



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht

Wieland, J.

Citation

Wieland, J. (2017, December 13). *De bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht*. The Meijers Research Institute and Graduate School of the Leiden Law School of Leiden University. Boomjuridisch, Den Haag. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/58098>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/58098>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/58098> holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Wieland, J.

Title: De bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht

Date: 2017-12-13

4.1 INLEIDING

In het vorige hoofdstuk stond de toegang van concurrenten tot de bestuursrechtelijke procedure centraal. Dat is een eerste noodzakelijke voorwaarde voor rechtsbescherming. Heeft een concurrent eenmaal toegang tot de procedure dan rijst vervolgens de meer materiële vraag in hoeverre een bestuursorgaan bij het nemen van een besluit, en de bestuursrechter bij het toetsen daarvan, rekening kan houden met zijn concurrentiebelangen. Die vraag staat centraal in de hoofdstukken 5 en 6. Vooraf kan worden opgemerkt dat het antwoord op die vraag in belangrijke mate afhangt van het wettelijk kader dat van toepassing is. Meer in het bijzonder gaat het daarbij om de plaats die concurrentiebelangen innemen in de toepasselijke regelgeving. In hoofdstuk 5 en 6 zal duidelijk worden dat in de Nederlandse bestuursrechtelijke regelgeving concurrentiebelangen maar een beperkte plaats innemen. Dit vormt een belemmering voor de bescherming die de bestuursrechter aan die belangen kan bieden. In het Unierecht nemen concurrentiebelangen een veel prominentere plaats in dan in het Nederlandse bestuursrecht. Dit verklaart waarom ondernemers die door een besluit in hun concurrentiepositie worden getroffen vaak een beroep op het Unierecht doen. In dit hoofdstuk zal ik de plaats van concurrentiebelangen in het Unierecht nader bespreken. Dit hoofdstuk dient daarmee als een referentiekader voor de bevindingen in de hoofdstukken 5 en 6. Bovendien kunnen de bevindingen mogelijk dienen als inspiratiebron ter verbetering van de bescherming van concurrentiebelangen in het Nederlandse bestuursrecht. Ik kom daar in hoofdstuk 7 op terug.

Plan van behandeling

De Europese Commissie kent een Directoraat Generaal Concurrentie. Dit is een eerste en belangrijke indicatie dat de Europese Unie veel belang hecht aan concurrentie. In het bijzonder hecht de Europese Unie belang aan een gelijk speelveld waarop concurrenten op gelijke voet en eerlijk met elkaar kunnen concurreren. Dit speelveld wordt aangeduid als de interne markt en vormt het fundament van de Europese Unie.

In dit hoofdstuk staat de interne markt centraal, in het bijzonder het juridisch fundament dat daaraan ten grondslag ligt. De vraag daarbij is op welke wijze dit juridisch fundament de eerlijke en vrije concurrentie beschermt tegen verstoringen door de overheid bij het nemen van besluiten. De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Ik begin met een historische schets van de Europese economische integratie die uiteindelijk heeft geleid

tot de totstandkoming van een interne markt (paragraaf 4.2). Hierbij komt uiteraard ook aan de orde wat de interne markt is. De interne markt rust op een aantal pijlers, samen aangeduid als de Europese economische constitutie.¹ Het gaat om het gelijkheidsbeginsel, de vrij-verkeerbepalingen, het mededingingsrecht en de regels inzake de economische en monetaire unie (EMU). De laatste pijler is voor dit proefschrift minder relevant, omdat de regels inzake de EMU niet direct van toepassing zijn op concurrentieverhoudingen. De EMU komt verder dan ook niet meer aan de orde. De andere pijlers komen achtereenvolgens aan de orde in de paragrafen 4.3 (het gelijkheidsbeginsel), 4.4 (de verkeersvrijheden) en 4.5 (de mededingingsregels, in het bijzonder het staatssteunrecht). Belangrijk om hier te vermelden, is dat het niet mijn ambitie is om een alomvattende analyse van de Europese economische constitutie te geven. Het doel van dit hoofdstuk is in de eerste plaats te laten zien dat concurrentiebelangen in het Unierecht een veel prominere plaats innemen dan in het Nederlandse bestuursrecht. Daarvoor is het niet noodzakelijk om de verkeersvrijheden en de mededingingsregels tot in detail te bespreken. De lezer die daarnaar op zoek is, verwijs ik naar de Europeesrechtelijke handboeken.² Daarnaast is het doel van dit hoofdstuk om enig inzicht te krijgen in de manier waarop de overheid bij het nemen van besluiten te maken krijgt met elementen van de Europese economische constitutie. In dit verband is het goed om te realiseren dat de overheid ook bij de uitoefening van tal van andere publiekrechtelijke taken, waaronder het stellen van regels, te maken krijgt met elementen van de Europese economische constitutie. Dit hoofdstuk focust daar niet op. Het vorenstaande houdt een aantal beperkingen in van de onderwerpen die in dit hoofdstuk aan bod komen. Allereerst beperk ik mij tot een bespreking van het primaire Unierecht. Hierin zijn immers de grondbepalingen van de verkeersvrijheden en de mededingingsregels te vinden. Het secundaire Unierecht, waarnaar slechts hier en daar ter illustratie zal worden verwezen, heeft zijn basis in het primaire Unierecht, en is dus een afgeleide daarvan. Daar komt bij dat in het geval regels van secundair Unierecht conflicteren met primair Unierecht, deze laatste voorrang hebben.³ De tweede beperking betreft de in dit hoofdstuk te bespreken rechtspraak van het Hof van Justitie. Er is in de loop der jaren heel veel rechtspraak door het Hof van Justitie voortgebracht over onder meer de verkeersvrijheden en de mededingingsregels. Het gaat de strekking van dit onderzoek te buiten al die rechtspraak in kaart te brengen en te analyseren. In dit hoofdstuk komen slechts enkele klassiekers en uitspraken die relevant zijn voor de Nederlandse praktijk (vaak omdat het om een Nederlandse zaak gaat) aan de orde. Daarbij ligt bovendien de nadruk

1 Zie over de Europese economische constitutie uitgebreider Sauter & Schepel 2009, p. 2-18, Szyszczak 2007, p. 8-31, en Pelkmans 2006, p. 18-35.

2 Bijvoorbeeld Barnard 2016, Craig & De Búrca 2015, Barents & Brinkhorst 2012 en Dashwood e.a. 2011.

3 Zie over de hiërarchie van Unierechtelijke normen uitgebreid Craig & De Búrca 2015, p. 110-121.

op uitspraken die relevant zijn voor de uitoefening van de bevoegdheid van de overheid om besluiten te nemen. Na de bespreking van de elementen van de Europese economische constitutie komen in paragraaf 4.6 de eisen aan bod die het Unierecht stelt aan het nationale procesrecht als het gaat om het bieden van rechtsbescherming. Deze paragraaf vormt de verbinding tussen dit hoofdstuk en de nationaalrechtelijke hoofdstukken 5 en 6. In die hoofdstukken komt namelijk de vraag aan de orde in hoeverre het doelgebonden karakter van bestuursbevoegdheden en het relativiteitsvereiste een belemmering vormen voor de verwezenlijking van op het Unierecht gebaseerde claims. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 4.7).

4.2 GESCHIEDENIS EN DOEL VAN DE EUROPESE ECONOMISCHE INTEGRATIE

In deze paragraaf komt beknopt de geschiedenis van het Europese economische integratieproces aan de orde. Dit maakt inzichtelijk waar het grote belang dat de Europese Unie aan eerlijke concurrentie hecht vandaan komt. Het gaat om een schets op hoofdlijnen. Het gaat er immers slechts om enige achtergrondinformatie te geven voor een beter begrip van de rol en plaats van de hierna te bespreken Unierechtelijke regelgeving bij de bescherming van het gelijke speelveld.⁴

4.2.1 Het marktintegratieproces

Naoorlogs Europa als voedingsbodem

Aan het einde van de Tweede Wereldoorlog was er van een groot deel van de West-Europese economieën niet veel meer over. De productiviteit was laag en de werkloosheid hoog. Het was dan ook de ambitie van veel West-Europese landen om de economische groei weer op gang te brengen. Een belemmering hiervoor vormde evenwel het verzet – van vooral de Franse minister van buitenlandse zaken, Robert Schuman – tegen het herstel van de economische en politieke macht van Duitsland uit angst voor herbewapening. Deze tweespalt in het naoorlogse Europa vormde de voedingsbodem bij uitstek voor een nieuw concept van internationale samenwerking in West-Europa.⁵ Deze samenwerking was gericht op het onder supranationaal gezag brengen van de voor herbewapening noodzakelijke industrieën (kolen en staal). Met dit doel voor ogen richtten Frankrijk, Italië, Duitsland en de Benelux in 1951 de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS) op. Het ging hierbij om sectorale marktintegratie met als onderliggend doel het voorkomen van nieu-

4 Zie uitgebreider over de geschiedenis van de totstandkoming en vorming van de Europese integratie en de verschillende stadia van marktintegratie Craig & De Búrca 2015, p. 1-27, Dashwood e.a. 2011, p. 3-21, Pelkmans 2006, Weiler 1991, p. 2403-2483, en Van de Meerssche 1978.

5 Barnard 2016, p. 28-29, Craig & De Búrca 2015, p. 4, en Szyszczak 2007, p.1.

we oorlogen.⁶ Het ging in wezen om strategische marktintegratie. In de jaren die volgden mislukten pogingen om een Europese Politieke Gemeenschap en een Europese Defensie Gemeenschap op te richten. Nederland deed vervolgens zijn uiterste best om dan in elk geval te komen tot verdere integratie op economisch terrein. Dit leidde in 1957 tot ondertekening van het Verdrag van Rome, waarbij de Europese Economische Gemeenschap (EEG) werd opgericht.⁷ Artikel 2 EEG-Verdrag bepaalde dat de Gemeenschap tot taak had om:

'door het instellen van een gemeenschappelijke markt en door het geleidelijk nader tot elkaar brengen van het economisch beleid van de Lid-Staten te bevorderen de harmonische ontwikkeling van de economische activiteit binnen de gehele Gemeenschap, een gestadige en evenwichtige expansie, een grotere stabiliteit, een toenemende verbetering van de levensstandaard en nauwere betrekkingen tussen de in de Gemeenschap verenigde staten.' (curs. JW)

Het EEG-Verdrag

Om een gemeenschappelijke markt te realiseren, voorzag het EEG-Verdrag in de eerste plaats in de afschaffing van douanerechten tussen de lidstaten. In de tweede plaats werden de lidstaten verplicht om belemmeringen voor het vrije verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal (de fundamentele vrijheden) tussen de lidstaten weg te nemen. Hierdoor ontstond een ruimte waarbinnen productiefactoren en de producten die de markt voortbrengt zich vrij over de markt kunnen bewegen. Het EEG-Verdrag voorzag in de tweede plaats in een gemeenschappelijk beleid op het terrein van landbouw en vervoer. Dit was noodzakelijk, omdat de lidstaten tot dan toe deze sectoren hadden onttrokken aan de marktwerking, door bepaalde prijzen voor landbouwproducten te garanderen en infrastructuur aan te leggen en te exploiteren. Deze sectoren konden daardoor niet rauwelijks aan marktwerking worden blootgesteld.⁸ In de derde plaats werd voorzien in mededingingsregels, die het ondernemingen verbood concurrentiebeperkende afspraken te maken en misbruik te maken van economische machtsposities. De gemeenschappelijke markt zou immers niet kunnen functioneren als ondernemingen door zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen belemmeringen zouden opwerpen die in de plaats komen van de weggenomen handelsbelemmeringen door de overheid. Omdat ook nationale wetgeving tot gevolg kan hebben dat ondernemingen in verschillende lidstaten verschillend behandeld worden, voorzag het EEG-Verdrag tot slot in het nader tot elkaar brengen van de wetgeving, aanvankelijk vooral op economisch terrein, maar later ook op tal van andere terreinen. Samenvattend kan worden gesteld dat met het EEG-Verdrag op Europees niveau het fundament is gelegd voor een recht op vrije, eerlijke en onvervalste concurrentie. Wat hierbij evenwel opvalt, is dat het EEG-Verdrag weliswaar de handel *tussen* de lidstaten heeft geliberaliseerd, maar tegelijkertijd de lidstaten in

6 Pelkmans 2006, p. 3.

7 Ook werd daarbij de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie (EGA of Euratom) opgericht.

8 Lennaerts & Van Nuffel 2011, p. 136-137.

belangrijke mate vrij heeft gelaten om hun binnenlandse economische beleid vorm te geven.⁹ Het recht op vrije, eerlijke en onvervalste concurrentie was dus vooral een Europees recht.

Integratie met horten en stoten

Het Europese marktintegratieproces ging voortvarend van start en al snel was de Europese douane-unie een feit. Het proces viel echter stil in de jaren zeventig van de vorige eeuw.¹⁰ Dit kwam onder meer door de groeiende Franse weerstand tegen het supranationale karakter van de Europese Gemeenschappen. Dit zorgde er voor dat ook daar waar het Verdrag meerderheidsbesluitvorming voorschreef, er toch op basis van unanimiteit werd gestemd. Het gevolg hiervan was dat op veel terreinen de harmonisatie stokte en ook op het terrein van economische integratie nog maar moeizaam vooruitgang werd geboekt. In de jaren tachtig van de vorige eeuw kreeg het proces van marktintegratie echter een nieuwe impuls, toen het besef groeide dat het voor de economische groei noodzakelijk was om de concurrentiekracht van de Europese economie te verbeteren. In 1985 werd daarom in het Witboek van de Europese Commissie (*White Paper*) de ambitie neergelegd om de interne markt¹¹ uiterlijk in 1992 te voltooien en daartoe de resterende handelsbarrières tussen de lidstaten op te heffen.¹² Vervolgens werd in 1986 de Europese Akte (*Single European Act*) aangenomen waarbij het concept van de interne markt in het EG-Verdrag werd opgenomen.¹³ De interne markt werd daarbij gedefinieerd als een ruimte zonder binnengrenzen, waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd (voorheen artikel 14 lid 2 EG-Verdrag, thans artikel 26 lid 2 VWEU). In 1992 trad het Verdrag van Maastricht in werking. De voor de interne markt belangrijkste wijziging die met dit Verdrag werd aangebracht, was dat aan

9 Deze combinatie van enerzijds verlies en anderzijds behoud van economische soevereiniteit wordt in de literatuur aangeduid als *'embedded liberalism'* (ingebod liberalisme). Sauter & Schepel 2009, p. 2-3, en Ruggie 1982. Aan dit 'compromis liberalisme' lag de overtuiging ten grondslag dat de staat een belangrijke rol moest vervullen bij het herstel van de economie en welvaart in het naoorlogse Europa. Om dit te bereiken werd het van belang geacht dat de staat de productie van bepaalde diensten en goederen in eigen hand hield. Dit had een groot aantal staatsmonopolies tot gevolg, onder meer op het terrein van de productie en levering van energie, de grondstoffenindustrie en de vervoersector (Szyszczak 2007, p. 1). Een belangrijk argument daarvoor was dat de productie en levering van bepaalde goederen en diensten, zoals energie en transport in het algemeen belang zijn en daarom de primaire verantwoordelijkheid van de overheid. Ook bestond de vrees dat private ondernemingen misbruik zouden maken van natuurlijke monopolies en het dus in het belang van de consument was om die natuurlijke monopolies in overheidshanden te houden. Ter behoud van staatsmonopolies werd in artikel 222 van het EEG-verdrag (thans artikel 345 VWEU) bepaald dat het Verdrag de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet laat.

10 Barnard 2016, p. 10, spreekt over *'Euro-sclerosis'*.

11 Het begrip 'interne markt' vervangt niet het begrip 'gemeenschappelijke markt, maar staat daarnaast, aldus Mortelmans 1998, p. 101-136.

12 COM(85) 310 final.

13 *PbEG*, 1987, L 169.

het regime van de vier fundamentele vrijheden en het verbod op beperking en versterking van de mededinging de totstandkoming van een economische en monetaire unie (EMU) als derde element werd toegevoegd aan de interne markt.¹⁴ Nadien zijn in 1999, 2003 en 2009 de Verdragen van Amsterdam, Nice en Lissabon in werking getreden. Deze brengen echter geen grote wijzigingen aan in de doelstellingen en het instrumentarium met betrekking tot de interne markt.

Samenvattend kan worden gesteld dat stabiliteit en economische groei, oftewel vrede en welvaart, de belangrijkste drijfveren zijn geweest voor het tot stand brengen van een interne markt met vrije, eerlijke en onvervalste mededinging.

4.2.2 De veranderende rol van de overheid

In de beginjaren van de Europese Gemeenschappen bestond een betrekkelijk strikte scheiding tussen, enerzijds, private ondernemingen die goederen en diensten voortbrachten en, anderzijds, de overheid die verantwoordelijk was voor het produceren en op de markt brengen van publieke goederen.¹⁵ Deze laatste taak onttrok zich lange tijd vrijwel volledig aan het interne marktregime. De overtuiging was namelijk dat – gelet op de non-exclusieve en niet-rivaliserende aard van publieke goederen – de overheid de productie en vermarkting van deze goederen in eigen hand diende te houden.¹⁶ In de beginjaren van de EG waren staatsbedrijven en staatmonopolies dan ook algemeen geaccepteerd.¹⁷ Publieke goederen werden op die manier buiten de markt gehouden. Dit veranderde in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw met de opkomst van het vrijemarktdenken (neoliberalisme). De gedachte was dat het gebrek aan marktwerking in publieke sectoren in de weg stond aan doelmatige besteding van publieke middelen. Het invoeren van concurrentieprikkels in voormalige publieke sectoren zou dan ook moeten leiden tot innovatie, efficiëntere productie en keuzevrijheid voor de consument en daarmee tot efficiëntere behartiging van publieke belangen en uiteindelijk tot meer welvaart.¹⁸ Ook was de gedachte dat de private sector

14 Andere belangrijke wijzigingen waren de omvorming van de Europese Gemeenschap tot de Europese Unie en het in dat verband tot stand brengen van de 'pijler structuur', het verheffen van het subsidiariteitsbeginsel tot algemeen principe en de institutionalisering van samenwerking op andere terreinen dan de economie.

15 Publieke goederen zijn goederen of diensten waarvoor geldt dat niemand van het gebruik ervan kan worden uitgesloten (non-exclusief). Daarnaast geldt dat het gebruik van het goed of de dienst door de één niet ten koste gaat van het gebruik daarvan door een ander (niet-rivaliserend). Zie over collectieve goederen bijvoorbeeld Baarsma & Theeuwes 2009, p. 35, Van Gent e.a. 2004, p. 31, en Andriessen & Heertje 1994, p. 352.

