



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Kroniek van het Europees materieel recht**

Van den Bogaert, S.C.G.; Van Rompuy, B.; Borger, V.; Aalbers, M.; Weber, T.W.A.

### **Citation**

Van den Bogaert, S. C. G., Van Rompuy, B., Borger, V., Aalbers, M., & Weber, T. W. A. (2017). Kroniek van het Europees materieel recht. *Nederlands Juristenblad*, 92(35), 2624-2638. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/58712>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/58712>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# Kroniek van het Europees materieel recht

Stefaan Van den Bogaert, Ben Van Rompuy, Vestert Borger, Maarten Aalbers & Thomas Weber<sup>1</sup>

In deze kroniek Europees materieel recht wordt achtereenvolgens aandacht besteed aan de belangrijkste ontwikkelingen op wetgevend en rechterlijk vlak, inzake het Europees burgerschap en de fundamentele vrije verkeersrechten, het Europees mededingingsrecht, het staatssteunrecht en de Economische en Monetaire Unie. De periode die bestreken wordt loopt van de zomer van 2015 tot de zomer van 2017.

## 1. Unieburgerschap en fundamentele vrijheden

### 1.1 *Burgerschap van de Unie*

Het *Zambrano*-verblijfsrecht voor derdelands ouders van Unieburgers bleef de afgelopen twee jaar vragen oproepen. De zaak *Chavez-Vilchez* betrof de afwijzing door de Nederlandse autoriteiten van de aanvragen voor een bijstandsuitkering en kinderbijslag van acht moeders, onderdanen van derde landen, van een of meer minderjarige kinderen met de Nederlandse nationaliteit voor wie zij de daadwerkelijke dagelijkse zorg hebben, op grond van het feit dat zij in Nederland geen verblijfsrecht hadden.<sup>2</sup> In elk van de acht situaties leefde de moeder gescheiden van de Nederlandse vader. Voor het eerst sinds *Zambrano* kwam het Hof met een meer ruimhartige interpretatie van artikel 20 VWEU, die de hogere belangen van het kind vooropstelt. Dat de andere ouder, burger van de Unie, zelf de dagelijkse en daadwerkelijke zorg voor het kind op zich zou kunnen nemen, beschouwde het Hof als een relevant, maar niet doorslaggevend, gegeven voor de weigering van een verblijfsvergunning aan de ouder-derdelander. De ouder-derdelander kan wel degelijk aanspraak maken op een afgeleid verblijfsrecht in de Unie als vastgesteld wordt dat er tussen haar/hem en het kind een zodanige afhankelijkheidsverhouding bestaat dat het kind genoopt zou zijn het grondgebied van de Unie te verlaten indien aan die ouder een verblijfsrecht wordt geweigerd. Hierbij telt ook de leeftijd van het kind, de lichamelijke en emotionele ontwikkeling, of de mate van een affectieve relatie met beide ouders.

Deze zaak bouwde voort op een aantal eerdere uitspraken. In *CS* oordeelde het Hof dat een *Zambrano*-verblijfsrecht een ouder-derdelander niet automatisch kan worden ontzegd vanwege een strafrechtelijke veroordeling.<sup>3</sup> Overeenkomstig de bepalingen van Richtlijn 2004/38/EG kan het afgeleide verblijfsrecht weliswaar wor-

den ontzegd om redenen van openbare orde of veiligheid, maar alleen als sprake is van een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor de samenleving. Een uitzettingsbesluit kan enkel voortkomen uit een concrete beoordeling door de nationale rechter van alle relevante omstandigheden van het geval, in het licht van het evenredigheidsbeginsel, het belang van het kind en de grondrechten waarvan het Hof de eerbiediging verzekert, zoals het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven, neergelegd in artikel 7 van het Handvest. In *Rendón Marín* kwam het Hof tot een vergelijkbaar oordeel.<sup>4</sup>

In *Petruhhin* oordeelde het Hof dat de artikelen 18 en 21 VWEU mogelijk in de weg staan aan de uitlevering van een Unieburger aan een derde land.<sup>5</sup> De zaak betrof een uitleveringsverzoek van Rusland aan Letland met betrekking tot een Ests staatsburger in verband met een strafbaar feit wegens drugshandel. Het Hof stelde eerst vast dat de situatie binnen de werkingssfeer van het Verdrag viel, omdat de Est zijn recht op vrij verkeer had uitgeoefend. Uitlevering zou een beperking vormen van dat recht, maar wellicht gerechtvaardigd kunnen worden ter voorkoming van straffeloosheid. Vervolgens stelde het Hof dat niettemin moest worden onderzocht of er geen alternatieve maatregel bestaat die de uitoefening van de bij artikel 21 VWEU verleende rechten minder aantast. Uiteindelijk sprak het ook de voorkeur uit van informatie-uitwisseling met de lidstaat waarvan de betrokkene de nationaliteit heeft – in casu Estland – teneinde de autoriteiten van deze lidstaat de mogelijkheid te geven om een Europees aanhoudingsbevel met het oog op rechtsvervolgning in Estland uit te vaardigen. Daarnaast diende Letland ook te onderzoeken of uitlevering aan Rusland geen afbreuk doet aan de rechten neergelegd in artikel 19 van het EU grondrechtenhandvest.

In *García-Nieto* oordeelde het Hof dat een niet-economisch actieve Unieburger in de eerste drie maanden van zijn verblijf in een andere lidstaat geen aanspraak

kan maken op een bijstandsuitkering.<sup>6</sup> Deze uitspraak is in overeenstemming met de tekst van Richtlijn 2004/38.

### 1.2 Vrij verkeer van goederen

Werd in de vorige kroniek nog gerapporteerd dat er zich inzake het vrij verkeer van goederen 'geen wezenlijke ontwikkelingen' hadden voorgedaan,<sup>7</sup> de afgelopen twee jaar is er wel degelijk een aantal belangwekkende arresten geweest in dit rechtsgebied.

In twee zaken boog het Hof zich over het vaststellen van prijzen. In *Scotch Whisky Association* sprak het Hof een duidelijke voorkeur uit voor accijnsverhogingen in plaats van minimumprijzen op schadelijke producten, omdat deze de vrije prijsvorming minder verstoren.<sup>8</sup> De zaak betrof een Schotse maatregel die een minimumprijs per eenheid alcohol vaststelde voor verkoop in de detailhandel. Vanzelfsprekend kon een dergelijke beperking van het goederenverkeer gerechtvaardigd worden met een beroep op de volksgezondheid. Het Hof oordeelde echter dat een minimumprijs niet evenredig is, als een accijnsverhoging hetzelfde effect zou kunnen bereiken. Deze laatste heeft hetzelfde ontmoedigende effect, maar laat de vrije prijsvorming in het laagste prijssegment intact. Wat de intensiteit van de evenredigheidstoets betreft, is het volgens het Hof aan de lidstaat om deugdelijk bewijs aan te voeren, en aan de nationale rechter om vervolgens te beoordelen of dit bewijs redelijkerwijs kan leiden tot de conclusie dat een maatregel proportioneel is. *Deutsche Parkinson Vereinigung* ging over een stelsel van vaste prijzen voor geneesmiddelen op recept in Duitsland.<sup>9</sup> Het Hof stelde vast dat dit systeem een maatregel van gelijke werking vormde. Voor apotheken gevestigd buiten Duitsland is postorderverkoop immers de belangrijkste manier om tot de Duitse markt toe te kunnen treden. Vermits zij minder individuele service kunnen bieden dan reguliere apotheken, is prijsconcurrentie voor hen mogelijk een belangrijkere mededingingsfactor. Het Hof besliste dat de maatregel niet gerechtvaardigd kon worden met een beroep op de bescherming van de volksgezondheid. Nergens bleek immers uit dat een stelsel van vaste prijzen geschikt zou zijn om de gelijkmatige beschikbaarheid van traditionele apotheken in rurale, dunbevolkte gebieden te waarborgen. Net als in *Scotch Whisky Association* wees het Hof er uitdrukkelijk op dat de verdragsuitzonderingen nauw moeten worden uitgelegd. Het is aan de lidstaat om de evenredigheid van een maatregel te staven met bewijs; vervolgens dient de nationale rechter te onderzoeken of dit bewijs redelijkerwijs kan leiden tot de conclusie dat de maatregel geschikt en noodzakelijk is.

Het gebeurt niet vaak dat het Hof zich kan uitlaten

over het verbod op uitvoerbeperkingen van artikel 35 VWEU. In *New Valmar* diende de gelegenheid zich aan.<sup>10</sup> Een Vlaamse regeling stelde dat facturen voor grensoverschrijdende overeenkomsten op straffe van nietigheid exclusief in het Nederlands moeten worden opgesteld. Volgens het Hof heeft een dergelijke regeling beperkende gevolgen voor het handelsverkeer die het sluiten of voortzetten van contractuele verhoudingen met een onderneming die is gevestigd in het Nederlandse taalgebied van België, kunnen ontmoedigen. Dat de maatregel ook voor binnenlandse transacties geldt, doet daar niets aan af. De bevordering van het gebruik van de officiële taal van het betrokken taalgebied en de doeltreffendheid van fiscale controles werden erkend als legitieme doelen van algemeen belang, maar desalniettemin wees het Hof de maatregel af wegens verdergaand dan noodzakelijk. Een regeling die toestaat om naast de Nederlandse versie ook rechtsgeldige vertalingen op te stellen, zou minder verstrekkend zijn geweest.<sup>11</sup>

## Het is aan de lidstaat om de evenredigheid van een maatregel te staven met bewijs

Het Hof wees ook een aantal arresten over tarifaire belemmeringen. *Visnapuu* ging over een Finse accijns op drankverpakkingen.<sup>12</sup> Omdat de wijze waarop de accijns op bepaalde drankverpakkingen wordt geheven, namelijk het bedrag, de grondslag en de voorwaarden voor vrijstelling, in identieke bewoordingen is geregeld voor drankverpakkingen uit andere lidstaten en voor gelijksoortige nationale producten, werd de Finse maatregel niet in strijd bevonden met artikel 110 lid 1 VWEU. Ook rees de vraag of het alcoholmonopolie in Finland, waarop uitzonderingen worden verleend via een vergunningsstelsel, verenigbaar was met het Verdrag. Artikel 37 VWEU verbiedt monopolies niet, maar gebiedt wel dat deze geen discriminerende werking hebben. Het vergunningsstelsel moest worden getoetst aan artikel 34 VWEU. Het Hof erkende dat dit stelsel belemmerend kon werken, maar mogelijk toch gerechtvaardigd kon worden met een beroep op de bescherming van de volksgezondheid en de openbare orde. De zaak *Viamar* betrof een registratiebelasting op voertuigen.<sup>13</sup> Omdat het belastbare feit de

#### Auteurs

1. Prof. dr. S.C.G. Van den Bogaert, dr. B. Van Rompuy, V. Borger LLM en M. Aalbers LLM zijn allen verbonden aan het Europa Instituut van de Universiteit Leiden. T.W.A. Weber LLM is in juli 2017 van het Europa Instituut overgestapt naar de Raad van State. Deze kroniek bestrijkt de periode september 2015 - augustus 2017.

#### Noten

2. HvJ EU 10 mei 2017, C-133/15 (*Chavez-Vilchez*), EU:C:2017:354.  
3. HvJ EU 13 september 2016, C-304/14 (CS), EU:C:2016:674.  
4. HvJ EU 1 september 2016, C-165/14 (*Rendón Marín*), EU:C:2016:675.  
5. HvJ EU 6 september 2012, C-182/15 (*Petruhhin*), EU:C:2016:630.  
6. HvJ EU 25 februari 2016, C-299/14

(García-Nieto), EU:C:2016:114.  
7. Van den Bogaert e.a., 'Kroniek van het Europees materieel recht', *NJB* 2015/1785, afl. 35, p. 2512.  
8. HvJ EU 23 december 2015, C-333/14 (*Scotch Whisky Association e.a.*), EU:C:2015:845.  
9. HvJ EU 19 oktober 2016, C-148/15 (*Deutsche Parkinson Vereinigung*), EU:C:2016:776.

10. HvJ EU 21 juni 2016, C-15/15 (*New Valmar*), EU:C:2016:464.  
11. Dit is de tweede zaak waarin het Hof het Vlaamse taalregime aan de verdragsvrijheden toetst: zie HvJ EU 16 april 2013, C-202/11 (*Las*), EU:C:2013:239.  
12. HvJ EU 12 november 2015, C-198/14 (*Visnapuu*), EU:C:2015:751.  
13. HvJ EU 17 december 2015, C-402/14 (*Viamar*), EU:C:2015:830.

## Het Hof bevestigde eerdere rechtspraak dat ‘het Unierecht de nadelige gevolgen voor het vrij verkeer van werknemers die zijn toe te schrijven aan de dispariteiten tussen de in de lidstaten geldende tarieftabellen voor de belastingen, onverlet laat’

registratie van het voertuig is, merkte het Hof dit niet aan als een verboden heffing in de zin van artikel 30 VWEU, maar als een binnenlandse belasting. Alleen als de heffing niet zou worden terugbetaald in geval van doorvoer naar een andere lidstaat, zou het een verboden heffing in de zin van artikel 30 VWEU zijn.

