die in 2005 een verzoek indient bij een regionale Hongaarse handelsrechtbank om de verplaatsing van haar zetel van Hongarije naar Italië te laten vastleggen en de vermelding betreffende haar zetel in het handelsregister dienovereenkomstig te laten wijzigen. Dit verzoek wordt evenwel afgewezen op grond dat het geldend Hongaars recht een in Hongarije opgerichte vennootschap niet toestaat om haar zetel naar het buitenland te verplaatsen maar wel onderworpen te blijven aan het Hongaars recht. Het Hof dient zich uit te spreken over de verenigbaarheid met het vestigingsrecht van een lidstatelijke regeling, die een krachtens het nationaal recht van deze lidstaat opgerichte vennootschap belet haar zetel naar een andere lidstaat te verplaatsen maar daarbij wel haar hoedanigheid te behouden van vennootschap die valt onder het nationaal recht van de lidstaat volgens wiens wettelijke regeling zij is opgericht¹⁴⁷.

Voor de beantwoording van deze vraag citeert het Hof eerst uitvoerig uit de arresten *Daily Mail*¹⁴⁸ en *Überseering*¹⁴⁹. Het brengt meer bepaald in herinnering dat de fragmentatie van de lidstatelijke regelingen met betrekking tot de aanknopning van een vennootschap met het nationale grondgebied en de mogelijkheid om deze aanknopning later te wijzigen, impliceert dat “de mogelijkheid, voor een vennootschap die overeenkomstig de wetgeving van een lidstaat is opgericht, om haar statutaire of werkelijke zetel naar een andere lidstaat te verplaatsen zonder haar rechtspersoonlijkheid volgens het recht van de lidstaat van oprichting te verliezen, alsmede, in voorkomend geval, de voorwaarden van deze verplaatsing, worden bepaald door de nationale wetgeving overeenkomstig welke de betrokken vennootschap is opgericht. Bijgevolg [...] kan een lidstaat beperkingen stellen aan de verplaatsing van de werkelijke zetel van een volgens zijn wettelijke regeling opgerichte vennootschap naar een andere staat opdat deze vennootschap haar rechtspersoonlijkheid volgens het recht van de lidstaat van oprichting kan behouden”¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Arrest van het Hof van 16 december 2008, C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*, *Jur.* 2008, I-9641. De zaak heeft de nodige deining veroorzaakt binnen de rechtsleer: zie onder meer Z. NEMESSÁNYI, “*Cartesio ergo sum?*”, *Zeit.Rechtsvergl.Int’les Privatr. & Europar.* 2008, 264-268; B. KNOF en S. MOCK, “EG Art. 43, 48, 234 – Vereinbarkeit von Wegzugsbeschränkungen mit der Niederlassungsfreiheit (*‘Cartesio’*)”, *Zeit.Wirtschaftsr.* 2009, 30-34; D. ZIMMER en C. NAENDRUP, “Das *Cartesio*-Urteil des EuGH: Rück- oder Fortschritt für das internationale Gesellschaftsrecht?”, *Neue Jur.Wochenschrift* 2009, 545-550; O. MÖRSDORF, “Beschränkung der Mobilität von EU-Gesellschaften im Binnenmarkt – eine Zwischenbilanz”, *Eur.Zeit.Wirtschaftsr.* 2009, 97-102; H. KUßMAUL, L. RICHTER en C. RUINER, “Grenzenlose Mobilität?! – zum Zuzug und Wegzug von Gesellschaften in Europa”, *Eur.Wirtschafts- & Steuerr.* 2009, 1-10; R. KOVAR, “La mobilité des sociétés dans l’espace européen”, *Rec.Dalloz* 2009, 465-470; Ph. BOLLACHER, “Keine Verletzung der Niederlassungsfreiheit durch nationale Beschränkungen des Wegzugs von Gesellschaften”, *Recht Int’len Wirtschaft* 2009, 150-154; J.W. BELLINGWOUT, “*Cartesio*: mijlpaal en doorbraak na *Daily Mail*”, *Weekblad Fisc.Recht* 2009, 217-227; M. DORALT, “Zur Sitzverlegung ins Ausland im Licht von *Cartesio*”, *Österr.Recht Wirtschaft* 2009, 255-258; M. SCHMIDT-KESSEL, “Niederlassungsfreiheit gestattet Wegzugsbeschränkungen. Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 16.12.2008, C-210/06 – *Cartesio*”, *Zeit.Gemeinschaftsprivat.* 2009, 26-30; O’SHEA, “*Cartesio*: moving a company’s seat now easier in the EU”, *Tax Notes Int’l* 2009, 1071-1075; C. FREITAS DA COSTA, “La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt ‘*Cartesio*’”, *Rev.dr.U.E.* 2009(1), 127-133; J. BOHRENKÄMPER, “Corporate mobility across European borders: still no freedom of emigration for companies?”, *Eur.L.Rep.* 2009, 82-92; M. KOERTS, “Houdbaarheid van exitheffingen bij de zetelverplaatsing van vennootschappen in Europeesrechtelijk perspectief”, *Weekblad Fisc.Recht* 2009, 529-537; V. KOROM en P. METZINGER, “Freedom of establishment for companies: the European Court of Justice confirms and refines its *Daily Mail* decision in the *Cartesio* case C-210/06”, *Eur.Comp. & Fin.L.Rev.* 2009(1), 125-160; V. KOROM, “La liberté d’établissement des personnes morales et l’affaire *Cartesio*: un pas en arrière?”, *Rev.Lamy Dr.Aff.* 2009(36), 10-16; R. FRENZEL, “Immer noch keine Wegzugsfreiheit für Gesellschaften im Europäischen Binnenmarkt – die *Cartesio*-Entscheidung des EuGH”, *Eur.Wirtschafts- & Steuerr.* 2009, 158-164; E. NOLTING, “Wegzugsbeschränkungen für Gesellschaften in Deutschland nach *Cartesio*”, *Zeit.Not.Beratungs- & Beurkundungsprax.* 2009, 109-114; F. CHALTIÉL, C.J. BERR, S. FRANCO en C. PRIETO, “Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Concurrence”, *JDI* 2009, 685-693; D. DEÁK, “*Cartesio*: a step forward in interpreting the EC freedom to emigrate”, *Tax Notes Int’l* 2009, 493-499; P. KINDLER, “Internationales Gesellschaftsrecht 2009: *MoMiG*, *Trabrennbahn*, *Cartesio* und die Folgen”, *Prax. Int’len Privat- & Verfahrens.* 2009, 189-202; A. AUTENNE en E.-J. NAVEZ, “*Cartesio* – les contours incertains de la mobilité transfrontalière des sociétés revisités”, *CDE* 2009, 91-125; G.-J. VOSSESTEIN, “Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting van vennootschappen”, *NTER* 2009, 184-190; G. PARLEANI, “L’arrêt *Cartesio*, ou l’ingénieuse incitation à la migration intracommunautaire des sociétés”, *Rev.Soc.* 2009, 150-162; S. HERRLER, “Gewährleistung des Wegzugs von Gesellschaften durch Art. 43, 48 EG nur in Form der Herausumwandlung”, *Deutsche Notar-Zeit.* 2009(7), 484-492; D. TRÜTEN, “*‘Cartesio’* – oder die unvollendete Revolution im Europäischen Internationalen Gesellschaftsrecht”, *Zeit.Europar.* 2009, 68-74; RATKA en V. WOLFBauer, “*Daily Mail*: ‘I am not dead yet!’”, *Zeit.Rechtsvergl.Int’les Privatr. & Europar.* 2009, 57-64; W. BAYER en J. SCHMIDT, “Grenzüberschreitende Sitzverlegung und grenzüberschreitende Restrukturierungen nach *MoMiG*, *Cartesio* und *Trabrennbahn*”, *Zeit.Ges.Handelsr. & Wirtschaftsr.* 2009, 735-774; M. SZYDLO, noot, *CML Rev.* 2009, 703-722; F. JENNÉ, “Grensoverschrijdende zetelverplaatsing: de determinerende invloed van het land van oorsprong”, *TRV* 2009, 591-594; K. MARESCEAU, “Het vrij vestigingsrecht, de problematiek van de zetelverplaatsing en zijn impact op het internationaal privaatrecht: een stand van zaken na de zaak *Cartesio*”, *TBH* 2009, 581-609; D. PASTERGER, “Arrêt *Cartesio*: nouvelles précisions sur les modalités de transfert du siège social au regard de la liberté d’établissement”, *JT* 2009, 794-798; M.A. VERBRUGH, “*Cartesio*: baanbrekend of wegbereidend?”, *SEW* 2009, 419-428; L. CERIONI, “The cross-border mobility of companies within the European Community after the *Cartesio* ruling of the ECJ”, *J.Bus.L.* 2010, 311-337; M. BOBEK, “*Cartesio* – Appeals against an Order to refer under Article 234(2) of the EC Treaty revisited”, *Civil Justice Quart.* 2010, 307-316; W. CAINS, noot, *Eur.Rev.Priv.L.* 2010, 569-578; J.B.S. HIJNK, “Grensoverschrijdende verplaatsingen van vennootschappen na *Cartesio*: enige juridische, fiscale en beleidsmatige overpeinzingen”, *Ondernemingsrecht* 2010, 371-383.

¹⁴⁷ Arrest *Cartesio*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 21-24, 99.

¹⁴⁸ *Supra*, voetnoot 143.

¹⁴⁹ Arrest van het Hof van 5 november 2002, C-208/00, *Überseering*, *Jur.* 2002, I-9919, besproken in “Kroniek 2001-2003”, *TBH* 2004, p. 650-651, randnr. 60-61.

¹⁵⁰ Arrest *Cartesio*, aangehaald in voetnoot 146, r.o. 107, verwijzend naar arrest *Überseering*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 70.

Hoewel de bestreden Hongaarse regeling tot gevolg heeft dat vennootschappen naar Hongaars recht zich eerst dienen te ontbinden vooraleer zij hun zetel kunnen verplaatsen naar een andere lidstaat en bijgevolg een sterk belemmerende werking heeft, wordt zij toch niet strijdig geacht met de vrijheid van vestiging, aangezien *Cartesio* zich niet kan beroepen op het vestigingsrecht: “*Overeenkomstig artikel 48 EG, vormt bij het ontbreken in het Gemeenschapsrecht van een eenduidige definitie van vennootschappen die aanspraak kunnen maken op het recht van vestiging op basis van één aanknopingscriterium waarmee het op een vennootschap toepasselijk nationaal recht wordt bepaald, de vraag of artikel 43 EG van toepassing is op een vennootschap die zich op het in dit artikel verankerde fundamentele recht beroept, net als overigens de vraag of een natuurlijke persoon een onderdaan is van een lidstaat en uit dien hoofde deze vrijheid geniet, dus een voorafgaande vraag waarop bij de huidige stand van het Gemeenschapsrecht enkel in het toepasselijk nationaal recht een antwoord kan worden gevonden. Dus enkel wanneer is gebleken dat deze vennootschap, gelet op de voorwaarden van artikel 48 EG, inderdaad recht heeft op vrijheid van vestiging, rijst de vraag of deze vennootschap wordt geconfronteerd met een beperking van deze vrijheid in de zin van artikel 43 EG. Een lidstaat mag dus zowel de aanknopingsomschrijving die van een vennootschap vereist is opdat deze kan worden geacht te zijn opgericht volgens het nationaal recht van die lidstaat, en uit dien hoofde het recht van vestiging heeft, als de aanknopingsomschrijving die vereist is om deze hoedanigheid naderhand te kunnen handhaven. Deze bevoegdheid omvat de mogelijkheid voor deze lidstaat om een onder zijn nationaal recht vallende vennootschap niet toe te staan deze hoedanigheid te behouden wanneer zij zich in een andere lidstaat wenst te herorganiseren door de verplaatsing van haar zetel naar het grondgebied van die lidstaat, en aldus de aanknopingsomschrijving die in het nationaal recht van de lidstaat van oprichting is voorzien, verbreekt*”¹⁵¹.

De bevoegdheid van lidstaten ter zake is niet onbeperkt en kan meer bepaald geen regeling rechtvaardigen die de ontbinding en vereffening van een vennootschap zou eisen bij een zetelverplaatsing mét verandering van het toepasselijk nationaal recht. Ook dient de voorliggende situatie onderscheiden te worden van de feiten die ten grondslag lagen aan het in de vorige editie van deze kroniek besproken arrest *SEVIC*¹⁵². In deze zaak rees immers niet de voorafgaande vraag of de betrokken vennootschap aangemerkt kon worden als een vennootschap met de nationaliteit van de lidstaat

volgens wiens wetgeving zij is opgericht, maar stond reeds vast dat *SEVIC* een vennootschap was naar het nationaal recht van Duitsland¹⁵³. *Cartesio* toont duidelijk aan dat de *Daily Mail*-rechtspraak nog steeds brandend actueel is en dat wellicht zal blijven zolang de Uniewetgever de verschillen tussen de nationale wettelijke regelingen inzake de aanknopingsomschrijving van vennootschappen laat bestaan.

86. Tussenkomst door lidstaten in vennootschappen die openbare diensten verrichten. – Een ander interessant vraagstuk inzake de vestigingsvrijheid van vennootschappen betreft de omstandigheden waarin een lidstaat mag ingrijpen in de werking van vennootschappen die openbare diensten verrichten, teneinde een minimale dienstverlening te waarborgen¹⁵⁴. Het Hof spreekt zich hierover uit in een inbreukprocedure tegen Italië inzake de verenigbaarheid met de vrijheid van vestiging en het vrij kapitaalverkeer van een nationale regeling die de minister van Economie en Financiën het recht verleent om in bepaalde omstandigheden tussen te komen in de werking van vennootschappen die actief zijn op het gebied van defensie, vervoer, telecommunicatie, energiebronnen en andere openbare diensten¹⁵⁵. Deze bijzondere rechten kunnen worden uitgeoefend indien er sprake is van een ‘ernstig en reëel gevaar’ dat niet voorzien zou kunnen worden in een minimale dienstverlening of in geval van een ‘noodsituatie’ op het gebied van volksgezondheid.

In navolging van zijn uitspraak in een andere inbreukprocedure¹⁵⁶ bevestigt het Hof dat belemmeringen van de fundamentele vrijheden in beginsel gerechtvaardigd kunnen worden door criteria die algemene belangen met betrekking tot de minimale voorziening van essentiële openbare diensten beogen te behartigen¹⁵⁷. De generieke formulering van de omstandigheden waarin de bijzondere rechten van de minister (‘ernstig en reëel gevaar’, ‘noodsituatie’) uitgeoefend kunnen worden maakt evenwel dat de bestreden Italiaanse regeling niet geschikt is om deze als dusdanig legitieme doelstellingen te bereiken, daar zij de lidstaat in kwestie een onevenredig grote beoordelingsmarge verleent. Het Hof had immers reeds eerder in een inbreukprocedure tegen Frankrijk geoordeeld dat “*interventiemogelijkheden van een lidstaat [...] die aan geen enkele voorwaarde zijn onderworpen, met uitzondering van een in algemene termen geformuleerde verwijzing naar de bescherming van nationale belangen, en waarbij de specifieke en objectieve omstandigheden waarin deze rechten zullen worden uitgeoefend niet worden gepreciseerd, een ernstige aantasting vormen van [de fundamentele vrijheden]*”¹⁵⁸.

¹⁵¹. Arrest *Cartesio*, aangehaald in voetnoot 146, r.o. 109-110.

¹⁵². Arrest van het Hof van 13 december 2005, C-411/03, *SEVIC Systems AG*, *Jur.* 2005, I-10805, besproken in “Kroniek 2005-2007”, *TBH* 2009, p. 104-106, randnrs. 88-90.

¹⁵³. Arrest *Cartesio*, aangehaald in voetnoot 146, r.o. 123.

¹⁵⁴. Het Hof beoordeelt vergelijkbare zaken tijdens de besproken periode tevens vanuit het perspectief van het vrij kapitaalverkeer. Zie *infra*, randnr. 129.

¹⁵⁵. Arrest van het Hof van 26 maart 2009, C-326/07, *Commissie / Italië*, *Jur.* 2009, I-2291.

¹⁵⁶. Arrest van het Hof van 14 februari 2008, C-274/06, *Commissie / Spanje*, *Jur.* 2008, I-26, r.o. 38.

¹⁵⁷. Arrest in zaak C-326/07, *Commissie / Italië*, aangehaald in voetnoot 155, r.o. 45.

¹⁵⁸. Arrest in zaak C-326/07, *Commissie / Italië*, aangehaald in voetnoot 155, r.o. 51, met verwijzing naar arrest van het Hof van 4 juni 2002, C-483/99, *Commissie / Frankrijk*, *Jur.* 1999, I-4781, besproken in “Kroniek 2001-2003”, *TBH* 2004, p. 664-666, randnrs. 92-95, r.o. 50-51.

B. Onderlinge erkenning van diploma's en beroepskwalificaties

87. *Algemeen.* – Een relatief groot aandeel van de vestigingszaken in de besproken periode betreft de erkenning door de bevoegde autoriteiten van lidstaten van diploma's en beroepskwalificaties behaald door onderdanen in andere lidstaten. De betrokken rechtspraak buigt zich daarbij bijna uitsluitend over de interpretatie van de algemene erkenningsrichtlijnen 89/48/EEG en 92/51/EEG¹⁵⁹. Tevens duiken in deze periode de eerste belangwekkende zaken op in verband met de interpretatie van richtlijn 2005/36/EG betreffende de erkenning van beroepskwalificaties, die met ingang van 20 oktober 2007 beide voornoemde erkenningsrichtlijnen verving, alsook de meer specifieke richtlijnen betreffende de beroepen van algemeen ziekenverpleger, beoefenaar der tandheelkunde, dierenarts, verloskundige, architect, apotheker en arts¹⁶⁰. De richtlijn heeft evenwel geen gevolgen voor het beroep van advocaten, waarvan de uitoefening nog steeds beheerst wordt door twee afzonderlijke richtlijnen¹⁶¹. Uit de rechtspraak van de besproken periode mag duidelijk blijken dat het Hof de harmonisatiebeweging van de wetgever wenst voort te zetten, door dezelfde interpretatieve technieken toe te passen voor de lezing van richtlijn 2005/36 als voor richtlijnen 89/48 en 92/51. Met betrekking tot deze laatste is de grondslag voor uniforme interpretatie overigens reeds vervat in de tekst van de richtlijn zelf, die bepaalt dat “[d]e in de richtlijnen 89/48/EEG en 92/51/EEG vastgestelde wijze van erkenning ongewijzigd [blijft]”¹⁶². Opvallend is de afwezigheid van belangwekkende zaken omtrent de relevantie en draagwijdte van de algemene verdragsbepalingen inzake vrijheid van vestiging voor de onderlinge erkenning van diploma's in lijn met het arrest *Vlassopoulou*¹⁶³.

88. *Onderwijsinstelling waar de houder van een diploma zijn opleiding gevolgd moet hebben.* – Een eerste zaak

betreft een inbreukprocedure tegen Griekenland inzake de verenigbaarheid met richtlijn 89/48 van een nationale regeling volgens welke systematisch de erkenning geweigerd wordt van diploma's verkregen na opleidingen verzorgd in het kader van een overeenkomst op grond waarvan een door een particuliere instantie in Griekenland verzorgde opleiding wordt gehomologeerd door een bevoegde autoriteit van een andere lidstaat, welke diploma's afgeeft aan studenten die deze opleiding hebben gevolgd¹⁶⁴. Concreet weigert Griekenland de erkenning van diploma's afgegeven door een andere lidstaat na homologatie van een in Griekenland genoten opleiding aan een particuliere instelling, aangezien deze laatste lidstaat de mogelijkheid om universitair en hoger onderwijs te verzorgen uitsluitend voorbehoudt aan openbare instellingen¹⁶⁵. Voor de beoordeling van deze zaak herinnert het Hof er vooreerst aan dat de definitie van het begrip 'diploma' in richtlijn 89/48 geen beperkingen bevat wat betreft de lidstaat waarin een aanvrager zijn beroepskwalificaties verworven moet hebben¹⁶⁶. Zoals reeds bleek in het arrest *Colegio* kunnen verschillen in de duur of inhoud van de opleiding bijgevolg geen grond tot weigering opleveren, maar kunnen zij hoogstens aanleiding geven tot compenserende maatregelen¹⁶⁷. Het is dan ook uitsluitend aan de bevoegde autoriteit die het diploma afgeeft om te beoordelen of de onderwijsinstelling waar de houder van het diploma zijn opleiding gevolgd heeft 'een universiteit of een instelling voor hoger onderwijs', dan wel 'een andere instelling van gelijkwaardig opleidingsniveau' in de zin van artikel 1, sub a), 1^{ste} alinea, 2^{de} streepje van richtlijn 89/48 is. Hieruit volgt dat een ontvangende lidstaat, onverminderd de mogelijkheid compenserende maatregelen op te leggen, ook dan gehouden is een door een andere lidstaat afgegeven diploma te erkennen, wanneer dit diploma de afsluiting vormt van een opleiding die geheel of ten dele in de ontvangende lidstaat gevolgd is en die aldaar niet als een hogeronderwijsinstelling wordt erkend¹⁶⁸.

¹⁵⁹ Richtlijn 89/48/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende een algemeen stelsel van erkenning van hoger-onderwijsdiploma's waarmee beroepsopleidingen van ten minste drie jaar worden afgesloten, *Pb.* 1989, L 19/16; richtlijn 92/51/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende een tweede algemeen stelsel van erkenning van beroepsopleidingen, ter aanvulling van richtlijn 89/48/EEG, *Pb.* 1992, L 209/25.

¹⁶⁰ Richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties, *Pb.* 2005, L 255/22.

¹⁶¹ Zie punt 42 van richtlijn 2005/36, verwijzend naar richtlijn 77/249/EEG van de Raad van 22 maart 1977 tot vergemakkelijking van de daadwerkelijke uitoefening door advocaten van het vrij verrichten van diensten, *Pb.* 1977, L 78/17; richtlijn 98/5/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 ter vergemakkelijking van de permanente uitoefening van het beroep van advocaat in een andere lidstaat dan die waar de beroepskwalificatie is verworven, *Pb.* 1998, L 77/36. Voor een zaak uit de besproken periode met betrekking tot richtlijn 98/5/EG, zie arrest van het Hof van 2 december 2010, C-225/09, *Jakubowska*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

¹⁶² Considerans 14 van richtlijn 2005/36.

¹⁶³ Arrest van het Hof van 7 mei 1991, C-340/89, *Vlassopoulou*, *Jur.* 1991, I-2357.

¹⁶⁴ Arrest van het Hof van 23 oktober 2008, C-274/05, *Commissie / Griekenland*, *Jur.* 2008, I-7969.

¹⁶⁵ Arrest in zaak C-274/05, *Commissie / Griekenland*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 18-19.

¹⁶⁶ Art. 1, sub a), 1^{ste} al. van de richtlijn vereist immers enkel dat de opleiding 'overwegend in de Gemeenschap' (lees: Unie) genoten wordt: zie arrest in zaak C-274/05, *Commissie / Griekenland*, aangehaald in voetnoot 164, r.o. 27-28.

¹⁶⁷ Arrest van het Hof van 19 januari 2006, C-330/03, *Colegio*, *Jur.* 2006, I-801, besproken in "Kroniek 2005-2007", *TBH* 2009, p. 108, randnr. 93, r.o. 19.

¹⁶⁸ Arrest in zaak C-274/05, *Commissie / Griekenland*, aangehaald in voetnoot 164, r.o. 32-35.

89. *Het begrip 'diploma' in het licht van mogelijk misbruik van de erkenningsrichtlijnen*¹⁶⁹. – Een verdere verduidelijking van het begrip 'diploma' in richtlijn 89/48 en de mogelijkheid tot inroepbaarheid daarvan tegenover de lidstaat waar de opleiding genoten werd die aanleiding geeft tot het te erkennen diploma, vinden we in een op dezelfde datum als voorgaande zaak uitgesproken arrest tegen Spanje¹⁷⁰. Deze zaak betreft de weigering van de bevoegde Spaanse autoriteiten om gevolg te geven aan verzoeken tot erkenning van in Italië verkregen beroepskwalificaties van ingenieur, teneinde het beroep van weg- en waterbouwkundig ingenieur in Spanje te kunnen uitoefenen. De betrokkenen hebben in Italië op basis van een aan een Spaanse universiteit behaald diploma het Italiaanse diploma van burgerlijk ingenieur ontvangen, waarna zij in deze laatste lidstaat succesvol het staatsexamen ter verkrijging van toelating tot het beroep van ingenieur hebben afgelegd. Spanje weigert evenwel de erkenning van deze beroepskwalificaties met het argument dat richtlijn 89/48 niet ingeroepen kan worden daar de betrokken opleiding geheel aan een Spaanse universiteit gevolgd is¹⁷¹.

In navolging van de hiervoor besproken inbreukprocedure tegen Griekenland stelt het Hof in voorliggende zaak vast dat de Spaanse nationale regeling onverenigbaar is met richtlijn 89/48 aangezien de betrokken Italiaanse diploma's in alle opzichten voldoen aan de drie voorwaarden gesteld in artikel 1, sub a), 1^{ste} alinea van de betrokken richtlijn. Spanje werpt echter op dat de bestreden nationale regeling, waarbij een onderscheid gemaakt wordt tussen 'eigen diploma's' behaald aan een Spaanse universiteit, en 'officiële diploma's' behaald in een andere lidstaat, nodig is om te voorkomen dat zij door een eenvoudige privaatrechtelijke overeenkomst tussen twee universiteiten omzeild zou kunnen worden. Met toepassing van zijn vaste misbruikrechtpraak, zoals ontwikkeld van *Knoors*¹⁷² tot *Cadbury Schweppes*¹⁷³, stelt het Hof dat staatsburgers van een lidstaat weliswaar de krachtens het Unierecht geschapen mogelijkheden niet mogen misbruiken, maar dat zulks beoordeeld

dient te worden in het licht van de doelstellingen van de betrokken bepalingen van het Unierecht. In casu volgt duidelijk uit richtlijn 89/48 dat de loutere vaststelling dat een staatsburger opteert voor toegang tot een gereguleerd beroep in de lidstaat van zijn voorkeur geen misbruik kan vormen, aangezien deze omstandigheid inherent is aan de uitoefening van de in de richtlijn geconcretiseerde fundamentele vrijheid¹⁷⁴.

90. *Begrip 'diploma' als titel die het bezit van een aanvullende kwalificatie bewijst*. – Anders dan de inbreukprocedures tegen Griekenland en Spanje kunnen doen vermoeden, is het niet voldoende dat een opleidingstitel enkel voldoet aan de drie voorwaarden van artikel 1, sub a), 1^{ste} alinea van richtlijn 89/48 om tegengeworpen te kunnen worden aan een ontvangende lidstaat. Vereist is ook dat de titel in kwestie daadwerkelijk het bezit van een aanvullende kwalificatie bewijst. Dit blijkt uit het arrest *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*¹⁷⁵. In deze zaak verzoekt en bekomt een Italiaans staatsburger de homologatie door de bevoegde Spaanse autoriteit van een in Italië verkregen opleidingstitel van werktuigbouwkundig ingenieur. Daardoor wordt de betrokkene in Spanje toegelaten tot het gereguleerd beroep van industrieel technisch ingenieur en kan hij zich inschrijven in het overeenstemmende register van Catalonië. Vervolgens vraagt de betrokkene de erkenning van zijn Spaanse kwalificatie aan de bevoegde instantie in Italië, teneinde zich ook in deze lidstaat te kunnen inschrijven in het register van ingenieurs, zonder evenwel het daartoe vereiste staatsexamen afgelegd te hebben. Belangrijk is dat de betrokkene nooit een beroepsactiviteit buiten Italië heeft uitgeoefend en dat hij noch een opleiding gevolgd heeft, noch deelgenomen heeft aan een examen in het kader van het Spaanse onderwijsstelsel¹⁷⁶.

In lijn met de arresten *Kraus*¹⁷⁷ en *Burbaud*¹⁷⁸ herinnert het Hof eraan dat een titel de toegang tot of het uitoefenen van een beroep vergemakkelijkt voor zover deze het bezit van een aanvullende kwalificatie bewijst. Een titel die bepaalde

¹⁶⁹. Blijkens art. 1, sub a), 1^{ste} al. van richtlijn 89/48 wordt onder 'diploma' verstaan alle titels (1) die afgegeven zijn door een bevoegde autoriteit in een lidstaat die is aangewezen overeenkomstig zijn wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen, (2) waaruit blijkt dat de houder met succes een post-secundaire studiecycclus van ten minste drie jaar of een gelijkwaardige deeltijdstudie heeft gevolgd aan een universiteit of een instelling voor hoger onderwijs of een andere instelling van hetzelfde opleidingsniveau en, in voorkomend geval, dat hij met succes de beroepsopleiding heeft gevolgd die in aanvulling op de post-secundaire studiecycclus wordt vereist, en (3) waaruit blijkt dat de houder de vereiste beroepskwalificaties bezit om tot een gereguleerd beroep in die lidstaat te worden toegelaten of om dat uit te oefenen, wanneer de met het diploma, het certificaat of de andere titel afgesloten opleiding overwegend in de Unie is genoten of wanneer de houder ervan een driejarige beroepservaring heeft opgedaan, gewaarmerkt door de lidstaat die een diploma, een certificaat of een andere titel van een derde land heeft erkend.

¹⁷⁰. Arrest van het Hof van 23 oktober 2008, C-286/06, *Commissie / Spanje*, *Jur.* 2008, I-8025.

¹⁷¹. Arrest in zaak C-286/06, *Commissie / Spanje*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 41-45.

¹⁷². Arrest van het Hof van 7 februari 1979, nr. 115/78, *Knoors*, *Jur.* 1979, 399, r.o. 25.

¹⁷³. Arrest van het Hof van 12 september 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, *Jur.* 2006, I-7995, besproken in "Kroniek 2005-2007", *TBH* 2009, p. 106-107, randnr. 91, r.o. 35.

¹⁷⁴. Arrest in zaak C-286/06, *Commissie / Spanje*, aangehaald in voetnoot 170, r.o. 68-73. De interpretatie die in de hier besproken inbreukprocedures tegen Griekenland en Spanje gegeven wordt aan richtlijn 89/48, geldt tevens voor richtlijn 392/51: zie arrest van het Hof van 4 december 2008, C-151/07, *Chatzithanasis*, *Jur.* 2008, I-9013.

¹⁷⁵. Arrest van het Hof van 29 januari 2009, C-311/06, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, *Jur.* 2009, I-415.

¹⁷⁶. Arrest *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 33-40.

¹⁷⁷. Arrest van het Hof van 31 maart 1993, C-19/92, *Kraus*, *Jur.* 1993, I-1663, r.o. 18-23.

¹⁷⁸. Arrest van het Hof van 9 september 2003, C-285/01, *Burbaud*, *Jur.* 2003, I-8219, r.o. 47-53.

beroepskwalificaties aantoont kan niet gelijkgesteld worden met een ‘diploma’ in de zin van richtlijn 89/48, wanneer de kwalificaties niet geheel of gedeeltelijk verworven werden in het kader van het onderwijsstelsel van de lidstaat waarin de betrokken titel is afgegeven. In casu staat vast dat de Spaanse homologatie geen enkele bijkomende kwalificatie aantoont aangezien zij geschiedde zonder enige controle van beroepservaring, opleiding of succesvol afgelegd examen door de betrokkene. Richtlijn 89/48 kan bijgevolg niet ingeroepen worden tegen Italië. Zulks zou immers tot gevolg hebben dat de houder van een in Italië behaalde titel die op zich geen toegang kan verschaffen tot een gereguleerd beroep in deze lidstaat, daartoe toch toegang zou verkrijgen door de loutere homologatie van deze titel in Spanje, zonder dat deze evenwel het verwerven van een aanvullende kwalificatie of van beroepservaring bewijst¹⁷⁹. Deze interpretatie van het begrip ‘diploma’ kan helpen misbruik van de Unierechtelijke bepalingen inzake de erkenning van diploma’s te voorkomen. De zaak zou anders liggen indien het homologatiecertificaat bekomen was na het volgen van bijkomende lessen en het succesvol afleggen van examens in de ontvangende lidstaat. De homologatie zou dan immers bevestigen dat de verzoeker een aanvullende kwalificatie heeft behaald ten opzichte van die welke hij initieel in de eerste lidstaat verkregen had¹⁸⁰.

91. Toepasselijkheid van richtlijn 2005/36/EG op de selectie- en aanwervingsprocedures in lidstaten. – Zoals hoger aangegeven heeft de Europese wetgever met ingang van oktober 2007 de bepalingen van eerdere richtlijnen inzake het stelsel van onderlinge erkenning van diploma’s en beroepskwalificaties gereorganiseerd en gestroomlijnd met de invoering van richtlijn 2005/36/EG¹⁸¹. Dat deze opvolging echter weinig invloed zal hebben op de rechtspraak van het Hof blijkt reeds uit het arrest *Rubino*¹⁸². In deze zaak dient het Hof zich uit te spreken over de vraag of het feit dat een nationale regeling de toegang tot het beroep van hoogleeraar of universitair hoofddocent voorbehoudt aan kandidaten die gekozen zijn volgens een welbepaalde selectieprocedure, tot gevolg heeft dat dit beroep een ‘gereguleerd beroep’ is in de zin van richtlijn 2005/36¹⁸³.

Het Hof herinnert eraan dat “*volgens de rechtspraak de bij de richtlijnen 89/48 en 92/51 ingestelde algemene stelsels voor de erkenning van diploma’s geen betrekking hebben op de keuze van de selectie- en aanwervingsprocedures om in vacatures te voorzien en dat aan die stelsels geen recht op aanwerving kan worden ontleend. Deze stelsels schrijven*

immers enkel voor dat de in een lidstaat verworven kwalificaties worden erkend, zodat de houder ervan in een andere lidstaat naar een functie kan solliciteren, met inachtneming van de aldaar geldende selectie- en aanwervingsprocedures voor gereguleerde beroepen [...]. Deze beginselen zijn onveranderd gebleven na de reorganisatie en stroomlijning als gevolg van de vaststelling van richtlijn 2005/36”¹⁸⁴. Hieruit volgt dat het louter doorlopen van een procedure ter selectie van een vooraf bepaald aantal personen, die niet leidt tot het verkrijgen van een titel waarvan de geldigheid strikt beperkt is in de tijd, geenszins gelijkgesteld kan worden met een beroepskwalificatie in de zin van richtlijn 2005/36. Bijgevolg kan een aanvrager zich niet beroepen op deze richtlijn om vrijgesteld te worden van een gedeelte van dergelijke selectie- en aanwervingsprocedure. Niettemin benadrukt het Hof dat artikel 49 VWEU vereist dat de in andere lidstaten verworven kwalificaties op hun juiste waarde worden geschat en dat er naar behoren rekening mee wordt gehouden in het kader van selectieprocedures¹⁸⁵.

92. Precieze kennis van het nationaal recht. – Voor de bespreking van een laatste zaak aangaande de onderlinge erkenning van diploma’s keren we terug naar richtlijn 89/48 en de naleving daarvan door België. Volgens artikel 4 van deze richtlijn mag een ontvangende lidstaat compenserende maatregelen opleggen alvorens over te gaan tot erkenning van in andere lidstaat verworven beroepskwalificaties. In de regel wordt daarbij de keuze gelaten aan de aanvrager om te opteren voor een aanpassingsstage dan wel een proeve van bekwaamheid, behoudens in het geval van beroepen “*voor de uitoefening waarvan een precieze kennis van het nationaal recht vereist is en waarvoor het verstrekken van adviezen en/of verlenen van bijstand op het gebied van het nationaal recht een wezenlijk en vast onderdeel van de uitoefening van [de] beroepsactiviteit is*”. Hoe dit begrip geïnterpreteerd dient te worden is het voorwerp van het geschil in de zaak *Van Leuken*¹⁸⁶. De aanvrager in deze zaak is een in Nederland gevestigde vastgoedmakelaar die gespecialiseerd is in de verkoop van in België gelegen goederen aan Nederlandse klanten. Teneinde occasioneel het beroep van vastgoedmakelaar in België te kunnen uitoefenen wordt de aanvrager opgelegd een bekwaamheidsproef af te leggen over negen rechtsdomeinen, aangezien de bevoegde Belgische instantie van oordeel is dat het beroep van vastgoedmakelaar een precieze kennis van het nationaal recht vereist. Het Hof weerlegt deze kwalificatie evenwel, aangezien de Belgische opleidingen die leiden tot de diploma’s die nodig zijn om het

¹⁷⁹. Arrest *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, aangehaald in voetnoot 175, r.o. 55-58.

¹⁸⁰. Dit verschil verklaart waarom de verzoeker in het arrest van het Hof van 22 december 2010, C-118/09, *Koller*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, zich, ondanks de voor het overige gelijkaardige feitenconstellaties in beide zaken, wel kan beroepen op richtlijn 89/48.

¹⁸¹. *Supra*, voetnoot 160.

¹⁸². Arrest van het Hof van 17 december 2009, C-586/08, *Rubino*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

¹⁸³. Arrest *Rubino*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 15-18.

¹⁸⁴. Arrest *Rubino*, aangehaald in voetnoot 182, r.o. 27.

¹⁸⁵. Arrest *Rubino*, aangehaald in voetnoot 182, r.o. 28-34.

¹⁸⁶. Arrest van het Hof van 17 april 2008, C-197/06, *Van Leuken*, *Jur.* 2008, I-2627.

beroep van vastgoedmakelaar te kunnen uitoefenen, geen noemenswaardig juridisch onderricht bevatten¹⁸⁷.

C. Fiscale belemmeringen van het vestigingsrecht

93. Algemeen. – De rechtspraak inzake fiscale belemmeringen van het vestigingsrecht bouwt in de hier behandelde periode voort op de in de vorige aflevering van deze kroniek besproken arresten *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*¹⁸⁸, *Denkavit*¹⁸⁹, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*¹⁹⁰, *Marks & Spencer*¹⁹¹, *Rewe*¹⁹² en *Oy AA*¹⁹³. Het Hof brengt deze zaken nadrukkelijk naar voren als het referentiekader voor de beoordeling van belastingzaken in de context van het vestigingsrecht voor vennootschappen. Hoewel het daarbij tracht de controversiële aspecten van de voornoemde arresten te verduidelijken, blijft onzekerheid bestaan omtrent deze rechtspraak.

94. Terughoudendheid van het Hof in belastingzaken. – Steevast begint de beoordeling van het Hof in fiscale vestigingszaken met de overweging dat volgens vaste rechtspraak de directe belastingen weliswaar tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren, doch dat deze niettemin verplicht zijn die bevoegdheid in overeenstemming met het Unierecht uit te oefenen en zich van elke discriminatie op grond van nationaliteit te onthouden¹⁹⁴. Het Hof toont zich evenwel betrekkelijk terughoudend bij de beoordeling van dergelijke discriminatie en vertrekt met name sinds *Schumacker* principieel van de stelling dat de situatie van ingezetenen en niet-ingezetenen ter zake van directe belastingen in de regel niet vergelijkbaar is, zodat er in beginsel geen sprake zal zijn van discriminatie indien op beide categorieën verschillende regels worden toegepast¹⁹⁵.

95. Dat het niet steeds gemakkelijk is de ‘onvergelijkbaarheid’ van de fiscale situatie van ingezetenen en niet-ingeze-

tenen te weerleggen, blijkt uit het arrest *Truck Center SA*, uitgesproken op verwijzing van het Luikse hof van beroep¹⁹⁶. Deze zaak betreft de verenigbaarheid met het vestigingsrecht van een Belgische wettelijke regeling die voorziet in de inhouding van een bronbelasting op de rente die door een in deze lidstaat gevestigde vennootschap aan een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap wordt betaald, terwijl de aan een vennootschap met zetel in eerstgenoemde lidstaat betaalde rente van deze inhouding wordt vrijgesteld. Hoewel deze regeling een onderscheid in behandeling doorvoert naar gelang de plaats van de zetel van de betrokken vennootschap, acht het Hof haar niet onverenigbaar met het Unierecht aangezien de situaties niet objectief vergelijkbaar zijn. Immers, de Belgische Staat treedt in het geval van uitkering aan een ingezeten vennootschap op als staat van vestiging, terwijl hij enkel als bronstaat van de rente optreedt in het geval van uitkering aan een niet-ingezeten vennootschap. Verder geven beide situaties aanleiding tot verschillende belastingen die op verschillende rechtsgrondslagen zijn gebaseerd¹⁹⁷. Ten slotte vloeit uit de bestreden regeling niet steeds een voordeel voort voor ingezeten renteontvangende vennootschappen, zodat geen sprake kan zijn van een beperking van de vestigingsvrijheid¹⁹⁸.

96. Nationale regelingen die specifiek gericht zijn op het ontmantelen van volstrekt kunstmatige constructies. – Anders dan in *Truck Center SA* stelt het Hof in *Lammers en Van Cleeff NV* dat de vrijheid van vestiging hier wel degelijk beperkt wordt door een Belgische regeling¹⁹⁹. Uit de betrokken wetgeving vloeit immers voort dat interesten die een vennootschap toekent aan een bestuurder die een ingezeten vennootschap is, niet als dividenden worden geherkwalificeerd en als zodanig niet belastbaar zijn, terwijl dergelijke herkwalificatie wel plaatsvindt wanneer interesten worden toegekend aan een niet-ingezeten vennootschapsbestuurder, mits een vooraf vastgelegde wettelijke grens overschreden wordt. Een dergelijk verschil in behandeling naar gelang de plaats van zetel van de ontvangende vennootschap kan vol-

¹⁸⁷. Arrest *Van Leuken*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 37-38.

¹⁸⁸. 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, besproken in “Kroniek 2005-2007”, *TBH* 2009, p. 109-110, randnrs. 96-99.

¹⁸⁹. Arrest van het Hof van 14 december 2006, C-170/05, *Denkavit International BV*, *Jur.* 2006, I-11949, besproken in “Kroniek 2005-2007”, *TBH* 2009, p. 110-111, randnr. 100.

¹⁹⁰. Arrest van het Hof van 13 maart 2007, C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, *Jur.* 2007, I-2107, besproken in “Kroniek 2005-2007”, *TBH* 2009, p. 111-112, randnr. 101.

¹⁹¹. Arrest van het Hof van 13 december 2005, C-446/03, *Marks & Spencer*, *Jur.* 2005, I-10837, besproken in “Kroniek 2005-2007”, *TBH* 2009, p. 113-114, randnr. 102.

¹⁹². Arrest van het Hof van 29 maart 2007, C-347/04, *Rewe Zentralfinanz eG*, *Jur.* 2007, I-2647, besproken in “Kroniek 2005-2007”, *TBH* 2009, p. 114, randnr. 103.

¹⁹³. Arrest van het Hof van 18 juli 2007, C-231/05, *Oy AA*, *Jur.* 2007, I-6373, besproken in “Kroniek 2005-2007”, *TBH* 2009, p. 114-115, randnr. 104.

¹⁹⁴. Zie, onder meer, arrest *Lammers en Van Cleeff NV*, aangehaald in voetnoot 116, r.o. 12; arrest van het Hof van 2 oktober 2008, C-360/06, *Heinrich Bauer Verlag Beteiligungs GmbH*, *Jur.* 2008, I-7333 r.o. 17; arrest *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*, aangehaald in voetnoot 142, r.o. 24; arrest *Glaxo Wellcome*, aangehaald in voetnoot 115, r.o. 34; arrest van het Hof van 25 februari 2010, C-337/08, *X Holding BV*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 16. Zie tevens arrest *Truck Center SA*, aangehaald in voetnoot 117, r.o. 22-23.

¹⁹⁵. Arrest van het Hof van 14 februari 1995, C-279/93, *Schumacker*, *Jur.* 1993, I-225, r.o. 30-31.

¹⁹⁶. *Supra*, voetnoot 117.

¹⁹⁷. Arrest *Truck Center SA*, aangehaald in voetnoot 117, r.o. 41-48.

¹⁹⁸. Arrest *Truck Center SA*, aangehaald in voetnoot 117, r.o. 49-50.

¹⁹⁹. *Supra*, voetnoot 116.

gens het Hof niet gerechtvaardigd worden door de opgeworpen grond om misbruik van Unierecht tegen te gaan. Het is immers vaste rechtspraak dat een beperking van de vrijheid van vestiging slechts door de strijd tegen misbruik gerechtvaardigd kan worden wanneer zij specifiek tot doel heeft volstrekt kunstmatige constructies aan te pakken. Het eerder genoemde arrest *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* had reeds gesteld dat zulks in omstandigheden als deze van het hoofdgeding slechts het geval zal zijn wanneer de betrokken regeling de betaalde rente slechts aanmerkt als winstuitkering indien en voor zover deze rente meer bedraagt dan wat de betrokken vennootschappen onder normale voorwaarden zouden zijn overeengekomen²⁰⁰. De Belgische regeling in *Lammers en Van Cleeff NV* is evenwel te algemeen om aan deze specifieke omschrijving tegemoet te komen.

97. Cumulatивiteit van rechtvaardigingsgronden. – Terwijl de uitspraak in *Lammers en Van Cleeff NV* nog een voortzetting vormt van de in de vorige kroniek behandelde zaken, komt deze rechtspraak sterk onder druk te staan door de prejudiciële vraag die aanleiding geeft tot het arrest in de zaak *Lidl Belgium GmbH & Co. KG*²⁰¹. Lidl Belgium is een commanditaire vennootschap met maatschappelijke zetel in Duitsland die sinds 1999 beschikt over een vaste inrichting in Luxemburg. Wanneer Lidl Belgium het verlies van deze vaste inrichting wilt aftrekken van haar belastinggrondslag voor het jaar 1999, weigert het Finanzamt Heilbronn dit op grond van de bepalingen van de tussen Duitsland en Luxemburg gesloten overeenkomst tot het vermijden van dubbele belasting, volgens welke de inkomsten van de vaste inrichting in Luxemburg niet belast worden in de lidstaat van vestiging waartoe zij behoort. Daar de verliezen van een ingezeten vaste inrichting wel verrekend kunnen worden is het duidelijk dat de bestreden Duitse maatregel een beperking van de vrijheid van vestiging vormt. Het Hof acht deze beperking evenwel gerechtvaardigd door de twee opgeworpen

dwingende redenen van algemeen belang, met name de noodzaak om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de betrokken lidstaten te handhaven en om het gevaar voor dubbele verliesverrekening te voorkomen²⁰².

Deze rechtvaardigingsgronden werden tevens opgeworpen in de zaken *Marks & Spencer, Rewe* en *Oy AA*²⁰³. Zoals bleek in de vorige aflevering van deze kroniek was inzake de beoordeling van beide rechtvaardigingsgronden niet duidelijk of en in welke mate de opgeworpen gronden in hun onderlinge samenhang beschouwd dienden te worden teneinde een beperkende nationale regeling inzake directe belastingen te kunnen rechtvaardigen²⁰⁴. Zo aanvaardde het Hof in *Marks & Spencer* de in *Lidl Belgium* opgeworpen rechtvaardigingsgronden slechts in onderlinge samenhang met de dwingende reden belastingontwijkingen te voorkomen. Het Hof bevestigde deze samenhang vervolgens uitdrukkelijk in *Rewe* maar gaf een opmerkelijke wending aan deze uitspraak in *Oy AA* (zie *infra*). In *Lidl Belgium* stelt het Duitse Bundesfinanzhof dan ook uitdrukkelijk de vraag naar de correcte interpretatie van deze rechtspraak. De verwijzende rechter wilt meer bepaald weten of de in *Marks & Spencer* genoemde rechtvaardigingsgronden cumulatief zijn “dan wel of één enkele van deze gronden volstaat om de in het hoofdgeding aan de orde zijnde belastingregeling in beginsel gerechtvaardigd te kunnen achten”²⁰⁵.

Het Hof lijkt in eerste instantie klare wijn te willen schenken door duidelijk te stellen dat “niet [kan] worden verlangd dat alle in [...] het arrest *Marks & Spencer* genoemde rechtvaardigingsgronden aanwezig zijn opdat een nationale belastingregeling die de in artikel 43 EG neergelegde vrijheid van vestiging beperkt, in beginsel gerechtvaardigd kan zijn”²⁰⁶. Het vervolg van de redenering biedt echter minder duidelijkheid. Het Hof ondersteunt de voorgaande stelling met verwijzing naar het arrest *Oy AA*, waarin inderdaad aanvaard werd dat een belemmerende nationale regeling ook gerechtvaardigd kan worden op grond van twee van de drie

²⁰⁰. Arrest *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, aangehaald in voetnoot 190, r.o. 81.

²⁰¹. *Supra*, voetnoot 144. Het belang van deze zaak wordt weerspiegeld in de hoeveelheid rechtsleer ter zake: H. KOCH, “Ist die Anrechnung ausländischer Betriebsstättenverluste in Deutschland möglich? Die Symmetriehese des Bundesfinanzhofs und die Europarechtlichen Grundfreiheiten”, *Recht Int’len Wirtschaft* 2007, 371-377; W. KESSLER en R. EICKE, “*Lidl Belgium*: revisiting *Marks & Spencer* on the branch level”, *Tax Notes Int’l* 2008, 1131-1135; J. MONSENEGO, “Relieving double taxation: a look at *Lidl Belgium*”, *Tax Notes Int’l* 2008, 409-416; R. MIGGLAUSCH, “Schlussantägen in der Rs *Lidl Belgium* – Verwertung ausländischer Betriebsstättenverluste trotz DBA mit Befreiungsmethode”, *Ecolex* 2008, 362-364; J.H. SEDEMUND, “Grenzüberschreitende Berücksichtigung von Betriebsstättenverlusten – Anm. zum EuGH-Urteil ‘*Lidl*’ vom 15.5.2008”, *Der Betrieb* 2008, 1120-1123; O’ SHEA, “ECJ upholds German loss disallowance”, *Tax Notes Int’l* 2008, 1078-1081; J.F. BRON, “Niederlassungsfreiheit: durch DBA kann grundsätzlich die Verrechnung von Verlusten EU-ausländischer Betriebsstätten ausgeschlossen werden – ‘*Lidl Belgium*’”, *Eur. Wirtschafts- & Steuerr.* 2008, 238-239; W. KESSLER en R. EICKE, “Cross-border loss transfer after *Lidl Belgium*”, *Tax Notes Int’l* 2008, 643-645; O’ SHEA, “EU cross-border loss relief: which view will prevail?”, *Tax Notes Int’l* 2008, 104-108; M. WEGER, “Verbot der Verrechnung von EU-Betriebsstättenverlusten über die Grenze – EuGH *locuta, causa finita?*”, *Recht Int’len Wirtschaft* 2008, 600-606; J.H. SEDEMUND en C. WEGNER, “Grenzüberschreitende Berücksichtigung von Betriebsstättenverlusten im Licht des BFH-Urteils vom 17.7.2008 (‘*Lidl Belgium*’)”, *Der Betrieb* 2008, 2565-2567; F. PERROTIN, “Actualité communautaire: la compensation transfrontalière des pertes fiscales”, *Petites Affiches* 2008(211), 3-5; J. BOHRENKÄMPER, “Cross-border loss relief: the EU Member States’ fiscal sovereignty prevails”, *Eur.L.Rep.* 2008, 410-417; J. MONSENEGO, “Foreign losses incurred by EU permanent establishments and the exemption method”, *SkatteNytt* 2008 (11), 726-731; L.-V. FERNANDEZ-MAUBLANC, “Accroissement des restrictions nationales valablement apportées à la déduction transfrontalière des pertes et liberté d’établissement”, *RMCEUE* 2009, 136-139.

²⁰². Arrest *Lidl Belgium*, aangehaald in voetnoot 144, r.o. 30-37.

²⁰³. *Supra*, voetnoten 190, 191 en 192, respectievelijk.

²⁰⁴. Zie “Kroniek 2005-2007”, *TBH* 2009, p. 112-115.

²⁰⁵. Arrest *Lidl Belgium*, aangehaald in voetnoot 144, r.o. 38.

²⁰⁶. Arrest *Lidl Belgium*, aangehaald in voetnoot 144, r.o. 40.

in *Marks & Spencer* in aanmerking genomen rechtvaardigingsgronden, met name de noodzaak de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven en de noodzaak belastingontwijking te vermijden. Hieruit lijkt te volgen dat *eender welke* combinatie van de drie dwingende redenen van *Marks & Spencer* kan volstaan om een fiscale belemmering van het vestigingsrecht te rechtvaardigen. In *Lidl Belgium* hebben deze gronden betrekking op de verdeling van de heffingsbevoegdheid van de lidstaten en het gevaar voor dubbele verliesverrekening²⁰⁷. Het Hof laat zo echter wederom na te verduidelijken of ook één enkele grond zou kunnen volstaan ter rechtvaardiging, niettegenstaande de uitdrukkelijke vraag van de verwijzende rechter om hieromtrent duidelijkheid te verschaffen. Des te opmerkelijker is dat het Hof de verdere beoordeling van de geschiktheid en noodzaak van de opgeworpen rechtvaardigingsgronden in *Lidl Belgium* bijna uitsluitend afhandelt met verwijzingen naar *Marks & Spencer*²⁰⁸.

Een tweede opmerkelijke aspect van de rechtspraak zoals ontwikkeld in *Oy AA* bestond in de nuancering van 's Hof's vaste misbruikdoctrines volgens welke, zoals bevestigd in *Lammers & Van Cleeff NV* (*supra*, randnr. 96), een nationale regeling enkel gerechtvaardigd zal zijn indien deze er specifiek op gericht is volstrekt kunstmatige constructies te ontmantelen. Dit specifieke doel is volgens de *Oy AA*-rechtspraak evenwel niet meer vereist wanneer het oogmerk belastingontduiking te vermijden wordt beschouwd in samenhang met het oogmerk van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten²⁰⁹. Het Hof bevestigt deze rechtspraak in de hier besproken periode uitdrukkelijk in het arrest *Société de Gestion Industrielle SA (SGI)*, in antwoord op twee prejudiciële vragen van de rechtbank van eerste aanleg te Bergen²¹⁰. Het geding betreft de verenigbaarheid met het vestigingsrecht van een Belgische regeling, volgens welke een 'abnormaal' of 'goedgunstig' voordeel wordt belast bij de ingezetenen vennootschap wanneer deze dit voordeel heeft toegekend aan een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap waarmee deze vennootschap zich rechtstreeks of indirect in een band van wederzijdse afhankelijkheid bevindt, terwijl een ingezetenen vennootschap niet over een dergelijk voordeel kan worden belast wanneer dat voordeel is toegekend aan een andere ingezetenen vennootschap waarmee deze vennootschap een dergelijke band heeft. Aangezien dergelijke regeling duidelijk beperkend is, gaat het Hof na of zij haar rechtvaardiging kan vinden in één of meerdere dwingende redenen van algemeen belang. Daaraan doet niet af dat in casu een verdrag ter afschaffing van dubbele belasting voorhanden is, aangezien

het inleiden van een procedure onder dergelijke overeenkomst van de betrokken vennootschap nog steeds bijkomende administratieve en economische inspanningen vergt en derhalve beperkend is²¹¹.

Ter rechtvaardiging van de bestreden regeling werpt de Belgische regering dezelfde twee gronden op als welke aanvaard werden in *Oy AA*, met name de noodzaak de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te vrijwaren en het voorkomen van belastingontwijking. Ook in voorliggende zaak aanvaardt het Hof beide gronden, ook al heeft de betrokken nationale regeling "niet specifiek tot doel [...] om het daarin voorziene belastingvoordeel te onthouden aan [...] volstrekt kunstmatige constructies die geen verband houden met de economische realiteit. [Toch kan zij] worden geacht, gerechtvaardigd te zijn wegens de doelstelling van voorkoming van belastingontwijking in samenhang met de doelstelling inzake het behoud van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten"²¹². Het Hof benadrukt verder dat, "[g]elet op deze twee elementen [...] in hun geheel beschouwd, moet worden vastgesteld dat een regeling als die in het hoofdgeding rechtmatige doelstellingen nastreeft die verenigbaar zijn met het Verdrag en die dwingende redenen van algemeen belang uitmaken, en dat deze regeling geschikt is om deze doelstellingen te verwezenlijken"²¹³.

Uit de bewoordingen van dit arrest lijkt te volgen dat beide opgeworpen gronden cumulatief beschouwd moeten worden om een regeling als die in het hoofdgeding te kunnen rechtvaardigen. Immers, moest de loutere noodzaak een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven voldoende zijn ter rechtvaardiging van de Belgische regeling, dan zou er geen reden zijn voor het Hof om zijn vaste misbruikrechtspraak op dergelijke wijze te nuanceren. Zo wordt de vraag van de verwijzende rechter in *Lidl Belgium* dan toch onrechtstreeks beantwoord: één enkele van de in *Marks & Spencer* aanvaarde dwingende redenen van algemeen belang lijkt niet voldoende om een fiscale belemmering van de vestigingsvrijheid van vennootschappen te kunnen rechtvaardigen.

98. Het is echter duidelijk dat, indien dergelijke fiscale belemmeringen slechts gerechtvaardigd kunnen worden door minstens twee cumulatieve dwingende redenen van algemeen belang, het Hof kan volstaan met de afwijzing van één van deze gronden om te besluiten tot onverenigbaarheid met het vestigingsrecht van de bestreden nationale regeling. Uit het arrest *Papillon* blijkt echter dat het Hof niet bereid is zo ver te gaan in zijn redenering²¹⁴. Deze zaak betreft de

²⁰⁷. Arrest *Lidl Belgium*, aangehaald in voetnoot 144, r.o. 41-42.

²⁰⁸. Arrest *Lidl Belgium*, aangehaald in voetnoot 144, r.o. 46-51.

²⁰⁹. Arrest *Oy AA*, aangehaald in voetnoot 193, r.o. 63.

²¹⁰. *Supra*, voetnoot 116.

²¹¹. Arrest *Société de Gestion Industrielle SA (SGI)*, aangehaald in voetnoot 116, r.o. 53.

²¹². Arrest *Société de Gestion Industrielle SA (SGI)*, aangehaald in voetnoot 116, r.o. 66.

²¹³. Arrest *Société de Gestion Industrielle SA (SGI)*, aangehaald in voetnoot 116, r.o. 69.

²¹⁴. Arrest van het Hof van 27 november 2008, C-418/07, *Société Papillon*, *Jur.* 2008, I-8947.

vraag naar de verenigbaarheid met het Unierecht van een Franse regeling die een belastingheffing naar het groepsinkomen toepast op een in die lidstaat ingezeten moedervennootschap die eveneens in die staat ingezeten dochter- en kleindochtervennootschappen houdt, terwijl toepassing van die regeling voor een dergelijke moedervennootschap uitgesloten is wanneer haar ingezeten kleindochtervennootschappen via een in een andere lidstaat ingezeten dochtervennootschap worden gehouden. Ter rechtvaardiging van deze verschillende behandeling van objectief vergelijkbare situaties beroept de Franse regering zich op twee gronden: de noodzaak om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te garanderen en de noodzaak de samenhang van het belastingstelsel te waarborgen. Hoewel reeds snel duide-

lijk wordt dat de eerste grond niet aanvaard kan worden, ziet het Hof zich niettemin genoodzaakt tevens de evenredigheid van de tweede grond na te gaan, hoewel een strikte toepassing van de rechtspraak sinds *Oy AA* dergelijke oefening overbodig lijkt te maken²¹⁵. Deze rechtspraak heeft zich weliswaar nooit uitgesproken over de noodzaak om de samenhang van het belastingstelsel te waarborgen als rechtvaardigingsgrond, zodat de mogelijkheid open blijft dat het Hof enkel voor deze dwingende reden niet vereist dat zij gesteund wordt door een andere rechtvaardigingsgrond. Niettemin blijft het bijzonder onduidelijk welke gronden onder welke omstandigheden in hun onderlinge samenhang beschouwd moeten worden om fiscale belemmeringen te kunnen rechtvaardigen²¹⁶.

III. VRIJ VERKEER VAN DIENSTEN

A. Toepassingsgebied

99. *Dienstverrichtingen tegen vergoeding.* – Het begrip ‘diensten’ in de zin van het VWEU doelt op dienstverrichtingen die gewoonlijk tegen vergoeding geschieden. Zo worden de verdragsbepalingen betreffende het vrij verrichten van diensten in de besproken periode toepasselijk verklaard op activiteiten die erin bestaan belangstellenden tegen een vergoeding te laten deelnemen aan een kansspel. Hetzelfde geldt voor het promoten en verkopen van kansspelen, aangezien dergelijke activiteit slechts een concreet onderdeel vormt van de organisatie of werking van de spelen waaraan zij gekoppeld is²¹⁷. Ook tegen vergoeding verstrekte medische zorg valt binnen de werkingssfeer van de bepalingen inzake het vrij verrichten van diensten, met inbegrip van ziekenhuiszorg²¹⁸. Het Hof herinnert eraan dat de vergoeding in deze context de economische tegenprestatie voor de betrokken dienst vormt en in onderling overleg wordt vastgesteld door de dienstverrichter en degene voor wie de dienst wordt verricht²¹⁹. Niettemin oordeelt het Hof in de besproken periode dat een belastingregeling ook onder het vrij verkeer van diensten kan vallen wanneer zij van toepassing is op ondernemingen die vliegtuigen exploiteren om in het kader

van hun bedrijfsvoering gratis luchtvervoer te verstrekken²²⁰. Het is immers vaste rechtspraak dat, hoewel de relevante bepalingen van het VWEU enkel melding maken van de ‘actieve’ vrijheid van dienstverrichting, het vrij verrichten van diensten tevens de vrijheid van de ontvangers van de diensten omvat om zich te begeven naar een andere lidstaat waarin de dienstverrichter zich bevindt²²¹. Aangezien de exploitanten en gebruikers van de vliegtuigen waarvan sprake in de betrokken belastingregeling gebruik maken van diverse diensten in en rond de luchthaven van de lidstaat waar zij landen, moeten zij beschouwd worden als ontvangers van diensten, waarop de relevante bepalingen van het VWEU van toepassing zijn²²².

100. *Tijdelijke aard van diensten.* – Het begrip ‘dienst’ in de zin van artikel 56 VWEU (ex art. 49 EG) kan slaan op diensten van zeer verschillende aard, met inbegrip van diensten die gedurende een lange periode, zelfs meerdere jaren worden verricht. Niettemin bevestigt ook de rechtspraak van de hier besproken periode dat de verdragsbepalingen inzake het vrij verrichten van diensten niet van toepassing zijn op de situatie van een onderdaan van een lidstaat die zijn hoofdverblijf duurzaam, of althans zonder dat het einde daarvan is te

²¹⁵ Arrest *Société Papillon*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 34-62.

²¹⁶ Vergelijk het arrest *X Holding BV* (aangehaald in voetnoot 194) waar de Nederlandse regering zich enkel beroept op de noodzaak de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten te handhaven om een belemmerende fiscale behandeling van vennootschappen te rechtvaardigen. Het Hof volgt de betrokken regering en stelt dat de bepalingen van het vestigingsrecht zich niet verzetten tegen een nationale regeling die een moedervennootschap de mogelijkheid biedt om met haar ingezeten dochteronderneming een fiscale eenheid te vormen, maar niet toestaat dat een dergelijke eenheid gevormd wordt met een niet-ingezeten dochteronderneming, omdat laatstgenoemde vennootschap voor de belasting van haar winst niet onderworpen is aan de belastingwet van deze lidstaat. Het Hof verwijst ter ondersteuning van zijn redenering naar de arresten *Oy AA* en *Lidl Belgium*.

²¹⁷ Arrest in zaak C-153/08, *Commissie / Spanje*, aangehaald in voetnoot 119, r.o. 29; arrest van het Hof van 8 september 2010, C-46/08, *Carmen Media Group*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 40; arrest *Winner Wetten*, aangehaald in voetnoot 115, r.o. 43; arrest *Markus Stoß e.a.*, aangehaald in voetnoot 115, r.o. 56. Voor een bespreking van de betrokken arresten inzake kansspelen, zie *infra*, randnrs. 105 en 108-111.

²¹⁸ Arrest van het Hof van 5 oktober 2010, C-173/09, *Elchinov*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 36.

²¹⁹ Arrest van het Hof van 17 november 2009, C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, *Jur.* 2009, I-10821, r.o. 23.

²²⁰ Arrest *Presidente del Consiglio dei Ministri*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 20-28.

²²¹ Zie, onder meer, arrest van het Hof van 31 januari 1984, gevoegde zaken 286/82 en 26/83, *Luisi en Carbone*, *Jur.* 1984, 377, r.o. 10, 16; arrest van het Hof van 11 september 2007, C-76/05, *Schwarz en Gootjes-Schwarz*, *Jur.* 2007, I-6849, r.o. 36.

²²² Arrest *Presidente del Consiglio dei Ministri*, aangehaald in voetnoot 219, r.o. 26.

voorzien, op het grondgebied van een andere lidstaat vestigt, zodat hij er voor dit tijdvak van onbepaalde duur diensten kan ontvangen. Zo besluit het Hof in het arrest *Petra von Chamier* tot niet-toepasselijkheid van artikel 56 VWEU op de situatie van een Duitse onderdaan die verzorgd wordt in een verpleeghuis in Oostenrijk omdat zij zich daar niet gevestigd heeft in het kader van de tijdelijke verlening van verpleegzorg in een gespecialiseerde instelling, maar haar woonplaats duurzaam in deze lidstaat gevestigd heeft, zonder dat het einde daarvan viel te voorzien²²³.

101. Concessieovereenkomsten voor openbare diensten. – De verdragsbepalingen inzake het vrij dienstenverkeer, alsmede het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, het gelijkheidsbeginsel en de transparantieplichting die deze inhouden, dienen in beginsel wel nageleefd te worden door lidstatelijke overheidsinstanties wanneer zij concessieovereenkomsten sluiten voor openbare diensten²²⁴. Het is echter vaste rechtspraak dat de toepassing van deze beginselen uitgesloten is indien de concessieverlenende overheidsinstantie op de concessiehouder toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten en deze concessiehouder het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van de instantie of de instanties die hem beheersen²²⁵.

102. Een toepassing van deze beginselen vinden we in het arrest *Coditel Brabant NV*²²⁶. Deze zaak betreft de vraag naar de verenigbaarheid met het Unierecht van de toetreding van een gemeente tot een coöperatieve vennootschap die uitsluitend bestaat uit andere gemeenten en verenigingen van gemeenten, teneinde het beheer van een gemeentelijk kabeltelevisienet aan haar over te dragen, zonder daarvoor een aanbestedingsprocedure uit te schrijven. In casu treedt de gemeente Ukkel toe tot de intercommunale CV Brutélé om aan deze laatste het beheer van haar kabeltelevisienet toe te wijzen. De aanvankelijk opgestarte aanbestedingsprocedure voor de verkoop van dit net wordt hierbij definitief gestaakt. Het Hof oordeelt dat de bepalingen van het vrij dienstenverkeer hier geen toepassing kunnen vinden aangezien Brutélé het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van de bij haar aangesloten gemeenten. Wat de vervulling van de tweede voorwaarde betreft, stelt het Hof dat Brutélé als concessiehouder vermoedelijk inderdaad onder

een zodanig toezicht staat dat de concessieverlenende overheidsinstantie een doorslaggevende invloed kan uitoefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van deze eerste, maar dat de verwijzende rechter zulks nog dient te verifiëren²²⁷.

103. Verkoop van producten waarvan de verhandeling in alle lidstaten verboden is. – Opdat een verzoekende partij zich zou kunnen beroepen op de vrijheid van dienstverrichting, is uiteraard in eerste instantie vereist dat de betrokken activiteit legaal is. Zo wordt in *Josemans* geoordeeld dat de houder van een coffeeshop in Nederland zich niet kan verzetten tegen een maatregel die in zijn ogen belemmerend werkt op de verkoop van cannabis en andere softdrugs²²⁸. Verdovende middelen die zich niet in een door de bevoegde autoriteiten strikt gecontroleerd circuit ten behoeve van het gebruik voor medische en wetenschappelijke doeleinden bevinden, zijn immers wegens hun aard onderworpen aan een volstrekt invoer- en verhandelingsverbod in alle lidstaten van de Europese Unie. Dergelijke activiteiten vallen dan ook buiten het toepassingsgebied van de verkeersvrijheden en het non-discriminatiebeginsel. Daaraan wordt niet afgedaan door het feit dat de Nederlandse regering in casu uit louter pragmatische overwegingen een gedoogbeleid voert ten aanzien van de verkoop van cannabis, aangezien de handel daarin in die lidstaat nog steeds verboden is²²⁹.

B. Draagwijdte

1. Discriminatieverbod

104. Algemeen. – Zoals bij de vrijheid van vestiging geldt ook voor het vrij verkeer van diensten dat de relevante bepalingen vooreerst een concretisering vormen van artikel 18 VWEU en bijgevolg in de weg staan aan nationale bepalingen die dienstverrichtingen op discriminatoire wijze beperken²³⁰. Daar waar de rechtspraak van het Hof talrijke dwingende redenen van algemeen belang aanvaard heeft voor niet-discriminatoire belemmeringen van het vrij dienstenverkeer kunnen lidstatelijke bepalingen die een onderscheid maken op grond van nationaliteit slechts hun rechtvaardiging vinden in welbepaalde op limitatieve wijze in het VWEU opgesomde gronden²³¹.

²²³. Arrest van het Hof van 16 juli 2009, C-208/07, *Petra von Chamier-Glisczinski*, *Jur.* 2009, I-6095, r.o. 74-77.

²²⁴. Arrest van het Hof van 7 december 2000, C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH en Telefonadress GmbH*, *Jur.* 2000, I-745, r.o. 60-62; arrest van het Hof van 21 juli 2005, C-231/03, *Coname*, *Jur.* 2003, I-7287, r.o. 16-19.

²²⁵. Arrest van het Hof van 18 november 1999, C-107/98, *Teckal*, *Jur.* 1999, I-8121, r.o. 50; arrest van het Hof van 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, *Jur.* 2005, I-8585, r.o. 62.

²²⁶. Arrest van het Hof van 13 november 2008, C-324/07, *Coditel Brabant NV*, *Jur.* 2008, I-8457.

²²⁷. Arrest *Coditel Brabant NV*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 27-41.

²²⁸. Arrest *Josemans*, aangehaald in voetnoot 39. Zie voor een bespreking van deze zaak vanuit het standpunt van het vrij goederenverkeer *supra*, randnr. 14 en 16.

²²⁹. Arrest *Josemans*, aangehaald in voetnoot 39, r.o. 43. Zie voor de bespreking van de verkoop van alcoholvrije dranken en eetwaren in coffeeshops in dit arrest *infra*, randnr. 106.

²³⁰. Arrest van het Hof van 5 maart 2009, C-222/07, *Unión de Televisiónes Comerciales Asociadas (UTECA)*, *Jur.* 2009, I-1407, r.o. 37-38.

²³¹. Arrest in zaak C-153/08, *Commissie / Spanje*, aangehaald in voetnoot 119, r.o. 36-37; arrest van het Hof van 8 september 2009, C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International*, *Jur.* 2009, I-7633, r.o. 55-56.

105. Fiscale behandeling van winsten uit loterijen en kansspelen. – Een duidelijk geval van discriminatie ligt ten grondslag aan een inbreukprocedure tegen Spanje²³². De bestreden nationale regeling onderwerpt de winsten uit in andere lidstaten georganiseerde loterijen, kansspelen en weddenschappen aan de inkomstenbelasting, terwijl de winsten uit vergelijkbare Spaanse spelen daarvan zijn vrijgesteld. Een dergelijke ongelijke behandeling van objectief vergelijkbare situaties is volgens het Hof slechts gerechtvaardigd indien de door de Spaanse wetgever nagestreefde doelstellingen betrekking hebben op de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid in de zin van artikel 52, 1. VWEU, en voor zover de beperking voldoet aan het evenredigheidsbeginsel. Zoals hoger reeds aangegeven voegt het Hof sinds het in het kader van het vestigingsrecht gevelde arrest *Hartlauer* daar principieel aan toe dat een nationale wetgeving slechts geschikt is om de verwezenlijking van de aangevoerde doelstelling te waarborgen wanneer de verwezenlijking ervan op coherente en systematische wijze wordt nagestreefd²³³.

De Spaanse regering werpt ter rechtvaardiging van de discriminerende regeling talrijke rechtvaardigingsgronden op, waaronder het doel fiscale fraude te bestrijden, het witwassen van geld te voorkomen, de gokverslaving te bestrijden, de maatschappelijke orde en de consument te beschermen en de financiering van de infrastructuur en van projecten van algemeen nut door de inkomsten van de in Spanje gevestigde instellingen en organisaties die de bestreden belastingvrijstelling genieten. Wie vertrouwd is met de kansspelrechtpraak van het Hof zoals ontwikkeld in *Schindler*²³⁴, *Zenatti*²³⁵ en *Gambelli*²³⁶, hoeft zich er niet over te verbazen dat het Hof kort kan zijn om deze vier rechtvaardigingsgronden af te wijzen. Zo is de algemene uitsluiting van in andere lidstaten gevestigde instellingen duidelijk een onevenredige maatregel in het licht van de doelstelling van fraudebestrijding, die bovendien lijkt te berusten op de moeilijk te rechtvaardigen veronderstelling dat deze organisaties zich allen bezighouden met criminele activiteiten. Verder is het vaste rechtspraak dat het loutere gegeven dat loterijen en kansspelen in belangrijke mate kunnen bijdragen tot de financiering van activiteiten zonder winstoogmerk en van algemeen belang, op zichzelf geen objectieve rechtvaardigingsgrond kan vormen voor beperkingen op de vrijheid van dienstverrichting²³⁷. De bescherming van de maatschappelijke orde en van de consument kan evenmin aanvaard worden als rechtvaardiging van een discriminatoire belemmering aan-

gezien zij niet valt onder de in artikel 52 VWEU genoemde uitzonderingsgevallen. Ten slotte aanvaardt het Hof dat de bestrijding van gokverslaving weliswaar kan vallen onder de bescherming van de volksgezondheid. Het voegt hier echter onmiddellijk aan toe dat een belastingvrijstelling nauwelijks ontmoedigend kan werken op het gokgedrag van de Spaanse bevolking²³⁸.