16 Szyszczak 2007, p. 1.

17 Bekende Nederlandse voorbeelden van staatsmonopolies waren de NS en de PTT (thans: Post NL).

18 Szyszczak 2007, p. 4.

efficiënter werkt dan de overheid.¹⁹ Deze ontwikkeling heeft geleid tot liberalisering en privatisering in tal van voormalige publieke sectoren.²⁰ Het toelaten van marktwerking betekent niet dat de overheid de verantwoordelijkheid ten aanzien van deze sectoren kwijt is. Integendeel, de overheid bleef en blijft verantwoordelijk voor de behartiging van publieke belangen en derhalve voor de productie en het op de markt brengen van publieke goederen, maar de gedachte was dat marktwerking zou leiden tot betere en efficiëntere behartiging van die belangen.²¹ Marktwerking werd met andere woorden een instrument om de behartiging van publieke belangen te sturen.²² Marktwerking geeft echter ook nieuwe problemen. Een probleem dat zich in het algemeen voordoet bij marktwerking is het verschijnsel van marktimperfecties, zoals informatieachterstand bij marktdeelnemers, waardoor marktwerking niet altijd leidt tot optimale (prijs)efficiëntie. Een specifiek probleem dat speelt bij marktwerking bij de behartiging van publieke belangen heeft betrekking op de aard van het belang zelf, dat door de overheid niet uit het oog mag worden verloren. Marktwerking draait in de kern om het op elkaar afstemmen van vraag en aanbod naar *schaarse* goederen en diensten.²³ Publieke goederen zijn echter non-exclusief en niet rivaliserend en lenen zich daardoor minder goed voor concurrentie. Onbegrensde concurrentie draagt het risico in zich dat op den duur in dunbevolkte gebieden geen bussen en ambulances meer rijden, energiebedrijven niet meer zullen investeren in schonere energievormen en ziekenhuizen mensen met zeldzame ziektes niet meer zullen behandelen, enkel en alleen omdat dit niet winstgevend is. Volledig vrije marktwerking brengt dus de betrouwbaarheid, kwaliteit, veiligheid en maatschappelijke verantwoordelijkheid van de publieke dienstverlening in gevaar. Het is dan ook noodzakelijk dat de overheid tegenwicht biedt aan de markt en de marktwerking in voormalige publieke sectoren bijstuurt.²⁴ Dit kan door het stellen van randvoorwaarden

-
- 19 Belangrijk om te vermelden is dat er de laatste jaren stevige kritiek is geuit op de introductie van marktwerking in publieke sectoren. Zie daarover paragraaf 2.2.2.
- 20 Bij liberalisering gaat het om het introduceren van concurrentie in sectoren waarin van oudsher één aanbieder actief was. Dit betreft bijvoorbeeld de energie-, vervoer-, telecom- en postsector. In al deze sectoren gold dat degene die van de publieke dienst of het publieke goed gebruik wilde maken was aangewezen op één (regionale) aanbieder. Dit veranderde door de liberalisering. De consument kreeg wat te kiezen. Het proces van liberalisering ging gepaard met privatisering van overheidsbedrijven.
- 21 Zie bijvoorbeeld de Memorie van Toelichting bij de Wet marktwerking gezondheidszorg (Wmg), *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, 3, p. 2. Zie voor kritiek op de hier genoemde opvatting WRR 2000, p. 32-34.
- 22 Hessel 2016, p. 837, en Plug, Van Twist & Geut, 2003, p. 8.
- 23 Zie hierover paragraaf 2.2.2.
- 24 Raad van State 2008, p. 16, en Plug, Van Twist & Geut 2003, p. 9. Plug, Twist & Geut 2003, p. 57-75, wijzen er op dat marktwerking maar tot op zekere hoogte door de overheid van bovenaf stuurbaar is. Dat komt door een gebrek aan kennis van andere, vaak complexe, maatschappelijke processen en het politiek omstreden karakter van overheidsinterventie. Sturing door de overheid van bovenaf is dus niet voldoende. Marktwerking vergt ook sturing van onderaf door de burger.

en het instellen van toezichthouders. In de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw en begin deze eeuw heeft dat geleid tot een groot aantal regelingen voor publieke goederen en diensten.²⁵ Dit laat zien dat de rol van de overheid in de markt is veranderd. Waar de overheid eerst nog een monopolistische speler was op de markt voor publieke goederen en diensten, is hij nu de regisseur van een tot op zekere hoogte concurrerende markt.²⁶

4.2.3 Het uitdijende toepassingsbereik van het Europese recht

Zoals gezegd heeft het Unierecht tot doel een interne markt met vrije en onbelemmerde mededinging te realiseren. Dit betekent dat het Unierecht dat betrekking heeft op de interne markt – in dit boek de vrij-verkeerbepalingen en het mededingingsrecht – van toepassing is op *economische* activiteiten. In de eerste jaren van de EEG werd een scherp onderscheid gemaakt tussen, enerzijds, het verhandelen van goederen of diensten op de markt en, anderzijds, het behartigen van publieke belangen. Het eerste werd aangemerkt als economische activiteit, het laatste niet. Dit betekent dat het handelen van de overheid ter behartiging van het publieke belang (publieke activiteit) niet onder de toepassing van het recht betreffende de interne markt viel. Alleen voor zover de overheid zich bezighield met de ordening van de markt voor private goederen en diensten – het terrein van de vrij-verkeerbepalingen – was haar handelen onderworpen aan de regels van Europees recht.²⁷ Dit gold bijvoorbeeld voor het voeren van handelspolitiek. In de loop der jaren is het overheidshandelen dat onder het bereik van het Europese recht betreffende de interne markt valt echter aanzienlijk uitgebreid. Daaraan is een aantal ontwikkelingen debet, die hierna achtereenvolgens worden besproken.

Veranderende rol van de overheid

Een eerste ontwikkeling die heeft bijgedragen aan de uitdijning van het toepassingsbereik van het Europese recht betreffende de interne markt is de hiervoor geschetste verandering in de rol van de overheid. Het proces van privatisering en liberalisering heeft tot gevolg gehad dat de grens tussen publiek en privaat handelen door de overheid is vervaagd.²⁸ De overheid heeft enerzijds op grote schaal de eigendom van staatsbedrijven overgedragen aan private ondernemingen (privatisering). Anderzijds is de overheid zich – met het oog op de behartiging van publieke belangen – steeds meer en intensiever gaan bemoeien met geliberaliseerde markten, door het stellen van regels. Deze ontwikkeling heeft ertoe geleid dat ook de grens tussen

25 Voorbeelden zijn de Telecommunicatiewet, de Energiewet, de Wet marktordening gezondheidszorg en de Postwet.

26 *Kamerstukken II* 1999/00, 27018, 1, p. 7. Zie ook Sauter & Schepel 2009, p. 19.

27 Szyszczak 2007, p. 8-13.

28 Zie over dit proces uitgebreider Sauter & Schepel 2009, p. 19-25, en Szyszczak 2007, p. 8-13.

economische- en niet-economische activiteiten is vervaagd.²⁹ Ter illustratie kan worden gewezen op het arrest *Höfner* uit 1991, waarin het Hof van Justitie overwoog dat:³⁰

‘De omstandigheid dat de arbeidsbemiddeling *gewoonlijk is toevertrouwd aan publiekrechtelijke organen*, doet niets af aan het economisch karakter van deze activiteit. De arbeidsbemiddeling is niet altijd in handen van overheidsdiensten geweest en een dergelijk overheidsmonopolie is ook niet noodzakelijk, met name waar het gaat om de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel.’ (curs. JW)

Het gevolg van deze ontwikkeling is dat de toepassing van de mededingingsregels, die primair het gedrag van ondernemingen normeren, is uitgebreid naar handelen van de overheid. Het gaat daarbij om het handelen van de overheid op de markt.³¹ Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de overheid een partij selecteert om het openbaar vervoer in een bepaalde regio te verzorgen of wanneer de overheid aandelen – en dus zeggenschap – behoudt in een geprivatiseerde onderneming, zoals in Nederland bijvoorbeeld het geval was bij KPN en nog is bij de NS.

Europese regelgeving op steeds meer terreinen

Een tweede ontwikkeling die ervoor heeft gezorgd dat op steeds meer overheidshandelen Europees recht van toepassing is, is de totstandkoming van Europese regels op terreinen die van oudsher tot het exclusieve domein van de overheid behoorden, maar die inmiddels zijn geliberaliseerd. Zo is bijvoorbeeld met de Telecommunicatiewet en de Postwet uitvoering gegeven aan tal van Europese richtlijnen. Het Europese recht is daarmee van toepassing op het overheidshandelen in die sectoren. Daarnaast heeft de Europese Unie op steeds meer terreinen die nauw verwant zijn aan de interne markt beleid ontwikkeld (zogenoemde flankerend beleid). Op grond van dit beleid is in de loop der jaren op uiteenlopende terreinen Europese regelgeving tot stand gekomen, onder meer op het terrein van volksgezondheid, milieu, energie, consumentenbescherming, sociale politiek en werkgelegenheid.³² Het handelen van nationale overheden op al deze terreinen wordt in meer of mindere mate genormeerd door Europese regelgeving. Bijzondere vermelding op deze plaats verdient de Dienstenrichtlijn,³³ die in de kern tot doel heeft dat dienstverleners in heel Europa zich onbelemmerd in een andere lidstaat kunnen vestigen of tijdelijk diensten kunnen verrichten. Hoewel niet onomstreden,³⁴ moet het toepassingsbereik van deze richtlijn niet worden

29 Szyszczak 2007, p. 10.

30 HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner*), punt 21.

31 Ter onderscheiding van typische overheidsactiviteiten zoals wetgeving en besluitvorming.

32 Dit verklaart ook de verandering van een Europese *Economische Gemeenschap* naar een Europese Unie. Barnard 2016, p. 28.

33 Richtlijn 2006/123/EG (*PbEU* 2006, L 376/36).

34 Botman 2016, p. 194, Botman 2013, p. 132-137, en Hessel 2011, p. 267-269.

onderschat. Ingevolge artikel 2 lid 1 en artikel 4 is de richtlijn van toepassing op *elke* economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, zoals bedoeld in artikel 57 VWEU. Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat het begrip dienst in de Dienstenrichtlijn samenvalt met het begrip dat wordt bedoeld in artikel 57 VWEU. Botman wijst er op dat dit betekent dat de richtlijn van toepassing is op een groot aantal activiteiten.³⁵ In artikel 9 van de Dienstenrichtlijn is als hoofdregel bepaald dat toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit door de lidstaat niet afhankelijk mag worden gesteld van een vergunningstelsel. Het begrip vergunning in de Dienstenrichtlijn is veel breder dan het Nederlandse begrip. Een vergunningstelsel is ingevolge artikel 6 lid 4 'elke procedure die voor een dienstverlener of afnemer de verplichting inhoudt bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen ter verkrijging van een formeel of stilzwijgend besluit over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit'. Onder deze definitie vallen bijvoorbeeld ook meldingen, verklaringen van geen bezwaar (bijvoorbeeld een verklaring omtrent gedrag) en certificeringseisen. Tot slot strekt de Dienstenrichtlijn zich mogelijk zelfs uit tot zuiver interne situaties,³⁶ al heeft het Hof van Justitie, hoewel daarom gevraagd,³⁷ zich daar tot op heden niet expliciet over uitgelaten.³⁸ Dit voorbeeld van de Dienstenrichtlijn laat zien dat de greep van het Unierecht op het handelen van de nationale overheid bij de uitoefening van klassieke overheidstaken steeds steviger wordt.

Loyale samenwerking en non-discriminatie

Een laatste ontwikkeling die ik hier noem is de steeds ruimere toepassing die het Hof van Justitie geeft aan de beginselen van loyale samenwerking en non-discriminatie.³⁹ Het beginsel van loyale samenwerking, neergelegd in artikel 4 lid 3 VEU, wordt wel omschreven als het 'bindmiddel van de EU-

35 Botman 2016, p. 194.

36 Botman 2015, p. 133-137, Hessel 2011, p. 258, en Steyger 2008, p. 4.

37 In de zaken *Trijber en Harmsen* had de Afdeling het Hof van Justitie in een prejudiciële procedure gevraagd zich daarover uit te laten: ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2488, AB 2015/13, m.nt. A. Drahmman (*Trijber*), en ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2495, AB 2014/450, m.nt. M.R. Botman (*Harmsen*).

38 HvJ EU 1 oktober 2015, C-340/14 en C-341/14, ECLI:EU:C:2015:641 (*Trijber en Harmsen*), AB 2015/437, m.nt. A. Drahmman. Zie voor een kritische bespreking van dit arrest Van Rijn 2016, p. 35-41, en Drahmman 2016, p. 69-71. Van belang om op te merken is dat de Afdeling inmiddels dezelfde vraag opnieuw heeft voorgelegd aan het Hof van Justitie in de zaak *Appingedam*, ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:75, *Gst.* 2016/39, m.nt. B. Hessel. Op 18 mei 2017 is er in deze zaak een conclusie uitgebracht (Concl. A-G M. Szpunar 17 mei 2017, C-360/15 en C-31/16, ECLI:EU:C:2017:397). Szpunar stelt zich op het standpunt dat de vraag of hoofdstuk III (vrijheid van vestiging) van de Dienstenrichtlijn van toepassing is in situaties waarin de feiten zich beperken tot één lidstaat van de Unie (zuiver interne situaties) bevestigend moet worden beantwoord. Ten tijde van de afronding van dit onderzoek had het Hof van Justitie nog geen uitspraak gedaan in deze zaak.

39 Zie over deze ontwikkeling uitvoerig Szyszcak 2007, p. 10.

rechtsorde'⁴⁰ en houdt kort gezegd in dat de lidstaten zich dienen te onthouden van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen. In de eerste plaats verplicht dit beginsel de Unie en de lidstaten elkaar te respecteren en te steunen bij de vervulling van de taken die uit de Verdragen voortvloeien. Daarnaast moeten de lidstaten alle maatregelen treffen die geschikt zijn om de nakoming van hun Unierechtelijke verplichtingen te verzekeren en moeten zij zich onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen. Widdershoven wijst er op dat dit beginsel ten grondslag ligt aan een groot aantal verplichtingen voor de lidstaten, waaronder de *Costanzo*-verplichting die nationale bestuursorganen verplicht om rechtstreeks werkend Unierecht toe te passen en daarmee strijdig nationaal recht buiten toepassing te laten.⁴¹ Het beginsel van loyale samenwerking verplicht lidstaten dan ook zich te onthouden van maatregelen die afbreuk doen aan verwezenlijking van de interne markt met vrije en eerlijke mededinging. De reikwijdte van het beginsel van loyale samenwerking is aanzienlijk. Het omvat *alle* handelen van de lidstaten. Ook typische overheidsactiviteiten die op zichzelf geen marktactiviteiten zijn, zoals het tot stand brengen van wetgeving en het nemen van besluiten, zijn onderworpen aan het beginsel van loyale samenwerking. Het Hof van Justitie heeft dit in 1988 tot uitdrukking gebracht in het arrest *Van Eycke*:

'Er zij aan herinnerd, dat de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag [thans artikel 101 en 102 VWEU] op zich slechts betrekking hebben op het gedrag van ondernemingen en niet op wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen van de Lid-Staten. Volgens vaste rechtspraak van het Hof volgt evenwel uit de samenhang van de artikelen 85 en 86 met artikel 5 EEG-Verdrag [thans artikel 4, derde lid, VEU], dat de Lid-Staten geen maatregelen, *zelfs niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard*, mogen nemen of handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken. Volgens die zelfde rechtspraak is dat bijvoorbeeld het geval, wanneer een Lid-Staat het tot stand komen van met artikel 85 strijdige afspraken oplegt of begunstigt dan wel de werking ervan versterkt of aan haar eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere ondernemingen over te dragen.'⁴² (curs. JW)

Elk handelen van de overheid – of het nu een exclusieve bevoegdheid van de overheid betreft of niet – dat tot gevolg kan hebben dat het nuttig effect van een regel van Unierecht ongedaan wordt gemaakt, is dus verboden.

40 Widdershoven 2015, p. 562. Szyszczak 2007, p. 13, heeft het over 'the tie that binds'.

41 De *Costanzo*-verplichting komt aan bod in paragraaf 5.6.1.1. Zie over die verplichting verder Verhoeven 2011.

42 HvJ EG 21 september 1988, 267/86, ECLI:EU:C:1988:427 (*Van Eycke*), punt 16. Zie ook HvJ EG 9 september 2003, C-198/01, ECLI:EU:C:2003:430 (*CIF*), punten 45 en 46, HvJ EG 19 februari 2002, C-35/99, ECLI:EU:C:2002:97 (*Arduino*), punten 34 en 35, HvJ EG 5 oktober 1995, C-96/94, ECLI:EU:C:1995:308 (*Centro Servizi Spediporto*), punt 20, HvJ EG 9 juni 1994, C-153/93, ECLI:EU:C:1994:240 (*Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft*), punten 14 en 15, HvJ EG 17 november 1993, C-185/91, ECLI:EU:C:1993:886 (*Reiff*), punt 14, en HvJ EG 16 november 1977, 13/77, ECLI:EU:C:1977:185 (*GB-Inno-BM*), punt 31.

Het beginsel van non-discriminatie, neergelegd in artikel 18 VWEU, houdt in dat elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden is. Op dit beginsel kan alleen een beroep worden gedaan in situaties die onder de werkingssfeer van het Unierecht vallen. Dat betekent dat sprake moet zijn van een grensoverschrijdend element.⁴³ Is dat eenmaal het geval, dan valt heel veel handelen van de overheid onder de reikwijdte van het beginsel van non-discriminatie. Szyszczak stelt dat zich aan de hand van dit beginsel een nieuw soort burgerrechten heeft ontwikkeld die ook van toepassing zijn op terreinen die traditioneel tot het exclusieve domein van de nationale overheid behoorden.⁴⁴ Een zaak die in dit verband in de literatuur vaak wordt genoemd is de zaak *Cowan*.⁴⁵ In deze zaak ging het om een Brit die in Parijs het slachtoffer werd van een geweldsmisdrijf. Zijn verzoek om een uitkering uit een Frans overheidsfonds voor slachtoffers voor een geweldsmisdrijf werd afgewezen, omdat het fonds slechts kon uitkeren aan slachtoffers met de Franse nationaliteit. Het Hof van Justitie oordeelde dat deze situatie binnen de werkingssfeer van het Unierecht viel, omdat Cowan als toerist gebruik maakte van het vrije verkeer van diensten. Vervolgens oordeelde het Hof van Justitie dat het gemaakte onderscheid een verboden vorm van discriminatie was.

Slotsom

Concluderend kan worden gesteld dat de hiervoor geschetste ontwikkelingen ertoe hebben geleid dat steeds meer activiteiten van de overheid met de economische doelstelling van het Unierecht in verband worden gebracht. Dit geldt dus ook voor typische overheidsactiviteiten, zoals wetgeving en besluitvorming die aanvankelijk als niet-economische activiteit werden aangemerkt en buiten de reikwijdte van het Unierecht werden gehouden. Gaandeweg is het inzicht gekomen dat ook deze op zichzelf niet-economische activiteiten, zoals het verlenen van een bouwvergunning, het vaststellen van een bestemmingsplan of het handhaven van milieuvorschriften gevolgen (kunnen) hebben voor het gelijke speelveld dat de interne markt in wezen is. Het gaat immers om het toestaan of anderszins faciliteren van economische activiteiten. Het verlenen van een bouwvergunning voor het bouwen van een bedrijfspand, het vaststellen van een bestemmingsplan dat voorziet in de vestiging van een onderneming en het (niet) handhaven van regelgeving die door een ondernemer wordt overtreden beïnvloeden het gelijke speelveld.⁴⁶

43 Zie daarover verder paragraaf 4.4.1.

44 Szyszczak 2007, p. 11.

45 HvJ EG 2 februari 1989, C-186/87, ECLI:EU:C:1989:47 (*Cowan*). Zie ook HvJ EG 15 maart 2005, C-209/03, ECLI:EU:C:2005:169 (*Bidar*), waarin het ging om een Britse regeling die studiefinanciering beperkte tot in het Verenigd Koninkrijk gevestigde personen.

46 Belangrijk om op te merken is dat natuurlijk niet al het overheidshandelen aan het gelijke speelveld raakt. Zo houden het verlenen van een bouwvergunning aan een particulier voor het bouwen van een dakkapel, de afgifte van een paspoort, de vaststelling van een bestemmingsplan dat voorziet in woningbouw en de handhaving van verkeersvoorschriften doorgaans geen verband met economische activiteiten.

Het is voor lidstaten echter verboden om het gelijke speelveld te verstoren, behoudens voor zover daarvoor een rechtvaardiging bestaat. Of dit laatste het geval is, moet worden beoordeeld aan de hand van de Europese beginselen: non-discriminatie, effectiviteit en proportionaliteit. Dit heeft tot gevolg dat, hoewel het EEG-Verdrag en later ook het EG-Verdrag en het VWEU lidstaten vrij laten om hun eigen (interne) economische beleid vorm te geven, de economische orde van de Europese Unie er nu één is van een marktsysteem dat in de kern is gebaseerd op vrije mededinging.