### 1.3 Vrij verkeer van werknemers

Hoewel een aantal interessante arresten zijn geweest over secundaire wetgeving inzake het vrij verkeer van werknemers, zijn er relatief weinig vragen gesteld omtrent de interpretatie van artikel 45 VWEU. In *Wieland & Rothwangl* oordeelde het Hof dat artikel 45 VWEU zich niet verzet tegen een Nederlandse maatregel die een Oostenrijker, werkzaam op een schip geregistreerd in Nederland, uitsloot van een ouderdomsverzekering gedurende de periode dat Oostenrijk nog geen lid was van de Europese Unie omdat hij in die periode nog geen onderdaan van een lidstaat was.<sup>14</sup>

De zaak *Eschenbrenner* betrof een geschil over de inaanmerkingneming van Duitse inkomstenbelasting bij de vaststelling van het bedrag van een insolventie-uitkering aan een grensarbeider in Duitsland.<sup>15</sup> Eschenbrenner heeft de Franse nationaliteit en is woonachtig in Frankrijk, vlakbij de Duitse grens. Hij is belastingplichtig in Frankrijk. Toen hij zijn voormalige werkgever in Duitsland om uitbetaling van een insolventie-uitkering verzocht op grond van onvervulde loonaanspraken, werd op deze uitkering Duitse loonbelasting in mindering gebracht. Anders dan voor personen die in Duitsland werken en wonen, was het bedrag van deze uitkering voor grensarbeiders daardoor lager dan hun eerdere nettoloon, met name vanwege verschillen tussen de in Duitsland en in Frankrijk van toepassing zijnde belastingtarieven. Eschenbrenner betoogde in essentie dat de inaanmerkingneming van Duitse loonbelasting bij de berekening van de insolventie-uitkering discriminerend en bijgevolg in strijd met het Unierecht was, aangezien hij in Duitsland niet belastingplichtig was. Het Hof bracht echter in herinnering dat in dit geval de bevoegdheid om de insolventie-uitkering aan belasting te onderwerpen ingevolge de Frans-Duitse belastingovereenkomst aan Duitsland toekomt en bevestigde eerdere rechtspraak dat ‘het Unierecht de nadelige gevolgen voor het vrij verkeer van werknemers die zijn toe te schrijven aan de dispariteiten tussen de in de lidstaten geldende tarieftabellen voor de belastingen, onverlet laat’.<sup>16</sup> De regeling werd dus niet in strijd met artikel 45 VWEU of artikel 7 van de Werknemersverordening bevonden.

In *Brouillard* boog het Hof zich over de afwijzing van een inschrijving van een Belgisch onderdaan voor een vergelijkend examen voor de werving van juristen bij het

Belgische Hof van Cassatie.<sup>17</sup> Brouillards aanmelding voor het examen werd afgewezen voordat de bevoegde examencommissie zich had uitgesproken over zijn verzoek om de professionele master die hij in Frankrijk had behaald te erkennen als gelijkwaardig aan de academische graad van master in het Belgisch recht. Het Hof hield vast aan een lange lijn van rechtspraak ingezet sinds *Vlassopoulou* en oordeelde dat wanneer deelname aan een vergelijkend examen afhankelijk wordt gesteld van het bezit van een nationaal diploma, artikel 45 VWEU tevens vereist dat rekening dient te worden gehouden met het geheel van in een andere lidstaat behaalde diploma's, certificaten en andere titels alsmede met de relevante beroepservaring van de betrokkene, door de daaruit blijvende beroepskwalificaties te vergelijken met de door de nationale wettelijke regeling vereiste beroepskwalificaties.

In een aantal zaken werd de uitkomst bepaald door de toepassing van het evenredigheidsbeginsel. Zo oordeelde het Hof in *Kohll* dat artikel 45 VWEU zich verzet tegen een Luxemburgse belastingregeling, die de toekenning van belastingkrediet voor gepensioneerden afhankelijk stelde van een loonbelastingverklaring.<sup>18</sup> De heer Kohll kreeg geen loonbelastingverklaring omdat over zijn pensioen, hoewel het in Luxemburg belastbaar was, in Luxemburg geen bronbelasting werd ingehouden. De reden daarvoor was dat de uitkeerder van zijn pensioen in een andere lidstaat, met name Nederland, was gevestigd. En omdat hij geen loonbelastingverklaring had, kwam Kohll dus ook niet in aanmerking voor het belastingvoordeel. Dit verschil in behandeling tussen in Luxemburg woonachtige belastingplichtigen kon volgens het Hof werknemers ervan weerhouden om in een andere lidstaat werk te zoeken en te aanvaarden. Deze beperking op het vrij verkeer van werknemers kon uiteindelijk ook niet gerechtvaardigd worden met een beroep op de samenhang van het nationale belastingstelsel. De categorische uitsluiting van het belastingvoordeel van gepensioneerden met een buitenlands pensioen, zonder hen de mogelijkheid te geven de bewijzen te leveren die de belastingautoriteiten nodig achten om te beoordelen of is voldaan aan de gestelde voorwaarden voor toekenning van het belastingkrediet, en bijgevolg of het belastingvoordeel al dan niet moet worden toegekend, werd als disproportioneel beschouwd.

In *Pöpperl* oordeelde het Hof dat het pensioenstelsel van de Duitse deelstaat Nordrhein-Westfalen strijdig was met artikel 45 VWEU, omdat het voorziet in het verlies van in de openbare dienst verworven pensioenrechten en de aansluiting met terugwerkende kracht bij de algemene – lagere – pensioenverzekering wanneer een ambtenaar de openbare dienst verlaat om een ambt uit te oefenen in een andere lidstaat.<sup>19</sup> De maatregel was niet geschikt om het goed functioneren van het ambtenarenapparaat te

garanderen, omdat dit doel niet op een coherente en systematische manier werd nagestreefd: bij het accepteren van een overheidspositie in een andere deelstaat vond er immers geen omzetting plaats. Het meenemen van een ambtenarenpensioen naar het buitenland was ook aan de orde in de inbreukprocedure van de *Commissie/Cyprus*.<sup>20</sup> In casu werden ambtenaren onder de leeftijd van 45 jaar die hun betrekking bij de Cypriotische openbare dienst neerlegden om in een andere lidstaat een beroepsactiviteit te gaan uitoefenen bij een instelling van de Unie of bij een andere internationale organisatie, anders behandeld dan ambtenaren die hun overheidsbetrekking blijven uitoefenen of deze functie neerlegden om op Cyprus een andere openbare betrekking te gaan uitoefenen: beiden ontvingen weliswaar onmiddellijk een forfaitaire som, maar enkel de eerste categorie van ambtenaren verloor het recht op consolidering van hun pensioen en op uitbetaling daarvan wanneer zij de leeftijd van 55 jaar zullen hebben bereikt, terwijl de tweede categorie dit recht behoudt. Het Hof was van oordeel dat deze Cypriotische regeling de uitoefening door de betrokken Cypriotische ambtenaren van hun recht van vrij verkeer kan belemmeren of minder aantrekkelijk kan maken en dus een door artikel 45 VWEU verboden belemmering van het vrij verkeer van werknemers uitmaakt.

#### 1.4 Vrij verkeer van vestiging en diensten

De vrijheid van vestiging verzet zich niet tegen een maatregel die kredietinstellingen verplicht om de bankgegevens van overleden klanten te delen met de belastingdienst, ook niet wanneer zij spaarden in buitenlandse vestigingen waar een bankgeheim geldt. Dit oordeelde het Hof in *Sparkasse Algäu*. Het vrij verkeer gaat niet zover dat lidstaten hun belastingstelsel zo op elkaar moeten afstemmen, dat elk verschil wordt weggenomen.

In *AGET Iraklis* moest het Hof zich uitlaten over de vraag of artikel 49 VWEU geschonden werd door Griekse regelgeving volgens welke een Frans-Grieks betonproducent toestemming moest verkrijgen van de autoriteiten vooraleer tot collectief ontslag te kunnen overgaan.<sup>21</sup> De zaak maakte veel los, omdat die zich afspeelde tijdens de piek van de Griekse schulden crisis, en het Hof een afweging moest maken tussen conflicterende belangen: die van de werknemers, de ondernemer, de nationale economie, en tenslotte de bescherming van de interne markt. Het Hof concludeerde dat de maatregel de legitieme doelstelling van algemeen belang die erin bestaat de werknemers en de werkgelegenheid te beschermen niet op een evenredige manier nastreefde: de beoordelingscriteria voor het verlenen van toestemming waren immers zo algemeen en vaag geformuleerd en daardoor moeilijk toetsbaar dat ze een ernstige aantasting van de betrokken

vrijheid vormden. Het belang van de nationale economie werd door het Hof overigens aangemerkt als een puur economische rechtvaardigingsgrond, die een dergelijke inbreuk niet kon rechtvaardigen.

Daarnaast werden tijdens de referentieperiode opnieuw een aantal zaken gewezen over de verhouding tussen kansspelregulering en het Unierecht.<sup>22</sup> De meest recente is *Unibet International*, waarin het Hof oordeelde dat een Hongaars concessiestelsel voor online kansspelen in strijd was met artikel 56 VWEU, voor zover het discriminerende of niet-transparante vereisten oplegde aan inschrijvers uit andere lidstaten.<sup>23</sup> In *Ince* bevestigde het Hof nogmaals dat artikel 56 VWEU zo moet worden uitgelegd dat het zich er tegen verzet dat een lidstaat een sanctie oplegt voor het zonder vergunning als tussenpersoon aanbieden van sportwedenschappen op zijn grondgebied, voor rekening van een exploitant met een vergunning voor de organisatie van sportwedenschappen in een andere lidstaat, wanneer de procedure voor de verlening van een dergelijke vergunning in strijd is met de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie op grond van nationaliteit en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting. In *Laezza* oordeelde het Hof dat een nationale regeling die concessiehouders voor sportwedenschappen verplicht om het materieel dat zij hiervoor gebruiken gratis over te dragen na de beëindiging van de looptijd van hun concessie een inbreuk uitmaakt op de artikelen 49 en 56 VWEU.<sup>24</sup>

In een aantal andere arresten stonden specifieke zelfstandige beroepsgroepen centraal. Zo oordeelde het Hof in *X-Steuerberatungsgesellschaft* dat een Duitse regeling die het verlenen van bijstand in belastingzaken voorbehield aan kantoren waarvan de partners gekwalificeerde belastingadviseurs waren, een schending vormde van artikel 56 VWEU.<sup>25</sup> De maatregel kon niet worden gerechtvaardigd met een beroep op de legitieme doelstelling van voorkoming van belastingontduiking of consumentenbescherming, aangezien deze regeling in het buitenland verworven kwalificaties niet voldoende in aanmerking nam, en daardoor verder ging dan noodzakelijk was voor het te bereiken doel. In *Vanderborght* besliste het Hof dat een algeheel verbod op reclame-uitingen voor tandartsen in strijd is met het vrij verkeer van diensten.<sup>26</sup> Opvallend daarbij is dat het Hof naast de bescherming van de volksgezondheid ook 'de waardigheid van het beroep van tandarts' erkende als een dwingende reden van algemeen belang die een beperking zou kunnen rechtvaardigen. De maatregel struikelde evenwel over de proportionaliteitshorde. Weliswaar hebben de lidstaten een zekere beoordelingsmarge bij het bepalen van het gewenste beoordelingsniveau, maar een algemeen verbod ging volgens het Hof in ieder geval te ver.

14. HvJ EU 27 oktober 2016, C-465/14 (*Wieland & Rothwangl*), EU:C:2016:820.

15. HvJ EU 2 maart 2017, C-496/15 (*Eschenbrenner*), EU:C:2017:152.

16. *Esschenbrenner*, para. 45; HvJ EU 12 mei 1998, C-336/96 (*Gilly*), EU:C:1998:221.

17. HvJ EU 6 oktober 2015, C-298/14

(*Brouillard*), EU:C:2015:652.

18. HvJ EU 26 mei 2016, C-300/15 (*Kohll en Kohll-Schlesser*), EU:C:2016:361.

19. HvJ EU 13 juli 2016, C-187/15 (*Pöpperl*), EU:C:2016:550.

20. HvJ EU 21 januari 2016, C-515/14 (*Commissie/Cyprus*), EU:C:2016:30.

21. HvJ EU 21 december 2016, C-201/15

(*AGET Iraklis*), EU:C:2016:972.

22. Naast de besproken zaken waren er ook HvJ EU 30 juni 2016, C-464/15 (*Admiral Casinos & Entertainment*), EU:C:2016:500; en HvJ EU 13 juni 2017, C-591/15 (*The Gibraltar Betting and Gaming Association*), EU:C:2017:449.

23. HvJ EU 22 juni 2017, C-49/16 (*Unibet*

*International*), EU:C:2017:491.

