

# RECHTSLEER

## DOCTRINE

### Kroniek van rechtspraak: Europees ondernemingsrecht (augustus 2001-juli 2003)

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

#### INHOUDSTAFEL

<b>I. Vrij verkeer van goederen</b> .....	635
<b>A. Inleiding</b> .....	635
<b>B. Douaneheffingen en maatregelen van gelijke werking</b> .....	636
1. <i>Kader</i> .....	636
2. <i>Binnenlandse belastingen – inhoud en onderscheid met heffingen van gelijke werking</i> .....	637
3. <i>Onderscheid artikelen 9-12 en 90 EG vs. 87 EG</i> .....	638
4. <i>Artikel 90 EG en uitvoer</i> .....	638
<b>C. Kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking (artt. 28 e.v. EG)</b> .....	639
1. <i>Inleiding</i> .....	639
2. <i>Maatregelen van gelijke werking: toepassingsgebied</i> .....	639
3. <i>Uitzonderingen: artikel 30 (ex art. 36) EG en de “rule of reason”</i> .....	643
4. <i>Het voorkomingsbeleid: Richtlijn 98/34/EG (voorheen 83/189)</i> .....	648
<b>II. Vrijheid van vestiging</b> .....	649
<b>A. Algemeen – Draagwijdte</b> .....	649
1. <i>Discriminatieverbod</i> .....	649
2. <i>Vestigingsrecht van vennootschappen</i> .....	650
3. <i>Verbod van niet-discriminerende beperkingen</i> .....	651
<b>B. Onderlinge erkenning van diploma’s en beroepskwalificaties</b> .....	654
<b>C. Fiscale belemmeringen van het vestigingsrecht</b> .....	656
<b>III. Vrij verkeer van diensten</b> .....	657
<b>A. Toepassingsgebied</b> .....	657
<b>B. Draagwijdte</b> .....	659
1. <i>Discriminatieverbod</i> .....	659
2. <i>Verbod van niet-discriminerende beperkingen</i> .....	660
<b>C. Financiële diensten</b> .....	662
<b>IV. Vrij kapitaalverkeer</b> .....	664
<b>V. Mededingingsrecht (artt. 81-82 EG en concentratiecontroleverordening)</b> .....	666
<b>A. Toepassing van de artikelen 81 en 82 EG</b> .....	666

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

<sup>2</sup> Advocaat Wilmer Cutler Pickering Hale & Dorr Brussel; auteur van delen VI, VII en VIII.

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

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

1. De begrippen onderneming en ondernemersvereniging . . . . .	667
2. Overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedraging . . . . .	669
3. Mededingingsbeperking . . . . .	671
4. Invloed op de handel tussen Lidstaten . . . . .	674
5. Relevante markt . . . . .	674
6. Artikel 81, derde lid . . . . .	674
7. Misbruik van machtspositie . . . . .	675
8. Boetes . . . . .	676
<b>B. Rechten van de verdediging</b> . . . . .	682
1. Toezicht van de nationale rechter op Commissiebeschikkingen waarbij verificaties met dwangmaatregelen worden gelast . . . . .	682
2. Beroepsgeheim van de diensten van de Commissie . . . . .	684
3. Verplichting tot actieve medewerking aan het onderzoek . . . . .	684
4. Punten van bezwaar en bewijsstukken . . . . .	684
5. Toezending van nieuwe bewijsstukken na de mededeling van de punten van bezwaar . . . . .	684
6. Toegang tot het dossier tijdens de administratieve procedure . . . . .	685
7. Geen recht op het oproepen van “getuigen à décharge” . . . . .	685
8. Verplichting om een (inbreuk)beschikking binnen een redelijke termijn vast te stellen . . . . .	685
9. Geen kunstmatige verlenging van de verjaringstermijn . . . . .	686
10. Bevoegdheid van de Commissie om, na de vernietiging van een beschikking, een nieuwe beschikking vast te stellen . . . . .	686
<b>C. Private enforcement</b> . . . . .	686
<b>D. Toepassing van de concentratiecontroleverordening</b> . . . . .	688
1. Inleiding . . . . .	688
2. Collectieve dominante positie – arrest Airtours . . . . .	689
3. Foutieve beoordeling marktpositie – arrest Schneider . . . . .	690
4. Hefboomwerking en Conglomerale effecten – arrest Tetra Laval/Sidel . . . . .	691
5. Beroepsmogelijkheid tegen wijzigingen door de Commissie aan eerdere beschikkingen – arrest Lagardère . . . . .	692
6. “Nevenrestricties” – arrest Lagardère . . . . .	693
7. Terugverwijzingen naar Lidstaten – arresten “Seb/Moulinex” . . . . .	693
8. Beroep van afgewezen kandidaat-overnemers van een te desinvesteren deel van een verworven onderneming . . . . .	695
<b>VI. Artikel 10 juncto artikelen 81 en 82 EG: mededingingsbeperkende overheidsregelingen</b> . . . . .	695
<b>VII. Artikel 86 EG: openbare ondernemingen</b> . . . . .	696
<b>A. Artikel 86, lid 1, EG</b> . . . . .	696
<b>B. De rechtvaardigingsgrond van artikel 86, lid 2, EG</b> . . . . .	698
<b>C. Artikel 86, lid 3, EG-Verdrag: de rechtspositie van klagers</b> . . . . .	698
<b>VIII. Overheidssteun</b> . . . . .	699
<b>A. Het verbod van staatssteun</b> . . . . .	699
1. Een voordeel . . . . .	699
2. Maatregel van de Staat of met staatsmiddelen bekostigd . . . . .	705
3. Specificiteit van de maatregel . . . . .	705
4. Vervalsing van de mededinging en beïnvloeding van het handelsverkeer . . . . .	707
5. Toetsing aan het evenredigheidsbeginsel . . . . .	708
<b>B. Beoordelingsbevoegdheid van de Commissie bij het nagaan van de verenigbaarheid van steunmaatregelen met de gemeenschappelijke markt</b> . . . . .	709
<b>C. Bestaande en nieuwe steunmaatregelen</b> . . . . .	710
<b>D. Procedure: aanmelding van nieuwe steun, eerste onderzoek en formele onderzoeksprocedure</b> . . . . .	711
<b>E. Terugvordering door de Lidstaat van onrechtmatig verleende steun</b> . . . . .	713

## TABLE DES MATIÈRES

<b>I. Libre circulation des marchandises</b>	635
<b>A. Introduction</b>	635
<b>B. Droits de douane et mesures d'effet équivalent</b>	636
1. Cadre	636
2. Impositions intérieures – contenu et différence par rapport aux taxes d'effet équivalent	637
3. Différence articles 9-12 et 90 CE vs. 87 CE	638
4. Article 90 CE et exportation	638
<b>C. Restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent (artt. 28 et s. CE)</b>	639
1. Introduction	639
2. Mesures d'effet équivalent: champ d'application	639
3. Exceptions: art. 30 (ex art. 36) CE et la "rule of reason"	643
4. Politique de prévention: Directive 98/34/CE (auparavant 83/189)	648
<b>II. Liberté d'établissement</b>	649
<b>A. Généralités – Portée</b>	649
1. Interdiction des discriminations	649
2. Liberté d'établissement des sociétés	650
3. Interdiction des entraves non discriminatoires	651
<b>B. La reconnaissance mutuelle des diplômes et qualifications professionnelles</b>	654
<b>C. Les entraves fiscales à la liberté d'établissement</b>	656
<b>III. Libre prestation des services</b>	657
<b>A. Champ d'application</b>	657
<b>B. Portée</b>	659
1. Interdiction des discriminations	659
2. Interdiction des entraves non discriminatoires	660
<b>C. Services financiers</b>	662
<b>IV. Libre circulation des capitaux</b>	664
<b>V. Droit de la concurrence (artt. 81-82 CE et ordonnance de contrôle de concentration)</b>	666
<b>A. Application des articles 81 et 82 CE</b>	666
1. Les notions d'entreprise et d'association d'entrepreneurs	667
2. Accords et pratiques concertées	669
3. Restriction de concurrence	671
4. Affectation du commerce entre États membres	674
5. Marché en cause	674
6. Article 81, paragraphe 3	674
7. Abus de position dominante	675
8. Amendes	676
<b>B. Droits de la défense</b>	682
1. Contrôle du juge national sur les décisions de la Commission ordonnant des vérifications avec mesures de contrainte	682
2. Secret professionnel de la Commission	684
3. Obligation de collaboration active à l'instruction	684
4. Communication des griefs et pièces probantes	684
5. Envoi de nouvelles pièces probantes après communication des griefs	684
6. Accès au dossier lors de la procédure administrative	685
7. Pas de droit à faire appeler des "témoins à décharge"	685
8. Obligation d'adopter une décision (d'infraction) dans un délai raisonnable	685
9. Pas de prolongation artificielle de la période de prescription	686
10. Pouvoir de la Commission d'adopter une nouvelle décision après un arrêt d'annulation	686
<b>C. Private Enforcement</b>	686
<b>D. Application du règlement sur le contrôle des concentrations</b>	688
1. Introduction	688
2. Position dominante collective – Arrêt Airtours	689
3. Appréciation erronée de la position sur le marché – Arrêt Schneider	690
4. Effet de levier et effet de conglomérat – Arrêt Tetra Pak/Sidel	691

5. Recours contre les modifications apportées par la Commission à des décisions antérieures – Arrêt Lagardère .....	692
6. “Restrictions accessoires” – Arrêt Lagardère .....	693
7. Renvoi aux États membres – Arrêts Seb/Moulinex .....	693
8. Recours de candidats non retenus pour la reprise d’une (partie d’une) entreprise dont la Commission a imposé la vente .....	695
<b>VI. Article 10 juncto articles 81 CE et 82 CE: mesures étatiques restrictives de concurrence .....</b>	<b>695</b>
<b>VII. Article 86 CE: entreprises publiques .....</b>	<b>696</b>
<b>A. Article 86, premier paragraphe CE .....</b>	<b>696</b>
<b>B. La dérogation prévue à l’article 86, deuxième paragraphe CE .....</b>	<b>698</b>
<b>C. Article 86, troisième paragraphe CE: droits des plaignants .....</b>	<b>698</b>
<b>VIII. Aides d’État .....</b>	<b>699</b>
<b>A. L’interdiction sur les aides étatiques .....</b>	<b>699</b>
1. Un avantage .....	699
2. Mesure étatique ou financée au moyen de ressources d’État .....	705
3. Spécificité de la mesure .....	705
4. Restriction de la concurrence et effet sur le commerce entre États membres .....	707
5. L’application du principe de proportionnalité .....	708
<b>B. Pouvoir d’appréciation de la commission concernant la compatibilité des aides avec le marché commun .....</b>	<b>709</b>
<b>C. Aides existantes et nouvelles .....</b>	<b>710</b>
<b>D. Procédure: notification d’aides nouvelles, examen préliminaire et procédure formelle d’examen .....</b>	<b>711</b>
<b>E. Recouvrement des aides illicites .....</b>	<b>713</b>

1. Ziehier de zevende aflevering van de kroniek die een overzicht en analyse biedt van de rechtspraak van het Hof van Justitie (het “Hof”, dat in 2002 zijn 50<sup>ste</sup> verjaardag vierde) en het Gerecht van Eerste Aanleg (het “Gerecht”) op het gebied van het ondernemingsrecht<sup>5</sup>.

2. Voor een goed begrip herhalen we een voor de meeste lezers reeds bekende waarschuwing: omwille van de zeer omvangrijke jurisprudentie van het Hof en het Gerecht (in 2003 bijvoorbeeld sprak het Hof 455 arresten en beschikkingen uit en het Gerecht 339) is het onbegonnen werk om een alomvattende kroniek te publiceren. In plaats daarvan werd een selectie verricht van de belangrijkste arresten die naar het gevoel van de auteurs relevant zijn voor het ondernemingsrecht. Een dergelijke benadering lijkt ons des te meer aangewezen, nu de toegang tot (de elektronische versie van)

de jurisprudentie van Hof en Gerecht en de beschikkingen van de Commissie sterk vergemakkelijkt is<sup>6</sup>.

3. De Kroniek wordt gepubliceerd op een scharniermoment. Recent zijn tien nieuwe Lidstaten toegetreden tot de Gemeenschap, wat onder meer als gevolg heeft dat zowel het Hof als het Gerecht thans 25 rechters tellen, die 20 verschillende moedertalen hebben. Nog steeds wordt getracht om een voor alle Lidstaten aanvaardbare Constitutie goed te keuren. Tegelijk met de toetreding van de nieuwe Lidstaten is het zogenaamde “gemoderniseerde” mededingingsrecht in werking getreden (daarover meer in deel V). Deze laatste ontwikkeling zal nog verder het belang verhogen van een voldoende kennis van het Communautaire recht voor practici en magistraten. Daartoe wil deze kroniek een bijdrage leveren.

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

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

<sup>6</sup> Arresten worden, in de regel op de dag van de uitspraak, beschikbaar gemaakt op de site van het Hof ([www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int)) en kunnen enige tijd later ook worden geraadpleegd via de Eur-Lex site ([www.europa.eu.int/eur-lex](http://www.europa.eu.int/eur-lex)). Arresten waarvoor bij het afsluiten van deze kroniek nog geen (papier) vindplaats beschikbaar was, kunnen op één van voornoemde sites worden teruggevonden. De website van de Commissie ([www.europa.eu.int/comm](http://www.europa.eu.int/comm)) biedt, voor elk van de directoraten-generaal, een zeer grote hoeveelheid documenten, zowel op wetgevend (voorstellen, witboeken, bestaande richtlijnen en verordeningen) als op uitvoerend gebied (zie bv. de zeer volledige site van DG Concurrentie, [www.europa.eu.int/comm/competition](http://www.europa.eu.int/comm/competition)).

## I. VRIJ VERKEER VAN GOEDEREN

### A. Inleiding

4. Eén van de vier vrijheden in het EG-Verdrag is het vrij verkeer van goederen. Het is volgens het Hof één van de fundamentele beginselen van het verdrag<sup>7</sup>. Deze vrijheid omvat meerdere componenten. *Extern* wordt hiertoe een uniforme douaneregeling aan de buitengrenzen voorzien in artikel 133 EG (*ex art.* 113) dat echter buiten het bestek van deze kroniek valt. *Intern* omvat dit enerzijds de realisatie van de douane-unie door middel van de verbodsbepalingen inzake douaneheffingen en heffingen met een “gelijke werking” als douaneheffingen bij de invoer en uitvoer van goederen tussen de Lidstaten welke geïllustreerd worden in de artikelen 25 e.v. EG (*ex artt.* 12 e.v.) (zie hierna I.B.). Deze bepalingen moeten worden samengelezen met artikel 90 EG (*ex art.* 95) dat discriminerende of beschermende nationale belastingen verbiedt. Anderzijds omvat intern gezien het vrij verkeer van goederen ook het verbod op kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking zoals bepaald in de artikelen 28 e.v. EG (*ex artt.* 30 e.v. EG) (zie hierna I.C.). Het gaat hier om bepalingen die rechtstreekse werking hebben en dus door elke rechtsonderhorige rechtstreeks in een geschil (zowel met een andere particulieren als met de overheid) kunnen worden ingeroepen<sup>8</sup>.

5. Aan deze basisprincipes is in de besproken periode niets gewijzigd. Ook de rechtspraak van het Hof heeft geen “aardverschuivingen” met zich gebracht zoals bijvoorbeeld ten tijde van het Keck en Mithouard-arrest. De rechtspraak in de besproken periode is er daarom niet minder interessant om<sup>9</sup>.

6. Hoewel de basisprincipes niet zijn gewijzigd, moeten er zich in het kader van de uitbreiding van de EU tot 25

Lidstaten wel bewust van zijn dat het vrij verkeer nu speelt met deze 10 nieuwe Lidstaten erbij. De interne markt is dus een pak groter geworden vanaf 1 mei 2004. De harmonisatierichtlijnen en vooral het principe van de onderlinge erkenning wordt als onderdeel van het *acquis communautaire* nu opgenomen in het recht van de nieuwe Lidstaten. Er valt dan ook te verwachten dat er de volgende jaren vanuit die hoek vele problemen zullen rijzen en wellicht ook heel wat nieuwe prejudiciële vragen zullen komen. Het toetredingsverdrag voorziet wel bepaalde beperkte uitzonderingen inzake het vrije verkeer van goederen met deze nieuwe Lidstaten. Naast enkele algemene bepalingen zijn er uitzonderingen die kunnen verschillen van nieuwe Lidstaat tot nieuwe Lidstaat. De lezer wordt verwezen naar de betreffende bepalingen van het toetredingsverdrag.

7. Een andere ontwikkeling die inzake het vrij verkeer van goederen speelt is dat voor een deel de rechtspraak onder artikel 28 EG geleidelijk vervangen wordt door rechtspraak onder richtlijnen (en verordeningen) die bepaalde materies in de Lidstaten beogen te harmoniseren. Voorbeelden hiervan zijn o.m. de Merkenrichtlijn<sup>10</sup> en -verordening, de Richtlijn vergelijkende reclame<sup>11</sup>, Etiketteringsrichtlijnen<sup>12</sup>, de Richtlijn veiligheid van speelgoed, onrechtmatige bedingen, verkoop op afstand, de E-commerce richtlijn, enz. De basisregel is dat wanneer dergelijke harmonisatie tussenkomt en de harmonisatie uitputtend is, nationale bepalingen aan de harmonisatiemaatregel moeten getoetst worden, en niet zozeer aan de artikelen 28-30 EG<sup>13</sup>. Echter zelfs bij de interpretatie van deze richtlijnen of verordeningen zal het Hof er steeds over waken dat haar rechtspraak onder deze bepalingen van secundair recht conform de basisbeginselen is van het vrij verkeer van goederen<sup>14</sup>. Het verbod van artikel 28 EG geldt immers niet enkel voor nationale maatregelen,

7. Arrest van 19 juni 2003, C-420/01, *Commissie/Italië*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*; arrest van 12 juni 2003, zaak C-112/00, *Eugen Schmidberger*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, r.o. 51 e.v.

8. Zie inzake artt. 23 en 90: arrest van 23 april 2002, zaak C-234/99, *Niels Nygård*, *Jur.* 2002, I-3657.

9. Gelet op de veelheid aan arresten, is dit overzicht niet exhaustief. Voor andere overzichten kan verwezen worden naar de kronieken die worden gepubliceerd in *J.T. dr. eur.*, *Cah. dr. eur.*, *Rev. mar. comm.*, enz.

10. Richtlijn 89/104/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der Lidstaten, *PB.* 1989, L. 40/1. De rechtspraak over deze richtlijn is zéér uitvoerig. Eén van de belangrijkste arresten in de besproken periode is ongetwijfeld de zaak *Van Doren* (arrest van 8 april 2003, zaak C-244/00) omdat het Hof hierin de regels inzake bewijslast verduidelijkt m.b.t. de *Communautaire* uitputting. Het oordeelde hierin “dat een bewijsregel krachtens welke de uitputting van het merkrecht voor de door de merkhouders gedagvaarde derde een verweermiddel vormt, zodat de voorwaarden voor deze uitputting in principe moeten worden bewezen door de derde die zich erop beroept, in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht, met name de artikelen 5 en 7 van de Richtlijn. De vereisten van de onder andere in de artikelen 28 EG en 30 EG verankerde bescherming van het vrije verkeer van goederen kunnen echter tot een wijziging van deze bewijsregel nopen. Wanneer de derde erin slaagt aan te tonen dat er een reëel gevaar bestaat dat de nationale markten worden afgeschermd wanneer hij dit zelf moet bewijzen, met name wanneer de merkhouders zijn waren binnen de EER in de handel brengt door middel van een exclusief distributiesysteem, moet de merkhouders aantonen dat de waren aanvankelijk door hemzelf of met zijn toestemming buiten de EER in de handel zijn gebracht. Indien dat bewijs wordt geleverd, is het dan aan de derde om aan te tonen dat de merkhouders met het daarna in de handel brengen binnen de EER heeft ingestemd” – zie hierover o.m. ook de annotatie in *C.M.L. Rev.* 2003, 1511-1529.

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

12. Zie o.m. Richtlijn 79/112/EEG van de Raad van 18 december 1978 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lidstaten inzake etikettering en presentatie van levensmiddelen alsmede inzake de daarvoor gemaakte reclame, *PB.* 1979, L. 33/1, herhaaldelijk gewijzigd en thans vervangen door Richtlijn 2000/13 van 20 maart 2000, *PB.* 2000, L. 109/29.

13. Arrest van 23 januari 2003, gevoegde zaken C-421/00, C-426/00 en C-16/01, *Renate Sterbenz/Paul Dieter Haug*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, r.o. 24; arrest van 23 januari 2003, zaak C-221/00, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, r.o. 42; arrest van 24 oktober 2002, zaak C-99/01, *Linhart*, *Jur.* 2002, I-9375, r.o. 18.

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

maar evenzeer voor maatregelen die van de gemeenschap-instellingen uitgaan<sup>15</sup>. Op die manier blijven de beginselen van de artikelen 28 e.v. EG en de rechtspraak van het Hof in dit verband ten volle hun belang behouden. Een uitzondering hier is de werking van artikel 32 EG dat voorrang geeft aan de in het kader van het gemeenschappelijke landbouwbeleid vastgestelde specifieke bepalingen boven de algemene verdragsbepalingen betreffende de instelling van de gemeenschappelijke markt<sup>16</sup>.

8. Verder gebeurt het vaak dat richtlijnen of verordeningen maar een deel van een materie regelen, of slechts boven bepaalde drempelwaarden, enz. Daarbuiten blijven dan de beginselen van o.m. het vrij verkeer van goederen doorwerken. Aldus moeten de regels in bestekken van overheden inzake openbare aanbestedingen die niet binnen het toepassingsgebied vallen van de Richtlijnen openbare aanbesteding, zich nog wel conformeren aan artikel 28 EG. Dit impliceert dat deze bestekken niet een welbepaald merk van materiaal kunnen verplichtend stellen omdat dit de invoerstromen tussen de Lidstaten in strijd met artikel 28 EG kan belemmeren<sup>17</sup>.

9. Daarbij komt dat richtlijnen weliswaar geen horizontale rechtstreekse werking hebben, maar via de door het Hof van Justitie ontwikkelde rechtspraak inzake "richtlijnconforme interpretatie" is de nationale rechter bij de toepassing van nationaal recht, verplicht dit nationale recht uit te leggen in het licht van de bewoordingen en objectieve doelstellingen van de richtlijn<sup>18</sup>. Op die basis oordeelde recentelijk het Hof van Beroep te Brussel dat de Benelux Merkenwet vóór zijn aanpassing aan de Eerste Merkenrichtlijn, maar nadat de omzettingperiode wel al was verstreken, toch zo moest worden geïnterpreteerd dat hierin nu het beginsel van de Europese uitputting moest worden gelezen, en niet langer de tot dan toe geldende leer van de universele uitputting<sup>19</sup>.

10. Ook in het EG-recht geldt de regel van *lex specialis derogat legi generali*. Zo is er een algemene Richtlijn inzake misleidende reclame<sup>20</sup>. Daarnaast echter zijn er product- of sectorspecifieke richtlijnen die soms ook voorschriften inzake bescherming tegen misleiding bevatten. Dit is o.m. het geval inzake cosmetische producten<sup>21</sup> en levensmiddelen. In dergelijk geval moet de specifieke bepaling worden uitgelegd als een bijzondere regel ten opzichte van de algemene regel (hier de Richtlijn misleidende reclame), en moet enkel de bijzondere regel worden toegepast<sup>22</sup>.

## B. Douaneheffingen en maatregelen van gelijke werking

### 1. Kader

11. Douaneheffingen in de klassieke zin van het woord komen niet meer voor. Daarentegen blijven heffingen met een gelijke werking af en toe nog steeds het vrij verkeer van goederen belemmeren. Volgens het Hof vindt het verbod van douanerechten en heffingen van gelijke werking zijn rechtvaardiging in de belemmering die geldelijke lasten wegens grensoverschrijding – ook al zijn zij nog zo gering – opleveren voor het goederenverkeer, die door de achtereenvolgende administratieve formaliteiten nog wordt versterkt. Krachtens vaste rechtspraak moet een heffing van gelijke werking gedefinieerd worden als "een eenzijdig opgelegde geldelijke last – ook al is die gering – die wegens grensoverschrijding op nationale of buitenlandse goederen wordt gelegd en geen douanerecht is in eigenlijke zin, zelfs wanneer deze last niet ten behoeve van de Staat wordt gegeven"<sup>23</sup>. Kenmerkend aan douaneheffingen is dus dat zij uitsluitend geheven worden op grond van de grensoverschrijding als zodanig<sup>24</sup>. Het doel

<sup>15</sup>. Arrest van 13 september 2001, *Schwarzkopf*, *Jur.* 2001, I-5901, r.o. 37; arrest van 20 mei 2003, zaak C-108/01, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, r.o. 53.

<sup>16</sup>. Voor een toepassing zie het arrest van 16 januari 2003, zaak C-462/01, *Ulf Hammarsten*, *Jur.* 2003, I-781, r.o. 24 met verwijzing naar het arrest van 26 juni 1979, zaak 177/78, *Mc Carren*, *Jur.* 1979, 2161, r.o. 9.

<sup>17</sup>. Beschikking van het Hof van 3 december 2001, zaak C-59/00, *Vestergaard*, *Jur.* 2001, I-9505.

<sup>18</sup>. Zie o.m. Hof 10 april 1984, zaak 14/83, *Von Colson en Kamann/Land Nordrhein-Westfalen*, *Jur.* 1984, 1891, r.o. 26; Hof 10 april 1984, zaak 79/83, *Harz/Deutsche Tradax*, *Jur.* 1984, 1931, r.o. 26; Hof 15 mei 1986, zaak 222/84, *Johnston/Chief Constabulary of the Royal Ulster Constabulary*, *Jur.* 1986, r.o. 53; Hof 8 oktober 1987, zaak 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, *Jur.* 1987, 3969, r.o. 12; Hof 20 september 1988, zaak 31/87, *Gebroeders Beentjes*, *Jur.* 1988, 4635, r.o. 39; Hof 13 november 1990, zaak C-106/89, *Marleasing*, *Jur.* 1990, I-4135, *T.R.V.* 1991, 36 met noot F. BOUCKAERT en J. BOUCKAERT; *C.M.L. Rev.* 1991, 205 met noot J. STUYCK en P. WYTINCK; Hof 12 oktober 1993, zaak C-37/92, *Van Acker*, *Jur.* 1993, I-4975; Hof 16 december 1993, zaak C-334/92, *Wagner Miret/Fondo de Garantia Salarial*, *Jur.* 1993, I-6911, r.o. 20; Hof 14 juli 1994, zaak C-91/92, *Paola Facini Dori/Recreb*, *Jur.* 1994, I-3325, r.o. 26.

<sup>19</sup>. Arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 2 mei 2002, 1999/AR/1276, *JFM Trading/Zippo*. Tegen dit arrest werd een voorziening tot cassatie ingesteld.

<sup>20</sup>. 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 (*P.B.* 1984, L. 250/17 – sindsdien gewijzigd).

<sup>21</sup>. Richtlijn 76/768 van de Raad van 27 juli 1976 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lidstaten inzake cosmetische producten (herhaaldelijk gewijzigd).

<sup>22</sup>. Zie in de besproken periode o.m. arrest van 24 oktober 2002, zaak C-99/01, *Linhart*, *Jur.* 2002, I-9375, r.o. 20.

<sup>23</sup>. Arrest van 21 september 2000, zaak C-441/98 en C-442/98, *Kapniki en Michailidis/IKA*, *Jur.* 2000, I-7145, r.o. 15. In de besproken periode bevestigd in arrest van 23 april 2002, *Nygaard*, *Jur.* 2002, I-3657, r.o. 17; arrest van 27 februari 2003, zaak C-389/00, *Jur.* 2003, I-2001. Zie ook *Kroniek 1996-1997*, *T.B.H.* 1998, 138, randnr. 4; zie ook arrest van 1 juli 1969, zaken 2/69 en 3/69, *Jur.* 1969, 211, r.o. 18; arrest van 9 november 1983, *Commissie/Denemarken*, zaak 158/82, *Jur.* 1983, 3573, r.o. 18; arrest van 22 juni 1994, *Deutsches Milch-Kontor*, zaak C-426/92, *Jur.* 1994, I-2757, r.o. 50; arrest van 17 september 1997, zaak C-347/95, *UCAL*, *Jur.* 1997, I-4911, r.o. 18.

<sup>24</sup>. Arrest van 22 mei 2003, zaak C-355/00, *Freskot AE/Elliniko Dimosio*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*

waarmee rechten worden ingevoerd door een Lidstaat of de bestemming welke deze opbrengsten hebben, hebben geen enkele invloed op de vraag of er sprake is van een verboden douanerecht.

**12.** Op het verbod van douaneheffingen en heffingen van gelijke werking bestaan drie uitzonderingen: 1° wanneer de last de tegenprestatie vormt voor een aan de marktdeelnemer werkelijk en individueel verleende dienst en evenredig is aan de kosten daarvan<sup>25</sup>, 2° wanneer de last wordt geheven in uitvoering van een Communautaire verplichting en 3° wanneer de last deel uitmaakt van een algemeen stelsel van binnenlandse heffingen waardoor nationale en in- of uitgevoerde producten volgens dezelfde criteria stelselmatig worden belast, d.w.z. het geval van artikel 90 EG (*ex art.* 95)<sup>26</sup>.

## 2. Binnenlandse belastingen – inhoud en onderscheid met heffingen van gelijke werking

**13.** Het is van belang een onderscheid te maken tussen enerzijds heffingen van gelijke werking en anderzijds algemeen toegepaste binnenlandse belastingen. Beide kunnen immers niet samen worden toegepast<sup>27</sup>. Hetzelfde geldt overigens m.b.t. artikel 28 EG<sup>28</sup>. Volgens vaste rechtspraak van het Hof kan een last niet als een heffing van gelijke werking als een douanerecht worden gekwalificeerd wanneer deze last deel uitmaakt van een algemeen stelsel van binnenlandse belastingen waardoor nationale en in- of uitgevoerde producten volgens dezelfde criteria stelselmatig worden getroffen<sup>29</sup>. Dat is bijvoorbeeld het geval met een belasting op de registratie van nieuwe motorvoertuigen die niet wordt geheven wegens overschrijding van de grens van de Lidstaat die deze belasting heeft ingevoerd, maar bij de eerste registratie van het voertuig op het grondgebied van die Lidstaat<sup>30</sup>.

**14.** Waar artikel 25 EG elke douaneheffing op zich verbiedt, kijkt artikel 90 EG niet naar de heffing op zich, maar naar de discriminatie, of het rechtstreeks of zijdelings beschermend karakter voor de binnenlandse productie. Wat artikel 90 EG dus verbiedt is om op producten uit de overige

Lidstaten hogere binnenlandse belastingen te heffen dan die welke op gelijksoortige nationale producten worden geheven, of zodanige binnenlandse belastingen dat daardoor andere producties zijdelings worden beschermd. Het heeft tot doel het vrije verkeer van goederen tussen de Lidstaten onder normale mededingingsvoorwaarden te verzekeren door elke vorm van bescherming uit te sluiten die het gevolg kan zijn van de toepassing van binnenlandse belastingen die discriminerend zijn ten opzichte van producten uit andere Lidstaten (“belastingneutraliteit”)<sup>31</sup>.

**15.** Voorts moet de last op het uitgevoerde product, wil deze deel uitmaken van een algemeen stelsel van binnenlandse belastingen, het nationale product en het identieke uitgevoerde product even zwaar en in dezelfde verhandelingsfase treffen en moet ook het belastbaar feit voor de twee producten hetzelfde zijn<sup>32</sup>. Dat zal niet zo zijn wanneer de binnenlandse belaste producten geheel of deels worden gecompenseerd voor deze heffing door een terugvloeiing van voordelen uit de bestemming van de opbrengt van de belasting. Als de compensatie deels is, zal er sprake zijn van een inbreuk op artikel 90 EG; is de compensatie volledig, dan zal er sprake zijn van een inbreuk op de artikelen 23 e.v. EG. Dit was de discussie m.b.t. een Deense productieheffing op varkens die in Denemarken zelf worden geproduceerd en zowel van toepassing was op varkens die levend naar een andere Lidstaat werden uitgevoerd als op varkens die werden verkocht voor de slacht voor de Deense markt. Er was voor het Hof discussie of het niet vooral de belaste binnenlandse producten waren die op de nationale markt werden verwerkt of verhandeld die profiteerden van de opbrengst van de heffing. Bij gebrek aan duidelijke gegevens stelde het Hof dat het aan de nationale rechter toekomt dit vast te stellen door tijdens een referentieperiode na te gaan in hoeverre de bedragen die uit hoofde van de heffing zijn geïnd op de binnenlandse producten die op de binnenlandse markt worden verwerkt of verhandeld, het financieel equivalent vormen van de voordelen waarvan uitsluitend deze producten profiteren.

**16.** Maar wat als er gewoonweg geen binnenlandse productie of geen concurrerende productie is? Moet dit er toe

<sup>25</sup> Zie voor een toepassing waar deze voorwaarde niet werd vervuld geacht: arrest van 27 februari 2003, zaak C-389/00, *Commissie/Duitsland*, *Jur.* 2003, I-2001 – ook besproken in J.P. KEPPELNE, “La libre circulation des marchandises”, *J.T. dr. eur.* 2003, 271-275.

<sup>26</sup> Arrest van 27 februari 2003, zaak C-389/00, *Commissie/Duitsland*, *Jur.* 2003, I-2001. Wat de laatste uitzondering betreft, zie arrest van 23 april 2002, *Nygaard*, *Jur.* 2002, I-3657, r.o. 17; zie hierover eerder ook al *Kroniek 1993-1994*, *T.B.H.* 1994, 750, randnrs. 9 e.v.; arrest van 22 april 1999, zaak C-109/98, *CRT International/Directeur Régional des Impôts de Bourgogne*, *Jur.* 1999, I-2237, r.o. 17-19.

<sup>27</sup> Zie o.m. arrest van 17 juni 2003, zaak C-383/01, *Dankse Bilimportorer*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, r.o. 33; arrest van 23 april 2002, *Nygaard*, *Jur.* 2002, I-3657, r.o. 17; zie eerder o.m. ook het arrest van het Hof van 3 februari 2000, zaak C-228/98, *Dounias*, *Jur.* 2000, I-577, r.o. 38.

<sup>28</sup> Zie o.m. arrest van 17 juni 2003, zaak C-383/01, *Dankse Bilimportorer*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, r.o. 32; arrest van 22 mei 2003, zaak C-355/00, *Freskot AE/Elliniko Dimosio*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, r.o. 39.

<sup>29</sup> Arrest van 22 mei 2003, zaak C-355/00, *Freskot AE/Elliniko Dimosio*, *Jur.* 2003, I-5263; zie voorheen ook arrest *Kapniki en Michailidis/Ika*; zie ook *Kroniek 1997-1999*, *T.B.H.* 2000, 748, randnr. 5.

<sup>30</sup> In de vorige aflevering van deze kroniek werd er verder op gewezen dat het wezenlijke kenmerk waardoor een heffing van gelijke werking als douanerecht zich van een binnenlandse belasting onderscheidt, de omstandigheid is dat een douaneheffing uitsluitend het product treft dat de grenzen overschrijdt terwijl een binnenlandse belasting zowel de in-, uitgevoerde als nationale producten treft (*Kroniek 1999-2001*, *T.B.H.* 2002, randnr. 6).

<sup>31</sup> Arrest van 17 juni 2003, zaak C-383/01, *Dankse Bilimportorer*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, r.o. 36.

<sup>32</sup> Arrest van 23 april 2002, *Nygaard*, *Jur.* 2002, I-3657, r.o. 20; zie ook *Kroniek 1999-2001*, *T.B.H.* 2002, randnr. 6.

leiden dat die belasting in rechte wordt geherkwalificeerd als een heffing van gelijke werking in de zin van artikel 25 EG? Het gevolg zou bijzonder drastisch zijn. In het geval van kwalificatie als heffing, is de gehele heffing verboden. In geval van kwalificatie onder artikel 90 (binnenlandse belasting) zou enkel het discriminerende deel strijdig zijn. Voor het Hof blijft in dergelijk scenario artikel 90 EG het referentiekader. Immers, de belasting treft goederen volgens objectieve criteria die onafhankelijk van de oorsprong van die goederen worden toegepast<sup>33</sup>. Daarentegen zal juist door het ontbreken van gelijksoortige of concurrerende binnenlandse productie geen beroep kunnen worden gedaan op het verbod van artikel 90 EG aangezien die belasting in feite geen discriminerende of beschermende werking heeft. Artikel 90 EG verzet zich dus niet tegen een dergelijke belasting.

17. Opgemerkt dient dat het Hof wel stelt dat Lidstaten voor producten die, bij gebreke van een vergelijkbare binnenlandse productie, aan de toepassing van artikel 90 EG ontkomen, niet zo hoge belastingen mogen heffen dat het vrije verkeer van goederen binnen de gemeenschappelijke markt ten aanzien van die producten in gevaar wordt gebracht. In een eerder arrest maakte het Hof immers een voorbehoud door te stellen dat een dergelijke inbreuk op het vrij verkeer van goederen eventueel aan artikel 28 EG kan worden getoetst<sup>34</sup>. In de besproken periode is het Hof er nog niet toe gekomen zijn voorbehoud nader te onderzoeken. In een zaak van 17 juni 2003 achtte het Hof dit niet nodig aangezien cijfermateriaal aantoonde dat de Deense (bijzonder hoge) registratiebelasting op nieuwe motorvoertuigen (die bij gebreke van Deense productie allemaal werden ingevoerd) het vrij verkeer van goederen “niet in gevaar” bracht<sup>35</sup>. De woordkeuze was bijzonder zorgvuldig. Er was ongetwijfeld wel een belemmering (in de zin van art. 28), maar precies omdat die binnen het kader viel van artikel 90 EG kon die binnen die grenzen worden toegelaten. Het Hof spreekt zich verder ook niet uit vanaf wanneer of met welk soort cijfermateriaal zou kunnen worden aangetoond dat het vrij verkeer van goederen in gevaar is gebracht.

18. Voor de vraag of een belastingstelsel de toets van artikel 90 EG kan doorstaan, moet dus bepaald worden of het in alle gevallen is uitgesloten dat ingevoerde producten zwaarder worden belast dan gelijksoortige binnenlandse producten. Het criterium is dus gelijksoortigheid van de betrokken producten. Het Hof stelt dat dit begrip *ruim* moet worden uitgelegd. Er moet meer bepaald “*bij de beoordeling daar-*

*van worden onderzocht of de betrokken producten soortgelijke eigenschappen vertonen en aan dezelfde behoeften van de consument voldoen, waarbij niet de volstrekte identiteit, maar het soortgelijke en vergelijkbare gebruik de maatstaf is*”<sup>36</sup>. Sigaretten voor donkere en voor heldere tabak zijn volgens het Hof om een aantal redenen gelijksoortig in deze zin. Een Franse heffing die een verschillende belasting invoerde tussen beide, waarbij “toevallig” de sigaretten met heldere tabak – die hoofdzakelijk werden ingevoerd – hoger werden belast dan de sigaretten met donkere tabak – die hoofdzakelijk in Frankrijk werden vervaardigd –, doorstond de test dus niet.

### 3. Onderscheid artikelen 9-12 en 90 EG vs. 87 EG

19. Het kan zijn dat een heffing dient ter financiering van een steunregeling. Gesteld dat deze steunregeling is goedgekeurd door de EG Commissie op grond van artikel 87 (ex art. 92) EG, vervalt dan de toepassing van de artikelen 9-12 en 90 EG op de heffing? Het antwoord hierop is negatief. De Commissie spreekt zich in het kader van de goedkeuring van de staatssteun immers enkel uit over het staatssteunkarakter (en de eventuele geoorloofdheid ervan) van de bestemming van de heffing. De vraag of de wijze waarop de heffing tot stand komt al dan niet de artikelen 9 of 12 of 90 EG schendt, blijft een zaak voor de nationale rechter<sup>37</sup>.

### 4. Artikel 90 EG en uitvoer

20. Het Hof bevestigde in de besproken periode zijn eerdere rechtspraak dat artikel 90 EG zo moet worden gelezen dat ook elke fiscale discriminatie van producten die naar andere Lidstaten worden uitgevoerd, verboden is<sup>38</sup>. Aldus krijgt artikel 90 dat naar de letter genomen enkel betrekking heeft op het geval dat producten uit andere Lidstaten in het land van invoer fiscaal gediscrimineerd worden, een ruime interpretatie. Deze interpretatie kwam opnieuw ter sprake in een zaak waarbij een bijdrage werd geheven op Griekse landbouwproducten en dat ter financiering van een openbare instelling die belast is met de preventie en vergoeding van schade voor de Griekse landbouwbedrijven ten gevolge van natuurevenementen<sup>39</sup>. Het Hof stelde vast dat de bijdrage enkel op de nationale producten werd geheven, ongeacht of

<sup>33</sup>. Voor een geval in het verleden waar dit anders was, zie het arrest *CRT France International*, geciteerd en besproken in *Kroniek 1997-1999, T.B.H.* 2000, randnr. 6.

<sup>34</sup>. Arrest van 11 december 1990, zaak C-47/88, *Europese Commissie tegen Denemarken*, *Jur.* 1990, I-4509, punt 12-13.

<sup>35</sup>. Arrest van 17 juni 2003, zaak C-383/01, *Danske Bilimportorer*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*

<sup>36</sup>. Arrest van 27 februari 2002, zaak C-302/00, *Commissie/Frankrijk*, *Jur.* 2002, I-2055. Vergelijk dit met de test inzake relevante productmarkten onder artt. 81-82 EG die veel strikter lijkt te zijn, alsmede met de test inzake “vergelijkbare” producten bij vergelijkende reclame.

<sup>37</sup>. Arrest van 23 april 2002, zaak C-234/99, *Niels Nygård*, *Jur.* 2002, I-3657.

<sup>38</sup>. Zie arrest van 29 juni 1978, zaak 142/77, *Statens Kontrol/Preben Larsen*, *Jur.* 1978, 1543.

<sup>39</sup>. Arrest van 22 mei 2003, zaak C-355/00, *Freskot AE/Elliniko Dimosio*, nog niet gepubliceerd in *Jur.* Zie voor een andere toepassing in de besproken periode ook het arrest van 23 april 2002, zaak C-234/99, *Niels Nygård*, *Jur.* 2002, I-3657.

deze voor de binnenlandse markt of voor de uitvoer bestemd zijn. De bijdrage werd niet uitsluitend geheven op grond van grensoverschrijding als zodanig zodat het Hof de bijdrage als een binnenlandse belasting in de zin van artikel 90 EG kwalificeerde. Aangezien de bijdrage op uniforme wijze van toepassing is op de nationale landbouwproductie die op de binnenlandse markt wordt verwerkt en verkocht en op de productie die voor de uitvoer bestemd is én de opbrengst ervan op eenvormige wijze alle landbouwbedrijven ten goede komt, achtte het Hof deze verenigbaar met artikel 90 EG.

## C. Kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking (artt. 28 e.v. EG)

### 1. Inleiding

21. Het verbod van kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking (art. 28 EG) heeft rechtstreekse werking en ziet op alle rechtstreekse en onrechtstreekse belemmeringen van de handel van goederen tussen de Lidstaten (zie hierna de Dassonville-rechtspraak). Ter herinnering kan worden vermeld dat het Hof het begrip goederen uit artikel 28 EG gedefinieerd heeft als waren die in geld waardeerbaar zijn en als zodanig het voorwerp van handelstransacties kunnen vormen<sup>40</sup>.

22. Op het verbod van artikel 28 EG kan in het bijzonder in twee gevallen een uitzondering worden gemaakt, nl. wanneer de Lidstaat kan genieten van één van de uitzonderingen van artikel 30 (*ex art.* 36) van het Verdrag, dan wel indien de Lidstaat een beroep kan doen op de “rule of reason”. Deze laatste is een door het Hof van Justitie ontwikkelde uitzondering die in het arrest *Cassis de Dijon* werd ontwikkeld<sup>41</sup>. Zij houdt in dat belemmeringen aan het vrij verkeer van goederen voortvloeiend uit verschillen in nationale wetgeving toch geoorloofd zijn indien de nationale wetgeving zonder onderscheid van toepassing is, één van de door het Hof erkende dwingende vereisten (bv. consumentenbescherming) nastreeft en niet verder gaat dan strikt noodzakelijk is<sup>42</sup>.

Enkele belangrijke kenmerken zijn de volgende: De uitzonderingen van de “rule of reason” zijn enkel toepasselijk op nationale maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn op nationale en ingevoerde producten. De uitzonde-

ringen van artikel 30 EG daarentegen kunnen nog steeds spelen indien de nationale regelen discriminerend zijn<sup>43</sup>. Verder is de categorie uitzonderingen van artikel 30 EG limitatief opgesomd in het verdrag. De uitzonderingen van de “rule of reason” zijn strikt genomen niet limitatief, maar moeten wel door het Hof worden erkend. Het gaat dan o.m. om consumentenbescherming, volksgezondheid, eerlijkheid van de handelstransacties, milieubescherming, financieel evenwicht van de sociale zekerheid, sociale redenen (bv. zondagsrust), enz. Het interessante in de besproken periode is dat daar nu ook de bescherming van fundamentele rechten zoals vrijheid van meningsuiting en recht op vergadering (en manifesteren) aan zijn toegevoegd. Men moet daarbij wel in acht nemen dat wanneer in de betrokken aangelegenheid reeds een uitputtende harmonisatie is tot stand gekomen, in principe enkel nog de regels van deze Harmonisatierichtlijn (of -verordening) gelden, niet meer de uitzonderingen van artikel 30 EG of de “rule of reason”.

### 2. Maatregelen van gelijke werking: toepassingsgebied

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

23. In de besproken periode heeft het Hof van Justitie zijn vaste *Dassonville*-rechtspraak bevestigd krachtens dewelke “iedere regelgeving van de Lidstaten die de intracom-munautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren, als een maatregel van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperking moet worden beschouwd”<sup>44</sup>.

24. Een illustratie van een maatregel die het handelsverkeer kan belemmeren was de uitwerking van de verplichting in Griekenland voor handelsondernemingen om in overeenstemming met Communautaire wetgeving, een buffervoorraad aardolieproducten aan te houden. Deze verplichting kon in Griekenland worden overgedragen aan raffinaderijen gevestigd in Griekenland, maar slechts voor een hoeveelheid producten die deze raffinaderijen hebben geleverd in een periode van 90 dagen tijdens het voorafgaande kalenderjaar. Gevolg, wil een handelsonderneming de verplichting overdragen, dan moet het elk jaar een minimum hoeveelheid aardolieproducten kopen bij een in Griekenland gevestigde raffinaderij. Het gevolg is een discriminatie jegens de aard-

<sup>40</sup>. Arrest van 10 december 1968, *Commissie/Italië*, zaak 7/68, *Jur.*, 590; arrest van 21 oktober 1999, zaak C-97/98, *Jägerskiöhl/Gustafsson*, *Jur.* 1999, I-7319, r.o. 30.

<sup>41</sup>. Arrest van 20 februari 1979, zaak 120/78, *Rewe*, *Jur.* 1979, 649.

<sup>42</sup>. Zie in de besproken periode o.m. arrest van 8 mei 2003, zaak C-14/02, *Atral/Belgische Staat*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*; arrest van 22 januari 2002, zaak C-390/99, *Canal Satélite Digital*, *Jur.* 2002, I-607; arrest van 19 juni 2003, C-420/01, *Commissie/Italië*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, r.o. 29-30.

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

<sup>44</sup>. Arrest van 11 juli 1974, zaak 8/74, *Dassonville*, *Jur.* 1974, 837, r.o. 5; in de besproken periode o.m. bevestigd in: arrest van 25 oktober 2001, zaak C-398/98, *Commissie/Griekenland*, *Jur.* 2001, I-7915; arrest van 19 juni 2003, C-420/01, *Commissie/Italië*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, r.o. 25; arrest van 12 juni 2003, zaak C-112/00, *Eugen Schmidberger*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, r.o. 56.

olieproducten van de in andere Lidstaten gevestigde raffinaderijen omdat de verhandeling ervan moeilijker wordt<sup>45</sup>.

25. Enkele andere illustraties zijn<sup>46</sup>:

- het opnemen in bestekken van openbare aanbestedingen van een welbepaald merk van producten<sup>47</sup>;
- de verplichting om zich als exploitant van diensten in een register te laten inschrijven en daarin de producten aan te geven die men op de markt wil brengen<sup>48</sup>;
- het verbod om drankjes met een hoog cafeïnegehalte in de handel te brengen zonder voorafgaande vergunning, wanneer deze in andere Lidstaten vrij in de handel zijn<sup>49</sup>;
- het intrekken van een vergunning voor parallel ingevoerde geneesmiddelen wanneer de vergunning voor het referentiegeneesmiddel door de registratiehouder zelf wordt ingetrokken bij het op de markt brengen van een nieuw geneesmiddel<sup>50</sup>.

26. Daar waar artikel 28 EG dus niet enkel ziet op discriminatoire maatregelen maar ook op niet-discriminatoire maatregelen uitwerking heeft, blijft het Hof vasthouden aan zijn rechtspraak inzake discriminatie wanneer het gaat om artikel 29 EG (exportbelemmeringen)<sup>51</sup>. De stelling van het Hof blijft immers dat artikel 29 EG maatregelen verbiedt *“die een specifieke beperking van het uitgaand goederenverkeer ten doel of tot gevolg hebben en aldus tot een ongelijke behandeling van de binnenlandse handel en de uitvoerhandel van een Lidstaat leiden, waardoor aan de nationale productie of de binnenlandse markt van de betrokken Lidstaat een bijzonder voordeel wordt verzekerd”*.

## b. Maatregelen van Lidstaten

27. Artikel 28 EG ziet op overheidsmaatregelen, niet op handelingen van particulieren<sup>52</sup>. Echter het niet-optreden van de overheid tegen acties van particulieren die het vrij verkeer van goederen kunnen belemmeren, zijn dan weer wel overheidsmaatregelen die onder artikel 28 EG kunnen vallen. Het gaat dan nl. om “inertie” of “niet-handelen” van de overheid<sup>53</sup>.

28. “Maatregel van de overheid” moet hier echter wel in de ruime zin worden opgevat. Ook maatregelen van een op het eerste gezicht “particuliere” onderneming, kunnen bij nader toezien toch aan de overheid worden toegeschreven en op die manier een maatregel zijn in de zin van artikel 28 EG. Dat was het geval met een keurmerk dat door een Duitse onderneming werd in het leven geroepen voor Duitse landbouwproducten en levensmiddelen. De onderneming gaf licenties voor het keurmerk aan producten uit Duitsland die aan bepaalde kwaliteitseisen voldeden. In praktijk echter bleek de “particuliere” instelling wel te zijn opgericht bij wet, zich te moeten houden aan richtlijnen van een fonds dat een publiekrechtelijk orgaan is, te worden gefinancierd op grond van een door een wet verplicht ingestelde bijdrage, enz. Dat was meer dan voldoende om het door deze instelling ingestelde kwaliteitsmerk door het Hof te kwalificeren als een aan de Staat toe te rekenen regeling<sup>54</sup>.

29. De vraag is of het Hof de draagwijdte zal willen uitbreiden tot bepaalde “collectieve maatregelen”, zoals het Hof heeft gedaan inzake het vrij verkeer van werknemers en het vrij dienstenverkeer<sup>55</sup>.

## c. Etikettering

30. Een bekend probleem is dat Lidstaten voor producten, veelal levensmiddelen, een bepaalde benaming of samenstelling of een bepaalde verpakking of een voorafgaande vergunning voorschrijven. Dergelijke wetgeving beoogt de consument te beschermen. De “margarine in kubussen”-zaak in België, het Duitse “bier” (Reinheitsgebot) en de Italiaanse “pasta”-arresten zijn hier bekende voorbeelden van. In de besproken periode moest het Hof nogmaals eraan herinneren dat producten die in een Lidstaat rechtmatig in het verkeer zijn gebracht, in principe onder die naam en die samenstelling in een andere Lidstaat moeten kunnen worden verhandeld<sup>56</sup>. Het verbod om drankjes (het ging o.m. over Red Bull) met een hoog cafeïnegehalte in de handel te brengen zonder voorafgaande vergunning terwijl ze in andere Lidstaten legaal op de markt zijn, belemmert dus het vrij verkeer van goederen. Omdat de betrokken Lidstaat (*in casu* Italië) ook

<sup>45</sup>. Arrest van 25 oktober 2001, zaak C-398/98, *Commissie/Griekenland*, *Jur.* 2001, I-7915.

<sup>46</sup>. Zie verder ook de voorbeelden bij J.P. KEPPELNE, “La libre circulation des marchandises”, *J.T. dr. eur.* 2003, 272-273.

<sup>47</sup>. Beschikking van het Hof van 3 december 2001, zaak C-59/00, *Vestergaard*, *Jur.* 2001, I-9505.

<sup>48</sup>. Arrest *Canal Satélite Digital*, aangehaald in voetnoot 42.

<sup>49</sup>. Arrest van 19 juni 2003, C-420/01, *Commissie/Italië*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, r.o. 28.

<sup>50</sup>. Arrest van 8 mei 2003, zaak C-15/01, *Paranova Läkemedel*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, r.o. 22; arrest van 10 september 2002, C-172/00, *Ferring*, *Jur.* 2002, I-6891, r.o. 33.

<sup>51</sup>. Arrest van 20 mei 2003, zaak C-108/01, *Consortio del Prosciutto di Parma*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*

<sup>52</sup>. Arrest van 6 juni 2002, zaak C-159/00, *Sapod Audic*, *Jur.* 2002, I-5031, ook besproken in *R.W.* 2003-04, 234-235. Zie hierover vroeger o.m. arrest inzake de Vereniging van Vlaamse Reisbureaus, *Jur.* 1987, 3801, r.o. 30; arrest van 5 april 1984, gevoegde zaken 177 en 178/82, *Van de Haar*, *Jur.* 1984, 1797, r.o. 11 en 12.

<sup>53</sup>. Arrest van 12 juni 2003, zaak C-112/00, *Eugen Schmidberger*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, r.o. 58.

<sup>54</sup>. Arrest van 5 november 2002, zaak C-325/00, *Commissie/Duitsland*, *Jur.* 2002, I-9977.

<sup>55</sup>. Zie o.m. arrest *Walrave* (*Jur.* 1974, 1405), arrest *Bosman* (*Jur.* 1995, I-4921) en arrest *Deliège* (*Jur.* 2000, I-2681).

<sup>56</sup>. Arrest van 19 juni 2003, zaak C-420/01, *Commissie/Italië*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, r.o. 24.

niet kon aantonen dat er effectief een gevaar was voor de volksgezondheid, was er ook geen enkele uitzondering toepasselijk waarop Italië zich kon beroepen. M.b.t. consumentenbescherming zal bovendien volgens het Hof vaak een passend etiket een gelijkwaardige bescherming bieden<sup>57</sup>.

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

**31.** Het Hof bevestigde de beperkende *Keck en Mithouard*-rechtspraak<sup>58</sup>. Deze rechtspraak houdt in dat als een door artikel 28 EG verboden maatregel van gelijke werking zijn aan te merken, belemmeringen van het vrije goederenverkeer die, bij gebreke van harmonisatie van de wettelijke regelingen, voortvloeien uit de toepassing op goederen uit andere Lidstaten, waar zij rechtmatig zijn vervaardigd en in de handel gebracht, van voorschriften betreffende de voorwaarden waaraan die goederen moeten voldoen (zoals voorschriften m.b.t. hun benaming, hun vorm, hun afmetingen, hun gewicht, hun samenstelling, hun aanbestedingsvorm, hun etikettering of hun verpakking), ook indien die voorschriften zonder onderscheid op alle producten van toepassing zijn, wanneer die toepassing niet kan worden gerechtvaardigd door een doel van algemeen belang, dat zou moeten voorstaan boven de eisen van het vrije goederenverkeer<sup>59</sup>.

**32.** Anderzijds echter vallen nationale bepalingen die bepaalde *verkoopmodaliteiten* aan banden leggen of deze verbieden, buiten het toepassingsgebied van artikel 28 EG indien zij de toegang tot de markt voor producten uit een andere Lidstaat niet verhinderen of meer bemoeilijken dan voor nationale producten het geval is<sup>60</sup>. Het Hof oordeelde dat zulks het geval was met het vereiste in Italië dat brood dat door afbakken van, al dan niet diepgevroren, gedeeltelijk gebakken brood wordt verkregen, alleen voorverpakt en voorzien van etiketten waarop de in de geldende regeling inzake etikettering van levensmiddelen voorgeschreven vermeldingen zijn aangebracht, mag worden geleverd en te koop worden aangeboden in van het verse brood gescheiden vakken waarop ter informatie van de consument de aard van het product wordt vermeld. Volgens het Hof heeft deze vereiste slechts betrekking op het in de handel brengen van brood dat door het afbakken van voorgebakken brood wordt verkregen en noopt dit niet tot wijziging van het (*in casu* ingevoerde) product. In beginsel valt dit niet binnen de wer-

kingssfeer van artikel 28 van het Verdrag, op voorwaarde dat het in werkelijkheid geen discriminatie ten aanzien van ingevoerde producten inhoudt<sup>61</sup>.

**33.** Het Hof oordeelde echter dat dit dan weer niet het geval was met een nationale (Duitse) bepaling die de bedrijfsmatige grensoverschrijdende invoer van voor menselijk gebruik bestemde geneesmiddelen die alleen in apotheken mogen worden verkocht, bij wijze van post-orderhandel door in andere Lidstaten van de EG geregistreerde apotheken op basis van individuele bestellingen van de consument via het internet verbiedt. Dergelijk verbod "*hindert apotheken buiten Duitsland immers meer dan apotheken op Duits grondgebied. Dat dit verbod laatstbedoelden ongetwijfeld een extra of alternatief middel ontnemt om de Duitse markt van eindverbruikers van geneesmiddelen te bereiken, neemt niet weg dat zij de mogelijkheid behouden om de geneesmiddelen in hun apotheek te verkopen. Het internet is daarentegen een belangrijker middel voor niet op Duits grondgebied gevestigde apotheken om die markt rechtstreeks te bereiken. Een verbod dat buiten het Duitse grondgebied gevestigde apotheken meer raakt, kan de toegang tot de markt van producten uit andere Lidstaten sterker bemoeilijken dan die van nationale producten*"<sup>62</sup>.

**34.** Een verplichting om vermeldingen in de officiële landstaal(talen) op de verpakking van goederen te stellen, noodzaakt om de recipiënt of de verpakking te wijzigen en is daarom geen verkoopmodaliteit en valt dus wel binnen het bereik van artikel 28 EG<sup>63</sup>. Hetzelfde geldt voor de noodzaak om een product aan te passen aan de regels die van toepassing zijn in de Lidstaat waar zij in de handel worden gebracht<sup>64</sup>. Hetzelfde is het geval met de Spaanse regeling die verbiedt dat cacao- en chocoladeproducten die andere plantaardige vetten dan cacaoboter bevatten, op het nationale grondgebied onder de benaming chocolade worden verkocht, terwijl zij in de Lidstaat van vervaardiging op regelmatige wijze zijn vervaardigd en worden verkocht<sup>65</sup>.

**35.** In de vorige kroniek werd melding gemaakt van het initiatief van de Europese Commissie om een voorstel van verordening aan het Europees Parlement voor te leggen om verkoopmodaliteiten uniform te regelen voor de gehele Europese Gemeenschap<sup>66</sup>. Deze verordening zou voor vele

<sup>57</sup>. Arrest van 22 oktober 1998, zaak C-184/96, *Commissie/Frankrijk*, *Jur.* 1998, I-6179, r.o. 22.

<sup>58</sup>. Arrest van 24 november 1993, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, *Keck & Mithouard*, *Jur.* 1993, I-6097.

<sup>59</sup>. Zie arrest van 13 september 2001, zaak C-169/99, *Schwarzkopf*, *Jur.* 2001, I-5901, r.o. 38-39.

<sup>60</sup>. Zie o.m. *Kroniek 1996-1997*, T.B.H. 1998, 140, randnr. 14-16; *Kroniek 1994-1995*, T.B.H. 1996, 305-306, randnr. 50-53.

<sup>61</sup>. Arrest van 18 september 2003, zaak C-416/00, *Morellato*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*

<sup>62</sup>. Arrest van 11 december 2003, zaak C-322/01, *Deutscher Apothekerverband*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*

<sup>63</sup>. Zie arrest van 13 september 2001, *Schwarzkopf*, *Jur.* 2001, I-5901, r.o. 38-39.

<sup>64</sup>. Arrest *Canal Satélite Digital*, aangehaald in voetnoot 42.

<sup>65</sup>. Arrest van 16 januari 2003, *Commissie/Spanje*, zaak C-12/00, *Jur.* 2003, I-480.

<sup>66</sup>. Zie COM(2002) 585 def. Voor de persberichten van de Europese Gemeenschap en de diverse studies die hierover gepubliceerd zijn kan verwezen worden naar de website van de Europese Commissie, directoraat-generaal interne markt: [www.europa.eu.int/comm/Internal\\_market/en](http://www.europa.eu.int/comm/Internal_market/en).

landen (waaronder België met zijn Wet Handelspraktijken, Duitsland met zijn UWG) een aardverschuiving met zich gebracht hebben inzake de reglementering van verkoopmethodes<sup>67</sup>. We zijn ondertussen twee jaar verder, maar het lot van deze nochtans belangrijke verordening is onzeker, nu een groot aantal Lidstaten zich tegen de verordening blijven verzetten.

### e. Etikettering – taalgebruik

**36.** Het taalgebruik op etiketten blijft elk jaar terugkomen<sup>68</sup>. Het interessante dit jaar is echter dat het probleem een aanduiding betrof die bestemd was voor professionele gebruikers. Het Hof had deze keer te oordelen over het taalgebruik op cosmetische producten. Het Hof verwijst hiervoor naar zijn rechtspraak inzake het taalgebruik op etiketten van levensmiddelen die stelt dat vermeldingen in een voor de bestemde persoon gemakkelijk te begrijpen taal moeten zijn opgesteld wil zij haar praktisch nut niet verliezen. Daaronder wordt begrepen zowel een taal in woorden als d.m.v. pictogrammen, symbolen, tekens, enz.<sup>69</sup>. Merk op dat het Hof hier spreekt over “personen” waarvoor de bewuste vermeldingen zijn bestemd. Het Hof spreekt niet over “consumenten”. In de zaak waren de haarverzorgingsproducten immers uitsluitend voor professionelen (haarkappers) bestemd. Dat neemt niet weg dat ook zij correct moeten worden voorgelicht. Toch mag hier worden aangenomen dat hoewel het criterium formeel hetzelfde is, er toch van professionelen sneller zal mogen verwacht worden dat zij begripen in andere talen kennen, dan wel door hun opleiding of andere zaken, sneller zullen mogen geacht worden te weten wat kan en niet kan, enz.

**37.** In de Cosmeticarichtlijn<sup>70</sup> is wel voorzien dat de verplichting om waarschuwingen volledig af te drukken, in bepaalde gevallen praktisch onmogelijk kan zijn zodat de waarschuwingen mogen worden opgenomen in een bijsluitertje, een etiket, strook of kaart, gevoegd bij het product. Zowel een absolute of objectieve onmogelijkheid (zoals bijvoorbeeld een minilipstick of een ogenpotlood) als een subjectieve onmogelijkheid (de volledige vermelding van de voorgeschreven waarschuwingen is objectief mogelijk, maar alleen in dermate kleine letters dat deze vrijwel onleesbaar zijn, of dat de volledige waarschuwingen het product vrijwel geheel bedekken zodat de producent de benaming en andere relevante gegevens niet meer behoorlijk kan vermelden) komen in aanmerking. Voor de subjectieve onmogelijkheid

wordt uitgegaan van de door de producent gekozen afmetingen. Dat het mogelijk is de verpakking groter te maken om bedoelde waarschuwingen volledig en leesbaar af te drukken en ook nog andere informatie over het product te vermelden, kan geen beletsel zijn voor de producent om niettemin de informatie in een bijsluitertje op te nemen. Misschien enigszins verrassend stelde het Hof daarentegen dat er van dergelijke “onmogelijkheid” geen sprake is in het geval van een producent die omwille van economische redenen ter bevordering van het product in de Gemeenschap, deze wenst te voorzien van een etiket in negen talen – waarvan acht officiële gemeenschapstalen – en daarom de bedoelde waarschuwingen op de verpakking moet verkorten. De producent wenste immers rekening te houden met de toenemende internationalisering van de handel en het toenemend aantal anderstaligen in de Lidstaten door de vermeldingen op te nemen in meer talen dan de landstaal. Het Hof vond dat dit geen onevenredige bemoeilijking van het vrij verkeer met zich bracht.

**38.** Dit arrest lijkt wel bijzonder betuttelend, vooral dan nog in het licht van de bestemmingen van de producten, nl. professionele gebruikers (haarkappers). Het is ook merkwaardig dat het Hof daaraan nauwelijks aandacht besteedt. Het gevolg van deze rechtspraak is dus een noodzaak om producten te voorzien van verschillende etiketteringen naar gelang van het land van bestemming. In de gegeven omstandigheden is dit een bijzonder teleurstellend resultaat. Niet alleen werkt dit kostenverhogend (zeker nu er ondertussen 25 Lidstaten zijn en bijna 20 gemeenschapstalen), bovendien geeft men zo ook het gedroomde excuus om voor de parallelhandel extra hindernissen op te werpen.

### f. Etikettering – benaming en samenstellingsvereisten

**39.** Het Hof onderzocht in de besproken periode een Spaanse regeling die verbiedt dat cacao- en chocoladeproducten die andere plantaardige vetten dan cacao- en chocoladeproducten bevatten, op het nationale grondgebied onder de benaming chocolade worden verkocht, terwijl zij in de Lidstaat van vervaardiging op regelmatige wijze zijn vervaardigd en worden verkocht. Het Hof bevestigde zijn vroegere rechtspraak dat een dergelijk verbod, dat de verplichting inhoudt een andere verkoopbenaming te gebruiken dan deze die in de Lidstaat van vervaardiging wordt gehanteerd, weliswaar de invoer van uit andere Lidstaten afkomstige producten in de betrokken Lidstaat niet volledig uitsluit, maar niettemin de verkoop van

<sup>67</sup>. Zie voor België o.m. ook F. LONGFILS, *L'offre conjointe: la méthanomorphose*, Larcier, 2003; J. STUYCK, *Handelspraktijken*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, deel XIII, i.h.b. randnrs. 398 en 399.

<sup>68</sup>. Zie hierover reeds *Kroniek 1994-1995*, T.B.H. 1996, randnrs. 28-38, *Kroniek 1996-1997*, T.B.H. 1998, randnrs. 11-12, *Kroniek 1999-2001*, T.B.H. 2002, randnr. 23-25.

<sup>69</sup>. Arrest van 13 september 2001, zaak C-169/99, *Schwarzkopf*, *Jur.* 2001, 5901, r.o. 40.

<sup>70</sup>. Richtlijn 76/768/EEG van de Raad van 27 juli 1976 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lidstaten inzake cosmetische producten, *P.B.* 1976, L. 262/169, herhaaldelijk gewijzigd.

die producten kan bemoeilijken en bijgevolg de handel tussen de Lidstaten kan belemmeren<sup>71</sup>. Het verbod om de verkoopbenaming chocolade te gebruiken voor cacao- en chocoladeproducten die andere plantaardige vetten dan cacao-boter bevatten en op regelmatige wijze in de Lidstaat van vervaardiging zijn vervaardigd, kan immers *in casu* de betrokken marktdeelnemers noodzaken hun producten verschillend te presenteren naar gelang van de plaats waar zij deze in de handel brengen, wat extra verpakingskosten meebrengt. Dit verbod kan dus de intracommunautaire handel belemmeren. Zoals hierna nog zal blijken is dergelijke belemmering met minder beperkende maatregelen (passend etiket) op te lossen.

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

#### a. Consumentenbescherming en eerlijkheid van de handelstransacties

40. Het Hof heeft bij herhaling geoordeeld dat maatregelen die een Lidstaat treft ter bescherming van de consument en de eerlijkheid der handelstransacties behoren tot de dwingende vereisten op grond waarvan belemmeringen van het vrij verkeer van goederen in de zin van artikel 28 EG kunnen zijn toegestaan<sup>72</sup> op voorwaarde uiteraard dat deze maatregelen in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel<sup>73</sup>. Om te bepalen wanneer er sprake is van consumentbescherming (bijvoorbeeld bij het voorkomen van misleiding) moet eerst worden nagegaan wie de consument is die bescherming verdient. Is het de zwakke consument, de gemiddelde consument of de mondige en geïnformeerde consument? In de besproken periode heeft het Hof van Justitie haar vroegere rechtspraak bevestigd dat de rechter daarbij moet rekening houden “*met de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld, normaal geïnformeerde, omzichtig handelende en oplettende consument*”<sup>74</sup>.