4.2.4 Het doel van een vreedzame en welvarende samenleving

In artikel 3 lid 1 VEU is bepaald dat de Europese Unie als doel heeft de vrede, haar waarden en het welzijn van haar volkeren te bevorderen. Uit de preambules van het VEU en het VWEU volgt dat het daarbij gaat om het tot stand brengen van een steeds hechter verbond tussen de Europese volkeren en een steeds verdergaande convergentie van de Europese economieën.⁴⁷ Het verzekeren en handhaven van de vrede en welvaart in Europa vormen dus belangrijke drijfveren voor het Europese integratieproces.⁴⁸ Eén van de belangrijkste middelen om dit doel te bereiken is het tot stand brengen van de interne markt en het verzekeren van de werking ervan.⁴⁹ Artikel 26 lid 2 VWEU omschrijft de interne markt als een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd. Het gaat hierbij om economische integratie, waarbij de economieën van de lidstaten samensmelten tot één grote economie en waarbinnen economische grenzen worden weggenomen.⁵⁰ Het fundament van de interne markt wordt gevormd door de vier verkeersvrijheden: goederen-, personen-, diensten- en kapitaalverkeer.⁵¹ Deze vrijheden maken het mogelijk dat goederen, personen, diensten en kapitaal uit alle lidstaten vrij kunnen bewegen en daardoor met elkaar in concurrentie kunnen treden (markttoegang).⁵² Het gaat om het creëren van een gelijk speelveld (*level playing field*). Een onmisbare aanvulling op de verkeersvrijheden vormen de voorschriften van primair en secundair Unierecht die het marktgedrag van particulieren en lidstaten regelen (concurrentieregime). Voorkomen moet immers worden dat het speelveld dat door de verkeersvrijheden wordt gecreëerd, wordt verstoord doordat ondernemingen afspraken maken over de verdeling van de markt of doordat lidstaten steun toekennen aan nationale ondernemingen waardoor die een kunstmatig concurrentievoordeel behalen.

47 Van de Gronden 216, p. 472.

48 Barents & Brinkhorst 2012, p. 42.

49 Artikel 3 lid 3 VEU en artikel 26 lid 1 VWEU.

50 Amtenbrink & Vedder 2017, p. 296, en Barents & Brinkhorst 2012, p. 361.

51 Widdershoven 2015, p. 561. Sauter en Schepel 2009, p. 29, hebben het over de hoekstenen van de interne markt.

52 Barents & Brinkhorst 2012, p. 362.

Het proces van economische integratie is kortom voor een belangrijk deel gericht op het creëren van een gelijk speelveld met vrije mededinging.⁵³ Dit volgt ook uit artikel 119 lid 1 VWEU, waar is bepaald dat het economisch

53 Voor de volledigheid moet worden vermeld dat het Verdrag van Lissabon, dat op 1 december 2009 in werking is getreden, de plaats van het beginsel van vrije mededinging in het Verdrag heeft gewijzigd. Vóór 1 december 2009 was in artikel 3 lid 1, aanhef en onder g, van het toen geldende EG-Verdrag bepaald dat het Verdrag, teneinde een interne markt tot stand te brengen, voorzag in een regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst. In het huidige artikel 3 VEU wordt niet meer verwezen naar een regime van onvervalste mededinging. Volgens Barents & Brinkhorst 2012, p. 555, is dit het gevolg van 'politieke koehandel'. Zie ook Amtenbrink & Van de Gronden 2008, p. 323. Wel is aan het VWEU het *Protocol betreffende de interne markt en de mededinging* gehecht (PbEU 2008 C 115/309). Volgens dit protocol omvat de interne markt, als omschreven in artikel 3 VEU, een regime dat verzekert dat de mededinging niet wordt vervalst. Met het Verdrag van Lissabon zijn ook de voorheen in artikel 4 EG-Verdrag opgenomen principes van het economische beleid, waaronder het beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging, verplaatst naar artikel 119 VWEU. Deze wijzigingen hebben in de literatuur de vraag opgeroepen of een regime voor onvervalste mededinging niet langer één van de (hoofd)doelstellingen van de Unie is (Loozen 2009, p. 108-110, Steenbergen 2008, p. 141, Amtenbrink & Van de Gronden 2008, p. 323-329, en Riley 2007, p. 703-707). Volgens Steenbergen is dit niet het geval en verandert het Verdrag van Lissabon weinig aan de plaats van het mededingingsbeleid en het mededingingsrecht in de verdragen. Ook Amtenbrink en Van de Gronden menen dat er op de korte termijn weinig verandert, aangezien de kernbepalingen van het economische recht (artikelen 101 en 102 van het VWEU) niet wezenlijk zijn gewijzigd. Zij signaleren echter dat de lidstaten met de met het Verdrag van Lissabon aangebrachte wijzigingen op het terrein van de mededinging en de interne markt nationale belangen hebben willen veiligstellen. Dit zou er op termijn toe kunnen leiden dat niet-mededingingsbelangen – opgesomd in artikel 9 VWEU – een rol gaan spelen bij toepassing van het mededingingsrecht- en beleid. Zij zien het dan ook als een uitdaging om een balans te vinden tussen Europese marktintegratie en andere (nationale) doelstellingen zonder daarbij aan de ene kant in protectionisme en aan de andere kant in eenzijdige nadruk op vrije concurrentie te vervallen. Loozen trekt deze conclusie in twijfel. Zij wijst er daarbij in de eerste plaats op dat onvervalste mededinging nooit een doelstelling van de Unie is geweest, aangezien artikel 3 EG-Verdrag, zoals dat vóór 1 januari 2009 gold, geen doelstellingen behelst, maar middelen om de in artikel 2 EG-Verdrag opgesomde doelstellingen, waaronder de totstandbrenging van een interne markt, te verwezenlijken. Van weglaten van een doelstelling is dus geen sprake. Voorts zet Loozen uiteen dat de mededingingsregels ertoe strekken te verzekeren dat wanneer ondernemingen particuliere belangen nastreven (winstmaximalisatie), dit gebeurt op een manier die overeenstemt met het algemeen belang (effectieve mededinging) en er geen ruimte is om niet-mededingingsbelangen daarbij mee te wegen. Nu, ruim zeven jaar later, is de rook rond deze discussie opgetrokken en kan worden gesteld dat het schrappen van artikel 3 lid 1, aanhef en onder g, EG-Verdrag niets heeft veranderd aan de positie van het mededingingsrecht. In dit verband kan worden gewezen op de zaak *TeliaSonera Sverige*, waarin het Hof heeft geoordeeld dat de mededingingsregels nodig zijn voor de werking van de interne markt (HvJ EU 17 februari 2011, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83 (*TeliaSonera Sverige*), punten 20-21). Zie over laatstgenoemd arrest ook Barents & Brinkhorst 2012, p. 556.

beleid dat de lidstaten en de Unie voeren is gebaseerd op het beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging.⁵⁴

De interne markt gaat uit van het principe van marktwerking. Marktwerking is gebaseerd op het uitgangspunt dat ondernemingen, wanneer zij hun individuele belangen nastreven (maximalisatie van winst), eveneens het algemeen belang dienen doordat zij aldus de welvaart vergroten.⁵⁵ Het streven naar winstmaximalisatie vereist immers innovatieve en efficiënte bedrijfsvoering, waardoor voor de consument meer keuzemogelijkheden tegen een lagere prijs ontstaan. In hoofdstuk 2 werd duidelijk dat een belangrijke voorwaarde voor deze aanname is dat sprake is van eerlijke en vrije concurrentie tussen ondernemingen. Als dat niet het geval is, bijvoorbeeld omdat ondernemers afspraken hebben gemaakt over de verdeling van de markt of omdat de overheid aan een bepaalde onderneming steun verleent, verdwijnt de prikkel voor een onderneming om te innoveren of de bedrijfsvoering efficiënter in te richten. De mededinging wordt in dat geval beperkt, weliswaar ten gunste van het particuliere belang, maar ten koste van het algemene belang (de welvaart). Het gaat er dus niet zozeer om de individuele concurrentiebelangen te beschermen, maar vooral om de eerlijke en vrije mededinging (de mededingingsstructuur⁵⁶) te beschermen. Tot slot merk ik op dat de interne markt geen doel op zich is, maar slechts een middel om de beleidsdoelstellingen van de Europese Unie, in het bijzonder het verbeteren van de consumentenwelvaart, te realiseren. Daarnaast streeft de Europese Unie ook niet-economische belangen na, zoals milieubelangen. Dit betekent dat het streven naar volledig eerlijke en vrije concurrentie niet absoluut is. Steeds moet het belang van eerlijke en vrije mededinging worden afgewogen tegen andere algemene belangen.⁵⁷

4.2.5 Vooruitblik

In deze paragraaf kwam aan de orde dat de interne markt de economische kern van de Europese Unie vormt. Het fundament van de interne markt wordt gevormd door de vrij-verkeerbepalingen en de mededingingsregels. Op beide elementen ga ik in de volgende paragrafen uitvoeriger in. Vooraf

54 Interessant in dit verband is ook een speech van de toenmalige Eurocommissaris voor mededingingsbeleid, Neelie Kroes in 2007: 'The story of European integration – from Rome to Lisbon, via Maastricht, Nice and Amsterdam – has been grounded in one firm conviction. A commitment to open markets with free competition. Pursuit of this conviction has led to the political reunification and economic prosperity of a continent over fifty years. Where the European Defence Community fell, the Internal Market was born. And this has spawned the most unique and the most successful example ever of what you could call regional globalisation.' Zie http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-07-689_en.htm?locale=en, laatst geraadpleegd op 6 juli 2017.

55 Aldus ook Loozen 2009, p. 108. Zie over marktwerking verder paragraaf 2.2.2.

56 Zie over de mededingingsstructuur verder paragraaf 4.5.2.

57 Van de Gronden 2016, p. 472.

valt nog op te merken dat, hoewel zowel de vrij-verkeerbepalingen als de mededingingsregels nodig zijn voor het goed functioneren van de interne markt, het karakter van beide regels verschillend is.

Het karakter van de vrij-verkeerbepalingen

De vrij-verkeerbepalingen zien primair op het *vormen* van een interne markt. Daartoe moeten belemmeringen voor het vrije verkeer worden weggenomen. In dat verband wordt doorgaans gesproken van passieve of negatieve integratie. Het gaat om het wegnemen van belemmeringen. Dit betekent dat de vrij-verkeerbepalingen zich in eerste instantie richten tot de lidstaten. Zij zijn het immers die de handelsbelemmeringen moeten wegnemen. Dat neemt niet weg dat de reikwijdte van de vrij-verkeerbepalingen in de loop der tijd is uitgebreid. In de rechtspraak van het Hof van Justitie is uitgemaakt dat de vrij-verkeerbepalingen tot op zekere hoogte ook horizontale werking kunnen hebben.⁵⁸ Ik laat dit laatste verder buiten beschouwing, omdat het in dit proefschrift gaat om handelen van de overheid dat gevolgen heeft voor de concurrentieverhoudingen en niet om handelen van ondernemers.

Het karakter van de mededingingsregels

De mededingingsregels, waaronder ook het staatssteunrecht geschaard wordt, zien primair op het verzekeren van de *werking* van de interne markt en dus op het handhaven van de eerlijke mededinging. Het gaat daarbij in de eerste plaats om het voorkomen en repareren van verstoringen van de marktwerking. Maar het gaat ook om het 'repareren' van marktfalen. In dit verband wordt wel gesproken van actieve of positieve integratie. Bij de mededingingsregels kan een onderscheid worden gemaakt tussen de regels die betrekking hebben op het marktgedrag van ondernemingen (artikelen 101 en 102 VWEU) en de regels die betrekking hebben op het marktgedrag van overheden (artikelen 107 en 108 VWEU). Omdat eerstgenoemde bepalingen in hoofdzaak betrekking hebben op het gedrag van ondernemingen, blijven die hier grotendeels buiten beschouwing.⁵⁹ Van belang is echter nog wel om op te merken dat het proces van liberalisering en privatisering er voor heeft gezorgd dat steeds meer activiteiten van de staat ook onder de reikwijdte van deze mededingingsregels vallen. De staat gaat immers als marktpartij opereren en laat daarnaast private partijen toe op terreinen die van oorsprong tot het domein van de staat behoorden. Doordat steeds meer staatsactiviteiten onder de reikwijdte van het Unierecht zijn gekomen, in het bijzonder onder de reikwijdte van de Europese economische constitutie, is er een toenemende behoefte ontstaan aan uitzonderingen voor deze atypische marktactiviteiten. Dit is voor een deel geregeld in artikel 106 VWEU, waarin een uitzondering is gemaakt voor diensten van algemeen economisch belang (daeb).

58 Barents en Brinkhorst 2012, p. 474-475.

59 Wel aan de orde komt de situatie waarin de overheid nalaat om handhavend op te treden als private ondernemingen de mededingingsregels overtreden.

4.3 HET GELIJKHEIDSBEGINSEL

Het fundament onder het Europese integratieproces, en dus ook onder de regels betreffende de interne markt, wordt gevormd door het gelijkheidsbeginsel.⁶⁰ Het Unierecht kent op tal van deelterreinen bepalingen over gelijke behandeling. Van oorsprong hebben deze bepalingen vooral betrekking op gelijke behandeling van mannen en vrouwen.⁶¹ Voor de werking van de interne markt zijn die gelijkheidsregimes minder interessant, zodat die hier buiten beschouwing worden gelaten.⁶² Ik beperk mij tot het algemene gelijkheidsbeginsel dat in algemene zin vereist dat vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij dat objectief gerechtvaardigd is.⁶³ Verschil in behandeling is gerechtvaardigd, indien het berust op een objectief en redelijk criterium, dat wil zeggen wanneer het verband houdt met een door de betrokken wetgeving nagestreefd wettelijk toelaatbaar doel, en dit verschil in verhouding staat tot het met de betrokken behandeling nagestreefde doel.⁶⁴

De basis voor de hierna te bespreken verkeersvrijheden vormt artikel 18 VWEU.⁶⁵ Dit artikel verbiedt elke discriminatie op grond van nationaliteit. In de eerste plaats houdt dit verbod in dat geen openlijk onderscheid mag worden gemaakt naar herkomst of bestemming van goederen, diensten en werknemers. Regelingen en maatregelen die een uitdrukkelijk onderscheid naar nationaliteit en herkomst maken, zijn dan ook vrijwel altijd verboden. Daarnaast zijn echter ook maatregelen die geen openlijk onderscheid maken, maar die wel eenzelfde effect hebben, verboden. Het gaat dan om indirecte discriminatie.⁶⁶ Het verbod op indirecte discriminatie is echter niet absoluut. Een verschil in behandeling kan gerechtvaardigd zijn indien het gebaseerd is op objectieve overwegingen die los staan van nationaliteit (non-discriminatie) en evenredig zijn aan de door het nationale recht nagestreefde legitieme doelstelling.⁶⁷ Artikel 18 VWEU is van toepassing voor zover er geen bijzondere bepalingen van toepassing zijn waaraan het gelijkheidsbeginsel ten grondslag ligt, zoals de bepalingen inzake de verkeersvrijheden of de mededingingsbepalingen.⁶⁸ Artikel 18 VWEU vervult dus een vangnetfunctie. Wolswinkel wijst er op dat het nuttig is om het gelijkheidsbeginsel te

60 Barnard 2016, p. 17, Barents & Brinkhorst 2012, p. 469-470, Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 129, en Sauter & Schepel 2009, p. 29.

61 Craig & De Búrca 2015, p. 893.

62 Craig & De Búrca 2015, p. 895-932.

63 HvJ EG 16 december 2008, C-127/07, ECLI:EU:C:2008:728 (*Arcelor*), punt 23.

64 HvJ EG 16 december 2008, C-127/07, ECLI:EU:C:2008:728 (*Arcelor*), punt 47.

65 Barents & Brinkhorst 2012, p. 469-470.

66 Zie over het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie Craig & De Búrca 2015, p. 935-938, en Barents & Brinkhorst 2012, p. 401.

67 HvJ EU 25 januari 2011, C-382/08, ECLI:EU:C:2011:27 (*Neukirchinger*), punt 35, en HvJ EG 15 maart 2005, C-209/03, ECLI:EU:C:2005:169 (*Bidar*), punt 53.

68 Barents & Brinkhorst 2012, p. 470.

beschouwen als een waarde die zoveel mogelijk moet worden verwezenlijkt (optimaliseringsgebod).⁶⁹ Dit kan door eisen te stellen aan het handelen van de overheid op allerlei gebied. Belangrijk in dit verband is de transparantieplichting die inhoudt dat de overheid een passende mate van openbaarheid in acht neemt om elk risico van favoritisme en willekeur – en dus ongelijke behandeling – uit te sluiten.⁷⁰

4.4 DE VERKEERSVRIJHEDEN

4.4.1 Inleidende opmerkingen

De interne markt vereist in de eerste plaats dat productiefactoren (grondstoffen, arbeid en kapitaal) zich vrij over de markt kunnen bewegen. Datzelfde geldt voor de producten (goederen en diensten) die de markt voortbrengt. Het gaat hierbij om het creëren van een gelijk speelveld met gelijke kansen voor marktdeelnemers. Met het oog hierop is het van belang dat belemmeringen voor het vrije verkeer worden weggenomen. Het Hof van Justitie heeft het in dit verband over ‘het afschaffen van alle belemmeringen van het intracommunautaire handelsverkeer, teneinde de nationale markten te verenigen tot één enkele markt die de omstandigheden van een binnenlandse markt zo veel mogelijk benadert’.⁷¹ Dit vergt, enerzijds, een verbod op nationale regels die het vrije verkeer belemmeren (negatieve integratie) en, anderzijds, het harmoniseren van de nationale regelgeving (positieve integratie). In het kader van dit proefschrift, waarin besluiten van overheden die de concurrentie verstoren centraal staan, is vooral het verbod op belemmeringen van het vrije verkeer interessant. Ik beperk mij hier dan ook tot een bespreking van dat verbod.

Het vereiste van grensoverschrijdendheid

Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat de verkeersvrijheden alleen van toepassing zijn in situaties met een grensoverschrijdend element en niet kunnen worden ingeroepen in zuiver interne situaties.⁷² Dit is op zichzelf logisch, omdat de regels inzake het vrij verkeer tot doel hebben de belemmeringen van het vrij verkeer *tussen* de lidstaten op te heffen. Deze regels zijn dus niet van toepassing op activiteiten die zich in al hun relevante aspecten in één lidstaat afspelen.⁷³ Om een grensoverschrijdend belang vast

69 Wolswinkel 2013, p. 41.

70 Zie over de transparantieplichting uitgebreid Drahmman 2015.

71 HvJ EG 5 mei 1982, C-15/81, ECLI:EU:C:1982:135 (*Schul*), punt 33.

72 HvJ EU 15 november 2016, C-268/15, ECLI:EU:C:2016:874 (*Ullens de Schooten*), punt 47, en HvJ EU 22 december 2010, C-245/09, ECLI:EU:C:2010:808 (*Omalet*), punt 12. Zie voor een voorbeeld uit de nationale rechtspraak ABRvS 23 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU5444, r.o. 2.5.3.

73 Barnard 2016, p. 35, 209-211 en 523, Prechal 2015, p. 494, en Craig & De Búrca 2015, p. 62-763.

te stellen moet worden gekeken naar alle relevante criteria, zoals het economische belang van de opdracht, de plaats waar de opdracht wordt uitgevoerd en de technische aspecten ervan, waarbij dient te worden gelet op de specifieke kenmerken van de betreffende opdracht.⁷⁴ Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie moet niet te snel worden aangenomen dat sprake is van een zuiver interne situatie.⁷⁵ In bijvoorbeeld het arrest *Berlington* oordeelde het Hof dat wanneer een in een andere lidstaat gevestigde ondernemer *interesse* heeft om zijn goederen of diensten in een andere lidstaat aan te bieden, sprake is van een grensoverschrijdende situatie.⁷⁶ Interessant is ook het arrest van het Hof in de zaken *Trijber* en *Harmsen*.⁷⁷ In dat arrest acht het Hof voor het oordeel dat sprake is van een grensoverschrijdend element voldoende dat van een dienst ook gebruik *kan* worden gemaakt door de burgers van andere lidstaten en de betrokken regeling een belemmering *kan* vormen voor de toegang tot de markt van alle dienstverrichters.⁷⁸ Het heeft er dus alle schijn van dat voor een grensoverschrijdende situatie het niet noodzakelijk is dat de grensoverschrijding daadwerkelijk plaatsvindt of zal plaatsvinden. Drahmman schrijft terecht dat van bijna iedere verleende dienst wel eens iemand uit een andere lidstaat gebruik zou kunnen maken, zodat al snel sprake is van een grensoverschrijdende situatie.⁷⁹ De vraag rijst dan ook of er – in elk geval als het gaat om dienstverrichting⁸⁰ – überhaupt nog situaties denkbaar zijn die *niet* grensoverschrijdend zijn.⁸¹ Belangrijk in dit verband is het arrest van het Hof in de zaak *Ullens de Schooten*. Het ging in deze zaak om een Belg die in België een klinisch laboratorium exploiteerde en de Belgische staat aansprakelijk stelde voor schade die hij had geleden als gevolg van een schending van de vrijheid van vestiging. Het ging dus om een zuiver nationale situatie. Het Hof oordeelde dat als er in een geding geen sprake is van een aanknopingspunt met de vrijheid van vestiging, het

74 HvJ EU 14 juli 2016, C-458/14, ECLI:EU:C:2016:558 (*Promoinpresa*), AB 2016/320, m.nt. C.J. Wolswinkel, punt 66, en HvJ EU 14 november 2013, C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736 (*Belgacom*), JAAN 2014/3, m.nt. A. Drahmman, punt 29.