24. HvJ EU 28 januari 2016, C-375/14 (*Laezza*), EU:C:2016:60.

25. HvJ EU 17 december 2015, C-342/14 (*X-Steuerberatungsgesellschaft*), EU:C:2015:827.

26. HvJ EU 4 mei 2017, C-339/15 (*Vanderborght*), EU:C:2017:335.

Verder zijn de laatste twee jaar nog verschillende zaken geweest die tekst en uitleg gaven bij de Dienstenrichtlijn.<sup>27</sup> In Nederland wekte met name *Trijber & Harmen* belangstelling.<sup>28</sup> Hierin oordeelde het Hof dat het Amsterdamse rondvaartbotenbeleid, dat een beperkt aantal vergunningen voor onbepaalde tijd uitreikte, in strijd was met de Dienstenrichtlijn. Als het aantal vergunningen vanwege ruimtegebrek beperkt is, dan moeten deze vergunningen tijdelijk zijn, zo oordeelde het Hof. Hoewel de gemeente haar beleid aanpaste, bleek het in juni 2017 nog steeds niet te voldoen aan de eisen.<sup>29</sup> De vergunningseis die de gemeente Amsterdam stelde aan exploitanten van raamprostitutiebedrijven, om met hun cliënten in een voor beiden begrijpelijke taal te communiceren, kon de toets van de Dienstenrichtlijn wel doorstaan. Deze maatregel ging volgens het Hof niet verder dan noodzakelijk.

### **De vergunningseis die de gemeente Amsterdam stelde aan exploitanten van raamprostitutiebedrijven, om met hun cliënten in een voor beiden begrijpelijke taal te communiceren kon de toets van de Dienstenrichtlijn wel doorstaan**

Vermeldenswaard is ten slotte nog de zaak *Ullens de Schooten*.<sup>30</sup> Hoewel het Hof niet toekwam aan een inhoudelijke bespreking van het ingeroepen artikel 49 VWEU, gaf het Hof een helder overzicht van de stand van zaken over het leerstuk van de zuiver interne situatie. Samengevat vallen zuiver interne situaties – zaken waarvan alle aspecten zich in één lidstaat afspelen – in beginsel buiten de reikwijdte van het Unierecht, behalve in vier gevallen: 1. als niet kan worden uitgesloten dat Unieburgers uit andere lidstaten ook interesse hebben om gebruik te maken van hun verkeersvrijheid en de betwiste nationale regeling dus gevolgen kan hebben die niet beperkt zijn tot die lidstaat; 2. wanneer het gaat om de vernietiging van een bepaling die niet alleen van toepassing is op nationale burgers maar ook op burgers van andere lidstaten; 3. wanneer het nationale recht omgekeerde discriminatie verbiedt en voorschrijft een eigen onderdaan dezelfde rechten toe te kennen als een burger van een andere lidstaat in dezelfde situatie aan het Unierecht zou ontlenen; 4. wanneer het Unierecht in een nationale wetelijke regeling ook op interne situaties van toepassing is verklaard.<sup>31</sup>

#### **1.5 Vrij verkeer van kapitaal**

Opvallend veel zaken tijdens de referentieperiode hadden betrekking op belastingwetgeving van de lidstaten die een onderscheid maakte tussen binnenlands en grensoverschrijdend kapitaalverkeer.<sup>32</sup> Zo oordeelde het Hof in *Miljoen e.a* dat artikel 63 VWEU zich verzet tegen Nederlandse regelgeving, die een onderscheid maakte tussen de heffing van dividendbelasting voor ingezetenen en niet-ingezetenen: ingezetenen konden de heffing aftrekken van hun inkomstenbelasting, en het teveel gehevene terugvragen, terwijl niet-ingezetenen dat niet konden.<sup>33</sup> De maatregel kon niet worden gerechtvaardigd met een beroep op de uitzondering voor belastingwetgeving van artikel 65 VWEU, aangezien de niet-ingezetene en de ingezetene zich in een vergelijkbare situatie bevonden. Wel zou de belemmering kunnen worden weggenomen door een bilateraal belastingverdrag dat voorziet in aftrek van de Nederlandse dividendbelasting van de inkomstenbelasting in de woonstaat, maar dat was in casu niet vast komen te staan. Een Zweedse dividendbelasting voor niet-ingezeten pensioenfondsen werd daarentegen wel in overeenstemming met het Verdrag bevonden, hoewel Zweedse pensioenfondsen een afwijkende forfaitaire rendementsheffing betaalden; hier bevonden ingezeten en niet-ingezeten pensioenfondsen zich in objectief verschillende situaties (Zweden kon niet-ingezetenen niet aan de forfaitaire rendementsheffing onderwerpen), hetgeen het verschil in behandeling merktwaardigerwijs rechtvaardigde.<sup>34</sup>

*SECIL* betrof vennootschapsbelasting die een Portugees bedrijf moest betalen over deelnemingsdividend ontvangen op participaties in bedrijven in Tunesië en Libanon, waarmee de EU Euro-Mediterrane verdragen heeft gesloten die mede in vrij-verkeerbepalingen voorzien.<sup>35</sup> In tegenstelling tot deelnemingsdividend uitgekeerd door in Portugal of in de EU gevestigde entiteiten, werd derdelanden-deelnemingsdividend niet geheel of deels vrijgesteld van de Portugese vennootschapsbelasting. Het Hof oordeelde dat dit verschil in behandeling niet kon worden gerechtvaardigd met een beroep op dwingende redenen van algemeen belang, zoals het fiscale controlebelang, als de Portugese autoriteiten op enige manier in staat waren om de benodigde inlichtingen uit Tunesië en Libanon te krijgen over de daar reeds geheven vennootschapsbelasting. Dit arrest is ook van belang voor 1. de afbakening tussen kapitaalverkeer (vrijgemaakt ook jegens derde landen) en vestiging (niet vrijgemaakt jegens derde landen) omdat de Tunesische deelneming een 98%-belang betrof, 2. de vraag of de vrij-verkeerbepalingen in de Euro-Mediterrane overeenkomsten rechtstreeks werken en 3. of het sluiten van een bilateraal (belasting)verdrag met het desbetreffende derde land invloed heeft op de mogelijkheid om beroep te doen op de *standstill clause* van artikel 64 VWEU (die de lidstaten toestaat beperkende maatregelen te handhaven die reeds bestonden in 1993).

In *X* ten slotte boog het Hof zich over de Nederlandse aanpak van zwartsparenders (twaalf jaar terug in geval van buitenlandse bankrekeningen; vijf jaar terug in binnenlandgevallen), en gaf het een interpretatie van dezelfde *standstill*-bepaling voor bestaande beperkingen ten aanzien van derde landen in artikel 64 VWEU.<sup>36</sup> Het

geschil betref een navorderingsaanslag ter zake van bankrekeningen aangehouden in Zwitserland en Luxemburg. Het Hof oordeelde dat de verlengde navorderingstermijn (twaalf jaar) binnen de reikwijdte van de *standstill*-bepaling kon vallen, voor zover die betrekking had op het openen van een bankrekening in een derde land.

## 2. Mededingingsrecht

### 2.1. Kartelverbod

Bij de handhaving van de EU-mededingingsregels, en met name het verbod op mededingingsbeperkende praktijken (artikel 101 VWEU), heeft de Europese Commissie tijdens deze referentieperiode de klemtoon gelegd op digitale markten. Deze handhavingsprioriteit kadert binnen de strategie voor de digitale eengemaakte markt van de Commissie Juncker.<sup>37</sup> De hernieuwde aandacht voor verticale overeenkomsten (gesloten tussen leveranciers en afnemers) is hierbij het meest opvallend.

In mei 2017 publiceerde de Commissie het eindverslag van haar sectoronderzoek naar mogelijke concurrentieproblemen op de Europese e-commerce markten.<sup>38</sup> De resultaten van het onderzoek geven aan dat fabrikanten van consumptiegoederen steeds meer gebruik maken van contractuele beperkingen teneinde meer controle te hebben over online distributie. Naar aanleiding van deze bevinding opende de Commissie ambtshalve al zeven verschillende antitrustzaken inzake restricties op detailhandelsprijzen, op parallelhandel en andere vormen van discriminatie op basis van nationaliteit en verblijfplaats van consumenten.<sup>39</sup> Een ander onderzoek in de digitale sector, naar pariteitsclausules (die verkoopvoorwaarden vereisen die minstens even gunstig zijn als deze gegeven aan concurrerende verkoopkanalen) en soortgelijke bepalingen in overeenkomsten van Amazon met leveranciers van e-boeken, werd recent afgesloten na bindende toezeggingen door Amazon.<sup>40</sup>

Een echt digitale eengemaakte markt betekent volgens de Commissie ook dat Europese consumenten de betaaltelevisiezoekers van hun keuze moeten kunnen

ontvangen, waar ze ook wonen in de EU. In juli 2015 stuurde de Commissie een mededeling van punten van bezwaar aan Sky UK en zes grote Amerikaanse filmproductiehuizen.<sup>41</sup> Daarin voerde ze aan dat clausules in licentieovereenkomsten tussen deze partijen, die enerzijds Sky UK verplichten om toegang tot films via haar betaaldiensten voor online- of satelliettelevisie te blokkeren voor consumenten buiten haar licentiegebied en anderzijds de productiehuizen verplichten om andere omroeporganisaties te verbieden hun betaaldiensten aan te bieden in datzelfde licentiegebied (Verenigd Koninkrijk en Ierland), een inbreuk vormen op artikel 101 VWEU. In april 2016 heeft Paramount, een van de betrokken filmproductiehuizen, toezeggingen gedaan om deze beperkingen op parallelhandel niet langer te handhaven of te herintroduceren.<sup>42</sup> Interessant is dat een derde partij, Groupe Canal+, tegen dit toezeggingsbesluit beroep heeft aangetekend bij het Gerecht (T-873/16).

In de Europese rechtspraak kwamen de voorbije jaren opnieuw vragen naar voren omtrent de afbakening tussen doel- of strekkingsbeperkingen enerzijds en gevolgbeperkingen anderzijds in mededingingsbeperkende afspraken. Dit onderscheid is van belang voor de stelplicht en bewijslast: in het geval van gevolgbeperkingen kunnen mededingingsbeperkende gevolgen op de relevante markt immers niet zondermeer verondersteld worden. Het arrest van het Hof van Justitie in *Maxima Latvija* past in de lijn die eerder met het arrest *Cartes Bancaires* uit 2014 werd ingezet.<sup>43</sup> Opnieuw benadrukte het Hof dat het begrip concurrentiebeperkende 'strekking' van een afspraak restrictief moet worden uitgelegd en uitsluitend kan worden toegepast op vormen van coördinatie waarvan vaststaat dat ze naar hun aard zelf schadelijk zijn voor de goede werking van de mededinging. *In casu* vroeg het Letse Hooggerechtshof of een clausule in een overeenkomst voor de verhuur van een supermarkt in een winkelcentrum, die de supermarkt als 'ankerverhuurder' het recht toekent om zich te verzetten tegen de verhuur van de andere winkelruimtes aan concurrenten, ertoe strekt de mededinging te vervalsen. Volgens het Hof was dit kenne-

27. Zie naast de besproken zaak ook C-458/14 (*Promoimpresa*); C-316/15 (*Hemming*); C-293/14 (*Hiebler*); C-360/15 (*Visser Vastgoed Beleggingen*).

28. HvJ EU 1 oktober 2015, C-340/14 (*Trijber & Harmsen*), EU:C:2015:641.

29. 'Raad van State torpedeert rondvaartbotenbeleid', *nrc.nl* 7 juni 2017, [www.nrc.nl/nieuws/2017/06/07/raad-van-state-torpedeert-rondvaartbotenbeleid-10973735-a1562081](http://www.nrc.nl/nieuws/2017/06/07/raad-van-state-torpedeert-rondvaartbotenbeleid-10973735-a1562081); uitspraak van 7 juni 2017 in 201507159/1/A1, ECLI:NL:RVS:2017:1520.

30. HvJ EU 15 november 2016, C-268/15 (*Ullens de Schooten*), EU:C:2016:874.

31. Zie par. 50-53.

32. Dit artikel bespreekt een selectie. Niet aan bod komen C-123/15 (*Feilen*) en C-244/15 (*Commissie/Griekenland*), (erfbelasting); C-497/14 (*Hünnebeck*) en

C-589/13 (*FE Familienprivatstiftung Eisenstadt*), (schenkelbelasting); C-176/15 (*Riskin Timmermans*), (dividendbelasting); C-48/15 *NN (L)*, (taks collectieve beleggingsinstellingen).

33. HvJ EU 17 september 2015, C-10/14, C-14/14 en C-17/14 (*Miljoen e.a.*), EU:C:2015:608.

34. HvJ EU 2 juni 2016, C-252/14 (*Pensioenfonds Metaal en Techniek*), EU:C:2016:402.

35. HvJ EU 24 november 2016, C-464/14 (*SECLIL*), EU:C:2016:896.

36. HvJ EU 15 februari 2017, C-317/15 (X), EU:C:2017:119.

37. Mededeling van de Commissie van 6 mei 2015, 'Strategie voor een digitale eengemaakte markt voor Europa', COM(2015) 192 final.