106. Belemmeringen op de verkoop van alcoholvrije dranken en eetwaren in coffeeshops. – Hoger werd reeds vastgesteld dat de houder van een coffeeshop zich niet kan beroepen op de vrijheid van dienstverrichting voor de verkoop van cannabis en andere verdovende middelen die niet om medische of wetenschappelijke redenen verhandeld worden (*supra*, randnr. 103). Zulks geldt echter niet voor de handel in legale producten die in dezelfde gelegenheden aangeboden worden, zoals alcoholvrije dranken en eetwaren. Het Hof dient zich daarom in de zaak *Josemans* uit te spreken over de verenigbaarheid met artikel 56 VWEU van een gemeentelijke Nederlandse regeling, die de toelating van aan de grens met België gelegen coffeeshops verbiedt aan niet in Nederland woonachtige personen, maar enkel voor wat betreft de verhandeling van de aldaar aangeboden non-alcoholische dranken en eetwaren²³⁹. Het staat vast dat de betrokken regeling een discriminatoire beperking van het dienstenverkeer met zich meebrengt, daar zij de woon- of verblijfplaats als onderscheidend criterium hanteert. Deze belemmering kan echter gerechtvaardigd worden door het rechtmatig belang drugstoerisme en de daarmee gepaard gaande overlast te bestrijden. Het loutere feit dat de regeling discriminatoir is maakt nog niet dat zij deze dwingende reden van algemeen belang op incoherente wijze zou nastreven²⁴⁰. Zij voldoet derhalve aan het geschiktheids criterium zoals geformuleerd in *Hartlauer* en andere recente uitspraken. Tevens wordt zij noodzakelijk geacht, daar minder belemmerende maatregelen, zoals een louter verbod tot verkoop van softdrugs aan niet-ingezetenen, niet eenvoudig te controleren vallen²⁴¹.

2. Verbod van niet-discriminerende beperkingen

107. Algemeen. – Frappant discriminerende maatregelen zoals de hoger besproken Spaanse belastingregeling (*supra*, randnr. 105) komen eerder zelden voor het Hof van Justitie. Artikel 56 VWEU vereist echter algemeen de opheffing van iedere beperking van de vrijheid van dienstverrichting die

²³² *Supra*, voetnoot 119.

²³³ Arrest in zaak C-153/08, *Commissie / Spanje*, aangehaald in voetnoot 119, r.o. 38.

²³⁴ Arrest *Schindler*, aangehaald in voetnoot 40, besproken in "Kroniek 1993-1994", *TBH* 1994, p. 797-799, randnr. 95.

²³⁵ Arrest van het Hof van 21 oktober 1999, C-67/98, *Zenatti*, *Jur.* 1999, I-7289.

²³⁶ *Supra*, voetnoot 133.

²³⁷ Arrest *Schindler*, aangehaald in voetnoot 40, r.o. 60; arrest *Zenatti*, aangehaald in voetnoot 235, r.o. 36.

²³⁸ Arrest in zaak C-153/08, *Commissie / Spanje*, aangehaald in voetnoot 119, r.o. 39-46.

²³⁹ *Supra*, voetnoot 39.

²⁴⁰ Arrest *Josemans*, aangehaald in voetnoot 39, r.o. 76.

²⁴¹ Arrest *Josemans*, aangehaald in voetnoot 39, r.o. 81-82.

inhoudt dat de werkzaamheden van de dienstverrichter die in een andere lidstaat is gevestigd en aldaar rechtmatig soortgelijke diensten verricht, worden verboden, belemmerd of minder aantrekkelijk worden gemaakt, ook indien deze beperking zonder onderscheid geldt voor binnenlandse dienstverrichters en dienstverrichters uit andere lidstaten. Het Hof herinnert er daarbij aan dat de vrijheid van dienstverrichting zowel aan de dienstverrichter als aan de dienstontvanger ten goede komt²⁴².

108. Beleidsvrijheid van lidstaten inzake kansspelen. – De onderzochte periode levert enkele interessante zaken op wat betreft de beoordelingsvrijheid van lidstaten om regelingen uit te vaardigen die het vrij dienstenverkeer inzake kansspelen kunnen belemmeren. Het is vaste rechtspraak van het Hof dat, voor zover dergelijke regelingen zonder onderscheid van toepassing zijn, zij met de nodige terughoudendheid benaderd zullen worden, gelet op de ruime beoordelingsmarge die lidstaten in deze materie genieten. De kansspelregeling behoort immers traditioneel tot de gebieden waarop er tussen de lidstaten aanzienlijke ‘morele, religieuze en culturele’ verschillen bestaan, zodat zij in belangrijke mate zelf kunnen bepalen wat noodzakelijk is ter nastreving van welbepaalde dwingende redenen van algemeen belang, veelal de bescherming van de consument en van de maatschappelijke orde²⁴³.

109. De ruime beoordelingsvrijheid van lidstaten inzake kansspelen maakt dat zij ervoor kunnen opteren de exploitatie van deze spelen te beperken door een stelsel van voorafgaande administratieve vergunningen in te richten. De procedures voor de toekenning en verlenging van deze vergunningen verlopen daarenboven vaak intransparant en zonder oproep tot mededinging, wat de vrijheid van dienstverrichting uiteraard sterk kan belemmeren. Niettegenstaande de verregaande beoordelingsmarge van lidstaten benadrukt het Hof dat het inrichten van een stelsel van voorafgaande vergunningen inzake kansspelen geen rechtvaardiging mag vormen voor een discretionair optreden van de nationale autoriteiten²⁴⁴. Immers, ook voor de toekenning en verlenging van vergunningen tot exploitatie van kansspelen moeten het verbod van discriminatie en de daaruit voortvloeiende transpa-

rantieverplichting als fundamentele regels van artikel 56 VWEU gerespecteerd worden. Het vergunningenstelsel dient daarom meer bepaald gebaseerd te zijn “op objectieve criteria, die niet-discriminerend en voorafkenbaar zijn [...]”. Bovendien moet elke persoon die wordt geraakt door een restrictieve maatregel [...] een beroep in rechte kunnen instellen”²⁴⁵. De verlening of verlenging van exploitatievergunningen zonder oproep tot mededinging is daarom in beginsel een belemmering van het vrij dienstenverkeer, die slechts gerechtvaardigd kan worden indien de houder van de vergunning een openbare of particuliere exploitant is op wiens activiteiten de staat voldoende controle kan uitoefenen²⁴⁶. Het loutere feit dat marktdeelnemers uit eigen beweging kunnen verzoeken in aanmerking genomen te worden bij een selectieprocedure voor de exploitatie van kansspelen kan in elk geval niet rechtvaardigen dat deze procedure zonder enige vorm van transparantie verloopt²⁴⁷. Daar de transparantieplichting een dwingende voorwaarde is, is de naleving daarvan overigens niet afhankelijk van de wijze waarop marktdeelnemers worden geselecteerd, zodat dezelfde opmerkingen gelden voor lidstaten die de exploitanten van kansspelen selecteren door concessies te verlenen, als voor zij die opteren voor een vergunningenstelsel²⁴⁸. Een laatste implicatie van de beoordelingsvrijheid van lidstaten inzake kansspelen is dat de beoordeling van de evenredigheid van het beschermingsstelsel in één lidstaat niet beïnvloed kan worden door de omstandigheid dat een andere lidstaat voor een ander stelsel van bescherming inzake kansspelen heeft geopteerd²⁴⁹. Bijgevolg bestaat er geen verplichting tot wederzijdse erkenning van de door de verschillende lidstaten verleende vergunningen of concessies²⁵⁰.

110. De bescherming van de consument in het licht van reclamecampagnes voor kansspelen aangeboden door een publiek monopoliehouder. – Uit het vorige punt volgt dat de beoordelingsvrijheid van lidstaten inhoudt dat zij op goede gronden van mening kunnen zijn dat de verlening van een uitsluitend recht aan een publieke of particuliere exploitant die onder strikte controle van de overheid staat, een doeltreffender middel vormt om de risico’s verbonden aan de kanspelsector te beheersen, dan een regeling waarin de marktdeelnemers hun activiteiten in het kader van een niet-exclu-

²⁴². Arrest *Bwin*, aangehaald in voetnoot 231, r.o. 51; arrest van het Hof van 3 juni 2010, C-203/08, *Sporting Exchange*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 23; arrest van het Hof van 3 juni 2010, C-258/08, *Ladbrokes Betting & Gaming en Ladbrokes International*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 15.

²⁴³. Arrest *Markus Stoß e.a.*, aangehaald in voetnoot 115, r.o. 76; arrest *Ladbrokes Betting & Gaming en Ladbrokes International*, aangehaald in voetnoot 242, r.o. 19. Zie tevens arrest *Schindler*, aangehaald in voetnoot 40, r.o. 32; arrest van het Hof van 6 maart 2007, gevoegde zaken C-338/04, C-359/04 en 360/04, *Placanica e.a.*, *Jur.* 2007, I-1891, besproken in “Kroniek 2005-2007”, *TBH* 2009, p. 102, randnr. 83, r.o. 47.

²⁴⁴. Arrest *Carmen Media Group*, aangehaald in voetnoot 217, r.o. 86; arrest *Engelmann*, aangehaald in voetnoot 118, r.o. 54; arrest *Sporting Exchange*, aangehaald in voetnoot 242, r.o. 49.

²⁴⁵. Arrest *Sporting Exchange*, aangehaald in voetnoot 242, r.o. 50; arrest *Carmen Media Group*, aangehaald in voetnoot 217, r.o. 87; arrest *Engelmann*, aangehaald in voetnoot 118, r.o. 55. Zie tevens arrest van het Hof van 20 februari 2001, C-205/99, *Analir e.a.*, *Jur.* 2001, I-1271, r.o. 38; arrest van het Hof van 17 juli 2008, C-389/05, *Commissie / Frankrijk*, *Jur.* 2008, I-5397, r.o. 94; arrest *Hartlauer*, aangehaald in voetnoot 124, r.o. 64.

²⁴⁶. Arrest *Sporting Exchange*, aangehaald in voetnoot 242, r.o. 59. Deze beoordeling wordt door het Hof uiteindelijk overgelaten aan de nationale rechter.

²⁴⁷. Arrest *Engelmann*, aangehaald in voetnoot 118, r.o. 57.

²⁴⁸. Arrest *Engelmann*, aangehaald in voetnoot 118, r.o. 53.

²⁴⁹. Arrest *Bwin*, aangehaald in voetnoot 231, r.o. 58.

²⁵⁰. Arrest *Markus Stoß e.a.*, aangehaald in voetnoot 115, r.o. 111.

sief stelsel zouden mogen uitoefenen²⁵¹. Het Hof benadrukt in *Markus Stoß* echter wel dat de invoering van een nationaal monopolie op bepaalde soorten kansspelen, in casu sportweddenschappen, dermate beperkend is, dat zij slechts gerechtvaardigd kan worden door het doel een bijzonder hoog niveau van consumentenbescherming te verzekeren, en de vaststelling vereist van een passend regelgevingskader dat kan garanderen dat de houder van het betrokken monopolie het aldus vastgestelde doel op samenhangende en stelselmatige wijze zal kunnen nastreven²⁵². Dit vereiste van een coherente en systematische beperking van de gereglementeerde kansspelen wordt strikt uitgelegd door het Hof en vereist meer bepaald dat de belemmerende maatregel daadwerkelijk beantwoordt aan het verlangen de gelegenheden tot spelen te verminderen²⁵³. Op het eerste gezicht lijkt het niet verenigbaar met dit oogmerk dat een lidstaat consumenten actief aanspoort en aanmoedigt deel te nemen aan loterijen, kansspelen en weddenschappen middels intensieve reclamecampagnes voor de kansspelen die onder het nationale monopolie vallen. Niettemin aanvaardt het Hof dat dergelijke maatregelen gerechtvaardigd kunnen zijn in de mate dat ze ertoe bijdragen dat de consument wordt gestuurd in de richting van het aanbod van de houder van het publieke monopolie en afgeleid wordt van het aanbod aan ongereglementeerde, verboden of clandestiene spelen. Het vrij dienstenverkeer wordt echter geschonden indien (a) de reclame voor kansspelen aangeboden door een publiek monopoliehouder verder gaat dan wat nodig is om de consument weg te leiden van niet-toegestane kansspelcircuits; (b) andere soorten kansspelen wel geëxploiteerd kunnen worden door

particuliere marktdeelnemers die over een vergunning beschikken; en (c) de bevoegde autoriteiten voor deze laatste categorieën kansspelen, die bovendien een groter verslavingsrisico inhouden dan de spelen waarvoor het monopolie geldt, een beleid voeren of gedogen dat gericht is op de uitbreiding van het aanbod aan kansspelen, met het oog op maximalisatie van de inkomsten die daaruit gehaald worden²⁵⁴. In dergelijke specifieke omstandigheden is immers duidelijk dat de betrokken regeling niet geschikt is om het vooropgestelde doel van consumentenbescherming op samenhangende en stelselmatige wijze na te streven.

111. *De evenredigheid van beperkingen op kansspelen aangeboden via het Internet.* – De beoordeling van de evenredigheid van beperkende maatregelen tot reglementering van loterijen, kansspelen en weddenschappen hangt deels af van de wijze waarop de betrokken spelen worden aangeboden. Dit blijkt uit het mijlpaalarrest *Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International* (hierna ‘*Bwin*’)²⁵⁵. De zaak *Bwin* betreft de verenigbaarheid met het vrij dienstenverkeer van de regeling van een lidstaat die verbiedt dat in andere lidstaten gevestigde marktdeelnemers, in casu het in Gibraltar gevestigde kansspelbedrijf *Bwin International*, via het Internet kansspelen verrichten op haar grondgebied. Naar Portugees recht is het recht op exploitatie van dergelijke langs elektronische weg aangeboden spelen exclusief voorbehouden aan *Santa Casa*. De vraag rijst of een exclusiviteitsregeling zoals neergelegd in de Portugese regelgeving verenigbaar is met artikel 56 VWEU.

²⁵¹ Arrest *Bwin*, aangehaald in voetnoot 231, r.o. 66-67; arrest *Sporting Exchange*, aangehaald in voetnoot 242, r.o. 59; arrest *Markus Stoß e.a.*, aangehaald in voetnoot 115, r.o. 81. Dit volgt reeds uit het arrest van het Hof van 21 september 1999, C-124/97, *Läärä e.a.*, *Jur.* 1999, I-6067, r.o. 40-42.

²⁵² Arrest *Markus Stoß e.a.*, aangehaald in voetnoot 115, r.o. 83.

²⁵³ Arrest *Markus Stoß e.a.*, aangehaald in voetnoot 115, r.o. 98, verwijzend naar arrest *Zenatti*, aangehaald in voetnoot 235, r.o. 36-37; arrest *Placanica e.a.*, aangehaald in voetnoot 243, r.o. 52-53.

²⁵⁴ Arrest *Markus Stoß e.a.*, aangehaald in voetnoot 115, r.o. 99-107; arrest *Carmen Media Group*, aangehaald in voetnoot 217, r.o. 66-71. Zie tevens arrest *Ladbroke's Betting & Gaming en Ladbroke's International*, aangehaald in voetnoot 242, r.o. 24-30.

²⁵⁵ *Supra*, voetnoot 231. Zie, onder meer, F. CHALTIEL, “Libre prestation de services et jeux de hasard”, *Petites Affiches* 2009(207), 6-12; L. GRYNBAUM, “Jeux et paris en ligne – revirement de la CJCE: faites vos jeux”, *Dr.Immat.* 2009(53), 44-46; J.-L. CLERGERIE, “La CJCE justifie le maintien du monopole de l’Etat sur les jeux de hasard par des ‘raisons impérieuses d’intérêt général’”, *Rec.Dalloz* 2009, 2585-2587; M. LE ROY, “La régulation de l’ouverture à la concurrence des paris en ligne par la CJCE”, *AJDA* 2009, 2185-2187; L. MINTAS, “Anmerkung zu EuGH (Große Kammer), Urteil vom 8 September 2009 – C 42/07 – Ausländische Wirtschaftsteilnehmer dürfen im Inland keine Glücksspiele über Internet anbieten”, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2009, 1373-1375; M. LIESCHING, “EuGH: Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch Internetglücksspiel-Monopol”, *Multimedia & Recht* 2009, 826-827; S. PLANZER, “Liga Portuguesa – the ECJ and its mysterious ways of reasoning”, *Eur.L.Rep.* 2009, 368-374; M. WINKELMÜLLER, “Gemeinschaftsrechtskonformes Verbot von Glücksspielangeboten im Inland durch Anbieter im Ausland”, *Eur.Zeit.Wirtschafts.* 2009, 692-694; L. COSTES, “Jeux en ligne et droit communautaire: nouvelle décision de la CJCE”, *Dr.Immat.* 2009(52), 44-46; V. FORTI, “La compatibilité du monopole d’exploitation des jeux de hasard en ligne avec le principe de libre prestation des services”, *Dr.Immat.* 2009(54), 86-89; F. PICOD, “L’appréciation de la proportionnalité des restrictions des jeux de hasard. Rien ne va plus à la Cour de justice?”, *Sem.Jur.Ed.Gén.* 2009(413), 12-14; P. CASSIA, “Un monopole des jeux d’argent sur Internet est compatible avec la libre prestation des services”, *Sem.Jur.Ed.Gén.* 2009(440), 47-51; V. THOMAS, “Marché des paris sportifs: la résistance des monopoles d’Etat”, *Sem.Jur. Entrepr. & Aff.* 2009(2185), 21-23; M. AUBERT, E. BROUSSY en F. DONNAT, “Chronique de jurisprudence communautaire. Libre prestation de services – jeux de hasard”, *AJDA* 2009, 2277-2279; R. BRESICH en A. KLINGENBRUNNER, “Internetglücksspiel auf dem Prüfstand”, *Zeit.Rechtsvergl.Int’les Privat. & Europar.* 2009, 196-199; N. HOEKX, “Kansspelen op het Internet: heeft *Bwin vs. Santa Casa* de kaarten geschud?”, *DCCR* 2009, 249-253; VERBIEST en M. MONOV, “Arrêt ‘*Santa Casa*’: frein ou accélérateur à la libéralisation des jeux de hasard sur Internet?”, *JDE* 2009(163), 277-278; A. BUJALSKI, “ECJ victory for Portuguese gaming monopoly”, *Comp. & Telecomm.L.Rev.* 2010, 30-31; H.-G. DEDERER, “Stürzt das deutsche Sportwettenmonopol über das *Bwin*-Urteil des EuGH?”, *Neue Jur.Wochenschrift* 2010, 198-200; P.-A. JEANNENEY, “Existence d’un monopole national pour les jeux d’argent”, *Rev.Jur.Econ.Publ.* 2010(673), 28-31; D. GULLO, “L’arrêt ‘*Santa Casa*’: l’harmonisation n’est plus un simple pari”, *RDUE* 2010(1), 101-118; W. ZANKL, “Online-gaming: Regulierung statt Monopolisieren”, *Ecolex* 2010, 310-312; C. OHLER, “Mitgliedstaatliches Verbot des Vertriebs von Glücksspiel über das Internet. Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 8 September 2009, Rs. C-42/07 – *Liga Portuguesa de Futebol Profissional, Bwin International Ltd / Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*”, *Europarecht* 2010, 253-260; M. KIND, “EuGH für Verbot des Internetglücksspiels – *Placanica ade!*”, *Österr.Juristenzeitung* 2010, 446-450.

Voor de beoordeling van deze vraag brengt het Hof vooreerst in herinnering dat, zoals reeds aangegeven, het bij gebrek aan communautaire harmonisatie op het gebied van kansspelen aan elke lidstaat is om overeenkomstig zijn eigen waardenstelsel te beoordelen wat noodzakelijk is voor de bescherming van de betrokken belangen. De opgelegde beperkingen dienen echter evenredig te zijn met de nastreefde legitieme doelstellingen, waarbij met verwijzing naar *Hartlauer* wordt benadrukt dat de geschiktheid zal worden beoordeeld in functie van de mate waarin de bestreden regeling deze doelstellingen op een coherente en systematische wijze nastreeft²⁵⁶. Als rechtvaardigingsgrond werpt de Portugese regering op dat diens regeling noodzakelijk is voor de bestrijding van de criminaliteit, meer bepaald voor de bescherming van consumenten van kansspelen tegen door marktdeelnemers gepleegde fraude. Waar het Hof dergelijke grond in *Commissie / Spanje* (*supra*, randnr. 105) nog kort afdeed als voortvloeiend uit een niet te rechtvaardigen vermoeden van criminaliteit van activiteiten van in andere lidstaten gevestigde instellingen, wordt zij in voorliggende zaak niet enkel legitiem bevonden, maar tevens geschikt en noodzakelijk²⁵⁷. Het verschil tussen beide zaken kan grotendeels toegeschreven worden aan het feit dat de in *Bwin* aan de orde zijnde regeling zonder onderscheid van toepassing is op ingezetenen en niet-ingezetenen, terwijl de regeling in *Commissie / Spanje* zonder meer discriminatoir was.

Bovendien staat vast dat een exclusiviteitsregeling als vervat in de Portugese bepalingen inderdaad geschikt kan zijn om de exploitatie van kansspelen beter te controleren. Een belangrijke overweging eigen aan de feiten van voorliggende zaak is daarbij de omstandigheid dat de kansspelen door Bwin International aangeboden werden via het Internet. Het Hof stelt daarbij dat de sector van de via het Internet aangeboden kansspelen niet geharmoniseerd is op Unieniveau, zodat “een lidstaat van oordeel [kan] zijn dat het enkele feit dat een marktdeelnemer als Bwin rechtmatig via het Internet dergelijke diensten aanbiedt in een andere lidstaat waar hij is gevestigd en in beginsel reeds aan wettelijke voorwaarden en aan controles wordt onderworpen door de bevoegde autoriteiten van deze staat, niet kan worden beschouwd als een voldoende waarborg dat de nationale consumenten worden beschermd tegen het risico van fraude en criminaliteit, omdat het voor de autoriteiten van de lidstaat van vestiging in een dergelijke context moeilijk kan zijn om de professio-

nele kwaliteiten en integriteit van de marktdeelnemers te beoordelen”²⁵⁸. Een doorslaggevende overweging is tevens dat via elektronische weg aangeboden kansspelen andere en ernstigere risico's op fraude door marktdeelnemers jegens consumenten meebrengen dan traditionele kansspelen, omdat er geen direct contact is tussen de consument en de marktdeelnemer²⁵⁹. Het Hof besluit daarom dat “de in het hoofdgeding aan de orde zijnde beperking, gelet op de bijzondere kenmerken van het aanbieden van kansspelen via het Internet, gerechtvaardigd kan zijn door de doelstelling om fraude en criminaliteit te bestrijden”²⁶⁰. Andere bijzonder kenmerken van kansspelen die op het Internet aangeboden worden, zijn de zeer gemakkelijke en permanente toegang daartoe en de potentieel grote omvang en hoge frequentie van het betrokken internationale aanbod, in een omgeving die bovendien gekenmerkt wordt door het isolement van de speler, een klimaat van anonimiteit en het ontbreken van sociale controle²⁶¹. Dit verhoogde risico maakt dan ook dat het geschikt kan zijn enkel langs het Internet aangeboden kansspelen te verbieden, ook al blijft het toegestaan om dergelijke spelen via traditionelere kanalen aan te bieden²⁶².

112. *De bevordering van de officiële talen van een lidstaat als culturele rechtvaardigingsgrond.* – De rechtspraak van het Hof inzake kansspelen toont reeds aan dat nationale regelingen met belemmerende gevolgen voor de fundamentele vrijheid van dienstverrichting doorgaans minder streng beoordeeld worden wanneer ze betrekking hebben op domeinen waarin culturele verscheidenheid en gevoeligheid een belangrijke rol spelen. Dit blijkt tevens uit het arrest *Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA)*²⁶³. Deze zaak betreft de verenigbaarheid met het vrij dienstenverkeer van een Spaanse regeling, krachtens welke televisieomroepen 5% van hun bedrijfsinkomsten moeten besteden aan de voorfinanciering van Europese bioscoop- en televisiefilms, waarvan zij bijkomend 60% moeten besteden aan producties waarvan de oorspronkelijke taal één van de officiële talen van deze lidstaat is.

Het eerste vereiste aangaande de voorfinanciering van Europese films stelt vanzelfsprekend geen problemen in het licht van de fundamentele vrijheden. De analyse van het Hof spitst zich dan ook toe op het vereiste van voorfinanciering van producties in de taal van de betrokken lidstaat. Dienaangaande had het reeds in het arrest *Groener*, alsook in het meer

²⁵⁶. Arrest *Bwin*, aangehaald in voetnoot 231, r.o. 61.

²⁵⁷. Arrest *Bwin*, aangehaald in voetnoot 231, r.o. 63-72. Beperkingen op de uitoefening van de vrijheid van diensten in het kader van kansspelen worden tevens gerechtvaardigd bevonden door de doelstelling om fraude en criminaliteit te bestrijden en de consument te beschermen in, onder meer, het arrest *Sporting Exchange*, aangehaald in voetnoot 242, r.o. 30-36.

²⁵⁸. Arrest *Bwin*, aangehaald in voetnoot 231, r.o. 69.

²⁵⁹. Arrest *Bwin*, aangehaald in voetnoot 231, r.o. 70. Zie tevens het arrest *Sporting Exchange*, aangehaald in voetnoot 242, r.o. 34.

²⁶⁰. Arrest *Bwin*, aangehaald in voetnoot 231, r.o. 72.

²⁶¹. Arrest *Carmen Media Group*, aangehaald in voetnoot 217, r.o. 103.

²⁶². Arrest *Carmen Media Group*, aangehaald in voetnoot 217, r.o. 105. Anderzijds merkt het Hof op dat het loutere feit dat illegale transacties via het Internet moeilijker te controleren en te bestraffen zijn dan andere soorten inbreuken, de doeltreffendheid van publieke monopolies op de exploitatie van kansspelen niet noodzakelijk kan wegnemen: zie arrest *Markus Stoß e.a.*, aangehaald in voetnoot 115, r.o. 86.

²⁶³. *Supra*, voetnoot 230.

recente *United Pan-Europe Communications Belgium*, aanvaard dat het doel van een lidstaat om één of meerdere van zijn officiële talen te verdedigen en te bevorderen een dwingende reden van algemeen belang is²⁶⁴. Het Hof voegt daar bij de beoordeling van de evenredigheid van de bestreden maatregel in *UTECA* aan toe dat, “[w]egens de wezenlijke band tussen taal en cultuur [...] het door een lidstaat nagestreefde doel om een of meer van zijn officiële talen te verdedigen en te bevorderen [...] niet noodzakelijkerwijs gepaard [hoeft] te gaan met andere culturele criteria om een beperking van een van de fundamentele vrijheden van het Verdrag te kunnen rechtvaardigen”²⁶⁵. Hoewel de ontvangers van de bestreden financiering hoofdzakelijk in Spanje gevestigde filmproducenten zullen zijn is dit op zich geen bewijs van een eventuele onevenredigheid van de betrokken maatregel, aangezien zulks inherent is aan het nagestreefde doel²⁶⁶.

113. Solidariteit als rechtvaardiging voor belemmeringen voortvloeiend uit de organisatie van nationale socialezekerheidsstelsels. – Reeds bij de bespreking van de vrijheid van vestiging hebben we aangegeven dat lidstaten bij de inrichting van hun socialezekerheidsstelsels een vrij grote beoordelingsmarge kennen om eventuele belemmeringen van fundamentele vrijheden te kunnen rechtvaardigen²⁶⁷. Dezelfde overweging geldt wanneer de betrokken lidstatelijke regelingen geanalyseerd worden in het licht van de verdragsbepalingen inzake het vrij dienstenverkeer. Het arrest *Kattner Stahlbau GmbH* onderzoekt in dit opzicht de verenigbaarheid met het Unierecht van een Duitse regeling die bepaalt dat ondernemingen die in een bepaald geografisch gebied tot een welbepaalde bedrijfstak behoren, verplicht zijn zich aan te sluiten bij het wettelijk bevoegde orgaan voor de afsluiting van een minimale verzekering tegen arbeidsongevallen en beroepsziekten, zonder dat de betrokken ondernemingen deze aansluiting mogen opzeggen²⁶⁸.

Het Hof brengt zijn rechtspraak van *Kohll* en *Smits en Peerbooms* in herinnering en preciseert vooreerst dat de wijze van financiering van het socialezekerheidsstelsel van lidstaten weliswaar primair een aangelegenheid van deze lidstaten is, doch dat deze bevoegdheid geenszins exclusief is en meer bepaald uitgeoefend dient te worden met inachtneming van

het Unierecht²⁶⁹. De specifieke kenmerken van de financiering van socialezekerheidsstelsels maken echter dat de in de onderhavige zaak bestreden regeling niet noodzakelijk onverenigbaar is met het vrij verkeer van diensten. Anders dan private verzekeringen wordt de sociale zekerheid immers gefinancierd door middel van bijdragen waarvan het bedrag niet strikt evenredig is aan de verzekerde risico's, in casu het risico op arbeidsongevallen en beroepsziekten. Lidstaten kunnen dergelijk solidariteitsbeginsel enkel handhaven indien ze ondernemingen in bepaalde takken van overheidswege kunnen verplichten zich aan te sluiten bij het bevoegde orgaan²⁷⁰. De Duitse regeling is derhalve in beginsel te rechtvaardigen door de dwingende reden van algemeen belang om een ernstige aantasting van het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel te voorkomen, weliswaar op voorwaarde dat de verwijzende rechter in concreto vaststelt dat de betrokken regeling ook daadwerkelijk noodzakelijk is. Daartoe pleit alvast dat de bestreden wettelijke regeling slechts in een minimale dekking voorziet, zodat niets de betrokken ondernemingen in de weg staat om zich aanvullend te verzekeren op de private markt²⁷¹.

114. Terugbetaling van in een andere lidstaat opgelopen kosten voor ziekenhuisopname. – Eén van de meest belangwekkende zaken aangaande de verenigbaarheid van lidstatelijke socialezekerheidsstelsels met de Europese verkeersvrijheden besproken in de vorige editie van deze kroniek, was het hoger reeds vermelde arrest *Watts*²⁷². In deze zaak stelde het Hof een beperking van het vrij verkeer van diensten vast door een Britse regeling die tot gevolg had 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*. Het arrest *Elchinov* bevestigt voor de hier besproken periode dat artikel 56 VWEU er in beginsel niet aan in de weg staat dat voor het recht van een patiënt om een behandeling te ondergaan in een andere lidstaat op kosten van het gezondheidsstelsel waaronder hij valt, een voorwaarde van voorafgaande toestemming wordt gesteld²⁷³. Uit *Watts* volgt immers dat dergelijke belemmering gerechtvaardigd kan worden door het vereiste het risico op ernstige aantasting van het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel te beperken²⁷⁴. Een natio-

²⁶⁴ Arrest van het Hof van 28 november 1989, C-379/87, *Groener, Jur.* 1989, 3967, r.o. 19; arrest van het Hof van 13 december 2007, C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium, Jur.* 2007, I-11135, r.o. 43.

²⁶⁵ Arrest *UTECA*, aangehaald in voetnoot 230, r.o. 33.

²⁶⁶ Arrest *UTECA*, aangehaald in voetnoot 230, r.o. 36.

²⁶⁷ Zie *supra*, randnr. 80.

²⁶⁸ Arrest van het Hof van 5 maart 2009, C-350/07, *Kattner Stahlbau GmbH, Jur.* 2009, I-1513.

²⁶⁹ Arrest van het Hof van 28 april 1998, C-158/96, *Raymond Kohll, Jur.* 1998, I-1931, r.o. 19; arrest van het Hof van 12 juli 2001, C-157/99, *Smits en Peerbooms, Jur.* 2001, I-5473, besproken in “Kroniek 1999-2001”, *TBH* 2002, p. 533 en 537, randnrs. 65 en 73, r.o. 46. Zie tevens het tijdens de besproken periode gevelde arrest van het Hof van 3 april 2008, C-103/06, *Philippe Derouin, Jur.* 2008, I-1853, r.o. 25; arrest van het Hof van 15 juni 2010, C-211/08, *Commissie / Spanje*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 53; arrest *Elchinov*, aangehaald in voetnoot 218, r.o. 40.

²⁷⁰ Arrest *Kattner Stahlbau GmbH*, aangehaald in voetnoot 268, r.o. 87-88.

²⁷¹ Zie in die zin tevens arrest van het Hof van 22 mei 2003, C-355/00, *Freskot, Jur.* 2003, I-5263, “Kroniek 2001-2003”, *TBH* 2004, p. 701, r.o. 70.

²⁷² *Supra*, voetnoot 131.

²⁷³ *Supra*, voetnoot 218, r.o. 41.

²⁷⁴ Arrest *Watts*, aangehaald in voetnoot 131, r.o. 103-105. Zie tevens arrest *Kohll*, aangehaald in voetnoot 269, r.o. 41 en 50-51; arrest *Smits en Peerbooms*, aangehaald in voetnoot 269, r.o. 72-74; arrest *Müller-Fauré en Van Riet*, aangehaald in voetnoot 131, r.o. 67 en 73.

nale regeling schendt echter het vrij dienstenverkeer indien zij dusdanig strikt is dat zij, zoals in *Elchinov*, de vergoeding van zonder voorafgaande toestemming verstrekte ziekenhuiszorg in alle gevallen uitsluit, ook indien dringende omstandigheden de zorgbehoevende verhinderden toestemming te vragen of het antwoord van het bevoegde orgaan af te wachten²⁷⁵.

115. De reikwijdte van het arrest *Watts* wordt verder verduidelijkt in een zaak naar aanleiding van een door de Commissie ingeleide inbreukprocedure tegen Spanje²⁷⁶. De zaak betreft de verenigbaarheid met de dienstenvrijheid van een nationale regeling die tot gevolg heeft dat de ziekenhuiskosten incidenteel opgelopen tijdens een verblijf door een bij het Spaanse gezondheidsstelsel aangesloten EU-burger in een andere lidstaat niet vergoed worden door het bevoegde Spaanse orgaan. Cruciaal voor een vergelijking van deze zaak met *Watts* is het in verordening 1408/71 doorgevoerde onderscheid tussen ‘geplande zorg’ en ‘onverwachte zorg’²⁷⁷. Het is vaste rechtspraak van het Hof dat het vrij dienstenverkeer beperkt wordt door een nationale regeling die geen even gunstig dekkningsniveau waarborgt aan een aangeslotene die op voorhand de toestemming heeft bekomen om zich in een ziekenhuis in een andere lidstaat te laten opnemen, als dat niveau waarop hij recht gehad zou hebben indien hij in een ziekenhuis in de lidstaat van aansluiting was opgenomen²⁷⁸. Dergelijke situatie van ‘geplande zorg’, zoals onder meer aan de orde in *Watts*, dient echter onderscheiden te worden van de feitsituatie die ten grondslag ligt aan de hier besproken inbreukprocedure tegen Spanje²⁷⁹. De onvoorziene aard van kosten opgelopen naar aanleiding van een incidentele ziekenhuisopname tijdens een verblijf, bijvoorbeeld als toerist of student, in een andere lidstaat dan deze van aansluiting, sluit namelijk een beperkende werking op de verstrekking van ziekenhuiszorg door in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichters uit²⁸⁰. Bijgevolg is “te onzeker en te indirect de omstandigheid dat aangeslotenen bij het Spaanse gezondheidsstelsel ertoe kunnen worden aangezet vroegtijdig naar Spanje terug te keren om daar de ziekenhuiszorg te ontvangen die noodzakelijk is door een achteruitgang van hun gezondheidstoestand tijdens een tijdelijk verblijf in een andere lidstaat of af te zien van een reis, bijvoorbeeld een vakantiereis of een studiereis, naar een

dergelijke lidstaat, omdat zij [...] niet kunnen rekenen op een aanvullende uitkering van het bevoegde orgaan wanneer de kostprijs van een vergelijkbare behandeling in Spanje hoger is dan het dekkningsniveau in deze andere lidstaat. Derhalve kan de in het geding zijnde regeling in haar algemeenheid niet worden beschouwd als een beperking van het vrij verstrekken van ziekenhuiszorg, toeristische diensten of onderwijsdiensten”²⁸¹.

116. *Overlegging van sociale en arbeidsdocumenten bij tijdelijke terbeschikkingstelling van werknemers in een andere lidstaat.* – Het vrij verkeer van diensten heeft ook toepassing op de tijdelijke terbeschikkingstelling in een lidstaat van werknemers door een in een andere lidstaat gevestigde onderneming²⁸². Vaak wordt in dergelijke gevallen van tewerkstelling vereist dat de betrokken onderneming welbepaalde sociale en arbeidsdocumenten overlegt aan de lidstaat van ontvangst, zoals een personeelsregister en individuele rekening, teneinde de bescherming van de werknemers te waarborgen. De Belgische regeling ter zake werd in 1999 door het Hof ontoereikend bevonden in het arrest *Arblade*, onder meer wat betreft het vereiste dat de werkgever de betrokken sociale en arbeidsdocumenten opstelt naar het recht van de lidstaat van ontvangst, indien de onderneming reeds in de lidstaat van vestiging onderworpen is aan vergelijkbare verplichtingen ter bescherming van de werknemers. In dat geval zou een eenvoudige overlegging van een afschrift van de naar het recht van de lidstaat van vestiging opgemaakte documenten immers reeds kunnen volstaan²⁸³. De Belgische wetgever paste de met het vrij dienstenverkeer strijdige bevonden regeling op dit punt aan en vereist voortaan slechts dat in een andere lidstaat gevestigde werknemers een kopie van met het Belgisch recht vergelijkbare documenten ter beschikking stelt in geval van tijdelijke tewerkstelling van werknemers in België. Het arrest *Dos Santos Palhota* bevestigt nu dat deze wijziging voldoende is om de schending van artikel 56 VWEU op te heffen²⁸⁴. De Belgische regeling beperkt het vrij dienstenverkeer echter nog steeds op onrechtmatige wijze door te vereisen van de buitenlandse onderneming dat zij een voorafgaande verklaring van terbeschikkingstelling toezendt aan de Belgische autoriteiten, in de mate dat de aanvang van de voorgenomen terbeschikkingstelling afhankelijk wordt gesteld van de ken-

²⁷⁵. Arrest *Elchinov*, aangehaald in voetnoot 218, r.o. 45.

²⁷⁶. *Supra*, voetnoot 269.

²⁷⁷. Art. 22 van verordening 1408/71/EEG van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op loontrekkende en hun gezinnen, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, *Pb.* 1971, L 149/2, zoals gewijzigd en bijgewerkt bij verordening 118/97/EG van de Raad van 2 december 1996, *Pb.* 1997, L 28/1, zoals gewijzigd bij verordening 1992/2006/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2006, *Pb.* 2006, L 392/1.

²⁷⁸. Arrest *Luisi en Carbone*, aangehaald in voetnoot 221, r.o. 16; arrest van het Hof van 28 januari 1992, C-204/90, *Bachmann*, *Jur.* 1992, I-249, r.o. 31; arrest *Kohll*, aangehaald in voetnoot 269, r.o. 27; arrest van het Hof van 12 juli 2001, C-368/98, *Vanbraekel e.a.*, *Jur.* 2001, I-5363, r.o. 45.

²⁷⁹. Arrest in zaak C-211/08, *Commissie / Spanje*, aangehaald in voetnoot 269, r.o. 58.

²⁸⁰. Arrest in zaak C-211/08, *Commissie / Spanje*, aangehaald in voetnoot 269, r.o. 65.

²⁸¹. Arrest in zaak C-211/08, *Commissie / Spanje*, aangehaald in voetnoot 269, r.o. 72.

²⁸². Zie, onder meer, arrest van het Hof van 25 oktober 2001, gevoegde zaken C-49/98, C-50/98, C-52/98-C-54/98 en C-68/98-C-71/98, *Finalarte e.a.*, *Jur.* 2001, I-7831, r.o. 20.

²⁸³. Arrest van het Hof van 23 november 1999, gevoegde zaken C-369/96 en C-376/96, *Arblade e.a.*, *Jur.* 1999, I-8453, r.o. 71-79.

²⁸⁴. Arrest van het Hof van 7 oktober 2010, C-515/08, *Dos Santos Palhota e.a.*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 55-60.

nisgeving aan de werkgever van het registratienummer van die verklaring en de nationale autoriteiten van België voor die kennisgeving beschikken over een termijn van vijf werkdagen vanaf de ontvangst van de verklaring²⁸⁵.

In *Arblade* werd voorts gesteld dat de Belgische regeling inzake de overlegging van bepaalde sociale en arbeidsdocumenten tevens onverenigbaar was met artikel 56 VWEU, voor zover zij bepaalde dat de werkgever deze documenten gedurende een periode van vijf jaar na beëindiging van de tewerkstelling moet bewaren op een in de lidstaat van ontvangst gelegen woonplaats van een natuurlijke persoon, die deze documenten bijhoudt als lasthebber of aangestelde²⁸⁶. Daarbij werd reeds opgemerkt dat de ten tijde van *Arblade* toekomstige inwerkingtreding van richtlijn 96/71 spoedig elke noodzaak van dergelijke regeling zou wegnemen, aangezien deze richtlijn voorziet in een georganiseerd systeem van informatie-uitwisseling en samenwerking betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten²⁸⁷. Het bewaren van bepaalde documenten in de lidstaat van ontvangst zou bijgevolg helemaal overbodig worden²⁸⁸. De betrokken richtlijn is intussen in werking getreden en het Hof bevestigt tijdens de besproken periode dan ook dat een nationale regeling onverenigbaar is met het vrij dienstenverkeer indien zij vereist dat een in een andere lidstaat gevestigde onderneming vóór het begin van de terbeschikkingstelling bepaalde documenten die noodzakelijk zijn voor de arbeidsinspectie, neerlegt bij een in Luxemburg woonachtige ad-hocgevolmachtigde, waar ze gedurende een onbepaalde periode na beëindiging van de dienstverrichting bewaard moeten blijven²⁸⁹. Het is immers niet voldoende dat de vervulling van de sociale controleopdracht van de autoriteiten van de lidstaat van ontvangst in het algemeen wordt vergemakkelijkt doordat die documenten op het grondgebied van die staat aanwezig zijn. Dergelijke controle moet *onmogelijk* zijn zonder een lasthebber of aangestelde die de betrokken documenten bewaart in de lidstaat van terbeschikkingstelling, wat sinds de inwerkingtreding van richtlijn 96/71 geenszins meer betoogd kan worden²⁹⁰.

C. Fiscale beperkingen

117. Zoals voor fiscale belemmeringen van het vestigingsrecht geldt ook ten aanzien van het dienstenverkeer dat de directe belastingen weliswaar tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren, maar dat deze niettemin verplicht zijn deze bevoegdheid in overeenstemming met het Unierecht uit te oefenen²⁹¹. Bijgevolg zal een fiscale regeling die het vrij verkeer van diensten belemmert en objectief vergelijkbare situaties verschillend behandelt slechts toelaatbaar zijn indien zij gerechtvaardigd wordt door een legitieme grond en evenredig is met het nagestreefde doel. Een toepassing van deze beginselen vinden we terug in het arrest *Presidente del Consiglio dei Ministri*²⁹². Het Hof buigt zich in deze zaak over de verenigbaarheid met het Unierecht van een Italiaanse regeling die een regionale belasting op toeristische tussenstops van vliegtuigen bestemd voor het privévervoer van personen en van pleziervaartuigen instelt, maar deze belasting enkel van toepassing maakt op ondernemingen die hun fiscaal domicilie buiten het grondgebied van de regio hebben. Het feit dat de betrokken belasting uitgaat van een regionale overheid is irrelevant voor de beoordeling van het bestaan van een belemmering maar het regionale toepassingsgebied ervan maakt wel dat de bestreden regeling als niet-discriminatoir moet worden bestempeld vanuit het oogpunt van het Unierecht.

Na beoordeeld te hebben dat de Italiaanse regeling onder het vrij dienstenverkeer valt²⁹³, past het Hof zijn *Schumacker*-rechtspraak toe om na te gaan of de betrokken fiscale maatregel een belemmerende werking heeft²⁹⁴. Het Hof werkt deze rechtspraak tijdens de besproken periode voor wat betreft het vrij verkeer van werknemers verder uit in het arrest *Renneberg*²⁹⁵. Daarin verduidelijkt het dat een verschil in behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen een verboden beperking van het vrij verkeer vormt, wanneer er ten aanzien van de betrokken heffing geen objectief verschil bestaat dat grond kan opleveren voor een onderscheiden behandeling van de verschillende categorieën belastingplichtigen²⁹⁶. De bestreden Italiaanse regeling knoopt in casu echter niet aan bij de financiële situatie van de belastingplichtigen, maar bij het al dan niet voorkomen van tussenstops van vliegtuigen voor het privévervoer van personen en van pleziervaartuigen. Bijgevolg bevinden de belasting-

²⁸⁵ Arrest *Dos Santos Palhota e.a.*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 50-54.

²⁸⁶ Arrest *Arblade e.a.*, aangehaald in voetnoot 283, r.o. 56-70.

²⁸⁷ Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, *Pb.* 1997, L 18/1.

²⁸⁸ Arrest *Arblade e.a.*, aangehaald in voetnoot 283, r.o. 79.

²⁸⁹ Arrest van het Hof van 19 juni 2008, C-319/06, *Commissie / Luxemburg*, *Jur.* 2008, I-4323.

²⁹⁰ Arrest in zaak C-319/06, *Commissie / Luxemburg*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 92; arrest *Arblade e.a.*, aangehaald in voetnoot 283, r.o. 76. Zie tevens arrest in zaak 205/84, *Commissie / Duitsland*, aangehaald in voetnoot 143, r.o. 54.

²⁹¹ Zie arrest in zaak C-153/08, *Commissie / Spanje*, aangehaald in voetnoot 119, r.o. 28.

²⁹² *Supra*, voetnoot 219.

²⁹³ Zie *supra*, randnr. 99.

²⁹⁴ Arrest *Schumacker*, aangehaald in voetnoot 195, r.o. 33.

²⁹⁵ Arrest van het Hof van 16 oktober 2008, C-527/06, *Renneberg*, *Jur.* 2008, I-7735.

²⁹⁶ Arrest *Renneberg*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 60.

plichtigen zich in *Presidente del Consiglio dei Ministri* in een objectief vergelijkbare situatie en maakt de verschillende behandeling een beperking van het vrij verkeer van diensten uit²⁹⁷. De door de Italiaanse regering opgeworpen rechtvaardigingsgronden richten zich op de noodzaak het milieu en de volksgezondheid te beschermen alsook op het vereiste van een coherent belastingsysteem. Het is duidelijk dat een maatregel als deze in het hoofdgeding niet geschikt

is om het voorgewende doel van milieubescherming te bereiken. De bestreden Italiaanse regeling valt evenmin te rechtvaardigen uit hoofde van de noodzaak de coherentie van het belastingsysteem te handhaven. Zulke rechtvaardigingsgrond vereist immers dat een rechtstreeks verband bestaat tussen het betrokken fiscale voordeel en de compensatie van dit voordeel door een bepaalde heffing²⁹⁸. Dergelijk verband is duidelijk niet aanwezig in voorliggende zaak²⁹⁹.

IV. VRIJ VERKEER VAN KAPITAAL

118. *Verhouding met de andere fundamentele vrijheden.* – De besproken periode zag wederom een gestage toename in het relatieve aandeel van zaken aangaande het vrij kapitaalverkeer³⁰⁰. Het Hof behandelt vele daarvan echter uiteindelijk vanuit het oogpunt van één of meerdere andere fundamentele vrijheden. Met betrekking tot de vraag of een nationale wettelijke regeling onder de ene of de andere door het VWEU gewaarborgde vrijheid valt, blijkt uit vaste rechtspraak dat het Hof hoofdzakelijk kijkt naar het voorwerp van de wettelijke regeling in kwestie³⁰¹. Het Hof zal een maatregel daarbij in beginsel slechts uit het oogpunt van één vrijheid onderzoeken indien blijkt dat in de omstandigheden van het hoofdgeding één van de vrijheden volledig ondergeschikt is aan de andere en daarmee kan worden verbonden³⁰² (zie tevens *supra*, randnr. 15). Wat betreft de verhouding van het vrij kapitaalverkeer met de vestigingsvrijheid impliceert dit dat wanneer een onderzochte regeling van toepassing is op een deelneming die aan de houder ervan een zodanige invloed op de besluiten van de vennootschap verleent dat deze de activiteiten ervan te bepalen, de bepalingen betreffende de vrijheid van vestiging van toepassing zijn, met uit-

sluiting van het vrij verkeer van kapitaal³⁰³. Wanneer de lidstatelijke regeling echter van toepassing is ongeacht de grootte van de deelneming van de aandeelhouder in een vennootschap, dient zij zowel aan artikel 49 VWEU als aan artikel 63 VWEU (ex art. 56 EG) te worden getoetst³⁰⁴.

119. *Toegestane ongelijke behandelingen vs. willekeurige discriminaties.* – Het Hof gaat steeds in concreto na of er sprake is van een met het Unierecht strijdige belemmering van het vrij verkeer van kapitaal. Daarbij legt het sterk de nadruk op een correcte lezing van de relevante verdragsbepalingen. Overeenkomstig artikel 65, 1., sub a) VWEU (ex art. 58, 1., sub a) EG) doet artikel 63 VWEU niets af aan het recht van de lidstaten “*de ter zake dienende bepalingen van hun belastingwetgeving toe te passen die onderscheid maken tussen belastingplichtigen die niet in dezelfde situatie verkeren met betrekking tot hun vestigingsplaats of de plaats waar hun kapitaal is belegd*”. Deze bepaling moet, als uitzondering op het fundamentele beginsel van het vrij verkeer van kapitaal, echter strikt worden uitgelegd en kan bijgevolg niet betekenen dat elke belastingwetgeving die tussen belasting-

²⁹⁷. Arrest *Presidente del Consiglio dei Ministri*, aangehaald in voetnoot 219, r.o. 34-39.

²⁹⁸. Zie arrest van het Hof van 16 juli 1998, C-264/96, *ICI*, *Jur.* 1998, I-4695, besproken in “Kroniek 1997-1999”, *TBH* 1999, p. 764-765, randnr. 57, r.o. 29; arrest van het Hof van 23 februari 2006, C-471/04, *Keller Holding*, *Jur.* 2006, I-2107, r.o. 40. Het Hof verwijst voor de beoordeling van deze laatste rechtvaardigingsgrond uitdrukkelijk naar de zaak *Aberdeen* (aangehaald in voetnoot 142), waarin het besloot tot onverenigbaarheid met het vestigingsrecht van een Finse nationale regeling waarbij dividenden die worden uitgekeerd door een in deze staat ingezeten dochtervennootschap aan een in dezelfde staat gevestigde naamloze vennootschap of beleggingsmaatschappij, van bronbelasting worden vrijgesteld, terwijl soortgelijke dividenden die worden uitgekeerd aan een in een andere lidstaat gevestigde moedervennootschap die krachtens de wettelijke regeling van deze laatste is vrijgesteld van inkomstenbelasting, wel aan deze bronbelasting is onderworpen.

²⁹⁹. Arrest *Presidente del Consiglio dei Ministri*, aangehaald in voetnoot 219, r.o. 47-48.

³⁰⁰. De zaak die het meeste ophef veroorzaakte tijdens de besproken periode is ongetwijfeld *Kadi en Al Barakaat* (arrest van 3 september 2008, gevoegde zaken C-402/05 P en C-415/05 P, *Kadi en Al Barakaat*, *Jur.* 2008, I-6351). Het grote belang van deze zaak is evenwel niet zozeer gelegen in de concrete toepassing van de bepalingen inzake het vrij verkeer van kapitaal op de feiten van de voorgelegen zaak, als wel in de verduidelijking van de verhouding tussen Unierecht en internationaal publiekrecht. Voor een bespreking van deze zaak wordt de lezer dan ook doorverwezen naar meer specifieke rechtsleer aangaande deze problematiek.

³⁰¹. Arrest van het Hof van 27 januari 2009, C-318/07, *Hein Persche*, *Jur.* 2009, I-359, r.o. 28; arrest in zaak C-326/07, *Commissie / Italië*, aangehaald in voetnoot 155, r.o. 33; arrest *Glaxo Wellcome*, aangehaald in voetnoot 115, r.o. 36.

³⁰². Arrest van het Hof van 3 oktober 2006, C-452/04, *Fidium Finanz AG*, *Jur.* 2006, I-9521, besproken in “Kroniek 2005-2007”, *TBH* 2009, p. 116, randnr. 106, r.o. 34; arrest *Glaxo Wellcome*, aangehaald in voetnoot 115, r.o. 37. Zo beslist het Hof tijdens voorliggende periode dat een maatregel die de verkoop van alcoholvrije dranken en eetwaren kan belemmeren niet afzonderlijk onderzocht dient te worden vanuit het oogpunt van het vrij verkeer van goederen, aangezien dit aspect in de betrokken zaak volledig bijkomstig is ten opzichte van dat van het vrij verrichten van diensten en ermee verbonden kan worden: zie arrest *Josemans*, aangehaald in voetnoot 39, r.o. 50. Ook zal het Hof beperkingen van de vrijheid van vestiging niet onderzoeken voor zover deze onlosmakelijk verbonden zijn met eerder besproken belemmeringen van het vrij verkeer van kapitaal: zie arrest van het Hof van 8 juli 2010, C-171/08, *Commissie / Portugal*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 80.

³⁰³. Arrest *Heinrich Bauer Verlag Beteiligungs GmbH*, aangehaald in voetnoot 194, r.o. 27; arrest *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*, aangehaald in voetnoot 142, r.o. 34; arrest van het Hof van 19 november 2009, C-314/08, *Krzysztof Filipiak*, *Jur.* 2009, I-11049, r.o. 52.

³⁰⁴. Arrest in zaak C-326/07, *Commissie / Italië*, aangehaald in voetnoot 155, r.o. 36; arrest in zaak C-531/06, *Commissie / Italië*, aangehaald in voetnoot 125, r.o. 40; arrest in zaak C-543/08, *Commissie / Portugal*, aangehaald in voetnoot 70, r.o. 43.

plichtigen een onderscheid maakt naar gelang hun vestigingsplaats of van de lidstaat waar zij hun kapitaal beleggen, automatisch verenigbaar is met het VWEU. De in artikel 65, 1., sub a) VWEU bedoelde afwijking wordt immers zelf beperkt door artikel 65, 3. VWEU, dat bepaalt dat de in lid 1 van dit artikel bedoelde nationale maatregelen “geen middel tot willekeurige discriminatie [mogen] vormen, noch een verkapte beperking van het vrij kapitaalverkeer en betalingsverkeer als omschreven in artikel 63”. Bijgevolg, zo benadrukt het Hof in de besproken periode meermaals, “moet een onderscheid worden gemaakt tussen de krachtens artikel 58, 1., sub a) EG toegestane ongelijke behandelingen en de op grond van lid 3 van dit artikel verboden willekeurige discriminaties”³⁰⁵.

120. Interpretatie van het begrip ‘kapitaalverkeer’. – Het Hof herinnert eraan dat, aangezien het VWEU geen definitie bevat van het begrip ‘kapitaalverkeer’, de nomenclatuur in de bijlage bij richtlijn 88/361/EEG indicatieve waarde heeft, waarbij het benadrukt dat de lijst in deze richtlijn geenszins uitputtend is³⁰⁶. In dit opzicht bevestigt het Hof in verscheidene arresten tijdens de hier besproken periode dat erfopvolgingen, die hierin bestaan dat één of meerdere personen de nalatenschap van een overledene verkrijgen, vallen onder rubriek XI van bijlage I bij richtlijn 88/361, met het opschrift ‘Kapitaalverkeer van persoonlijke aard’. Bijgevolg kunnen dergelijke erfopvolgingen, ongeacht of zij geldsommen, onroerende of roerende goederen betreffen, kapitaalverkeer in de zin van artikel 63 VWEU vormen, tenzij alle constituerende elementen binnen één lidstaat gelegen zijn³⁰⁷. Aangezien de betrokken rubriek geen onderscheid maakt tussen verrichtingen in geld en verrichtingen in natura, kan de fiscale behandeling van giften in natura volgens het Hof in beginsel ook onder de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van kapitaal vallen³⁰⁸. Om vergelijkbare redenen valt de fiscale behandeling van schenkingen met een grensoverschrijdend element tevens onder deze bepalingen³⁰⁹.

121. Successierechten. – Een prominent thema tijdens de besproken periode zijn beperkingen op het vrij kapitaalverkeer door lidstatelijke regelingen inzake successierechten en giften in natura. Het Hof brengt daarbij doorgaans het in *Barbier* ontwikkelde criterium van de waardevermindering van de nalatenschap naar voor als toetssteen om te bepalen of er sprake is van een beperking van de betrokken vrijheid³¹⁰. Zo dient het Hof zich in *Theodor Jäger* uit te spreken over de verenigbaarheid met het vrij kapitaalverkeer van een Duitse regeling die tot gevolg heeft dat de nalatenschap van een in Duitsland woonachtige erflater aan een Franse staatsburger die tevens een in Frankrijk gelegen voor de land- en bosbouw gebruikt goed omvat, in Duitsland aan een hogere successiebelasting onderworpen wordt dan verschuldigd zou zijn indien de tot de nalatenschap behorende goederen uitsluitend in Duitsland gelegen waren³¹¹. De daaruit voortvloeiende waardevermindering van de erfenis komt neer op een duidelijke beperking van het vrij verkeer van kapitaal. Deze heeft bovendien betrekking op objectief vergelijkbare situaties, aangezien het successierecht rechtstreeks berekend wordt op basis van de waarde van de tot de erfenis behorende zaken. Reeds in het arrest *Festersen* aanvaardde het Hof dat doelstellingen in verband met het voortbestaan van de activiteit van land- en bosbouwondernemingen, alsmede met het behoud van de werkgelegenheid in deze ondernemingen, in geval van erfopvolging in bepaalde omstandigheden een dwingende reden van algemeen belang kunnen uitmaken³¹². Hoewel deze doelstellingen tevens legitiem bevonden worden voor de in *Jäger* aan de orde zijnde regeling, zijn zij volgens het Hof echter niet noodzakelijk om de betrokken belastingvoordelen te ontzeggen aan erven die een buiten Duitsland gelegen voor de land- en bosbouw gebruikt goed verkrijgen. Het feit dat de toepassing van deze voordelen op in andere lidstaten gelegen goederen praktische moeilijkheden met zich meebrengt kan een belemmering van het kapitaalverkeer niet rechtvaardigen³¹³.

³⁰⁵ Arrest van het Hof van 17 januari 2008, C-256/06, *Theodor Jäger*, *Jur.* 2008, I-123, r.o. 42; arrest van het Hof van 11 september 2008, C-11/07, *Hans Eckelkamp e.a.*, *Jur.* 2008, I-6845, r.o. 59; arrest van het Hof van 11 september 2008, C-43/07, *D.M.M.A. Arens-Sikken*, *Jur.* 2008, I-6887, r.o. 53; arrest van het Hof van 22 april 2010, C-510/08, *Mattner*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 34.

³⁰⁶ Richtlijn 88/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag (ingetrokken bij het Verdrag van Amsterdam), *Pb.* 1988, L 178/5. Zie, onder meer, arrest van het Hof van 12 februari 2009, C-67/08, *Margarete Block*, *Jur.* 2009, I-883, r.o. 19; arrest *Theodor Jäger*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 24; arrest in zaak C-171/08, *Commissie / Portugal*, aangehaald in voetnoot 302, r.o. 49; arrest in zaak 543/08, *Commissie / Portugal*, aangehaald in voetnoot 304, r.o. 46.

³⁰⁷ Arrest *Arens-Sikken*, aangehaald in voetnoot 305, r.o. 30; arrest *Eckelkamp*, aangehaald in voetnoot 305, r.o. 39; arrest *Block*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 20.

³⁰⁸ Arrest *Persche*, aangehaald in voetnoot 301, r.o. 26-27.

³⁰⁹ Zie arrest *Mattner*, aangehaald in voetnoot 305, r.o. 20.

³¹⁰ Arrest van het Hof van 11 december 2003, C-364/01, *Barbier*, *Jur.* 2003, I-15013, r.o. 62.

³¹¹ *Supra*, voetnoot 305.

³¹² Arrest van het Hof van 25 januari 2007, C-370/05, *Festersen*, *Jur.* 2007, I-1129, besproken in “Kroniek 2005-2007”, *TBH* 2009, p. 123, randnr. 125, r.o. 28.

³¹³ Arrest *Theodor Jäger*, aangehaald in voetnoot 305, r.o. 50-55.

122. In het op *Jäger* voortbouwende arrest *Eckelkamp* wordt een aspect van de Belgische successieregeling op de proef gesteld³¹⁴. Volgens de betrokken regeling is de aftrek van schulden die rusten op een in België gelegen onroerende zaak enkel mogelijk indien de erflater op het tijdstip van zijn overlijden in deze lidstaat woonachtig is. Zoals in *Jäger* en *Barbier* is er in *Eckelkamp* sprake van een regeling die het vrij kapitaalverkeer beperkt doordat zij leidt tot een waardevermindering van de erfenis indien de erflater bij zijn overlijden in een andere lidstaat woonde³¹⁵. In navolging van *Jäger* stelt het Hof bij de beoordeling van de betrokken beperking vast dat het daaruit voortvloeiende verschil in behandeling niet gerechtvaardigd kan worden doordat het zou zien op objectief onvergelykbare situaties. Immers, door de nalatenschappen van erfslaters met en zonder laatste woonplaats in België voor de heffing van belastingen in alles gelijk te behandelen behalve voor de aftrek van schulden, erkent de nationale wetgever dat tussen beide categorieën van erfslaters geen objectief verschil in situatie bestaat dat een verschillende behandeling zou kunnen rechtvaardigen³¹⁶.

Het Hof gaat vervolgens na of de Belgische regeling gerechtvaardigd kan worden door de in beginsel legitieme doelstelling een dubbele aftrek van schulden te vermijden. In dit opzicht had het reeds in *Barbier* gesteld dat een ingezetene van de Unie de mogelijkheid om zich op de bepalingen van het Verdrag te beroepen niet kan worden ontnomen op grond dat hij profiteert van fiscale voordelen die rechtmatig geboden worden door voorschriften die in een andere lidstaat dan zijn woonstaat gelden³¹⁷. Hieruit volgt dat “[d]e lidstaat waarin de nagelaten onroerende zaak is gelegen, [...] zich ter rechtvaardiging van een uit zijn regeling voortvloeiende beperking van het vrij verkeer van kapitaal niet [kan] beroepen op de van zijn wil onafhankelijk bestaande mogelijkheid dat een belastingkrediet wordt toegekend door een andere lidstaat, zoals de lidstaat waarin de erflater woonde op het tijdstip van zijn overlijden, dat een gehele of gedeeltelijke compensatie kan vormen van de schade die zijn erfgenamen hebben geleden als gevolg van de niet-aftrekbaarheid, in de lidstaat waarin de nagelaten onroerende zaak is gelegen, van de schulden op deze onroerende zaak bij de berekening van de rechten van overgang”³¹⁸.

123. *Dubbele belastingen als potentiële belemmering van het vrij kapitaalverkeer.* – De redenering van het Hof in *Eckelkamp* is gebaseerd op de vaststelling dat een lidstaat zich niet kan beroepen op de unilaterale bepalingen van een andere lidstaat om te ontsnappen aan de verplichtingen die op hem rusten krachtens het VWEU³¹⁹. Deze relatieve onafhankelijkheid van de belastingstelsels binnen de Unie werkt echter in twee richtingen en impliceert meer bepaald ook dat lidstaten niet verplicht kunnen worden hun belastingstelsel aan te passen aan de stelsels van andere lidstaten. Deze bevinding staat centraal in het arrest *Block*³²⁰. De verwijzende rechter in deze zaak wenst te vernemen of de verdragsbepalingen van het vrij kapitaalverkeer zich verzetten tegen een Duitse regeling, in het kader waarvan de door een in deze lidstaat ingezetene erfgenaam verschuldigde successierechten over banktegoeden bij een financiële instelling in een andere lidstaat, worden berekend zonder dat, wanneer de erflater bij zijn overlijden in Duitsland woonde, met de in deze lidstaat verschuldigde successierechten de in de andere lidstaat betaalde successierechten worden verrekend. Anders dan in de hoger besproken zaken oordeelt het Hof dat de bestreden maatregel geen verboden beperking inhoudt van het vrij verkeer van kapitaal. De verschuldigde successierechten worden immers berekend op basis van dezelfde heffingsbepalingen, ongeacht of de financiële instelling die de betrokken banktegoeden verschuldigd is in Duitsland of in een andere lidstaat gevestigd is³²¹.

Het staat vast dat de bestreden regeling leidt tot een hogere fiscale last wanneer banktegoeden uitstaan bij een financiële instelling in een andere lidstaat die er reeds successierechten over geheven heeft, dan bij een in Duitsland gevestigde instelling. Het Hof had echter reeds in zijn arresten *Kerckhaert en Morres*³²² en *Columbus Container Services*³²³ verduidelijkt dat deze loutere vaststelling de Duitse maatregel nog niet onregelmatig maakt, aangezien het betrokken fiscale nadeel slechts het gevolg is van de parallelle uitoefening door twee lidstaten van hun eigen fiscale bevoegdheid³²⁴. Niettegenstaande de in (het thans opgeheven) artikel 293 EG ingeschreven opdracht voor lidstaten om overeenkomsten te sluiten ter voorkoming van dubbele belasting, “[voorziet het] Gemeenschapsrecht [...] in de huidige stand van zijn

³¹⁴. *Supra*, voetnoot 305. De redenering van het Hof in dit arrest vertoont sterke gelijkenissen met de wijze waarop het arrest *Arens-Sikken*, aangehaald in voetnoot 305, afgehandeld wordt. Deze zaak betreft de verenigbaarheid met het vrij kapitaalverkeer van een Nederlandse regeling aangaande het recht van successie en het recht van overgang die verschuldigd zijn over een in deze lidstaat gelegen onroerende zaak, waarin, bij de berekening van deze rechten, niet wordt toegestaan dat de overbedelingsschulden ten gevolge van een testamentaire ouderlijke boedelverdeling in aftrek worden gebracht wanneer de erflater op het tijdstip van zijn overlijden niet woonde in de lidstaat waarin deze onroerende zaak is gelegen, maar in een andere lidstaat, terwijl deze aftrekbaarheid wel is voorzien wanneer de betrokken persoon op het tijdstip van zijn overlijden woonde in de lidstaat waarin de onroerende zaak is gelegen.

³¹⁵. Zie voor een vergelijkbare beperking van het kapitaalverkeer op het vlak van schenkingen het arrest *Mattner*, aangehaald in voetnoot 305.

³¹⁶. Zie tevens arrest *Arens-Sikken*, aangehaald in voetnoot 305, r.o. 57. Voor het recht van vestiging werd dezelfde overweging gemaakt in arrest *Denkavit*, aangehaald in voetnoot 189, r.o. 35.

³¹⁷. Arrest *Barbier*, aangehaald in voetnoot 310, r.o. 71.

³¹⁸. Arrest *Eckelkamp*, aangehaald in voetnoot 305, r.o. 68. Zie tevens arrest *Arens-Sikken*, aangehaald in voetnoot 305, r.o. 65.

³¹⁹. Arrest van het Hof van 8 november 2007, C-379/05, *Amurta*, *Jur.* 2007, I-9569, r.o. 78; arrest *Arens-Sikken*, aangehaald in voetnoot 305, r.o. 66.

³²⁰. *Supra*, voetnoot 306.

³²¹. Arrest *Block*, aangehaald in voetnoot 306, r.o. 23-25.

³²². Arrest van het Hof van 14 november 2006, C-513/04, *Kerckhaert en Morres*, *Jur.* 2006, I-10967, r.o. 20.

³²³. Arrest van het Hof van 6 december 2007, C-298/05, *Columbus Container Services*, *Jur.* 2007, I-10451, r.o. 43.

³²⁴. Arrest *Block*, aangehaald in voetnoot 306, r.o. 28.

ontwikkeling [immers] niet in algemene criteria voor de verdeling van de bevoegdheden tussen de lidstaten ter zake van de afschaffing van dubbele belasting binnen de Europese Gemeenschap. [...] Daaruit vloeit voort dat de lidstaten, mits zij het Gemeenschapsrecht in acht nemen, bij de huidige stand van ontwikkeling van het Gemeenschapsrecht over een zekere autonomie ter zake beschikken, zodat zij niet verplicht zijn om hun belastingstelsel aan te passen aan de verschillende belastingstelsels van de andere lidstaten om met name dubbele belasting als gevolg van de parallelle uitoefening door deze staten van hun fiscale bevoegdheden te voorkomen³²⁵. Lidstaten kunnen bijgevolg niet verplicht worden de aftrek van successierechten mogelijk te maken wanneer zij betaald zijn in een andere lidstaat dan die waar de erfgenaam woont.

124. Het Hof gaat voort op de in *Block* ontwikkelde redenering in het arrest *Damseaux*, uitgesproken op verwijzing van de rechtbank van eerste aanleg te Luik³²⁶. De betrokken rechter stelt de vraag of het verenigbaar is met het vrij kapitaalverkeer dat een tussen België en Frankrijk gesloten bilateraal belastingverdrag dividendend door een in de ene lidstaat gevestigde vennootschap uitgekeerd aan een in de andere lidstaat wonende aandeelhouder in beide lidstaten belast, zonder dat de lidstaat waar de aandeelhouder woont, de daaruit voortvloeiende dubbele belasting voorkomt. Het Hof herhaalt dat dubbele belastingen op zich geen verboden belemmering van het vrij kapitaalverkeer uitmaken zolang er op communautair niveau geen unificatiemaatregel tot afschaffing van dubbele belastingen bestaat. Hieruit volgt dan ook dat de woonstaat niet verplicht kan worden een dubbele belasting van dividendend te voorkomen, aangezien zulks erop zou neerkomen dat inzake de belasting van dit soort inkomsten voorrang verleend zou worden aan de bronstaat³²⁷.

125. *Aftrekbaarheid van giften aan instellingen van algemeen nut.* – De onderhavige periode levert ook enkele zaken op die de rechtspraak van het Hof inzake kapitaalverkeer uit de vorige aflevering van deze kroniek verduidelijken. Eén van deze zaken is het arrest *Persche*, waarin het Hof de implicaties van zijn *Stauffer*-arrest toelicht³²⁸. In deze laatste zaak verklaarde het Hof een nationale regeling onverenigbaar met de bepalingen van het vrij verkeer van kapitaal, aangezien zij de inkomsten uit verhuur die in beginsel onbeperkt belastingplichtige stichtingen van algemeen nut in 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.

De bestreden regeling in *Persche* betreft een Duitse maatregel die giften aan instellingen van algemeen nut enkel fiscaal aftrekbaar maakt indien zij in Duitsland gevestigd zijn. Bij de beoordeling van deze maatregel put het Hof nadrukkelijk uit zijn *Stauffer*-rechtspraak. In eerste instantie erkent het Hof dat een lidstaat de toekenning van fiscale voordelen in beginsel mag voorbehouden aan instellingen die sommige van zijn doelstellingen van algemeen nut nastreven³²⁹. Het voegt daar echter onmiddellijk aan toe dat deze voordelen niet uitsluitend voorbehouden mogen worden aan instellingen die op zijn grondgebied gevestigd zijn en waarvan de activiteiten de betrokken lidstaat bijgevolg van sommige van zijn taken kunnen ontlasten³³⁰. De noodzaak om derving van belastinginkomsten te voorkomen wordt immers niet aanvaard door het Hof als dwingende reden van algemeen belang³³¹.

Verder was reeds in *Stauffer* duidelijk gesteld dat, wanneer een stichting die in een lidstaat is erkend als van algemeen nut tevens voldoet aan de daartoe in de wetgeving van een andere lidstaat gestelde voorwaarden en de bevordering van identieke EU-belangen nastreeft, hetgeen de nationale autoriteiten van deze laatste staat, de rechterlijke instanties daaronder begrepen, dienen te beoordelen, de autoriteiten van deze lidstaat deze stichting het recht op gelijke behandeling niet kunnen weigeren op de enkele grond dat zij niet op hun grondgebied is gevestigd³³². Aangezien beide soorten instellingen bijgevolg in een objectief vergelijkbare situatie verkeren dient de verschillende behandeling door de betrokken Duitse regeling gerechtvaardigd te worden door een dwingende reden van algemeen belang. Dienaangaande werpt de Duitse regering op dat de bestreden maatregel gerechtvaardigd wordt door de noodzaak om de doeltreffendheid van de fiscale controles te waarborgen en door de problemen die de lidstaat van de schenker kan hebben bij de controle of dergelijke instellingen wel voldoen aan de nationale voorwaarden om erkend te worden als instelling van algemeen nut. In het kader van het vrij verrichten van diensten heeft het Hof tijdens de besproken periode echter reeds geoordeeld dat louter administratieve lasten en praktische moeilijkheden niet kunnen rechtvaardigen dat afbreuk wordt gedaan aan de communautaire vrijheden³³³. Niets belet de betrokken lidstaat

³²⁵ Arrest *Block*, aangehaald in voetnoot 306, r.o. 30-31.

³²⁶ Arrest van het Hof van 16 juli 2009, C-128/08, *Jacques Damseaux*, *Jur.* 2009, I-6823.

³²⁷ Arrest *Damseaux*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 32.

³²⁸ *Supra*, voetnoot 301. Zie arrest van het Hof van 14 september 2006, zaak C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, *Jur.* 2006, I-8203, besproken in “Kroniek 2005-2007”, *TBH* 2009, p. 122-123, randnrs. 122-123.

³²⁹ Arrest *Stauffer*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 57.

³³⁰ Arrest *Persche*, aangehaald in voetnoot 301, r.o. 44.

³³¹ Zie, onder meer, arrest van het Hof van 7 september 2004, C-319/02, *Manninen*, *Jur.* 2004, I-7477, besproken in “Kroniek 2003-2005”, *TBH* 2006, p. 306, randnr. 116, r.o. 49.

³³² Arrest *Stauffer*, aangehaald in voetnoot 328, r.o. 40; arrest *Persche*, aangehaald in voetnoot 301, r.o. 49.

³³³ Zie arrest in zaak C-319/06, *Commissie / Luxemburg*, aangehaald in voetnoot 289.

immers om te verlangen dat de belastingplichtige alle bewijsstukken overlegt om zulks na te gaan³³⁴. Bovendien stelt richtlijn 77/799 een systeem in dat er specifiek op ziet dat nationale belastingdiensten andere lidstaten kunnen verzoeken om inlichtingen die de verzoekende lidstaat zelf niet kan verkrijgen³³⁵.

126. Doeltreffendheid van fiscale controles als rechtvaardigingsgrond. – Het voorhanden zijn van richtlijnen die de uitwisseling van inlichtingen inzake directe belastingen vergemakkelijken kan niet in alle omstandigheden verhinderen dat een belemmerende nationale regelgeving blijft bestaan op grond van de noodzaak de doeltreffendheid van fiscale controles te waarborgen. Dit blijkt uit het arrest in *X en E.H.A. Passenheim-Van Schoot*³³⁶. De bestreden regeling in deze zaken betreft een Nederlandse wet die een langere navorderingstermijn instelt voor gevallen waarin spaartegoeden en/of inkomsten uit dergelijke tegoeden voor de belastingautoriteiten verzwegen worden wanneer deze tegoeden in een andere lidstaat dan Nederland zijn aangehouden. De belemmering van het vrij verkeer van kapitaal die uit deze regeling voortvloeit kan volgens het Hof gerechtvaardigd worden door de noodzaak van een doeltreffende fiscale controle. Het feit dat de bestreden regeling in het geval van in het buitenland gehouden tegoeden de navorderingstermijn verlengt ongeacht of de Nederlandse autoriteiten in een concreet geval over middelen beschikken om de noodzakelijke inlichtingen te verkrijgen van een andere lidstaat door middel van richtlijn 77/799, maakt haar volgens het Hof nog niet onevenredig. Het benadrukt dat een lidstaat, “[o]nverminderd de eventueel toepasselijke communautaire harmonisatievoorschriften [niet kan] worden verplicht, zijn regeling inzake fiscale controles af te stemmen op de specifieke toestand die in elke andere lidstaat of derde staat heerst”³³⁷.