41. Inzake samenstellings- of benamingseisen van producten bevestigt het Hof dat Lidstaten omwille van de belangen van de consument, van de betrokkenen importeur kunnen

verlangen dat zij de benaming van een levensmiddel wijzigen, wanneer een onder een bepaalde benaming aangeboden product qua samenstelling of vervaardiging zozeer verschilt van de in de Gemeenschap onder die benaming algemeen bekendstaande goederen, dat het niet kan worden geacht tot dezelfde categorie te behoren<sup>75</sup>. Is het verschil echter minder groot, dan moet een aangepaste etikettering voldoende worden geacht om de koper of de verbruiker de nodige inlichtingen te kunnen verschaffen. Het Hof oordeelde dat de toevoeging van andere plantaardige vetten dan cacao-boter aan cacao- en chocoladeproducten de samenstelling ervan *niet* dermate fundamenteel wijzigt dat zij niet meer de kenmerken bezitten die de consumenten bij aankoop van producten met de benaming chocolade verwachten, en dat een etikettering met passende informatie over de samenstelling niet volstaat om elke verwarring bij de consument te vermijden<sup>76</sup>.

42. Het evenredigheidsbeginsel mag niet doen vergeten dat wanneer er op Europees niveau geen harmonisatie is van de bescherming van bijvoorbeeld volksgezondheid, consumentenbescherming enz., het aan de Lidstaten vrij staat te beslissen in welke mate ze de bescherming van die volksgezondheid of van de consument willen waarborgen. Het staat dan ook Lidstaten vrij om te beslissen of zij een voorafgaande toelating voor het in de handel brengen van producten die een dergelijk gevaar opleveren eisen<sup>77</sup>. Vervolgens zal dan moeten worden nagekeken of het opleggen van deze eis aan producten die afkomstig zijn uit andere Lidstaten wel noodzakelijk is ter verwezenlijking van de nagestreefde beschermingsdoelstelling. De voorafgaande goedkeuring voor het in de handel brengen van goederen werd recent aan dit evenredigheidsbeginsel getoetst door het Hof<sup>78</sup>. Het Hof stelde daarbij dat de nationale rechter rekening moet houden met een aantal overwegingen: de goedkeuring moet gebaseerd zijn op objectieve, niet-discriminerende en vooraf bekende criteria, het mag geen herhaling van een andere controle zijn in dezelfde of een andere Lidstaat, een controle *a posteriori* moet worden geacht te laat te komen, en ten slotte mogen de duur en de kosten de handel niet afschrikken. Verder stelde het Hof dat een nationale regeling waarbij producten die in een andere Lidstaat rechtmatig zijn vervaardigd en in de handel gebracht, in een andere Lidstaat in de handel moeten kunnen worden gebracht zonder aan aanvul-

71. Arrest van 16 januari 2003, zaak C-12/00, *Commissie/Spanje*, *Jur.* 2003, I-480, met verwijzing naar de arresten van 26 november 1985, *Miro*, 182/84, *Jur.* 1985, 3731, r.o. 22, 14 juli 1988, *Smanor*, 298/87, *Jur.* 1988, 4489, r.o. 12, 22 september 1988, *Deserbais*, 286/86, *Jur.* 1988 4907, r.o. 12 en 5 december 2000, *Guimont*, C-448/98, *Jur.* 2000, I-10663, r.o. 26.

72. Zie o.m. arrest van 13 januari 2000, zaak C-220/98, *Estée Lauder Cosmetics/Lancaster Group*, *Jur.* 2000, I-117, r.o. 25.

73. Arrest *Estée Lauder/Lancaster*, r.o. 26; zie ook arrest van 2 februari 1994, *Verband Sozialer Wettbewerb (“Clinique”)*, C-315/92, *Jur.* 1994, I-317, r.o. 16; arrest van 28 januari 1999, zaak C-77/97, *Unilever*, *Jur.* 1999, I-431, r.o. 27.

74. Arrest van 23 januari 2003, gevoegde zaken C-421/00, C-426/00 en C-16/01, *Rentat Sterbenz/Pual Dieter Haug*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, r.o. 43; arrest van 24 oktober 2002, zaak C-99/01, *Linhart*, *Jur.* 2002, I-9375, r.o. 31. Zie eerder ook arrest *Estée Lauder/Lancaster Group*, r.o. 27; arrest van 4 april 2000, zaak C-465/98, *Darbo*, *Jur.* 2000, I-2297, r.o. 20; zie ook reeds arrest van 16 juli 1998, *Gutspringenheide en Tuski*, zaak C-210/96, *Jur.* 1998, I-4657, r.o. 31.

75. Zie hierover ook *Kroniek 1999-2001*, T.B.H. 2002, randnr. 20.

76. Arrest van 16 januari 2003, zaak C-12/00, *Commissie/Spanje*, *Jur.* 2003, I-480.

77. Zie *Kroniek 1999-2001*, T.B.H. 2002, randnr. 34.

78. Arrest *Canal Satélite Digital*, aangehaald in voetnoot 42.

lende controles te worden onderworpen. Indien die Lidstaat meent dat een algemeen belang deze beperking van het goederenverkeer rechtvaardigt, dan moet zij deze concreet aantonen, naast de noodzakelijkheids- en evenredigheidsvereiste<sup>79</sup>.

### b. Volksgezondheid

43. De bescherming van de volksgezondheid is in artikel 30 EG uitdrukkelijk erkend als een reden die de belemmering van het vrij verkeer van goederen kan rechtvaardigen. Vergunningen voor het in de handel brengen van geneesmiddelen, hetzij voor de oorspronkelijke fabrikant, hetzij voor de importeur, streven de bescherming na van de volksgezondheid. Vele van deze vergunningen worden ten andere communautair voorgeschreven. Ook een parallelimporteur van een geneesmiddel, moet een vergunning bezitten voor het in de handel brengen van een geneesmiddel dat hij vanuit een andere Lidstaat invoert, zelfs als het ook reeds in de Lidstaat van invoer op de markt wordt gebracht door de producent. Bij de aanvraag tot het op de markt brengen, wordt dan wel – om dubbele procedures te vermijden – voor een belangrijk stuk verwezen naar de oorspronkelijke vergunning van de producent. De vraag rees of het in die omstandigheden gerechtvaardigd was om de vergunning van de parallelhandelaar in te trekken, als ook de oorspronkelijke vergunning van de producent door deze laatste werd ingetrokken wegens het op de markt brengen van een nieuw geneesmiddel (dus zonder dat er problemen waren voor de volksgezondheid voor het eerdere geneesmiddel), en het oorspronkelijke geneesmiddel in de Lidstaat van export nog steeds geldig volgens daar verleende vergunningen die nog niet waren ingetrokken, werd verhandeld. Het Hof oordeelde dat indien de vergunning voor het referentiegeneesmiddel wordt ingetrokken na verzoek van de houder omwille van een andere reden dan de bescherming van de volksgezondheid dit niet tot gevolg heeft dat de vergunning voor de parallelle invoer automatisch haar geldigheid verliest<sup>80</sup>. Een nationale regeling die wel het automatisch verlies voorschrijft van de vergunning voor de parallelle invoer van de geneesmiddelen en dus zonder daarbij een onderscheid te maken tussen de redenen voor het intrekken van de vergunning voor het referentiegeneesmiddel, schendt het vrij verkeer van goederen in artikel 28 EG. Daarenboven blijven de geneesmiddelen van de oudere versie rechtmatig in de handel in de Lidstaat van uitvoer op grond van een in die Lidstaat verleende vergunning. Het Hof sluit evenwel niet uit

dat er bijzondere omstandigheden kunnen zijn die ook in dergelijk geval toch een gevaar voor de volksgezondheid kunnen opleveren, bijvoorbeeld door gevaar voor verwarring of bewaringsproblemen met het naast elkaar bestaan van twee verschillende versies van hetzelfde geneesmiddel. Het Hof voegt er echter aan toe dat ook in die omstandigheden moet gezien worden of een passende etikettering niet een minder belemmerende oplossing kan zijn.

### c. Intellectuele eigendomsrechten

44. Artikel 30 EG voorziet een expliciete uitzondering op het vrij verkeer van goederen ter bescherming van de intellectuele eigendomsrechten. De houder van een intellectueel eigendomsrecht zal dit echter slechts kunnen invoeren voorzover dit hem in staat stelt rechten te beschermen die het specifieke voorwerp van het intellectueel eigendomsrecht betreffen, begrepen tegen de achtergrond van de wezenlijke functie van het intellectueel eigendomsrecht. Bij merken bestaat het specifieke voorwerp in het verzekeren van de herkomstgarantie van het merkproduct<sup>81</sup>.

45. Derhalve kan een merkhouder zich in principe – behoudens noodzaak van de parallelimporteur – verzetten tegen de ompakking van zijn product door een parallelhandelaar. In het arrest Hoffmann-La Roche heeft het Hof reeds in 1978 gesteld dat de merkhouder tegen ompakking van geneesmiddelen door een parallelimporteur kon optreden indien aan vier voorwaarden was voldaan:

- dat de wijze waarop de gerechtigde zijn merkrecht gebruikt, zijn afzetsysteem in aanmerking genomen, tot kunstmatige afscherming van de markten der Lidstaten zal bijdragen;
- dat wordt aangetoond dat de oorspronkelijke toestand van het product bij ompakking ongemoeid blijft;
- dat de merkgerechtigde tevoren van de verhandeling van het omgepakte product in kennis wordt gesteld;
- dat op de nieuwe verpakking wordt vermeld door wie het product werd omgepakt<sup>82,83</sup>.

46. In het in de vorige kroniek besproken arrest Upjohn had het Hof al criteria aangegeven wanneer dergelijke ompakking “noodzakelijk” kon zijn en de merkhouder zich hiertegen niet kon verzetten. In het besproken arrest stelt het Hof van Justitie dat de weerstand tegen opnieuw geëtiketteerde geneesmiddelen niet altijd een belemmering vormt voor de effectieve toegang tot de markt van dien aard, dat

<sup>79</sup>. Arrest van 8 mei 2003, zaak C-14/02, *ATRAL SA/Belgische Staat*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*

<sup>80</sup>. Arrest van 10 september 2002, zaak C-172/00, *Ferring*, *Jur.* 2002, I-6891. Zie eveneens arrest van 8 mei 2003, zaak C-15/01, *Paranova Läkemedel*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*

<sup>81</sup>. Arrest van 23 april 2002, zaak C-143/00, *Boehringer*, *Jur.* 2002, I-3759, r.o. 28 e.v.

<sup>82</sup>. Arrest van 23 mei 1978, zaak 102/77, *Hoffmann-La Roche*, *Jur.* 1978, 1139.

<sup>83</sup>. Arrest van 23 april 2002, zaak C-143/00, *Boehringer*, *Jur.* 2002, I-3759, r.o. 28 e.v. Zie voorheen ook reeds het arrest van 12 oktober 1999, zaak C-379/97, *Upjohn*, *Jur.* 1999, I-6927, r.o. 13, besproken in *Kroniek 1999-2001*, *T.B.H.* 2002, randnr. 38-42.

ompakking door vervanging van de verpakking noodzakelijk wordt. Het Hof preciseert wanneer er in dergelijk geval toch sprake is van een objectieve noodzakelijke vervanging van de verpakking nl. *“indien zonder die ompakking de effectieve toegang tot de betrokken markt of tot een belangrijk deel daarvan als belemmerd moet worden beschouwd vanwege een sterke weerstand van een beduidend percentage van consumenten tegen opnieuw geëtiketteerde geneesmiddelen.”*<sup>84</sup>. Het Hof laat volkomen in het midden wat onder een “beduidend percentage” moet worden verstaan. Het Hof laat ook in het midden of het daarbij een rol speelt dat de geneesmiddelen door een apotheker worden verstrekt die daarbij – desgevraagd door de consument – toelichting kan geven.

47. Verder preciseerde het Hof de verplichting van de parallelimporteur die een merkgeneesmiddel ompakt, om de merkhouder tevoren daarvan in kennis te stellen dat het product omgepakt op de markt wordt gebracht. Indien de parallelimporteur deze voorwaarde niet naleeft, mag de merkhouder zich zonder meer verzetten tegen het op de markt brengen van het omgepakte geneesmiddel. In de eerste plaats was het Hof van oordeel dat de parallelimporteur niet verplicht is tegelijkertijd een exemplaar van het omgepakte product bij de voorafgaande kennisgeving te voegen. Ten tweede moet de parallelimporteur zelf de merkhouder op de hoogte brengen. Dat er eventueel ook andere bronnen zijn, bijvoorbeeld via de autoriteit die een vergunning aan de parallelimporteur verleent, is niet voldoende. Uit deze rechtspraak volgt duidelijk dat het geen taak van de merkhouder is over te gaan tot “huiszoekingen” bij apothekers of consumenten om mogelijke omgepakte parallelimport op te sporen. Zelfs in geval een merkhouder dit vermoedt, wordt hij officieel geacht dit niet te weten zolang de parallelimporteur zelf hem niet in kennis stelt. Ten derde, en hierin innoveert het Boehringer Ingelheim-arrest, is er de vraag van de redelijke termijn. Eens op de hoogte gebracht van de ompakking, kan de merkhouder immers controleren of de voorwaarden waaronder ompakking is toegelaten zijn nageleefd (behoud van de oorspronkelijke toestand van het product, melding van naam van de ompakker op verpakking, presentatie van de verpakking, ...). Naar het oordeel van het Hof zal de nationale rechter bij de beoordeling van de redelijke termijn waarover de merkhouder beschikt om op het voornemen van de ompakking te reageren alle relevante feitelijke omstandigheden in acht nemen, waaronder het al dan niet toevoegen van een exemplaar bij de kennisgeving. Zo stelde het Hof in de Boehringer Ingelheim-zaak dat een termijn van 15 dagen als redelijk moet worden geacht *wanneer de parallelimporteur tegelijkertijd een exemplaar van het omgepakte geneesmiddel*

*verstrekte*. Het Hof voegde er aan toe dat in functie van de zaak de parallelimporteur om een kortere termijn en de merkhouder om een langere termijn kon verzoeken.

48. Deze ompakkingsrechtspraak is inmiddels ook in België bij herhaling toegepast<sup>85</sup>.

49. In de zaak Aventis Pharma deed het Hof dan weer uitspraak over de vraag of parallelimporteurs moeten overgaan tot bundeling van verpakkingen, wat een minder ernstige inbreuk vormt op het merk, in plaats van een nieuwe verpakking te vervaardigen<sup>86</sup>. Het ging om twee verpakkingen van geneesmiddelen, een verpakking van vijf patronen en een verpakking van 10 patronen, waarvoor twee verschillende centrale vergunningen voor het in de handel brengen zijn verleend. Aventis brengt het geneesmiddel in Frankrijk op de markt in verpakkingen van 5 patronen en in Duitsland in verpakkingen van 10 patronen. Kolpharma en MTK houden zich bezig met de parallelimport in Duitsland van deze Franse verpakkingen. Daarbij pakken zij deze om in verpakkingen van tien patronen met dezelfde presentatie als de verpakkingen die Aventis voor het in de handel brengen in Duitsland vervaardigt. Volgens Aventis zouden Kolpharma en MTK voor het in de handel brengen in Duitsland van het geneesmiddel twee verpakkingen van vijf moeten bundelen waarop dan een passende etikettering wordt aangebracht. Het Hof stelde vast dat op basis van de specifieke Verordening 2309/93 de vermeldingen en inlichtingen op de verpakking van het geneesmiddel rekening houden met het formaat en/of de afmetingen van deze verpakkingen. Juist om die reden moet het samenbundelen en opnieuw etiketteren van twee verpakkingen van vijf patronen worden verboden, zoniet wordt de consument misleid.

#### d. Benamingen van oorsprong

50. Dat benamingen van oorsprong beschermd kunnen zijn was al langer bekend. In twee arresten, uitgesproken op dezelfde dag, werd het Hof geconfronteerd met de vraag of deze wettelijke bescherming die op EG-niveau o.m. wordt georganiseerd via Verordening 2081/92, inhoudt dat daarbij ook kan vereist worden dat het versnijden of verraspen in het aangeduide gebied moet gebeuren. Onder het mom van de bescherming van de kwaliteit van producten en op die manier de reputatie van een oorsprongsbenaming en de verwachtingen van de consument, gaat het Hof de weg verder die het insloeg in het arrest België/Spanje van 16 mei 2000 waarin het Hof zijn Delhaize-rechtspraak begroef<sup>87</sup>.

<sup>84</sup>. Arrest van 23 april 2002, zaak C-143/00, *Boehringer Ingelheim*, *Jur.* 2002, I-3759, r.o. 51-52.

<sup>85</sup>. Zie o.m. Vz. Kh. Leuven 28 februari 2002, *I.R. D.I.* 2002, 226.

<sup>86</sup>. Arrest van 19 september 2002, zaak C-433/00, *Aventis Pharma Deutschland GmbH/Kolpharma GmbH & MTK Pharma Vertriebs-GmbH*, *Jur.* 2002, I-7761.

<sup>87</sup>. Zie arrest van 16 mei 2000, zaak C-388/95, *België/Spanje*, *Jur.* 2000, I-3123 en arrest van 9 juni 1992, zaak C-47/90, *Delhaize Le Lion*, *Jur.* 1992, I-3669. Besproken in *Kroniek 1999-2001*, T.B.H. 2002.

51. Een eerste zaak betrof het gebruik van de benaming van oorsprong “Grano Padano” voor in geraspte vorm verhandelde Italiaanse kaas waarbij als voorwaarde wordt gesteld dat het raspen en het verpakken in het productiegebied moet plaatsvinden<sup>88</sup>. Het Hof bepleit de geldigheid van het vereiste van het raspen en het verpakken in het productiegebied van de kaas met de volgende argumenten:

*“52. Dienaangaande moet worden vastgesteld, dat van een kaas als ‘Grana Padano’ aanzienlijke hoeveelheden in geraspte vorm worden geconsumeerd en dat alle handelingen die voor deze aanbiedingsvorm nodig zijn in het bijzonder erop zijn gericht een bepaalde smaak, kleur en textuur te verkrijgen, die door de consument op prijs worden gesteld.*

*53. Het raspen en het verpakken van de kaas zijn dus belangrijke handelingen waardoor de kwaliteit en bijgevolg de reputatie van de oorsprongsbenaming kunnen worden geschaad, wanneer die handelingen plaatsvinden in omstandigheden waarin een product ontstaat dat niet beantwoordt aan de organoleptische eigenschappen die daarmee worden geassocieerd. Die handelingen kunnen eveneens de echtheidsgarantie van het product in gevaar brengen, doordat zij noodzakelijkerwijs tot gevolg hebben dat de oorsprongsvermelding van de gebruikte hele kazen verdwijnt.*

*54. Het decreet van 4 november 1991 beschrijft gedetailleerd aan welke voorwaarden de onder de benaming ‘Grana Padano’ verhandelde geraspte kaas moet voldoen.*

*57. Voor de naleving van deze voorschriften moeten de echtheid en de kwaliteit van de kaas aan zeer precieze technische en controlemaatregelen worden onderworpen. Inzonderheid wat de organoleptische kenmerken en de samenstelling van dit product betreft, zijn daarvoor specialistische procedures vereist.*

*58. Aangezien verse geraspte kaas voorts een zeer gevoelig product is, kan het behoud van de organoleptische kenmerken ervan alleen worden verzekerd wanneer de kaas onmiddellijk wordt verpakt in omstandigheden waarin hij niet kan indrogen.*

*59. Verder kan de echtheid van het geraspte product, dat van nature moeilijker is te identificeren dan een hele kaas, beter worden gegarandeerd*

*wanneer het product onmiddellijk wordt ingepakt in een verpakking met daarop de oorsprongsbenaming.”*

Zoals bij het bottelingprocédé<sup>89</sup> stelt het Hof dat moet worden vastgesteld dat buiten het productiegebied verrichte controles minder waarborgen zouden bieden voor de kwaliteit en de echtheid van het product dan die welke binnen het productiegebied worden uitgevoerd onder verantwoordelijkheid van de rechthebbenden op de benaming.

52. Eenzelfde redenering hanteerde het Hof met betrekking tot de oorsprongsbenaming “Prosciutto di Parma”<sup>90</sup>. Het Hof stelde vast dat het gerechtvaardigd is dat voor het gebruik van deze oorsprongsbenaming als voorwaarde wordt gesteld dat het in plakken snijden en het verpakken in het productiegebied plaatsvindt. Zij argumenteerde dit als volgt:

*“67. Dienaangaande moet worden vastgesteld dat parmaham hoofdzakelijk in plakken wordt geconsumeerd en dat alle handelingen die voor deze aanbiedingsvorm nodig zijn in het bijzonder erop zijn gericht een bepaalde smaak, kleur en textuur te verkrijgen, die door de consument op prijs worden gesteld.*

*68. Het in plakken snijden en het verpakken van de ham zijn dus belangrijke handelingen waardoor de kwaliteit en bijgevolg de reputatie van de BOB kunnen worden geschaad, wanneer die handelingen plaatsvinden in omstandigheden waarin een product ontstaat dat niet beantwoordt aan de organoleptische eigenschappen die daarmee worden geassocieerd. Die handelingen kunnen eveneens de echtheidsgarantie van het product in gevaar brengen, doordat zij noodzakelijkerwijs tot gevolg hebben dat de oorsprongsvermelding van de gebruikte hele hammen verdwijnt.*

*69. Door de voorschriften die het behelst en door de verwijzing naar de eisen waaraan moet worden voldaan krachtens nationale bepalingen, voert het productdossier van de BOB ‘Prosciutto di Parma’ een geheel van gedetailleerde en strikte regels in voor de drie fasen waarmee in plakken voorverpakte ham op de markt wordt gebracht. In de eerste fase wordt de ham uitgebeend, in de gepaste vorm gebracht, gekoeld en diepgevroren, om de ham daarna in plakken te kunnen snijden. In de tweede fase wordt de ham in plakken gesneden. In de derde fase wordt de in*

<sup>88</sup>. Arrest van 20 mei 2003, zaak C-469/00, *Ravil SARL/Bellon import SARL en Biraghi SpA*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*

<sup>89</sup>. Zie arrest van 16 mei 2000, zaak C-388/95, *België/Spanje*, *Jur.* 2000, I-3123, r.o. 67.

<sup>90</sup>. Arrest van 20 mei 2003, zaak C-108/01, *Consorzio del Prosciutto di Parma en Salumificio S. Rita SpA/Asda Stores Ltd en Hygrade Foods Ltd*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*

*plakken gesneden ham vacuüm of onder beschermde atmosfeer verpakt.*

70. *Bij de industriële verwerking moeten drie grondregels in acht worden genomen.*

71. *In de eerste plaats moet, nadat de gebruikte varkenshammen op echtheid zijn gecontroleerd, een selectie hieruit worden gemaakt. Alleen hammen die voldoen aan bepaalde strengere aanvullende voorwaarden, die in het bijzonder verband houden met het gewicht, de rijpingsperiode, het volume water, het vochtgehalte, het ontbreken van zichtbare onvolkomenheden, mogen in plakken gesneden en verpakt worden. De selectie vindt plaats in de verschillende fasen van de verwerking, wanneer het product anomalieën vertoont, zoals vlekken die het gevolg zijn van micro-hemorragieën, witte zones in het spierweefsel of bovenmatig intramusculair vet, die niet konden worden opgespoord voordat de ham ontbeend of in plakken gesneden werd.*

72. *In de tweede plaats moeten alle marktdeelnemers uit het productiegebied die voornemens zijn parmaham in plakken te snijden en te verpakken, worden erkend door de controlerende instantie, die eveneens de leveranciers van verpakkingen erkent.*

73. *In de derde plaats moeten vertegenwoordigers van de controlerende instantie aanwezig zijn bij elk van de drie verwerkingsfasen. Zij zien permanent erop toe dat alle voorschriften van het productdossier worden nageleefd, met inbegrip van het merken van het product in elke fase. Na afloop van de handelingen geven zij een bewijs af over het aantal geproduceerde verpakkingen.*

74. *In de verschillende fasen moeten de echtheid, de kwaliteit, de hygiëne en de etikettering aan zeer precieze technische en controlemaatregelen worden onderwerpen. Inzonderheid tijdens de fasen van het koelen en diepvriezen van de in de juiste vorm gebrachte hammen zijn daarvoor specialistische procedures vereist.”*

Ook hier wordt gewezen op het risico dat controles verricht buiten het productiegebied onvoldoende waarborgen bieden. Anders gezegd, de slagersjongens en meisjes van de vleesindustrie in (delen van) Italië zijn beter te controleren (of kunnen zij beter overweg met de vleessnij- en raspma-

chine dan deze van andere landen?). Men kan enkel de wenkbrauwen nog meer fronsen als men weet dat het Hof zelf erkent dat hetzelfde verraspen en versnijden dan weer niet in het productiegebied moet plaatsvinden wanneer deze handelingen plaatsvinden in de detailhandel of in het restaurant. Het Hof vindt dat dit echter geen argument is, omdat deze laatste gebeuren – minstens kunnen gebeuren – in de aanwezigheid van de consument en die aldus controle kan uitoefenen.

### *e. Geografische herkomstbenamingen*

53. In de besproken periode bevestigt het Hof dat aanduidingen van herkomst kunnen vallen onder de uitzondering inzake de bescherming van industriële en commerciële eigendom en dus beperkingen op het vrij verkeer van goederen kan rechtvaardigen. Het Hof stelde in vroegere rechtspraak dat Lidstaten benamingen ter aanduiding van streken of plaatsen op zijn gebied kan beschermen. Daarentegen, namen die soorten van waren aanduiden, kunnen geen bescherming genieten. Zij zijn immers tot soortnaam geworden<sup>91</sup>. In de besproken periode gaat het Hof in dezelfde zin verder. Zo stelt het Hof dat het door Duitsland ingevoerd kwaliteitsmerk “Merkkwaliteit uit Duitsland” toegekend aan in Duitsland vervaardigde landbouwproducten en voedingsmiddelen van een bepaalde kwaliteit eveneens specificiteit mist<sup>92</sup>. De zaak was een ietwat “veredelde” vorm van de “Buy Irish”-zaak van 1982<sup>93</sup>. Toch was er een verschil. In de Buy Irish-zaak was er geen kwaliteitslink met de producten. Die was er *in casu* wel, maar blijkbaar was dit niet voldoende in het licht van de “nationalistische” promotie.

### *f. Openbare veiligheid*

54. Het Hof bevestigde eerdere rechtspraak dat het aanhouden van een voorraad aardolieproducten waardoor de continuïteit van de bevoorrading kan worden gewaarborgd, een doel van openbare veiligheid vormt in de zin van artikel 30 (*ex art.* 36) EG<sup>94</sup>. Het is echter niet evenredig met dit doel, om Griekse handelsondernemingen te verplichten – in het kader van hun mogelijkheid om hun wettelijke verplichting inzake het aanhouden van een buffervoorraad aardolieproducten over te dragen aan in Griekenland gevestigde raffinaderijen – ook een minimum afname van aardolieproducten bij de Griekse raffinaderijen op te leggen.

<sup>91</sup>. Zie het arrest van 10 november 1992, zaak C-3/91, *Exportur*, *Jur.* 1992, I-5529.

<sup>92</sup>. Arrest van 5 november 2002, zaak C-325/00, *Commissie/Duitsland*, *Jur.* 2002, I-9977. Zie ook het commentaar van Malcolm A. JARVIS in *C.M.L. Rev.* 2003, 715-728.

<sup>93</sup>. Arrest van 24 november 1982, zaak 249/81, *Commissie/Ierland*, *Jur.* 1982, 4005.

<sup>94</sup>. Arrest van 25 oktober 2001, zaak C-398/98, *Commissie/Griekenland*, *Jur.* 2001, I-7915, r.o. 29; voorheen ook reeds arrest van 10 juli 1984, zaak 72/83, *Campus Oil*, *Jur.* 1984, 2727, r.o. 35.

*g. Bescherming van andere grondrechten – vrije meningsuiting en vrijheid van vergadering (vrijheid van manifestaties)*

55. In de Brennerautoweg-zaak werd het Hof geconfronteerd met twee fundamentele vrijheden: deze van het vrij verkeer van goederen, en dat van de vrije meningsuiting en vrijheid van verenigen<sup>95</sup>. In deze zaak moest het Hof zich uitspreken over een door de Oostenrijkse Staat toegelaten en op voorhand aangekondigde milieudemonstratie die het verkeer op de zeer belangrijke Brennerautoweg gedurende bijna 30 uur heeft stilgelegd, wat problemen voor het vrachtovervoer tussen Noord-Europa en Noord-Italië met zich bracht. Hoewel de zaak Commissie tegen Frankrijk van 9 december 1997<sup>96</sup> als precedent werd aangevoerd en het Hof erkende dat ook demonstraties van particulieren in strijd kunnen zijn met artikel 28 EG wanneer de betrokken Lidstaat niet de vereiste maatregelen hiertegen neemt, stelde het Hof dat in de eerste plaats moet worden gezocht naar een juist evenwicht tussen de betrokken belangen. Aldus herinnert het Hof aan het evenredigheidsbeginsel bij het afwegen van belangen. Het kan niet worden betwist dat de vrijheid van vereniging en van meningsuiting fundamentele rechten zijn die door het EG-recht en het recht van de individuele EG-Lidstaten worden geëerbiedigd<sup>97</sup>. Voor het Hof moet daarvoor worden teruggegrepen naar de concrete omstandigheden van elk afzonderlijk geval. Het Hof beklemtoonde dat de omstandigheden in beide zaken duidelijk verschillen. In het hoofdgeding vond de samenkomst plaats na een voorafgaande toestemming van de bevoegde autoriteiten, het was een eenmalige gebeurtenis beperkt in tijd (30 uur) en ruimte (enkel de Brennerautoweg). Striktere voorwaarden met betrekking tot de plaats of de duur van de samenkomst, zouden een wezenlijk deel van haar betekenis wegnemen. Bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel neemt het Hof eveneens de legitimiteit van de manifestatie in overweging. Er werd uiting gegeven aan een mening die een samenleving belangrijk achtte. Het doel was deze keer niet de vernietiging van welbepaalde producten uit andere Lidstaten dan Frankrijk en het blokkeren van hun vervoer door het opwerpen van obstakels. Verder had de Lidstaat die de toelating had verleend, begeleidend maatregelen genomen om de verstoring

van het wegverkeer zoveel mogelijk te beperken. Daarnaast waren er geen onlusten die bijdroegen tot een algemeen klimaat van onveiligheid. Het Hof oordeelde dan ook dat gezien deze concrete omstandigheden het vrij verkeer van goederen geen voorrang kon krijgen op de vrijheid van meningsuiting en vergadering.

**4. Het voorkomingsbeleid: Richtlijn 98/34/EG (voorheen 83/189)**

56. Met het oog op het voorkomen van belemmeringen van het intracommunautair handelsverkeer hebben het Parlement en de Raad een richtlijn uitgevaardigd krachtens dewelke Lidstaten op voorhand alle ontwerpen van technische voorschriften voor producten (industrie-, landbouw-, cosmeticaproducten, levensmiddelen,...) aan de Commissie moeten mededelen. Het betreft hier o.m. ontwerpen inzake kwaliteitsvereisten, prestaties, veiligheid, afmetingen, verkoopbenaming, terminologie, etikettering, verpakkingen, enz. Aan deze voorafgaande aanmelding is een automatische opschortingsperiode gekoppeld, die naar gelang van de situatie van 3 tot 18 maanden kan gaan<sup>98</sup>.

In de zaak CIA Security International<sup>99</sup> heeft het Hof van Justitie in een baanbrekend arrest gesteld dat deze richtlijn rechtstreekse werking heeft en dat “technische voorschriften” die niet zijn aangemeld door een nationale rechter buiten toepassing moeten verklaard worden<sup>100</sup>.

In de besproken periode heeft het Hof geoordeeld dat nationale voorschriften die enkel voorwaarden bevatten voor de vestiging van ondernemingen, zoals voorschriften die de uitoefening van een beroepsactiviteit aan een voorafgaande goedkeuring onderwerpen, geen technische voorschriften zijn in de zin van Richtlijn 83/189. Het moet immers gaan om specificaties ter omschrijving van de kenmerken van de producten, geen specificaties met betrekking tot de marktdeelnemers<sup>101</sup>. Daarentegen is een verplichte voorafgaande goedkeuring voor het gebruik van apparatuur wel een technisch voorschrift in deze zin. Hetzelfde geldt voor het verplicht merken of etiketteren van producten<sup>102</sup>.

<sup>95</sup>. Arrest van 12 juni 2003, zaak C-112/00, *Eugen Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge tegen Oostenrijkse Republiek*, nog niet gepubliceerd in *Jur.* Zie over deze zaak ook F.J. DRIJBER, “Botsende vrijheden op de Brenner”, *N.T.E.R.* 2003, 229-232. C. BROWN, annotatie in *C.M.L. Rev.* 2003, 1499-1510.

<sup>96</sup>. Arrest van 9 december 1997, zaak C-265/95, *Commissie/Franse Republiek*, *Jur.* 1997, I-6959.

<sup>97</sup>. Het Hof verwijst hier naar zijn traditionele rechtspraak over de bijzondere rol van het EVRM. Zie verder ook art. F, lid 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie en art. 6, lid 2, EU.

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

<sup>99</sup>. Arrest van het Hof van 30 april 1996, zaak C-194/94, *Jur.* 1996, I-2201.

<sup>100</sup>. Zie *Kroniek 1996-1997*, T.B.H. 1998, 144-145, randnr. 35-41.

<sup>101</sup>. Arrest *Canal Satellite Digital*, aangehaald in voetnoot 42.

<sup>102</sup>. Arrest van 6 juni 2002, zaak C-159/00, *Sapod Audic*, *Jur.* 2002, I-5031. Ook besproken in *R.W.* 2003-04, 234-235.

## II. VRIJHEID VAN VESTIGING

### A. Algemeen – Draagwijdte

#### 1. Discriminatieverbod

57. Het is vanouds vaste rechtspraak dat artikel 43 (*ex art.* 52) EG in de eerste plaats vereist dat personen die gebruik maken van de vrijheid van vestiging om zich in een andere EU-Lidstaat te vestigen, niet worden gediscrimineerd op grond van hun nationaliteit: deze artikelen “*garanderen gemeenschapsonderdanen die gebruik hebben gemaakt van de vrijheid van vestiging, alsmede de daarmee gelijkgestelde vennootschappen, in de Lidstaat van ontvangst het voordeel van de nationale behandeling [...], en dit zowel met betrekking tot de toegang tot een beroepsactiviteit bij een eerste vestiging als met betrekking tot de uitoefening van deze activiteit door de in de Lidstaat van ontvangst gevestigde persoon*”<sup>103</sup>. Ofschoon dit discriminatieverbod reeds lang gevestigd is, doen zich toch nog steeds schendingen ervan voor.

58. Interessant in dat verband zijn de acht arresten die het Hof op 5 november 2002 wees in de zgn. “*open skies*”-zaken<sup>104</sup>. Zij geven aan dat de Lidstaten het voornoemde non-discriminatiebeginsel ook in hun externe betrekkingen moeten respecteren, wat het Hof al in het arrest Saint-Gobain had duidelijk gemaakt m.b.t. dubbelbelastingverdragen die de Lidstaten met derde landen sluiten<sup>105</sup>. De Commissie had

inbreukprocedures aangespannen tegen België, Denemarken, Duitsland, Finland, Luxemburg, Oostenrijk, het Verenigd Koninkrijk en Zweden omwille van de bilaterale akkoorden inzake luchtvervoer die deze Lidstaten met de Verenigde Staten hadden gesloten. Ofschoon verschillende varianten voorlagen, hadden de akkoorden stevast als gevolg dat communautaire luchtvaartmaatschappijen konden worden uitgesloten van concessies of vergunningen terwijl deze wel automatisch golden voor luchtvaartmaatschappijen van de Lidstaat die het desbetreffende akkoord met de VS had gesloten. Het Hof achtte dit een discriminatie in strijd met artikel 43 EG: zelfs bij afwezigheid van door de Gemeenschap voor het betrokken domein vastgestelde regels<sup>106</sup>, moet een Lidstaat zijn bevoegdheid (om bilaterale akkoorden met een derde land aan te gaan) in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uitoefenen<sup>107</sup>. Het Hof achtte deze discriminatie niet gerechtvaardigd om redenen van openbare orde in de zin van artikel 46 (*ex art.* 56) EG aangezien de akkoorden de mogelijkheid tot het weigeren van een vergunning niet beperkten tot het geval waarin een maatschappij een gevaar voor de openbare orde betekende: het ging om een “*algemene discriminatie van communautaire luchtvaartmaatschappijen*”<sup>108</sup>. Dat dergelijke clausules traditioneel deel uitmaken van bilaterale luchtakkoorden om het derde land toe te staan slechts op basis van wederkerigheid vervoersrechten in zijn eigen luchtruim te verlenen, achtte het Hof irrelevant<sup>109</sup>.

<sup>103</sup>. Arresten van 5 november 2002 in zaken C-466/98, *Commissie/Verenigd Koninkrijk*, *Jur.* 2002, I-9427, r.o. 45; C-467/98, *Commissie/Denemarken*, *Jur.* 2002, I-9519, r.o. 126; C-468/98, *Commissie/Zweden*, *Jur.* 2002, I-9575, r.o. 117; C-469/98, *Commissie/Finland*, *Jur.* 2002, I-9627, r.o. 122; C-471/98, *Commissie/België*, *Jur.* 2002, I-9681, r.o. 135; C-472/98, *Commissie/Luxemburg*, *Jur.* 2002, I-9741, r.o. 126; C-475/98, *Commissie/Oostenrijk*, *Jur.* 2002, I-9797, r.o. 136; C-476/98, *Commissie/Duitsland*, *Jur.* 2002, I-9855, r.o. 148.

<sup>104</sup>. Aangehaald in vorige voetnoot. Zie o.m. de annotaties van L. GRARD, *Cah. dr. eur.* 2002, 695-733; N. LAVRANOS, *L.I.E.J.* 2003, 81-91; P.J. SLOT en J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *C.M.L. Rev.* 2003, 697-713, die tevens een nuttige achtergrondschets geven m.b.t. de problematiek van bilaterale luchtvaartakkoorden en het gemeenschapsrecht.

<sup>105</sup>. Arrest van 21 september 1999, zaak C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain*, *Jur.* 1999, I-6161, besproken in *Kroniek 1999-2001*, *T.B.H.* 2002, p. 528-529, randnr. 59. Tijdens de besproken periode velde het Hof een analoog arrest op het gebied van bilaterale overeenkomsten inzake sociale zekerheid tussen een Lidstaat en een derde land: arrest van 15 januari 2002, zaak C-55/00, *Gottardo*, *Jur.* 2002, I-413, o.m. geannoteerd door B. DE PAUW, *J.T.T.* 2002, 257-261 en I. VAN DER STEEN, *N.T.E.R.* 2002, 283-287. Dit arrest, waarin het vrije werknemersverkeer (art. 39 EG) centraal stond, wordt hier verder niet besproken. Vermeldenswaard is wel de volgende principiële gevolgtrekking die het Hof uit *Saint-Gobain* maakte: “*Uit deze rechtspraak volgt, dat de Lidstaten bij de uitvoering van de verbintenissen die zij krachtens internationale overeenkomsten zijn aangegaan, ongeacht of het om een overeenkomst tussen Lidstaten dan wel tussen een Lidstaat en een of meer derde landen gaat, onder voorbehoud van het bepaalde in artikel 307 EG, de krachtens het gemeenschapsrecht op hen rustende verplichtingen moeten nakomen*”. Op de aspecten betreffende art. 307 EG (bilaterale luchtvaartakkoorden gesloten vóór EU/EG-lidmaatschap) in de onderhavige arresten, wordt hier verder niet ingegaan: zie arrest *Commissie/Verenigd Koninkrijk*, r.o. 22-29.

<sup>106</sup>. Over de kwestie van een exclusieve externe bevoegdheid resp. een op de *AETR*-rechtspraak gefundeerde externe bevoegdheid van de EG op dit vlak, zie arresten *Commissie/Denemarken*, r.o. 54-64 en 75-112; *Commissie/Zweden*, r.o. 51-61 en 71-108; *Commissie/Finland*, r.o. 55-65 en 75-113; *Commissie/België*, r.o. 65-75 en 88-126; *Commissie/Luxemburg*, r.o. 59-69 en 81-118; *Commissie/Oostenrijk*, r.o. 65-75 en 88-126; *Commissie/Duitsland*, r.o. 80-90 en 101-137.

<sup>107</sup>. Zie arresten *Commissie/Verenigd Koninkrijk*, r.o. 41 en 51-52; *Commissie/Denemarken*, r.o. 131-133; *Commissie/Zweden*, r.o. 122-124; *Commissie/Finland*, r.o. 127-129; *Commissie/België*, r.o. 140-142; *Commissie/Luxemburg*, r.o. 130-133; *Commissie/Oostenrijk*, r.o. 141-143; *Commissie/Duitsland*, r.o. 153-156. In r.o. 155 van dit laatste arrest viseert het Hof een specifieke bepaling in het Duits-Amerikaanse luchtvaartakkoord i.v.m. minderheidsparticipaties van Duitse aandeelhouders in luchtvaartmaatschappijen van andere Lidstaten.

<sup>108</sup>. Arresten *Commissie/Verenigd Koninkrijk*, r.o. 57-59; *Commissie/Denemarken*, r.o. 135-137; *Commissie/Duitsland*, r.o. 157-159.

<sup>109</sup>. Arrest *Commissie/Luxemburg*, r.o. 134. P.J. SLOT en J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *l.c.*, aangehaald in voetnoot 104, 712, merken wel terecht op dat de VS dwars zouden kunnen liggen ten aanzien van een uitbreiding van deze akkoorden tot alle communautaire luchtvaartmaatschappijen (wat zij o.a. deden toen België hierom destijds verzocht), al is de negotiatiepositie van de Commissie in dit verband sterker dan deze van individuele nationale regeringen.

## 2. Vestigingsrecht van vennootschappen

59. Van het vestigingsrecht genieten zowel natuurlijke personen die de nationaliteit van een EU-Lidstaat hebben als vennootschappen in de zin van artikel 48 (*ex art.* 58) EG. Wat deze laatste betreft somt artikel 43 EG zelf de belangrijkste – zij het niet de enige – wijzen op waarop zij van hun vestigingsrecht gebruik kunnen maken, nl. de oprichting van agentschappen, filialen (d.w.z. bijkantoren; in het Frans *succursales*), of dochterondernemingen (in het Frans *filiales*) in het gastland. Voor vennootschappen is de communautaire rechtspraak inzake vestigingsrecht gedurende vele jaren vooral gegaan over *filialen*. Ook in de besproken periode heeft het Hof dienaangaande een arrest gewezen in een niet-nakomingsprocedure die de Commissie tegen Duitsland had aangespannen<sup>110</sup>. De Duitse federale wetgeving bepaalde o.a. dat in andere Lidstaten gevestigde bouwondernemingen in Duitsland geen filiaal kunnen oprichten dat als bouwonderneming wordt beschouwd, wanneer het personeel ervan uitsluitend beheers-, verkoop-, ontwerp- en controlewerkzaamheden of loonarbeid verricht; een filiaal moest op de Duitse arbeidsmarkt werknemers in dienst hebben die gedurende meer dan 50% van de totale arbeidstijd van de onderneming bouwwerkzaamheden verrichten. Terecht oordeelde het Hof dat het hier om een belemmering van de vrijheid van vestiging gaat: enerzijds bemoeilijkt dit de toegang van buitenlandse bouwondernemingen tot de Duitse markt, omdat hun belang bij de oprichting van een Duits filiaal vaak in de economische noodzaak ligt om in Duitsland over administratief, technisch en verkooppersoneel te beschikken; anderzijds is aan die voorwaarde gemakkelijker te voldoen door ondernemingen uit Duitsland zelf<sup>111</sup>. Het Hof verwierp de eerder zwak onderbouwde stelling van de Duitse regering dat deze voorwaarden gerechtvaardigd zouden zijn door de noodzaak om misbruiken op de bouwmarkt te voorkomen en door de nood aan sociale bescherming van werknemers<sup>112</sup>.

De laatste jaren zit de rechtspraak inzake *dochterondernemingen* in de lift: na zaken als ICI<sup>113</sup> (en in het kielzog daarvan liggende arresten op het gebied van fiscaliteit<sup>114</sup>) en Mac Quen<sup>115</sup> wordt dit in de besproken periode bevestigd door het arrest Payroll Data Services<sup>116</sup> (*infra*, randnr. 63).

60. Eén van de belangrijkste arresten van de besproken

periode is het arrest Überseering<sup>117</sup>. Destijds, bij de bespreking van het arrest Centros<sup>118</sup>, werd in deze Kroniek de verwachting uitgesproken dat die zaak zou worden vervolgd omwille van de vragen die zij oproep op het vlak van de impact van het vestigingsrecht op het vennootschapsrechtelijke IPR. Dat is met name gebeurd in Überseering, niet toevallig – omwille van de aanhang die de leer van de “werkelijke zetel” er kent – een Duitse zaak<sup>119</sup>. De feiten zijn eenvoudig. De Nederlandse besloten vennootschap Überseering had in 1992 een aannemer belast met renovatiewerken aan de gebouwen die zij te Düsseldorf bezat. Ze was niet tevreden met het schilderwerk. In 1994 verkregen twee Duitsers met verblijfplaats in Düsseldorf alle aandelen in Überseering. In 1996 vorderde deze laatste voor het Landgericht Düsseldorf een schadevergoeding tegen de aannemer. Zowel in eerste aanleg als in beroep werd deze vordering afgewezen: de rechters oordeelden dat Überseering, nadat haar aandelen door twee Duitsers waren verkregen, haar werkelijke zetel naar Düsseldorf had verplaatst en dat zij als vennootschap naar Nederlands recht in Duitsland geen rechtsbevoegdheid, en derhalve ook geen procesbevoegdheid, had. Het *Bundesgerichtshof* vroeg het Hof of het, gelet op het arrest Centros, in strijd is met de artikelen 43 en 48 EG om de rechtsbevoegdheid en procesbevoegdheid van een vennootschap die rechtsgeldig is opgericht volgens het recht van de ene Lidstaat (*in casu* Nederland), te beoordelen op basis van het recht van een andere Lidstaat (*in casu* Duitsland) waarnaar die vennootschap haar werkelijke bestuurszetel heeft verplaatst, en wanneer deze vennootschap volgens dat recht haar vorderingen uit overeenkomst aldaar niet meer voor de rechter geldend kan maken. Het Hof heeft deze vraag bevestigend beantwoord. Het heeft evenwel niet geantwoord op de tweede – meer fundamentele vraag – van het *Bundesgerichtshof*, nl. of de vrijheid van vestiging gebiedt dat het recht van de staat van oprichting de rechts- en procesbevoegdheid van een vennootschap bepalen. Dat laatste zou immers betekenen dat de leer van de werkelijke zetel principieel strijdig is met het EG-recht, een punt waarover vooralsnog veel controverse heerst<sup>120</sup>.

61. De redenering van het Hof is vrij bondig. Na erop gewezen te hebben dat artikel 293 EG (dat verwijst naar eventuele overeenkomsten tussen de Lidstaten over behoud

<sup>110</sup>. Arrest van 25 oktober 2001, zaak C-493/99, *Commissie/Duitsland*, *Jur.* 2001, I-8163.

<sup>111</sup>. Arrest *Commissie/Duitsland*, r.o. 32-34.

<sup>112</sup>. Arrest *Commissie/Duitsland*, r.o. 35-36.

<sup>113</sup>. Arrest van 16 juli 1998, zaak C-264/96, *ICI*, *Jur.* 1998, I-4695, besproken in *Kroniek 1997-1999*, *T.B.H.* 1999, p. 764-765, randnr. 57.

<sup>114</sup>. Gedoeld wordt op de arresten *X en Y* en *Metallgesellschaft en Hoechst*: zie *Kroniek 1999-2001*, *T.B.H.* 2002, p. 529-531, randnrs. 60-61.

<sup>115</sup>. Arrest van 1 februari 2001, zaak C-108/96, *Mac Quen*, *Jur.* 2001, I-837, besproken in *Kroniek 1999-2001*, *T.B.H.* 2002, p. 523-524, randnrs. 50-51.

<sup>116</sup>. Arrest van 17 oktober 2002, zaak C-79/01, *Payroll Data Services*, *Jur.* 2002, I-8923.

<sup>117</sup>. Arrest van 5 november 2002, zaak C-208/00, *Überseering*, *Jur.* 2002, I-9919. Voor annotaties, zie *infra*, voetnoot 130.

<sup>118</sup>. Arrest van 9 maart 1999, zaak C-212/97, *Centros*, *Jur.* 1999, I-1459, besproken in *Kroniek 1997-1999*, *T.B.H.* 1999, p. 758-759, randnr. 44 en p. 761-762, randnrs. 49-50.

<sup>119</sup>. Een andere belangrijke uitspraak die evenwel van na de besproken periode dateert en derhalve in de volgende aflevering van deze Kroniek zal worden besproken, is het arrest *Inspire Art*: arrest van 30 september 2003, zaak C-167/01, nog niet gepubliceerd in *Jur.*

<sup>120</sup>. Zie o.a. J. WOUTERS, *Het Europees vestigingsrecht voor ondernemingen herbekeken*, proefschrift KULeuven, 1996, p. 597-628, randnrs. 592-617; *Id.*, “Europees vestigingsrecht van vennootschappen en internationaal privaatrecht”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 2000, 259-272.

van rechtspersoonlijkheid in geval van grensoverschrijdende zetelverplaatsing) en de in artikel 44 EG bedoelde vennootschapsrechtelijke harmonisatielijn de uitoefening van het vestigingsrecht niet kunnen conditioneren<sup>121</sup>, stelt het dat de erkenning van de vennootschappen die hun vestigingsrecht op grond van de artikelen 43 en 48 EG uitoefenen, “de noodzakelijke voorwaarde voor de uitoefening van hun vrijheid van vestiging” is<sup>122</sup>. Vervolgens onderscheidt het Hof de onderhavige zaak van het arrest Daily Mail<sup>123</sup>, zowel wat betreft de casuspositie als wat betreft de rechtsvraag. Daily Mail impliceert volgens het Hof niet dat de problematiek van de erkenning van rechts- en procesbevoegdheid bij zetelverplaatsing niet onder de werkingssfeer van het vestigingsrecht valt<sup>124</sup>. In casu ligt een beperking van het vestigingsrecht voor: de Duitse versie van de “werkelijke zetel”-leer legt op dat een buitenlandse vennootschap die haar werkelijke zetel naar Duitsland verplaatst, aldaar opnieuw wordt opgericht<sup>125</sup> en zulks gaat, aldus het Hof, “lijnrecht in tegen de vrijheid van vestiging”<sup>126</sup>. In het licht van de uitvoerige argumentatie van de Duitse regering over de belangen die de werkelijkezetelleer poogt veilig te stellen, acht het Hof het niet “uitgesloten dat dwingende redenen van algemeen belang, zoals de bescherming van de belangen van de schuldeisers, van de minderheidsaandeelhouders, van de werknemers of van de fiscus, onder bepaalde omstandigheden en mits bepaalde voorwaarden zijn vervuld, beperkingen van de vrijheid van vestiging rechtvaardigen”<sup>127</sup>. Dit kan evenwel niet rechtvaardigen dat de rechts- en procesbevoegdheid van een vennootschap als Überseering niet worden erkend aangezien zulks “regelrecht” ingaat tegen het vestigingsrecht dat die vennootschap toekomt<sup>128</sup>. Zoals wel vaker gebeurt, is de redengeving van het Hof uiteindelijk vrij dun en pragmatisch en laat zij heel wat vragen open. Is er na dit arrest nog een toekomst voor de leer van de werkelijke zetel? Kan men voortaan aan de artikelen 43 en 48 EG een recht op intracommunautaire zetelverplaatsing ontleen<sup>129</sup>? De discussie woedt volop in de literatuur (vooral, maar niet alleen, de Duitse)<sup>130</sup> en wij kunnen ons op dit vlak nog aan nieuwe zaken verwachten.

### 3. Verbod van niet-discriminerende beperkingen

62. Het is bekend dat het begrip “beperking” op de vrijheid van vestiging in de zin van artikel 43 EG een ruimere betekenis heeft dan discriminaties op grond van nationaliteit. In een inbreukprocedure tegen Italië bevestigde het Hof de gelijklopendheid van dit begrip met het begrip “beperking” op het vrije dienstenverkeer in de zin van artikel 49 EG: “Als dergelijke beperkingen moeten worden beschouwd, alle maatregelen die de uitoefening van die vrijheden verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken”<sup>131</sup>. De betrokken zaak bood daar heel wat illustraties van: het ging om Italiaanse regionale wetgevingen die voor de activiteit van organisator van jaarmarkten o.a. verlangden (i) dat de openbare instantie of plaatselijke instanties van allerlei aard een rol speelden bij de gehele of gedeeltelijke aanwijzing van de bestuursorganen van de organisatoren van jaarmarkten en (ii) dat zich onder de oprichters of vennoten minstens één plaatselijk territoriaal lichaam bevond. Terecht achtte het Hof “[r]edenen van algemeen belang die dergelijke beperkingen kunnen rechtvaardigen, [...] moeilijk denkbaar”<sup>132</sup>. In een andere inbreukprocedure tegen Italië m.b.t. de toegang tot het beroep van architect contesteerde de Commissie de verplichting om het originele diploma of een voor eensluidend gewaarmerkt afschrift over te leggen als een ongeachtvaardigde beperking op de vrijheid van vestiging en dienstverrichting. Het Hof achtte deze eis inderdaad een beperking “voorzover zij bijkomende hinder oplevert voor alle architecten die om erkenning van hun titel verzoeken” en wees o.a. op het gevaar voor verlies van het originele diploma, de mogelijke vertraging waarmee dit diploma in de Lidstaat van oorsprong wordt afgegeven en de bijkomende formaliteiten en kosten voor het waarmerken van eensluidende afschriften. Het Hof achtte deze voorwaarden onevenredig zwaar voorzover ze ieder ander middel om met eenzelfde graad van zekerheid het bestaan van de betrokken titel te bewijzen, uitsloten<sup>133</sup>. Nog in een andere niet-nakomingszaak tegen Italië paste het Hof zijn Klopp-rechtspraak toe: naar vaste rechtspraak omvat het vestigingsrecht in de zin van artikel 43 EG “de mogelijkheid [...] om, met inachtneming van de voor het beroep geldende gedragsregels, op het grondgebied van de Gemeenschap meer dan één centrum van werkzaamheid in te richten en te behouden”: een woon-

<sup>121</sup> Arrest *Überseering*, r.o. 54-55.

<sup>122</sup> Arrest *Überseering*, r.o. 59. Zie in die zin reeds J. WOUTERS, *Het Europees vestigingsrecht voor ondernemingen herbekeken*, p. 623-624, randnrs. 612-613; *Id., l.c.*, *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 2000, 270.

<sup>123</sup> Arrest van 27 september 1988, zaak 81/87, *Daily Mail*, *Jur.* 1988, 5483.

<sup>124</sup> Arrest *Überseering*, r.o. 62-73. In r.o. 77 herhaalt het Hof wat het in het arrest *Baars* (13 april 2000, zaak C-251/98, *Jur.* 2000, I-2787, r.o. 21-22) stelde m.b.t. de vraag naar de afbakening tussen het vrije kapitaalverkeer en het vestigingsrecht in geval van grensoverschrijdende verwerving van aandelen: zie *Kroniek 1999-2001*, *T.B.H.* 2002, p. 527, randnr. 57.

<sup>125</sup> Dat is bv. heel anders in België onder de zgn. *Lamot*-rechtspraak van het Hof van Cassatie: zie o.m. J. WOUTERS, *Het Europees vestigingsrecht voor ondernemingen herbekeken*, p. 632-643, randnrs. 622-634.

<sup>126</sup> Arrest *Überseering*, r.o.81.

<sup>127</sup> Arrest *Überseering*, r.o. 92.

<sup>128</sup> Arrest *Überseering*, r.o. 93.

<sup>129</sup> Helaas heeft het Hof zich tot tweemaal toe onbevoegd verklaard in zaken waar precies deze vraag aan de orde stond: zie beschikkingen van het Hof van 10 juli 2001, zaak C-86/00, *HSB-Wohnbau*, *Jur.* 2001, I-5353 en van 22 januari 2002, zaak C-447/00, *Holto*, *Jur.* 2002, I-735.

plaatsvereiste om in Italië het beroep van advocaat uit te oefenen, is hiermee uiteraard in strijd<sup>134</sup>.

**63.** De redelijkheidstest of “rule of reason” die het Hof toepast ten aanzien van niet-discriminerende beperkingen op het vestigingsrecht, is inmiddels genoegzaam bekend: “wanneer zij van toepassing zijn op alle personen of ondernemingen die een activiteit uitoefenen op het grondgebied van de Lidstaat van ontvangst, [kunnen belemmerende maatregelen] gerechtvaardigd zijn wanneer zij beantwoorden aan dwingende redenen van algemeen belang, voor zover zij geschikt zijn om de verwezenlijking van het gestelde

doel te waarborgen en niet verder gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is”<sup>135</sup>. Deze toetsing heeft het Hof in de besproken periode in een aantal arresten doorgevoerd. Als voorbeeld kan men de zaak Payroll Data Services aanhalen (*supra*, randnr. 59). Het betrof een Italiaanse dochteronderneming van twee Franse vennootschappen die informaticadiensten aanbiedt bestaande in de berekening van salarissen en de opstelling en het drukken van salarisstroken. Toen zij haar statuten wijzigde in die zin dat zij deze diensten ook wilde aanbieden aan ondernemingen met minder dan 250 personeelsleden, stootte zij op een Italiaanse wettelijke regeling die deze diensten voor bedrijven met minder dan

- <sup>130.</sup> Het heeft annotaties en commentaren geregend: zie m.n. M. ANDENAS, “Free Movement of Companies”, *Law Quarterly Rev.* 2003, 221-226; T. BACHNER, “Freedom of Establishment for Companies: a Great Leap Forward”, *Cambridge L. J.* 2003, 47-50; T. BALLARINO, “Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l’épreuve du droit communautaire d’établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes”, *Rev. crit. dr. int. privé* 2003, 373-402; *Id.*, “Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitaria”, *Riv. Soc.* 2003, 669-698; *Id.*, “From Centros to Überseering. EC Right of Establishment and the Conflict of Laws”, *Yearbook of Private International Law* 2002, 203-216; P. BEHRENS, “EuGH klärt Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften”, *EuZW* 2002, 737; *Id.*, “Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art”, *IPRax* 2003, 193-207; L. CERIONI, “The ‘Überseering’ Ruling: the Eve of a ‘Revolution’ for the Possibilities of Companies’ Migration throughout the European Community?”, *Colum. J. Eur. L.* 2003, 117-137; H. DE WULF, *T.B.H.* 2003, 96-97; P. DYRBERG, “Full free movement of companies in the European Community at last?”, *Eur. L. Rev.* 2003, 528-537; W.F. EBKE, “Überseering: ‚Die wahre Liberalität ist Anerkennung’”, *J.Z.* 2003, 927-933; *Id.*, “Die Würfel sind gefallen: Die Sanktionen der Sitztheorie sind europarechtswidrig!”, *B.B.* 2003, Heft 1, I; H. EIDENMÜLLER, “Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa”, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, 2233-2245; *Id.*, H. “Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt”, *J.Z.* 2004, 24-33; U. FORSTHOFF, “Abschied von der Sitztheorie”, *B.B.* 2002, 318-321; *Id.*, “EuGH fördert Vielfalt im Gesellschaftsrecht”, *D.B.* 2002, 2471-2477; B. GROSSFELD, “Die Sitztheorie in der Europäischen Union – ein mutiger Schritt des EuGH”, *R.I.W.* 2002, Heft 12, I; H. HALBHUBER, “Das Ende der Sitztheorie als Kompetenztheorie – Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache C-208/00 (Überseering)”, *Z. Eur. Privatrecht* 2003, 422-437; H. HIRTE, “Grenzüberschreitende Sitzverlegung führt nicht zum Verlust der nach dem Recht des Gründungsstaats bestehenden Rechts- und Parteifähigkeit einer Gesellschaft”, *E.W.S.* 2002, 573-574; J.-M. JONET, “La théorie du siège réel à l’épreuve de la liberté d’établissement. Autour de l’arrêt Überseering”, *J.T.dr. eur.* 2003, 33-37; H. KALLMEYER, “Tragweite des Überseering-Urteils des EuGH vom 5. 11. 2002 zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung”, *D.B.* 2002, 2521-2522; P. KINDLER, “Auf dem Weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft”, *NjW* 2003, 1073-1079; P. LAGARDE, *Rev. crit. dr. int. privé* 2003, 524-536; S. LEIBLE en J. HOFFMANN, “‘Überseering’ und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie”, *R.I.W.* 2002, 925-936; M. LUTTER, “‘Überseering’ und die Folgen”, *B.B.* 2003, 7-10; J. MEEUSEN, “Werkelijke zetel-leer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen. Analyse van het arrest Überseering van het Hof van Justitie”, *T.R.V.* 2003, 95-127; M. MENUJOCQ, “L’articulation du droit d’établissement communautaire et des droits nationaux relatifs au rattachement juridique des sociétés”, *S.J.* 2003, 362-365; W.G. PAEFGEN, “Auslandsgesellschaften und Durchsetzung deutscher Schutzinteressen nach ‘Überseering’”, *D.B.* 2003, 487-492; *Id.*, “Gezeitenwechsel im Gesellschaftskollisionsrecht”, *W.M.* 2003, 561-570; M.J.G.C. RAAIJMAKERS, “Überseering: vestigingsvrijheid en erkenning van rechtspersonen en vennootschappen binnen de EU”, *A.A.* 2003, 379-385; S. RAMMELOO, “HvJ EG Zaak 208/00 Überseering: de ‘long and winding road’ naar vestigingsvrijheid voor rechtspersonen in de Europese Unie”, *W.P.N.R.* 2003, 153-154; *Id.*, “Vrij verkeer van rechtspersonen in Europa na HvJ EG Überseering. IPR-zetelleercontroversie beslecht?”, *N.I.P.R.* 2003, 134-144; *Id.*, “The Long and Winding Road towards Freedom of Establishment for Legal Persons in Europe”, *M.J.* 2003, 169-197; W.-H. ROTH, “From Centros to Überseering: Free Movement of Companies, Private International Law, and Community Law”, *I.C.L.Q.* 2003, 177-208; *Id.*, “Internationales Gesellschaftsrecht nach Überseering”, *IPRax* 2003, 117-127; A. SCHNITGER, “Überseering: Schluss mit der ‘Gründungstheorie’”, *Internationales Steuerrecht* 2002, 818, 824; M. SCHULZ, “(Schein-)Auslandsgesellschaften in Europa – Ein Schein-Problem?”, *NjW* 2003, 2705-2708; M. SCHULZ en P. SESTER, “Höchstgerichtliche Harmonisierung der Kollisionsregeln im europäischen Gesellschaftsrecht: Durchbruch der Gründungstheorie nach ‘Überseering’”, *E.W.S.* 2002, 545-552; A. SCHUMANN, “Die englische Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland: Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung und Haftung bei Insolvenz”, *D.B.* 2004, 743-749; J. SEDEMUND, “Überseering: Schluss mit der ‘Gründungstheorie’”, *Internationales Steuerrecht* 2002, 816-817; I. THOMA, *Eur. Rev. Private L.* 2003, 545-554; V. TRIEBEL, “Wegzug und grenzüberschreitende Umwandlungen deutscher Gesellschaften nach ‘Überseering’ und ‘Inspire Art’”, *B.B.* 2003, 2409-2417; C.C. VON HALEN, “Der Streit um die Sitztheorie vor der Entscheidung?”, *E.W.S.*, 2002, 107-115; *Id.*, “Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH”, *W.M.* 2003, 571-578; T. WERNICKE, “EuGH: Rechtsfähigkeit niederländischer Gesellschaft in Deutschland”, *EuZW* 2002, 758-761; F. WOOLDRIDGE, “Überseering: Freedom of Establishment of Companies Affirmed”, *Eur. Bus. L. Rev.* 2003, 227-235; D. ZIMMER, “Wie es Euch gefällt? Offene Fragen nach dem Überseering-Urteil des EuGH”, *B.B.* 2003, 1-7. Zie tevens, onder verwijzing naar *Überseering*, E. WYMEERSCH, “De zetelverplaatsing in het vennootschapsrecht”, in *Liber Amicorum Jean-Pierre De Bandt*, Brussel, Bruylant, 2004, 757-770.
- <sup>131.</sup> Arrest van 15 januari 2002, zaak C-439/99, *Commissie/Italië*, *Jur.* 2002, I-305, r.o. 22, met verwijzing voor het vestigingsrecht naar arrest van 30 maart 1993, zaak C-161/91, *Konstantinidis*, *Jur.* 1993, I-1191, r.o. 15, besproken in *Kroniek 1993-1994*, *T.B.H.* 1994, p. 777-778, randnr. 75. Zie tevens arresten van 11 juli 2002, zaak C-294/00, *Gräbner*, *Jur.* 2002, I-6515, r.o. 38; *Payroll Data Services*, aangehaald *supra*, voetnoot 116, r.o. 26; beschikking van het Hof van 12 september 2002, zaak C-431/01, *Mertens*, *Jur.* 2002, I-7073, r.o. 37.
- <sup>132.</sup> Arrest *Commissie/Italië*, r.o. 38; voor een derde beperking, nl. dat organen die bestaan uit reeds in die regio aanwezige marktdeelnemers een rol spelen bij het erkennen en het verlenen van een vergunning en/of subsidie aan de organisator, zie r.o. 39-41.
- <sup>133.</sup> Arrest van 21 maart 2002, zaak C-298/99, *Commissie/Italië*, *Jur.* 2002, I-3129, r.o. 37-39. Verder in deze procedure stonden andere voorwaarden terecht waarvan de Italiaanse regering zelf toegaf dat ze niet door een reden van algemeen belang werden gerechtvaardigd, zoals de plicht om een nationaliteitsbewijs voor te leggen en voor eensluidend met de originele documenten gearmerkte vertalingen voor te leggen (r.o. 41-46).
- <sup>134.</sup> Arrest van 7 maart 2002, zaak C-145/99, *Commissie/Italië*, *Jur.* 2002, I-2235, r.o. 27-28. Over de *Klopp*-rechtspraak, zie o.m. *Kroniek 1992*, *T.B.H.* 1993, p. 524-525, randnrs. 65-66; *Kroniek 1996-1997*, *T.B.H.* 1998, p. 147, randnr. 46.
- <sup>135.</sup> Zie in de besproken periode o.m. arresten *Payroll Data Services*; *Commissie/Italië* (zaak C-439/99), aangehaald in voetnoot 116, r.o. 28; *Gräbner*, r.o. 39.

250 personeelsleden voorbehoudt aan ondernemingen die uitsluitend zijn opgericht en worden gevormd door personen die in Italië bij bepaalde beroepsorganisaties (m.n. *consulenti del lavoro*) zijn ingeschreven. De Italiaanse regering beriep zich op de bescherming van de rechten van werknemers als rechtvaardiging voor deze beperking. Ondanks de bevestiging dat dit een dwingende reden van algemeen belang vormt<sup>136</sup>, oordeelde het Hof dat, ervan uitgaande dat het om hoofdzakelijk uitvoerende taken gaat die in wezen van administratieve aard zijn en waarbij de eindverantwoordelijkheid van de op de salarisstroken vermelde gegevens bij de werkgevers blijft liggen, het niet noodzakelijk lijkt dat deze werkzaamheden alleen worden uitgevoerd door ondernemingen die exclusief zijn opgericht en worden gevormd door *consulenti del lavoro* of daarmee gelijkgestelde personen<sup>137</sup>. Bovendien zag het Hof problemen op het vlak van de noodzakelijkheidstest: het viel niet goed in te zien waarom de voornoemde beperking niet gold voor het opstellen en drukken van salarisstroken voor bedrijven met meer dan 250 personeelsleden, “die op dit punt niet minder bescherming lijken nodig te hebben dan degenen die voor ondernemingen met minder personeelsleden werken”<sup>138</sup>.

64. In sommige zaken is het Hof heel wat coulanter of “marginaler” in zijn toetsing van de noodzakelijkheid van een belemmerende regel. De toetsing die het op dit punt doorvoerde van de zgn. “Samenwerkingsverordening” op het vlak van de samenwerking tussen advocaten en accountants in de zaak Wouters – weliswaar een niet-publiekrechtelijke regeling<sup>139</sup> – biedt daarvan een illustratie (zie uitgebreid *infra*, randnrs. 103-105 en 114-124). Dit is ook het geval met het arrest Gräbner<sup>140</sup>. Hier ging het om de Oostenrijkse *Ärztengesetz*, die elke uitoefening van het in Duitsland erkende beroep van *Heilpraktiker* verbiedt. Het Hof zag hier geen graten in: dit verbod geldt ongeacht de nationaliteit of de plaats van vestiging, is gerechtvaardigd door de bescherming van de volksgezondheid (art. 46, ex art. 56, lid 1, EG)

en voldoet aan het noodzakelijkheidsvereiste aangezien het de Lidstaten bij gebrek aan een communautaire regeling vrij staat conform hun opvatting over de bescherming van de volksgezondheid de betrokken beroepsbeoefenaars al of niet toe te staan medische werkzaamheden uit te oefenen<sup>141</sup>. Het Hof acht ook het Oostenrijks verbod om opleidingen tot *Heilpraktiker* te organiseren gerechtvaardigd omwille van “de noodzaak om de doeltreffendheid te waarborgen van een met het gemeenschapsrecht strokende nationale maatregel als het verbod om het beroep van *Heilpraktiker* uit te oefenen”: het EG-recht moet Oostenrijk toestaan dit verbod “op coherente en geloofwaardige wijze op te leggen”<sup>142</sup>.