38. Commissie, Eindverslag over sectoron-

derzoek naar e-commerce, COM(2017) 229 final.

39. Zie het persbericht van de Commissie van 2 februari 2017, 'Mededinging: Commissie begint onderzoek naar drie mogelijke gevallen van concurrentieverstorende praktijken in e-commerce', beschikbaar op [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-201\\_nl.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-201_nl.htm); van 6 juni 2017, 'Antitrust: Commissie opens formal investigation into distribution practices of clothing company Guess', beschikbaar op [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1549\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1549_en.htm); en van 14 juni 2017, 'Antitrust: Commissie opens formal investigations into Nike's, Sanrio's and Universal Studios' licensing and distribution practices', beschikbaar op [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1646\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1646_en.htm).

40. Zie het persbericht van de Commissie

van 4 mei 2017, 'Antitrust: Commissie accepts commitments from Amazon on e-books', beschikbaar op [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1223\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1223_en.htm).

41. Zie het persbericht van de Commissie van 23 juli 2015, 'Antitrust: Commissie sends Statement of Objections on cross-border provision of pay-TV services available in UK and Ireland', beschikbaar op [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5432\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5432_en.htm).

42. Zie het persbericht van de Commissie van 26 juli 2017, 'Antitrust: Commissie accepts commitments by Paramount on cross-border pay-TV services', beschikbaar op [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2645\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2645_en.htm).

43. HvJ EU 11 september 2014, EU:C:2014:2204 (*Cartes Bancaires/Commissie*).

lijk niet het geval.<sup>44</sup> Een grondige analyse van de relevante economische en juridische context van een overeenkomst is echter niet altijd noodzakelijk. Zo oordeelde het Hof in *Toshiba* dat de Commissie een herenakkoord tussen Europese en Japanse producenten van energietransformatoren om elkaars thuismarkten te respecteren terecht had aangemerkt als overeenkomst met een concurrentiebeperkende strekking. Deze conclusie vereist niet dat eerst moet worden nagegaan of een eventuele toetreding tot de Europese markt voor de Japanse producenten wel economisch haalbaar was.<sup>45</sup>

### **In *Toshiba* oordeelde het Hof dat de Commissie een herenakkoord tussen Europese en Japanse producenten van energietransformatoren om elkaars thuismarkten te respecteren terecht had aangemerkt als overeenkomst met een concurrentiebeperkende strekking**

Tot slot verdient vermelding dat het Hof in de zaak *AC-Treuhand* bevestigde dat een derde dienstverlener die actief en met kennis van zaken bijdraagt aan de tenuitvoerlegging van een kartel beboet kan worden voor het overtreden van het kartelverbod.<sup>46</sup> In haar boetebeslissing betreffende een kartel tussen producenten van hittestabilisatoren concludeerde de Commissie dat het consultancybedrijf AC-Treuhand 'een essentiële en gelijkaardige rol' had gespeeld in het kartel door bijeenkomsten met de producenten te organiseren, door marktinformatie te verzamelen en mee te delen en door als bemiddelaar op te treden tussen de karteldeelneemmers.<sup>47</sup> Het Hof bevestigde deze conclusie en verwierp aldus het middel dat het optreden van AC-Treuhand zich zou hebben beperkt tot het verstrekken van perifere diensten. Volgens het Hof had AC-Treuhand bovendien, zo nodig na deskundig advies te hebben ingewonnen, moeten verwachten dat haar gedrag onverenigbaar met artikel 101 VWEU kon worden verklaard, met name gelet op de ruime draagwijdte die in de rechtspraak van het Hof aan de begrippen 'overeenkomst' en 'onderling afgestemde feitelijke gedraging' wordt gegeven. Bijgevolg oordeelde het Hof dat alle noodzakelijke voorwaarden om AC-Treuhand aansprakelijk te stellen waren vervuld.

#### **2.2. Machtsmisbruik**

Ook bij haar handhaving van het verbod op het misbruik van een economische machtspositie (artikel 102 VWEU) ondersteunde het Directoraat-Generaal Concurrentie de bredere politieke doelstellingen van de Commissie Junker. Naast de eerder vermelde strategie voor de digitale eengemaakte markt staat ook de totstandkoming van de energie-unie hoog op de EU-beleidsagenda.

Zo startte de Commissie in april 2015 een formeel onderzoek naar Gazprom, dat haar machtspositie zou hebben misbruikt door concurrentie op en tussen nationale gasmarkten in Midden- en Oost-Europa onmogelijk te maken. In maart 2017 maakte de Commissie haar intentie bekend om toezeggingen van Gazprom, mocht het de markttest doorstaan, te aanvaarden en vast te leggen in een besluit. De toezeggingen zouden tegemoetkomen aan de drie voornaamste mededingingsbezwaren: 1. contractuele beperkingen die afnemers beletten in het buitenland aangekocht gas door te verkopen worden opgeheven en Gazprom zal actieve stappen ondernemen om grensoverschrijdende gasstromen in de regio te bevorderen; 2. in leveringsovereenkomsten met klanten in vijf lidstaten worden in prijsherzieningsclausules concurrerende benchmarks opgenomen; en 3. Gazprom zal geen beroep doen op voordelen in verband met toegang tot en controle van gasinfrastructuur die het van klanten heeft verkregen door zijn machtspositie bij gasleveringen aan te wenden.<sup>48</sup>

Ook in de reeds jaren aanslepende onderzoeken naar mogelijk machtsmisbruik van Google werd een doorbraak gerealiseerd met een eerste inbreukbeschikking. In juni 2017 legde de Commissie Google een recordboete op van € 2,42 miljard voor misbruik van haar machtspositie (meer dan 90% in de meeste EER-landen) op het gebied van algemene internet-zoekdiensten. In 2004 trad Google toe op de markt voor prijsvergelijkingsdiensten met een product dat nu 'Google Shopping' heet. Hiermee kunnen klanten producten en prijzen online vergelijken en aanbiedingen vinden bij o.a. webwinkels van fabrikanten, platforms (zoals Amazon en eBay) en andere wederverkopers. In 2008 wijzigde Google zijn strategie op de Europese markten door zijn eigen prijsvergelijkingsdienst systematisch een meer prominente plaats te geven in de zoekresultaten ten opzichte van concurrerende diensten. Volgens de Commissie onderdrukte Google hiermee concurrentie op merites, waardoor concurrenten te maken kregen met een zeer aanzienlijke afname van het handelsverkeer. Het besluit van de Commissie verplicht Google om concurrerende prijsvergelijkingsdiensten en zijn eigen diensten gelijk te behandelen, maar het is aan Google om een passende remedie te ontwerpen.<sup>49</sup> Het voorlopig standpunt van de Commissie in de twee andere, nog lopende, zaken (aangaande het Android besturingssysteem en -apps en online zoekadvertenties) is dat Google ook hier zijn machtspositie heeft misbruikt.

#### **2.3. Procedure en handhaving**

Sinds de inwerkingtreding van Verordening 1/2003 zijn de nationale mededingingsautoriteiten (NMAs) uitgegroeid tot een belangrijke pijler voor de publieke handhaving van de artikelen 101 en 102 VWEU.<sup>50</sup> De intensieve vorm van samenwerking tussen de Europese Commissie en de



NMAs in het kader van het *European Network of Competition Authorities* (ECN) heeft convergentie in belangrijke mate bevorderd, niet alleen in de materiële toepassing van de regels maar ook in de handhaving ervan. Toch blijven er belangrijke verschillen tussen de lidstaten bestaan, met name op het vlak van de institutionele posities van de NMAs, procedures en sancties. In haar mededeling van 2014, merkte de Commissie deze verschillen aan als knelpunten die het gedecentraliseerde systeem van handhaving aantasten.<sup>51</sup> Na een openbare raadpleging ter zake publiceerde de Commissie in maart 2017 een voorstel voor een richtlijn die nadere invulling geeft aan het voorschrift van Verordening (EG) 1/2003 dat de lidstaten NMAs zodanig aanwijzen 'dat op afdoende wijze voldaan wordt aan de bepalingen van de verordening'.<sup>52</sup> De richtlijn beoogt de doeltreffendheid van de NMAs te verbeteren door ervoor te zorgen dat de onafhankelijkheid van de NMAs gewaarborgd is en dat zij beschikken over de noodzakelijke financiële en personele middelen, onderzoeksbevoegdheden en instrumenten om inbreuken op het mededingingsrecht op te sporen en te sanctioneren.<sup>53</sup> Zo omvat het voorstel concrete regels over de aansprakelijkheid van moederbedrijven en over opvolging van bedrijven, zodat ondernemingen niet langer via een bedrijfsrestructurering aan geldboeten kunnen ontsnappen. De meeste NMAs kunnen in het buitenland immers geen geldboeten laten invorderen wanneer de dader juridisch niet op hun grondgebied aanwezig is. Daarnaast zet het voorstel de voornaamste principes van de ECN-model-clementieregeling om in wetgeving, zodat alle NMAs boete-immuniteit en vermindering van geldboeten kunnen verlenen en onder dezelfde voorwaarden beknopte verzoeken kunnen aanvaarden.

Tijdens de kroniekperiode werden boetebesluiten van de Europese Commissie in twee kartelzaken door het Gerecht nietig verklaard wegens schending van de motiveringsplicht wat de berekening van de geldboeten betreft.<sup>54</sup> Zowel inzake het 'luchtvrachtkartel' (in november 2010 had de Commissie voor bijna € 800 miljoen geldboeten opgelegd aan elf luchtvrachtbedrijven voor verbo-

den prijsafspraken) als het 'enveloppenkartel' (in 2014 beboette de Commissie vijf enveloppefabrikanten voor bijna € 19,5 miljoen voor verboden prijsafspraken en klantenverdeling) had de Europese Commissie de basisbedragen van de boeten van de betrokken ondernemingen, bij wijze van uitzondering, aangepast krachtens artikel 37 van de richtsnoeren.<sup>55</sup> De arresten van het Gerecht maken duidelijk dat wanneer de Commissie besluit af te wijken van de in de richtsnoeren opgenomen algemene methoden, motiveringseisen zich eens te meer opdringen. Zonder motivering kunnen de betrokken ondernemingen – of het Gerecht in het kader van zijn legaliteitscontrole – de door de Commissie gevolgde benadering immers niet beoordelen vanuit het oogpunt van het beginsel van gelijke behandeling. Als antwoord op de conclusies van het Gerecht nam de Commissie de bestreden boetebesluiten in 2017 opnieuw aan.<sup>56</sup> De geldboeten bleven nagenoeg identiek, maar deze keer werd het dispositief van het besluit wel in overeenstemming gebracht met de argumentatie ervan.

#### 2.4. Concentratiecontrole

Inzake concentratiecontrole kon in de vorige referentieperiode, na enkele jaren van relatieve rust ten gevolge van de crisis, een gestage stijging van het aantal aangemelde transacties vastgesteld worden. Deze opwaartse trend heeft zich de laatste jaren voortgezet (337 aangemeldingen in 2015, 362 aangemeldingen in 2016 en al 259 aangemeldingen in de periode 1 januari-31 augustus 2017).

Concentraties in de (mobiele) telecomsector waren een centraal aandachtspunt. In mei 2016 blokkeerde de Commissie de overnameplannen van de Britse dochter van Telefónica (O2) door Hutchison 3G UK.<sup>57</sup> Door de concentratie zou een nieuwe marktleider op de mobiele markt in het Verenigd Koninkrijk zijn ontstaan. De Commissie vreesde dat de sterk geconcentreerde marktstructuur zou leiden tot tariefverhogingen en een rem zou zetten op innovatie en de uitbouw van netwerkinfrastructuur (bijvoorbeeld 5G) in het Verenigd Koninkrijk. De Commissie maakte zich tevens grote zorgen dat door

44. HvJ EU 26 november 2015, EU:C:2015:784 (*Maxima Latvija*).

45. HvJ EU 20 januari 2016, EU:C:2016:26 (*Toshiba Corporation/Commissie*).

46. HvJ EU 22 oktober 2015, EU:C:2015:717 (*AC-Treuhand AG/Commissie*).

47. Besluit van de Commissie van 11 november 2009 in COMP/38.589 (Hit-testabilisatoren).

48. Zie het persbericht van de Europese Commissie van 13 maart 2017, 'Antitrust-beleid: Commissie verzoekt om opmerkingen over toezeggingen Gazprom inzake Midden- en Oost-Europese gasmarkten', beschikbaar op [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-555\\_nl.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-555_nl.htm).

49. Zie het persbericht van de Commissie van 27 juni 2017, 'Antitrust: Commissie legt Google geldboete op van 2,42 miljard EUR

voor misbruik van machtspositie als zoekmachine door eigen prijsvergelijkingsdienst illegaal te bevoordelen', beschikbaar op [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1784\\_nl.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_nl.htm).