75 Zie over dit onderwerp ook Sevinga 2014, p. 196-202, en Steyger 2014, p. 66-75, m.n. par. 2.

76 HvJ EU 11 juni 2015, C-98/14, ECLI:EU:C:2015:386 (*Berlington*), punt 27.

77 HvJ EU 1 oktober 2015, C-340/14 en C-341/14, ECLI:EU:C:2015:641 (*Trijber en Harmsen*), AB 2015/437, m.nt. A. Drahmman.

78 HvJ EU 1 oktober 2015, C-340/14 en C-341/14, ECLI:EU:C:2015:641 (*Trijber en Harmsen*), punt 41. Zie ook HvJ EU 14 november 2013, C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736 (*Belgacom*), JAAN 2014/3, m.nt. A. Drahmman. In die zaak ging het om de vraag wanneer bij de verlening van concessieovereenkomsten voor diensten de uit de artikelen 49 en 56 van het VWEU voortvloeiende transparantieplichting van toepassing is. Het ging in die zaak dus niet in de eerste plaats om het grensoverschrijdende verkeer van de dienst zelf. Zie kritisch over de door het Hof in de zaak *Trijber* en *Harmsen* aangelegde toets over de grensoverschrijdendheid Botman 2016, p. 200.

79 Drahmman 2016, p. 70. Zie ook Botman 2017-1, p. 12-13.

80 Voor het goederen- en kapitaalverkeer blijft daadwerkelijke grensoverschrijding – gelet op de aard van de vrijheid – wel een harde eis, aldus Barnard 2016, p. 35 en 523.

81 Tot deze conclusie komt Van Rijn 2016, p. 39. Zie ook Prechal 2015, p. 496. Zie over het vervagen van het criterium dat sprake moet zijn van een grensoverschrijdende situatie verder Mortelmans 2006, p. 13-29.

vrije dienstenverkeer of het vrij verkeer van kapitaal, deze bepalingen geen rechten kunnen scheppen voor degene die zich daarop beroept.⁸² Dit betekent dat de verwijzende rechter, wanneer hij prejudiciële vragen stelt over de uitlegging van het Unierecht in een geschil met een zuiver nationaal karakter, duidelijk moet maken in welk opzicht er – ondanks het zuiver nationale karakter – toch sprake is van aanknoping met de bepalingen van het Unierecht inzake de fundamentele vrijheden.⁸³ Aldus kadert het Hof de gevallen waarin sprake is van een grensoverschrijdende situatie enigszins in.⁸⁴

Primair en secundair Unierecht

De Unierechtelijke regels inzake het vrije verkeer zijn in de eerste plaats terug te vinden in het VWEU. Er is echter ook steeds meer secundair Unierecht, dat regels over het vrije verkeer bevat. Inmiddels misschien wel het bekendste voorbeeld is de Dienstenrichtlijn.⁸⁵ Deze richtlijn heeft als doel een juridisch kader te scheppen om de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van diensten tussen de lidstaten te waarborgen.⁸⁶ Met het oog hierop voorziet de Dienstenrichtlijn in een juridisch regime om de belemmeringen voor de vrijheid van vestiging van dienstverrichters in de lidstaten en het vrije verkeer van diensten tussen de lidstaten die er nog bestaan te verwijderen. Een ander voorbeeld vormen de Europese aanbestedingsregels, zoals die onder meer zijn neergelegd in Richtlijn 2004/18/EG. Deze richtlijn vindt zijn grondslag in artikel 114 VWEU, waaruit kan worden afgeleid dat het een harmonisatiemaatregel betreft ter verwezenlijking van de interne markt. Met de aanbestedingsregels, die hun basis hebben in het vrij verkeer van (overheids)diensten, wordt dus een economisch doel nagestreefd. Het Hof van Justitie heeft dit ook diverse malen benadrukt door te overwegen dat:

‘de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten (...) op Europees vlak [zijn] gecoördineerd om belemmeringen van het vrij verkeer van diensten en goederen op te heffen en dus om de belangen te beschermen van in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden’.⁸⁷

Hoewel voor het vrije verkeer dus ook het secundaire Unierecht van groot belang is, beperk ik mij tot een bespreking van het primaire Unierecht, dat het fundament van de regels inzake het vrije verkeer vormt. Het is voldoende het primaire Unierecht te bespreken om het karakter van het vrij-verkeerregime te schetsen. Het gaat er niet om een gedetailleerde beschrijving te geven van het vrij-verkeerregime.

-
- 82 HvJ EU 15 november 2016, C-268/15, ECLI:EU:C:2016:874 (*Ullens de Schooten*), punt 57.
 83 HvJ EU 15 november 2016, C-268/15, ECLI:EU:C:2016:874 (*Ullens de Schooten*), punt 55. Ook Prechal 2015, p. 496, bepleit deze lijn.
 84 Prechal 2015, p. 496.
 85 Richtlijn 2006/123/EG (*PbEU* 2006, L 376/36).
 86 Zie punt 12 van de preambule.
 87 HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00, ECLI:EU:C:2003:110 (*Adolf Truley*), punt 41, en HvJ EG 12 december 2002, C-470/99, ECLI:EU:C:2002:746 (*Universale Bau*), punt 51.

De vier verkeersvrijheden

Het Unierechtelijke vrij-verkeerregime bestaat uit vier vrijheden: goederen, diensten, personen en kapitaal. Deze vier verkeersvrijheden kennen op grond van zowel het VWEU, als de rechtspraak van het Hof van Justitie verschillende juridische regimes. Dit houdt bijvoorbeeld in dat een maatregel die zou moeten worden getoetst aan het vrij verkeer van goederen, aan andere regels onderworpen is dan een maatregel die zou moeten worden getoetst aan het vrij verkeer van diensten.⁸⁸ In dit hoofdstuk gaat het er niet om deze verschillende regimes te bespreken. De nadruk ligt vooral op de bedoelingen die ten grondslag liggen aan deze juridische regimes. Het is echter niet te vermijden om soms toch wat nader op de juridische regimes in te gaan. Daarbij wordt vooral gezocht naar de gemeenschappelijke doelstelling die daaraan ten grondslag ligt. Omdat voor ondernemers die producten of diensten op een bepaalde markt willen aanbieden vooral het vrije verkeer van goederen en diensten, waaronder vestiging, van belang zijn, beperk ik mij tot deze vrijheden.

Het vrij verkeer van goederen wordt in het Unierecht beschermd tegen zogeheten tarifaire en non-tarifaire belemmeringen. Bij tarifaire belemmeringen gaat het om maatregelen van fiscale aard. Het fiscale recht blijft in dit onderzoek buiten beschouwing,⁸⁹ zodat hier alleen de non-tarifaire belemmeringen aan bod komen. Het verbod op deze belemmeringen is neergelegd in de artikelen 34 en 35 VWEU, waarbij artikel 34 ziet op invoerbelemmeringen en artikel 35 op uitvoerbelemmeringen. Artikel 34 VWEU bepaalt dat:

‘Kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking (...) tussen de lidstaten verboden [zijn].’

Het vrij verkeer van diensten wordt beschermd door artikel 56 VWEU. Dit artikel bepaalt dat:

‘(...) de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie verboden [zijn] ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan die, waarin degene is gevestigd te wiens behoefte de dienst wordt verricht.’

4.4.2 Het discriminatieverbod

De verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer houden in de eerste plaats een discriminatieverbod in. Het verbod van discriminatie op grond van

88 Zie voor een uitvoerig analyse van de verschillende regimes Barnard 2016. Ter zijde merk ik op dat in de literatuur van tijd tot tijd de vraag wordt opgeworpen in hoeverre het mogelijk is de verschillende economische vrijheden met elkaar te laten convergeren tot één fundamentele vrijheid. Zie bijvoorbeeld Tryfonidou 2010, p. 36-56. Tot op heden is daarvan echter weinig terecht gekomen.

89 Paragraaf 1.7.

nationaliteit vormt de basis voor de verkeersvrijheden.⁹⁰ Dit verbod houdt om te beginnen in dat geen openlijk onderscheid mag worden gemaakt naar herkomst of bestemming van productiefactoren en producten. Maatregelen die een uitdrukkelijk onderscheid naar nationaliteit en herkomst maken zijn verboden. Daarnaast zijn echter ook maatregelen die geen openlijk onderscheid maken, maar die wel eenzelfde effect sorteren, verboden. Het gaat dan om indirecte discriminatie. Voorbeelden hiervan zijn eisen die worden gesteld op het gebied van taal⁹¹ of woonplaats⁹², omdat daarvoor in de regel geldt dat alleen onderdanen van de desbetreffende lidstaat aan die eis kunnen voldoen.⁹³ Indirecte discriminatie was bijvoorbeeld aan de orde in de zaak *Josemans*, waarin de toegang tot coffeeshops werd beperkt tot Nederlands ingezetenen. Volgens het Hof van Justitie werkte deze maatregel hoofdzakelijk ten nadele van burgers van andere lidstaten, aangezien niet-ingezetenen vaak niet-staatsburgers zijn.⁹⁴

4.4.3 Het verbod van belemmerende maatregelen zonder onderscheid

Hoewel het discriminatieverbod de basis vormt voor het vrije verkeer, is de reikwijdte van de vrij-verkeerbepalingen in de rechtspraak van het Hof van Justitie aanzienlijk verruimd. Uit de rechtspraak kan zelfs worden afgeleid dat het accent van het Hof van Justitie bij de toepassing van de regels inzake het vrije verkeer is verschoven van het afschaffen van discriminatie, naar het afschaffen van maatregelen die de toegang tot de markt beperken.⁹⁵ Een belangrijk arrest in dit verband, is het arrest *Säger*. Daarin oordeelde het Hof van Justitie dat artikel 56 VWEU:

‘niet alleen de afschaffing van iedere discriminatie van de dienstverrichter op grond van diens nationaliteit verlangt, maar tevens de opheffing van *iedere beperking* – ook indien deze zonder onderscheid geldt voor binnenlandse dienstverrichters en dienstverrichters uit andere Lid-Staten – die de werkzaamheden van de dienstverrichter die in een andere Lid-Staat is gevestigd en aldaar rechtmatig gelijksoortige diensten verricht, *verbiedt of anderszins belemmert*.’⁹⁶ (curs. JW)

90 Amtenbrink & Vedder 2017, p. 311, Barents & Brinkhorst 2012, p. 469-470, Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 129, en Sauter & Schepel 2009, p. 29.

91 HvJ EG 28 november 1989, C- 379/87, ECLI:EU:C:1989:599 (*Groener*), punt 24.

92 HvJ EG 25 juli 1991, C-288/89, ECLI:EU:C:1991:323 (*Collectieve Antennevoorziening Gouda*), punten 10-11.

93 Amtenbrink & Vedder 2017, p. 311, en Barnard 2016, p. 219.

94 HvJ EU 16 december 2010, C-137/09, ECLI:EU:C:2010:774 (*Josemans*), punt 58.

95 Hatzopoulos 2016, p. 170, Barnard 2016, p. 225-226 en 230, Craig & De Búrca 2015, p. 90-695, en Botman 2015, p. 119.

96 HvJ EG 25 juli 1991, C-76/90, ECLI:EU:C:1991:331 (*Säger*), punt 12. Zie ook HvJ EU 12 juli 2012, C-602/10, ECLI:EU:C:2012:443 (*Volksbank Romania*), punt 73, HvJ EU 29 maart 2011, C-565/08, ECLI:EU:C:2011:188 (*Commissie/Italië*), punt 45, en HvJ EG 20 februari 2001, C-205/99, ECLI:EU:C:2001:107 (*Analir*), punt 21.

De vraag is vervolgens wanneer sprake is van een beperking die het vrije verkeer belemmert. Botman merkt hier na een analyse van de rechtspraak over op dat het Hof van Justitie geen kwantificeerbare ondergrens hanteert die moet worden gehaald om te kunnen spreken van een beperking.⁹⁷ Elke maatregel die op welke manier ook een beperking van het vrije verkeer inhoudt valt dus in beginsel onder de reikwijdte van de regels inzake het vrije verkeer. Het gaat in potentie om een grote groep maatregelen. In dit verband kan worden gewezen op een onderzoek dat Hatzopoulos in 2009 heeft verricht, waarbij hij bijna 500 uitspraken van het Hof van Justitie heeft bestudeerd die betrekking hebben op het vrije dienstenverkeer. Hij komt tot de conclusie dat het Hof van Justitie ten aanzien van slechts twee nationale maatregelen heeft geoordeeld dat geen sprake was van een beperking die in strijd was met het VWEU.⁹⁸

Wie of wat kan een beperking van het vrij verkeer veroorzaken?

Nu is geconstateerd dat het Hof van Justitie snel geneigd is aan te nemen dat een nationale maatregel een beperking inhoudt die het vrije verkeer belemmert, rijst de vraag wie of wat een belemmering van het vrij verkeer kan veroorzaken. Over de wie-vraag kan worden opgemerkt dat dit proefschrift gaat over de bescherming van ondernemers die door een besluit⁹⁹ van de overheid worden getroffen in hun concurrentiebelangen. Dit betekent dat ik vooral geïnteresseerd ben in beperkingen die voortvloeien uit overheidshandelen, in het bijzonder uit wettelijke voorschriften en de toepassing daarvan bij het nemen van besluiten. Hoewel uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat ook feitelijk handelen van de overheid¹⁰⁰ of van organen die aan de overheid zijn gelieerd¹⁰¹ en zelfs handelen van particulieren waartegen door de overheid niet wordt opgetreden¹⁰² het vrije verkeer kunnen belemmeren,¹⁰³ laat ik dat handelen verder buiten beschouwing.

Hierna volgen enkele voorbeelden uit de rechtspraak van het Hof van Justitie, waarin werd geoordeeld dat een overheidshandeling een beperking inhoudt die het vrije verkeer belemmert of minder aantrekkelijk maakt.

97 Botman 2015, p. 119. Zie ook Barnard 2016, p. 226.

98 Hatzopoulos 2012, p. 128-133. Zie ook Botman 2015, p. 121, die naar het onderzoek van Hatzopoulos verwijst.

99 Het begrip besluit moet hierbij enigszins ruim worden uitgelegd. Het gaat bijvoorbeeld ook om regelgevende besluiten die via de band van exceptieve toetsing aan de orde kunnen komen bij de bestuursrechter.

100 HvJ EG 17 april 2007, C-470/03, ECLI:EU:C:2007:213 (*A.G.M.-COS.MET*), punt 56.

101 HvJ EG 5 november 2002, C-325/00, ECLI:EU:C:2002:633 (*Commissie/Duitsland*), punten 19-20, en HvJ EG 24 november 1982, C-249/81, ECLI:EU:C:1982:402 (*Buy Irish*), punten 27-30.

102 HvJ EG 9 december 1997, C-265/95, ECLI:EU:C:1997:595 (*Spaanse aardbeien*), punten 30-31.

103 Barnard 2016, p. 76-78, Botman 2015, p. 122-123, en Dashwood e.a. 2011, p. 430-431.

Hierover bestaat een omvangrijke hoeveelheid rechtspraak van het Hof van Justitie. Het gaat het doel van dit onderzoek te buiten om al die rechtspraak hier uitputtend te bespreken. Het gaat er vooral om te illustreren hoe het nemen van een besluit, waarbij uitvoering wordt gegeven aan (wettelijke) voorschriften, een belemmering kan vormen voor de toegang van een ondernemer tot de markt. Bij het selecteren van uitspraken van het Hof van Justitie is gekozen voor enkele klassiekers en voor uitspraken die specifiek zien op de Nederlandse situatie.

4.4.3.1 Vergunningstelsels

Een belemmering die in het licht van de centrale onderzoeksvraag meteen in het oog springt, vormt het vereiste van een voorafgaande vergunning, als voorwaarde om bepaalde economische activiteiten te mogen verrichten.¹⁰⁴ Een ondernemer die geen vergunning van de autoriteiten van de lidstaat krijgt, kan de voorgenomen economische activiteiten niet uitoefenen en wordt aldus beperkt in zijn toegang tot de markt. In de zaak *Analir* ging het om een Spaanse regeling op grond waarvan het verrichten van cabotagediensten¹⁰⁵ met de eilanden¹⁰⁶ afhankelijk werd gesteld van een voorafgaande administratieve vergunning. Het Hof van Justitie oordeelde dat het vereiste van een voorafgaande vergunning, het verrichten van de dienst belemmert of minder aantrekkelijk maakt en dus een beperking op het vrije verkeer vormt.¹⁰⁷

Een andere zaak waarin het ging om een stelsel van voorafgaande vergunningen is de zaak *Hartlauer*.¹⁰⁸ In die zaak ging het om een Oostenrijkse regeling die voorschreef dat voor het oprichten van een zelfstandige polikliniek een voorafgaande vergunning vereist is. Een vergunning werd echter slechts verleend als er behoefte bestond aan de aan te bieden zorg. Daarbij werd gekeken naar het bestaande zorgaanbod. Een in Duitsland gevestigde vennootschap, Hartlauer, verzocht om toelating voor de oprichting van een zelfstandige tandheelkundige polikliniek in Wenen. Dit verzoek werd afgewezen omdat in Wenen voldoende tandheelkundige zorg voor handen was. Hartlauer was het met de afwijzing niet eens en stapte naar de rechter. De verwijzende rechter legde aan het Hof van Justitie de vraag voor of

104 Van Ommeren 2016, p. 580, Adriaanse e.a. 2016, p. 19, en Hatzopoulos 2016, p. 163. Zie ook C.J. Wolswinkel, annotatie bij HvJ EU 3 juni 2010, C-258/08, ECLI:EU:C:2010:308 (*Ladbroke's*), JB 2010/170, punt 4.

105 Cabotage wordt in de Van Dale gedefinieerd als binnenlands vervoer door buitenlandse transporteurs.

106 Onder het begrip cabotage met de eilanden wordt volgens de Spaanse wet verstaan: het vervoer over zee van passagiers tussen havens op het vasteland en een of meer eilanden, alsook tussen havens op eilanden onderling.

107 HvJ EG 20 februari 2001, C-205/99, ECLI:EU:C:2001:107 (*Analir*), punt 22. Zie voor een bespreking van dit arrest Van der Beek 2001, p. 249-252.