65. Over de status van niet-discriminerende maar daarom qua effect niet minder vervelende socialezekerheidsregels die gelden ten aanzien van personen die in meer dan één Lidstaat beroepsmatig actief zijn, heeft het Hof zich op verzoek van de Arbeidsrechtbank te Doornik in het arrest Hervein en Lorthiois<sup>143</sup> andermaal uitgelaten. De feitenconstellatie van deze twee zaken illustreert de gebrekkige integratie op het vlak van socialezekerheidswetgeving voor personen die als bestuurder van vennootschappen in meer dan één Lidstaat actief zijn. Nadat het Hof reeds in 1997 prejudiciële vragen over de toepassing van de desbetreffende artikelen van verordening nr. 1408/71 had beantwoord<sup>144</sup>, stelde de Doornikse Arbeidsrechtbank nu een prejudiciële *geldigheids*-vraag m.b.t. deze bepalingen in het licht van de artikelen 39 en 43 EG. De analyse van het Hof verloopt in deze zaak via de Stanton-variante van de uitlegging van het vestigingsrecht: de verdragsbepalingen over het vrije personenverkeer beogen het de gemeenschapsonderdanen gemakkelijker te maken om het even welk beroep uit te oefenen op het gehele grondgebied van de EG en staan derhalve in de weg aan nationale regelingen die deze onderdanen minder gunstig behandelen wanneer zij op het grondgebied van meer dan één Lidstaat werkzaam willen zijn<sup>145</sup>. Maar het Hof merkt ook op dat het EG-Verdrag niet voorziet in een harmonisatie van de

<sup>136</sup>. Arrest *Payroll Data Services*, r.o. 31, met verwijzingen naar tal van eerdere arresten terzake.

<sup>137</sup>. Arrest *Payroll Data Services*, r.o. 35.

<sup>138</sup>. *Payroll Data Services*, r.o. 37.

<sup>139</sup>. Arrest van 19 februari 2002, zaak C-309/99, *Wouters*, *Jur.* 2002, I-1577. In r.o. 120 herinnert het Hof aan de vaste rechtspraak dat de artt. 43 en 49 EG zich uitstrekken tot niet-publiekrechtelijke regelingen die op collectieve wijze de werkzaamheid als zelfstandige en de verrichting van diensten beogen te regelen: cf. *Kroniek 1999-2001, T.B.H.* 2002, p. 524-525, randnr. 52.

<sup>140</sup>. Arrest van 11 juli 2002, zaak C-294/00, *Gräbner*, *Jur.* 2002, I-6515.

<sup>141</sup>. Arrest *Gräbner*, r.o. 41-50. In r.o. 49 refereert het Hof ietwat schuchter aan een mogelijke verandering van de inschatting van de Oostenrijkse wetgever “met name naargelang vooruitgang wordt geboekt in de kennis van de in het kader van deze werkzaamheid toegepaste methodes en de gevolgen ervan voor de gezondheid”; de analoge opmerking in de zaak *Mac Quen* (aangehaald in voetnoot 115, *Kroniek 1999-2001, T.B.H.* 2002, p. 524, randnr. 50) leek omwille van de verwijzing naar de rechtspraak van het Duitse *Bundesverfassungsgericht* heel wat minder vrijblijvend.

<sup>142</sup>. Arrest *Gräbner*, r.o. 54-62; in deze laatste overweging wordt dit verbod “een passend middel” geacht om de doeltreffendheid van het voornoemde verbod te waarborgen. In de r.o. 63-66 toont het Hof zich minder zeker van de passendheid van het verbod voor daartoe niet-aangewezen instellingen – in het hoofdgeding ging het om een te München gevestigde vennootschap die in Duitsland en Oostenrijk opleidingscursussen aanbood – om opleidingen tot *Heilpraktiker* te organiseren mits het publiek niet in verwarring wordt gebracht over de vraag of de betrokken activiteit wettig als beroep mag worden uitgeoefend in de betrokken Lidstaat: die beoordeling liet het aan de nationale rechter over. Omtrent de vraag of ook reclame voor deze opleidingen mocht worden verboden, zie r.o. 67-69.

<sup>143</sup>. Arrest van 19 maart 2002, gevoegde zaken C-393/99 en C-394/99, *Hervein en Lorthiois*, *Jur.* 2002, I-2829. Zie o.m. de annotatie van B. DE PAUW, “Wordt de socialezekerheidspositie van bestuurders in de E.E.R. nog wat ingewikkelder?”, *T.S.R.* 2002, 531-550.

<sup>144</sup>. Arrest van 30 januari 1997, zaak C-221/95, *Hervein en Hervillier*, *Jur.* 1997, I-609.

<sup>145</sup>. Arrest *Hervein en Lorthiois*, r.o. 47, met verwijzing naar arrest van 7 juli 1988, zaak 143/87, *Stanton*, *Jur.* 1988, 3877, r.o. 13. Over deze rechtspraak en een aantal toepassingen ervan, zie *Kroniek 1996-1997, T.B.H.* 1998, p. 147, randnr. 46. De *Stanton*-rechtspraak wordt in de besproken periode ook in herinnering gebracht in ’s Hof’s beschikking in de zaak *Mertens*, aangehaald in voetnoot 131, r.o. 26.

socializekerheidswetgevingen van de Lidstaten en dat artikel 42 (ex art. 51) EG terzake enkel in een coördinatie voorziet. Daaruit leidt het af: *“Het Verdrag biedt een werknemer dus niet de garantie, dat de uitbreiding van zijn werkzaamheden naar meer dan één Lidstaat of de overbrenging van deze werkzaamheden naar een andere Lidstaat voor de sociale zekerheid neutraal is. Gelet op de verschillen tussen de socializekerheidswetgevingen van de Lidstaten, kan een dergelijke uitbreiding of overbrenging op het punt van de sociale bescherming naargelang het geval voor de werknemer meer of minder voordelig of nadelig uitvallen. Een eventueel nadeel ten opzichte van de situatie waarin de werknemer al zijn werkzaamheden in eenzelfde Lidstaat uitoefent, als gevolg van een uitbreiding of een overbrenging van zijn activiteiten naar één of meer andere Lidstaten en van het feit dat hij onder een nieuwe socializekerheidswetgeving valt, is bijgevolg in beginsel niet in strijd met de artikelen [39 en 43] van het Verdrag, indien deze wetgeving de werknemer niet benadeelt ten opzichte van degenen die al hun werkzaamheden uitoefenen in de Lidstaat waar zij van toepassing is, of ten opzichte van diegenen die reeds voordien daaronder vielen, en indien zij niet zonder meer ertoe leidt dat sociale bijdragen worden betaald zonder dat er een prestatie tegenover staat”*<sup>146</sup>. Van een ongeldigheid van het in het geding zijnde artikel 14quater, sub b, van Verordening nr. 1408/71 is volgens het Hof geen sprake<sup>147</sup>; maar in de situaties waarop krachtens dit artikel de wetgevingen van Lidstaten gelijktijdig van toepassing zijn, moeten deze Lidstaten ervoor zorgen dat ze de vereisten van de artikelen 39, 42 en 43 EG naleven<sup>148</sup>. Dit betekent dat in een situatie (zoals die van Lorthiois) waarin de bijdragen die worden gevorderd, wegens het niveau van de werkzaamheden van betrokkene in het land van vestiging niet resulteren in een extra sociale bescherming, artikel 43 EG er rechtstreeks aan in de weg staat dat dergelijke bijdragen van hem worden gevorderd<sup>149</sup>. Anderzijds staat artikel 43 EG er aan in de weg dat door de toepassing van Verordening nr. 1408/71 socializekerheidsvoordelen verloren gaan die voor de betrokkene voortvloeien uit tussen twee of meer Lidstaten geldende en in hun nationale recht opgenomen verdragen: dan moeten de bepalingen van Verordening nr. 1408/71 buiten toepassing blijven<sup>150</sup>.

<sup>146</sup>. Arrest *Hervein en Lorthiois*, r.o. 51.

<sup>147</sup>. Arrest *Hervein en Lorthiois*, r.o. 52-62.

<sup>148</sup>. Arrest *Hervein en Lorthiois*, r.o. 63.

<sup>149</sup>. Arrest *Hervein en Lorthiois*, r.o. 64, met o.a. verwijzing naar arrest van 15 februari 1996, zaak C-53/95, *Kemmler*, *Jur.* 1996, I-703, r.o. 12-13, besproken in *Kroniek 1996-1997, T.B.H.* 1998, p. 147, randnr. 46.

<sup>150</sup>. Arrest *Hervein en Lorthiois*, r.o. 66.

<sup>151</sup>. Zie arresten van 27 september 2001 in zaak C-63/99, *Gloszczuk*, *Jur.* 2001, I-6369, r.o. 52 en 86, in zaak C-235/99, *Kondova*, *Jur.* 2001, I-6427, r.o. 55 en 91 en in zaak C-257/99, *Barkoci en Malik*, *Jur.* 2001, I-6557, r.o. 55 en 83.

<sup>152</sup>. Worden hier niet besproken een aantal niet-nakomingszaken, o.a. inzake de Tandartsen-coördinatie Richtlijn 78/687/EEG (zie arrest van 29 november 2001, zaak C-202/99, *Commissie/Italië*, *Jur.* 2001, I-9319; zie tevens inzake de Tandartsen-erkenning Richtlijn 78/686/EEG, arrest van 5 november 2002, zaak C-204/01, *Klett*, *Jur.* 2002, I-10007), de Artsenrichtlijn 93/16/EEG (arrest van 16 mei 2002, zaak C-232/99, *Commissie/Spanje*, *Jur.* 2002, I-4235), de Advocatenrichtlijn 98/5/EG (arrest van 26 september 2002, zaak C-351/01, *Commissie/Frankrijk*, *Jur.* 2002, I-8101) en de Architectenrichtlijn 85/384/EEG (arrest *Commissie/Italië* in zaak C-298/99, aangehaald in voetnoot 133, r.o. 27-29 en 51-52). Zie ook m.b.t. een ongeoorloofde wederkerigheidseis voor de erkenning van het diploma van skimonitor onder de algemene Erkenning Richtlijnen 89/48/EEG en 92/51/EEG, arrest van 16 mei 2002, zaak C-142/01, *Commissie/Italië*, *Jur.* 2002, I-4541).

<sup>153</sup>. Richtlijn 89/48/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende een algemeen stelsel van erkenning van hogeronderwijsdiploma's waarmee beroepsopleidingen van ten minste drie jaar worden afgesloten (*P.B.* 1989, L. 19, 16).

66. In een aantal zaken betreffende Europa-overeenkomsten maakte het Hof duidelijk dat de uitlegging van artikel 43 EG zoals die uit de communautaire rechtspraak volgt, niet zonder meer kan worden toegepast op de in deze akkoorden neergelegde bepalingen over het vestigingsrecht. Die bepalingen staan in beginsel niet in de weg aan een stelsel van voorafgaande controle dat de verlening van een inreis- en verblijfsvergunning afhankelijk stelt van het bewijs dat de aanvrager werkelijk voornemens is als zelfstandige te gaan werken, van meet af aan over voldoende financiële middelen beschikt en een redelijke kans van slagen heeft<sup>151</sup>.

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

67. Zoals de voorgaande jaren laten zich onder deze rubriek twee soorten zaken opnemen, nl. (soms zeer specifieke) zaken over EG-Richtlijnen voor de erkenning van diploma's<sup>152</sup> en zaken die zich, bij gebrek aan of wegens de niet-toepasselijkheid van een dergelijke richtlijn, onder de werking van de algemene verdragsbepalingen inzake het vrije personenverkeer situeren.

68. Van de eerstgenoemde categorie zijn een tweetal uitspraken het vermelden waard. Italië werd veroordeeld omdat het voor de toegang tot het beroep van advocaat in uitvoering van de algemene Erkenning Richtlijn 89/48/EEG<sup>153</sup> noch de vakgebieden had aangewezen die dit land voor de uitoefening van dit beroep onontbeerlijk acht, noch nadere bepalingen had aangenomen voor de proeve van bekwaamheid. Hoewel de richtlijn volgens het Hof *“niet vereist, dat de Lidstaten alle aspecten van de proeve van bekwaamheid gedetailleerd regelen, zijn zij niettemin gehouden de voor de uitoefening van het beroep als onontbeerlijk beschouwde vakgebieden en de voorschriften betreffende deze proeve van bekwaamheid te preciseren en bekend te maken, opdat de aanvragers algemeen de aard en de inhoud kunnen kennen van de proef waaraan zij, in voorkomend geval, zullen worden onderworpen. Bij gebreke van een dergelijke regeling*

bestaat het gevaar, dat de toepassing van geval tot geval van de in artikel 1, sub g, tweede alinea, van Richtlijn 89/48 vastgestelde vergelijking, willekeurig is, zo niet discriminatoir”<sup>154</sup>.

69. Het arrest Tenna-Durez<sup>155</sup>, ofschoon geveld op prejudiciële vragen van de Franse *Conseil d'État*, heeft ook een Belgisch facet. Kort gezegd, ging het om een Algerijnse die eerst in Algiers het diploma van doctor in de geneeskunde behaalde en vervolgens, na het verwerven van de Belgische nationaliteit, de academische graad arts verwierf aan de Universiteit Gent, nadat deze haar zesjarige opleiding te Algiers had erkend en haar enkel het zevende jaar geneeskunde te Gent had laten volgen. Toen zij zich in Frankrijk wilde vestigen, kreeg ze problemen bij de erkenning van dit diploma. De *Conseil d'État* vroeg het Hof in hoeverre de medische opleiding die Richtlijn 93/16/EG vooropstelt een in een derde land gevolgde opleiding kan zijn en in hoeverre de Franse autoriteiten gebonden waren aan de door de Belgische overheid afgegeven verklaring dat het afgegeven diploma gelijk te stellen was met de diploma's genoemd in de richtlijn. Op de eerste vraag antwoordde het Hof dat “de door artikel 23, lid 2, van Richtlijn 93/16 verlangde medische opleiding een, zelfs overwegend, in een derde land gevolgde opleiding kan zijn, mits de bevoegde autoriteit van de Lidstaat die het diploma afgeeft, in staat is deze opleiding te valideren en op grond daarvan te oordelen dat zij kan meetellen om te voldoen aan de vereisten die in die richtlijn aan de opleiding van artsen worden gesteld”<sup>156</sup>. Immers, het door de richtlijn ingevoerde stelsel van automatische erkenning hecht geen belang aan de vraag waar de opleiding is gegeven, maar of zij voldoet aan de in de richtlijn neergelegde kwalitatieve en kwantitatieve opleidingseisen<sup>157</sup>. De verantwoordelijkheid om toe te zien of aan deze laatste voldaan is, berust geheel en al bij de bevoegde autoriteit van de Lidstaat die het diploma afgeeft: “[h]et aldus afgegeven diploma is voor de houder ervan immers een artsenpaspoort, waarmee hij zich in de Europese Unie als arts kan verplaatsen zonder dat de beroepskwalificatie die uit het diploma blijkt, in de ontvangende Lidstaat in twijfel kan worden getrokken, behoudens in de in het gemeenschapsrecht genoemde bijzondere omstandigheden”<sup>158</sup>.

Wat betreft de vraag naar de gebondenheid van de autoriteiten van het land van ontvangst, verwijst het Hof andermaal naar het stelsel van automatische en onvoorwaardelijke

erkenning waarin de richtlijn voorziet. De richtlijn biedt de ontvangende Lidstaat slechts twee middelen om zich te vergewissen omtrent het overgelegde diploma en telkens is hij in beginsel gebonden door de desbetreffende verklaring of bevestiging door de autoriteiten van de Lidstaat die het diploma heeft afgegeven<sup>159</sup>. Die twee middelen, aldus het Hof, “zijn overigens slechts de specifieke uitdrukking van een meer algemeen beginsel dat ook op andere gebieden van het gemeenschapsrecht wordt gehuldigd. Immers, volgens de rechtspraak van het Hof moet, wanneer de bevoegde autoriteit van een Lidstaat ernstige twijfel heeft, die verder gaat dan eenvoudige vermoedens, omtrent de echtheid of de waarheidsgetrouwheid van een document, de autoriteit of instelling die het document heeft afgegeven, op verzoek van de eerste autoriteit de gegrondheid van dit document opnieuw onderzoeken en het zo nodig intrekken”<sup>160</sup>.

70. Zo belanden we bij de tweede categorie. Zoals bekend, valt men terug op de verdragsbepalingen inzake vrij personenverkeer en op de Vlassopoulou-rechtspraak van het Hof indien er geen richtlijn inzake erkenning van diploma's, titels, beroepservaring etc. van toepassing is. Deze rechtspraak werd in de besproken periode opnieuw bevestigd in het arrest Dreessen<sup>161</sup>. Het betrof een prejudiciële vraag van het Hof van Cassatie in een zaak die al een eerste prejudiciële arrest van het Hof in 1994 had opgeleverd<sup>162</sup>. In dat arrest had het Hof geoordeeld dat Dreessen's (Duitse) ingenieursdiploma niet in aanmerking kwam voor de wederzijdse erkenning van architectendiploma's onder Richtlijn 85/384/EEG. In de onderhavige zaak benadert het Hof de problematiek louter vanuit een Vlassopoulou-oogpunt: het bevestigt desgevraagd dat de Lidstaten hun verplichtingen inzake onderlinge erkenning van beroepskwalificaties, zoals die voortvloeien uit de artikelen 43 en 47 EG, moeten naleven bij elk onderzoek van een verzoek tot toelating tot een gereguleerd beroep wanneer het diploma in kwestie niet automatisch op basis van een wederzijdse erkenningsrichtlijn wordt erkend. Het doet er niet toe of dit laatste het geval is omdat het gaat om een in een derde land afgegeven diploma dan wel omdat het betrokken diploma – *in casu*, volgens Dreessen en de Commissie, per vergissing – niet voorkomt op de lijst van de richtlijn. De richtlijnen aangenomen onder artikel 47 EG, zo bevestigt het Hof, hebben niet tot doel, en kunnen evenmin als gevolg hebben, dat de erkenning van diploma's, certificaten en andere titels wordt bemoeilijkt die niet onder de richtlijnen vallen<sup>163</sup>.

<sup>154</sup> Arrest in zaak C-145/99, *Commissie/Italië*, aangehaald in voetnoot 134, r.o. 53.

<sup>155</sup> Arrest van 19 juni 2003, zaak C-110/01, *Tennah-Durez*, *Jur.* 2003, I-6239.

<sup>156</sup> Arrest *Tenna-Durez*, r.o. 70 en punt 1 *dictum*.

<sup>157</sup> Arrest *Tenna-Durez*, r.o. 53. Het Hof verwierp uitdrukkelijk op dit punt de analogie die verscheidene regeringen en de Commissie maakten met Richtlijnen 89/48/EG en 92/51/EEG: r.o. 65-66.

<sup>158</sup> Arrest *Tenna-Durez*, r.o. 56-57.

<sup>159</sup> Zie de artt. 9, lid 5, en 22, van Richtlijn 93/16/EEG.

<sup>160</sup> Arrest *Tenna-Durez*, r.o. 80, met verwijzing naar eerdere rechtspraak.

<sup>161</sup> Arrest van 22 januari 2002, zaak C-31/00, *Dreessen*, *Jur.* 2002, I-663, i.h.b. r.o. 24-25.

<sup>162</sup> Zie arrest van 9 augustus 1994, zaak C-447/93, *Dreessen*, *Jur.* 1994, I-4087, besproken in *Kroniek 1994-1995*, T.B.H. 1996, p. 314, randnr. 73.

<sup>163</sup> Arrest *Dreessen*, r.o. 26-29.

## C. Fiscale belemmeringen van het vestigingsrecht

71. De communautaire rechtspraak inzake de impact van de verdragsvrijheden op de fiscaliteit van de Lidstaten blijft zich uitbreiden<sup>164</sup>. In de besproken periode vallen een drietal zaken te signaleren op het gebied van het vrije personenverkeer, nl. de arresten *X en Y*<sup>165</sup> en *Lankhorst-Hohorst*<sup>166</sup> en de beschikking in de zaak *Mertens*<sup>167</sup>. Het uitgangspunt van het Hof in deze zaken blijft de welbekende overweging dat “*volgens vaste rechtspraak de directe belastingen weliswaar tot de bevoegdheden van de Lidstaten behoren, doch dat deze niettemin verplicht zijn die bevoegdheid in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uit te oefenen en zich derhalve van elke discriminatie op grond van nationaliteit te onthouden*”<sup>168</sup>. Interessant is dat in elk van de onderhavige zaken de toetsing van het Hof goeddeels verloopt volgens het “rule of reason”-stramien dat hoger (*supra*, randnr. 63) in herinnering werd gebracht. In de *Mertens*-beschikking gaat het Hof zelfs zo ver om de hogergenoemde “beperkings”-rechtspraak (*supra*, randnr. 62) expliciet op de fiscaliteit te betrekken: dat betekent dat ook nationale belastingregels in beginsel onverenigbaar zijn met het vrije personenverkeer indien zij “*de gemeenschapsonderdanen minder gunstig [...] behandelen wanneer zij als werknemer of zelfstandige buiten het grondgebied van één Lidstaat werkzaam willen zijn*” en zelfs al indien zij “*de uitoefening van deze fundamentele vrijheid [kunnen] hinderen of minder aantrekkelijk [kunnen] maken*”<sup>169</sup>.

72. Het Hof heeft de zaak *Mertens* afgedaan bij wege van een beschikking aangezien het meende dat het antwoord op de prejudiciële vraag van het Hof van Beroep te Bergen duidelijk uit zijn rechtspraak (meer bepaald het arrest *AMID*<sup>170</sup>) kon worden afgeleid<sup>171</sup>. Niettemin ging de onderhavige zaak over een werknemer-natuurlijke persoon die als informaticaadviseur zowel in Duitsland als loontrekkende als in België (zijn woonstaat) als zelfstandige actief was; *AMID* betrof

een Belgische vennootschap met een vaste inrichting in Luxemburg, hetgeen qua feiten- en juridische constellatie toch wat anders betekent. De prejudiciële vraag was weliswaar analoog: is het verenigbaar met het vrije personenverkeer wanneer de Lidstaat van oorsprong van een persoon die aldaar woonachtig is en actief is als zelfstandige maar tezelfdertijd in loondienst in een andere Lidstaat werkt, niet toestaat dat een in een jaar geleden verlies wordt afgetrokken van de belastbare winst in het daaropvolgende jaar, indien dit verlies niet kan worden aangerekend op het loon dat de betrokkene als werknemer in een andere Lidstaat heeft ontvangen in het jaar van het verlies, terwijl dit wel aftrekbaar zou zijn indien de betrokkene uitsluitend in zijn land van oorsprong de activiteiten van zelfstandige en werknemer had uitgeoefend<sup>172</sup>? Het antwoord verloopt langs de lijnen van *AMID*, met dien verstande dat het Hof hier in een “beperkings”-perspectief (*supra*, vorig randnr.) redeneert. De door de Belgische regering aangevoerde rechtvaardigingsgronden, nl. het beginsel dat de belastingplichtige in zijn woonstaat wordt belast naar zijn wereldinkomen en het feit dat het Belgisch-Duits dubbelbelastingverdrag er niet aan in de weg staat om bij de vaststelling van de heffingsgrondslag in België rekening te houden met de in Duitsland verkregen inkomsten, acht het Hof niet voldoende om te concluderen tot het bestaan van een gerechtvaardigd doel waarvan de toepassing niet verder gaat dan noodzakelijk om dit doel te bereiken<sup>173</sup>.

73. In *X en Y* ging het om twee Zweedse onderdanen die voornemens waren hun aandelen in een Zweedse vennootschap tegen de aanschafwaarde over te dragen aan een andere Zweedse vennootschap die zelf dochter is van een Belgische NV. Het Hof kreeg prejudiciële vragen voorgelegd over de verenigbaarheid met het vestigingsrecht en het vrije kapitaalverkeer van de bepaling van de Zweedse Inkomstenbelastingenwet, die de overdracht onder de waarde van aandelen van vennootschappen fiscaal verschillend behandelt naar gelang van de aard van de overnemer. Het ging om drie typen aandelenoverdrachten, die elk verschillend werden belast: (A) aan een buitenlandse rechtspersoon waarin de

<sup>164</sup>. In het arrest *Athinaiki Zythopoiia* van 4 oktober 2001 (zaak C-294/99, *Jur.* 2001, I-6797) preciseert het Hof het begrip “bronbelasting” voor de toepassing van de Moeder-dochterrichtlijn (Richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen, *PB.* 1990, L. 225, 6). In het arrest *Epson Europe* (8 juni 2000, zaak C-375/98, *Jur.* 2000, I-4243, r.o. 22) had het Hof reeds aangegeven dat het in deze richtlijn opgenomen begrip “bronbelasting” niet beperkt is tot enkele soorten, nauwkeurig bepaalde nationale belastingen; dat wordt in *Athinaiki Zythopoiia* bevestigd: r.o. 26.

<sup>165</sup>. Arrest van 21 november 2002, zaak C-436/00, *X en Y*, *Jur.* 2002, I-10829.

<sup>166</sup>. Arrest van 12 december 2002, zaak C-324/99, *Lankhorst-Hohorst*, *Jur.* 2002, I-11779.

<sup>167</sup>. Aangehaald in voetnoot 131.

<sup>168</sup>. Zie, in de besproken periode, beschikking *Mertens*, aangehaald in voetnoot 131, r.o. 25; arrest *X en Y*, r.o. 32; arrest *Lankhorst-Hohorst*, r.o. 26; arrest van 3 oktober 2002, zaak C-136/00, *Danner*, *Jur.* 2002, I-8147, r.o. 28; arrest van 26 juni 2003, zaak C-422/01, *Skandia*, *Jur.* 2003, I-6817, r.o. 25, telkens met verwijzing naar eerdere jurisprudentie. In één arrest tijdens de besproken periode heeft het Hof zelfs terloops aangestipt dat “*de directe belastingen tot de exclusieve bevoegdheidssfeer van de lidstaten behoren*”: arrest *Gottardo*, aangehaald in voetnoot 105, r.o. 32 (eigen onderstreping).

<sup>169</sup>. Beschikking *Mertens*, r.o. 26 en 37.

<sup>170</sup>. Arrest van 14 december 2000, zaak C-141/99, *AMID*, *Jur.* 2000, I-11619, besproken in *Kroniek 1999-2001*, *T.B.H.* 2002, p. 528, randnr. 58.

<sup>171</sup>. Zie r.o. 20, met verwijzing naar art. 104, lid 3, Reglement voor de procesvoering.

<sup>172</sup>. Men merke op dat de zaak het vrije verkeer van werknemers (art. 39 EG) betrof. In r.o. 24 merkt het Hof evenwel op dat “*[i]n ieder geval moet rekening worden gehouden met de in 's Hof's rechtspraak vast ontwikkelde beginselen op het gebied van het vrije verkeer van personen, aangezien deze zowel betrekking heeft op de vrijheid van vestiging als op het vrije verkeer van werknemers.*”

<sup>173</sup>. Beschikking *Mertens*, r.o. 38-39. Voor een toepassing van de *AMID*- en *Mertens*-rechtspraak, zie Rb. Brugge 1 april 2003, *T.F.R.* 2003, 976, noot R. VAN DEN EECKHAUT, “*Velasquez definitief afgeschreven in de personenbelasting*”.

overdrager of één van zijn verwanten rechtstreeks of indirect een deelneming heeft; (B) aan een Zweedse NV waarin een dergelijke buitenlandse rechtspersoon rechtstreeks of indirect een deelneming heeft; (C) aan een andere Zweedse NV waarin de overdrager of één van zijn verwanten rechtstreeks of indirect een deelneming heeft. In het geval C werd de belasting principieel uitgesteld tot bij latere vervreemding, terwijl in de gevallen A en B de meerwaarde bij de overdrager onmiddellijk werd belast. Ervan uitgaande dat het vestigingsrecht toepasselijk is, achtte het Hof de fiscale behandeling van gevallen A en B een beperking in de zin van artikel 43 EG. Een derving van belastinginkomsten ingevolge een verlening van belastinguitstel aan overdrachten van het type A en B achtte het Hof geen grond van algemeen belang aangezien dit doel “*zuiver economisch*” is<sup>174</sup>. Het “Bachmann”-verweer van samenhang van het belastingstelsel ving eveneens bot: de fiscale cohesie kan volgens het Hof in deze zaak worden verzekerd door minder beperkende of door de vrijheid van vestiging minder aantastende maatregelen, die specifiek betrekking hebben op het risico van een definitief vertrek van de belastingplichtige, en wel voor alle typen van aandelenoverdrachten waarvoor hetzelfde objectieve risico bestaat<sup>175</sup>. Evenzomin aanvaardt het Hof het risico van belastingontwijking en de doeltreffendheid van fiscale controles als rechtvaardigingsgronden (die *in casu* op hetzelfde neerkomen). De bepaling had immers niet als specifiek oogmerk een fiscaal voordeel uit te sluiten voor zuiver kunstmatige belastingconstructies die tot doel hebben de Zweedse belastingwetgeving te omzeilen<sup>176</sup>. De analyse die het Hof verder in het arrest maakt onder de hypothese “kapitaalverkeer” is dezelfde.

74. Lankhorst-Hohorst ten slotte betrof een bepaling van de Duitse Vennootschapsbelastingenwet m.b.t. de belasting van verkapte winstuitkeringen. Lankhorst-Hohorst GmbH is een Duitse vennootschap met als enige aandeelhouder een

Nederlandse BV waarvan een andere Nederlandse BV, Lankhorst Taselaar, op haar beurt de enige aandeelhouder is. Deze laatste verstrekke Lankhorst-Hohorst een lening met een tienjarig aflossingsplan en jaarlijkse interesten. De Duitse fiscus stelde de interesten evenwel gelijk met verkapte winstuitkeringen en belaste ze tegen 30%. Wegens haar formulering (enkel vergoedingen voor vreemd vermogen verkregen van een niet voor belastingaftrek in aanmerking komende aandeelhouder werden als verkapte winstuitkeringen belast) had de fiscale bepaling in kwestie als gevolg dat Duitse dochterondernemingen verschillend behandeld werden naargelang hun moeder al dan niet haar zetel in Duitsland had: in de meeste gevallen kwamen Duitse moedermaatschappijen immers wel in aanmerking voor belastingaftrek. Interesten door een Duitse dochter betaald aan een Duitse moeder werden als bedrijfskosten beschouwd, terwijl deze betaald aan een buitenlandse moeder als verkapte dividenden aan 30% werden belast. Het Hof oordeelde dat dit verschil in behandeling op grond van de zetel van de moedermaatschappij in beginsel een bij artikel 43 EG verboden belemmering van het vestigingsrecht uitmaakt: deze fiscale regeling “*maakt de uitoefening van de vrijheid van vestiging door in andere Lidstaten gevestigde vennootschappen minder aantrekkelijk, zodat zij zouden kunnen afzien van de verkrijging, de oprichting of het behoud van dochterondernemingen in de Lidstaat die deze regel heeft vastgesteld*”<sup>177</sup>. Zoals in X en Y verwierp het Hof de vermindering van belastinginkomsten als rechtvaardigingsgrond, evenals – gelet op de algemene toepassing van de bepaling in kwestie – het voorkomen van belastingontduiking. Ook het “Bachmann”-verweer van de samenhang van het belastingstelsel sneed geen hout aangezien er geen rechtstreeks verband voorlag, nu de fiscaal ongunstige behandeling van een dochteronderneming van een buitenlandse moeder niet gecompenseerd werd door enig belastingvoordeel<sup>178</sup>.

### III. VRIJ VERKEER VAN DIENSTEN

#### A. Toepassingsgebied

75. De verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van diensten kunnen enkel worden ingeroepen in situaties die

een aanknopingspunt hebben met één van de door het EG-recht beoogde situaties<sup>179</sup>. Dit vereiste wordt de dag van vandaag vrij soepel ingevuld, zoals blijkt uit het arrest Carpenter<sup>180</sup>. Mevrouw Carpenter is een Filippijnse die in 1996

<sup>174</sup>. Arrest *X en Y*, r.o. 50, met verwijzing naar arrest van 6 juni 2000, zaak C-35/98, *Verkooijen*, *Jur.* 2000, I-4071, r.o. 48, besproken in *Kroniek 1999-2001*, T.B.H. 2002, p. 543, randnrs. 84-85.

<sup>175</sup>. Arrest *X en Y*, r.o. 59, waar het Hof aan toevoegt dat dergelijke maatregelen bv. kunnen zijn, het creëren van een systeem van waarborgsommen of andere noodzakelijke garanties om betaling van de belasting veilig te stellen bij een definitieve verhuizing van de overdrager naar het buitenland.

<sup>176</sup>. Zie arrest *X en Y*, r.o. 61 en 62. In r.o. 63 merkt het Hof nog op dat de Zweedse regering desgevraagd niet heeft weten aan te tonen dat er voor overdrachten van type C objectieve verschillen in situatie bestaan waardoor het risico i.g.v. definitieve verhuizing naar het buitenland wezenlijk anders is dan onder overdrachten van type A of B.

<sup>177</sup>. Arrest *Lankhorst-Hohorst*, r.o. 32.

<sup>178</sup>. Arrest *Lankhorst-Hohorst*, r.o. 36-42. Zie o.m. I. BEHAEGHE, “Het Hof van Justitie beoordeelt de verenigbaarheid van een nationale ‘thin capitalization’-maatregel met de door art. 43 EG-Verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging”, *T.F.R.* 2003, 395-399.

<sup>179</sup>. Zie tijdens de besproken periode nog arrest van 11 juli 2002, zaak C-60/00, *Carpenter*, *Jur.* 2002, I-6279, r.o. 28, met verwijzing naar arrest van 21 oktober 1999, zaak C-97/98, *Jägerskiöld*, *Jur.* 1999, I-7319, r.o. 42-45.

<sup>180</sup>. Aantehaald in vorige voetnoot; zie de annotatie van R.H. VAN OOI en H. STAPLES, *Nederlands Tijdschrift Europees Recht* 2002, 269-276.

huwde met een Brit, maar geen verblijfsvergunning kreeg om in het Verenigd Koninkrijk te verblijven en het voorwerp uitmaakte van een uitzettingsbesluit. Voor de rechter beriep zij zich opmerkelijk genoeg op artikel 49 (*ex art.* 59) EG: haar echtgenoot biedt diensten aan cliënten in andere Lidstaten aan en haar zorg voor de kinderen helpt de eerstgenoemde om zich te wijden aan zijn bedrijf, dat advertentieruimte in medische en wetenschappelijke tijdschriften verkoopt. Het Hof beaamde de toepasselijkheid van artikel 49 EG. Het wees erop dat een belangrijk deel van de beroepsactiviteit van de heer Carpenter erin bestond om tegen vergoeding diensten te verrichten ten behoeve van in andere Lidstaten gevestigde adverteerders; “[d]ergelijke activiteiten vallen onder het begrip diensten in de zin van artikel 49 EG, zowel wanneer de dienstverrichter zich te dien einde begeeft naar de Lidstaat van de persoon te wiens behoeve de dienst wordt verricht, als wanneer hij de grensoverschrijdende diensten verleent zonder de Lidstaat waar hij is gevestigd, te verlaten”<sup>181</sup>. Carpenter kan bovendien krachtens vaste rechtspraak dit recht inroepen tegenover zijn thuisstaat<sup>182</sup>. Het Hof las artikel 49 EG tegen de achtergrond van het fundamentele recht op eerbiediging van het gezinsleven (art. 8 EVRM, waarbij het onder verwijzing naar de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens het besluit tot uitzetting van mevrouw Carpenter een onevenredige inmenging in dit grondrecht noemde) en concludeerde dat dit artikel zich verzet tegen de weigering om aan mevrouw Carpenter een verblijfsvergunning te geven.

**76.** Het begrip “dienst” voor de toepassing van de artikelen 49 en 50 (*ex art.* 60) EG is, zoals bekend, bijzonder ruim. In de besproken periode herbevestigde het Hof dat dit begrip doelt op “dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden” en dat “het wezenlijke kenmerk van de vergoeding hierin bestaat, dat zij de economische tegenprestatie voor de betrokken dienst vormt, welke tegenprestatie gewoonlijk door de dienstverrichter en degene te wiens behoeve de dienst wordt verricht, in onderling overleg wordt vastgesteld”<sup>183</sup>. In het arrest *Freskot* oordeelde het Hof op grond hiervan dat de bijdragen die Griekse landbouwers moeten betalen aan een Griekse openbare instelling voor landbouwverzekeringen uit hoofde van een verplichte verze-

kering geen economische tegenprestatie voor de dienstverrichtingen van deze instelling vormen: deze bijdragen zijn een door de wetgever opgelegde en gedefinieerde last, die door de belastingdienst wordt geïnd, en de omvang en bijzonderheden van de door de bewuste instelling verrichte diensten worden eveneens door de wetgever vastgesteld. De dienstverrichtingen vormden derhalve geen diensten in de zin van artikel 50 EG<sup>184</sup>. In *Danner* daarentegen oordeelde het Hof dat een vrijwillige pensioenverzekering bij een in een andere Lidstaat gevestigde pensioenverstreker wel degelijk onder het begrip “dienst” valt, aangezien de betaalde premies de economische tegenprestatie vormen voor pensioenen die worden uitgekeerd na de stopzetting van de werkzaamheden en voor de betrokken pensioeninstellingen het karakter van een vergoeding hebben<sup>185</sup>. Ook leasing is een dienst in de zin van dit artikel, aldus het Hof in het arrest *Cura Anlagen*: “Zij bestaat namelijk in een economische dienstverrichting tegen betaling. Aan deze kwalificatie doet niet af dat de verhuurder de huurder in het bezit stelt van goederen, in casu een voertuig, aangezien de levering niet zozeer de goederen zelf als wel het ter beschikking stellen met het oog op het gebruik door de huurder betreft; deze goederen blijven namelijk eigendom van de verhuurder”<sup>186</sup>.

In het arrest *Skandia* herinnerde het Hof eraan dat artikel 50 EG overigens niet vereist dat de dienst wordt betaald door degene te wiens behoeve hij wordt verricht<sup>187</sup>. Dit aspect kwam eveneens terug aan de orde in het arrest *Müller-Fauré* en van *Riet*<sup>188</sup> (*infra*, randnr. 86) m.b.t. medische dienstverzekering in het buitenland en ziektekostenverzekering<sup>189</sup>.

**77.** Uit *Cura Anlagen* blijkt dat de afbakening tussen vrij dienstenverkeer en vrij goederenverkeer niet altijd vanzelfsprekend is. Die problematiek lag ook voor in het arrest *Canal Satélite Digital*, waar de vraag rees of inzake telecommunicatie het goederen- dan wel het dienstenverkeer toepasselijk is. Het Hof herinnerde eraan dat wanneer een maatregel zowel het vrije goederen- als dienstenverkeer beperkt, men slechts onder één van de vrijheden moet analyseren “indien uit de omstandigheden van de zaak blijkt dat een van de vrijheden volledig ondergeschikt is aan de andere en

<sup>181</sup>. Arrest *Carpenter*, r.o. 29.

<sup>182</sup>. Arrest *Carpenter*, r.o. 30, met verwijzing naar arrest van 10 mei 1995, zaak C-384/93, *Alpine Investments*, *Jur.* 1995, I-1141, r.o. 15 en 20-22. Zie de bespreking van deze en andere rechtspraak inzake inroepbaarheid ten opzichte van het thuisland in *Kroniek 1994-1995*, *T.B.H.* 1996, p. 316-318, randnrs. 76-77.

<sup>183</sup>. Arrest van 22 mei 2003, zaak C-355/00, *Freskot*, *Jur.* 2003, I-5263, r.o. 54-55, met o.a. verwijzing naar arrest van 7 december 1993, zaak C-109/92, *Wirth*, *Jur.* 1993, I-6447, r.o. 15, besproken in *Kroniek 1993-1994*, *T.B.H.* 1994, p. 789-790, randnr. 93. Zie tevens in de besproken periode het arrest *Skandia*, aangehaald in voetnoot 168, r.o. 23.

<sup>184</sup>. Arrest *Freskot*, r.o. 56-59.

<sup>185</sup>. Arrest *Danner*, aangehaald in voetnoot 168, r.o. 25-27.

<sup>186</sup>. Arrest van 21 maart 2002, zaak C-451/99, *Cura Anlagen*, *Jur.* 2002, I-3193, r.o. 18. In r.o. 19 merkt het Hof op dat het in een eerdere zaak de verhuur van auto's in de vorm van leasing een dienst in de zin van de Zesde BTW-Richtlijn heeft genoemd.

<sup>187</sup>. Arrest *Skandia*, aangehaald in voetnoot 168, r.o. 24.

<sup>188</sup>. Arrest van 13 mei 2003, zaak C-385/99, *Müller-Fauré* en van *Riet*, *Jur.* 2003, I-4509.

<sup>189</sup>. Zie arrest *Müller-Fauré* en van *Riet*, r.o. 38-39 en r.o. 103: daar merkt het Hof *in fine* op dat “[g]ezien vanuit de vrijheid van dienstverrichting [...] er dus geen onderscheid [kan] worden gemaakt naargelang de patiënt de kosten betaalt en vervolgens om vergoeding daarom verzoekt, dan wel de handelaar rechtstreeks uit de staatskas wordt betaald”.

daarmee kan worden verbonden”<sup>190</sup>. Maar soms is dat niet het geval of is dat toch zeer moeilijk uit te maken. Het Hof gaf toe dat dit zo is op het gebied van telecommunicatie omdat de aspecten goederen- en dienstenverkeer hier nauw met elkaar verbonden zijn: *“De levering van telecommunicatieapparatuur is soms belangrijker dan de ermee verband houdende diensten inzake de installatie ervan of andere dienstverrichtingen. In andere omstandigheden overheerst daarentegen de economische activiteit van het ter beschikking stellen van technische kennis of andere door de betrokken exploitanten verrichte diensten, en zijn de levering van toestellen, apparatuur, aansluitingen of telecommunicatiesystemen voor voorwaardelijke toegang die zij aanbieden of op de markt brengen, slechts bijkomstig”*<sup>191</sup>. In zo’n geval moet men de kwestie van communautaire rechtvaardiging van belemmerende maatregelen gelijktijdig onderzoeken uit het oogpunt van artikel 28 én artikel 49 EG<sup>192</sup>.

**78.** Wat betreft de afbakening van het toepassingsgebied van het vrij verrichten van diensten ten opzichte van de vrijheid van vestiging heeft het Hof tijdens de besproken periode zijn “Gebhard”-rechtspraak bevestigd<sup>193</sup>. De Commissie had Italië voor het Hof gedaagd wegens de eis van een verplichte inschrijving op de Italiaanse lijst van octrooigemachtigden voor octrooigemachtigden die onder het vrije dienstenverkeer opereren. Italië voerde hier o.a. tegen aan dat de activiteit van octrooigemachtigde niet binnen de werkingssfeer van het vrije dienstenverkeer valt omdat zij niet tijdelijk kan worden uitgeoefend in de Lidstaat waar de dienst wordt verleend. Het Hof herinnerde eraan dat het doorslaggevende criterium voor de toepasselijkheid van het dienstenhoofdstuk van het EG-Verdrag op een economische activiteit *“de omstandigheid [is] dat de betrokkene niet duurzaam deelneemt aan het economisch leven van de ontvangende Lidstaat”*. Het tijdelijk karakter van de uitoefening van een werkzaamheid in de Lidstaat van ontvangst moet *“niet alleen aan de hand van de duur van de dienst [...] worden beoordeeld, doch tevens aan de hand van de frequentie, de periodiciteit of de continuïteit ervan”*<sup>194</sup>. Hoewel de vertegenwoordiging voor een nationaal octrooibureau een aantal verrichtingen omvat die zich uitstrekken in de tijd, moet dit volgens het Hof nog niet noodzakelijk als een duurzame deelname aan het economisch leven van de ontvangende Lidstaat worden beschouwd; de activiteit van octrooigemachtigde kan – zeker als men erop beroep doet voor één

of meer specifieke handelingen – binnen de werkingssfeer van het vrije dienstenverkeer vallen<sup>195</sup>.

De Gebhard-rechtspraak maakt het ook mogelijk dat een dienstverrichter er in de Lidstaat van ontvangst een zekere infrastructuur op nahoudt, zoals een bureau, een kantoor of een kabinet, wanneer die infrastructuur noodzakelijk is om de betrokken dienst te kunnen verrichten. Italië werd hieraan tot tweemaal toe herinnerd: het had tot voor kort wetgeving die een algemeen verbod inhield voor een in een andere Lidstaat gevestigd advocaat of architect om in Italië een kantoor, nevenvestiging of vaste infrastructuur in te richten<sup>196</sup>.

## B. Draagwijdte

### 1. Discriminatieverbod

**79.** Artikel 49 EG behelst in de eerste plaats een verbod van discriminatie van buitenlandse dienstverrichters op grond van hun nationaliteit, woon- of vestigingsplaats. Voor de besproken periode wordt dit geïllustreerd door een inbreukprocedure tegen Italië waarin deze Lidstaat werd veroordeeld omdat de plaatselijke of gedecentraliseerde overheden discriminerende tariefvoordelen voorbehielden aan Italiaanse 60-plussers voor de toegang tot musea, monumenten, galerijen, archeologische vondsten en beschermde parken en tuinen<sup>197</sup>. In Finalarte achtte het Hof het een met artikel 49 EG onverenigbare ongelijke behandeling dat Duitsland zijn regeling inzake vakantie met behoud van loon toepast op alle in andere Lidstaten gevestigde ondernemingen die op Duits grondgebied diensten verrichten in de bouwsector, terwijl in Duitsland gevestigde bedrijven die slechts voor een deel in de bouwsector actief zijn, alleen onder de betrokken collectieve arbeidsovereenkomsten vallen indien de totale arbeidstijd van hun in de bouwsector actieve werknemers groter is dan de totale arbeidstijd van de in een andere sector werkzame werknemers<sup>198</sup>. Ook in Portuguesa Construções lag een dergelijke met artikel 49 EG onverenigbare ongelijke behandeling voor, aangezien nationale werkgevers een lager loon konden toekennen dan het in een CAO neergelegde minimumloon door een collectief ondernemingsakkoord te sluiten, terwijl een in een andere Lidstaat gevestigde werkgever dat niet kon<sup>199</sup>.

<sup>190</sup>. Arrest *Canal Satélite Digital*, aangehaald in voetnoot 42, r.o. 31, met verwijzing naar arrest van 24 maart 1994, zaak C-275/92, *Schindler*, *Jur.* 1994, I-1039, r.o. 22, besproken in *Kroniek 1993-1994*, T.B.H. 1994, p. 791, randnr. 95.

<sup>191</sup>. Arrest *Canal Satélite Digital*, r.o. 32.

<sup>192</sup>. *Canal Satélite Digital*, r.o. 33.

<sup>193</sup>. Arrest van 30 november 1995, zaak C-55/94, *Gebhard*, *Jur.* 1995, I-4165, besproken in *Kroniek 1994-1995*, T.B.H. 1996, p. 310-313, randnrs. 68-70.

<sup>194</sup>. Arrest van 13 februari 2003, zaak C-131/01, *Commissie/Italië*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, r.o. 22-23.

<sup>195</sup>. Arrest *Commissie/Italië*, r.o. 24-25.

<sup>196</sup>. Arresten in zaak C-145/99, *Commissie/Italië*, aangehaald in voetnoot 134, r.o. 22-23; zaak C-298/99, *Commissie/Italië*, aangehaald in voetnoot 133, r.o. 56-57.

<sup>197</sup>. Arrest van 16 januari 2003, zaak C-388/01, *Commissie/Italië*, *Jur.* 2003, I-721.

<sup>198</sup>. Arrest van 25 oktober 2001, gevoegde zaken C-49/98, C-50/98, C-52/98, tot C-54/98 en C-68/98 tot C-71/98, *Finalarte*, *Jur.* 2001, I-7831, r.o. 81-83.

<sup>199</sup>. Arrest *Portugaia Construções*, r.o. 34-35.

**80.** Het communautaire discriminatieverbod behelst, zoals bekend, ook een verbod van indirecte discriminaties. Een illustratie daarvan biedt het arrest *Gerritse*<sup>200</sup>. Het Hof kreeg o.m. de vraag voorgelegd naar de verenigbaarheid met artikel 49 EG van de Duitse fiscale bepaling krachtens welke in algemene regel bij de belastingheffing van niet-ingezetenen rekening wordt gehouden met de onzuivere inkomsten zonder aftrek van beroepskosten, terwijl ingezetenen worden belast naar hun zuivere inkomsten na aftrek van hun beroepskosten. Het geval van *Gerritse*, een Nederlandse (en in Nederland ook woonachtige) drummer die voor een drumoptreden in Berlijn Duitse inkomsten had verworven, illustreerde de negatieve effecten van deze regel: kunstenaars die op tournee zijn hebben in het algemeen zeer hoge beroepskosten. Het Hof oordeelde dat deze beroepskosten rechtstreeks verband houden met de activiteit waardoor in Duitsland belastbare inkomsten zijn verworven, zodat ingezetenen en niet-ingezetenen in dat opzicht in een vergelijkbare situatie verkeren. Aangezien de regeling hoofdzakelijk onderdanen van andere Lidstaten benadeelde en in afwezigheid van enig nauwkeurig argument ter rechtvaardiging van deze ongelijke behandeling, concludeerde het Hof dat hier een met artikel 49 EG strijdige discriminatie voorligt<sup>201</sup>. Het kwam niet helemaal tot dezelfde conclusie m.b.t. de vraag naar de geoorloofdheid van de definitieve broninhouding van 25% jegens niet-ingezetenen, waar inkomsten van ingezetenen worden belast volgens een progressief tarief met toepassing van een belastingvrije som. Het Hof achtte het gerechtvaardigd dat het voordeel van de belastingvrije som wordt voorbehouden aan personen die het voornaamste deel van hun belastbare inkomsten in de Staat van belastingheffing hebben verworven, omdat dit voordeel een sociaal doel beoogt, nl. het waarborgen van een bestaansminimum volledig vrij van inkomstenbelasting<sup>202</sup>. Anderzijds echter stelde het vast dat door het Nederlands-Duitse dubbelbelastingverdrag niet-ingezetenen en ingezetenen wat betreft de progressieregel in een vergelijkbare situatie verkeren; toepassing van een hoger belastingtarief voor eerstgenoemden zou ook hier derhalve een verboden indirecte discriminatie opleveren<sup>203</sup>.

**81.** Een andere illustratie van een in feite discriminerende maatregel biedt het arrest *De Coster*<sup>204</sup>. De gemeente Watermaal-Bosvoorde had in haar belastingreglement een belas-

ting op schotelantennes ingevoerd. Gelet op het beperkt aantal vreemde omroepen die via de kabel worden doorgegeven, oordeelde het Hof dat deze belasting voor de te Watermaal-Bosvoorde gevestigde bestemmingen van televisie-uitzendingen de toegang tot omroepen uit andere Lidstaten onaantrekkelijk maakte aangezien op de ontvangst van deze uitzendingen aldus een last drukte die niet drukte op uitzendingen van in België gevestigde omroeporganisaties<sup>205</sup>. Het resultaat was dat de betrokken belasting “*de Belgische nationale markt alsmede het omroepbedrijf en de kabelexploïtatie binnen deze Lidstaat een bijzonder voordeel oplevert*”<sup>206</sup>. Het verweer van Watermaal-Bosvoorde dat zij de ongecontroleerde toename van dergelijke antennes wilde tegengaan en aldus de kwaliteit van het milieu wilde bewaren, kon het Hof niet vermurwen: de belasting ging verder dan nodig om dit doel te bereiken, nu minder restrictieve maatregelen (bv. regeling inzake grootte en plaats of wijze van opstelling van antennes) mogelijk bleken<sup>207</sup>.

## 2. Verbod van niet-discriminerende beperkingen

**82.** Talrijker nog dan de discriminerende beperkingen zijn de niet-discriminerende hinderpalen voor het vrij verrichten van diensten binnen de EU. De rechtspraak getuigt van de grote diversiteit van dergelijke belemmeringen. Als algemeen referentiekader stelt het Hof voorop dat artikel 49 (*ex art. 59*) EG, “*niet alleen de afschaffing [verlangt] van iedere discriminatie van de in een andere Lidstaat gevestigde dienstverrichter op grond van diens nationaliteit, maar tevens de opheffing van iedere beperking, ook indien deze zonder onderscheid geldt voor binnenlandse dienstverrichters en dienstverrichters uit andere Lidstaten, wanneer deze de werkzaamheden van de dienstverrichter die in een andere Lidstaat is gevestigd en aldaar rechtmatig gelijksoortige diensten verricht, verbiedt, belemmert of minder aantrekkelijk maakt*”<sup>208</sup> en dat “*de vrijheid van dienstverrichting als grondbeginsel van het Verdrag slechts kan worden beperkt door regelingen die hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, die gelden voor iedere persoon of onderneming die op het grondgebied van de betrokken Staat werkzaam is, voor zover dit belang niet wordt gewaarborgd door de regels waaraan de dienstverrichter is onderworpen in de Lidstaat waar hij is geves-*

<sup>200.</sup> Arrest van 12 juni 2003, zaak C-234/01, *Gerritse*, *Jur.* 2003, I-5933.

<sup>201.</sup> Arrest *Gerritse*, r.o. 28-29.

<sup>202.</sup> Arrest *Gerritse*, r.o. 48.

<sup>203.</sup> Arrest *Gerritse*, r.o. 50-53, met vervolgens opdracht in r.o. 54 aan de nationale rechter om na te gaan of het op de inkomsten van *Gerritse* toegepaste tarief van 25% hoger is dan het percentage dat uit de toepassing van het progressief tarief zou volgen.

<sup>204.</sup> Arrest van 29 november 2001, zaak C-17/00, *De Coster*, *Jur.* 2001, I-9445. Zie P. WENNERAS, “The *De Coster* Case: Reflections on Tax and Proportionality”, *L.I.E.I.* 2002, 219-230.

<sup>205.</sup> Arrest *De Coster*, r.o. 33.

<sup>206.</sup> Arrest *De Coster*, r.o. 35.

<sup>207.</sup> Arrest *De Coster*, r.o. 36-38.

<sup>208.</sup> Vaste rechtspraak, zoals in de besproken periode met verwijzing naar talrijke andere arresten bevestigd in arresten *Finalarte*, aangehaald in vorige voetnoot, r.o. 28; *De Coster*, aangehaald in voetnoot 204, r.o. 29; 24 januari 2002, zaak C-164/99, *Portugaia Construções*, *Jur.* 2002, I-787, r.o. 16; zaak C-131/01, *Commissie/Italië*, aangehaald in voetnoot 194, r.o. 26.

tigd”<sup>209</sup>. Bovendien moet “[d]e toepassing van de nationale regelingen van een Lidstaat op de in een andere Lidstaat gevestigde dienstverrichters [...] geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en mag niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel”<sup>210</sup>.

**83.** Het blijft verwonderen dat er nog zoveel zaken zijn waarin de Lidstaten het vrije dienstenverkeer belemmeren d.m.v. een vestigingseis. Het is immers al lang vaste rechtspraak dat “het vereiste van een vaste inrichting in feite de ontkenning [is] van de fundamentele vrijheid van dienstverrichting, aangezien het ertoe leidt, dat ieder nuttig effect wordt ontnomen aan artikel [49] van het Verdrag, dat juist strekt tot opheffing van de beperkingen op het vrij verrichten van diensten door personen die niet zijn gevestigd in de Staat waar de dienst moet worden verricht. Wil een dergelijk vereiste aanvaardbaar zijn, dan moet vaststaan dat het onmisbaar is om het beoogde doel te bereiken”<sup>211</sup>. Het Hof is slechts uitzonderlijk bereid om deze onmisbaarheid te aanvaarden. Het aanvaardde ze alvast niet ten aanzien van een Duitse en Italiaanse vestigingseis voor ondernemingen die arbeidskrachten ter beschikking stellen, aangezien die eis verder gaat dan noodzakelijk is voor de sociale bescherming van de werknemers<sup>212</sup>. Ook andere “aanknopings”-eisen zoals een voorwaarde van verplichte verblijfplaats of beroepswoonplaats<sup>213</sup> en een eis van woonplaatskeuze<sup>214</sup> kenden in de ogen van het Hof geen genade.

**84.** Heel wat zaken waarin belemmeringen op het vrije dienstenverkeer voorlagen, werden door het Hof op hun rechtvaardiging en proportionaliteit getoetst tijdens de besproken periode. Zo bevond het Hof een verplichte storting van een borgsom als voorafgaande voorwaarde voor het verkrijgen van een vergunning om in Italië tijdelijke arbeidskrachten ter beschikking te stellen disproportioneel omdat deze voorwaarde uitsloot dat “rekening wordt gehouden met qua doelstelling vergelijkbare verplichtingen waaraan de dienstverrichter reeds is onderworpen in de Lidstaat waar hij is gevestigd”<sup>215</sup>. Een nuttige explicitering van het evenredigheidsbeginsel vindt men tevens in Canal Satélite Digital, i.v.m. het veelvoud aan Spaanse eisen (met inbegrip van een registratieplicht) voor het in de handel brengen van apparatuur voor satellietuitzendingen:

“– wil een stelsel van voorafgaande administratieve goedkeuring gerechtvaardigd zijn, hoewel

het een afwijking vormt van een fundamentele vrijheid, moet het in ieder geval zijn gebaseerd op objectieve criteria, die niet-discriminatoir en vooraf bekend zijn; aldus worden grenzen gesteld aan de uitoefening van de beoordelingsvrijheid van de nationale autoriteiten en wordt willekeur daarbij voorkomen;

– een door een Lidstaat ingevoerde maatregel die eigenlijk slechts een herhaling is van de controles die reeds in het kader van andere procedures in dezelfde of in een andere Lidstaat zijn verricht, kan niet worden beschouwd als noodzakelijk voor het bereiken van het nagestreefde doel;

– een procedure van voorafgaande goedkeuring zou enkel nodig zijn, indien een controle a posteriori moet worden geacht te laat te komen om werkelijk efficiënt te kunnen zijn en het nagestreefde doel te kunnen bereiken;

– een procedure van voorafgaande goedkeuring is niet in overeenstemming met de fundamentele beginselen van vrij verkeer van goederen en vrijheid van dienstverrichting, indien zij de betrokken marktdeelnemers vanwege haar duur en de onevenredige kosten die zij met zich brengt, van de voortzetting van hun project kan doen afzien”<sup>216</sup>.

**85.** Op het gebied van het dienstenverkeer zal de noodzakelijkheidstest vaak mede bestaan uit het verbod van dubbele controles/normstelling. Het is vaste rechtspraak dat beperkingen op het vrije dienstenverkeer slechts mogelijk zijn indien zij gerechtvaardigd worden door dwingende redenen van algemeen belang, de maatregelen zonder onderscheid van toepassing zijn én “voorzover dit belang niet wordt gewaarborgd door de regels waaraan de dienstverrichter is onderworpen in de Lidstaat waar hij is gevestigd”<sup>217</sup>. De problematiek van dubbele normstelling komt sterk tot uiting in de zaken over de detachering van werknemers. In Finalarte lag de vraag voor naar de toepasselijkheid van verscheidene socialebeschermingsregels op in Duitsland door buitenlandse bedrijven gedetacheerde werknemers, zoals het gerechtigd zijn op vakantie met behoud van loon. De verwijzende rechter had opgemerkt dat de Duitse wetgeving uitdrukkelijk tot doel heeft Duitse bouwondernemingen te beschermen tegen de stijgende concurrentiedruk vanwege buitenlandse dienstverrichters. Ook in Portugaia Construções had de Duitse verwijzende rechter dit gegeven

<sup>209</sup>. Zie, met verwijzing naar eerdere rechtspraak, arresten in zaak C-131/01, *Commissie/Italië*, r.o. 28; zaak C-279/00, *Commissie/Italië*, r.o. 33.

<sup>210</sup>. Arresten *Finalarte*, r.o. 32; *Portugaia Construções*, r.o. 19.

<sup>211</sup>. Arrest in zaak C-493/99, *Commissie/Duitsland*, aangehaald in voetnoot 110, r.o. 19. Zie tevens arrest van 7 februari 2002, zaak C-279/00, *Commissie/Italië*, *Jur.* 2002, I-1425, r.o. 18.

<sup>212</sup>. Arresten in zaak C-493/99, *Commissie/Duitsland*, r.o. 22-23, zaak C-279/00, *Commissie/Italië*, r.o. 20-25.

<sup>213</sup>. Arrest in zaak C-131/01, *Commissie/Italië*, aangehaald in voetnoot 194, r.o. 42-46.

<sup>214</sup>. Arrest van 6 maart 2003, zaak C-478/01, *Commissie/Luxemburg*, *Jur.* 2003, I-2351, r.o. 18-19.

<sup>215</sup>. Arrest in zaak C-279/00, *Commissie/Italië*, r.o. 34.

<sup>216</sup>. Arrest *Canal Satélite Digital*, r.o. 43 en punt 2 *dictum*.

<sup>217</sup>. Arresten *Finalarte*, r.o. 31, en *Portugaia Construções*, r.o. 19, telkens, met verwijzing naar eerdere rechtspraak.

expliciet in zijn vraagstelling betrokken. Een dergelijk economisch oogmerk levert natuurlijk, conform vaste rechtspraak, geen rechtvaardigingsgrond op; echter, ofschoon de bedoeling van de wetgever een aanwijzing kan vormen voor het nagestreefde doel, acht het Hof die bedoeling “op zich niet beslissend” al kan zij wel “leiden tot een meer omstandig onderzoek van de voordelen die door de door hem genomen maatregelen aan de werknemers zouden zijn verleend”<sup>218</sup>. Het Hof droeg de nationale rechter op na te gaan of deze regeling objectief de bescherming van gedetacheerde werknemers bevordert en hen een reële aanvullende sociale bescherming verleent<sup>219</sup>. Een dergelijk onderzoek moet met name rekening houden met de bescherming inzake vakantiegeld die de werknemers reeds krachtens de regeling van de Lidstaat van vestiging van hun werkgever genieten<sup>220</sup>. Finalarte is interessant omdat het Hof vervolgens bovendien de nationale rechter opdraagt een evenredigheidstest *sensu stricto* door te voeren: De rechter moet oordelen of de regeling, rekening houdend met alle relevante elementen, evenredig is ten opzichte van de verwezenlijking van het (per hypothese gerechtvaardigde) doel: “Daarvoor moet een afweging worden gemaakt tussen enerzijds de administratieve en economische lasten die krachtens die regeling op de dienstverrichter drukken, en anderzijds de extra sociale bescherming die daarmee aan de werknemers wordt verleend in vergelijking met de door de regeling van de Lidstaat van vestiging van hun werkgever geboden waarborgen”<sup>221</sup>.

**86.** In sommige sectoren is de rechtspraak van het Hof voorzichtiger dan in andere. Dit geldt met name voor de problematiek van grensoverschrijdende medische dienstverstrekingen en de vraag naar vergoeding daarvan door ziekenfondsen van de thuisstaat van de patiënt. Het arrest Müller-Fauré en van Riet<sup>222</sup> vormt in dat opzicht een vervolg op het in de vorige aflevering van deze Kroniek besproken arrest Smits en Peerbooms<sup>223</sup>. Het belang van de problematiek blijkt alleen al uit het feit dat maar liefst twaalf regeringen schriftelijke opmerkingen in deze zaak indienden. Na een omstandige analyse komt het Hof, voortbouwend op Smits en Peerbooms, tot de conclusie dat de artikelen 49 en 50 EG zich niet verzetten tegen de Nederlandse wettelijke

regeling die enerzijds de vergoeding van zorg verleent in een ziekenhuis (d.w.z. *intramurale* behandeling) in een andere dan de Lidstaat van vestiging van het ziekenfonds waar de verzekerde staat ingeschreven, en door een zorgverstreker waarmee dit ziekenfonds geen overeenkomst heeft gesloten, afhankelijk stelt van de voorafgaande toestemming van dit ziekenfonds, en anderzijds voor deze toestemming als voorwaarde stelt dat deze voor de medische behandeling van de verzekerde vereist is. Echter, de toestemming mag alleen op deze grond worden geweigerd wanneer bij een instelling waarmee het ziekenfonds een overeenkomst heeft gesloten, tijdig een identieke of voor de patiënt even doeltreffende behandeling kan worden verkregen<sup>224</sup>. Daarentegen oordeelde het Hof dat de artikelen 49 en 50 EG zich wel verzetten tegen de Nederlandse regeling, voorzover daarin de vergoeding van onder de hogergenoemde omstandigheden in een andere Lidstaat verleende *extramurale* zorg afhankelijk wordt gesteld van de voorafgaande toestemming van dit ziekenfonds: het Hof was niet overtuigd dat het schrappen van dit vereiste van voorafgaande toestemming de wezenlijke kenmerken van het Nederlandse stelsel van ziektekostenverzekering zou aantasten<sup>225</sup>.

## C. Financiële diensten

**87.** Op het domein van de financiële diensten zijn er in de besproken periode verscheidene arresten geweest. Een aantal daarvan betreft de uitlegging van richtlijnen, andere betreffen de uitlegging van de verdragsbepalingen inzake diensten- en kapitaalverkeer. In de eerste categorie bevinden zich arresten als *Axa Royale Belge*<sup>226</sup> en een niet-nakomingszaak tegen Italië<sup>227,228</sup>; in de tweede categorie de arresten *Danner*<sup>229</sup>, *Der Weduwe*<sup>230</sup> en *Skandia*<sup>231</sup>.

**88.** *Axa Royale Belge* gaat voort op een prejudiciële vraag van het Hof van Beroep te Brussel. Artikel 4, lid 2, *sub b*, van het K.B. van 17 december 1992 betreffende de levensverzekeringsactiviteit, aangenomen ter omzetting van de Europese richtlijnen op dit vlak, bepaalt dat het voorstel of,

<sup>218</sup>. Arresten *Finalarte*, r.o. 39-40 en 42; *Portugaia Construções*, r.o. 26-27 en 29.

<sup>219</sup>. Arresten *Finalarte*, r.o. 40-45; *Portugaia Construções*, r.o. 28-29.

<sup>220</sup>. Arrest *Finalarte*, r.o. 45.

<sup>221</sup>. Arrest *Finalarte*, r.o. 50, met verdere uitwijding en zelfs tips voor minder belastende alternatieven in r.o. 51-52.

<sup>222</sup>. Aangehaald in voetnoot 188.

<sup>223</sup>. Arrest van 12 juli 2001, zaak C-157/99, *Smits en Peerboom*, *Jur.* 2001, I-5473, besproken in *Kroniek 1999-2001*, *T.B.H.* 2002, p. 533, randnr. 65 en p. 537, randnr. 73.

<sup>224</sup>. Het Hof preciseert andermaal de factoren waarmee de nationale autoriteiten moeten rekening houden om dit tijdig karakter van de behandeling na te gaan: r.o. 90, met verwijzing naar arrest *Smits en Peerbooms*, r.o. 104.

<sup>225</sup>. Arrest *Müller-Fauré en van Riet*, r.o. 108.

<sup>226</sup>. Arrest van 5 maart 2002, zaak C-386/00, *Axa Royale Belge*, *Jur.* 2002, I-2209, o.m. geannoteerd door J.-P. HORDIES, *Euredia* 2001-02, 686-694.

<sup>227</sup>. Arrest van 25 februari 2003, zaak C-59/01, *Commissie/Italië*, *Jur.* 2003, I-1759.

<sup>228</sup>. Melding kan ook worden gedaan van het arrest van 21 november 2002, zaak C-356/00, *Testa*, *Jur.* 2002, I-10797. Dit arrest betreft de uitlegging van het begrip “beheer van beleggingsportefeuilles” in deel A, punt 3, van de bijlage van de Beleggingsdienstenrichtlijn, d.i. Richtlijn 93/22/EEG van de Raad van 10 mei 1993 betreffende het verrichten van diensten op het gebied van beleggingen in effecten (*PB.* 1993, L. 141, 27).

<sup>229</sup>. Aangehaald in voetnoot 168.

<sup>230</sup>. Arrest van 10 december 2002, zaak C-153/00, *Der Weduwe*, *Jur.* 2002, I-11319; zie annotatie H. DE WULF, *T.B.H.* 2003, 181-182.