50. Tussen 2004 en 2014 werd 85% van alle beslissingen op grond van deze mededingingsregels genomen door de NMAs. Zie Mededeling van de Commissie betreffende tien jaar handhaving van de mededingingsregels op grond van Verordening 1/2003: resultaten en toekomstperspectieven, COM (2014) 453.

51. Idem.

52. Verordening 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEU* 2003/L 1/1, Art 35.

53. Europese Commissie, Voorstel voor een

richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot toekenning van bevoegdheden aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten voor een doeltreffendere handhaving en ter waarborging van de goede werking van de interne markt, beschikbaar op [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/proposed\\_directive\\_nl.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/proposed_directive_nl.pdf).

54. Gerecht EU 16 december 2015, T-9/11, T-28/11, T-36/11, T-38/11, T-39/11, T-40/11, T-43/11, T-46/11, T-48/11, T-56/11, T-62/11, T-63/11 en T-67/11; Gerecht EU 13 december 2016, (*Printeos and Others/Commissie*), EU:T:2016:722.

55. Europese Commissie, Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van art. 23 lid 2 onder a), van Verordening 1/2003/EG worden opgelegd in overeenstemming met punt 37 van de richtsnoeren inzake geldboeten van 2006,

*PbEU* 2006/C 210/2.

56. Zie het persbericht van de Europese Commissie van 15 maart 2017, 'Mededinging: Commissie keurt besluit opnieuw goed en legt luchtvrachtbedrijven € 776 miljoen geldboeten op voor kartel met prijsafspraken', beschikbaar op [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-661\\_nl.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-661_nl.htm) en van 16 juni 2017, 'Antitrust: Commission re-imposes € 4.7 million fine on envelopes manufacturer Printeos for price-fixing cartel', beschikbaar op [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEX-17-1675\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEX-17-1675_en.htm).

57. Besluit van de Europese Commissie van 11 mei 2016 in M.7612 (*Hutchison 3G UK/ Telefonica UK*).

de overname de voorwaarden voor wholesale-toegang voor exploitanten van mobiele virtuele netwerkooperatoren zouden verslechteren, hetgeen concurrentie op de retailmarkt voor mobiele telefonie zou verminderen. Eerder botste de geplande fusie van de Deense activiteiten van Telenor en TeliaSonera op gelijkaardige bezwaren.<sup>58</sup> De partijen hadden tweemaal remedies aangeboden die echter onvoldoende bleken om de mededingingsbezwaren weg te nemen. De fusie werd daarom in september 2015 afgeblazen. In een andere mobiele concentratiezaak, die eveneens het aantal exploitanten van mobiele netwerken van vier naar drie reduceerde, werden wel structurele toezeggingen aanvaard. In september 2016 gaf de Commissie groen licht aan de fusie van Hutchison en Vimpelcom in Italië op voorwaarde dat de partijen, door middel van het afstoten van frequenties en het delen van hun netwerk, ruimte zouden maken voor de introductie van het Franse telecombedrijf Iliad als mobiele netwerkoperator.<sup>59</sup>

Hoewel de Commissie minder kritisch bleek voor concentraties tussen exploitanten van vaste en mobiele communicatiediensten, werden ook hier remedies afgedwongen. Zo werd de oprichting van een joint venture in Nederland door telecombedrijf Vodafone en kabelbedrijf Liberty Global goedgekeurd op voorwaarde dat Vodafone haar afdeling vaste lijnen voor consumenten in Nederland zou verkopen. Hierdoor werd een overlap tussen de activiteiten van de partijen op de markt voor vaste multiple play-bundels en vaste-mobiele multiple play-bundels weggenomen.<sup>60</sup> De overname van de Belgische mobiele netwerkoperator BASE door Liberty Global werd afhankelijk gesteld van de toezegging dat de BASE een deel van zijn klantenbasis zou verkopen aan een nieuwe virtuele mobiele operator.<sup>61</sup>

In het voorjaar van 2017 verbood de Commissie tot tweemaal toe een voorgenomen concentratie. De concentratie tussen de Deutsche Börse AG en de London Stock Exchange Group (LSE) werd geblokkeerd omdat hierdoor een de facto monopoliepositie zou ontstaan voor o.a. het clearen van overheidsobligaties en de handel in en de clearing van sommige derivaten. De Commissie eiste dat LSE haar meerderheidsbelang zou verkopen in het Italiaanse MTS, een elektronisch platform voor het verhandelen van overheidsobligaties, maar LSE was hier niet toe bereid.<sup>62</sup> Daarnaast verbood de Commissie de overname van Cemex Croatia, een Kroatische onderneming actief in de productie van cement, klinker, stortklaar beton en aggregaten in de Westelijke Balkan, door twee Duitse cementproducenten.<sup>63</sup>

Tot slot valt de recente aandacht van de Europese Commissie voor de (vermeende) schending van procedurele regels op het gebied van concentratiecontrole op te merken. In mei 2017 maakte de Commissie kenbaar het telecombedrijf Altice te verdenken van 'gun jumping', het uitvoeren van een transactie vóór de aanmelding of de vaststelling van een goedkeuringsbesluit, aangaande de overname van PT Portugal in 2015.<sup>64</sup> Ook Canon Inc. zou de aanmeldings- en *standstill*-verplichting vervat in de EU-concentratieverordening niet nageleefd hebben bij de overname van Toshiba Medical Systems Corporation.<sup>65</sup> In juli 2017 verzond de Commissie bovendien mededelingen van punten van bezwaar naar de Duitse ondernemingen

Merck KGaA and Sigma-Aldrich en het Amerikaanse General Electric voor het verstrekken van onjuiste en misleidende informatie in het kader van twee afzonderlijke concentratiezaken. Deze procedures hebben geen invloed op de goedkeuringsbesluiten van de Commissie, maar indien de inbreuken worden bevestigd kan de Commissie een boete opleggen die kan oplopen tot 10% van de wereldwijde omzet op jaarbasis van de betrokken ondernemingen. Eerder dit jaar gaf de Commissie al een duidelijk signaal af door een boete van € 110 miljoen aan Facebook op te leggen voor het verstrekken van onjuiste of misleidende informatie tijdens haar onderzoek naar de overname van WhatsApp in 2014. Bij de aanmelding had Facebook aangegeven dat het technisch onmogelijk was om de gebruikersgegevens van beide diensten automatisch aan elkaar te koppelen. Twee jaar later kondigde WhatsApp echter een wijziging van de algemene voorwaarden en het privacybeleid aan, inclusief de mogelijkheid om telefoonnummers te koppelen aan de identiteit van Facebook-gebruikers.<sup>66</sup>

### 3. Staatssteun

#### 3.1 Ten geleide

Gedurende de referentieperiode 2015-2017 hebben zich drie belangrijke ontwikkelingen voorgedaan op het gebied van staatssteun. Ten eerste heeft de Europese Commissie in 2017 de modernisering van de staatssteunregels afgerond. Ten tweede is de Commissie zich voornamelijk gaan richten op de grotere zaken. Zo zijn eindbesluiten genomen in een aantal spectaculaire handhavingdossiers, zoals de zogeheten 'tax rulings' en de steun aan de voetbalclubs. Met name de zaken *Starbucks*, *Apple*, *PSV Eindhoven* en *Real Madrid* zijn prominent in het nieuws geweest. Om haar handen vrij te maken voor de grotere dossiers, laat de Commissie de toepassing van vrijstellingsmogelijkheden primair onder de verantwoordelijkheid van de lidstaten vallen. Daartoe heeft de Commissie de toepassing van de algemene groepsvrijstellingsverordening voor de lidstaten verduidelijkt en verruimd. Tot slot heeft het Hof van Justitie van de EU zich ingespannen om de effectiviteit van het staatssteunverbod van artikel 107 lid 1 VWEU te bewaken. Teneinde onjuiste interpretaties van artikel 107 lid 1 VWEU te voorkomen, heeft het Hof de begrippen 'selectiviteit' en 'economisch voordeel' nader uitgelegd. Bij de uitleg van deze begrippen geldt nadrukkelijk het beginsel van gelijke behandeling in gelijke gevallen.

#### 3.2 Modernisering van de staatssteunregels

In 2015 werd een omvangrijk wetgevingspakket aangenomen door de Commissie.<sup>67</sup> Dit pakket bestaat onder meer uit een nieuwe procedureverordening, een uitgebreide algemene groepsvrijstellingsverordening, een nieuwe de minimisvrijstelling en nieuwe richtsnoeren voor aanmelding.<sup>68</sup> Na de grootschalige herziening van de procedurele en materiële staatssteunregels, is de Commissie de nadruk gaan leggen op de effectiviteit van het staatssteunverbod van artikel 107 lid 1 VWEU. De Commissie wil met name steunverlenende overheden wijzen op hun verantwoordelijkheid. Hiertoe heeft de Commissie op 18 mei 2016 een mededeling over het begrip staatssteun aangenomen waarin de toepassing van verschillende staatssteunbegrippen

in herinnering wordt gebracht.<sup>69</sup> Daarnaast heeft de Commissie op verzoek van de lidstaten extra vrijstellingscategoriën toegevoegd aan de algemene groepsvrijstelling. Sinds 17 mei 2017 is de algemene groepsvrijstelling ook van toepassing op investeringssteun voor havens en regionale luchthavens en kan er meer steun verleend worden voor cultuurprojecten.<sup>70</sup>

## Teneinde onjuiste interpretaties van artikel 107 lid 1 VWEU te voorkomen heeft het Hof de begrippen 'selectiviteit' en 'economisch voordeel' nader uitgelegd

Om de toepassing van de algemene groepsvrijstelling te vereenvoudigen, onderhoudt de Commissie nauwe banden met de lidstaten. Er is een State Aid Network opgericht, waardoor de lidstaten en de Commissie *best practices* kunnen uitwisselen. Daarnaast heeft de Commissie een elektronische leidraad voor toepassing gecreëerd in de vorm van een 'State Aid wikipedia'.<sup>71</sup> De hulp die de Commissie de lidstaten biedt, moet bijdragen aan het 'big on big-small on small'-beleid van de Commissie. Dit handhavingsbeleid prioriteert steunmaatregelen met de grootste impact op de interne markt; terwijl steunmaatregelen die bijdragen aan specifieke Uniedoelstellingen voorwaardelijk vrijgesteld worden.<sup>72</sup>

### 3.3 Handhavingsdossiers Commissie

De meest tot de verbeelding sprekende toepassingen van het staatssteunverbod in artikel 107 lid 1 VWEU

58. Zie het persbericht van de Europese Commissie van 8 april 2015, 'Mergers: Commission opens in-depth investigation into the proposed merger of TeliaSonera and Telenor's Danish telecommunications activities', beschikbaar op [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-4749\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4749_en.htm).

59. Besluit van de Europese Commissie van 1 september 2016 in M.7758 (*Hutchison 3G Italia/Wind/JV*).

60. Besluit van de Europese Commissie van 3 augustus 2016 in M.7978 (*Vodafone/Liberty Global/Dutch JV*).

61. Besluit van de Europese Commissie van 4 februari 2016 in M.7637 (*Liberty Global/BASE Belgium*).

62. Besluit van de Europese Commissie van 29 maart 2017 in M.7995 (*Deutsche Börse/London Stock Exchange*).

63. Besluit van de Europese Commissie van 5 april 2017 in M.7878 (*HeidelbergCement/Schwenk/Cemex Hungary/Cemex Croatia*).

64. Zie het persbericht van de Europese Commissie van 18 mei 2017, 'Concentraties: volgens Commissie schendt Altice EU regels door voortijdige overname van PT Portugal', beschikbaar op [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1368\\_nl.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1368_nl.htm).

65. Zie het persbericht van de Europese Commissie van 6 juli 2017, 'Mergers: Commission alleges Merck and Sigma-Aldrich, General Electric, and Canon breached EU merger procedural rules', beschikbaar op [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1924\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1924_en.htm).

66. Besluit van de Europese Commissie van 17 mei 2017, M.8228 (*Facebook/WhatsApp*).

betreffen de afsluiting van de formele onderzoeksprocedures naar de zogeheten 'tax rulings' van de belastingdiensten van Ierland, Luxemburg en Nederland ten behoeve van respectievelijk Apple, Fiat en Starbucks.<sup>73</sup> Een tax ruling houdt, kort gezegd, in dat de fiscus van een lidstaat de winstberekenningsmethode voor de vennootschapsbelasting inzichtelijk maakt voor een onderneming. In deze zaken oordeelde de Commissie dat de lidstaten met de tax rulings verder gingen dan de wettelijke taak vereist door selectieve voordelen te verlenen. Alle onderzochte tax rulings zijn door de Commissie als onverenigbare staatssteun aangemerkt. In Starbucks heeft de Nederlandse fiscus volgens de Commissie een uitzondering gemaakt op het algemene stelsel van vennootschapsbelasting. Nederland had volgens de Commissie de transacties tussen Starbucks en haar zusterondernemingen als niet-marktconform moeten beoordelen. Omdat Starbucks zeer hoge verrekenprijzen voor koffiebonen betaalde aan een Zwitsers zusterbedrijf en ongebruikelijk hoge royalties betaalde aan een Brits zusterbedrijf, wist Starbucks een groot gedeelte van de belastbare winst uit de handen van de Nederlandse fiscus te houden. Ook de Ierse belastingdienst heeft volgens de Commissie een kunstmatige berekeningsmethode toegepast op Apple Ierland. Volgens deze methode hoefde Apple in Ierland slechts een verwaarloosbaar bedrag aan belasting te betalen in vergelijking met onafhankelijke marktdeelnemers. De Commissie heeft besloten dat Ierland € 13 miljard van Apple moet terugvorderen. Nederland is door de Commissie verplicht om zo'n € 30 miljoen terug te vorderen van Starbucks. In beide gevallen is beroep ingesteld.