127. Om de redenering van het Hof te begrijpen is het belangrijk het systeem van richtlijn 77/799 kort toe te lichten. Artikel 2 van deze richtlijn staat de autoriteiten van een lidstaat slechts toe om voor een welbepaald geval contact op te nemen met de bevoegde autoriteiten van een andere lidstaat teneinde inlichtingen in te winnen. Artikel 3 voorziet weliswaar in de mogelijkheid van een meer algemene automatische informatie-uitwisseling, doch zulks is slechts facultatief. Aangezien het tot de soevereine bevoegdheid van de lidstaten behoort om al dan niet gebruik te maken van deze mogelijkheid, kan het Hof hier bij zijn beoordeling geen rekening mee houden³³⁸. Hieruit volgt dat de evenre-

digheid van de bestreden maatregel in het geval van *X en E.H.A. Passenheim-Van Schoot*, anders dan in *Persche*, niet afhankelijk is van de inroepbaarheid van richtlijn 77/799³³⁹. Het Hof benadrukt wel dat deze redenering enkel opgaat in de veronderstelling dat de bevoegde Nederlandse autoriteiten geen aanwijzingen hebben over het bestaan van verzwegen tegoeden in het buitenland, aangezien enkel in die omstandigheid geen gebruik gemaakt kan worden van een regeling voor uitwisseling van inlichtingen³⁴⁰. Beschikt zij wel over dergelijke aanwijzingen, dan kan de bestreden regeling niet gerechtvaardigd worden door de noodzaak van een doeltreffende fiscale controle.

128. Een laatste zaak met betrekking tot de verenigbaarheid met het kapitaalverkeer van een fiscale maatregel op grond van de doeltreffendheid van fiscale controles is het arrest *Dijkman*³⁴¹. In deze zaak stelt het Hof dat artikel 63 VWEU geschonden wordt door een Belgische belastingmaatregel, volgens welke ingezetene belastingplichtigen van deze lidstaat die interesten of dividenden uit beleggingen of investeringen in een andere lidstaat ontvangen, onderworpen zijn aan een aanvullende gemeentebelasting wanneer zij er niet voor hebben geopteerd zich deze roerende inkomsten te laten uitbetalen door een in hun woonstaat gevestigde tussenpersoon. Soortgelijke inkomsten die voortvloeien uit beleggingen of investeringen in hun woonstaat hoeven daarentegen niet te worden aangegeven en zijn in dat geval ook niet onderworpen aan de aanvullende gemeentebelasting, aangezien zij reeds aan een bronheffing zijn onderworpen.

In eerste instantie stelt het Hof dat de bestreden maatregel een beperking van het vrij kapitaalverkeer inhoudt. De situatie van de verschillend behandelde categorieën rechtsonderhorigen is immers objectief vergelijkbaar. Bovendien is het vaste rechtspraak dat “andere voordelen er niet voor [kunnen] zorgen dat een ongunstige fiscale behandeling die indruist tegen een fundamentele vrijheid, verenigbaar is met het recht van de Unie, als deze andere voordelen al bestaan”³⁴². Bijgevolg verwerpt het Hof het door de Belgische regering opgeworpen argument van compensatie van de bestreden nadelige fiscale behandeling door een eventueel cashflowvoordeel. Ten slotte kunnen ook de rechtvaardigingsgronden betreffende de doeltreffendheid van de fiscale controles en de samenhang van het Belgische belastingstelsel niet aanvaard worden. In het eerste geval lijkt het verweer van de regering immers voornamelijk ingegeven door verhoogde praktische moeilijkheden bij de controle van

³³⁴. Arrest *Persche*, aangehaald in voetnoot 301, r.o. 54.

³³⁵. Richtlijn 77/799/EEG van de Raad van 19 december 1977 betreffende de wederzijdse bijstand van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten op het gebied van de directe belastingen, *Pb.* 1977, L 336/15.

³³⁶. Arrest van het Hof van 11 juni 2009, gevoegde zaken C-155/08 en C-157/08, *X en E.H.A. Passenheim-Van Schoot*, *Jur.* 2009, I-5093.

³³⁷. Arrest *X en E.H.A. Passenheim-Van Schoot*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 61.

³³⁸. Arrest *X en E.H.A. Passenheim-Van Schoot*, aangehaald in voetnoot 336, r.o. 64-65.

³³⁹. Arrest *X en E.H.A. Passenheim-Van Schoot*, aangehaald in voetnoot 336, r.o. 66.

³⁴⁰. Arrest *X en E.H.A. Passenheim-Van Schoot*, aangehaald in voetnoot 336, r.o. 67.

³⁴¹. Arrest van het Hof van 1 juli 2010, C-233/09, *Gerhard Dijkman en Maria Dijkman-Lavaleije*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

³⁴². Arrest *Dijkman*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 41.

inkomsten uit andere lidstaten, wat in navolging van onder meer *Jäger* en *Persche* duidelijk niet aangenomen kan worden als rechtvaardiging van een belemmering van een fundamentele vrijheid³⁴³. Het Hof verwerpt ook het argument van de samenhang van het Belgische belastingstelsel, daar er geen rechtstreeks verband bestaat tussen het betrokken fiscale voordeel en de compensatie daarvan door een bepaalde belastingheffing³⁴⁴. De Belgische regeling schendt bijgevolg het vrij verkeer van kapitaal³⁴⁵.

129. *Openbare veiligheid als rechtvaardigingsgrond voor bevoorrechte deelnemingen van de overheid in geprivatiseerde vennootschappen.* – Hoger werd reeds de vraag gesteld naar de toelaatbaarheid van door de overheid uitgevaardigde maatregelen die belemmerend werken op de vestigingsvrijheid van vennootschappen die openbare diensten verrichten, onder het mom een minimale dienstverlening te waarborgen (*supra*, randnr. 86). Het Hof behandelt in de voorliggende periode een vergelijkbaar vraagstuk vanuit het perspectief van beperkingen op het vrij kapitaalverkeer in twee afzonderlijke inbreukprocedures tegen Portugal³⁴⁶. De zaken betreffen het behoud van preferente aandelen met bijzondere rechten (de zgn. ‘golden shares’) door de Portugese

overheid in het maatschappelijk kapitaal van vennootschappen actief in, respectievelijk, de grotendeels geprivatiseerde Portugese telecommunicatie- en elektriciteitssector. Daar de specifieke rechten verbonden aan deze preferente aandelen ertoe kunnen leiden dat investeerders uit andere lidstaten worden afgeschrikt deelnemingen te verwerven in de betrokken ondernemingen, dienen de relevante Portugese bepalingen als beperkingen op het vrij verkeer van kapitaal gekwalificeerd te worden³⁴⁷. In beide gevallen faalt bovendien de door Portugal opgeworpen rechtvaardigingsgrond als zou de bestreden regeling noodzakelijk zijn om de veiligheid van de energiebevoorrading, respectievelijk de beschikbaarheid van het telecommunicatienetwerk, te waarborgen in situaties van crisis, oorlog of terrorisme. Naar vaste rechtspraak van het Hof dient deze in beginsel aanvaardbare reden van openbare veiligheid, voorzien in artikel 65 VWEU, immers strikt geïnterpreteerd te worden; zij kan meer bepaald slechts aangevoerd worden in geval van een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast³⁴⁸. Daar de Portugese overheid evenwel nalaat te beargumenteren waarom dit het geval zou zijn, wordt de bestreden regeling in beide zaken onverenigbaar bevonden met het vrij kapitaalverkeer.

V. MEDEDINGINGSRECHT³⁴⁹

130. De rechtspraak van de besproken periode illustreert de effecten van het ‘moderniseringsprogramma’ van de Europese Commissie. Sinds de invoering van verordening 1/2003 legt de Commissie zich bij voorrang toe op de zwaarste inbreuken op de artikelen 101 en 102 VWEU (ex art. 81-82 EG). Een grote meerderheid van haar besluiten tot toepassing van die artikelen zijn dan ook inbreukbesluiten (of besluiten vastgesteld in het kader van inbreukprocedures). De rechtspraak uit de besproken periode – met uitzondering van de prejudiciële arresten, die relatief zeldzaam zijn geworden – handelt dan ook grotendeels over de aansprakelijkheid voor, de constitutieve bestanddelen van, en de sancties opgelegd uit hoofde van inbreuken.

A. Toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU

1. Strekking van de mededingingsregels

131. Tijdens de besproken periode herinneren meerdere arresten van het Hof eraan dat de mededingingsregels niet enkel de belangen van consumenten (of concurrenten) beschermen, maar ook de marktstructuur en daarmee de mededinging als dusdanig³⁵⁰. Het is niet bij voorbaat uitgesloten dat de enige mogelijkheid om een (door de mededingingsregels verboden) *price squeeze* van concurrenten te vermijden, bestaat in de verhoging, door een (dominante)

³⁴³ *Supra*, randnrs. 121 en 125.

³⁴⁴ Arrest *Dijkman*, aangehaald in voetnoot 341, r.o. 55-57.

³⁴⁵ Zie tevens het arrest *Mattner*, aangehaald in voetnoot 305, waarin het Hof om vergelijkbare redenen van ontbreken van een rechtstreeks verband tussen het betrokken fiscale voordeel en de compensatie daarvan oordeelt dat een Duitse regeling het vrij kapitaalverkeer schendt, doordat zij voor de berekening van de schenkbelasting tot gevolg heeft dat de belastingvrije som bij schenking van een in Duitsland gelegen onroerende zaak, lager is wanneer de schenker en de begiftigde op de datum van de schenking in een andere lidstaat woonden dan die welke zou zijn toegepast wanneer ten minste één van hen op diezelfde datum in Duitsland had gewoond.

³⁴⁶ *Supra*, voetnoten 69 en 301.

³⁴⁷ Arrest in zaak C-171/08, *Commissie / Portugal*, aangehaald in voetnoot 302, r.o. 57-62; arrest in zaak C-543/08, *Commissie / Portugal*, aangehaald in voetnoot 70, r.o. 54-64.

³⁴⁸ Zie, onder meer, arrest van het Hof van 14 maart 2000, C-54/99, *Eglise de scientologie*, *Jur.* 2000, I-1335, r.o. 17.

³⁴⁹ Dank aan Alexia Sohet (advocaat, Eubelius) voor de hulp bij de voorbereiding bij dit deel van de Kroniek.

³⁵⁰ Wat betreft art. 101 VWEU, zie het arrest van het Hof van 6 oktober 2009, gevoegde zaken C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services*, *Jur.* 2009, I-9291, r.o. 62-64 (hierna besproken in randnr. 153) en het arrest van het Hof van 4 juni 2009, C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, *KPN Mobile*, *Orange Nederland* en *Vodafone Libertel / Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, *Jur.* 2009, I-4529, r.o. 36-39. Zie eveneens het (na de besproken periode gevelde) arrest van het Hof van 17 februari 2011, C-52/09, *TeliaSonera*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 24. Wat betreft art. 102 VWEU, zie het arrest van het Hof van 14 oktober 2010, C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 176. Zie eveneens de art. 102 VWEU-richtsnoeren (*infra*, randnr. 159).

onderneming, van de prijzen voor haar (eind)klanten. Die verhoging is uiteindelijk in het belang van alle eindgebruikers: door het vermijden van de *price squeeze* is het waarschijnlijker dat de concurrenten van de dominante onderneming op de markt blijven, en die markt dus een betere concurrentiële structuur heeft³⁵¹.

2. Onderneming en economische activiteit

132. Een entiteit die goederen of diensten tegen betaling aanbiedt is uit dien hoofde te aanzien als een ‘onderneming’. Een vereniging zonder winst oogmerk kan een onderneming zijn als haar aanbod concurreert met dat van andere marktdeelnemers die wel winst nastreven³⁵². Het sociale doel van een verzekeringsregeling sluit niet uit dat het om een economische activiteit gaat. Een (verzekerings)activiteit zal enkel aan de toepassing van de mededingingsregels ontsnappen indien zij is gebaseerd op het solidariteitsbeginsel (premies hangen niet af van het risico en de hoogte van dekking, maar van het loon van de verzekerden; onderlinge compensatie tussen participerende verzekeraars in functie van hun uitbetalingen), én indien de door de overheid aan die activiteit opgelegde constraints van dien aard zijn dat zij geen enkele ruimte meer laten voor mededinging³⁵³.

133. De omstandigheid dat een ondernemingsvereniging ook leden heeft die niet als een onderneming kunnen worden aanzien, volstaat niet om die vereniging aan het toepassingsgebied van de mededingingsregels te onttrekken³⁵⁴.

134. De omstandigheid dat een entiteit naast economische activiteiten eveneens bevoegdheden van openbaar gezag uitoefent vormt op zich geen beletsel om haar voor deze eerste activiteiten als onderneming te kwalificeren. De kwalificatie als “activiteit die hoort tot de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag” dan wel als ‘economische activiteit’ moet voor elke door een entiteit uitgeoefende activiteit afzonderlijk gebeuren³⁵⁵.

135. Het Hof bevestigt het *Eurocontrol*-arrest van het

Gerecht³⁵⁶, volgens hetwelk activiteiten inzake technische normalisatie, onderzoek en ontwikkeling, en aankoop van air traffic management-systemen geen economische activiteiten vormen. Het Hof volgt het Gerecht evenwel niet met betrekking tot diensten van bijstand aan nationale administraties bij aanbestedingsprocedures voor o.m. het verwerven van apparatuur op het gebied van luchtverkeersafhandeling die door het Gerecht als ‘economische activiteiten’ waren bestempeld. Weliswaar zouden dergelijke diensten door een particuliere onderneming tegen betaling kunnen worden aangeboden. Maar, aldus het Hof, het gaat om bijstand die rechtstreeks bijdraagt tot de technische harmonisatie van het luchtverkeer, hetgeen de luchtverkeersveiligheid bevordert. De activiteit houdt dus nauw verband met de technische normalisatietaken van Eurocontrol, en m.a.w. met de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag. Dat Eurocontrol die bijstand enkel op verzoek van nationale administraties verleent zodat ze niet onontbeerlijk is om de luchtvaartveiligheid te verzekeren, doet daaraan niet af³⁵⁷.

3. Overeenkomst/onderling afgestemde feitelijke gedraging

136. Het begrip overeenkomst is, zoals bekend, niet beperkt tot een juridisch bindende afspraak³⁵⁸. Het volstaat dat ondernemingen hun gemeenschappelijke wil tot uiting brengen om zich op de markt op een bepaalde wijze te gedragen³⁵⁹. Ook een principeakkoord kan een overeenkomst in de zin van artikel 101 VWEU uitmaken³⁶⁰.

137. Een overeenkomst kan impliciet tot stand komen wanneer een distributeur uitdrukkelijk of stilzwijgend instemt met de handelwijze van zijn leverancier. Wanneer een dealer van een automerk voortgaat met het plaatsen van bestellingen nadat hij kennis heeft gekregen van een beloningssysteem dat ‘nationale’ verkopen bevoordeelt ten opzichte van grensoverschrijdende transacties, wordt hij geacht met dat bonussysteem te hebben ingestemd; het resultaat is een overeenkomst die grensoverschrijdende handel ontmoedigt³⁶¹.

³⁵¹. Arrest *Deutsche Telekom*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 179-182.

³⁵². Arrest van het Hof van 1 juli 2008, C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados (MOTOE)*, *Jur.* 2008, I-4863, r.o. 27.

³⁵³. Arresten van het Hof van 5 maart 2009, C-350/07, *Kattner Stahlbau*, *Jur.* 2009, I-1513 en *Deutsche Telekom*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 80-82. Deze arresten sluiten aan bij eerdere rechtspraak: arrest van het Hof van 17 februari 1993, C-159/91 en C-160/91, *Christian Poucet*, *Jur.* 1993, I-637, besproken in “Kroniek 1993-1994”, *TBH* 1994, p. 807, randnr. 121 en arrest van het Hof van 16 november 1995, C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance e.a.*, *Jur.* 1995, I-4013, besproken in “Kroniek 1994-1995”, *TBH* 1996, p. 331, randnr. 100.

³⁵⁴. Arrest van het Gerecht van 26 oktober 2010, T-23/09, *Conseil national de l'Ordre des pharmaciens*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 74.

³⁵⁵. Arrest *MOTOE*, aangehaald in voetnoot 352, r.o. 25. Zie ook de arresten besproken in “Kroniek 2005-2007”, *TBH* 2009, p. 128, randnr. 275.

³⁵⁶. Arrest van het Gerecht van 12 december 2006, T-155/04, *SELEX Sistemi Integrati*, *Jur.* 2006, II-4797, besproken in “Kroniek 2005-2007”, *TBH* 2009, p. 128, randnr. 139. Zie, omtrent deze problematiek, ook het eerdere arrest van het Hof van 19 januari 1994, C-364/92, *SAT Fluggesellschaft*, *Jur.* 1994, I-43, besproken in “Kroniek 1993-1994”, *TBH* 1994, p. 808, randnr. 122.

³⁵⁷. Arrest van het Hof van 26 maart 2009, C-113/07 P, *SELEX Sistemi Integrati*, *Jur.* 2009, I-2207, r.o. 66 e.v.

³⁵⁸. Zie ook de arresten besproken in “Kroniek 2003-2005”, *TBH* 2006, p. 309, randnr. 128 en voetnoot 307 en in “Kroniek 2001-2003”, *TBH* 2004, p. 669, randnr. 107.

³⁵⁹. Arrest van het Gerecht van 9 juli 2009, T-450/05, *Automobiles Peugeot en Peugeot Nederland*, *Jur.* 2009, II-2533, r.o. 168-170.

³⁶⁰. Arrest van het Gerecht van 8 juli 2008, T-52/03, *Knauf Gips*, *Jur.* 2008, II-115, r.o. 252. Voor de uitspraak in hogere voorziening door het Hof tegen dit arrest, zie voetnoot 497.

³⁶¹. Arrest *Automobiles Peugeot en Peugeot Nederland*, aangehaald in voetnoot 359, r.o. 173-174 en 183-184.

138. In kartelzaken is het vaste rechtspraak dat, wanneer een onderneming een bespreking bijwoont met een mededingingsbeperkende strekking, en “*de onrechtmatige gedragingen van de andere deelnemers kende of redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico ervan te aanvaarden*” en ze bij de andere deelnemers de indruk wekt dat zij de daar gemaakte afspraken onderschrijft (wat het geval zal zijn wanneer ze zich niet publiek distantieert van die afspraken), die onderneming kan worden beschouwd als een deelnemer aan de inbreuk³⁶². De omstandigheid dat die onderneming vervolgens de verboden afspraak niet (of niet tijdens de gehele duur ervan) ten uitvoer legt verhindert niet dat zij heeft deelgenomen aan (en dus (mede)aansprakelijk is voor) die afspraak³⁶³. Het is eveneens vaste rechtspraak dat eens een onderneming is toegetreden tot een verboden afspraak, zij daarvoor aansprakelijk blijft tot zij er zich uitdrukkelijk van distantieert³⁶⁴. Dat een onderneming een kartelbijeenuitkomst verlaat levert niet noodzakelijk een uitdrukkelijke distantieering van de verboden afspraak op, zeker als de andere ondernemingen niet hebben begrepen dat zij die bedoeling had³⁶⁵.

139. De begrippen ‘overeenkomst’ en ‘onderling afgestemde gedraging’ zijn nauw met elkaar verwant en het onderscheid tussen beide is niet steeds scherp af te lijnen. Ze hebben beide betrekking op ‘samenspanningsvormen’ waarbij ondernemingen de risico’s van autonoom marktgedrag welbewust vervangen door feitelijke samenwerking³⁶⁶. Daarom leveren samenkomsten van (of andere contacten tussen) concurrenten met een ongeoorloofd doel of voorwerp, ook wanneer geen bewijs bestaat dat het komt tot wederkerige engagements, een inbreuk op artikel 101 VWEU op wanneer vaststaat dat er een gelijklopende intentie bestaat van de betrokken ondernemingen om “*de risico’s van de onderlinge concurrentie welbewust door een feitelijke samenwerking [te] vervangen*”³⁶⁷ en wanneer dat in hun marktgedrag tot uiting komt.

140. Een onderling afgestemde gedraging veronderstelt

weliswaar het bestaan van ‘door wederkerigheid gekenmerkte contacten’. Maar tijdens die wederkerige contacten dient niet noodzakelijk wederkerige afstemming te geschieden: het volstaat dat één onderneming, om een kartel voor te bereiden, haar concurrent(en) inzicht biedt in haar voorgenomen marktgedrag, en dat zulks geschiedt op verzoek van, dan wel wordt geaccepteerd door een concurrent³⁶⁸. Men mag er immers van uitgaan dat de ontvanger van de informatie daarmee rekening zal houden bij het uitstippelen van zijn eigen marktgedrag³⁶⁹. Een verboden afstemming kan ook worden gerealiseerd middels de uitwisseling van gevoelige informatie (bv. prijzen)³⁷⁰. Dat de uitgewisselde informatie reeds bij de klanten bekend was, belet niet noodzakelijk dat zij als gevoelig is te aanzien: immers, dankzij de rechtstreekse uitwisseling konden de betrokken concurrenten die informatie gemakkelijker, sneller en directer te weten komen dan via de markt; bovendien creëerde die uitwisseling een klimaat van onderlinge zekerheid met betrekking tot het toekomstige prijsbeleid³⁷¹.

141. Een overeenkomst met mededingingsbeperkende strekking is verboden zelfs wanneer ze niet wordt uitgevoerd. Een onderling afgestemde feitelijke *gedraging* veronderstelt – logischerwijze – weliswaar een bepaald marktgedrag van de bij de afstemming betrokken ondernemingen. Het is evenwel niet nodig te bewijzen dat het onderling afgestemde gedrag een mededingingsbeperkend *effect* heeft. Een afstemming van gedrag kan – net als een overeenkomst – een mededingingsbeperkende *strekking* hebben, d.w.z. naar haar aard mededingingsbeperkend zijn³⁷², bijvoorbeeld wanneer vaststaat dat de betrokken partijen de bedoeling hadden om de mededinging te beperken, of wanneer – op basis van ervaring en mede rekening houdend met de juridische en economische context waarin die afstemming plaatsvindt – vaststaat dat zij van nature bijzonder schadelijk is voor de mededinging. Dergelijke afstemming is verboden zonder dat een daadwerkelijk effect op de mededinging hoeft te worden onderzocht³⁷³.

³⁶² Arrest van het Gerecht in T-52/03, *Knauf Gips*, aangehaald in voetnoot 360, r.o. 169 en arrest van het Gerecht van 28 april 2010, gevoegde zaken T-456/05 en T-457/05, *Gütermann*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 156.

³⁶³ Arrest van het Gerecht van 8 juli 2008, T-53/03, *BPB*, *Jur.* 2008, II-1333, r.o. 256. Zie ook de arresten van het Gerecht in T-52/03, *Knauf Gips*, aangehaald in voetnoot 360, r.o. 175, 201 en 312-318 en van 8 juli 2008, T-54/03, *Lafarge*, *Jur.* 2008, II-120, r.o. 483. Voor de uitspraak in hogere voorziening door het Hof tegen dit arrest, zie voetnoot 613.

³⁶⁴ Arrest van het Gerecht van 13 september 2010, T-40/06, *Trioplast Industrier*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 39.

³⁶⁵ Arrest van het Hof van 19 maart 2009, C-510/06 P, *Archer Daniels Midland*, *Jur.* 2009, I-1843, r.o. 120 e.v.

³⁶⁶ Arrest *T-Mobile Netherlands*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 23-26.

³⁶⁷ Zie, tijdens de besproken periode, o.m. het arrest *BPB*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 170 en het arrest van het Gerecht in T-52/03, *Knauf Gips*, aangehaald in voetnoot 360, r.o. 188.

³⁶⁸ Arrest *BPB*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 153, 178 en 231. In die zaak gaat het om de melding door een onderneming aan haar concurrenten dat zij geen groter marktaandeel wenst dan zij reeds bezit (r.o. 183). *Idem*, arrest van het Gerecht in T-52/03, *Knauf Gips*, aangehaald in voetnoot 360, r.o. 232, 256, 258-262 en 275-280.

³⁶⁹ Arrest *BPB*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 232-233.

³⁷⁰ Arrest *BPB*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 86-88, 177-178, 231-234 en arresten van het Gerecht in T-54/03, *Lafarge*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 389-391 en in T-52/03, *Knauf Gips*, aangehaald in voetnoot 360, r.o. 173.

³⁷¹ Arrest *BPB*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 144, 154 en 235-236 en arrest van het Gerecht in T-54/03, *Lafarge*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 334 en 462.

³⁷² Arrest *T-Mobile Netherlands*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 27-28.

³⁷³ Arresten *T-Mobile Netherlands*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 29-30; *BPB*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 188 en arrest van het Gerecht in T-52/03, *Knauf Gips*, aangehaald in voetnoot 360, r.o. 256 en 264-266.

142. In het arrest *T-Mobile Netherlands*³⁷⁴ oordeelt het Hof dat een bijeenkomst waarop mobiele operatoren onderling afstemmen op welke wijze zij hun aanbrengrvergoedingen aan hun respectieve dealers zullen verlagen, een onderling afgestemde gedraging met mededingingsbeperkende strekking oplevert. De ‘afstemming’ behelsde hoofdzakelijk de uitwisseling van informatie over de wijze van verlaging; het ‘marktgedrag’ bestond in de daadwerkelijke verlaging van de betrokken vergoedingen³⁷⁵. Tussen beide elementen – informatie-uitwisseling en daadwerkelijke verlaging – bestaat volgens het Hof een (weliswaar weerlegbaar) vermoeden van causaal verband: men mag er van uitgaan dat ondernemingen die aan de afstemming deelnemen, bij de bepaling van hun gedrag op de markt rekening houden met de informatie die zij met hun concurrenten hebben uitgewisseld³⁷⁶. Dat vermoeden geldt ook wanneer er slechts één bijeenkomst heeft plaatsgevonden tussen de betrokken ondernemingen, tenminste op voorwaarde dat de feitenrechter vaststelt dat het eenmalige contact volstond om alle deelnemers de mogelijkheid te bieden hun gedrag onderling af te stemmen ten aanzien van minstens één mededingingsparameter³⁷⁷.

4. Overeenkomst tussen (minstens twee) ondernemingen

143. *Agentuurovereenkomsten*. – De besproken periode brengt bevestiging van vaststaande rechtspraak dat ‘eigenlijke’ agentuurovereenkomsten niet onder artikel 101 VWEU vallen. Immers, een agent handelt enkel voor rekening van de principaal; de ‘afpraak’ dat hij goederen verkoopt aan een minimumprijs is dus geen afspraak die de mededinging tussen ondernemingen beperkt. De kwalificatie als agentuur hangt af van de verdeling van de financiële en commerciële risico’s die verbonden zijn aan de distributie van de betrokken producten. Een tussenpersoon die deze risico’s niet draagt (of slechts een verwaarloosbaar gedeelte

ervan) is te aanzien als een agent. Het Hof preciseert deze regel ten aanzien van tankstationhouders: zij zijn geen agenten wanneer zij eigenaar worden van de verkochte waar vanaf het moment dat zij deze van de leverancier ontvangen, rechtstreeks of onrechtstreeks de distributiekosten (met name transportkosten) dragen, op eigen kosten voorraden aanhouden, instaan voor verlies of bederf van de waar, instaan voor schade die door de waar aan derden is veroorzaakt, dan wel het risico dragen dat ze niet kan worden verkocht³⁷⁸.

5. Collectieve aansprakelijkheid van alle deelnemers aan een kartel

144. *Collectieve aansprakelijkheid voor een ‘totaalplan’*. – Een kartel behelst vaak een veelheid van ‘maatregelen’ die worden beslist dan wel uitgevoerd door de karteldeelne­mers gedurende een min of meer lange periode. Wanneer die maatregelen deel uitmaken van een ‘totaalplan’ zijn alle deelnemende ondernemingen aansprakelijk voor de gehele inbreuk³⁷⁹. Dat kartelafspraken betrekking hebben op twee van elkaar te onderscheiden markten belet niet dat ze deel uitmaken van een totaalplan³⁸⁰. Dat een onderneming een relatief beperkte rol speelde bij de opzet of organisatie van het kartel dan wel het kartel slechts gedeeltelijk uitvoerde, belet niet dat die onderneming aansprakelijk is voor het totaalplan. Die beperkte rol kan eventueel wel een verzachtende omstandigheid opleveren (*infra*, randnr. 237)³⁸¹.

145. Soms wordt het bestaan van een ‘totaalplan’ aangevoerd door de betrokken ondernemingen – met name wanneer ze stellen dat een aantal afspraken deel uitmaken van hetzelfde plan – en daarom (met toepassing van het beginsel *ne bis in idem*) slechts één keer kunnen worden bestraft. Het is dan aan de Commissie om aan te tonen dat de afspraken betrekking hebben op twee van elkaar te onderscheiden markten³⁸² en dat zij van elkaar afhangen respectievelijk onderling zijn gecoördineerd³⁸³.

³⁷⁴. Arrest *T-Mobile Netherlands*, aangehaald in voetnoot 350.

³⁷⁵. Het arrest is niet geheel eenduidig: sommige passages ervan zouden derwijze kunnen worden gelezen dat de uitwisseling van informatie over de (wijze van) verlaging van aanbrengrvergoedingen op zichzelf wordt aanzien als een onderling afgestemde gedraging met mededingingsbeperkende strekking. Bij nader toezien lijkt het arrest betrekking te hebben op een onderlinge afstemming van aanbrengrvergoedingen (in de zin van een verlaging ervan); die afstemming noodzaakte onder meer de uitwisseling van informatie over de wijze waarop de betrokken ondernemingen voornemens waren de vergoedingen te verlagen.

³⁷⁶. Arrest *T-Mobile Netherlands*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 51. Een vermoeden van causaal verband bestaat ook wanneer er slechts een éénmalig contact plaatsvond tussen de betrokken ondernemingen: als die éénmalige samenkomst resulteerde in de onderlinge afstemming van het gedrag, dan moet – tot bewijs van het tegendeel – worden aangenomen dat het daaropvolgende marktgedrag is ingegeven door die afstemming (r.o. 58-61 van het arrest). Het arrest (r.o. 50 en 52) bevestigt ook dat de nationale rechter (en hetzelfde geldt voor nationale mededingingsautoriteiten) datzelfde vermoeden moet hanteren wanneer hij art. 101 VWEU toepast.

³⁷⁷. Arrest *T-Mobile Netherlands*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 58-61.

³⁷⁸. Arrest van het Hof van 11 september 2008, C-279/06, *CEPSA Estaciones de Servicio*, *Jur.* 2008, I-6681, r.o. 38. De niet-toepasselijkheid van art. 101 VWEU geldt, zoals bekend, niet voor exclusiviteits- en niet-concurrentieafspraken tussen agent en principaal: dergelijke afspraken kunnen desgevallend wel de mededinging beperken op de markt voor agentuur resp. distributiediensten.

³⁷⁹. Arrest van het Gerecht van 19 mei 2010, T-19/05, *Boliden*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 61.

³⁸⁰. Arrest van het Gerecht van 19 mei 2010, T-11/05, *Wieland Werke*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 94.

³⁸¹. Arresten van het Gerecht van 8 juli 2008, T-50/03, *Saint-Gobain Gyproc*, *Jur.* 2008, II-114, r.o. 43 e.v. en van 19 mei 2010, T-18/05, *IMI*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 155 e.v.

³⁸². Arrest van het Gerecht van 28 april 2010, T-446/05, *Amann & Söhne*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 53-110.

³⁸³. Arrest van het Gerecht in T-11/05, *Wieland Werke*, aangehaald in voetnoot 380, r.o. 81-87.

146. *Aansprakelijkheid van 'handlangers'*. – In het arrest *AC Treuhand* bevestigt het Gerecht dat niet alleen karteldeelnemers in de enge zin van het woord aansprakelijk kunnen zijn voor kartelinbreuken. AC Treuhand, een Zwitsers consultancybureau, had ondersteunende diensten verleend aan een kartel van producenten van organische peroxides. Het had onder meer belastende documenten bewaard en als doorgeefluik gefungeerd voor de terugbetaling van reiskosten van kartelbijekomsten. De Commissie had AC Treuhand medeaansprakelijk verklaard voor de inbreuk en een (weliswaar symbolische) boete opgelegd. Terecht, aldus het Gerecht: het kartelverbod vindt toepassing op elke onderneming die zich aan 'samenspanningsgedrag' bezondigt. Zodra vaststaat dat een onderneming de doelstellingen van een kartel, uitdrukkelijk of stilzwijgend, onderschrijft en ze, zelfs op ondergeschikte of passieve wijze, bijdraagt tot de realisatie van die inbreuk, is ze medeaansprakelijk voor die inbreuk. Wil die onderneming haar aansprakelijkheid ontlopen, dan moet ze ofwel zich uitdrukkelijk van de verboden afspraak distantiëren ofwel ervan aangifte doen bij de mededingingsautoriteiten³⁸⁴. Daarmee staat vast dat de Commissie elke onderneming die bewust heeft meegewerkt aan de implementatie van een inbreuk aansprakelijk kan verklaren voor die inbreuk, ook als die onderneming zelf niet actief is op de markt waarover afspraken werden gemaakt.

147. Het ligt voor de hand dat de Commissie de principes van het arrest op de eerste plaats zal hanteren bij de opsporing en bestraffing van zeer zware inbreuken, zoals prijsafspraken en marktverdeling. Het arrest *AC Treuhand* lijkt zich in de eerste plaats te richten op wat men de activiteit van 'handlangers' zou kunnen noemen. Maar het bevestigt dat ook ondernemingen die kartels ondersteunen, bijvoorbeeld door als adviseur of dienstverlener mee te werken aan de realisatie van de verboden afspraken, aansprakelijk kunnen worden verklaard voor de inbreuk (en, desgevallend, voor de schade die aan derde partijen door dat kartel werd berokkend). Evenmin lijkt het uitgesloten dat de principes van het arrest toepassing vinden op bestuurders van vennootschappen en beroepsfederaties (in de mate dat zij betrokken zouden zijn bij de uitvoering van afspraken waarvan later blijkt dat zij de mededingingsregels schenden). Het arrest belet niet dat bonafide consultants hun cliënten met raad en desgevallend daad bijstaan. Er bestaat evenwel een grens: indien de cliënt partij is bij een verboden afspraak, dan moet de consultant er voor opletten dat hij niet zelf – rechtstreeks of onrechtstreeks – betrokken raakt bij de uitvoering ervan. Van immuniteit is geen sprake: indien blijkt dat de adviseur weet heeft – of door zijn expertise moest hebben – van het kartel en (zoals AC Treuhand) niettemin meewerkt aan de uitvoe-

ring ervan, dan kan hij (mede-)aansprakelijk zijn voor de inbreuk, ook als zijn bijdrage 'slechts' uit advies of logistieke bijstand bestaat.

6. Relevante markt

148. In het arrest *Astra Zeneca* bevestigt het Gerecht dat geneesmiddelen die worden voorgeschreven voor dezelfde aandoening, niet noodzakelijk deel uitmaken van dezelfde markt. Als er aanwijzingen bestaan dat een geneesmiddel niet of slechts weinig gevoelig is voor andere (bij veronderstelling minder werkzame) geneesmiddelen die voor dezelfde aandoening worden voorgeschreven, dan mag de Commissie uitgaan van een separate relevante markt voor eerstgenoemd geneesmiddel (in die separate markt bevinden zich ook de gebeurlijke generische versies van dat geneesmiddel). Ook terugbetalingsregelingen kunnen relevant zijn voor de marktdefinitie: als de overheid een groot deel van de aankooprijds terugbetaalt zullen patiënten (en de voorschrijvende artsen) weinig prijsgevoelig zijn bij hun keuze voor een geneesmiddel³⁸⁵. En indien voor een bepaald geneesmiddel relatief betere terugbetalingsvoorwaarden gelden dan voor andere, dan kunnen die voorwaarden van aard zijn om het 'superieure' geneesmiddel af te schermen van de (prijs)concurrentie van 'minder werkzame' middelen³⁸⁶.

149. Tijdens de besproken periode velt het Gerecht een interessant arrest over de zgn. 'aftermarkets'-problematiek. Het vernietigt een besluit van de Commissie waarin deze laatste had geoordeeld dat er geen afzonderlijke markten bestaan voor respectievelijk luxehorloges, vervangingsonderdelen en reparatie en onderhoud van die horloges (volgens de Commissie was er sprake van één globale markt)³⁸⁷.

150. Wat vervangingsonderdelen betreft, oordeelt het Gerecht dat de markt voor vervangingsonderdelen voor 'primaire' producten van een specifiek merk een separate markt is, behalve wanneer gebruikers bij een hypothetische geringe (5% à 10%) maar duurzame prijsverhoging van vervangingsonderdelen geneigd zijn over te schakelen naar ofwel de vervangingsonderdelen van een ander producent ofwel naar andere primaire producten. De omstandigheid dat eigenaars van een luxehorloge bij een prijsstijging van vervangingsonderdelen hun horloge (gebruik makend van de hoge restwaarde) kunnen inwisselen voor een nieuw luxehorloge kan enkel relevant zijn als de 'opleg' voor een nieuw horloge kleiner is dan de prijs van vervangingsonderdelen (wat verre van evident is)³⁸⁸.

³⁸⁴. Arrest van het Gerecht van 8 juli 2008, T-99/04, *AC Treuhand*, *Jur.* 2008, II-1501, r.o. 151 e.v. Tegen het arrest werd geen beroep ingesteld.

³⁸⁵. Arrest van het Gerecht van 1 juli 2010, T-321/05, *Astra Zeneca*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 178. Tegen dit arrest werd door Astra Zeneca een hogere voorziening ingesteld bij het Hof op 16 september 2010 (C-457/10 P).

³⁸⁶. Arrest *Astra Zeneca*, aangehaald in voetnoot 385, r.o. 162-176.

³⁸⁷. Arrest van het Gerecht van 15 december 2010, T-427/08, *CEAHR*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 76.

³⁸⁸. Arrest *CEAHR*, aangehaald in voetnoot 387, r.o. 79 e.v.

151. Wat reparatie en onderhoud betreft, ziet het Gerecht in het feit dat onafhankelijke herstellende geen horloges verdeelen, maar wel diensten inzake horlogereparatie en -onderhoud, een sterke aanwijzing voor het bestaan van een afzonderlijke markt. Dat klemde des te meer indien er geen bewijs bestaat dat een stijging van de prijzen voor reparatie en onderhoud resulteert in een gestegen vraag naar nieuwe horloges³⁸⁹.

Het bestaan van een separate ‘aftermarket’ voor vervangingsonderdelen heeft – als er geen ‘generische’ vervangingsonderdelen voorhanden zijn – als gevolg dat de producent op de vervangmarkt een (zeer) hoog marktaandeel zal hebben. De verticale groepsvrijstelling zal niet beschikbaar zijn en het is best mogelijk dat sprake is van een machtspositie, wat problemen kan opleveren voor de wijze waarop een producent de vervangonderdelen voor zijn producten commercialiseert³⁹⁰.

7. Mededingingsbeperking

152. *Mededingingsbeperkende strekking.* – De besproken periode brengt de bevestiging van vaste rechtspraak dat bepaalde vormen van collusie uit hun aard worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de mededinging, m.a.w. een mededingingsbeperkende *strekking* hebben³⁹¹. Van dergelijke strekking kan sprake zijn wanneer de betrokken ondernemingen de bedoeling hebben om de mededinging te verstoren, maar bewijs van de subjectieve intenties van partijen is niet noodzakelijk³⁹². Een afspraak tussen concurrenten om sectorale overcapaciteit te elimineren heeft een mededingingsbeperkende strekking, ook wanneer de ondernemingen die de markt verlaten hiervoor schadeloos worden gesteld door de ‘overlevers’. De omstandigheid dat de bij zo’n ‘crisiskartel’ betrokken partijen hun afspraak zelf niet aanzien als gericht op de beperking van de mededinging is irrelevant³⁹³. Dat een overeenkomst *niet enkel* als doel heeft de mededinging te beperken belet evenmin dat zij een mededingingsbeperkende strekking heeft³⁹⁴.

153. *Beperking van parallelhandel heeft niet noodzakelijk een mededingingsbeperkende strekking.* – In de vorige afle-

vering van deze Kroniek werd aandacht besteed aan het arrest *GlaxoSmithKline* van het Gerecht³⁹⁵. GlaxoSmithKline (‘GSK’) paste voor leveringen aan Spaanse distributeurs twee soorten prijzen toe: één (lagere, door de Spaanse overheid opgelegde) prijs voor geneesmiddelen bestemd voor verbruik in Spanje en een andere (hogere) prijs voor alle andere leveringen (dus ook deze aan afnemers die de betrokken geneesmiddelen zouden kunnen heruitvoeren). GSK ontkende niet dat dit systeem er toe strekte, de wederuitvoer van geneesmiddelen tegen te gaan. Het Gerecht had geoordeeld dat, aangezien de prijzen van de betrokken geneesmiddelen in belangrijke mate waren vastgesteld door de Spaanse overheid en daarmee onttrokken waren aan het spel van vraag en aanbod, niet zomaar kan worden volgehouden dat een afspraak die als doel heeft de parallelhandel in dergelijke geneesmiddelen tegen te gaan, het welzijn van de eindgebruikers zal benadelen, en dus dat zo’n prijsbeleid niet noodzakelijk een mededingingsbeperkende strekking heeft³⁹⁶. Volgens het Hof is dat oordeel gebaseerd op de onjuiste premisse dat enkel afspraken die de consumenten schaden, een mededingingsbeperkende strekking kunnen hebben – immers, de mededingingsregels beschermen niet enkel de belangen van consumenten (of concurrenten) maar ook de marktstructuur en daarmee de mededinging als dusdanig³⁹⁷. Op deze basis herbevestigt het Hof zijn vaste rechtspraak dat afspraken die strekken tot het tegengaan van parallelhandel, ‘in principe’ een mededingingsbeperkende strekking hebben³⁹⁸. Het is niet vereist dat ondernemingen die zijn betrokken bij de afspraak of de afgestemde gedraging actief zijn op de markt waar de beperking van de mededinging zich zal voordoen³⁹⁹.

154. *Netwerkeffect.* – Om te beoordelen of een (exclusieve) distributieovereenkomst een mededingingsbeperkend effect heeft, moet ook rekening worden gehouden met gelijkwaardige overeenkomsten die verkooppunten op de markt binden. De vraag is of, gegeven het ‘netwerk’ van alle bestaande overeenkomsten, er reële en concrete mogelijkheden blijven voor leveranciers om de markt te betreden. Indien dit niet het geval is, kunnen overeenkomsten die (op zichzelf beschouwd) in aanzienlijke mate bijdragen tot de afscherming van de markt die resulteert uit het netwerk, wor-

³⁸⁹. Arrest *CEAHR*, aangehaald in voetnoot 387, r.o. 110 e.v.

³⁹⁰. Arrest *CEAHR*, aangehaald in voetnoot 387, r.o. 130 e.v. en 147 e.v.

³⁹¹. Arrest *Automobiles Peugeot en Peugeot Nederland*, aangehaald in voetnoot 359, r.o. 45.

³⁹². Arrest *Automobiles Peugeot en Peugeot Nederland*, aangehaald in voetnoot 359, r.o. 55.

³⁹³. Arrest van het Hof van 20 november 2008, C-209/07, *Beef Industry Development Society e.a.*, *Jur.* 2008, I-8637.

³⁹⁴. Arrest *Automobiles Peugeot en Peugeot Nederland*, aangehaald in voetnoot 359, r.o. 56.

³⁹⁵. Arrest van het Gerecht van 27 september 2006, T-168/01, *GlaxoSmithKline Services*, *Jur.* 2006, II-2969, besproken in “Kroniek 2005-2007”, *TBH* 2009, p. 130, randnr. 145 e.v.

³⁹⁶. Arrest van het Gerecht in T-168/01, *GlaxoSmithKline Services*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 103-147.

³⁹⁷. Arrest van het Hof in gevoegde zaken C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 62-64. Zie eveneens de hiervoor in voetnoot 350 aangehaalde jurisprudentie (*supra*, randnr. 131).

³⁹⁸. Arrest van het Hof in gevoegde zaken C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 59-61.

³⁹⁹. Arrest van het Gerecht van 8 september 2010, T-29/05, *Deltafina*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 46 e.v. Tegen dit arrest werd door Deltafina een hogere voorziening ingesteld bij het Hof op 19 november 2010 (C-537/10 P). Zie eveneens het arrest *AC Treuhand*, aangehaald in voetnoot 384, r.o. 12, hiervoor besproken in randnr. 146-147.

den aanzien als mededingingsbeperkend. Of een overeenkomst in aanzienlijke mate bijdraagt tot de afscherming van de markt hangt af van de marktpositie van de partijen en van de duur van die overeenkomst⁴⁰⁰.

155. Standaardisatie. – Tijdens de besproken periode wordt bevestigd dat het uitwerken van geharmoniseerde productnormen geen mededingingsbeperking oplevert indien zulks geschiedt door erkende normalisatie-instellingen volgens een niet-discriminerende, open en doorzichtige procedure en indien de normen juridisch noch feitelijk bindend zijn⁴⁰¹. Aan die voorwaarden is niet voldaan indien een belangenorganisatie de procedure manipuleerde en beheerste of indien de voorzitter niet onpartijdig was⁴⁰².

8. Mogelijkheid van vrijstelling van een mededingingsbeperkende afspraak

156. Mogelijkheid van vrijstelling van een afspraak met mededingingsbeperkende strekking. – In het in de vorige aflevering van deze Kroniek besproken arrest *GlaxoSmithKline* oordeelde het Gerecht dat ook een prijsbeleid dat de parallelhandel in geneesmiddelen beoogt tegen te gaan, kan bijdragen tot de “verbetering van de productie of distributie”, in de mate dat parallelhandel in de betrokken geneesmiddelen resulteert in efficiëntieverlies (ontmoediging van O&O investeringen). Het Hof – dat dus eerst oordeelde dat zo’n beleid in principe een mededingingsbeperkende strekking heeft⁴⁰³ – sluit zich tijdens de besproken periode aan bij het door het Gerecht gestelde principe: de auteur van het prijsbeleid mag bewijs voorleggen van ‘objectieve’ voordelen, d.w.z. voordelen die niet (enkel) ten goede komen aan de ondernemingen die bij de afspraak betrokken zijn⁴⁰⁴. Daarbij volstaat de ‘waarschijnlijkheid’ dat het verhoopte voordeel

zich zal realiseren (er is dus geen bewijs vereist dat de afspraak met zekerheid tot efficiënties zal leiden)⁴⁰⁵. Evenmin is het noodzakelijk dat alle voordelen van de betrokken afspraak objectieve voordelen zijn – anders gezegd, niet alle door het prijsbeleid gegenereerde winsten moeten in O&O worden geïnvesteerd⁴⁰⁶. Met dit arrest – en met het eveneens tijdens de besproken periode gevelde *Sot. Lélos kai-arrest*⁴⁰⁷ – geeft het Hof blijk van een genuanceerde kijk op praktijken die parallelhandel beperken.

Het zou evenwel fout zijn, uit dit arrest af te leiden dat er voortaan een ander mededingingsrechtelijk regime geldt voor afspraken die parallelhandel beperken. Om te beginnen, aldus het Hof, rust de bewijslast dat er inderdaad sprake is van objectieve voordelen op de auteur van het bedoelde prijsbeleid⁴⁰⁸. Weliswaar ‘kunnen’ de door een partij aangevoerde feiten van dien aard zijn dat de Commissie verplicht wordt om die aangevoerde feiten anders te verklaren, of de aangevoerde rechtvaardiging te weerleggen⁴⁰⁹. Maar die mogelijkheid lijkt vooral theoretisch. Het Hof laat er geen twijfel over bestaan dat de Commissie – die traditioneel zeer negatief staat tegenover dergelijke afspraken – over een (zeer) ruime beoordelingsbevoegdheid beschikt, en dat inhoudelijk rechterlijk toezicht op het oordeel van de Commissie marginaal is. Het Hof herhaalt zijn klassieke jurisprudentie volgens dewelke de rechterlijke toetsing van een Commissiebesluit dat artikel 101, lid 3 VWEU toepast, beperkt is. Het gaat immers over een ‘ingewikkelde economische analyse’ en de rechter is “niet bevoegd [...] om zijn economische beoordeling in de plaats te stellen van die van de auteur van de beschikking”⁴¹⁰. Ook de rechtspraak van het Gerecht tijdens de besproken periode geeft geen blijk van een fundamenteel andere kijk op regelingen die parallelhandel ontmoedigen⁴¹¹.

⁴⁰⁰. Beschikking van het Hof van 3 september 2009, C-506/07, *Lubricantes y Carburantes Galaicos SL*, *Jur.* 2009, I-134.

⁴⁰¹. Arrest van het Gerecht van 12 mei 2010, T-432/05, *EMC Development*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.* Het Gerecht wijst er op dat een norm die juridisch niet bindend is, op de markt niettemin feitelijk dwingend kan blijken; andersom is het niet uitgesloten dat er andere toegangswegen tot de markt bestaan zodat een norm die als dwingend wordt bestempeld dat in feite niet is. Dit arrest werd door het Hof bevestigd in een beschikking van 31 maart 2011 (C-367/10P).

⁴⁰². Arrest *EMC Development*, aangehaald in voetnoot 401, r.o. 82-83 en 88-89.

⁴⁰³. *Supra*, randnr. 153.

⁴⁰⁴. Arrest van het Hof in gevoegde zaken C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 92.

⁴⁰⁵. Arrest van het Hof in gevoegde zaken C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 93 en 95.

⁴⁰⁶. Arrest van het Hof in gevoegde zaken C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 120.

⁴⁰⁷. Zie de bespreking *infra*, randnrs. 170 e.v.

⁴⁰⁸. Arrest van het Hof in gevoegde zaken C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 82-83.

⁴⁰⁹. Arrest van het Hof in gevoegde zaken C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 83-84.

⁴¹⁰. Arrest van het Hof in gevoegde zaken C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 86. Het Hof zal zijn toezicht dan ook beperken tot “de vraag of de procedurevoorschriften en het motiveringsvereiste in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn weergegeven en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling van de feiten dan wel van misbruik van bevoegdheid” (r.o. 84-85).

⁴¹¹. Zie met name het arrest *Automobiles Peugeot en Peugeot Nederland*, aangehaald in voetnoot 359.

9. Machtspositie

157. Tijdens de besproken periode wordt vaste rechtspraak bevestigd volgens dewelke een machtspositie doelt op de economische macht van een onderneming die haar de mogelijkheid geeft om daadwerkelijke mededinging op de markt te verhinderen doordat de betrokken onderneming in staat is om zich in aanzienlijke mate onafhankelijk te gedragen tegenover haar concurrenten en afnemers en, in laatste instantie, de consumenten. Een machtspositie is niet onvernegbaar met een zekere mate van mededinging⁴¹².

158. Marktaandelen van meer dan 50% leveren, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten, een weerlegbaar vermoeden op van een machtspositie⁴¹³. Het Gerecht preciseert dat het wel vereist is, dat die hoge marktaandelen in de tijd stabiel zijn gebleven; onder dat voorbehoud vindt de +50%-regel ook toepassing in markten die worden gekenmerkt door innovatie⁴¹⁴. Wanneer een onderneming, ondanks het feit dat zij hogere prijzen dan haar concurrenten toepast, hoge marktaandelen weet aan te houden (in voorkomend geval mede als gevolg van betere terugbetalingsvoorwaarden die gelden voor de door haar verkochte geneesmiddelen), wijst dat er op dat zij niet merkbaar wordt gedisciplineerd door die mededingers en dus dominant is⁴¹⁵. Dat de overheid (in het kader van sociale zekerheidsregelingen) over toezichtbevoegdheden beschikt, stelt die conclusie niet (noodzakelijk) op de helling⁴¹⁶.

10. Misbruik

159. Richtsnoeren. – In december 2008 publiceerde de Commissie “*Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten [...] bij de toepassing van artikel [102 VWEU] op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie*” (hierna de ‘Richtsnoeren misbruik’)⁴¹⁷. Het document geeft blijk van de ‘meer economische benadering’ die de Commissie sinds enige tijd voorstaat bij de toepassing van de mededingingsregels. Zo stelt de Commissie dat zij “*prioritair de concurrentiewerking op de interne markt [wil] beschermen [...]. Daarbij houdt de Commissie in gedachten dat waar het werkelijk op aan komt, de*

bescherming van een daadwerkelijke concurrentiewerking is en niet gewoon de bescherming van concurrenten. Dit kan eventueel betekenen dat concurrenten die de gebruikers minder te bieden hebben op het punt van prijs, aanbod, kwaliteit en innovatie, de markt verlaten”⁴¹⁸. Van een ‘optreden van de Commissie’ (een Ersatzterm voor ‘inbreuk’) zal volgens de richtsnoeren sprake zijn “*wanneer het, op basis van dwingend en overtuigend bewijsmateriaal, waarschijnlijk is dat de beweerdelijk onrechtmatige gedraging resulteert in concurrentieverstorende afscherming*”⁴¹⁹. Concurrentieverstorende afscherming wordt omschreven als “*een situatie [...] waarin de daadwerkelijke toegang van daadwerkelijke of potentiële concurrenten tot bevoorrading of markten wordt verhinderd of uitgeschakeld*”⁴²⁰. Deze (en andere) passages van de richtsnoeren misbruik maken duidelijk dat de Commissie af wil van de formalistische toets die tot nog toe in de rechtspraak van Hof en Gerecht werd gehanteerd en die voor dominante ondernemingen een (quasi) *per se* verbod instelt op o.m. exclusieve afnameverplichtingen en kortingregelingen (andere dan kortingen die beperkt blijven tot het bedrag van bespaarde kosten als gevolg van de grotere levering)⁴²¹.

160. Bevestiging van de ‘formalistische’ misbruiktoets. – Na de publicatie van de Richtsnoeren misbruik moest het Gerecht oordelen over een aantal besluiten van de Commissie die voor de publicatie van de richtsnoeren waren vastgesteld, en die nog op de ‘oude’ (formalistische) leest geschoeid waren. Weliswaar konden de veroordeelde ondernemingen het *patere legem quam ipse feciste* niet inroepen tegen die besluiten (omdat zij dateerden van vóór de richtsnoeren). Maar anderzijds had het Gerecht zich bij zijn beoordeling van de besluiten kunnen laten inspireren door de richtsnoeren. De meeste arresten uit de besproken periode lijken dat niet te doen. Met name het arrest *Tomra*⁴²² springt in het oog. Dat arrest baseert zich zonder aarzeling of kwalificatie op de ‘oude’ rechtspraak en doet twijfel rijzen over de stelling dat artikel 102 VWEU de bescherming van de mededinging (en niet enkel van concurrenten) beoogt waar het de stijlformule herhaalt dat “*artikel [102 VWEU] een onderneming met een machtspositie verbiedt, een concurrent uit te schakelen en zo haar positie te versterken door andere middelen te hanteren dan die welke behoren tot mededinging op*

^{412.} Arresten van het Gerecht van 25 juni 2010, T-66/01, *Imperial Chemical Industries*, *Jur.* 2010, r.o. 254 e.v. en van 17 december 2009, T-57/01, *Solvay*, *Jur.* 2009, II-4621, r.o. 275 e.v. Tegen dit laatste arrest werd door Solvay een hogere voorziening ingesteld bij het Hof op 1 maart 2010 (C-109/10 P).

^{413.} Arrest *Astra Zeneca*, aangehaald in voetnoot 385, r.o. 242-243.

^{414.} Arrest *Astra Zeneca*, aangehaald in voetnoot 385, r.o. 242 en 254.

^{415.} Arrest *Astra Zeneca*, aangehaald in voetnoot 385, r.o. 261-265.

^{416.} Arrest *Astra Zeneca*, aangehaald in voetnoot 385, r.o. 266.

^{417.} Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel [102 VWEU] op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, *Pb.* 2009, C 45/7. De ongebruikelijke titel geeft weer dat de Commissie zich nog niet klaar achtte om bepaalde praktijken als ‘inbreuken’ te bestempelen, en er zich toe beperkt te bevestigen dat zij tegen die praktijken zal optreden.

^{418.} *Ibid.*, punt 6.

^{419.} *Ibid.*, punt 20.

^{420.} *Ibid.*, punt 19.

^{421.} Zie de arresten besproken in “Kroniek 2005-2007”, *TBH* 2009, p. 132, randnrs. 155 e.v. en in “Kroniek 2003-2005”, *TBH* 2006, p. 316, randnrs. 157 e.v.

^{422.} Arrest van het Gerecht van 9 september 2010, T-155/06, *Tomra Systems e.a.*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.* Tegen dit arrest werd door Tomra een hogere voorziening ingesteld bij het Hof op 22 november 2010 (C-549/10 P).

basis van verdienen⁴²³. Het arrest *Tomra* bevestigt dat exclusieve bevoorradingsverplichtingen en kortingsregelingen voor dominante spelers zeer problematisch blijven⁴²⁴, en dat de Commissie een praktijk als misbruik kan bestempelen ook als geen bewijs voorligt dat die praktijk de mededinging daadwerkelijk beperkt – aangezien dergelijke praktijk “naar de aard ervan een beperking van de mededinging tot gevolg kan hebben”⁴²⁵. Ook een praktijk die als gevolg heeft dat slechts één of enkele concurrenten van de markt worden verdreven, is op basis van die formalistische benadering verboden – m.a.w. om misbruik vast te stellen hoeft de Commissie niet na te gaan of het gaat om uitsluiting van concurrenten die de gebruikers minder te bieden hebben op het punt van prijs, aanbod, kwaliteit en innovatie, en evenmin of er, rekening houdend met het deel van de vraag dat door de litigieuze praktijk aan de dominante onderneming wordt gebonden, nog voldoende plaats overblijft voor concurrenten⁴²⁶. Een andere – meer op de daadwerkelijk vastgestelde effecten gerichte – motivering van het arrest ware denkbaar geweest, gelet op het feit dat *Tomra*’s marktaandeelen gedurende de onderzochte periode zeer hoog waren en dat de overeenkomsten met exclusiviteitsclausules respectievelijk kortingsregelingen op de verschillende (nationale) markten als gevolg hadden dat bijna 40% van de totale vraag aan *Tomra* werd gebonden.

Het is niet uitgesloten dat het handhaven, door het Gerecht, van de ‘formalistische’ toets in *Tomra* is ingegeven door de overweging dat de door de Richtsnoeren misbruik in het vooruitzicht gestelde vernieuwing enkel kan worden toegepast op besluiten die de Commissie vaststelt na de publicatie van die richtsnoeren⁴²⁷. Dat zou de – bij veel waarnemers bestaande – indruk bevestigen dat het Gerecht op het gebied van het mededingingsrecht weinig eigen bakens uitzet, en in hoofdzaak de (desgevallend wijzigende) opvattingen over-

neemt die het bespeurt in de besluiten van de Commissie waarvan het de wettigheid dient te beoordelen⁴²⁸.

161. Andere ‘per se’ verboden misbruiken. – De Richtsnoeren misbruik stellen dat er zich omstandigheden kunnen voordoen waarin geen nader onderzoek vereist is om te kunnen concluderen dat een praktijk in schade voor de gebruikers dreigt te resulteren, bijvoorbeeld wanneer een gedraging alleen belemmeringen voor de mededinging opwerpt en geen efficiëntievoordelen genereert⁴²⁹. Dat komt overeen met het *per se* verbod op afspraken met een mededingingsbeperkende strekking (*supra*, randnr. 152). Het arrest *Astra Zeneca* biedt een toepassingsgeval: bedrieglijke verklaringen van een dominante onderneming aan overheden zijn verboden als zij ‘daadwerkelijk van aard zijn’⁴³⁰ om die overheden er toe aan te zetten, die onderneming een voordeel toe te kennen op haar concurrenten (en daarbij mag de Commissie, aldus het Gerecht, rekening houden met de omstandigheid dat de overheden de afgelegde verklaringen niet op hun waarheidsgehalte hoeven te onderzoeken⁴³¹). Voorts oordeelt het Gerecht dat, in dergelijke omstandigheden, ook het gedrag in gerechtelijke procedures misbruik kan uitmaken. Volgens het Gerecht leverde het door *Astra Zeneca* in rechte gevoerde verweer misbruik op, omdat het kaderde in (de uitvoering van) een globale strategie waarbij misleidende verklaringen werden afgelegd die van aard waren om *Astra Zeneca* een onverdiende rechtspositie op te leveren (en aldus zijn machtspositie te bestendigen)⁴³². De vaststelling dat dergelijke praktijken ertoe strekken de machtspositie te bestendigen volstaat: de Commissie hoeft niet aan te tonen dat de betrokken overheden zich daadwerkelijk lieten misleiden⁴³³. Evenmin is vereist dat de dominante onderneming van het onrechtmatig bekomen voordeel – de verlenging van een exclusief recht tot commercialisering van bepaalde geneesmiddelen – gebruik heeft gemaakt: alleen al het bezit van

⁴²³. Arrest *Tomra*, aangehaald in voetnoot 422, r.o. 206. Zie eveneens arrest van het Gerecht van 9 september 2009, T-301/04, *Clearstream*, *Jur.* 2009, II-3155, r.o. 140 en het arrest van het Hof van 2 april 2009, C-202/07 P, *France Télécom*, *Jur.* 2009, I-2369, r.o. 106.

⁴²⁴. Arrest *Tomra*, aangehaald in voetnoot 422, r.o. 208-213 en r.o. 295-300.

⁴²⁵. Arrest *Tomra*, aangehaald in voetnoot 422, r.o. 289. Zie eveneens het arrest *Astra Zeneca*, aangehaald in voetnoot 385, r.o. 360-362. In het arrest *Clearstream*, aangehaald in voetnoot 423, r.o. 192-194, verwijst het Gerecht naar het ‘doel’ van het onderzochte gedrag, maar dat lijkt een onjuiste weergave te zijn van de Franse versie, die het heeft over “*comportement qui tend à conduire à une distorsion de concurrence*” (wij benadrukken). Deze arresten zijn te situeren in de lijn van het arrest van het Hof van 15 maart 2007, C 95/04 P, *British Airways*, *Jur.* 2007, I-2331, besproken in “Kroniek 2005-2007”, *TBH* 2009, p. 133, randnr. 158.

⁴²⁶. Arrest *Tomra*, aangehaald in voetnoot 422, r.o. 206 e.v. De 102-richtsnoeren (aangehaald in voetnoot 417) daarentegen, laten uitschijnen dat niet elke afscherming verboden is (zie punt 20), en dat het afschermingseffect bij voorwaardelijke kortingen mede afhangt van het ‘niet-betwistbare’ marktaandeel (de hoeveelheid die de afnemers in ieder geval van de onderneming met een machtspositie zouden afnemen). Als er op de markt een voldoende groot ‘betwistbaar deel’ overblijft, kan worden betwijfeld of er sprake is van een concurrentieverstorende afscherming (punten 39 e.v.).

⁴²⁷. Dat zou dan wel contrasteren met de rechtspraak die bevestigde dat boeterichtsnoeren ook toepassing kunnen vinden op feiten die plaatsvonden voor de publicatie ervan, ook al resulteert dat in hogere boetes dan anders het geval zou zijn geweest. Zie ook de arresten besproken in “Kroniek 2005-2007”, *TBH* 2009, p. 147, randnr. 220 en in “Kroniek 2003-2005”, *TBH* 2006, p. 329, randnr. 214.

⁴²⁸. Voor een kritische bespreking van het arrest *Tomra*, zie G. FEDERICO, “*Tomra v Commission of the European Communities: reversing progress on rebates?*”, *ECLR* 2011, 139.

⁴²⁹. 102-richtsnoeren, aangehaald in voetnoot 417, punt 22.

⁴³⁰. Arrest *Astra Zeneca*, aangehaald in voetnoot 385, r.o. 377 (de Nederlandse versie van het arrest is ten tijde van de afsluiting van deze kroniek nog niet beschikbaar; de Franse versie heeft het over “*réellement de nature*” a’).

⁴³¹. Arrest *Astra Zeneca*, aangehaald in voetnoot 385, r.o. 357.

⁴³². Arrest *Astra Zeneca*, aangehaald in voetnoot 385, r.o. 599-605.

⁴³³. Arrest *Astra Zeneca*, aangehaald in voetnoot 385, r.o. 360.

dergelijk exclusief recht is immers van aard om de mededinging van andere ondernemingen te ontmoedigen⁴³⁴.

162. Het Gerecht bestempelt eveneens als misbruik de intrekking door Astra Zeneca van de registratie van een geneesmiddel. Die praktijk had bijna per definitie een effect op de markt: het praktisch gevolg van de intrekking was dat fabrikanten van generische geneesmiddelen geen beroep meer konden doen op de testresultaten van het ingetrokken geneesmiddel, wat het voor hen onmogelijk maakte een verkorte toelatingsprocedure te doorlopen. Omdat de intrekking van de registratie van aard was om de toetreding tot de markt van generische concurrenten te belemmeren en/of te vertragen, was er volgens het Gerecht sprake van misbruik van administratieve procedures⁴³⁵. Die strenge toets is wellicht mede ingegeven door de overweging dat de betrokken praktijk (het van de markt halen van een geneesmiddel) onmogelijk ten goede kan komen aan de consumenten en er geen geloofwaardige verklaring voor die praktijk werd gegeven⁴³⁶. Het Gerecht verwierpt het argument dat deze toets investeringen in innovatie zal ontmoedigen: die investeringen worden beloond door de wettelijk voorziene exclusiviteit; na aflopen van die exclusiviteit kunnen die investeringen niet langer worden ingeroepen ter rechtvaardiging van maatregelen die van aard zijn om de bestaande machtspositie te bestendigen⁴³⁷. Integendeel, vanaf dan zijn alle concurrenten (dus ook fabrikanten van generische geneesmiddelen) gerechtigd om de testresultaten in te roepen met het oog op een versnelde toelating van hun (generisch) middel⁴³⁸.

163. *Misbruik is een objectief begrip.* – Meerdere arresten bevestigen bestaande rechtspraak⁴³⁹ volgens dewelke misbruik een objectief begrip is zodat er geen sprake is van een schuldvereiste: het is niet vereist dat de dominante onderneming met haar praktijken de mededinging beoogde uit te schakelen⁴⁴⁰ of dat zij te kwader trouw was⁴⁴¹. Een mededin-

gingsbeperkend oogmerk of de vaststelling van een praktijk te kwader trouw kunnen wel relevante indicaties zijn van misbruik⁴⁴².

164. *Artikel 102 VWEU verbiedt niet enkel misbruik ‘van’ machtspositie.* – In het arrest *Astra Zeneca* oordeelt het Gerecht dat artikel 102 VWEU betrekking heeft op misbruik door ondernemingen met een machtspositie, en niet (enkel) op misbruik van een machtspositie. In dat arrest bevestigt het Gerecht dat ‘misbruik’ alle praktijken behelst die niet kunnen worden aanzien als mededinging op de merites en als gevolg waarvan de machtspositie kan worden versterkt. Concreet ging het om het afleggen van bedrieglijke verklaringen aan diverse overheden die er op waren gericht, exclusieve rechten voor de commercialisering van bepaalde geneesmiddelen een langere levensduur te bezorgen dan de toepasselijke regels toelieten. Die bedrieglijke verklaringen zijn geen uitoefening van de machtspositie, maar zijn wel van aard die positie te bestendigen of te versterken⁴⁴³. Immers, aldus het Gerecht, de ‘bijzondere verantwoordelijkheid’ van een dominante onderneming impliceert dat zij de overheid uit eigen beweging wijst op vergissingen die in haar verklaringen waren geslopen (ook als zo’n rechtzetting kan leiden tot verlies of bekorting van een exclusief recht)⁴⁴⁴. Om dezelfde reden is een dominante onderneming verplicht om ‘transparant’ te zijn in haar betrekkingen met de overheid, wat een verbod impliceert op verklaringen waarvan zij redelijkerwijs moet beseffen dat ze de overheid op het verkeerde been kunnen zetten⁴⁴⁵.

165. *De bewijslast van machtspositie en misbruik rust op de Commissie.* De rechtspraak tijdens de besproken periode bevestigt dat de dominante onderneming vervolgens de mogelijkheid heeft om bewijs aan te voeren dat haar praktijken objectief gerechtvaardigd waren. Vervolgens staat het aan de Commissie om in voorkomend geval aan te tonen dat

⁴³⁴. Arrest *Astra Zeneca*, aangehaald in voetnoot 385, r.o. 362 en 375. Het Gerecht hanteert – bewust – een toets die strenger is dan de toets die wordt gehanteerd in het Amerikaanse mededingingsrecht (r.o. 368 van het arrest).

⁴³⁵. Arrest *Astra Zeneca*, aangehaald in voetnoot 385, r.o. 666-675, waarin in het algemeen wordt gesteld dat het gebruik maken van administratieve procedures die van aard zijn de marktintrede van concurrenten te beletten of te bemoeilijken, als misbruik is te aanzien behalve wanneer de betrokken praktijk zijn rechtvaardiging vindt in de bescherming van de rechtmatige commerciële belangen van de dominante onderneming.

⁴³⁶. Arrest *Astra Zeneca*, aangehaald in voetnoot 385, r.o. 686-694.

⁴³⁷. Arrest *Astra Zeneca*, aangehaald in voetnoot 385, r.o. 273 en 812.

⁴³⁸. Arrest *Astra Zeneca*, aangehaald in voetnoot 385, r.o. 812.

⁴³⁹. Besproken in “Kroniek 2005-2007”, *TBH* 2009, p. 132, randnrs. 156 e.v.

⁴⁴⁰. Arrest *Clearstream*, aangehaald in voetnoot 423, r.o. 141-142.

⁴⁴¹. Arrest *Astra Zeneca*, aangehaald in voetnoot 385, r.o. 356, 361, 375 en 813-819.

⁴⁴². Arrest *Astra Zeneca*, aangehaald in voetnoot 385, r.o. 359, 533 en 814.

⁴⁴³. Arrest *Astra Zeneca*, aangehaald in voetnoot 385, r.o. 267 en 352-356. De stelling van het Gerecht gaat terug op het arrest van het Hof van 21 februari 1973, 6/72, *Europemballage en Continental Can*, *Jur.* 1972, 215, r.o. 27. Kort na de besproken periode oordeelt het Hof dat er, bijzondere omstandigheden daargelaten, een verband moet bestaan tussen de machtspositie en het misbruik (arrest *TeliaSonera*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 86); dergelijk verband zal, aldus het Hof, in de regel niet bestaan wanneer het beweerd misbruikelijk gedrag plaatsvindt op een andere markt dan de markt waarop de machtspositie bestaat. Als dit laatste arrest derwijze valt te begrijpen, dat de Commissie aannemelijk moet maken dat het beweerd misbruikelijk gedrag mogelijk werd gemaakt (of minstens vergemakkelijkt) door de machtspositie, dan is het onzeker of het oordeel van het Gerecht in *Astra Zeneca* in hogere voorziening zal standhouden.

⁴⁴⁴. Arrest *Astra Zeneca*, aangehaald in voetnoot 385, r.o. 358, 510 en 532.

⁴⁴⁵. Arrest *Astra Zeneca*, aangehaald in voetnoot 385, r.o. 493. Deze overweging is wellicht niet los te zien van de omstandigheid dat de betrokken overheden niet verplicht waren de afgelegde verklaringen op hun waarheidsgehalte te toetsen (zie *supra*, randnr. 161).

de aangevoerde rechtvaardiging niet kan worden aanvaard⁴⁴⁶.

166. Hierna wordt kort ingegaan op de rechtspraak van de betrokken periode m.b.t. een aantal specifieke praktijken.

167. *Wurgprijzen (price squeeze)*. – Wurgprijzen vallen onder de in artikel 102 VWEU gebruikte term ‘onbillijke prijzen’⁴⁴⁷. In het arrest *Deutsche Telekom* oordeelt het Hof dat er geen ‘per se’-regel geldt voor wurgprijzen: de Commissie moet niet enkel aantonen dat de door de dominante ondernemingen toegepaste tarieven resulteren in de uitholling van de marges van de concurrenten, maar ook dat die tarieven een ongunstige invloed hebben op de ontwikkeling van het aanbod van die concurrenten. Weliswaar hoeft de Commissie niet te bewijzen dat de tariefpraktijk resulteert in de daadwerkelijke uitsluiting van concurrenten uit de markt, maar “wanneer er geen enkel gevolg is voor de concurrentiepositie van de concurrenten, kan [die] tariefpraktijk [...] niet als uitsluiting worden gekwalificeerd wanneer de toetreding van deze laatsten tot de betrokken markt in geen enkel opzicht wordt bemoeilijkt”⁴⁴⁸. Wurgprijzen zijn verboden indien ze leiden tot de uitholling van de winstmarges van minstens even efficiënte concurrenten en die als gevolg kunnen hebben dat zo’n concurrenten moeilijker de markt kunnen betreden of uit die markt worden verdreven⁴⁴⁹. Of concurrenten ‘minstens even efficiënt’ zijn dient – wanneer de price squeeze ontstaat als gevolg van de groothandelsprijzen die de dominante onderneming aanrekent aan haar concurrenten op retailniveau – te worden uitgemaakt op basis van de kosten van de onderneming met de machtspositie. Meer bepaald moet worden nagegaan of zij haar eigen eindgebruikers diensten zonder verlies zou kunnen aanbieden als zij zelf de groothandelsprijzen zou moeten betalen die ze aan haar concurrenten aanrekent⁴⁵⁰. Die benadering dient de rechtszekerheid (aangezien de dominante onderneming niet geacht wordt alle kosten van haar concurrenten te kennen)⁴⁵¹.