108 HvJ EG 10 maart 2009, C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141 (*Hartlauer*). Zie voor een bespreking van dit arrest Maasdam & Sluijs 2009, p. 214-219. Zie ook Dashwood e.a. 2011, p. 50.

de hiervoor bedoelde regeling in strijd was met de door artikel 49 VWEU gewaarborgde vrijheid van vestiging. Het Hof van Justitie oordeelde dat de bijkomende administratieve en financiële lasten die gepaard gingen met de verkrijging van de noodzakelijke voorafgaande vergunning alsmede de behoeftetoets die ertoe strekt het aantal dienstverrichters te beperken ondernemingen uit andere lidstaten die hun zorgactiviteiten via een vaste inrichting in Oostenrijk willen uitoefenen afschrikt, zo niet belemmert.¹⁰⁹ Het Hof kwam dan ook tot de conclusie dat de Oostenrijkse regeling de vrijheid van vestiging beperkt in de zin van artikel 49 VWEU.¹¹⁰

4.4.3.2 *Schaarse vergunningen*

Van de hiervoor genoemde ‘behoeftetoets’ is het maar een kleine stap naar schaarse vergunningen. Vergunningen zijn schaars als het aantal voor verlening beschikbare vergunningen beperkt is tot een maximum (plafond) en het aantal aanvragers dat voor vergunningverlening in aanmerking komt, groter is dan dit maximum.¹¹¹ Bij de verdeling van deze vergunningen geldt dat zelfs als een aanvrager voldoet aan alle vereisten om voor een vergunning in aanmerking te komen, hij de vergunning niet zonder meer krijgt, om het enkele feit dat het aantal vergunningen beperkt is.¹¹² Een dergelijke vergunningenplafond vormt dan ook een extra belemmering van het vrije verkeer.¹¹³ Interessant in het kader van de verdeling van schaarse vergunningen zijn de zaken *Ladbroke*¹¹⁴ en *Betfair*¹¹⁵ waarin het Hof van Justitie vragen van de Hoge Raad en de Afdeling over het Nederlandse stelsel van exclusieve kansspelvergunningen beantwoordde.¹¹⁶ In Nederland mag niet iedereen zomaar een loterij organiseren of een casino beginnen. In de Wet op de kansspelen (Wks) is een algemeen verbod op het organiseren van en deelnemen aan kansspelen opgenomen. De Wks geeft echter de mogelijkheid om een ontheffing te verlenen van dit verbod in de vorm van een vergunning, waaraan eventueel voorschriften kunnen worden verbonden. Voor vrijwel alle in de Wks genoemde kansspelen is het aantal vergunningen dat

109 HvJ EG 10 maart 2009, C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141 (*Hartlauer*), punten 34-38.

110 HvJ EG 10 maart 2009, C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141 (*Hartlauer*), punt 39.

111 Wolswinkel 2013, p. 25. Zie ook Van Rijn van Alkemade 2016, p. 3, Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 19, en Van Ommeren 2004, p. 2.

112 Adriaanse 2016, p. 3.

113 Aldus ook Van Ommeren 2016, p. 580.

114 HvJ EU 3 juni 2010, C-258/08, ECLI:EU:C:2010:308 (*Ladbroke*).

115 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*), AB 2011/17, m.nt. A. Buijze. Het arrest is ook bekend onder de naam *Sporting Exchange*. Zie voor een bespreking van dit arrest Drahmman 2015, hoofdstuk 5, Heijnsbroek 2013, p. 334-338, Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 1858, Drahmman 2011, p. 277, en Van der Beek 2010 p. 305-317.

116 Zie over het Nederlandse vergunningensysteem voor kansspelen Adriaanse, Barkhuysen en Van den Bogaert 2011, p. 160.

kan worden vergeven beperkt tot één.¹¹⁷ Zo had de Stichting de Nationale Sporttotalisator (de Lotto) de exclusieve vergunning voor het organiseren van sportprijsvragen en krasloterijen.¹¹⁸ In de zaak *Ladbrokes* ging het om een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming die sportgerelateerde kansspelen aanbood via internet. Daarnaast bestond de mogelijkheid om via een gratis telefoonnummer aan de door haar georganiseerde weddenschappen deel te nemen. Deze manier van aanbieden maakte het mogelijk dat ook Nederlandse ingezetenen aan de door Ladbrokes georganiseerde weddenschappen konden meedoen. De Lotto vond dat daarmee een inbreuk werd gemaakt op het Nederlandse verbod om sportprijsvragen te organiseren, behoudens de exclusieve vergunning die aan haar was verleend. Zij vorderde daarom bij de civiele rechter dat Ladbrokes zou worden verplicht haar *website* ontoegankelijk te maken voor Nederlandse ingezetenen.

Ook in de zaak *Betfair* ging het om een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming die over een vergunning beschikte om in die lidstaat kansspelen aan te bieden via internet. Betfair wilde haar diensten echter ook op de Nederlandse markt aanbieden en vroeg daarom een vergunning aan. Deze werd geweigerd onder verwijzing naar het gesloten vergunningstelsel van de Wks. Betfair maakte bezwaar tegen de afwijzing van haar aanvragen en tegen de verlenging van de vergunningen van de Lotto en SGR, die ondertussen had plaatsgevonden. In beide zaken vroeg de verwijzende rechter zich af of het gesloten vergunningstelsel van de Wks als zodanig verenigbaar was met het vrij verkeer van diensten (thans artikel 56 VWEU).¹¹⁹ De eerste vraag die in beide zaken werd gesteld was dan ook of artikel 56 VWEU zich verzet tegen het Nederlandse gesloten vergunningstelsel voor kansspelvergunningen. Het Hof van Justitie oordeelde dat een regeling van een lidstaat die een exclusief recht op de organisatie van kansspelen toekent aan één marktdeelnemer en elke andere marktdeelnemer, waaronder een in een andere lidstaat gevestigde marktdeelnemer, verbiedt om op het grondgebied van eerstgenoemde lidstaat via internet diensten aan te bieden die

117 Een iets ander regime geldt voor het aanwezig hebben van kansspelautomaten. Daarvoor geldt in de eerste plaats dat niet de raad van bestuur van de kansspelautoriteit vergunning kan verlenen, maar de burgemeester (artikel 30b Wks). Ook is het aantal aanwezigheidsvergunningen dat kan worden verleend niet geregeld in de Wks. Ten aanzien van aanwezigheidsvergunningen voor kansspelautomaten moet een onderscheid worden gemaakt tussen kansspelautomaten in 'hoogdrempelige horeca' (o.a. cafés en restaurants) en kansspelautomaten in speelhallen. Voor deze laatste categorie geldt dat daarvoor alleen een vergunning kan worden verleend als de gemeenteraad dit bij verordening heeft toegestaan. Gemeente kunnen zelf beslissen of zij regels vaststellen ten aanzien van het verlenen van aanwezigheidsvergunningen ten behoeve van speelhallen. In die regels kunnen zij allerlei beperkingen stellen, onder andere ten aanzien van het aantal te verlenen vergunningen. Dit maakt dat ook aanwezigheidsvergunningen voor speelautomaten in speelhallen in potentie schaars zijn.

118 Krasloterijen zijn in de Wks aangeduid als instantloterijen.

119 HR 13 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8970, *NJB* 2008, 1395, en ABRvS 14 mei 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD1483.

onder dit stelsel vallen een beperking vormt van het door artikel 56 VWEU beschermde vrije verkeer van diensten.¹²⁰

4.4.3.3 Materiële eisen

Bij de hiervoor besproken beperkingen ging het om beperkingen die uitgaan van de uitoefening van de bevoegdheid als zodanig om besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb te nemen. Het enkele feit dat een vergunning vereist is of dat het aantal vergunningen beperkt is, vormt al een beperking. Gezegd zou kunnen worden dat het gaat om beperkingen van formele aard. Het kan echter ook zo zijn dat de beperking schuilt in de toepassing van voorschriften bij de uitoefening van de bevoegdheid om een besluit te nemen, op grond waarvan bijvoorbeeld aan bepaalde voorwaarden moet zijn voldaan om voor een vergunning in aanmerking te komen. De beperking bevindt zich dan op een ander niveau. Het gaat om beperkingen van meer materiële aard. Ik noem enkele voorbeelden.

In *Nertsvoederfabriek Nederland* ging het om een nationale wettelijke regeling die (1) het verwerken van slachtafval voorbehoudt aan de houders van een destructievergunning, (2) de vergunninghouders belast met het onschadelijk maken van alle destructiemateriaal en (3) producenten van slachtafval verplicht dit uitsluitend aan die vergunninghouders af te staan tegen een door de vergunninghouders te betalen vergoeding. Naar het oordeel van het Hof van Justitie hield deze wettelijke regeling een belemmering van het vrij verkeer van goederen in, omdat deze regeling in feite een uitvoerbeperking inhoudt.¹²¹

Een ander voorbeeld biedt de zaak *Alpine Investments*. In die zaak oordeelde het Hof van Justitie dat een door de Nederlandse minister van Financiën aan een financiële dienstverlener opgelegd verbod op telefonische colportage voor financiële diensten (*cold calling*) bij potentiële klanten in Nederland én in andere landen een belemmering vormde van het vrij verkeer van diensten, omdat het verbod de toegang tot de dienstenmarkt in andere lidstaten belemmerde.¹²²

Een recenter voorbeeld van een materiële eis die belemmerend werkt kan worden gevonden in de al genoemde zaak *Josemans*. In deze zaak ging het om het coffeeshopbeleid van de gemeente Maastricht. Met het oog op het beperken van (de overlast door) drugstoerisme was in de APV van Maastricht een ingezetenen criterium opgenomen. Dit hield in dat het voor de houder van een coffeeshop verboden was andere personen dan ingezetenen van Nederland in de coffeeshop toe te laten en daar te laten verblijven. Omdat uit controles was gebleken dat Josemans ook niet-ingezetenen toegang gaf tot zijn coffee-

120 HvJ EU 3 juni 2010, C-258/08, ECLI:EU:C:2010:308 (*Ladbroke's*), punt 16, en HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*), punt 24.

121 HvJ EG 6 oktober 1987, C-118/86, ECLI:EU:C:1987:424 (*Nertsvoederfabriek Nederland*), punten 10 en 11.

122 HvJ EG 10 mei 1995, C-384/93, ECLI:EU:C:1995:126 (*Alpine Investments*), punten 28 en 35.

shop besloot de burgemeester de coffeeshop tijdelijk te sluiten. Josemans ging tegen die beslissing in beroep en voerde aan dat het ingezetenen criterium in strijd was met het vrij verkeer van diensten en goederen. Het Hof van Justitie bepaalde allereerst dat een houder van een coffeeshop in het kader van zijn activiteit van verkoop van verdovende middelen – hoewel gedoogd, een illegale activiteit – zich niet kan beroepen op de verkeersvrijheden.¹²³ Voor zover in de coffeeshop alcoholvrije drank en etenswaren werden verkocht, toetste het Hof van Justitie wel aan de vrij-verkeerbepalingen. Geoordeeld werd dat de maatregel, die als onderscheidend criterium de woon- of verblijfplaats hanteert, een verkapte vorm van discriminatie inhoudt, omdat dit hoofdzakelijk ten nadele van andere lidstaten kan werken.¹²⁴ Er was aldus sprake van een beperking van het vrij verkeer van diensten.

4.4.3.4 *Niet altijd een belemmering*

Voor een compleet beeld is het van belang erop te wijzen dat niet elke maatregel die in acht moet worden genomen door een marktdeelnemer volgens het Hof van Justitie een beperking van het vrije verkeer vormt.¹²⁵ Gewezen kan worden op de zaak *ARGE*. Deze zaak betrof een door het Oostenrijkse Bondsministerie van Land- en Bosbouw georganiseerde openbare aanbestedingsprocedure voor monsternemingen en analyses van water van een aantal Oostenrijkse meren en rivieren. Behalve door *ARGE* werden ook aanbiedingen gedaan door dienstverleners uit de openbare sector. *ARGE* kwam hiertegen op, omdat die dienstverleners hoge overheids subsidies ontvangen en daardoor aanbiedingen kunnen doen met prijzen die veel lager zijn dan die van hun mededingers die geen subsidie ontvangen, zoals *ARGE*. Het Hof van Justitie oordeelde dat het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers als zodanig geen beletsel vormt voor de deelneming van openbare lichamen aan een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten, omdat een inschrijver in de loop van een selectieprocedure kan worden uitgesloten wanneer de aanbestedende dienst van oordeel is dat hij staatssteun heeft ontvangen die niet in overeenstemming is met het EG-Verdrag, en dat de verplichting de onwettige steun terug te betalen een risico voor zijn financiële gezondheid zou kunnen zijn, zodat deze inschrijver kan worden geacht niet de vereiste financiële of economische waarborgen te bieden.¹²⁶ Het Hof van Justitie oordeelde verder dat steun over het algemeen wordt toegekend aan ondernemingen die op het grondgebied van de steunverlenende lidstaat zijn gevestigd. De praktijk en de ongelijke behandeling die daaruit voortvloeit voor de ondernemingen van andere lidstaten zijn dus inherent aan staatssteun. Op zich kunnen steunmaatregelen evenwel niet als een verkapte discriminatie noch als een beperking van het vrij verrichten van diensten in

123 HvJ EU 16 december 2010, C-137/09, ECLI:EU:C:2010:774 (*Josemans*), punt 53.

124 HvJ EU 16 december 2010, C-137/09, ECLI:EU:C:2010:774 (*Josemans*), punt 58.

125 Botman 2015, p. 120-121.

126 HvJ EG 7 december 2000, C-94/99, ECLI:EU:C:2000:677(*ARGE*), punten 29 en 30.

de zin van artikel 56 VWEU worden aangemerkt.¹²⁷ Kortom, een subsidiestelsel vormt naar het oordeel van het Hof van Justitie als zodanig in beginsel geen beperking van de vrijheid om een economische activiteit te verrichten.

4.4.3.5 *Tussenconclusie en vooruitblik*

Bovenstaande beknopte selectie uit de rechtspraak van het Hof van Justitie is voldoende om te laten zien dat vergunningstelsels, op grond waarvan voor het uitoefenen van bepaalde economische activiteiten een vergunning of ontheffing noodzakelijk is, een beperking inhouden van het vrije verkeer. Daarmee is overigens niet gezegd dat de overheid geen vergunningen meer mag eisen voor economische activiteiten. Dat zou immers tot de onaanvaardbare consequentie leiden dat de overheid niet meer met het oog op de behartiging van het algemeen belang maatregelen kan treffen. Wel is het dus zo dat de overheid regelmatig het vrij verkeer belemmert en de concurrentiepositie van ondernemingen beïnvloedt. In de rechtspraak van het Hof van Justitie hebben zich in dat verband rechtvaardigingsgronden ontwikkeld voor belemmeringen van de verkeersvrijheden. Deze komen in de volgende paragraaf aan de orde.

4.4.4 Gerechtvaardigde belemmeringen

Omdat vrijwel elk overheidshandelen een (potentiële) belemmering van het vrije verkeer vormt, zou het strikt naleven van de vrij-verkeerbepalingen betekenen dat de overheid geen gebruik meer kan maken van de bevoegdheden om economische activiteiten te reguleren. Dat is uiteraard nooit de bedoeling geweest van de Europese wetgever. Maatregelen die het vrije verkeer belemmeren kunnen onder omstandigheden daarom worden gerechtvaardigd.

4.4.4.1 *Rechtvaardiging van discriminatoire maatregelen*

In de eerste plaats voorziet het VWEU in een aantal limitatief opgesomde rechtvaardigingsgronden voor discriminatoire maatregelen. In het geval van bijzondere belangen die in het geding zijn, kunnen maatregelen die onderscheid maken naar nationaliteit of herkomst worden gerechtvaardigd.¹²⁸ Het gaat om uitzonderingen die gelden voor maatregelen ter bescherming van onder andere de openbare zeden, openbare orde en veiligheid, de volksgezondheid, intellectuele eigendom en cultuuroggoederen. Omdat het gaat om uitzonderingen op de hoofdregel dat discriminatie verboden is, legt het Hof van Justitie de rechtvaardigingsgronden beperkt uit en moet een lidstaat bewijzen dat alle voorwaarden voor het maken van een uitzondering zijn

127 HvJ EG 7 december 2000, C-94/99, ECLI:EU:C:2000:677(ARGE), punt 36.

128 Deze uitzonderingen zijn opgesomd in de artikelen 36 (goederen), 51 tot en met 54 (personen), 62 (diensten) en 65 (kapitaal) VWEU.

vervuld.¹²⁹ Voorts mag de nationale maatregel geen middel tot willekeurige discriminatie of een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen. Deze voorwaarde functioneert als een evenredigheidstoets¹³⁰ en leidt er toe dat het niet goed denkbaar is dat een uitzondering zal worden gemaakt voor een maatregel die *direct* onderscheid maakt. Onder strikte voorwaarden kan dus alleen een maatregel die *indirect* onderscheid maakt naar nationaliteit of herkomst worden gerechtvaardigd.

4.4.4.2 *Rechtvaardiging van maatregelen zonder onderscheid*

Naast de rechtvaardigingsgronden opgenomen in het VWEU, heeft het Hof van Justitie in de loop der jaren verschillende maatregelen die het vrije verkeer belemmeren gerechtvaardigd geacht op aan het algemeen belang ontleende gronden.¹³¹ Deze rechtvaardigingsgronden gelden, anders dan de in het VWEU opgesomde rechtvaardigingsgronden, niet voor discriminatoire maatregelen, maar juist voor maatregelen die geen onderscheid maken naar nationaliteit of herkomst.¹³² Een ander belangrijk verschil met de in het VWEU opgesomde rechtvaardigingsgronden is dat het om een niet-limitatieve lijst gaat.

4.4.4.3 *De ‘rule of reason’*

In het arrest *Cassis de Dijon* heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat bij gebrek aan harmonisatie op een bepaald terrein:

[b]elemmeringen van het intracommunautaire verkeer als gevolg van dispariteiten van de nationale wettelijke regelingen op de verhandeling der betrokken producten, moeten worden aanvaard voor zover *dringende behoeften*, onder meer verband houdend met de doeltreffendheid der fiscale controles, de bescherming van de volksgezondheid, de eerlijkheid der handelstransacties en de bescherming van consumenten, ze noodzakelijk maken.¹³³ (curs. JW)

129 Craig & De Búrca 2015, p. 696, Barents & Brinkhorst 2012, p. 500, en Sauter & Schepel 2009, p. 29.

130 Amtenbrink & Vedder 2017, p. 335.

131 Ook heeft het Hof uitzonderingen aanvaard voor verkoopmodaliteiten (Keck-uitzondering; HvJ EG 24 november 1993, C-267/91 en C-268/91, ECLI:EU:C:1993:905 (*Keck en Mithouard*), punten 16-17) en voor het geval causaal verband tussen een maatregel en de belemmering ontbreekt (Peralta-uitzondering, HvJ EG 14 juli 1994, C-379/92, ECLI:EU:C:1994:296 (*Peralta*), punt 24). Deze uitzonderingen blijven buiten beschouwing, omdat op grond daarvan bepaalde maatregelen niet als beperking van de verkeersvrijheden worden aangemerkt en dus strikt genomen geen sprake is van een rechtvaardiging van een beperking.

132 Zie over dit onderscheid Dashwood e.a. 2011, p. 442, 573-574. Zie kritisch over dit onderscheid Craig & De Búrca 2015, p. 705.

133 HvJ EG 20 februari 1979, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (*Cassis de Dijon*), punt 8. Het arrest *Cassis de Dijon* is ook bekend onder de naam *Rewe Zentral*. Zie ook HvJ EG 10 november 1982, C-261/81, ECLI:EU:C:1982:382 (*Rau*), punt 12.