Naast de tax rulings heeft de Commissie ook de formele onderzoeksprocedures naar mogelijk ongeoorloofde steun aan Spaanse en Nederlandse voetbalclubs afgegrond. Nadat de Commissie in het vooronderzoek naar steun aan PSV, NEC, FC Den Bosch en VVV besloten had dat er waarschijnlijk sprake was van staatssteun op basis van artikel 107 lid 1 VWEU, heeft de Commissie uiteindelijk alle steunmaatregelen, met uitzondering van die aan PSV, verenigbaar verklaard met artikel 107 lid 3(c) jo.

70. Persbericht Europese Commissie, 'Commissie vereenvoudigt regels voor overheidsinvesteringen in havens en luchthavens en cultuur', 17 mei 2017, IP/17/1341.

71. Steunverlenende overheden kunnen toegang krijgen tot 'State Aid Wiki', te vinden op: <http://ec.europa.eu/dpo-register/details.htm?id=41047>.

72. Mededeling van de Commissie, 'De modernisering van het EU-staatssteunbeleid', 8 mei 2012, COM(2012)209 (final).

73. Besluit van de Commissie, 21 oktober 2015, (*Starbucks*), PbEU 2017/L/83/; Besluit van de Commissie, 30 augustus 2016 (*Apple*), PbEU 2017/L 187; Besluit van de Commissie, 21 oktober 2015 (*Fiat*), PbEU 2016/L/351.

73. Besluit van de Commissie, 21 oktober 2015 (*Fiat*), PbEU 2016/L/351.

artikel 165 VWEU.<sup>74</sup> Ten opzichte van de grondtransactie tussen de gemeente Eindhoven en PSV over sportcomplex de Herdgang is de Commissie teruggekomen op haar voorlopige besluit. De Commissie heeft uiteindelijk besloten dat zij niet kon vaststellen of deze transactie daadwerkelijk een voordeel betrof, ondanks het feit dat zij in het vooronderzoek het tegenovergestelde had aangegeven. Omdat er volgens de Commissie geen benchmark in de markt voor professionele sportinfrastructuur voorhanden is, neemt de Commissie aan dat de grondtransactie een 'waarschijnlijk' marktconform rendement oplevert. Het klaarblijkelijk ontbreken van een benchmark in deze zaak is, zeker gezien het ruime arsenaal

### PSV en de gemeente Eindhoven lijken hier door het oog van de naald gekropen te zijn

aan handhavingsinstrumenten, opmerkelijk te noemen. Er lijkt in de Nederlandse sportsector voldoende vergelijkingsmateriaal beschikbaar te zijn. Wat er ook van zij, PSV en de gemeente Eindhoven lijken hier door het oog van de naald gekropen te zijn. In tegenstelling tot de Nederlandse clubs, zijn de Spaanse clubs niet weggekomen met de ontvangen steunmaatregelen. Zo heeft de Commissie de grondtransacties tussen de gemeente Madrid en Real Madrid als onverenigbare steun aangemerkt.<sup>75</sup> De Commissie heeft geoordeeld dat de gemeente Madrid ruim € 18 miljoen moet terugvorderen van Real. Daarnaast heeft de Commissie ook de belastingvoordelen toegekend aan Real Madrid, Athletic Club Bilbao, Club Atlético, Osasuna, en FC Barcelona als onrechtmatige staatssteun gekwalificeerd.<sup>76</sup> Deze clubs werden door de Spaanse autoriteiten belast naar een lager dan het gebruikelijke percentage van vennootschapsbelasting. Tot slot zijn de staatsgaranties van de Spaanse overheid aan Valencia, Hercules Alicante en Elche eveneens door de Commissie beoordeeld als onrechtmatige staatssteun.<sup>77</sup>

#### 3.4 Toepassing van het staatssteunverbod

##### a. Het begrip 'selectiviteit'

Het meest betwiste onderwerp in rechtszaken voor het Hof de afgelopen jaren was het begrip 'selectiviteit'. Selectiviteit kan aangetoond worden wanneer een maatregel effectief ten goede komt aan één of meer ondernemingen.<sup>78</sup> Een steunmaatregel die op het eerste oog een algemene strekking heeft, maar toegesneden is op bepaalde economische activiteiten, is daarmee selectief. In het arrest *NMTA* onderstreepte het Hof het belang van het beginsel van gelijke behandeling binnen de toepassing van artikel 107 lid 1 VWEU: een algemene belastingmaatregel is niet selectief zolang deze geen onderscheid maakt tussen ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.<sup>79</sup> In

de zaak *Hansestadt Lübeck* merkte het Hof op dat selectiviteit dient te worden beoordeeld in het kader van een referentiemaatregel (doorgaans de algemene regeling).<sup>80</sup> De referentieregeling zelf kan ook een selectieve uitwerking hebben.<sup>81</sup> Vaker leidt een afwijking van een algemene regeling tot een selectief voordeel. Een dergelijke afwijking kan echter binnen artikel 107 lid 1 VWEU gerechtvaardigd worden. Er is dan wel sprake van een voordeel, maar dit is een voordeel zonder onderscheid. Een afwijking van het referentiestelsel moet in dat geval wel voldoen aan drie voorwaarden. Ten eerste moet de afwijking berusten op een legitiem doel. Ten tweede geldt deze afwijking voor een groep ondernemingen die zich feitelijk en juridisch in een vergelijkbare situatie bevinden. Tot slot moet de afwijkingsmaatregel evenredig zijn ten aanzien van het nagestreefde legitieme doel. Ondanks de leidraad die het Hof in zijn eerdere jurisprudentie heeft geboden, onderkent het Hof in *België/Commissie* dat 'de beoordeling van de selectiviteit in de praktijk een moeilijke aangelegenheid met een onzeker resultaat blijft'.<sup>82</sup> Dat is met name het geval bij de beoordeling van de referentiemaatregel. Zo heeft het Gerecht praktische moeilijkheden ondervonden bij de toepassing van dit begrip in de zaken *Autogrill* en *Banco Santander*.<sup>83</sup> Deze uitspraken draaiden om een fiscale aftrekpost voor de vennootschapsbelasting voor Spaanse bedrijven die participaties in het buitenland verwerven. De Commissie besloot dat deze regeling afwijkt van de algemene vennootschapsbelasting (het referentiestelsel), omdat ondernemingen die alleen in Spanje actief zijn niet gelijk behandeld worden. Het Gerecht vernietigde dit besluit op het punt van de selectiviteit. Het Gerecht kwam tot het oordeel dat elke onderneming in Spanje in aanmerking kan komen voor de aftrekpost, omdat in principe elke onderneming een buitenlandse deelneming kan verwerven. Volgens het Gerecht had de Commissie een duidelijke groep moeten identificeren die profiteert van een belastingvoordeel. In hogere voorziening oordeelde het Hof uiteindelijk dat deze toepassing van selectiviteit te veel interpretatie laat aan de lidstaat. Het Hof besliste dat de Commissie duidelijk had aangetoond dat de fiscale aftrekpost een uitzondering vormt op het normale belastingstelsel. De uitzondering maakte volgens het Hof effectief een onderscheid tussen ondernemingen in Spanje die wel en geen buitenlandse deelnemingen hebben. De uitspraak van het Hof onderstreept dat het effect van een maatregel beoordeeld moet worden op basis van het beginsel van gelijke behandeling. Op deze manier wil het Hof voorkomen dat het begrip selectiviteit zijn brede interpretatie verliest.<sup>84</sup>

##### b. Het begrip 'voordeel' en de toepassing van *Altmark*

Het begrip 'voordeel' vormt wellicht de belangrijkste voorwaarde van het staatssteunverbod van artikel 107 lid 1 VWEU. Het Hof interpreteert dit begrip steevast zeer ruim en laat lidstaten slechts de mogelijkheid om vergoedingen voor diensten van algemeen economisch belang uit te sluiten van dit begrip. In *Altmark* heeft het Hof vastgesteld dat overheidscompensaties voor diensten van algemeen economisch belang (DAEB) geen economisch voordeel inhouden, wanneer er slechts een compensatie voor een economische tegensprestatie wordt geboden.<sup>85</sup>

Overcompensatie is op basis van *Altmark* niet toegestaan.

In 2016 heeft het Hof zich in twee hogere voorzieningen principieel moeten uitspreken over de werking van dit arrest. In *Orange/Commissie* ging het om een uitzondering op de *Altmark*-toepassing, de zogeheten 'Combus-exceptie'.<sup>86</sup> In *Combus* had het Gerecht een exceptie op de derde voorwaarde van *Altmark* aangenomen.<sup>87</sup> In *Combus* moest het Gerecht oordelen of een vergoeding voor het opheffen van een 'structureel nadeel' al dan niet een overcompensatie betrof. Volgens het Gerecht ging het in een dergelijk geval niet om een voordeel dat werd verschaft. Deze 'structureel nadeel' regel houdt in dat een geprivatiseerd overheidsbedrijf een extra compensatie ontvangt, bovenop de compensatie voor een DAEB, om het overheidsbedrijf in een gelijke positie te brengen als particuliere ondernemingen op de markt. Deze regel is aanvankelijk na *Combus* alleen succesvol toegepast door het Gerecht in *Deutsche Post*.<sup>88</sup> In *Orange/Commissie* werd de 'structureel nadeel'-exceptie echter door Frankrijk ingeroepen voor het Hof. Frankrijk beoogde om France Telecom een extra overheidscompensatie te geven voor de betaling van sociale zekerheidsuitkeringen, om zo de privatisering van France Telecom in goede banen te laten verlopen. De vraag die het Hof moest beantwoorden was of deze extra compensatie een voordeel inhield, of daarentegen gerechtvaardigd kon worden ter compensa-

## Cruyff's gouden stelregel dat elk voordeel zijn nadeel heeft lijkt niet op te gaan in het staatssteunrecht

tie van een structureel nadeel. Het Hof overwoog dat het nog nooit eerder deze 'structureel nadeel'-exceptie heeft toegestaan. Er kan slechts sprake zijn van een compensatie op basis van *Altmark* om een voordeel uit te sluiten, volgens het Hof. Daarvan is in dit geval geen sprake omdat de regeling overcompensatie inhoudt. Het Hof

bepaalde dat een DAEB-beheerder zich juist door zijn openbare taak in een bijzondere marktpositie bevindt; onder voorwaarden van de overheid. Daarom is het, volgens het Hof, zeer moeilijk voor de Commissie om te controleren of er sprake is van normale marktvoorwaarden en of er een nadeel bestaat voor de DAEB-beheerder. Het Hof concludeert dan ook dat de 'structureel nadeel'-exceptie uit *Combus* ongeschikt is om als rechtsregel te worden toegepast. Cruyff's gouden stelregel dat elk voordeel zijn nadeel heeft, lijkt dan ook niet op te gaan in het staatssteunrecht.

*Viasat* was de tweede zaak waarin het Hof zich diende uit te spreken over de doelstellingen van het *Altmark*-arrest.<sup>89</sup> Het Hof greep de kans aan om de verhouding tussen *Altmark* en artikel 106 lid 2 VWEU te verduidelijken. Het Hof maakte in deze zaak nogmaals duidelijk dat de toepassing van *Altmark* beoogt na te gaan of er sprake is van een voordeel en dat artikel 106 lid 2 VWEU exclusief door de Commissie kan worden toegepast om een steunmaatregel als DAEB verenigbaar te verklaren met de interne markt. *Viasat* heeft voor het Hof aangevoerd dat de toepassing van *Altmark* en artikel 106 lid 2 VWEU grotendeels overeenkomen, omdat in beide gevallen gecontroleerd moet worden of een vergoeding voor een DAEB evenredig is ten opzichte van zijn doel. Het Hof onderscheidt nadrukkelijk de doelstellingen van *Altmark* en artikel 106 lid 2 VWEU. Het *Altmark*-arrest ziet op de vraag of een DAEB – beheerder een marktconforme vergoeding krijgt en zijn openbare dienst efficiënt uitvoert, terwijl de verenigbaarheidstoets van artikel 106 lid 2 VWEU inhoudt dat een DAEB – beheerder onder economisch aanvaardbare omstandigheden de DAEB kan uitvoeren. Toepassing van het evenredigheidsbeginsel is volgens het Hof daarom alleen gereserveerd voor de Commissie bij het beoordelen van de verenigbaarheid van staatssteun.