168. *Excessieve prijzen*. – Het arrest *Kanal 5*⁴⁵² bevestigt dat de vraag of sprake is van ‘excessieve’ prijzen moet worden beantwoord in het licht van de waarde van de geleverde

goederen of diensten in het handelsverkeer⁴⁵³. Het arrest heeft betrekking op de tarieven die door een beheersorganisatie voor auteursrechten van muziekcomposities werden berekend aan tv-stations. Het Hof bevestigt dat het auteursrecht een ‘bijzondere aard’ heeft en dat moet worden gezocht naar een passend evenwicht tussen de belangen van enerzijds de auteurs (aanspraak op vergoeding voor uitzending) en anderzijds de zenders (belang om de beschermde werken onder ‘redelijke voorwaarden’ te kunnen uitzenden). Een vergoedingsmodel dat is gebaseerd op het werkelijke of waarschijnlijke aantal vertoningen van een beschermd werk is aanvaardbaar, behalve als er een andere methode zou bestaan die het gebruik van de beschermde werken en de kijkcijfers nauwkeuriger kan identificeren en kwantificeren, zonder de kosten van het beheer en toezicht onevenredig te verhogen⁴⁵⁴.

In dezelfde zin bevestigt het arrest *Der Grüne Punkt* (‘DGP’) dat de door een onderneming met een machtspositie toegepaste prijs moet worden bekeken “in verhouding tot de economische waarde van de verrichte prestatie”. Volgens het Hof is er sprake van een onbillijke licentievergoeding wanneer die vergoeding wordt geëist voor alle in de handel gebrachte verpakkingen met het DGP-logo, ook indien de licentienemers konden aantonen dat zij niet voor al (of een gedeelte van) hun verpakkingen gebruik maakten van het DGP-ophaalsysteem. Weliswaar kan de licentiegever een passende vergoeding vragen voor verpakkingen met een DGP-logo die niet door haar worden opgehaald (aangezien dit logo een economische waarde heeft: het verleent de gebruikers de *mogelijkheid* om de verpakking via het systeem te laten ophalen), maar deze vergoeding kan niet even hoog zijn als voor verpakkingen die daadwerkelijk worden opgehaald, aangezien geen inzamelings- en verwerkingsdiensten worden verricht⁴⁵⁵.

169. *Essentiële faciliteit*. – De besproken periode brengt bevestiging van vaste rechtspraak dat een weigering om een ‘onontbeerlijke dienst’ (d.w.z. een dienst waarvoor geen daadwerkelijk of potentieel substituuut bestaat) te leveren slechts misbruik oplevert indien de weigering elke mededinging op de markt door degene die van de dienst gebruik wil

⁴⁴⁶. Arrest *Clearstream*, aangehaald in voetnoot 423, r.o. 185.

⁴⁴⁷. Arrest *Clearstream*, aangehaald in voetnoot 423, r.o. 172-173.

⁴⁴⁸. Arrest *Deutsche Telekom*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 250-254. Dat belet niet dat, wanneer er bewijs voorligt van uitsluitingseffecten, de inbreuk als ‘bijzonder zwaar’ is te aanzien (*ibid.*, r.o. 275). Zie verder *infra*, randnrs. 231 e.v.

⁴⁴⁹. Arrest *Deutsche Telekom*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 163 en 177. In r.o. 237-240 beaamt het Hof het oordeel van het Gerecht dat art. 102 VWEU in dit opzicht strekt tot vrijwaring van gelijke kansen voor alle concurrenten.

⁴⁵⁰. Arrest *Deutsche Telekom*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 196-203. Bij die toets mag er geen rekening mee worden gehouden dat de concurrenten van de dominante onderneming, als gevolg van toepasselijke overheidsreglementering, minder distributiekosten zouden hebben (m.a.w. dat hun marge, *ceteris paribus*, hoger is dan die van de dominante onderneming), zie r.o. 203 van het arrest. Evenmin mag rekening worden gehouden met de marges die die concurrenten behalen op naburige markten (r.o. 236 van het arrest).

⁴⁵¹. Arrest *Deutsche Telekom*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 202.

⁴⁵². Arrest van het Hof van 11 december 2008, C-52/07, *Kanal 5 en TV4 / Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå*, *Jur.* 2008, I-9275.

⁴⁵³. Arrest *Kanal 5 en TV4*, aangehaald in voetnoot 452, r.o. 36.

⁴⁵⁴. Arrest *Kanal 5 en TV4*, aangehaald in voetnoot 452, r.o. 30-40.

⁴⁵⁵. Arrest van het Hof van 16 juli 2009, C-385/07 P, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland*, *Jur.* 2009, I-6155, r.o. 142 e.v. Het arrest van het Gerecht in deze zaak werd besproken in “Kroniek 2005-2007”, *TBH* 2009, p. 135, randnr. 166.

maken, kan uitsluiten, die weigering niet objectief kan worden gerechtvaardigd, en de dienst op zich bovendien onontbeerlijk is voor de activiteiten van degene die er gebruik van wil maken⁴⁵⁶.

170. Leveringsweigering en parallelhandel. – De besproken periode bevestigt vaste rechtspraak dat misbruik kan opleveren, de weigering, door een onderneming met een machtspositie, om de door een vaste afnemer geplaatste bestellingen uit te voeren. Dat de weigering om te leveren aan parallelhandelaars enkel mededingingsbelemmeringen veroorzaakt op een geografische markt waar de dominante onderneming zelf niet actief is, doet niet af aan het verbod⁴⁵⁷. Maar het Hof voegt daar meteen aan toe dat er objectieve overwegingen kunnen bestaan op grond waarvan de leveringsweigering niet als misbruikelijk is te aanzien. Het bestaan van prijsverschillen die voortvloeien uit nationale prijscontroles volstaat weliswaar niet: ook al zou de eindverbruiker slechts in geringe mate profiteren van dergelijke handel, zij oefent toch een neerwaartse druk uit op de prijzen in landen waar de parallelhandelaars hun waar op de markt brengen, en zij kan resulteren in een ruimere keuze voor de eindverbruikers (en voor de subsidiërende overheid). Anderzijds aanvaardt het Hof dat een dominante onderneming mag weigeren om gevolg te geven aan bestellingen van parallelhandelaars die, gelet op de bestaande commerciële relaties, een ‘ongewone omvang’ hebben. Dergelijke weigering wordt aanzien als een ‘redelijke en evenredige maatregel’ die (ook) een dominante onderneming mag treffen om haar eigen commerciële belangen te verdedigen⁴⁵⁸. Indien het om unilateraal gedrag (leveringsweigering) gaat, hoeft niet te worden voldaan aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3 VWEU⁴⁵⁹.

171. Kortingen. – Tijdens de besproken periode wordt bevestigd dat getrouwheidskortingen (en andere financiële ‘incentives’ met dezelfde effecten), in ruil voor een ‘verbintenis’ van een klant om zich (bijna) uitsluitend te bevoorraden bij een onderneming met een machtspositie, een misbruik vormen⁴⁶⁰. Hoeveelheidskortingen kunnen wel door de beugel voor zover ze de afspiegeling zijn van de verbeterde efficiëntie en van de schaalvoordelen die worden behaald met de verkoop van grotere hoeveelheden. Hoeveelheids-

kortingen zijn echter verboden “wanneer uit de criteria en modaliteiten [...] van de korting blijkt dat het systeem niet gebaseerd is op een vanuit economisch oogpunt gerechtvaardigde tegenprestatie, doch er – net als de getrouwheidskorting en de doelstellingskorting – toe strekt te beletten dat de afnemers zich bij concurrerende ondernemingen bevoorraden”. Indien de kortingen dergelijke aard hebben, zijn ze *per se* verboden en doen beweringen dat (1) het kortingsstelsel op vraag van de klanten werd ingevoerd; (2) het doel ervan was om voldoende productie te behouden om geen fabrieken te moeten sluiten; en (3) het systeem transparant en niet-discriminatoir was, er niet toe⁴⁶¹.

172. Ongelijke voorwaarden. – Om te beoordelen of een dominante onderneming ten aanzien van haar handelspartners ongelijke voorwaarden toepast voor gelijkwaardige prestaties moet ook rekening worden gehouden met verschillen tussen de handelspartners. Bijvoorbeeld mag er, bij het berekenen van een auteursvergoeding, rekening mee worden gehouden dat een publieke zender niet beschikt over reclame-inkomsten en evenmin over abonnementsovereenkomsten⁴⁶². Bovendien levert de toepassing van ongelijke voorwaarden niet *per se* een inbreuk op: er moet eveneens worden nagegaan of dergelijke voorwaarden resulteren in een beperking van de mededinging – wat in het geval van discriminatie van afnemers veronderstelt dat die afnemers op dezelfde markt actief zijn – en, zo ja, of er een objectieve rechtvaardiging bestaat voor het verschil in behandeling (waarbij het Hof bevestigt dat dergelijke rechtvaardiging o.m. kan liggen in de taak en de wijze van financiering van publieke tv-zenders)⁴⁶³. Een rechtvaardiging kan evenwel niet worden gezocht in de bewering dat het misbruikelijk gedrag een retaliatie is op gelijkaardig gedrag van een andere onderneming, die wellicht ook dominant is op een andere markt⁴⁶⁴.

11. Invloed op handel tussen lidstaten

173. Volgens vaste rechtspraak is er sprake van invloed op de handel tussen lidstaten wanneer, op grond van een geheel van objectieve elementen, feitelijk en rechtens, met een voldoende mate van waarschijnlijkheid is te verwachten, dat een praktijk al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of poten-

⁴⁵⁶. Arrest *Clearstream*, aangehaald in voetnoot 423, r.o. 147.

⁴⁵⁷. Arrest van het Hof van 16 september 2008, gevoegde zaken C-468/06 tot en met C-478/06, *Sot. Lélou kai e.a.*, *Jur.* 2008, I-7139, r.o. 34-5. Ook deze zaak betrof praktijken van GlaxoSmithKline die er toe strekten een halt toe te roepen aan parallelhandel in door haar vervaardigde geneesmiddelen.

⁴⁵⁸. Arrest *Sot. Lélou kai e.a.*, aangehaald in voetnoot 457, r.o. 67-73. Een levering kan echter niet worden geweigerd op basis van het argument dat zij zou leiden tot een geneesmiddelentekort in de ‘goedkope’ lidstaat: als die lidstaat inderdaad minimumniveaus oplegt qua stockage, dan staat het aan die lidstaat om aan de hand van met het Unierecht verenigbare maatregelen, aan een eventueel tekort te verhelpen (r.o. 74-75 van het arrest).

⁴⁵⁹. *Supra*, randnr. 156.

⁴⁶⁰. Arrest *Solvay*, aangehaald in voetnoot 412, r.o. 316 e.v., 348 e.v. en 396 e.v.

⁴⁶¹. Arrest *Imperial Chemical Industries*, aangehaald in voetnoot 412, r.o. 24 e.v.

⁴⁶². Arresten *Kanal 5 en TV4*, aangehaald in voetnoot 452, r.o. 45-47. Hoewel dit niet aan bod komt in het arrest, lijkt het arrest van het Hof steun te bieden voor de stelling dat de toepassing van *dezelfde* condities op ongelijke situaties ook ‘ongelijke voorwaarden’ in de zin van art. 102 VWEU zou kunnen opleveren.

⁴⁶³. Arresten *Kanal 5 en TV4*, aangehaald in voetnoot 452, r.o. 45-47 en *Clearstream*, aangehaald in voetnoot 423, r.o. 170.

⁴⁶⁴. Arrest *Clearstream*, aangehaald in voetnoot 423, r.o. 132-134.

tiel op de handelsstromen tussen lidstaten een zodanige invloed kan uitoefenen dat de verwezenlijking van de doelstellingen van de interne markt wordt geschaad⁴⁶⁵. Die invloed mag niet van geringe betekenis zijn – anders gezegd, de mededingingsregels van de Europese Unie vinden geen toepassing op een praktijk die de tussenstaatse handel niet of slechts in verwaarloosbare mate ongunstig beïnvloedt⁴⁶⁶. De omstandigheid dat een inbreuk de verhandeling van producten in één lidstaat betreft, volstaat niet om uit te sluiten dat de handel tussen lidstaten ongunstig kan worden beïnvloed⁴⁶⁷. Het feit dat de handelspatronen niet zijn veranderd na het stopzetten van de inbreuk (concreet: de marktaandelen van de betrokken ondernemingen waren weinig of niet veranderd), volstaat evenmin voor de conclusie dat praktijken niet van aard zijn om de handel tussen lidstaten te beïnvloeden⁴⁶⁸.

B. Procedure voor de Europese Commissie

174. Hierna (delen B.1. tot B.10.) wordt ingegaan op de rechtspraak uit de besproken periode die handelt over inbreukprocedures die de Commissie voert met toepassing van verordening 1/2003. Delen B.11. en B.12. bespreken de rechtspraak van de besproken periode over de bewijslast die op de Commissie rust wat betreft inbreuken op de mededingingsregels. Deel B.13. bespreekt het rechterlijk toezicht op inbreukbesluiten. Deel B.14. ten slotte behandelt de rechtspraak inzake het verwerpen van klachten.

1. Verplichting tot medewerking aan het onderzoek – Geen zwijgrecht

175. De besproken periode brengt de bevestiging dat ondernemingen actief mee moeten werken met onderzoeken van de Commissie. Verzoeken om inlichtingen kunnen een onderneming ertoe dwingen om feiten te bevestigen respectievelijk om documenten over te leggen, ook wanneer de Commissie met die documenten bewijs van een inbreuk wil leveren. De onderneming in kwestie behoudt immers de mogelijkheid om later aan te tonen dat de overgelegde documenten een andere betekenis of strekking hebben dan de Commissie beweert. Van zwijgrecht (m.a.w. weigering om de gevraagde inlichtingen te verstrekken) is er enkel sprake wanneer de betrokken onderneming ertoe zou worden ver-

plicht om daarmee het bestaan van een inbreuk te erkennen. Dat zal bijvoorbeeld het geval zijn wanneer een onderneming wordt verzocht om het voorwerp, het verloop en de uitkomst te beschrijven van bijeenkomsten die zij heeft bijgewoond met haar concurrenten, terwijl het duidelijk is dat de Commissie vermoedt dat die bijeenkomsten een verboden doel hadden. Indien zo'n incriminerende informatie niettemin werd verstrekt, is dat als spontane medewerking te aanzien die een verlaging van de geldboete kan rechtvaardigen. De auteur van het 'vrijwillige' antwoord kan echter niet stellen dat zijn recht om zichzelf niet te beschuldigen werd geschonden⁴⁶⁹.

2. Transparantie over verdenking

176. Tijdens de besproken periode oordeelt het Gerecht dat de Commissie in een verzoek om inlichtingen de adressaat van dat verzoek moet inlichten over de rechtsbasis en het doel van het onderzoek, en eveneens toelichting moet bieden bij de vermoede inbreuk(en) waarop het onderzoek zich richt. De adressaat van het verzoek moet in voorkomend geval begrijpen dat de Commissie hem in die context verwijten zou kunnen maken, zodat hij zijn verweer kan voorbereiden. Deze verplichting geldt ook voor verzoeken om inlichtingen die worden verzonden vooraleer punten van bezwaar worden uitgebracht (d.w.z. vooraleer de beschuldigingen van de Commissie worden geformaliseerd). De niet-nakoming ervan zal enkel dan leiden tot de nietigverklaring van het inbreukbesluit indien de betrokken onderneming kan aantonen dat, als ze correct zou zijn ingelicht, zij zich doeltreffender had kunnen verweren, en dat zulk verweer het verloop van die procedure en de inhoud van het inbreukbesluit had kunnen beïnvloeden⁴⁷⁰.

3. Huiszoeken

177. Als de Commissie huiszoeken ('verificaties') verricht bij ondernemingen dan verlangen de rechten van de verdediging dat zij het voorwerp en het doel van de verificatie aanduidt. Het Gerecht benadrukt dat "*deze verplichting [...] een fundamenteel vereiste [vormt], niet alleen om het voor de betrokken ondernemingen duidelijk te maken dat de voorgenomen ingreep gerechtvaardigd is, maar ook om hun inzicht te geven in de omvang van hun verplichting tot mede-*

^{465.} Arrest van het Hof van 23 april 2009, C-425/07 P, *AEPI Elliniki Etairia pros Prostatian tis Pnevmatikis Idioktiasias (AEPI)*, *Jur.* 2009, I-3205, r.o. 51. Het onderzoek naar de ongunstige invloed van een praktijk op de tussenstaatse handel is niet te verwarren met de vraag of die praktijk (ook) kan leiden tot aanzienlijke verstoringen van de interne markt. Die laatste vraag is relevant wanneer moet worden uitgemaakt of er een voldoende belang van de Unie bestaat bij een onderzoek door de Commissie van een klacht (zie r.o. 52 van het arrest alsmede het arrest van het Gerecht van 16 januari 2008, T-306/05, *Scippacercola en Terezakis*, *Jur.* 2008, II-4.). Een hogere voorziening tegen dit laatste arrest werd door het Hof bij beschikking van 25 maart 2009 (C-159/08 P) afgewezen.

^{466.} Arrest *AEPI*, aangehaald in voetnoot 465, r.o. 50.

^{467.} Arrest van het Hof van 24 september 2009, gevoegde zaken C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P en C-137/07 P, *Erste Group Bank e.a.*, *Jur.* 2009, I-8681, r.o. 38.

^{468.} Arrest *Imperial Chemical Industries*, aangehaald in voetnoot 412, r.o. 346.

^{469.} Arrest *Amann & Söhne*, aangehaald in voetnoot 382, r.o. 325 e.v.

^{470.} Arrest *AC Treuhand*, aangehaald in voetnoot 384, r.o. 47 e.v.

werking en tegelijk hun recht van verweer veilig te stellen⁴⁷¹. Dat impliceert echter niet dat de Commissie een exacte juridische kwalificatie moet geven van de inbreuken die zij vermoedt, zij moet enkel haar vermoedens duidelijk omschrijven. Het arrest *Solvay* handelt over een verificatiebeschikking die enkel verwees naar artikel 101 VWEU, terwijl het eindbesluit *Solvay* ook veroordeelde wegens inbreuk op artikel 102 VWEU. Het Gerecht oordeelt dat de niet-vermelding in de verificatiebeschikking van een vermoeden van inbreuk op artikel 102 VWEU geen schending van de rechten van de verdediging oplevert aangezien een inhoudelijke overeenkomst bestond tussen de praktijken op grond waarvan de verificatiebeschikking gebaseerd was en de praktijken op basis waarvan een misbruik afgeleid kon worden: het misbruik werd immers begaan in het kader van de contractuele relaties met haar klanten. Aangezien de feiten waarvoor de Commissie wél gemachtigd was om bewijzen op te sporen grotendeels dezelfde waren als de feiten die het inbreukbesluit als een misbruik van machtspositie bestempelt was de inbeslagname van documenten die (eveneens) werden gebruikt om een inbreuk te staven op artikel 102 VWEU wettig⁴⁷².

4. Vertrouwelijkheid van communicaties met (interne) raadslieden

178. In de zaak *Akzo* oordelen het Gerecht⁴⁷³ en vervolgens het Hof⁴⁷⁴ dat briefwisseling tussen een onderneming en een advocaat die in dienst is van die onderneming, ten aanzien van de Commissie niet vertrouwelijk is. Wanneer de Commissie in het kader van haar onderzoeksbevoegdheden een inspectie ('huiszoeking') verricht, of een onderneming in het kader van een verzoek om inlichtingen om de overlegging van documenten vraagt, kan de onderneming de Commissie dus geen inzage in die briefwisseling weigeren.

179. In het eerdere arrest *AM&S*⁴⁷⁵ had het Hof uitgemaakt dat briefwisseling tussen een advocaat en zijn cliënt die plaatsvindt in het kader van de rechten van de verdediging van de cliënt bescherming geniet, op voorwaarde weliswaar dat de briefwisseling afkomstig is van 'onafhankelijke' advocaten. In de zaak *Akzo* bevestigen het Hof en het Gerecht dat advocaten die werknemers zijn van hun cliënt niet als onafhankelijk kunnen worden beschouwd.

180. *Roma locuta, causa finita*: de bescherming van vertrouwelijke briefwisseling is *judge made law* van het Hof, en het komt dus aan het Hof toe om de contouren daarvan te bepalen. Maar is de weigering van Hof en Gerecht om de *AM&S*-voorwaarde van 'onafhankelijkheid' te versoepelen een goede zaak? Ook in de veronderstelling dat een advocaat in dienstbetrekking minder onafhankelijk is van de cliënt dan een zelfstandig advocaat, waarom kan het advies van een intern advocaat aan zijn cliënt niet eveneens genieten van bescherming?

Zowel Gerecht⁴⁷⁶ als Hof⁴⁷⁷ benadrukken dat de bescherming van de vertrouwelijkheid van de correspondentie met externe advocaten een uitzondering is op de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie, en dat die uitzondering restrictief moet worden geïnterpreteerd. Die overweging lijkt te zijn gebaseerd op de – niet uitgesproken – bezorgdheid dat onwettige praktijken worden toegedekt door interne advocaten en bedrijfsjuristen en dat de bescherming van hun adviezen afbreuk zou doen aan de effectiviteit van Commissie-onderzoeken. Maar is die bezorgdheid wel terecht? Een intern advies over een praktijk, zelfs als er onzekerheid bestaat over de wettigheid ervan, is nog wat anders dan het opzetten of mee uitvoeren van een verboden afspraak. Als van dat laatste sprake is (bv. een interne jurist die notulen maakt van een vergadering waarop dergelijke afspraken worden gemaakt), dan genieten de betrokken documenten geen beslagimmunititeit (dat zou wellicht evenmin het geval zijn als ze door een extern advocaat zouden zijn opgesteld). Maar de mogelijkheid van (participatie in) onwettig gedrag lijkt geen goed argument om adviezen van interne juristen onbepaald toegankelijk te maken voor mededingingsautoriteiten. Hetzelfde geldt voor de overweging dat verboden praktijken vaak clandestien worden georganiseerd, en dat schriftelijke bewijzen meestal moeilijk te vinden zijn⁴⁷⁸. Het is juist daarom dat mededingingsautoriteiten over zeer uitgebreide onderzoeksbevoegdheden beschikken (zij kunnen alle documenten van een onderneming inzien resp. opvragen) – maar volgt daaruit dat zij ook juridische adviezen over de door hen onderzochte praktijken moeten kunnen inzien (en gebruiken als bewijs van het bestaan van een verboden praktijk)?

181. Het is jammer dat het Hof bij het bepalen van de contouren van de beslagimmunititeit niet uitgaat van de redelijke

⁴⁷¹. Arrest *Solvay*, aangehaald in voetnoot 412, r.o. 218.

⁴⁷². Arrest *Solvay*, aangehaald in voetnoot 412, r.o. 218 e.v.

⁴⁷³. Arrest van het Gerecht van 17 september 2007, gevoegde zaken T-125/03 en T-253/03, *Akzo Nobel Chemicals* en *Akcros Chemicals*, *Jur.* 2007, II-3523. Zie de bespreking van dit arrest door G. MURPHY, "Is it time to rebrand legal professional privilege in EC competition law?", *ECLR* 2009, 125-136.

⁴⁷⁴. Arrest van het Hof van 14 september 2010, C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals* en *Akcros Chemicals*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.* Zie de bespreking van dit arrest door M.J. FRESE, "The development of general principles for EU competition law enforcement – the protection of legal professional privilege", *ECLR* 2011, 196-205.

⁴⁷⁵. Arrest van het Hof van 18 mei 1982, 155/79, *AM&S Europe*, *Jur.* 1982, 1575.

⁴⁷⁶. Arrest van het Gerecht in gevoegde zaken T-125/03 en T-253/03, *Akzo Nobel Chemicals* en *Akcros Chemicals*, aangehaald in voetnoot 473, r.o. 172 en 176.

⁴⁷⁷. Arrest van het Hof in zaak C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals* en *Akcros Chemicals*, aangehaald in voetnoot 474, r.o. 86 en 100-106.

⁴⁷⁸. Arrest van het Hof in zaak C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals* en *Akcros Chemicals*, aangehaald in voetnoot 474, r.o. 85.

noden van een onderneming in de huidige context. De naleving van de mededingingsregels is, sinds het arrest *AM&S* bijna dertig jaar geleden werd geveld, voor ondernemingen een (nog) belangrijker zorg geworden, al is het maar omdat het niveau van de boetes astronomisch is gestegen, en vennootschappen quasi-autonoom aansprakelijk zijn voor inbreuken begaan door hun (rechtstreekse en onrechtstreekse) dochters. Bovendien is de nood aan professioneel advies (nog) groter dan voorheen: Verordening 1/2003 heeft het aanmeldingsregime afgevoerd, wat impliceert dat ondernemingen nu zelf moeten uitmaken of een bepaalde praktijk mededingingsrechtelijk door de beugel kan. De toepassing van de mededingingsregels vereist een goed inzicht in de activiteit van de onderneming en de markten waarop zij actief is; interne juristen zijn daarom meestal het best geplaatst om te adviseren over de vraag of een bepaalde praktijk in overeenstemming is met het mededingingsrecht. Dat advies over de mededingingsregels ook *kan* worden gegeven door een extern advocaat (gebeurlijk in samenwerking met een interne jurist)⁴⁷⁹ is uiteraard juist, maar die overweging levert geen overtuigend argument op om advies dat (enkel) van de hand is van een interne jurist, onbeperkt toegankelijk te maken voor mededingingsautoriteiten.

182. De *Akzo*-jurisprudentie laat advocaten in dienstverband en bedrijfsjuristen weinig andere keuze dan niet schriftelijk te communiceren over praktijken waarvan zij zich afvragen of ze wettelijk zijn. Verhoogt dat uiteindelijk niet het risico van clandestiene praktijken? Wanneer een bedrijfsjurist vermoedt dat een praktijk mogelijk de mededingingsregels schendt, zal hij over die praktijk enkel (schriftelijk) kunnen communiceren wanneer hij er een externe advocaat bij betreft. De drempel om extern advies te solliciteren is onmiskenbaar groter dan voor intern advies. Bovendien zijn er budgettaire overwegingen: niet alle ondernemingen kunnen zich doorlopend extern advies over de mededingingsregels permitteren. Kortom, de weigering van het Hof om de *AM&S*-regel tot interne juristen uit te breiden lijkt een gemiste kans.

183. De uitspraak in *Akzo* vindt toepassing op onderzoeken die worden gevoerd door de Commissie met toepassing van Verordening 1/2003, niet op onderzoeken door de Belgische Mededingingsautoriteit met toepassing van de WBEM⁴⁸⁰.

Die laatste onderzoeken moeten rekening houden met o.m. de bepalingen van de wet van 1 maart 2000 naar luid waarvan de adviezen van bedrijfsjuristen vertrouwelijk zijn⁴⁸¹.

184. De arresten *Akzo* brengen niet over de hele lijn slecht nieuws voor de betrokken onderneming: het Gerecht bevestigt dat interne documenten die uitsluitend de tekst of de inhoud weergeven van briefwisseling met een externe advocaat (men kan denken aan een mail waarmee extern advies binnen de onderneming wordt verder geleid), onder de bescherming van de *AM&S*-regel vallen⁴⁸². Hetzelfde geldt voor nota's die een onderneming opstelt en documenten die zij verzamelt met het (uitsluitende) doel om daarover (extern) juridisch advies te krijgen⁴⁸³. In dat laatste geval is wel vereist dat uit de inhoud of de context van die interne documenten eenduidig blijkt dat zij voor dat doel zijn opgesteld dan wel verzameld. Een memorandum dat is opgesteld in het kader van een 'compliance programma' is niet beschermd om de enkele reden dat dat programma wordt begeleid door een externe advocaat⁴⁸⁴.

5. Punten van bezwaar en recht te worden gehoord

185. De rechten van de verdediging impliceren dat de betrokken onderneming de gelegenheid krijgt haar standpunt kenbaar te maken over de bezwaren van de Commissie. Het eindbesluit kan dus geen andere inbreuken of feiten als vaststaand aannemen dan in de punten van bezwaar⁴⁸⁵. Dat betekent niet dat het inbreukbesluit een exacte kopie moet zijn van de punten van bezwaar: de juridische kwalificatie van de feiten in de punten van bezwaar is per definitie voorlopig⁴⁸⁶.

186. De punten van bezwaar hoeven een vermoede inbreuk niet uitdrukkelijk te kwalificeren als 'zwaar' of 'zeer zwaar'⁴⁸⁷. Ze moeten weliswaar alle elementen vermelden op basis waarvan (in het eindbesluit) een verzwarende omstandigheid aan de onderneming wordt weerhouden, maar die kwalificatie hoeft nog niet te worden gemaakt in de punten van bezwaar⁴⁸⁸. Voorwaarde is wel dat de punten van bezwaar de betrokken onderneming toelaten om zich doeltreffend te verdedigen. Dat alle feiten waaruit in het inbreukbesluit een verzwarende omstandigheid (bv. de leidinggevende rol van een onderneming) wordt afgeleid vermeld

⁴⁷⁹. Arrest van het Gerecht in T-125/03 en T-253/03, *Akzo Nobel Chemicals en Akros Chemicals*, aangehaald in voetnoot 473, r.o. 173.

⁴⁸⁰. Zie ook J. MARCHANDISE en S. SABBE, "Akzo 'op zijn Belgisch': de renaissance van het surrealisme: een kritische analyse van het gewijzigd standpunt van het Auditoraat bij de Raad voor de Mededinging omtrent de vertrouwelijkheid van adviezen van bedrijfsjuristen", *TBM* 2009, 1, 54-59.

⁴⁸¹. Wet van 1 maart 2000 tot oprichting van een Instituut voor bedrijfsjuristen, *BS* 4 juli 2000, art. 5.

⁴⁸². Arrest van het Gerecht in T-125/03 en T-253/03, *Akzo Nobel Chemicals en Akros Chemicals*, aangehaald in voetnoot 473, r.o. 117.

⁴⁸³. Arrest van het Gerecht in T-125/03 en T-253/03, *Akzo Nobel Chemicals en Akros Chemicals*, aangehaald in voetnoot 473, r.o. 120-123.

⁴⁸⁴. Arrest van het Gerecht in T-125/03 en T-253/03, *Akzo Nobel Chemicals en Akros Chemicals*, aangehaald in voetnoot 473, r.o. 125-134.

⁴⁸⁵. Arrest van het Gerecht van 1 juli 2009, T-24/07, *ThyssenKrupp Stainless*, *Jur.* 2009, II-2309, r.o. 243. Een hogere voorziening tegen dit arrest werd door het Hof bij beschikking van 29 maart 2011 (C-352/09 P) afgewezen.

⁴⁸⁶. Arrest *IMI*, aangehaald in voetnoot 381, r.o. 108 e.v.; en arrest van het Gerecht in T-54/03, *Lafarge*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 97.

⁴⁸⁷. Arrest van het Gerecht van 6 mei 2009, T-116/04, *Wieland Werke*, *Jur.* 2009, II-1087, r.o. 129-136.

⁴⁸⁸. Arrest *Deltafina*, aangehaald in voetnoot 399, r.o. 327. Ten gronde concludeert het Gerecht evenwel dat de door de Commissie ingeroepen feiten weliswaar aantonen dat de betrokken onderneming een actieve rol speelde in het kartel, maar niet dat ze als kopstuk was opgetreden. *Ibid.*, r.o. 324-335.

stonden in de punten van bezwaar is niet noodzakelijk voldoende. Als die feiten werden vermeld op een aantal verspreide plaatsen en zonder dat tussen hen een verband wordt gelegd dat toelaat om te begrijpen dat ze als verzwarende omstandigheid kunnen worden gekwalificeerd, heeft de betrokken onderneming zich tegen de kwalificatie als verzwarende omstandigheid niet doeltreffend kunnen verdedigen⁴⁸⁹. Hetzelfde geldt wanneer de gegevens die de verzwarende omstandigheid opleveren niet in de punten van bezwaar staan vermeld maar enkel in een bijlage daarbij (in casu ging het om een verslag van de FBI). In dergelijk geval kan de betrokken onderneming volgens het Hof niet uitmaken welke geloofwaardigheid de Commissie aan de in die bijlage vervatte elementen hecht⁴⁹⁰.

187. De punten van bezwaar moeten voorts op een ondubbelzinnige manier de rechtspersoon (of -personen) aanduiden waaraan de Commissie voornemens is een boete op te leggen, en het moet eveneens duidelijk zijn in welke hoedanigheid de genoemde (rechts)personen worden beschuldigd. De vermelding in de punten van bezwaar dat een inbreuk van een dochtervennootschap ook zal worden toegerekend aan de moeder volstaat niet om in het eindbesluit te oordelen dat de moeder rechtstreeks en persoonlijk was betrokken bij het kartel. Aangezien de moeder zich niet tegen die beschuldiging had kunnen verdedigen moet het inbreukbesluit op dat punt worden vernietigd⁴⁹¹.

188. Tijdens de besproken periode wordt vaste rechtspraak bevestigd dat de Commissie niet verplicht is om in de punten van bezwaar de methode te vermelden die ze voornemens is te hanteren voor de berekening van de boetes (zeker wanneer de methode niet nieuw is)⁴⁹², en evenmin om inzicht te geven in het bedrag van de boete dat ze voornemens is op te leggen⁴⁹³. Deze rechtspraak werd kort voor de afsluiting van deze kroniek gedeeltelijk achterhaald door een aankondiging van de commissaris dat de Commissie voortaan wel de methode van de berekening van de boete zal opnemen in de punten van bezwaar⁴⁹⁴.

189. De mededeling van punten van bezwaar strekt er toe, een onderneming een hoorrecht te verlenen t.a.v. de bezwaren die de Commissie voornemens is tegen die onderneming te weerhouden. Een onderneming kan het recht te worden gehoord enkel laten gelden in een procedure die tegen haar is gericht. In *Alrosa* had de Commissie twee procedures geopend, één op basis van artikel 101 VWEU (tegen *Alrosa* en *De Beers*), en één op basis van artikel 102 VWEU (enkel tegen *De Beers*). *De Beers* had verbintenissen voorgesteld in de tweede procedure; *Alrosa* werd niet gehoord over die verbintenissen. Het Gerecht had geoordeeld dat daarmee inbreuk werd gemaakt op *Alrosa*'s rechten van de verdediging: immers, alle betrokkenen (inclusief de Commissie) hadden beide procedures altijd als nauw samenhangend beschouwd, en de door *De Beers* in de artikel 102-procedure gedane toezeggingen konden (ook) de belangen van *Alrosa* schaden. Het Hof is een andere mening toegedaan: aangezien de artikel 102-procedure enkel ten aanzien van *De Beers* was geopend kon *Alrosa* in die procedure geen recht doen gelden om te worden gehoord. Het zou enkel anders zijn indien wordt aangetoond dat de Commissie zonder objectieve reden één feitencomplex heeft onderworpen aan twee gescheiden procedures – maar tegen de scheiding van procedures op basis van de onderzochte norm (art. 101 resp. 102 VWEU) bestaat geen bezwaar. *Alrosa* had bijgevolg geen recht om gehoord te worden in de artikel 102-procedure, maar kon wel beroep instellen tegen het eindbesluit van de Commissie waarmee zij de door *De Beers* aangeboden verbintenissen aanvaardde⁴⁹⁵.

190. Tijdens de besproken periode bevestigt het Gerecht vaste rechtspraak volgens dewelke de Commissie, wanneer zij na de nietigverklaring van een boetebesluit wegens een procedurefout die enkel betrekking had op de manier waarop dit besluit door het college van Commissieleden werd vastgesteld, een nieuw besluit vaststelt met dezelfde inhoud en gebaseerd op dezelfde bezwaren, de betrokken ondernemingen niet opnieuw hoeft te horen⁴⁹⁶.

⁴⁸⁹. Arrest van het Gerecht van 18 juni 2008, T-410/03, *Hoechst*, *Jur.* 2008, II-881, r.o. 424 e.v. Het Gerecht oordeelt bijgevolg dat het inbreukbesluit, voor zover het de verzwarende omstandigheid van de leidinggevende rol vaststelde, moet worden vernietigd. Het Gerecht verlaagt op basis daarvan de boete (r.o. 607 e.v.).

⁴⁹⁰. Arrest van het Hof van 9 juli 2009, C-511/06 P, *Archer Daniels Midland*, *Jur.* 2009, I-5843, r.o. 81 e.v. Het Hof komt daarmee terug op een andersluidend oordeel van het Gerecht. Omdat de onderneming zich op dit punt niet had kunnen verweren kon het inbreukbesluit de boete niet verhogen uit hoofde van de vermeende verzwarende omstandigheid. *Ibid.*, r.o. 94.

⁴⁹¹. Arrest van het Hof van 3 september 2009, gevoegde zaken C-322/07 P, C-327/07 P en C-338/07 P, *Papierfabrik August Koehler*, *Jur.* 2009, I-7191, r.o. 38 e.v. Het Gerecht had eveneens geconcludeerd tot een schending van de rechten van de verdediging maar meende dat die niet tot de nietigverklaring van het Commissiebesluit kon leiden (arrest van het Gerecht van 26 april 2007, gevoegde zaken 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*, *Jur.* 2007, II-947, besproken in "Kroniek 2005-2007", *TBH* 2009, p. 143, randnr. 202).

⁴⁹². Arrest van het Hof van 18 december 2008, C-101/07 P, *FNCBV*, *Jur.* 2008, I-10193, r.o. 45 e.v. (berekening van boete voor ondernemingsvereniging rekening houdend met omzet van de leden ervan).

⁴⁹³. Arrest van het Gerecht in T-116/04, *Wieland Werke*, aangehaald in voetnoot 487, r.o. 129-136.

⁴⁹⁴. Toespraak van commissaris voor mededinging J. Almunia op de *15th International Conference on Competition, Bundeskartellamt*, Berlijn, 13-15 april 2011, beschikbaar op http://ec.europa.eu/competition/speeches/index_2011.html.

⁴⁹⁵. Arrest van het Hof van 29 juni 2010, C-441/07 P, *Alrosa*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 85 e.v. Het Hof vernietigt het arrest van het Gerecht van 11 juli 2007, T-170/06, *Alrosa*, *Jur.* 2007, II-2601.

⁴⁹⁶. Arrest *Solvay*, aangehaald in voetnoot 412, r.o. 184 e.v.

6. Toegang tot het dossier

191. *Gebruik in inbreukbesluit van bewijsstuk waartoe de betrokken onderneming geen toegang had.* – In *Knauf Gips*⁴⁹⁷ (en andere arresten in de besproken periode)⁴⁹⁸ bevestigt het Hof vaste rechtspraak volgens dewelke het gebruik in een inbreukbesluit van een tijdens de administratieve procedure niet-meegedeeld stuk enkel dan wordt aanzien als een schending van de rechten van de verdediging wanneer de betrokken onderneming aantoont dat de Commissie dat stuk heeft gebruikt om het bestaan van een inbreuk te staven en dat die inbreuk enkel onder verwijzing naar bedoeld document kon worden gestaafd⁴⁹⁹. De eerste voorwaarde (gebruik van het stuk) zal in de regel vervuld zijn als de Commissie het betrokken stuk in het inbreukbesluit citeert in het kader van haar bewijsvoering. Het Gerecht oordeelt in dit verband uitdrukkelijk in de *BPB*-zaak dat bij stukken ‘à charge’ de verplichting van de Commissie om toegang te verlenen tot het dossier slechts geldt voor de gegevens die uiteindelijk in het besluit zijn gebruikt, en niet voor alle punten van bezwaar die de Commissie mogelijkerwijs in de ene of de andere fase van de administratieve procedure heeft geformuleerd⁵⁰⁰. De tweede voorwaarde daarentegen is streng: het Hof stelt immers dat, indien de Commissie (ook) gebruik maakte van andere bewijsstukken die wél volgens de regels toegankelijk waren, er geen sprake is van een schending van de rechten van de verdediging als die andere bewijsstukken de inbreuk ‘specifiek’ staven. Opmerkelijk aan die rechtspraak is, dat de betrokken onderneming zelf moet bewijzen dat de Commissie, zonder het niet-meegedeelde stuk, de inbreuk niet had kunnen bewijzen. Dat ruikt naar een negatief bewijsvereiste, en het Hof maakt jammer genoeg niet duidelijk of het volstaat dat de onderneming een *prima facie* geloofwaardige analyse voorlegt van het wél meegedeelde bewijsmateriaal, analyse die de Commissie vervolgens moet weerleggen (bij gebreke waarvan wordt geconcludeerd dat het bestaan van de inbreuk niét zonder het achtergehouden stuk had kunnen worden bewezen)⁵⁰¹. Het gebruik van de uitdrukking ‘specifiek’ staven lijkt in die richting te wijzen. In dit verband dient te worden bedacht dat het bewijs van een inbreuk kan worden geleverd op basis van (concordante) aanwijzingen (zie *infra*, B.11.)⁵⁰². Welnu, als

één of meer stukken van de puzzel verdwijnen (wegens niet meer aanwendbaar als bewijs), zal een nieuwe, globale, beoordeling van de overblijvende stukken moeten worden gemaakt. Die beoordeling moet uiteindelijk door de Unierechter worden gemaakt, minstens gevalideerd, en gelet op het beginsel *in dubio pro reo* (en het vermoeden van onschuld) is het opmerkelijk dat het Hof de bewijslast in het kader van die nieuwe beoordeling (minstens primair) bij de betrokken onderneming legt.

192. In hetzelfde arrest *Knauf Gips* (her)formuleert het Hof de gevolgen van de niet-mededeling van *ontlastend* bewijs. De bewijslast van de betrokken onderneming om aan te tonen dat die niet-mededeling haar rechten van de verdediging heeft geschonden is *prima facie* lichter: volgens het arrest volstaat het dat zij aantoont dat de niet-overlegging van ontlastende stukken het verloop van de procedure en de inhoud van het besluit in haar nadeel heeft kunnen beïnvloeden. De onderneming hoeft dus enkel aan te tonen dat zij de betrokken stukken voor haar verweer had kunnen gebruiken doordat, indien zij zich tijdens de administratieve procedure daarop had kunnen beroepen, zij daaruit elementen had kunnen halen die niet overeenstemden met de deducties die de Commissie in dat stadium had verricht en dus op enigerlei wijze het oordeel van de Commissie in het eventuele besluit hadden kunnen beïnvloeden⁵⁰³. Deze toets lijkt de definitie van een bewijsstuk à décharge te vermengen met de gevolgen van het achterhouden van zo’n stuk. Een stuk dat waarschijnlijk ontlastend is, spoort per definitie niet met de conclusie dat er sprake is van een inbreuk. Het arrest *Knauf Gips* maakt de zaken er niet duidelijker op door *in concreto* te oordelen dat, waar de Commissie in een inbreukbesluit ‘*reeds rekening heeft gehouden*’ met een ontlastend document, er geen sprake kan zijn van een schending van de rechten van de verdediging⁵⁰⁴. Die overweging roept vragen op: ze suggereert dat de Commissie ongestraft bewijs à décharge kan achterhouden, op voorwaarde dat zij dat bewijs in het inbreukbesluit bespreekt (dus zonder de betrokken onderneming de kans te hebben geboden om zich in de administratieve procedure op dat bewijs te beroepen). Dat lijkt moeilijk te rijmen met de rechten van de verdediging: als er sprake is van het achterhouden van een werkelijk ontlastend stuk (en

⁴⁹⁷ Arrest van het Hof van 1 juli 2010, C-407/08 P, *Knauf Gips*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.* Dit arrest doet uitspraak over een hogere voorziening tegen het arrest van het Gerecht in T-52/03, *Knauf Gips*, aangehaald in voetnoot 360, r.o. 38-63.

⁴⁹⁸ Arrest van het Gerecht in T-54/03, *Lafarge*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 72 e.v. en 116 e.v.

⁴⁹⁹ Arrest van het Hof in zaak C-407/08 P, *Knauf Gips*, aangehaald in voetnoot 497, r.o. 13. Zie ook het arrest *Solvay*, aangehaald in voetnoot 412, r.o. 415.

⁵⁰⁰ Arrest *BPB*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 32 e.v. De eerste voorwaarde wordt niet vervuld door informatie die door een anonieme informant aan de Commissie werd meegedeeld en die aanleiding heeft gegeven tot een onderzoek van de Commissie maar die niet als zodanig werd gebruikt door de Commissie in haar eindbesluit waar ze zich baseert op andere bewijsstukken.

⁵⁰¹ Elders in het arrest bevestigt het Hof weliswaar dat de bewijslast van schouders kan wisselen, maar dan ten voordele van *de Commissie*. Die passage van het arrest viseert de hypothese waarin de Commissie een aantal indicaties aanvoert van een inbreuk. Die indicaties kunnen, aldus het Hof, “*van dien aard zijn dat zij [de betrokken onderneming] verplichten een verklaring of rechtvaardiging te geven, zonder dewelke mag worden geconcludeerd dat het bewijs is geleverd*” (r.o. 80 van het arrest).

⁵⁰² Ook het arrest van het Hof in zaak C-407/08 P, *Knauf Gips*, aangehaald in voetnoot 497, brengt die rechtspraak in herinnering (r.o. 49 van het arrest).

⁵⁰³ Arrest van het Hof in zaak C-407/08 P, *Knauf Gips*, aangehaald in voetnoot 497, r.o. 23. Zie ook het arrest van het Gerecht in T-52/03, *Knauf Gips*, aangehaald in voetnoot 360, r.o. 67-79 alsmede het arrest *Solvay*, aangehaald in voetnoot 412, r.o. 417 e.v.

⁵⁰⁴ Arrest van het Hof in zaak C-407/08 P, *Knauf Gips*, aangehaald in voetnoot 497, r.o. 25-28.

dat zal in geval van discussie moeten worden uitgemaakt door de Unierechter) kan dan aanvaard worden dat de Commissie die tekortkoming uitwist door het betrokken stuk in haar inbreukbesluit ‘weg te argumenteren’? Het arrest *Knauf Gips* zou aldus kunnen worden gelezen dat het achterhouden van ontlastend bewijs enkel dan een schending van de rechten van de verdediging oplevert indien de betrokken onderneming voor het Gerecht aantoonde dat de Commissie in het inbreukbesluit een onjuiste afweging maakte van het bewijsmateriaal (inclusief dus van het achtergehouden ontlastende bewijsmateriaal). Als dat inderdaad de consequentie van het arrest is, heeft de Commissie dan veel te verliezen bij het achterhouden van dergelijk bewijsmateriaal?

193. Vertrouwelijke informatie. – Ook al heeft de Commissie de verplichting om de betrokken ondernemingen toegang te verlenen tot bewijsmateriaal à charge en à décharge, dat geldt niet voor de interne stukken van de Commissie noch voor zakengeheimen of vertrouwelijke informatie. In het *BPB*-arrest oordeelt het Gerecht dat er geen bezwaar bestaat tegen het anonimiseren van bewijsstukken (bv. klachten of verklaringen van derden die het bestaan van verboden afspraken bevestigen) op voorwaarde dat die anonimisering de betrokken onderneming niet verhindert om stelling in te nemen over de toedracht en het belang van de in die anonieme stukken vermelde feiten dan wel over de conclusies die de Commissie daaraan verbindt⁵⁰⁵.

194. In *Hoechst* had de Commissie een niet-vertrouwelijke versie van een brief opgenomen in het voor de betrokken partijen toegankelijke onderzoeksdossier. De Commissie ging er van uit dat deze brief relevant was voor het onderzoek. Ondanks hun uitdrukkelijk verzoek om een meer begrijpelijke versie kregen de partijen enkel toegang tot een vrijwel geheel blanco gemaakt document met de vermelding ‘zakengeheimen’. Weliswaar werd het document in het inbreukbesluit niet aangehaald als bewijs van een inbreuk, maar uit de omstandigheid dat het document voorkwam in het onderzoeksdossier leidt het Gerecht af dat het om een relevant stuk ging; de mededeling van een blanco niet-vertrouwelijke versie komt volgens het Gerecht neer op de niet-mededeling ervan. Het recht van ondernemingen op bescherming van hun zakengeheimen moet in evenwicht worden gebracht met het recht op toegang tot het dossier; in casu concludeert het Gerecht tot schending van dit laatste recht.

Dat is echter een pyrrusoverwinning, want “een schending van het recht op toegang tot het dossier [kan] slechts tot [...] nietigverklaring [...] leiden als de onregelmatige toegang [...] de betrokken ondernemingen heeft belet kennis te nemen van documenten die voor hun verweer dienstig konden zijn”, en die voorwaarde is in casu volgens het Gerecht niet vervuld⁵⁰⁶.

7. Verbintenissen

195. Artikel 9 van Verordening 1/2003 biedt ondernemingen de mogelijkheid om verbintenissen voor te stellen wanneer de Commissie voornemens is een inbreuk vast te stellen. De Commissie kan de voorgestelde verbintenissen bindend verklaren indien ze tegemoetkomen aan haar bezorgdheden. Tijdens de besproken periode oordeelt het Hof dat ondernemingen die verbintenissen voorstellen moeten beseffen dat hun voorstellen in voorkomend geval verder gaan dan wat de Commissie zelf zou kunnen opleggen in een inbreukbesluit op basis van artikel 7 van Verordening 1/2003⁵⁰⁷.

8. Recht om verdediging (niet) te voeren tijdens de administratieve procedure

196. Het arrest *Knauf Gips*⁵⁰⁸ bevestigt dat een onderneming het recht heeft om haar verdediging (enkel) te voeren voor het Gerecht (en dus niet of niet geheel tijdens de administratieve procedure voor de Commissie). Dat een bepaald argument niet is aangevoerd voor de Commissie, of dat bepaalde aantijgingen in de punten van bezwaar niet zijn bestreden tijdens de administratieve procedure, belet niet dat de onderneming die argumenten/aantijgingen ter sprake brengt voor het Gerecht⁵⁰⁹. Dat betekent evenwel niet dat het Gerecht abstractie zal maken van wat de onderneming (niet) heeft aangevoerd voor de Commissie: het expliciet of impliciet erkennen van (feitelijke of juridische) elementen kan desgevallend als (aanvullend) bewijs worden aanzien van de inbreuk⁵¹⁰. In het arrest *Astra Zeneca* rees de vraag of een onderneming die, in het kader van een procedure ex artikel 102 VWEU, een rechtvaardigingsgrond niet had aangevoerd tijdens de administratieve procedure, voor het Gerecht de nietigverklaring kan vragen van het inbreukbesluit met het argument dat de Commissie die rechtvaardig-

^{505.} Arrest *BPB*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 36 e.v. Aangezien de betrokken onderneming geen grief kon aanduiden in de punten van bezwaar of in het bestreden besluit die gebaseerd zou zijn op gegevens waartoe zij geen toegang heeft gehad en rekening houdend met de verplichting van de Commissie om de vertrouwelijke behandeling van informatie te waarborgen, was er in casu geen schending van de rechten van de verdediging.

^{506.} Arrest van het Gerecht in T-410/03, *Hoechst*, aangehaald in voetnoot 489, r.o. 150 e.v.

^{507.} Arrest *Alosa*, aangehaald in voetnoot 495, r.o. 43. Art. 7 van verordening 1/2003 geeft de bevoegdheid aan de Commissie om maatregelen ter correctie van gedragingen of structurele maatregelen te nemen die evenredig zijn aan de gepleegde inbreuk en noodzakelijk om deze daadwerkelijk tot een einde te brengen.

^{508.} Arrest van het Hof in zaak C-407/08 P, *Knauf Gips*, aangehaald in voetnoot 497.

^{509.} Arrest van het Hof in zaak C-407/08 P, *Knauf Gips*, aangehaald in voetnoot 497, r.o. 89-92. Het Gerecht oordeelt tijdens de betrokken periode in een andere zin in het arrest *Clearstream*, aangehaald in voetnoot 423, r.o. 185-188.

^{510.} Arrest van het Hof in zaak C-407/08 P, *Knauf Gips*, aangehaald in voetnoot 497, r.o. 90. Die passage van het arrest lijkt het nut te bevestigen van stijlformules in het antwoord op de punten van bezwaar waarmee in het algemeen alle stellingen in die punten van bezwaar worden bestreden.

gingsgrond (ambtshalve) had moeten onderzoeken. Het Gerecht meent van niet: het staat aan de betrokken onderneming (en niet aan de Commissie) om een objectieve rechtvaardiging te leveren voor misbruikelijk gedrag⁵¹¹.

9. Recht om binnen een redelijke termijn te worden berecht – Gevolgen van de overschrijding van die termijn

197. Redelijke termijn van de procedure voor de Commissie. – De rechtspraak van de besproken periode bevestigt dat een buitensporige duur van de procedure voor de Commissie op zich niet volstaat om te concluderen tot een schending van de rechten van de verdediging (en de vernietiging van het inbreukbesluit). De gegriefde onderneming moet eveneens aantonen dat de duur van de procedure afbreuk heeft gedaan aan haar mogelijkheid om zich daadwerkelijk te verweren. Als dat bewijs niet wordt geleverd komt de geldigheid van de procedure (en het besluit) niet in het gedrang⁵¹². Het Gerecht oordeelt met betrekking tot boetebesluiten dat wanneer de boete werd opgelegd binnen de wettelijk voorziene verjaringstermijnen, het principe van de redelijke termijn geen toepassing kan vinden ondanks de vertraging van de Commissie bij het vaststellen van het boetebesluit⁵¹³.

198. Redelijke termijn van de procedure voor het Gerecht. – Een onderneming die beroep instelt tegen een Commissiebesluit dat haar verplicht om al haar contracten aan te passen heeft er belang bij dat het Gerecht zich binnen een redelijke termijn over haar beroep uitsprekt. Het Hof verwijst daarbij naar het vereiste van rechtszekerheid, zowel voor de betrokken onderneming als voor haar concurrenten. Het oordeelt dat een procedure voor het Gerecht die bijna zes jaar heeft

aangesleept, een onredelijke lange duur had. Dat is gewis een ‘procedurele onregelmatigheid’, aldus het Hof, maar ze leidt niet tot de vernietiging van het arrest van het Gerecht als er geen aanwijzingen zijn dat de te lange duur de uitkomst van het geding kan hebben beïnvloed⁵¹⁴. Het Hof meent eveneens dat “de noodzaak van handhaving van het [...] mededingingsrecht” impliceert dat “de enkele niet-inachtneming van een redelijke procestermijn [...] geen reden kan zijn om [...] het bestaan van een inbreuk ter discussie te stellen” wanneer vaststaat dat alle door de betrokken onderneming aangevoerde middelen ongegrond zijn bevonden⁵¹⁵. In een eerder arrest had het Hof de boete van de betrokken onderneming verlaagd bij wege van vergoeding voor de schade die zou resulteren uit de onredelijke duur van de procedure voor het Gerecht⁵¹⁶. Dat was in de *Der Grüne Punkt*-zaak niet mogelijk aangezien het betrekking had op een besluit van de Commissie waarin geen boete was opgelegd. De gegriefde onderneming moet het dan ook stellen met de bevestiging dat de betrokken onregelmatigheid “aanleiding [kan] zijn voor een schadevordering tegen de [Unie]”⁵¹⁷. Dat lijkt een dode mus: in een ander tijdens de betrokken periode geveld arrest herinnert het Gerecht er aan dat, in de veronderstelling dat de onredelijke duur van de procedure voor het Gerecht als een onrechtmatigheid wordt aanzien (en geen gekarakteriseerde schending hoeft te worden aangetoond), dergelijke vordering enkel kan worden toegewezen indien de geschade onderneming eveneens aan toont dat zij een ‘reële en zekere schade’ heeft geleden en dat er een voldoende en rechtstreeks causaal verband bestaat tussen de onredelijke duur van de procedure voor het Gerecht en de geleden schade⁵¹⁸. Wel te verstaan dient over die vordering tot schadevergoeding te worden geoordeeld door... het Gerecht.

⁵¹¹. Arrest *Astra Zeneca*, aangehaald in voetnoot 385, r.o. 686. Ten overvloede onderzoekt en verwerpt het Gerecht de aangevoerde rechtvaardigingsgrond als niet geloofwaardig (r.o. 688-694 van het arrest).

⁵¹². Arrest *Imperial Chemical Industries*, aangehaald in voetnoot 412, r.o. 109 en arrest van het Gerecht van 1 juli 2008, T-276/04, *Compagnie maritime belge*, *Jur.* 2008, II-1277, r.o. 45.

⁵¹³. Arrest *Compagnie maritime belge*, aangehaald in voetnoot 512, r.o. 38 e.v.

⁵¹⁴. Arrest *Der Grüne Punkt*, aangehaald in voetnoot 455, r.o. 180 e.v. Tijdens de besproken periode oordeelt het Gerecht ook zelf over bezwaren dat de procedure voor het Gerecht een onredelijk lange duur had, en verwerpt het die bezwaren op basis van de rechtspraak van het Hof. Zie het arrest *Imperial Chemical Industries*, aangehaald in voetnoot 412, r.o. 114-116 (procedure voor het Gerecht sleepte 9 jaar aan) en het arrest *Solvay*, aangehaald in voetnoot 412, r.o. 137-140 (procedure voor het Gerecht duurde ongeveer 10 jaar). Tegen dit laatste arrest werd door Solvay hogere voorziening ingesteld. In het kader van die hogere voorziening werd (kort na de besproken periode) een conclusie van advocaat-generaal Kokott gepubliceerd (14 april 2011, zaak C-110/10 P). Daarin wordt betoogd dat het Gerecht ook moet onderzoeken of de duur van de procedure de betrokken onderneming verhinderde om zich doeltreffend te verweren voor het Gerecht: “Bij de beoordeling of een te lange procedure nadelige gevolgen heeft voor de verdedigingsmogelijkheden van de betrokken onderneming, mag het Gerecht niet alleen naar de verdediging in een bepaalde fase van de procedure kijken. Het dient veeleer in brede zin na te gaan of de duur van de procedure afbreuk kon doen aan de mogelijkheden van de onderneming om zich tegen de verwijten van de Commissie te verdedigen [...]. Die verdediging vindt in eerste instantie plaats in het kader van de administratieve procedure, waarin de onderneming op basis van een mededeling van punten van bezwaar haar standpunt kan uiten. Maar de verdediging beperkt zich niet tot de administratieve procedure. De betrokken onderneming heeft de mogelijkheid om tegen een boetebeschikking van de Commissie in beroep te gaan bij de rechter van de Unie [...]. Ook in het kader van de gerechtelijke procedure moet de onderneming zich doeltreffend kunnen verdedigen tegen hetgeen haar door de Commissie – in die fase in de vorm van een formele beschikking – ten laste wordt gelegd.” (r.o. 274-275).

⁵¹⁵. Arrest *Der Grüne Punkt*, aangehaald in voetnoot 455, r.o. 194.

⁵¹⁶. Arrest van het Hof van 17 december 1998, C-185/95 P, *Baustahlgewebe*, *Jur.* 1998, I-8417, besproken in “Kroniek 1997-1999”, *TBH* 1999, p. 782, randnr. 100, voetnoot 363 en p. 789, randnr. 118.

⁵¹⁷. Arrest *Der Grüne Punkt*, aangehaald in voetnoot 455, r.o. 195.

⁵¹⁸. Arrest van het Gerecht van 28 april 2010, T-452/05, *Belgian Sewing Thread*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 163 e.v.

199. In een andere zaak oordeelt het Hof dat een procedure die vijf jaar voor het Gerecht aansleepte geen onredelijke duur had; het verwijst daarbij naar de complexiteit van de zaak, de omstandigheid dat alle feiten werden betwist, naar het aantal betrokken partijen (negen ondernemingen en één interveniënt) en naar het aantal proceduretalen (vier)⁵¹⁹.

10. Bevoegdheid van de Commissie om de mededingingsregels van het EGKS-Verdrag te handhaven na het verstrijken van dat Verdrag

200. Het EGKS-Verdrag liep overeenkomstig artikel 97 ervan af op 23 juli 2002. Artikel 65 van dat Verdrag verleende de Commissie de bevoegdheid om mededingingsbepalende overeenkomsten, die binnen het toepassingsgebied vielen van dat Verdrag, te verbieden en te beboeten. Het Gerecht oordeelt dat de Commissie ook na het aflopen van het EGKS-Verdrag inbreukbesluiten kan vaststellen ten aanzien van feiten die voor het verstrijken van het EGKS-Verdrag zijn gepleegd. Dat oordeel wordt gemotiveerd op basis van de volgende overwegingen: bij de afloop van het EGKS-Verdrag is de werkingssfeer van het EG-Verdrag (inclusief de mededingingsregels) uitgebreid tot sectoren die aanvankelijk onder het EGKS-Verdrag vielen; de mededingingsregels onder beide verdragen zijn inhoudelijk in wezen identiek; en het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel alsmede het principe van de continuïteit van de rechtsorde van de Europese Unie wettigen dat de bepalingen van het EGKS-Verdrag worden toegepast op feiten die *ratione materiae* en *ratione temporis* binnen de werkingssfeer ervan vallen. Het gaat immers om “een rechtspositie die definitief is verworven” in een periode waarin het EGKS-Verdrag van toepassing was. Wat de procedure betreft moet de Commissie weliswaar de regels toepassen die van kracht zijn op het tijdstip van haar beoordeling⁵²⁰.

11. Bewijslast van de Commissie voor het vaststellen van een inbreuk – Algemeen

201. *Bewijs van een kartel op basis van concordante aanwijzingen.* – Het Gerecht bewijst lippendienst aan het vermoeden van onschuld: de Commissie moet voldoende bewijzen leveren voor het bestaan van een inbreuk; als er twijfel blijft bestaan bij de rechter moet hij de betrokken onderneming vrijspreken⁵²¹. Dat betekent evenwel niet, aldus het Gerecht, dat de Commissie bewijs ‘beyond reasonable doubt’ moet leveren van het bestaan van een inbreuk⁵²². Zij mag zich baseren op een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen die, in hun totaliteit beschouwd en bij gebreke van een andere coherente en meer plausibele verklaring, bewijs opleveren van de inbreuk⁵²³. Immers, “*daar het verbod om deel te nemen aan mededingingsbepalende praktijken [...] en de sancties die de overtreders kunnen worden opgelegd, bekend zijn, is het gebruikelijk dat de activiteiten in verband met die gedragingen [...] clandestien worden verricht, dat de bijeenkomsten in het geheim worden gehouden, meestal in een derde Staat, en dat de desbetreffende documentatie tot een minimum wordt beperkt. Zelfs wanneer de Commissie stukken ontdekt waaruit met zoveel woorden onrechtmatig overleg tussen marktdeelnemers blijkt, zoals verslagen van een bijeenkomst, zullen deze doorgaans slechts fragmentarisch en schaars zijn, zodat vaak bepaalde details via deductie moeten worden gereconstrueerd. In de meeste gevallen moet het bestaan van een mededingingsverstoringe gedraging of overeenkomst worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen die in hun totaliteit beschouwd, bij gebreke van een andere coherente verklaring, het bewijs kunnen vormen dat de mededingingsregels zijn geschonden*”⁵²⁴. Als de Commissie coherente indicaties van een inbreuk voorgebracht dan staat het aan de betrokken onderneming om een andere plausibele verklaring te geven aan de door de Commissie voorgebrachte elementen; doet ze dat niet, dan zal de inbreuk bewezen worden geacht⁵²⁵. Indien de Commissie beschikt over rechtstreekse bewijzen dan moet de betrokken

⁵¹⁹. Arrest *Papierfabrik August Koehler*, aangehaald in voetnoot 491, r.o. 147 e.v.

⁵²⁰. Arrest van het Gerecht van 31 maart 2009, T-405/06, *ArcelorMittal*, *Jur.* 2009, II-789, r.o. 56 e.v. (een hogere voorziening tegen dit arrest werd door het Hof op 29 maart 2011 afgewezen; zie zaken C-201/09 P en 216/09 P). Dit wordt tevens bevestigd in het arrest *ThyssenKrupp Stainless*, aangehaald in voetnoot 485, r.o. 63 e.v.

⁵²¹. Wat art. 101 VWEU betreft, zie o.m. het arrest van het Gerecht van 15 december 2010, T-141/08, *E.ON Energie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 48 e.v. (tegen dit arrest werd door E.ON Energie een hogere voorziening ingesteld bij het Hof op 25 februari 2011: C-89/11 P); wat art. 102 VWEU betreft, zie het arrest *Astra Zeneca*, aangehaald in voetnoot 385, r.o. 474-477.

⁵²². Arrest *BPB*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 64. Deze stelling lijkt bezwaarlijk verenigbaar met het vermoeden van onschuld en gaat uit van de onjuiste premisse dat bewijs ‘beyond reasonable doubt’ niet zou kunnen worden geleverd door aanwijzingen. Zie de terechte kritiek van H. SCHWEITZER, “The European Competition Law Enforcement System and the Evolution of Judicial Review” in C.-D. EHLERMANN en M. MARQUIS (eds.), *Euro-competition Law Annual 2009*, Oxford, Hart, punt 2.a.dd.

⁵²³. Tijdens de besproken periode bevestigd in o.m. het arrest *BPB*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 249. Het feit dat het marktgedrag van een aantal ondernemingen parallel is (bv. gelijktijdige aankondiging van gelijkaardige prijsverhogingen), volstaat niet als bewijs dat die gedragingen onderling zijn afgestemd (tenzij onderlinge afstemming de enige verklaring is voor de vastgestelde parallelie) maar het parallelle gedrag is wel een sterke aanwijzing van het bestaan van afstemming, zeker wanneer er bewijs voorligt van contacten tussen de betrokken ondernemingen met een ongeoorloofd doel. Arrest *BPB*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 143-145 en arrest van het Gerecht in T-52/03, *Knauf Gips*, aangehaald in voetnoot 360, r.o. 216 en 222-223.

⁵²⁴. Arrest van het Hof in zaak C-407/08 P, *Knauf Gips*, aangehaald in voetnoot 497, r.o. 49. Dezelfde overweging is te vinden in o.m. het arrest *BPB*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 227.

⁵²⁵. Arrest *E.ON Energie*, aangehaald in voetnoot 521, r.o. 54.

onderneming aantonen dat die bewijzen onvoldoende zijn om het bestaan van een inbreuk aan te tonen. De *mogelijkheid* dat de bewijswaarde van rechtstreeks bewijs is aangetaast volstaat niet om aan die bewijswaarde te twijfelen⁵²⁶.

202. Bewijswaarde van clementieverklaringen. – Verklaringen in het kader van een clementieaanvraag (lees: bekentnissen en beschuldigingen die ten aanzien van andere ondernemingen worden gemaakt met de bedoeling boete-immuniteit of -vermindering te bekomen) zijn toegelaten bewijsmiddelen. Dat de auteurs van dergelijke verklaringen geneigd zouden zijn om hun eigen deelname te minimaliseren en de deelname van de andere ondernemingen te maximaliseren wordt niet vermoed en moet worden bewezen (al is het niet meteen duidelijk hoe zo'n bewijs concreet zou moeten worden geleverd). De Commissie kan zich wel niet uitsluitend baseren op dergelijke verklaringen indien hun juistheid door andere beschuldigde *ondernemingen* wordt betwist⁵²⁷.

203. Bewijs van de duur van een kartel. – In kartelzaken is de duur van de verboden overeenkomst een bestanddeel van de inbreuk, zodat de Commissie principieel ook de door haar gestelde duur moet bewijzen. Dat levert geen probleem op wanneer een onderneming is toegetreden tot een overeenkomst: in dat geval blijft ze, zoals bekend, aansprakelijk voor die overeenkomst tot ze er zich uitdrukkelijk van distancieert⁵²⁸. De zaken liggen anders wanneer er geen bewijs bestaat van wilsovereenstemming, bijvoorbeeld wanneer een onderneming niet aan een kartelbijeenkoms heeft deelgenomen, maar het kartel wel heeft uitgevoerd (bv. d.m.v. prijsverhogingen of het benaderen van nieuwe deelnemers). De omstandigheid dat die onderneming het kartel heeft uitgevoerd levert niet het bewijs op dat zij er op ononderbroken wijze aan heeft deelgenomen. Het is immers niet uitgesloten dat zij haar deelneming gedurende een bepaalde tijd heeft onderbroken. De duur van haar deelname moet daarom worden afgeleid uit 'uitvoeringshandelingen' die zich voldoende kort na elkaar hebben voorgedaan, zodat redelijkerwijs kan worden aangenomen dat de inbreuk tussen twee welbepaalde tijdstippen zonder onderbreking heeft voortgeduurd⁵²⁹. Een lange periode tussen twee uitvoeringshandelingen kan wijzen op een onderbreking in de deelname⁵³⁰.

204. Bewijs van misbruik van machtspositie. – Wat betreft misbruik van machtspositie gelden dezelfde principes: de Commissie moet 'duidelijke en coherente bewijzen' voorleggen, maar die kunnen blijken uit een geheel van met elkaar overeenstemmende aanwijzingen⁵³¹. In de praktijk is de bewijslast van de Commissie ook op dit gebied niet altijd even zwaar. De jurisprudentie volgens welke 'zeer hoge' marktaandelen op zichzelf een vermoeden van een machtspositie opleveren, wordt tijdens de besproken periode bevestigd⁵³² – en volgens het Gerecht kunnen een aantal praktijken van een dominante onderneming "*naar de aard ervan een beperking van de mededinging tot gevolg [...] hebben*". Dat is met name het geval voor bepaalde exclusiviteitsclausules en kortingsregelingen.

12. Verlichting van de bewijslast van de Commissie: vermoedens inzake toerekenbaarheid van verboden gedrag

205. De bewijslast van de Commissie op het gebied van kartels wordt merkelijk verlicht door een aantal vermoedens die in de rechtspraak van Hof en Gerecht zijn ontwikkeld en die de Commissie toelaten een inbreuk toe te rekenen aan een persoon of entiteit die zelf geen verboden gedragingen heeft gesteld.

a. Toerekening aan een onderneming van de inbreuk gepleegd door "iemand die in het algemeen gerechtigd is om voor rekening van die onderneming te handelen"

206. Een onderneming is aansprakelijk voor handelingen gepleegd door iemand die in het algemeen gerechtigd is om voor rekening van die onderneming te handelen. Daarmee wordt niet (enkel) bedoeld op een persoon die over bestuursbevoegdheden beschikt: in het arrest *E.ON Energie* wordt bevestigd dat een onderneming aansprakelijk is voor het verbreken van een tijdens een inspectie geplaatst zegel, ook als het zegel werd verbroken door een lid van het onderhoudspersoneel (dat werkte voor een 100%-dochter)⁵³³.

⁵²⁶ Arrest *E.ON Energie*, aangehaald in voetnoot 521, r.o. 55 e.v. en 199 e.v. In die zaak ging het over de verbreking van een door de Commissie tijdens een huiszoeking aangebracht zegel. Er bestond bewijs (1) dat het zegel regelmatig was aangebracht (r.o. 104 e.v.) en (2) dat de toestand van het zegel naderhand was veranderd (wat wees op het verbreken ervan) (r.o. 134 e.v.). De bewering dat de veranderde toestand van het zegel ook andere oorzaken zou *kunnen* hebben dan een verbreking is voor het Gerecht onvoldoende om de Commissie te verplichten die hypothese te weerleggen (r.o. 199 e.v.). Het Gerecht oordeelt verder dat de Commissie niet moet aantonen dat het verzegelde lokaal werd betreden noch dat de verzegelde documenten werden gemanipuleerd. De Commissie moet enkel aantonen dat het zegel werd verbroken (r.o. 85).

⁵²⁷ Arrest van het Gerecht in T-54/03, *Lafarge*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 58 en 293.

⁵²⁸ Arrest *Automobiles Peugeot en Peugeot Nederland*, aangehaald in voetnoot 359, r.o. 220. Zie ook *supra*, randnr. 138.

⁵²⁹ Arresten *IMI*, aangehaald in voetnoot 381, r.o. 79 e.v. en *Automobiles Peugeot en Peugeot Nederland*, aangehaald in voetnoot 359, r.o. 219-220. Zie het kritische standpunt van J. JOSHUA, "Waking the dead", *Competition Law Insight*, 22 september 2009, 11.

⁵³⁰ Arresten *IMI*, aangehaald in voetnoot 381, r.o. 86 e.v. en *Automobiles Peugeot en Peugeot Nederland*, aangehaald in voetnoot 359, r.o. 220.

⁵³¹ Arrest *Astra Zeneca*, aangehaald in voetnoot 385, r.o. 474-477.

⁵³² Arrest *Astra Zeneca*, aangehaald in voetnoot 385, r.o. 242-243.

⁵³³ Arrest *E.ON Energie*, aangehaald in voetnoot 521, r.o. 255 e.v.

207. De bewering dat de personen die de inbreuk begingen niet de bevoegdheid hadden om de betrokken handelingen te stellen wordt door het Gerecht terzijde geschoven. Dat een bedrijfsleider een kartel opzette in weerwil van uitdrukkelijke richtlijnen van de raad van bestuur die dergelijk gedrag verboden, verhindert niet dat de onderneming aansprakelijk is voor het optreden van de bedrijfsleider⁵³⁴.

b. Toerekening van de inbreuk van een dochtervennootschap aan de moeder

208. Tijdens de besproken periode bevestigen Hof en Gerecht de rechtspraak dat de Commissie een inbreuk op artikel 101 VWEU die wordt gepleegd door een vennootschap mag toerekenen aan haar moedervernootschap, ook indien deze laatste niet zelf aan de inbreuk heeft deelgenomen. Het gevolg van dergelijke toerekening is dat de moeder medeverantwoordelijk is voor de betaling van de aan de dochter opgelegde boete (en dat de 10%-grens voor de boete kan worden bepaald op basis van de – geconsolideerde – omzet van de moeder). Voorwaarde voor die toerekening is dat de dochtervennootschap niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, maar in hoofdzaak de door de moeder verstrekte instructies volgt. Daarvan is volgens het Hof sprake wanneer de moeder beslissende invloed uitoefent op het marktgedrag van de dochter. Deze rechtspraak, hoewel meermaals bevestigd, blijft erg gecontesteerd. Dat een moedervernootschap aansprakelijk is voor gedragingen die zij aan haar dochters heeft opgelegd, dan wel gedragingen van haar dochters die zij heeft goedgekeurd, lijkt verdedigbaar. Maar de rechtspraak gaat verder: ook (verboden) gedragingen van een dochter die niet door de moeder werden opgelegd of goedgekeurd (of waarvan ze zelfs geen weet had) worden aan de moeder toegerekend. Valt dit te rijmen met de regel *nulla poena sine culpa*?