<sup>231</sup>. Aangehaald in voetnoot 168.

bij gebrek aan voorstel, de verzekeringspolis de verzekeringnemer moet meedelen dat de opzegging, reductie of afkoop van een lopende levensverzekeringsovereenkomst met het oog op het onderschrijven van een andere levensverzekering doorgaans nadelig is voor de verzekeringnemer. Axa Royale Belge had onder de Wet Handelspraktijken een vordering tot staking ingesteld om een andere vennootschap, Stratégie Finance, te gelasten niet langer deze verplichte vermelding achterwege te laten in haar levensverzekeringsvoorstellen. Alvorens definitief uitspraak te doen, wenste het Hof van Beroep te vernemen of de voornoemde bepaling verenigbaar was met de Derde Levensverzekeringsrichtlijn<sup>232</sup> en haar doelstellingen. Het antwoord van het Hof is ontkennend. Uit het stelsel van deze richtlijn en meer bepaald uit artikel 31, lid 3, ervan, blijkt dat de aanvullende gegevens die de Lidstaten verplicht kunnen stellen (zoals de gegevens waarop art. 4, lid 2, van het K.B. doelt), “*duidelijk en nauwkeurig moeten zijn en nodig dienen te zijn voor een goed begrip van de wezenlijke bestanddelen van de aan de verzekeringnemer aangeboden verzekeringsproducten*”<sup>233</sup>. De waarschuwing waartoe de voornoemde bepaling verplicht, is “*dermate algemeen en vaag, dat zij weinig geschikt is om de verzekeringnemer voor te lichten over de te maken keuze, en omdat enkel wordt verwezen naar de nadelen van een opzegging, reductie of afkoop, kan het resultaat veeleer zijn dat de verzekeringnemer ervan wordt weerhouden een lopende overeenkomst te beëindigen, terwijl het in werkelijkheid voordelig zou kunnen zijn een nieuwe overeenkomst te sluiten*”<sup>234</sup>. Zij kan bijgevolg niet worden beschouwd als een aanvullend gegeven in de zin van artikel 31, lid 3, van de Derde Levensverzekeringsrichtlijn<sup>235</sup>.

**89.** Een andere verzekeringszaak betrof de schending door Italië van de Derde Schadeverzekeringsrichtlijn<sup>236</sup> doordat deze Lidstaat er een systeem op nahield tot bevrozing van de tarieven voor alle contracten voor wettelijke-aansprakelijkheidsverzekering voor motorrijtuigen. Het Hof volgde de argumentatie van de Commissie dat dit systeem inging tegen de liberalisatie van de verzekeringsmarkt door de voornoemde richtlijn. Uit de preambule en bepalingen van de richtlijn leidde het Hof af dat “*het duidelijk de bedoeling van de communautaire wetgever is geweest, het beginsel van tariefvrijheid te waarborgen in de schadeverzekeringsbranche, met inbegrip van de verplichte verzekering als de wettelijke-aansprakelijkheidsverzekering voor motorvoertui-*

*gen. Dit beginsel impliceert een verbod op ieder stelsel van voorafgaande of systematische mededeling en goedkeuring van de tarieven die een verzekeringsmaatschappij voornemens is in haar betrekkingen met de verzekeringnemers te hanteren. De enige afwijking van dit beginsel die Richtlijn 92/49 toelaat, betreft de voorafgaande mededeling en de goedkeuring van tariefverhogingen in het kader van een algemeen prijscontrolesysteem*”<sup>237</sup>. Het Italiaanse verweer dat het hier om een wettelijke bepaling van “algemeen belang” in de zin van artikel 28 van de Richtlijn ging, ving bot: die bepaling kan de nuttige werking van de bepalingen van de Richtlijn inzake tariefvrijheid niet wegnemen en het in die bepaling genoemde algemeen belang kan niet worden ingeroepen ter rechtvaardiging van nationale bepalingen die inbreuk maken op het beginsel van de tariefvrijheid. Evenmin aanvaardde het Hof dat de Italiaanse regeling deel uitmaakte van een algemeen prijscontrolesysteem: dit veronderstelt dat de constituerende elementen een dwingend karakter hebben en een zekere mate van algemeenheid en homogeniteit, waarvan bij de litigieuze tariefregeling geen sprake was<sup>238</sup>.

**90.** Danner betrof de verenigbaarheid met het vrije dienstenverkeer van de weigering door de Finse fiscus om verzekeringspremies die de betrokkene aan door Duitse instellingen beheerde pensioenverzekeringssystemen had betaald, volledig aftrekbaar te maken, terwijl de premies betaald aan door Finse instellingen beheerde pensioenverzekeringssystemen volledig resp. gedeeltelijk aftrekbaar waren. De analyse van het Hof volgt het patroon van de andere fiscale arresten in de besproken periode: het Hof stelt een beperking van het vrije dienstenverkeer vast en oordeelt dat het “Bachmann”-verweer van de Finse regering niet opgaat wegens de afwezigheid van een rechtstreeks verband tussen de aftrekbaarheid van de verzekeringspremies en de heffing van belasting over de door de verzekeraar betaalde pensioenen. Het Hof erkent weliswaar de noodzaak om doeltreffende fiscale controles te waarborgen maar besluit, o.a. verwijzend naar de Fiscale Samenwerkingsrichtlijn 77/799/EEG, dat deze doeltreffendheid kan worden verzekerd met middelen die het vrij verrichten van diensten minder beperken dan de litigieuze Finse regeling. Ten slotte herhaalt het Hof zijn rechtspraak dat de noodzaak om lagere belastinginkomsten te voorkomen niet één van de in artikel 46 EG genoemde rechtvaardigingsgronden is en evenmin een dwingende reden van algemeen belang<sup>239</sup>.

<sup>232</sup> Richtlijn 92/96/EEG van de Raad van 10 november 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe levensverzekeringsbedrijf en tot wijziging van Richtlijnen 79/267/EEG en 90/619/EEG, zoals herhaaldelijk gewijzigd (PB. 1992, L. 360, 1).

<sup>233</sup> Arrest *Axa Royale Belge*, r.o. 24.

<sup>234</sup> Arrest *Axa Royale Belge*, r.o. 27.

<sup>235</sup> Arrest *Axa Royale Belge*, r.o. 30.

<sup>236</sup> Richtlijn 92/49/EEG van de Raad van 18 juni 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, en houdende wijziging van Richtlijnen 73/239/EEG en 88/357/EEG, zoals herhaaldelijk gewijzigd (PB. 1992, L. 228, 1).

<sup>237</sup> Arrest in zaak C-59/01, *Commissie/Italië*, r.o. 29.

<sup>238</sup> Arrest in zaak C-59/01, *Commissie/Italië*, r.o. 30-38.

<sup>239</sup> Arrest *Danner*, r.o. 32-56. Voor een nadere bespreking, zie o.m. A. CORDEWENER, *C.M.L. Rev.* 2003, 965-981; V. DE BRABANTER, *EC Tax Review* 2003, 167-172; G. GIESELINK, Y. STEVENS en B. VAN BUGGENHOUT, “Fiscale aftrekbaarheid van grensoverschrijdende pensioenpremies. Een stand van zaken na het arrest-Danner”, *R.W.* 2002-03, 1613-1620.

Dit laatste blijft o.i. moeilijk te rijmen met de grote moeite die het Hof zich getroost om het financieel evenwicht van de sociale zekerheid te vrijwaren (zie bv. het arrest Müller-Fauré en van Riet, *supra*, randnr. 85). Een analoge redenering, verwerping van rechtvaardigingsgronden (met één enkele extra verworpen grond, nl. een wat obscuur argument betreffende het behoud van de neutraliteit van de mededinging) en afloop als in Danner kent het arrest Skandia inzake de niet-afrekbaarheid, onder de Zweedse belastingwetgeving, van levensverzekeringspremies betaald aan buitenlandse verzekeringsmaatschappijen.

91. In de zaak Der Weduwe heeft het Hof zich op een wel zeer pragmatische wijze afgebracht van een netelig vraagstuk. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Turnhout had prejudiciële vragen voorgelegd inzake de verenigbaarheid met

artikel 49 EG van een Belgische bepaling op grond waarvan werknemers van een buitenlandse (*in casu* Luxemburgse) kredietinstelling die in België actief is via het vrije dienstenverkeer, onder bedreiging met strafsancities verplicht zijn te getuigen in strafzaken (lees: een zaak van fiscale fraude), resp. inzake de verenigbaarheid met dit verdragsartikel van de Luxemburgse wetgeving inzake het bankgeheim die ook extraterritoriaal zou doorwerken en aldus een belemmering zou vormen voor het verzamelen van bewijsmateriaal in een zaak van fiscale fraude die tot stand kwam in een situatie van vrij dienstenverkeer en een ongelijke behandeling zou veroorzaken van banken en cliënten naar gelang van hun nationaliteit en plaats van vestiging. Het Hof van Justitie wist rond deze hete brei om te gaan door de vraagstelling van de Turnhoutse rechter van hypothetische aard te verklaren en het verzoek niet-ontvankelijk te verklaren.

#### IV. VRIJ KAPITAALVERKEER

92. Het vrije kapitaalverkeer is reeds enige tijd in opmars als autonome verdragsvrijheid, al heeft het Hof zich gedurende lange tijd terughoudend opgesteld in zijn uitlegging van de verdragsartikelen terzake. In de besproken periode waren vooral de zaken over geprivatiseerde ondernemingen spraakmakend<sup>240</sup>. Het gaat om maar liefst 5 arresten in niet-nakomingsprocedures tegen evenzoveel Lidstaten (op 4 juni 2002: zaken tegen België, Frankrijk en Portugal; op 13 mei 2003: Spanje en Verenigd Koninkrijk)<sup>241</sup>. Alvorens hier op in te gaan, valt het arrest Reisch<sup>242</sup> te vermelden. De zaak ligt in het verlengde van het arrest Konle<sup>243</sup>. Aan de orde was de verenigbaarheid met artikel 56 EG van een wet van de Oostenrijkse deelstaat Salzburg die een kennisgevings- en vergunningsprocedure oplegt voor al wie bouwgrond in die

deelstaat wenst te verkrijgen. Het Hof bevestigt dat de uitoefening van het recht om op het grondgebied van een andere Lidstaat onroerend goed te verkrijgen, te exploiteren en te vervreemden het noodzakelijk complement op de vrijheid van vestiging is en dat het hier gaat om “kapitaalverkeer” in de zin van artikel 56 EG<sup>244</sup>. Ten aanzien van de Salzburgse wetgeving (die geen verschil maakt tussen Oostenrijkse verkrijgers en in andere Lidstaten wonende personen) oordeelt het Hof, conform Konle, dat de formaliteit van de voorafgaande verklaring – zelfs nu zij gepaard gaat met een strafrechtelijke sanctie en een specifieke nietigheidssanctie – verenigbaar is met het gemeenschapsrecht. Dit is echter niet het geval met de procedure van voorafgaande vergunning, die verder gaat dan noodzakelijk is om de – door het Hof

<sup>240</sup>. Van 30 mei 2002 dateert een arrest in zaak C-516/99, *Schmid*, *Jur.* 2002, I-4573. Het Hof kreeg in deze zaak prejudiciële vragen voorgelegd over de verenigbaarheid met het vrije kapitaalverkeer van de Oostenrijkse fiscale wetgeving, die kapitaalopbrengsten verschillend behandelt al naargelang ze van een nationale of een buitenlandse vennootschap afkomstig zijn. Hoewel het Hof zich onbevoegd verklaarde, is advocaat-generaal Tizzano in zijn conclusie wel uitgebreid op deze problematiek ingegaan, om te concluderen dat de regeling onverenigbaar was met het vrije kapitaalverkeer (I-4575-4592).

<sup>241</sup>. Arresten van 4 juni 2002 in zaken C-367/98, *Commissie/Portugal*, *Jur.* 2002, I-4731, C-483/99, *Commissie/Frankrijk*, *Jur.* 2002, I-4781 en C-503/99, *Commissie/België*, *Jur.* 2002, I-4809; 13 mei 2003 in zaken C-463/00, *Commissie/Spanje*, *Jur.* 2003, I-4581 en C-98/01, *Commissie/Verenigd Koninkrijk*, *Jur.* 2003, I-4641. Deze arresten hebben veel inkt doen vloeien. Zie o.m.: P. CÂMARA, *European Business Organization Law Review* 2002, 503-513; B.J. DRIJBER, *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2002, 237-241; W.F. EBKE en M. TRAUB, *E.W.S.* 2002, 335-338; E. GIPPINI FOURNIER en J.-A. RODRIGUEZ-MIGUEZ, “Actions spécifiques dans les sociétés privatisées: le beurre ou l’argent du beurre”, *Revue du droit de l’Union européenne* 2003/1, 39-86; D. GRISAY, *J.T. dr. eur.* 2002, 238-240; H. KRAUSE, *NjW* 2002, 2747-2751; H. FLEISCHER, *C.M.L. Rev.* 2003, 493-501; V. KRONENBERGER, “The Rise of the ‘Golden’ Age of Free Movement of Capital: A Comment on the *Golden Shares* Judgments of the Court of Justice of the European Communities”, *European Business Organization Law Review* 2003, 115-135; K.J.M. MORTELMANS, *S.E.W.* 2002, 341-347; R. RUGE, *EuZW* 2002, 421-424; J.N. SCHUTTE-VEENSTRA, *Ondernemingsrecht* 2002, 274-276; G.J. VOSSESTEIN, *W.P.N.R.* 2002, 807-812.

<sup>242</sup>. Arrest van 5 maart 2002, gevoegde zaken C-515/99, C-519/99 t.e.m. C-524/99 en C-526/99 t.e.m. C-540/99, *Reisch*, *Jur.* 2002, I-4731.

<sup>243</sup>. Arrest van 1 juni 1999, zaak C-302/97, *Konle*, *Jur.* 1999, I-3099. Zie *Kroniek 1997-1999*, *T.B.H.* 1999, p. 772, nr. 74. Eveneens in het verlengde van *Konle* ligt het arrest van 15 mei 2003, zaak C-300/01, *Salzmann*, *Jur.* 2003, I-4899, dat ook een regeling van een Oostenrijkse deelstaat inzake de verwerving van bouwgrond betreft. Het Hof bevestigde weliswaar dat het redenen van ruimtelijke ordening een doelstelling van algemeen belang acht (het noemt dit onder verwijzing naar *Konle* en *Reisch* zelfs “vaste rechtspraak”: r.o. 44), maar achtte de desbetreffende voorafgaande vergunningsplicht *in casu* niet strikt noodzakelijk ter verwezenlijking van dit doel (r.o. 51).

<sup>244</sup>. Arrest *Reisch*, r.o. 29-30, waar het Hof verwijst naar de nomenclatuur van kapitaalverkeer in bijlage I bij Richtlijn 88/361/EEG, die volgens het Hof haar indicatieve waarde behoudt voor de omschrijving van het begrip kapitaalverkeer. Zie, in dezelfde zin, arresten *Commissie/Portugal*, r.o. 37; *Commissie/Frankrijk*, r.o. 36; *Commissie/België*, r.o. 37; *Commissie/Spanje*, r.o. 52; *Commissie/Verenigd Koninkrijk*, r.o. 39.

legitiem geachte – doelstelling van ruimtelijke ordening te bereiken<sup>245</sup>.

93. De privatiseringsarresten gaan alle over beperkingen op het vrije kapitaalverkeer welke voortvloeien uit nationale wetgeving die het verwerven van deelnemingen in geprivatiseerde binnenlandse ondernemingen aan banden legt. Zoals bekend, heeft de overheid in vele Lidstaten een vorm van invloed trachten te behouden in geprivatiseerde ondernemingen, die veelal behoren tot de openbare nutssector. Het Hof is hier in die zin niet ongevoelig voor gebleven, dat het stevast overweegt dat niet mag “worden voorbijgegaan aan de bezorgdheden die, naar gelang van de omstandigheden, kunnen rechtvaardigen dat de Lidstaten een bepaalde invloed behouden in geprivatiseerde ondernemingen die zich bezighouden met diensten van algemeen of strategisch belang”<sup>246</sup>. Die bezorgdheden kunnen evenwel geen rechtvaardigingsgrond opleveren om met een beroep op nationale eigendomsregelingen in de zin van artikel 295 (ex art. 222) EG de in het EG-Verdrag neergelegde vrijheden te belemmeren door een stelsel van administratieve vergunningen of door voorrechten te geven aan de nationale overheid als aandeelhouder (het zgn. “bijzonder aandeel” of “action spécifique”/“golden share”): dat artikel heeft immers niet tot gevolg dat de nationale regelingen van het eigendomsrecht buiten de werkingssfeer van de fundamentele verdragsbepalingen vallen<sup>247</sup>. Dat de beperkingen op het vrije kapitaalverkeer die uit de desbetreffende nationale regelingen voortvloeien niet-discriminerend van aard zijn, volstaat niet om hen aan de toets van artikel 56 EG te onttrekken, aangezien dit verbod “verder gaat dan het wegwerken van een op de nationaliteit gebaseerde ongelijke behandeling van de marktdeelnemers op de financiële markten”<sup>248</sup>. De vernoemde regelingen kunnen het vrije kapitaalverkeer illusoir maken doordat zij het verwerven van aandelen van de betrokken ondernemingen kunnen blokkeren en investeerders uit andere Lidstaten ervan kunnen weerhouden in die ondernemingen te investeren; zij vormen derhalve een beperking op het vrije kapitaalverkeer die op haar rechtvaardiging moet worden getoetst<sup>249</sup>. Het argument van de Britse regering als zou uit het arrest Keck en Mithouard (*supra*, randnr. 5) voortvloeien dat hier geen belemmering van de

markttoegang voorligt, veegt het Hof van tafel: “*Hoewel de betrokken beperkingen op het gebied van investeringen zonder onderscheid van toepassing zijn op ingezetenen en niet-ingezetenen, moet in casu toch worden vastgesteld dat zij de situatie van de verkrijger van een participatie als dusdanig aantasten en de investeerders uit andere Lidstaten dus afhouden van deze investeringen en derhalve de toegang tot de markt aan voorwaarden onderwerpen*”<sup>250</sup>. Opmerkelijk aan het Britse arrest is ’s Hof’s verwerping van het argument dat *in casu* enkel vennootschapsrechtelijke mechanismen werden gebruikt aangezien de desbetreffende beperkingen in de statuten van de vennootschap BAA – de resultante van de privatisering van de *British Airport Authority* – waren neergelegd: volgens het Hof vloeiden de beperkingen niet voort uit “*een normale toepassing van het vennootschapsrecht*” nu de statuten wettelijk door de *Secretary of State* moesten worden, en waren, goedgekeurd: “*De Lidstaat heeft dus gehandeld in zijn hoedanigheid van overheid*”<sup>251</sup>.

94. De toetssteen waaraan het Hof de belemmeringen op het kapitaalverkeer in de privatiseringszaken onderwerpt, is inmiddels klassiek: “*Het vrije verkeer van kapitaal kan, als fundamenteel beginsel van het Verdrag, slechts worden beperkt door een nationale regeling die gerechtvaardigd is om de in artikel 58, lid 1, EG genoemde redenen of om dwingende redenen van algemeen belang. Bovendien moet de nationale regeling, wil zij gerechtvaardigd zijn, geschikt zijn om de verwezenlijking van het gestelde doel te waarborgen en mag zij niet verder gaan dan hetgeen ter bereiking van dat doel noodzakelijk is, teneinde aan het evenredigheids criterium te voldoen*”<sup>252</sup>. Een aantal rechtvaardigingsgronden komen voor het Hof niet in aanmerking, andere wel. Zo verwerpt het Hof het algemeen financieel belang, doelstellingen van economisch beleid, de keuze van een strategische partner, de versterking van de mededingingsstructuur van de betrokken markt en de modernisering en versterking van de doeltreffendheid van de productiemiddelen<sup>253</sup>. Het spreekt voor zich dat een verwijzing naar vroegere activiteiten zonder dat er vandaag de dag voor de betrokken onderneming een taak van openbare dienstverlening is weggelegd, evenmin volstaat<sup>254</sup>. Het Hof aanvaardt daarentegen wel als

<sup>245</sup>. Arrest *Reisch*, r.o. 34-39. In r.o. 34 aanvaardt het Hof naast ruimtelijke ordening ook overwegingen op het gebied van milieubescherming als legitieme doelstelling van algemeen belang voor niet-discriminerende maatregelen.

<sup>246</sup>. Arresten *Commissie/Portugal*, r.o. 47; *Commissie/Frankrijk*, r.o. 43; *Commissie/België*, r.o. 43; *Commissie/Spanje*, r.o. 66.

<sup>247</sup>. Zie, met verwijzing naar het arrest *Konle* (aangehaald in voetnoot 243), arresten *Commissie/Portugal*, r.o. 48; *Commissie/Frankrijk*, r.o. 44; *Commissie/België*, r.o. 44; *Commissie/Spanje*, r.o. 67.

<sup>248</sup>. Arresten *Commissie/Portugal*, r.o. 44; *Commissie/Frankrijk*, r.o. 40; *Commissie/Verenigd Koninkrijk*, r.o. 43.

<sup>249</sup>. Arresten *Commissie/Portugal*, r.o. 45-46; *Commissie/Frankrijk*, r.o. 41-42; *Commissie/Verenigd Koninkrijk*, r.o. 43.

<sup>250</sup>. Arresten *Commissie/Spanje*, r.o. 61; *Commissie/Verenigd Koninkrijk*, r.o. 47. Het ontmoedigende karakter van een (*in casu* fiscale) regeling voor intracommunautaire kapitaalbewegingen, *in casu* de overdracht van aandelenparticipaties, volstond volgens het Hof in het arrest *X en Y* (aangehaald in voetnoot 165, r.o. 70) om van een beperking van het vrije kapitaalverkeer in de zin van art. 56 EG te spreken.

<sup>251</sup>. Arrest *Commissie/Verenigd Koninkrijk*, r.o. 48. Deze passage doet de vraag rijzen of louter vennootschapsrechtelijke mechanismen – al dan niet met het oog op analoge doelstellingen door de vennootschapswetgever ter beschikking gesteld – aan de toets van art. 56 EG onderworpen zijn.

<sup>252</sup>. Zie, met verwijzing naar o.a. het arrest van 14 maart 2000, zaak C-54/99, *Église de scientologie, Jur.* 2000, I-1335, r.o. 18 (besproken in *Kroniek 1999-2001, T.B.H.* 2002, p. 543-544, randnr. 85): arresten *Commissie/Portugal*, r.o. 49; *Commissie/Frankrijk*, r.o. 45; *Commissie/België*, r.o. 45; *Commissie/Spanje*, r.o. 68.

<sup>253</sup>. Zie arrest *Commissie/Portugal*, r.o. 52.

<sup>254</sup>. Arrest *Commissie/Spanje*, r.o. 70.

rechtvaardigingsgrond het veilig stellen van een minimale energiebevoorrading inzake aardolieproducten, aardgas en elektriciteit alsmede een minimumaanbod van telecommunicatiediensten in geval van crisis (als onderdeel van het begrip “openbare veiligheid” in de zin van art. 58, lid 1, *sub b*, EG)<sup>255</sup>.

95. Al is een rechtvaardigingsgrond voorhanden, de betrokken regeling moet nog steeds een evenredigheidstoetsing doorstaan. De Belgische regeling kon zich handhaven omdat zij op een redelijke wijze voorzorg in de mogelijkheid voor de overheid om de op de Nationale Maatschappij der Pijpleidingen en Distrigas rustende openbare dienstverplichtingen te verzekeren, meer bepaald via een verzetsrecht achteraf (zonder enig vereiste van voorafgaande goedkeuring)

m.b.t. beslissingen over strategische activa, waarvoor bovendien strikte termijnen en een motiveringsplicht golden en een doeltreffende rechterlijke controle bestond<sup>256</sup>. De Franse regeling inzake Elf-Aquitaine daarentegen kon niet door de beugel: het Hof achtte de grote vaagheid van de bepaling, waarbij elke overschrijding van het rechtstreekse of onrechtstreekse aandelenbezit in de vennootschap vooraf de goedkeuring van de Minister van Economische Zaken diende te verkrijgen, in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. Dit gold ook voor het verzetsrecht *a posteriori* van de betrokken minister aangezien de uitoefening daarvan – anders dan onder de Belgische wetgeving – niet onderworpen was aan enige voorwaarde die het discretionaire karakter ervan beperkte<sup>257</sup>. Op analoge wijze redeneerde het Hof in de Spaanse zaak<sup>258</sup>.

## V. MEDEDINGINGSRECHT (ARTT. 81-82 EG EN CONCENTRATIECONTROLEVERORDENING)

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

96. Het deel van het mededingingsrecht dat wordt besproken in delen V.A. tot en met V.C. is, kort voor de publicatie van deze kroniek, vrij grondig aangepast. De door de Commissie voorgestelde “modernisering” vond zijn beslag in de vaststelling, door de Raad, van Verordening nr. 1/2003<sup>259</sup> die, na meer dan veertig jaar, Verordening nr. 17 (alsmede een aantal sectoriële procedure-verordeningen) vervangt. De door Verordening nr. 1/2003 ingevoerde “decentralisatie” van het mededingingsrecht denkt een grotere verantwoordelijkheid toe aan de nationale rechters en mededingingsautoriteiten bij de handhaving van artikel 81, en verleent het derde lid van artikel 81 rechtstreekse werking, wat meteen de afschaffing van de aanmeldingsprocedure meebrengt.

97. Verordening nr. 1/2003 werd begeleid door de publicatie van niet minder dan zes Commissiemededelingen<sup>260</sup> die (de visie van de Commissie op) de stand van het recht weergeven inzake de samenwerking binnen het zgn. “netwerk van mededingingsautoriteiten”, de samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechter bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 EG, de wijze waarop de Commissie klachten die staat maken van schendingen van de artikelen 81 en 82 EG behandelt, de voorwaarden waaronder de Commissie

bereid is om zgn. “adviesbrieven” af te leveren betreffende nieuwe vragen met betrekking tot de artikelen 81 en 82 EG die in individuele gevallen rijzen, het begrip “beïnvloeding van de interstatelijke handel” zoals bedoeld in de artikelen 81 en 82, en ten slotte de toepassing van het eerste en het derde lid van artikel 81. De zes mededelingen, samen met de reeds bestaande mededelingen en richtsnoeren<sup>261</sup> van de Commissie, hebben de grote verdienste dat zij het communautaire mededingingsrecht voor magistraten, mededingingsautoriteiten, practici en academici veel transparanter en toegankelijker maken. Tegelijk zijn zij een veruitwendiging van de omvang en de complexiteit die deze tak van het recht heeft aangenomen.

98. De jurisprudentie van het Hof en het Gerecht tijdens de besproken periode is traditioneel volumineus. Het Gerecht sprak een groot aantal arresten uit in kartelzaken, waarbij veel aandacht ging naar het boetecontentieux (zie hierna, deel V.A.8). Het Hof velde tijdens de besproken periode een aantal principe-uitspraken inzake de toepassing van de mededingingsregels op vrije beroepen (hierna, randnrs. 103-106 en 114-124, het (beperkte) toezicht van de nationale rechter op Commissiebeschikkingen waarbij verificaties worden gelast (hierna, deel V.B.1) en het recht van partijen bij een met artikel 81 strijdige overeenkomst om over-en-

<sup>255</sup>. Zie arresten *Commissie/België*, r.o. 46 en *Commissie/Frankrijk*, r.o. 47, telkens met verwijzing naar het veel oudere – en op het gebied van goederenverkeer gevelde – arrest van 10 juli 1984, zaak 72/83, *Campus Oil*, *Jur.* 1984, 2727, r.o. 34-35; zie ook arrest *Commissie/Spanje*, r.o. 71.

<sup>256</sup>. Zie arrest *Commissie/België*, r.o. 48-55.

<sup>257</sup>. Zie arrest *Commissie/Frankrijk*, r.o. 50-53.

<sup>258</sup>. Arrest *Commissie/Spanje*, r.o. 74-80, waar het tot onevenredigheid concludeerde aangezien “uit het betrokken stelsel geen objectieve en nauwkeurige criteria blijken”. De in de tijd beperkte duurtijd (10 jaar) van de betrokken koninklijke bestuitten deed aan die beoordeling niet af (r.o. 81) en het door Spanje aan art. 86, lid 2, EG ontleende argument werd bij gebrek aan afdoende onderbouwing eveneens afgewezen (r.o. 82-83).

<sup>259</sup>. Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artt. 81 en 82 van het Verdrag, *PB.* 2003, L. 1, 1. Zie ook Verordening (EG) nr. 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artt. 81 en 82 van het Verdrag, *PB.* 2004, L. 123, 18.

<sup>260</sup>. Allen gepubliceerd in *PB.* 2004, C. 101, 43 e.v.

<sup>261</sup>. Zie in het bijzonder de Mededeling van de Commissie inzake de toepasselijkheid van art. 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *PB.* 2001, C. 3, 2.

weer vergoeding te vorderen van de schade die ze beweren te hebben geleden als gevolg van het sluiten of de uitvoering van die overeenkomst (hierna, deel V.C.). In deze aflevering van de kroniek wordt geen aparte aandacht besteed aan de jurisprudentie inzake de verplichtingen van de Commissie betreffende de behandeling (en de afwijzing) van klachten. Op dit vlak zijn geen echte nieuwigheden te melden, en de stand van het recht is weergegeven in de eerder genoemde Commissiemededeeling betreffende de behandeling van klachten.

## 1. De begrippen onderneming en ondernemersvereniging

**99.** *Het begrip onderneming.*— De artikelen 81 en 82 EG zijn gericht tot “ondernemingen”, dat wil zeggen economische eenheden die bestaan in een unitaire organisatie van personele, materiële en immateriële elementen die op duurzame basis een bepaald economisch doel nastreven en ertoe kunnen bijdragen dat een inbreuk op de betrokken verdragsbepalingen wordt gepleegd<sup>262</sup>. Ook de Staat kan als een onderneming optreden. Het toekennen, aan een overheidslichaam, van een exclusief recht met betrekking tot een bepaalde activiteit heeft niet als gevolg dat het betrokken lichaam niet aan de mededingingsregels is onderworpen: het begrip onderneming is immers geenszins beperkt tot entiteiten die door het privaatrecht worden beheerst, of die de vorm van een vennootschap hebben aangenomen<sup>263</sup>.

**100.** Het zal anders zijn wanneer de overheid optreedt als eindverbruiker van bepaalde goederen of diensten. In het arrest FENIN<sup>264</sup> bevestigde het Hof dat het Spaanse nationale gezondheidsstelsel met betrekking tot de aankoop van medische hulpmiddelen niet kon worden beschouwd als een onderneming, nu zij de betrokken goederen niet verwierf in

het kader van een economische activiteit maar enkel in het kader van een “zuiver sociale activiteit”<sup>265</sup> — het Hof ging er namelijk van uit, dat de aangekochte goederen enkel werden gebruikt voor het verstrekken van gratis gezondheidsdiensten door openbare ziekenhuizen<sup>266</sup>.

**101.** *Toerekeningsvragen: onderneming bestaande uit een groep van rechtspersonen.*— Een onderneming kan bestaan uit meerdere vennootschappen, met name wanneer die vennootschappen onder gezamenlijke controle staan<sup>267</sup>. Dat een groep van vennootschappen die samen een economische entiteit vormen, als groep geen rechtspersoonlijkheid bezit, verhindert niet dat de groep als een onderneming wordt gekwalificeerd (en onderworpen is aan de mededingingsregels). Het is natuurlijk onvermijdelijk dat een inbreuk op de mededingingsregels (en een eventueel daaraan verbonden boete) moet worden toegerekend aan een rechtspersoon. Dat zal in de regel de rechtspersoon zijn die de groep controleert, zij het dat de Commissie de inbreukbeschikking ook richt tot de vennootschap(pen) van de groep die de verboden handelingen daadwerkelijk hebben gesteld. Als aan het hoofd van de groep geen rechtspersoon staat die als coördinator van de groep aansprakelijk kan worden gesteld voor de door de verschillende vennootschappen van de groep gepleegde inbreuken, mag de Commissie de vennootschappen van de groep hoofdelijk aansprakelijk stellen voor alle gedragingen van de groep om te vermijden dat door de formele scheiding van deze vennootschappen (als gevolg van hun afzonderlijke rechtspersoonlijkheid) hun marktgedrag voor de toepassing van de mededingingsregels niet als één samenhangend geheel kan worden beschouwd<sup>268</sup>. De bovengrens van de boete die de Commissie kan opleggen (10% van de omzet gedurende het laatste boekjaar) wordt bepaald op “ondernemingsniveau”<sup>269</sup>; de verschillende vennootschappen van de groep zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de gehele geldboete van de groep en dus niet enkel voor een bedrag ten belope van maximaal 10% van hun eigen omzet<sup>270</sup>.

<sup>262</sup> Arrest van het Hof van 25 oktober 2001, zaak C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner*, *Jur.* 2001, I-8089, r.o. 19 (vervoer van spoedgevallen en ziekenvervoer).

<sup>263</sup> Arrest van het Gerecht van 22 november 2001, zaak T-139/98, *AAMS t. Commissie*, *Jur.* 2001, II-3413. Deze zaak had betrekking op de toekenning, door de Italiaanse overheid, van een exclusief recht inzake de productie van tabaksfabrikaten aan een overheidslichaam dat ressorteerde onder het Italiaanse belastingbestuur.

<sup>264</sup> Arrest van het Gerecht van 4 maart 2003, zaak T-319/99, *Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN)*, *Jur.* 2003, II-357.

<sup>265</sup> Eveneens tijdens de besproken periode wordt in het arrest van het Hof van 22 januari 2002, zaak C-218/00, *Cisal di Battistello Venanzio*, *Jur.* 2002, I-691, bevestigd dat een instelling die een wettelijke regeling voor arbeidsongevallen beheert, niet als onderneming kan worden gekwalificeerd indien de betrokken regeling een sociaal doel heeft (dat wil zeggen het oogmerk om alle beschermde personen een dekking te bieden, ongeacht hun draagkracht en zelfs wanneer de verschuldigde bijdragen niet zijn betaald), en dat zij gebaseerd is op het solidariteitsbeginsel — dat wil zeggen, waarbij zowel de bijdragen als de uitkeringen worden vastgesteld door de overheid zonder acht te slaan op de rendabiliteit van de betrokken activiteit (r.o. 31-46 van het arrest). Deze rechtspraak ligt in de lijn van de in een eerdere aflevering van de kroniek besproken arresten *Poucet* en *FFSA* (zie *Kroniek 1994-1995*, T.B.H. 1996, 331-332, nr. 100, en *Kroniek 1996-1997*, T.B.H. 1998, 160, nr. 68).

<sup>266</sup> R.o. 35-40 van het arrest.

<sup>267</sup> Arrest van het Gerecht van 20 maart 2002, zaak T-9/99, *HFB e.a./Commissie*, *Jur.* 2002, II-1487, r.o. 54-65.

<sup>268</sup> Arrest *HFB*, r.o. 66, met verwijzing naar de bestaande rechtspraak van het Hof.

<sup>269</sup> Bovendien wordt bij het bepalen van de omzet op ondernemingsniveau geen aftrek verricht van de “groepsinterne” omzet (verkoop van het ene groepslid aan het andere), aangezien, aldus de rechtspraak, daardoor een ongerechtvaardigd voordeel zou worden verleend aan verticaal geïntegreerde ondernemingen. Arrest van het Gerecht van 20 maart 2002, zaak T-16/99, *Lögstör Rör Deutschland*, *Jur.* 2002, II-1633, r.o. 15-18.

<sup>270</sup> Arrest *HFB*, r.o. 528-529.

**102. *Temporele toerekeningsvragen in geval van een wijziging van controle.*** – In twee tijdens de besproken periode gevelde arresten gaf het Gerecht gevolg aan een eerdere uitspraak van het Hof<sup>271</sup> waarin was uitgemaakt dat een moedermaatschappij niet aansprakelijk kan worden verklaard voor een door haar dochter begane inbreuk (en de uit hoofde van die inbreuk opgelegde boete), indien en voor zover het gaat om een inbreuk die werd gepleegd voor de betrokken dochteronderneming door de moeder werd verworven<sup>272</sup>. Het feit dat de (toekomstige) moeder, op het moment van de overname, niet onkundig was aangaande de onrechtmatige gedragingen van de verworven vennootschap, is op zich niet voldoende om de regel buiten toepassing te stellen dat in beginsel de *vroegere* moedervennootschap aansprakelijk is voor wat betreft de periode voor de overname. Daaruit volgt dat, als de (vroegere) moedervennootschap nog bestaat op de dag dat de verbodsbeschikking van de Commissie wordt vastgesteld, zulks voldoende is om de aansprakelijkheid voor de inbreuk voor wat betreft de periode voor de overname niet aan de nieuwe moeder toe te kunnen rekenen<sup>273</sup>. Omgekeerd kan een inbreuk niet worden toegerekend aan vennootschappen die op het ogenblik van de vaststelling van de inbreukbeschikking tot een groep behoren maar die op het ogenblik van de inbreuk nog niet bestonden (of nog niet tot de groep behoorden). Het zou slechts anders zijn wanneer de betrokken onderneming kunstgrepen heeft toegepast met het specifieke doel, te ontkomen aan de betaling van de door de Commissie opgelegde boete<sup>274</sup>.

**103. *Verenigingen van vrije beroepen als “ondernemersverenigingen”.*** – Dat beoefenaars van (de meeste) vrije beroepen moeten worden aanzien als “ondernemingen” staat sinds enige tijd buiten kijf<sup>275</sup>. Wel bestond nog onzekerheid over het mededingingsrechtelijke statuut van verenigingen van beroepsbeoefenaars. Niet zelden zijn die verenigingen (beter gekend als “ordes”, of “instituten”) bij wet, decreet of koninklijk besluit ingesteld, hebben ze van overheidswege regelgevende en/of tuchtrechtelijke bevoegdheid, en pretenderen ze (uitsluitend of in hoofdzaak) het “algemeen belang”

na te streven. In Wouters<sup>276</sup> moest het Hof van Justitie uitmaken of de Nederlandse Orde van Advocaten te aanzien valt als een “ondernemersvereniging” in de zin van artikel 81, mede gelet op het feit dat die vereniging bij wet was ingesteld, beschikte over een (doelgebonden) bevoegdheid om bindende regels uit te vaardigen, (onder meer) als opdracht had de beroepsbelangen van advocaten te behartigen, maar zich op het standpunt stelde dat het daarbij steeds voorrang gaf aan het algemeen belang. Het Hof kwalificeerde de Orde zonder aarzeling als een ondernemersvereniging. De belangrijkste vaststelling in dat verband was dat het bevoegde orgaan van de vereniging (dat de regeling uitvaardigde waarvan de beweerde mededingingsbeperking uitging) enkel uit beroepsbeoefenaars (en dus niet uit vertegenwoordigers van de overheid) was samengesteld, en dat zij bij haar optreden niet was gebonden aan voldoende uitgewerkte criteria van algemeen belang<sup>277</sup>.

**104.** Aan de kwalificatie van de Nederlandse Orde als ondernemersvereniging deed niet af, aldus het Hof, dat de betrokken vereniging het statuut van publiekrechtelijke instelling had, en al evenmin dat de vereniging door de Nederlandse overheid de bevoegdheid werd toegekend om algemeen bindende regels uit te vaardigen in het belang van een “goede uitoefening van de praktijk”. Die bevoegdheid mocht dan wel doelgebonden zijn maar met die vage verwijzing naar de “goede uitoefening van de praktijk” heeft de overheid niet zelf de criteria van algemeen belang vastgelegd en evenmin de essentiële beginselen waaraan de uit te vaardigen regelgeving moet voldoen. Het Hof wees er daarbij eveneens op dat de Nederlandse overheid zich evenmin de bevoegdheid had gereserveerd om zelf in laatste instantie te beslissen (de overheid had de mogelijkheid om vastgestelde verordeningen binnen een beperkte termijn na de vaststelling te vernietigen, maar die bevoegdheid gaf haar niet de mogelijkheid om zelf de inhoud van de betrokken regelgeving vast te stellen). Op die gronden bevestigde het Hof dat de Nederlandse Orde een ondernemersvereniging is, en dus dat de (met toepassing van haar verordenende bevoegdheid

<sup>271</sup>. Arrest van het Hof van 16 november 2000, zaak C-279/98 P, *Cascades/Commissie*, *Jur.* 2000, I-9693, besproken in *Kroniek 1999-2001*, *T.B.H.* 2002, 551, nr. 106.

<sup>272</sup>. Arresten van het Gerecht van 28 februari 2002, zaak T-354/94, *Stora/Commissie*, *Jur.* 2002, II-843 en van 28 februari 2002, zaak T-308/94, *Cascades*, *Jur.* 2002, II-813. Beide arresten werden gewezen ten gevolge op de gedeeltelijke vernietiging, door het Hof (zie voorgaande voetnoot), van een eerder arrest van het Gerecht in de betrokken zaken. Zie eveneens het arrest *HFB*, r.o. 103-108.

<sup>273</sup>. Arrest *Stora*, r.o. 60-72. De vraag hoelang een onderneming “bestaat” is te beantwoorden op basis van het toepasselijke nationale recht en zal meestal nauw samenhangen met de (aard van de) rechtspersoonlijkheid waarin die onderneming is verval. In r.o. 72 van voornoemd arrest merkt het Gerecht op, dat de vroegere moedervennootschappen op de dag van de beschikking niet “ontbonden” waren. Daarmee wordt gesuggereerd dat een vennootschap niet langer bestaat wanneer zij wordt ontbonden. Naar Belgisch recht houdt een vennootschap niet op te bestaan wanneer zij door de aandeelhouders in ontbinding wordt gesteld en heeft zij, zelfs na de afsluiting van de vereffening, nog gedurende vijf jaar een soort “passieve” rechtspersoonlijkheid voor doeleinden van vorderingen tegen de vereffenaar(s). Ook een gefailleerde vennootschap houdt niet op te bestaan als gevolg van de afsluiting van het faillissement – een separate beslissing tot ontbinding is daarvoor vereist.

<sup>274</sup>. Arrest *HFB*, aangehaald in voetnoot 267, r.o. 106-107.

<sup>275</sup>. Zie, met betrekking tot advocaten, de r.o. 45-49 van het hierna besproken arrest *Wouters*.

<sup>276</sup>. Aangehaald in voetnoot 139. Zie over dit arrest o.m. P. DE BANDT, S. BREDÆL en L. MISSON, “Droit de la concurrence et exercice de pouvoirs réglementaires par les ordres professionnels: quelques réflexions et une tentative de synthèse au vu de l’arrêt de la Cour de Cassation du 25 septembre 2003 et de la jurisprudence récente de la Cour de Justice”, *T.B.H.* 2004, 22, alsmede de annotatie van J.W. VAN DE GRONDEN en K.J.M. MORTELMANS in *Ars aequi* 2002, p. 450-465.

<sup>277</sup>. R.o. 61 van het arrest. Zie ook de vroegere rechtspraak van het Hof, besproken in *Kroniek 1997-1999*, *T.B.H.* 1999, 796-797, nr. 150.

vastgestelde) besluiten van die vereniging moeten worden getoetst aan artikel 81 van het Verdrag<sup>278</sup>. In het kader van die toetsing maakt het arrest vervolgens een verrassende wending (zie hierna, randnrs. 114 e.v.).

**105.** Dit deel van het arrest Wouters heeft als effect dat het toepassingsgebied van de mededingingsregels ten aanzien van vrije beroepen niet wordt ingeperkt in functie van de publiekrechtelijke status of affiliatie van de betrokken beroepsverenigingen, noch in functie van de regelgevende (vaak: zelfregulerende) bevoegdheden die de overheid aan de betrokken beroepsverenigingen toekent. Het Hof maakte duidelijk dat, om een gegeven regeling te kunnen toeschrijven aan de overheid, deze laatste ten minste op voldoende duidelijke criteria van algemeen belang moet vastleggen waaraan de uit te vaardigen regeling moet voldoen, en dat de bevoegdheid om in laatste instantie te beslissen, door de overheid aan zichzelf moet worden voorbehouden. Het op dezelfde dag als Wouters gewezen arrest Arduino<sup>279</sup> lijkt aan te geven dat dit tweede element (de overheid behoudt zich de beslissingsbevoegdheid voor) reeds op zichzelf kan volstaan om de toepassing van de mededingingsregels uit te schakelen.

**106.** In Arduino deed het Hof uitspraak over een besluit van de Italiaanse Nationale Orde van Advocaten, waarin minimum- en maximumbedragen werden vastgelegd van de honoraria en de vergoedingen van advocaten voor vertegenwoordiging in burgerlijke en strafzaken. De Orde had de bevoegdheid voor het vaststellen van dergelijk besluit verkregen op basis van een decreet, dat tevens bepaalde dat het door de Orde vastgestelde tarief, om in werking te kunnen treden, door de bevoegde minister moest worden goedgekeurd, zulks na advies van een interministerieel comité. De toepasselijke wetgeving duidde weliswaar een aantal criteria aan waarmee de Orde rekening moest houden bij het vaststellen van haar besluit (zoals het belang van de zaak en de aanleg), maar het Hof stelde vast dat de overheid aan de Orde geen criteria van algemeen belang had opgelegd waaraan haar tariefbesluiten moesten voldoen. In die omstandigheden, aldus het Hof, bestaat er geen garantie dat de Orde zich bij het voorbereiden van haar besluit “gedraagt als een verlengstuk van het openbaar gezag dat handelt in het algemeen belang”. Niettemin oordeelde het Hof dat er in het geval van de betrokken wetgeving geen sprake was van een verboden delegatie van regelgevende bevoegdheid<sup>280</sup>, en

zulks (onder meer) op basis van de overweging dat het besluit van de Orde niet in werking kon treden zonder door de overheid te zijn goedgekeurd. Daarmee lijkt het Hof meteen ook te zeggen dat er geen sprake is van een besluit van een ondernemersvereniging: het is de overheid en niet de Orde die de (finale) verantwoordelijkheid neemt voor de mededingingsbeperkende regeling.

## 2. Overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedraging

**107.** Begrip “overeenkomst”. – In het arrest HFB wordt nog eens herhaald dat het begrip “overeenkomst” zoals bedoeld in artikel 81 niet vereist dat er sprake is van een juridisch bindende afspraak, maar enkel dat er bewijs voorligt van een gezamenlijke wil; het is ook niet nodig om te onderzoeken of de betrokken ondernemingen zich juridisch, feitelijk dan wel moreel verplicht achten om zich conform de gemaakte afspraak te gedragen<sup>281</sup>.

**108.** Ook met betrekking tot het begrip *onderling afgestemde feitelijke gedraging* wordt de vaste rechtspraak bevestigd: dit begrip verwijst naar een vorm van coördinatie tussen ondernemingen, die, zonder dat het tussen hen tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico’s van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking<sup>282</sup>. De term “coördinatie” verwijst naar een of andere vorm van contact tussen de betrokken ondernemingen waardoor hetzij het marktgedrag van een bestaande of potentiële concurrent wordt beïnvloed, hetzij deze concurrent op de hoogte wordt gebracht van het aangenomen of voorgenomen marktgedrag, wanneer dit contact tot doel of tot gevolg heeft dat artificiële mededingingsvoorwaarden ontstaan. Dat betekent dat van een onderling afgestemde feitelijke gedraging enkel sprake kan zijn wanneer er bewijs bestaat zowel van een coördinatie als van een daaropvolgend marktgedrag (dat zijn oorzaak vindt in de coördinatie)<sup>283</sup>; het is evenwel niet nodig te bewijzen dat de onderlinge afstemming een mededingingsbeperkend gevolg heeft gehad<sup>284</sup>. Indien er bewijs bestaat dat bepaalde ondernemingen op een gegeven ogenblik hun marktgedrag onderling hebben afgestemd, dan worden zij (tot bewijs van het tegendeel) vermoed hun marktgedrag te bepalen in functie van met hun concurrenten uitgewisselde informatie<sup>285</sup>.

<sup>278</sup> R.o. 65-70 van het arrest. Verderop in het arrest preciseerde het Hof dat de Nederlandse Orde weliswaar niet als een onderneming of groep van ondernemingen in de zin van art. 82 EG kan worden beschouwd, nu de leden van de Orde niet door zodanige banden met elkaar verenigd zijn dat zij hun optreden op de markt kunnen coördineren (r.o. 112 van het arrest).

<sup>279</sup> Arrest van het Hof van 19 februari 2002, zaak C-35/99, *Manuele Arduino*, *Jur.* 2002, I-1529. Zie eveneens hierna, deel VI (nr. 213); zie ook de eerdere annotatie van S. DE KEER en F. TUYTSCHAEVER, *T.B.H.* 2002, 403-407.

<sup>280</sup> Daarover meer in nr. 213 hierna.

<sup>281</sup> Arrest *HFB*, aangehaald in voetnoot 267, r.o. 199-200.

<sup>282</sup> Arrest van het Gerecht van 20 maart 2002, zaak T-15/99, *Brugg Rohrsysteme*, *Jur.* 2002, II-1613, r.o. 38.

<sup>283</sup> Arrest *HFB*, aangehaald in voetnoot 267, r.o. 211-213.

<sup>284</sup> Arrest *HFB*, r.o. 217.

<sup>285</sup> Arrest *HFB*, r.o. 216.

**109. Complexe inbreuken.**– Het begrip “complexe” (of “veelvoudige”, of “samengestelde”) inbreuk verwijst naar een veelheid van verboden handelingen, bijvoorbeeld prijsafspraken en importbeperkingen met een gemeenschappelijk doel, bijvoorbeeld een kunstmatig hoog prijsniveau op een bepaalde markt handhaven. Tijdens de besproken periode bevestigde het Gerecht vaste rechtspraak volgens dewelke ten aanzien van een complexe inbreuk van de Commissie niet wordt geëist dat zij de inbreuk voor elke deelnemer op elk gegeven tijdstip precies als overeenkomst of als onderling afgestemde feitelijke gedragingen kwalificeert, nu artikel 81 EG op beide vormen van inbreuk ziet. De Commissie mag dergelijke inbreuk, die één geheel vormt, als overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging kwalificeren<sup>286</sup>.

**110. Collectieve aansprakelijkheid van deelnemers aan complexe inbreuken.**– Afspraken die een inbreuk vormen op artikel 81 (en dan zeker wanneer het gaat om complexe inbreuken) worden vaak afgesloten door een veelvoud van ondernemingen, die niet allen dezelfde rol spelen bij de inbreuk. Alle deelnemers aan een complexe inbreuk dragen niettemin een gemeenschappelijke verantwoordelijkheid voor het geheel ervan, en kunnen dus aansprakelijk worden gesteld voor de gedragingen van andere ondernemingen aan die inbreuk, wanneer die onderneming aan de inbreuk heeft deelgenomen door middel van gedragingen die een bijdrage aan de inbreuk in zijn geheel beogen te leveren, en wanneer vaststaat dat de betrokken onderneming wist of moest weten dat de (bij hypothese beperkte) afspraken waaraan zij deelnam, deel uitmaakten van een algemeen plan, en dat dit algemene plan alle bestanddelen dekte van het kartel waarvoor die onderneming aansprakelijk wordt gesteld<sup>287</sup>, dan wel wanneer vaststaat dat die onderneming de gedragingen van de andere deelnemers kende (of redelijkerwijs kon voorzien) en bereid was het risico ervan te aanvaarden<sup>288</sup>. Dat laatste moet wel worden bewezen door de Commissie, en het feit

alleen dat een onderneming deelneemt aan een verboden afspraak die hetzelfde mededingingsbeperkende doel heeft als een (separaat) kartel, volstaat nog niet om die onderneming aansprakelijk te achten voor een globaal kartel<sup>289</sup>. Dat een onderneming aansprakelijk is voor de inbreuk als een geheel betekent uiteraard niet dat, bij het vaststellen van de boete, geen rekening moet worden gehouden met haar passieve rol dan wel geringe betrokkenheid bij de (uitvoering van) de afspraken<sup>290</sup>.

**111. Blijvende (collectieve) aansprakelijkheid.**– Tijdens de besproken periode werd het principe bevestigd dat, wanneer een onderneming, zelfs zonder daarin een actief aandeel te hebben, deelneemt aan vergaderingen met een mededingingsbeperkend doel en zo bij de andere deelnemers de indruk wekt dat zij instemt met het resultaat van de vergaderingen en dat zij zich daaraan zal houden, het als gevolg daarvan als bewezen wordt beschouwd dat die onderneming deelneemt aan de verboden afspraak, en wel tot zolang zij zich niet publiekelijk van de gemaakte afspraken distantiëert<sup>291</sup>.

**112. “Druk” van andere deelnemers aan inbreuk geen verschoningsgrond.**– In de “Buizen voor afstandsverwarming”-zaak<sup>292</sup> bevestigde het Gerecht de vaste rechtspraak dat “druk” uitgeoefend door andere ondernemingen om deel te nemen aan een verboden afspraak geen rechtvaardigingsgrond oplevert; een onderneming heeft, aldus het Gerecht, steeds de optie om de op haar uitgeoefende druk aan te geven bij de bevoegde autoriteiten<sup>293</sup> dan wel bij de Commissie een klacht indienen, in plaats van aan de verboden afspraken deel te nemen. Met de “meeloper”-status van een deelnemer moet wel rekening worden gehouden bij het bepalen van het bedrag van de in voorkomend geval aan de deelnemers opgelegde boete; maar ook hier geldt geen automatisme<sup>294</sup>. Ook een economische crisis kan geen inbreuk op artikel 81 billijken<sup>295</sup>.

<sup>286</sup>. Arrest *HFB*, r.o. 186.

<sup>287</sup>. Arrest *HFB*, aangehaald in voetnoot 267, r.o. 231.

<sup>288</sup>. Arrest *PVC II*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 509. Zie ook de arresten van het Gerecht in de “Buizen voor afstandsverwarming”-zaak van 20 maart 2002, zaak T-15/99, *Brugg Rohrsysteme GmbH*, zaak T-17/99, *KE Kelit Kunststoffwerk GmbH*, zaak T-21/99, *Dansk Rorindustri A/S*, zaak T-9/99, *HFB e.a./Commissie*, zaak T-23/99, *Lögstör Rör* en zaak T-28/99, *Sigma Tecnologie di rivestimento Srl*, gepubliceerd in *Jur.* 2002, II, resp. blz. 1613, 1647, 1681, 1487, 1705 en 1845.

<sup>289</sup>. Arrest *Sigma Tecnologie*, r.o. 45; de “Buizen voor afstandsverwarming”-zaak had betrekking op een prijskartel dat op het getouw was gezet door een aantal (voornamelijk Zweedse) producenten, en dat werd “geïmplementeerd” door elk van de deelnemers via gelijkaardige, separate afspraken met “hun” importeurs van de betrokken producten in meerdere andere Lidstaten.

<sup>290</sup>. Arrest *PVC II*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 510.

<sup>291</sup>. Arrest *HFB*, aangehaald in voetnoot 267, r.o. 223.

<sup>292</sup>. Zie de hiervoor (noot 288) geciteerde arresten.

<sup>293</sup>. Dit is wellicht (ook) een zinspeling op de clementieregeling, zie de Mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken, *PB.* 2002, C. 45, p. 3, waarin de Commissie onder bepaalde voorwaarden immuniteit voor wat betreft boetes belooft voor de deelnemer aan een verboden afspraak die als eerste bepaald bewijsmateriaal verstrekt aan de Commissie in verband met het bestaan van de inbreuk.

<sup>294</sup>. Zie bv. het arrest *Lögstör Rör*, r.o. 339-341, alsmede het arrest *HFB*, aangehaald in voetnoot 267, r.o. 226, waar het Gerecht ook met betrekking tot de “druk” waarover de betrokken onderneming klaagt, opmerkt dat die onderneming aangifte had kunnen doen bij de autoriteiten of klacht had kunnen indienen bij de Commissie.

<sup>295</sup>. Arrest *PVC II*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 487.

### 3. Mededingingsbeperking

**113.** *Mededingingsbeperkend doel versus gevolg.*— Meerdere arresten bevestigen de vaste en welbekende rechtspraak dat bij het onderzoek naar de toepasselijkheid van artikel 81, lid 1, EG geen aandacht hoeft te worden besteed aan de reële mededingingsbeperkende effecten van een afspraak, indien blijkt dat die overeenkomst een mededingingsbeperkend doel heeft<sup>296</sup>. Toch suggereert het Gerecht dat, bij een overeenkomst met mededingingsbeperkende strekking, een afbakening van de relevante markt nodig kan zijn om uit te maken of de overeenkomst er toe strekt de mededinging merkbaar te beperken<sup>297</sup>.

**114.** *De Wouters-exceptie op artikel 81, lid 1.*— Tijdens de betrokken periode oordeelde het Hof in het arrest Wouters<sup>298</sup> dat besluiten van “ondernemersverenigingen” van beoefenaars van vrije beroepen, in bepaalde gevallen kunnen ontsnappen aan artikel 81, ook indien die besluiten bepaalde mededingingsbeperkende gevolgen hebben.

**115.** In het arrest Wouters stelde het Hof meer bepaald vast dat een door de Nederlandse Orde van Advocaten aan haar leden opgelegd verbod om inkomsten te delen met niet-goedgekeurde beroepen (zoals accountants) weliswaar een merkbare beperking van de mededinging inhield, en een ongunstige invloed heeft op de handel tussen de Lidstaten. Niettemin oordeelde het Hof dat het betrokken verbod geen inbreuk maakte op artikel 81, lid 1 aangezien de Orde zich, aldus het Hof, “redelijkerwijs op het standpunt mocht stellen dat voornoemde regeling, niettegenstaande de daaruit voortvloeiende mededingingsbeperkende gevolgen, noodzakelijk is voor de goede uitoefening van het beroep van advocaat, zoals dit in de betrokken Lidstaat is georganiseerd”<sup>299</sup>. Het Hof verwees naar de “in Nederland heersende opvattingen” voor wat betreft de “essentiële regels” waaraan advocaten zich in het belang van een goede uitoefening van het beroep dienen te houden; tot die regels behoren, “met name de verplichting om de cliënt in volledige onafhankelijkheid en in het exclusieve belang van die cliënt te verdedigen, de [...] verplichting om elk risico van belangenconflicten te vermijden en de verplichting om een strikt beroepsgeheim in acht te nemen”<sup>300</sup>. Welnu, de noodzaak om de naleving te verzekeren van die essentiële regels kan volgens het Hof een rechtvaardiging opleveren voor een verbod voor een advo-

caat om deel uit te maken van “een structuur die mede tot taak heeft verslag te doen van de financiële resultaten van handelingen waarbij hij betrokken is geweest, en deze te certificeren”<sup>301</sup>. Immers, aldus het Hof, de Nederlandse Orde kon zich redelijkerwijs op het standpunt stellen dat dit verbod niet verder gaat dan noodzakelijk om de naleving van voornoemde essentiële regels te verzekeren. Die essentiële regels, zo lijkt het Hof te zeggen, hebben nu eenmaal een aantal inherente beperkingen, en die inherente beperkingen vallen niet binnen het toepassingsgebied van artikel 81.

**116.** Wat betreft de noodzakelijkheidstoets leek het Hof in het arrest uit te gaan van een marginale toetsing, nu het concludeerde dat de Nederlandse Orde zich “redelijkerwijs” op het standpunt mocht stellen dat de betrokken verbodsbepaling niet verder gaat dan noodzakelijk is ter verzekering van de “goede uitoefening van het beroep” (zoals gezegd werd de inhoud van dat laatste begrip door de Orde zelf bepaald). Ook al zijn er meerdere Lidstaten die dergelijk verbod *niet* toepassen, daaruit volgt nog niet dat de door de Nederlandse Orde nagestreefde doelstellingen door minder beperkende maatregelen hadden kunnen worden bereikt<sup>302</sup>. Het oordeel van het Hof betekent dat niet hoefde te worden onderzocht of de betrokken regeling, gelet op haar mededingingsbeperkende effecten, voldeed aan alle voorwaarden van het derde lid van artikel 81: de betrokken regeling gaf immers *als zodanig* geen aanleiding tot de toepassing van artikel 81 van het Verdrag.

**117.** Het (in voorgaande randnummers besproken deel van het) arrest Wouters kan niet worden beschouwd als een toepassing van de “nevenrestricties”-doctrine<sup>303</sup>. Weliswaar beperkt het Hof de vrijstelling tot beperkingen (verbod op geïntegreerde samenwerking van advocaten met bepaalde andere beroepen) die “inherent” zijn aan de naleving van essentiële beroepsregels, maar daarbij stelt het Hof niet vast dat de hoofdzaak (de “goede uitoefening van het beroep van advocaat”) moet worden aanzien als niet-mededingingsbeperkend. Inderdaad lijkt de “goede” uitoefening van een gegeven beroep (in tegenstelling tot, bijvoorbeeld, de verwerving van een onderneming, dan wel de afsluiting van een distributie, licentie- of franchiseovereenkomst) een te vage notie om te worden aanvaard als een niet-mededingingsbeperkende hoofdzaak waarvan alle nevenrestricties buiten artikel 81 vallen. Evenmin is er in het arrest Wouters sprake

<sup>296</sup> Zie bv. de arresten van het Gerecht van 28 februari 2002 in zaak T-395/94, *Atlantic Container Line e.a./Commissie*, Jur. 2002, II-875, r.o. 76 en in zaak T-86/95, *Compagnie générale maritime e.a./Commissie*, Jur. 2002, II-1011, r.o. 146, alsmede het arrest van het Gerecht van 19 maart 2003, zaak T-213/00, *CMA CGM e.a./Commissie*, Jur. 2003, II-913, r.o. 183.

<sup>297</sup> Arrest *CMA CGM*, aangehaald in vorige voetnoot, r.o. 206-215.

<sup>298</sup> Aangehaald in voetnoot 276.

<sup>299</sup> Zie de in r.o. 100 van het arrest weergegeven conclusie.

<sup>300</sup> R.o. 98 en 100 van het arrest.

<sup>301</sup> R.o. 105 van het arrest. Daarmee impliceert het Hof dat het verbod *niet* gerechtvaardigd zou zijn in het geval van een “structuur” die zowel advocaten als accountants telt, maar die *geen* “audit”-werk verricht voor cliënten waarvoor de structuur juridisch advies geeft, en omgekeerd.

<sup>302</sup> R.o. 108 van het arrest.

<sup>303</sup> Zie de Mededeling van de Commissie houdende Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81, lid 3, van het Verdrag, *PB*. 2004, C. 101, p. 97, afdeling 2.2.3, randnrs. 28 e.v.

van een “rule of reason”-benadering: het arrest maakt geen afweging van de voor- en nadelen van het samenwerkingsverbod maar oordeelt dat zulk verbod eenvoudig niet binnen het toepassingsgebied van artikel 81 komt. Wél maakt het Hof in het arrest Wouters een (voorwaardelijke) “*ratione materiae*”-uitzondering op artikel 81, die nog het meest doet denken aan de benadering die eerder in het Drijvende Bokken-arrest werd gevolgd in het geval van collectieve arbeids-overeenkomsten<sup>304</sup>.

**118.** Wouters werd door de partijen voor het Hof alsmede door de meeste externe waarnemers beschouwd als een principezaak voor wat betreft de toepassing van de mededingingsregels op vrije beroepen. De zaak ontstond uit een tuchtprocedure tegen twee Nederlandse advocaten (waaronder de heer Wouters) die naar het oordeel van de Orde inbreuk hadden gemaakt op het genoemde verbod door samen te werken met accountants die behoorden tot respectievelijk Arthur Andersen en PWC<sup>305</sup>. De procedure werd (met name door de Nederlandse Orde) voorgesteld als een poging van de (toen nog) “Big Five” om op basis van de mededingingsregels op te komen tegen een in (meerdere Lidstaten van de EU geldend) verbod voor advocaten om erelonen te delen met (bepaalde) andere beroepsgroepen, in het bijzonder revisoren dan wel accountants. De aandachtige lezer van het arrest kan zich moeilijk van de indruk ontdoen dat de uitspraak van het Hof is geïnspireerd door de wens om het verbod in stand te laten. De tegenstanders van de betrokken regeling hadden er namelijk op gewezen, dat die regeling pas in de loop van de procedure bij de Commissie was aangemeld, zodat – op basis van de toen geldende versie van Verordening nr. 17 – een eventueel door de Commissie verleende vrijstelling ten vroegste uitwerking kon hebben op de dag van de aanmelding, en dus geen basis kon bieden voor de voordien tegen de betrokken advocaten aangespannen tuchtprocedures. De Nederlandse Raad van State volgde die visie en vroeg het Hof enkel om uitspraak te doen over de interpretatie van het eerste lid van artikel 81 EG. Indien het Hof zou hebben geoordeeld dat er inderdaad sprake was van een inbreuk op het eerste lid van artikel 81, dan zou een eventuele door de Commissie verleende vrijstelling de Nederlandse Orde geen baat hebben bijgebracht. Bovendien is het verre van zeker dat een verbod, dat door de Nederlandse Orde werd verdedigd als dienende het algemeen belang, op basis van het derde lid van artikel 81 überhaupt

kan worden vrijgesteld<sup>306</sup>. Duidelijk was dus, dat het verbod enkel de mededingingsrechtelijke dans kon ontspringen indien het verenigbaar werd verklaard met het eerste lid van artikel 81. Dat bevestigt het Hof ook, zij het op basis van een opmerkelijke redenering.

**119.** De motivering die door het Hof wordt gegeven om de betrokken regeling niet in strijd te achten met (het eerste lid van) artikel 81 is subtiel. In een eerder deel van het arrest<sup>307</sup> had het Hof vastgesteld dat het betrokken verbod niet aan de Nederlandse overheid kon worden toegeschreven, nu die overheid geen voldoende duidelijke criteria van algemeen belang noch essentiële beginselen had vastgelegd waaraan de uit te vaardigen regelgeving moest voldoen, en nu zij zich evenmin de bevoegdheid had voorbehouden om zelf in laatste instantie te beslissen. Niettemin getroost het Hof zich heel wat moeite om uiteen te zetten dat het betrokken verbod is ingegeven door overwegingen van algemeen belang. Immers, aldus het Hof, het spruit voort uit “*de in Nederland heersende opvattingen*” inzake de “*essentiële regels*” die toepassing vinden op advocaten<sup>308</sup>. In verband met die essentiële regels wijst het Hof op “*de noodzaak om regels vast te stellen inzake organisatie, bekwaamheid, deontologie, toezicht en aansprakelijkheid, die aan de eindgebruikers van juridische diensten de nodige garantie van integriteit en ervaring bieden en een goede rechtsbedeling verzekeren*”<sup>309</sup>. Daarmee wordt nadrukkelijk gesuggereerd dat de naleving van “essentiële regels” die, in een gegeven nationale context, toepassing vinden op een vrij beroep, en waarvan wordt vastgesteld dat ze in het algemeen belang zijn, kan worden verlangd van alle beroepsbeoefenaars, zonder dat (de beperkingen die voortvloeien uit) die verplichte naleving aanleiding geeft tot toepassing van artikel 81.

**120.** De bezorgdheid van het Hof om geen mededingingsrechtelijk stokje te steken voor de (als legitiem gevoelde) bezorgdheid van de Orde om de “essentiële beginselen” van de advocatuur te vrijwaren is begrijpelijk. Maar de uitspraak in het arrest Wouters heeft, gewild of ongewild, een aantal bedenkelijke neveneffecten. In de eerste plaats lijkt de uitspraak van het Hof de reikwijdte van artikel 81 enigszins te “nationaliseren”, en zelfs per vrij beroep te differentiëren. Immers, de “essentiële regels” die op een beroep toepassing vinden (al gesteld dat die regels op min of meer duidelijke manier kunnen worden gedefinieerd) zullen van beroep tot

<sup>304</sup>. Zie *Kroniek 1999-2001, T.B.H. 2002, 547-550, nrs. 96-102*.

<sup>305</sup>. De Nederlandse Orde had geoordeeld dat de toetreding van Wouters tot de maatschap Arthur Andersen Belastingadviseurs was gelijk te stellen met het delen van inkomsten met accountants die lid waren van (andere) Arthur Andersen “member firms”.

<sup>306</sup>. Zie bv. de richtsnoeren inzake art. 81, derde lid (aangehaald in voetnoot 303) waarin de Commissie stelt dat een vrijstelling op basis van het derde lid van art. 81 onder meer vereist, dat de betrokken afspraak resulteert in *efficiëntiewinsten*. De Mededeling voegt daaraan toe: “*Iedere bewering dat beperkende overeenkomsten zijn gerechtvaardigd omdat daarmee wordt beoogd billijke mededingingsvoorwaarden op de markt te garanderen, is op zich ongegrond en dient te worden afgewezen. Doel van artikel 81 is een daadwerkelijke mededinging te vrijwaren [...] De bescherming van billijke mededingingsvoorwaarden is een opdracht voor de wetgever in overeenstemming met verplichtingen van het Gemeenschapsrecht en het staat niet aan de ondernemingen om zelfregulerend op te treden*” (randnr. 47, p. 104).

<sup>307</sup>. R.o. 50-71 van het arrest.

<sup>308</sup>. R.o. 100 van het arrest.

<sup>309</sup>. R.o. 97 van het arrest.

beroep én van land tot land verschillen (in Duitsland bijvoorbeeld zijn maatschappen van advocaten en *Wirtschaftsprüfer* toegelaten).