## 4. EMU en de euro

### 4.1. Ten geleide

Wat EMU betreft, verschilt de teneur van deze kroniek van haar voorganger, die de jaren 2013-2015 omvatte. Destijds werden er volop maatregelen genomen om de eurocrisis te bestrijden en de muntunie te hervormen. Cyprus en Griekenland ontvingen (opnieuw) financiële steun, het

74. Persbericht Commissie, 'Commissie stemt in met steunmaatregelen voor een aantal voetbalclubs in Nederland', 4 juli 2016, IP/16/2402; Besluit Commissie, 4 juli 2017, PSV, PbEU 2016/L/282.

75. Besluit van de Commissie van 4 juli 2016, SA.33754, Staatssteun aan Real Madrid, PbEU 2016/L/358.

76. Besluit van de Commissie 4 juli 2017, SA.29769, Staatssteun verleend aan Spanje voor bepaalde voetbalclubs, PbEU 2016/L/357.

77. Besluit van de Commissie 4 juli 2017, SA.36387, Staatssteun aan Valencia, Hercules Alicante en Elche, PbEU 2017/L/55.

78. HvJ EU 30 juni 2016, C-270/15 P (*België/Commissie*), EU:C:2016:489.

79. HvJ EU 14 april 2016, C-100/15 P (*Netherlands Maritime Technology Association/Commissie (NMTA)*), EU:C:2016:254.

80. HvJ EU 21 december 2016, C-524/14 P (*Commissie/Hansestadt Lübeck*), EU:C:2016:971.

81. HvJ 15 november 2011, C-106/09 P en C 107/09 P (*Commission/Gibraltar*), EU:C:2011:732.

82. HvJ EU 30 juni 2016, C-270/15 P, (*België/Commissie*), EU:C:2016:489.

83. Gerecht EU 7 november 2014, T-219/10, (*Autogrill*), EU:T:2014:939; en

T-399/11 (*Banco Santander*), EU:T:2014:938.

84. HvJ EU 21 december 2016, C-20/15 P en C-21/P (*Commissie/World Duty Free*), EU:C:2016:981.

85. HvJ EU 24 juni 2003, C - 280/00 (*Altmark Trans*), EU:C:2003:415. De vier voorwaarden luiden als volgt: 1. Een onderneming moet daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van een duidelijk omschreven openbare dienstverplichting; 2. De parameters voor compensatie worden vooraf op objectieve en transparante wijze berekend; 3. De compensatie moet slechts de noodzakelijke kosten van de DAEB dekken, inclu-

sief een redelijke winst; 4. De DAEB - beheerder wordt gekozen worden door middel van een openbare aanbesteding of benchmarking.

86. HvJ EU 26 oktober 2016, C-211/15 P (*Orange/Commissie*), EU:C:2016:798.

87. Gerecht EU 16 maart 2004, T-157/01 (*Combus*), EU:T:2004:76.

88. Gerecht EU 14 juli 2016, T-143/12 (*Duitsland/Commissie (Deutsche Post)*), EU:T:2016:406.

89. HvJ EU 8 maart 2017, C-660/15 P (*Viasat*), EU:C:2017:178.

economisch fundament onder de euro werd versterkt door het 'Two-Pack'<sup>90</sup> en de Bankenuie werd in de steigers gezet. Hiermee vergeleken vormen de jaren 2016-2017 een oase van rust. Het noodfonds voor de muntunie, het Europees Stabilisatie Mechanisme (ESM), heeft geen nieuwe steunoperaties ondernomen en verdere hervormingen van de euro zijn uitgebleven, voorlopig althans. In de Brusselse wandelgangen wordt namelijk wel degelijk nagedacht over versterking van de muntunie.<sup>91</sup> Ook de staatshoofden en regeringsleiders van de Unie hebben op 25 maart jl. in de Verklaring van Rome de wens uitgesproken om de euro verder te hervormen.<sup>92</sup> De afgelopen periode, die in het teken stond van stembusgangen in onder andere Nederland, Frankrijk en Duitsland, leende zich echter niet voor dergelijke initiatieven. Naar verwachting zal dit veranderen na de verkiezingen in Duitsland op 23 september. De Franse president Macron, die afgelopen mei met een pro-Europese campagne het Élysée wist te veroveren, heeft zijn wensenlijst al klaar liggen; hij zet in op een minister van financiën en gemeenschappelijk budget voor de muntunie.<sup>93</sup>

Toch zijn de jaren 2016-2017 juridisch zeer interessant, in het bijzonder vanwege nationale en Europese jurisprudentie over ontwikkelingen in de muntunie die eerder plaatsvonden. Twee van deze ontwikkelingen verdienen speciale aandacht. De eerste heeft betrekking op rechtsbescherming in de context van financiële steunoperaties, de tweede op het opkopen van staatsobligaties door de Europese Centrale Bank (ECB).

#### 4.2. Steunverlening en rechtsbescherming

De financiële steun die lidstaten als Griekenland, Cyprus, Spanje, Portugal en Ierland de afgelopen jaren hebben ontvangen, was onontbeerlijk voor het voortbestaan van de euro. Hij heeft echter ook geleid tot een versnippering van de institutionele structuur van de muntunie, waardoor het aspect rechtsbescherming in de verdrukking is gekomen. Twee rechtszaken over steunverlening aan Cyprus, *Mallis* en *Ledra*, zijn in dit opzicht illustratief.<sup>94</sup>

Beide zaken hebben betrekking op de sanering van twee Cypriotische banken – de *Cyprus Popular Bank* en de *Bank of Cyprus* – in maart 2013. Deze sanering was noodzakelijk voor Cyprus om in aanmerking te komen voor steun van het ESM. Reeds in juni 2012 had de Cypriotische regering hiertoe een verzoek ingediend bij de voorzitter van de Eurogroep. De bankensector op Cyprus was destijds ernstig verzwakt en de regering was niet bij machte om haar op eigen kracht te herkapitaliseren. In ruil voor financiële steun eiste de Eurogroep echter dat Cyprus een macro-economisch aanpassingsprogramma zou implementeren. Dit programma moest, in lijn met artikel 13(3) ESM Verdrag, nader worden uitgewerkt in een memorandum van overeenstemming dat werd onderhandeld tussen, enerzijds, de Commissie in samenwerking met de ECB en het IMF, en, anderzijds, de Cypriotische autoriteiten.

In maart 2013 bereikten de betrokken partijen een politieke overeenstemming over het memorandum. Onderdeel van deze overeenstemming was dat Cyprus zelf zou bijdragen aan de herstructurering. Aanvankelijk trachtte de regering dit te doen door het heffen van belasting op alle Cypriotische bankdeposito's, maar dit werd afgewezen door het Cypriotische parlement. Ditzelfde parlement nam ver-

volgens op 22 maart een wet aan die het mogelijk maakte om financiële instellingen te saneren. Op 25 maart publiceerde de Eurogroep een verklaring waarin zij het voorneemen verwelkomde van de Cypriotische regering om de *Cyprus Popular Bank* en de *Bank of Cyprus* te saneren. Op 29 maart kondigde de Centrale Bank van Cyprus vervolgens twee decreten af die in deze sanering voorzagen. De *Bank of Cyprus* werd geherkapitaliseerd, onder andere door fondsen bijeengebracht door houders van niet-gegarandeerde deposito's boven € 100 000, aandeelhouders en obligatiehouders. Tevens werden bepaalde activa en passiva van de *Cyprus Popular Bank* getransfereerd naar de *Bank of Cyprus*, in het bijzonder gegarandeerde deposito's. Niet-gegarandeerde deposito's bleven bij de *Cyprus Popular Bank*, in afwachting van haar liquidatie. Pas een maand later, op 24 april, stemde de raad van gouverneurs van het ESM in met het memorandum van overeenstemming met Cyprus. Op 26 april werd dit memorandum vervolgens door de Commissie ondertekend namens het ESM.

De Cypriotische casus maakt de institutionele complexiteit van steunverlening zichtbaar. De Eurogroep, een informele bijeenkomst van de ministers van financiën in de eurozone die wordt erkend in artikel 137 VWEU en Protocol 14, heeft een sturende rol in de operatie. De steun zelf wordt echter verleend door het ESM, een internationale organisatie die haar rechtsbasis heeft in een apart Verdrag tussen de lidstaten in de eurozone.<sup>95</sup> Het hoogste besluitvormend orgaan van het ESM, de raad van gouverneurs, bestaat echter uit de ministers van financiën van de eurozone, die ook de Eurogroep vormen.<sup>96</sup> Bovendien zijn instellingen van de Unie, in het bijzonder de Commissie en de ECB, intensief betrokken bij het noodfonds. Zo onderhandelen beide over het memorandum van overeenstemming dat de voorwaarden verbonden aan steunverlening uiteenzet en dient de Commissie dit memorandum namens het ESM te ondertekenen.<sup>97</sup> Tot slot vereist het Unierecht sinds de inwerkingtreding van het 'Two-Pack' dat het macro-economisch aanpassingsprogramma verbonden aan steunverlening wordt goedgekeurd door de Raad van Ministers.<sup>98</sup>

In zowel *Mallis* als *Ledra* staat de vraag centraal of, en hoe, in dit institutionele speelveld benadeelden in steunoperaties, zoals depositohouders in Cyprus, maatregelen kunnen aanvechten die voortkomen uit (politieke) besluiten op Europees niveau.<sup>99</sup> In *Mallis* verzochten de verzoekers het Gerecht om de verklaring van de Eurogroep van 25 maart 2013 nietig te verklaren.<sup>100</sup> Zij stelden dat deze verklaring in werkelijkheid een gemeenschappelijk besluit van de Commissie en de ECB vormde en daardoor onderwerp kon zijn van een beroep tot nietigverklaring op basis van artikel 263 VWEU. Op 16 oktober 2014 verklaarde het Gerecht het beroep echter niet-ontvankelijk.<sup>101</sup> Het stelde dat de verklaring van de Eurogroep niet aan de Commissie of ECB kon worden toegerekend.<sup>102</sup> Ondanks het feit dat beide instellingen mogen deelnemen aan de vergaderingen van de Eurogroep, blijft het een informele vergadering van de ministers van financiën van de lidstaten in de eurozone. Bovendien volgde uit de regels inzake de Eurogroep niet dat deze bevoegdheden zou hebben gedelegeerd aan de Commissie of de ECB of dat zij de Eurogroep zouden kunnen instrueren. Ook het argument dat de verklaring van de Eurogroep in wezen

kon worden toegerekend aan het ESM, dat op zijn beurt onder toezicht zou staan van de Commissie en de ECB, werd door het Gerecht niet erkend. Het verwees hierbij naar het arrest *Pringle* in 2012, waarin het Hof van Justitie heeft gesteld dat de activiteiten die de Commissie en de ECB ondernemen in het kader van het ESM geen eigen beslismacht omvatten en enkel het ESM kunnen binden.<sup>103</sup> Ten overvloede merkte het Gerecht nog op dat enkel maatregelen met bindende rechtsgevolgen die de

## De Cypriotische casus maakt de institutionele complexiteit van steunverlening zichtbaar

belangen van de verzoeker kunnen aantasten, zich lenen voor een beroep tot nietigverklaring op basis van artikel 263 VWEU.<sup>104</sup> De verklaring van de Eurogroep van 25 maart 2013 kon zulke rechtsgevolgen echter niet teweegbrengen, aangezien zij louter informatief van aard was en geen definitief standpunt innam over steunverlening aan Cyprus of de daaraan verbonden voorwaarden. Ook om deze redenen verklaarde het Gerecht het beroep niet-ontvankelijk. Dit oordeel werd in beroep door het Hof van Justitie onderschreven op 20 september 2016.<sup>105</sup>

In *Ledra* richtten de benadeelde partijen hun pijlen op het memorandum van overeenstemming gesloten tussen het ESM en Cyprus.<sup>106</sup> Ze stelden dat dit memorandum hun

recht op eigendom, zoals vastgelegd in artikel 17 van het Handvest van de Grondrechten van de Unie, schond en verzochten het Gerecht onder andere de Commissie en de ECB te veroordelen tot het betalen van schadevergoeding. Dit beroep werd door het Gerecht op 10 november 2014 (gedeeltelijk) niet-ontvankelijk verklaard. Het wees erop dat het op basis van de artikelen 268 en 340 VWEU enkel kan oordelen over geschillen die zien op door de Unie of haar personeel veroorzaakte schade.<sup>107</sup> Het memorandum van overeenstemming is echter gesloten tussen het ESM en Cyprus. Alhoewel de Commissie en de ECB betrokken zijn bij de onderhandeling en/of ondertekening van het memorandum, binden hun handelingen enkel het ESM.