209. In beginsel staat het aan de Commissie om aan te tonen dat de moeder beslissende invloed uitoefende op het marktgedrag van de dochter, maar in het geval van een (quasi) 100%-participatie⁵³⁵ bestaat een weerlegbaar vermoeden dat die voorwaarde vervuld is⁵³⁶. De betrokken vennootschappen kunnen vervolgens pogen te bewijzen dat (rekening houdend met alle relevante economische, organisatorische en juridische banden) de moeder geen beslissende invloed heeft uitgeoefend op het marktgedrag van de dochter⁵³⁷. Uit de rechtspraak blijkt dat dit tegenbewijs vrijwel onmogelijk te leveren is. Dat er geen bewijs bestaat dat de moeder daadwerkelijk instructies heeft gegeven aan een 99,99%-dochter volstaat uiteraard niet als weerlegging van het vermoeden⁵³⁸. De omstandigheid dat een dochter haar eigen lokale directie heeft en beschikt over eigen middelen, bewijst niet dat zij haar marktgedrag zelfstandig bepaalt⁵³⁹. Ook het feit dat moeder en dochter niet op dezelfde markten actief zijn en geen gemeenschappelijke merken gebruiken, levert geen tegenbewijs op⁵⁴⁰. De bewering dat de moedervernootschap slechts een financiële holding zou zijn en dat de 100%-dochter bijgevolg onafhankelijk haar marktgedrag zou bepalen, wordt verworpen op basis van de statuten van de moeder die als één van haar opdrachten het ‘strategisch beheer over industriële deelnemingen’ vermelden⁵⁴¹. Het feit dat de moeder, zodra ze op de hoogte was van de inbreuk van een 100%-dochter, deze laatste had opgedragen onmiddellijk een einde te maken aan de inbreuk wordt aanzien als bewijs dat de moeder een beslissende invloed uitoefende op het marktgedrag van de dochter⁵⁴².

210. Er kan ook sprake zijn van een economische eenheid (en dus van toerekening van een inbreuk aan de moedervernootschap) wanneer de moedervernootschap niet het gehele kapitaal aanhoudt van de dochter⁵⁴³. Een ‘economische eenheid’ is geen formalistisch begrip, het gaat er om of een enti-

⁵³⁴. Arrest *BPB*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 429-433.

⁵³⁵. Arrest van het Gerecht van 30 september 2009, T-168/05, *Arkema, Jur.* 2009, II-180, r.o. 69-70 (moedervernootschap bezat 98% van het kapitaal van de dochter). Tegen dit arrest werd door Arkema een hogere voorziening ingesteld bij het Hof op 15 december 2009 (C-520/09 P). Tijdens de besproken periode bevestigt het Gerecht een besluit van de Commissie dat aansprakelijkheid voor de inbreuk van een vennootschap legt bij twee ‘moeder’vennootschappen die elk 50% van de ‘dochter’ controleren. In die zaak was de Commissie evenwel niet uitgegaan van een vermoeden dat de moeders het marktgedrag van hun gemeenschappelijke dochter bepaalden, maar had ze daartoe concrete bewijzen geleverd. Zie het arrest van het Gerecht van 27 oktober 2010, T-24/05, *Alliance One International*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 141-146 en 161-229. Tegen dit laatste arrest werd door Alliance One International een hogere voorziening ingesteld bij het Hof op 11 januari 2011 (C-14/11 P).

⁵³⁶. Arrest van het Hof van 10 september 2009, C-97/08 P, *Akzo Nobel, Jur.* 2009, I-8237, r.o. 61. Zie ook de arresten van het Gerecht van 18 december 2008, T-85/06, *General Química, Jur.* 2008, II-338, r.o. 60 e.v. (dit arrest werd in hogere voorziening deels vernietigd door het Hof op 20 januari 2011: C-90/09 P); van 30 april 2009, T-12/03, *Itochu, Jur.* 2009, II-909, r.o. 50 e.v. en *Clearstream*, aangehaald in voetnoot 423, r.o. 199. Dat de Commissie in het boetebesluit onderzoekt of de moeder daadwerkelijk invloed uitoefende doet daar niet aan af: zie bv. het arrest van het Gerecht *Alliance One International*, aangehaald in voetnoot 535. Maar de Commissie moet daarbij het gelijkheidsbeginsel naleven, d.w.z. zij mag niet voor een aantal ondernemingen genoeg nemen met het vermoeden, terwijl zij voor anderen onderzoekt of er van beïnvloeding sprake was.

⁵³⁷. Arrest van het Hof in zaak C-97/08 P, *Akzo Nobel*, aangehaald in voetnoot 536, r.o. 74.

⁵³⁸. Arresten van het Gerecht *ArcelorMittal*, aangehaald in voetnoot 520, r.o. 83 e.v. en in T-54/03, *Lafarge*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 537 e.v. In dit laatste arrest wordt er ook gewezen dat verschillende leden van de raad van bestuur van de moeder ook zetelden bij de dochter. Zie ook het arrest *Itochu*, aangehaald in voetnoot 536, r.o. 56: protest van de moeder tijdens de administratieve procedure tegen de betekening aan haar van documenten bestemd voor de dochter is irrelevant. Zie verder het arrest van het Gerecht van 30 september 2009, T-175/05, *Akzo Nobel, Jur.* 2009, II-184.

⁵³⁹. Arrest *Alliance One International*, aangehaald in voetnoot 535, r.o. 222.

⁵⁴⁰. Arrest van het Gerecht van 30 september 2009, T-174/05, *Elf Aquitaine, Jur.* 2009, II-183, r.o. 160 e.v. Tegen dit arrest werd door Elf Aquitaine een hogere voorziening ingesteld bij het Hof op 15 december 2009 (C-521/09 P).

⁵⁴¹. Arrest van het Gerecht van 8 oktober 2008, T-69/04, *Schunk, Jur.* 2008, II-2567, r.o. 55 e.v.

⁵⁴². Arrest *General Química*, aangehaald in voetnoot 536, r.o. 68-69.

⁵⁴³. Arrest van het Hof in zaak C-407/08 P, *Knauf Gips*, aangehaald in voetnoot 497, r.o. 82.

teit zelfstandig haar marktgedrag bepaalt. Om dat uit te maken moet rekening worden gehouden met alle relevante economische, organisatorische en juridische elementen⁵⁴⁴. In het arrest *Knauf Gips*⁵⁴⁵ bevestigt het Hof dat, wanneer het kapitaal van een aantal vennootschappen wordt aangehouden door meerdere ‘top’entiteiten, de Commissie de verantwoordelijkheid voor het handelen van de dochtervennootschappen (en dus de inbreuk) kan leggen bij één van die ‘top’entiteiten als ze aantoonde dat die toptentiteit het marktgedrag van de groep (en ook van de andere toptentiteiten) bepaalde⁵⁴⁶. Dat arrest handelt over een aantal vennootschappen waarvan het kapitaal (via meerdere holdingvennootschappen) was verdeeld over 22 vennoten-familieleden. Die eigenaars hadden een overeenkomst gesloten op basis waarvan twee onder hen werden belast met de ‘eenvormige leiding en eenvormig beheer’ van de groep. Op basis daarvan kon de groep volgens het Hof worden aanzien als een economische eenheid.

c. Toerekening van de inbreuk aan een moeder-vennootschap in geval van controlewijziging

211. Wanneer een (dochter)vennootschap op het ogenblik dat een inbreukbesluit wordt vastgesteld, wordt gecontroleerd door een andere (moeder)vennootschap dan op het ogenblik dat de inbreuk werd begaan, kan – krachtens vaste rechtspraak – de inbreuk (omwille van het rechtszekerheidsbeginsel en het principe van de persoonlijkheid van straffen) in beginsel enkel worden toegerekend aan de entiteit die de controle uitoefende op het ogenblik dat de inbreuk werd begaan⁵⁴⁷.

212. Een tijdens de besproken periode door het Hof geveld arrest (*Erste Group Bank*) lijkt van dat principe af te wijken. Het Hof oordeelt dat in geval van een overdracht van aandelen ook de onderneming die een controlerende participatie heeft op het ogenblik dat het inbreukbesluit wordt vastgesteld, aansprakelijk kan worden gesteld voor de inbreuk die door haar (nieuwe) dochter werd begaan gedurende de periode *voorafgaand* aan de verwerving van het controlebelang⁵⁴⁸. Het arrest had betrekking op een situatie waarin de nieuwe moeder ook zelf aan het kartel deelnam. Uiteraard is het wel zo dat de nieuwe moeder de economische last van de aan de dochter opgelegde boete draagt (doordat de waarde van haar participatie lager is dan ze zou zijn zonder de

boete), maar dat lijkt geen reden om de nieuwe moeder (eveneens) aansprakelijk te achten voor het gedrag van haar dochter gedurende een periode dat zij die entiteit nog niet controleerde en dus haar marktgedrag niet kon sturen.

213. De oorspronkelijke eigenaar kan zich ten aanzien van de Commissie niet beroepen op een overeenkomst die hij sloot met de koper en die de verantwoordelijkheid voor inbreuken die voor de verkoop werden gepleegd overdraagt aan de nieuwe eigenaar⁵⁴⁹. Evenmin kan de oorspronkelijke exploitant van de activiteit zich van aansprakelijkheid bevrijden door die activiteit in een afzonderlijke entiteit af te splitsen en die entiteit vervolgens van de hand te doen; tot op het ogenblik van de verkoop blijft hij aansprakelijk voor de inbreuk⁵⁵⁰.

214. Als de oorspronkelijke eigenaar/exploitant op het ogenblik van het inbreukbesluit niet meer bestaat (bv. als gevolg van vereffening of fusie) dan kan ook de nieuwe eigenaar als ‘rechtsoptvolger’ worden aangesproken. In geen geval kunnen ondernemingen aan boetes ontkomen door herstructureringen binnen eenzelfde groep. Als de ‘nieuwe’ eigenaar/exploitant met zijn voorganger een economische eenheid vormt, dan zijn beiden aansprakelijk voor de inbreuk, zoniet zouden ondernemingen zich aan hun aansprakelijkheid kunnen onttrekken door de controle over de entiteit die de inbreuk beging over te hevelen naar een ‘lege schelp’-entiteit⁵⁵¹.

13. Rechterlijk toezicht door het Gerecht op inbreukbesluiten

215. De besproken periode brengt bevestiging van vaste rechtspraak volgens dewelke de Commissie geen rechterlijke instantie in de zin van artikel 6 EVRM is⁵⁵². Gerecht en Hof blijven ongevoelig voor de stelling⁵⁵³ dat de combinatie van de onderzoeks- en beslissingsbevoegdheden van de Commissie belet dat de betrokken ondernemingen toegang hebben tot een onpartijdig rechter. Het Gerecht is dus de eerste (en in veel gevallen de enige) rechter die zich uitspreekt over het al dan niet bestaan van een inbreuk en, eventueel, de daarvoor opgelegde boete. De jurisprudentie erkent ook dat een onderneming het recht heeft om haar verweer geheel of gedeeltelijk voor het Gerecht te voeren, en dus niet voor de Commissie⁵⁵⁴.

⁵⁴⁴ Arrest van het Hof in zaak C-407/08 P, *Knauf Gips*, aangehaald in voetnoot 497, r.o. 100.

⁵⁴⁵ Arrest van het Hof in zaak C-407/08 P, *Knauf Gips*, aangehaald in voetnoot 497.

⁵⁴⁶ Arrest van het Hof in zaak C-407/08 P, *Knauf Gips*, aangehaald in voetnoot 497, r.o. 107-109.

⁵⁴⁷ Bevestigd tijdens de besproken periode in het arrest *Trioplast Industrier*, aangehaald in voetnoot 364, r.o. 165 e.v.

⁵⁴⁸ Arrest *Erste Group Bank e.a.*, aangehaald in voetnoot 467, r.o. 72 e.v.

⁵⁴⁹ Arrest van het Gerecht van 30 september 2009, T-161/05, *Hoechst, Jur.* 2009, II-3555, r.o. 61 e.v.

⁵⁵⁰ Arrest van het Gerecht in T-161/05, *Hoechst*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 50-66.

⁵⁵¹ Arrest *ArcelorMittal*, aangehaald in voetnoot 520, r.o. 106 e.v.

⁵⁵² Arrest van het Gerecht in T-54/03, *Lafarge*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 38.

⁵⁵³ Zie o.m. de zeer lezenswaardige bijdrage van I.S. FORRESTER, “Due process in EC competition cases: A distinguished institution with flawed procedures”, *EL Rev.* 2009, 817.

⁵⁵⁴ Zie hiervoor, deel B.8. Zie eveneens de conclusie van advocaat-generaal Kokott waarvan sprake in voetnoot 514.

216. Niettemin blijft de rechtspraak herhalen dat ‘ingewikkelde economische beoordelingen’ van de Commissie slechts aan een beperkte rechterlijke toetsing zijn onderworpen – anders gezegd, dat het Gerecht ze slechts zal afvallen wanneer het een kennelijke vergissing vaststelt. Die rechtspraak wekt soms de indruk dat het Gerecht de Commissie aanziet als de eerste rechter, en zijn eigen rol als deze van een appelrechter met beperkte bevoegdheid. Bij die rechtspraak kunnen vragen worden gesteld. De jurisprudentie inzake de beperkte toetsing van ‘ingewikkelde economische beoordelingen’ is – meer dan veertig jaar geleden – ontstaan n.a.v. Commissie-besluiten waarin vrijstellingen op basis van artikel 101, lid 3 VWEU werden verleend of geweigerd⁵⁵⁵. Zoals bekend had de Commissie tot de inwerkingtreding van verordening 1/2003 een uitsluitende bevoegdheid om vrijstellingen te verlenen; het Hof was van oordeel dat het al dan niet verlenen van een vrijstelling kaderde in het mededingingsbeleid waarmee de Commissie was belast, wat een zekere beoordelingsbevoegdheid (en dus een marginale rechterlijke toetsing) impliceerde. Zoals bekend hebben de artikelen 101 en 102 thans integraal rechtstreekse werking, zodat het niet evident is dat die rechtspraak nog steeds toepassing vindt. Immers rechtstreekse werking impliceert dat de betrokken bepalingen voldoende nauwkeurig zijn om door een rechter te worden toegepast. Hoe dan ook lijkt die oudere rechtspraak geen steun te leveren voor de stelling dat de Commissie een beoordelingsbevoegdheid zou hebben wat betreft het al dan niet bestaan van een inbreuk.

217. Meer in het algemeen rijst de vraag of een beperkte rechterlijke toetsing van inbreukbesluiten te rijmen valt met de eisen van artikel 6 EVRM en artikel 47, 2^{de} alinea van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie⁵⁵⁶ en met het vermoeden van onschuld. Wat betekent die beperkte toetsing concreet? In de rechtspraak valt te lezen dat het Gerecht (en desgevallend het Hof) ‘weliswaar in het algemeen’ een volledig onderzoek instellen naar de vraag of aan de voorwaarden voor toepassing van de mededingingsregels is voldaan⁵⁵⁷, maar dat zij zich, wanneer het gaat om de toet-

sing van een ‘ingewikkelde economische beoordeling’ van de Commissie, beperken tot een onderzoek of het Commissiebesluit is gebaseerd op bewijsmiddelen die juist, betrouwbaar en coherent zijn en die het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe toestand, en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen⁵⁵⁸. De combinatie van de termen ‘weliswaar in het algemeen’ en ‘maar’ suggereert dat Hof en Gerecht ‘ingewikkelde’ beoordelingen van de Commissie *niet* aan een volledig onderzoek onderwerpen. Is dat wel zo? De toetsingscriteria waar ze zich toe ‘beperken’ hangen samen met de aard van de procedure voor het Gerecht. Het Gerecht gaat na of het besluit van de Commissie *wettig* is. Die wettigheidsbeoordeling geschiedt op basis van middelen die worden aangedragen door de verzoevende partij(en) of die ambtshalve worden opgeworpen door het Gerecht. De aard van die beoordeling houdt inderdaad in, dat het Gerecht zich niet in de plaats stelt van de Commissie: het onderzoekt niet zelf of er sprake is van een inbreuk, maar wel of de Commissie terecht heeft besloten tot het bestaan van een inbreuk. Maar de legaliteitsbeoordeling hoeft niet (noodzakelijk) te impliceren dat de Commissie in het kader van die beoordeling een beoordelingsvrijheid geniet, m.a.w. dat haar besluit enkel zou kunnen worden vernietigd als de verzoeker het bewijs levert van kennelijke vergissingen⁵⁵⁹. De Commissie kan immers enkel een inbreuk vaststellen wanneer zij daarvoor voldoende bewijs vindt (*cf.* de vorige afdeling). Of er voldoende bewijs bestaat hangt af van de interpretatie die wordt gegeven aan de voorhanden zijnde bewijsmiddelen. Er lijkt dan ook geen reden te bestaan waarom Hof en Gerecht geen ‘volledig onderzoek’ zouden moeten instellen naar de vraag of een inbreukbesluit voldoet aan de voorwaarden voor toepassing van de mededingingsregels.

218. Zo bekeken lijken een aantal arresten uit de besproken periode zorgwekkend, waar ze stellen dat er sprake is van een ‘ingewikkelde economische beoordeling’ (en dus van beperkte toetsing) in het geval van de definitie van de relevante markt⁵⁶⁰, en de vraag of er sprake is van mis-

^{555.} Zie het arrest van het Hof van 13 juli 1966, gevoegde zaken 56 en 58/64, *Consten en Grundig*, *Jur.* 1966, 453 (weigering van vrijstelling van exclusieve distributieovereenkomst).

^{556.} Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, *Pb.* 2000, C 364/20.

^{557.} Arrest van het Gerecht van 17 september 2007, zaak T-201/04, *Microsoft Corp.*, *Jur.* 2007, II-3601, r.o. 87-88. Dat arrest leek al gedeeltelijk terug te komen op het eerdere *Cement*-arrest (zie daaromtrent “Kroniek 2005-2007”, *TBH* 2009, 172).

^{558.} Zie o.m. het arrest van het Hof in gevoegde zaken C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, *GlaxoSmithKline*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 85 en 146 en het arrest van het Gerecht *Solvay*, aangehaald in voetnoot 412, r.o. 250. Die formulering gaat terug op het arrest *Microsoft Corp.*, aangehaald in voetnoot 557, r.o. 87-88 (zie “Kroniek 2005-2007”, *TBH* 2009, 172).

^{559.} Sommige auteurs betwijfelen weliswaar of het Gerecht de bevoegdheid heeft om inbreukbesluiten in kartelzaken aan een volwaardige toetsing te onderwerpen met het argument dat de ‘volledige rechtsmacht’ die art. 31 van verordening 1/2003 toekent enkel betrekking heeft op (het bedrag van) boetes en niet op de vaststelling van een inbreuk (de discussie wordt uitstekend samengevat door D. GÉRARD, “EU Antitrust Enforcement in 2025: Why Wait? Full Appellate Jurisdiction, Now”, deel III.A, *CPI Antitrust Journal*, december 2010, beschikbaar op www.competitionpolicyinternational.com). Die twijfel lijkt evenwel te berusten op een verwarring tussen volledige rechtsmacht en rechterlijk toezicht. De bevoegdheid van volledige rechtsmacht laat het Gerecht toe om *zelf* te oordelen of er sprake is van een inbreuk, en/of of er aanleiding bestaat voor een boete en zo ja van welk bedrag. Rechterlijk toezicht impliceert de toetsing van de beoordeling van de Commissie – en zoals in de tekst betoogd hoeft die toetsing niet te worden beperkt tot kennelijke vergissingen.

^{560.} Arrest *Amann & Söhne*, aangehaald in voetnoot 382, r.o. 54. Zie ook het arrest van het Gerecht van 7 mei 2009, T-151/05, *Nederlandse Vakbond Vakbondshouders*, *Jur.* 2009, II-1219, r.o. 53 (in het kader van concentratiecontrole). De beoordelingsvrijheid van de Commissie belet niet dat het Gerecht nauw toeziet op de *motivering* die de Commissie geeft voor haar conclusies; zie bv. het arrest *CEAHR*, aangehaald in voetnoot 387, hierna besproken in randnr. 222.

bruik⁵⁶¹. Of een relevante markt juist is gedefinieerd, en of er op die markt sprake is van misbruik kan inderdaad een ingewikkelde feitelijke vraag zijn. Maar het antwoord op die vraag heeft een rechtstreekse invloed op schuld of onschuld, en er lijkt geen overtuigende reden te bestaan om de beoordeling, door de Commissie, van dergelijke punten niet te onderwerpen aan een volledig onderzoek. Het lijkt bezwaarlijk verenigbaar met het vermoeden van onschuld dat een onderneming, teneinde te ontsnappen aan de vaststelling van een inbreuk (en een boete) voor het Gerecht moet aantonen dat de beoordeling van de Commissie kennelijk onjuist is.

219. Het arrest *VEBIC* heeft geen betrekking op een inbreukbesluit van de Commissie, maar het lijkt niettemin relevant voor de discussie over de rechterlijke toetsing. Het arrest lijkt immers een – betwistbaar – verband te leggen tussen marginale toetsing en de noodzaak van de ‘doeltreffende toepassing’ van de mededingingsregels. Het arrest handelt over de procedure die de WBEM voorziet inzake beroepen tegen (inbreuk)besluiten van de Raad voor de Mededinging. Het hof van beroep moet de wettigheid van die besluiten beoordelen zonder dat de Raad voor de Mededinging daarbij de verwerende partij is. De verwijzende rechter (het hof van beroep te Brussel) had het Hof van Justitie gevraagd of zo’n procedure niet “*het risico met zich mee [brengt] dat de aangezochte rechter volledig is ‘aangewezen’ op de middelen en argumenten van de onderneming(en) die beroep heeft/hebben ingesteld*”. Het Hof van Justitie beaamt het bestaan van zo’n risico en overweegt dienaangaande: “*Op een gebied als dat van de vaststelling van inbreuken op de mededingingsregels en het opleggen van geldboeten, waarbij ingewikkelde juridische en economische beoordelingen dienen te worden verricht, kan het bestaan alleen van een dergelijk risico [...] de nakoming in gevaar brengen van de [...] op de nationale mededingingsautoriteiten rustende bijzondere verplichting om de doeltreffende toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU te verzekeren*”⁵⁶². Deze overweging is opmerkelijk: de mededingingsautoriteit heeft zich – met het vaststellen van een eindbeslissing – gekweten van haar taak om de ‘doeltreffende toepassing’ van de mededingingsregels te verzekeren. Het is niet meteen duidelijk waarom zij alsnog aan die verplichting zou tekortschieten als ze in de beroeps-

procedure niet verschijnt als verwerende partij. Blijkbaar is het Hof van Justitie bezorgd dat de beroepsrechter ‘te veel’ rekening zou houden met de verweermiddelen die worden ontwikkeld door de veroordeelde onderneming. Saillant is, dat het Hof die bezorgdheid staft met een verwijzing naar de ‘ingewikkelde juridische en economische beoordelingen’ die een mededingingsautoriteit moet verrichten – die omstandigheid is in de rechtspraak, zoals gezegd, nu juist de reden waarom beslissingen van de Europese mededingingsautoriteit enkel aan een marginale wettigheidstoetsing worden onderworpen. Probeert het Hof van Justitie hier de ‘beperkte rechterlijke toetsing’ te exporteren naar de toetsing van besluiten van nationale mededingingsautoriteiten? En waarom betreft het Hof in het arrest *VEBIC* de rechten van de verdediging niet in de analyse⁵⁶³?

220. Een aantal commissieambtenaren hebben de stelling verdedigd dat het Hof en het Gerecht in werkelijkheid een grondig onderzoek verrichten van het dossier (inclusief de door de Commissie aangevoerde feiten), en zich niet laten afschrikken door de complexiteit van de zaak⁵⁶⁴. Als er in realiteit geen ‘kennelijke vergissing’ hoeft te worden aangetoond om de vernietiging te bekomen van inbreukbesluiten van de Commissie, dan rijst de vraag of de in de rechtspraak gehanteerde formule niet best wordt opgeborgen of minstens aangepast om te vermijden dat een dubieus (of zelfs afschrikkend) signaal wordt gezonden naar rechtzoekende ondernemingen.

221. Hiervoor werd reeds melding gemaakt van een aantal arresten die vaste rechtspraak toepassen volgens dewelke procedurele onregelmatigheden enkel aanleiding kunnen geven tot vernietiging van een later genomen inbreukbesluit wanneer vaststaat dat de geschade onderneming zich niet terdege heeft kunnen verweren⁵⁶⁵. Hier kan nog melding worden gemaakt van het arrest *Hoehst*. Daarin verklaart het Gerecht strijdig met de beginselen van behoorlijk bestuur de door een Commissieambtenaar gedane belofte aan een onderneming die overwoog een clementieverzoek in te dienen (d.w.z. informatie aan te leveren in ruil voor een vermindering van haar boete)⁵⁶⁶. Dergelijke onrechtmatigheid heeft evenwel geen gevolgen voor de geldigheid van het inbreuk-

⁵⁶¹. Zie bv., tijdens de besproken periode, het arrest *Clearstream*, aangehaald in voetnoot 423, r.o. 47 en 93.

⁵⁶². Arrest van het Hof van 7 december 2010, C-439/08, *VEBIC*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 58.

⁵⁶³. Zie eveneens de kritische bedenkingen van B. VAN DE WALLE, “De betekenis en de draagwijdte van het arrest *VEBIC* van het Hof van Justitie”, *TBM* 2011, 3, p. 7-8 en van F. LOUIS, “L’arrêt de la Cour de justice dans l’affaire *VEBIC*: une opportunité de parfaire l’organisation de l’autorité belge de concurrence”, *TBM* 2011, 12, p. 13.

⁵⁶⁴. Zie met name F. CASTILLO DE LA TORRE, “Evidence, Proof and Judicial Review in Competition Cases” in C.-D. EHLERMANN en M. MARQUIS (eds.), *European Competition Law Annual 2009*, Oxford, Hart Publishing, onder de hoofding “Judicial Review: the standards”; W.P.J. WILS, “EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees”, te verschijnen in *World Competition*, vol. 34, juni 2011, punt II, voorlaatste alinea. Sommige arresten uit de besproken periode lijken steun te bieden voor die stelling, zo blijkt bv. uit de arresten *Amann & Söhne*, aangehaald in voetnoot 382 en *Clearstream*, aangehaald in voetnoot 423. Daarin onderzoekt het Gerecht, na te hebben geponereerd dat zijn toezicht slechts marginaal is, vrij gedetailleerd de grieven van de betrokken onderneming tegen de door de Commissie gemaakte beoordeling. Dat wekt de indruk dat de vermelding van de ‘marginaal toezicht’-toets in hoofdzaak een ‘verzekering tegen cassatie’ is.

⁵⁶⁵. Zie met name de hiervoor besproken jurisprudentie inzake huiszoekingen (randnrs. 177 e.v.), toegang tot het dossier (randnrs. 191 e.v.) en recht op berechting binnen een redelijke termijn (randnrs. 197 e.v.).

⁵⁶⁶. Concreet zou de Commissieambtenaar een onderneming die overwoog een clementieverzoek in te dienen, hebben beloofd om haar te waarschuwen als het er naar zou uitzien dat een andere onderneming haar voorbij zou streven op het gebied van medewerking, en dat terwijl de Commissie alle andere ondernemingen kond had gedaan van haar voornemen om zo’n waarschuwingen niet te geven.

besluit, aldus het Gerecht, indien de beoordeling van de kwaliteit van de aangeleverde informatie (en van welke onderneming als eerste informatie met toegevoegde waarde heeft geleverd) gebaseerd is op documenten en verklaringen die de Commissie had ontvangen alvorens zo'n onrechtmatige belofte te doen⁵⁶⁷.

14. Verwerping van een klacht wegens onvoldoende Uniebelang

222. De besproken periode brengt de bevestiging van vaste rechtspraak dat de Commissie weliswaar de feitelijke en juridische elementen die een klager aanbrengt nauwkeurig moet bekijken, maar niet verplicht is om haar eigen (en vervaagende) onderzoeksbevoegdheden aan te wenden om de zaak verder uit te spitten⁵⁶⁸. De Commissie kan beslissen een klacht niet verder te onderzoeken met de overweging dat er geen voldoende Uniebelang bestaat bij een verder onderzoek van de door de klager voorgelegde elementen. Maar zij moet het ontbreken van Uniebelang voldoende nauwkeurig en gedetailleerd motiveren. En tijdens de besproken periode blijkt het Gerecht bereid die motivering niet enkel formeel maar ook inhoudelijk te onderzoeken. In de *CEAHR*-zaak⁵⁶⁹ had de Commissie een klacht wegens onvoldoende Uniebelang verworpen omdat (1) de klacht betrekking had op een markt(segment) van zeer beperkte omvang; (2) het bestaan van een inbreuk onwaarschijnlijk leek; en (3) zelfs indien er sprake zou zijn van een inbreuk, de nationale mededingingsautoriteiten en -rechters goed geplaats zouden zijn om die inbreuken te onderzoeken⁵⁷⁰. Het Gerecht onderzoekt en verwerpt elk van deze argumenten. Wat de beweerdelijk beperkte omvang van de markt betreft, stelt het Gerecht vast dat aangezien het besluit van de Commissie geen cijfers of ramingen over de omvang van de markt(en) bevat, de stelling van de Commissie niet kan worden geverifieerd. Weliswaar is de Commissie niet verplicht om de omvang van de markt te onderzoeken vooraleer een klacht te verwerpen, maar als ze de bescheiden omvang van de markt inroep moet ze die stelling voldoende motiveren⁵⁷¹. Wat de rele-

vante markten betreft, oordeelt het Gerecht dat de Commissie die te ruim had gedefinieerd⁵⁷², zodat de stelling dat inbreuken onwaarschijnlijk zijn, niet zonder nieuw onderzoek houdbaar is (in geval van een engere omschrijving van de markt zou er sprake zijn van veel hogere marktaandelen van de ondernemingen tegen wie de klacht was gericht)⁵⁷³. De stelling dat nationale mededingingsautoriteiten goed geplaats zijn om eventuele inbreuken te onderzoeken kan juist zijn wanneer de gevolgen van de betrokken praktijken hoofdzakelijk in één enkele lidstaat voelbaar zijn, maar niet in het geval van een klacht over praktijken die het grondgebied van ten minste vijf lidstaten bestrijken⁵⁷⁴.

C. Boetes

223. Met toepassing van artikel 23, lid 3 van Verordening 1/2003 moet de Commissie het bedrag van de boete vaststellen rekening houdend zowel met de ernst als met de duur van de inbreuk⁵⁷⁵. Hierna volgt een overzicht van de rechtspraak van de besproken periode die preciseert hoe de ernst van een inbreuk is te bepalen (C.1.), hoe de ernst kan worden beïnvloed door verzwarende en verzachtende omstandigheden (C.2.), en wat de relatie is tussen de duur van een inbreuk en het bedrag van de boete (C.3.). Daarna wordt aandacht besteed aan de 10%-bovengrens (C.4.) en de clementieregeling (C.5.). Deel C.6. behandelt de rechtspraak inzake verjaring. Tenslotte wordt ingegaan op het rechterlijk toezicht van (vooral) het Gerecht (C.7.).

1. Ernst van de inbreuk

224. Hof en Gerecht herhalen steevast de geijkte formule dat de ernst van de inbreuken moet worden bepaald op basis van een groot aantal factoren, zoals met name de bijzondere omstandigheden van de zaak, de context ervan en de afschrikkende werking van de geldboetes, zonder dat een dwingende of uitputtende lijst van verplicht in aanmerking te nemen criteria is opgesteld⁵⁷⁶. Duidelijk is wel dat de aard van de inbreuk het belangrijkste criterium is⁵⁷⁷.

⁵⁶⁷. Arrest van het Gerecht in T-410/03, *Hoechst*, aangehaald in voetnoot 489, r.o. 134 e.v.

⁵⁶⁸. Arrest *EMC Development*, aangehaald in voetnoot 401, r.o. 56-59, met verwijzing naar eerdere rechtspraak. Dit arrest lijkt, alvast qua toon, enigszins terug te komen op de vrij deferentiële opstelling van het Gerecht ten aanzien van de verwerping van klachten omwille van het ontbreken van voldoende Uniebelang. Over die vorige jurisprudentie, zie "Kroniek 2005-2007", *TBH* 2009, p. 173, voetnoot 451.

⁵⁶⁹. Arrest *CEAHR*, aangehaald in voetnoot 387.

⁵⁷⁰. Arrest *CEAHR*, aangehaald in voetnoot 387, r.o. 8-11.

⁵⁷¹. Arrest *CEAHR*, aangehaald in voetnoot 387, r.o. 31-45.

⁵⁷². Arrest *CEAHR*, aangehaald in voetnoot 387, r.o. 76 e.v. Zie ook *supra*, randnr. 149 e.v.

⁵⁷³. Arrest *CEAHR*, aangehaald in voetnoot 387, r.o. 142 en 152.

⁵⁷⁴. Arrest *CEAHR*, aangehaald in voetnoot 387, r.o. 173 en 176.

⁵⁷⁵. Wat betreft het vereiste dat de inbreuk 'opzettelijk of uit onachtzaamheid' moet zijn gepleegd, zie het arrest *Deutsche Telekom*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 124 (er is sprake van onachtzaamheid wanneer de onderneming niet onkundig kon zijn van het mededingingsverstoring karakter van haar gedrag; er is geen bewijs vereist dat zij zich bewust was dat zij de mededingingsregels schond).

⁵⁷⁶. Zie met name de arresten van het Hof van 3 september 2009, C-534/07 P, *William Prym*, *Jur.* 2009, I-7415, r.o. 54 e.v. en *Deutsche Telekom*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 273 en het arrest *Automobiles Peugeot en Peugeot Nederland*, aangehaald in voetnoot 359, r.o. 274. De formule gaat terug op de beschikking van het Hof van 25 maart 1996, C-137/95 P, *SPO*, *Jur.* 1996, I-1611, r.o. 54. Hoe de ernst van een inbreuk kan worden bepaald op basis van de afschrikkende werking van geldboetes is niet meteen duidelijk (het is wel vaste rechtspraak dat het niveau van boetes kan worden verhoogd om ondernemingen ervan af te schrikken, inbreuken te plegen, zie *infra*, randnr. 259).

⁵⁷⁷. Arrest van het Gerecht van 28 april 2010, T-448/05, *Oxley Threads*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 34.

225. De rechtspraak van de besproken periode bevestigt dat er weinig ruimte bestaat voor discussie over de ernst van inbreuken in ‘klassieke’ kartelzaken: horizontale prijs- en marktverdelingsafspraken worden vrijwel automatisch als ‘zeer zwaar’ gebrandmerkt ongeacht de territoriale draagwijdte ervan; Hof en Gerecht bestempelen een vergelijking qua ernst tussen zulke afspraken als ‘onmogelijk’⁵⁷⁸. Ook niet-‘horizontale’ inbreuken zoals afspraken die parallel-export trachten te ontmoedigen⁵⁷⁹ alsmede verticale prijsbinding⁵⁸⁰ kunnen desgevallend als zeer ernstig worden bestempeld.

226. Het abstracte criterium van de aard van de inbreuk moet worden aangevuld met een appreciatie van ‘de specifieke omstandigheden van de zaak’⁵⁸¹. De rechtspraak van de besproken periode maakt duidelijk dat het hier voornamelijk gaat om de omvang van de markt waarop de inbreuk betrekking heeft en de marktmacht van de bij de inbreuk betrokken partijen⁵⁸².

227. Wat de *omvang van de betrokken markt* betreft: in een vroegere versie van de boeterichtsnoeren⁵⁸³ had de Commissie gesteld dat de ernst van een inbreuk (mede) moet worden beoordeeld op basis van de omvang van de relevante markt en de concrete impact van het kartel op de markt, althans wanneer die impact meetbaar is. Die passage gaf gevolg aan eerdere rechtspraak van het Gerecht⁵⁸⁴. De rechtspraak van de besproken periode – die grotendeels betrekking heeft op besluiten van de Commissie die toepassing maken van die

vroegere versie van de richtsnoeren – bevestigt dat de omvang van de markt waarop de inbreuk betrekking heeft weliswaar een relevante factor is voor de beoordeling van de ernst van de inbreuk, maar dat het slechts één factor is naast (vele) anderen⁵⁸⁵. Het belang van die factor verschilt naar gelang de specifieke omstandigheden van de zaak⁵⁸⁶. De marktomvang is ook geen onmisbaar element: de ernst van een inbreuk kan in voorkomend geval ook worden bepaald zonder dat eerst de relevante markt is afgebakend⁵⁸⁷. De omvang van de betrokken markt weegt alleszins minder zwaar door dan de intrinsieke ernst van de inbreuk: dat een kartel betrekking heeft op een markt met een bescheiden omvang belet niet dat de inbreuk als ‘zeer zwaar’ wordt bestempeld⁵⁸⁸. Wanneer de Commissie de ernst van de inbreuk mede heeft bepaald met inachtneming van de omvang van de betrokken markt mag zij ook rekening houden met de productiekosten van de betrokken ondernemingen – met andere woorden, de omvang van de markt is niet beperkt tot de toegevoegde waarde die op die markt wordt gegenereerd⁵⁸⁹. Er bestaat evenmin een reden om de waarde van intra-groepleveringen uit te sluiten, zo niet zouden verticaal geïntegreerde ondernemingen zonder rechtvaardiging worden bevoordeeld⁵⁹⁰.

228. De ‘daadwerkelijke economische macht van de inbreukmakers om aan de andere marktdeelnemers aanzienlijke schade te berokkenen’ – d.w.z. *de marktmacht van de bij de inbreuk betrokken ondernemingen* – kan eveneens relevant zijn voor de ernst van de inbreuk⁵⁹¹. Het bestaan van

⁵⁷⁸ Arrest van het Gerecht van 19 mei 2010, T-25/05, *KME*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 97 (tegen dit arrest werd door KME een hogere voorziening ingesteld bij het Hof op 3 augustus 2010, C-389/10 P) en arresten *William Prym*, aangehaald in voetnoot 576, r.o. 74 e.v. en *Erste Group Bank*, aangehaald in voetnoot 467, r.o. 101 e.v. De kleine omvang van de betrokken geografische markt belet niet om de inbreuk als zeer zwaar te kwalificeren. Zie verder ook het arrest van *BPB*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 277.

⁵⁷⁹ Arrest *Automobiles Peugeot en Peugeot Nederland*, aangehaald in voetnoot 359, r.o. 281. Anderzijds bevestigt het Hof tijdens de besproken periode dat het niet is uitgesloten dat praktijken die parallelhandel belemmeren, voor vrijstelling in aanmerking komen (*supra*, randnr. 156).

⁵⁸⁰ Arrest van het Gerecht van 30 april 2009, T-13/03, *Nintendo*, *Jur.* 2009, II-975, r.o. 41 en 45.

⁵⁸¹ Arresten *William Prym*, aangehaald in voetnoot 576, r.o. 54 en *Deutsche Telekom*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 273 en arrest *Automobiles Peugeot en Peugeot Nederland*, aangehaald in voetnoot 359, r.o. 274.

⁵⁸² Zie o.m. het arrest *Deutsche Telekom*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 274.

⁵⁸³ Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van art. 15, lid 2 van verordening nr. 17, respectievelijk art. 65, lid 5 van het EGKS-Verdrag worden opgelegd (hierna de ‘vorige versie van de boeterichtsnoeren’), *Pb.* 1998, C 9/3, punt 1, A.

⁵⁸⁴ Arrest *BPB*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 274 en 307. In de versie van de richtsnoeren die van toepassing is op het ogenblik dat deze bijdrage wordt geschreven wordt niet langer uitdrukkelijk verwezen naar de omvang van de markt waarop de inbreuk betrekking had maar enkel naar de geografische reikwijdte van de inbreuk. Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van art. 23, 2^{de} lid, onder a) van verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd (hierna de ‘huidige boeterichtsnoeren’), *Pb.* 2006, C 210/1, punten 20, 22 en 23.

⁵⁸⁵ Arresten *Gütermann*, aangehaald in voetnoot 362, r.o. 266 e.v. en *Arkema*, aangehaald in voetnoot 535, r.o. 135 e.v.

⁵⁸⁶ Arrest *Amann & Söhne*, aangehaald in voetnoot 382, r.o. 172 e.v.

⁵⁸⁷ Arrest van het Gerecht van 8 oktober 2008, T-73/04, *Le Carbone-Lorraine*, *Jur.* 2008, II-2661, r.o. 36. De afbakening van de markt waarop de inbreuk betrekking heeft kan wel vereist zijn om uit te maken of de litigieuze praktijk resulteert in een beperking van de mededinging en in een ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten. Een hogere voorziening tegen dit arrest werd door het Hof op 12 november 2009 afgevoerd (C-554/08 P).

⁵⁸⁸ Arrest *Deltafina*, aangehaald in voetnoot 399, r.o. 235-243.

⁵⁸⁹ Arresten van het Gerecht in T-25/05, *KME*, aangehaald in voetnoot 578, r.o. 97 en *IMI*, aangehaald in voetnoot 381, r.o. 182. Zie ook de arresten van het Gerecht van 6 mei 2009, T-122/04, *Outokumpu*, *Jur.* 2009, II-1135, r.o. 82; van 19 mei 2010, T-20/05, *Outokumpu*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 77 e.v. en van 6 mei 2009, T-127/04, *KME*, *Jur.* 2009, II-1167, r.o. 88 e.v. (tegen dit laatste arrest werd door KME een hogere voorziening ingesteld bij het Hof op 16 juli 2009, C-272/09 P). In deze arresten was de vraag gerezen of de prijs van koper uitgesloten kon worden van de omzet aangezien het fluctuatierisico van de koperprijzen veel hoger lag dan voor andere grondstoffen.

⁵⁹⁰ Arrest van het Hof van 12 november 2009, C-564/08 P, *SGL Carbon*, *Jur.* 2009, I-00191, r.o. 29 e.v. Het gebruik van de term ‘bevoordeeld’ in de context van inbreuken en boetes is opmerkelijk.

⁵⁹¹ Arrest *William Prym*, aangehaald in voetnoot 576, r.o. 61 e.v. Zie ook de vorige versie van de boeterichtsnoeren, aangehaald in voetnoot 583, punt 1, A.

dergelijke marktmacht kan de Commissie afleiden uit de marktaandeelen van de betrokken ondernemingen⁵⁹². Ook hier gaat het niet om een voorwaarde: afspraken over prijzen of marktverdeling worden als zeer ernstig beschouwd, zonder dat het vereist is dat de weerslag ervan op de markt is aangetoond⁵⁹³, en ook wanneer de Commissie zich wel baseert op de marktmacht van de karteldeelne­mers hoeft zij niet noodzakelijk grondig onderzoek te verrichten naar de omvang van de betrokken markt en het deel van die markt dat door de karteldeelne­mers wordt gecontroleerd: de vaststelling dat één van de kartel­leden marktleider was volstaat⁵⁹⁴.

229. Om een inbreuk als ‘zeer zwaar’ te kwalificeren hoeft de Commissie evenmin te bewijzen dat die inbreuk *daadwerkelijk* effect heeft gehad op de betrokken markt (in die zin dat het kartel resulteerde in hogere marktprijzen)⁵⁹⁵. Omgekeerd aanvaardt het Hof wél dat de bewezen impact van het kartel op de markt in aanmerking wordt genomen om de ernst van de inbreuk (nog) hoger in te schatten (m.a.w. bij wege van verzwarende omstandigheid). Indien de Commissie er voor kiest om bij het bepalen van het boetebedrag rekening te houden met de marktimpact van het kartel moet zij toereikende aanwijzingen aandragen op basis waarvan de daadwerkelijke invloed van de inbreuk op de betrokken markt blijkt⁵⁹⁶. Maar ook hier worden geen wetenschappelijke bewijzen geëist van een tastbaar economisch effect⁵⁹⁷.

230. In een aantal arresten wordt gesteld dat de ernst van een inbreuk eveneens kan worden bepaald op basis van het gedrag van de auteur(s) ervan. Bijvoorbeeld oordeelt het Gerecht met betrekking tot een distributiesysteem dat parallelhandel ontmoedigt dat de omstandigheid dat een ‘groot industrieconcern’ heeft getracht dergelijke regeling clandestien te handhaven, in weerwil van ‘duidelijke waarschuwingen’ over de ontoelaatbaarheid ervan die zij uit de recht-

spraak en de beslissingspraktijk had moeten afleiden, (mede)aanleiding is om de inbreuk als ‘zeer zwaar’ te kwalificeren⁵⁹⁸. Omwille van de collectieve aansprakelijkheid (zie *supra*, randnrs. 144 e.v.) begaan alle deelnemers van een kartel in principe een inbreuk van dezelfde ernst. Daarom kan bijvoorbeeld de omstandigheid dat een onderneming met een over de tijd wisselende intensiteit aan dat kartel heeft deelgenomen de ernst van de inbreuk van die onderneming niet verminderen⁵⁹⁹. Om dezelfde reden oordeelt het Gerecht dat, wanneer de ernst van een kartelinbreuk (mede) wordt afgeleid uit de impact van dat kartel op de markt, een individueel deelnemer de ernst van zijn inbreuk niet kan betwisten met het argument dat zijn gedrag niet of minder heeft bijgedragen tot die impact⁶⁰⁰. De min of meer actieve rol die een betrokken onderneming heeft gespeeld bij de uitvoering van een kartel kan in voorkomend geval wel een verzachtende respectievelijk een verzwarende omstandigheid opleveren (zie *infra*, randnrs. 233 e.v.).

231. Ook in misbruikzaken is de ernst van de inbreuk relevant voor het bedrag van de boete. Worden als bijzonder ernstig bestempeld inbreuken die een welbewuste en coherente strategie aantonen met als doel het elimineren van concurrenten en door een beleid van getrouwheidsbinding van klanten kunstmatig de machtspositie van de onderneming op de markten waarop de concurrentie reeds beperkt was, te handhaven of te versterken⁶⁰¹. Wanneer het gaat om praktijken die ‘uit hun aard’ schadelijk zijn voor de mededinging hoeft de Commissie, om de ernst van de inbreuk vast te stellen, geen concreet bewijs te leveren van het bestaan of de omvang van de schadelijke gevolgen ervan⁶⁰².

232. Wanneer een besluit van de Commissie wordt vernietigd wegens een procedurefout en de Commissie daarna een nieuw besluit neemt (zonder een nieuwe administratieve procedure in te leiden), is de ernst van de inbreuk (en het

⁵⁹². Arrest van het Gerecht in T-25/05, *KME*, aangehaald in voetnoot 578, r.o. 106.

⁵⁹³. In een recente zaak lijken zowel de Commissie als het Gerecht echter wel belang te hechten aan de impact van een prijskartel op de betrokken markt (arrest *Gütermann*, aangehaald in voetnoot 362, r.o. 128 e.v.). Bovendien, indien de Commissie poneert dat de inbreuk als zeer zwaar moet worden bestempeld omwille van de aard ervan én de gevolgen ervan op de markt, moet zij deze gevolgen ook aantonen (arrest *Automobiles Peugeot en Peugeot Nederland*, aangehaald in voetnoot 359, r.o. 287 e.v.).

⁵⁹⁴. Arrest *William Prym*, aangehaald in voetnoot 576, r.o. 61 e.v. In dezelfde zin oordeelt het Gerecht in T-161/05, *Hoechst*, aangehaald in voetnoot 549, r.o. 109 e.v.

⁵⁹⁵. Arrest van het Gerecht in T-11/05, *Wieland-Werke*, aangehaald in voetnoot 380, r.o. 143-144.

⁵⁹⁶. Arresten *William Prym*, aangehaald in voetnoot 576, r.o. 81 e.v. en *Automobiles Peugeot en Peugeot Nederland*, aangehaald in voetnoot 359, r.o. 290-329 (vermindering van het boetebedrag met 10% omdat de Commissie de concrete weerslag van de inbreuk op de markt had overschat). In een ander arrest oordeelt het Gerecht dat het feit dat de Commissie geen indicaties voorlegt van de marktimpact van de inbreuk, niet relevant is voor de kwalificatie van de inbreuk als zeer zwaar. Dat heeft evenmin gevolgen voor het basisbedrag van de boete (arrest *Deltafina*, aangehaald in voetnoot 399, r.o. 248 e.v.).

⁵⁹⁷. Arrest van het Gerecht in T-127/04, *KME*, aangehaald in voetnoot 589, r.o. 67.

⁵⁹⁸. Arrest *Automobiles Peugeot en Peugeot Nederland*, aangehaald in voetnoot 359, r.o. 284-285. Zie, wat de factor “gedrag van de auteur van de inbreuk” betreft, eveneens de arresten *Deutsche Telekom*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 274-278 en *Astra Zeneca*, aangehaald in voetnoot 385, r.o. 355.

⁵⁹⁹. Arrest *Automobiles Peugeot en Peugeot Nederland*, aangehaald in voetnoot 359, r.o. 331-334.

⁶⁰⁰. Zie het arrest van het Gerecht van 30 april 2009, T-18/03, *CD-Contact Data*, *Jur.* 2009, II-1021, r.o. 95 e.v. Een hogere voorziening tegen dit arrest werd door het Hof op 10 februari 2011 afgewezen. Zie ook de beschikking van het Hof van 11 september 2008, C-468/07 P, *Coats Holding*, *Jur.* 2009, I-127, r.o. 28.

⁶⁰¹. Arresten *Solvay*, aangehaald in voetnoot 412, r.o. 498 en *Imperial Chemical Industries*, aangehaald in voetnoot 412, r.o. 372.

⁶⁰². Arrest *Solvay*, aangehaald in voetnoot 412, r.o. 496 e.v.

daarmee corresponderend boeteniveau) te beoordelen op basis van de regels die golden ten tijde van haar eerste besluit. Richtsnoeren voor de berekening van boetes die zijn aangenomen na het eerste besluit van de Commissie, zijn dus niet toepasselijk in dergelijke situatie, ook niet indien ze een verzachting van het beleid van de Commissie omtrent het bedrag van de geldboete zouden impliceren⁶⁰³.

2. Verzwarende en verzachtende omstandigheden

233. Verzwarende en verzachtende omstandigheden laten, in kartelzaken, toe om de ernst van een inbreuk (die principieel dezelfde is voor alle deelnemers) te modaliseren in functie van het eigen gedrag van een onderneming, en zo te komen tot een ‘geïndividualiseerde’ boete⁶⁰⁴.

234. Het Gerecht bevestigt dat de Commissie bij het onderzoeken van verzwarende en verzachtende omstandigheden de door haar vervaardigde boeterichtsnoeren moet naleven. Dit betekent echter niet dat zij in alle gevallen rekening moet houden met elk van de gronden die in de richtsnoeren als verzachtende omstandigheden worden vermeld. Zij geniet immers een beoordelingsvrijheid enerzijds bij het beoordelen van de gepastheid van een boetevermindering wegens verzachtende omstandigheden en anderzijds bij het bepalen in specifieke gevallen van omstandigheden die als verzachtend kunnen worden beschouwd⁶⁰⁵.

235. Worden tijdens de besproken periode als verzwarende omstandigheid bestempeld:

- het voortzetten van de inbreuk na het begin van het onderzoek door de Commissie aangezien “*dergelijk gedrag [...] van de bijzondere vastbeslotenheid [...] [getuigt] om de inbreuk voort te zetten ondanks het risico dat [...] een geldboete wordt opgelegd*”⁶⁰⁶;
- de rol van leider (of ‘kopstuk’) van een kartel: daarvan is sprake wanneer een *onderneming* een significante drijvende kracht is geweest; niet elke onderneming die

een actieve rol speelde voldoet aan die voorwaarde⁶⁰⁷. De rol van kopstuk kan o.m. worden afgeleid uit het feit dat een onderneming onwettige bijeenkomsten samenriep, gegevens centraliseerde, toezicht hield op de uitvoering van het kartel en/of uitvoerde en de naleving ervan verzekerde. Ook bij verticale afspraken kan sprake zijn van een leidende rol als verzwarende omstandigheid; dat in verticale relaties de leidersrol moeilijk anders kan worden waargenomen dan door de fabrikant (en dat een fabrikant sowieso een zekere autoriteit heeft over zijn distributeurs) sluit niet uit dat zijn gedrag wordt gekwalificeerd als leidersrol en dat dit een verzwarende omstandigheid oplevert⁶⁰⁸;

- recidive, zelfs wanneer de eerdere inbreuk niet werd beboet⁶⁰⁹, rechtvaardigt volgens het Gerecht een aanzienlijke verhoging van het basisbedrag van de boete aangezien de eerder opgelegde sanctie blijkbaar onvoldoende afschrikkende werking heeft gehad⁶¹⁰. Die overweging is opmerkelijk, want ze suggereert dat afschrikking (naast de ernst en de duur van de inbreuk) eveneens een criterium is voor het boetebedrag. Recidive veronderstelt dat beide inbreuken van hetzelfde type zijn. Er is dus geen sprake van recidive in het geval van inbreuken op respectievelijk artikelen 101 en 102 VWEU⁶¹¹. Onduidelijk is, of alle inbreuken op artikel 101 VWEU als ‘van hetzelfde type’ te aanzien zijn. Artikel 101 VWEU is een blanco norm en vindt toepassing op een (zeer) ruime waaier van gedragingen; indien alle inbreuken op die bepaling van ‘hetzelfde type’ zouden zijn zou dat resulteren in een zeer ruim concept van recidive. Het Gerecht heeft tijdens de besproken periode alvast bevestigd dat een (kartel)inbreuk op artikel 101 VWEU van hetzelfde type is als een inbreuk op het kartelverbod van het (intussen uitgedoofde) EGKS-Verdrag⁶¹². Het Hof oordeelt dat van recidive sprake is ongeacht de termijn die is verstreken sinds de eerdere inbreuk⁶¹³: het volstaat dat de onderneming in het verleden schuldig werd bevonden aan een soortgelijke inbreuk, ook al is het eerdere

⁶⁰³. Arresten *Solvay*, aangehaald in voetnoot 412, r.o. 492 e.v. en *Imperial Chemical Industries*, aangehaald in voetnoot 412, r.o. 364 e.v.

⁶⁰⁴. Zie met betrekking tot de (variaties in) intensiteit van de inbreuk of van de deelnamegraad van de onderneming de arresten *Nintendo*, aangehaald in voetnoot 580, r.o. 112 e.v. en *Itochu*, aangehaald in voetnoot 536, r.o. 112: dat een kartel niet wordt uitgevoerd gedurende een aantal periodes belet niet dat het ook tijdens die periodes voortduurt. Zie ook de arresten *Automobiles Peugeot en Peugeot Nederland*, aangehaald in voetnoot 359, r.o. 332 en *Gütermann*, aangehaald in voetnoot 362, r.o. 156. De ernst van de inbreuk en de duur ervan zijn immers twee separate factoren bij het bepalen van de boetebedragen: arrest *BPB*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 364.

⁶⁰⁵. Arrest van het Gerecht in T-25/05, *KME*, aangehaald in voetnoot 578, r.o. 125 e.v.

⁶⁰⁶. Arrest *Nintendo*, aangehaald in voetnoot 580, r.o. 142.

⁶⁰⁷. Arrest *Deltafina*, aangehaald in voetnoot 399, r.o. 332 e.v.

⁶⁰⁸. Arrest *Nintendo*, aangehaald in voetnoot 580, r.o. 128 e.v.

⁶⁰⁹. Arrest *BPB*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 387.

⁶¹⁰. Arrest *BPB*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 398.

⁶¹¹. Arresten *Imperial Chemical Industries*, aangehaald in voetnoot 412, r.o. 376 e.v. en *Solvay*, aangehaald in voetnoot 412, r.o. 510 e.v.

⁶¹². Arrest van de Gerechten in T-122/04, *Outokumpu*, aangehaald in voetnoot 589, r.o. 57 en in T-20/05, *Outokumpu*, aangehaald in voetnoot 589, r.o. 62 e.v.

⁶¹³. Arrest van het Hof van 17 juni 2010, C-413/08 P, *Lafarge*, *Jur.* 2010, r.o. 68 e.v. en arrest *BPB*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 383. Het evenredigheidsbeginsel vereist niettemin “*dat de tijd tussen de betrokken inbreuk en een eerdere niet-nakoming van de mededingingsregels in aanmerking wordt genomen om te beoordelen in hoeverre de onderneming geneigd is om die regels te overtreden*” (arrest van het Hof in zaak C-413/08 P, *Lafarge*, r.o. 70). Maar recidive binnen 10 jaar na de eerste veroordeling “*getuigt van de neiging van een onderneming om niet de juiste consequenties te trekken uit [de eerdere veroordeling]*” (arrest *BPB*, r.o. 384).

besluit nog vatbaar voor hoger beroep⁶¹⁴.

236. Worden tijdens de besproken periode, met bevestiging van bestaande rechtspraak, *verworpen* als verzachtende omstandigheden:

- de bewering dat een onderneming niet over voldoende kennis beschikte om te beseffen dat zij een inbreuk beging⁶¹⁵, zeker als uit de rechtspraak duidelijk bleek dat haar gedrag verboden was⁶¹⁶;
- het feit dat de algemene directeur van een onderneming, in strijd met de instructie van de raad van bestuur om een verboden informatie-uitwisseling stop te zetten, buiten medeweten van die raad en van het hele personeel, de inbreuk heeft verdergezet. De relatie tussen de onderneming en haar agenten kan immers geen verzachtende omstandigheid opleveren⁶¹⁷;
- de bewering dat de inbreuk uit nalatigheid werd gepleegd. Dit is des te meer het geval wanneer de inspecteurs van de Commissie bij het plaatsen van het zegel op de zeer zware gevolgen gewezen hadden van een eventuele verbreking van het zegel⁶¹⁸;
- het niet uitvoeren van het kartel; zo niet zou de onderneming voordeel kunnen halen uit de inbreuk (ze kent immers het voorgenomen marktgedrag van de anderen) en tegelijk kunnen genieten van een boetevermindering. Deze rechtspraak is één van de prikkels voor deelnemers aan een kartel om zich daarvan uitdrukkelijk te distantiëren. Het Gerecht bevestigt dat *“om als verzachtende omstandigheid in aanmerking [te worden genomen], de onderneming die dit aanvoert, [moet] [kunnen] aantonen dat zij zich zo duidelijk en in zo aanzienlijke mate heeft verzet tegen de uitvoering van deze mededingingsregeling, dat zij de werking zelf ervan heeft verstoord en dat zij niet ogenschijnlijk met*

*de overeenkomst heeft ingestemd en daardoor andere ondernemingen niet ertoe heeft aangezet de betrokken mededingingsregeling uit te voeren”*⁶¹⁹;

- de bewering dat een onderneming geen profijt heeft gehaald uit een inbreuk⁶²⁰;
- druk door andere deelnemers aan het kartel, aangezien *“de betrokken onderneming de eventuele druk bij de bevoegde autoriteiten had kunnen aangeven en bij hen een klacht had kunnen indienen”*⁶²¹. Hetzelfde geldt in het kader van verticale relaties: druk die zou worden uitgeoefend door de leverancier op zijn verdelers is geen verzachtende omstandigheid voor de verdelers die deelnemen aan een kartelinbreuk⁶²²;
- externe factoren (bv. teruglopende vraag in de betrokken sector of in de economie in haar geheel, importen uit derde landen of sterke kopersmacht) die de inspanningen van de kartelleden hebben tegengewerkt⁶²³;
- het beëindigen van de inbreuk ten gevolge op de eerste interventie van de Commissie: zoiets is een normale reactie, niet iets dat uit een eigen initiatief van de betrokken onderneming voortspuit⁶²⁴. De beëindiging van een inbreuk vanaf de eerste door de Commissie ondernomen stappen werd wel als mogelijke verzachtende omstandigheid vermeld in de vroegere versie van de boeterichtsnoeren, met name wanneer het mededingingsbeperkende karakter van de inbreuk niet manifest was. Kennelijk onrechtmatige afspraken komen dus niet in aanmerking⁶²⁵. Het Gerecht oordeelt dat het geheime karakter van een afspraak er een indicatie van is dat de ondernemingen wisten dat hun handelingen verboden waren⁶²⁶;
- maatregelen (zoals het invoeren van een stringent complianceprogramma of een radicale wijziging van het commerciële beleid van de onderneming) om toekomstige

⁶¹⁴. Arrest van het Gerecht in T-161/05, *Hoechst*, aangehaald in voetnoot 549, r.o. 140 e.v. en arrest van het Hof in zaak C-413/08 P, *Lafarge*, aangehaald in voetnoot 613, r.o. 81 e.v. Ingeval het eerdere besluit nadien zou worden vernietigd, moet de Commissie dan het latere besluit wijzigen voor zover dat besluit de geldboete wegens recidive verhoogde.

⁶¹⁵. Arrest *CD-Contact Data*, aangehaald in voetnoot 600, r.o. 114 e.v. Het Gerecht oordeelt dat *“de vermelding in [...] de richtsnoeren van het feit dat ‘in het algemeen [...] voorts ermee rekening [kan] worden gehouden dat grootschalige ondernemingen meestal over de juridisch-economische kennis en middelen beschikken, waarmee het voor deze mogelijk is zich beter van het inbreukmakende karakter van hun gedragingen en van de gevolgen ervan uit het oogpunt van het mededingingsrecht rekenschap te geven’, niet in[houdt] dat de Commissie a contrario verplicht is om rekening te houden met de bescheiden omvang van bepaalde ondernemingen”*.

⁶¹⁶. Arrest *Imperial Chemical Industries*, aangehaald in voetnoot 412, r.o. 411 e.v.

⁶¹⁷. Arrest *BPB*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 429 e.v.

⁶¹⁸. Arrest *E.ON Energie*, aangehaald in voetnoot 521, r.o. 289 e.v.

⁶¹⁹. Arresten *Itochu*, aangehaald in voetnoot 536, r.o. 145 e.v. en *Deltafina*, aangehaald in voetnoot 399, r.o. 350 e.v.

⁶²⁰. Arrest *BPB*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 441.

⁶²¹. Arrest van het Gerecht van 19 mei 2010, T-21/05, *Chalkor AE Epexergasias Metallon*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 72. Tegen dit arrest werd door Chalkor een hogere voorziening ingesteld bij het Hof op 30 juli 2010 (C-386/10 P).

⁶²². Arrest *Itochu*, aangehaald in voetnoot 536, r.o. 139 e.v.

⁶²³. Arrest *Le Carbone-Lorraine*, aangehaald in voetnoot 587, r.o. 86 (en de daar aangehaalde rechtspraak).

⁶²⁴. Arrest van het Gerecht in T-116/04, *Wieland-Werke*, aangehaald in voetnoot 487, r.o. 231.

⁶²⁵. Arrest van het Gerecht in T-11/05, *Wieland Werke*, aangehaald in voetnoot 380, r.o. 229 e.v.; arrest van het Hof in zaak C-510/06 P, *Archer Daniels Midland*, aangehaald in voetnoot 365, r.o. 149 e.v.: *“Zou de aanspraak op een verzachtende omstandigheid worden erkend in situaties waarin een onderneming partij is bij een kennelijk onrechtmatige overeenkomst [...], dan zou dit de ondernemingen dus ertoe kunnen aanzetten een geheime overeenkomst zo lang mogelijk voort te zetten, in de hoop dat hun gedrag nooit wordt ontdekt, terwijl zij wisten dat, indien hun gedrag werd ontdekt, hun geldboete zou kunnen worden verlaagd wanneer zij op dat tijdstip de inbreuk beëindigden. Een dergelijke erkenning zou de opgelegde geldboete elke afschrikkende werking ontnemen en afbreuk doen aan het nuttig effect van artikel 81 EG.”* Zie verder het arrest *Deltafina*, aangehaald in voetnoot 399, r.o. 354 e.v. en het arrest van het Gerecht in T-127/04, *KME*, aangehaald in voetnoot 589, r.o. 118 e.v.

⁶²⁶. Arrest *Saint-Gobain Gyproc*, aangehaald in voetnoot 381, r.o. 133 e.v.

stige mededingingsinbreuken te vermijden. Het Gerecht erkent dat het van groot belang is dat de onderneming dergelijke maatregelen treft, maar dit neemt niet weg dat de inbreuk(en) werd(en) gepleegd⁶²⁷;

- de zwakke financiële toestand van de betrokken sector: kartels komen nu eenmaal vaker voor in sectoren in moeilijkheden⁶²⁸. Evenmin leveren verlieslatende activiteiten of een kleine exploitatiemarge een verzachtende omstandigheid op. Anders oordelen zou, aldus het Gerecht, een ongerechtvaardigd voordeel verschaffen aan ondernemingen die het minst zijn aangepast aan de eisen van de markt⁶²⁹.

237. De volgende omstandigheden worden tijdens de besproken periode – principieel – als ‘verzachtend’ erkend, maar bij de concrete toepassing ervan toont het Gerecht zich vaak even streng als de Commissie:

- het feit dat een onderneming een passieve rol heeft gespeeld bij de inbreuk ‘kan’ als een verzachtende omstandigheid worden beschouwd⁶³⁰. Het Gerecht preciseert wel dat enkel totale passiviteit in aanmerking kan worden genomen⁶³¹. Het gebrek aan ijver bij een karteldeelneemer of het feit dat die deelnemer zich gedurende bepaalde periodes op de achtergrond heeft gehouden doet niet noodzakelijk blijken van een passieve rol⁶³². Het “*bijeenroepen van bijeenkomsten, het voorstellen van een agenda en het distribueren van voorbereidende documenten voor de bijeenkomsten*” is niet verenigbaar met een passieve rol⁶³³. De bewering van een onderneming dat andere deelnemers aan de inbreuk actiever waren dan zij impliceert niet dat zij een passieve rol zou hebben gespeeld. De Commissie is evenmin verplicht de boete van een onderneming te

verminderen omdat zij *geen* kopstuk was (kopstuk zijn is een verzwarende omstandigheid maar de afwezigheid van dergelijke leidende rol is geen verzachtende omstandigheid)⁶³⁴. Een gering marktaandeel is voor de beoordeling van het bestaan van een passieve rol niet relevant⁶³⁵;

- het feit dat een onderneming pas veel later op de markt is gekomen dan de andere deelnemers aan het kartel kan een verzachtende omstandigheid opleveren⁶³⁶. Dat een onderneming minder lang deelnam aan de inbreuk is echter geen verzachtende omstandigheid: deze factor is (enkel) relevant voor de duur van de inbreuk van die onderneming⁶³⁷;
- het feit dat de wettelijke context ertoe aanzette om mededingingsbepurende afspraken te maken⁶³⁸;
- een onderneming die slechts aan één onderdeel van een kartel deelneemt pleegt een minder ernstige inbreuk dan een onderneming die aan alle onderdelen deelneemt. Dit is een implicatie van het persoonlijk karakter van straffen⁶³⁹. In andere arresten heet het dan weer dat het individuele gedrag van elke onderneming en het ‘relatieve gewicht’ van haar deelname aan de inbreuk in het kader van de beoordeling van (verzwarende en) verzachtende omstandigheden in aanmerking moeten worden genomen⁶⁴⁰.

3. Duur van de inbreuk

238. Anders dan het geval is voor de ernst wordt de duur van de inbreuk voor elke karteldeelneemer afzonderlijk bepaald. Dat belet evenwel niet dat een onderneming voor een kartel aansprakelijk blijft zolang het zich daarvan niet uitdrukkelijk heeft gedistantieerd⁶⁴¹.

⁶²⁷. Arrest *Le Carbone-Lorraine*, aangehaald in voetnoot 587, r.o. 143 e.v. Het Gerecht beschouwt bovendien dat “*het onmogelijk is te bepalen, hoe doeltreffend door een onderneming genomen interne maatregelen ter voorkoming van hernieuwde inbreuken op het mededingingsrecht zijn*”. Arrest *BPB*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 423.

⁶²⁸. Arresten van het Gerecht in T-25/05, *KME*, aangehaald in voetnoot 578, r.o. 129 en in T-11/05, *Wieland Werke*, aangehaald in voetnoot 380, r.o. 226 e.v. Zie ook het arrest *Gütermann*, aangehaald in voetnoot 362, r.o. 195 e.v.

⁶²⁹. Arrest van het Gerecht in T-25/05, *KME*, aangehaald in voetnoot 578, r.o. 165.

⁶³⁰. Arrest *Belgian Sewing Thread*, aangehaald in voetnoot 518, r.o. 118 e.v.: de passieve rol kan er in bestaan dat een onderneming kartelbijeenkomsten veel onregelmatiger heeft bijgewoond dan de andere deelnemers aan de inbreuk. Het Gerecht herhaalt evenwel zijn vaste rechtspraak dat “*De Commissie [...] niet verplicht [is], bij de toekenning van een verlaging wegens een dergelijke verzachtende omstandigheid zuiver rekenkundig te werk te gaan door een percentage toe te passen dat rechtstreeks evenredig is aan de mate waarin elke onderneming heeft deelgenomen aan de bijeenkomsten*” (r.o. 124 van het arrest).

⁶³¹. Arrest *Trioplast Industrier*, aangehaald in voetnoot 364, r.o. 108 e.v. en arrest van het Gerecht van 13 september 2010, T-26/06, *Trioplast Wittenheim*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 94. In *Lafarge* wordt totale passiviteit bewezen geacht op basis van uitdrukkelijke verklaringen van andere deelnemers aan de inbreuk (arrest van het Gerecht in T-54/03, *Lafarge*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 766). Of deze rechtspraak nog relevant is in zaken waarin toepassing wordt gemaakt van de nieuwe boeterichtsnoeren (die een passieve rol niet langer erkennen als verzachtende omstandigheid), is verre van zeker.

⁶³². Arrest *Itochu*, aangehaald in voetnoot 536, r.o. 137 e.v.

⁶³³. Arrest *Gütermann*, aangehaald in voetnoot 362, r.o. 194.

⁶³⁴. Arrest *Saint-Gobain Gyproc*, aangehaald in voetnoot 381, 124.

⁶³⁵. Arrest *Gütermann*, aangehaald in voetnoot 362, r.o. 188 e.v.

⁶³⁶. Arrest *CD-Contact Data*, aangehaald in voetnoot 600, r.o. 119 e.v.

⁶³⁷. Arrest *Saint-Gobain Gyproc*, aangehaald in voetnoot 381, r.o. 125.

⁶³⁸. Arrest *Deltafina*, aangehaald in voetnoot 399, r.o. 279 e.v.

⁶³⁹. Arresten *IMI*, aangehaald in voetnoot 381, r.o. 155 e.v. en *Chalkor AE Epexergasias Metallon*, aangehaald in voetnoot 621, r.o. 156 e.v.

⁶⁴⁰. Arresten *CD-Contact Data*, aangehaald in voetnoot 600, r.o. 95 e.v.; *Nintendo*, aangehaald in voetnoot 580, r.o. 130 en *Itochu*, aangehaald in voetnoot 536, r.o. 121.

⁶⁴¹. *Supra*, randnr. 138.

239. De meeste tijdens de besproken periode gevelde arresten hebben betrekking op boetes die werden opgelegd met toepassing van de boeterichtsnoeren van 1998⁶⁴². Die richtsnoeren voorzagen in een forfaitair basisbedrag (in functie van, vooral de ernst van de inbreuk), dat werd verhoogd met 10% per jaar voor kartels met een lange duur. Die methode wordt door het Gerecht als niet onevenredig bestempeld, ook als zij als gevolg heeft dat de totale verhoging voor de duur van de inbreuk meer dan 100% bedraagt⁶⁴³.

240. Tijdens de besproken periode wordt bevestigd dat de verhoging van het basisbedrag van de boete in functie van de duur van de inbreuk niet is beperkt tot gevallen waarin een rechtstreeks verband bestaat tussen duur en veroorzaakte schade⁶⁴⁴.

4. De 10%-bovengrens

241. Overeenkomstig artikel 23 van Verordening 1/2003 kan de boete niet groter zijn dan 10% van de totale omzet die werd behaald in het voorafgaande boekjaar. Het Gerecht bevestigt dat deze laatste uitdrukking verwijst naar het laatste volledige boekjaar voor de datum van het boetebesluit. Deze regel veronderstelt dat er een omzetcijfer beschikbaar is voor het bedoelde boekjaar en dat het gaat om een volledig (kalender)jaar van normale economische activiteit. Indien de omzet gedurende het voorgaande boekjaar op een significante wijze is gedaald in vergelijking met eerdere boekjaren, bijvoorbeeld als gevolg van een economische crisis of een staking, dan is de Commissie toch verplicht om die omzet te gebruiken bij het bepalen van de boetebedragen, zolang deze omzet betrekking heeft op een volledig boekjaar gedurende hetwelk economische activiteiten (al dan niet op een beperkte schaal) werden uitgeoefend⁶⁴⁵. Indien, als een gevolg van een herstructurering of van een wijziging van de boekhoudkundige praktijken, de rekeningen voor het voorafgaande boekjaar echter betrekking hebben op een periode van minder dan 12 maanden, kan de Commissie de omzet nemen van een eerder volledig boekjaar. Hetzelfde geldt wanneer de onderneming in kwestie geen economische activiteit uitoefende tijdens het voorgaande boekjaar⁶⁴⁶. Het

Gerecht preciseert eveneens dat het referentiejaar niet steeds het laatste volledige boekjaar is. Er moet volgens het Gerecht immers worden gekeken naar de 'economische realiteit' ten tijde van de inbreuk⁶⁴⁷.

242. Volgens het Gerecht is de 10%-bovengrens redelijk, gelet op de belangen die de Commissie in het kader van de vervolging en bestraffing van dergelijke inbreuken beschermt⁶⁴⁸. Dat de 10%-grens als gevolg kan hebben dat (het basisbedrag van) de boete voor een onderneming met een kleine(re) omzet wordt verminderd, terwijl die vermindering niet wordt toegepast voor ondernemingen met een grotere omzet is niet discriminerend maar het rechtstreekse gevolg van de door Verordening 1/2003 gestelde regel⁶⁴⁹.

243. De 10%-grens heeft betrekking op de gehele omzet van een 'onderneming', wat betekent dat ook de omzet van filialen die niet hebben deelgenomen aan de inbreuk wordt meegerekend; een andere regel zou, aldus het Gerecht, ingaan tegen de noodzaak van een afschrikkend karakter van de mededingingsregels⁶⁵⁰.

244. Er bestaat geen bezwaar tegen dat het gezamenlijk bedrag van geldboeten die (desgevallend in één enkel besluit) worden opgelegd uit hoofde van verschillende inbreuken de 10%-grens overschrijden. Anders gezegd, het is niet uitgesloten dat een besluit aan een onderneming meerdere boetes oplegt die tezamen meer dan 10% van haar omzet vertegenwoordigen – zo niet, aldus het Gerecht, zou een onderneming die aan twee inbreuken deelneemt 'minder streng' worden gestraft⁶⁵¹.

245. Het Hof bevestigt dat de Commissie aan een ondernemersvereniging een boete kan opleggen die gaat tot 10% van de omzet van *de leden* van die vereniging, zelfs indien die vereniging haar leden *niet* kan binden. De bevoegdheid van de vereniging om haar leden te binden was in eerdere rechtspraak nochtans genoemd als voorwaarde om hun omzet in aanmerking te nemen bij de boeteberekening. Het Hof komt nu op die rechtspraak terug: "*Wanneer [...] de leden van een ondernemingsvereniging actief aan de uitvoering van een*

⁶⁴². Zie de vorige versie van de boeterichtsnoeren, aangehaald in voetnoot 583.