**121.** In de tweede plaats rijst de vraag hoe en door wie zal worden uitgemaakt of de “essentiële regels” al dan niet in het algemeen belang zijn. Inderdaad, het arrest Wouters vindt enkel toepassing als de overheid *geen* voldoende duidelijke criteria van algemeen belang heeft vastgelegd en zich evenmin de bevoegdheid heeft voorbehouden om in laatste instantie te beslissen. In dergelijke hypothese zal, in geval van betwisting, de bevoegde rechter (of de mededingingsautoriteit) moeten uitmaken of de betrokken regels inderdaad het algemeen belang dienen. Dat lijkt, in de afwezigheid van een stellingname terzake van de overheid, een hachelijke taak. Het arrest Wouters suggereert dat de rechter zich moet laten leiden door “de in de betrokken Lidstaat heersende opvattingen” over het betrokken beroep, maar het is verre van duidelijk aan welke opvattingen – nogmaals, in de afwezigheid van een duidelijke stellingname door de overheid – voorrang zal moeten worden gegeven. Er bestaan nu eenmaal veel verschillende opvattingen over wat in het algemeen belang is, zeker als het gaat om vrije beroepen. Wat bijvoorbeeld als een vereniging van beroepsbeoefenaars oordeelt dat publiciteit indruist tegen de “essentiële regels” die dat beroep beheersen? Het is te voorzien dat dergelijk standpunt niet zal stroken met de zienswijze van, bijvoorbeeld, de consumenten van de betrokken diensten. Als de overheid ten aanzien van dergelijke discussie niet thuis geeft, is het maar de vraag waarop de rechter zich in geval van betwisting moet baseren om uit te maken wat “de heersende” opvattingen” zijn, of die opvattingen stroken met (de visie van de rechter op) het algemeen belang, en of de betwiste regel enkel beperkingen inhoudt die inherent zijn aan de naleving van de (op basis van de heersende opvattingen bepaalde) “essentiële regels”. Kortom, de toekomstige toepassing van Wouters is bijzonder moeilijk te voorspellen.

**122.** Die onvoorspelbaarheid (of, meer positief gezegd, de ruime mate van beoordelingsbevoegdheid die Wouters laat aan de geadieerde rechter) wordt treffend geïllustreerd door een arrest van het Hof van Cassatie van 25 september 2003<sup>310</sup>. Daarin vernietigde het Hof van Cassatie – op vordering van de procureur-generaal – een reglement van de Orde van Vlaamse Balies dat een verbod op samenwerking tussen advocaten en andere beroepsgroepen uitvaardigde dat merkkelijk strenger was dan het verbod dat in Wouters door het Hof van Justitie was onderzocht. Het Hof van Cassatie kwalificeert het betrokken reglement als een besluit van een ondernemersvereniging omdat het “in hoofdzaak ertoe

*strekt de interne organisatie van het beroep te regelen op een wijze die de beroepsorganisatie zelf als de meest doeltreffende beschouwt voor de gemeenschappelijke belangen van haar leden*” en “niet tot hoofdstrekking heeft de fundamentele regels van het beroep te bepalen, ook al kan het op de handhaving van die fundamentele regels een invloed hebben”. Met andere woorden, ook al verleende de (Belgische) wetgever de Orde een mandaat om de beroepsregels uit te vaardigen, toch weigert het Hof van Cassatie een op deze basis uitgevaardigd samenwerkingsverbod te rekenen tot de “fundamentele regels van het beroep” – met betrekking waartoe Wouters dus oordeelde dat de beperkingen die inherent zijn aan de handhaving ervan, niet binnen het bereik van artikel 81 vallen.

**123.** Weliswaar leest het Hof van Cassatie in het arrest Wouters het basisbeginsel dat de Orde beroepsregels kan vastleggen zonder in aanvaring te komen met artikel 81, maar dan wel op voorwaarde dat dergelijke beroepsregels “*evenredig blijven met het nagestreefde en door de nationale overheid opgelegde doel*”. De verwijzing naar een door de nationale overheid opgelegd doel is eerder verrassend, omdat Wouters, zoals gezegd, nu juist handelde over regels die onderwerpen betroffen met betrekking waartoe de nationale overheid *geen* duidelijke criteria van algemeen belang noch essentiële beginselen had vastgelegd. De genadestoot aan het reglement van de Orde van Vlaamse Balies brengt het Hof van Cassatie toe waar het concludeert dat het reglement onevenredig is, nu het een verbod inhoudt op *alle* vormen van samenwerking (ongeacht de mate van “integratie” tussen de betrokken beroepsgroepen). Het Hof van Cassatie maakt, anders dan het Hof van Justitie in het arrest Wouters, geen verwijzing naar wat de Orde redelijkerwijs als noodzakelijk had kunnen beschouwen. Dat verraadt een toetsing van de beroepsregels die merkkelijk minder afstandelijk is.

**124.** Per slot van rekening lijkt het arrest Wouters een aansporing te zijn aan de Lidstaten om voor elk vrij beroep voldoende duidelijk aan te geven hoe het “algemeen belang” te verstaan is, en zeker te stellen dat de beroepsregels aan de aldus gearticuleerde criteria van algemeen belang kunnen worden getoetst. Dat hoeft de “onafhankelijkheid” die sommige beroepsverenigingen beschouwen als een essentieel kenmerk van “hun” vrij beroep, niet in het gedrang te brengen. In een democratisch systeem mag de onafhankelijkheid van beroepsbeoefenaren ten aanzien van de overheid niet zo ver reiken, dat de overheid wordt belet om de criteria van algemeen belang te verduidelijken die door de toepasselijke beroepsregels moeten worden gevrijwaard.

<sup>310</sup> Arrest van het Hof van Cassatie in zaak C.03.0139.N. Dit arrest werd uitgesproken na het verstrijken van de door deze kroniek bestreken periode maar wordt niettemin besproken omdat het zeer dicht aansluit bij het arrest *Wouters*. Zie over dit arrest o.m. L. GYSELEN, “De Vlaamse balies, multidisciplinaire samenwerking en EG-mededingingsrecht: Prelude tot het arrest van het Hof van Cassatie”, in *Liber Amicorum Jean-Pierre de Bandt*, Brussel, Bruylant, 2004, alsmede het in voetnoot 276 geciteerde artikel van de Bandt e.a.

#### 4. Invloed op de handel tussen Lidstaten

125. Wat betreft het vereiste van de beïnvloeding van de handel tussen de Lidstaten werd tijdens de besproken periode in overeenstemming met eerdere rechtspraak herhaald dat het voor de toepasselijkheid van artikel 81, lid 1 volstaat dat van de betrokken afspraak potentieel een invloed kan uitgaan op de handel tussen de Lidstaten<sup>311</sup>, en dat het niet noodzakelijk is om een ongunstige beïnvloeding aan te tonen op elk van de markten of submarkten waarop de afspraken betrekking hebben<sup>312</sup>. Wel moet er reden bestaan om te vrezen voor een invloed die niet van geringe betekenis is<sup>313</sup>. Dat laatste dient in beginsel te gebeuren op basis van een afbakening van de relevante markt; maar van dergelijke afbakening kan worden afgezien in het geval van een overeenkomst waarbij meerdere partijen in de Gemeenschap zijn gevestigd, en die een duidelijk mededingingsbeperkend doel heeft<sup>314</sup>.

126. In het geval van een verboden afspraak waaraan meerdere ondernemingen deelnemen, is het niet vereist voor elk van de deelnemers aan te tonen dat hun persoonlijke deelneming de handel tussen Lidstaten ongunstig heeft beïnvloed: die beoordeling moet worden gemaakt met betrekking tot de beperkende afspraak als een geheel<sup>315</sup>.

#### 5. Relevante markt

127. In het arrest AAMS<sup>316</sup> bevestigt het Gerecht dat een van overheidswege toegekend monopolie (*in casu*: het door de Italiaanse overheid toegekende exclusieve recht voor wat betreft de productie van tabaksfabrikaten) van invloed is op de geografische omvang van de relevante markt. Immers, de betrokken regeling heeft als gevolg dat in een welbepaald territorium een gegeven activiteit slechts door één onderneming kan worden uitgeoefend; op dat territorium gelden dus aparte mededingingsvoorwaarden. Mede gelet op een aantal andere factoren (onder meer: monopolist niet actief in andere Lidstaten, ontbreken van parallelle invoer van tabaksfabrikaten in Italië, en grote verschillen inzake kleinhandelsprijs) bevestigt het Gerecht het bestaan van een geografische markt die samenvalt met de reikwijdte van het van overheidswege toegekende exclusieve recht.

128. Bij het definiëren van de relevante markt (of, anders

gezegd, van het effect dat de onderzochte afspraak heeft op de mededinging) moet de Commissie ook rekening houden met de mogelijkheid van aanbodssubstitutie (de concurrentie die uitgaat van de niet bij de afspraak betrokken ondernemingen op de markt) en zelfs met potentiële concurrentie (de mogelijkheid dat een aantal nieuwe ondernemingen de markt zullen betreden). In haar mededeling betreffende het begrip relevante markt<sup>317</sup> stelt de Commissie dat zij bij de definitie van de relevante markt geen rekening houdt met potentiële concurrentie, maar zulks wél doet wanneer zij een onderzoek wijdt aan de mededingingsvoorwaarden op de betrokken markt. In het verlengde daarvan stelde het Gerecht tijdens de besproken periode dat de Commissie ook de potentiële concurrentie in aanmerking moet nemen alvorens te concluderen dat een overeenkomst de mededinging uitschakelt in de zin van artikel 81, lid 3, EG<sup>318</sup>. Dat geldt in het bijzonder op markten met lage toetredingsdrempels, zoals de markt voor containervervoer op zee: de mobiliteit van de vloten kan er voor zorgen, dat ondernemingen die containervervoer voor een bepaalde "lijn" aanbieden, een voortdurende concurrentiedruk ondervinden van transporteurs die op een andere lijn actief zijn, of van zeevervoerders die op korte termijn en met minimale kost kunnen omschakelen naar containervervoer<sup>319</sup>.

#### 6. Artikel 81, derde lid

129. Tijdens de besproken periode werd er door het Gerecht met betrekking tot de toepassing van artikel 81, lid 3, EG aan herinnerd, dat het in de eerste plaats aan de betrokken ondernemingen is om de Commissie met bewijsmateriaal te overtuigen van de economische rechtvaardiging van een onthefing<sup>320</sup>. Deze overweging zal even goed toepassing vinden wanneer een onderneming (zoals dat na de inwerkingtreding van Verordening nr. 1/2003 kan) in een gerechtelijke procedure inroept dat de door haar afgesloten, mededingingsbeperkende, overeenkomst voldoet aan de voorwaarden om een vrijstelling te bekomen: in dat geval zal zij ten genoegte van de bevoegde rechter dienen aan te tonen dat zij aan *alle vier* door artikel 81, lid 3 genoemde voorwaarden voldoet<sup>321</sup>. Om dezelfde redenen zal een onderneming die bij het Gerecht beroep aantekent tegen een Commissiebeschikking waarin een vrijstelling op basis van artikel 81, lid 3, EG wordt geweigerd, moeten aantonen dat voldaan is aan *elk*

<sup>311</sup>. Arrest in zaak T-395/94, *Atlantic Container Line*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 79-90.

<sup>312</sup>. R.o. 90 van hetzelfde arrest (impliciet).

<sup>313</sup>. Arrest van het Hof van 25 oktober 2001, zaak C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner*, *Jur.* 2001, I-8089, r.o. 48. Op dit arrest wordt verder ingegaan in randnr. 214 hierna.

<sup>314</sup>. Arrest *CMA CGM*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 206 en 218-223.

<sup>315</sup>. Arrest *KE Kelit Kunststoffwerk*, aangehaald in voetnoot 288, r.o. 58. Zie ook de Mededeling van de Commissie houdende Richtsnoeren betreffende het begrip "beïnvloeding van de handel" in de artt. 81 en 82 van het Verdrag, *PB.* 2004, C. 101, p. 81, punten 14-15.

<sup>316</sup>. Aangehaalde voetnoot 263.

<sup>317</sup>. Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, *PB.* 1997, C. 372, p. 1.

<sup>318</sup>. Arrest in zaak T-395/94, *Atlantic Container Line*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 330.

<sup>319</sup>. *Ibid.*

<sup>320</sup>. Arrest in zaak T-395/94, *Atlantic Container Line*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 264.

<sup>321</sup>. Zie uitdrukkelijk art. 2 van Verordening nr. 1/2003.

van de in artikel 81, lid 3 genoemde voorwaarden (in zoverre die voorwaarden in de aangevochten Commissiebeschikking werden aangemerkt als niet vervuld)<sup>322</sup>. Omgekeerd kan een onderneming die zich verzet tegen een door de Commissie toegekende vrijstelling de nietigverklaring van die vrijstelling bekomen wanneer zij aantoont dat de Commissie één van de vier voorwaarden voor vrijstelling ten onrechte als vervuld heeft beschouwd<sup>323</sup>.

**130.** In dezelfde lijn herinnerde het Gerecht er tijdens de besproken periode aan, dat groepsvrijstellingen een uitzondering vormen op het verbod van artikel 81, en dus niet ruim kunnen worden uitgelegd. Dat geldt in het bijzonder voor de beperkte groepsvrijstelling die Verordening nr. 4056/86 verleent aan lijnvaartconferenties<sup>324</sup>, nu daarin een vrijstelling met een onbeperkte geldigheidsduur wordt verleend aan horizontale prijsovereenkomsten<sup>325</sup>.

**131.** *De vrij te stellen afspraak mag de mededinging niet uitschakelen.*— Tijdens de besproken periode gaf het Gerecht enige toelichting bij de (vierde) voorwaarde die artikel 81, lid 3 stelt opdat een overeenkomst kan genieten van een vrijstelling, namelijk dat de mededingingsbeperkende afspraak de betrokken ondernemingen niet de mogelijkheid mag geven om “voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen”. Het Gerecht oordeelde dat deze uitdrukking verder gaat dan het begrip “machtspositie” in de zin van artikel 82 – dat wil zeggen dat ook indien de betrokken ondernemingen, samen genomen, zouden kunnen worden beschouwd als hebbende een machtspositie, dat niet noodzakelijk impliceert dat zij ook in staat zijn om de mededinging uit te schakelen voor een wezenlijk deel van de betrokken producten<sup>326</sup>.

**132.** In *Métropole télévision II*<sup>327</sup> vernietigt het Gerecht een vrijstelling die de Commissie met toepassing van artikel 81, lid 3 had verleend aan de gemeenschappelijke verwerving en verdeling van televisierechten voor sportevenementen in het “Eurovisie”-kader. Het Gerecht erkent dat de verwerving van exclusieve televisierechten met betrekking tot een bepaald evenement (in dat geval: het wereldkampioenschap

voetbal) op zichzelf geen concurrentiebeperking vormt. Maar de *uitoefening* van die rechten kan, afhankelijk van de context, wel dergelijke beperking teweegbrengen<sup>328</sup>. Met betrekking tot het Eurovisiesysteem (collectieve verwerving van exclusieve rechten met betrekking tot bepaalde evenementen) stelt het Gerecht vast dat de exclusieve rechten een sterke invloed hebben op “stroomafwaartse” markten, namelijk deze voor de televisie waarop de sportevenementen worden uitgezonden, en dat de aankoop van de exclusieve rechten *in casu* geschiedde niet door een entiteit die deze vervolgens op de markt aanbiedt, maar wel door een beperkt aantal omroepen die vervolgens de uitzendingen grotendeels voor zichzelf reserveren. In dergelijke omstandigheden kan enkel een voldoende “toegang voor derden” verzekeren dat ten aanzien van niet-participerende omroepen de mededinging wordt uitgeschakeld<sup>329</sup>.

## 7. Misbruik van machtspositie

**133.** In het arrest *UPS Europe*<sup>330</sup> diende het Gerecht te oordelen over de vraag of van een postale operator die geniet van een wettelijk beschermd monopolie, kan worden gezegd dat hij misbruik maakt van zijn machtspositie door met gebruikmaking van fondsen die zijn verworven op de “gereserveerde” markt een participatie te nemen in een onderneming die actief is op een andere markt (het geval voor het Gerecht betrof de verwerving, door Deutsche Post, van een controleparticipatie in DHL). Het Gerecht beantwoordt die vraag bevestigend: indien de fondsen die worden aangewend voor de verwerving van de deelneming zelf zijn verkregen door misbruikpraktijken (bijvoorbeeld te hoge of discriminerende prijzen), dan kan de participatie, die wordt gefinancierd met dergelijke “onrechtmatig verworven” fondsen, worden beschouwd als het “resultaat” van een misbruik van een machtspositie<sup>331</sup>. Hoe deze regel in de praktijk moet worden toegepast is niet meteen duidelijk: aangezien geld fungibel is, zal (zelfs op basis van een analytische boekhouding) slechts in zeldzame gevallen kunnen worden aangetoond dat de acquisitie *in realiteit* is gefinancierd met fond-

<sup>322</sup> Arrest in zaak T-395/94, *Atlantic Container Line*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 265 en 367; arrest *CMA CGM*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 224-229. In dat laatste arrest wijst het Gerecht er op dat, indien de Commissie oordeelt dat het verzoek om vrijstelling moet worden afgewezen omdat de betrokken overeenkomst niet voldoet aan de eerste drie door art. 81, lid 3 genoemde voorwaarden, zij niet verplicht is om de vierde voorwaarde (geen uitschakeling van de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten) te onderzoeken, zodat de Commissie de voor dat doeleinde noodzakelijke afbakening en analyse van de relevante markten achterwege mocht laten.

<sup>323</sup> Arrest van 8 oktober 2002, gevoegde zaken T-185/00, T-216/00, T-299/00 en T-300/00, *Métropole télévision (M6)*, *Jur.* 2002, II-3805, r.o. 86.

<sup>324</sup> Verordening (EEG) nr. 4056/86 tot vaststelling van de wijze van toepassing van de artt. 85 en 86 van het Verdrag op het zeevervoer, *PB. L.* 378, p. 4.

<sup>325</sup> Arrest T-395/94, *Atlantic Container Line*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 146.

<sup>326</sup> Arrest in zaak T-395/94, *Atlantic Container Line*, r.o. 328 en 330.

<sup>327</sup> Aangehaalde voetnoot 323.

<sup>328</sup> R.o. 64 van het arrest.

<sup>329</sup> R.o. 68 van het arrest; in het vervolg van het arrest (r.o. 69-86) onderzoekt het Gerecht de (beperkingen op) de mogelijkheid voor niet-deelnemende zenders om rechtstreekse uitzendingen te verrichten (immers, aldus het Gerecht, enkel rechtstreekse uitzendingen zijn rendabel) en concludeert dat er geen waarborg bestaat dat wedstrijden die niet worden uitgezonden door de titularissen van de exclusieve rechten, ter beschikking worden gesteld aan derde zenders. Ook de (beperkte) mogelijkheid om wedstrijden uitgesteld of in samenvatting uit te zenden wordt door het Gerecht als onvoldoende beoordeeld.

<sup>330</sup> Arrest van het Gerecht van 20 maart 2002, zaak T-175/99, *UPS Europe*, *Jur.* 2002, II-1915 (r.o. 55 en 61), o.m. geannoteerd door V. KRONENBERGER, *European Law Reporter* 2002, p. 179-180.

<sup>331</sup> R.o. 55 van het arrest.

sen die afkomstig zijn uit de “gereserveerde” activiteit. Wat bijvoorbeeld indien de acquisitie wordt gefinancierd met bankleningen, die worden gewaarborgd door het gehele vermogen van de betrokken onderneming (inclusief dus door de winsten die worden behaald uit de gereserveerde activiteit)? Moeilijker nog zal het bewijs zijn dat het geheel of een gedeelte van de voor de participatie gebruikte fondsen zijn *verkregen door* praktijken die strijdig zijn met artikel 82. Immers, zelfs wanneer (in de context van een andere procedure) is vastgesteld dat de betrokken operator op de gereserveerde markt “te hoge” of “discriminerende” prijzen toepaste, zal het verre van eenvoudig zijn om aan te tonen in welke mate die praktijken bijkomende winsten hebben gegenereerd die elders worden gebruikt. In de praktijk lijkt deze door het Gerecht afgekondigde regel dan ook enkel te kunnen worden afgedwongen door mededingingsautoriteiten die beschikken over bijzondere onderzoeksbevoegdheden. En in zijn arrest oordeelt het Gerecht nu precies dat op de Commissie *geen* verplichting rust om een klacht te onderzoeken als door de klager geen (bewijs)elementen worden voorgelegd waaruit kan blijken dat de gebruikte fondsen zijn verworven met miskenning van artikel 82<sup>332</sup>. Een voorbeeld van een “catch 22”?

**134.** Tijdens de besproken periode nuanceert het Gerecht de in het arrest Bronner<sup>333</sup> gestelde regel – de weigering, door een onderneming met een machtspositie, om haar concurrenten toegang te verlenen tot een door haar opgebouwd distributienet maakt op zichzelf geen misbruik uit van machtspositie. Volgens het Gerecht<sup>334</sup> kan van misbruik wél sprake zijn wanneer de toegang tot het distributienet afhankelijk wordt gesteld van de aanvaarding van “onrechtmatige bepalingen” (*in casu* onder meer kwantitatieve beperkingen inzake de commercialisatie van producten). Van dergelijke bepalingen staat immers niet vast dat ze noodzakelijk zijn om de commerciële belangen te verdedigen van de onderneming met de machtspositie.

## 8. Boetes

**135.** *Belangrijke rol van het Gerecht.* – Een groot deel van de jurisprudentie van (vooral) het Gerecht tijdens de besproken periode had betrekking op de hoogte van de door de

Commissie opgelegde boetes. De belangrijke plaats die de boetecontentieux inneemt is te verklaren door het feit dat een discussie over het bedrag van een boete enkel kan worden gevoerd in het kader van een beroep bij het Gerecht. Inderdaad, in de mededeling van punten van bezwaar moet de Commissie weliswaar haar voornemen te kennen geven om een boete op te leggen, en moet zij de factoren (ernst en duur van de inbreuk, plus eventuele verzwarende en verzachtende omstandigheden) identificeren waarmee zij rekening zal houden bij het bepalen van het boetebedrag. Maar dat concrete bedrag wordt pas vastgesteld in de inbreukbeschikking zelf. Tegen die werkwijze bestaat geen bezwaar. Zo wordt, in lijn met vaste rechtspraak, in de “Buizen voor afstandsverwarming”-zaak<sup>335</sup> bevestigd, dat er voor de Commissie geen verplichting bestaat om de ondernemingen aan wie een boete wordt opgelegd, op voorhand te horen omtrent de hoogte van de voorgenomen boete en/of de wijze waarop die boete zal worden berekend. Het volstaat dat in de mededeling van de punten van bezwaar alle (in de richtsnoeren vermelde) gegevens, feitelijk en rechtens, worden vermeld op basis waarvan de boete zal worden berekend. In hun antwoord op de punten van bezwaar kunnen de betrokken ondernemingen dan stelling innemen met betrekking tot deze gegevens. Zolang de ondernemingen niet in staat zijn gesteld hun standpunt kenbaar te maken ten aanzien van de tegen hen in aanmerking genomen punten van bezwaar, zou, aldus het Gerecht in voornoemd arrest, het geven van aanwijzingen omtrent de hoogte van de beoogde geldboeten er immers op neerkomen dat de Commissie vooruitloopt op haar beslissing<sup>336</sup>.

**136.** Niet enkel is het Gerecht de eerste onafhankelijke instantie die zich buigt over het bedrag van de door de Commissie vastgestelde boete, het kan best zijn dat het ook de laatste is. Immers, wanneer (zoals meermaals het geval is) het bedrag van de boete door het Gerecht met uitoefening van zijn volle rechtsmacht wordt vastgesteld (dat wil zeggen, verhoogd, verlaagd of op hetzelfde bedrag vastgelegd), dan is het vaste rechtspraak van het Hof dat, wanneer het zich in het kader van een hogere voorziening uitspreekt over rechtsvragen, het zijn oordeel over de hoogte van de boete niet uit billijkheidsoverwegingen in de plaats kan stellen van dat van het Gerecht<sup>337</sup>.

<sup>332</sup>. R.o. 61 van het arrest.

<sup>333</sup>. Zie de bespreking in *Kroniek 1997-1999, T.B.H.* 1999, 779-781, nrs. 94-96.

<sup>334</sup>. Arrest *AAMS*, aangehaald in voetnoot 263, r.o. 76. Eveneens tijdens de besproken periode was er heel wat te doen omtrent de dwanglicentie die de Commissie, op basis van overwegingen die steunden op het arrest *Bronner*, en bij wege van voorlopige maatregel, had opgelegd aan *IMS Health*. De tenuitvoerlegging van de beschikking van de Commissie werd door de president van het Gerecht opgeschort (Beschikkingen van 10 augustus 2001 en 26 oktober 2001, zaak T-184/01 R, *Jur.* 2001, II-2349 en 3193) in afwachting van een uitspraak over de wettigheid van de Commissiebeschikking – die door de Commissie vervolgens werd ingetrokken (Beschikking 2003/741/EG van 13 augustus 2003, zaak *COMP D3/38.044 – NDC Health/IMS Health, PB.* L. 268, p. 69). Naderhand werd door het Hof van Justitie een (prejudicieel) arrest geveld over de zaak (arrest van het Hof van 29 april 2004, zaak C-418/01, *IMS Health/NDC Health*, nog niet gepubliceerd), dat in een volgende aflevering van de *Kroniek* zal worden besproken.

<sup>335</sup>. Arrest *KE Kelit Kunststoffwerk*, aangehaald in voetnoot 288, r.o. 199-206. Zie ook het arrest *PVC II*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 464.

<sup>336</sup>. Arrest *KE Kelit Kunststoffwerk*, aangehaald in voetnoot 288, r.o. 206, met verwijzing naar o.m. het arrest van het Hof van 9 november 1983, zaak 322/81, *Michelin/Commissie, Jur.* 1983, r.o. 19.

<sup>337</sup>. Zie bv. arrest *PVC II*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 614. Dat belet niet dat het Hof er op kan toezien dat de vaststelling, door het Gerecht in het kader van zijn volle rechtsmacht, van de boetebedragen geen ongewettigd verschil in behandeling tussen de betrokken ondernemingen tot stand brengt. *Ibid.*, r.o. 617.

**137. Andere oorzaken van toegenomen rechtspraak over boetes.**— Er bestaan ook nog andere factoren die aan de basis liggen van het grote aantal arresten over (het bedrag van) de boetes. Om te beginnen is zowel het aantal als het gemiddeld bedrag van de boetes die door de Commissie worden opgelegd uit hoofde van schendingen van de mededingingsregels, gevoelig gestegen<sup>338</sup>. Daarbij plukt de Commissie ook de vruchten van de zogenaamde “clementieregeling”<sup>339</sup> die, kort gezegd, belangrijke kortingen op boetes en in beperkte gevallen zelfs immunititeit belooft aan ondernemingen die met de Commissie “samenwerken” bij het onderzoek en de opsporing van inbreuken op de mededingingsregels. De clementieregeling (en zeker de versie van 2002) heeft geleid tot sterke groei van de praktijk waarbij ondernemingen de Commissie bewijsmateriaal verschaffen omtrent een inbreuk, met de hoop immuniteit (dan wel een grote boetevermindering) te verkrijgen in verband met de door de Commissie ten aanzien van die inbreuk op te leggen sancties. Hierna (randnr. 150-152) wordt teruggekomen op enkele arresten die interessante beschouwingen bevatten over de clementieregeling.

**138.** Nog een factor die de omvang van de boetecontentieux helpt te verklaren zijn de door de Commissie in 1998 uitgevaardigde “boeterichtsnoeren”<sup>340</sup>. Het gaat om een mededeling waarin de Commissie de criteria toelichtte op basis waarvan zij voortaan boetes in mededingingszaken zou gaan berekenen. Die richtsnoeren komen tegemoet aan de vaak uitgedrukte verzuchting om een grotere voorzienbaarheid te creëren voor wat betreft het bedrag van de boetes. In dit verband is het vaste rechtspraak dat de Commissie, eens zij

richtsnoeren heeft bekendgemaakt waarin zij uiteenzet hoe zij boetes in individuele zaken zal berekenen, zich omwille van de rechtszekerheid aan die richtsnoeren moet houden<sup>341</sup>; de meeste beroepen die werden ingesteld tegen door de Commissie opgelegde boetes waren dan ook (minstens gedeeltelijk) gebaseerd op de bewering dat de Commissie haar eigen richtsnoeren onjuist had toegepast.

**139. Beoordelingsbevoegdheid van de Commissie bij het bepalen van het bedrag van de boete.**— Voor het uitvaardigen van de richtsnoeren werd er geregeld kritiek uitgeoefend op de beoordelingsbevoegdheid waarover de Commissie – ook krachtens de rechtspraak van het Hof en het Gerecht – beschikt<sup>342</sup>. De uitoefening van die beoordelingsbevoegdheid maakte het niet eenvoudig om een “lijn te trekken” in de uiteenlopende boetebedragen die de Commissie in (beweerdelijk gelijkaardige) individuele zaken oplegde. De door de Commissie uitgevaardigde richtsnoeren vergroten de voorspelbaarheid van het bedrag van de boete. Zij bevatten bijkomende details over de manier waarop de Commissie de in de mededeling van de punten van bezwaar genoemde factoren zal “wegen” bij het bepalen van het boetebedrag. Bijvoorbeeld wordt in de richtsnoeren een aanduiding gegeven van de “basisbedragen” (een soort minimumtarieven, zie verder, randnr. 143) die de Commissie voornemens is op te leggen in functie van de vastgestelde zwaarte en de duur van de inbreuk. Het voor een bepaalde inbreuk vastgesteld basisbedrag wordt vervolgens verhoogd dan wel verlaagd in functie van een aantal bij wijze van voorbeeld in de richtsnoeren opgesomde verzwarende<sup>343</sup> en verzachtende<sup>344</sup> omstandigheden.

<sup>338</sup> Bij wijze van voorbeeld: Commissaris Monti vermeldt in zijn voorwoord op het XXXIIe Verslag over het mededingingsbeleid (*Brussel/Luxemburg*, 2003, p. 4, te consulteren op de webstek van de Commissie) dat de Commissie in de loop van het jaar 2002 tien verbodsbeschikkingen uitvaardigde, waarbij voor in totaal voor 1 miljard EUR aan geldboetes werden opgelegd.

<sup>339</sup> Mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken, *PB*. 2002, C 45, p. 3 (de arresten geveld tijdens de besproken periode hadden betrekking op Commissiebeschikkingen waarin toepassing werd gemaakt van de vorige – en enigszins verschillende – versie van de clementieregeling, zie *PB*. 1996, C 207, 4). Sinds kort geldt ook in België een clementieregeling, zie de Gezamenlijke mededeling van de Raad voor de Mededinging en het Korps Verslaggevers, *B.S.* 30 april 2004, 36257.

<sup>340</sup> Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten zoals gepubliceerd in *PB*. 1998, C 9, p. 3.

<sup>341</sup> Zie bv., tijdens de besproken periode, het arrest *Lögstör Rör*, punt 274. Anders is het met een *ontwerp* dat de Commissie publiceert van een bekendmaking: dergelijke publicatie kan geen aanleiding geven tot gewettigd vertrouwen dat de Commissie de in het ontwerp verwoorde beginselen daadwerkelijk zal toepassen; *ibid.*, punt 361.

<sup>342</sup> Ook tijdens de besproken periode zijn er nog echo's te vinden van die rechtspraak, zo bv. het arrest *HFB*, aangehaald in voetnoot 267, r.o. 541, het arrest *CMA CGM*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 252, alsmede het arrest van het Gerecht van 9 juli 2003, zaak T-220/00, *Cheil Jedang*, nog niet gepubliceerd, r.o. 62, waarin wordt geponereerd dat zolang de Commissie een boete oplegt die beneden het maximum blijft van 10% van de wereldwijde omzet, zij de geldboete kan bepalen op basis van de door haar gekozen omzet, zowel wat het geografische gebied als wat de betrokken producten betreft.

<sup>343</sup> Klassieke (en in de boeterichtsnoeren vermelde) voorbeelden van verzwarende omstandigheden zijn het waarnemen van een rol als “kopstuk” (“ringleader”) van een verboden afspreken, het uitoefenen van druk op andere ondernemingen om aan een verboden afspraak deel te nemen, en het verderzetten van de inbreuk na ontvangst van een waarschuwingsbrief of na een verificatie. Zie bv. het arrest van het Gerecht van 20 maart 2002, zaak T-31/99, *ABB Asea Brown Boveri Ltd*, *Jur.* 2002, II-1881. In dat arrest laat het Gerecht opmerken dat grotere ondernemingen gewoonlijk beschikken over voldoende middelen die hen beter dan kleine ondernemingen in staat stellen de vereisten van de mededingingsregels te begrijpen (r.o. 169).

<sup>344</sup> De meest toegepaste verzachtende omstandigheid is de medewerking met het onderzoek – waarbij gedifferentieerd wordt tussen medewerking voor dan wel na ontvangst van de mededeling van punten van bezwaar (of het verrichten van een verificatie). Het eenvoudig verstrekken van de informatie die wordt gevraagd in een verzoek om inlichtingen kan niet worden gekwalificeerd als “medewerking” die recht geeft op een verlaging van het boetebedrag. Het criterium is of de door de betrokken onderneming verstrekte inlichtingen hebben bijgedragen tot de verlichting van de taak van de Commissie met betrekking tot de vaststelling van de inbreuk. Zie het arrest *CMA CGM*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 303 en 306. Een verzachtende omstandigheid kan er ook in bestaan dat de verboden afspraken niet ten uitvoer zijn gelegd dan wel dat er geen bewijs voorligt van tenuitvoerlegging, zie eveneens het arrest *CMA CGM*, r.o. 287-293. Verderop in de tekst (randnr. 145) wordt aandacht besteed aan de passieve rol van een deelnemer als verzachtende omstandigheid. Daarentegen is niet te beschouwen als verzachtende omstandigheid, het feit dat een onderneming geen profijt heeft behaald uit de begane inbreuk – anders oordelen, aldus het Gerecht, zou een geldboete haar preventieve werking ontnemen. Arrest *CMA CGM*, r.o. 340-341. Omgekeerd kan het voordeel dat wordt behaald als gevolg van een inbreuk, op voorwaarde dat het kwantificeerbaar is, wel als een *verzwarende* omstandigheid worden beschouwd. *Ibid.*, r.o. 342-343.

**140. Geldigheid van de boeterichtsnoeren.**– Tijdens de besproken periode deed het Gerecht zowel uitspraak over de geldigheid als over de toepassing van de richtsnoeren. In het arrest *Lögstör Rör*<sup>345</sup> werd bevestigd dat de richtsnoeren blijven binnen het kader van het (toen nog geldende) artikel 15, lid 2, van Verordening nr. 17<sup>346</sup>, naar luid waarvan het bedrag van de geldboeten wordt bepaald aan de hand van de zwaarte en de duur van de inbreuk.

**141. Verhoging van “boetetarieven”.**– In meerdere arresten wordt bevestigd, dat het vertrouwensbeginsel noch het verbod op straffen met terugwerkende werking zich er tegen verzetten dat de Commissie de door haar toegepaste richtsnoeren voor de berekeningen van boetes van tijd tot tijd aanpast, ook als de nieuwe berekeningswijze kan resulteren in hogere boetes dan in het verleden, zolang de nieuwe richtsnoeren maar beantwoorden aan de twee in artikel 15, lid 2, van Verordening nr. 17 genoemde criteria, namelijk de zwaarte en de duur van de inbreuk<sup>347</sup>. Deze uitspraak is niet zonder belang, want de in januari 1998 gepubliceerde richtsnoeren vermelden bijvoorbeeld een bedrag van “meer dan 20 miljoen EUR” als “mogelijk” tarief voor zeer ernstige inbreuken. Volgens het Gerecht kan de onmiddellijke toepassing van de richtsnoeren niet worden beschouwd als een verhoging van sancties met terugwerkende kracht, nu de Commissie bij het opleggen van boetes over een beoordelingsvrijheid beschikt – die haar dus ook de mogelijkheid biedt om voor bepaalde inbreuken boetes op te leggen die hoger zijn dan de in het verleden voor vergelijkbare inbreuken opgelegde boetes. Het Gerecht verwijst in dat verband naar vaste rechtspraak die bevestigt dat de Commissie er toe gerechtigd is om het “niveau” van haar boetes op te trekken “indien dit noodzakelijk blijkt om de uitvoering van het communautaire mededingingsrecht te verzekeren”<sup>348</sup>. Om dezelfde redenen kan evenmin een “gewettigd vertrouwen”

dan wel een discriminatieargument worden ontleend aan het feit dat de Commissie in een vroegere (en beweerdelijk vergelijkbare) zaak wél een bepaalde vermindering van de boete toekende uit hoofde van medewerking tijdens de administratieve procedure of uit hoofde van factoren die in die eerdere zaak als verzachtende omstandigheden werden aangemerkt; immers, niet de beschikkingspraktijk van de Commissie maar enkel Verordening nr. 17 (thans Verordening nr. 1/2003) biedt het rechtskader voor het opleggen van geldboetes<sup>349</sup>.

**142. Differentiatie van het boetebedrag in functie van de “groepering” van de deelnemers aan de inbreuk.**– Het beginsel van gelijke behandeling speelt (uiteraard) wél bij het vastleggen van de boetebedragen van ondernemingen die aan *dezelfde* inbreuk deelnamen: die bedragen moeten worden bepaald volgens dezelfde methode, tenzij een objectieve rechtvaardiging wordt gegeven om daarvan af te wijken<sup>350</sup>. Dezelfde *methode* betekent uiteraard niet dat alle deelnemers hetzelfde boetebedrag opgelegd zullen krijgen. Er kunnen verschillen bestaan voor wat betreft de duur van de deelname aan de inbreuk, kopstukken worden steeds zwaarder gestraft dan “meelopers”, grotere ondernemingen kunnen zich verwachten aan strengere straffen dan kleinere<sup>351</sup> en het basisbedrag van de boete houdt meestal rekening met de relatieve verschillen in omzet en marktaandeel, teneinde rekening te houden met de daadwerkelijke invloed op de mededinging van het inbreukmakende gedrag van elke afzonderlijke deelnemer<sup>352</sup>. Een geschikt middel daartoe is de indeling van deelnemers aan een inbreuk in “groepen” (met een overeenstemmende differentiatie van het basisbedrag van de boete dat per groep wordt vastgesteld)<sup>353</sup>. Die indeling moet wel geschieden op basis van objectieve criteria, ook al is het niet vereist dat de betrokken differentiatie in een rekenkundig regeltje is te vatten<sup>354</sup>.

<sup>345.</sup> R.o. 222-232 en 277-291.

<sup>346.</sup> Thans art. 23, lid 3, van Verordening nr. 1/2003.

<sup>347.</sup> Zie bv. het arrest *Cheil Jedang*, aangehaald in voetnoot 342, r.o. 33-64. Het Gerecht preciseert dat het verbod op het opleggen van sancties met terugwerkende kracht impliceert dat enkel sancties kunnen worden opgelegd die ten tijde van de inbreuk waren “bepaald”. Welnu, aldus het Gerecht, de sancties zijn bepaald in Verordening nr. 17 (huidige Verordening nr. 1/2003), niet in de richtsnoeren; die richtsnoeren geven enkel regels inzake de *berekening* van de boetes die krachtens art. 15, lid 2, van Verordening nr. 17 kunnen worden opgelegd.

<sup>348.</sup> Arrest *Lögstör Rör*, r.o. 237, met verwijzing naar o.m. het arrest van het Hof van 7 juni 1983, gevoegde zaken 100/80-103/80, *Musique diffusion française e.a./Commissie, Jur.*, p. 1825, punt 109. Zie ook *Kroniek 1997-1999, T.B.H.* 1999, 782, nr. 99.

<sup>349.</sup> Arrest *Lögstör Rör*, r.o. 244 en 337; arrest *ABB Asea Brown Boveri*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 239; arrest *Cheil Jedang*, r.o. 57-58.

<sup>350.</sup> Arrest *Stora*, aangehaald in voetnoot 272, r.o. 78; *ABB Asea Brown Boveri*, r.o. 240.

<sup>351.</sup> Bv. citeert het Gerecht tijdens de besproken periode meermaals op goedkeurende wijze de in de boeterichtsnoeren verdedigde stelling dat “*grootschalige ondernemingen zich beter van het inbreukmakende karakter van hun gedragingen en van de gevolgen ervan rekenschap kunnen geven*” (arrest *Cheil Jedang*, aangehaald in voetnoot 342, r.o. 80). Zie ook het arrest *CMA CGM*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 385 en 394-398. De “grootte” van een onderneming mag worden bepaald op basis van haar totale omzet (i.p.v. haar omzet op de markt waarop de verboden afspraak betrekking had), zie het arrest *CMA CGM*, r.o. 399.

<sup>352.</sup> Arrest *Cheil Jedang*, r.o. 81.

<sup>353.</sup> Zie bv. het arrest *CMA CGM*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 401-412 en 435.

<sup>354.</sup> Arrest *Cheil Jedang*, aangehaald in voetnoot 342, r.o. 78-84 en r.o. 104-106; het Gerecht achtte het in dit arrest aanvaardbaar dat een groep is samengesteld uit ondernemingen die een vergelijkbare (wereldwijde) omzet hebben geboekt in de producten die het voorwerp uitmaken van de verboden afspraak (r.o. 107-115). In het arrest *CMA CGM* (aangehaald in voetnoot 296) oordeelde het Gerecht dat de door de Commissie verrichte indeling in groepen niet berust op objectieve criteria; de Commissie had de grenzen tussen de groepen getrokken daar waar de *absolute* verschillen in grootte het belangrijkste waren; het Gerecht daarentegen oordeelde dat enkel *relatieve* verschillen in grootte het mogelijk maken om rekening te houden met het werkelijke specifieke gewicht van elk van de deelnemers (r.o. 418-432 van het arrest).

**143. Minimumtarieven.**– In het arrest *Lögstör Rör* wordt geoordeeld dat de boeteberekeningsrichtsnoeren niet onwettig zijn waar zij een (in functie van de zwaarte van de inbreuk gedifferentieerd) “minimumtarief” in het vooruitzicht stellen, eerder dan een berekeningsformule uit te werken op basis van de omzet van ondernemingen waaraan de boete wordt opgelegd. Het Gerecht overweegt dienaangaande dat de Commissie gerechtigd is de geldboete te berekenen op basis van de zwaarte van de inbreuk, *zonder* de verschillende omzetcijfers van de betrokken ondernemingen in aanmerking te nemen<sup>355</sup>. Weliswaar kan het hanteren van gespierde “minimumtarieven” als gevolg hebben dat in een aantal gevallen het op basis van de richtsnoeren berekende bedrag (zelfs na toepassing van verzachtende omstandigheden) hoger is dan 10% van de wereldwijde omzet van de betrokken onderneming<sup>356</sup>, zodat de verzachtende omstandigheden niet het effect hebben om de boete tot *beneden* het niveau van 10% te brengen en dus geen praktisch voordeel verlenen aan de betrokken onderneming. Maar daartegen bestaat volgens het Gerecht geen bezwaar: de Commissie mag bij de berekening van het boetebedrag zich baseren op tarieven die hoger liggen dan 10% van de wereldwijde omzet, zolang het uiteindelijk opgelegde boetebedrag maar niet hoger ligt dan de bedoelde 10%. Daartegenover staat, dat de Commissie uitdrukkelijk moet motiveren waarom zij in een bepaald geval een basisbedrag hanteert dat *hoger* ligt dan het in de richtsnoeren genoemde minimumniveau<sup>357</sup>.

**144. Berekening van boetebedrag op basis van wereldwijde omzet.**– In meerdere tijdens de besproken periode beslechte zaken hadden beboete ondernemingen er zich over beklaagd, dat hun boete was berekend op basis van hun totale wereldwijde omzet en niet op basis van hun omzet in de EU/EEA in de producten die het voorwerp uitmaakten van de verboden afspraak. Het Gerecht bevestigde dat de Commissie niet verplicht is om het boetebedrag te bepalen op basis van de omzet in de betrokken producten, en evenmin op basis van de EU/EEA omzet in die producten<sup>358</sup>. Maar door het vast-

stellen van de boeterichtsnoeren (versie 1998) heeft de Commissie zich er wel toe verplicht om, bij inbreuken waarbij een veelvoud van ondernemingen betrokken zijn, het (uitgangs)bedrag van de boetes te differentiëren in functie van de daadwerkelijke invloed op de mededinging van het inbreukmakende gedrag van elke onderneming afzonderlijk. Dat betekent dat de Commissie (ook) rekening moet houden met de omzet van de betrokken ondernemingen op de markt die het voorwerp uitmaakte van de verboden afspraak<sup>359</sup>.

**145. Verzachtende omstandigheden.**– De boeterichtsnoeren vermelden uitdrukkelijk als verzachtende omstandigheid het feit dat “*de betrokken onderneming een louter passieve rol vervulde of slechts meeloopster was bij de totstandbrenging van de inbreuk*”. Indien bewezen, moet deze omstandigheid aanleiding geven tot een vermindering van het beginbedrag van de boete. Het Gerecht preciseerde in dit verband dat een passieve rol onder meer kan blijken uit het feit dat een onderneming meerdere (belangrijke) vergaderingen niet heeft bijgewoond, en dat zij door de andere deelnemers van de inbreuk is benadeeld (bijvoorbeeld naar aanleiding van de vaststelling van verkoopquota)<sup>360</sup>. Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat “de inbreukmakende overeenkomsten of gedragsregels niet daadwerkelijk zijn toegepast” door de deelnemers aan de verboden afspraak: ook deze omstandigheid moet, indien bewezen, leiden tot een vermindering van het beginbedrag van de boete<sup>361</sup>.

**146. Financiële moeilijkheden geen verzachtende omstandigheid.**– Tijdens de besproken periode wordt ook de vaste rechtspraak bevestigd volgens dewelke de Commissie niet verplicht is om bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete rekening te houden met de deficitaire financiële situatie van de betrokken onderneming, aangezien de erkenning van een dergelijke verplichting zou neerkomen op het verschaffen van een ongerechtvaardigd concurrentievoordeel aan de ondernemingen die het minst zijn aangepast aan de eisen van de markt<sup>362</sup>.

<sup>355</sup>. Arrest *Lögstör Rör*, punt 281.

<sup>356</sup>. Art. 23, lid 2, van Verordening nr. 1/2003 (voormalig art. 15, lid 2, van Verordening nr. 17) bepaalt dat het bedrag van de boete in elk geval moet worden beperkt tot 10% van de wereldwijde omzet in het voorgaande boekjaar; dus wanneer het op basis van de richtsnoeren berekende bedrag hoger ligt dan deze absolute bovengrens, wordt het tot die grens verlaagd.

<sup>357</sup>. Arrest CMG CGM, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 268-275 en 443. Die motivering moet in de bestreden beschikking te vinden zijn; verklaringen in processtukken of ter terechtzitting kunnen een tekortschietende motivering in de beschikking niet redden (*ibid.*, r.o. 274).

<sup>358</sup>. Zie bv. arrest *Cheil Jedang*, aangehaald in voetnoot 342, r.o. 61-62.

<sup>359</sup>. Zie bv. arrest *Cheil Jedang*, aangehaald in voetnoot 342, r.o. 88-92. Dat betekent nog niet dat het boetebedrag niet hoger kan zijn dan de omzet die op de betrokken markt werd behaald, maar wel dat het aandeel van de betrokken ondernemingen op de betrokken markt moet worden onderzocht om na te gaan welke impact zij daadwerkelijk op de mededinging konden uitoefenen, zie r.o. 93-103 van hetzelfde arrest.

<sup>360</sup>. Zie bv. arrest *Cheil Jedang*, aangehaald in voetnoot 342, r.o. 165-183.

<sup>361</sup>. Zie bv. arrest *Cheil Jedang*, aangehaald in voetnoot 342, r.o. 184-208; er is weliswaar (nog) geen sprake van niet-uitvoering wanneer een onderneming de afgesproken prijsverhogingen niet *geheel* heeft uitgevoerd; er moet bewijs bestaan dat de onderneming zich daadwerkelijk heeft willen onttrekken aan de toepassing van de afgesproken prijzen (zie i.h.b. r.o. 193-199 van het arrest).

<sup>362</sup>. Arrest *HFB*, aangehaald in voetnoot 267, r.o. 596; arrest *CMA CGM*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 351. Ook het feit dat de armlastige situatie van een onderneming in een *vroegere* zaak werd aanvaard als verzachtende omstandigheid, verplicht de Commissie er niet toe om zulks in een latere beschikking eveneens te doen. Arrest *CMA CGM*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 353. In een Beschikking van 24 juli 2002, zaak C-233/03 P(R), *Linea GIG Srl in liquidazione*, *Jur.* 2003, I-7911, verleent de president van het Hof zelfs geen opschorting van uitvoering van een boetebeschikking ten aanzien van een onderneming in vereffening. Het Hof weigert in hogere voorziening terug te komen op het oordeel van de president van het Gerecht (Beschikking van de president van het Gerecht van 27 maart 2003, zaak T-398/02 R, *Linea GIG*, *Jur.* 2003, p. II-01139) dat een opschorting van de tenuitvoerlegging de Commissie zou benadelen ten aanzien van de andere schuldeisers van de betrokken onderneming. Zie verder voetnoot 375.

**147.** *Ne bis in idem.* – In het arrest PVC II bevestigt het Hof dat het beginsel *ne bis in idem* een grondbeginsel is van het gemeenschapsrecht (het is o.m. vervat in art. 4, lid 1, van Protocol nr. 7 bij het EVRM) dat, op het gebied van de mededinging, verbiedt dat een onderneming opnieuw wordt vervolgd of gestraft wegens een met de mededinging strijdige gedraging waarvoor zij is bestraft of niet-aansprakelijk is verklaard bij een eerdere beslissing, waartegen geen beroep meer openstaat<sup>363</sup>. In de Lysine-zaak<sup>364</sup> nuanceert het Gerecht deze regel: volgens het Gerecht verzet het beginsel er zich niet tegen dat de Commissie een boete oplegt voor een inbreuk die reeds *door een niet-EU autoriteit (in casu: de Amerikaanse autoriteiten)* is bestraft. Immers, aldus het Gerecht, zelfs binnen de EU is het niet uitgesloten dat de Commissie en één of meerdere nationale mededingingsautoriteiten sancties voor dezelfde inbreuk cumuleren<sup>365</sup>. De door de Commissie resp. de Amerikaanse autoriteiten opgelegde sancties hebben een verschillende doelstelling, namelijk de bescherming van de mededinging in de EU/EEA respectievelijk in de Verenigde Staten en dus bestaat er geen bezwaar tegen cumulatieve sancties. Het heikele punt in deze redenering is dat de verschillende autoriteiten die eenzelfde “globale” inbreuk beboeten, het bedrag van de boete meestal vaststellen op basis van de wereldwijde omzet van de ondernemingen, en niet enkel op basis van de omzet op de Europese resp. Amerikaanse markt (zeker als de inbreuk ook een verdeling van de wereldmarkt behelst). Indien de in dergelijke omstandigheden opgelegde boetes qua bedrag niet op elkaar worden afgestemd, ontstaat tenminste de indruk van een overlapping van de opgelegde sancties; maar het Gerecht blijkt voor dat argument niet gevoelig<sup>366</sup>.

**148.** Ook een ander beroep op het “*ne bis in idem*”-beginsel, teneinde het opleggen van een boete te voorkomen, werd tijdens de besproken periode door het Gerecht verworpen. In de “Buizen voor afstandsverwarming”-zaak had één van de deelnemers betoogd, dat zij enkel goederen op de nationale markten importeerde op basis van een quatum dat haar was toegewezen door één van de ondernemingen die het kartel leidde, en die ook haar leverancier was. De importeur beweerde nu, dat hij niet kon worden beboet voor een handeling waarvoor reeds aan haar leverancier een boete was opgelegd. Dat verweer wordt terzijde gesteld met de bedenking dat de betrokken importeur uit eigen beweging aan de verboden afspraak had deelgenomen, en daar dus een persoonlijke verantwoordelijkheid voor draagt<sup>367</sup>.

**149.** *(Geen) invloed van een “compliance program” op boete voor begane inbreuk.* – In de “Buizen voor afstandsverwarming”-zaak wordt uitgemaakt, dat een onderneming zich niet kan beroepen op het bestaan van een “compliance program” (intern programma opgezet om te vermijden dat de personeelsleden van de onderneming inbreuk maken op de mededingingsregels): het voorkomen van toekomstige inbreuken vormt geen verzachtende omstandigheid voor in het verleden gepleegde inbreuken<sup>368</sup>, en het feit dat een inbreuk werd gepleegd *ondanks* het bestaan van een *compliance program* lijkt er eerder op te wijzen dat het programma niet optimaal functioneert.

**150.** *Clementieregeling: basisvoorwaarde.* – Tijdens de besproken periode herhaalde het Gerecht de vaste rechtspraak dat een verlaging van de geldboete op grond van de tijdens de administratieve procedure verleende medewerking slechts gerechtvaardigd is indien het gedrag van de betrokken onderneming de Commissie in staat heeft gesteld een inbreuk met minder moeilijkheden vast te stellen (resp. te beëindigen)<sup>369</sup>.

**151.** *Beroep op clementieregeling niet onverenigbaar met beroep tot nietigverklaring tegen (verminderde) boete.* – Ondernemingen die een beroep hebben gedaan op de clementieregeling – wat vrijwel altijd inhoudt dat zij na ontvangst van de mededeling van punten van bezwaar hebben bevestigd dat zij de feiten zoals vermeld in de punten van bezwaar niet betwisten – komen in een delicate situatie terecht wanneer achteraf blijkt dat de Commissie (zelfs na toepassing van de vermindering voor medewerking) hen een veel hoger dan verwachte boete oplegt. In dergelijk geval kan de betrokken onderneming nog steeds de nietigverklaring vorderen van de Commissiebeschikking – bijvoorbeeld op basis van het argument dat de door de Commissie toegepaste procedure haar rechten van de verdediging schond, of dat het bedrag van de boete onredelijk hoog is. De Commissie had in de clementieregeling aangekondigd dat ze in dergelijke gevallen het Gerecht zal verzoeken om de (in de beschikking vastgestelde) boete te verhogen, en doet zulks in praktijk ook. Maar de rechtspraak van het Gerecht geeft daar niet zomaar gevolg aan.

**152.** Tijdens de besproken periode oordeelde het Gerecht dat een beroep in principe geen aanleiding vormt om de door de Commissie toegestane vermindering opnieuw te beoorde-

<sup>363</sup>. Arrest van het Hof van 15 oktober 2002, gevoegde zaken C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P tot C-252/99 P en C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij, DSM, Montedison, Elf Atochem, DegussaEnichem, Wacker-Chemie en Hoechst, Imperial Chemical Industries/Commissie*, *Jur.* 2002, I-8375.

<sup>364</sup>. Arresten van het Gerecht van 9 juli 2003 in zaken T-223/00, *Kyowa Hakko Kogyo*, 224/00, *Archer Daniels Midland* en T-230/00, *Daesang en Sewon Europe*, nog niet gepubliceerd.

<sup>365</sup>. Met verwijzing naar het arrest van het Hof van 14 december 1972, zaak 7/72, *Boehringer*, *Jur.* 1972, 1281.

<sup>366</sup>. Arrest *Kyowa Hakko Kogyo*, r.o. 96-114; arrest *Archer Daniels Midland*, r.o. 88-104.

<sup>367</sup>. Arrest *KE Kelit Kunststoffwerk*, aangehaald in voetnoot 288, r.o. 189.

<sup>368</sup>. Arrest *Lögstör Rör*, punt 345; arrest *ABB Asea Brown Boveri*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 220-224.

<sup>369</sup>. Arrest *ABB Asea Brown Boveri*, aangehaald in voetnoot 343, r.o. 238.

len. Het risico dat een onderneming, waarvan de geldboete als tegenprestatie voor de door haar verleende medewerking is verlaagd, nadien beroep tot nietigverklaring instelt tegen de inbreukbeschikking, en voor het Gerecht in het gelijk wordt gesteld, bestempelt het Gerecht als een normale consequentie van het gebruik van de in het verdrag neergelegde beroepsmogelijkheden. Het enkele feit dat een onderneming die met de Commissie heeft medegewerkt en daarom een verlaging van haar geldboete heeft gekregen, later door de rechter geheel of gedeeltelijk in het gelijk wordt gesteld, kan niet rechtvaardigen dat de omvang van de haar verleende verlaging opnieuw wordt beoordeeld<sup>370</sup>. Hetzelfde principe geldt wanneer de betrokken onderneming een beroep bij het Gerecht instelt met als bedoeling de haar door de Commissie (met toepassing van de Clementieregeling) opgelegde boete (verder) te laten verlagen. Ook als die onderneming na ontvangst van de mededeling van de punten van bezwaar aan de Commissie heeft meegedeeld dat zij de daarin vermelde feiten niet substantieel betwist, verliest zij daardoor niet het recht om, bijvoorbeeld, de beoordeling van het prijzeffect van het kartel, zoals vervat in de daaropvolgende beschikking, voor het Gerecht te betwisten. Immers, aldus het Gerecht, dergelijke betwisting betekent nog niet dat de *feiten* worden betwist<sup>371</sup>. Wat als de onderneming wél zo ver gaat, haar erkenning van de feiten geheel of gedeeltelijk in te trekken? In dergelijk geval oordeelde het Gerecht dat er evenmin aanleiding bestond om de door de Commissie toegekende “korting wegens medewerking” te verminderen: omwille van de door de betrokken onderneming tijdens de administratieve procedure gedane uitdrukkelijke erkenning worden de feiten (zoals vermeld in de beschikking, die gevolg geeft aan die erkenning) geacht vast te staan, zodat geen acht wordt geslagen op de intrekking voor het Gerecht; er bestaat dan evenmin grond om de reeds toegestane korting te verminderen<sup>372</sup>.

**153. Interest bij laattijdige betaling van boetes.**– In de “Buizen voor afstandswarmings”-zaak werd uitgemaakt, dat de Commissie het recht heeft om bij laattijdige betaling

van de boete (meestal wordt een termijn gegeven van drie maanden na betekening van de beschikking) verdragingsrente toe te passen. Het Gerecht merkte op, dat indien de Commissie deze bevoegdheid niet zou hebben, ondernemingen die hun geldboeten met vertraging betalen, zouden worden bevoordeeld ten opzichte van degene die wel binnen de daartoe gestelde termijn betalen. Weliswaar mag de rentevoet niet zo hoog zijn dat ondernemingen hierdoor feitelijk worden verplicht de geldboeten te betalen, ook al menen zij goede juridische gronden te hebben om de geldigheid van de beschikking van de Commissie te betwisten. Niettemin bevestigt het Gerecht dat de Commissie een referentiepunt mag hanteren dat hoger ligt dan het gemiddeld op de markt geldende rentepercentage voor leningen, voorzover dit noodzakelijk is om “vertragingsmanoeuvres” tegen te gaan; een rentevoet gelijk aan de ECB-rentevoet voor verrichtingen in ECU vermeerderd met 3,5 procentpunten wordt door het Gerecht aanvaardbaar geacht<sup>373</sup>.

**154.** Het standpunt van het Gerecht strookt met de opzet van Verordening nr. 1/2003: de Commissie beschikt over de bevoegdheid om een boete op te leggen die meteen betaalbaar is, ook wanneer tegen die boete beroep wordt ingesteld bij het Gerecht<sup>374</sup>. Toch is deze opzet vanuit het oogpunt van de rechten van de verdediging niet geheel onproblematisch. Immers, het Gerecht is de eerste onpartijdige instantie die zich over de zaak buigt en het kan dan ook enigszins verwonderlijk overkomen dat een boete, nog vooraleer zij op haar wettigheid is getoetst door een onpartijdige instantie, onmiddellijk betaalbaar is én bij gebrek aan tijdige betaling verwijlinterrest verschuldigd is. In de praktijk wordt thans veel tijd en geld besteed (zowel door de betrokken partijen als door de president van het Gerecht) aan de behandeling van verzoeken om bij voorlopige maatregel de uitvoering van een boetebeschikking op te schorten<sup>375</sup>. Het ware denkbaar, en wellicht zelfs eleganter, om – bij gelegenheid van een toekomstige aanpassing van Verordening nr. 1/2003 – dergelijke (separate) procedures overbodig te maken door te bepalen dat een boete enkel betaalbaar wordt (dan wel op het boe-

<sup>370</sup>. Arrest *Stora*, aangehaald in voetnoot 272, r.o. 85.

<sup>371</sup>. Arrest *Archer Daniels Midland*, aangehaald in voetnoot 364, r.o. 366.

<sup>372</sup>. Arrest *Archer Daniels Midland*, r.o. 367-370.

<sup>373</sup>. Arrest *Lögstör Rör*, punt 395-398.

<sup>374</sup>. De keerzijde van de medaille is wel, dat indien een tijdig betaalde boete door het Gerecht of het Hof geheel of gedeeltelijk wordt vernietigd, het bedrag van de boete door de Commissie mét interest aan de betrokken ondernemingen moet worden terugbetaald. Zie het arrest van het Gerecht van 10 oktober 2001, zaak T-171/99, *Corus UK/Commissie*, *Jur.* 2001, II-2967: een gehele of gedeeltelijke vernietiging van een boetebeschikking moet de betrokken onderneming plaatsen in de situatie *ex quo ante*, wat o.m. impliceert dat zij ook wordt vergoed voor de interest die ze op het betaald bedrag is misgelopen, of voor de kosten die zij heeft betaald i.v.m. het stellen van een bankgarantie).

<sup>375</sup>. Zie bv. de beschikking van de president van het Hof van 24 juli 2003 in zaak C-233/03 P (R), *Linea GIG Srl in liquidazione*, *Jur.* 2003, I-7911. De procedure had betrekking op een boete die was opgelegd aan een vennootschap in vereffening. Die vennootschap had gevraagd om haar bij wege van voorlopige maatregel te bevrijden van de verplichting om een bankgarantie te stellen (teneinde te vermijden dat de Commissie zou overgaan tot uitvoering van de boetebeschikking). De president van het Gerecht had vastgesteld dat de betrokken onderneming niet in staat was om een bankgarantie te bekomen, maar niettemin de gevraagde voorlopige maatregel geweigerd nu zulks de Commissie zou beletten om over te gaan tot gedwongen uitvoering, wat als gevolg zou kunnen hebben dat de activa van de onderneming zouden worden verdeeld onder de andere schuldeisers (een risico dat onder Belgisch recht niet zou bestaan gelet op de verplichting van de vereffenaar om adequate provisies te maken). Het oordeel van de president van het Gerecht werd in hogere voorziening bevestigd. In een beschikking van 14 december 1999 (zaak C-364/99 P (R)), *Jur.* 1999, I-8733 was reeds een verzoek om opschorting van de boete verworpen dat (onder meer) gebaseerd was op het argument dat de tenuitvoerlegging van de boete zou leiden tot de ondergang van de onderneming, wat haar de mogelijkheid op adequate juridische bescherming zou ontnemen. Daarover P.J. Slot, “A view from the mountain: 40 years of developments in EC Competition law”, *C.M.L. Rev.* 2004 (443), 449-451.

tebedrag enkel interest verschuldigd wordt) op het ogenblik dat het Gerecht de boete bevestigt, of op het ogenblik dat de beroepstermijn tegen de beschikking verstrijkt (waarbij de interest desnoods zou kunnen lopen vanaf een door het Gerecht te bepalen datum, die ten vroegste op het verstrijken van de beroepstermijn zou kunnen worden vastgesteld).

**155. Provisionele boete-immuniteit uitzonderingsregeling.** – Ten gevolge op de opheffing van (het aanmeldingssysteem zoals geregeld in) Verordening nr. 17 geldt ook niet langer provisionele boete-immuniteit voor partijen die een aanmelding verrichten van een mededingingsbepurende afspraak. Tijdens de besproken periode oordeelde het Gerecht<sup>376</sup> dat die boete-immuniteit geen toepassing vond op overeenkomsten die binnen het toepassingsgebied vielen van Verordening (EEG) nr. 1017/68<sup>377</sup> (een “zusterverordening” van Verordening nr. 17 die de toepassingsregels op het gebied van het land- en binnenwatervervoer inhield), aangezien die verordening niet uitdrukkelijk voorzorg in voorlopige immuniteit bij aanmelding. Het Gerecht overwoog in dat verband dat de regel inzake voorlopige boete-immuniteit een uitzonderlijke en afwijkende regel is, die niet berust op een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, en die dus niet ruim kan worden uitgelegd<sup>378</sup>. Om dezelfde redenen bevestigde het Gerecht dat de Commissie uit hoofde van haar algemene bevoegdheid géén voorlopige immuniteit kan verlenen aan een door artikel 81 verboden afspraak<sup>379</sup>.

**156. Andere remedies bij vaststelling van een inbreuk.** – Tijdens de besproken periode vernietigt het Gerecht een Commissiebeschikking voor zover die beschikking de deelnemers aan een verboden (prijs)afpraak gelast, om hun afnemers ervan in kennis te stellen dat de afnemers die zulks wensen, opnieuw over de voorwaarden van hun contracten kunnen onderhandelen, dan wel deze contracten kunnen beëindigen. Een dergelijk bevel is ingegeven door de overweging dat de verboden prijsafpraak resulteerde in de afsluiting van overeenkomsten met afnemers waarin kunstmatig hoge tarieven zijn bedongen. Het Gerecht stelde evenwel vast dat dergelijke verplichting in de Commissiepraktijk zelden of nooit was opgelegd, en ook niet onmisbaar was voor de uitvoering van de verbodsbeschikking: inderdaad, de contracten met afnemers vormden (anders dan de verbo-

den prijsafpraak tussen concurrenten) niet het voorwerp van de beschikking, en het Gerecht wijst erop dat de civielrechtelijke gevolgen van artikel 81 (inclusief de mogelijkheid voor afnemers om de nietigheid van hun contracten dan wel de erin vervatte prijzen op te werpen, of schadevergoeding te vorderen) een zaak van nationaal recht (en de nationale rechter) zijn<sup>380</sup>. Deze uitspraak is teleurstellend vanuit de optiek van “private enforcement”, gelet op de bekende moeilijkheid voor een afnemer om te bewijzen dat zijn contractvoorwaarden beter zouden zijn geweest zonder de verboden prijsafpraak. Toch laat het Gerecht een kleine opening: als de Commissie dergelijke verplichtingen wil opleggen, moet zij haar voornemen in de punten van bezwaar uitdrukkelijk aankondigen en vervolgens in de verbodsbeschikking toelichten waarom één en ander noodzakelijk is voor de beëindiging van de door haar vastgestelde inbreuken<sup>381</sup>.

## B. Rechten van de verdediging

### 1. Toezicht van de nationale rechter op Commissiebeschikkingen waarbij verificaties met dwangmaatregelen worden gelast

**157.** In het arrest Hoechst<sup>382</sup> had het Hof uitgemaakt dat er géén algemeen beginsel van gemeenschapsrecht bestaat dat het recht op onschendbaarheid van de woning ook voor *ondernemingen* erkent, en dat zulks beginsel evenmin uit artikel 8 van het EVRM kan worden afgeleid. Nadien had het EHRM evenwel geoordeeld<sup>383</sup> dat artikel 8 EVRM wél van toepassing kan zijn op bepaalde beroeps- of handelsactiviteiten of -ruimten<sup>384</sup>. Die schijnbare spanning tussen de jurisprudentie van beide hoven was voor de Franse Cour de cassation aanleiding om het Hof van Justitie in de zaak Roquette Frères<sup>385</sup> te ondervragen over de mate waarin de nationale rechter toezicht kan uitoefenen bij gelegenheid van verificaties. De zaak had betrekking op een Commissiebeschikking waarin een aantal ondernemingen werden gelast om hun bedrijfslokalen en -bescheiden te onderwerpen aan een verificatie door Commissieambtenaren. In een aantal landen (waaronder België) vereist de (dwang) uitvoering van derge-

<sup>376.</sup> Arrest van het Gerecht van 28 februari 2002, zaak T-18/97, *Atlantic Container Line e.a./Commissie*, *Jur.* 2002, II-1125.

<sup>377.</sup> Verordening van de Raad van 19 juli 1968 houdende de toepassing van mededingingsregels op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren, *PB.* 1968, L. 175, p. 1.

<sup>378.</sup> R.o. 51-60.

<sup>379.</sup> R.o. 63-65 (impliciet).

<sup>380.</sup> Arrest van het Gerecht in zaak T-395/94, *Atlantic Container Line*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 410-414.

<sup>381.</sup> Arrest van het Gerecht in zaak T-395/94, *Atlantic Container Line*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 415-419.

<sup>382.</sup> Arrest van het Hof van 21 september 1989, gevoegde zaken 46/87 en 227/88, *Jur.* 1989, 2859.

<sup>383.</sup> EHRM 16 december 1992 in de zaak *Niemietz/Duitsland*, Serie A, nr. 251-B.

<sup>384.</sup> In het arrest *PVC II* (aangehaald in voetnoot 363) wijst het Hof er op, dat de door art. 8 EVRM geboden waarborgen enkel kunnen spelen in het geval van een verificatie die geschiedt op basis van een beschikking die dwangmaatregelen toestaat in geval van weigering van de betrokken onderneming om zich aan die verificatie te onderwerpen (r.o. 249-250 van het arrest). Indien een onderneming zich vrijwillig onderwerpt aan een verificatie kan zij sancties oplopen indien zij vervolgens de gevraagde boeken en bescheiden geheel of gedeeltelijk weigert voor te leggen. R.o. 253 van het arrest. Dezelfde principes gelden, *mutatis mutandis*, in het geval van een verzoek om inlichtingen. R.o. 267-280 van het arrest.