In tegenstelling tot *Mallis*, hield dit oordeel in beroep bij het Hof van Justitie niet stand. Het Hof stelde dat het Gerecht blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting voor zover het had geconcludeerd dat het onbevoegd was de schadevordering te onderzoeken vanwege het feit dat het memorandum niet aan de Commissie en de ECB kon worden toegerekend.<sup>108</sup> Dit enkele feit staat niet in de weg aan een schadevordering wegens onrechtmatige handelingen van deze instellingen in het kader van het sluiten van een memorandum van overeenstemming namens het ESM. Het Hof verwees in dit opzicht naar zijn arrest in *Pringle*, waarin het heeft aangegeven dat de taken die het ESM Verdrag toevertrouwt aan de Commissie en de ECB, de wezenlijke aard van hun bevoegdheden onder de Unieverdragen onveranderd laten.<sup>109</sup> Tevens stelde het Hof dat artikel 17(1) VEU de Commissie verplicht toe te zien op de toepassing van Unierecht en haar derhalve verbiedt een memorandum te ondertekenen waarvan zij de verenigbaarheid met Unierecht betwijfelt.<sup>110</sup> Het Hof deed vervolgens de zaak

90. Verordening 472/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende de versterking van het economische en budgettaire toezicht op lidstaten in de eurozone die ernstig moeilijkheden ondervinden of dreigen te ondervinden ten aanzien van hun financiële stabiliteit, *PbEU* 2013/L 140/1 (hierna: 'Verordening 472/2013'); Verordening 473/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende gemeenschappelijke voorschriften voor het monitoren en beoordelen van ontwerpbelegtingsplannen en voor het garanderen van de correctie van buitensporige tekorten van de lidstaten in de eurozone, *PbEU* 2013/L 140/11.

91. Discussienota van de Commissie over het verdiepen van de Economische en Monetaire Unie, COM(2017) 291.

92. De Verklaring van Rome, 25 maart 2017.

93. 'Merkel backs Macron's vision for eurozone reform', *Financial Times*, 29 augustus 2017.

94. HvJ EU 20 september 2016, C-105/15 t/m C-109/15 (*Mallis*), EU:C:2016:702; HvJ

EU 20 september 2016, C-8/15 P t/m C-10/15 P (*Ledra*), EU:C:2016:701.

95. Verdrag tot instelling van het Europees Stabilisatiemechanisme, Brussel, 2 februari 2012 (hierna: 'ESM Verdrag').

96. Art. 5 ESM Verdrag.

97. Art. 13 lid 3 en 4 ESM Verdrag.

98. Art. 7 Verordening 472/2013.

99. Deze kroniek leent zich niet voor een uitvoerige verkenning van alle mogelijkheden om de conditionaliteit verbonden aan financiële steun voor de Europese rechter aan te vechten. Zie voor een dergelijke verkenning in het licht van *Ledra* en *Mallis* R. Repasi, 'Judicial protection against austerity measures in the euro area: *Ledra* and *Mallis*', *Common Market Law Review* 2017, 54, p. 1123-1156.

100. Gerecht EU 16 oktober 2014, T-327/13 (*Konstantinos Mallis en Elli Konstantinou Malli/Commissie en ECB*), EU:T:2014:909; Gerecht EU 16 oktober 2014, T-328/13 (*Tameio Pronoias Pro-sopikou Trapezis Kyprou t. Commissie en ECB*), EU:T:2014:906; Gerecht EU 16 oktober 2014, T-329/13 (*Petros Chatzithoma and Elenitsa Chatzithoma/Commissie en*

*ECB*), EU:T:2014:908; T-30/13 (*Lella Chatziaoannou/Commissie en ECB*),

EU:T:2014:904; T-331/30 (*Marinos Nikolaou/Commissie en ECB*), EU:T:2014:905. In het vervolg impliceert een verwijzing naar de beschikking van het Gerecht in *Mallis* een verwijzing naar al deze zaken.

101. Gerecht EU 16 oktober 2014,

T-327/13 (*Mallis*), EU:T:2014:909,

r.o. 41-50.

102. Idem, r.o. 41-45.

103. Idem, r.o. 46-49. Zie ook HvJ EU 27 november 2012, C-370/12 (*Pringle*), EU:C:2012:756, r.o. 161.

104. Gerecht EU 16 oktober 2014, T-327/13 (*Mallis*), EU:T:2014:909, r.o. 51-62.

105. HvJ EU 20 september 2016, C-105/15 t/m C-109/15 (*Mallis*), EU:C:2016:702.

106. Gerecht EU 10 november 2014, T-289/13 (*Ledra/Commissie en ECB*), EU:T:2014:981; Gerecht EU 10 november 2014, T-291/13 (*Andreas Eleftheriou and Others/Commissie en ECB*), EU:T:2014:978; T-293/13, (*Christos Theophilou and Eleni Theophilou/Commissie en ECB*), EU:T:2014:979. In het vervolg impli-

ceert een verwijzing naar de beschikking van het Gerecht in *Ledra* een verwijzing naar al deze zaken.

107. Gerecht EU 10 november 2014, T-289/13 (*Ledra*), EU:T:2014:981, r.o. 42-47.

108. HvJ EU 20 september 2016, C-8/15 P t/m C-10/15 P (*Ledra*), EU:C:2016:701, r.o. 49-61.

109. Zie HvJ EU 27 november 2012, C-370/12 (*Pringle*), EU:C:2012:756, r.o. 163. Ook het ESM Verdrag zelf verplicht de Commissie in artikel 13 lid 3 om zulke verenigbaarheid te garanderen.

110. Ook het Gerecht refereerde aan deze plicht in zijn beschikking, maar concludeerde dat de vordering in dit opzicht kennelijk rechtens ongegrond was wegens de afwezigheid van een oorzakelijk verband. De vermindering van bancaire deposito's, zo stelde het Gerecht, had plaatsgevonden voordat het memorandum van overeenstemming werd ondertekend. Zie Gerecht EU 10 november 2014, T-289/13 (*Ledra*), EU:T:2014:981, r.o. 48-55.

zelf af.<sup>111</sup> Conform vaste jurisprudentie inzake non-contractuele aansprakelijkheid, gaf het aan dat het recht op eigendom, zoals vastgelegd in artikel 17 van het Handvest, een rechtsregel is die ertoe strekt rechten toe te kennen aan particulieren. Daarna onderzocht het of de Commissie had bijgedragen tot een voldoende gekwalificeerde schending van dit recht. Het concludeerde dat van een dergelijke schending geen sprake was, aangezien de bancaire herstructurering beantwoordde aan een doelstelling van algemeen belang, te weten het veiligstellen van de stabiliteit van de muntunie, en daarmee het recht op eigendom niet onrechtvaardig beperkte.

Alhoewel het Hof geen schadevergoeding toekende, is *Ledra* van wezenlijk belang voor de rechtsvorming, aangezien het de deur opent voor schadevorderingen inzake financiële steunoperaties. Overigens is het resultaat niet geheel bevredigend. Eind 2010 hebben de staatshoofden en regeringsleiders in de muntunie er bewust voor gekozen om het ESM vorm te geven buiten het rechtskader van de Unie, in een apart Verdrag tussen de lidstaten van de eurozone. Het is nu echter juist de Unie, en niet deze lidstaten, die aansprakelijk kan worden gesteld voor geleden schade.

### 4.3. Staatsobligaties en de ECB

Bij het verschijnen van de vorige kroniek had het Hof van Justitie net het groene licht gegeven voor het *Outright Monetary Transactions* programma (OMT) van de ECB in *Gauweiler*.<sup>112</sup> Dit programma, aangekondigd tijdens het hoogtepunt van de schulden crisis in september 2012, stelt de ECB in staat om te interveniëren op de secundaire markt voor staatsobligaties om zo risicopremies voor staatsobligaties te drukken. Op het hoogtepunt van de crisis waren deze premies voor bepaalde staatsobligaties dermate hoog dat de ECB ze excessief achtte en een gevaar voor het bereiken van haar primaire doelstelling, het handhaven van prijsstabiliteit. Meer specifiek stelde de ECB dat de hoge premies de transmissie van haar monetaire beleid naar de reële economie bedreigden en tevens de eenheid van dit beleid onder druk zetten. De ECB heeft het programma nooit hoeven inzetten; enkel de aankondiging ervan volstond om markten tot bedaren te brengen.

In *Gauweiler* oordeelde het Hof dat het OMT-programma zowel in overeenstemming was met het mandaat van de ECB in artikel 127(1) VWEU, als met het verbod op monetaire financiering in artikel 123 VWEU. Wat het mandaat betreft stelde het, in navolging van *Pringle*,<sup>113</sup> dat bij het verifiëren van het monetaire karakter van een maatregel primair moet worden gekeken naar zijn doelstelling en, secundair, naar de middelen ter bereiking van dat doel. Op basis hiervan concludeerde het dat het OMT-pro-

gramma binnen het monetaire mandaat viel van de ECB.<sup>114</sup> Tevens achtte het Hof het programma proportioneel.<sup>115</sup> Met betrekking tot het verbod op monetaire financiering beperkte het Hof zich niet tot een analyse van de verenigbaarheid van het OMT-programma met de letter van artikel 123 VWEU, die enkel interventie op de primaire markt voor staatsobligaties uitsluit; het onderzocht ook of het programma in de praktijk al dan niet dezelfde effecten had als een interventie op de primaire markt en in overeenstemming was met het doel van het verbod, het bevorderen van begrotingsdiscipline. Op beide fronten oordeelde het Hof positief.<sup>116</sup>

Hiermee was het laatste woord over de toelaatbaarheid van het OMT-programma echter nog niet gezegd. De zaak had het Hof bereikt middels een prejudiciële verwijzing van het Duitse constitutionele hof, het *Bundesverfassungsgericht* (*BVerfG*). In zijn eerste verwijzingsbesluit ooit had het zich zeer kritisch uitgelaten over de rechtmatigheid van het programma.<sup>117</sup> In zijn definitieve uitspraak, accepteerde het *BVerfG* evenwel het oordeel van zijn Europese collega.<sup>118</sup> Alhoewel het bedenkingen had tegen bepaalde elementen van de redenering van het Hof van Justitie, waren deze niet zo sterk dat zij het oordeel rechtvaardigden dat het Hof zelf in strijd met zijn mandaat had gehandeld in artikel 19(1) VEU om de eerbiediging van het recht te verzekeren bij de uitleg en toepassing van de Verdragen.

Hiermee is de kous echter niet af. Op 18 juli 2017 heeft het *BVerfG* opnieuw prejudiciële vragen gesteld aan het Hof, ditmaal met betrekking tot het *Expanded Asset Purchase Programme* (EAPP) van de ECB.<sup>119</sup> Ook dit programma, gestart in maart 2015, staat de ECB toe om te interveniëren op de secundaire markt voor staatsobligaties. In tegenstelling tot het OMT-programma, is het doel hiervan niet het drukken van excessieve risicopremies, maar het bestrijden van deflatie. Door maandelijks voor gemiddeld € 60 miljard aan (onder andere) staatsobligaties op te kopen, hoopt de ECB de geldhoeveelheid te verruimen, economische activiteit aan te zwengelen en zo de inflatie dichterbij het streefcijfer van ongeveer 2% te brengen. Vanuit economisch perspectief mag de prejudiciële verwijzing verbazen, aangezien de afgelopen jaren vele centrale banken zijn overgegaan tot dergelijke 'kwantitatieve verruiming' en, vergeleken met het OMT-programma, het monetaire karakter hiervan minder ter discussie staat. Juridisch gezien ligt de zaak echter gecompliceerder. Sterker, de bedenkingen van het *BVerfG* tegen het nieuwe opkoopprogramma zijn gestoeld op de interpretatie door het Hof van het mandaat van de ECB en het verbod op monetaire financiering in *Gauweiler*. Voor de uitkomst verwijzen we graag naar de volgende kroniek ... ●

<sup>111</sup> HvJ EU 20 september 2016, C-8/15 P t/m C-10/15 P (*Ledra*), EU:C:2016:701, r.o. 62-76.

<sup>112</sup> HvJ EU 16 juni 2015, C-62/14 (*Gauweiler*), EU:C:2015:400. Voor een uitvoerige analyse van de zaak zie V. Bor-

ger, 'Outright Monetary Transactions and the stability mandate of the ECB: *Gauweiler*', *Common Market Law Review* 2016, 53, p. 136-196.

<sup>113</sup> Zie HvJ EU 27 november 2012, C-370/12 (*Pringle*) EU:C:2012:756, r.o.

53-55.

<sup>114</sup> HvJ EU 16 juni 2015, C-62/14 (*Gauweiler*), EU:C:2015:400, r.o. 46-65.

<sup>115</sup> *Idem*, r.o. 66-92.

<sup>116</sup> *Idem*, r.o. 93-127.

<sup>117</sup> BVerfG 14 januari 2014, 2 BvR

2728/13.

<sup>118</sup> BVerfG 21 juni 2016, 2 BvR 2728/13.

<sup>119</sup> BVerfG 18 juli 2017, 2 BvR 859/15.