⁶⁴³. Arresten van het Gerecht in T-11/05, *Wieland-Werke*, aangehaald in voetnoot 380, r.o. 111; in T-25/05, *KME*, aangehaald in voetnoot 578, r.o. 111 e.v.; in T-410/03, *Hoechst*, aangehaald in voetnoot 489, r.o. 394 e.v. In dezelfde zin oordeelt het Gerecht dat de omstandigheid dat de Commissie het basisbedrag niet verhoogt wegens duur voor inbreuken van minder dan een jaar, haar niet belet een verhoging toe te passen voor het eerste jaar van een langer durende inbreuk (arrest *Amann & Söhne*, aangehaald in voetnoot 382, r.o. 247 en arrest van het Gerecht in T-410/03, *Hoechst*, aangehaald in voetnoot 489, r.o. 399.) De huidige boeterichtsnoeren, aangehaald in voetnoot 584, verhogen het basisbedrag van de boete met de duur van het kartel uitgedrukt in jaren, met andere woorden een verhoging van 100% per jaar.

⁶⁴⁴. Arresten van het Gerecht in T-25/05, *KME*, aangehaald in voetnoot 578, r.o. 111 en in T-116/04, *Wieland Werke*, aangehaald in voetnoot 487, r.o. 202.

⁶⁴⁵. Arrest *Gütermann*, aangehaald in voetnoot 362, r.o. 97.

⁶⁴⁶. Arrest *Gütermann*, aangehaald in voetnoot 362, r.o. 80 e.v.

⁶⁴⁷. Arrest *Trioplast Industrier*, aangehaald in voetnoot 364, r.o. 92 e.v. Zo mag de Commissie een boekjaar niet als referentiejaar gebruiken bij het bepalen van het boetebedrag voor de moederonderneming indien in dat jaar de betrokken ondernemingen geen economische eenheid vormden.

⁶⁴⁸. Arrest *Schunk*, aangehaald in voetnoot 541, r.o. 38.

⁶⁴⁹. Arrest *Trioplast Wittenheim*, aangehaald in voetnoot 631, r.o. 148.

⁶⁵⁰. Arrest *Trioplast Wittenheim*, aangehaald in voetnoot 631, r.o. 114 e.v.

⁶⁵¹. Arrest *Amann & Söhne*, aangehaald in voetnoot 382, r.o. 94 en 150 e.v. Zie ook de arresten van het Gerecht in T-25/05, *KME*, aangehaald in voetnoot 578, r.o. 172 en in T-116/04, *Wieland-Werke*, aangehaald in voetnoot 487, r.o. 115.

mededingingsversturende overeenkomst hebben deelgenomen, [kan] de omzet van deze leden in aanmerking [...] worden genomen bij de vaststelling van de sanctie, en dit zelfs wanneer de betrokken vereniging, [...] niet bevoegd is om haar leden te verbinden. [...] een dergelijke inaanmerkning [is] gerechtvaardigd [...] in gevallen waarin de door een vereniging gepleegde inbreuk verband houdt met de activiteiten van haar leden en waarin de vereniging de betrokken mededingingsversturende gedragingen rechtstreeks ten gunste van en in samenwerking met haar leden verricht, aangezien zij geen objectieve belangen heeft die losstaan van die van haar leden.” Deze ommekeer rechtvaardigt het Hof met een verwijzing naar de noodzaak van een ‘preventieve werking’ van het boetebeleid⁶⁵².

5. De clementieregeling

246. Zoals bekend heeft de Commissie een clementieregeling uitgevaardigd met toepassing waarvan boete-immuniteit of -vermindering wordt toegekend in ruil voor ‘medewerking’ aan het onderzoek – die laatste uitdrukking is in wezen te begrijpen als het bezorgen aan de Commissie van bewijsmateriaal waarover ze nog niet beschikt en dat ‘toegevoegde waarde’ heeft voor het bewijs van een vervolgens door haar vastgestelde inbreuk. Ook een bekentenis kan in voorkomend geval toegevoegde waarde hebben: de uitdrukkelijke en ondubbelzinnige verklaring van een onderneming dat zij de in de punten van bezwaar gestelde feiten niet betwist kan – in de mate dat de Commissie nog niet beschikt over bewijs van al die feiten – de taak van de Commissie vergemakkelijken, wat een vermindering van de boete rechtvaardigt⁶⁵³.

247. Indien een onderneming die haar medewerking verleende aan het onderzoek van oordeel is dat ze daarvoor onvoldoende werd beloond (in de vorm van een boetevermindering) moet zij aantonen dat de Commissie zonder de door haar verstrekte inlichtingen niet in staat zou zijn geweest om de hoofdbestanddelen van de inbreuk te bewijzen en een boetebesluit vast te stellen⁶⁵⁴.

248. Tijdens de besproken periode wordt bevestigd dat “de Commissie [...] over een ruime beoordelingsvrijheid beschikt bij de waardering van de kwaliteit en de bruikbaarheid van de door een onderneming verleende medewerking, met name in vergelijking met de bijdragen van andere ondernemingen”⁶⁵⁵. Andere arresten onderstrepen dat niet alle ondernemingen die hun medewerking verlenen aan een onderzoek op dezelfde boetevermindering aanspraak kunnen maken. Ondernemingen die spontaan meewerken kunnen op een grotere vermindering aanspraak maken dan ondernemingen die dat eerst doen na ontvangst van een verzoek om inlichtingen⁶⁵⁶. Een onderneming die niet meer doet dan op minder precieze en expliciete wijze informatie bevestigen die een andere onderneming reeds aan de Commissie heeft bezorgd, kan – ook al heeft de bedoelde bevestiging een zekere toegevoegde waarde – niet op dezelfde vermindering aanspraak maken als die andere onderneming⁶⁵⁷.

6. Verjaring

249. De bevoegdheid van de Commissie om inbreuken te beboeten is onderworpen aan een verjaringstermijn⁶⁵⁸. Die termijn wordt gestuit door elke onderzoeks- of vervolgingshandeling, waarvan kennis is gegeven aan ten minste één onderneming die aan de inbreuk heeft deelgenomen. De stuiting geldt ten aanzien van alle ondernemingen die aan de inbreuk hebben deelgenomen, zelfs wanneer hun betrokkenheid bij de inbreuk nog niet was bekend bij de Commissie op het ogenblik van de handeling die de stuiting teweegbrengt⁶⁵⁹.

250. Met toepassing van artikel 3 van Beschikking 715/78⁶⁶⁰ en artikel 25, lid 6 van Verordening 1/2003 wordt de termijn waarbinnen de Commissie kan optreden geschorst zolang een inbreukbesluit het onderwerp vormt van een procedure bij het Hof of het Gerecht. In het arrest *ArcelorMittal* oordeelt het Hof dat die schorsing enkel geldt ten aanzien van de onderneming die beroep heeft ingesteld⁶⁶¹. Die regel is in verband te brengen met de jurisprudentie volgens dewelke de vernietiging, door Hof of Gerecht, van een

⁶⁵² Arrest *FNCBV*, aangehaald in voetnoot 492, r.o. 97 e.v. Het arrest van het Gerecht in deze zaak (13 december 2006, T-217/03 en T-245/03, *FNCBV*, *Jur.* 2006, II-4987) werd besproken in “Kroniek 2005-2007”, *TBH* 2009, p. 146, randnr. 218.

⁶⁵³ Arrest van het Gerecht in T-161/05, *Hoechst*, aangehaald in voetnoot 549, r.o. 97 e.v.

⁶⁵⁴ Arrest *Erste Group Bank*, aangehaald in voetnoot 467, r.o. 297.

⁶⁵⁵ Arresten *Schunk*, aangehaald in voetnoot 541, r.o. 212, *General Química*, aangehaald in voetnoot 536, r.o. 150 en *Nintendo*, aangehaald in voetnoot 580, r.o. 161. Zie ook de arresten van het Gerecht in T-52/03, *Knauf Gips*, aangehaald in voetnoot 360, r.o. 461 e.v. en in T-116/04, *Wieland Werke*, aangehaald in voetnoot 487, r.o. 124.

⁶⁵⁶ Arrest van het Gerecht in T-127/04, *KME*, aangehaald in voetnoot 589, r.o. 143.

⁶⁵⁷ Arrest *Gütermann*, aangehaald in voetnoot 362, r.o. 222.

⁶⁵⁸ Zie art. 25 van verordening 1/2003.

⁶⁵⁹ Arrest *ArcelorMittal*, aangehaald in voetnoot 520, r.o. 139 e.v.

⁶⁶⁰ Beschikking nr. 715/78/EGKS van de Commissie van 6 april 1978 inzake de verjaring van het recht van vervolging en van tenuitvoerlegging op het toepassingsgebied van het verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal, *Pb.* 1978, L 94/22.

⁶⁶¹ Arrest *ArcelorMittal*, aangehaald in voetnoot 520, r.o. 151 e.v.

besluit enkel gevolgen heeft voor de onderneming die beroep tot vernietiging heeft ingesteld⁶⁶².

7. Rechterlijk toezicht op door de Commissie opgelegde boetes

a. Rechtsbescherming en volledige rechtsmacht⁶⁶³

251. Hiervoor (B.13.) werd reeds ingegaan op de vraag of een marginale rechterlijke toetsing (nog) te verzoenen valt met de eisen van het EVRM en het Handvest van de Grondrechten. Die vraag rijst ook met betrekking tot de toetsing van boetes voor inbreuken op de mededingingsregels. In het kader van die toetsing geniet het Gerecht zoals bekend een volledige rechtsmacht. In een (na afloop van de besproken periode gepubliceerde) conclusie van advocaat-generaal Sharpston wordt de stelling verdedigd dat aan de eisen van het EVRM inzake rechtsbescherming wordt voldaan *omdat* het Gerecht en het Hof een volledige rechtsmacht hebben⁶⁶⁴. De stelling van de advocaat-generaal lijkt te zijn, dat de volledige rechtsmacht het Gerecht en het Hof toelaat om een *volwaardige rechterlijke toetsing* uit te voeren van het boetebesluit (dus zonder daarbij de Commissie een beoordelingsvrijheid toe te kennen)⁶⁶⁵. De stelling van de advocaat-generaal gaat enkel op indien Gerecht en Hof daadwerkelijk een volwaardige toetsing uitvoeren⁶⁶⁶.

252. Als de stelling van de advocaat-generaal door het Hof zou worden gevolgd, zou dat impliceren dat het Gerecht voortaan systematisch nagaat of een boete voor een inbreuk te rechtvaardigen valt en zo ja van welk bedrag. De rechtspraak van de besproken periode doet dat nadrukkelijk niet. Het Gerecht oefent zijn volledige rechtsmacht eerder sporadisch uit, en dan nog niet steeds op gemotiveerde wijze⁶⁶⁷. Van een volwaardige rechterlijke toetsing van boetes is tijdens de besproken periode al helemaal geen sprake: het blijft

vaste rechtspraak dat de Commissie wat boetes aangaat een ruime beoordelingsvrijheid geniet⁶⁶⁸.

253. Tijdens de besproken periode wordt herhaald dat de Commissie haar beoordelingsbevoegdheid vrijwillig heeft beperkt door het uitvaardigen van boeterichtsnoeren. Hof en Gerecht gaan op de eerste plaats na of een boetebesluit een correcte toepassing maakt van de toepasselijke boeterichtsnoeren. De rechtspraak lijkt zich niet veel vragen te stellen bij die richtsnoeren. Of zij (en met name de daarin vervatte berekeningsmethodes) te rijmen vallen met het Unierecht (bv. met het evenredigheidsbeginsel, of de rechten van de verdediging) wordt enkel nagegaan als een onderneming uitdrukkelijk de onwettigheid van die richtsnoeren opwerpt⁶⁶⁹. Sommige arresten wekken zelfs de indruk dat de richtsnoeren ook voor Hof en Gerecht bindend zijn⁶⁷⁰. Andere arresten suggereren dan weer dat de Commissie een (ruime) beoordelingsvrijheid geniet bij de *concrete toepassing* van haar boeterichtsnoeren. Zo bevestigt het Gerecht dat het slechts marginaal toeziet op de (met toepassing van de richtsnoeren uitgevoerde) verhoging van de boete wegens de duur van de inbreuk⁶⁷¹, het inschatten van de kwaliteit en de bruikbaarheid van de door een onderneming (in het kader van de clementieregeling) verleende samenwerking⁶⁷², het indelen van karteldeelneemers in verschillende categorieën⁶⁷³ en het vaststellen van de datum van opeisbaarheid van geldboeten en van de begindatum van de verdragingsrente (alsmede de rentevoet zelf)⁶⁷⁴. Het is niet meteen duidelijk waarom de rechter – ook in die opzichten – enkel marginaal toezicht hoeft te houden op het optreden van de Commissie.

254. Weliswaar kan de Commissie niet afwijken van haar eigen richtsnoeren zonder het vertrouwensbeginsel en het niet-discriminatiebeginsel te schenden (*patere legem quam ipse fecisti*)⁶⁷⁵. Maar niet elke afwijking is *per se* verboden: het Gerecht zal nagaan of een gegeven afwijking gerechtvaardigd is en geschraagd door een afdoende motivering⁶⁷⁶.

⁶⁶² Arrest van het Gerecht van 10 juli 1997, T-227/95, *AssiDomän Kraft Products e.a.*, *Jur.* 1997, II-1185, besproken in “Kroniek 1996-1997”, *TBH* 1998, p. 170, randnr. 97.

⁶⁶³ Dank aan Tristan Baumé, advocaat Linklaters, voor een gedachtewisseling over (een ontwerp van) dit deel van de tekst.

⁶⁶⁴ Conclusie van 10 februari 2011, C-272/09 P, *KME*, punten 68-69.

⁶⁶⁵ Over het onderscheid tussen volwaardige rechterlijke toetsing en volledige rechtsmacht, zie *supra*, voetnoot 559 en begeleidende tekst.

⁶⁶⁶ Zie in dezelfde zin I. FORRESTER, “A Challenge for Europe’s Judges: The Review of Fines in Competition cases”, *EL Rev.* 2011, (185), 194-195 en 206-207.

⁶⁶⁷ Zie bv. het arrest in T-122/04, *Outokumpu*, aangehaald in voetnoot 589, r.o. 66, waarin het Gerecht zonder enige motivering oordeelt dat het geen reden ziet om een verhoging van 50% uit hoofde van recidive te herzien. Zie ook het arrest *BPB*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 344-347, waarin het Gerecht, met gebruikmaking van zijn volledige rechtsmacht, de beoordeling van de ernst van een inbreuk overdoet, na te hebben vastgesteld dat alle tegen het besluit van de Commissie opgeworpen middelen niet konden slagen.

⁶⁶⁸ Zie het arrest *Deutsche Telekom*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 271 en het arrest *Wieland Werke*, aangehaald in voetnoot 380, r.o. 32-33.

⁶⁶⁹ Zie bv. het arrest *BPB*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 271 en 297.

⁶⁷⁰ Zie bij wege van voorbeeld het arrest *Deutsche Telekom*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 276.

⁶⁷¹ Arresten van het Gerecht in T-52/03, *Knauf Gips*, aangehaald in voetnoot 360, r.o. 436 en van 8 oktober 2008, T-68/04, *SGL Carbon*, *Jur.* 2008, II-2511, r.o. 111. Voor de uitspraak in hogere voorziening door het Hof tegen dit arrest, zie voetnoot 590.

⁶⁷² Zie de rechtspraak geciteerd in voetnoot 655.

⁶⁷³ Arrest van het Gerecht in T-68/04, *SGL Carbon*, aangehaald in voetnoot 671, r.o. 58 e.v.

⁶⁷⁴ Arresten van het Gerecht in T-52/03, *Knauf Gips*, aangehaald in voetnoot 360, r.o. 495 en in T-68/04, *SGL Carbon*, aangehaald in voetnoot 671, r.o. 143.

⁶⁷⁵ Arrest van het Hof van 22 mei 2008, C-266/06 P, *Evonik Degussa*, *Jur.* 2008, I-81, r.o. 53 e.v.

⁶⁷⁶ Arrest *IMI*, aangehaald in voetnoot 381, r.o. 117 e.v.

Nog verder gaat het arrest *BPB* waarin het Gerecht stelt dat de *patere legem quam ipse fecisti*-regel moet wijken als dat het ‘nuttig effect’ van de handhaving van de mededingingsregels (te begrijpen als: de mogelijkheid voor de Commissie om kartels streng te bestraffen) in het gedrang zou brengen. Concreet: ook als een omstandigheid door boeterichtsnoeren als verzachtend wordt erkend betekent dat niet automatisch dat de Commissie die omstandigheid daadwerkelijk moet aanvaarden als verzachtend, in het bijzonder wanneer de omstandigheid betrekking heeft op een manifest verboden afspraak⁶⁷⁷.

255. Hof en Gerecht lijken evenmin geneigd om na te gaan of het bedrag van de in een individueel geval opgelegde boete evenredig is met de ernst en de duur van de inbreuk ook wanneer abstractie wordt gemaakt van de berekeningsregels van de richtsnoeren⁶⁷⁸.

256. De ruime beoordelingsvrijheid van de Commissie wat (het bedrag van) boetes betreft vindt volgens Hof en Gerecht haar rechtvaardiging in de omstandigheid dat boetes een belangrijk instrument vormen van het mededingingsbeleid van de Commissie⁶⁷⁹, en dat de Commissie voldoende ruimte moet hebben om het gedrag van ondernemingen op een efficiënte wijze te kunnen beïnvloeden⁶⁸⁰, teneinde een klimaat te creëren waarin de mededingingsregels beter worden nageleefd⁶⁸¹. Die rechtspraak weerspiegelt de opvatting dat de bevoegdheid die artikel 23 van Verordening 1/2003 aan de Commissie toekent om inbreuken te beboeten, van normatieve aard is. In die opvatting staat het – binnen de door Verordening 1/2003 gestelde grens van 10% van het omzetcijfer – aan de Commissie om te bepalen welk boeteniveau geschikt is om ondernemingen af te schrikken van inbreuken, en of er aanleiding bestaat om het niveau van boetes aan te passen. Is die opvatting te rijmen met de eisen die het EVRM stelt wat betreft rechtsbescherming en met de volledige rechtsmacht van het Gerecht? Impliceert rechter-

lijke toetsing niet dat de rechter een eigen oordeel vormt wat betreft de evenredigheid tussen het bedrag van de boete en de duur en de ernst van de inbreuk? Die vragen zijn des te prangender nu het niveau van de boetes ook tijdens de besproken periode in snel tempo is blijven stijgen⁶⁸².

257. Hierna wordt de rechtspraak van de besproken periode in verband met rechterlijk toezicht op door de Commissie opgelegde boetes onder vier invalshoeken bekeken: het legaliteitsbeginsel, het *ne bis in idem*-beginsel, het evenredigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.

b. Legaliteit, rechtszekerheid en voorzienbaarheid versus afschrikking

258. Het legaliteitsbeginsel (zoals met name uitgedrukt in art. 7, lid 1 EVRM) impliceert, volgens de door het Hof en het Gerecht geciteerde rechtspraak van het EHRM, dat de wet een duidelijke omschrijving geeft van de strafbare feiten en de daarop gestelde straffen⁶⁸³. Tijdens de besproken periode herinnert het Hof er aan dat het legaliteitsbeginsel een corollarium is van de beginselen van rechtszekerheid en voorzienbaarheid⁶⁸⁴. Volgens het Gerecht vereisen die beginselen niet dat de bepalingen op grond waarvan sancties worden opgelegd zo nauwkeurig zijn geformuleerd, dat de mogelijke gevolgen van een inbreuk met absolute zekerheid voorzienbaar zijn⁶⁸⁵. Meer bepaald vindt het Gerecht niet dat de ruime beoordelingsbevoegdheid van de Commissie strijdt met het vereiste van voorzienbaarheid, “mits de omvang en de wijze van uitoefening van een dergelijke bevoegdheid, gelet op het betrokken rechtmatige doel, voldoende duidelijk zijn omschreven om de justitiabele naar behoren tegen wilkeur te beschermen”⁶⁸⁶. Blijkbaar zijn het Hof en het Gerecht de mening toegedaan dat aan dit vereiste is voldaan als gevolg van het feit dat de Commissie door het uitvoeren van boeterichtsnoeren haar eigen beoordelingsvrijheid

⁶⁷⁷ Arrest *BPB*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 301 en 436. Het stopzetten van de inbreuk van zodra de Commissie een onderzoek opent werd als mogelijke verzachtende omstandigheid erkend in de vorige versie van de boeterichtsnoeren (zie *supra*, randnr. 236). Het Gerecht benadrukte in het *BPB*-arrest dat het niet gaat om een automatisme. Het is met name niet aangewezen om een stopzetting als verzachtende omstandigheid te aanzien in geval van kennelijk onwettig gedrag zoals een prijskartel. Zoiets zou het nuttige effect van de mededingingsregels in het gedrang brengen (r.o. 436). In het arrest *Archers Daniels Midland* (zie *infra*, randnr. 265) gaat het Hof nog een stap verder: de beëindiging van een inbreuk kan *nooit* een verzachtende omstandigheid opleveren aangezien dat het afschrikwekkend effect van de boete zou doorkruisen.

⁶⁷⁸ Zie bv. de arresten van het Gerecht in T-116/04, *Wieland-Werke*, aangehaald in voetnoot 487, r.o. 108-109, T-25/05, *KME*, aangehaald in voetnoot 578, r.o. 52 en *Nintendo*, aangehaald in voetnoot 580, r.o. 43-52. Zie ook I. Forrester, aangehaald in voetnoot 666, p. 191-192. Toegegeven, niet alle ondernemingen verzoeken het Gerecht een eigen evenredigheidsbeoordeling uit te voeren. Maar dat kan ook (minstens deels) toe te schrijven zijn aan de beperkingen inzake omvang die het Gerecht oplegt aan verzoekschriften en aan de omstandigheid dat de rechtspraak van het Gerecht reeds sinds meerdere jaren de indruk wekt dat het inzake de evenredigheid van boetes slechts zeer uitzonderlijk van de appreciatie van de Commissie zal afwijken.

⁶⁷⁹ Arrest van het Hof van 11 juni 2009, C-429/07, *Inspecteur van de Belastingdienst*, *Jur.* 2009, I-4833, r.o. 33 e.v.

⁶⁸⁰ Arresten van het Gerecht in T-52/03, *Knauf Gips*, aangehaald in voetnoot 360, r.o. 373, en *BPB*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 335.

⁶⁸¹ Arrest van het Gerecht in T-127/04, *KME*, aangehaald in voetnoot 589, r.o. 92.

⁶⁸² Zie <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>, i.h.b. tabel 1.6, waaruit blijkt dat van de 10 hoogste boetes die ooit werden opgelegd, 7 dateren van tijdens de besproken periode.

⁶⁸³ Zie de rechtspraak geciteerd in het arrest *Schunk*, aangehaald in voetnoot 541, r.o. 32.

⁶⁸⁴ Arrest *Evonik Degussa*, aangehaald in voetnoot 675, r.o. 43.

⁶⁸⁵ Arrest *Evonik Degussa*, aangehaald in voetnoot 675, r.o. 44 e.v. en arrest van het Gerecht in T-11/05, *Wieland Werke*, aangehaald in voetnoot 380, r.o. 62.

⁶⁸⁶ Arrest *Amann & Söhne*, aangehaald in voetnoot 382, r.o. 129.

inperkte, de Commissie haar boetebesluiten moet motive-
ren⁶⁸⁷, de wettigheid van boetebesluiten kan worden onder-
zocht door het Gerecht (en op hogere voorziening, het Hof)
met volledige rechtsmacht⁶⁸⁸ en vele voor de berekening van
boetes relevante begrippen in de rechtspraak van het Hof en
het Gerecht zijn toegelicht⁶⁸⁹. Kortom, een bedachtzaam
marktdeelnemer kan, indien nodig met professioneel advies,
op een voldoende precieze manier de berekeningsmethode
en de ordegraote van boetes voorzien⁶⁹⁰.

259. Wat men ook moge denken over rechtszekerheid en
voorzienbaarheid van boetes, de rechtspraak van de bespro-
ken periode maakt duidelijk dat voornoemde beginselen des-
noods moeten wijken voor afschrikking. Volgens Hof en
Gerecht zijn hoge boetes verantwoord om ondernemingen
duidelijk te maken dat inbreuken niet lonen⁶⁹¹, en afschrik-
king veronderstelt volgens de rechtspraak blijkbaar een vol-
doende mate van *onvoorspelbaarheid*. Zo wordt tijdens de
besproken periode

- de vaste rechtspraak bevestigt dat de vroegere beslis-
singspraktijk van de Commissie niet als rechtskader
fungeert voor boetebeslissingen, wat impliceert dat de
Commissie handen vrijhoudt om inbreuken voortaan
strenger te bestraffen dan zij in het verleden deed⁶⁹²; in
één arrest wordt zelfs gesuggereerd dat de vroegere
beslissingspraktijk van de Commissie geen enkele
relevantie heeft⁶⁹³;
- er op gehamerd dat “*moet worden voorkomen dat de
geldboeten voor de marktdeelnemers gemakkelijk te
voorspellen zijn. Indien het boetebedrag het resultaat
was van een berekening waarbij een simpele wiskun-
dige formule werd toegepast, zouden de ondernemingen
de eventuele sanctie kunnen voorspellen en zouden
zij die kunnen vergelijken met de winst die zij uit de
inbreuk op de mededingingsregels zouden halen*”⁶⁹⁴ en

dat “*wegens de ernst van inbreuken waarvoor de Com-
missie sancties dient op te leggen, [...] de doelstellin-
gen van bestraffing en afschrikking [rechtvaardigen]
dat ondernemingen niet de mogelijkheid wordt gebo-
den het voordeel in te schatten dat hun deelname aan
een inbreuk zou opleveren, door van meet af aan het
bedrag van de geldboete die hun wegens die onrecht-
matige gedraging zal worden opgelegd, in te calcule-
ren*”⁶⁹⁵; en

- onderstreept dat de motiveringsplicht van de Commis-
sie inzake boetes niet ‘te ver mag gaan’, d.w.z. zij mag
niet als gevolg hebben dat geldboetes voor marktdeel-
nemers gemakkelijk te voorspellen zijn⁶⁹⁶.

260. De stelling dat er inzake boetes voldoende rechtszeker-
heid bestaat wordt ook genuanceerd door het arrest *E.ON
Energie*, waarin het Gerecht oordeelt dat de beoordelings-
vrijheid van de Commissie nog ruimer is wanneer een
inbreuk niet valt binnen het toepassingsgebied van de
bestaande boeterichtsnoeren (in casu ging het om een boete
wegens de verbreking van een tijdens een inspectie aange-
brachte zegel; een inbreuk waarover Hof en Gerecht zich
nog niet eerder hadden uitgesproken)⁶⁹⁷. Dit standpunt doet
vragen rijzen. De stelling in de jurisprudentie dat het boete-
beleid van de Commissie voldoet aan het rechtszekerheids-
beginsel is, zoals hiervoor toegelicht, gebaseerd op de pre-
missie dat ondernemingen, met name als gevolg van de uit-
vaardiging van boeterichtsnoeren, met voldoende zekerheid
kunnen voorzien tot welke sancties hun gedrag aanleiding
kan geven⁶⁹⁸. Wanneer een situatie niet door de boetericht-
snoeren wordt beheerst – m.a.w. wanneer het (veel) minder
eenvoudig is te voorzien welk boeteniveau de Commissie zal
hanteren – lijkt dat niet meteen een reden te zijn om de Com-
missie een nóg ruimere beoordelingsbevoegdheid toe te den-
ken.

⁶⁸⁷. Arrest van het Gerecht in T-52/03, *Knauf Gips*, aangehaald in voetnoot 360, r.o. 369 e.v. Zie ook het arrest *Amann & Söhne*, aangehaald in voetnoot 382, r.o. 226 e.v.

⁶⁸⁸. Arrest *Schunk*, aangehaald in voetnoot 541, r.o. 41 e.v.

⁶⁸⁹. Arrest *Amann & Söhne*, aangehaald in voetnoot 382, r.o. 136. De verwijzing naar de rechtspraak inzake boetes zweemt toch enigszins naar een kringredenering: die rechtspraak onderlijnt immers op de eerste plaats de ruime beoordelingsbevoegdheid van de Commissie bij de appreciatie van de ernst van inbreuken, die de rechter enkel in geval van klaarblijkelijke vergissing kan afvallen.

⁶⁹⁰. Arrest *Evonik Degussa*, aangehaald in voetnoot 675, r.o. 55.

⁶⁹¹. Met toepassing van dit beginsel hebben Hof en Gerecht eerder beslist dat de Commissie boetes mag opleggen die ruim meer bedragen dan de winst die werd behaald met de inbreuk. Ondernemingen houden immers rekening, niet enkel met de hoogte van mogelijke boetes in geval dat de Commissie hun kartel ontdekt, maar ook met de probabiteit dat de kartel al dan niet wordt ontdekt. Zie de rechtspraak besproken in “Kroniek 2005-2007”, *TBH* 2009, p. 145, randnr. 213. Zie punt 31 van huidige boeterichtsnoeren, aangehaald in voetnoot 584.

⁶⁹². Arresten *IMI*, aangehaald in voetnoot 381, r.o. 184, *Schunk*, aangehaald in voetnoot 541, r.o. 41 e.v. en arrest van het Gerecht in T-11/05, *Wieland Werke*, aangehaald in voetnoot 380, r.o. 69.

⁶⁹³. Arrest *BPB*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 342. Dit lijkt, alvast qua bewoordingen, verder te gaan dan de eerdere rechtspraak. Zie de arresten besproken in “Kroniek 2005-2007”, *TBH* 2009, p. 147, randnr. 221, voetnoot 560.

⁶⁹⁴. Arrest *BPB*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 336.

⁶⁹⁵. Arrest *Schunk*, aangehaald in voetnoot 541, r.o. 45.

⁶⁹⁶. Met toepassing van dat beginsel oordeelt het Gerecht dat de Commissie geen andere motiveringsfactoren hoeft mee te delen dan die met betrekking tot de ernst en de duur van de inbreuk. Arrest van het Gerecht in T-68/04, *SGL Carbon*, aangehaald in voetnoot 671, r.o. 32 e.v. Evenmin is de Commissie verplicht toe te lichten waarom ze niet een alternatieve berekeningsmethode heeft gehanteerd voor de boete. Arrest *IMI*, aangehaald in voetnoot 381, r.o. 153.

⁶⁹⁷. Arrest *E.ON Energie*, aangehaald in voetnoot 521, r.o. 284.

⁶⁹⁸. Arrest *Evonik Degussa*, aangehaald in voetnoot 675, r.o. 49-62.

261. Wat de ordegraote van boetes betreft wordt in de rechtspraak de stelling herhaald dat de Commissie niet beschikt over een onbepaalde beoordelingsmarge: zij moet rekening houden met de ernst en de duur van de inbreuk en ze mag het 10%-plafond niet overschrijden (zie *supra*, randnr. 241 e.v.)⁶⁹⁹. Dat laatste plafond levert weliswaar geen absolute grens op die voor alle ondernemingen gelijk is, maar dat neemt niet weg, aldus het Gerecht, dat er een te becijferen bovengrens bestaat⁷⁰⁰. Het Hof en het Gerecht beweren zelfs dat het 10%-plafond door elke onderneming op voorhand kan worden bepaald⁷⁰¹. Maar ook die bewering is met een korrel zout te nemen, want de 10%-grens wordt bepaald op basis van de omzet tijdens het boekjaar dat voorafgaat aan het besluit van de Commissie; dit besluit wordt bijna steeds meerdere jaren na het einde van de inbreuk vastgesteld. Met andere woorden, het is niet mogelijk voor een onderneming om, op het ogenblik dat zij de strafbare feiten plant of begaat, uit te maken op basis van welk omzetcijfer de (maximum)boete zal worden bepaald. Die onderneming zal die becijfering evenmin kunnen maken op het ogenblik dat ze de inbreuk beëindigt (tenzij in het bepaald onwaarschijnlijke geval dat ze de bestrafte inbreuk heeft voortgezet tot op het ogenblik dat de Commissie haar boetebesluit vaststelt).

c. Evenredigheid versus afschrikking

262. Bij zijn rechterlijke toetsing dient het Gerecht na te gaan of de door de Commissie opgelegde boetes onevenredig hoog zijn gelet op de ernst en de duur van de begane inbreuk⁷⁰². Het Gerecht lijkt die evenredigheidstoetsing vooral uit te voeren op basis van de boeterichtsnoeren van de Commissie: als de Commissie de in die richtsnoeren vervatte berekeningsregels correct heeft toegepast dan lijkt er geen plaats meer voor een onderzoek of het boetebedrag, abstractie gemaakt van die richtsnoeren en alle omstandigheden van het geval in acht genomen, onevenredig is met ernst en duur van de inbreuk⁷⁰³. Daarbij moet wel aangetekend worden dat lang niet alle ondernemingen die beroep aantekenen tegen een boete, het Gerecht ook vragen om de evenredigheid van die boete *as such* te onderzoeken.

263. Het evenredigheidsbeginsel belet de Commissie niet om boetes op te leggen waarvan het totale bedrag de globale omvang van de betrokken markt overstijgt of die meer bedragen dan de jaarlijkse winst die werd behaald met het betrokken product⁷⁰⁴. Zelfs de omstandigheid dat een boete kan resulteren in het faillissement van een onderneming volstaat niet om ze als disproportioneel te aanzien – immers, aldus het Gerecht, dat zou een onrechtmatig voordeel bieden aan minder efficiënte bedrijven⁷⁰⁵. Het arrest *Wieland Werke* bevestigt weliswaar dat de Commissie in het kader van de evenredigheidstoets ook rekening moet houden met het bedrag dat de betrokken onderneming in staat is te dragen, tenminste wanneer het verdwijnen van die onderneming zou leiden tot verlies en/of moeilijkheden bij klanten of toeleveranciers; op te merken valt dat het Gerecht die regel toepast omdat hij te vinden was in de (op het ogenblik van het genomen besluit toepasselijke versie van de) boeterichtsnoeren⁷⁰⁶.

264. Volgens het Gerecht is evenmin vereist dat er een proportionaliteit bestaat tussen het bedrag van de boete en

- de omzet die de beboete onderneming behaalde met de goederen waarop de inbreuk betrekking heeft⁷⁰⁷, zolang de Commissie de grens van 10% van de totale omzet respecteert⁷⁰⁸. Te noteren dat de huidige boeterichtsnoeren (het basisbedrag van) de boete wél berekenen op basis van de waarde van de omzet die een onderneming behaalde uit de omzet die rechtstreeks of indirect verband houdt met de inbreuk⁷⁰⁹;
- de omzet of de omvang van een kleine of middelgrote onderneming die aan het kartel deelnam: ook al kan zo'n onderneming in termen van draagkracht zwaarder getroffen worden dan andere (grote) karteldeelnemers, dat levert geen grond op om de aan haar opgelegde boete als onevenredig hoog te bestempelen⁷¹⁰.

265. Voorts lijkt de rechtspraak de evenredigheidstoets, net als het legaliteitsbeginsel⁷¹¹ onder te schikken aan het in de rechtspraak steevast bevestigde beginsel dat boetes een voldoende afschrikwekkende werking moeten hebben (of, anders gezegd, dat het boetebeleid van de Commissie 'doel-

⁶⁹⁹. Arrest *Schunk*, aangehaald in voetnoot 541, r.o. 33 e.v.

⁷⁰⁰. Arrest van het Gerecht in T-11/05, *Wieland Werke*, aangehaald in voetnoot 380, r.o. 65 e.v.

⁷⁰¹. Arrest *Evonik Degussa*, aangehaald in voetnoot 675, r.o. 50 en arrest van het Gerecht in T-11/05, *Wieland-Werke*, aangehaald in voetnoot 380, r.o. 65.

⁷⁰². Arrest *E.ON Energie*, aangehaald in voetnoot 521, r.o. 287 en 294.

⁷⁰³. Zie *supra*, randnr. 255.

⁷⁰⁴. Arresten *Trioplast Industrier*, aangehaald in voetnoot 364, r.o. 144 en *Trioplast Wittenheim*, aangehaald in voetnoot 631, r.o. 145.

⁷⁰⁵. Arrest van het Gerecht in T-25/05, *KME*, aangehaald in voetnoot 578, r.o. 164-167.

⁷⁰⁶. Arrest van het Gerecht in T-116/04, *Wieland-Werke*, aangehaald in voetnoot 487, r.o. 166.

⁷⁰⁷. Arrest van het Gerecht in T-127/04, *KME*, aangehaald in voetnoot 589, r.o. 93. Het Gerecht oordeelt wel dat deze omzet "als factor voor de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk noodzakelijkerwijs vaag en gebrekkig is. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen de sectoren met grote toegevoegde waarde en de sectoren met kleine toegevoegde waarde en evenmin tussen de winstgevendende ondernemingen en de ondernemingen die minder winstgevend zijn." Nochtans wordt in de huidige boeterichtsnoeren het basisbedrag van de boete op basis van deze omzet berekend.

⁷⁰⁸. Arrest *Saint-Gobain Gyproc*, aangehaald in voetnoot 381, r.o. 82 e.v.

⁷⁰⁹. Punt 13 van de huidige boeterichtsnoeren, aangehaald in voetnoot 584.

⁷¹⁰. Arrest van het Gerecht in T-52/03, *Knauf Gips*, aangehaald in voetnoot 360, r.o. 423 e.v.

⁷¹¹. *Supra*, randnr. 259.

treffend' moet zijn)⁷¹². De prominentie van het afschrikingsbeginsel blijkt o.m. uit de volgende arresten:

- de Commissie kan het niveau van haar boetes periodiek verhogen teneinde een 'doeltreffende toepassing' van de mededingingsregels te verzekeren; daaruit volgt dat geen argument kan worden ontleend aan de omstandigheid dat een gelijkaardige inbreuk vroeger minder zwaar werd beboet⁷¹³;
- de Commissie kan het bedrag van een boete die zij in andere omstandigheden zou hebben opgelegd verhogen teneinde rekening te houden met de belangrijke omvang en middelen van een onderneming. Dat kan volgens het Gerecht nodig zijn om een voldoende afschrikwekkende werking van de boete te verzekeren voor (zeer) grote ondernemingen; het Gerecht meent dat zo'n ondernemingen "over de juridisch-economische kennis en infrastructuur beschikken die hen in staat stellen zich beter rekenschap te geven van de inbreukmakende aard van hun gedragingen en van de gevolgen ervan"⁷¹⁴. In de huidige versie van de boeterichtsnoeren maakt de Commissie uitdrukkelijk melding van deze mogelijkheid⁷¹⁵;
- dat een onderneming geen winst behaalde uit een inbreuk is geen reden om geen boete op te leggen. De afschrikwekkende werking van het boetebeleid van de Commissie zou anders teloor gaan⁷¹⁶;
- het beëindigen van een inbreuk zodra die wordt ontdekt kan geen verzachtende omstandigheid opleveren, omdat zulks als gevolg zou hebben dat de boete niet langer afschrikkend is⁷¹⁷. Immers, aldus het Hof, wanneer een onderneming partij is bij een verboden geheime afspraak zou zij ertoe kunnen worden aangezet die afspraak zo lang mogelijk voort te zetten, in de hoop dat, indien de inbreuk toch wordt ontdekt, zij een verlaging zou kunnen bekomen van de geldboete wanneer zij op dat tijdstip de inbreuk beëindigen;
- de Commissie mag, om ervoor te zorgen dat de boete voldoende afschrikwekkend is, rekening houden met de unieke positie van een onderneming in een distributiesysteem. Een fabrikant bekleedt een centrale plaats in een distributiesysteem, aldus het Gerecht, en moet bijgevolg een speciale waakzaamheid uitoefenen wat betreft de naleving van de mededingingsregels bij het concluderen van distributieovereenkomsten. De Commissie kan deze specifieke positie in acht nemen bij het bepalen van het afschrikkend effect van de boete⁷¹⁸;

- zoals reeds vermeld wettigt de noodzaak van afschrikking volgens de rechtspraak eveneens dat de 10%-boven grens wordt berekend op basis van de (geconsolideerde) omzet van een onderneming, m.a.w. eveneens rekening houdend met de omzet van alle filialen ook al hebben die niet deelgenomen aan de inbreuk⁷¹⁹;
- ook de hiervoor besproken omwenteling in de rechtspraak wat betreft de berekening van het 10%-boeteplafond voor een ondernemingsvereniging wordt gemotiveerd door de noodzaak van de afschrikkende werking van boetes⁷²⁰.

266. De principes van doeltreffendheid en afschrikking lijken in de jurisprudentie enkel unidirectioneel te werken – d.w.z. ze worden enkel aangehaald om middelen te verwerpen die aanvoeren dat een boete onevenredig hoog is. Er is geen rechtspraak te vinden die zich afvraagt of een boete niet hoger is dan noodzakelijk is om doeltreffend te zijn respectievelijk een voldoende afschrikwekkend effect te verzekeren. Bij wege van illustratie kan worden herinnerd aan de hiervoor reeds vermelde arresten die bevestigen dat twee inbreuken gelijktijdig kunnen worden bestraft én dat het totale bedrag van de boetes desgevallend hoger kan uitvallen dan de 10%-omzetgrens (het volstaat dat elk van beide boetes onder die grens blijft)⁷²¹. Nochtans lijkt het aannemelijk dat het afschrikkend effect van een boete niet los kan worden gezien van het bedrag van een (enkel in formeel opzicht onderscheiden) boete die gelijktijdig en door hetzelfde besluit wordt opgelegd uit hoofde van een min of meer gelijktijdig begane en vergelijkbare inbreuk. Is die rechtspraak niet verstrikt in een logica van opbod? Uiteraard is een hogere boete altijd meer afschrikkend dan een lagere boete. Maar betekent dat, dat een verlaging van een boete onmogelijk is? Sommige arresten van de besproken periode wekken de indruk dat Hof en Gerecht zich verschuilen achter een verwijzing naar de noodzaak van doeltreffendheid en afschrikking om te ontkomen aan de articulatie van een eigen toets op basis waarvan zij de evenredigheid van een boete met de ernst en de duur van een inbreuk nagaan.

267. Dezelfde indruk wordt gewekt door de (tijdens de betrokken periode bevestigde) rechtspraak dat de Commissie niet verplicht is om bij de beoordeling van het afschrikwekkende effect van een boete na te gaan hoe waarschijnlijk het is dat de onderneming aan wie die boete wordt opgelegd zal recidiveren. De boete moet niet enkel afschrikkend zijn voor de onderneming aan wie ze wordt opgelegd ('speci-

⁷¹². Arrest *Schunk*, aangehaald in voetnoot 541, r.o. 153 en 190 e.v.

⁷¹³. Arrest *Deutsche Telekom*, aangehaald in voetnoot 350, r.o. 294 en arrest *Nintendo*, aangehaald in voetnoot 580, r.o. 71.

⁷¹⁴. Arrest van het Gerecht in T-410/03, *Hoechst*, aangehaald in voetnoot 489, r.o. 375.

⁷¹⁵. Punt 30 van de huidige boeterichtsnoeren, aangehaald in voetnoot 584.

⁷¹⁶. Arrest *Trioplast Industrier*, aangehaald in voetnoot 364, r.o. 148.

⁷¹⁷. Arrest van het Hof in C-510/06 P, *Archer Daniels Midland*, aangehaald in voetnoot 365, r.o. 149 e.v.

⁷¹⁸. Arrest *Nintendo*, aangehaald in voetnoot 580, r.o. 78 e.v.

⁷¹⁹. Arrest *Trioplast Wittenheim*, aangehaald in voetnoot 631, r.o. 114 e.v. Zie ook *supra*, randnr. 243.

⁷²⁰. Zie *supra*, randnr. 245.

⁷²¹. Zie *supra*, randnr. 244.

fieke afschrikkende werking’) maar moet ook andere ondernemingen ervan weerhouden gelijkaardige inbreuken te begaan (‘algemene afschrikkende werking’)⁷²². Op basis van dezelfde overweging moet ook de boete van een onderneming die een einde heeft gemaakt aan de inbreuk en geen contacten meer heeft met andere deelnemers aan het kartel, een afschrikkende werking hebben⁷²³.

268. Andere tijdens de besproken periode gevelde arresten lijken doeltreffendheid en afschrikking zelfs te verheffen tot regels van dwingend recht. Zo oordeelt het Hof dat de Europese Commissie de bevoegdheid heeft om uit eigen initiatief schriftelijke opmerkingen in te dienen in nationale rechterlijke procedures zeker wanneer de doeltreffendheid van de mededingingsregels in het gedrang zou komen, wat in het bijzonder het geval is voor een procedure waarin de vraag rijst of boetes – onder nationaal fiscaal recht – aftrekbaar zijn. Van zo’n aftrekbaarheid wil het Hof overigens niet weten: ze zou aanzienlijk afbreuk doen aan de ‘doeltreffendheid’ van het optreden van de Commissie aangezien ze tot gevolg zou hebben “*dat de last van de betrokken boete door een verlaging van de belastingdruk gedeeltelijk zou worden gecompenseerd*”⁷²⁴. Met andere woorden, de fiscale aftrekbaarheid van een kost wordt bepaald door de doeltreffendheid van de handhaving van de mededingingsregels. Een gelijkaardige overweging is te vinden in het (hiervoor reeds besproken) arrest waarin het Hof oordeelt dat de doeltreffende handhaving van de mededingingsregels vereist dat de Raad voor de Mededinging als verwerende partij moet kunnen deelnemen aan een beroep tegen de door haar vastgestelde beslissingen⁷²⁵.

269. In zoverre de rechtspraak de beginselen van rechtszekerheid, voorzienbaarheid en evenredigheid ondergeschikt lijkt te maken aan de doeltreffendheid en het afschrikwekkend effect van boetes doet zij de vraag rijzen of artikel 23, lid 3 van Verordening 1/2003 – waarin wordt bepaald dat boetes worden vastgesteld rekening houdend met de ernst en de duur van de inbreuk, maar niet verwijst naar doeltreffendheid of afschrikking – op pretoriaanse wijze is aangevuld. De thans toepasselijke boeterichtsnoeren van de Commissie lijken er alvast van uit te gaan dat afschrikking een volwaardige factor is bij de berekening van de boete: zij poneren

meer bepaald dat boetes van een zodanig niveau moeten zijn dat daarvan een voldoende afschrikkende werking uitgaat, zowel voor de bij de inbreuk betrokken ondernemingen als voor andere ondernemingen⁷²⁶. Verwijst de Commissie met deze overweging enkel naar het algemene *boeteniveau*? Dat is niet zo zeker: ook de in de richtsnoeren opgenomen specifieke berekeningsregels hanteren het ‘criterium van afschrikking’, zowel als reden om het basisbedrag te verhogen⁷²⁷ als om het (desgevallend verhoogde basisbedrag) verder opwaarts aan te passen uit hoofde van de omzet van de betrokken onderneming of het met de inbreuk behaalde voordeel⁷²⁸.

d. *Ne bis in idem*

270. Het beginsel *ne bis in idem* verbiedt dat meer dan één boete wordt opgelegd voor dezelfde inbreuk. Een veelheid van handelingen die verboden zijn door de mededingingsregels maar die deel uitmaken van een ‘globaal plan’ kunnen met toepassing van *ne bis in idem* slechts éénmaal worden bestraft⁷²⁹.

271. Van *ne bis in idem* is evenwel geen sprake wanneer de Commissie (het basisbedrag van) de boete verhoogt wegens recidive: de eerder bestrafte en de thans bestrafte feiten zijn immers niet dezelfde⁷³⁰. Er is evenmin sprake van een schending van het *ne bis in idem*-beginsel wanneer zowel een individuele onderneming als de ondernemingsvereniging waarvan zij lid is worden beboet voor dezelfde mededingingsinbreuk, ook niet wanneer de 10%-grens voor de boete van de vereniging werd bepaald op basis van de omzet van haar leden⁷³¹. In dergelijk geval is er geen sprake van eenzelfde overtreder; bovendien is die vereniging niet verplicht de boete op haar leden te verhalen⁷³².

272. Tijdens de besproken periode wordt bevestigd dat het *ne bis in idem*-beginsel de Commissie niet verhindert om een inbreukprocedure te heropenen wanneer een eerder vastgesteld inbreukbesluit is vernietigd om procedurele redenen (d.w.z. zonder dat het Gerecht zich uitsprak over de grond van de zaak). In een dergelijk geval is de vernietigingsbeslissing niet als een vrijspraak te aanzien. Bovendien worden de door het nieuw genomen besluit opgelegde boetes niet opge-

⁷²² Arrest *Nintendo*, aangehaald in voetnoot 580, r.o. 72 e.v.

⁷²³ Arrest *Itochu*, aangehaald in voetnoot 536, r.o. 97.

⁷²⁴ Arrest *Inspecteur van de Belastingdienst*, aangehaald in voetnoot 679, r.o. 33 e.v.

⁷²⁵ *Supra*, randnr. 219.

⁷²⁶ Huidige versie van de boeterichtsnoeren, aangehaald in voetnoot 584, punt 4.

⁷²⁷ Zie punt 25 van de huidige versie van de boeterichtsnoeren, aangehaald in voetnoot 584: de zogenaamde ‘*entry fee*’ om ondernemingen ervan te weerhouden deel te nemen aan kartels.

⁷²⁸ Zie punt 30 van de huidige versie van de boeterichtsnoeren, aangehaald in voetnoot 584: verhoging van het basisbedrag voor ondernemingen die een zeer hoge omzet behalen op verkopen waarop de inbreuk geen betrekking heeft, alsmede punt 31: verhoging van de boete zodat het bedrag ervan hoger uitvalt dan de met de inbreuk behaalde winst.

⁷²⁹ *Supra*, randnrs. 144 e.v.

⁷³⁰ Arrest van het Gerecht in T-161/05, *Hoehst*, aangehaald in voetnoot 549, r.o. 140 e.v.

⁷³¹ *Supra* randnr. 245.

⁷³² Arrest *FNCBV*, aangehaald in voetnoot 492, r.o. 127 e.v.

teld bij de boetes die waren opgelegd door het vernietigde besluit, maar komen ze in de plaats hiervan⁷³³.

e. Het gelijkheidsbeginsel

273. Het toetsen van boetes aan het non-discriminatiebeginsel ligt in kartelzaken voor de hand, aangezien een bestrafte onderneming vrijwel altijd een *prima facie* relevant vergelijkingspunt heeft (namelijk de sanctie die wordt opgelegd aan de andere deelnemers aan de inbreuk). Vele van de tijdens de besproken periode gevelde arresten hebben betrekking op boetes die waren opgelegd op basis van de vorige versie van de richtsnoeren die – wat het basisbedrag van de boete betreft – voorzag in het opdelen van de deelnemers aan een inbreuk in categorieën. Het Gerecht diende dan ook meermaals te oordelen over de bewering van een onderneming dat zij in een andere – lager beboete – categorie had moeten worden ondergebracht. De rechtspraak die in dit verband tijdens de betrokken periode wordt gevelde⁷³⁴ is van minder relevantie onder de huidige versie van de richtsnoeren, die het basisbedrag van de boete voor elke deelnemer aan een kartel afzonderlijk berekent op basis van de omzet die die onderneming behaalde in het kader van de inbreuk⁷³⁵.

274. Een vergelijking tussen (de boetes van) deelnemers aan een kartel is wel relevant wanneer het gaat over

- verzwarende dan wel verzachtende omstandigheden⁷³⁶: een onderneming die deelneemt aan verschillende onderdelen van een kartel pleegt een inbreuk die ernstiger is dan een onderneming die slechts aan één onderdeel deelneemt; de Commissie moet de relatieve ernst van beide inbreuken in het boetebedrag tot uiting doen komen⁷³⁷;
- verhoging van de boete wegens afschrikking: de omstandigheid dat een andere deelnemer aan de inbreuk (die beweerdelijk een vergelijkbare rol speelde) niet werd bedacht met een verhoging wegens

afschrikking levert echter geen reden op om de wél opgelegde verhoging ongedaan te maken: niemand kan zich ten eigen voordele beroepen op een onwettigheid waarvan een andere heeft kunnen profiteren⁷³⁸; of over de korting voor medewerking: om te bepalen of er al dan niet een wezenlijk verschil bestaat tussen de mate van medewerking moet de Commissie rekening houden met de verleende medewerking zowel in chronologisch opzicht (om als vergelijkbaar te worden aangemerkt, moet de medewerking niet noodzakelijkerwijs op dezelfde dag, maar in dezelfde fase van de procedure plaatsvinden), als in kwalitatief opzicht (d.w.z. de intrinsieke waarde van de verstrekte informatie)⁷³⁹.

D. Het arrest *VEBIC*: procedures voor het hof van beroep tegen inbreukbesluiten van de Raad voor de Mededinging

275. In het hiervoor reeds vermelde arrest *VEBIC*⁷⁴⁰ spreekt het Hof zich uit over een procedurele eigenaardigheid van de WBEM. Artikel 75 WBEM bepaalt dat tegen uitspraken van de Raad voor de Mededinging beroep kan worden ingesteld bij het hof van beroep te Brussel. De WBEM bepaalt evenwel geen partij tegen wie zo'n beroep moet worden ingesteld: niet de Raad, ook niet het Auditoraat en evenmin de minister bevoegd voor Economie. Als er evenmin een tussenkomst is van een klager zal het hof van beroep bij de beoordeling van de wettigheid van de beslissing van de Raad enkel memories zien van de veroordeelde onderneming. Valt dergelijke nationale problematiek wel binnen het toepassingsgebied van de mededingingsregels van de EU? Jazeker, aldus het Hof van Justitie, wanneer de Raad voor de Mededinging in zijn beslissing (eveneens) toepassing maakt van artikel 101 en/of 102 VWEU. Het Hof oordeelt dat artikel 35 van Verordening 1/2003, dat de lidstaten opdraagt om één of meer autoriteiten aan te wijzen die belast zijn met de toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU, eveneens de ver-

⁷³³. Arrest *ThyssenKrupp Stainless*, aangehaald in voetnoot 485, r.o. 190. Zie ook het arrest van het Hof van 15 oktober 2002, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P tot en met C-252/99 P en C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a.*, *Jur.* 2002, I-8375, besproken in “Kroniek 2001-2003”, *TBH* 2004, p. 680, randnr. 147.

⁷³⁴. Die rechtspraak bevestigt dat de Commissie, wat betreft de criteria op basis waarvan zij de categorieën uitwerkte, een ruime beoordelingsbevoegdheid geniet. Zie arrest *CD-Contact Data*, aangehaald in voetnoot 600, r.o. 105. De Commissie is niet verplicht ervoor te zorgen dat de definitieve bedragen van de geldboeten elk verschil tussen de betrokken ondernemingen op het gebied hun omzet weerspiegelen. Arrest van het Gerecht in T-116/04, *Wieland-Werke*, aangehaald in voetnoot 487, r.o. 86. Het bestaan van verschillen in marktaandeelen tussen de ondernemingen in dezelfde categorie wordt niet aanzien als een schending van het non-discriminatiebeginsel, voor zover deze marktaandeelen procentueel gezien niet sterk verschillen. Arrest *Itochu*, aangehaald in voetnoot 536, r.o. 81. Zie ook, wat de ‘bestraffingscategorieën’ in het geval van verticale afspraken betreft, het arrest *Nintendo*, aangehaald in voetnoot 580, r.o. 50 e.v.

⁷³⁵. *Supra*, randnr. 263.

⁷³⁶. Arrest *CD-Contact Data*, aangehaald in voetnoot 600, r.o. 119 e.v.

⁷³⁷. Arresten *Chalkor AE Epexergasias Metallon*, aangehaald in voetnoot 621, r.o. 96 e.v. en *IMI*, aangehaald in voetnoot 381, r.o. 155 e.v.

⁷³⁸. Arrest *Oxley Threads*, aangehaald in voetnoot 577, r.o. 87.

⁷³⁹. Arresten *Nintendo*, aangehaald in voetnoot 580, r.o. 176 e.v. en *Belgian Sewing Thread*, aangehaald in voetnoot 518, r.o. 136 e.v. In het arrest van het Gerecht in T-116/04, *Wieland Werke*, aangehaald in voetnoot 487, r.o. 127 oordeelt het Gerecht dat de chronologische volgorde van de medewerking niet in aanmerking kan worden genomen wanneer twee ondernemingen binnen een zeer korte tijdspanne (dezelfde fase van het onderzoek, twee weken verschil) informatie aanleveren aan de Commissie. Die overweging geldt enkel wanneer de mogelijkheid bestaat om een bepaalde korting aan meer dan één onderneming toe te kennen (wat niet het geval is voor een 100%-korting).

⁷⁴⁰. Arrest *VEBIC*, aangehaald in voetnoot 562. Het verwijzingsarrest van het hof van beroep te Brussel werd in dit tijdschrift geannoteerd door A.-M. VAN DEN BOSSCHE, “In nood kent men zijn vrienden: in rechtsnood de 234-helplijn naar Luxemburg”, *TBH* 2009, 480-486.

plichting inhoudt om de nationale mededingingsautoriteit de bevoegdheid te verlenen om als verwerende partij deel te nemen aan een beroepsprocedure tegen een beslissing van die autoriteit. Indien de nationale autoriteit ‘stelselmatig’ geen gebruik zou maken van dergelijke bevoegdheid, dan zou zij het nuttig effect van de artikelen 101 en 102 VWEU in gevaar brengen⁷⁴¹. Het door het arrest *VEBIC* geïdentificeerd probleem kan enkel door een wetgevende ingreep wor-

den opgelost⁷⁴². Tot er een aanpassing komt van de WBEM rijst de vraag of het arrest *VEBIC* niet verlangt hetzij dat de Raad of het Auditoraat deelnemen aan beroepsprocedures op basis van de bestaande bepalingen inzake interventie hetzij dat de minister gebruik maakt van de hem (door art. 76, § 2 WBEM geboden) mogelijkheid om schriftelijke opmerkingen in te dienen. Op dit ogenblik worden deze mogelijkheden niet systematisch benut.

VI. TOEPASSING VAN DE CONCENTRATIECONTROLEVERORDENING⁷⁴³

A. Inleiding

276. In de besproken periode publiceerde de Commissie twee mededelingen. De eerste handelt over de beoordeling van niet-horizontale fusies⁷⁴⁴. De tweede handelt over mogelijk corrigerende maatregelen die partijen kunnen aanbieden indien een concentratie mededingingsproblemen dreigt op te werpen⁷⁴⁵. Deze mededelingen binden het Gerecht en het Hof niet, maar geven waardevolle indicaties van hoe de Commissie de behandelde punten zal beoordelen. En bij concentratiecontrole is dat het belangrijkste.

277. Het belang van deze mededelingen overstijgt het enkele EU-niveau. Ook voor de concentratiecontrolepraktijk onder de Belgische mededingingswet⁷⁴⁶ zijn deze mededelingen immers zeer waardevol, in de mate dat de beoordeling van concentraties inhoudelijk volgens dezelfde criteria verloopt. Zowel de Raad voor de Mededinging (inclusief het Auditoraat), als het hof van beroep verwijzen dan ook bij herhaling naar de Commissie Mededelingen (en bijhorende rechtspraak)⁷⁴⁷.

278. Volledigheidshalve kan in herinnering gebracht worden dat de geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties, die weliswaar reeds was aangenomen ten tijde van het vorige overzicht, gepubliceerd werd in het *Publicatieblad* tijdens huidige kroniekperiode⁷⁴⁸. Ook deze mededeling is bijzonder belangrijk voor de toepassing van de Belgische concentratiecontroleregels, hoewel hier

meer voorzichtigheid is geboden, omdat een (beperkt) aantal regels (bv. inzake drempels) anders kan zijn onder de Belgische mededingingswet.

279. Verder zijn vanuit concentratiecontroleoogpunt vooral de rechtspraak van het Hof en het Gerecht belangrijk. Deze arresten blinken niet steeds uit in bondigheid. Het is binnen het bestek van deze beknopte kroniek ook niet mogelijk om alle aspecten ervan te behandelen. Het doel is eerder ertoe bij te dragen om door het bos enkele van de bruikbare bomen te helpen zien.

B. Bewijslast en beoordelingsmarge van de Commissie – Het *Sony / BMG*-arrest

280. Zoals reeds kort ingeleid in de vorige editie van deze kroniek⁷⁴⁹, heeft het Hof op 10 juli 2008⁷⁵⁰ het eerdere arrest van het Gerecht⁷⁵¹ vernietigd waarin de beschikking van de Commissie werd vernietigd die de *joint venture* tussen Sony en Bertelsmann Music Group (‘BMG’) voorwaardelijk had goedgekeurd. Twee maal negatief maakt positief dus komt het erop neer dat de ‘onterecht’ vernietigde beschikking opnieuw geldig wordt. Zonder uitpuittend te willen zijn kunnen volgende lessen uit het *Sony/BMG*-arrest van het Hof worden getrokken.

281. Ten eerste bevestigt het Hof dat de bewijslast voor de Commissie dezelfde is, ongeacht of ze een concentratie

⁷⁴¹. Arrest *VEBIC*, aangehaald in voetnoot 562, r.o. 56-61.

⁷⁴². Zie daarover F. LOUIS, aangehaald in voetnoot 563.

⁷⁴³. Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *Pb.* 2004, L 24/1.

⁷⁴⁴. Richtsnoeren voor de beoordeling van niet-horizontale fusies op grond van de verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, *Pb.* 2008, C 265/6.

⁷⁴⁵. Mededeling van de Commissie betreffende op grond van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad en verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie aanvaardbare corrigerende maatregelen, *Pb.* 2008, C 267/1.

⁷⁴⁶. Zie het KB van 15 september 2006 houdende coördinatie van de wet van 10 juni 2006 tot bescherming van de economische mededinging en van de wet van 10 juni 2006 tot oprichting van een Raad voor de Mededinging, *BS* 29 september 2006, p. 50.613.

⁷⁴⁷. Zie bij wijze van voorbeeld, Brussel 1 februari 2008 (arrest *Tecteo*), beschikbaar op http://economie.fgov.be/nl/binaries/2008-MR-1_tcm325-44257.pdf.

⁷⁴⁸. Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *Pb.* 2008, C 95/1.

⁷⁴⁹. “Kroniek 2005-2007”, *TBH* 2009, p. 166, randnr. 291.

⁷⁵⁰. Arrest van het Hof van 10 juli 2008, C-413/06 P, *Bertelsmann en Sony Corporation of America / Impala*, *Jur.* 2008, I-4951.

⁷⁵¹. Arrest van het Gerecht van 13 juli 2006, T-464/04, *Impala / Commissie*, *Jur.* 2006, II-2289.

goedkeurt of verbiedt. Het feit dat een transactie geacht wordt goedgekeurd te zijn als de Commissie niet tijdig een beschikking velt, doet hieraan geen afbreuk. Dit laatste is immers louter een uiting van het snelheidsvereiste, dat de algemene opzet van de concentratieverordening kenmerkt⁷⁵². De analyse die verwacht wordt is een ‘prospectieve analyse’, “die bestaat in het onderzoek van de veranderingen die een concentratie kan teweegbrengen in de factoren die de mededingingssituatie op een bepaalde markt bepalen, met als doel om na te gaan of deze veranderingen zullen leiden tot een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging”, en waarbij moet “worden onderzocht welke oorzaken welke gevolgen kunnen hebben, om uit te maken welk scenario het meest waarschijnlijke is”⁷⁵³. Dergelijke prospectieve analyse is ook degene die door het hof van beroep te Brussel wordt erkend onder Belgisch mededingingsrecht⁷⁵⁴.

282. Ten tweede bevestigt het Hof de ruime beoordelingsmarge van de Commissie bij economische vraagstukken. Het Gerecht kan derhalve bij de toetsing van Commissiebeschikkingen inzake concentraties enkel nagaan of de feiten materieel juist zijn en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling⁷⁵⁵. Dit is vaste rechtspraak⁷⁵⁶. Gezien de draagwijdte van de beoordelingsmarge een bijna evenredige invloed heeft op de moeilijkheidsgraad voor ondernemingen om de Unie aansprakelijk te stellen op buitencontractuele grond⁷⁵⁷ voor fouten begaan door één van haar instellingen, wordt deze zienswijze van het Hof niet goed ontvangen in de rechtsleer⁷⁵⁸.

283. Ten derde bevestigt het Hof dat de mededeling van punten van bezwaar slechts van voorlopige aard is⁷⁵⁹. Het Hof tikt het Gerecht op de vingers doordat het enerzijds wel het voorlopig karakter van de mededeling van de punten van bezwaar erkent, maar anderzijds deze mededeling toch als referentiekader gebruikt om een motiveringsgebrek en manifeste beoordelingsfouten vast te stellen in de eindbeschikking van de Commissie. Inderdaad, wanneer de feiten in de punten van bezwaar duidelijk weerlegd worden door feiten vernoemd in de eindbeschikking, dan kan – zoals het Gerecht nochtans beweerde – niet van de Commissie verlangd worden dat ze uitlegt *waarom* zij in haar eindbeschik-

king is afgeweken van haar juridische analyse opgenomen in de mededeling van punten van bezwaar. Er anders over oordelen zou ingaan tegen het voorlopige karakter van de mededeling van punten van bezwaar.

C. Controle over het verkoopproces van verplicht af te stoten activa – Onafhankelijkheid van de monitoring trustee

284. In de fusiezaak tussen Vivendi Universal Publisher en Lagardère moest Lagardère in het kader van opgelegde verbintenissen enkele activa verkopen⁷⁶⁰. Het is gebruikelijk bij dit soort transacties dat de Commissie toekijkt op de koper van de activa om zeker te zijn o.m. dat het om een echte ‘derde’ gaat, dat het om een derde gaat die een daadwerkelijke concurrent kan worden (een levensvatbare overname), enz. In deze fusiezaak verklaart het Gerecht de beschikking van de Commissie tot goedkeuring van Wendel als koper van de betrokken activa nietig⁷⁶¹. Het Gerecht is van oordeel dat de ‘*monitoring trustee*’ die het rapport schreef met betrekking tot de geïnteresseerde koper, niet voldoet aan de voorwaarde van onafhankelijkheid ten aanzien van de activa die moesten verkocht worden. Gezien het waarderingsrapport een determinerende factor was in de goedkeuringsbeschikking van de Commissie, is de beschikking nietig. Met dit arrest verklaart het Gerecht voor de eerste keer een beschikking die overgaat tot goedkeuring van een koper van verplicht af te stoten activa, nietig.

285. Voor een goed begrip van de draagwijdte van het arrest en de notie ‘onafhankelijke’ *trustee* is een uiteenzetting van bepaalde feiten nuttig. Op 25 september 2002 besloot Vivendi Universal SA om haar uitgeversactiviteiten in Europa die eigendom waren van haar dochteronderneming Vivendi Universal Publishing SA (‘VUP’) te verkopen. Lagardère, eigenaar van het bekende Hachette, was geïnteresseerd om VUP te kopen. Vivendi Universal wenste zo snel mogelijk over liquide middelen uit de verkoop te kunnen beschikken. Dat was echter niet mogelijk als de concentratie moest worden aangemeld (gelet op de daaruit voortvloeiende opschortingsperiode). Lagardère maakt daarom gebruik van de mogelijkheid voorzien in artikel 5, lid 3, *sub a*) van de concentratieverordening en vroeg Natexis

⁷⁵². Zie arrest van het Gerecht van 28 april 1999, T-221/95, *Endemol / Commissie*, *Jur.* 1999, II-1299, r.o. 84. Zie tevens arrest van het Gerecht van 4 februari 2009, T-145/06, *Omya AG / Commissie*, *Jur.* 2009, II-145, r.o. 33.

⁷⁵³. Arrest *Sony / BMG*, aangehaald in voetnoot 750, r.o. 47.

⁷⁵⁴. Zie bv. Brussel 18 maart 2008, 2007/MR2-4, *FCB e.a. / Kinopolis*, r.o. 82 en 96; Brussel 22 juni 2009, 2008/MR/7, *Belgacom / Telenet / Liga beroepsvoetbal*, r.o. 77.

⁷⁵⁵. Arrest *Sony / BMG*, aangehaald in voetnoot 750, r.o. 144.

⁷⁵⁶. Arrest van het Hof van 15 februari 2005, C-12/03 P, *Commissie / Tetra Laval*, *Jur.* 2005, I-987, r.o. 38 en 39.

⁷⁵⁷. Zie *infra* inzake art. 340, 2^{de} al. VWEU (de buitencontractuele aansprakelijkheid van de Unie voor fouten begaan door haar instellingen, ex art. 288 EG).

⁷⁵⁸. J. YSEWYN, M. DE BACKER en A. LENAERTS, noot onder Hof van Justitie 10 juli 2008, *Bertelsmann en Sony Corporation of America / Impala*, *SEW* 2009, 38.

⁷⁵⁹. Arrest *Sony / BMG*, aangehaald in voetnoot 750, r.o. 63.

⁷⁶⁰. Beschikking van de Commissie 2004/422/EG van 7 januari 2004 in zaak M.2978. *Lagardère / Natexis / VUP*, *Pb.* 2004, L 125/54.

⁷⁶¹. Arrest van het Gerecht van 13 september 2010, T-452/04, *Editions Odile Jacob / Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

Banque Populaire ('NBP') om VUP te kopen met het oog op doorverkoop zodra de Europese Commissie de concentratie had goedgekeurd. Op 20 december 2002 heeft Investima 10, een dochteronderneming onder de exclusieve controle van NBP, VUP gekocht. Op dezelfde dag werd de raad van bestuur van Investima 10, dat na naamsverandering Editis SA zou worden, geïnstalleerd. Een zekere 'B.', die tegelijk ook voorzitter was van onderneming 'S.', werd aangeduid als onafhankelijk bestuurder van Editis. Deze persoon B. bleef bestuurder van Editis tot 25 maart 2005.

286. Na deze transactie heeft Lagardère op 14 april 2003 de concentratie aangemeld bij de Commissie. Op 7 januari 2004 heeft de Commissie de concentratie uiteindelijk goedgekeurd na aanvaarding van de verbintenissen voorgesteld door Lagardère⁷⁶². Eén van die verbintenissen was dat Lagardère een groot deel van de activa van VUP/Editis moest doorverkopen aan derden. Verder brachten de verbintenissen met zich mee dat een *monitoring trustee* moest worden aangeduid. Die *trustee* moest onafhankelijk zijn van Lagardère en Editis. De *monitoring trustee* had o.m. tot de taak om de verkoop van activa van Editis in goede banen te leiden en Lagardère en Editis bijstaan in de structurering van de vermogensbestanddelen van Editis die moesten doorverkocht worden. Op 5 februari 2004 duidde de Commissie onderneming S., vertegenwoordigd door haar voorzitter B., aan als *monitoring trustee*.

287. Op 28 mei 2004 bereikte Lagardère een overeenkomst met Wendel met betrekking tot de verkoop van de vermogensbestanddelen van Editis. In uitvoering van het mandaat van *monitoring trustee*, bood onderneming S. op 5 juni 2004 zijn rapport over Wendel aan. Hierin werd geconcludeerd dat Wendel voldeed aan de criteria opgelegd aan de koper in artikel 10 van de verbintenissen. Daarop keurde de Commissie op 30 juli 2004 Wendel goed als koper van de activa van Editis⁷⁶³.

288. Editions Odile Jacob, een concurrerende uitgever en ook een geïnteresseerd koper van de vermogensbestanddelen van Editis, diende een beroep tot nietigverklaring in van de beschikking van de Commissie van 30 juli 2004⁷⁶⁴. Volgens de appellant heeft de Commissie de beslissing gebaseerd op een rapport dat geschreven was door een *monito-*

ring trustee die niet beschikt over voldoende onafhankelijkheid ten aanzien van Editis, Lagardère en Wendel.

289. Het Gerecht van de Europese Unie volgt het argument van Editions Jacob en vernietigt de beschikking van de Commissie die Wendel goedkeurde als koper van de vermogensbestanddelen van Editis. Het vertrekpunt voor de beslissing van de Commissie is de opgelegde verbintenissen die bepalen dat de *monitoring trustee* onafhankelijk moet zijn ten aanzien van Lagardère en Editis en dat er geen belangenconflicten mogen bestaan.

290. Het Gerecht benadrukt dat B. een lid is van de raad van bestuur van Editis. Dat brengt hem in een afhankelijke positie ten aanzien van Editis. Bovendien stelt het Gerecht vast dat tussen 9 februari 2004 en 25 maart 2004 B. lid was van de raad van bestuur van Editis en tezelfdertijd de functie van *monitoring trustee* uitoefende⁷⁶⁵. In dat verband merkt het Gerecht op dat B., als een lid van de raad van bestuur, er belang bij had om het welzijn, de economische waarde en de competitiviteit van Editis te bewaken. Voor het Gerecht zijn dat elementen die ertoe leiden dat B. niet langer in alle onafhankelijkheid zijn taken als *monitoring trustee* kon uitoefenen⁷⁶⁶, en het waarderingsrapport dus niet voldoet aan het vereiste van onafhankelijkheid.

291. Na deze tussenconclusie onderzoekt het Gerecht het effect van het rapport van de *monitoring trustee* op de beschikking van de Commissie waarin Wendel werd goedgekeurd als koper. Hoewel de goedkeuringsbeschikking niet alleen gebaseerd is op het evaluatierapport, is het Gerecht van oordeel dat het evaluatierapport een determinerende invloed had op de beschikking van de Commissie⁷⁶⁷. Het Gerecht baseert zich hiervoor op een vergelijking van het evaluatierapport en de goedkeuringsbeschikking en het feit dat de Commissie in haar verdediging voor het Gerecht meermalen verwijst naar het evaluatierapport om aan te tonen dat het geen manifeste beoordelingsfout had gemaakt door Wendel goed te keuren als een geschikte koper van de vermogensbestanddelen van Editis. Het gebrek aan onafhankelijkheid van de trustee tast dus ook de rechtmatigheid van de beschikking van de Commissie aan die Wendel als koper aanvaardt. De beschikking wordt daarom nietig verklaard.

^{762.} Het betrof een beschikking vastgesteld krachtens art. 8, lid 2 van de vorige concentratieverordening (*Pb.* 1989, L 395/1). Dit artikel komt inhoudelijk overeen met art. 8, lid 2 van de huidige concentratieverordening.

^{763.} Beschikking (2004) D/203365 van 30 juli 2004, geciteerd in arrest van het Gerecht van 13 september 2010, T-279/04, *Editions Odile Jacob / Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 43.

^{764.} Volledigheidshalve kan nog gemeld worden dat Editions Jacob ook tegen de beschikking van de Commissie van 7 januari 2004 waarbij de concentratie werd goedgekeurd een beroep had ingesteld. Dit beroep werd echter verworpen in het arrest van het Gerecht in zaak T-279/04, *Editions Odile Jacob / Commissie*, aangehaald in de vorige voetnoot.

^{765.} Arrest in zaak T-452/04, *Editions Odile Jacob / Commissie*, aangehaald in voetnoot 761, r.o. 89.

^{766.} Arrest in zaak T-452/04, *Editions Odile Jacob / Commissie*, aangehaald in voetnoot 761, r.o. 100.