<sup>385.</sup> Arrest van 22 oktober 2002, zaak C-94/00, *Roquette Frères*, *Jur.* 2002, I-9011.

lijke beschikking in de regel een voorafgaande rechterlijke toelating – in welk geval de Commissie aan de nationale rechter op basis van artikel 14, lid 6, van Verordening nr. 17<sup>386</sup> voorafgaandelijk moet verzoeken om een bevelschrift te verlenen teneinde de betrokken ambtenaren toegang te verlenen tot de betrokken bescheiden en lokalen. De vraag was in wezen of de geadieerde nationale rechter enig toezicht kan uitoefenen op de Commissiebeschikking, wanneer het toepasselijke nationale recht zijn tussenkomst noodzakelijk maakt om de gewenste verificaties desnoods onder dwang te laten plaatsvinden.

**158.** Het Hof beantwoordde de gestelde vraag op bijzonder gedetailleerde wijze (de identiteit van de vraagsteller, de toon van het verwijzingsarrest en de mogelijke aanvaring met Straatsburg zijn daarbij wellicht relevante overwegingen geweest) en maakte daarbij duidelijk dat, ondanks de evolutie in de rechtspraak van het EHRM<sup>387</sup>, de nationale rechter slechts een zeer beperkt toezicht kan uitoefenen. Wanneer voor de uitvoering van een verificatiebeschikking van de Commissie de bijstand wordt gevraagd van een nationaal rechter, dan rust op die rechter met toepassing van artikel 10 EG de verplichting om loyaal mee te werken aan de “doelstellingen van het verdrag”, en mag hij zijn eigen oordeel over de noodzaak van de betrokken verificaties niet in de plaats stellen van dat van de Commissie<sup>388</sup>. Immers, aldus het Hof, enkel de gemeenschapsrechter (dat wil zeggen het Gerecht en in hogere voorziening het Hof zelf) is bevoegd om te oordelen over de geldigheid van Commissiebeschikkingen, inclusief beschikkingen waarin een onderneming gelast wordt om zich te onderwerpen aan een verificatie<sup>389</sup>.

**159.** Weliswaar mag de nationale rechter nagaan of de door de Commissie nagestreefde verificaties niet willekeurig of onevenredig zijn, maar het Hof laat er in het arrest *Roquette Frères* geen misverstand over bestaan dat zulk onderzoek bepaald oppervlakkig moet blijven. De *noodzaak* van de door de beschikking gelaste verificaties heeft betrekking op de vraag of de Commissie beschikt over voldoende ernstige aanwijzingen die de verdenking van het bestaan van een inbreuk wettigen. Maar dit onderzoek mag volgens het Hof enkel geschieden op basis van de door de Commissie gedane uiteenzetting, zonder dat de nationale rechter de overlegging kan eisen van de elementen en aanwijzingen in het dossier

van de Commissie waarop zij haar verdenking baseert – zoniet, aldus het Hof, zou er een gevaar ontstaan dat de identiteit van de informatiebronnen van de Commissie worden onthuld en dat de verificaties zouden kunnen worden vertraagd, wat vooral problematisch is wanneer de Commissie wil overgaan tot gelijktijdige verificaties bij meerdere ondernemingen<sup>390</sup>. Wat betreft het onderzoek van de *evenredigheid* tussen de gevraagde (dwang)maatregelen en het voorwerp van de verificatie wijst het Hof erop, dat de keuze van de Commissie voor dwangmaatregelen samenhangt met de vereisten van een doeltreffend onderzoek, dat afhangt van “de bijzondere omstandigheden van elk geval”, en dat het in beginsel aan de Commissie (en dus niet aan de nationale rechter) staat om te oordelen of een bepaalde inlichting al dan niet noodzakelijk is om een inbreuk op de mededingingsregels te kunnen opsporen<sup>391</sup>.

**160.** Weliswaar kan de aangezochte rechter de gevraagde toelating weigeren indien hij op basis van de door de Commissie verstrekte toelichting tot de conclusie komt dat de verdenking betrekking heeft op een slechts geringe aantasting van de mededinging, of dat de betrokkenheid van de ondernemingen waartegen verificaties worden voorgenomen “te klein” is dan wel het voorwerp van het voorgenomen onderzoek “te ondergeschikt” is om een dwangmaatregel tegen bedrijfslokalen en -bescheiden te rechtvaardigen. Maar de rechter dient dit onderzoek te verrichten op basis van de door de Commissie overgelegde toelichtingen, en van de Commissie kan niet verlangd worden dat zij vooraf nauwkeurig aangeeft welke documenten zij wenst te inspecteren, aangezien het recht van toegang er nu eenmaal (eveneens) toe strekt om bewijsstukken op te sporen waarvan het bestaan op voorhand niet bekend is<sup>392</sup>. En zelfs indien de nationale rechter zou oordelen dat de door de Commissie verschafte toelichting onvoldoende is om te bevestigen dat de gevraagde maatregelen niet willekeurig dan wel evenredig zijn, dan nog kan hij er niet mee volstaan het verzoek om bijstand af te wijzen, maar moet hij de Commissie “op zo kort mogelijke termijn” op de hoogte te stellen van de “ondervonden moeilijkheden”, met daarbij een opsomming van de aanvullende informatie waarover hij wenst te beschikken<sup>393</sup>. Kortom, de nationale rechter moet oordelen op basis van de door de Commissie verstrekte toelichting (zonder recht van toegang tot het dossier van de Commissie).

<sup>386.</sup> Thans art. 20, leden 7 en 8 van Verordening nr. 1/2003, waarin de uitspraak van het Hof van Justitie in het arrest *Roquette Frères* is verwerkt.

<sup>387.</sup> Het Hof poogt de Cour de cassation gerust te stellen omtrent de evolutie in de rechtspraak van het EHRM, die volgens het Hof niet uitsluit dat de door art. 8 EVRM toegestane “inmenging” in het geval van bedrijfslokalen of -activiteiten “*zeer wel veel verder zou kunnen gaan dan in andere gevallen*” – lees: verder kan gaan dan in het geval van een privé-woning. R.o. 29 van het arrest.

<sup>388.</sup> R.o. 39 en 51 van het arrest.

<sup>389.</sup> R.o. 30-53 van het arrest; in dit deel van het arrest getuist het Hof zich veel moeite om aan te tonen dat het gemeenschapsrecht heel wat waarborgen biedt tegen een te vérgaande inmenging door de Commissie in de “privé-sfeer” van ondernemingen, en dat de betrokken ondernemingen die waarborgen kunnen afdwingen door een (weliswaar *de facto* pas na de verificatie instelbaar) beroep voor het Gerecht tot nietigverklaring van de betrokken verificatie beschikking (r.o. 43-50 van het arrest).

<sup>390.</sup> R.o. 54-70 van het arrest.

<sup>391.</sup> R.o. 76-78 van het arrest.

<sup>392.</sup> R.o. 71-89 van het arrest.

<sup>393.</sup> R.o. 90-94 van het arrest.

Hij zal slechts in zeer uitzonderlijke gevallen de gevraagde toestemming kunnen weigeren, en zelfs dan moet de Commissie een tweede kans worden geboden om het dossier aan te vullen. Dit alles geschiedt wel te verstaan buiten het medeweten van de ondernemingen tegen wie de gewenste verificaties worden overwogen. Het lijkt in de praktijk dan ook moeilijk denkbaar dat een rechterlijk verlov voor een verificatiebeschikking zou worden geweigerd.

## 2. Beroepsgeheim van de diensten van de Commissie

**161.** Het Hof bevestigt de rechtspraak krachtens dewelke het beroepsgeheim de Commissie niet toelaat om bewijsmateriaal, dat in het kader van de ene zaak is verkregen, in een andere zaak aan te wenden. Maar niets belet de Commissie om het in de ene zaak verkregen bewijsmateriaal opnieuw op te vragen in het kader van verificatieopdrachten in de andere zaak<sup>394</sup>.

**162.** Volgens vaste rechtspraak brengt een schending, door de diensten van de Commissie, van het beroepsgeheim (bv. door het lekken van vertrouwelijke informatie uit het dossier) de rechtmatigheid van de later vastgestelde beschikking niet in het gedrang, althans zolang niet is aangetoond dat de beschikking niet zou zijn gegeven of anders zou zijn uitgevallen, indien de betrokken uitlatingen niet waren gedaan<sup>395</sup> (of, zo zou men er aan toevoegen, zolang niet is aangetoond dat de betrokken ondernemingen door het lek zijn geschaad in hun verdediging).

## 3. Verplichting tot actieve medewerking aan het onderzoek

**163.** De rechten van de verdediging beletten niet dat ondernemingen waartegen een onderzoek loopt, de verplichting hebben om daaraan actief mee te werken, hetgeen betekent dat zij alle informatie die betrekking heeft op het voorwerp van het onderzoek, ter beschikking van de Commissie moeten houden; en de inlichtingen die worden verstrekt in antwoord op een verzoek om inlichtingen (ook al gaat het om een verzoek dat niet bij beschikking wordt gedaan en waarop

het antwoord dus (nog niet “verplicht” is), moeten (op straffe van een boete) juist zijn<sup>396</sup>.

## 4. Punten van bezwaar en bewijsstukken

**164.** De mededeling van de punten van bezwaar moet, volgens vaste rechtspraak, voor de betrokken ondernemingen voldoende duidelijk toelichten, welke gedragingen de Commissie hen verwijt. Enkel op die wijze kan die mededeling haar eigen functie vervullen, te weten de betrokken ondernemingen alle informatie verschaffen die zij nodig hebben om zich met kennis van zaken te verdedigen<sup>397</sup>.

**165.** Er bestaat geen verplichting voor de Commissie om bewijsstukken die zij voegt bij de mededeling van punten van bezwaar en die niet van de Commissie afkomstig zijn, te vertalen in de taal van de adressaat van de mededeling van de punten van bezwaar<sup>398</sup>. Hetzelfde geldt voor de stukken van het dossier, zoals bv. de antwoorden die andere betrokken ondernemingen hebben verstrekt op een verzoek om inlichtingen<sup>399</sup>.

**166.** De termijn gedurende dewelke de adressaten van een mededeling van punten van bezwaar daarop kunnen antwoorden, wordt door de Commissie vastgesteld. In dat verband werd tijdens de besproken periode geoordeeld dat de Commissie daarbij rekening moet houden met de tijd die – gelet op de moeilijkheid van de zaak – nodig is om opmerkingen te formuleren, en met de spoedeisendheid van de zaak. In het algemeen wordt er door het Gerecht van uitgegaan, dat een termijn van twee maanden volstaat<sup>400</sup>.

## 5. Toezending van nieuwe bewijsstukken na de mededeling van de punten van bezwaar

**167.** In lijn met vaste rechtspraak wordt in de “Buizen voor afstandsverwarming”-zaak bevestigd dat de Commissie ook na de toezending van de mededeling van punten van bezwaar nieuwe (bewijs)stukken (te onderscheiden van nieuwe bezwaren) aan de betrokken ondernemingen mag toezenden om haar stellingen te ondersteunen, mits de geadresseerden

<sup>394</sup>. Arrest *PVC II*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 298-302.

<sup>395</sup>. Arrest *HFB*, aangehaald in voetnoot 267, r.o. 370.

<sup>396</sup>. Arrest *HFB*, r.o. 561; arrest *PVC II*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 267-280. De enige uitzondering is het recht voor een onderneming om niet te antwoorden op een vraag indien zij daarmee het bestaan van een inbreuk zou toegeven. Arrest van het Hof van 18 oktober 1989, *Orkem/Commissie*, 374/87, *Jur.* 1989, p. 3283, punt 27.

<sup>397</sup>. Arrest *KE Kelit Kunststoffwerk*, aangehaald in voetnoot 288, punt 64; arrest *CMA CGM*, r.o. 109.

<sup>398</sup>. Arrest *HFB*, aangehaald in voetnoot 267, r.o. 327. Wel wordt in r.o. 328 van hetzelfde arrest gesuggereerd dat er sprake zou kunnen zijn van een schending van de rechten van de verdediging wanneer de Mededeling van de Punten van bezwaar geen toelichting geeft bij (of uittreksels vertaalt uit) de bij die mededeling gevoegde bijlagen.

<sup>399</sup>. Arrest *HFB*, aangehaald in voetnoot 267, r.o. 329.

<sup>400</sup>. Arrest *HFB*, r.o. 344.

de nodige tijd wordt gegeven om ook ten aanzien van die nieuwe stukken hun standpunt kenbaar te maken<sup>401</sup>.

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

168. Het Hof bevestigde tijdens de besproken periode vaste rechtspraak krachtens dewelke de toegang tot het dossier tot doel heeft, de adressaten van een mededeling van punten van bezwaar in staat te stellen kennis te nemen van het bewijsmateriaal in het dossier van de Commissie, zodat zij op grond daarvan hun standpunt over de punten van bezwaar kenbaar kunnen maken. Schending van het recht van toegang tot het dossier tijdens de administratieve procedure kan tot nietigverklaring van de inbreukbeschikking leiden wanneer daardoor de rechten van de verdediging van de betrokken onderneming zijn geschaad<sup>402</sup>. In de “Buizen voor afstandsverwarming”-zaak rees de vraag of de toegang tot het dossier door de verschillende deelnemers aan een verboden afspraak niet (grotendeels) kan worden vervangen door een uitwisseling, tussen die deelnemers, van de stukken van hun respectieve dossiers (eerder dan een inzage in het door de Commissie samengestelde dossier). Het Gerecht bevestigt dat er geen bezwaar tegen bestaat dat de Commissie de betrokken ondernemingen voorstelt om zelf over te gaan tot een uitwisseling van documenten, doch voegt er aan toe dat dergelijke uitwisseling de Commissie geenszins ontheft van haar verplichting om tijdens het onderzoek zelf de eerbiediging van de rechten van de verdediging van de betrokken ondernemingen te waarborgen. Immers, de verdediging van een onderneming mag niet afhangen van de goede wil van een andere – concurrerende – medebeklaagde<sup>403</sup>.

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

169. Tijdens de besproken periode reeds de vraag of een onderneming tegen wie een inbreukprocedure loopt, met beroep op artikel 6 EVRM aanspraak kan maken op het recht om getuigen à charge te (doen) ondervragen en getuigen à décharge te laten oproepen. Het Gerecht herinnerde eraan dat de Commissie geen rechterlijke instantie is en dat de door de Commissie opgelegde geldboeten geen strafrechtelijk karakter hebben<sup>404</sup>. Hoewel de Commissie natuurlijke en

rechtspersonen kan horen wanneer zij dit noodzakelijk acht, bezit zij niet het recht om getuigen à charge op te roepen zonder het akkoord van deze laatsten. Het feit dat dit recht evenmin toekomt aan de onderneming(en) tegen wie het Commissieonderzoek loopt, beschouwt het Gerecht daarom niet als een schending van artikel 6 EVRM<sup>405</sup>.

## 8. Verplichting om een (inbreuk)beschikking binnen een redelijke termijn vast te stellen

170. Artikel 6 EVRM verplicht de Commissie ertoe, een “redelijke termijn” te eerbiedigen bij het vaststellen van een inbreukbeschikking. Indien vaststaat dat die termijn is overschreden en dat de betrokken onderneming als gevolg daarvan is geschaad in haar verdediging, kan zulks aanleiding zijn om de nietigheid uit te spreken van de inbreukbeschikking. Maar bij afwezigheid van het bewijs van dergelijke schade zal een overschrijding van de redelijke termijn niet zomaar leiden tot een vernietiging of een verlaging van de boete: zolang de Commissie bij het opleggen van een boetebeschikking de regels respecteert inzake de verjaring kan volgens het Gerecht niet worden gewaagd van een verplichting in hoofde van de Commissie om boetes binnen een kortere termijn op te leggen<sup>406</sup>.

171. In het PVC II-arrest preciseert het Hof, naar aanleiding van de klacht dat de duur van de door de Commissie gevolgde administratieve procedure “onredelijk” was, dat die procedure twee achtereenvolgende en van elkaar te onderscheiden periodes telt. De eerste periode, die duurt tot de mededeling van de punten van bezwaar, begint op de datum waarop de Commissie krachtens haar bevoegdheden *ex Verordening nr. 17* (thans *Verordening nr. 1/2003*) in het kader van het vooronderzoek maatregelen neemt die impliceren dat een inbreuk ten laste wordt gelegd en die “belangrijke consequenties hebben voor de situatie van de verdachte ondernemingen”. De eerste periode moet de Commissie in staat stellen, na onderzoek, haar standpunt te bepalen over de richting die de procedure zal nemen. De tweede periode loopt van de mededeling van de punten van bezwaar tot de vaststelling van de definitieve beschikking. Zij moet de Commissie in staat stellen zich definitief uit te spreken over de ten laste gelegde inbreuk<sup>407</sup>. De duur van beide periodes moet afzonderlijk worden beoordeeld<sup>408</sup>. Eveneens in het arrest PVC II verwerpt het Hof het argument dat het *Gerecht* inbreuk heeft gemaakt op het beginsel van de redelijke ter-

401. Arrest *Lögstör Rör*, aangehaald in voetnoot 288, punten 189-190.

402. Arrest *PVC II*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 315-317.

403. Arrest *Lögstör Rör*, punten 175-184.

404. Zie thans uitdrukkelijk art. 23, lid 5, van *Verordening nr. 1/2003*.

405. Arrest *HFB*, aangehaald in voetnoot 267, r.o. 389-393.

406. Arrest *CMA CGM*, aangehaald in voetnoot 296, r.o. 317-324.

407. R.o. 181-184 van het arrest.

408. R.o. 192-200 van het arrest.

mijn door de behandeling van de PVC II-zaak te lang te laten aanslepen<sup>409</sup>.

### 9. Geen kunstmatige verlenging van de verjaringstermijn

172. Tijdens de besproken periode vernietigde het Gerecht<sup>410</sup> een door de Commissie opgelegde boete omdat de beschikking naar het oordeel van het Gerecht was uitgevaardigd na het verstrijken van de door Verordening nr. 2988/74<sup>411</sup> bepaalde verjaringstermijn – namelijk vijf jaar te rekenen vanaf de dag waarop de inbreuk is gepleegd of, bij voortdurende of voortgezette inbreuken, op de dag waarop de inbreuk is geëindigd. De verjaring wordt gestuit of geschorst door iedere handeling van onderzoek of vervolging, met name verzoeken om inlichtingen. Maar aangezien de bepalingen inzake stuiting en schorsing een uitzondering vormen op het beginsel van de vijfjarige verjaringstermijn, moeten zij, aldus het Gerecht, eng worden uitgelegd. Welnu, een verzoek om inlichtingen dat niet *noodzakelijk* is voor het onderzoek of voor de vervolging, kan geen stuitende of schorsende werking hebben. Dat is het geval, aldus het Gerecht, wanneer de Commissie meer dan drie jaar na ontvangst van alle voor de vaststelling van de beschikking noodzakelijke gegevens nog een bijkomend verzoek om inlichtingen zendt aangaande de tijdens het voorgaande boekjaar gerealiseerde omzet. De Commissie had die gegevens (nodig om na te gaan of het voorgenomen boetebedrag niet méér bedraagt dan 10% van de totale omzet gerealiseerd tijdens het voorgaande boekjaar) immers al eerder gevraagd, maar verzuimde op basis van die eerder ontvangen gegevens een eindbeschikking vast te stellen. In die omstandigheden oordeelde het Gerecht dat het nieuwe verzoek om inlichtingen door de Commissie was verzonden met als enig doel de verjaringstermijn kunstmatig te verlengen, zodat het de verjaringstermijn niet kan stuiten.

### 10. Bevoegdheid van de Commissie om, na de vernietiging van een beschikking, een nieuwe beschikking vast te stellen

173. De uitspraak van het Gerecht in de PVC II-zaak<sup>412</sup> werd tijdens de besproken periode door het Hof vrijwel volledig bevestigd<sup>413</sup>; op het arrest van het Hof wordt dan ook niet *in extenso* ingegaan in het kader van deze kroniek. Wel vermeldenswaard in het PVC II-arrest is 's Hofs oordeel dat het instellen van een beroep tot nietigverklaring (gelet op de “volledige rechtsmacht” waarover het Gerecht in het kader van dergelijk beroep beschikt) niet noodzakelijk betekent dat de Commissie daardoor haar bevoegdheid tot het opleggen van sancties definitief verliest. Dat is enkel het geval wanneer het Gerecht (of het Hof) zijn volledige rechtsmacht *daadwerkelijk* heeft uitgeoefend. Wanneer het Gerecht zich er echter toe beperkt, een beschikking wegens onwettigheid nietig te verklaren, zonder zelf uitspraak te doen over het bestaan van de inbreuk en over de sanctie, heeft het zijn volledige rechtsmacht niet uitgeoefend, en kan de Commissie de procedure hervatten in het stadium van de geconstateerde onwettigheid en haar sanctiebevoegdheid opnieuw uitoefenen<sup>414</sup>.

### C. Private enforcement

174. Het arrest *Courage*<sup>415</sup> is een belangrijke uitspraak voor wat betreft de “private handhaving” van de mededingingsregels. Het Hof diende te antwoorden op de vraag of een partij die een met artikel 81 strijdige overeenkomst had afgesloten, zich – spijs het adagium “*nemo auditur suam turpitudinem allegans*” – mocht beroepen op de (civielrechtelijke) sancties die voortvloeien uit een schending van artikel 81. Schendingen van artikel 81 geven, zoals bekend, aanleiding tot twee soorten civielrechtelijke sancties: nietigheid en schadevergoeding. Afspraken die in strijd zijn met artikel 81 (dat wil zeggen, die voldoen aan de toepassingsvoorwaarden van het eerste lid, die geen aanspraak kunnen maken op een groepsvrijstelling en ook niet op individuele basis voldoen aan de voorwaarden van het derde lid<sup>416</sup>) worden getroffen

<sup>409</sup> R.o. 206-222 van het arrest. In een eerdere zaak aanvaardde het Hof wél dat het Gerecht te lang had gedaan over de behandeling van een zaak, en kende het uit dien hoofde een vermindering van de door de Commissie opgelegde boete toe, zie *Kroniek 1997-1999*, T.B.H. 1999, 789-780, nrs. 118-119.

<sup>410</sup> Arrest *CMA CGM*, aangehaald in voetnoot 288, r.o. 480-517.

<sup>411</sup> Thans art. 26 van Verordening nr. 1/2003.

<sup>412</sup> Besproken in *Kroniek 1997-1999*, T.B.H. 1999, 787-789, nrs. 112-117.

<sup>413</sup> Zie het arrest aangehaald in voetnoot 363.

<sup>414</sup> Arrest *PVC II*, aangehaald in voetnoot 363, r.o. 693.

<sup>415</sup> Arrest van het Hof van 20 september 2001, zaak C-453/99, *Courage*, *Jur.* 2001, I-6297. Zie de eerdere annotatie in dit tijdschrift van F. TUYTSCHAEVER en F. WIJCKMANS, T.B.H. 2001, p. 863-864, alsmede deze van A. JONES en D. BEARD, *European Competition Law Review* 2002, 246-256.

<sup>416</sup> Voor 1 mei 2004 (datum waarop ook het derde lid van art. 81 krachtens Verordening nr. 1/2003, rechtstreekse werking kreeg) volstond het dat de eiser aantoonde dat de voorwaarden van het eerste lid van art. 81 (afpraak tussen ondernemingen, merkbare mededingingsbeperking, mogelijke invloed op handel tussen de Lidstaten) vervuld waren; indien dergelijke afspraak niet kon genieten van een groepsvrijstelling en evenmin een individuele vrijstelling had bekomen, kon de nationale rechter meteen overgaan tot de toepassing van de in het tweede lid vervatte nietigheids sanctie – zij het dat hij, indien de zaak bij de Commissie in behandeling was, de optie had om zijn oordeel uit te stellen om te vermijden dat hij de nietigheid uitsprak van een afspraak waaraan de Commissie vervolgens een vrijstelling zou toekennen. Zie de (oude) Bekendmaking inzake de samenwerking tussen de Commissie en nationale rechterlijke instanties, *PB*. 1993, C. 39, 6.

door de nietigheidssanctie van het tweede lid van artikel 81. Die sanctie vindt krachtens de tekst van artikel 81 toepassing “van rechtswege” – dat wil zeggen zonder dat daarvoor een rechterlijke uitspraak vereist is. Bovendien kan de persoon die schade heeft geleden als gevolg van de inbreuk, vergoeding van die schade vorderen.

**175.** De vraag in *Courage* was nu of een in het nationaal recht geldende regel zoals *nemo auditur suam turpitudinem allegans* verenigbaar is met artikel 81 van het Verdrag, voor zover die regel een partij bij de onwettige overeenkomst zou *beletten* om artikel 81 in te roepen. Wat de *nietigheid* van de betrokken afspraak betreft, bevestigt het Hof dat het “eigen schuld”-argument geen enkele rol mag spelen. Immers, zo stelt het Hof met verwijzing naar zijn bestaande rechtspraak<sup>417</sup>, de nietigheid waarvan sprake in artikel 81 is niet enkel van rechtswege maar ook absoluut; dat wil zeggen dat zij “door eenieder kan worden ingeroepen” en dat zij “voor de rechter bindend [is]” wanneer de toepassingsvoorwaarden van artikel 81 vervuld zijn – met andere woorden, de rechter móet de nietigheid uitspreken, ook als zij wordt gevorderd door een partij die de (hoofd)verantwoordelijkheid draagt voor de inbreuk op artikel 81.

**176.** Wat betreft de tweede civielrechtelijke sanctie – de mogelijkheid om de vergoeding te vorderen van schade die is veroorzaakt door een overeenkomst of een gedraging die strijdig is met artikel 81 – bevestigt het Hof dat die *mogelijkheid* in elk geval in het nationaal recht moet bestaan, teneinde het nuttig effect van artikel 81 te vrijwaren. Dat betekent dat het *nemo auditur*-adagium uit het nationale recht niet kan worden ingeroepen om *a priori* de mogelijkheid uit te sluiten dat een partij bij een met artikel 81 strijdige overeenkomst schadevergoeding vordert van de wederpartij. Wel kan het nationale recht de voorwaarden bepalen waaronder die schadevergoeding is toe te kennen – onder het dubbele voorbehoud dat die voorwaarden niet minder gunstig mogen zijn dan die welke voor soortgelijke vorderingen krachtens nationaal recht gelden en dat die nationaalrechtelijke voorwaarden de uitoefening van de uit artikel 81 voortvloeiende rechten niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken<sup>418</sup>. Deze laatste principes verzetten er zich volgens het Hof niet tegen dat het in het nationaal recht geldende *nemo auditur*-adagium aldus wordt toegepast dat de partij die “in aanzienlijke mate verantwoordelijk is voor de verstoring van de mededinging”, het recht wordt ontzegd om schadevergoeding te vorderen van haar wederpartij. Immers, aldus het Hof, in de meeste rechtsstelsels van de Lidstaten wordt erkend (en het Hof lijkt daaruit af te leiden dat dit eveneens een beginsel

van gemeenschapsrecht is) dat een justitiabele niet mag profiteren van zijn eigen onrechtmatig handelen<sup>419</sup>.

**177.** Hoe moet nu worden uitgemaakt welke partij “in aanzienlijke mate verantwoordelijk is” voor de verstoring van de mededinging? Het Hof vermeldt een aantal beoordelingsfactoren die door de nationale rechter in aanmerking “kunnen” worden genomen, zoals de economische en juridische context waarin de contractpartijen zich bevinden, alsmede de respectieve onderhandelingspositie en het respectieve gedrag van beide contractpartijen<sup>420</sup>. Met andere woorden, het recht om schadevergoeding te vorderen zal in het bijzonder toekomen aan een contractpartij die zich ten opzichte van de wederpartij in een duidelijk zwakkere positie bevond, zodat haar vrijheid om over de clausules van de onwettige overeenkomst te onderhandelen alsmede haar vermogen om de opgetreden schade te voorkomen of te beperken, uiterst beperkt of nihil is geweest<sup>421</sup>. Daarmee refereert het Hof duidelijk aan de hypothese van een toetredingscontract. In het bijzonder kan die hypothese zich voordoen, aldus het Hof, in het geval van een “netwerk” van soortgelijke overeenkomsten die, cumulatief gezien, een merkbaar mededingingsbeperkend effect hebben en die door de leveranciers op een “te nemen of te laten”-basis zijn opgelegd aan afnemers. Het bodemgeschil in *Courage* had inderdaad betrekking op een brouwerijovereenkomst met een exclusieve afnameverplichting en die, gelet op het cumulatieve effect van gelijkaardige door andere brouwerijen afgesloten overeenkomsten, inbreuk maakte op artikel 81, eerste lid<sup>422</sup>. De brouwerij had betaling gevorderd van facturen voor bierleveringen; de afnemer (pubhouder) had zich daartegen verweerd met een beroep op artikel 81 en het argument dat hij als gevolg van de exclusieve afnameverplichting had moeten instemmen met te hoge prijzen voor de bierleveringen. De uitspraak van het Hof lijkt aan te geven, dat de afnemer zich in dergelijke gevallen mag beroepen op de “schade” (te hoge contractprijzen) die voortvloeit uit de onwettige overeenkomst.

**178.** Zoals het Hof zelf zegt, geeft het arrest *Courage* geen volledige handleiding voor wat betreft de afhandeling van op artikel 81 gebaseerde civielrechtelijke vorderingen, maar enkel een aantal principes die het nationaal recht moet (absolute nietigheid en het principe van het recht op schadevergoeding) dan wel kan (beperking van het recht op schadevergoeding op basis van, bijvoorbeeld, het *nemo auditur*-beginsel) bevatten. Naar Belgisch recht zal de vraag van (de eventuele beperking op) het recht op schadevergoeding enkel rijzen nadat toepassing is gegeven aan de nietigheidssanc-

<sup>417</sup> R.o. 20-24 van het arrest.

<sup>418</sup> R.o. 25-29 van het arrest.

<sup>419</sup> R.o. 30-31 van het arrest.

<sup>420</sup> R.o. 32 van het arrest.

<sup>421</sup> R.o. 33 van het arrest.

<sup>422</sup> Voor een toepassing van die rechtspraak tijdens de besproken periode, zie de arresten van het Gerecht van 21 maart 2002, zaak T-131/99, *Michael H. Shaw, Jur.* 2002, II-2023, en zaak T-231/99, *Colin Joynton, Jur.* 2002, II-2085.

tie<sup>423</sup>. Aangezien het om een absolute nietigheid gaat, kan het “*nemo auditur*”-beginsel niet spelen. In zoverre is het Belgische recht in overeenstemming met het arrest Courage.

**179.** Indien (een deel van) een overeenkomst nietig wordt verklaard, dan werkt de nietigheid *ex tunc* en is dus vereist dat de partijen zoveel als mogelijk worden geplaatst in de situatie waarin zij zich bevonden voor het aangaan van de overeenkomst. In het geval van duurovereenkomsten (uit hoofde waarvan de partijen gedurende de periode van de overeenkomst meerdere leveringen en dus ook meerdere betalingen verschuldigd zijn) zal een “*restitutio in integrum*” niet altijd mogelijk zijn voor wat betreft leveringen die reeds hebben plaatsgevonden (zeker wanneer de geleverde goederen al zijn voortverkocht of verbruikt). Voor die leveringen – in de hypothese dat ze onbetaald bleven – kan niet zomaar de contractueel overeengekomen prijs worden gevorderd, aangezien de overeenkomst inzake de prijs nietig is. In plaats daarvan zal de werkelijke waarde van de geleverde goederen verschuldigd zijn, maar daarbij kan de verschuldigde som worden getemperd op basis van het adagium *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*: de rechter kan op basis van dat (facultatieve) adagium oordelen dat, gelet op de verantwoordelijkheid die de eiser draagt voor de begane overtreding, de terugvordering van de betrokken sommen aan de eiser een ongerechtvaardigd voordeel zou verlenen, nu zij er *de facto* zou in resulteren dat de nietige overeenkomst (althans ten dele) wordt uitgevoerd. Het is bij de toepassing van dit adagium dat de overwegingen van Courage aangaande de partij die in aanzienlijke mate verantwoordelijk is voor de verstoring van de mededinging, kunnen worden ingepast<sup>424</sup>.

## D. Toepassing van de concentratiecontroleverordening<sup>425</sup>

### 1. Inleiding

**180.** Hoewel EG-concentratiecontrole niet gesteund is op bepalingen van het verdrag, maar op een aparte verordening,

vormt het toch een onlosmakelijk geheel met de andere bepalingen van het EG-kartelrecht en wordt het daarom in deze kroniek behandeld. Een aantal begrippen (zoals dat van de relevante markt) sluiten verder ook aan bij de artikelen 81-82 EG. Ook zijn de precedents op EG-niveau bijzonder nuttig voor de toepassing van concentratiecontrolerecht in België onder de Wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging.

**181.** In de besproken periode heeft ook dit deel van het recht enkele “aardverschuivingen” ondergaan. Ten eerste heeft de EG-Commissie bijzonder rake klappen gekregen van het Gerecht, dat voor het eerst in de geschiedenis van het concentratiecontrolerecht, in één jaar tijd drie beslissingen van de Commissie heeft vernietigd die een concentratie hadden verboden<sup>426</sup>. Bovendien werd in een vierde beslissing – die weliswaar geen verbod betrof – ook nog door het Gerecht ernstige gebreken in het onderzoek en de analyse van de Commissie vastgesteld. In de vorige kroniek werd er nog op gewezen dat de Commissie steeds maar strenger werd in de beoordeling van concentraties en de toegepaste criteria en dat er vanuit Luxemburg weinig hoopgevend nieuws kwam in dat verband. Dat is in de besproken periode dus deels gewijzigd. Het Gerecht heeft immers aangegeven dat het een nauwkeurige feitenanalyse niet schuwt – zelfs niet in de nieuwe “fast track”-procedure – en dat de Commissie over stevige papieren zal moeten beschikken. Deze arresten zullen hierna verder worden besproken. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat de meeste vernietigde beschikkingen vooral een verkeerde feitelijke appreciatie inhielden volgens het Gerecht, niet zozeer een verkeerde toepassing van juridische principes. De precedentwaarde van deze arresten is dan ook op zich vrij beperkt.

**182.** Daarnaast heeft de wetgeving – en de wijze van toepassing – zelf wijzigingen ondergaan, mede door kritiek in de arresten van het Gerecht. Zo is er vooreerst een nieuwe concentratiecontroleverordening<sup>427</sup> (met een nieuwe test, nieuwe verwijzingsmogelijkheden, enz.) en een nieuwe uitvoeringsverordening<sup>428</sup>. Verder heeft de Commissie een belangrijke mededeling van 28 januari 2004 aangenomen met richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies

<sup>423</sup>. De nietigheid heeft overigens niet noodzakelijk betrekking op de gehele overeenkomst: het is mogelijk dat een aantal mededingingsbeperkende afspraken splitsbaar zijn van andere in de overeenkomst vervatte afspraken (dat wil zeggen, dat de overblijvende afspraken een op zichzelf staand evenwicht vormen). Arrest van het Hof van 28 februari 1991, zaak C-234/89, *Delimitis*, *Jur.* 1991, 1-935, r.o. 40.

<sup>424</sup>. Zie verder L. CORNELIS en H. GILLIAMS, “Private Parties’ Entitlement to Damages on Account of Infringements of the Competition Rules”, in J. STUYCK en E. BALLON (eds.), *Modernisation of European Competition Law*, Intersentia, 2002, 153-179.

<sup>425</sup>. Peter Wytinck drukt zijn dank uit aan Charlotte Delmeire voor de medewerking aan dit deel van de kroniek, alsmede aan deel I.

<sup>426</sup>. De arresten hebben in de besproken periode dan ook tot vele commentaren aanleiding gegeven. Zonder uitputtend te zijn: R. O’DONOGHUE en C. FEDERSEN, annotatie bij *Airtours/Commissie*, *C.M.L. Rev.* 2002, 1171-1185; H. HAUPT, “Collective dominance under article 82 E.C. and E.C. merger control in the light of the *Airtours* judgment”, *E.C.L.R.* 2002, 434-444; A. WEITBRECHT, “EU Merger control in 2001 – The year of controversy”, *E.C.L.R.* 2002, 407-412; F. RAGOLLE, “*Schneider Electric v. Commission*: The CFI’s response to the green paper on merger review”, *E.C.L.R.* 2002, 176-181; A. NIKPAY en F. HOUWEN, “Tour de force or a little local turbulence. A heretical view on the *Airtours* judgment”, *E.C.L.R.* 2003, 193-202.

<sup>427</sup>. Verordening nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PB.* 2004, L. 24/1. Deze verordening vervangt Verordening 4069/84 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PB.* 30 december 1989, L. 395/1; *err.* *PB.* 21 september 1990, L. 257/13.

<sup>428</sup>. Verordening 802/2004 van de Commissie van 7 april 2004 tot uitvoering van Verordening nr. 139/2004 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PB.* 2004, L. 133/1.

op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, en heeft zij nog een aantal ontwerpmededelingen gepubliceerd, “Best Practices”-guidelines, enz.<sup>429</sup>. Ten slotte is er aan het onderzoek zelf ook gesleuteld, o.m. door de aanwerving van een chief economist, de vervroegde inspraak van partijen in de procedure, “review panels” binnen de Commissie die in geval van problemen als het ware met een “fresh pair of eyes” de zaak opnieuw bekijken, enz. Terzake mag naar de gespecialiseerde literatuur worden verwezen<sup>430</sup>.

**183.** Verder is het in het kader van de procedure ook nog belangrijk aan te geven dat de “fast-track”-procedure voor het Gerecht met succes werd toegepast in een aantal concentratiecontrolezaken waardoor men in een periode van 8-12 maanden een eindbeslissing had. Nadeel is wel dat partijen dan keuzes zullen moeten doen wat het aantal en de inhoud van hun juridische argumenten betreft<sup>431</sup>.

## 2. Collectieve dominante positie – arrest *Airtours*

**184.** Op 6 juni 2002 vernietigde het Gerecht de beschikking van de Commissie van 22 september 1999<sup>432</sup> waarbij zij de concentratie tussen twee Britse touroperatoren *Airtours* en *First Choice* onverenigbaar achtte met de gemeenschappelijke markt omdat deze operatie zou leiden tot een collectieve machtspositie op de Britse markt van buitenlandse pakketreizen naar nabije bestemmingen<sup>433</sup>. Het belang van het arrest ligt vooral in de duidelijke bevestiging van de criteria die door de Commissie moeten gehanteerd worden bij het vaststellen of een oligopolie nu leidt tot de creatie van een collectieve dominante positie die de mededinging op de gemeenschappelijke markt of een substantieel daarvan merkbaar kan beperken.

**185.** Volgens het Gerecht oordeelde de Commissie terecht dat buitenlandse pakketreizen naar verre bestemmingen te onderscheiden zijn van deze naar nabije bestemmingen (dit zijn reizen waarvan de vluchtduur minder dan 3 uur bedraagt) voornamelijk omwille van de aanzienlijke prijsverschillen. Het klassieke criterium dus inzake substitutie<sup>434</sup>.

**186.** Het Gerecht bevestigde verder dat wanneer een collectieve machtspositie aan de orde is, de Commissie op basis van een prospectief onderzoek van de referentiemarkt dient te oordelen, of de aangemelde concentratie leidt tot een

situatie waarin een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt op significante wijze wordt belemmerd door de bij de concentratie betrokken ondernemingen en een of meer derde ondernemingen die samen, met name als gevolg van de tussen hen bestaande banden, één front kunnen vormen op de markt en in aanzienlijke mate onafhankelijk van de andere concurrenten, de klanten en, ten slotte, de gebruikers kunnen handelen<sup>435</sup>.

**187.** *In casu* zouden door de concentratie de drie grootste touroperatoren (de nieuwe entiteit samen met *Thomson* en *Thomas Cook*) een marktaandeel van 80% innemen waardoor zij zouden worden aangezet de onderlinge concurrentie te vervangen door parallel gedrag. Kleinere touroperatoren zouden hierdoor worden gemarginaliseerd. Het Gerecht oordeelde dat de Commissie beoordelingsfouten had gemaakt. De drie voorwaarden voor het bestaan van een collectieve machtspositie waren naar het oordeel van het Hof niet vervuld:

*“In 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. Zoals de Commissie uitdrukkelijk erkent, volstaat het niet dat elk lid van de oligopolide machtspositie zich ervan bewust is dat allen voordeel kunnen halen uit onderling afhankelijk marktgedrag, maar moet hij ook over een middel beschikken om te weten of de andere marktdeelnemers dezelfde strategie volgen en handhaven. De markt moet dus voldoende doorzichtig zijn om elk lid van de oligopolide machtspositie in staat te stellen voldoende nauwkeurig en snel de ontwikkeling van het marktgedrag van elk van de overige leden te kennen;*

*– 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 gedraglijn op de markt af te wijken. Zoals de Commissie opmerkt, kunnen de leden van de oligopolide machtspositie daarvan slechts profiteren wanneer zij zich parallel blijven gedragen. Deze voorwaarde omvat dus het begrip vergeldingsmaatregelen in geval van een gedraging die van de gemeenschappelijke lijn afwijkt. Partijen zijn het erover eens dat een situatie van collectieve machtspositie slechts*

<sup>429</sup>. Zie <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/>.

<sup>430</sup>. Zie o.m. J.-C. BERMOND, “Test de dominance et effets unilatéraux”, *R.D.A.I.* 2004, n° 1, 77-84.

<sup>431</sup>. Zo heeft in de procedure van *Schneider* (zie hierna), de appellant serieus moeten snijden in zijn verzoekschrift. Dat bleek echter geen probleem nu het Gerecht de Commissiebeschikking vernietigde.

<sup>432</sup>. Beschikking van 22 september 1999, zaak no. IV/M.1524.

<sup>433</sup>. Arrest van het Gerecht van 26 juni 2002, zaak T-342/89, *Airtours/Commissie*, *Jur.* 2002, II-2585. Hierna arrest “*Airtours*”.

<sup>434</sup>. Ook de Belgische Raad voor de Mededinging heeft deze marktafbakening reeds toegepast.

<sup>435</sup>. Arrest *Airtours*, r.o. 59 – zie eerder ook reeds arrest van het Hof van 31 maart 1998, C-68/94 en C-30/95; *Frankrijk/Commissie* (“*Kali & Salz*”), *Jur.* 1998, I-1375, r.o. 221; arrest van het Gerecht van 25 maart 1999, zaak T-102/96, *Gencor/Commissie*, *Jur.* 1999, II-753, r.o. 163.

levensvatbaar is wanneer er sprake is van voldoende factoren met afschrikkende werking om duurzaam een stimulans te vormen om niet van de gemeenschappelijke gedragslijn af te wijken, wat betekent dat elk lid van de oligopolide machtspositie moet beseffen dat, wanneer hij een concurrentieslag ontketent om zijn marktaandeel te vergroten, anderen soortgelijke stappen zullen ondernemen, zodat zijn initiatief hem geen voordeel zal opleveren (zie, in die zin, arrest Gencor/Commissie, reeds aangehaald, punt 276).

– 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 die van de gemeenschappelijke gedragslijn verwachte resultaten niet aan het wankelen brengt<sup>436</sup>.

**188.** Het Gerecht stelde vast dat de Commissie meerdere feitelijke beoordelingsfouten heeft gemaakt, o.m. wat betreft de beoordeling van de bestaande mededinging voor de fusie (en het feit dat de fusie het mededingingsniveau zou wijzigen) en de ontwikkeling van de vraag en doorzichtigheid van de markt, en daardoor ten onrechte concludeerde dat de totstandkoming van de concentratie de drie overblijvende grote touroperators ertoe zou aanzetten om niet meer met elkaar te concurreren. M.b.t. het tweede criterium stelde het Gerecht dat uit de feiten niet bleek (o.m. gebrek aan onmiddellijke capaciteitsuitbreiding, enz.) dat als één van de leden van een bepaalde gedragslijn afweek, de anderen daartoe voldoende afschrikwekkende verweermechanismen hadden. Vooral m.b.t. het derde criterium wees het Gerecht erop dat de rol van andere concurrenten (potentiële en bestaande) en consumenten niet onderschat mocht worden aangezien de actie uitgaande van een groep in overweging moet worden genomen.

*“Het gaat hier evenwel niet om de vraag, of een kleine touroperator de noodzakelijke omvang kan bereiken om daadwerkelijk met de geïntegreerde touroperators te kunnen concurreren door te strijden om hun plaats als voornaamste marktdeelnemers. Waar het wel om gaat is, of in de door de Commissie bedoelde context van beperking van de mededinging de honderden reeds op de markt aanwezige kleine touroperators met zijn allen doeltreffend kunnen reageren wanneer de grote touroperators de capaciteit op*

*de markt verminderen tot een niveau dat onder de geraamde ontwikkeling van de vraag ligt, door hun eigen capaciteit uit te breiden om te profiteren van de door een dergelijke situatie van algemene ondercapaciteit geboden kansen, en of zij aldus het ontstaan van een collectieve machtspositie kunnen tegenwerken”<sup>437</sup>.*

*“Er moet evenwel worden beklemtoond dat het feit dat de consumenten wegens hun verspreiding geen belangrijke kopersmacht vormen, niet mag worden verward met de vraag, of zij kunnen reageren op een prijsverhoging die voortvloeit uit het feit dat de grote touroperators de op de markt gebrachte capaciteit tot beneden het concurrentieniveau beperken. Zoals verzoekster heeft gesteld, staat vast dat de consumenten vakantie-reizen vergelijken alvorens ze te kopen. De Commissie erkent zelf overigens in punt 98 van de beschikking dat de consumenten gevoelig (zijn) voor relatief kleine prijsverschillen voor vergelijkbare vakantie-reizen”<sup>438</sup>.*

Het Gerecht concludeerde dat de Commissie een prospectieve analyse heeft gemaakt die niet gebaseerd is op solide bewijzen. Aldus is het ontstaan van een collectieve machtspositie van de drie grote touroperators die op significante wijze de concurrentie op de relevante productmarkt belemmert, niet aangetoond.

**189.** Ter afsluiting: het arrest maakt duidelijk dat van de Commissie een hoge bewijslast verwacht wordt in zaken van collectieve dominantie. Daarin is de Commissie kennelijk tekortgeschoten volgens het Gerecht. Mogelijk blijft dit niet zonder gevolgen aangezien Airtours na het arrest een schadeclaim heeft ingeleid bij het Gerecht wegens de fouten die de Commissie tijdens het onderzoek heeft gemaakt en de schade die Airtours daardoor zou hebben opgelopen<sup>439</sup>. Doordat er sinds de melding en de uitspraak bijna drie jaar waren verlopen, was de transactie immers “dood”.

### **3. Foutieve beoordeling marktpositie – arrest Schneider**

**190.** In de Schneider-zaak van 22 oktober 2002 onderzocht het Gerecht de transnationale gevolgen van een concentratie op elk van de nationaal afgebakende relevante markten<sup>440</sup>. De Commissie had de zaak verboden op 10 oktober 2001<sup>441</sup>. De zaak betrof een fusie tussen twee Franse producenten van

<sup>436</sup>. Arrest *Airtours*, r.o. 62.

<sup>437</sup>. Arrest *Airtours*, r.o. 213.

<sup>438</sup>. Arrest *Airtours*, r.o. 274.

<sup>439</sup>. Zie *PB*. 2003, C. 200, 28, zaak T-212/03.

<sup>440</sup>. Arrest van het Gerecht van 22 oktober 2002, zaak T-310/01, *Schneider Electric*, *Jur.* 2002, II-4071.

<sup>441</sup>. Zaak COMP/M.2283.

elektrische apparatuur die laagspanningsinstallaties beschermen (schakelaars, schakelborden, stroomonderbrekers). Zowel Schneider als Legrand hebben hun hoofdactiviteiten in Frankrijk terwijl Schneider verder actief is in noordelijk Europa en Legrand in zuidelijk Europa. Het Gerecht stelde opnieuw allerlei feitelijke verkeerde beoordelingen, tegenstellingen en vergetelheden vast in de redenering van de Commissie.

**191.** Zo stelde het Gerecht vast dat de Commissie tien verschillende productmarkten onderscheidde met elk een nationale dimensie. Desondanks analyseerde de Commissie de gevolgen van de concentratie globaal en op Europees niveau in plaats van per land. Het Gerecht stelde dat *“het de Commissie vrij staat rekening te houden met transnationale gevolgen die de invloed van een concentratie op elk van de als relevant te beschouwen nationale sectorale markten kunnen versterken”*, maar vervolgt dat *“de Commissie echter niet kan volstaan met een vermoeden dat die gevolgen kunnen optreden; zij dient integendeel het bestaan ervan rechtens genoegzaam aan te tonen”*<sup>442</sup>. Het Gerecht kwam tot de vaststelling dat de feitenanalyse die aan de basis lag voor het vaststellen van deze transnationale effecten onjuist was. Deze was gebaseerd op algemene overwegingen zonder de situatie in elk land afzonderlijk te onderzoeken. Alleen voor Frankrijk, waar zich de kernactiviteit van beide ondernemingen bevindt, oordeelde het Gerecht tot het ontstaan van een machtspositie op de Franse markt. Dat onderdeel van de beslissing kon echter ook niet overeind blijven omdat de bezwaren die de Commissie in de beschikking aanvoerde niet waren gebaseerd op feiten en overwegingen die zij in de punten van bezwaar aan de partijen had meegedeeld. Zo had de Commissie weliswaar in de punten van bezwaar de verschillende door de concentratie beïnvloede nationale sectorale markten genoemd. Evenwel, had de Commissie niet beklemtoond dat de positie van één van de meldende partijen werd ondersteund door de positie van de andere partij op een andere sectorale markt. Aldus hadden de partijen geen correct beeld van de bezwaren van de Commissie en konden zij ook niet de passende maatregelen voorstellen om hieraan tegemoet te komen.

**192.** Het Gerecht vond ook dat de Commissie niet op een correcte manier “captive” productie van derden in rekening had gebracht als een mededingingsrechtelijke “dreiging” op de markt. Daardoor had ze het belang van de meldende entiteit overschat en die van derden onderschat.

**193.** Er was ook nog een interessante procedurele kwestie. Strikt genomen was de beslissingstermijn overschreden, hetgeen een impliciete goedkeuring van de concentratie met

zich bracht<sup>443</sup>. De Commissie beweerde echter dat de termijn was geschorst doordat zij aan partijen vragen had gesteld en deze niet binnen de vooropgestelde termijn van vijf dagen hadden geantwoord. De termijn was dus conform de concentratiecontroleverordening geschorst tot de partijen alle antwoorden op de vragen hadden gegeven. Op zich niets ongevoens. Tot men weet dat het verzoek niet minder dan 322 vragen betrof en de antwoordtermijn vijf werkdagen... Gelet op de bijzondere omstandigheden zag het Gerecht geen graven in de verlenging van de termijn.

#### **4. Hefboomwerking en Conglomerale effecten – arrest Tetra Laval/Sidel**

**194.** In de zaak Tetra Laval/Sidel van 25 oktober 2002 onderzocht het Gerecht de hefboomwerking in conglomeraatconcentraties<sup>444</sup>. Het Gerecht omschreef deze situatie als volgt:

*“Wanneer het gaat om naburige markten of wanneer een van de partijen bij de concentratie reeds een machtspositie op een ervan bezit, kan bijvoorbeeld door de bundeling van de middelen en capaciteiten van de twee partijen van meet af aan een situatie ontstaan waarin de nieuwe eenheid dankzij het hefboomeffect al vrij snel een machtspositie op de andere markt kan veroveren. Dit kan met name gebeuren, wanneer op de betrokken markten een tendens tot convergentie bestaat en wanneer, naast de machtspositie van de ene partij, de andere of een van de andere partijen bij de concentratie een leidende positie op de andere markt inneemt”*<sup>445</sup>.

**195.** Tetra Laval en Sidel zijn beide producenten van verpakkingsmateriaal voor drinkbare vloeistoffen elk in naburige markten: Tetra Laval op de markt van de kartonnen verpakkingen, Sidel op de markt van de polyethyleentereftalaat (PET)-flessen die anders dan gewone plasticflessen vloeistoffen beschermen tegen oxidatie. Daarnaast fabriceert Tetra eveneens in mindere mate kunststofverpakkingen, voornamelijk polyethyleen. De Commissie was van oordeel dat de fusie bijdroeg tot het versterken van de machtspositie van Tetra op de markt voor kartonnen verpakking en tot het creëren van een machtspositie op de markt voor PET-flessen. Aldus zou de nieuwe entiteit dankzij de hefboomwerking die door Tetra wordt uitgeoefend vanuit de markt waar zij al een machtspositie bezit (markt voor kartonnen verpakking), in de relatief nabije toekomst een machtspositie verwerven op

<sup>442</sup> Arrest *Airtours*, r.o. 178-179.

<sup>443</sup> Een problematiek die onder de Belgische WEM bijzonder goed gekend is na het *Callebaut*-arrest van het Hof van Beroep te Brussel: Brussel 24 juni 1997, B.S. 4 juli 1997, 17647.

<sup>444</sup> Arrest van het Gerecht van 25 oktober 2002, zaak T-5/02, *Tetra Laval/Commissie*, Jur. 2002, 4381.

<sup>445</sup> Arrest *Tetra Laval*, r.o. 151.

een andere markt waar zij thans een leidende positie bezit (markt voor PET-flessen).

**196.** Vooreerst aanvaardde het Gerecht dat concentraties van het conglomeratetype onder het concentratietoezicht vallen en deze die op de gemeenschappelijke markt of een deel daarvan een machtspositie creëren of versterken waardoor daadwerkelijk de mededinging aanmerkelijk wordt belemmerd, moeten verboden worden. Het Gerecht besloot na een lange en gedetailleerde analyse van de feiten dat de Commissie kennelijke beoordelingsfouten had gemaakt door te concluderen dat de nieuwe entiteit door middel van hefboomwerking een machtspositie op de PET-markt zal verwerven door te verwijzen naar de horizontale en verticale effecten van de concentratie. Vooral doordat de Commissie bij haar beoordeling geen rekening had gehouden met de door beide partijen ingediende verbintenissen welke het Gerecht wel mee in overweging nam, komen beide tot een andere conclusie. In dit verband onderscheidde het twee gevallen:

*“In dit verband moet ook onderscheid worden gemaakt tussen, enerzijds, het geval dat een concentratie met conglomerateffect de mededingingsvoorwaarden op de tweede markt onmiddellijk wijzigt en, door toedoen van de op de eerste markt reeds bestaande machtspositie, op die tweede markt eveneens een machtspositie in het leven roept of versterkt, en, anderzijds, het geval dat het ontstaan of de versterking van een machtspositie op de tweede markt niet een onmiddellijk gevolg van de concentratie is, maar zich eerst na een zekere tijd zal voordoen als gevolg van de gedragingen van de nieuwe entiteit op de eerste markt, waar deze al een machtspositie bezit. In dit laatste geval is het niet de door de concentratie zelf geschapen structuur die een machtspositie in het leven roept of versterkt in de zin van artikel 2, lid 3, van de verordening, maar bedoelde toekomstige gedragingen”<sup>446</sup>.*

**197.** Voorts stelde het Gerecht dat de Commissie haar prospectieve analyse van de waarschijnlijkheid van de hefboomwerking “op voldoende deugdelijke manier zal moeten bewijzen en bijzonder aannemelijk zal moeten zijn” gezien “een concentratie van het conglomeratetype vaak als neutraal of zelfs gunstig voor de mededinging op de betrokken markten wordt beschouwd”<sup>447</sup>. Voor het Gerecht volstond de vaststelling dat de concentratie een mogelijkheid schept tot hefboomwerking niet om een concentratie te verbieden,

maar moet er eveneens concreet worden aangetoond dat de prikkel hiertoe sterk is. Het Gerecht stelde echter vast dat de door de Commissie genoemde risico's daartoe vooral het gevolg zouden zijn van getrouwheidskortingen, gecombineerde aanbiedingen, enz. De meeste van deze gedragingen zouden verboden zijn onder artikel 82 EG-Verdrag. Het Gerecht vond dat de Commissie niet mag uitsluiten dat deze gedragingen zich zouden kunnen voordoen, maar dat dit niet het uitgangspunt mag zijn. De Commissie zou ook hebben moeten onderzoeken – wat het niet gedaan had – in hoeverre de prikkel om die overtredingen te begaan worden beïnvloed door de onwettigheid ervan, de kans op ontdekking en vervolging en sanctionering. Het is interessant om vast te stellen dat de Belgische Raad voor de Mededinging in het verleden ook reeds heeft geoordeeld dat het risico van bepaalde misbruiken eerder via artikel 3 WEM moesten worden bestreden dan via het verbieden van een fusie.

**198.** Interessant nog om op te merken is dat in de trilogie van vernietigingsarresten, de Commissie enkel tegen deze laatste hogere voorziening heeft ingesteld bij het Hof. De Commissie vond wellicht dat het Gerecht te veel beknibbelde op haar “discretionaire” bevoegdheid en dat haar te veel effectieve bewijslast werd opgelegd in wat sowieso al moeilijk is, nl. de toekomst voorspellen.

### **5. Beroepsmogelijkheid tegen wijzigingen door de Commissie aan eerdere beschikkingen – arrest Lagardère**

**199.** In een zaak van 20 november 2002 heeft het Gerecht uitspraak gedaan over een vordering tot nietigverklaring van een beschikking van de Commissie die enkele weken na een eerste beschikking de beoordeling wijzigde uit de eerste beschikking van de vraag of de in het kader van de concentraties aangemelde beperkingen al dan niet nevenrestricties vormden<sup>448</sup>. De Commissie had dit gedaan om de éénheid van haar beschikkingspraktijk inzake nevenrestricties te verzekeren<sup>449</sup>. De bevindingen van de Commissie dat de concentratie moet toegelaten worden, bleven hierbij weliswaar ongewijzigd. Het beroep tot nietigverklaring was dus alleen gericht tegen de gewijzigde motieven van de Commissie inzake de kwalificatie van contractuele regelingen als nevenrestricties die rechtstreeks verbonden zijn aan en noodzakelijk zijn om de concentratie tot stand te brengen.

**200.** Het Gerecht verklaarde de vordering ontvankelijk en verwees hiervoor o.m. naar het arrest Coca-Cola<sup>450</sup>:

<sup>446</sup>. Arrest *Tetra Laval*, r.o. 154.

<sup>447</sup>. Arrest *Tetra Laval*, r.o. 155 en 162.

<sup>448</sup>. Arrest van het Gerecht van 20 november 2002, zaak T-251/00, *Lagardère*, *Jur.* 2002, II-4825.

<sup>449</sup>. Zie de eerste Mededeling van 14 augustus 1990 (*PB.* 1990, C. 203/5) – zie later Mededeling van de Commissie betreffende nevenrestricties bij concentraties, *PB.* 2001, C. – een nieuwe ontwerpmededeling is in voorbereiding, zie <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/>.

<sup>450</sup>. Arrest van het Gerecht van 22 maart 2000, zaken T-125/97 en T-127/97, *Coca-Cola*, *Jur.* 2000, 1733, r.o. 79, ook besproken in de vorige kroniek.

*“In dit verband moet om te beginnen worden opgemerkt, dat de enkele omstandigheid dat de beschikking van 10 juli 2000 geen wijziging heeft gebracht in de bewoordingen van het dispositief van de beschikking van 22 juni 2000, niet volstaat om het beroep niet-ontvankelijk te verklaren. Hoewel namelijk vaststaat dat alleen het dispositief van een handeling bindende rechtsgevolgen teweeg kan brengen en dus bezwaard kan zijn, neemt dit niet weg dat de motivering van een handeling in aanmerking moet worden genomen om te bepalen, wat precies in het dispositief is vastgesteld (zie in die zin arrest Hof van 15 mei 1997, TWD/Commissie, C-355/95 P, Jur. blz. I-2549, punt 21; arresten Gerecht van 22 oktober 1997, SCK en FNK/Commissie, T-213/95 en T-18/96, Jur. blz. II-1739, punt 104, en arrest Coca-Cola, punt 79).*

*Hieruit volgt dat tegen de beschikking van 10 juli 2000 slechts een beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld, indien ook zonder dat de bewoordingen van het dispositief van de beschikking van 22 juni 2000 zijn gewijzigd, de wijziging van bepaalde overwegingen van die beschikking heeft geleid tot een wezenlijke verandering van hetgeen in het dispositief ervan is beslist, waardoor de belangen van verzoeksters zijn geraakt in de zin van de in punt 63 aangehaalde rechtspraak”<sup>451</sup>.*

In casu was dit het geval. Door de wijziging van de kwalificatie van nevenrestricties was de rechtstoestand van de betrokken partijen m.b.t. die bedingen gewijzigd.

**201.** Daarna zette het Gerecht de voorwaarden uiteen waaronder de retroactieve intrekking van administratieve akten die subjectieve rechten of voordelen toekennen, moet gebeuren.

*“De intrekking met terugwerkende kracht van onrechtmatige bestuurshandelingen is daarentegen weliswaar toegestaan, doch slechts onder zeer strikte voorwaarden. Het is namelijk vaste rechtspraak dat een onrechtmatige bestuurshandeling met terugwerkende kracht mag worden ingetrokken, mits dit binnen een redelijke termijn geschiedt en de instelling die de handeling heeft vastgesteld, genoegzaam rekening houdt met het gewettigd vertrouwen van de begunstigde van de handeling die op de rechtmatigheid ervan mocht vertrouwen (...).*

*Volgens de rechtspraak rust de bewijslast van de onrechtmatigheid van de ingetrokken handeling op de instelling die de handeling heeft vastgesteld (arrest Gooch/Commissie, aangehaald in punt 139, punt 53). Aangenomen moet worden, dat deze instelling ook moet bewijzen dat aan de overige voorwaarden voor intrekking met terugwerkende kracht van een handeling is voldaan”<sup>452</sup>.*

Het Gerecht vernietigde de beschikking wegens haar gebrekkige motivering en het niet-respecteren door de Commissie van het gewettigd vertrouwen dat verzoekers mochten putten uit de eerste beschikking.

## 6. “Nevenrestricties” – arrest Lagardère

**202.** Uit het arrest Lagardère volgde ook nog dat de Commissie zich moest uitspreken over door partijen aangemelde nevenrestricties. Dat was in strijd met de toen geldende Commissie mededeling inzake nevenrestricties dat niet meer in dergelijke beslissing voorzag<sup>453</sup>.

**203.** Om in de toekomst aan die verplichting te ontsnappen is nu in de artikelen 6 en 8 van de nieuwe Verordening bepaald dat dit niet langer een verplichting is, maar dat een goedkeuringsbeschikking geacht wordt ook de nevenrestricties goed te keuren. Overwegende 21 van de preambule van de Verordening voorziet echter nog wel dat bij nieuwe rechtsvragen inzake nevenrestricties, de partijen de Commissie alsnog om een stellingname kunnen verzoeken<sup>454</sup>.

## 7. Terugverwijzingen naar Lidstaten – arresten “Seb/Moulinex”

**204.** Op 3 april 2003 deed het Gerecht uitspraak in twee zaken waarbij Philips enerzijds en Babylliss anderzijds verzochten om de vernietiging van een beslissing van de Commissie die de concentratie toeliet tussen SEB en Moulinex<sup>455</sup>. Alle ondernemingen zijn producenten van klein elektrisch huishoudmateriaal. SEB en Moulinex zijn beiden gevestigd in Frankrijk. Daarnaast vroeg Philips om de vernietiging van de Commissie’s beslissing waarbij in het onderzoek van de concentratie naar de gevolgen op de Franse markt wordt verwezen naar de Franse mededingingsautoriteiten. Volgens de Commissie is de relevante geografische markt nationaal (o.m. wegens de nationale logistieke

<sup>451</sup> Arrest Lagardère, r.o. 67-68.

<sup>452</sup> Arrest Lagardère, r.o. 140-141.

<sup>453</sup> Mededeling van de Commissie betreffende nevenrestricties bij concentraties, PB. 2001, C. 188.

<sup>454</sup> Zie ook de nieuwe mededeling die in voorbereiding was op het ogenblik van afsluiten van deze kroniek.

<sup>455</sup> Arrest van het Gerecht van 3 april 2003, zaak T-119/02, Royal Philips Electronics/Commissie, Jur. 2003; arrest van het Gerecht van 3 april 2003, zaak T-114/02, Babylliss/Commissie, Jur. 2003.

structuren en distributie) en zou de concentratie wegens het grote marktaandeel, het uitgebreid productassortiment als het uitgebreid portfolio aan merken de concurrentie op de Franse markt sterk verstoren.

**205.** In haar onderzoek oordeelt de Commissie dat merken een beslissende rol spelen bij de keuze van de consument en vandaar een sterk competitie-element vormen tussen de producenten van klein elektrisch huishoudmateriaal. De verbintenissen voorgesteld door SEB en Moulinex met betrekking tot hun merken werden dan ook door de Commissie aanvaard. SEB zou gedurende een periode van 5 jaar in negen Lidstaten (waaronder België) aan een derde-concurrent een exclusieve licentie toekennen om elektrisch huishoudmateriaal te verkopen onder het merk Moulinex. Meer bepaald wordt aan de licentienemers toegelaten beroep te doen op het systeem van co-branding van het merk Moulinex om zo hun eigen merk te versterken (dergelijke co-branding heeft bijvoorbeeld een tijd bestaan voor Philips/Whirlpool). Na deze vijfjarige periode zou SEB in deze landen gedurende drie jaar afzien van het commercialiseren van producten onder het merk Moulinex.

**206.** Het Gerecht omschrijft het opzet van de licentie als volgt:

*“Uit het voorgaande volgt dat het doel van de verbintenissen er niet in is gelegen de individuele licentiehouders de mogelijkheid te geven om het merk Moulinex als enig merk te gebruiken, maar om dit merk te gebruiken gedurende een overgangperiode waarin zij hun eigen merk in combinatie met het merk Moulinex kunnen gebruiken om de overschakeling van dit merk naar hun eigen merken mogelijk te maken, opdat deze merken na afloop van deze overgangperiode, wanneer SEB in de negen betrokken Lidstaten het merk Moulinex opnieuw mag gebruiken, daadwerkelijk met dit laatste merk kunnen concurreren.*

*Anders dan verzoekster stelt, strekken de verbintenissen er dus niet toe om in de negen betrokken Lidstaten een nieuw merk te introduceren, maar om de licentiehouders in staat te stellen hun eigen merk te positioneren of te versterken als een merk dat daadwerkelijk met Moulinex kan concurreren.*

*Nu de verbintenissen de licentiehouders in staat moeten stellen hun eigen merk te positioneren of te versterken als een merk dat daadwerkelijk met Moulinex kan concurreren, is de stelling van verzoekster dat SEB vanwege haar sterke huidige marktpositie, haar merkenportfolio en de merkbekendheid van Moulinex dit merk in de negen*

*betrokken Lidstaten gemakkelijk zal kunnen herintroduceren, niet relevant. De vraag is immers niet of SEB in staat zal zijn om het merk Moulinex in de negen betrokken Lidstaten te herintroduceren – hetgeen overigens bij de beoordeling of de bij de goedkeuringsbeschikking aanvaarde verbintenissen toereikend zijn, verondersteld moet worden – maar of de licentiehouders in staat zullen zijn om een eigen positie als daadwerkelijke concurrenten van SEB in te nemen of te versterken”<sup>456</sup>.*

**207.** Het Gerecht was van oordeel dat de duur van de licentie de licentienemers toelaat hun merk concurrerbaar te maken met het Moulinex-merk gezien de gemiddelde gebruiksduur van klein huishoudmateriaal drie jaar bedraagt. Een heikel punt was dat de engagementen van de partijen enkel die Lidstaten betrof waarvoor de Commissie een mededingingsprobleem had vastgesteld. Philips riep in dat zich een probleem van parallelimporten stelde welke dit zou ondermijnen. Het Gerecht ontmijnde deze klip echter door erop te wijzen dat de markt nationaal was juist omwille van het *quasi*-ontbreken van grensoverschrijdende verkopen.

**208.** De Commissiebeslissing om de concentratie goed te keuren mits naleving van de voorgestelde verbintenissen betrof evenwel niet de Franse markt. Zoals eerder gesteld, beschouwde de Commissie de Franse markt als een afzonderlijke markt waarop de concentratie op het eerste gezicht kon bijdragen aan het ontstaan of het versterken van de machtspositie van SEB-Moulinex. De Commissie liet de beoordeling van de economische gevolgen op deze nationale markt dan ook over aan de Franse mededingingsautoriteiten. Philips stelde dat de Franse mededingingsautoriteiten de concentratie voor wat betreft de Franse markt niet konden goedkeuren op grond van de “failing firm doctrine” aangezien een verwijzing naar de Franse mededingingsautoriteiten noodzakelijkerwijze inhoudt dat de concentratie wel een machtspositie in het leven roept of versterkt op de Franse markt. Meer nog, de Commissie had de “failing firm defence” eigenlijk verworpen, hetgeen uiteraard grote vraagtekens plaatste bij de beslissing van de Franse mededingingsoverheid...