In de zaak *Cassis de Dijon* ging het om het vrij verkeer van goederen, maar het Hof van Justitie heeft eenzelfde uitzondering ook toegepast in het kader van het vrij verkeer van diensten en vestiging. Zo overwoog het Hof in de zaak *Van Binsbergen* reeds dat:

‘evenwel, in verband met de bijzondere aard van sommige diensten, niet als onverenigbaar met het Verdrag kunnen worden beschouwd specifieke eisen welke aan de dienstverrichter worden gesteld wegens de toepasselijkheid van beroepsregels die hun grond vinden in het algemeen belang – met name regels betreffende organisatie, bekwaamheid, beroepsethiek, toezicht en aansprakelijkheid – en die voor iedereen gelden die gevestigd is op het grondgebied van de Staat waar de dienst wordt verricht, voor zover zulke eisen nodig zijn om te voorkomen dat de dienstverrichter door zijn vestiging in een andere Lid-Staat aan de greep van die regels zou ontsnappen.’¹³⁴

Het Hof heeft deze uitzondering bevestigd in het arrest *Säger*, waarin het overwoog dat:

‘Gelet op de bijzondere aard van bepaalde dienstverrichtingen, kunnen specifieke eisen die aan de dienstverrichter worden gesteld op grond dat de toepassing van de voor de betrokken werkzaamheden geldende regels zulks vereist, niet onverenigbaar met het Verdrag worden geacht. Als grondbeginsel van het Verdrag kan het vrij verrichten van diensten echter slechts worden beperkt door regelingen die hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang en die gelden voor iedere persoon of onderneming die op het grondgebied van de Lid-Staat van ontvangst werkzaam is, voor zover dit belang niet wordt gewaarborgd door de regels waaraan de dienstverrichter is onderworpen in de Lid-Staat waar hij is gevestigd. De gestelde eisen moeten in het bijzonder objectief noodzakelijk zijn om de naleving van de beroepsregels en de bescherming van de ontvanger van de dienst te waarborgen, en mogen niet verder gaan dan ter bereiking van deze doelstellingen noodzakelijk is.’¹³⁵ (curs. JW)

De ‘Cassis-uitzondering’ houdt in dat wanneer – bij gebrek aan harmonisatie op een bepaald terrein – een nationale maatregel die zonder onderscheid van toepassing is en die op grond van dwingende vereisten noodzakelijk is, niet onder de werking van de in de vorige paragraaf genoemde vrij-verkeerbepalingen valt. Deze uitzondering is bekend geworden als de ‘*rule of reason*’. Bij toepassing van de ‘*rule of reason*’ wordt het belang van marktintegratie afgewogen tegen andere algemene belangen. Sauter en Schepel wijzen er op dat de toepassing van de ‘*rule of reason*’ in de loop der jaren is veranderd.¹³⁶ Aanvankelijk was toepassing ervan vooral gericht op marktintegratie in een situatie met uiteenlopende nationale regelgeving in de lidstaten. Met behulp van de ‘*rule of reason*’ werd gezocht naar een balans tussen de verschillende nationale wettelijke regimes en de uiteenlopende redenen die daarin als dwingend werden aangemerkt. Inmiddels is de marktintegratie in vergaande mate voltooid, en is toepassing van de ‘*rule of reason*’ veel meer

134 HvJ EG 3 december 1974, C-33/74, ECLI:EU:C:1974:131 (*Van Binsbergen*), punt 13.

135 HvJ EG 25 juli 1991, C-76/90, ECLI:EU:C:1991:331 (*Säger*), punt 15. Zie ook HvJ EG 17 december 1981, C-279/80, ECLI:EU:C:1981:314 (*Webb*), punt 20.

136 Sauter en Schepel 2009, p. 40-41.

gericht op marktregulering en wordt vooral gezocht naar een balans tussen de verschillende belangen die de Europese Unie beoogt te behartigen en te beschermen. Daarbij gaat het om een afweging tussen, enerzijds, het belang van een openmarkteconomie met eerlijke mededinging en, anderzijds, allereerste andere politieke en sociale belangen.¹³⁷

4.4.4.4 Toetsingskader

In de rechtspraak van het Hof van Justitie is een algemeen toetsingskader geformuleerd aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of een nationale maatregel die feitelijk een beperking inhoudt van de in het VWEU gewaarborgde fundamentele vrijheden toch is toegestaan. Een beperking is slechts toelaatbaar als deze (1) zonder discriminatie wordt toegepast, (2) gerechtvaardigd is wegens dwingende redenen van algemeen belang, (3) geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en (4) niet verder gaat dan nodig is voor het bereiken van dat doel.¹³⁸ Het eerste vereiste spreekt redelijk voor zich en wordt hierna daarom niet verder besproken. De andere vereisten komen hierna achtereenvolgens aan de orde, waarbij het derde en vierde vereiste samen worden behandeld als het evenredigheidsvereiste.

4.4.5 Dwingende redenen van algemeen belang

Het begrip dwingende redenen van algemeen belang is een ruim begrip. Het omvat in elk geval de in het VWEU opgesomde dwingende redenen van algemeen belang, zoals de bescherming van de openbare orde, veiligheid en volksgezondheid, die een beperking van de verkeersvrijheden kunnen rechtvaardigen.¹³⁹ In de rechtspraak van het Hof van Justitie is het begrip echter fors uitgebreid.¹⁴⁰ Voorbeelden daarvan zijn de bescherming van

137 Aldus ook *Antenbrink & Vedder* 2017, p. 337-338, en *Barnard* 2016, p. 174.

138 HvJ EG 6 november 2003, C-243/01, ECLI:EU:C:2003:597 (*Gambelli*), punt 64, HvJ EG 30 november 1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (*Gebhard*), punt 37, HvJ EG 25 juli 1991, C-76/90, ECLI:EU:C:1991:331 (*Säger*), punt 15, HvJ EG 20 september 1988, C-302/86, ECLI:EU:C:1988:421 (*Deense Flessen*), punt 6, en HvJ EG 10 november 1982, C-261/81, ECLI:EU:C:1982:382 (*Rau*), punt 12. Zie over dit toetsingskader bijvoorbeeld *Barnard* 2016, p. 179-194 (goederen) en p. 489-491 (diensten), en *Dashwood* e.a. 2011, p. 441-446 (goederen), p. 574-577 (diensten). *Craig & De Búrca* 2015, p. 834, voegen aan deze eisen nog een extra vereiste toe. Een maatregel is alleen gerechtvaardigd als deze de fundamentele rechten respecteert. Dit volgt uit HvJ EG 11 juli 2002, C-60/00, ECLI:EU:C:2002:434 (*Carpenter*), punt 40.

139 Artikelen 36 (goederen) en 62 (diensten) VWEU.

140 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*), punt 26, HvJ EG 8 september 2009, C-42/07, ECLI:EU:C:2009:519 (*Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International*), punt 56. *Barnard* 2016, p. 150, merkt op dat deze uitbreiding noodzakelijk was, omdat artikel 36 VWEU uit de jaren vijftig van de vorige eeuw stamt en de samenleving zich sindsdien heeft ontwikkeld, waardoor andere waarden, zoals het milieu en consumentenbescherming, belangrijk zijn geworden.

consumenten en werknemers, dierenwelzijn, de bescherming van intellectuele eigendom, het bestrijden van fraude, het waarborgen van de vrijheid van meningsuiting en het vermijden van maatschappelijke problemen in het algemeen. De lijst heeft een open einde.¹⁴¹ Lidstaten hebben dan ook veel vrijheid om te bepalen wat een dwingende reden van algemeen belang is.¹⁴² Die vrijheid wordt groter, naarmate de morele, religieuze en culturele verschillen die tussen lidstaten over een bepaald onderwerp bestaan groter zijn.¹⁴³ Dit is bijvoorbeeld het geval als het gaat om kansspelen. Het Hof van Justitie stelt als ondergrens wel dat maatregelen die een economisch belang nastreven¹⁴⁴ of die als doel hebben de inkomsten voor de schatkist te maximaleren op zich een beperking van de verkeersvrijheden niet kunnen rechtvaardigen.¹⁴⁵ Voor zover echter een maatregel die in de eerste plaats doelstellingen betreffende dwingende vereisten van algemeen belang nastreeft als bijkomend effect heeft dat deze ten goede komt aan de begroting van de lidstaat, staat dat niet aan rechtvaardiging van de beperking in de weg.¹⁴⁶

4.4.6 Evenredigheid

Het bestaan van een dwingende reden van algemeen belang is op zichzelf niet voldoende om een beperking van de verkeersvrijheden te rechtvaardigen. De maatregel moet bovendien evenredig zijn. Dit houdt in dat de beperkende maatregel (1) geschikt moet zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en (2) niet verder mag gaan dan noodzakelijk is voor het bereiken van dat doel (proportioneel).¹⁴⁷ Bij de beoordeling of dit het geval is laat het Hof van Justitie lidstaten aanzienlijk minder ruimte dan bij de beoordeling of sprake is van een dwingende reden van algemeen belang.¹⁴⁸

4.4.6.1 *Geschiktheid van de maatregel: consistent beleid*

Bij de beoordeling of een maatregel die een beperking van de verkeersvrijheden inhoudt geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken, gaat het Hof van Justitie onder meer na of de maatregel past in het beleid dat wordt

141 Barnard 2016, p. 174.

142 Barnard 2016, p. 174, Hatzopoulos 2016, p. 170, en Craig & De Búrca 2015, p. 833.

143 HvJ EU 11 juni 2015, C-98/14, ECLI:EU:C:2015:386 (*Berlington*), punt 56, en HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*), punt 28.

144 HvJ EG 28 april 1998, C-120/95, ECLI:EU:C:1998:167 (*Decker*), punt 39, en HvJ EG 28 april 1998, C-158/96, ECLI:EU:C:1998:171 (*Kohll*), punt 41. Zie ook Barnard 2016, p. 74, en Craig & De Búrca 2015, p. 833.

145 HvJ EU 30 april 2014, C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281 (*Pfleger*), punt 64, en HvJ EU 15 september 2011, C-347/09, ECLI:EU:C:2011:582 (*Dickinger en Ömer*), punt 55.

146 HvJ EU 11 juni 2015, zaak nr. C-98/14, ECLI:EU:C:2015:386 (*Berlington*), punt 60, en HvJ EG 6 november 2003, C-243/01, ECLI:EU:C:2003:597 (*Gambelli*), punt 62.

147 Barnard 2016, p. 179 en 489, en Dashwood e.a. 2011, p. 445-446.

148 Hatzopoulos 2016, p. 171.

gevoerd. Een maatregel is slechts geschikt wanneer de verwezenlijking van het betrokken doel op coherente en systematische wijze wordt nagestreefd.¹⁴⁹ In dit verband wordt wel gesproken van de ‘hypocrisietest’.¹⁵⁰ Bij deze test wordt gekeken naar het doel dat wordt nagestreefd en het geheel van regels en beleid dat wordt gebruikt om dat doel na te streven. De voorliggende maatregel moet passen binnen dit beleid. Ter illustratie kan worden gewezen op de al eerder genoemde zaak *Ladbrokes*. In die zaak ging het om de beoordeling van het Nederlandse gesloten vergunningstelsel voor kansspelen, waarbij slechts één vergunning per kansspel werd vergeven. Het doel van dit stelsel is het beteugelen van gokverslaving en de bescherming van de maatschappelijke orde door het tegengaan van fraude. De Hoge Raad vroeg zich echter af of deze nationale regeling een samenhangend en stelselmatig beleid waarborgt, nu de Wks weliswaar de hiervoor genoemde doelstellingen nastreeft, maar tegelijkertijd marktdeelnemers die reeds een exclusieve vergunning hebben toestaat nieuwe kansspelen te introduceren en gebruik te maken van reclame om hun aanbod op de markt aantrekkelijk te maken.¹⁵¹ Wolswinkel wijst er op dat het hier om een tweede ‘beperking’ van het vrije verkeer gaat. Het gaat dan niet om de beperking die uitgaat van het aantal vergunningen, maar om een beperking die uitgaat van de schaarse vergunning zelf.¹⁵² Als de schaarse vergunning zelf geen beperkingen kent ten aanzien van de te ondernemen activiteiten, dan gaat daarvan een (tweede) beperking uit voor andere (potentiële) marktdeelnemers. Het gaat dan immers om de keuze van de overheid om op grond van een reeds afgegeven vergunning het kansspelaanbod uit te breiden, in plaats van een tweede vergunning te verlenen voor een ‘nieuw’ kansspel. In dit licht wijst Wolswinkel er terecht op dat het logisch is om de beperking ten aanzien van het aantal vergunningen in samenhang met (het ontbreken van) beperkingen die van de schaarse vergunning zelf uitgaan te bezien. De vraag in de zaak *Ladbrokes* was dan ook of de beperking die uitgaat van de regeling die het voor een marktdeelnemer die een exclusieve vergunning heeft mogelijk maakt om nieuwe kansspelen te introduceren en gebruik te maken van reclame om zijn aanbod op de markt aantrekkelijker te maken evenzeer gerechtvaardigd was. Het Hof van Justitie heeft er in dit verband op gewezen dat een gecontroleerd expansiebeleid in de kansspelsector zeer wel in logisch verband kan staan met de doelstelling om spelers van clandestiene

149 HvJ EU 11 juni 2015, C-98/14, ECLI:EU:C:2015:386 (*Berlington*) punt 64, HvJ EU 12 juli 2012, C-176/11, ECLI:EU:C:2012:454 (*HIT en HIT LARIX*), punt 22, HvJ EU 16 december 2010, C-137/09, ECLI:EU:C:2010:774 (*Josemans*) punt 70, HvJ EG 8 september 2009, C-42/07, ECLI:EU:C:2009:519 (*Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International*), punt 61, en HvJ EG 10 maart 2009, C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141 (*Hartlauer*), punt 55.

150 Steyger, Botman & Geursen, 2011, p. 943, Van der Beek 2010, p. 309, en De Koning & Van der Beek 2005, p. 154.

151 HvJ EU 3 juni 2010, C-258/08, ECLI:EU:C:2010:308 (*Ladbrokes*), punt 24.

152 C.J. Wolswinkel, annotatie bij HvJ EU 3 juni 2010, C-258/08, ECLI:EU:C:2010:308 (*Ladbrokes*), JB 2010/170, punt 4.

spelen en weddenschappen, die als zodanig verboden zijn, aan te trekken tot niet-clandestiene spelen en weddenschappen.¹⁵³ Het is echter aan de verwijzende rechter om te beoordelen of de nationale regeling die het toestaat om nieuwe kansspelen te introduceren en reclame te maken, past binnen het kader van een gecontroleerd expansiebeleid in de kanspelsector.¹⁵⁴ Daarbij moet worden beoordeeld of de beperkingen die uitgaan van de nationale regeling (in dit geval het uitbreiden van de kansspelen en het maken van reclame) en die worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, geschikt zijn om deze doelstellingen te verwezenlijken. Dit wil zeggen dat deze beperkingen ertoe moeten bijdragen dat de activiteiten met betrekking tot weddenschappen op samenhangende en stelselmatige wijze worden beperkt. Er moet met andere woorden sprake zijn van consistent beleid.

4.4.6.2 Proportionaliteit van de maatregel: nuttig effect en transparantie

Bij de beoordeling of een maatregel die een beperking van de verkeersvrijheden behelst proportioneel is, gaat het Hof van Justitie onder meer na of de maatregel het Unierecht niet van zijn nuttig effect berooft. Waar het om gaat, is dat een beperkende maatregel niet beperkender mag zijn dan noodzakelijk, omdat die anders zijn doel voorbij schiet. Dit betekent bijvoorbeeld dat een vergunningstelsel gebaseerd moet zijn op objectieve criteria die niet-discriminerend en vooraf kenbaar zijn.¹⁵⁵ Deze eis is beter bekend als het transparantievereiste.¹⁵⁶ Dit vereiste stelt als het ware grenzen aan de beperkende maatregel, in die zin dat elke geïnteresseerde een eerlijke en gelijke kans moet hebben om een vergunning te krijgen. In dit verband is opnieuw de zaak *Betfair* interessant.

In de zaak *Betfair* stelde de Afdeling het Hof van Justitie de vraag of de rechtspraak van het Hof van Justitie – waarin is geoordeeld dat het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting door concessieverlenende overheidsinstanties in acht moeten worden genomen¹⁵⁷ – ook van toepassing is op vergunningverlening op grond van de Wks. Voorts vroeg de Afdeling of het verlengen van een dergelijke vergunning zonder dat potentiële gegadigden de kans krijgen mee te dingen

153 HvJ EU 3 juni 2010, C-258/08, ECLI:EU:C:2010:308 (*Ladbroke's*), punt 25, en HvJ EG 6 maart 2007, C-338/04, C-359/04 en C-360/04, ECLI:EU:C:2007:133 (*Placanica*), punt 55.

154 HvJ EU 3 juni 2010, C-258/08, ECLI:EU:C:2010:308 (*Ladbroke's*), punt 27. Dit sluit aan bij HvJ EG 6 november 2003, C-243/01, ECLI:EU:C:2003:597 (*Gambelli*), punt 67.

155 HvJ EU 12 juli 2012, C-176/11, ECLI:EU:C:2012:454 (*HIT en HIT LARIX*), punt 22, HvJ EG 10 maart 2009, C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141 (*Hartlauer*), punt 64, en HvJ EG 20 februari 2001, C-205/99, ECLI:EU:C:2001:107 (*Analir*), punten 37 en 38. Zie ook Hatzopoulos 2016, p. 172-173.

156 Hatzopoulos 2016, p. 166 en 174. Zie over dit vereiste uitgebreid Drahmman 2015.

157 De Afdeling verwijst naar HvJ EG 13 november 2007, C-507/03, ECLI:EU:C:2007:676 (*An Post*), en HvJ EG 13 september 2007, C-260/04, ECLI:EU:C:2007:508 (*Commissie/Italië*).

naar deze vergunning een geschikt en proportioneel middel is ter realisering van de doelstellingen die gebaseerd zijn op dwingende redenen van algemeen belang. Het Hof van Justitie stelt in zijn antwoord voorop dat de afgifte van een exclusieve vergunning niet gelijkstaat aan een concessieovereenkomst voor diensten, maar voegt daar gelijk aan toe dat dit geen rechtvaardiging vormt voor het bij het verlenen van een vergunning onder de Wks niet in acht nemen van het uit artikel 56 VWEU voortvloeiende beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting.¹⁵⁸ Naar het oordeel van het Hof van Justitie is de transparantieverplichting een dwingende prelabelle voorwaarde van het recht van een lidstaat om aan één ondernemer het exclusieve recht (vergunning) te verlenen om een economische activiteit te verrichten, ongeacht de wijze van selectie van deze ondernemer. Hoewel lidstaten – onder voorwaarden – dus de vrijheid hebben om te kiezen voor een éénvergunningstelsel, geeft een dergelijk stelsel de nationale autoriteiten niet de vrijheid om dat recht naar eigen inzicht toe te kennen aan een marktpartij. Artikel 56 VWEU, dat het vrij verkeer van diensten beschermt, wordt daardoor immers van zijn nuttig effect beroofd.¹⁵⁹ Het Hof van Justitie oordeelt dan ook dat een stelsel van voorafgaande administratieve vergunningen gerechtvaardigd is, wanneer het is gebaseerd op objectieve criteria, die niet-discriminerend en vooraf kenbaar zijn. Daardoor wordt een grens gesteld aan de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid van de autoriteiten, zodat deze niet op willekeurige wijze wordt gebruikt.¹⁶⁰ De eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling en van de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting moet noodzakelijkerwijs meebrengen dat aan de objectieve criteria aan de hand waarvan de beoordelingsbevoegdheid van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten wordt begrensd, voldoende bekendheid wordt gegeven.¹⁶¹ Het Hof van Justitie overweegt voorts dat voor de verlenging van de vergunningen hetzelfde geldt als voor de verlening ervan. Dat wil zeggen, dat wanneer geen oproep tot mededinging is gedaan, de verlenging van de vergunning in strijd is met artikel 56 VWEU.¹⁶² Het arrest *Betfair* is door het Hof van Justitie diverse keren bevestigd.¹⁶³

Het komt er dus op neer dat dwingende redenen van algemeen belang een beperking op het vrije verkeer, zoals dat door het VWEU wordt beschermd, kunnen rechtvaardigen. Bij toepassing van een vergunningstelsel waarin een

158 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*), r.o. 46.

159 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*), r.o. 48-49.

160 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*), r.o. 50.

161 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*), r.o. 51.

162 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*), r.o. 55.

163 HvJ EU 19 juli 2012, C-470/11, ECLI:EU:C:2012:505 (*Grakalns*), HvJ EU 16 februari 2012, C-72/10 en C-77/10, ECLI:EU:C:2012:80 (*Costa en Cifone*), en HvJ EU 9 september 2010, C-64/08, ECLI:EU:C:2010:506 (*Engelmann*).

dergelijke beperking is aangebracht, moet echter wel het aan de vrij-verkeerbepaling ten grondslag liggende gelijkheidsbeginsel in acht worden genomen. Dit betekent onder meer dat elke gegadigde in aanmerking moet kunnen komen voor een schaarse vergunning. Zou dat niet het geval zijn, dan verliezen de vrij-verkeerbepalingen hun nuttig effect en gaat de beperking van het vrije verkeer verder dan noodzakelijk is om het met de beperking beoogde doel te bereiken. Het Hof van Justitie vult het gelijkheidsbeginsel in aan de hand van de transparantieplichting.¹⁶⁴ Deze verplichting houdt in dat de overheid die een exclusief (of schaars¹⁶⁵) recht verleent aan elke potentiële geïnteresseerde een passende mate van openbaarheid moet garanderen, *zodat* het recht voor mededinging openstaat en de verdeelprocedure op onpartijdigheid kan worden getoetst.¹⁶⁶

4.4.7 Tussenconclusie

In deze paragraaf is duidelijk geworden dat de vrij-verkeerbepalingen zijn gericht op het creëren van een interne markt waarop productiefactoren en de goederen en diensten die de markt voorbrengt vrij kunnen bewegen. Door het wegnemen van belemmeringen versmelten de nationale economieën met elkaar en ontstaat er een gelijk speelveld waarop ondernemingen op voet van gelijkheid met elkaar kunnen concurreren. Aldus beschermen de bepalingen inzake de verkeersvrijheden de onbelemmerde mededinging. Die bescherming is echter niet absoluut. Dwingende redenen van algemeen belang kunnen meebrengen dat het lidstaten is toegestaan om de mededinging te beperken, mits die beperking evenredig is. Het belang van eerlijke en vrije mededinging moet steeds worden afgewogen tegen andere beleidsdoelstellingen van de Europese Unie. De interne markt krijgt daardoor sterk het karakter van een sociale markteconomie.