^{767.} Arrest in zaak T-452/04, *Editions Odile Jacob / Commissie*, aangehaald in voetnoot 761, r.o. 110.

D. Collectieve dominantie: drie voorwaarden bevestigd

292. In de besproken periode worden de zogenaamde cumulatieve *Airtours*-criteria⁷⁶⁸ voor de vaststelling van een collectieve dominante positie bevestigd: “[i]n de eerste plaats moet elk lid van de oligopolide machtspositie het gedrag van de andere leden kunnen kennen teneinde na te gaan of zij één front vormen. In de tweede plaats is het noodzakelijk dat de situatie van stilzwijgende coördinatie duurzaam kan worden gehandhaafd, dat wil zeggen, er moet een stimulans bestaan om niet van de gemeenschappelijke gedragslijn op de markt af te wijken. In de derde plaats moet de Commissie, om het bestaan van een collectieve machtspositie rechtens voldoende aan te tonen, ook bewijzen dat de waarschijnlijke reactie van de werkelijke en potentiële concurrenten en van consumenten de van de gemeenschappelijke gedragslijn verwachte resultaten niet aan het wankelen brengt”⁷⁶⁹.

293. In het eerder vermelde *Sony / BMG*-arrest specificceert het Hof dat de drie cumulatieve *Airtours*-criteria niet mechanisch mogen worden toegepast. De waarschuwing van het Hof is duidelijk: “[b]ij de toepassing van deze criteria dient een mechanische benadering te worden vermeden die erin bestaat dat elk van deze criteria afzonderlijk wordt gecontroleerd en voorbij wordt gegaan aan het algemene economische mechanisme dat achter een hypothetische stilzwijgende coördinatie schuilgaat”⁷⁷⁰.

E. De verplichte verkoop van een niet-controlerende minderheidsbelang kan niet worden opgelegd onder de concentratiecontroleregels

294. In de Republiek Ierland opereren twee zelfstandige internationale vliegtuigmaatschappijen: Ryanair en Aer Lingus. In de loop van 2007 heeft Ryanair getracht om Aer Lingus over te nemen door alle aandelen op te kopen van Aer Lingus nadat deze verhandelbaar werden op de beurs van Dublin. Zoals bekend, heeft de Commissie zich hiertegen verzet door op 27 juni 2007 de concentratie te verbieden. De Commissie was van oordeel dat de mededinging significant verstoord zou worden op 35 routes van en naar Ierland⁷⁷¹. Deze beschikking wordt tevergeefs aangevochten door Ryanair voor het Gerecht van de Europese Unie: op 6 juli 2010 bevestigt het Gerecht de beschikking van de Commissie⁷⁷².

Het arrest is erg feitelijk van aard en zal daarom niet verder worden geanalyseerd.

295. Daarentegen moet wel melding gemaakt worden van een tweede arrest uit de *Ryanair / Aer Lingus*-saga, van dezelfde dag. Immers, nadat Ryanair verplicht werd door de Commissie om geen controlerend belang in Aer Lingus aan te houden, besloot Ryanair om een niet-controlerende participatie in Aer Lingus te behouden. Aer Lingus heeft hiertegen bezwaren geuit bij de Commissie omdat het bijvoorbeeld pesterijen vreesde in haar raad van bestuur of omdat het de vrees had dat Ryanair gebruikmakend van haar positie als aandeelhouder confidentiële informatie zou willen bemachtigen. Op 11 oktober 2007 besliste de Commissie dat zij onder de concentratieverordening niet over de bevoegdheid beschikt om niet-controlerende belangen aangehouden door een concurrent te doen afstoten door laatstgenoemde. Op 6 juli 2010 wordt deze beschikking bevestigd door het Gerecht. Op basis van een strikte tekstuele interpretatie van artikel 8, lid 4 van de concentratieverordening oordeelt het Gerecht dat: “[v]olgens de bewoordingen van artikel 8, lid 4 van [de concentratieverordening] bestaat de bevoegdheid om te verplichten tot verkoop van alle aandelen die een onderneming in een andere onderneming heeft verworven, enkel ‘met het oog op het herstel van de situatie zoals die was vóór de totstandbrenging van de concentratie’. Wanneer geen zeggenschap is verkregen, is de Commissie niet bevoegd om die concentratie te ontbinden. Indien de wetgever de Commissie een ruimere bevoegdheid had willen verlenen dan die welke in de concentratieverordening is neergelegd, had hij een bepaling in die zin geformuleerd”⁷⁷³. Het gegeven dat de niet-controlerende minderheidsparticipatie is verworven met het oog op het later tot stand brengen van de concentratie verandert dat oordeel niet, zolang geen controle is verworven. Het Hof geeft wel nog mee dat indien het gedrag van Ryanair als aandeelhouder onwettig zou zijn of een misbruik zou uitmaken, Aer Lingus naar de nationale rechter kan stappen.

F. Het verstrekken van onvolledige informatie en het schorsing van de beslissingstermijn – De noodzakelijkheidstest

296. In het arrest *Omya* beslist het Gerecht dat wanneer de Commissie heeft geoordeeld dat de informatie die is opgevraagd aan een aanmeldende partij (krachtens art. 11, lid 3 van de concentratieverordening) volledig is, zij op dit besluit

^{768.} Zie arrest van het Gerecht van 6 juni 2002, T-342/99, *Airtours / Commissie*, *Jur.* 2002, II-2585, r.o. 62.

^{769.} Arrest van het Gerecht van 9 september 2008, T-212/03, *Mytravel Group plc / Commissie*, *Jur.* 2008, II-1967, r.o. 78. Zie ook arrest *Sony / BMG*, aangehaald in voetnoot 750, r.o. 124.

^{770.} Arrest *Sony / BMG*, aangehaald in voetnoot 750, r.o. 125.

^{771.} Beschikking C(2007) 3104 in zaak M.4439 *Ryanair / Aer Lingus*, beschikbaar op http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4439_20070627_20610_en.pdf.

^{772.} Arrest van het Gerecht van 6 juli 2010, T-342/07, *Ryanair Holdings / Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

^{773.} Arrest van het Gerecht van 6 juli 2010, T-411/07, *Aer Lingus Group / Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 66.

kan terugkomen als achteraf blijkt dat de informatie toch fout was⁷⁷⁴. In dat geval is de Commissie tevens gerechtigd⁷⁷⁵ om de onderzoekstermijn met terugwerkende kracht te schorsen, d.i. tot op de dag waarop het eerste verzoek tot inlichtingen dat foutief werd beantwoord, gericht is aan de aanmeldende onderneming. Daarvoor is echter wel vereist dat de gevonden fouten een ‘wezenlijk karakter’ hebben⁷⁷⁶. De Commissie kan slechts om correctie verzoeken van de door een partij verstrekte gegevens die onjuist zijn bevonden, indien een risico bestaat dat de gevonden fouten een significant gevolg kunnen hebben voor haar beoordeling van de verenigbaarheid van de betrokken concentratie met de interne markt. Het feit dat beschikkingen inzake concentratiecontrole snel moeten genomen worden met het oog op de economische belangen die op het spel staan – stilstaan is achteruitgaan – staat hieraan niet in de weg. Volgens het Gerecht moet het vereiste van snelheid immers in overeenstemming worden gebracht met het doel van effectieve controle van de verenigbaarheid van de concentraties met de interne markt, welke controle de Commissie met grote opletendheid moet verrichten⁷⁷⁷.

297. Ten slotte is het arrest interessant omdat het ingaat op de vraag naar het leerstuk van misbruik van bevoegdheid: zelfs wanneer de Commissie gerechtigd is om principieel verbetering te vragen van informatie die achteraf fout blijkt te zijn, moet zij hiervan afzien wanneer zij deze bevoegdheid afwendt van haar doel. De feiten van dit arrest leren namelijk dat de Commissie Omya als alternatief voor de retroactieve schorsing van de onderzoekstermijn een vrijwillige verlenging had aangeboden. Volgens Omya wees dit erop dat de Commissie gebruik had gemaakt van haar bevoegdheid ex artikel 11, lid 3 van de concentratieverordening tot opvraging van verbeterde informatie (inclusief de schorsing van de onderzoekstermijn met terugwerkende kracht tot op het eerste verzoek om inlichtingen) omdat de verstrijking van de onderzoekstermijn⁷⁷⁸ nakende was. Op die manier kon de Commissie vermijden dat de concentratie bij gebrek aan een tijdige beschikking van de Commissie goedgekeurd werd. In dit verband stelt het Gerecht dat het ontbreken van bewijs van een schending van de concentratieverordening niet van invloed mag zijn op het eventuele bestaan van een misbruik van bevoegdheid. Het Hof voegt daar echter aan toe dat de omstandigheid dat de Commissie Omya als alternatief een vrijwillige verlenging heeft aangeboden niet per definitie

uitsluit dat de Commissie de gevolgen van de ontdekking van de fouten voor de onderzoekstermijn wilde beperken. Het feit dat de Commissie eveneens aanstuurde op een vrijwillige verlenging en dat daaruit dus blijkt dat de Commissie zich zorgen maakte over het risico van een eventueel beroep tegen haar retroactieve schorsing van de onderzoekstermijn, sluit namelijk niet uit dat de Commissie tegelijkertijd de gevolgen van de ontdekking van fouten voor de onderzoekstermijn wilde beperken⁷⁷⁹.

G. Eisen opgelegd in het lastenboek van een openbare aanbesteding kunnen niet worden beoordeeld in een concentratieprocedure

298. In een arrest van 19 juni 2009 beslist het Gerecht dat een eis opgenomen in het lastenboek van een openbare aanbesteding – zelfs wanneer deze eis aanleiding zou geven tot een potentiële significante belemmering van de mededinging – niet als zodanig kan worden beoordeeld door de Commissie in het kader van de door de concentratieverordening geregelde procedure⁷⁸⁰.

H. Niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie

1. Airtours: bewijs van een fout in hoofde van de Commissie niet evident

299. In het arrest *MyTravel Group plc / Commissie* neemt het Gerecht de illusie weg – voor zover die er ooit was – dat als een Commissiebeschikking waarbij een concentratie ontoelaatbaar wordt verklaard, door het Gerecht wordt vernietigd, de aanmeldende partijen daarna ook makkelijk een schadevergoeding kunnen krijgen⁷⁸¹.

300. Zoals bekend had de Commissie bij beschikking van 22 september 1999 de verwerving van het volledige kapitaal van First Choice plc door Airtours plc (thans hernoemd in MyTravel Group) onverenigbaar verklaard met de interne markt onder de concentratiecontroleverordening⁷⁸². Volgens de Commissie immers gaf de concentratie – ook wanneer ze zou doorgevoerd worden onder de voorwaarden voorgesteld door Airtours – aanleiding tot het ontstaan van een collec-

⁷⁷⁴. Arrest *Omya AG / Commissie*, aangehaald in voetnoot 752.

⁷⁷⁵. Op grond van art. 10, 4. *juncto* art. 11, 3. van de concentratieverordening.

⁷⁷⁶. Arrest *Omya AG / Commissie*, aangehaald in voetnoot 752, r.o. 31.

⁷⁷⁷. Arrest *Omya AG / Commissie*, aangehaald in voetnoot 752, r.o. 33.

⁷⁷⁸. Zie voor de algemene vervaltermijnregel op straffe van stilzwijgende goedkeuring van de aangemelde operatie: art. 10, lid 6 concentratieverordening. Zie voor België: art. 58, lid 2 gecoördineerde wet bescherming economische mededinging, *BS* 29 september 2006.

⁷⁷⁹. Arrest *Omya AG / Commissie*, aangehaald in voetnoot 752, r.o. 102.

⁷⁸⁰. Arrest van het Gerecht van 19 juni 2009, T-48/04, *Qualcomm Wireless Business Solutions Europe / Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.* Het arrest wijst het beroep af tot nietigverklaring tegen de Commissiebeschikking van 30 april 2003 in de zaak COMP/M.2903 *DaimlerChrysler / Deutsche Telekom / JV*, *Pb.* 2003, L 300/62.

⁷⁸¹. Arrest *Mytravel Group plc / Commissie*, aangehaald in voetnoot 769.

⁷⁸². Beschikking van 22 september 1999, zaak M.1524 *Airtours / First Choice*.

tieve machtspositie op de Britse markt voor buitenlandse pakketreizen naar nabije bestemmingen waardoor de mededinging in de interne markt op significante wijze zou worden belemmerd. Op 6 juni 2002 vernietigde het Gerecht deze beschikking omdat de Commissie had nagelaten om op *“rehtens voldoende [wijze] aan te tonen dat [de aangemelde concentratie] zou leiden tot het ontstaan van een collectieve machtspositie van de drie grote touroperatoren die een significante belemmering voor een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt kan vormen”*⁷⁸³.

301. Airtours vordert daarop schadevergoeding van de Commissie, maar krijgt lik op stuk. Het Gerecht bevestigt dat de Unie slechts op niet-contractuele basis aansprakelijk kan worden gesteld wanneer aan drie cumulatieve voorwaarden zijn voldaan: onrechtmatigheid van de aan de instelling verweten gedraging, het bestaan van schade en een oorzakelijk verband tussen de gedraging en de gestelde schade⁷⁸⁴. Wanneer bovendien – zoals dat het geval is bij schadeclaims ingediend naar aanleiding van vernietigde concentratieverboden – aan de schadevordering de onrechtmatigheid van een rechtshandeling ten grondslag ligt, geldt voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie bovendien als voorwaarde dat die rechtshandeling een voldoende gekwalificeerde schending oplevert van een rechtsregel die ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen⁷⁸⁵. Voor de vaststelling dat aan deze voorwaarde is voldaan, is beslissend *“dat een Gemeenschapsinstelling de grenzen waarbinnen haar beoordelingsbevoegdheid dient te blijven, kennelijk en ernstig heeft overschreden”*⁷⁸⁶. Met andere woorden, er is geen symmetrie tussen het beroep tot nietigverklaring en het beroep wegens niet-contractuele aansprakelijkheid: een arrest houdende nietigverklaring volstaat niet voor de vaststelling van een voldoende gekwalificeerde schending. Er is meer vereist⁷⁸⁷.

302. In zijn feitelijke beoordeling of de Commissie haar discretie kennelijk en ernstig heeft overschreden, brengt het Gerecht in herinnering dat het inderdaad principieel niet uit te sluiten is *“dat kennelijke en ernstige fouten in de economische analyse die de basis vormt voor een op grond van artikel 8, lid 3 van verordening nr. 4064/89 vastgestelde beschikking waarbij een concentratie overeenkomstig artikel 2, leden 1 en 3 van deze verordening met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar wordt verklaard, voldoende gekwalificeerde schendingen kunnen vormen om de*

*niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap in de zin van de rechtspraak teweeg te brengen”*⁷⁸⁸. Ook brengt het Gerecht in herinnering dat de Commissie in het licht van de complexiteit van de situaties die op het gebied van concentratiecontrole moet worden geregeld over een ruime beoordelingsmarge beschikt. Dit alles moet worden meegevoerd bij de beoordeling of de Commissie in het kader van haar analyse van de gevolgen voor de mededinging van een aangemelde concentratie een voldoende gekwalificeerde schending heeft begaan.

303. Dit in acht genomen, is in casu het Gerecht van oordeel dat de Commissie redelijkerwijze de visie kon ontwikkelen dat de concentratie zou leiden tot een collectieve machtspositie, hoe verkeerd dat inzicht ook mocht zijn zoals dat daarna duidelijk is geworden na de vernietiging van de beschikking. Ook met betrekking tot (het gebrek aan) ernst van de bestudering van de remediërende toezeggingen van Airtours, is het Gerecht van mening dat de Commissie haar plicht om voorgestelde verbintenissen op serieuze wijze te bestuderen niet op kennelijke en ernstige wijze heeft overschreden.

304. Samengevat blijkt dat onder EU-recht de rechtspraak niet snel zal aanvaarden dat de Commissie in de uitvoering van haar taken die zijn toebedeeld door de concentratieverordening een ‘fout’ heeft begaan die aanleiding moet geven tot schadevergoeding betaald door de Unie. Zonder twijfel is deze rechtspraak dan ook pragmatisch van aard: als elke vernietiging van een concentratieverbod zou moeten beschouwd worden als een bewijs dat de Commissie een ‘fout’ heeft begaan in haar onderzoek van de aangemelde concentratie, dan zou de Commissie ernstig geremd zijn om nog dergelijke verboden uit te vaardigen⁷⁸⁹. De kans zou immers steeds aanwezig zijn dat vernietiging volgt en dat op die manier de fout van de Commissie onmiddellijk bewezen is.

2. Schneider Electric: bewijs van een causaal verband tussen fout en schade ook niet evident

305. Het arrest van het Hof van Justitie van 16 juli 2009 is de laatste grote veldslag in de strijd die het Franse Schneider Electric gedurende bijna een decennium tegen de Europese Commissie heeft gevoerd naar aanleiding van de overname

⁷⁸³. Arrest *Airtours / Commissie*, aangehaald in voetnoot 768, r.o. 294.

⁷⁸⁴. Arrest *Mytravel Group plc / Commissie*, aangehaald in voetnoot 769, r.o. 35. Dit is vaste rechtspraak: zie o.m. arrest van het Hof van 29 september 1982, 26/81, *Oleifici Mediterranei / EEG, Jur.* 1982, 3057, r.o. 16 en beschikking van de voorzitter van het Gerecht van 17 december 2003, T-346/03 R, *Krikorian e.a. / Parlement, Raad en Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 14.

⁷⁸⁵. Het arrest bevestigt dat de concentratieverordening rechtsregels inhoudt die ertoe strekken rechten toe te kennen aan particulieren: r.o. 50.

⁷⁸⁶. Arrest *Mytravel Group plc / Commissie*, aangehaald in voetnoot 769, r.o. 37, met verwijzing naar het arrest van het Hof van 4 juli 2000, C-352/98 P, *Bergaderm en Goupil / Commissie, Jur.* 2000, I-5291, r.o. 42-43 en arrest van het Hof van 19 april 2007, C-282/05 P, *Holcim (Deutschland) / Commissie, Jur.* 2007, I-2941, r.o. 47.

⁷⁸⁷. Arrest *Mytravel Group plc / Commissie*, aangehaald in voetnoot 769, r.o. 41.

⁷⁸⁸. Arrest *Mytravel Group plc / Commissie*, aangehaald in voetnoot 769, r.o. 80.

⁷⁸⁹. Arrest *Mytravel Group plc / Commissie*, aangehaald in voetnoot 769, r.o. 42.

van Legrand⁷⁹⁰. Schneider en Legrand zijn twee grote Franse ondernemingen die beide onder meer actief zijn in de markt van elektriciteitsdistributiesystemen. In 2001 nam Schneider Legrand over ten gevolge van een succesvol openbaar bod. Op 10 oktober 2001 beval de Commissie⁷⁹¹ om Legrand van de hand te doen aangezien het de overname verbood⁷⁹². Deze beschikking werd vervolgens nietig verklaard door het Gerecht omdat Schneiders rechten van verdediging waren geschonden⁷⁹³. In de verbodsbeschikking had de Commissie namelijk een argument ontwikkeld dat niet (duidelijk) uiteen gezet was in de punten van bezwaar die de Commissie tijdens het onderzoek aan Schneider had gericht.

306. Hierop werd de zaak teruggestuurd naar de Commissie voor een nieuw onderzoek. Wanneer de Commissie Schneider meedeelde dat het ook een tweede maal van oordeel was dat de overname aanleiding gaf tot ernstige mededingingsrechtelijke bezwaren, besloot Schneider de verkoop van het belang in Legrand te volbrengen waardoor feitelijk gezien de transactie teniet gedaan werd. Dit bracht Schneider ertoe om een schadeclaim in te dienen tegen de Unie ter compensatie van het verlies dat Schneider had geleden ten gevolge van de fout van de Commissie begaan tijdens haar eerste onderzoek. Het Gerecht oordeelde dat de schending van de rechten van verdediging van Schneider inderdaad te beschouwen is als een kennelijke en ernstige overschrijding van de discretie van de Commissie en derhalve een fout uitmaakt⁷⁹⁴. Bovendien achtte het Gerecht dat Schneider op voldoende wijze het causaal verband had aangetoond tussen de fout van de Commissie en de kosten die Schneider heeft moeten dragen ten gevolge van het heronderzoek van de transactie door de Commissie enerzijds en de verminderde verkoopprijs voor Legrand die Schneider verplicht was te dragen anderzijds. Op deze gronden werd de Unie – en dit voor de eerste maal in het domein van de concentratiecontrole – aansprakelijk gesteld voor de buitencontractuele fout begaan door de Commissie.

307. In het besproken arrest van 16 juli 2009 doet het Hof uitspraak in het beroep ingesteld door de Commissie tegen deze beslissing van het Gerecht van 11 juli 2007. Het arrest van het Gerecht wordt gedeeltelijk vernietigd⁷⁹⁵. Weliswaar

is het Hof het eens dat de Commissie een fout heeft begaan, maar het Hof deelt niet de mening dat er een causaal verband bestaat tussen de fout van de Commissie en het verlies dat Schneider heeft geleden ten gevolge van de vermindering in de (door)verkoopprijs van Legrand. Het Hof oordeelt dat de onmiddellijke oorzaak van de schade van Schneider, veroorzaakt is door de eigen beslissing van Schneider om de verkoop van Legrand te laten plaatsvinden. Schneider was dit nochtans niet verplicht gezien de vernietiging door het Gerecht van de beschikking van de Commissie. Op 22 juli 2002 namelijk, de dag waarop Schneider ermee instemde om Legrand door te verkopen aan Wendel-KKR, was Schneider volgens de eerste beslissing van de Commissie verplicht om Legrand vóór 5 november 2002 te verkopen. Schneider had echter een cancellatieoptie bedongen geldig tot 5 december 2002 die Schneider de mogelijkheid bood om de verkoop ongedaan te maken tegen een betaling van 180 miljoen euro. De Commissie verlengde de uiterste limietdatum voor verkoop daarna nog tot 5 februari 2003 en het Gerecht van de Europese Unie vernietigde in tussentijd de beslissing van de Commissie op 22 oktober 2002. Desalniettemin werd de verkoop van Legrand aan Wendel-KKR definitief afgerond op 10 december 2002. Het Hof bevestigt ten slotte wel de beslissing van het Gerecht voor wat betreft de verplichting voor de Unie om de kosten te vergoeden die Schneider moest dragen ten gevolge van het tweede concentratieonderzoek⁷⁹⁶.

I. De concentratieverordening als instrument ter beperking van de bescherming van nationale kampioenen door de lidstaten

308. Bij overnames van grote industriële en beursgenoteerde ondernemingen spelen vaak grote belangen, met alle gevolgen van dien. Dat was zeker zo bij de overname van de Spaanse energieproducent Endesa, voluit Empresa Nacional de Electricidad SA. In chronologische volgorde hebben de volgende energieproducenten in de loop van 2007 interesse betoond in een overname van Endesa: het Catalaanse Gas Natural, het Duitse E.ON en de Italiaans-Spaanse tandem Enel en Acciona. Zonder dat op alle details kan worden inge-

⁷⁹⁰ Arrest van het Hof van 16 juli 2009, C-440/07 P, *Commissie / Schneider Electric*, *Jur.* 2009, I-6413.

⁷⁹¹ Op grond van wat nu art. 8, lid 4, sub a), 1^{ste} streepje van de concentratieverordening is. Onder de 'oude' concentratieverordening ging het over art. 8, lid 4 zonder meer (*Pb.* 1989, L 395/1).

⁷⁹² Deze beschikking kan geraadpleegd worden op http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2283_20011010_610_nl.pdf.

⁷⁹³ Arrest van het Gerecht van 22 oktober 2002, T-310/01, *Schneider Electric / Commissie*, *Jur.* 2002, II-4071.

⁷⁹⁴ Arrest van het Gerecht van 11 juli 2007, T-351/03, *Schneider Electric / Commissie*, *Jur.* 2007, II-2237, besproken in "Kroniek 2005-2007", *TBH* 2009, p. 159 e.v., randnr. 265-275.

⁷⁹⁵ Het Hof volgt hiermee de conclusie van advocaat-generaal Colomer, uitgebracht op 3 februari 2009.

⁷⁹⁶ Zie ook F. VOGELAAR, noot onder Hof van Justitie 16 juli 2009, *Commissie / Schneider Electric*, *SEW* 2010, 206-210. Op p. 209 stelt Vogelaar: "[d]oordat Schneider al in de zomer 2002 een voorwaardelijk koopcontract met Wendel-KKR [...] had afgesloten, had zij zichzelf met het overeenkomen van de deadline van 10 december 2002 al in een onmogelijke positie gemanoevreerd. En dan is het terecht dat de rekening daarvoor niet bij de Gemeenschap kan worden gelegd."

gaan⁷⁹⁷, komt het erop neer dat uiteindelijk Enel en Acciona de exclusieve controle hebben verworven over Endesa. Deze controleverwerving werd op 5 juli 2007 onvoorwaardelijk goedgekeurd door de Europese Commissie.

309. Een dag voordien echter – aan de lezer om te oordelen of deze directe opeenvolging van beslissingen louter toeval is – keurde de Spaanse Comisión Nacional de la Energía (‘CNE’) de overname door Enel en Acciona goed. Tegelijk echter verbond de Spaanse energieregulator tien voorwaarden aan de goedkeuringsbeslissing. De Europese Commissie was niet akkoord met deze gang van zaken omdat bepaalde voorwaarden niet tot doel hadden om andere gewettigde belangen te beschermen dan diegene opgenomen in de concentratieverordening. Anders gezegd: de Commissie achtte dat het Spaanse optreden in manifeste tegenspraak was met het ‘one stop shop’-systeem van de concentratieverordening (zie art. 21). De Commissie nam daarom op 5 december 2007 een beslissing waarin werd vastgesteld dat Spanje artikel 21 van de concentratieverordening had geschonden doordat bepaalde voorwaarden opgelegd door de CNE niet verenigbaar zijn met het EG-recht en dat deze daarom ingetrokken dienden te worden⁷⁹⁸. In het bijzonder waren voor de Commissie volgende zaken onaanvaardbaar: (1) de verplichting om Endesa, maar ook het Endesa-merk, te behouden als een onafhankelijke onderneming alsook de verplichting om het beslissingscentrum in Spanje te houden; (2) een beperking ten aanzien van Endesa’s schuldratio; (3) een beperking ten aanzien van Endesa’s dividendpolitiek; (4) een verplichting voor bepaalde centrales van Endesa om bepaalde hoeveelheden van nationale steenkool te blijven aankopen; en (5) de verplichting om de activa die behoren tot de Endesa Groep maar die zich op eilanden en niet op het vaste land bevinden niet te verkopen⁷⁹⁹. Op 1 februari 2008 startte de Commissie vervolgens de inbreukprocedure voorzien in artikel 258 VWEU (ex art. 226 EG) op tegen Spanje.

310. Spanje stelde daarop op 13 februari 2008 beroep in op grond van artikel 263 VWEU (ex art. 230 EG) om de nietigverklaring te bekomen van de beslissing van de Commissie

van 5 december 2007⁸⁰⁰. Spanje heeft de zaak ondertussen laten doorhalen wat op zich al interessant is⁸⁰¹. Verder nog interessant is het feit dat Spanje op dezelfde dag een verzoek tot opschorting van de uitvoering van de beslissing van de Commissie heeft ingediend bij de voorzitter van het Gerecht⁸⁰². In diens verzoek tot opschorting verdedigde Spanje de stelling dat de voorzitter de opschorting van de uitvoering van de beslissing moest bevelen aangezien *prima facie* de Commissie niet gerechtigd lijkt te oordelen of maatregelen die worden opgelegd door een lidstaat aanvaardbaar zijn op basis van de uitzonderingsbepaling opgenomen in artikel 21, § 4, 2^{de} alinea van de concentratieverordening. Daar wordt namelijk bepaald dat de openbare veiligheid, de pluraliteit van de media en de toezichtregels gewettigde belangen zijn die principieel *niet* in aanmerking worden genomen door de Europese Commissie in het kader van haar toezicht op concentraties met een Europese dimensie.

311. Er is een belangrijk verschil tussen alinea 2 en alinea 3 van artikel 21, § 4 van de concentratieverordening. Wanneer een lidstaat meent maatregelen te moeten treffen ter vrijwaring van de openbare veiligheid, de pluraliteit van de media of de toezichtregels (art. 21, § 4, 2^{de} al.) dan wordt onweerlegbaar vermoed dat deze maatregelen “*andere gewettigde belangen dan die welke in de [concentratiecontroleverordening] in aanmerking zijn genomen*” dienen en dan wordt bovendien vermoed dat deze maatregelen verenigbaar zijn met de algemene beginselen en de overige bepalingen van het Unierecht. Legt een lidstaat daarentegen maatregelen op die andere ‘openbare’ belangen dienen (art. 21, § 4, 3^{de} al.) dan is de lidstaat verplicht dit openbaar belang aan de Commissie mee te delen en dient de Commissie dit belang te erkennen nadat zij de verenigbaarheid ervan met de algemene beginselen en de overige bepalingen van het Unierecht heeft onderzocht. Slechts na deze kennisgeving zijn dit soort van nationale maatregelen mogelijk.

312. Er bestond rechtspraak die oordeelde dat de Commissie – en dit ook bij gebreke van voorafgaande mededeling zoals voorzien in artikel 21, § 4, 3^{de} alinea – bevoegd is om

^{797.} Een eerste keer op 5 juli 2007 oordeelde de Europese Commissie dat de verwerving van uitsluitende zeggenschap over Endesa door Enel en Acciona de daadwerkelijke mededinging in de Europese Economische Ruimte of in een wezenlijk deel daarvan niet op significante wijze belemmert. Deze goedkeuringsbeslissing van de Europese Commissie was onder meer gebaseerd op een overeenkomst gesloten in de loop van de biedoorlog voor Endesa tussen Enel/Acciona en E.ON opdat E.ON zijn openbaar overnamebod op Endesa zou intrekken. Volgens deze overeenkomst zouden na de overname van Endesa bepaalde activa verkocht worden aan E.ON (zo zou bv. een energiecentrale van Endesa in Spanje, ‘Besos 3’, overgaan naar E.ON na de overname). Gezien echter de overeenkomst tussen Enel/Acciona en E.ON op 18 maart 2008 gewijzigd werd (onder meer werd beslist dat de ex-Endesa centrale Besos 3 niet meer overging naar E.ON maar dat in de plaats daarvan de centrale ‘Tarragona 1’ overging), en aangezien hierdoor de marktimpact van de eerste aangemelde concentratie wijzigde, waren Enel/Acciona verplicht een nieuwe aanmelding van een concentratie te richten aan de Europese Commissie. Ook voor deze tweede concentratie ging de Europese Commissie, op 16 juni 2008, over tot goedkeuring zonder het opleggen van verbintenissen. Zie respectievelijk voor de eerste en voor de tweede goedkeuringsbeslissing: zaak M.4685 *Enel / Acciona / Endesa* en zaak M.5171 *Enel / Acciona / Endesa*, beiden beschikbaar op de site van DG Competition.

^{798.} Zaak M.4685 *Enel / Acciona / Endesa*.

^{799.} Zie persmededeling van de Commissie, *Mergers: Commission declares part of conditions imposed by Spain on Enel and Acciona to acquire Endesa incompatible with EU law and requires their withdrawal*, 5 december 2007, IP/07/1858.

^{800.} *Pb.* 2008, C 92/41.

^{801.} *Pb.* 2010, C 209/51. Deze doorhaling is mogelijk een reactie op de uitspraak in kort geding door de voorzitter van het Gerecht.

^{802.} Op grond van art. 278, zin 2, VWEU (ex art. 242 EG) *juncto* art. 104, § 2, van het procedurereglement van het Gerecht. Zie beschikking van de voorzitter van het Gerecht van 30 april 2008, T-65/08 R, *Spanje / Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 14.

zich uit te spreken over de verenigbaarheid van deze belangen met het Unierecht⁸⁰³. Indien de Commissie bij gebreke van mededeling conform alinea 3 door de betrokken lidstaat enkel een beroep wegens niet-nakoming in de zin van artikel 258 VWEU kon instellen, zou het immers onmogelijk zijn om binnen de door de concentratieverordening voorgeschreven korte termijnen een communautaire beschikking te verkrijgen, waardoor de kans toeneemt dat een dergelijke beschikking pas wordt gegeven nadat de nationale maatregelen de concentratie van communautaire dimensie reeds definitief hebben verstoord⁸⁰⁴.

313. De vraag was daarom of de Commissie ook wanneer een lidstaat de toepassing van de uitzondering van artikel 21, § 4, 2^{de} alinea inroept, gerechtigd is te onderzoeken of er effectief sprake is van nationale maatregelen die één van de drie opgesomde gewettigde belangen trachten te beschermen. De beschikking van de voorzitter van het Gerecht neemt alle twijfel weg: *“il est inévitable que la Commission examine si les mesures nationales concernées sont justifiées*

*par l'un des intérêts prévus à l'article 21, § 4, 2^{ème} alinéa du règlement n° 139/2004. En effet, si, ce faisant, elle constate que l'Etat membre a adopté les mesures en question pour assurer la protection d'un des intérêts légitimes énumérés audit alinéa, elle n'aura plus à pousser plus avant son examen et à vérifier si lesdites mesures sont justifiées au regard de tout autre intérêt public visé au 3^{ème} alinéa. [...] Le soin d'apprécier la question de savoir si des mesures nationales s'adressant aux parties à une concentration déclarée compatible avec le marché commun visent à protéger la sécurité publique, [relève] de la compétence de la Commission”*⁸⁰⁵.

314. De rechtsleer lijkt hieruit de conclusie te hebben getrokken dat de rechtspraak met betrekking tot artikel 21, § 4, 3^{de} alinea nu naar alle waarschijnlijkheid (over deze vraag is immers nog geen uitspraak ten gronde geveld) is doorgetrokken naar artikel 21, § 4, 2^{de} alinea: *“ainsi l'invocation par les Etats membres des intérêts légitimes per se de l'article 21, § 4 du règlement n° 139/2004 s'opère sous le contrôle de la Commission”*⁸⁰⁶.

VII. OVERHEIDSSTEUN

315. De basisregels van het recht van de Unie met betrekking tot overheidssteun zijn neergelegd in de artikelen 107 tot en met 109 VWEU (ex art. 87-89 EG).

A. Artikel 107, lid 1 VWEU: het verbod van staatssteun

316. Artikel 107, lid 1 VWEU stelt: *“[B]ehoudens de afwijkingen waarin de verdragen voorzien, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.”*

317. Het is vaste rechtspraak dat een steunmaatregel slechts strijdig is met het in artikel 107, lid 1 VWEU neergelegde verbod als de volgende vier voorwaarden zijn vervuld: (1) een optreden van staatswege dan wel een optreden dat met staatsmiddelen is bekostigd; (2) een mogelijk ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten; (3) een voordeel voor de begunstigde waardoor bepaalde ondernemingen of producties worden begunstigd; en (4) een vervalsing of

dreiging van vervalsing van de mededinging⁸⁰⁷. Deze vier voorwaarden worden hieronder aan de hand van de voor de besproken periode meest relevante arresten verder toegelicht. Zoals in vorige afleveringen wordt het vereiste van specificiteit, dat deel uitmaakt van de derde voorwaarde, afzonderlijk behandeld. Vooraf wordt echter het ondernemingsbegrip kort besproken.

1. De vereiste begunstigde: het begrip onderneming

318. Het in artikel 107, lid 1 VWEU neergelegde verbod is enkel van toepassing op steun die ondernemingen begunstigt. De vraag of de begunstigde entiteit als een onderneming kan worden beschouwd, rijst in de NOS-zaak. De Commissie stelde na uitgebreid onderzoek vast dat de financiering van de Nederlandse openbare omroep(en) niet volkomen strookt met de staatssteunregels en legde bij beschikking de terugvordering van onrechtmatige steun op.

319. De begunstigde entiteit, de Nederlandse Omroepstichting (NOS), betoogt in het kader van het door haar ingestelde beroep tot nietigverklaring dat zij niet als een onderneming kan worden beschouwd voor zover zij belast is met de coör-

⁸⁰³ Arrest van het Hof van 22 juni 2004, zaak C-42/01, *Portugal / Commissie*, *Jur.* 2004, I, 6079, r.o. 54.

⁸⁰⁴ Arrest in zaak C-42/01, *Portugal / Commissie*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 55.

⁸⁰⁵ Beschikking in zaak T-65/08 R, *Spanje / Commissie*, aangehaald in voetnoot 802, r.o. 26 en 27. De Nederlandse versie van de beschikking is ten tijde van de afsluiting van deze kroniek nog niet beschikbaar.

⁸⁰⁶ J. KOVAR, “Le patriotisme économique à l'épreuve du droit communautaire”, *JDE* 2009, 272.

⁸⁰⁷ Arrest van het Gerecht van 21 mei 2010, gevoegde zaken T-425/04, T-444/04, T-450/04 en T-456/04, *Frankrijk e.a. / Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 212.

dinatie en beheer van de openbare omroepen, zodat, alvast voor deze activiteit, het verbod op staatssteun niet van toepassing is. In Nederland zijn meerdere openbare omroepen actief die in verhouding tot hun ledenaantal zendtijd krijgen toebedeeld zodat hun activiteiten moeten worden gecoördineerd. Het Gerecht verwerpt die stelling. Het verwijst daarbij naar vaste rechtspraak op grond waarvan het begrip onderneming in het kader van het mededingingsrecht “*elke eenheid [omvat] die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd*”⁸⁰⁸ en herinnert eraan dat het feit dat een entiteit belast is met een bepaalde taak van algemeen belang geen beletsel is om de betrokken activiteiten als economische activiteiten te beschouwen. Enkel activiteiten die de uitoefening betreffen van bevoegdheden van openbaar gezag kunnen niet als economische activiteiten worden aangemerkt. Dat is niet het geval voor de coördinatietaak van de NOS. Die taak betreft slechts de opdracht om de samenwerking tussen de publieke omroepen te stimuleren, de drie publieke televisiezenders te coördineren en aan het Commissariaat voor de Media, een toezichtsorgaan, tweemaal per jaar verslag uit te brengen over de activiteiten van de publieke omroepen. Het Gerecht besluit dat dit geen functie is die kan worden gelijkgesteld aan een openbaar lichaam dat handelt in de uitoefening van het openbaar gezag en dat de NOS een functie vervult die anders door de betrokken ondernemingen zelf zou moeten worden verricht of die zij in elk geval zouden moeten organiseren of betalen. Bovendien stelt het Gerecht vast dat de NOS-entiteit die met deze taak is belast ook inkomsten uit commerciële activiteiten geniet, al dan niet als tussenpersoon voor de betrokken publieke omroepen⁸⁰⁹, een bij uitstek economische activiteit.

320. Het is echter niet noodzakelijk dat de vermeende steunmaatregel rechtstreeks aan een onderneming wordt verstrekt. In de *Mediaset*-zaak is een Italiaanse regeling aan de orde die een subsidie verstrekt aan iedere gebruiker van omroepdiensten die een decodertoestel wenst te kopen of huren waarmee signalen voor digitale terrestrische televisie kunnen worden ontvangen. De regeling is niet van toepassing op de aankoop van decoders voor de ontvangst van digitale satellietzenders. Mediaset, de begunstigde onderneming, betoogt dat de maatregel geen steunmaatregel kan zijn in de zin van artikel 107, lid 1 VWEU omdat zij een voordeel verstrekt aan natuurlijke of rechtspersonen die niet noodzakelijkerwijs ondernemingen zijn. Die stelling vindt geen steun bij het Gerecht. Het stipt aan dat vaste rechtspraak erkent dat “*een voordeel dat rechtstreeks is verleend aan bepaalde natuurlijke of rechtspersonen die niet noodzakelijkerwijs ondernemingen zijn, een indirect voordeel en dus*

staatssteun kan vormen voor andere natuurlijke of rechtspersonen die ondernemingen zijn”⁸¹⁰ (zie ook *infra*, randnr. 328).

2. Een voordeel

321. Het begrip voordeel impliceert dat de interventie van de staat tot een verbetering van de economische en/of financiële toestand – of zelfs tot een verrijking – van de begunstigde leidt, bijvoorbeeld doordat de lasten worden verlicht die normaliter op diens budget drukken⁸¹¹. Dat begrip kan erg ruim worden geïnterpreteerd, zoals de *France Telecom*-zaak illustreert.

322. In de zomer van 2002 was de financiële situatie van *France Telecom* erg precair. De door de overheid gecontroleerde telecomoperator kreunde onder een zware schuldenlast en vreesde financieringsproblemen wanneer haar de toegang tot de kapitaalmarkt zou worden afgesneden. De Franse minister van Economische Zaken legde geruststellende verklaringen af en stelde onder meer dat “*[de Staat] zich, in zijn hoedanigheid van aandeelhouder, als een voorzichtig investeerder [zal] gedragen en mocht France Telecom moeilijkheden ondervinden, dan zullen wij passende maatregelen treffen*”. De situatie keerde niet en in de winter van 2002 stelde een nieuw aangesteld management een herstelplan op dat een kapitaalverhoging in het vooruitzicht stelde. De Franse overheid kondigde op dat ogenblik aan dat het op zijn deelneming aan de kapitaalverhoging vooruit zou lopen in de vorm van toekenning van een aandeelhoudersvoorschot en zond *France Telecom* hiervoor een geparaferde en ondertekende ontwerpovereenkomst toe. *France Telecom* ondertekende deze ontwerpovereenkomst echter niet en het aandeelhoudersvoorschot werd nooit verleend.

323. De Commissie was van oordeel dat het aandeelhoudersvoorschot dat de Franse overheid in december 2002 aan *France Telecom* toekende in de vorm van een kredietlijn van 9 miljard euro, gezien in de context van de sinds de zomer van 2002 afgelegde verklaringen, met de gemeenschappelijke markt onverenigbare staatssteun oplevert. Bouygues, een concurrent van *France Telecom*, stelt in zijn beroep tot nietigverklaring dat niet alleen het aandeelhoudersvoorschot maar ook de door de Franse overheid verstrekte verklaringen op zich een steunmaatregel opleveren.

324. Het Gerecht stelt vast dat de geruststellende verklaringen van de Franse overheid voor *France Telecom* een financieel voordeel opleveren in de zin van artikel 107, lid 1

^{808.} Arrest van het Gerecht van 16 december 2010, gevoegde zaken T-231/06 en T-237/06, *Nederland e.a. / Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 92.

^{809.} Arrest in gevoegde zaken T-231/06 en T-237/06, *Nederland e.a. / Commissie*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 79-105.

^{810.} Arrest van het Gerecht van 15 juni 2010, T-177/07, *Mediaset / Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 75 (hogere voorzienig werd ingesteld op 6 augustus 2010, zaak C-403/10 P).

^{811.} Arrest in gevoegde zaken T-425/04, T-444/04, T-450/04 en T-456/04, *Frankrijk e.a. / Commissie*, aangehaald in voetnoot 807, r.o. 231.

VWEU en de economische positie van de onderneming versterken omdat zij tezamen beslissend waren voor de positieve reactie van de ratingbureaus en dat deze reactie op haar beurt beslissend was voor het herstel van de reputatie van France Telecom bij de investeerders en de schuldeisers en voor de houding van de spelers op de financiële markten, die later aan de herfinanciering van France Telecom hebben deelgenomen⁸¹². De verklaringen leveren evenwel geen steunmaatregel in de zin van artikel 107, lid 1 VWEU op omdat zij niet tot overdracht van staatsmiddelen leidden (zie *infra*).

325. De Commissie stelt dat de ontwerpovereenkomst voor een aandeelhoudersvoorschot een extra voordeel oplevert dat verschilt van het voordeel dat zijn oorsprong vindt in de geruststellende verklaringen omdat zij France Telecom in staat stelde haar financiële middelen uit te breiden en de markt gerust te stellen. France Telecom kon immers eenzijdig en onvoorwaardelijk het in de door de overheid toegezonden en ondertekende overeenkomst vermelde aandeelhoudersvoorschot opnemen door deze overeenkomst zelf te ondertekenen. France Telecom betwist op haar beurt het bestaan van een dergelijk voordeel en stelt dat zij de overeenkomst voor een aandeelhoudersvoorschot niet had willen ondertekenen omdat de voorwaarden ervan te zwaar waren en zij er in elk geval de voorkeur aan gaf haar schulden op de obligatiemarkt te herfinancieren.

326. Het Gerecht volgt de stelling van France Telecom en komt tot de conclusie dat de Commissie uit het feit alleen dat de staat eenzijdig een kredietlijn van een bepaald bedrag aanbood, niet kan afleiden dat dit aanbod France Telecom een economisch voordeel oplevert, zonder daarbij rekening te houden met de voorwaarden die aan de tenuitvoerlegging van die kredietovereenkomst zijn verbonden, *“inzonderheid met de voorwaarden inzake toekenning en terugbetaling van dit krediet, vooral wanneer de begunstigde dat aanbod niet heeft aanvaard, maar zich heeft geherfinancierd tegen de op de markt geldende voorwaarden. Anders zou zelfs een kredietovereenkomst die objectief ongunstigere voorwaarden bevat, zoals een hogere rente en striktere terugbetalingstermijnen dan op de markt gangbaar is, als voordeel in de zin van artikel 87, lid 1 EG moeten worden aangemerkt om de enkele reden dat een overheidsinstantie zich bereid heeft verklaard een bepaald bedrag ter beschikking van de begunstigde te stellen”*⁸¹³.

327. Een voordeel kan zowel direct als indirect aan een onderneming worden verstrekt. Een voorbeeld van een indirect voordeel kan worden teruggevonden in een Italiaanse regeling die een lager belastingtarief voorziet voor de

opbrengsten van bepaalde instellingen voor collectieve belegging die zijn gespecialiseerd in de belegging in aandelen van op gereguleerde markten genoteerde vennootschappen met een kleine of middelgrote beurswaarde. Het Gerecht stelt vast dat de Italiaanse regeling de investeringen in deze gespecialiseerde ondernemingen tracht te stimuleren door een fiscale gunstmaatregel die weliswaar slechts de investeerders in deze ondernemingen rechtstreeks ten goede komt (door een verlaagd belastingtarief). Niettemin krijgen de gespecialiseerde ondernemingen zelf een onrechtstreeks voordeel omdat de fiscale gunstmaatregel tot een stijging van investeringen in deze ondernemingen aanleiding kan geven en derhalve aan de basis kan liggen van een stijging van hun commissies⁸¹⁴.

328. In de hierboven reeds vermelde *Mediaset*-zaak treedt het Gerecht het standpunt van de Commissie bij, die vaststelde dat een Italiaanse regeling die een subsidie verstrekt aan consumenten die zich een digitale decoder aanschaffen om terrestrische digitale signalen te ontvangen een voordeel verstrekt aan terrestrische zenders. De maatregel zet de consumenten ertoe aan om over te schakelen van analoge naar digitale terrestrische technologie, waarbij de kosten die de digitale terrestrische televisiezenders bij zulke omschakeling moesten dragen beperkt worden en de zenders in staat stelt hun bestaande marktpositie te consolideren. Dat voordeel wordt niet aan digitale satellietzenders verstrekt omdat de subsidie niet geldt voor decoders van digitale satellietzenders. *Mediaset* betoogt dat het regime haar geen voordeel oplevert. Een televisiezender zou immers niet geneigd zijn een deel van de kost van de aankoop van een decoder te dragen en consumenten tot de aankoop van een decoder aan te zetten, omdat zij zich op die manier zou bloot stellen aan meelifgedrag van concurrenten die digitaal toegankelijk zouden worden zonder bij te dragen in de kost van de aankoop van een decoder. Een zender heeft in die omstandigheden geen belang om de kost van de aankoop van een decoder te subsidiëren. De overheidssubsidie kan de zender dan ook geen voordeel opleveren. Het Gerecht treedt die stelling niet bij en stipt aan dat het feit dat *“verzoekster het uit de subsidie voortvloeiende voordeel deelt met andere zenders, [...] de betrokken maatregel hoe dan ook niet zijn voordelig karakter [ontneemt] wat haar betreft”*⁸¹⁵.

329. De vraag of een onderneming een ‘economisch voordeel’ ontvangt, moet worden beschouwd in het licht van ‘normale marktomstandigheden’. In een democratische staat, alsook in een markteconomie, kunnen de toepasselijke bepalingen op elk moment gewijzigd worden zodat de wijzigingen die in de context van een liberalisering van een voor-

⁸¹². Arrest in gevoegde zaken T-425/04, T-444/04, T-450/04 en T-456/04, *Frankrijk e.a. / Commissie*, aangehaald in voetnoot 807, r.o. 237-240.

⁸¹³. Arrest in gevoegde zaken T-425/04, T-444/04, T-450/04 en T-456/04, *Frankrijk e.a. / Commissie*, aangehaald in voetnoot 807, r.o. 255.

⁸¹⁴. Arrest van het Gerecht van 4 maart 2009, T-424/05, *Italië / Commissie*, *Jur.* 2009, II-23, r.o. 113.

⁸¹⁵. Arrest *Mediaset*, aangehaald in voetnoot 810, r.o. 63.

heen afgeschermd markt als normale marktomstandigheden moeten worden aangemerkt⁸¹⁶.

330. Een overheid die zich bij de uitvoering van een economische activiteit als een particuliere marktinvesteerder gedraagt, verstrekt de betrokken onderneming dan ook geen voordeel in de zin van artikel 107, lid 1 VWEU. De deelname van een overheid (in welke vorm ook) in het kapitaal van een onderneming kan staatssteun zijn als een particuliere investeerder die beschikt over middelen die vergelijkbaar zijn met die van een publieke investeerder in soortgelijke omstandigheden niet tot een gelijkaardige belangrijke transactie bereid zou zijn geweest. Dit criterium van de particuliere marktinvesteerder in een markteconomie houdt in dat het gedrag van de particuliere investeerder waarmee de deelneming van de publieke investeerder die doelstellingen van economisch beleid nastreeft moet worden vergeleken “*minstens het gedrag moet zijn van een particuliere holding of een particuliere groep van ondernemingen met een algemeen of sectoraal structuurbeleid*” in het licht van het op het ogenblik van de investering beschikbare informatie en vooruitzichten⁸¹⁷.

331. Zulk onderzoek is vaak complex en vergt een nauwkeurige en gedetailleerde analyse. In het arrest *Frucone Kosice* bijvoorbeeld onderzoekt het Gerecht uitvoerig of de Slowaakse Republiek zich als een particuliere schuldeiser in een markteconomie opstelde door een crediteurenakkoord goed te keuren waarbij zij afstand deed van 65% van haar fiscale schuldvorderingen⁸¹⁸.

332. Het technische en omvangrijke arrest dat het Gerecht uitspreekt in de zaak *Bundesverband deutscher Banken / Commissie*⁸¹⁹ onderzoekt eveneens uitvoerig of de Commissie het beginsel van de particuliere marktinvesteerder correct toepast. Aan de orde is de vraag of de ‘stille inbreng’ van een fonds dat een leningenportefeuille omvat, door de deelstaat Hessen in de Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale en de daarvoor door de bank verschuldigde vergoeding aan normale marktvoorwaarden heeft plaatsgevonden. Zonder hier in de details van deze technische analyse te treden, toont deze zaak aan dat het voor sommige transacties niet gemakkelijk is om het juiste referentiepunt te vinden om de investering door een publieke overheid te toetsen aan het in gelijkaardige omstandigheden verwachte gedrag van een particuliere investeerder. Het Gerecht brengt in dit verband de rechtspraak in herinnering “*dat het criterium van de particu-*

liere investeerder weliswaar eist dat wordt nagegaan of een dergelijke investeerder de betrokken transactie tegen dezelfde voorwaarden zou hebben verricht, doch dat [...] het toezicht op staatssteun tot doel heeft na te gaan of de begunstigde onderneming een economisch voordeel ontvangt dat zij onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen en dat daartoe niet alleen het standpunt van de investeerder in aanmerking mag worden genomen”. In deze zaak is dan ook de vraag van belang of de beweerdelijk begunstigde onderneming op de markt dezelfde voordelen tegen dezelfde prijs kon krijgen “*om te bepalen wat het resultaat zou zijn geweest van onderhandelingen tussen [de bank] en de hypothetische particuliere investeerder die zich in de situatie van het Land bevond*”⁸²⁰.

333. Ook in de *EDF*-zaak staat het principe van de particuliere marktinvesteerder centraal. Aan de orde is de vraag of de Franse Staat zich als een particuliere investeerder gedroeg wanneer hij, als enige aandeelhouder, het kapitaal van EDF verhoogde door afstand te doen van een fiscale schuldvordering. Volgens vaste rechtspraak is het criterium van de private investeerder enkel van toepassing wanneer het overheidsoptreden een economisch karakter heeft, bijvoorbeeld wanneer de overheid deelneemt in het kapitaal van een onderneming. Het criterium is evenwel niet van toepassing wanneer het gedrag van de staat onder zijn handelen als overheid valt, bijvoorbeeld wanneer hij een onderneming een belastingvrijstelling verleent⁸²¹.

334. De kapitaalverhoging via een afstand van belastingvordering werpt de vraag op of het optreden van de Franse Staat een economisch karakter heeft dan wel of hij als overheid handelde met als gevolg dat het principe van de particuliere marktinvesteerder niet van toepassing is. Het Gerecht stelt dat “*[d]e enkele omstandigheid dat de staat toegang heeft tot middelen voortvloeiend uit de uitoefening van overheidsbevoegdheden, [...] op zich onvoldoende grond [is] om het handelen van de staat te beschouwen als berustend op zijn overheidsbevoegdheden. Anders bestaat het gevaar dat de toepassing van het criterium van de verstandige particuliere investeerder op het gedrag van de staat als aandeelhouder geen enkele betekenis meer heeft, of althans op onevenredige wijze wordt beknut, aangezien hij, als staat, noodzakelijkerwijs financiële middelen kan inzetten die voortvloeien uit de uitoefening van overheidsbevoegdheden, in het bijzonder belastingmiddelen*”⁸²². Om die reden stelt het Gerecht dat “*in elk concreet geval [moet] worden vastge-*

^{816.} Arrest van het Gerecht van 11 februari 2009, T-25/07, *Iride / Commissie*, Jur. 2009, II-245, r.o. 50.

^{817.} Arrest van het Gerecht van 24 september 2008, T-20/03, *Kahla/Thüringen Porzellan GmbH / Commissie*, Jur. 2008, II-2305, r.o. 236-238.

^{818.} Arrest van het Gerecht van 7 december 2010, T-11/07, *Frucona Kosice a.s. / Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 88 e.v. Tegen dit arrest werd door Frucona Kosice hogere voorziening ingesteld bij het Hof op 18 februari 2011 (C-73/11 P).

^{819.} Arrest van het Gerecht van 3 maart 2010, T-163/05, *Bundesverband deutscher Banken / Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

^{820.} Arrest *Bundesverband deutscher Banken*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 175.

^{821.} Zie ook arrest van het Gerecht van 17 december 2008, T-196/04, *Ryanair / Commissie*, Jur. 2008, II-3643, r.o. 85.

^{822.} Arrest van het Gerecht van 15 december 2009, T-156/04, *EDF / Commissie*, Jur. 2009, II-4503, r.o. 232. Tegen dit arrest werd door de Commissie op 8 maart 2010 hogere voorziening ingesteld (C-124/10 P).

steld of de deelneming of interventie van de staat in het kapitaal van de begunstigde onderneming een economisch doel dient dat ook een particuliere investeerder zou kunnen nastreven, en derhalve door de staat als marktdeelnemer wordt verricht op dezelfde grondslag als een particuliere investeerder, dan wel juist haar rechtvaardiging vindt in het nastreven van een doelstelling van openbaar belang en daarom is te beschouwen als een handelen van de staat als overheid, in welk geval het gedrag van de staat niet met dat van een marktdeelnemer of een particuliere investeerder in een markteconomie kan worden vergeleken”⁸²³. De maatregel dient derhalve niet alleen te worden beoordeeld naar de vorm “maar naar de aard, het voorwerp en de doelstellingen ervan, hetgeen meebrengt dat alle aspecten ervan in hun totaliteit in aanmerking worden genomen, alsmede de context waarbinnen hij is vastgesteld”⁸²⁴.

335. Het Gerecht stelt dan ook vast dat de Commissie onrecht de toepassing van het criterium van de particuliere marktinvesteerder afwees vanwege het fiscale karakter van de schuldvordering en het feit dat de Franse Staat een wet gebruikte om hiervan afstand te doen: “[d]e Commissie behoorde immers in die omstandigheden na te gaan of een particuliere investeerder in vergelijkbare omstandigheden een investering van vergelijkbare omvang zou hebben gedaan, onafhankelijk van de door de Staat gekozen vorm ter verhoging van het kapitaal van EDF en van het eventuele gebruik van belastingmiddelen daartoe, en zodoende de economische beweegredenen voor deze investering te bepalen om deze te vergelijken met het gedrag dat een particuliere investeerder ten aanzien van diezelfde onderneming in dezelfde omstandigheden aan de dag zou hebben gelegd”⁸²⁵.

336. Het Ryanair-arrest bevestigt de rechtspraak dat het principe van de particuliere marktinvesteerder van toepassing is wanneer de lidstaat handelt als een onderneming. In deze zaak is het Gerecht, in tegenstelling tot de Commissie, van oordeel dat “de vaststelling van het bedrag van landingsheffingen en de verlening van de daaraan verbonden schadeloosstellingsgarantie”⁸²⁶ activiteiten zijn die rechtstreeks verband houden met het beheer van de luchthaveninfrastructuur, “dat een economische activiteit is”⁸²⁷.

337. Ook in de Olympic Airways-zaak stelt het Gerecht vast dat de Commissie een verkeerde toepassing van het beginsel van de private marktinvesteerder maakte. De Griekse overheid heeft de vliegactiviteiten en de daarmee verband hou-

dende activa van Olympic Airlines aan een nieuw opgerichte onderneming Olympic Airways overgedragen. De nieuwe onderneming sub-least haar vliegtuigen bij haar voorganger en de Griekse overheid, die beiden bestaande leaseovereenkomsten hebben gesloten met derde partijen. De huurprijs die Olympic Airlines en de Griekse overheid aan deze derde partijen betaalde is aanzienlijk hoger dan de vigerende marktprijs op het ogenblik dat Olympic Airways haar activiteiten startte. De Commissie is van oordeel dat het verschil tussen de lagere huurprijs die Olympic Airways betaalt aan haar voorganger Olympic Airlines en de Griekse overheid, en de prijs die deze laatsten aan derde partijen betalen, een voordeel oplevert. Het Gerecht volgt die redenering echter niet en stelt dat Olympic Airways slechts een voordeel zou hebben verkregen indien de huurprijzen die zij betaalt aanzienlijk lager is dan de vigerende marktprijs. Die analyse had de Commissie echter niet uitgevoerd⁸²⁸.

338. In de zaak *Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe* onderzoekt het Hof of de nationale regels voor de prijsberekening bij de verkoop van landbouwgrond door de overheid een steunmaatregel oplevert. Het Hof stipt aan dat, “wanneer het nationaal recht regels invoert ter berekening van de marktwaarde van grond ten behoeve van de verkoop daarvan door de overheid, de toepassing van die regels, met het oog op hun conformiteit met artikel 87 EG, in alle gevallen moet leiden tot een prijs die de marktwaarde zo dicht mogelijk benadert”. Het Hof erkent wel dat, “aangezien die marktwaarde theoretisch is, behalve wanneer de verloop plaatsvindt tegen het hoogste bod [...] noodzakelijkerwijs een speling van de verkregen prijs ten opzichte van de theoretische prijs [moet] worden aanvaard”⁸²⁹.

3. Specificiteit van de maatregel

339. Het is niet voldoende dat een maatregel de economische en/of financiële toestand van de betrokken onderneming verbetert om als een steunmaatregel in de zin van artikel 107, lid 1 VWEU te worden beschouwd. De maatregel moet daarenboven een selectief karakter hebben. Artikel 107, lid 1 VWEU verbiedt immers enkel steunmaatregelen die ‘bepaalde ondernemingen of bepaalde producties’ begunstigen. Om uit te maken of de betrokken maatregel een selectieve maatregel is, moet worden onderzocht of zij binnen het kader van een bepaalde rechtsregeling een voordeel verschaft aan bepaalde ondernemingen ten

⁸²³ Arrest *EDF*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 233.

⁸²⁴ Arrest *EDF*, aangehaald in voetnoot 822, r.o. 236.

⁸²⁵ Arrest *EDF*, aangehaald in voetnoot 822, r.o. 249.

⁸²⁶ Het Waalse Gewest had zich garant gesteld om Ryanair alle verliezen te vergoeden die direct of indirect zouden voortvloeien uit een wijziging van een decreet of in de reglementering van het niveau van de luchthavenbelastingen of van de openingstijden van de luchthaven.

⁸²⁷ Arrest *Ryanair*, aangehaald in voetnoot 821, r.o. 88.

⁸²⁸ Arrest van het Gerecht van 13 september 2010, gevoegde zaken T-415/05, T-416/05 en T-423/05, *Griekenland e.a. / Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 251. In dezelfde zaak stelt het Gerecht ook vast dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout had gemaakt bij de waardebeoordeling van de aan Olympic Airways overgedragen activa.

⁸²⁹ Arrest van het Hof van 16 december 2010, C-239/09, *Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 34-35.

opzichte van andere ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.

340. De afbakening van het referentiekader om de selectiviteitstoets door te voeren is nog belangrijker bij belastingmaatregelen, omdat het bestaan van een voordeel slechts ten opzichte van een ‘normale’ belasting kan worden vastgesteld. Het normale belastingtarief is het tarief van het geografische gebied dat het referentiekader vormt⁸³⁰.

341. Een belastingmaatregel die door een regionale of lokale overheid wordt aangenomen, geldt in beginsel enkel voor de ondernemingen die in de betrokken regio actief zijn. In principe kan zulke maatregel (in de mate dat zij tot een lager belastingtarief leidt in vergelijking met andere regio’s in de betrokken lidstaat) niet als een steunmaatregel worden beschouwd op grond van het loutere feit dat zij slechts van toepassing is in het territoriale bevoegdheidsgebied van de betrokken overheid. Het referentiekader waarin het al dan niet bestaan van het selectieve karakter moet worden vastgesteld kan zich slechts beperken tot de relevante regio indien de regionale of lokale overheid een fundamentele rol speelt bij de vaststelling van de politieke en economische omgeving waarin de in haar bevoegdheidsgebied gevestigde ondernemingen opereren en hierbij over voldoende autonomie beschikt. Een regionale of lokale overheid beschikt over voldoende autonomie als zij op het constitutionele niveau over een eigen politieke en administratieve status beschikt, die los staat van de centrale overheid (institutionele autonomie), als de beslissing is genomen zonder dat de centrale overheid rechtstreekse zeggenschap heeft over de inhoud ervan (procedurele autonomie) en op voorwaarde dat 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 gecompenseerd⁸³¹.

342. In een recente zaak preciseert het Hof deze voorwaarden verder. Het Hof stipt aan dat de voorwaarde van de procedurele autonomie niet in het gedrang komt door een in de Grondwet van de betrokken lidstaat neergelegd solidariteitsbeginsel dat de regionale overheid verplicht om bij de vaststelling van een belastingregeling rekening te houden met het economische evenwicht tussen de verschillende delen van het grondgebied. Het Hof stelt dat het feit dat bij het nemen van een beslissing vooraf bepaalde grenzen in acht moeten worden genomen, niet impliceert dat afbreuk wordt gedaan aan de autonome besluitvorming van de overheid die de beslissing treft, zolang de regionale overheid autonoom

een beslissing kan nemen – “*dat wil zeggen zonder dat de centrale overheid rechtstreekse zeggenschap heeft over de inhoud ervan*”⁸³².

343. De voorwaarde van de financiële en economische autonomie sluit uit dat de financiële consequenties van een verlaging van het belastingtarief voor de ondernemingen in de regio worden gecompenseerd door bijdragen of subsidies van andere regio’s of de centrale overheid. Niettemin kan het enkele feit dat uit een algemene beoordeling van de financiële betrekkingen tussen de centrale staat en zijn regionale overheden blijkt dat die staat middelen overdraagt naar deze overheden, als zodanig niet volstaan als bewijs dat deze overheden de financiële gevolgen van de door hen vastgestelde belastingmaatregelen niet dragen en dus niet financieel autonoom zijn. Zulke overdrachten kunnen immers worden verklaard op gronden die geen verband houden met de in het geding zijnde belastingmaatregelen⁸³³.

4. Maatregel van de staat of met staatsmiddelen bekostigd

344. Enkel voordelen die rechtstreeks of zijdelings met staatsmiddelen zijn bekostigd en voortspruiten uit een maatregel van de staat, kunnen als een steunmaatregel in de zin van artikel 107, lid 1 VWEU worden beschouwd.

345. In de hierboven vermelde *France Telecom*-zaak vernietigt het Gerecht een beschikking van de Commissie omdat zij niet heeft aangetoond dat het aan France Telecom verstrekte voordeel (met name geruststellende verklaringen die door de overheid werden afgelegd en het toesturen van een getekende ontwerpovereenkomst voor een aandeelhoudersvoorschot die uiteindelijk nooit door France Telecom werd aanvaard) een overdracht van staatsmiddelen behelst. Het Gerecht stelt vast dat Frankrijk door middel van de afgelegde verklaringen en door op de financiële markten zijn reputatie van schuldeiser en van kredietwaardige en betrouwbare schuldenaar uit te spelen, de reactie van die markten actief wilde beïnvloeden, het vertrouwen in France Telecom op de markten wilde herstellen en in het bijzonder trachtte te verkrijgen dat France Telecoms rating werd gehandhaafd zodat zij later in betere economische omstandigheden en tegen geringere kosten kon worden geherfinancierd, zonder dat daarvoor onmiddellijk en voor een bepaald bedrag de staatskas moet worden aangesproken. Maar dat levert geen staatssteun op. Het Gerecht stelt immers vast dat Frankrijk aldus “*in de plaats van rechtstreeks of indirect*

⁸³⁰. Arrest van het Gerecht van 1 juli 2010, T-335/08, *BNP Paribas / Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 160. Tegen dit arrest werd op 16 september 2010 door BNP Paribas en Banca Nazionale del Lavoro SpA hogere voorziening ingesteld (C-452/10 P).

⁸³¹. Arrest van het Hof van 6 september 2006, C-88/03, *Portugal / Commissie*, *Jur.* 2006, I-7115, r.o. 67, besproken in “Kroniek 2005-2007”, *TBH* 2009, p. 170-171, randnrs. 317-319. Voor een toepassing, zie arrest van het Gerecht van 18 december 2008, gevoegde zaken T-211/04 en T-215/04, *Gibraltar / Commissie*, *Jur.* 2008, II-3745.

⁸³². Arrest van het Hof van 11 september 2008, gevoegde zaken C-428/06 tot en met C-434/06, *UGT-Rioja e.a.*, *Jur.* 2008, I-6747, r.o. 108.

⁸³³. Arrest *UGT-Rioja*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 135.

staatsmiddelen in de zin van artikel 87, lid 1 EG op het spel te zetten, de specifieke regels van de werking van de financiële markten [heeft] aangewend om de kortetermijnpositie van France Telecom te stabiliseren teneinde juist de financiële en bedrijfsvoorwaarden te creëren die absoluut noodzakelijk waren om later concretere ondersteunende maatregelen te kunnen treffen. Het feit alleen dat de Franse Staat in een dergelijke context zijn bijzondere reputatie op de financiële markten heeft uitgespeeld, volstaat echter niet als bewijs dat zijn middelen zozeer aan risico waren blootgesteld dat kan worden gesproken van een overdracht van staatsmiddelen in de zin van artikel 87, lid 1 EG die nauw genoeg verbonden is met het voordeel dat door de sinds juli 2002 afgelegde verklaringen aan France Telecom was toegerekend⁸³⁴.

346. Een gelijkaardige problematiek is aan de orde in de Nederlandse NOx-zaak. De Nederlandse overheid heeft een regeling uitgevaardigd die erop is gericht om de uitstoot van NOx terug te dringen. De regeling, die in de mogelijkheid voorziet om de NOx-emissierechten op de markt te verhandelen, legt een NOx-emissienorm op voor elke industriële installatie die in haar toepassingsgebied valt. Een betrokken onderneming kan aan de voor haar geldende emissienorm voldoen door in de eigen installatie NOx-reducerende maatregelen te nemen, emissierechten van andere ondernemingen te kopen, of door een combinatie van beide opties. Emissiereducties in de vorm van NOx-credits kunnen op een emissiemarkt worden aangeboden door eigenaars van installaties waarvan de emissies onder de emissienorm liggen. Aan het eind van elk jaar onderzoeken de Nederlandse autoriteiten of de installaties de voorgeschreven emissienorm in acht hebben genomen. Elk jaar kunnen NOx-credits worden gekocht, gespaard of uitgeleend voor toekomstige perioden. Indien een installatie de voorgeschreven emissienorm overschrijdt, moet zij dit in het daaropvolgende jaar compenseren. Bovendien wordt dit te compenseren excedent verhoogd met 25% om ondernemingen te ontmoedigen de norm te overschrijden. Indien een installatie er niet in slaagt om aan de voor haar geldende emissienorm te voldoen, kunnen de Nederlandse autoriteiten haar een doeltreffende, evenredige en afschrikkende boete opleggen.

347. De regeling kent aan deze emissierechten de hoedanigheid van immateriële activa toe die vrij verkoopbaar zijn, zij het met inachtneming van het voor de betrokken ondernemingen geldend plafond. Het Gerecht stelt vast dat Nederland door deze regeling afstand heeft gedaan van staatsinkomsten, aangezien de activa zonder vergoeding aan de

betrokken ondernemingen ter beschikking worden gesteld, terwijl zij hadden kunnen worden verkocht of geveild⁸³⁵. Om deze reden verstrekt de maatregel een voordeel dat met staatsmiddelen is bekostigd.

348. Niet alleen de maatregelen die rechtstreeks door de overheid worden gefinancierd kunnen een steunmaatregel opleveren. Ook de maatregelen van een openbaar bedrijf dat door een lidstaat wordt gecontroleerd kunnen onder bepaalde omstandigheden als staatssteun worden aangemerkt. Het is evenwel vaste rechtspraak dat in zulke situatie de toerekenbaarheid van een maatregel aan de staat niet louter uit de omstandigheid kan worden afgeleid dat de betrokken maatregel door een openbaar bedrijf is genomen⁸³⁶.

349. In de SIC-zaak⁸³⁷ is de vraag aan de orde of het verlenen van een betalingsfaciliteit door Portugal Telecom, een onderneming die door de Portugese Staat wordt gecontroleerd, aan de Portugese openbare omroep RTP, als staatssteun moet worden beschouwd. Het Gerecht herinnert er aan dat de overheid op één of andere manier betrokken moet zijn bij de vaststelling van de maatregelen. Hierbij is niet vereist dat op basis van een gedetailleerd onderzoek wordt aangetoond dat de overheid het openbare bedrijf er concreet toe heeft aangezet om de betrokken steunmaatregelen te nemen. De toerekenbaarheid kan op grond van een samenstel van aanwijzingen blijken, zoals het feit dat de onderneming de maatregelen niet kan nemen zonder rekening te houden met de door de overheid gestelde eisen, het feit dat de onderneming deel uitmaakt van de structuur van de openbare administratie, de aard van zijn activiteiten, het feit dat het bedrijf bij het verrichten van deze activiteiten al dan niet normaal concurreert met particuliere marktdeelnemers, het juridische statuut van het bedrijf, de mate waarin de overheid toezicht op het beheer van het bedrijf uitoefent of elke andere aanwijzing waaruit het concrete geval blijkt dat de overheid bij de vaststelling van een maatregel is betrokken of dat het onwaarschijnlijk is dat zij hierbij niet betrokken is, mede gelet op de omvang van de maatregelen, op de inhoud ervan of op de eraan verbonden voorwaarden. De Commissie is van oordeel dat er voldoende aanwijzingen zijn om vast te stellen dat de betrokkenheid bij de door Portugal Telecom genomen maatregelen onvoldoende is om deze maatregelen als staatssteun te kwalificeren. Het Gerecht treedt het standpunt van de Commissie bij en stelt vast dat Portugal Telecom niet is geïntegreerd in de overheidsdiensten, dat de Portugese autoriteiten rechtstreeks noch onrechtstreeks bij het verlenen van de betalingsfaciliteiten zijn betrokken en dat het gedrag van Portugal Telecom met betrekking tot deze

⁸³⁴ Arrest in gevoegde zaken T-425/04, T-444/04, T-450/04 en T-456/04, *Frankrijk e.a. / Commissie*, aangehaald in voetnoot 807, r.o. 282.

⁸³⁵ Arrest van het Gerecht van 10 april 2008, T-233/04, *Nederland / Commissie*, *Jur.* 2008, II-591, r.o. 75. In hetzelfde arrest stelt het Gerecht echter vast dat de maatregel geen steunmaatregel is omdat zij niet selectief is, daar het verschil in behandeling tussen ondernemingen die emissierechten kunnen verhandelen (maar ook aan een emissieplafond worden onderworpen) gerechtvaardigd wordt door de aard of de opzet van het stelsel dat door de Nederlandse Staat is opgezet.

⁸³⁶ Arrest van het Hof van 16 mei 2002, C-482/99, *Frankrijk / Commissie*, *Jur.* 2002, I-4397, r.o. 52.

⁸³⁷ Arrest van het Gerecht van 26 juni 2008, T-442/03, *SIC / Commissie*, *Jur.* 2008, II-1161, r.o. 98-114.

maatregel na haar privatisering niet is gewijzigd. Bovendien stelt het Gerecht vast dat de houding van Portugal Telecom voornamelijk kan worden toegeschreven aan een geschil over tarieven tussen Portugal Telecom en RTP.

350. In de *TV2*-zaak stelt het Gerecht vast dat de Commissie niet voldoende heeft gemotiveerd waarom de reclame-inkomsten die een publieke omroep verwerft als staatsmiddelen moeten worden beschouwd. De in het geding zijnde reclame-inkomsten worden door een derde onderneming verkocht en via een bijzonder fonds aan de publieke omroep overgemaakt. Bij de beoordeling van het middel van een motiveringsgebrek stelt het Gerecht vast dat niet kan worden uitgesloten dat die reclame-inkomsten in werkelijkheid van meet af aan TV2 toebehoren en dat de overmaking daarvan via het TV2-fonds slechts een administratieve procedure is die geen werkelijke controle van de Deense Staat over die bedragen geeft⁸³⁸.

351. Het Gerecht stelt daarentegen vast dat de heffingen die bij consumenten van energie worden geïnd en vervolgens op een bankrekening van een door de Italiaanse autoriteit gecontroleerde publiekrechtelijke entiteit worden gestort, staatsmiddelen zijn⁸³⁹. Vergoedingen die met de op deze rekening gestorte middelen worden uitbetaald, kunnen als een steunmaatregel worden aangemerkt als de andere toepassingsvoorwaarden van artikel 107 VWEU zijn vervuld.