Ook dit heikel punt ontmijnde het Gerecht snel door zich achter de tekst van de Fusiecontroleverordening te verschuilen:

*“Zoals bij het onderzoek van de exceptie van niet-ontvankelijkheid van de Commissie reeds werd opgemerkt, beoogt de verwijzingsbeschikking evenwel niet het geven van een uitspraak ten gronde over de verenigbaarheid van de concentratie, maar het overdragen van dat onderzoek*

<sup>456</sup>. Arrest *Royal Philips Electronics*, r.o. 114 en 116.

aan de nationale autoriteiten die om de verwijzing hebben verzocht teneinde krachtens artikel 9, lid 3, eerste alinea, sub b, overeenkomstig hun nationale recht te beslissen. Door de vaststelling van deze verwijzingsbeschikking heeft de Commissie, wat de verwezen aspecten van de concentratie betreft, de procedure van Verordening nr. 4064/89 afgesloten en de uitsluitende bevoegdheid voor het onderzoek ervan overgedragen aan de Franse mededingingsautoriteiten. De Commissie kan dan ook bij de beoordeling van de in artikel 9, lid 2, sub a, neergelegde verwijzingsvoorwaarden geen onderzoek naar de verenigbaarheid van de concentratie verrichten waardoor de betrokken nationale autoriteiten in hun materiële toetsing van de zaak gebonden zouden worden. Daarmee zou zij artikel 9, lid 3, eerste alinea, sub b, van zijn essentie beroven. Zij dient enkel vast te stellen of, bij een prima facie-beoordeling van de gegevens waarover zij beschikt op het tijdstip van de beoordeling van de gegrondheid van het verwijzingsverzoek, de concentratie die het voorwerp vormt van het verwijzingsverzoek een machtspositie dreigt te doen ontstaan of te versterken<sup>457</sup>.

209. Volledigheidshalve moet hier nog worden aan toegevoegd dat in de Babyliiss-zaak, het Gerecht wel besloot een deel van de Commissie beschikking te vernietigen, nl. het deel dat betrekking had op Lidstaten waar de Commissie van oordeel was dat de concentratie geen probleem opleverde. Het Gerecht vernietigde dit deel, alweer omdat de Commissie een onjuiste economische beoordeling had gemaakt. In

dat opzicht was dit arrest dus een vierde klap op korte tijd voor de Commissie, hoewel de Commissie naar buiten toe vooral de goedkeuring van de in stand gebleven punten van haar beschikking toejuichte.

### 8. Beroep van afgewezen kandidaat-overnemers van een te desinvesteren deel van een verworven onderneming

210. In het arrest Totalfina/Elf ('Petrolessence – 'le Mirabellier') werd het Gerecht geconfronteerd met een beroep van een onderneming die geen deel uitmaakte van de concentratie, maar die door de Commissie was afgewezen als kandidaat overnemer van delen die de aanmeldende partijen moesten afstoten t.g.v. de concentratie<sup>458</sup>. Het Gerecht had geen moeite om vast te stellen dat dergelijke derde de bevoegdheid had om hiertegen in beroep op te komen. Het arrest bevestigde verder wel dat de Commissie ruime bevoegdheden heeft om te beoordelen of een derde partij nu wel of niet een geschikte overnemer is om een "effectieve" concurrentie op de markt te verzekeren na de overname. Het ging dus niet zomaar om een overnemer die met het overgenomen deel winst kon maken. Hij moest een echt tegengewicht kunnen vormen tegen de nieuwe gefuseerde entiteit. Met name lijkt het arrest duidelijk te maken dat kandidaat-overnemers wel bijzonder goede papieren zullen moeten hebben om aan te tonen dat zij effectieve concurrentie kunnen aandoen. O.m. ondernemingen die niet reeds in deze markt actief zijn, zouden wat dat betreft, een moeilijker bewijslast kunnen hebben.

## VI. ARTIKEL 10 JUNCTO ARTIKEL 81 EN 82 EG: MEDEDINGINGSBEPERKENDE OVERHEIDSREGELINGEN

211. Tijdens de besproken periode werden twee uitspraken geveld over tarifieringsregelingen voor vrije beroepen<sup>459</sup>. Volgens de vaste rechtspraak worden de artikelen 10 juncto 81 EG geschonden wanneer een Lidstaat het tot stand komen van met artikel 81 strijdige mededingingsregelingen oplegt of begunstigt dan wel de werking ervan versterkt of aan haar eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers over te dragen<sup>460</sup>.

212. In de zaak Conte oordeelde het Hof dat een wettelijke regeling die een rechter verplicht in het kader van een geschil tussen een architect en zijn cliënt het advies van de beroepsorganisatie van architecten te volgen voor de berekening van het honorarium, verenigbaar is met artikel 10 juncto 81 EG<sup>461</sup>. Volgens de Italiaanse wetgeving is het advies enkel in de eerste, niet-contradictoire fase van de procedure bindend voor de rechter maar niet langer van zodra de schuldenaar verzet doet en een procedure op tegenspraak inleidt. Bijgevolg vormde het advies geen mededingings-

<sup>457</sup>. Arrest *Royal Phillips Electronics*, r.o. 377.

<sup>458</sup>. Arrest van het Gerecht van 3 april 2003, zaak T-342/00, nog niet gepubliceerd in *Jur.*; zie hierover ook M.G. WEZENBEEK-GEUKE, "Le Mirabellier. Gewogen en te licht bevonden", *N.T.E.R.* 2003, 199-204.

<sup>459</sup>. Over de mededingingsrechtelijke aspecten van een verbod op multidisciplinaire samenwerking tussen advocaten en accountants, zie het arrest *Wouters*, besproken *supra*, randnr. 139.

<sup>460</sup>. Arrest van het Hof van 21 september 1988, zaak C-267/86, *Van Eycke*, *Jur.* 1988, I-4769. Voor een bespreking van deze vaste rechtspraak, zie de vorige kronieken.

<sup>461</sup>. Arrest van het Hof van 29 november 2001, zaak C-221/99, *Conte*, *Jur.* 2001, I-9359.

beperkende regeling, temeer daar het advies betrekking had op individuele prestaties die door de architect op discretionaire wijze zijn geëvalueerd.

**213.** In de zaak *Arduino* – die van groter belang is – onderzocht het Hof onder welke voorwaarden een Lidstaat die de opstelling van een tariefregeling aan een beroepsorganisatie van een vrij beroep opdraagt, aan de uiteindelijk vastgestelde tariefregeling haar overheidskarakter ontnemt<sup>462</sup>. *In casu* bepaalt de Italiaanse wet dat een besluit van de Orde van Advocaten de criteria voor de vaststelling van de honoraria van advocaten tweejaarlijks vaststelt. De tariefregeling dient nadien door de minister te worden goedgekeurd na het advies van een interministerieel comité voor de prijzen en na raadpleging van de Raad van State. De Italiaanse wetgeving bevat voorts aanwijzingen omtrent de bepaling van deze criteria (belang van de zaak, aanleg en duur) en schrijft voor dat voor elke verrichting een maximum- en een minimumbedrag moet worden vastgesteld. Bij de vaststelling van de kosten moet de rechter deze criteria en bedragen toepassen, maar kan hij in bepaalde uitzonderlijke omstandigheden ervan afwijken. De tariefregeling van de Orde van Advocaten bepaalt eveneens dat niet van de daarin vastgestelde minima en maxima mag worden afgeweken tenzij zich bijzondere omstandigheden voordoen. Het Hof oordeelde dat –

ofschon de leden van de beroepsorganisatie niet kunnen worden aangemerkt als onafhankelijke deskundigen die bij de vaststelling van de tarieven uitsluitend rekening houden met het algemeen belang<sup>463</sup> – de Lidstaat in kwestie toch geen afstand heeft gedaan “van haar bevoegdheid om in laatste instantie te beslissen of toezicht te houden op de toepassing van de tariefregeling”<sup>464</sup>. Het Hof achtte het in dit verband in de eerste plaats relevant dat de Orde van Advocaten slechts is belast met de opstelling van een ontwerp van tariefregeling die als zodanig niet verbindend is en slechts in werking treedt door de ministeriële goedkeuring. De minister heeft bovendien de bevoegdheid om het ontwerp te wijzigen en wordt bijgestaan door twee publiekrechtelijke organen bij wie hij voor de goedkeuring van de tariefregeling advies moet inwinnen. In de tweede plaats is er de rol van de rechter die de kosten vaststelt op basis van de wettelijke criteria en in uitzonderlijke omstandigheden kan afwijken van de vastgestelde maxima en minima<sup>465</sup>. Deze uitspraak zal gunstig onthaald worden door de beroepsorganisaties van vrije beroepen. In afwijking van vorige rechtspraak geeft het Hof een duidelijk signaal dat door de overheid goedgekeurde beroepsorganisaties die uitsluitend zijn samengesteld uit beroepsgenoten en hun beslissingen niet uitsluitend laten leiden door het algemeen belang, toch buiten de werkingsfeer van het verbod van artikel 10 *juncto* 81 kunnen vallen<sup>466</sup>.

## VII. ARTIKEL 86 EG: OPENBARE ONDERNEMINGEN

### A. Artikel 86, lid 1, EG

**214.** Artikel 86, lid 1, EG verbiedt Lidstaten met betrekking tot openbare bedrijven en ondernemingen waaraan zij bijzondere of exclusieve rechten verlenen, maatregelen te nemen of te handhaven welke in strijd zijn met de regels van het verdrag. Tijdens de besproken periode heeft de gemeenschapsrechter drie arresten geveld waarin de verenigbaarheid van overheidsmaatregelen met artikel 86, lid 1 *juncto* 82 EG werd onderzocht. Bovendien toetste één van die uitspraken de overheidsmaatregel aan artikel 86, lid 1 *juncto* 81 EG<sup>467</sup>.

De zaak *Firma Ambulanz Glöckner* heeft betrekking op een overheidsregeling die het vervoer voor spoedgevallen

opdraagt aan een aantal erkende EHBO-organisaties<sup>468</sup>. De wetgeving bevat tevens een bepaling volgens welke de bevoegde instantie de vergunning voor het verrichten van niet-urgent ziekenvervoer weigert wanneer de werking en de rentabiliteit van de spoeddienst kan worden geschaad. Een onderneming die actief was in het niet-urgent ziekenvervoer, kreeg geen vergunning nadat de twee betrokken EHBO-organisaties te kennen gaven dat hun eigen voorzieningen voor eerste hulp in het betrokken rayon niet volledig werden benut en met verlies draaiden. Een nieuwe dienstverrichter zou hen dwingen tot een verhoging van de bijdragen van de gebruikers of tot het terugschroeven van hun prestaties. Het Hof oordeelt vooreerst dat de wettelijke bepaling die de diensten voor ziekenvervoer voorbehoudt aan de EHBO-organisaties belast met de eerstehulpdienst, volstaat om de

<sup>462</sup>. Aangehaald in voetnoot 279.

<sup>463</sup>. Volgens de vaste rechtspraak vormt in die omstandigheden een tariefregeling van een beroepsorganisatie een ondernemingsregeling in de zin van art. 81 EG (zie o.m. arrest van 18 juni 1998, zaak C-35/96, *Commissie/Italië*, *Jur.* 1998, I-3851, besproken in *Kroniek 1997-1999*, T.B.H. 1999, 797, randnr. 151).

<sup>464</sup>. Arrest *Arduino*, r.o. 40.

<sup>465</sup>. Arrest *Arduino*, r.o. 41 en 42.

<sup>466</sup>. Toekomstige rechtspraak zal moeten uitwijzen of de rol van de rechter beslissend is geweest voor de uitslag in *Arduino*, dan wel of een door de overheid goedgekeurde tariefregeling reeds verenigbaar is met deze bepalingen *zodra* de minister de bevoegdheid heeft om het ontwerp te wijzigen (en niettegenstaande dat het ontwerp werd opgesteld door een orgaan dat uitsluitend bestaat uit leden van het beroep en geen criteria van algemeen belang in acht neemt). In het laatste geval zou de werkingsfeer van het verbod van 10 *juncto* 81 EG toch wel zeer erg worden ingeperkt.

<sup>467</sup>. Arrest van het Hof van 25 oktober 2001, zaak C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner*, *Jur.* 2001, I-8089.

<sup>468</sup>. Arrest *Firma Ambulanz Glöckner*, aangehaald in vorige voetnoot.

maatregel te kwalificeren als een bijzonder of exclusief recht in de zin van artikel 86, lid 1, EG<sup>469</sup>. Vervolgens onderscheidt het Hof twee verschillende dienstenmarkten (vervoer van spoedgevallen en ziekenvervoer) en nodigde de nationale rechter uit vast te stellen of de EHBO-organisaties op deze markten een individuele of collectieve machtspositie innemen. Wat het misbruik betreft, herhaalt het Hof de vaste formule dat “een Lidstaat slechts in strijd met de in [artikel 86, lid 1 en 82 EG] vervatte verboden handelt wanneer de betrokken onderneming door de enkele uitoefening van de haar toegekende bijzondere of uitsluitende rechten misbruik van haar machtspositie maakt, of indien deze rechten een situatie kunnen creëren waarin die onderneming tot een dergelijk misbruik wordt gebracht”<sup>470</sup>. Het Hof besluit tot het bestaan van misbruik: de wettelijke bepaling die voorzag in voorafgaande consultatie van de EHBO-organisaties over de vergunningsaanvraag van een onafhankelijk ondernemer voor niet-urgent ziekenvervoer, verschaft de organisaties die reeds een exclusief recht op de markt voor het vervoer van spoedgevallen hebben, een voordeel door hen de mogelijkheid te bieden om daarenboven met uitsluiting van andere ondernemers die diensten te verschaffen<sup>471</sup>. Het Hof past de rechtspraak toe volgens welke een misbruik kan bestaan in de uitbreiding van een machtspositie op een markt (nl. die van de spoedgevallen) naar een onderscheiden, naburige markt (nl. die van het ziekenvervoer)<sup>472</sup>. Overigens meent het Hof dat de wettelijke regeling onder voorwaarden wel kon genieten van de rechtvaardigingsgrond van artikel 86, lid 2, EG (zie *infra*, randnr. 216).

**215.** De zaken *max.mobil/Commissie*<sup>473</sup> en *Connect Austria*<sup>474</sup> gaan over de verenigbaarheid met artikel 86, lid 1 *juncto* 82 EG van de toekenning van gsm-licenties aan dominante operatoren. In het verleden besliste de Commissie reeds dat een Lidstaat deze bepalingen schendt door een nieuwe gsm-exploitant een *hogere* licentievergoeding te doen betalen dan de onderneming die met een machtspositie reeds op de markt voor mobiele telefonie aanwezig was (nl. het overheidsbedrijf dat van oudsher de hele telefoniemarkt beheerste)<sup>475</sup>. In *max.mobil/Commissie* oordeelt het Gerecht in het kader van zijn beperkt controlerecht<sup>476</sup> dat de Commissie kon oordelen dat de betaling voor een gsm-concessie van *eenzelfde* vergoeding door het staatsbedrijf Mobilkom

(de eerste gsm-exploitant op de Oostenrijkse markt) en *max.mobil* (de later toegetreden tweede gsm-exploitant) op zich niet volstaat als bewijs dat Mobilkom door de overheid tot misbruik van machtspositie is aangezet<sup>477</sup>. *Max.mobil* had aangevoerd dat een formeel gelijke behandeling op het vlak van de vergoedingen van de twee concessies een discriminatie invoert, in het licht van de verschillende winstverwachtingen van de beide exploitanten die op een verschillend tijdstip op de markt zijn toegetreden. In de zaak *Connect Austria* draaide het geschil om de wettelijke bepaling die de Oostenrijkse regulator (TCK) toeliet aan bestaande houders van een GSM-concessie bijkomende frequenties van 5 MHz uit het voor DCS 1800 gereserveerde frequentiegebied toe te wijzen wanneer hun abonneecapaciteit, met gebruikmaking van alle economisch verdedigbare technische mogelijkheden, aantoonbaar uitgeput was. TCK wees een bijkomend frequentiespectrum toe aan Mobilkom ter uitbreiding van haar GSM 900-concessie zonder daarvoor een afzonderlijke vergoeding te vragen. *Connect Austria*, de derde exploitant op de Oostenrijkse markt, had een jaar voordien tegen betaling van een vergoeding de eerste concessie voor het verrichten van mobiele telefonie volgens de DCS 1800-norm gekregen. Het Hof oordeelt dat artikel 86, lid 1 *juncto* 82 EG zich *in beginsel* verzet tegen een nationale regeling die het mogelijk maakt om aan een openbaar bedrijf met een machtspositie in aanvulling op zijn GSM 900-concessie extra frequenties toe te kennen uit het DCS 1800-frequentiegebied zonder daarvoor een vergoeding te vragen, terwijl een nieuwe marktdeelnemer voor de DCS 1800-concessie wél een vergoeding heeft betaald. Deze regeling schept “een situatie (...) waarin een openbaar bedrijf (...) ertoe wordt gebracht misbruik van haar machtspositie te maken”<sup>478</sup>. De grootste nationale marktdeelnemer Mobilkom kreeg een concurrentievoordeel dat hem toeliet zijn machtspositie uit te breiden of te versterken, o.m. door lagere tarieven aan te bieden en intensieve reclamecampagnes te voeren waarmee *Connect Austria* moeilijk kon concurreren. Dit is, aldus het Hof, in strijd met het “stelsel van onvervalste mededinging” dat “slechts kan worden gegarandeerd indien wordt gezorgd voor gelijke kansen voor de onderscheiden marktdeelnemers.” En verder: “[i]ndien de ongelijkheid van kansen tussen de marktdeelnemers, en dus de vervalste mededinging, het gevolg is van een staatsmaat-

<sup>469.</sup> Arrest *Firma Ambulanz Glöckner*, r.o. 24: “bij wege van wettelijke maatregel wordt namelijk een beperkt aantal ondernemingen beschermd, waardoor de mogelijkheden van andere ondernemingen om in hetzelfde geografische gebied en onder in wezen gelijkwaardige omstandigheden de betrokken economische activiteit uit te oefenen, aanmerkelijk ongunstig worden beïnvloed.”

<sup>470.</sup> Arrest *Firma Ambulanz Glöckner*, r.o. 39.

<sup>471.</sup> Arrest *Firma Ambulanz Glöckner*, r.o. 43.

<sup>472.</sup> Arresten van het Hof van 13 december 1991, zaak C-18/88, *GB-Inno-BM*, *Jur.* 1991, I-5941, r.o. 18 en 21, en van 25 juni 1998, zaak C-203/96, *Duseldorp*, *Jur.* 1998, I-4075, r.o. 61.

<sup>473.</sup> Arrest van het Gerecht van 30 januari 2002, zaak T-54/99, *max.mobil/Commissie*, *Jur.* 2002, II-313.

<sup>474.</sup> Arrest van het Hof van 22 mei 2003, zaak C-462/99, *Connect Austria*, *Jur.* 2003, I-5197.

<sup>475.</sup> Beschikking 95/489/EG van 4 oktober 1995 betreffende de aan de tweede exploitant van gsm-radiotelefonie in Italië opgelegde voorwaarden (*PB*. L. 280, 49) en Beschikking 97/181/EG van 18 december 1996 betreffende de aan de tweede exploitant van gsm-radiotelefonie in Spanje opgelegde voorwaarden (*PB*. L. 76, 19).

<sup>476.</sup> Zie *infra*, randnr. 217.

<sup>477.</sup> Arrest *max.mobil*, aangehaald in voetnoot 473, r.o. 75.

<sup>478.</sup> Arrest *Connect Austria*, r.o. 80.

regel, vormt die maatregel een schending van artikel 86, lid 1 *juncto* 82 EG<sup>479</sup>. Toch staan deze bepalingen de nationale regeling niet in de weg *indien* de vergoeding die aan het openbare bedrijf is gevraagd voor de GSM 900-concessie, met inbegrip van de extra frequenties uit het DCS 1800-frequentiegebied die het later heeft gekregen zonder een vergoeding te betalen, economisch gelijkwaardig blijkt te zijn met de vergoeding die gevraagd wordt van de concurrent aan wie de DCS 1800-concessie is verleend. In dat geval voldoet de regeling aan het vereiste van de gelijkheid van kansen en van onvervalste mededinging<sup>480</sup>. De verdienste van de uitspraak ligt hierin dat dit vereiste – uitgewerkt in de beperkte context van belangenconflicten<sup>481</sup> – thans op algemene wijze wordt geformuleerd voor overheidsmaatregelen die voordelen toekennen aan openbare bedrijven of ondernemingen met exclusieve of bijzondere rechten.

## B. De rechtvaardigingsgrond van artikel 86, lid 2, EG

216. Artikel 86, lid 2, EG bepaalt dat ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang vallen onder de regels van het verdrag tenzij de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde taak verhindert. Tijdens de besproken periode oordeelde het Hof in de zaak *Firma Ambulanz Glöckner* dat de verzekering dag en nacht van spoedvervoer van zieken of gewonden door de EHBO-organisaties tegen eenvormige tarieven en onder vergelijkbare voorwaarden inzake kwaliteit zonder te letten op bijzondere situaties en op de economische rentabiliteit van elke individuele verrichting, een *dienst van algemeen economisch belang* is<sup>482</sup>.

Verder bevestigde het Hof – in lijn met de *Corbeau*-uitspraak<sup>483</sup> – dat overeenkomstig artikel 86, lid 2 *juncto* lid 1 EG het een Lidstaat toegelaten is een exclusief recht te verlenen aan een onderneming die met een taak van algemeen economisch belang belast is, voor zover de daaruit voortvloeiende beperking van de mededinging – of zelfs de uitsluiting van elke mededinging – van andere marktdeelnemers *noodzakelijk* is voor de verzekering van de opgedragen bijzondere taak. *In casu* oordeelde het Hof dat de noodzakelijkheidsvoorwaarde vervuld was met betrekking tot een wettelijke bepaling op grond waarvan de overheid een ver-

gunning weigert toe te kennen aan ondernemingen voor het verrichten van niet-urgent ziekenvervoer wanneer het gebruik ervan de werking en de rentabiliteit van de spoeddienst van de erkende EHBO-organisaties kan schaden. Deze bepaling die de exclusieve rechten van de organisaties m.b.t. spoedvervoer uitbreidt naar het niet-urgent ziekenvervoer, stelt hen immers in staat hun taak te vervullen onder economisch aanvaardbare omstandigheden. Met name dragen de opbrengsten uit het niet-urgent vervoer bij in de dekking van de kosten van de dienst voor vervoer van spoedgevallen. Bovendien wordt *cherry-picking* door marktdeelnemers die zich beperken tot niet-urgent ziekenvervoer in de winstgevende dichtbevolkte gebieden, onmogelijk gemaakt<sup>484</sup>. Het Hof stelde echter wel – in lijn met eerdere rechtspraak – als voorwaarde dat de EHBO-organisaties kennelijk in staat moeten zijn om permanent te voldoen aan de vraag naar diensten voor vervoer van spoedgevallen en voor ziekenvervoer<sup>485</sup>. Anders is de rechtvaardigingsgrond van artikel 86, lid 2, EG niet voorhanden.

## C. Artikel 86, lid 3, EG-Verdrag: de rechtspositie van klagers

217. Krachtens artikel 86, lid 3, EG waakt de Commissie over de toepassing van dit artikel en richt, voor zover nodig, passende richtlijnen of beschikkingen tot de Lidstaten. In vorige afleveringen van deze kroniek<sup>486</sup> werd gewezen op de rechtspraak volgens welke de bevoegdheid van de Commissie *ex* artikel 86, lid 3, EG om de verenigbaarheid van overheidsmaatregelen met artikel 86, lid 1 *juncto* een andere verdragsbepaling te beoordelen, geen verplichting voor de Commissie meebrengt om in te grijpen tegen een Lidstaat. Particulieren die de Commissie vragen krachtens artikel 86, lid 3, EG op te treden kunnen bijgevolg in beginsel geen beroep instellen tegen de beslissing van de Commissie om geen gebruik te maken van haar bevoegdheid. De rechtspraak had niettemin een opening gecreëerd door te oordelen dat er “uitzonderingssituaties” kunnen bestaan waarin een particulier toch in rechte kan optreden tegen zo’n weigeringsbeslissing van de Commissie. In het verleden heeft het Gerecht zich bereid getoond om het begrip uitzonderingssituatie ruim uit te leggen<sup>487</sup>. In het arrest *max.mobil/Commissie* dat handelt over een klacht van een particulier tegen een Lidstaat wegens schending van de artikelen 86,

<sup>479</sup>. Arrest *Connect Austria*, r.o. 83-84.

<sup>480</sup>. Arrest *Connect Austria*, r.o. 88-94.

<sup>481</sup>. Zie, m.n., arresten van het Hof van 13 december 1991, zaak C-18/88, *GB-Inno-BM*, *Jur.* 1991, I-5941, r.o. 25 en van 12 februari 1998, zaak C-183/96, *Raso*, *Jur.* 1998, I-533, r.o. 29 (belangenconflict ten gevolge van o.m. de cumulatie van reglementaire en commerciële functies).

<sup>482</sup>. Arrest *Firma Ambulanz Glöckner*, aangehaald in voetnoot 467.

<sup>483</sup>. Arrest van het Hof van 19 mei 1993, zaak C-320/91, *Corbeau*, *Jur.* 1993, I-2533.

<sup>484</sup>. Arrest *Firma Ambulanz Glöckner*, r.o. 53 en 56-59.

<sup>485</sup>. Arrest *Firma Ambulanz Glöckner*, r.o. 62, onder verwijzing naar o.m. arrest van het Hof van 23 april 1991, zaak C-41/90, *Höfner en Elser*, *Jur.* 1991, I-1979.

<sup>486</sup>. Zie de bespreking in *Kroniek 1996-1997*, *T.B.H.* 1998, randnr. 112, en *Kroniek 1997-1999*, *T.B.H.* 1999, randnr. 163.

<sup>487</sup>. Zie de *Kroniek 1997-1999*, *T.B.H.* 1999, 801, randnr. 163.

lid 1 *juncto* 82 EG, gaat het Gerecht op dit elan door<sup>488</sup>: hoewel de Commissie in het licht van haar ruime beoordelingsbevoegdheid onder artikel 86, lid 3, EG niet verplicht is om tegen Lidstaten op te treden, houdt dit, zo stelt het Gerecht, niet in dat zij de klachten van particulieren tegen Lidstaten niet zorgvuldig en onpartijdig zou moeten onderzoeken<sup>489</sup>. Mede op grond van artikel 41, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie formuleert het Gerecht aldus in hoofde van de Commissie een verplichting tot zorgvuldig en onpartijdig onderzoek van een bij haar op grond van artikel 86, leden 1 en 3, EG ingediende klacht<sup>490</sup>. Het corollarium van deze verplichting is dat particulieren “bij gehele of gedeeltelijke afwijzing van hun [klacht] kunnen beschikken over een beroepsmogelijkheid ter bescherming van hun wettige belangen”<sup>491</sup>. De controle van de gemeenschapsrechter is wel beperkt<sup>492</sup>. De Commissie heeft hogere voorziening ingesteld tegen deze uitspraak en in het latere arrest *Coe Clerici Logistics* distantieert een andere

kamer van het Gerecht zich voorzichtig van de ruime *locus standi* die aan klagers wordt toegekend<sup>493</sup>. In die zaak voerde de klager aan dat het besluit van een Italiaanse havenautoriteit een schending van artikel 86 *juncto* 82 EG inhield doordat het de toegang tot de kades aan voorwaarden onderwierp die het recht op zelfafhandeling van de klager had beperkt. Het Gerecht oordeelde dat de klager geen “uitzonderingssituatie” had aangetoond die zijn beroep ontvankelijk maakte tegen de weigering van de Commissie om in te grijpen tegen de Italiaanse overheid. Niet voldoende was de omstandigheid dat de klager een zeevervoerder was die zijn vracht in de haven zelf wenste af te handelen en de concurrent was van het bedrijf dat de kade in concessie had<sup>494</sup>. In het licht van het arrest *max.mobil/Commissie* onderzocht het Gerecht niettemin of de afwijzing van de klacht door de Commissie was geschied na een zorgvuldig en onpartijdig onderzoek daarvan, en verwierp het beroep als niet-ontvankelijk en in elk geval als ongegrond<sup>495</sup>.

## VIII. OVERHEIDSSTEUN

### A. Het verbod van staatssteun

**218.** Uit het belangwekkende arrest *Altmark* volgt dat het in artikel 87, lid 1, EG neergelegde begrip staatssteun bestaat uit verschillende onderdelen. De kwalificatie van staatssteun vereist dat aan alle in die bepaling bedoelde voorwaarden is voldaan<sup>496</sup>. Artikel 87, lid 1, EG bevat de volgende cumulatieve toepassingsvoorwaarden: (i) de maatregel moet een voordeel verschaffen; (ii) het moet gaan om een maatregel van de Staat of met staatsmiddelen bekostigd; (iii) de maatregel moet een selectief karakter hebben; (iv) de maatregel moet het handelsverkeer tussen de Lidstaten ongunstig beïnvloeden en de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen. Het begrip steunmaatregel is een juridisch begrip dat op basis van objectieve elementen moet worden uitgelegd en door de rechter volledig kan worden getoetst of het binnen het toepassingsgebied van artikel 87, lid 1, EG valt<sup>497</sup>.

### 1. Een voordeel

**219.** Het begrip steunmaatregel in de zin van artikel 87, lid 1, EG verwijst noodzakelijkerwijs naar “*voordelen*” die rechtstreeks of zijdelings met staatsmiddelen worden bekostigd of die een extra last voor de Staat of voor daartoe aangevozen instellingen meebrengen<sup>498</sup>. Om uit te maken of een overheidsmaatregel als een steunmaatregel is aan te merken, dient te worden nagegaan of de steunontvangende onderneming “een economisch voordeel ontvangt dat hij onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben ontvangen”<sup>499</sup>. De vorm van de maatregel is irrelevant: onder het begrip steun vallen alle “maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor – zonder subsidies in de strikte zin van het woord te zijn – van gelijke aard zijn en tot identieke gevolgen leiden”<sup>500</sup>.

<sup>488</sup>. Arrest *max.mobil/Commissie*, aangehaald in voetnoot 473.

<sup>489</sup>. Arrest *max.mobil/Commissie*, r.o. 55.

<sup>490</sup>. Arrest *max.mobil/Commissie*, r.o. 48-55.

<sup>491</sup>. Arrest *max.mobil/Commissie*, r.o. 56.

<sup>492</sup>. Arrest *max.mobil/Commissie*, r.o. 58: de gemeenschapsrechter moet met name enkel nagaan of “de bestreden handeling een *prima facie* consistente motivering bevat waaruit blijkt dat rekening is gehouden met de relevante elementen van het dossier, (...) of de vastgestelde feiten materieel juist zijn, en (...) of de *prima facie*-beoordeling van deze feiten niet kennelijk onjuist is”.

<sup>493</sup>. Arrest van het Gerecht van 17 juni 2003, zaak T-52/00, *Coe Clerici Logistics SpA*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*

<sup>494</sup>. Arrest *Coe Clerici Logistics*, r.o. 90.

<sup>495</sup>. Arrest *Coe Clerici Logistics*, r.o. 94-105.

<sup>496</sup>. Arrest van het Hof van 24 juli 2003, zaak C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, *Jur.* 2003, I-7747, r.o. 87.

<sup>497</sup>. Arrest van het Gerecht van 17 oktober 2002, zaak T-98/00, *Linde/Commissie*, *Jur.* 2002, II-3961, r.o. 40.

<sup>498</sup>. Arrest van het Hof van 22 november 2001, zaak C-53/00, *Ferring SA/ACOSS*, *Jur.* 2001, I-9067, r.o. 16.

<sup>499</sup>. Arrest *Linde/Commissie*, r.o. 39. In dezelfde zin bv. ook arrest *Altmark*, r.o. 84, en het arrest van het Gerecht van 5 augustus 2003, zaken T-116/01 en T-118/01, *P & O European Ferries en Diputacion Foral de Vizcaya/Commissie*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*

<sup>500</sup>. Zie bv. arrest van het Hof van 19 september 2000, C-156/98, *Duitsland/Commissie*, *Jur.* 2000, I-6857, r.o. 25.

**220.** Voordelen die rechtstreeks aan een onderneming worden toegekend, kunnen tevens indirect steun vormen aan een andere onderneming. In Nederland/Commissie oordeelde het Hof dat de subsidie die de Nederlandse overheid aan Nederlandse tankstations in de grensstreek met Duitsland ter compensatie van de accijnsverhoging op brandstof toekende, eveneens gunstige economische consequenties meebracht voor de aardoliemaatschappijen. Deze maatschappijen hadden namelijk, ingevolge de met de tankstations gesloten leveringsovereenkomsten, de verplichting de kosten te dragen van de prijsverlaging aan de pomp die door de tankstations werden toegepast om te concurreren met stations in de nabijheid. De overheidssteun aan de tankstations had tot gevolg dat de aardoliemaatschappijen voortaan waren vrijgesteld van deze contractuele verplichting, hetgeen de op hun begroting rustende lasten verlichtte<sup>501</sup>.

Voor de bepaling van de begunstigde van de steunmaatregel moet gekeken worden naar de onderneming die daadwerkelijk daarvan profiteert. In de Verlipack-zaak stond de overheid een lening toe aan een onderneming die de middelen nadien aanwendde voor een kapitaalinjectie in een andere onderneming. Het Hof oordeelde dat de overheidsmiddelen ten goede kwamen aan laatstgenoemde onderneming. De lener die ingevolge een bestemmingsclausule in de lening verplicht was de middelen door te geven, was niet de begunstigde van de staatssteun<sup>502</sup>.

### *a. Toekenning van een subsidie als normale handelstransactie*

**221.** Subsidies vormen het prototype van een steunmaatregel maar in uitzonderlijke omstandigheden zijn zij ingegeven door zuiver commerciële overwegingen en vormen zij geen staatssteun. In de zaak Linde AG/Commissie had de Treuhandstalt – een publiekrechtelijk orgaan verantwoordelijk voor de privatisering van bedrijven in het vroegere Oost-Duitsland – naar aanleiding van de verkoop aan het Belgische UCB van de activiteiten van een chemieproducent, samen met die producent in 1993 een overeenkomst aangaan waarbij zij aan UCB de koolstofmonoxide (CO) zouden leveren als grondstof voor de productie van de chemicaliën. De leveringen onder de overeenkomst bleken evenwel zwaar verlieslatend voor de Treuhandstalt doordat de CO-installatie van de chemieproducent die in eigendom was gebleven van de Treuhandstalt zwaar verouderd was. Daarom sloot zij, opnieuw samen met de chemieproducent, in 1997 een nieuwe overeenkomst met een derde onderneming voor de bouw van een nieuwe CO-installatie. De derde onderne-

ming kon de CO-leveringen aan UCB evenwel enkel onder rendabele voorwaarden verrichten indien de Treuhandstalt onder de vorm van een investeringssubsidie een deel van de bouwkosten van de installatie zou dragen. Het Gerecht oordeelde dat de subsidie een wezenlijk onderdeel van een omvattende regeling vormt en, zoals deze laatste, is ingegeven door commerciële overwegingen. Onderzocht moet worden “of het bedrag van de (...) subsidie in grote lijnen overeenstemt met de prijs die marktdeelnemers in dezelfde situatie zouden zijn overeengekomen”<sup>503</sup>. Bepalend voor het oordeel van het Gerecht was dat de bijdrage aan de investeringskosten onder de vorm van een subsidie veel lager was dan de gecumuleerde verliezen die de Treuhandstalt zou hebben geleden indien de oorspronkelijke overeenkomst met UCB tot de einddatum zou zijn uitgevoerd.

### *b. Sociale maatregelen*

**222.** Volgens de vaste rechtspraak volstaat het sociaal doel<sup>504</sup> van tegemoetkomingen van de overheid niet om die maatregelen niet als staatssteun aan te merken. Deze houding indachtig gooide de Belgische regering het in de zaak België/Commissie over een andere boeg om de kwalificatie van staatssteun te ontzeggen aan het overbruggings-supplement dat de werknemers van Cockerill Sambre werd uitbetaald. Het supplement compenseerde de inkomstendaling ten gevolge van de bij CAO overeengekomen arbeidsduurverkortening. De onderneming had geen enkele wettelijke of CAO-verplichting om een financiële compensatie toe te kennen voor de loonsverlaging veroorzaakt door deze arbeidstijdverkortening. De CAO sloot zelfs elke toename van de loonkosten van de onderneming uitdrukkelijk uit: het door Cockerill Sambre aan de werknemers uit te keren overbruggings-supplement werd met middelen van de Belgische overheid gefinancierd. Niettemin oordeelde het Hof dat het overbruggings-supplement als een loonkost diende te worden gekwalificeerd die onderneming normaliter draagt. De overheidsfinanciering verlichtte bijgevolg de lasten die normaliter op het budget van Cockerill Sambre drukten en vormde staatssteun<sup>505</sup>.

### *c. Fiscale maatregelen, parafiscale heffingen en restitutie van energieheffingen*<sup>506</sup>

**223.** Fiscale maatregelen kunnen staatssteun vormen. De Europese instanties toetsten de jongste jaren in toenemende mate het directe belastingrecht van de Lidstaten aan de

<sup>501.</sup> Arrest van het Hof van 13 juni 2002, zaak C-382/99, *Nederland/Commissie*, *Jur.* 2002, I-5163, r.o. 60-68.

<sup>502.</sup> Arrest van het Hof van 3 juli 2003, zaak C-457/00, *België/Commissie*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, r.o. 55-61.

<sup>503.</sup> Arrest van het Gerecht van 17 oktober 2002, zaak T-98/00, *Linde AG/Commissie*, *Jur.* 2002, II-3961, r.o. 48-52.

<sup>504.</sup> Bv. de creatie van nieuwe werkplaatsen, de verzachting van het financiële nadeel voor de werknemers van een arbeidsduurverkortening, enz.

<sup>505.</sup> Arrest van het Hof van 12 december 2002, zaak C-5/01, *België/Commissie*, *Jur.* 2002, I-1191, r.o. 31-45.

<sup>506.</sup> Voor het selectiviteitscriterium dat van cruciaal belang is voor de beoordeling of een belastingmaatregel staatssteun vormt, zie hierna randnr. 234 e.v.

regels inzake staatssteun. De Europese Commissie heeft haar benadering uitgestippeld in de Mededeling van 10 december 1998<sup>507</sup>. Voor België heeft zij het fiscaal regime van de coördinatiecentra en van de “US foreign sales corporations” onverenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt<sup>508</sup>. Onlangs publiceerde de Commissie een leerrijk rapport met haar bevindingen inzake de toepassing van de mededeling<sup>509</sup>. Tijdens de besproken periode heeft het Gerecht de toepassing van een belastingkrediet in de vorm van een vermindering van de verschuldigde vennootschapsbelasting<sup>510</sup> en een vermindering van de belastinggrondslag voor de vennootschapsbelasting<sup>511</sup> als steunmaatregelen gekwalificeerd.

**224.** Volgens de vaste rechtspraak van het Hof kan een parafiscale heffing op producten, naar gelang van het gebruik van de opbrengst ervan (bv. aanwending voor de nationale productie), een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare staatssteun opleveren wanneer aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 87 EG is voldaan<sup>512</sup>. Wanneer de bijdragen worden geheven over nationale en ingevoerde producten en in een door de wet opgericht fonds terechtkomen ten voordele van de nationale productie, doet dit een probleem rijzen van staatssteun aan de nationale productie. In het voetspoor van het arrest Lornoy heeft zich een kluit van geschillen ontsponnen voor de Belgische rechtbanken waarbij slachthuizen de verplichte bijdrage terugvorderden van de Belgische Staat die zij hadden gestort in het Fonds voor de gezondheid en de productie van dieren<sup>513</sup>. In het recente arrest Van Calster, gewezen buiten de besproken periode, is de problematiek van het fonds dat werd ingesteld door de Dierengezondheidswet van 24 maart 1987, zoals vervangen door de Wet van 23 maart 1998, opnieuw voor het Hof gekomen<sup>514</sup>.

Tijdens de besproken periode heeft het Hof zich ook gebogen over de vraag of de verplichte bijdragen staatssteun kunnen uitmaken ten voordele van de entiteit die de verplichte

bijdragen int. In de Griekse zaak Freskot dienden landbouwbedrijven een verzekeringsbijdrage te betalen aan het Instituut voor landbouwverzekeringen dat belast is met de preventie en de vergoeding van uit risico's van natuurevenementen voortvloeiende schade. Het Hof oordeelde dat het Instituut een stelsel van verplichte verzekering beheerde waarvan de wezenlijke bestanddelen (bijdrage en prestaties) door de nationale wetgever zijn vastgesteld. Bijgevolg verrichtte het instituut geen economische activiteit en was het geen onderneming in de zin van artikel 87 EG<sup>515</sup>. De bijdragen vormden daarom geen steun in de zin van artikel 87, lid 1, EG. Daarentegen meende het Hof dat de door het instituut verrichte diensten uit hoofde van de verplichte verzekering tegen risico's van natuurevenementen wel staatssteun konden vormen ten behoeve van de Griekse landbouwbedrijven<sup>516</sup>.

**225.** In het belangrijke arrest Adria-Wien Pipeline heeft het Hof beslist dat een restitutie van energiehellingen op aardgas en elektriciteit aan bepaalde ondernemingen als staatssteun kan worden aangemerkt. Een dergelijke maatregel komt immers neer op de levering van energie tegen preferentiële voorwaarden<sup>517</sup>. Het belang van dit arrest mag niet onderschat worden in het licht van de toenemende drang van nationale autoriteiten om allerhande heffingen in te voeren (milieuhellingen, verpakkingsheffingen, enz.). Telkens zal dienen onderzocht te worden of problemen van staatssteun rijzen.

#### *d. Aankoop van diensten*

**226.** In het arrest P & O European Ferries bevestigde het Gerecht zijn rechtspraak volgens welke de aankoop door de overheid van goederen of diensten bij een bepaalde onderneming een steunmaatregel kan uitmaken<sup>518</sup>. Wanneer de keuze van de ondernemer niet is voorafgegaan door een

<sup>507</sup>. Mededeling van 10 december 1998 van de Commissie over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de Staten op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen (*PB*, 1998, C. 384, 3).

<sup>508</sup>. Beschikking van 17 februari 2003, *Belgische coördinatiecentra*, *PB*, L. 282 van 30 oktober 2003 en Beschikking van 25 juni 2003, *US FSC in België*, nog niet gepubliceerd in het *PB*.

<sup>509</sup>. *Report on the implementation of the Commission notice on the application of the state aid rules to measures relating to direct business taxation*, te vinden op de webstek van D.G. Concurrentie.

<sup>510</sup>. Arrest van het Gerecht van 6 maart 2002, zaken T-127/99, T-129/99 en T-148/99, *Territorio Historico de Alava en Daewoo/Commissie*, *Jur.* 2002, II-1275, r.o. 139 e.v.

<sup>511</sup>. Arrest van het Gerecht van 6 maart 2002, zaken T-92/00 en T-103/00, *Territorio Historico de Alava en Ramondin/Commissie*, *Jur.* 2002, II-1385, r.o. 43 e.v.

<sup>512</sup>. Zie bv. arrest van het Hof van 16 december 1992, zaak C-17/91, *Lornoy*, *Jur.* 1992, I-6523, r.o. 28 en 32.

<sup>513</sup>. Na het arrest *Lornoy* van het Hof van Justitie velde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Turnhout (die de vraag had gesteld) op 10 februari 1994 vonnis en legde de terugbetaling door de Belgische Staat op van de parafiscale heffingen. Dit vonnis werd bevestigd door Antwerpen 7 november 1995, waartegen de cassatievoorziening is verworpen door Cass. 19 januari 2001. In een arrest van 9 februari 2000 kwam het Arbitragehof eveneens tussen in de kwestie met betrekking tot de vraag of de regularisatiewet in overeenstemming was met het gelijkheidsbeginsel. Zie eveneens Rb. Brussel 11 mei 1999, *R.W.* 1999-2000, 616.

<sup>514</sup>. Arrest van het Hof van 21 oktober 2003, zaken C-261/01 en C-262/01, *Belgische Staat/Van Calster*, nog niet gepubliceerd in *Jur.* In die zaak besliste het Hof dat de “stand-still”-bepaling van art. 88, lid 3, EG eraan in de weg staat dat verplichte bijdragen retroactief worden opgelegd voor de periode die dateert van vóór de beschikking van de Commissie die de steun van het fonds goedkeurt.

<sup>515</sup>. Arrest van het Hof van 22 mei 2003, zaak C-355/00, *Freskot AE en Elliniko Dimosio*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, r.o. 76-79.

<sup>516</sup>. Arrest *Freskot*, r.o. 80. Bij gebrek aan voldoende feitelijke informatie liet het Hof het aan de nationale rechter daarover te beslissen.

<sup>517</sup>. Arrest van het Hof van 8 november 2001, zaak C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, *Jur.* 2001, I-8365, r.o. 37-40.

openbare aanbesteding waaraan voldoende publiciteit is gegeven, moet de overheid aantonen dat haar aankoop van goederen of diensten een normale handelstransactie is. De enkele omstandigheid dat de Lidstaat de goederen of diensten tegen marktvoorwaarden koopt is niet voldoende. De overheid dient daarenboven aan te tonen dat zij een werkelijke behoefte aan de goederen of diensten had<sup>519</sup>.

#### e. Verkoop van goederen (o.a. gronden) of verlening van diensten

**227.** Omgekeerd kan de verkoop van goederen of de levering van diensten door een overheidslichaam tegen voordelige voorwaarden een steunmaatregel van de Staat vormen<sup>520</sup>. In de zaak *Territorio Historico de Alava e.a./Commissie* onderzocht het Gerecht of de betrokken onderneming een bouwrijp gemaakt terrein had gekocht van de overheid “tegen een prijs die zij onder normale marktomstandigheden niet zou hebben kunnen verkrijgen”<sup>521</sup>. De Europese Commissie had zich voor haar beslissing dat een bedrijf een terrein in een industriegebied had gekocht aan een prijs beneden de marktprijs, gebaseerd op een verslag van een onafhankelijk accountantsbureau. Het Gerecht vernietigde de beslissing van de Commissie op grond dat zij willekeurig had gehandeld door de in dat verslag opgegeven marktprijs als doorslaggevend referentieprijs te hanteren<sup>522</sup>. Ten onrechte had de Commissie geen voldoende rekening gehouden met drie andere verslagen die een andere raming hadden gegeven. Het Gerecht oordeelde daarenboven dat de Commissie ten onrechte het gratis gebruik van het terrein gedurende 9 maanden als staatssteun kwalificeerde aangezien niet was onderzocht of zulk gedrag beantwoordde aan het “gebruikelijke gedrag van een particuliere onderneming”<sup>523</sup>.

#### f. Verlening van diensten door een openbare onderneming belast met een dienst van algemeen economisch belang aan een dochteronderneming

**228.** De verlening van diensten door een openbare onderneming aan een dochteronderneming kan eveneens staatssteun vormen indien de ontvangen financiële tegenprestatie lager is dan die welke onder “normale marktvoorwaarden” zou zijn verlangd. In de zaak *Ufex e.a./Commissie* had het openbaar postbedrijf dat over het wettelijk monopolie van de postbedeling beschikt, logistieke diensten – bestaande in de terbeschikkingstelling van het postkantoor – verstrekt aan een dochteronderneming die werkzaam is op de markt van de snelpostdiensten die wel openstaat voor concurrentie. Het Gerecht oordeelde dat om uit te maken of de diensten onder “normale marktvoorwaarden” werden verricht, er dient te worden onderzocht of de door het openbaar moederbedrijf “ontvangen tegenprestatie vergelijkbaar was met die welke wordt verlangd door een *niet* in een gereserveerde sector opererende particuliere holding of particuliere groep ondernemingen”<sup>524</sup>. In het arrest *Chronopost e.a./Ufex e.a.* floot het Hof het Gerecht evenwel terug<sup>525</sup>. Het openbare postbedrijf heeft met het oog op de vervulling van zijn taak van algemeen economisch belang een postnet moeten uitbouwen dat kennelijk niet bestemd is om onder marktvoorwaarden te functioneren. Een particuliere onderneming zou, aldus het Hof, nooit zo’n net hebben opgezet. Bijgevolg is – anders dan het Gerecht meende – de situatie van het openbare postbedrijf niet vergelijkbaar met die van een particuliere groep van ondernemingen die *niet* in een gereserveerde sector werkzaam zijn. Het Hof koos er daarom voor de normale marktvoorwaarden te beoordelen aan de hand van de “beschikbare objectieve en controleerbare elementen”, *in casu* de werkelijke kosten van het openbaar postbedrijf<sup>526</sup>. In dit verband oordeelde het Hof dat geen staatssteun ten gunste van de dochteronderneming bestaat wanneer blijkt dat “de verlangde tegenprestatie volstaat ter dekking van alle bijkomende variabele kosten wegens het verstrekken van de [diensten], plus een passende bijdrage in de vaste kosten van het gebruik van het postnet alsmede een passende vergoeding voor het eigen kapitaal voor zover dit wordt gebruikt

<sup>518.</sup> Arrest van het Gerecht van 5 augustus 2003, zaken T-116/01 en T-118/01, *P & O European Ferries en Diputacion Foral de Vizcaya/Commissie*, nog niet gepubliceerd in *Jur.* Het Gerecht had dit reeds beslist in zijn arrest van 28 januari 1999, zaak T-14/96, *Bretagne Angleterre Irlande/Commissie*, zaak T-14/96, *Jur.* 1999, II-139, besproken in *Kroniek 1999-2001*, T.B.H. 1999, 802, randnr. 167.

<sup>519.</sup> Arrest *P & O European Ferries*, aangehaald in voetnoot 518, r.o. 116-118.

<sup>520.</sup> Arrest van het Hof van 11 juli 1996, zaak C-39/94, *SFEI*, *Jur.* 1996, I-3547, r.o. 59.

<sup>521.</sup> Arrest van het Gerecht van 6 maart 2002, zaken T-127/99, T-129/99 en T-148/99, *Territorio Historico de Alava en Daewoo e.a./Commissie*, *Jur.* 2002, I-1275, r.o. 73.

<sup>522.</sup> Arrest *Territorio Historico de Alava e.a./Commissie*, r.o. 83.

<sup>523.</sup> Arrest *Territorio Historico de Alava e.a./Commissie*, r.o. 100. De periode van 9 maanden tussen de totstandkoming van de koop en het verlijden van de koopakte (en de betaling van de prijs) was te wijten aan het feit dat derden eigendomsrechten op het terrein lieten gelden, in welke geval volgens art. 1502 van het Spaans Burgerlijk Wetboek de koper de betaling van de koopprijs mocht uitstellen. Het Gerecht stelde: “[h]et voordeel dat uit het gebruik van het terrein vóór de betaling van de verkoopprijs voortvloeit, kan niet als staatssteun worden aangemerkt aangezien het een gevolg is van de toepassing van de algemene regels van Spaans burgerlijk recht” (r.o. 102).

<sup>524.</sup> Arrest van het Gerecht van 14 december 2000, zaak T-613/97, *Ufex e.a./Commissie*, *Jur.* 2000, II-4055, r.o. 75, besproken in *Kroniek 1999-2001*, T.B.H. 2002, 581, randnr. 208.

<sup>525.</sup> Arrest van het Hof van 3 juli 2003, zaken C-83/01 P, C-93/01 P en C-94/01 P, *Chronopost e.a./Ufex e.a.*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*

<sup>526.</sup> Arrest *Chronopost*, r.o. 34-39.

voor de concurrentiële werkzaamheden van de [dochteronderneming], en indien voorts niets erop wijst dat deze elementen zijn onderschat of willekeurig zijn vastgesteld<sup>527</sup>.

### *g. Kapitaalinjecties, herkapitalisaties, leningen en overdracht van activa*

**229.** Volgens vaste rechtspraak kan een kapitaalinjectie niet als staatssteun worden aangemerkt wanneer het kapitaal onder met normale marktvoorwaarden overeenkomende omstandigheden door de Staat ter beschikking van een onderneming wordt gesteld. Aldus dient te worden onderzocht of “een particulier investeerder die qua omvang vergelijkbaar is met de organen die de publieke sector beheren, in vergelijkbare omstandigheden ertoe zou kunnen worden gebracht een even grote hoeveelheid kapitaal in te brengen, mee gelet op de ten tijde van de inbreng beschikbare informatie en te verwachten evolutie<sup>528</sup>. Dit is het criterium van de particuliere investeerder in een markteconomie waaraan de inbreng van financiële middelen onder de vorm kapitaal of leningen wordt getoetst. In de zaak Frankrijk/Commissie vernietigde het Hof een beschikking van de Commissie omdat zij bij de beoordeling van een lening door een openbare bank was uitgegaan van een latere periode dan die waarin de steun werkelijk was verleend. Voor de toepassing van het criterium van de particulier investeerder dient de Commissie uit te gaan van de periode waarin de steunmaatregelen zijn genomen<sup>529</sup>. In de zaak Italië en SIM 2 Multimedia/Commissie oordeelde het Hof daarentegen dat wanneer ten tijde van een herkapitalisatie van een onderneming door de overheid de financiële situatie van die onderneming slecht was, de negatieve resultaten kaderden in een context van economische recessie en prijsdalingen en een weinig geloofwaardig en realistisch herstructureringsplan voorlag, de Commissie op goede gronden kan beslissen dat de overheid niet als een particulier investeerder handelde, temeer daar de herkapitalisatie ook was ingegeven door de bekommernis van behoud van werkgelegenheid<sup>530</sup>. In de zaak HAMSA ging het Gerecht akkoord met de Commissie dat de kapitalisatie van een deel van de schulden van een onderneming bij een overheidsorgaan niet voldeed aan het criterium van de particuliere investeerder: de omvang van de schuldenlast van de onderneming was van die aard dat niet binnen een redelijke termijn op een normaal rendement van het

geïnvesteerde kapitaal kon worden gerekend. Bovendien was er geen betrouwbaar herstructureringsplan<sup>531</sup>. Het criterium van de particuliere investeerder in een markteconomie werd in de rechtspraak vooral ontwikkeld met betrekking tot steun aan ondernemingen in financiële moeilijkheden die het voorwerp vormen van een herstructurering. In het arrest Westdeutsche Landesbank Girozentrale/Commissie paste het Gerecht het criterium ook toe op rendabele ondernemingen die steun krijgen van de overheid<sup>532</sup>. *In casu* werd een publiekrechtelijke instelling (WfA) met als taak de bevordering van de woningbouw geïntegreerd in een bank (WestLB) die ook geheel in handen was van overheidsaandeelhouders (waaronder een Duitse deelstaat). Het aandelenkapitaal en de reserves van WfA werden in de balans van WestLB als bijzondere reserves opgenomen. De Commissie meende dat de vergoeding die aan de deelstaat toekwam voor de terbeschikkingstelling van het kapitaal onvoldoende was. Het Gerecht oordeelde dat het gebruik van het gemiddeld rendement in de betrokken sector (*in casu* de banksector) een aanvaardbare methode was om te bepalen of de overheid als een particulier investeerder handelt. De Commissie mag zich daartoe evenwel niet beperken maar dient alle relevante elementen van een operatie te analyseren, met inbegrip van de omstandigheid dat de overheid bv. reeds een aandeel heeft in het kapitaal<sup>533</sup>. Uiteindelijk vernietigde het Gerecht de beschikking van de Commissie wegens een motiveringsgebrek.

### *h. Kwijtschelding van schulden*

**230.** Overheidsinstanties, zoals de fiscus en socialezekerheidsinstellingen, zijn in bepaalde omstandigheden bereid om belasting- en socialezekerheids schulden kwijt te schelden van ondernemingen in moeilijkheden. In overeenstemming met vorige rechtspraak<sup>534</sup> heeft het Gerecht in de zaak HAMSA deze handelswijze getoetst aan het criterium van de particuliere schuldeiser: bij de verlening van een kwijtschelding van schulden dient het gedrag van de overheidsorganen niet te worden vergeleken met dat van een particuliere investeerder die geleid wordt door vooruitzichten van rentabiliteit op lange termijn, maar met dat “van een particuliere schuldeiser die betaling tracht te verkrijgen van de bedragen die hem verschuldigd zijn door een schuldenaar in financiële moeilijkheden<sup>535</sup>. Vernieuwend is het Gerecht waar het uit-

<sup>527</sup>. Arrest *Chronopost*, r.o. 40.

<sup>528</sup>. Tijdens de besproken periode bevestigd door o.m. arresten van het Hof van 16 mei 2002, zaak C-482/99, *Frankrijk/Commissie*, *Jur.* 2002, I-4397, r.o. 68 en 70, van 8 mei 2003, zaken C-328/99 en C-399/00, *Italië en SIM 2 Multimedia SpA*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, r.o. 36 en 38, en arresten van het Gerecht van 11 juli 2002, zaak T-152/99, *HAMSA*, *Jur.* 2002, II-3049, r.o. 125 en 126, en van 6 maart 2003, zaken T-228/99 en T-233/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale en Land Nordrhein-Westfalen/Commissie*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, r.o. 244-245.

<sup>529</sup>. Arrest *Frankrijk/Commissie*, r.o. 77-81.

<sup>530</sup>. Arrest *Italië en SIM 2 Multimedia*, r.o. 41-46.

<sup>531</sup>. Arrest *HAMSA*, aangehaald in voetnoot 528, r.o. 130-137.

<sup>532</sup>. Arrest *Westdeutsche Landesbank Girozentrale*, aangehaald in voetnoot 528, r.o. 206-214.

<sup>533</sup>. Arrest *Westdeutsche Landesbank Girozentrale*, r.o. 250-258.

<sup>534</sup>. Zie *Kroniek 1997-1999*, *T.B.H.* 1999, p. 804, randnr. 171, en *Kroniek 1999-2001*, *T.B.H.* 2002, p. 583, randnr. 212.

<sup>535</sup>. Arrest *HAMSA*, aangehaald in voetnoot 528, r.o. 167.

eenzet hoe een particuliere schuldeiser geacht wordt te handelen: “wanneer een onderneming waarvan de financiële situatie aanzienlijk is verslechterd, haar schuldeisers een akkoord (...) voorstelt tot sanering van haar schulden, om haar situatie te verbeteren en haar faillissement te voorkomen, moet elke schuldeiser wel een keuze maken tussen het bedrag dat hem in het kader van het voorgestelde akkoord wordt geboden en het bedrag dat hij na eventuele liquidatie van de onderneming meent te kunnen verhalen. (...) Mocht bijvoorbeeld blijken dat in het geval van de liquidatie van een onderneming de verkoopwaarde van haar activa het slechts mogelijk maakt de hypothecaire en preferente schuldvorderingen terug te betalen, dan zouden de gewone schuldvorderingen waardeloos zijn. In een dergelijke situatie zou een gewone schuldeiser die bereid is van de terugbetaling van een aanzienlijk deel van zijn vordering, niet echt een toegeving doen”<sup>536</sup>. M.a.w., een rationele particuliere schuldeiser zal naar gelang van de concrete omstandigheden aansturen op de liquidatie dan wel op het behoud van het *going concern* van de schuldenaar. Kwijtschelding van schulden om de continuïteit (en toekomstige winstgevendheid) van de onderneming te garanderen, kan derhalve aan de kwalificatie van staatssteun ontsnappen.

### i. Privatiseringen

**231.** De privatisering van een staatsonderneming gaat soms gepaard met de injectie van vers geld en/of de kwijtschelding van leningen door de overheid in de hoop dat zich goede kandidaat-kopers aanbieden. In de zaak Duitsland/Commissie was de vraag aan de orde of de privatisering door de Duitse overheid van een voormalige Oost-Duitse staalfabrikant tegen een negatieve verkoopprijs van 340 miljoen DEM staatssteun inhield. Het Hof hanteerde als maatstaf of “een particulier investeerder die qua omvang vergelijkbaar is met de organen die de publieke sector beheren, in vergelijkbare omstandigheden ertoe zou kunnen worden gebracht, in het kader van de verkoop van die onderneming een even grote hoeveelheid kapitaal in te brengen, dan wel voor de liquidatie van de onderneming zou hebben gekozen”<sup>537</sup>. *In casu* oordeelde het Hof dat de Commissie terecht had geoordeeld dat liquidatie van de staalproducent goedkoper dan privatisering zou zijn geweest en dat een particulier investeerder

voor die oplossing zou hebben gekozen. De omstandigheid dat de privatisering in het kader van een open, doorzichtige en onvoorwaardelijke aanbestedingsprocedure werd voltrokken, neemt niet weg dat het besluit om de onderneming te privatiseren tegen een negatieve verkoopprijs niet beantwoordde aan het criterium van de particuliere investeerder en dus steunelementen inhield<sup>538</sup>.

### j. Toelagen ter compensatie van openbare dienstverplichtingen

**232.** In het principearrest *Altmark* heeft het Hof thans uitgemerkt dat wanneer een overheidsmaatregel te beschouwen is als een compensatie die de tegenprestatie vormt voor de prestaties die een onderneming heeft verricht om openbare dienstverplichtingen uit te voeren, deze maatregel niet binnen de werkingssfeer van artikel 92, lid 1, van het Verdrag valt<sup>539</sup>. In werkelijkheid ontvangt deze onderneming immers geen financieel voordeel en wordt zij niet in een gunstigere mededingingspositie geplaatst in vergelijking met haar concurrenten. Het voltallig Hof bevestigt hiermee de kameruitspraak *Ferring/ACOSS*<sup>540</sup>, en preciseert daarenboven de voorwaarden die moeten worden vervuld om zo'n compensatie niet als staatssteun aan te merken<sup>541</sup>. In de *eerste* plaats dient de begunstigde onderneming daadwerkelijk belast te zijn met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen en moeten die verplichtingen duidelijk omschreven zijn. In de *tweede* plaats moeten de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld. Hiermee wordt vermeden dat de compensatie een voordeel bevat waardoor de begunstigde onderneming ten opzichte van concurrerende ondernemingen kan worden bevoordeeld<sup>542</sup>. In de *derde* plaats mag de compensatie niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen, geheel of gedeeltelijk te dekken. In de *vierde* plaats, wanneer de met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen te belasten onderneming in een concreet geval niet is gekozen in het kader van een openbare aanbesteding (waarbij de kandidaat kan worden geselecteerd die deze diensten tegen de laagste kosten voor de gemeenschap kan leveren), moet de

<sup>536</sup>. Arrest *HAMSA*, aangehaald in voetnoot 528, r.o. 168. Het Gerecht vernietigde de beschikking van de Commissie omdat zij tot het bestaan van staatssteun had besloten zonder kennis te nemen van de factoren die de respectieve waarde van de aan de schuldeisers geboden keuzemogelijkheden bepaalden, maar enkel aandacht had geschonken aan de schijnbare wanverhouding tussen de bedragen die de overheidscrediteuren en de particuliere crediteuren hadden kwijtgescholden.

<sup>537</sup>. Arrest van het Hof van 28 januari 2003, zaak C-334/99, *Duitsland/Commissie*, *Jur.* 2003, I-1139, r.o. 133.

<sup>538</sup>. Arrest *Duitsland/Commissie*, r.o. 136-142.

<sup>539</sup>. Arrest *Altmark Trans GmbH*, aangehaald in voetnoot 496, r.o. 87.

<sup>540</sup>. Arrest van het Hof van 22 november 2001, zaak C-53/00, *Jur.* 2001, I-9067, besproken in *Kroniek 1999-2001*, *T.B.H.* 2002, randnr. 204 en 214.

<sup>541</sup>. Arrest *Altmark*, aangehaald in voetnoot 496, r.o. 88-94.

<sup>542</sup>. Zo vormt de compensatie door een Lidstaat van door een onderneming geleden verliezen zonder dat de parameters voor een dergelijke compensatie vooraf zijn vastgesteld, een financiële maatregel die valt onder het begrip staatssteun in de zin van art. 92, lid 1, van het Verdrag, wanneer achteraf blijkt dat de exploitatie van bepaalde diensten in het kader van de uitvoering van openbare dienstverplichtingen niet economisch levensvatbaar was (arrest *Altmark*, r.o. 91).

noodzakelijke compensatie worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen. Het gaat om cumulatieve voorwaarden: een overheidsmaatregel die niet voldoet aan één of meer van de voorwaarden, vormt een steunmaatregel.

## 2. Maatregel van de Staat of met staatsmiddelen bekostigd

**233.** Naar zijn bewoordingen ziet artikel 87, lid 1, EG op steunmaatregelen van de Staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd. In het principearrest Frankrijk/Commissie verklaart het Hof dat voordelen slechts als steun in de zin van artikel 87, lid 1, EG kunnen worden beschouwd mits twee voorwaarden zijn vervuld: (i) de voordelen dienen rechtstreeks of zijdelings met staatsmiddelen te zijn bekostigd en (ii) de voordelen moeten aan de Staat kunnen worden toegerekend<sup>543</sup>. In casu had een onderneming leningen, garanties en een herkapitalisatie bekomen van de bank Crédit Lyonnais en haar twee dochterbedrijven. De Franse overheid bezat 80% van de aandelen van Crédit Lyonnais en 100% van haar stemrechten. De Staat had bovendien de voorzitter en twee derde van de leden van de raad van bestuur benoemd. De bank en haar twee dochterondernemingen stonden bijgevolg onder staatscontrole. De Franse autoriteiten hadden zelf evenwel geen Financiële steun, zoals een garantie of specifieke Financiële middelen, aan de onderneming verstrekt. Wat de voorwaarde van de bekostiging met staatsmiddelen betreft, oordeelt het Hof dat de Financiële middelen van ondernemingen die onder staatscontrole vallen en dus ter beschikking van de Staat staan, als staatsmiddelen in de zin van artikel 87, lid 1, EG kunnen worden aangemerkt. De Staat is immers in staat door haar controle over deze ondernemingen het gebruik van hun middelen te sturen om in voorkomend geval steun te geven aan andere ondernemingen<sup>544</sup>. Deze eerste voorwaarde was bijgevolg vervuld t.a.v. de voordelen die Crédit Lyonnais en haar twee filialen aan de onderneming toekenden. Wat de voorwaarde van de toerekenbaar-

heid van de steunmaatregel aan de Staat betreft, verwerpt het Hof daarentegen het standpunt van de Commissie volgens welke de enkele omstandigheid dat een openbaar bedrijf (zoals Crédit Lyonnais en haar twee filialen) onder staatscontrole staat, volstaat om de door dit bedrijf genomen steunmaatregelen aan de Staat toe te rekenen<sup>545</sup>. Daarnaast dient, aldus het Hof, te worden “nagegaan of de overheid op een of andere manier bij de vaststelling van de maatregelen was betrokken”<sup>546</sup>. Een gedetailleerd onderzoek dat aantoonde dat de overheid het openbare bedrijf concreet ertoe heeft aangezet de betrokken steunmaatregelen te nemen is weliswaar niet vereist<sup>547</sup>. De toerekenbaarheid aan de Staat van een door een openbaar bedrijf genomen steunmaatregel kan worden afgeleid “uit een samenstel van aanwijzingen die blijken uit de omstandigheden van de zaak en de context waarin deze maatregel is genomen”<sup>548</sup>. Een aanwijzing is dat het openbaar bedrijf de maatregel niet kon nemen zonder rekening te houden met de door de overheid gestelde eisen of aanwijzingen<sup>549</sup>. Andere aanwijzingen zijn “het feit dat het bedrijf deel uitmaakt van de structuur van de openbare administratie, de aard van zijn activiteiten en het feit dat het bedrijf bij het verrichten van deze activiteiten op de markt normaal concurreert met particuliere marktdeelnemers, het juridische statuut van het bedrijf – of het publiek recht van toepassing is dan wel het algemene vennootschapsrecht –, de mate waarin de overheid toezicht op het beheer van het bedrijf uitoefent, of elke andere aanwijzing waaruit in 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 deze maatregel, op de inhoud ervan of op de eraan verbonden voorwaarden”<sup>550</sup>. Ten slotte vormt de rechtsvorm van het openbare bedrijf, zoals bv. de vorm van een gemeenschappelijke kapitaalvennootschap, een relevante maar niet-doorslaggevende aanwijzing<sup>551</sup>.

## 3. Specificiteit van de maatregel

**234.** Artikel 87, lid 1, EG verwijst naar steunmaatregelen die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen. Het specifieke of selectieve karakter van een maatregel is een van de kenmerken van het begrip steun-

<sup>543</sup>. Arrest van het Hof van 16 mei 2002, zaak C-482/99, *Frankrijk/Commissie*, *Jur.* 2002, I-4397, r.o. 24, met een uitvoerige inventaris van de eerdere rechtspraak. Zie ook arrest *Westdeutsche Landesbank Girozentrale/Commissie*, aangehaald in voetnoot 528, r.o. 179.

<sup>544</sup>. Arrest *Frankrijk/Commissie*, r.o. 35-38. De omstandigheid dat deze middelen geen permanent deel uitmaken van het vermogen van de Staat, is niet relevant. Nadien bevestigd in arrest *Italië en SIM 2 Multimedia/Commissie*, aangehaald in voetnoot 528, r.o. 33, waar de Financiële middelen van een privaatrechtelijke vennootschap die voor 87% in handen is van een overheidsinstantie onder de zeggenschap van laatstgenoemde staat, als staatsmiddelen in de zin van art. 87, lid 1, EG worden aangemerkt. Het feit dat de vennootschap haar eigen middelen heeft aangewend, is niet relevant.

<sup>545</sup>. Arrest *Frankrijk/Commissie*, r.o. 52.

<sup>546</sup>. Arrest *Frankrijk/Commissie*, r.o. 53.

<sup>547</sup>. Arrest *Frankrijk/Commissie*, r.o. 55.