164 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*), r.o. 39. In de literatuur bestaat kritiek op de opvatting dat de transparantieplichting een uitvloeisel is van het beginsel van gelijke behandeling. Buijze 2011, p. 242, stelt dat het transparantiebeginsel een zelfstandig beginsel is. Een bepaalde mate van transparantie garandeert namelijk niet alleen naleving van het gelijkheidsbeginsel maar draagt ook bij aan het gladjes functioneren van de markt.

165 De zaak *Betfair* had betrekking op de verdeling van een exclusief recht. Drahmman 2015, p. 91-98, betoogt echter op overtuigende wijze dat hetzelfde geldt voor de verdeling van niet exclusieve maar wel schaarse vergunningen.

166 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*), r.o. 41. Het Hof van Justitie verwijst hier naar eerdere aanbestedingsrechtelijke rechtspraak, HvJ EG 13 april 2010, C-91/08, ECLI:EU:C:2010:182 (*Wall*), punt 36, en HvJ EG 13 november 2008, C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621 (*Coditel Brabant*), punt 25. Van belang om hier op te merken is dat het hier een specifieke invulling van de transparantieplichting gaat. Buijze 2013 onderscheidt in haar dissertatie zes betekenissen van de transparantieplichting.

4.5 DE EUROPESE MEDEDINGINGSREGELS, IN HET BIJZONDER HET STAATSTEUNRECHT

4.5.1 Inleidende opmerkingen

De tweede belangrijke pijler van de interne markt is het mededingingsrecht. Dit vormt een essentiële aanvulling op de verkeersvrijheden, als het gaat om het tot stand brengen van de interne markt. De verkeersvrijheden vormen de basis van de interne markt, omdat die het mogelijk maken dat goederen, personen, diensten en kapitaal uit alle lidstaten met elkaar in concurrentie treden. Dit garandeert op zichzelf echter geenszins gelijke concurrentiekansen voor alle marktdeelnemers op de Europese markt. Een echte interne markt vereist naast een open markteconomie ook eerlijke en vrije mededinging.¹⁶⁷ Opheffing van handelsbelemmeringen door de lidstaten heeft namelijk geen zin als het gelijke speelveld dat daardoor ontstaat vervolgens wordt verstoord doordat ondernemingen afspraken maken over de verdeling van de markt of doordat lidstaten steun toekennen aan nationale ondernemingen waardoor die een kunstmatig concurrentievoordeel behalen. Het mededingingsrecht is er in hoofdzaak dan ook op gericht de mededinging als zodanig veilig te stellen, wat uiteraard niet wegneemt dat zowel concurrenten als consumenten van toepassing van de mededingingsregels profiteren.¹⁶⁸ De bescherming van onvervalste mededinging is overigens geen doel op zich, maar moet worden gezien tegen de achtergrond van de doelstellingen van het VEU en het VWEU, in het bijzonder het doel van het bevorderen van de consumentenwelvaart.¹⁶⁹ Dit betekent ook dat de te realiseren onvervalste mededinging geen volledig onbeperkte mededinging inhoudt, in de zin dat een oneindig groot aantal ondernemers naast elkaar opereert. Waar het om gaat is dat er werkzame mededinging (*workable competition*) bestaat.¹⁷⁰ Beperking van de mededinging kan gerechtvaardigd zijn, bijvoorbeeld als niet-economische doelstellingen van de Europese Unie daar om vragen.

167 HvJ EG 13 juli 1966, C-56/64 en C-58/64, ECLI:EU:C:1966:41 (*Consten & Grundig*), p. 513. Zie ook de artikelen 119 en 120 VWEU.

168 HvJ EG 6 oktober 2009, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, ECLI:EU:C:2009:610 (*GlaxoSmithKline*), punt 63, en HvJ EG 4 juni 2009, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343 (*T-Mobile*), punt 38. Zie ook concl. A-G J. Kokott, HvJ EG 19 februari 2009, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:110 (*T-Mobile*), punt 58. Overigens wijzen Amtenbrink & Van de Gronden 2008, p. 324, er op dat vertegenwoordigers van verschillende instellingen van de Gemeenschap steeds vaker benadrukken dat de mededingingsbepalingen ernaar streven consumentenwelvaart te realiseren. De doelstelling van marktintegratie (mededinging als zodanig, JW) dreigt daarmee naar de achtergrond te verdwijnen.

169 Amtenbrink & Vedder 2017, p. 395, Van de Gronden 2016, p. 473-474, Barents & Brinkhorst 2012, p. 42, en Loozen 2010, p. 252. In de literatuur wordt overigens wel een onderscheid gemaakt tussen een politiek doel (marktintegratie) en een economisch doel (een goed functionerende markt). Amtenbrink & Vedder 2017, p. 384, en Szyszczak 2007, p. 59.

170 HvJ EG 25 oktober 1977, C-26/76, ECLI:EU:C:1977:167 (*Metro I*), punt 20. Zie ook Loozen 2010, p. 247.

Bij een bespreking van de Europese mededingingsregels kan een grof onderscheid worden gemaakt tussen de ‘klassieke’ mededingingsregels die primair het marktgedrag van ondernemers normeren en de staatssteunregels die primair het gedrag van de overheid normeren. In de artikelen 101 en 102 VWEU is bepaald dat het voor ondernemingen verboden is om door het maken van concurrentiebeperkende (prijs)afspraken of het misbruiken van een economische machtspositie de mededinging te verstoren. Ook voor overheden geldt dat wanneer zij commerciële activiteiten ontplooiën, zoals bijvoorbeeld het verhuren van vastgoed, zij onderworpen zijn aan de ‘klassieke’ mededingingsregels. Daarnaast geldt dat de overheid zich bij het toekennen van steun – een klassieke overheidstaak – heeft te houden aan de staatssteunregels. Omdat dit proefschrift gaat over de schending van concurrentiebelangen van ondernemers bij de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden door de overheid, zal ik in deze paragraaf maar kort stilstaan bij de ‘klassieke’ mededingingsregels. In de volgende paragrafen zal ik uitvoeriger ingaan op de staatssteunregels.

4.5.2 Kartelverbod en het verbod op misbruik van een economische machtspositie

Uitgangspunt in een concurrerende markt is dat ondernemingen onafhankelijk van elkaar het eigen marktgedrag kunnen bepalen. Alleen dan heeft de consument werkelijk de mogelijkheid om te kiezen. Ondernemers hebben van nature echter de neiging om samen te komen en de prijs te verhogen. Om dit te voorkomen is in artikel 101 VWEU voorzien in een kartelverbod. Ook is in artikel 102 VWEU voorzien in een verbod op misbruik van een machtspositie. De mededingingsregels, waaronder de artikelen 101 en 102 VWEU, beogen te voorkomen dat de mededinging wordt vervalst ten nadele van het algemeen belang, de individuele ondernemingen en de verbruikers, aldus het Hof van Justitie.¹⁷¹ Hierbij gaat het niet zozeer om de bescherming van concurrentenbelangen, maar veeleer om de vrijwaring van de mededingingsstructuur.¹⁷² Deze rechtspraak laat aldus zien dat het niet de individuele concurrentiebelangen zijn die beschermd moeten worden, maar de concurrentie als zodanig. Het is immers die concurrentie die zorgt voor welvaart en die derhalve in het algemeen belang is. Dit bevestigt naar mijn idee het belang van de bescherming van een gelijk speelveld voor de samenleving als geheel.

171 HvJ EU 17 februari 2011, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83 (*TeliaSonera Sverige*), punt 22, en HvJ EG 22 oktober 2002, C-94/00, ECLI:EU:C:2002:603 (*Roquette Frères*), punt 42.

172 HvJ EU 17 februari 2011, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83 (*TeliaSonera Sverige*), punt 108, en HvJ EG 31 maart 1998, C-68/94 en C-30/95, ECLI:EU:C:1998:148 (*Frankrijk/Commissie*), punt 170.

Interessant in het kader van de bespreking van de artikelen 101 en 102 VWEU is de al eerder genoemde zaak *Van Eycke*. Daarin overwoog het Hof:

'Er zij aan herinnerd, dat de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag [thans artikelen 101 en 102 VWEU] op zich *slechts betrekking hebben op het gedrag van ondernemingen* en niet op wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen van de Lid-Staten. Volgens vaste rechtspraak van het Hof volgt evenwel uit de samenhang van de artikelen 85 en 86 met artikel 5 EEG-Verdrag [thans artikel 4, derde lid, VEU], dat de Lid-Staten geen maatregelen, zelfs niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, mogen nemen of handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken. Volgens die zelfde rechtspraak is dat bij voorbeeld het geval, wanneer een Lid-Staat het tot stand komen van met artikel 85 strijdige afspraken oplegt of begunstigt dan wel de werking ervan versterkt of aan haar eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere ondernemingen over te dragen.¹⁷³ (curs. JW)

Deze overweging is om verschillende redenen interessant. In de eerste plaats, omdat het Hof van Justitie daarin duidelijk maakt dat de artikelen 101 en 102 VWEU slechts betrekking hebben op ondernemingen.¹⁷⁴ Dit betekent dat deze bepalingen voor dit onderzoek, dat betrekking heeft op gedrag van overheden dat van invloed is op de concurrentieverhoudingen, niet zo relevant zijn. In de tweede plaats is interessant dat wordt overwogen dat, hoewel de artikelen 101 en 102 VWEU geen betrekking hebben op wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen van de Lid-Staten, dit onverlet laat dat de *nuttig-effectdoctrine*, die voortvloeit uit het beginsel van loyale samenwerking dat in artikel 4 lid 3 VEU is neergelegd, lidstaten verbiedt om het nuttig effect te ontnemen aan bepalingen van Unierecht, waaronder de mededingingsregels. In zoverre zijn deze bepalingen dus ook van invloed op het handelen van de overheid. De nationale overheden moeten zich onthouden van wetgeving en besluiten die een inbreuk maken op de mededingingsregels. De rechtspraak van het Hof van Justitie over de *nuttig-effectdoctrine* voor mededingingsregels heeft in hoofdzaak betrekking op regelgevend optreden van de overheid. Omdat dat onderzoek zich vooral richt op besluiten in enge zin van de overheid, of het uitblijven daarvan, wordt ook om die reden niet verder ingegaan op de eisen die de artikelen 101 en 102 VWEU stellen aan het handelen van de overheid.

173 HvJ EG 21 september 1988, C-267/86, ECLI:EU:C:1988:427 (*Van Eycke*), punt 16. Zie ook HvJ EG 10 januari 1985, C-229/83, ECLI:EU:C:1985:1 (*Leclerc*), punt 14, en HvJ EG 16 november 1977, C-13/77, ECLI:EU:C:1977:185 (*GB-Inno-BM*), punt 14.

174 Het gaat de reikwijdte van dit onderzoek te buiten om het begrip onderneming verder uit te werken. Volstaan wordt met het volgende. Uit HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner*) punten 21-23, volgt dat het Hof van Justitie een functionele benadering hanteert. Waar het - behoudens uitzonderingen - om gaat, is of een entiteit economische activiteiten uitoefent. Omdat ook overheden economische activiteiten kunnen uitoefenen, kunnen ook activiteiten van overheden onder de reikwijdte van de artikelen 101 en 102 vallen. Het gaat dan om de situatie waarin de overheid zelf als marktdeelnemer optreedt. Die situatie blijft hier echter verder buiten beschouwing. Zie over het begrip onderneming verder Craig & De Búrca 2015, p. 1003-1004.

4.5.3 Staatsmonopolies

Artikel 106 VWEU heeft betrekking op het verlenen van bijzondere of uitsluitende rechten aan publieke ondernemingen (zogeheten wettelijke of staatmonopolies).¹⁷⁵ Daarbij mag niet worden gediscrimineerd (artikel 18 VWEU) en mag niet worden gehandeld in strijd met de mededingingsregels, waaronder het staatssteunrecht. In het tweede lid is een uitzondering opgenomen voor publieke ondernemingen die belast zijn met het beheer van diensten van algemeen economisch belang (daeb). Het gaat hierbij bijvoorbeeld om nutsbedrijven, postdiensten en ambulancediensten. De mededingingsregels zijn hierop niet van toepassing voor zover toepassing van die regels de vervulling van de toevertrouwde bijzondere taak verhindert. Daarbij wordt een afweging gemaakt tussen enerzijds het aan de orde zijnde economische belang en anderzijds de verdragsbepalingen.¹⁷⁶ Amtenbrink en Vedder merken op dat artikel 106 lid 2 VWEU een soort super-Cassisrechtvaardiging inhoudt, omdat daarmee het hele VWEU buiten toepassing kan worden verklaard, zodra dit noodzakelijk is voor het dwingende vereiste van het goed functioneren van een dienst van algemeen economisch belang.¹⁷⁷ Ook hier is weer te zien dat het Unierecht groot belang hecht aan een gelijk speelveld, maar dat om redenen van algemeen belang uitzonderingen mogelijk zijn.

4.5.4 Het staatssteunrecht

Overheden kunnen de mededinging ernstig verstoren door aan bepaalde ondernemingen financiële voordelen (steun) te verschaffen. Controle op overheidssteun aan ondernemingen is dan ook één van de belangrijkste onderdelen van het mededingingsbeleid van de Europese Unie. Het Unierecht bevat daarom regels die betrekking hebben op de selectieve financiële bevoordeling van ondernemingen of sectoren van de economie door overheden van de lidstaten. Dit is het staatssteunrecht. Het doel van deze regels is gelegen in het scheppen van gelijke concurrentievoorwaarden door versterking van de mededinging en uitsluiting van de markt te bestrijden.¹⁷⁸ Anders dan het kartelverbod en het verbod op misbruik van economische machtsposities richt het staatssteunverbod zich tot de overheid.

175 Zie over de reikwijdte van artikel 106 VWEU Craig & De Búrca 2015, p. 1120-1121.

176 Zie voor een geslaagd beroep van een lidstaat op artikel 106, tweede lid, van het VWEU HvJ EG 23 mei 2000, C-209/98, ECLI:EU:C:2000:279 (*Sydhavnen*), punt 78, en HvJ EG 19 mei 1993, C-320/91, ECLI:EU:C:1993:198 (*Corbeau*), punten 17 en 18.

177 Amtenbrink & Vedder 2017, p. 437.

178 Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 32, Sauter & Schepel 2009, p. 193, en Szyszczak 2007, p. 177.

Aan het staatssteunverbod ligt de gedachte ten grondslag dat staatssteun het gelijke speelveld waarop ondernemingen met elkaar concurreren verstoort en dus ten koste gaat van de eerlijke mededinging. Daar komt bij dat staatssteun niet-efficiënt producerende ondernemingen in staat stelt om toch hun marktaandeel te behouden. Bacon noemt dit statische marktinefficiëntie.¹⁷⁹ Problematischer is volgens haar, wat zij noemt, dynamische marktinefficiëntie. De verlening van staatssteun gaat ook ten koste van de prikkel voor een onderneming om de bedrijfsvoering efficiënt(er) in te richten en te innoveren om te kunnen blijven concurreren met andere ondernemingen. Ook bestaat het risico dat ondernemingen onnodig grote risico's gaan nemen in de wetenschap dat de markt eventueel falen niet onmiddellijk afstraft. Dergelijk gedrag heeft uiteindelijk tot gevolg dat de prijs die voor een product tot stand komt te hoog is en bovendien de producten onvoldoende tegemoet komen aan de wensen van de consument. De consument betaalt dus een dubbele prijs. Hij krijgt niet alleen een te duur product dat niet (volledig) aan zijn wensen voldoet, ook gaat de verleende steun ten koste van publieke middelen die vaak door de belastingbetaler zijn opgebracht. Staatsteun is dus in meerdere opzichten schadelijk voor de interne markt en meer in het algemeen voor de economie en welvaart.

Uit onderzoek van Metselaar blijkt dat bij de bestuursrechter de staatssteunregels met enige regelmaat aan de orde komen.¹⁸⁰ In de periode tussen 1 november 2005 en 1 november 2015 ging het in totaal om 271 gepubliceerde uitspraken van zowel rechtbanken als de hoogste bestuursrechters. In 42 van die zaken ging het om een voordeel dat aan een concurrent zou zijn toegekend en waarover dus door een concurrent wordt geprocedeerd. Verder zijn de staatssteunregels 143 keer – dat is ruim de helft van het totaal aantal zaken – aan de orde gekomen in geschillen op het terrein van de ruimtelijke ordening. Metselaar stelt dat dit opvallend is, aangezien dit niet het soort geschillen is dat de grondleggers van de Europese Unie voor ogen zullen hebben gehad bij het introduceren van de verdragsbepalingen over staatssteun. Hoewel het in het ruimtelijke ordeningsrecht vaak omwonenden zijn die een beroep doen op de staatssteunregels om een ruimtelijke ontwikkeling tegen te houden, bedienen ook ondernemers zich van dat argument met als doel te voorkomen dat een concurrent zich in hetzelfde verzorgingsgebied vestigt.¹⁸¹ Voormelde cijfers laten zien dat het in het kader van dit onderzoek naar de bescherming van de concurrentiebelangen door de bestuursrechter zinvol is ook aandacht te besteden aan de staatssteunregels.

179 Bacon 2013, p. 10.

180 Metselaar 2016, p. 122-137.

181 Zie hierover verder paragraaf 6.5.2.1.

4.5.4.1 Het staatssteunverbod

Het staatssteunverbod is neergelegd in artikel 107 lid 1 VWEU. Daar is bepaald dat, behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar zijn met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.¹⁸² Deze omschrijving van het begrip staatssteun is ruim. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat het niet alleen gaat om positieve prestaties zoals subsidies en kapitaalinjecties, maar ook om maatregelen die lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken, zoals de kwijtschelding van bijdragen, staatsgaranties en fiscale voorkeursbehandelingen.¹⁸³ Het Hof van Justitie kiest voor een pragmatische aanpak, waarbij het niet gaat om de vorm van de maatregel, maar om het effect ervan.¹⁸⁴

Als aan alle voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU is voldaan is sprake van niet met de interne markt verenigbare staatssteun. Dergelijke steun wordt meestal aangeduid als ongeoorloofde staatssteun. De eerste voorwaarde is dat de steun moet worden bekostigd uit staatsmiddelen. Er moet sprake zijn van een uitgave of verleende korting die invloed heeft op de schatkist van de overheid. De tweede voorwaarde is dat de maatregel ten goede moet komen aan bepaalde ondernemingen of producties. Dat wil zeggen dat de maatregel selectief moet zijn. Is dat niet het geval, dan profiteert elke onderneming of productie en is geen sprake meer van concurrentievervalsing. De derde voorwaarde is dat het voordeel van niet-marktconforme aard moet zijn. Het moet dus gaan om een voordeel dat van de overheid wordt verkregen, maar dat onder normale omstandigheden niet op de markt kan worden verkregen. De laatste voorwaarde is dat door de maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed. Dat betekent immers dat sprake is van vervalsing van de concurrentie.

182 Deze omschrijving bevat een aantal elementen. Een uitvoerige bespreking van deze elementen gaat de reikwijdte van dit proefschrift te buiten. Volstaan wordt met een verwijzing naar een greep uit de grote hoeveelheid literatuur hierover: Metselaar 2016, p. 32-49, Saanen 2016, p. 311-318, Bacon 2013, p. 19-90, Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 49-120, en Santa Maria 2007, p. 15-47.