5. Vervalsing van de mededinging en beïnvloeding van het handelsverkeer

352. In de *NOS*-zaak past het Gerecht de vaste rechtspraak toe dat de voorwaarde van de vervalsing van de mededinging is vervuld wanneer de Commissie aantoont dat er een gevaar voor vervalsing of de dreiging daarvan is. De Commissie is niet verplicht om de daadwerkelijke gevolgen van (reeds toegekende) steun aan te tonen. Het is immers vaste rechtspraak dat steun, die een onderneming bevrijdt van kosten die zij in het kader van haar gewone bedrijfsvoering of van haar normale werkzaamheden normaliter zelf zou moeten dragen, in beginsel de mededingingsvoorwaarden vervalst⁸⁴⁰.

353. In het *Chronopost*-arrest stelt het Hof dat de overdracht door een moederonderneming van een klantenkring aan de dochteronderneming de mededinging slechts zou kunnen

beïnvloeden “[...] indien deze overdracht de structuur van de betrokken markt wijzigde en de positie van de reeds op deze markt aanwezige concurrenten aantastte”⁸⁴¹.

6. Openbare dienstverplichtingen: *Altmark* en artikel 106, lid 2 VWEU

354. In het *Altmark*-arrest stipt het Hof aan dat een overheidsmaatregel die de compensatie vormt voor de prestatie die een onderneming verricht om openbare dienstverplichtingen uit te voeren, niet als een steunmaatregel kan worden beschouwd omdat de compensatie geen voordeel oplevert als de volgende voorwaarden zijn vervuld: (1) de begunstigde onderneming is daadwerkelijk belast met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen en de verplichting is duidelijk afgebakend; (2) de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend zijn vooraf op objectieve en doorzichtige wijze vastgesteld; (3) de compensatie is niet hoger dan nodig om de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen; en (4) wanneer de met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen te belasten onderneming in een concreet geval niet wordt gekozen in het kader van een openbare aanbestedingsprocedure, de noodzakelijke compensatie vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die zodanig is uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van deze verplichtingen⁸⁴².

355. In de *TFI*-zaak preciseert het Gerecht dat de ‘*Altmark*’-criteria louter en alleen dienen om te beoordelen of een maatregel als een steunmaatregel kan worden gekwalificeerd en meer in het bijzonder of er sprake is van een voordeel⁸⁴³. Een maatregel die niet aan de *Altmark*-criteria voldoet, kan alsnog verenigbaar worden verklaard met de interne markt op grond van artikel 106, lid 2 VWEU (ex art. 86, lid 2 EG). Deze verdragsbepaling stelt dat ondernemingen die zijn belast met een dienst van algemeen economisch belang onder de regels van het Verdrag vallen, en met name van de mededingingsregels, doch enkel in de mate dat de toepassing van deze regels de vervulling van de taak van algemeen economisch belang niet verhindert.

⁸³⁸. Arrest van het Gerecht van 22 oktober 2008, gevoegde zaken T-309/04, T-317/04, T-329/04 en T-336/04, *TV2 / Danmark A/S e.a. / Commissie, Jur.* 2008, II-2935, r.o. 155-167.

⁸³⁹. Arrest *Iride*, aangehaald in voetnoot 816, r.o. 24-28.

⁸⁴⁰. Arrest in gevoegde zaken T-231/06 en T-237/06, *Nederland e.a. / Commissie*, aangehaald in voetnoot 808, r.o. 118 en 119.

⁸⁴¹. Arrest van het Hof van 1 juli 2008, gevoegde zaken C-341/06 P en C-342/06 P, *Chronopost e.a. / Commissie, Jur.* 2008, I-4777, r.o. 129.

⁸⁴². Arrest van het Hof van 24 juli 2003, C-280/00, *Altmark, Jur.* 2003, I-7747, r.o. 87. Een toepassing van deze criteria kan worden gevonden in het arrest van het Gerecht van 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA e.a. / Commissie, Jur.* 2008, II-81, besproken in “Kroniek 2005-2007”, *TBH* 2009, p. 170, randnr. 315.

⁸⁴³. Arrest van het Gerecht van 11 maart 2009, T-354/05, *TFI / Commissie, Jur.* 2009, I-471, r.o. 130.

356. De lidstaten kunnen een dienst van algemeen economisch belang ruim omschrijven. In de *SIC*-zaak stelt het Gerecht dat kwalificatie van de publieke opdracht van het omroepwezen als een dienst van algemeen economisch belang en niet als een dienst van algemeen niet-economisch belang “veeleer valt te verklaren door de impact die de openbare omroep de facto heeft op de – overigens concurrentiële en commerciële – omroepsector; dan door het gestelde economisch belang van de openbare omroep” en verwijst hierbij naar het Protocol van Amsterdam, de resolutie van de Raad en de lidstaten van 25 januari 1999 betreffende de publieke omroep⁸⁴⁴. Bovendien stipt het Gerecht aan dat lidstaten deze opdracht breed kunnen omschrijven⁸⁴⁵, net zoals in de *TV2/Danmark A/S*-zaak waarin het Gerecht vaststelt dat lidstaten een dienst van algemeen economisch belang op het gebied van de omroep ruim en kwalitatief kunnen omschrijven “zodat deze de uitzending van een breed scala van programma’s omvat net zo min als de mogelijkheid voor die lidstaten om die dienst van algemeen economisch belang uit de reclame-inkomsten te financieren”⁸⁴⁶.

357. Eveneens in de *SIC*-zaak stipt het Gerecht aan dat de specificiteit van de openbare omroep, die, “gelet op de culturele, sociale en democratische functies die hij voor het gemeenschappelijk welzijn vervult”, tot gevolg heeft dat een lidstaat niet verplicht is om de openbare omroepopdracht na oproep tot mededinging toe te wijzen om de daarmee gepaard gaande steunmaatregelen te kunnen rechtvaardigen op grond van artikel 106, lid 2 VWEU⁸⁴⁷.

7. Beoordeling van steunmaatregelen: het onderscheid tussen bestaande steun en nieuwe steun

358. Het onderscheid tussen bestaande en nieuwe steunmaatregelen is niet zonder belang. In de besproken periode is dit onderscheid ook in enkele arresten aan de orde en verduidelijken het Hof en het Gerecht beide begrippen. Nieuwe steunmaatregelen – dit zijn steunregelingen en individuele steun die geen bestaande steun zijn, met inbegrip van wijzigingen in bestaande steun⁸⁴⁸ – moeten krachtens artikel 108, lid 3 VWEU en de artikelen 2 en 3 van verordening nr. 650/1999 bij de Commissie worden aangemeld en kunnen niet ten uitvoer worden gebracht alvorens de Commissie daar-

mee heeft ingestemd. De Commissie kan bovendien de terugvordering opleggen van een nieuwe steunmaatregel die zonder haar toestemming ten uitvoer is gelegd en na onderzoek niet verenigbaar wordt geacht met de interne markt.

359. Bestaande steunmaatregelen zijn daarentegen onderworpen aan een voortdurend onderzoek van de Commissie die slechts voor de toekomst geldende dienstige maatregelen kan opleggen wanneer zij tot de conclusie komt dat de betrokken steunregeling niet of niet langer verenigbaar is met de interne markt⁸⁴⁹.

360. Artikel 1 van verordening nr. 650/1999 omvat een overzicht van verschillende vormen van bestaande steun. Artikel 1, b), ii) van verordening nr. 650/1999 bepaalt onder meer dat bestaande steun, steun is die op het moment van inwerkingtreding geen steun vormde, maar vervolgens steun is geworden vanwege de ontwikkeling van de gemeenschappelijke markt, zonder dat de betrokken lidstaat er wijzigingen in heeft aangebracht. In het arrest *Commissie / Ierland* herhaalt het Hof zijn rechtspraak dat “het begrip ontwikkeling van de gemeenschappelijke markt kan worden opgevat als een wijziging van de economische en juridische context in de door de aan de orde zijnde maatregel geraakte sector” en dat dit begrip niet ziet “op het geval waarin de Commissie haar beoordeling wijzigt op grond van een striktere toepassing van de regels over staatssteun”⁸⁵⁰.

361. Krachtens artikel 1, b), i) van verordening nr. 659/1999 is iedere steunmaatregel die voor de inwerkingtreding van het VWEU in de betrokken lidstaat bestond en iedere door de Commissie of de Raad goedgekeurde steunmaatregel bestaande steun. In de *NOS*-zaak stelt het Gerecht dat niet “iedere gewijzigde bestaande steun als nieuwe steun [is te] beschouwen, maar [...] alleen de wijziging als zodanig als nieuwe steun [kan] worden gekwalificeerd”⁸⁵¹. Het Gerecht benadrukt dat “slechts wanneer de wijziging de kern van de oorspronkelijke regeling raakt, [...] deze laatste [...] in een nieuwe steunregeling [wordt] omgezet. Van een dergelijke substantiële wijziging kan echter geen sprake zijn wanneer het nieuwe element duidelijk los van de oorspronkelijke regeling kan worden beschouwd”⁸⁵². In de betrokken zaak is de vraag aan de orde of ‘ad hoc-betalingen’ aan de NOS als nieuwe steun moeten worden beschouwd dan wel of zij verband houden met de reguliere, jaarlijkse betalingen van de overheid die als bestaande steun worden beschouwd.

⁸⁴⁴. Arrest *SIC*, aangehaald in voetnoot 837, r.o. 153.

⁸⁴⁵. Arrest *SIC*, aangehaald in voetnoot 837, r.o. 201-203.

⁸⁴⁶. Arrest *TV2 / Danmark A/S*, aangehaald in voetnoot 838, r.o. 113. Zie in dezelfde zin het arrest *SIC*, aangehaald in voetnoot 837, r.o. 201 e.v.

⁸⁴⁷. Arrest *SIC*, aangehaald in voetnoot 837, r.o. 98-114.

⁸⁴⁸. Art. 1, c) van verordening nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 betreffende de vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag, *Pb.* 1999, L 83/1.

⁸⁴⁹. Arrest *TFI*, aangehaald in voetnoot 843, r.o. 188.

⁸⁵⁰. Arrest van het Hof van 2 december 2009, C-89/08 P, *Commissie / Ierland e.a.*, *Jur.* 2009, I-11245, r.o. 71.

⁸⁵¹. Arrest in gevoegde zaken T-231/06 en T-237/06, *Nederland e.a. / Commissie*, aangehaald in voetnoot 808, r.o. 177.

⁸⁵². Arrest in gevoegde zaken T-231/06 en T-237/06, *Nederland e.a. / Commissie*, aangehaald in voetnoot 808, r.o. 177.

362. Deze uitspraak haakt in bij de vaste rechtspraak dat een wijziging in de wettelijke regeling op grond waarvan een onderneming een voordeel geniet die de aard van die voordelen niet wijzigt en evenmin betrekking heeft op de activiteiten waarvoor het voordeel geldt, niet als nieuwe steun kan worden aangemerkt⁸⁵³. In het *Caremar*-arrest vernietigt het Gerecht niettemin de bestreden Commissiebeschikking wegens een motiveringsgebrek omdat de Commissie verzuimde aan te geven waarom de in het geding zijnde maatregel als nieuwe steun moet worden beschouwd. De verzoevende onderneming betoogt onder meer dat de steunregeling haar oorsprong vindt in een wet die in 1936 in voege was getreden, ruim voor de inwerkingtreding van het EEG-Verdrag en dat de wijzigingen in een vermindering van het uit te keren steunbedrag resulteert, wat op zich reeds voldoende zou zijn om het bestaan van nieuwe steun te onkrachten aangezien het begrip van nieuwe steun per definitie een verhoging impliceert van de financiële lasten die een lidstaat moet dragen⁸⁵⁴.

363. In de *Alcoa*-zaak stelt het Gerecht echter vast dat het verstrekken van een preferentieel elektriciteitstarief dat wordt gefinancierd door staatsmiddelen als nieuwe steun moet worden beschouwd. In deze zaak stelde de Commissie in een eerste beschikking vast dat ENEL voor de periode 1996-2005 aan de begunstigde onderneming een tarief toekende dat overeenstemt met het gebruikelijke markttarief en de onderneming geen voordeel verstrekt. Een nieuwe maatregel die een preferentieel tarief toekent voor de periode 2005 tot 2010 kan niet als bestaande steun op grond van een eerdere goedkeuringsbeschikking worden beschouwd, omdat zij een andere periode betreft en bovendien ook steunt op een ander financieringsmechanisme⁸⁵⁵.

8. Procedureaanmelding van nieuwe steun: eerste onderzoek, formele onderzoeksprocedure en beroepen

a. Aanmeldingsplicht

364. Krachtens artikel 108, lid 3 VWEU en de artikelen 2 en 3 van verordening nr. 650/1999 moet de Commissie op de hoogte worden gebracht van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen en kunnen die maatregelen niet ten uitvoer worden gebracht alvorens de Commissie daarmee uitdrukkelijk of stilzwijgend heeft ingestemd. Deze bepalingen zijn geschonden wanneer de lidstaat zonder voorafgaandelijke aanmelding de steunmaatregel heeft aangenomen, zelfs wanneer zij nog niet aan de begunstigde

onderneming is uitbetaald. In het *ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni*-arrest herhaalt het Gerecht de vaste rechtspraak dat “*steunmaatregelen bij de Commissie moeten worden aangemeld wanneer zij nog in het ontwerp stadium verkeren, dat wil zeggen voordat zij tot uitvoering worden gebracht en zolang zij nog kunnen worden aangepast naar aanleiding van eventuele opmerkingen van de Commissie*”⁸⁵⁶.

b. De omvang van de onderzoeksplicht Commissie bij een eerste onderzoek

365. Krachtens artikel 4, lid 1 van verordening nr. 650/1999 moet de Commissie onverwijld na de aanmelding een eerste onderzoek starten. In de zaak *ACEA / Commissie* stelt het Gerecht dat de Commissie bij de beoordeling van een steunregeling van algemene strekking zich kan beperken “*de algemene en abstracte kenmerken van de regeling in kwestie te onderzoeken*” en niet verplicht is elk afzonderlijk geval waarin die regeling is toegepast te onderzoeken om na te gaan of deze elementen van steun omvat. Een verplichting om elk afzonderlijk geval waarbij de regeling wordt toegepast te onderzoeken zou immers afbreuk doen aan de doeltreffendheid van het toetsingsbevoegdheid van de Commissie. In deze zaak is de vraag aan de orde of goedkope leningen en een driejarige vrijstelling van vennootschapsbelasting voor bijzondere gemeentelijke vennootschappen die belast zijn met het beheer van openbare diensten als staatssteun kunnen worden aangemerkt⁸⁵⁷.

366. Volgens vaste rechtspraak maakt een heffing een integraler bestanddeel uit van een steunmaatregel als er een dwingend bestemmingsverband is tussen de betrokken heffing en de steun, in de zin dat de opbrengst van de heffing noodzakelijkerwijs voor de financiering van de steun wordt bestemd en rechtstreekse invloed heeft op de omvang ervan. Wanneer zulk dwingend bestemmingsverband wordt vastgesteld moet de Commissie in haar onderzoek noodzakelijkerwijs rekening houden met deze heffing⁸⁵⁸.

367. Het verzoek om informatie, waarbij de Commissie bijkomende inlichtingen vraagt omtrent de werkingssfeer van een aangemelde steunregeling, evenals het antwoord van de nationale autoriteiten op dit verzoek, zijn onlosmakelijk verbonden met de aangemelde steunregeling. De Commissie schendt derhalve het rechtszekerheidsbeginsel niet indien zij bij de beoordeling van de vraag of een individuele steunmaatregel in overeenstemming is met de beschikking waarbij de steunregeling werd goedgekeurd, rekening houdt met informatie die de lidstaat in antwoord op een verzoek om

^{853.} Arrest van het Hof van 9 augustus 1994, C-44/93, *Namur-Les assurances du crédit*, *Jur.* 1994, I-3829, r.o. 29 en 31.

^{854.} Arrest van het Gerecht van 4 maart 2009, gevoegde zaken T-265/04, T-292/04 en T-504/04, *Caremar e.a. / Commissie*, *Jur.* 2009, II-21, r.o. 124-135.

^{855.} Arrest van het Gerecht van 25 maart 2009, T-332/06, *Alcoa Trasformazioni / Commissie*, *Jur.* 2009, II-29, r.o. 128.

^{856.} Arrest van het Gerecht van 1 juli 2010, T-62/08, *ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni / Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 235.

^{857.} Arrest van het Gerecht van 11 juni 2009, T-297/02, *Acea / Commissie*, *Jur.* 2009, II-1683, r.o. 62 e.v.

^{858.} Arrest van Hof van 22 december 2008, C-333/07, *Société Régie Networks*, *Jur.* 2008, I-10807, r.o. 99.

informatie heeft aangedragen en waarop de beschikking steunt⁸⁵⁹.

368. De steunverkrijgende onderneming kan er ook niet van uit gaan dat het ontbreken van een uitdrukkelijke beperking in een door de Commissie reeds goedgekeurde steunregeling (met name of een steunmaatregel kan worden verstrekt aan een onderneming in moeilijkheden) met nauwkeurige, onvoorwaardelijke en onderling overeenstemmende inlichtingen moet worden gelijkgesteld. Het ontbreken van een uitdrukkelijke beperking kan in die omstandigheid niet aan de oorsprong liggen van een gewettigd vertrouwen⁸⁶⁰ dat zulke onderneming voor steun in aanmerking zou komen.

369. De geldigheid van een beschikking van de Commissie die, na een eerste onderzoek, op grond van artikel 108, lid 1 VWEU is aangenomen, moet worden beoordeeld op grond van de gegevens waarover de Commissie kon beschikken op het ogenblik dat zij haar beschikking gaf. Indien de geldigheid van zulke beschikking zou worden vastgesteld op grond van gegevens waarover de Commissie op het einde van het vooronderzoek niet zou kunnen beschikken zou zij er immers toe worden aangezet de formele onderzoeksprocedure van artikel 108, lid 2 VWEU stelselmatig in te leiden en de belanghebbenden uitnodigen hun opmerkingen te maken ter voorkoming dat gegevens waarover zij niet kon beschikken zouden leiden tot de nietigverklaring of ongeldigverklaring van de beschikking⁸⁶¹.

c. Openen van een formele procedure en onderzoek

370. Artikel 108, lid 3 VWEU bepaalt dat wanneer de Commissie na dit eerste onderzoek van oordeel is dat de voorgenomen steunmaatregel volgens artikel 107 VWEU onverenigbaar is met de interne markt, zij onverwijld de in artikel 108, lid 2 VWEU neergelegde procedure aanvangt. Volgens vaste rechtspraak ontstaat zulke verplichting wanneer de Commissie op ‘ernstige moeilijkheden’ stuit bij de beoordeling van de in het geding zijnde maatregel of twijfel heeft over haar verenigbaarheid met de interne markt⁸⁶².

371. De vraag of de Commissie op ‘ernstige moeilijkheden’ stuit bij de beoordeling van de verenigbaarheid van een steunmaatregel met de interne markt is een objectief begrip. Die vraag moet zowel aan de hand van de omstandigheden waarin de Commissie haar besluit neemt als aan de hand van de inhoud van het besluit objectief worden beoordeeld⁸⁶³. Het *Deutsche Post*-arrest⁸⁶⁴ stipt aan dat een aanzienlijk langer tijdsverloop dan nodig is voor een eerste onderzoek samen met andere elementen (bv. een ontoereikend of onvolledig vooronderzoek) tot de vaststelling noopt dat de Commissie ernstige beoordelingsmoeilijkheden ondervond⁸⁶⁵.

372. Het is ook vaste rechtspraak dat wanneer het onderzoek van de Commissie tijdens de vooronderzoeksprocedure ontoereikend of onvolledig is, dit een aanwijzing kan zijn dat er ernstige moeilijkheden zijn. In de zaak *British Aggregates Association* komt het Gerecht tot de conclusie dat de Commissie de formele onderzoeksprocedure had moeten openen omdat zij tijdens het eerste onderzoek verzuimde te onderzoeken of de in het geding zijnde steunmaatregel geen met de artikel 28 VWEU en artikel 30 VWEU (ex art. 25 EG) strijdige fiscale discriminatie in het leven riep. De Commissie onderzocht enkel of de steunmaatregel in overeenstemming is met de communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu⁸⁶⁶.

373. De beschikking waarbij de formele procedure wordt geopend moet de belanghebbenden in staat stellen doeltreffend aan deze procedure deel te nemen. Daarbij volstaat het dat belangstellenden weten op grond van welke redenering de Commissie voorlopig heeft geoordeeld dat de betrokken maatregel een met de interne markt onverenigbare nieuwe steunmaatregel kan zijn⁸⁶⁷.

374. Het onderzoek van de Commissie moet zorgvuldig en onpartijdig zijn⁸⁶⁸. De Commissie verzaakt aan deze plicht wanneer zij in het kader van een formeel onderzoek naar de financiering van een openbare omroep verzuimde externe auditverslagen op te vragen waarvan zij het bestaan kende en die haar in staat hadden gesteld om in het bezit te komen van voldoende betrouwbare gegevens inzake de vaststelling van de daadwerkelijk verrichte openbare diensten en de voor het

⁸⁵⁹. Arrest van het Hof van 16 december 2010, C-537/08 P, *Kahla Thüringen Porzellan / Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 38-57.

⁸⁶⁰. Arrest *Kahla Thüringen Porzellan*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 63-67.

⁸⁶¹. Arrest van Hof van 15 april 2008, C-390/06, *Nuova Agricast*, *Jur.* 2008, I-2577, r.o. 55 en 60.

⁸⁶². Arrest van het Gerecht van 18 november 2009, T-375/04, *Scheuer-Fleisch e.a. / Commissie*, *Jur.* 2009, II-4155, r.o. 69-70; arrest van het Gerecht van 10 december 2008, T-388/02, *Kronoply / Commissie*, *Jur.* 2008, II-305, r.o. 59.

⁸⁶³. Een voorbeeld waarbij de verzoekende partij tevergeefs trachtte aan te tonen dat de Commissie een formele procedure had moeten openen kan worden gevonden in het arrest van het Gerecht van 1 juli 2010, gevoegde zaken T-568/08 en 573/08, *M6 e.a. / Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.* Tegen dit arrest werd op 15 september 2010 hogere voorziening ingesteld door TF1 (C-451/10 P).

⁸⁶⁴. Tegen dit arrest werd op 24 april 2009 hogere voorziening ingesteld door België (C-148/09 P). In zijn conclusie die in het kader van de hogere voorziening is gewezen stelt advocaat-generaal Jääskinen voor om het arrest van het Gerecht te vernietigen.

⁸⁶⁵. Arrest van het Gerecht van 10 februari 2009, T-388/03, *Deutsche Post / Commissie*, *Jur.* 2009, II-199, r.o. 94.

⁸⁶⁶. Arrest van het Gerecht van 9 september 2010, T-359/04, *British Aggregates Association e.a. / Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 102.

⁸⁶⁷. Arrest in gevoegde zaken T-231/06 en T-237/06, *Nederland e.a. / Commissie*, aangehaald in voetnoot 808, r.o. 37 en 38. Zie ook arrest *TV2 / Danmark A/S*, aangehaald in voetnoot 838, r.o. 139.

⁸⁶⁸. Arrest van het Gerecht van 9 september 2009, T-369/06, *Holland Malt e.a. / Commissie*, *Jur.* 2009, II-3313, r.o. 195. De hogere voorziening ingesteld tegen dit arrest werd afgewezen bij arrest van het Hof van 2 december 2010, C-464, *Holland Malt / Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

verrichten van die diensten daadwerkelijk gedragen kosten⁸⁶⁹.

375. Artikel 13, lid 1 van verordening nr. 659/1999 bepaalt dat indien een lidstaat niet voldoet aan een bevel tot het verstrekken van informatie de Commissie een beschikking kan geven op grond van de beschikbare informatie. Het stilzitten van een lidstaat geeft de Commissie echter geen vrijbrief. In de zaak *Commissie / MTU Friedrichshafen* bevestigt het Hof dat de Commissie zich in die omstandigheden “ten minste ervan moet vergewissen dat de informatie waarover zij beschikt, ook al is deze onvolledig en fragmentarisch, een voldoende basis vormt om vast te stellen dat een onderneming een voordeel heeft gekregen dat staatssteun oplevert”⁸⁷⁰. De Commissie mag derhalve niet veronderstellen “dat een onderneming heeft geprofiteerd van een voordeel dat staatssteun vormt door simpelweg uit te gaan van een negatief vermoeden dat is gebaseerd op het ontbreken van informatie die tot de tegengestelde conclusie kan leiden, bij gebreke van andere gegevens die het bestaan van een dergelijk voordeel concreet kunnen aantonen”⁸⁷¹.

376. Daarentegen kan de Commissie niet verweten worden dat zij geen rekening heeft gehouden met eventuele informatie die haar tijdens de administratieve procedure had kunnen worden meegedeeld, maar haar niet is meegedeeld. De Commissie is immers niet verplicht ambtshalve in te schatten welke gegevens haar hadden kunnen worden voorgelegd⁸⁷².

377. De in artikel 7, lid 6 van verordening nr. 659/1999 vermelde termijn van 18 maanden waarin de Commissie er naar streeft om in het kader van een formeel onderzoek een beschikking te nemen, is niet bindend⁸⁷³.

378. In het kader van een voortdurend onderzoek van bestaande steunmaatregelen is de Commissie niet verplicht om belanghebbende ondernemingen uit te nodigen hun opmerkingen mee te delen⁸⁷⁴.

d. Eindbeschikking

379. De inhoud (en omvang) van de beschikking waarmee de Commissie de formele onderzoeksprocedure afrondt, moet niet gelijkaardig zijn aan de beschikking waarbij het

formele onderzoek werd opgestart. Uit artikel 7 van verordening nr. 659/1999 volgt immers dat de beoordeling van de Commissie aan het einde van de formele onderzoeksprocedure kan geëvolueerd zijn, aangezien zij uiteindelijk kan beslissen dat de maatregel geen steun is of dat de twijfels over de onverenigbaarheid ervan met de interne markt zijn weggenomen. In het *NOS*-arrest stelt het Gerecht dan ook dat “de eindbeschikking [...] op verschillende punten [kan] afwijken van de beschikking tot inleiding van de procedure, zonder dat dit afbreuk doet aan de geldigheid van de eindbeschikking”⁸⁷⁵.

380. Het in artikel 250 VWEU (ex art. 219 EG) neergelegde collegialiteitsbeginsel vereist dat beschikkingen waarbij de Commissie zich uitsprekt over het bestaan van staatssteun, over de verenigbaarheid ervan met de interne markt en over de noodzaak de terugvordering ervan door het college van commissarissen worden vastgesteld. Zulke beslissingen vergen een onderzoek van complexe juridische en feitelijke vragen, en kunnen derhalve niet als maatregelen van beheer en bestuur worden aangemerkt. Dit brengt met zich mee dat uitsluitend het college van commissarissen bevoegd is om het dispositief en de motivering van een beslissing vast te stellen en dat een besluit met betrekking tot deze onderdelen niet kan worden gedelegeerd⁸⁷⁶. Evenwel kan niet worden uitgesloten dat het college één of meer van zijn leden opdraagt de definitieve tekst goed te keuren van een besluit waarvan het de hoofdinhoud tijdens zijn beraadslagingen heeft vastgesteld⁸⁷⁷.

381. De verenigbaarheid van een niet-aangemelde maar reeds uitgevoerde steunmaatregel met de interne markt moet worden beoordeeld aan de hand van de van toepassing zijnde Verdragsregels op het ogenblik van de betaling van de steun. Zodra de steun gevolgen heeft gesorteerd is hij immers definitief verenigbaar of onverenigbaar met de interne markt. Indien tussen het tijdstip van de uitvoering (in het geval van een niet-aangemelde steunmaatregel) en de beoordeling door de Commissie de relevante Verdragsbepaling is gewijzigd zonder dat een specifieke overgangsregeling werd voorzien, moet de Commissie de steunmaatregel onderzoeken op basis van de op het ogenblik van betaling in voege zijnde Verdragsregel⁸⁷⁸. In het geval dat een lidstaat een steunmaatregel aanmeldt en de toepasselijke Verdragsregel tussen de aanmelding en het tijdstip dat de Commissie een beschik-

⁸⁶⁹. Arrest *SIC*, aangehaald in voetnoot 837, r.o. 255.

⁸⁷⁰. Arrest van het Hof van 17 september 2009, C-520/07 P, *Commissie / MTU Friedrichshafen*, *Jur.* 2009, I-8555, r.o. 56.

⁸⁷¹. Arrest *Commissie / MTU Friedrichshafen*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 58.

⁸⁷². Arrest *Holland Malt*, aangehaald in voetnoot 868, r.o. 152.

⁸⁷³. Arrest van het Hof van 8 mei 2008, C-49/05, *Ferriere Nord / Commissie*, *Jur.* 2008, I-68, r.o. 49.

⁸⁷⁴. Arrest *TFI*, aangehaald in voetnoot 843, r.o. 103.

⁸⁷⁵. Arrest in gevoegde zaken T-231/06 en T-237/06, *Nederland e.a. / Commissie*, aangehaald in voetnoot 808, r.o. 50. Zie ook arrest in zaak T-424/05, *Italië / Commissie*, aangehaald in voetnoot 814, r.o. 69.

⁸⁷⁶. Arrest van het Gerecht van 30 november 2009, gevoegde zaken T-427/04 en T-17/05, *Frankrijk e.a. / Commissie*, *Jur.* 2009, II-4315, r.o. 117. Tegen dit arrest werd op 12 februari 2010 hogere voorziening ingesteld door France Telecom SA (C-81/10 P).

⁸⁷⁷. Arrest in gevoegde zaken T-427/04 en T-17/05, *Frankrijk e.a. / Commissie*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 119.

⁸⁷⁸. Arrest van het Gerecht van 15 april 2008, T-348/04, *SIDE / Commissie*, *Jur.* 2008, II-625, r.o. 50-60.

king neemt wijzig, “[moet] de Commissie [...] de regels toepassen die gelden op het tijdstip waarop zij een beslissing neemt, dit zijn de enige regels aan de hand waarvan de wetgeving van haar [...] beschikking moet worden beoordeeld”⁸⁷⁹.

e. Rechtsbescherming tegen Commissiebeschikkingen: beroep tot nietigverklaring

382. Zowel de fase van het eerste onderzoek als de fase van de formele onderzoeksprocedure worden afgesloten met een beschikking van de Commissie. Artikel 13, lid 1 van verordening nr. 659/1999 bepaalt immers dat: “Het onderzoek naar mogelijke onrechtmatige steun resulteert in een beschikking overeenkomstig artikel 4, leden 2, 3 of 4. In geval van een beschikking tot inleiding van een formele onderzoeksprocedure wordt de procedure afgesloten bij een beschikking overeenkomstig artikel 7.” Onder bepaalde voorwaarden zijn deze Commissiebeschikkingen vatbaar voor een beroep tot nietigverklaring bij het Gerecht op grond van artikel 263 VWEU.

f. Een voor beroep vatbare handeling?

383. Enkel handelingen die een rechtspositie bezwaren – dit is aanmerkelijk wijzigen of deze ongunstig beïnvloeden – zijn voor beroep vatbare handelingen in de zin van artikel 263 VWEU. Artikel 13, lid 1 van verordening nr. 659/1999 is van toepassing wanneer de Commissie een klacht wegens beweerdelijk onrechtmatige steun onderzoekt. Dit betekent dat de Commissie haar inleidend onderzoek van de aangeklaagde beweerdelijke steunmaatregel moet afsluiten door het besluit te nemen de zaak niet verder te behandelen met een beschikking waarin wordt vastgesteld dat er van staatssteun geen sprake is of een beschikking om geen bezwaar te maken omdat de steun verenigbaar is met de interne markt dan wel door de formele onderzoeksprocedure in te leiden. Zulke beschikkingen kunnen een voor beroep vatbare handeling in de zin van artikel 263 VWEU zijn. In de zaak *Nya Destination Stockholm Hotell & Teaterpakket*⁸⁸⁰ vernietigt het Hof een arrest van het Gerecht waarbij dit laatste een beroep tot nietigverklaring niet-ontvankelijk verklaarde. Het Gerecht oordeelde dat de brieven waarbij de Commissie de klager op de hoogte had gebracht dat er onvoldoende gronden zijn om het onderzoek van de klacht voort te zetten omdat het, onder meer, bestaande steun betrof die hoe dan ook verenigbaar is met de interne markt, geen voor beroep vatbare handeling zijn. Het Hof van Justitie deelt die opvatting niet. Het stelt vast dat het besluit van de

Commissie dat er onvoldoende gronden zijn om het onderzoek van de klacht voort te zetten een definitief standpunt over de onderzochte maatregelen betreft en een impliciete weigering bevat de formele onderzoeksprocedure van artikel 108, lid 2 VWEU in te leiden. Zulke beslissing ontnemt de klager de procedurele rechten die hij eventueel zou genieten in het kader van een formeel onderzoek en is derhalve een voor beroep vatbare handeling.

g. Het vereiste van individueel geraakt zijn in artikel 263, lid 4 VWEU

384. Een beschikking die de Commissie op grond van artikel 108, lid 3 VWEU neemt, wordt gericht aan de lidstaat die de onderzochte steunmaatregel wenst aan te nemen. Een onderneming kan slechts een ontvankelijk beroep tot nietigverklaring op grond van artikel 263, lid 4 VWEU indienen als zij aantoonst dat zij individueel en rechtstreeks door de beschikking wordt geraakt⁸⁸¹.

385. Een positieve beschikking waarbij de Commissie een aangemelde steunmaatregel verenigbaar met de interne markt verklaart, bevat een impliciete weigering om een formele onderzoeksprocedure op grond van artikel 108, lid 2 VWEU op te starten. Het is vaste rechtspraak dat een onderneming een beroep tot nietigverklaring kan instellen tegen zulke beschikking, voor zover zij aanvoert dat het beroep de procedurele rechten wil doen eerbiedigen die ze als belanghebbende aan artikel 108, lid 2 VWEU ontleent. Een onderneming is belanghebbende en derhalve in die omstandigheid individueel geraakt als zij aantoonst dat zij door de toekenning van de steun in haar belangen wordt getroffen, met name doordat zij met de begunstigde van de steun concurreert⁸⁸².

386. In de zaak *3F* vernietigt het Hof een arrest van het Gerecht waarbij een beroep tot nietigverklaring ingesteld door 3F, een Deense zeeliedenvakbond, niet-ontvankelijk werd verklaard. De door 3F bestreden Commissiebeschikking verklaart, zonder inleiding van een formele onderzoeksprocedure, een Deense regeling in overeenstemming met de interne markt waarbij een internationaal scheepsregister wordt ingevoerd dat de reders van de in dit register geregistreerde schepen toelaat om op deze schepen zeelieden van derde landen op basis van nationale loonvoorwaarden en vrij van inkomstenbelasting in dienst te nemen. 3F dient tegen deze maatregel een klacht bij de Europese Commissie in. Het Hof stipt aan dat het niet is uitgesloten “dat een werknemersvakbond als ‘belanghebbende’ in de zin van artikel 88, lid 2

⁸⁷⁹. Arrest van het Hof van 11 december 2008, C-334/07 P, *Commissie / Freistaat Sachsen*, Jur. 2008, I-9456, r.o. 53.

⁸⁸⁰. Arrest van het Hof van 18 november 2010, C-322/09 P, *NDSHT / Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

⁸⁸¹. Ondernemingen kunnen ook een ontvankelijk beroep tot nietigverklaring instellen tegen een regelgevingshandeling die geen uitvoeringsmaatregelen behoeft wanneer zij aantonen dat zij rechtstreeks door de handeling worden geraakt. Het is echter weinig waarschijnlijk dat deze hypothese zich zou voordoen in het kader van een onderzoek naar de verenigbaarheid met de interne markt van een steunmaatregel.

⁸⁸². Arrest *Deutsche Post*, aangehaald in voetnoot 865, r.o. 43.

*EG wordt beschouwd, wanneer hij aantoont dat hijzelf of zijn leden door de steunverlening mogelijk in zijn/hun belangen zullen worden geraakt. Het is evenwel van belang dat deze vakbond rechtegens genoegzaam aantoont dat de steun zijn situatie of die van de door hem vertegenwoordigde zeelieden concreet dreigt te beïnvloeden*⁸⁸³. Het Hof verduidelijkt dat de *Albany*-rechtspraak, op grond waarvan overeenkomsten tussen werkgevers- en werknemersorganisaties die doelstellingen van sociale politiek nastreven aan de toepassing van artikel 101, lid 1 VWEU zijn onttrokken⁸⁸⁴, niet tot gevolg heeft dat de bij zulke collectieve onderhandelingen betrokken partijen “ook volledig en automatisch aan de verdragsregels inzake staatssteun zijn onttrokken of dat een eventueel beroep tot nietigverklaring van deze partijen wegens hun rol bij deze onderhandelingen nagenoeg automatisch als niet-ontvankelijk wordt beschouwd”.

387. De verzoeker die daarenboven de gegrondheid van een Commissiebeschikking in het kader van zulk beroep tot nietigverklaring betwist, is slechts voor dit onderdeel van zijn betwisting individueel door de beschikking geraakt indien hij aantoont dat zijn marktpositie merkbaar wordt geraakt door de steun waarop de betrokken beschikking betrekking heeft. In onder meer de zaken *Scheucher-Fleisch*⁸⁸⁵, *TFI*⁸⁸⁶, *Deutsche Post*⁸⁸⁷ en *Kronoply*⁸⁸⁸ slagen de verzoekers er niet in om, voor dat onderdeel van hun beroep, deze laatste ontvankelijkheidsdrempel te overschrijden omdat zij verzuimen aan te tonen dat hun concurrentiepositie op de betrokken markt merkbaar wordt aangetast door de steun waarop de bestreden beschikking betrekking heeft⁸⁸⁹. De onderneming kan zich hierbij niet louter op haar hoedanigheid als concurrent beroepen maar moet bepaalde elementen aanvoeren die wijzen op een terugloop van de commerciële of financiële prestaties (bv. aanzienlijke daling van de omzet, niet te verwaarlozen financiële verliezen of een aanmerkelijke daling van het marktaandeel als gevolg van de toekenning van de steun). Niettemin preciseert het Hof dat het bewijs van een merkbare aantasting van de marktpositie niet tot deze elementen kan worden beperkt maar ook op een andere manier kan worden aangetoond, door onder meer aan te voeren dat de steun tot winstderving leidt of tot een minder positieve ontwikkeling en dat de mate van beïnvloeding van een groot aantal factoren kan afhangen zoals de structuur van de relevante markt of de aard van betrokken steunmaatregel. Het feit dat de onderzochte steunmaatregel een algemene strek-

king heeft en een onbeperkt aantal concurrenten kunnen aantonen dat hun marktpositie merkbaar wordt aangetast, sluit niet uit dat zij individueel worden geraakt⁸⁹⁰.

388. Het is vaste rechtspraak dat een beroeps- of belangenvereniging een beroep tot nietigverklaring tegen een Commissiebeschikking kan indienen indien (1) zij de belangen vertegenwoordigt van ondernemingen die zelf een ontvankelijk beroep kunnen instellen; (2) wanneer zij wordt geïndividualiseerd wegens een aantasting van haar eigen belangen als vereniging, met name doordat haar positie als onderhandelingspartner door de aangevochten handeling is aangetast; of (3) wanneer een wettelijke bepaling haar uitdrukkelijk een aantal procedurele rechten toekent. Geen van deze voorwaarden is vervuld in de zaak *Confservizi*⁸⁹¹. De beroepsvereniging *Confservizi* komt in deze zaak op tegen een Commissiebeschikking die een algemene steunmaatregel gedeeltelijk onverenigbaar met de interne markt verklaarde. Het Gerecht stipt aan dat de artikelen 1, sub h) en 20 van verordening nr. 659/1999 een belangenvereniging geen bijzondere status toekennen in vergelijking met elke andere belanghebbende die in het kader van een formele procedure opmerkingen kan indienen.

389. Een onderneming kan individueel geraakt zijn door een Commissiebeschikking waarbij een algemene steunregeling, met name een belastingvermindering, niet verenigbaar wordt geacht met de interne markt en waarvan de terugvordering wordt gelast in de mate dat zulke beschikking de betrokken onderneming niet enkel raakt vanwege het feit dat zij tot de sector behoort en een potentiële begunstigde is van de maatregel, doch ook in haar hoedanigheid van daadwerkelijk begunstigde van uit hoofde van deze regeling toegekende individuele steun waarvan de Commissie de terugvordering heeft gelast. In de zaak *Acegas*⁸⁹² stelt het Gerecht evenwel vast dat de onderneming die het beroep tot nietigverklaring indiende, niet heeft aangetoond dat zij van het voordeel van de belastingvermindering genoot (onder meer omdat zij een negatief fiscaal resultaat behaalde en bijgevolg geen belasting betaalde). Het beroep wordt dan ook niet-ontvankelijk verklaard omdat de verzoekende partij niet kan aantonen dat zij individueel is geraakt door de bestreden Commissiebeschikking⁸⁹³. Dat ligt anders in het arrest *Hotel Cipriani*⁸⁹⁴. De verzoekende partijen dienden een beroep tot nietigverklaring in tegen een beschikking van de Commissie

⁸⁸³. Arrest van het Hof van 9 juli 2009, C-319/07 P, 3F / *Commissie, Jur.* 2009, I-5963, r.o. 33.

⁸⁸⁴. Arrest van het Hof van 21 september 1999, C-67/96, *Albany / Commissie, Jur.* 1999, I-5751.

⁸⁸⁵. Arrest *Scheucher-Fleisch*, aangehaald in voetnoot 862, r.o. 58.

⁸⁸⁶. Arrest van het Gerecht van 13 september 2010, T-193/06, *TFI / Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

⁸⁸⁷. Arrest *Deutsche Post*, aangehaald in voetnoot 865, r.o. 44.

⁸⁸⁸. Arrest *Kronoply*, aangehaald in voetnoot 862, r.o. 69. De hogere voorziening ingesteld tegen dit arrest werd afgewezen bij beschikking van het Hof van 24 juni 2010, C-117/09 P, *Kronoply / Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

⁸⁸⁹. Arrest *Scheucher-Fleisch*, aangehaald in voetnoot 862, r.o. 58.

⁸⁹⁰. Arrest van het Hof van 22 december 2008, C-487/06 P, *British Aggregates Association / Commissie, Jur.* 2008, I-10515, r.o. 53-56.

⁸⁹¹. Arrest van het Gerecht van 11 juni 2009, T-292/02, *Confservizi / Commissie, Jur.* 2009, II-1659, r.o. 52-59.

⁸⁹². Arrest van het Gerecht van 11 juni 2009, T-309/02, *Acegas / Commissie, Jur.* 2009, II-1809.

⁸⁹³. Zie in dezelfde zin arrest van het Gerecht van 11 juni 2009, T-300/02, *Acegas / Commissie, Jur.* 2009, II-1737.

⁸⁹⁴. Arrest van het Gerecht van 28 november 2008, gevoegde zaken T-254/00, T-270/00 en T-277/00, *Hotel Cipriani / Commissie, Jur.* 2008, II-3269.

waarbij een steunregeling met algemene strekking onverenigbaar met de interne markt werd verklaard en een terugvordering werd bevolen van de op grond van de regeling uitgekeerde steun. Het Gerecht stelt vast dat “in deze juridische context [...] het feit [volstaat] dat de begunstigten deel uitmaken van de besloten kring van daadwerkelijke begunstigten van een steunregeling die bijzonder zwaar worden geraakt door de door de Commissie aan de betrokken lidstaat opgelegde verplichting tot terugvordering van de betaalde steun, opdat zij, overeenkomstig de rechtspraak, ten opzichte van ieder ander worden gekarakteriseerd. De individualisering vloeit in casu voort uit het feit dat de zeer goed te identificeren leden van deze besloten kring bijzonder zwaar worden geraakt door het bevel tot terugvordering”⁸⁹⁵. Het Gerecht stipt verder aan dat indien “de procesbevoegdheid van een daadwerkelijke begunstigde van een steunregeling afhankelijk [zou] worden gesteld van het onderzoek van zijn individuele situatie, dan zou deze procesbevoegdheid afhangen van de keuze van de Commissie in de bestreden beschikking om al dan niet een dergelijk individueel onderzoek te doen, op basis van de haar gedurende de administratieve procedure overgelegde gegevens. Deze oplossing zou rechtsonzekerheid teweegbrengen, aangezien de Commissie vaak puur bij toeval kennis neemt van de concrete individuele situaties [...]. Bovendien zou, indien een begunstigde het ontbreken van een individueel onderzoek van zijn situatie door de Commissie zou betwisten, bijvoorbeeld gelet op hem betreffende gegevens die aan deze instelling gedurende de administratieve procedure zijn verstrekt, de ontvankelijkheid van zijn beroep verbonden zijn met het onderzoek van de materiële middelen. In deze context zouden de ingewikkeldheid en het feit dat de uitkomst van het onderzoek van de ontvankelijkheid moeilijk is te voorspellen, de rechtsonzekerheid vergroten”⁸⁹⁶.

h. Termijn

390. Krachtens artikel 263, vijfde alinea VWEU, moet een beroep tot nietigverklaring worden ingediend binnen een termijn van twee maanden te rekenen, al naar gelang het geval, vanaf de datum van bekendmaking van de handeling, vanaf de dag van kennisgeving aan verzoeker of, bij gebreke daarvan, vanaf de dag waarop de verzoeker van de handeling kennis heeft gekregen.

391. Artikel 26, lid 1 van verordening nr. 659/1999 bepaalt dat de Commissie in het *Publicatieblad* van de Europese Unie een samenvatting bekend maakt van haar beschikkingen uit hoofde van artikel 4, leden 2 en 3 en artikel 18 *juncto* artikel 19, lid 1. Deze bepaling stelt voorts dat die samenvat-

ting de vermelding inhoudt dat een afschrift van de beschikking in de authentieke taalversie(s) kan worden verkregen.

392. In het *TF1*-arrest is de vraag aan de orde of het beroep tijdig door TF1 werd ingediend. De Commissie betoogt dat dit niet het geval is omdat haar beschikking waarbij zij de procedure beëindigde in het kader van het voortdurend onderzoek naar een bestaande steunmaatregel met betrekking tot de omroepbijdrageregeling ten gunste van France Télévisions niet behoort tot de in artikel 26 vermelde beschikkingen en derhalve niet in het *Publicatieblad* bekend moest worden gemaakt. De beroepstermijn zou dan ook beginnen lopen vanaf het ogenblik dat de beschikking aan TF1 werd meegedeeld en was dan ook reeds verstreken omdat TF1 geen beroep binnen de twee maanden en tien dagen na de kennisgeving had ingesteld. Het Gerecht deelt die opvatting niet. Het stelt vast dat de bestreden beschikking overeenstemt met de in artikel 26, lid 1 van verordening nr. 659/1999 vermelde beschikkingen en dat de beroepstermijn volgens vaste rechtspraak in die omstandigheden slechts een aanvang neemt op het ogenblik van de bekendmaking in het *Publicatieblad*. Het ogenblik waarop de verzoekende partij kennis heeft gekregen is volgens vaste rechtspraak slechts subsidiair ten opzichte van de criteria van bekendmaking of kennisgeving van de handeling en derhalve niet maatgevend om te beoordelen of het beroep tijdig is ingediend⁸⁹⁷.

9. Terugvordering door de lidstaat van onrechtmatige steun

393. Indien de Commissie uitgekeerde steun onverenigbaar met de interne markt verklaart, beveelt zij in principe de betrokken lidstaat om de onrechtmatige steun van de begunstigde onderneming terug te vorderen⁸⁹⁸.

a. De omvang van de terugvorderingsplicht

394. Hierboven werd reeds verwezen naar de *Acea*-zaak waarin het Gerecht van oordeel is dat de Commissie zich ertoe kan beperken de algemene en abstracte kenmerken van een algemene regeling te onderzoeken zonder elk afzonderlijk geval waarin de regeling wordt toegepast te analyseren. Wanneer de Commissie na een dergelijk onderzoek de regeling (of een deel van de regeling) niet verenigbaar acht met de interne markt, kan zij de terugvordering van onrechtmatige steun opleggen. Zulke beslissing legt echter de lidstaat enkel de verplichting op om onrechtmatige ‘steun’ in de zin van artikel 107 VWEU terug te vorderen. De verplichting

⁸⁹⁵ Arrest *Hotel Cipriani*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 84.

⁸⁹⁶ Arrest *Hotel Cipriani*, aangehaald in voetnoot 894, r.o. 85.

⁸⁹⁷ Arrest *TF1*, aangehaald in voetnoot 843, r.o. 48. Zie ook arrest *Kronoply*, aangehaald in voetnoot 862, r.o. 29-34.

⁸⁹⁸ Art. 14, lid 1 van verordening nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 betreffende de vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag, *Pb.* 1999, L 83/1.

geldt daarentegen niet voor “bedragen die ofschoon zij uit hoofde van de regeling zijn uitgekeerd, geen steun opleveren of bestaande steun zijn of steun die verenigbaar met de gemeenschappelijke markt is uit hoofde van een groepsvrijstellingsverordening of andere beschikking van de Commissie”⁸⁹⁹.

395. Niettemin moet een lidstaat de onrechtmatige steun in principe “onverwijld en in overeenstemming met de nationaalrechtelijke procedures” terugvorderen. Deze in artikel 14, lid 3 van verordening nr. 659/1999 neergelegde verplichting is een uiting van het in de rechtspraak neergelegde doeltreffendheidsbeginsel. Overeenkomstig dit beginsel kan een lidstaat die krachtens een Commissiebeschikking onrechtmatige steun moet terugvorderen, niettemin “vrij de middelen kiezen waarmee hij de verplichting zal uitvoeren, mits de gekozen maatregelen geen afbreuk doen aan de strekking en de doeltreffendheid van het recht van de Unie”⁹⁰⁰. In de zaak *Commissie / Griekenland* stelt het Hof vast dat Griekenland nog geen uitvoering heeft verleend aan zijn arrest in de zaak C-415/03 waarin het Hof reeds had vastgesteld dat Griekenland zijn verplichtingen onder het Verdrag niet was nagekomen door geen uitvoering te verlenen aan de Commissiebeschikking die de terugvordering oplegde van steun die aan Olympic Airways was verleend. Het Hof verduidelijkt “dat een schuldvergelijking, wanneer het nationaal recht deze wijze van tenietgaan verbintissen kent, een passend middel kan zijn om onwettige steun terug te vorderen”⁹⁰¹. Griekenland slaagt er evenwel niet in aan te tonen dat het gehele steunbedrag via een schuldvergelijking is terugbetaald en wordt veroordeeld tot de betaling van een dwangsom van 16.000 EUR per dag en een eenmalige boete van 2 miljoen euro.

396. In de *Scott*-zaak heeft de steunverkrijgende onderneming, Scott, de onrechtmatige steun reeds terugbetaald. Scott stelde niettemin een beroep tegen het betalingsbevel bij de nationale rechter in en roept de nietigheid van het bevel in wegens een vormfout. De vraag rijst of de nationale rechter de nietigverklaring van een betalingsbevel wegens een vormfout kan uitspreken. Het Hof oordeelt dat het doeltreffendheidsbeginsel de nationale rechter de mogelijkheid niet ontnemt om, op grond van het nationaal recht, de nietigheid wegens vormfouten van een betalingsbevel uit te spreken als de nietigheid niet tot gevolg heeft dat reeds terugbetaalde steun, zelfs niet tijdelijk, aan de ontvangers van steun wordt terugbetaald. In die omstandigheden heeft de nietigverklaring immers geen reële consequenties voor de tenuitvoerlegging van een Commissiebeschikking die een lidstaat verplicht om onrechtmatige steun terug te vorderen. Indien de nietigverklaring echter tot gevolg zou hebben dat

de onrechtmatige steun opnieuw zelfs tijdelijk, zou worden uitbetaald dan zou de beneficiaris weerom over het onrechtmatige steunbedrag kunnen beschikken en als gevolg daarvan opnieuw een concurrentievoordeel genieten. Zulke situatie is, volgens het Hof, onverenigbaar met de in artikel 14, lid 1 van verordening nr. 659/1999 neergelegde terugvorderingsplicht⁹⁰².

397. Ook nationale rechterlijke instanties zijn verplicht om “de volle werking van de beschikking tot terugvordering van de onrechtmatige steun te waarborgen en te komen tot een oplossing die in overeenstemming is met het doel dat met die beschikking wordt nagestreefd”⁹⁰³. In de zaak *Commissie / Italië*, brengt het Hof de *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*-rechtspraak in herinnering die nationale rechterlijke instanties slechts toelaat nationale uitvoeringsmaatregelen van een Commissiebeschikking te schorsen indien bepaalde voorwaarden zijn vervuld. Het is met name vereist dat (1) de nationale rechterlijke instantie ernstige twijfel heeft omtrent de geldigheid van de handeling van de Unie en wanneer de vraag over de geldigheid nog niet aan het Hof is voorgelegd, die vraag zelf aan het Hof voorlegt; (2) de zaak spoedeisend is, er moeten met name voorlopige maatregelen noodzakelijk zijn om te voorkomen dat de partij die erom verzoekt ernstige en onherstelbare schade lijdt; (3) de rechter naar behoren rekening houdt met het belang van de Unie; en (4) de nationale rechter bij de beoordeling van al die voorwaarden de uitspraken eerbiedigt van het Hof of het Gerecht over de rechtmatigheid van de handeling van de Unie, of tot vaststelling van een beschikking van voorlopige maatregelen. In voormelde zaak heeft de Italiaanse rechter een door de nationale overheid opgelegd bevel tot terugbetaling van onrechtmatige steun geschorst omdat een beroep tot nietigverklaring bij het Gerecht aanhangig was, zonder evenwel aan te geven waarom de rechterlijke instanties van de Unie de ongeldigheid van de beschikking zouden moeten vaststellen of de spoedeisendheid van het schorsingsverzoek te onderzoeken. Bovendien was het bij het Gerecht aanhangig beroep reeds afgewezen op het ogenblik dat de schorsingsmaatregel werd toegekend.

398. In de zaak *Commissie / Slowaakse Republiek* is een rechterlijke beslissing die een crediteurenakkoord bekrachtigde in kracht van gewijsde gegaan. De onrechtmatige steunmaatregel betreft de afstand van een belastingschuld die de overheid in het kader van het bekrachtigde crediteurenakkoord heeft toegezegd. Ofschoon het Hof erkent dat volgens “het recht van de Unie een nationale rechter niet in alle gevallen, nationale procedureregels die een rechterlijke beslissing gezag van gewijsde verlenen buiten toepassing [moet] laten, ook al zou daardoor een schending van het

⁸⁹⁹. Arrest *Acea*, aangehaald in voetnoot 857, r.o. 162 e.v.

⁹⁰⁰. Arrest van het Hof van 20 mei 2010, C-210/09, *Scott SA en Kimberly Clark SAS*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 21.

⁹⁰¹. Arrest van het Hof van 7 juli 2009, C-369/07, *Commissie / Griekenland*, *Jur.* 2009, I-5703, r.o. 67.

⁹⁰². Arrest *Scott SA en Kimberly Clark SAS*, aangehaald in voetnoot 900, r.o. 30-33.

⁹⁰³. Arrest van het Hof van 22 december 2010, C-304/09, *Commissie / Italië*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 44.

recht van de Unie door de betrokken beslissing kunnen worden opgeheven”, stelt het niettemin vast dat de Slowaakse Republiek niet alle mogelijke stappen had ondernomen om, niettegenstaande de in het kracht van gewijsde gegane uitspraak, alle maatregelen te nemen om de onrechtmatige steun terug te vorderen. Het Hof stipt aan dat het met name niet duidelijk is waarom de Slowaakse overheid geen buitengewoon beroep heeft ingesteld tegen het arrest van het nationale rechtcollege dat de terugvordering van de steun had afgewezen⁹⁰⁴.

b. Wie moet onrechtmatige steun terugbetalen?

399. De ‘begunstigde’ onderneming in de zin van artikel 14, lid 1 van verordening nr. 659/1999 is in principe de onderneming die de onrechtmatige steun moet terugbetalen. Een onderneming die activa van de oorspronkelijke begunstigde onderneming heeft overgenomen kan ook tot terugbetaling van de onrechtmatige steun worden aangesproken indien “*de effecten van het terugvorderingsbevel door de overdracht van de activa dreigen te worden omzeild en met name indien na de koop van de activa de oorspronkelijke begunstigde van de steun een ‘lege schelp’ is geworden waarvan onmogelijk terugbetaling van de onrechtmatige steun kan worden verkregen*”⁹⁰⁵. Zo kan de onderneming aan wie (een deel van) de productiemiddelen van de oorspronkelijke begunstigde onderneming zijn overgedragen en die de activiteit van de oorspronkelijke onderneming voortzet verplicht worden om (een deel) van de onrechtmatige steun die aan de oorspronkelijke begunstigde onderneming was toebedeeld terug te betalen. De Commissie, en desgevallend de betrokken lidstaat wanneer de Commissie de begunstigde ondernemingen niet in haar beschikking heeft geïdentificeerd, moet “*bij zulke beoordeling rekening houden met het voorwerp van de overdracht (activa en passiva, continuïteit inzake werknemers, ‘bundled’ activa), de verkoopprijs, de identiteit van de aandeelhouders of de eigenaren van de overnemende onderneming en van de oorspronkelijke onderneming, het tijdstip waarop de overname plaatsvond (na het begin van het onderzoek, de inleiding van de procedure of de eindbeschikking) of ten slotte de economische logica van de transactie*”⁹⁰⁶.

400. Een koper die de activa aan een marktprijs heeft verworven kan echter niet worden verondersteld een voordeel te hebben gekregen ten aanzien van de andere marktdeelnemers. In de zaak *Operator ARP / Commissie*, stelt het Gerecht dat de Commissie ten onrechte de terugvordering

van steun aan een onderneming heeft opgelegd die de activa van de oorspronkelijk door een steunmaatregel begunstigde onderneming had overgenomen die een lagere waarde hadden dan de publiekrechtelijke verplichtingen die zij eveneens had overgenomen⁹⁰⁷.

401. In de zaak *Commissie / Frankrijk*, herhaalt het Hof dat, indien de begunstigde onderneming haar activiteiten heeft gestaakt, de terugvordering in beginsel moet plaatsvinden door inschrijving van de schuldvordering tot terugbetaling van de betrokken steun op de lijst van schuldvorderingen. Het Hof stipt ook aan dat, wanneer de activa van de begunstigde onderneming zijn overgedragen, de koper van de activa slechts aan terugbetaling van de onrechtmatige steun kan ontsnappen als de activa aan marktvoorwaarden zijn overgedragen. In zulk geval is het steunelement immers meegerekend in de aankoopprijs zodat de koper niet kan worden geacht een voordeel te hebben genoten ten opzichte van andere marktdeelnemers⁹⁰⁸.

402. Krachtens de *Deggendorf*-rechtspraak⁹⁰⁹ kan de Commissie een aangemelde individuele steunmaatregel verenigbaar met de interne markt verklaren onder voorwaarde dat de betrokken onderneming eerst de onrechtmatige steunmaatregel die zij voordien heeft ontvangen, terugbetaalt om op die manier een cumulerend effect te vermijden. In de *Iride*-zaak betoogt de betrokken onderneming dat de Commissie niet gerechtigd is om de opschorting van de uitkering van de nieuwe steunmaatregel op te leggen. Zij stelt dat de Commissie in de eerdere beschikking (waarbij de steunregeling niet in overeenstemming met de interne markt werd verklaard) heeft verzuimd om zowel de individuele begunstigde ondernemingen bij naam te noemen als het bedrag vast te stellen dat de onderneming moet terugbetalen. Bovendien stelt de onderneming dat zij niet verantwoordelijk kan worden gesteld voor de vertraging waarmee de betrokken lidstaat, Italië, de terugvordering (niet) heeft bevolen. Het Gerecht verwerpt die stelling. Het stipt aan dat de Commissie niet verplicht is om de ondernemingen die begunstigten zijn van een onrechtmatige steunregeling te vermelden of het precieze bedrag van de onrechtmatige steun in haar eerste beschikking aan te geven, in het bijzonder wanneer de betrokken lidstaat verzuimt daarover informatie te verstrekken⁹¹⁰. Bovendien stelt het Gerecht vast dat een betrokken onderneming zich niet op de nalatigheid van de betrokken lidstaat kan beroepen om de rechtmatigheid van de opschortingsbeslissing te betwisten; anders zouden lidstaten worden beloond die hun verplichting tot loyale samenwerking bij de

⁹⁰⁴. Arrest van het Hof van 22 december 2010, C-507/08, *Commissie / Slowaakse Republiek*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 56-64.

⁹⁰⁵. Arrest van het Gerecht van 1 juli 2009, T-291/06, *Operator ARP / Commissie*, *Jur.* 2009, II-2275, r.o. 66.

⁹⁰⁶. Arrest in gevoegde zaken T-415/05, T-416/05 en T-423/05, *Griekenland e.a. / Commissie*, aangehaald in voetnoot 828, r.o. 135.

⁹⁰⁷. Arrest *Operator ARP*, aangehaald in voetnoot 905, r.o. 69-70.

⁹⁰⁸. Arrest van het Hof van 13 november 2008, C-214/07, *Commissie / Frankrijk*, *Jur.* 2008, I-8357, r.o. 58.

⁹⁰⁹. Arrest van het Hof van 15 mei 1997, C-355/95 P, *TWD Deggendorf / Commissie*, *Jur.* 1997, I-2549.

⁹¹⁰. Zie ook arrest van het Hof van 19 juni 2008, C-39/06, *Commissie / Duitsland*, *Jur.* 2008, I-93, r.o. 37; arrest van het Hof van 14 februari 2008, C-419/06, *Commissie / Griekenland*, *Jur.* 2008, I-27, r.o. 44.

terugvordering van onrechtmatige steunmaatregel niet eerbiedigen.

403. In de zaak *Frankrijk / Commissie* brengt het Gerecht de vaste rechtspraak in herinnering dat een onderneming slechts een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun kan hebben, wanneer de steun is toegekend met inachtneming van de in artikel 108 VWEU neergelegde procedure aangezien “[e]en behoedzame ondernemer [...] normaliter in staat [moet] zijn zich ervan te vergewissen of deze procedure is gevolgd”⁹¹¹. De begunstigde onderneming kan zich slechts tegen terugvordering verzetten indien zij zich kan beroepen op uitzonderlijke omstandigheden die haar vertrouwen in de rechtmatigheid van de steunmaatregel konden wettigen.

404. De schending van de in artikel 108, lid 3 VWEU neergelegde aanmeldings- en opschortingsplicht kan in het nationaal recht tot gevolg hebben dat een overeenkomst op grond waarvan een niet-aangemelde steunmaatregel wordt verstrekt, met terugwerkende kracht nietig is. In de *DHL*-zaak voert DHL aan dat omwille van de terugwerkende kracht van de nietigheidssanctie, zij nooit van de in de overeenkomst neergelegde steunmaatregel (onder meer een door de overheid verleende garantie) heeft kunnen genieten en de Commissie bijgevolg geen terugvordering van de onrechtmatige steun kan opleggen. Die stelling volgt het Gerecht niet. Het stelt vast dat DHL ondanks de beweerdelijke nietigheid van de overeenkomst, daadwerkelijk steun heeft ontvangen. De schending van de aanmeldingsplicht kan dan ook niet tot gevolg hebben dat een Commissiebeschikking waarbij de verplichting wordt opgelegd om de op grond van de overeenkomst verstrekte steun terug te vorderen, onrechtmatig is⁹¹². Bovendien stelt het Gerecht ook vast dat geen enkel element erop wijst dat een terugvordering onmogelijk zou zijn. Het Gerecht stelt tot slot vast dat “*la thèse des requérantes porterait gravement atteinte à l’application des règles relatives aux aides d’Etat ainsi qu’à l’objectif de l’obligation de récupération des aides illégales. En effet, elle permettrait aux Etats membres, dont le droit interne reconnaît la nullité des actes par lesquels des aides illégales sont octroyées, de faire bénéficier des entreprises de telles aides tout en rendant impossible leur récupération, dans l’hypothèse où la Commission en aurait constaté l’incompatibilité et en aurait ordonné la récupération*”⁹¹³.

10. Handhaving door de nationale rechter van het verbod van tenuitvoerlegging van voorgenomen steunmaatregelen

405. In het *Celf I*-arrest⁹¹⁴ buigt het Hof zich over de vraag hoe de nationale rechter gevolg moet geven aan een schending van de in artikel 108, lid 3 VWEU neergelegde voorafgaandelijke aanmeldings- en opschortingsplicht nadat de Commissie een positieve beslissing heeft genomen en een steunmaatregel verenigbaar heeft verklaard met de interne markt. Het Hof stelt vast dat het recht van de Unie de nationale rechter verplicht passende maatregelen te nemen om de gevolgen van de onrechtmatigheid daadwerkelijk op te heffen, maar dat het hem niet de verplichting oplegt om de onrechtmatige steun volledig terug te vorderen. De onrechtmatigheid van dergelijke steun voor de andere marktdeelnemers bestaat er volgens het Hof in dat zij werden blootgesteld aan het (uiteindelijk niet-gerealiseerde) risico van uitvoering van een onverenigbare steunmaatregel en eventueel dat zij op het vlak van de mededinging de gevolgen van een verenigbare steunmaatregel eerder zouden hebben ondervonden dan het geval had moeten zijn. Het Hof bepaalt dat de nationale rechter in die omstandigheid “*op grond van het Gemeenschapsrecht [...] verplicht [is] om de steunontvanger te gelasten rente te betalen ter zake van het tijdvak van onrechtmatigheid. Binnen het kader van zijn nationale rechtsorde kan hij in voorkomend geval bovendien de terugvordering gelasten van de onrechtmatige steun, onverminderd het recht van de lidstaat om deze later opnieuw tot uitvoering te brengen. Hij kan ook genoopt zijn, verzoeken tot vergoeding van de schade die is ontstaan wegens de onrechtmatigheid van de steunmaatregel toe te wijzen*”⁹¹⁵.

406. In hetzelfde arrest preciseert het Hof dat het tijdvak van onrechtmatigheid in geval van vernietiging ook de periode omvat tussen de dag dat de goedkeuringsbeschikking van de Commissie werd vastgesteld en de dag dat de rechter van de Unie de Commissiebeschikking vernietigt⁹¹⁶.

407. In het *Celf II*-arrest verduidelijkt het Hof dat de nationale rechter bij wie een verzoek tot terugvordering van onwettige staatssteun aanhangig is gemaakt (op een ogenblik dat de Commissie nog geen (positieve) beschikking heeft genomen), zijn uitspraak niet kan opschorten totdat de Europese Commissie zich heeft uitgesproken over de verenigbaarheid van de steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt, zelfs niet in de uitzonderlijke omstandigheid dat drie eerdere positieve beschikkingen nietig zijn verklaard.

⁹¹¹. Arrest in gevoegde zaken T-427/04 en T-17/05, *Frankrijk e.a. / Commissie*, aangehaald in voetnoot 876, r.o. 262.

⁹¹². Arrest van het Gerecht van 7 oktober 2010, T-452/08, *DHL / Commissie*, nog niet gepubliceerd in de *Jur*.

⁹¹³. Arrest *DHL*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 43. De Nederlandse versie van het arrest is ten tijde van de afsluiting van deze kroniek nog niet beschikbaar.

⁹¹⁴. Arrest van het Hof van 12 februari 2008, C-199/06, *Celf*, *Jur.* 2008, I-469.

⁹¹⁵. Arrest *Celf*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 55. Zie ook arrest van het Hof van 18 december 2008, C-384/07, *Wienstrom*, *Jur.* 2008, I-10393, r.o. 28 en 29.

⁹¹⁶. Arrest *Celf*, aangehaald in voetnoot 914, r.o. 69.

Het Hof herinnert eraan dat hangende het onderzoek, de begunstigde onderneming er niet vanuit mag gaan dat de Commissie de steunmaatregel verenigbaar zal verklaren. De taak van de nationale rechter bestaat erin om “maatregelen op te leggen die de onwettigheid van de uitvoering van steunmaatregelen kunnen opheffen, zodat de ontvanger niet vrijelijk kan blijven beschikken over de steun in de periode die resteert tot de beschikking van de Commissie”. In die omstandigheid kan de nationale rechter zijn uitspraak met betrekking tot een vordering tot terugvordering niet aanhouden totdat de Commissie zich heeft uitgesproken over de verenigbaarheid van de steun met de interne markt⁹¹⁷.

B. Artikel 4, lid 3 VEU⁹¹⁸ juncto artikelen 101 en 102 VWEU

408. Het is vaste rechtspraak dat een lidstaat artikel 4, lid 3 VEU (ex art. 10 EG) in samenhang met artikel 101 VWEU schendt, wanneer de lidstaat de totstandkoming van een met artikel 101 VWEU strijdige mededingingsregelingen oplegt of begunstigt of de werking ervan versterkt, dan wel de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch beleid aan particuliere marktdeelnemers delegeert in plaats van zijn eigen regels te laten gelden⁹¹⁹.

409. De Belgische wet van 15 april 1958 die de publiciteit inzake tandverzorging verbiedt, is echter niet in strijd met voornoemde verdragsbepalingen. In de zaak *Doulamis* wordt de heer Doulamis op grond van deze wet vervolgd omdat hij een advertentie voor zijn tandheelkundig laboratorium in de telefoongids had geplaatst. Doulamis steunt zijn verweer op een vermeende strijdigheid van de wet met voornoemde verdragsbepalingen. Het Hof volgt die stelling echter niet omdat de Belgische regeling op geen enkele manier de werking van een mededingingsregeling of een besluit van ondernemingen begunstigt of versterkt of een ongeoorloofde delegatie aan particuliere marktdeelnemers inhoudt.

410. In de zaak *Jakubowska*⁹²⁰ moet het Hof zich uitspreken over een Italiaanse regeling met betrekking tot deeltijdse advocaten die de Orde van Advocaten verplicht om ambtshalve de inschrijving op het tableau van de orde te schrappen van advocaten die eveneens deeltijds ambtenaar zijn en die niet binnen een gestelde termijn hebben gekozen voor het

behoud van hun inschrijving op het tableau of voor het behoud van de arbeidsbetrekking. Volgens het Hof kan niet worden vastgesteld dat Italië aan zijn eigen regeling het overheidskarakter heeft ontnomen. Ietwat cryptisch voegt het Hof daaraan toe dat “om soortgelijke redenen [...] van een nationale wettelijke regeling zoals aan de orde in het hoofdgeding niet [kan] worden gesteld dat zij met artikel 81 EG strijdige mededingingsregelingen oplegt of begunstigt”, zonder dat het uit de motivering van het Hof meteen duidelijk is waarom zulke regeling dit effect niet teweegbrengt⁹²¹.

C. Artikel 106 VWEU: openbare ondernemingen

411. Artikel 106, 1. VWEU bepaalt dat de lidstaten met betrekking tot de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel nemen of handhaven die in strijd is met in het bijzonder de verdragsbepalingen inzake mededinging. In de zaak *MOTOE* stelt het Hof vast dat een vereniging zonder winstoogmerk (ELPA) die krachtens de in het geding zijnde Griekse reglementering de bevoegdheid heeft verkregen om een gunstig advies over vergunningsaanvragen te verlenen die worden ingediend met het oog op de organisatie van motorwedstrijden, een bijzonder recht in de zin van artikel 106 VWEU geniet⁹²².

412. Volgens het Hof levert deze adviesbevoegdheid een schending van artikel 102 juncto artikel 106 VWEU op, omdat zij een risico van misbruik van machtspositie doet ontstaan. ELPA, de ‘onderneming’ aan wie het bijzondere recht is toegekend, organiseert immers zelf motorwedstrijden. Het Hof bepaalt dat, “wanneer aan een rechtspersoon als ELPA, die zelf motorwedstrijden organiseert en commercieel exploiteert, de opdracht wordt toevertrouwd aan de bevoegde autoriteit een gunstig advies te geven over vergunningsaanvragen die worden ingediend met het oog op de organisatie van dergelijke wedstrijden, [...] dit er in feite op [neerkomt] dat hem de bevoegdheid wordt gegeven, de personen aan te duiden die deze wedstrijden mogen organiseren en de omstandigheden vast te stellen waarin deze wedstrijden worden georganiseerd, zodat deze entiteit een duidelijk voordeel ten opzichte van haar concurrenten wordt toegekend [...]. Een dergelijke recht kan dus de onderneming die erover beschikt ertoe brengen, de andere marktdeelnemers de toegang tot de betrokken markt te ontzeggen”⁹²³.

⁹¹⁷. Arrest van het Hof van 11 maart 2010, C-1/09, *Celf*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 40. Zie noot van J. DERENNE, “Juge national et récupération d’aide illégale: enseignements des arrêts ‘*CELFI I & II*’”, *TBH* 2010, 673.

⁹¹⁸. Art. 10 EG-Verdrag is opgeheven. De voor het mededingingsrecht relevante strekking van deze voormalige verdragsbepaling, met name dat de lidstaten geen overheidsmaatregelen kunnen nemen die de mededinging beperken, kan echter worden teruggevonden in art. 4, lid 3 VEU.

⁹¹⁹. Arrest van het Hof van 13 maart 2008, *Doulamis*, C-446/05, *Jur.* 2008, I-1377, r.o. 20.

⁹²⁰. Arrest van het Hof van 2 december 2010, C-225/09, *Jakubowska*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, r.o. 50.

⁹²¹. Arrest *Jakubowska*, aangehaald in de vorige voetnoot, r.o. 51.

⁹²². Arrest *MOTOE*, aangehaald in voetnoot 352, r.o. 43.

⁹²³. Arrest *MOTOE*, aangehaald in voetnoot 352, r.o. 51.

D. Artikel 106, lid 2 VWEU: dienst van algemeen economisch belang

413. Ondernemingen die belast zijn met een dienst van algemeen economisch belang vallen krachtens artikel 106, lid 2 VWEU onder de regels van de Verdragen, met name de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert.

414. De in de zaak *MOTOE* verleende adviesbevoegdheid (*supra*, randnrs. 411-412) over de organisatie van motor-

wedstrijden kan, volgens het Hof, niet als een dienst van algemeen economisch belang worden beschouwd omdat zij “[...] *stellig op een handeling van het openbaar gezag [berust]*” die niet als een economische activiteit kan worden gekwalificeerd⁹²⁴.

415. De vraag naar de kwalificatie van een openbare omroep als een dienst van algemeen economisch belang komt aan de orde in elk arrest waarin de financiering van deze activiteit met staatsmiddelen wordt onderzocht (zie *supra*, randnrs. 318-319, 349, 357 en 374).

⁹²⁴. Arrest *MOTOE*, aangehaald in voetnoot 352, r.o. 45-47.