<sup>548</sup>. Arrest *Frankrijk/Commissie*, r.o. 55.

<sup>549</sup>. Arrest *Frankrijk/Commissie*, r.o. 55. Het Hof verwijst dienaangaande naar zijn arresten van 2 februari 1988, 67/85, 68/85 en 70/85, *Van der Kooy*, *Jur.* 1988, r.o. 37 en arresten van 21 maart 1991, *Italië/Commissie*, C-303/88, *Jur.* 1991, I-1433, r.o. 11 en 12, en *Italië/Commissie*, C-305/89, *Jur.* 1991, I-1603, r.o. 13 en 14.

<sup>550</sup>. Arrest *Frankrijk/Commissie*, r.o. 56.

<sup>551</sup>. Arrest *Frankrijk/Commissie*, r.o. 57.

maatregel van de Staat. Maatregelen met een zuiver algemene strekking vallen niet onder artikel 87, lid 1, EG<sup>552</sup>. Om de woorden van het Hof in het arrest *Adria-Wien Pipeline* te gebruiken, een door een Lidstaat verleend economisch voordeel heeft alleen het karakter van een steunmaatregel indien het wegens “een zekere mate van selectiviteit” bepaalde ondernemingen of producties begunstigt. Een overheidsmaatregel die zonder onderscheid alle ondernemingen op het nationale grondgebied begunstigt, vormt geen staatssteun. Anderzijds vormen het groot aantal begunstigde ondernemingen en de verscheidenheid en het belang van de sectoren waartoe de begunstigten behoren op zich geen grond om een overheidsinitiatief als algemene maatregel van economische politiek te beschouwen<sup>553</sup>. Voorts verduidelijkt het Hof in dit arrest de selectiviteitsvoorwaarde als volgt: voor de toepassing van artikel 87, lid 1, EG “hoeft enkel te worden vastgesteld of een overheidsmaatregel binnen het kader van een bepaalde rechtsregeling bepaalde ondernemingen of producties kan begunstigen ten opzichte van ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden, gelet op de doelstelling van de betrokken maatregel”<sup>554</sup>. De restitutie van energieheffingen aan ondernemingen die enkel stoffelijke goederen produceren (met uitsluiting van dienstverstrekkers) was aldus een selectieve maatregel. Tijdens de besproken periode heeft het Gerecht voorts in twee directe belastingzaken geoordeeld dat door de beperking van de toepassing van een belastingkrediet tot investeringen die een aanzienlijk bedrag in nieuwe materiële vaste activa voorstellen, dit krediet *de facto* wordt voorbehouden aan ondernemingen die over aanzienlijke financiële middelen beschikken. De toekenning van een recht op vermindering van de belastinggrondslag aan uitsluitend nieuw opgerichte ondernemingen die een bepaald minimumbedrag investeren en ten minste 10 arbeidsplaatsen creëren, vormt eveneens een selectieve maatregel<sup>555</sup>. Buiten het gebied van de fiscaliteit heeft het Hof de toekenning van een kapitaalsubsidie voor een lening voor de aanschaf van een nieuw bedrijfsvoertuig die wordt voorbehouden aan natuurlijke personen en KMO's, als een selectieve maatregel gekwalificeerd. Grote ondernemingen waren uitgesloten zelfs al hadden zij een nieuw voertuig aangeschaft en dus op dezelfde voet bij-

gedragen aan het doel van vernieuwing van het wagenpark<sup>556</sup>.

**235.** Volgens de vaste rechtspraak voldoen zelfs maatregelen die op het eerste gezicht op alle ondernemingen van toepassing zijn, aan de selectiviteitsvoorwaarde wanneer de administratie die de algemene maatregel moet toepassen, bij de toepassing van de handeling over een zekere beoordelingsmarge beschikt<sup>557</sup>. Aldus besliste het Gerecht dat wanneer een belastingadministratie ingevolge de wetgeving over een discretionaire bevoegdheid beschikt bij de toepassing van een belastingkrediet, deze wetgeving bepaalde ondernemingen in een gunstiger positie kunnen brengen dan andere. Voor het bestaan van staatssteun dient niet te worden aangetoond dat de belastingdienst willekeurig heeft gehandeld. Het volstaat dat die dienst een discretionaire beoordelingsmarge heeft<sup>558</sup>.

**236.** Een maatregel zal niet aan de selectiviteitsvoorwaarde voldoen indien hij, hoewel de begunstigde erdoor wordt bevoordeeld, gerechtvaardigd is door de “aard of de opzet van het stelsel” waarvan hij deel uitmaakt. Tijdens de besproken periode hebben Lidstaten verschillende malen die rechtvaardigingsgrond ingeroepen. In de reeds genoemde directe belastingzaken wees het Gerecht erop dat deze rechtvaardiging verwijst naar de samenhang van een specifieke belastingmaatregel met de interne logica van het belastingstelsel in het algemeen (zoals de progressiviteit van de belasting die is ingegeven door de herverdelende functie van de belasting)<sup>559</sup>. *In casu* oordeelde het Gerecht dat een belastingkrediet dat afhankelijk wordt gesteld van een belangrijk investeringsbedrag, uitsluitend ondernemingen met aanzienlijke middelen begunstigt en derhalve indruist tegen de beginselen van progressiviteit en herverdeling in het betrokken belastingstelsel<sup>560</sup>. Insgelijks kan een belastingmaatregel tot invoering van de vermindering van de belastinggrondslag niet door de aard en de opzet van het belastingstelsel gerechtvaardigd worden aangezien het gestelde doel (nl. de verhoging van de belastingopbrengsten via stimulering van de investeringen) even goed had kunnen worden bereikt met belastingmaatregelen van algemene aard<sup>561</sup>. In het arrest

<sup>552</sup>. Arresten *Territorio Historico de Alava en Daewoo/Commissie*, aangehaald in voetnoot 521, r.o. 144 en 149, en van 6 maart 2002, *Territorio Historico de Alava en Ramondin/Commissie*, zaken T-92/00 en T-103/00, *Jur.* 2002, II-1385, r.o. 23 en 31.

<sup>553</sup>. Arrest *Adria-Wien Pipeline GmbH*, r.o. 34-35 en 48.

<sup>554</sup>. Arrest *Adria-Wien Pipeline GmbH*, r.o. 41.

<sup>555</sup>. Arresten *Territorio Historico de Alava en Daewoo/Commissie*, aangehaald in voetnoot 521, r.o. 157, en *Territorio Historico de Alava en Ramondin/Commissie*, aangehaald in voetnoot 552, r.o. 49.

<sup>556</sup>. Arrest van het Hof van 13 februari 2003, *Spanje/Commissie*, zaak C-409/00, *Jur.* 2003, I-1487, r.o. 47-50 (waar het Hof de door het arrest *Adria-Wien Pipeline* gebezigde definitie van selectiviteit herhaalt). Zie het vergelijkbare arrest van het Hof van 26 september 2002, *Spanje/Commissie*, zaak C-351/98, *Jur.* 2002, I-8031, r.o. 40 (rentesubsidies voor kredieten voor nieuwe bedrijfsvoertuigen aan KMO's is gericht op bepaalde ondernemingen en vormt een selectieve maatregel, ook al is hun aantal niet beperkt).

<sup>557</sup>. Arrest van het Hof van 26 september 1996, zaak C-241/94, *Frankrijk/Commissie*, *Jur.* 1996 I-4551, r.o. 23 en 24, besproken in *Kroniek 1996-1997*, T.B.H. 1998, 177, randnr. 119.

<sup>558</sup>. Arrest *Territorio Historico de Alava en Daewoo/Commissie*, aangehaald in voetnoot 521, r.o. 149-154 e.v. en arrest *Territorio Historico de Alava en Ramondin/Commissie*, aangehaald in voetnoot 552, r.o. 31-35.

<sup>559</sup>. Arresten *Territorio Historico de Alava en Daewoo/Commissie*, r.o. 164, en *Territorio Historico de Alava en Ramondin/Commissie*, r.o. 60.

<sup>560</sup>. Arrest *Territorio Historico de Alava en Daewoo/Commissie*, r.o. 165-166.

<sup>561</sup>. Arrest *Territorio Historico de Alava en Ramondin/Commissie*, r.o. 61-62.

Adria-Wien Pipeline oordeelde het Hof dat de restitutie van de energieheffing ten gunste van producenten van uitsluitend stoffelijke goederen niet door de aard en het opzet van het belastingstelsel werd gerechtvaardigd. Ondernemingen die diensten verlenen, kunnen eveneens grote energieverbruikers zijn. Het energieverbruik door beide sectoren is even schadelijk voor het milieu zodat overwegingen van milieubescherming die aan het stelsel ten grondslag liggen, niet rechtvaardigen dat ondernemingen die stoffelijke goederen produceren gunstiger worden behandeld<sup>562</sup>. Ook buiten de fiscaliteit maakt de rechtvaardigingsgrond opgang. In de zaak Spanje/Commissie met betrekking tot de toekenning van subsidies voor leningen voor de aanschaf van nieuwe bedrijfsvoertuigen stelde het Hof dat “het begrip staatssteun niet ziet op overheidsmaatregelen die tussen ondernemingen differentiëren wanneer deze differentiatie het gevolg is van de aard en opzet van het lastenstelsel waarbinnen ze plaatsvinden”<sup>563</sup>. In casu oordeelde het Hof dat de doelstellingen van milieubescherming en verkeersveiligheid, hoe legitiem ook, in het stadium van de beoordeling van een overheidsmaatregel in het licht van artikel 87, lid 1, EG niet relevant is. Het Hof lijkt hiermee te suggereren dat dergelijke overwegingen eerst in het kader van artikel 87, leden 2 en 3 aan de orde kunnen komen<sup>564</sup>. Op dit punt is het wachten op toekomstige rechtspraak – de verhouding met Adria-Wien Pipeline waar milieuoverwegingen wel meespeelden, is niet geheel duidelijk.

#### 4. Vervalsing van de mededinging en beïnvloeding van het handelsverkeer

**237.** Ofschoon de vervalsing van de mededinging en beïnvloeding van het handelsverkeer tussen Lidstaten twee onderscheiden voorwaarden zijn, worden zij in de rechtspraak vaak tezamen onderzocht<sup>565</sup>. Tijdens de besproken periode heeft het Gerecht meermaals beslist dat zelfs geringe steunbedragen het handelsverkeer ongunstig kunnen beïnvloeden<sup>566</sup>.

vloeden<sup>566</sup>. Volgens de vaste rechtspraak sluit de betrekkelijk geringe omvang van de steun of de betrekkelijk geringe omvang van de begunstigde onderneming evenmin bij voorbaat uit dat de handel tussen Lidstaten ongunstig wordt beïnvloed. Zo kan een steunregeling waarvan het totale steunbedrag gering is en verdeeld wordt over talrijke begunstigten, de handel beïnvloeden wegens het cumulatieve karakter van de steun en de omstandigheid dat de begunstigde ondernemingen werkzaam zijn in een sector met een bijzonder intense mededinging<sup>567</sup>. Men dient niet een werkelijke invloed van de maatregel op de mededinging en het handelsverkeer aan te tonen<sup>568</sup>.

**238.** Twee hoofdcases doen zich voor waarin de handel tussen Lidstaten kan worden beïnvloed. Enerzijds kan de steun de begunstigde helpen in de uitvoer en verkoop van zijn goederen of diensten in andere Lidstaten. Anderzijds kan de steun van een Lidstaat de binnenlandse productie instandhouden of doen stijgen en aldus de kansen verminderen van ondernemingen uit andere Lidstaten om hun producten uit te voeren naar de eerste Staat of hun diensten op de markt van die Staat aan te bieden<sup>569</sup>. Het is dus niet vereist dat de steunontvanger zelf aan de uitvoer deelneemt. Begunstigde ondernemingen die in de diensten- en distributiesector werkzaam zijn, dienen om die reden evenmin hun activiteiten buiten de steunverlenende Lidstaat uit te oefenen<sup>570</sup>. Ingevolg kan een overheidssubsidie die wordt verleend aan een onderneming (busmaatschappij) die enkel plaatselijke of regionale vervoerdiensten verricht en geen vervoerdiensten levert buiten de Staat van vestiging, gevolgen hebben voor het handelsverkeer tussen Lidstaten<sup>571</sup>.

**239.** De zienswijze van de gemeenschapsrechter over de vraag of artikel 87, lid 1, EG een *de minimis*-regel bevat, blijft onduidelijk<sup>572</sup>. In ieder geval kan steun genieten van de *de minimis*-regel voorzien in Verordening 69/2001 van de Europese Commissie wanneer aan de aldaar bepaalde voorwaarden is voldaan<sup>573</sup>. Volgens artikel 2 van die Verordening wordt steun die het maximumbedrag van 100.000 euro over

<sup>562</sup>. Arrest *Adria-Wien Pipeline GmbH*, r.o. 49-55.

<sup>563</sup>. Arrest *Spanje/Commissie*, r.o. 52. Zie ook het vergelijkbare arrest *Spanje/Commissie*, C-351/98, r.o. 41-42.

<sup>564</sup>. Arrest *Spanje/Commissie*, aangehaald in voetnoot 556, r.o. 53-55.

<sup>565</sup>. In geval van onwettig verleende steun is de Commissie trouwens niet verplicht de werkelijke invloed van de steun op de mededinging en op het handelsverkeer tussen de Lidstaten aan te tonen (arrest *P & O European Ferries/Commissies*, aangehaald in voetnoot 518, r.o. 142).

<sup>566</sup>. Zie bv. het arrest van het Hof van 19 september 2002, zaak C-113/00, *Spanje/Commissie*, *Jur.* 2002, I-7601, r.o. 30-33.

<sup>567</sup>. Arresten van het Hof van 19 september 2002, zaak C-113/00, *Spanje/Commissie*, *Jur.* 2002, I-7601, r.o. 30-33, en zaak C-114/00, *Jur.*, I-7657, r.o. 46-49.

<sup>568</sup>. Zie bv. arrest *Territorio Historico de Alva en Ramondin/Commissie*, T-92/00 en T-103/00, aangehaald in voetnoot 521, r.o. 77.

<sup>569</sup>. Zie bv. arrest *HAMSA*, aangehaald in voetnoot 528, r.o. 220.

<sup>570</sup>. Arrest van het Hof van 7 maart 2002, zaak C-310/99, *Italië/Commissie*, *Jur.* 2002, I-2289, r.o. 84-85.

<sup>571</sup>. Arrest *Altmark*, aangehaald in voetnoot 496, r.o. 77.

<sup>572</sup>. Tijdens de besproken periode overwoog het Hof dat bij steunmaatregelen de Commissie slechts de kenmerken van de betrokken regeling behoeft te onderzoeken om te kunnen beoordelen of deze regeling de begunstigten een *merkbaar* voordeel verschafft ten opzichte van hun concurrenten” (arrest *Italië/Commissie*, aangehaald in voetnoot 581, r.o. 88). Het Gerecht besliste met betrekking tot dezelfde regeling in één beslissing dat de “rechtspraak niet vereist dat de vervalsing van de mededinging (...) en de nadelige beïnvloeding van het intracommunautaire verkeer merkbaar of wezenlijk is” (arrest *Territorio Historico de Alva en Ramondin/Commissie*, aangehaald in voetnoot 552, r.o. 78) terwijl het in een andere beslissing (arrest van 23 oktober 2002, *Territorio Historico Guipuzcoa e.a./Commissie*, zaken T-269/99, T-271/99 en T-272/99, *Jur.* 2002, II-4217, r.o. 67) de zienswijze van het arrest *Italië/Commissie* aankleeft.

<sup>573</sup>. *PB*. L. 10/30 van 13 januari 2001.

een periode van 3 jaar niet te boven gaat, niet geacht onder artikel 87, lid 1, EG te vallen zodat de betrokken steun niet uit hoofde van artikel 88, lid 3, EG bij de Commissie vooraf moet worden aangemeld. Tijdens de besproken periode kwam de toepassing van deze regel aan bod. In de zaak Italië/Commissie had de Commissie een regeling inzake werkgelegenheidssteun gedeeltelijk onverenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt. Het Hof oordeelde dat de Commissie voor de toepassing van de grens van 100.000 euro per onderneming over drie jaar geen onderscheid moet maken tussen het verenigbaar en het onverenigbaar verklaarde gedeelte van de steun. Indien telkens vooraf de verenigbaarheid van de steun dient te worden onderzocht, zou aan het doel van administratieve vereenvoudiging die besloten ligt in de *de minimis*-regel, worden voorbijgegaan<sup>574</sup>. In de zaak Nederland/Commissie wenste de overheid een subsidie niet langer per aanvrager (d.i. de persoon die één of meerdere tankstations exploiteert) maar per tankstation uit te betalen. Het Hof oordeelde evenwel dat een regeling die voorziet in de betaling van steun per tankstation “per definitie de eigenaar van meerdere door hemzelf geëxploiteerde tankstations de mogelijkheid biedt evenveel keer steun te ontvangen als hij tankstations bezit. Zo’n mechanisme brengt dus het risico mee van overschrijding van de *de minimis*-drempel per begunstigde, hetgeen door de mededeling is verboden”<sup>575</sup>. Het Hof volgde daarom de Commissie in diens oordeel dat de verlening van *de minimis*-steun per tankstation in het geval dat een zelfde aanvrager meerdere tankstations exploiteert onder artikel 87, lid 1, EG viel en niet van de *de minimis*-mededeling van 1996 (de voorganger van Verordening 69/2001) kon genieten.

In het licht van het risico dat in de sectoren landbouw, visserij en aquacultuur en vervoer zelfs kleine steunbedragen de mededinging merkbaar kunnen beperken, bepaalt artikel 1 van Verordening 69/2001 dat de *de minimis*-regel zoals neergelegd in artikel 2 niet geldt voor steun in die sectoren. In de zaak Spanje/Commissie die betrekking had op steunregelingen voor de aanschaf van bedrijfsvoertuigen, heeft het Hof geoordeeld dat, aangezien de vervoerssector uitdrukkelijk van de werkingssfeer van de *de minimis*-regel is uitgesloten,

deze uitzondering strikt moet worden uitgelegd en derhalve niet tot niet-beroepsmatige vervoerders kan worden uitgebreid<sup>576</sup>. Dergelijke vervoerders zoeken immers geen klanten om vervoerdiensten te verlenen. Zij verrichten enkel voor hun eigen behoeften vervoerdiensten die ook door beroepsvervoerders zouden kunnen worden verricht. De situatie van beide typen vervoerders is derhalve dermate verschillend dat niet kan worden gesteld dat ondernemingen die enkel eigen vervoer verrichten, op de vervoersmarkt opereren<sup>577</sup>. Het Hof vernietigde bijgevolg de beschikking van de Commissie in zoverre zij had geweigerd te onderzoeken of steun voor zover zij aan niet-beroepsmatige vervoerders is toegekend, kon genieten van de *de minimis*-regel<sup>578</sup>.

### 5. Toetsing aan het evenredigheidsbeginsel

**240.** Wanneer de Commissie een aangemelde steunregeling onderzoekt, dient zij het evenredigheidsbeginsel na te leven. De consequenties daarvan bleken in de zaak *Mitteldeutsche Erdoel-Raffinerie/Commissie*. Op algemene wijze poneerde het Gerecht dat de Commissie naast een algemeen en abstract onderzoek van de aangemelde regeling de toepassing daarvan in een concreet geval kan onderzoeken. Bovendien kan zij in haar beschikking waarmee zij het onderzoek afsluit, vaststellen dat de toepassing van de aangemelde regeling in bepaalde gevallen een steunmaatregel in de zin van artikel 87, lid 1, EG oplevert en in andere gevallen niet, of die toepassing alleen voor bepaalde gevallen onverenigbaar verklaren met de gemeenschappelijke markt. Het Gerecht oordeelde dat de Commissie ten onrechte de bijzondere situatie van een bepaalde onderneming waarvan zij via de aanmeldende Lidstaat volledig op de hoogte was, niet in aanmerking had genomen. Had zij dat wel gedaan, dan had zij op grond van het evenredigheidsbeginsel moeten oordelen dat de regeling voor die onderneming geen bijkomende staatssteun inhield of althans verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt. Het Gerecht vernietigde bijgevolg de beschikking van onverenigbaarheid voorzover die de situatie van die onderneming betrof<sup>579</sup>.

<sup>574</sup>. Arrest van het Hof van 7 maart 2002, zaak C-310/99, *Italië/Commissie*, *Jur.* 2002, I-2289, r.o. 93-95.

<sup>575</sup>. Arrest *Nederland/Commissie*, r.o. 37-40. Het Hof oordeelde trouwens dat in de situatie waarin een oliemaatschappij feitelijk zeggenschap uitoefent over de pomphouders omdat deze in hun vrijheid beperkt zijn door exclusieve afname- en huurovereenkomsten, er een vergelijkbaar risico van cumulatieve steun was.

<sup>576</sup>. Arrest van het Hof van 13 februari 2003, zaak C-409/00, *Spanje/Commissie*, *Jur.* 2003, I-1487, 70.

<sup>577</sup>. Arrest van het Hof van 26 september 2002, zaak C-351/01, *Spanje/Commissie*, *Jur.* 2002, I-8101, r.o. 47-49.

<sup>578</sup>. Zie de arresten aangehaald in de twee vorige voetnoten.

<sup>579</sup>. Arrest van het Gerecht van 22 november 2001, zaak T-9/98, *Mitteldeutsche Erdoel-Raffinerie GmbH/Commissie*, *Jur.* 2001, II-3367, r.o. 113 e.v. *In casu* kwam de onderneming onder een algemene – door de Commissie goedgekeurde – steunregeling in aanmerking voor steun voor een investeringsproject. De Duitse wetgever had nadien de periode waarbinnen investeringsprojecten moeten zijn voltooid om voor steun in aanmerking te komen, met twee jaar verlengd. De verlenging van twee jaar (waarvan andere investerende ondernemingen eveneens van konden genieten) was ingegeven door een vertraging in de voltooiing van het investeringsproject van de betrokken onderneming die zich in een overmachtsituatie bevond (ontdekking op het terrein van bommen en mijnen uit de Tweede Wereldoorlog). Hieruit bleek dat de verlenging geen staatssteun vormde voor die onderneming of minstens verenigbaar was.

## B. Beoordelingsbevoegdheid van de Commissie bij het nagaan van de verenigbaarheid van steunmaatregelen met de gemeenschappelijke markt<sup>580</sup>

241. In het kader van artikel 87, tweede en derde lid, EG beschikt de Commissie over een ruime beoordelingsvrijheid, waarvan de uitoefening een afweging van economische en sociale gegevens impliceert die dient te geschieden in een communautair kader. Bij zijn toetsing mag de communautaire rechter zijn oordeel niet in de plaats stellen van de Commissie maar moet hij zich beperken tot het onderzoek of diens beoordeling niet is aangetast door een kennelijke beoordelingsfout of misbruik van bevoegdheid<sup>581</sup>. Bovendien mag de Commissie voor zichzelf richtsnoeren vaststellen voor de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheid voor zover zij indicatieve regels voor het door haar te volgen beleid bevatten en niet afwijken van de verdragsregels. Deze indicatieve regels bevorderen de doorzichtigheid, de voorspelbaarheid en de rechtszekerheid; voor de communautaire rechter zijn zij evenwel niet bindend alhoewel zij een nuttige referentiebasis vormen<sup>582</sup>.

242. Voor regionale steunprogramma's kunnen onder bepaalde voorwaarden de uitzonderingen van artikel 87, lid 3, *sub a* of *sub c*, EG ingeroepen worden. De uitzondering *sub a* heeft enkel betrekking op streken waar de economische situatie, vergeleken met die van de gehele Gemeenschap, bijzonder ongunstig is, terwijl de afwijking *sub c* ruimer is doordat zij de ontwikkeling mogelijk maakt van bepaalde streken die niet aan de voorwaarden van *sub a* beantwoorden maar toch ook niet het nationale gemiddelde halen. Omgekeerd bestaat meer ruimte voor steun aan ondernemingen die gevestigd zijn in streken die aan de criteria van de *sub a* voorwaarden voldoen omdat in die afwijking de – in *sub c* wel neergelegde – voorwaarde van het gemeenschappelijk belang ontbreekt. In de tweelingzaken Spanje/Commissie maakte het Hof evenwel duidelijk dat steun voor de bedrijfsvoering (*in casu* steun toegekend aan de verwerkende industrie op basis van de hoeveelheden landbouwproducten aangekocht bij landbouwers in de Spaanse streek

Extremadura), in tegenstelling tot steun voor nieuwe investeringen en arbeidsplaatsen in de streek, doorgaans niet gunstig wordt bekeken. Dit kan anders zijn wanneer bewezen wordt dat de steun door zijn aard daadwerkelijk en op duurzame wijze kan bijdragen tot de economische ontwikkeling van de streek. Aldus kan steun voor bedrijfsvoering worden goedgekeurd in welbepaalde omstandigheden, bv. om zeer kleine ondernemingen te steunen die in traditionele sectoren actief zijn en op hulp van buitenaf aangewezen zijn<sup>583</sup>. In een andere zaak die slechts betrekking had op de afwijking *sub a*, besliste het Hof dat steun voor het behoud van werkgelegenheid die niet beperkt is tot de daarin genoemd streken, niet van de afwijking kan genieten<sup>584</sup>.

243. Inzake reddings- en herstructureringssteun heeft de Europese Commissie verklaard dat steun aan ondernemingen in financiële moeilijkheden behoort tot de maatregelen die het meest concurrentieverstorend werken, en dat de controle één van haar topprioriteiten is<sup>585</sup>. Een verstrakking van de kaderregeling voor die steun die in oktober 2004 afloopt, is in het vooruitzicht gesteld. In de zaak *Graphischer Maschinenbau* had de Commissie herstructureringssteun onverenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt. De betrokken onderneming was met de herstructurering begonnen vóór de datum van de aanmelding van steun door de nationale autoriteiten, hetgeen zou aantonen dat de toezegging van de steun de herstructurering niet zou hebben gestimuleerd. Het Gerecht vernietigde de beschikking van de Commissie<sup>586</sup>. Volgens de vaste rechtspraak heeft de Commissie het recht steunverlening te weigeren wanneer de betrokken steun de begunstigde ondernemingen niet heeft gestimuleerd een handelswijze aan te nemen die bijdraagt tot de verwezenlijking van de in artikel 87, lid 3, EG beoogde doelstellingen<sup>587</sup>. De omstandigheid dat een onderneming de herstructurering aanvangt nog voordat de nationale autoriteiten zelfs maar de geringste aanwijzing hebben gegeven van hun voornemen om steun te verlenen, sluit volgens het Gerecht in beginsel uit dat de latere toezegging van steun kan worden beschouwd als een stimulans om de herstructurering uit te voeren. Het feit dat een belangrijk deel van de herstructurering reeds vóór de aanmelding bij de Commissie werd verricht is evenwel irrelevant voor de beoordeling of

<sup>580</sup>. Voor steunverlening aan de scheepsbouw, zie arresten van het Hof van 3 oktober 2002, *Frankrijk/Commissie*, zaak C-394/01, *Jur.* 2002, I-8245, van 21 maart 2002, zaak C-36/00, *Spanje/Commissie*, *Jur.* 2002, I-3243 en van 26 juni 2003, zaak C-404/00, *Commissie/Spanje*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*; arrest van het Gerecht van 28 februari 2002, zaken T-227/00 en T-134/00, *Kvaerner/Commissie*, *Jur.* 2002, II-1205 (over het onderscheid tussen capaciteit en productie).

<sup>581</sup>. Zie tijdens de besproken periode, het arrest van het Hof van 7 maart 2002, zaak C-310/99, *Italië/Commissie*, *Jur.* 2002, I-2289, r.o. 45-47: misbruik van bevoegdheid is aanwezig wanneer een gemeenschapsinstelling een handeling vaststelt uitsluitend of althans overwegend om andere dan de aangegeven doeleinden te bereiken dan wel om te ontkomen aan de toepassing van een procedure die het verdrag speciaal heeft voorzien om aan zekere omstandigheden het hoofd te bieden.

<sup>582</sup>. Arrest *Italië/Commissie*, aangehaald in vorige voetnoot, r.o. 52.

<sup>583</sup>. Arresten van het Hof van 19 september 2002, zaak C-113/00, *Spanje/Commissie*, *Jur.* 2002, I-7601, r.o. 65-70 en zaak C-114/00, *Spanje/Commissie*, *Jur.* 2002, I-7657, r.o. 79-86.

<sup>584</sup>. Arrest *Italië/Commissie*, aangehaald in voetnoot 581, r.o. 77-79.

<sup>585</sup>. M. MONTI, *New developments in state aid policy*, toespraak van 1 december 2003 op de conferentie over staatssteun, British Chamber of Commerce in Belgium.

<sup>586</sup>. Arrest van het Gerecht van 14 mei 2002, zaak T-126/99, *Graphischer Maschinenbau GmbH/Commissie*, *Jur.* 2002, II-2427.

<sup>587</sup>. Arrest van het Hof van 17 september 1980, zaak 730/79, *Philip Morris/Commissie*, *Jur.* 1980, 2671, r.o. 16 en 17.

aan het stimuleringscriterium is voldaan<sup>588</sup>. In de zaak HAMSА оordeelde het Gerecht of de Commissie de materiële voorwaarden die zij in de huidige kaderregeling stelt aan de goedkeuring van het herstructureringsplan had nageleefd<sup>589</sup>.

**244.** Steun om de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed te bevorderen kan op grond van artikel 87, lid 3, *sub d*, EG worden verenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt. Een voorwaarde is dat door de steunmaatregel “de mededingingsvoorwaarden in de Gemeenschap niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad.” In het arrest *SIDE/Commissie* vernietigde het Gerecht de beschikking van de Commissie die de steun aan CELF (d.i. een groepering van Franse uitgeverij) had goedgekeurd voor de afhandeling van kleine bestellingen van Franstalige boeken van in het buitenland gevestigde boekhandels. De Commissie had ten onrechte de relevante markt waarbinnen de mededingingsvoorwaarden dienden te worden beoordeeld, omschreven als de markt voor de uitvoer van Franstalige boeken in het algemeen. De relevante markt was de markt voor diensten van exportagenten die aan een eigen specifieke behoefte voldoen<sup>590</sup>.

**245.** Staatssteun die andere verdragsbepalingen of secundaire gemeenschapswetgeving schendt dan de staatssteunregels, kan uiteraard niet door de Commissie worden verenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt. Tijdens de besproken periode оordeelde het Hof aldus dat een Spaanse steunregeling die industriële ondernemingen in de streek Extremadura slechts een tegemoetkoming verstrekt bij aankoop van grondstoffen van in die streek gevestigde landbouwers, een door artikel 28 EG verboden maatregel is<sup>591</sup>. Zelfs indien de verwerkende industrie vrij was grondstoffen aan te kopen in andere Lidstaten, geeft de steunregeling hun een financiële stimulans om grondstoffen enkel in de streek af te nemen. Insgelijks heeft het gemeenschappelijk landbouwbeleid ingevolge artikel 36 EG voorrang boven de doelstellingen op het gebied van de mededinging. De beoordeling *ex* artikel 87, lid 3, EG door de Commissie van staatssteun in een sector waar een gemeenschappelijke marktordening is ingesteld, veronderstelt dat het effect van die steun op de werking van die marktordening wordt

onderzocht<sup>592</sup>. Dergelijke gemeenschappelijke marktverordeningen omvatten een omvattende regeling waarin reeds financiële steunmaatregelen voor de betrokken sectoren zijn opgenomen. Een Lidstaat mag daarom niet eenzijdig aan deze sectoren steun verlenen en afbreuk doen aan de vigerende marktordening. Het behoort aan de Gemeenschap de krijtlijnen te trekken voor steun in sectoren met een marktordening<sup>593</sup>.

## C. Bestaande en nieuwe steunmaatregelen

**246.** Bestaande steunmaatregelen dienen niet te worden aangemeld bij de Europese Commissie maar zijn ingevolge artikel 88, lid 1, EG onderworpen aan een voortdurend onderzoek van de Commissie. Daarentegen dient nieuwe steun wel te worden aangemeld en mag zij niet worden ten uitvoer gelegd zolang de Commissie haar goedkeuring niet heeft verleend. Het onderscheid is dus van cruciaal belang<sup>594</sup>. Voortbouwend op de rechtspraak, geeft artikel 1, *sub b*, van de Procedureverordening 659/1999, thans een opsomming van de situaties waarin sprake is van bestaande steun. Naar luid van artikel 1, *sub c* is nieuwe steun “alle steun die geen bestaande steun is, met inbegrip van wijzigingen in bestaande steun”. Volgens deze bepaling, zo оordeelde het Gerecht in de zaak *Government of Gibraltar/Commissie*, “moet niet elke gewijzigde bestaande steun als nieuwe steun worden beschouwd, maar enkel de wijziging als zodanig als nieuwe steun worden gekwalificeerd”<sup>595</sup>. Hieruit volgt dat een oorspronkelijke, bestaande steunregeling “slechts in een nieuw steunregeling wordt omgezet wanneer de wijziging de kern van die regeling raakt”. In *casu* оordeelde het Gerecht dat wanneer (i) een bestaande steunregeling een belastingvrijstelling voor bepaalde transactie inhoudt ten gunste van bepaalde categorieën van vennootschappen, (ii) de wijzigingen aan die regeling slechts bestaan in de uitbreiding van de vrijstelling met één enkele soort extra transacties en de toevoeging aan de begunstigen van één enkele categorie van vennootschappen, en (iii) deze toevoegingen de werking zelf van de oorspronkelijke regeling m.b.t. de andere transacties en categorieën niet beïnvloedt, de wijzigingen van de oorspronkelijke belastingregeling kan worden losgemaakt. De oorspronkelijke regeling blijft bijgevolg een bestaande steunmaatregel<sup>596</sup>.

<sup>588</sup>. Arrest *Graphischer Maschinenbau GmbH/Commissie*, r.o. 37-43.

<sup>589</sup>. Arrest *HAMSА*, aangehaald in voetnoot 528, r.o. 77-115.

<sup>590</sup>. Arrest van het Gerecht van 28 februari 2002, zaak T-155/98, *SIDE/Commissie*, *Jur.* 2002, II-1179.

<sup>591</sup>. Zie de arresten *Spanje/Commissie*, zaak C-113/00, r.o. 75-78 en zaak C-114/00, r.o. 101-104, beide aangehaald in voetnoot 583.

<sup>592</sup>. Arrest van het Hof van 12 december 2002, zaak C-456/00, *Frankrijk/Commissie*, *Jur.* 2002, I-11949, r.o. 31-33.

<sup>593</sup>. Zie de arresten *Spanje/Commissie*, zaak C-113/00, r.o. 73-74 en zaak C-114/00, r.o. 89-100, beide aangehaald in voetnoot 583.

<sup>594</sup>. De vraag of een steunmaatregel bestaand of nieuw is, mag niet afhangen van een subjectief oordeel van de Commissie. De Commissie kan een regeling niet als bestaande steun aanmerken op grond van opportuniteitsoverwegingen. Het enkele feit dat de Commissie gedurende lange tijd geen onderzoek heeft ingesteld naar een bepaalde overheidsmaatregel, kan aan die maatregel als zodanig niet het karakter van bestaande steun verlenen (arrest van het Gerecht van 30 april 2002, zaken T-195/01 en T-207/01, *Government of Gibraltar/Commissie*, *Jur.* 2002, II-2309, r.o. 121 en 129).

<sup>595</sup>. Arrest *Government of Gibraltar/Commissie*, r.o. 109, met verwijzing naar arrest van het Hof van 9 augustus 1994, zaak C-44/93, *Namur-Les assurances de crédit*, *Jur.* 1994, I-3829, r.o. 13 en 16.

<sup>596</sup>. Arrest *Government of Gibraltar/Commissie*, aangehaald in voetnoot 594, r.o. 111-113.

Een vorm van bestaande steun zijn de algemene steunregelingen die door de Commissie werden goedgekeurd<sup>597</sup>. Zoals het Hof tijdens de besproken periode nogmaals in herinnering bracht, moet een individuele steunmaatregel die een strikte en voorzienbare toepassing vormt van de voorwaarden die in de beschikking tot goedkeuring van de algemene regeling zijn vastgesteld, als bestaande steun worden aangemerkt<sup>598</sup>. De Commissie heeft m.b.t. deze individuele maatregelen slechts een beperkt toetsingsrecht: zij mag op grond van artikel 88, lid 1, EG (bv. na klacht van een derde) enkel onderzoeken of die maatregelen door de algemene regeling wordt gedekt en aan de in beschikking tot goedkeuring van deze regeling gestelde voorwaarden voldoen. Slechts indien dat niet het geval is, mag – en moet zelfs<sup>599</sup> – de Commissie de procedure van artikel 88, lid 2, EG inleiden en de maatregel aan artikel 87 EG toetsen<sup>600</sup>. Dat deed de Commissie in de zaak Keller/Commissie toen zij vaststelde dat de Italiaanse autoriteiten individuele steun aan een onderneming uitkeerde die de grenzen van de Siciliaanse en Sardijnse algemene – door de Commissie goedgekeurde – steunregeling overschreed. Het Gerecht oordeelde dat de individuele steun niet voldeed aan de voorwaarden van de goedkeuringsbeschikking en bevestigde de beschikking van de Commissie die tot de onwettigheid van de individuele steun had besloten<sup>601</sup>.

247. In het kader van haar voortdurend onderzoek in samenwerking met de Lidstaten, stelt de Commissie de “dienstige maatregelen” in de zin van artikel 88, lid 1, EG voor. Ingevolge de IJsselvliet-rechtspraak hebben deze maatregelen enkel een bindende werking voor een Lidstaat voor zover die Lidstaat de voorstellen van dienstige maatregelen heeft aanvaard<sup>602</sup>. De gemeenschapswetgever heeft deze rechtspraak thans in artikel 19, lid 1, van de Procedureverordening 659/99 opgenomen<sup>603</sup>.

## D. Procedure: aanmelding van nieuwe steun, eerste onderzoek en formele onderzoeksprocedure

248. Tijdens de besproken periode werden de eerste arresten geveld met betrekking tot de toepassing van de Procedureverordening 659/99 van de Raad van 22 maart 1999.

Artikel 2, lid 1, van de Procedureverordening 659/99 bepaalt dat elk voornemen van nieuwe steun tijdig door de betrokken Lidstaat moet worden aangemeld. Om te kunnen spreken van een “aanmelding” dienen bepaalde formele criteria te zijn vervuld, zoals mededeling aan het secretariaat-generaal van de Commissie en de verwijzing naar artikel 88, lid 3, EG<sup>604</sup>. Artikel 4, lid 5, van de Procedureverordening 659/99 bepaalt dat de Commissie binnen de twee maanden na de ontvangst van een volledige aanmelding een beschikking dient te nemen waarbij de fase van het eerste onderzoek wordt afgesloten<sup>605</sup>. Indien de Commissie niet binnen deze termijn van twee maanden een beschikking neemt, wordt de steun ingevolge artikel 4, lid 6, geacht door de Commissie te zijn goedgekeurd. De Lidstaat kan dan de aangemelde steun ten uitvoer leggen na de Commissie hiervan vooraf in kennis te hebben gesteld, tenzij de Commissie binnen een termijn van 15 werkdagen na ontvangst van de kennisgeving alsnog een beschikking geeft. In de zaak Spanje/Commissie had de Commissie de twee maanden vanaf de ontvangst van de bijkomende informatie (en dus een volledige aanmelding) laten verstrijken. De Spaanse regering had vervolgens bij fax – nadien bevestigd bij brief – de diensten van de Commissie in kennis gesteld van haar voornemen om de steun ten uitvoer te brengen, waarop de Commissie een beschikking tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure had genomen. Het Hof oordeelde evenwel dat deze beschikking niet genomen werd binnen de vereiste termijn van 15 werkdagen. Vooreerst geldt voor de in artikel 4, lid 6 bedoelde voorafgaande kennisgeving geen bijzondere formaliteit zodat een faxbericht volstaat wanneer uit de omstandigheden blijkt dat geen twijfel kan bestaan over de datum van ontvangst noch over de inhoud van de fax<sup>606</sup>. Bovendien volstaat dat deze

<sup>597</sup>. De Commissie kan in haar goedkeuringsbeslissing de Lidstaten ontslaan van de verplichting om op basis van dergelijke vastgestelde regelingen individuele maatregelen bij haar aan te melden. Bij de goedkeuring van een algemene steunregeling is de Commissie echter wel verplicht de nodige maatregelen te treffen die nodig zijn om te verzekeren dat andere sectorale regels (zoals bv. de gemeenschappelijke marktordeningen in de landbouw) door de betrokken Lidstaat zullen worden geëerbiedigd (zie r.o. 72 en 73 van het in volgende voetnoot geciteerde arrest).

<sup>598</sup>. Arrest van het Hof van 16 mei 2002, zaak C-321/99 P, *ARAP en RAR/Commissie*, Jur. 2002, I-4287, r.o. 83.

<sup>599</sup>. Arrest van het Hof van 21 maart 2002, zaak C-36/00, *Spanje/Commissie*, Jur. 2002, I-3243, r.o. 24.

<sup>600</sup>. Arrest *ARAP en RAR/Commissie*, r.o. 76 en 83.

<sup>601</sup>. Arrest van het Gerecht van 30 januari 2002, zaak T-35/99, *Keller SpA en Keller Meccanica SpA/Commissie*, Jur. 2002, II-261.

<sup>602</sup>. Arrest van het Hof van 15 oktober 1996, zaak C-311/94, *IJsselvliet*, Jur. 1996, I-5023, r.o. 36-37.

<sup>603</sup>. Arrest van het Hof van 18 juni 2002, zaak C-242/00, *Duitsland/Commissie*, Jur. 2002, I-5603, r.o. 29. In deze zaak oordeelde het Hof dat de beslissingen van de Commissie inzake de maximale bereiken van regionale steun in een percentage van de bevolking de noodzakelijke aanvulling vormden van de richtsnoeren van de Commissie van 16 december 1997 inzake regionale steunmaatregelen (*PB* 1998 C. 74, p. 9) maar – anders dan de richtsnoeren – nooit door de betrokken Lidstaat waren aanvaard en bijgevolg voor hem niet bindend waren (r.o. 33-38).

<sup>604</sup>. Zie de formele criteria vermeld in de brief van de Commissie aan de Lidstaten SG (81) 12740 van 2 oktober 1981 waarnaar het Gerecht tijdens de besproken periode verwijst (arrest *P & O European Ferries*, aangehaald in voetnoot 518, r.o. 64).

<sup>605</sup>. Een aanmelding wordt als volledig beschouwd als de Commissie binnen de twee maanden na ontvangst van de aanmelding of de aanvullende informatie waarom was verzocht, niet om verdere informatie heeft verzocht (art. 4, lid 5, van de Procedureverordening).

<sup>606</sup>. Arrest van het Hof van 18 juni 2002, zaak C-398/00, *Spanje/Commissie*, Jur. 2002, I-5643, r.o. 22-25.

kennisgeving is gericht aan het bevoegde directoraat-generaal van de Commissie; toezending aan het secretariaat-generaal van de Commissie waar de initiële aanmelding geschiedt, is niet vereist<sup>607</sup>. Ten slotte dient de Commissie haar beschikking binnen de termijn van 15 werkdagen te hebben *betekend* aan de Lidstaat. Ingevolge artikel 254, lid 3, EG wordt een beschikking slechts van kracht op de dag waarop zij wordt betekend<sup>608</sup>. Op de datum waarop die termijn verstreek, verkreeg de steun bijgevolg het karakter van bestaande steun.

**249.** Tijdens de fase van het eerste onderzoek gelden slechts beperkte procedurele rechten voor de betrokkenen. In het arrest *Sytraval* besliste het Hof reeds dat in die fase op de Commissie geen verplichting rust om met de indiener van een klacht een contradictoir debat te voeren<sup>609</sup>. In de zaak *Government of Gibraltar/Commissie* voegt het Gerecht eraan toe dat hetzelfde geldt voor “alle belanghebbenden” (dus steunontvangers inclusief) en “alle Lidstaten”. Enkel de Commissie is bevoegd om de betrokken Lidstaat te gelasten haar informatie te verstrekken (artt. 2, lid 2, art. 5, leden 1 en 2, en art. 10, lid 2, van de Procedureverordening). De Lidstaten en de belanghebbenden kunnen dus de Commissie niet verplichten hen te horen om invloed uit te oefenen op de eerste beoordeling op grond waarvan de Commissie eventueel de formele onderzoeksprocedure inleidt<sup>610</sup>.

**250.** Indien de Commissie na een eerste onderzoek tot de bevinding komt dat de aangemelde steunmaatregel twijfel doet rijzen over de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt, geeft zij een beschikking krachtens welke de *formele onderzoeksprocedure* wordt ingeleid (art. 4, lid 4, van de Procedureverordening 659/99). In deze beschikking die in het *Publicatieblad* wordt gepubliceerd, worden de betrokken Lidstaat en de andere “belanghebbenden” uitgenodigd om hun opmerkingen mede te delen binnen een vastgestelde termijn (art. 6, lid 1, van de Procedureverordening). In het principearrest *Falck/Commissie* maakt het Hof duidelijk dat de procedure enkel wordt ingeleid tegen de Lidstaat, niet tegen de ontvanger van steun<sup>611</sup>. In die zaak had de steunontvanger na de inleiding van de formele onderzoeksprocedure meermaals verzocht om te worden geraadpleegd en gehoord maar de Commissie had daar geen gevolg aan gegeven. Het Hof oordeelde dat de uitnodiging in het *Publicatieblad* aan de steunontvanger om opmerkingen te maken volstaat ter bescherming van zijn

procedurele rechten. Het Hof overweegt als volgt: “[g]een enkele bepaling van de procedure van controle van staatssteun kent aan de ontvanger van de steun tussen de belanghebbenden een bijzondere rol toe. Dienaangaande zij gepreciseerd dat de procedure van controle van staatssteun geen procedure is die ingeleid wordt jegens de ontvanger (...) van de steun, hetgeen zou betekenen dat deze ontvanger (...) zich zou kunnen beroepen op zo ruime rechten als de rechten van verdediging als zodanig”<sup>612</sup>. Deze uitspraak is moeilijk verzoenbaar met de rechtspraak van het Hof dat een onderneming aan wie exclusieve of bijzondere rechten in de zin van artikel 86, lid 1, EG zijn verleend, zich wel op het beginsel van de rechten van verdediging kan beroepen in het kader van een procedure die de Commissie *ex* artikel 86, lid 3, EG voert tegen een Lidstaat op grond dat de verleende exclusieve of bijzondere rechten strijdig zouden zijn met de artikelen 86, lid 1 *juncto* artikel 82 EG<sup>613</sup>. In de zaak *Westdeutsche Landesbank Girozentrale* had de verzoeker voorgesteld deze rechtspraak uit te breiden naar steunontvangers in staatssteunprocedures. Het Gerecht bevestigde echter dat een staatssteunprocedure uitsluitend tegen de Lidstaat wordt gevoerd. Steunontvangers – en steunverleende territoriale overheidsentiteiten – zijn enkel “belanghebbenden” die het recht hebben in het kader van de formele onderzoeksprocedure van artikel 88, lid 2, EG hun opmerkingen te maken. Zij hebben in deze procedure vooral de functie van informatiebron en kunnen zich niet beroepen op een recht van verweer als hetgeen is toegekend tegen personen tegen wie een procedure is ingeleid. Zij hebben enkel “het recht om gelet op de omstandigheden van het concrete geval op passende wijze bij de administratieve procedure te worden betrokken”<sup>614</sup>. *In casu* meende het Gerecht dat dit was gebeurd<sup>615</sup>.

**251.** Het eerste onderzoek en de formele onderzoeksprocedure worden afgesloten met een beschikking van de Commissie waartegen onder bepaalde voorwaarden een *beroep* tot nietigverklaring *ex* artikel 230 EG openstaat bij het Gerecht *c.q.* het Hof.

Wanneer een steunontvanger kan doen blijken van een belang, kan hij een beroep instellen tegen een beschikking die ter afsluiting van de fase van het eerste onderzoek de aangemelde steun verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaart. Immers, zoals uit *Nuove Industrie Molisane/Commissie* volgt, kan een overweging of een vaststelling in een beschikking van geen bezwaar bindende rechtsgevolgen teweegbrengen die de belangen van de steunont-

<sup>607</sup>. Arrest *Spanje/Commissie*, r.o. 26.

<sup>608</sup>. Arrest *Spanje/Commissie*, r.o. 30-34.

<sup>609</sup>. Arrest van 2 april 1998, *Commissie/Sytraval en Brink's France*, *Jur.* 1998, I-1719, besproken in *Kroniek 1997-1999, T.B.H.* 1999, randnr. 186.

<sup>610</sup>. Arrest *Government of Gibraltar/Commissie*, aangehaald in voetnoot 594, r.o. 144.

<sup>611</sup>. Arrest van het Hof van 24 september 2002, zaken C-74/00 P en C-75/00 P, *Falck SpA en Acciaierie di Bolzano SpA*, *Jur.* 2002, I-7869.

<sup>612</sup>. Arrest *Falck/Commissie*, r.o. 83.

<sup>613</sup>. Arrest van het Hof van 12 februari 1992, zaken C-48/90 en C-66/90, *Nederland/Commissie*, *Jur.* 1992, I-565.

<sup>614</sup>. Arrest *Westdeutsche Landesbank Girozentrale*, aangehaald in voetnoot 528, r.o. 125.

<sup>615</sup>. *Ibid.*, r.o. 126-133.

vanger schaad<sup>616</sup>. In casu oordeelde het Gerecht evenwel dat de belangen van de steunontvanger niet nadelig waren beïnvloed omdat de maximale, voor de Commissie toelaatbare steunintensiteit nog steeds hoger was dan de door de Lidstaat aangemelde steunintensiteit. Met de steunontvanger concurrerende ondernemingen kunnen eveneens een beroep instellen tegen een beslissing om geen bezwaar te maken wanneer zij de hoedanigheid van belanghebbende hebben in de zin van artikel 88, lid 2, EG. Daartoe dienen zij volgens de vaste rechtspraak aan te tonen dat hun concurrentiepositie op de markt door de steunverlening wordt aangetast. Tijdens de besproken periode oordeelde het Gerecht dat een beroepsorganisatie waarvan leden de hoedanigheid hebben van belanghebbende in de zin van artikel 88, lid 2, EG of die een eigen belang heeft (m.n. omdat haar positie als onderhandelaar door de beschikking van geen bezwaar ongunstig is beïnvloed), eveneens een beroep kan instellen<sup>617</sup>. Een beschikking tot inleiding van een formele onderzoeksprocedure kan eveneens in bepaalde omstandigheden vatbaar zijn voor een beroep tot nietigverklaring, ook al lijkt die handeling op het eerste gezicht een voorbereidende maatregel. Aldus oordeelde het Hof in de zaak Tirrenia dat een beschikking tot inleiding van de formele procedure ten aanzien van een maatregel die reeds ten uitvoer wordt gebracht en als nieuwe steun wordt gekwalificeerd, terwijl het volgens de Lidstaat om *bestaande steun* gaat, al is het maar voorlopig, autonome rechtsgevolgen teweegbrengt. Een dergelijke beschikking impliceert immers dat de Commissie niet van plan is de steun te onderzoeken in het kader van het voortdurende onderzoek van bestaande steun uit hoofde van artikel 88, lid 1, EG. Vanaf dat ogenblik bestaat er op zijn minst ernstige twijfel over de wettigheid van de steun en met name van strijdigheid met het – artikel 88, lid 3, laatste volzin, EG neergelegde – verbod van tenuitvoerlegging van nieuwe steun. Dit moet aanleiding zijn voor de Lidstaat om de steunbetalingen op te schorten. Dit verbod geldt daarentegen niet voor bestaande steun<sup>618</sup>. Nadien oordeelde het Gerecht in de zaken *Territorio Historico de Alava e.a./Commissie* om dezelfde redenen dat een beschikking tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure ten aanzien van een maatregel die reeds ten uitvoer wordt gebracht en als nieuwe steun wordt gekwalificeerd, terwijl de maatregel volgens de Lidstaat *geen steun* vormt, rechtsgevolgen teweegbrengt op het

vlak van de opschorting van de steun en derhalve vatbaar is voor beroep<sup>619</sup>. Deze mogelijkheid van beroep houdt echter in dat een gerechtelijke procedure tegen de inleidingbeschikking parallel loopt met de administratieve procedure van de Commissie die in een eindbeschikking zal uitmonden. Ter voorkoming dat deze procedures door elkaar lopen oefent het Gerecht slechts een beperkte controle uit op de wettigheid van de beschikking tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure. De gemeenschapsrechter onderzoekt enkel of de Commissie geen kennelijke beoordelingsfouten heeft gemaakt door zich op het standpunt te stellen dat zij bij een eerste onderzoek van de maatregel niet alle problemen m.b.t. de kwalificatie als staatssteun kon oplossen<sup>620</sup>.

Een beschikking die de formele onderzoeksprocedure beëindigt en een steunmaatregel van algemene strekking onverenigbaar verklaart met de gemeenschappelijke markt, vormt een algemene maatregel die op objectief bepaalde situaties van toepassing is en rechtsgevolgen heeft voor een *in abstracto* omschreven categorie van personen. De mogelijke steunontvangers zijn in beginsel niet individueel geraakt. In de vorige kroniek is niettemin reeds gebleken dat de gemeenschapsrechter zich flexibel opstelt. In *Mitteldeutsche Erdoel-Raffinerie/Commissie* verklaarde het Gerecht het beroep van een bepaalde steunontvanger ontvankelijk tegen een beschikking die de verlenging met twee jaar van de periode waarbinnen investeringsprojecten moeten zijn voltooid om voor steun in aanmerking te komen, onverenigbaar verklaarde met de gemeenschappelijke markt. Het Gerecht oordeelde dat de betrokken onderneming zich in een feitelijke situatie bevond die haar ten opzichte van iedere andere deelnemer karakteriseert<sup>621</sup>.

## E. Terugvordering door de Lidstaat van onrechtmatig verleende steun

**252.** Om de doeltreffendheid van het verbod van staatssteun van artikel 87, lid 1, EG te waarborgen, is de Commissie, wanneer zij vaststelt dat een steunmaatregel onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, bevoegd te beslissen dat de betrokken Staat verplicht is die maatregel in te trekken of te wijzigen en de toegekende steunbedragen terug te vor-

<sup>616</sup>. Arrest van het Gerecht van 30 januari 2002, zaak T-212/00, *Nuove Industrie Molisane Srl/Commissie*, *Jur.* 2002, II-347, 33-42, onder verwijzing naar het arrest van het Gerecht van 22 maart 2000, zaken T-125/97 en T-127/97, *Coca-Cola/Commissie*, *Jur.* 2000, II-1733, r.o. 77-78, besproken in *Kroniek 1999-2001*, *T.B.H.* 2002, p. 571, randnrs. 178-180.

<sup>617</sup>. Arrest van het Gerecht van 5 december 2002, zaak T-114/00, *Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum eV/Commissie*, *Jur.* 2002, II-5121, r.o. 52 en 65.

<sup>618</sup>. Arrest van het Hof van 9 oktober 2001, zaak C-400/99, *Italië/Commissie*, *Jur.* 2001, I-7303, r.o. 55-65. In het arrest *Government of Gibraltar/Commissie* (aangehaald in voetnoot 528, r.o. 78-87) sloot het Gerecht zich daar nadien bij aan.

<sup>619</sup>. Arresten van het Gerecht van 23 oktober 2002, zaken T-269/99, T-271/99 en T-272/99, *Territorio Historico de Guipuzcoa e.a./Commissie*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, r.o. 37-39, en zaken T-346/99, T-347/99 en T-348/99, *Territorio Historico de Alava e.a./Commissie*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, r.o. 32-35.

<sup>620</sup>. Arresten *Territorio Historico de Guipuzcoa e.a./Commissie*, r.o. 48-49, en *Territorio Historico de Alava e.a./Commissie*, r.o. 44-45.

<sup>621</sup>. Arrest van het Gerecht van 22 november 2001, zaak T-9/98, *Mitteldeutsche Erdoel-Raffinerie GmbH/Commissie*, *Jur.* 2001, II-3367, r.o. 76-85. In casu bleek dat de verlenging van twee jaar door de Duitse wetgever was ingegeven door een vertraging in de voltooiing van het investeringsproject van de betrokken onderneming ten gevolge van een overmachtsituatie (ontdekking op het terrein van bommen en mijnen uit de Tweede Wereldoorlog).

deren<sup>622</sup>. In de beschikking van onverenigbaarheid beveelt de Commissie de Lidstaat alle nodige maatregelen te nemen om de steun terug te vorderen (zie art. 14, lid 1, van Procedureverordening 659/1999). De Lidstaat is verplicht de beschikking uit te voeren en de steun terug te vorderen “in overeenstemming met de nationaalrechtelijke procedures van de betrokken Lidstaat” (art. 14, lid 3, van Procedureverordening 659/1999). In de zaak *Commissie/Duitsland* preciseerde het Hof dat de Lidstaat vrij de middelen mag kiezen om te voldoen aan zijn verplichting tot terugvordering mits de gekozen maatregelen geen afbreuk doen aan “de strekking en de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht”<sup>623</sup>. Elke maatregel moet geschikt zijn om de mededingingsvoorwaarden die door de toekenning van de onwettige steun zijn vervalst, te herstellen, moet door de Commissie en andere belanghebbenden als zodanig kunnen worden geïdentificeerd en moet onvoorwaardelijk en onverwijld van toepassing zijn<sup>624</sup>. Een Lidstaat kan bijgevolg de steun door betaling in contanten terugvorderen of door een andere maatregel. In het laatste geval moet hij er evenwel voor zorgen dat de gekozen maatregel voldoende doorzichtig is zodat de Commissie kan nagaan dat zij geschikt is de door die steun veroorzaakte verstoring van de mededinging ongedaan te maken<sup>625</sup>. *In casu* had de Commissie tot de terugvordering beslist van de steun die de deelstaat Nordrhein-Westfalen aan de Westdeutsche Landesbank Girozentrale had verleend bij de inbreng van een publiekrechtelijk woningbouwfonds in de Landesbank tegen een vergoeding voor de inbreng die beneden de marktwaarde lag. Het Hof oordeelde dat een maatregel tot terugvordering die bestaat in de aanspraak op een extra deel van de hogere waarde van de Landesbank bij haar vereffening een onzekere toekomstige gebeurtenis betrof. Wegens zijn precair karakter is hij niet geschikt om de uitvoering van de terugvorderingsbeschikking te waarborgen<sup>626</sup>.

**253.** Volgens artikel 14, lid 1, laatste volzin, van de Procedureverordening 659/1999 verlangt de Commissie geen terugvordering van de steun indien zulks in strijd is met een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht. Een van deze

beginselen is het beginsel van het gewettigd vertrouwen. Volgens de vaste rechtspraak kan een Lidstaat die in strijd met artikel 88, lid 3, laatste volzin, EG steun heeft toegekend zich niet op enig gewettigd vertrouwen beroepen. De ontvanger van onwettig toegekende steun kan zich daarentegen op dit beginsel beroepen in geval van “uitzonderlijke omstandigheden” die zijn vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun konden wettigen<sup>627</sup>. Het laattijdig optreden van de Commissie lijkt in bepaalde omstandigheden strijdigheid te kunnen opleveren met het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel<sup>628</sup>. De omstandigheid dat de Commissie aanvankelijk bij een positieve beslissing de steun heeft goedgekeurd, doet geen gewettigd vertrouwen ontstaan bij de steunontvanger wanneer nadien tegen die beslissing binnen de beroepstermijn is opgekomen en zij vervolgens door de gemeenschapsrechter nietig is verklaard<sup>629</sup>.

**254.** Over de terug te betalen steunbedragen is rente verschuldigd met ingang van de datum van betaling van de steun. De toegepaste rentevoeten moeten representatief zijn voor de op de markt gehanteerde rentevoeten<sup>630</sup>.

**255.** In het geval van verkoop van de onderneming die de steun heeft ontvangen, rijst de vraag ten laste van wie de terugbetaling van de onwettige steun komt. In de zaken *Banks* en *Falck/Commissie* oordeelde het Hof dat wanneer een vennootschap die steun heeft ontvangen, tegen marktprijs wordt verkocht, de verkoopprijs in beginsel de voordelen die overeenstemmen met de voorheen betaalde steun weerspiegelt. De verkoper van deze vennootschap behoudt door middel van de verkoopprijs het voordeel van de steun. De terugbetaling van de steun komt bijgevolg in de eerste plaats voor rekening van de verkoper<sup>631</sup>.

**256.** De bevoegdheid van de Commissie om steun terug te vorderen verloopt na een termijn van 10 jaar die ingaat op de dag waarop de onrechtmatige steun aan de begunstigde is verleend (art. 15, leden 1 en 2, van de Procedureverordening 659/99)<sup>632</sup>. De verjaring wordt gestuit door “elke maatregel van de Commissie of een op haar verzoek optredende Lid-

<sup>622</sup>. Arrest van het Hof van 12 juli 1973, zaak C-70/72, *Commissie/Duitsland*, *Jur.* 813, r.o. 13.

<sup>623</sup>. Arrest van het Hof van 12 december 2002, zaak C-209/00, *Commissie/Duitsland*, *Jur.* 2002, I-11695, r.o. 34. Nadien bevestigd door arrest van het Hof van 26 juni 2003, zaak C-404/00, *Commissie/Spanje*, *Jur.* 2003, I-6695, r.o. 24.

<sup>624</sup>. Arrest *Commissie/Duitsland*, r.o. 58.

<sup>625</sup>. Arrest *Commissie/Duitsland*, r.o. 40-43.

<sup>626</sup>. Arrest *Commissie/Duitsland*, r.o. 59-62.

<sup>627</sup>. Bevestigd tijdens de besproken periode door o.a. arrest van het Hof van 7 maart 2002, zaak C-310/99, *Italië/Commissie*, *Jur.* 2002, I-2289, 103 en 104. Volgens dit arrest “staat [h]et aan de nationale rechter, zo die wordt aangezocht, de omstandigheden van het geval te onderzoeken, eventueel na het Hof van Justitie prejudiciële uitleggingsvragen te hebben gesteld” (r.o. 103).

<sup>628</sup>. Arrest *Government of Gibraltar/Commissie*, aangehaald in voetnoot 528, r.o. 129, en arrest *Falck/Commissie*, aangehaald in voetnoot 611, r.o. 139-145.

<sup>629</sup>. Arrest *P & O European Ferries*, aangehaald in voetnoot 518, r.o. 204-210.

<sup>630</sup>. Arrest *Falck/Commissie*, aangehaald in voetnoot 611, r.o. 159. Zie ook arrest *Keller*, aangehaald in voetnoot 601, r.o. 107-108 waar het Gerecht oordeelde dat de rente niet gaat lopen op het moment dat van de leningen werkelijk gebruik werd gemaakt maar op de datum van toekenning ervan.

<sup>631</sup>. Arrest van het Hof van 20 september 2001, zaak C-390/98, *Banks*, *Jur.* 2001, I-6117, r.o. 77 en 78, en arrest *Falck/Commissie*, aangehaald in voetnoot 611, r.o. 180-182. Zie ook arrest *Italië en SIM 2 Multimedia SpA/Commissie*, aangehaald in voetnoot 528, r.o. 83.

<sup>632</sup>. Overigens, in afwezigheid van de vaststelling van een verjaringstermijn en van de modaliteiten ervan, hetgeen tot de bevoegdheid van de gemeenschapswetgever behoort, geldt het beginsel van de rechtszekerheid volgens welke de Commissie niet eindeloos kan wachten met de uitoefening van haar bevoegdheden (zie arrest *Falck/Commissie*, aangehaald in voetnoot 611, r.o. 139-145).

staat ten aanzien van de onrechtmatige steun” (art. 15, lid 2). Artikel 15 van de Procedureverordening 659/99 is van toepassing op alle ten tijde van de inwerkingtreding van de verordening bij de Commissie aanhangige administratieve procedures inzake staatssteun. In afwezigheid van enige overgangsbepaling is de verjaringstermijn van 10 jaar toepasselijk op elke maatregel tot definitieve terugvordering van steun die na de datum van inwerkingtreding van de verordening wordt genomen, ook indien de steun vóór deze datum is verleend<sup>633</sup>. De verjaringstermijn van 10 jaar kan evenwel eveneens gestuit worden door een maatregel van de Commissie (of een op haar verzoek optredende Lidstaat) die genomen is vóór de inwerkingtreding van de verordening maar tijdens de looptijd van de termijn van 10 jaar vanaf de datum van steunverlening. Deze maatregel kan bestaan in de verzending door de Commissie van een eenvoudig verzoek om informatie aan de Lidstaat. De omstandigheid dat de begunstigde onderneming niet op de hoogte was van dit verzoek, belet bovendien niet de stuitende werking van de maatregel<sup>634</sup>.

**257.** Indien de Lidstaat niet de nodige maatregelen heeft genomen om de onrechtmatig verleende steun terug te vorderen binnen de termijn die de Commissie in haar beschikking heeft gesteld, kan de Commissie op grond van artikel 88, lid 2, tweede alinea, EG de Lidstaat wegens niet-nakoming voor het Hof dagen. Het komt aan de Commissie toe om het gestelde verzuim van de Lidstaat aan te tonen<sup>635</sup>. Het verweer van de Lidstaat is beperkt. Wanneer hij gelast wordt

steun terug te vorderen die hij onrechtmatig heeft toegekend, kan hij niet het gewettigd vertrouwen van de steunontvanger inroepen<sup>636</sup>. Evenmin kan een Lidstaat zich op de onwettigheid van de beschikking beroepen als verweer in een procedure wegens niet-nakoming van deze beschikking<sup>637</sup>. Wanneer een Lidstaat geen beroep tot nietigverklaring heeft ingesteld of een dergelijk beroep tegen de terugvorderingsbeschikking werd verworpen, bestaat het enige verweer van een Lidstaat tegen een beroep tot niet-nakoming *ex* artikel 88, lid 2, EG in het aanvoeren van de “volstreekte onmogelijkheid” om de beschikking correct uit te voeren<sup>638</sup>. Uit de rechtspraak tijdens de besproken periode blijkt wederom dat dit verweer zelden slaagt<sup>639</sup>. In de zaak *Commissie/Spanje* was de vraag aan de orde in welke mate het faillissement van de steunontvanger tot gevolg heeft dat een situatie van volstreekte onmogelijkheid ontstaat<sup>640</sup>. De Lidstaat had nagelaten binnen de in de beschikking gestelde termijn de nodige maatregelen tot terugvordering te nemen, zodat de begunstigde ondernemingen na afloop van die termijn door de steun hun activiteiten gedurende een geruime tijd tot aan hun faillietverklaring gewoon konden voortzetten. Het Hof oordeelde dat de Lidstaat niet kon opwerpen dat het beroep tot niet-nakoming van de Commissie zonder voorwerp was geraakt na het faillissement van deze ondernemingen<sup>641</sup>. Zolang de begunstigde ondernemingen activa hebben, is het voor de Lidstaat niet volstrekt onmogelijk om de steun terug te vorderen. De Lidstaat kan trachten de gerechtelijke vereffening van de begunstigde onderneming uit te lokken en zijn vordering op de activa doen gelden<sup>642</sup>.

<sup>633</sup> Arresten van het Gerecht van 10 april 2003, zaak T-366/00, *Scott SA/Commissie*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, 52-53, en zaak T-369/00, *Département du Loiret/Commissie*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, r.o. 51.

<sup>634</sup> Arresten *Scott SA/Commissie*, r.o. 55-60 en *Département du Loiret/Commissie*, r.o. 82-85.

<sup>635</sup> Arrest van het Hof van 26 juni 2003, zaak C-404/00, *Commissie/Spanje*, *Jur.* 2003, I-6695, r.o. 26.

<sup>636</sup> Arrest *Italië/Commissie*, reeds aangehaald in voetnoot 581, r.o. 104; arrest *Spanje/Commissie*, zaak C-114/00, reeds aangehaald in voetnoot 583, r.o. 107.

<sup>637</sup> Arrest *Commissie/Spanje*, aangehaald in voetnoot 580, r.o. 40.

<sup>638</sup> Zie *Kroniek 1997-1999*, T.B.H. 1999, 812, randnr. 190 en *Kroniek 1999-2001*, T.B.H., 593, randnr. 235. Zie bv. arrest van 22 maart 2001, *Commissie/Frankrijk*, C-261/99, *Jur.* 2001, I-2537, r.o. 23.

<sup>639</sup> Zie bv. arrest *Commissie/Spanje*, aangehaald in voetnoot 580, r.o. 47: de Lidstaat kan zich er niet toe beperken de Commissie in kennis te stellen van de juridische, politieke of praktische problemen die de uitvoering van de beschikking meebrengt zonder tegen de betrokken ondernemingen tot werkelijke actie over te gaan. *In casu* had de Spaanse regering enkel advies en rapporten gevraagd over de terugvordering aan de Spaanse Raad van State en het Ministerie van Financiën.

<sup>640</sup> Arrest van het Hof van 2 juli 2002, zaak C-499/99, *Commissie/Spanje*, *Jur.* 2002, I-6031.

<sup>641</sup> Arrest *Commissie/Spanje*, r.o. 26-28.

<sup>642</sup> Arrest *Commissie/Spanje*, r.o. 37-40.