183 HvJ EU 14 januari 2014, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9 (*Eventech*), punt 33, en HvJ EG 15 maart 1994, C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100 (*Banco Exterior de España*), punt 13. Zie hierover verder Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 54. In 2015 en 2016 is in de media aandacht geweest voor Starbucks, Fiat en Apple die in achtereenvolgens Nederland, Luxemburg en Ierland profiteerden van een fiscaal gunstige regeling. Een dergelijke regeling kwalificeert als staatssteun. Zie over staatssteun in fiscale vorm Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 321-362.

184 Metselaar 2016, p. 33.

4.5.4.2 Uitzonderingen op het staatssteunverbod

Het uitgangspunt is dat elke steunmaatregel die de mededinging verstoort verboden is.¹⁸⁵ Het zal niet verbazen dat op deze hoofdregel uitzonderingen bestaan.¹⁸⁶

Artikel 107 lid 2 VWEU

In de eerste plaats somt artikel 107 lid 2 VWEU een aantal steunmaatregelen op die zonder meer verenigbaar zijn met de interne markt. Een voorbeeld hiervan zijn steunmaatregelen tot herstel van de schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen.¹⁸⁷ Ten aanzien van de in artikel 107 lid 2 VWEU genoemde maatregelen heeft de Europese Commissie (hierna ook aangeduid als de Commissie) niet de bevoegdheid om deze al dan niet goed te keuren. Overigens betekent dit niet dat de in het tweede lid genoemde steunmaatregelen zijn uitgezonderd van de notificatieplicht in artikel 108 lid 3 VWEU. Het doel van notificatie is echter vooral om te kunnen beoordelen of de voorwaarden van artikel 107 lid 2 VWEU zijn vervuld.¹⁸⁸ De in lid 2 genoemde steunmaatregelen komen naar hun aard niet veel voor, zodat de betekenis van deze uitzondering beperkt is.

Artikel 107 lid 3 VWEU

Een tweede uitzondering vormt artikel 107 lid 3 VWEU, dat een aantal maatregelen noemt die als verenigbaar met de interne markt *kunnen* worden beschouwd.¹⁸⁹ Anders dan bij het tweede lid het geval is, geeft het derde lid de Commissie de bevoegdheid om bepaalde steunmaatregelen goed te keuren.¹⁹⁰ De Commissie beschikt over een exclusieve discretionaire bevoegdheid om de genoemde steunmaatregelen als verenigbaar met de interne markt aan te merken. Bij de beoordeling van de verenigbaarheid van een steunmaatregel met de interne markt maakt de Commissie steeds een afweging tussen enerzijds de positieve effecten van een steunmaatregel op het algemeen belang en anderzijds de negatieve effecten van de mogelijke verstoring van de mededinging.¹⁹¹ Amtenbrink en Van de Gronden hebben er op gewezen dat zich in de rechtspraak van het Hof van Justitie een *Cassis de Dijon*-achtige uitzondering (*rule of reason*) lijkt te ontwikkelen.¹⁹² Zij wijzen

185 Szyszczak 2007, p. 182.

186 Metselaar 2016, p. 54-55, en Bacon 2013, hoofdstuk 3.

187 Bacon 2013, p. 97-99, en Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 140-141.

188 Bacon 2013, p. 95, en Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 141

189 Bacon, p. 100, en Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 146-150.

190 Bacon 2013, p. 93, en Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 146.

191 Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 147.

192 Amtenbrink & Van de Gronden 2008, p. 325.

daarbij op de zaken *Albany*,¹⁹³ *Wouters*¹⁹⁴ en *Meca-Medina*¹⁹⁵ waarin volgens het Hof van Justitie bij de toepassing van het mededingingsrecht rekening lijkt te willen houden met andere belangen van algemene aard. Loozen nuanceert dit, door te stellen dat uit de genoemde uitspraken volgt dat het mededingingsbelang weliswaar opzij kan worden gezet, maar alleen wanneer de nationale overheid een afweging heeft gemaakt tussen het mededingingsbelang en andere algemene belangen.¹⁹⁶ Voor opzijzetten van het mededingingsbelang is niet alleen vereist dat een afweging wordt gemaakt met andere algemene belangen. Voorts geldt dat de desbetreffende maatregel noodzakelijk en proportioneel moet zijn en dus niet verder mag gaan dan noodzakelijk is voor het bereiken van het beoogde doel.¹⁹⁷ Om te voorkomen dat elke maatregel apart moet worden beoordeeld, ten behoeve van de rechtszekerheid en ter verlaging van de administratieve lasten werkt de Commissie sinds 2001 met groepsvrijstellingen. Voor de praktijk van groot belang is de in 2014 vastgestelde Algemene Groepsvrijstellingsverordening (AGVV).¹⁹⁸ In deze verordening zijn veel steuncategorieën als verenigbaar met de interne markt bestempeld en onder voorwaarden vrijgesteld van de aanmeldingsplicht van artikel 108 lid 3 VWEU (*standstill*-verplichting). Het gaat hierbij onder meer om steun voor het MKB, voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie, voor milieubescherming en hernieuwbare energie, voor breedbandinfrastructuur, voor sportinfrastructuur en multifunctionele recreatieve infrastructuur en voor lokale infrastructuurvoorzieningen. Onder de Algemene Groepsvrijstellingsverordening vallende maatregelen hoeven niet te worden aangemeld bij de Commissie.¹⁹⁹ Volstaan kan worden met de in administratief opzicht lichtere kennisgeving. Voor de beoordeling van steunmaatregelen die buiten de reikwijdte van een groepsvrijstelling vallen gelden omwille van de transparantie en voorspelbaarheid van de beslissingenpraktijk door de Commissie vastgestelde richtlijnen.

Diensten van algemeen economisch belang

Een laatste uitzondering die in het VWEU wordt gemaakt op het staatssteunverbod is de uitzondering die in artikel 106 lid 2 VWEU is opgenomen voor zogeheten diensten van algemeen economisch belang (daeb).²⁰⁰

193 HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*).

194 HvJ EG 19 februari 2002, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98 (*Wouters*).

195 HvJ EG 18 juli 2006, C-519/04, ECLI:EU:C:2006:492 (*Meca-Medina*).

196 Loozen 2009, p. 110.

197 Bacon 2013, p. 102.

198 Verordening (EU) 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard (*PbEU* 2014, L 187/1). Zie voor een bespreking van deze verordening Hessel & Vidal 2014-1, Hessel & Vidal 2014-2 en Saanen 2014, p. 325.

199 Artikel 3 Algemene Groepsvrijstellingverordening.

200 Zie over diensten van algemeen economisch belang Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 261-293.

Diensten van algemeen economisch belang zijn economische activiteiten waarmee een publiek belang wordt gediend.²⁰¹ Voorbeelden daarvan zijn het openbaar vervoer en de bouw en verhuur van sociale huurwoningen.²⁰² Het gaat hierbij vaak om economisch niet rendabele activiteiten, zodat een marktpartij niet snel geneigd zal zijn de activiteit te verrichten op de manier die sociaal en maatschappelijk wenselijk wordt geacht. Om ervoor te zorgen dat de activiteit toch op de gewenste manier wordt uitgevoerd is vaak sturing en compensatie door de overheid nodig. Voorkomen moet echter worden dat compensatie leidt tot onnodige verstoreng van de mededinging. Ondernemingen die belast zijn met de uitvoering van diensten van algemeen economisch belang vallen in beginsel dan ook onder de reikwijdte van de staatssteunregels, tenzij de publieke dienst daardoor niet (voldoende) gewaarborgd kan worden. Onder omstandigheden kan steun aan die ondernemingen dan ook als met de interne markt verenigbaar worden aangemerkt. Een oordeel hierover is aan de Commissie voorbehouden, zodat steun die onder artikel 106 lid 2 VWEU valt niet is vrijgesteld van de aanmeldingsplicht.²⁰³ In dit verband dient te worden gewezen op het *Altmark*-arrest, waarin het Hof van Justitie oordeelde dat:

‘wanneer een overheidsmaatregel te beschouwen is als een compensatie die de tegenprestatie vormt voor de prestaties die de begunstigde ondernemingen hebben verricht om openbare dienstverplichtingen uit te voeren, zodat deze ondernemingen in werkelijkheid geen financieel voordeel ontvangen en voormelde maatregel dus niet tot gevolg heeft dat deze ondernemingen vergeleken met ondernemingen die met hen concurreren in een gunstiger mededingingspositie worden geplaatst, een dergelijke maatregel niet binnen de werkingssfeer van artikel 92, lid 1, van het Verdrag [thans artikel 107, eerste lid, VWEU] valt.’²⁰⁴

Daartoe moet volgens het Hof echter wel aan een aantal criteria zijn voldaan:²⁰⁵ (1) de begunstigde onderneming moet daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van openbare dienstverplichting en die verplichting moet duidelijk omschreven zijn, (2) de criteria op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld, om te vermijden dat de compensatie een economisch voordeel bevat waardoor de begunstigde onderneming ten opzichte van concurrerende ondernemingen kan worden bevoordeeld, (3) de compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbare

201 Zij moeten worden onderscheiden van typische overheidsactiviteiten, zoals het handhaven van de openbare orde, de rechtspraak en de zorg voor de zeevering. Deze activiteiten zijn naar hun aard niet-economisch, in de zin dat zij niet op een markt worden aangeboden of gevraagd.

202 Zie bijvoorbeeld de Commissiebeschikking van 15 december 2009 over financiering van Nederlandse corporatiestelsel, C(2009)9963 final.

203 Bacon 2013, p. 114.

204 HvJ EG 24 juli 2003, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark*), punt 87.

205 HvJ EG 24 juli 2003, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark*), punten 88-93. Zie voor een nadere bespreking van deze criteria Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 264-265.

dienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen, geheel of gedeeltelijk te dekken en (4) wanneer de met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen te belasten onderneming niet is gekozen in het kader van een openbare aanbesteding, moet de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen. Is aan die criteria voldaan, dan is geen sprake van staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. In dát geval hoeft de steun dan ook niet te worden aangemeld bij de Commissie.²⁰⁶

De-minimissteun

Een uitzondering die niet in het VWEU wordt genoemd maar zich in de Commissie-praktijk heeft ontwikkeld geldt voor zogeheten *de-minimissteun*.²⁰⁷ Dit betreft aan één onderneming over een bepaalde periode toegekende steun die een bepaald vastgesteld bedrag niet overschrijdt.²⁰⁸ Dergelijke steun wordt geacht de interstatelijke handel niet te beïnvloeden en derhalve niet aan alle criteria van artikel 107 lid 1 VWEU te voldoen.²⁰⁹ Deze steun valt dan ook niet onder de aanmeldingsprocedure.²¹⁰ De gedachte daarachter is dat, hoewel iedere vorm van financiële steun die aan een onderneming wordt verleend, de concurrentie tussen deze onderneming en haar concurrenten waaraan dergelijke steun niet wordt verleend in meer of mindere mate vervalst of dreigt te vervalsen, niet alle steun een *merkbare* invloed heeft op het handelsverkeer en de concurrentie tussen de lidstaten.²¹¹ Dit geldt met name voor zeer geringe steunbedragen. Het plafond voor vrijgestelde steun bedraagt op dit moment € 200.000 per onderneming over een periode van drie jaren.²¹² Volgens de Commissie is dit plafond noodzakelijk om ervoor te zorgen dat maatregelen die onder de de-minimisverordening vallen, geacht kunnen worden het handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig te beïnvloeden en de mededinging niet te vervalsen of dreigen te vervalsen.²¹³

206 Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 265.

207 Zie over de-minimissteun Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 234-242.

208 Zie Verordening (EU) 1407/2013 van de Commissie van 18 december 2013 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun (*PbEU* 2013, L 352/1; de-minimisverordening), punt 1 van de preambule.

209 Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 234.

210 Artikel 3 de-minimisverordening.

211 Mededeling van de Commissie inzake de-minimissteun (*PbEU* 1996, C 68/9).

212 Artikel 3 lid 2 de-minimisverordening. Dit betreft een algemeen plafond. Voor goederenvervoer (€ 100.000), landbouw (€ 15.000), visserij (€ 30.000) en diensten van algemeen economisch belang (€ 500.000) gelden afwijkende plafonds.

213 Punt 3 van de preambule bij de de-minimisverordening.

Conclusie

De hiervoor beschreven uitzonderingen op het staatssteunverbod laten zien dat het staatssteunrecht tot doel heeft te garanderen dat het handelsverkeer tussen de lidstaten niet in al te ernstige mate ongunstig wordt beïnvloed en de mededinging niet wordt vervalst doordat overheden aan bepaalde ondernemingen steun verlenen. Het gaat met andere woorden om het handhaven van het gelijke speelveld tussen ondernemingen uit verschillende lidstaten. Sommige steun wordt door de beperkte omvang ervan geacht dit gelijke speelveld niet te verstoren en is om die reden niet verboden (de-minimissteun). Voor andere categorieën van steun geldt dat die weliswaar vallen onder het in artikel 107 lid 1 VWEU neergelegde verbod, maar er andere algemene belangen zijn die zwaarder wegen dan het behoud van het gelijke speelveld tussen ondernemingen, zodat die steun verenigbaar is of wordt geacht te zijn met de interne markt.

4.5.4.3 Toezicht op de staatssteunregels: de standstill-verplichting

In artikel 108 VWEU is het toezicht door de Commissie op steunmaatregelen geregeld. Het systeem komt er op neer dat de Commissie onderzoekt of een steunmaatregel verenigbaar is met de interne markt (lid 1). Als de Commissie tot de conclusie komt dat geen sprake is van een steunmaatregel, of dat de steun met de interne markt verenigbaar is, dan volgt een daartoe strekkende beschikking en mag de lidstaat de maatregel ten uitvoer leggen. In andere gevallen vangt de Commissie de formele onderzoeksprocedure aan als beschreven in artikel 108 lid 2 VWEU.²¹⁴ Deze procedure wordt afgesloten met een beschikking waarin de Commissie concludeert (1) dat de maatregel toch geen staatssteun vormt, (2) dat de twijfel over de verenigbaarheid met de interne markt is weggenomen, (3) dat de steun als verenigbaar met de interne markt wordt beschouwd indien aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan of (4) dat de steun niet tot uitvoer mag worden gebracht.²¹⁵ Ook het voeren van de formele onderzoeksprocedure betreft een exclusieve bevoegdheid van de Commissie.²¹⁶

214 Zie met betrekking tot deze procedure ook artikel 6 van Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (*PbEU* 2015, L 248/9; Procedureverordening).

215 Artikel 7 Procedureverordening.

216 Bacon 2013, p. 434-435, en Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 947. Zie ook HvJ EG 5 oktober 2006, C-368/04, ECLI:EU:C:2006:644 (*Transalpine Ölleitung*), punt 38. Zie voorts HvJ EU 21 november 2013, C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755 (*Deutsche Lufthansa*), punt, 28-44, waarin het Hof van Justitie uitvoerig ingaat op de taakverdeling tussen de Commissie en de nationale rechter.

In artikel 108 lid 3 VWEU is bepaald dat de Commissie van elk voornemen tot uitvoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte wordt gebracht. Indien zij meent dat zulk een voornemen volgens artikel 107 onverenigbaar is met de interne markt, vangt zij onverwijld de in artikel 108 lid 2 bedoelde procedure aan. De laatste volzin van het derde lid bepaalt dat de betrokken lidstaat de voorgenomen maatregelen niet ten uitvoer kan brengen voordat de in het tweede lid bedoelde procedure tot een eindbeslissing heeft geleid. Dit tot de lidstaat gerichte verbod wordt de *standstill*-verplichting of het uitvoeringsverbod genoemd.²¹⁷ Steun die in strijd hiermee tot uitvoering wordt gebracht wordt in de procedureverordening omschreven als onrechtmatige steun.

Terwijl de beoordeling van de verenigbaarheid van steunmaatregelen met de interne markt onder de exclusieve bevoegdheid valt van de Commissie, is het de nationale rechter die toeziet op naleving van de *standstill*-verplichting.²¹⁸ Gelet op de taakverdeling tussen de Commissie en de nationale rechter bij de toepassing van het staatssteunrecht heeft alleen de laatste volzin van artikel 108 lid 3 VWEU directe werking.²¹⁹ Dit houdt in dat particulieren, waaronder concurrenten van een steunontvangende onderneming, in een procedure voor de nationale rechter uitsluitend een beroep kunnen doen op schending van de *standstill*-verplichting. De nationale rechter moet vervolgens alles in het werk stellen om het recht dat de particulier aan die bepaling ontleent te waarborgen.

4.5.4.4 Toezicht op de staatssteunregels: de terugvorderingsverplichting

Als sprake is van steun die in strijd met de *standstill*-verplichting ten uitvoer is gebracht rust op de Commissie op grond van artikel 108 VWEU en 16 Procedureverordening de plicht om de lidstaat te bevelen de steun terug te vorderen. Het doel hiervan is de markttoestand, zoals die was vóórdat de steun werd verleend, te herstellen. Het doel is bereikt als de begunstigde de onrechtmatig verleende steun, vermeerderd met rente,²²⁰ heeft terugbetaald. Hij verliest daardoor immers zijn marktvoordeel dat hij had ten opzichte van zijn concurrenten.

217 Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 973-975.

218 HvJ EG 12 februari 2008, C-199/06, ECLI:EU:C:2008:79 (*CELF/SIDE*), punt 38, HvJ EG, 5 oktober 2006, C-368/04, ECLI:EU:C:2006:644 (*Transalpine Ölleitung*), punt 38, en HvJ EG 21 oktober 2003, C-261/01 en C-262/01, ECLI:EU:C:2003:571 (*Van Calster*), punt 75. Zie ook Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 973.

219 HvJ EG 13 januari 2005, C-174/02, ECLI:EU:C:2005:10 (*Streekgewest*), punt 15. Zie ook Bacon 2013, p. 539, en Van Angeren & Den Ouden 2005, p. 169.

220 Artikel 16 lid 2 Procedureverordening.

De Commissie vordert de onrechtmatig toegekende steun niet zelf terug. In artikel 16 lid 3 Procedureverordening is bepaald dat de terugvordering door de lidstaat zonder vertraging en op basis van het nationale recht dient plaats te vinden. In de praktijk doen zich op dit punt geregeld problemen voor, omdat niet altijd een terugvorderingsmogelijkheid op basis van het Nederlandse recht voorhanden is.²²¹ Die problemen laat ik verder voor wat ze zijn. Wel moet worden gewezen op het wetsvoorstel voor de Wet terugvordering staatssteun dat op 4 juli 2017 bij de Tweede Kamer is ingediend en dat voorziet in nationaalrechtelijke grondslagen voor de terugvordering van staatssteun.²²²

4.5.4.5 Modernisering van het staatssteunbeleid

Een onderwerp dat in het kader van het staatssteunrecht tot slot aan de orde moet komen is de recente modernisering van het staatssteunbeleid.²²³ De katalysator voor deze modernisering was de financieel-economische crisis die de eenheid van de interne markt bedreigde en een vergroting van het risico op concurrentieverstorende reacties meebracht. Het doel van de hervorming was dan ook het versterken van de Europese economie.²²⁴ In dit verband heeft de Commissie het belang van concurrentie nog eens onderstreept. Concurrentie is immers een belangrijke aanjager van groei, omdat het ondernemingen prikkelt om markten te betreden, te innoveren en hun productiviteit en concurrentiepositie in een internationale context te verstevigen.

Mededingingsbeleid

De Commissie kent een belangrijke rol toe aan het mededingingsbeleid – waaronder het staatssteuntoezicht – dat ervoor moet zorgen ‘dat het functioneren van de interne markt niet wordt doorkruist door concurrentieverstorende gedragingen van ondernemingen of door lidstaten die bepaalde spelers begunstigen ten koste van anderen.’²²⁵ Tegelijkertijd onderkent de Commissie ook dat bepaalde vormen van staatssteun uiteindelijk juist kunnen bijdragen aan economische groei en dus zijn toe te juichen. Het gaat dan om ‘goede steun’ die innovatie, groene technologie en de ontwikkeling van het menselijk kapitaal stimuleert, schade aan het milieu helpt te voorkomen

221 Bijvoorbeeld ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152, AB 2015/226, m.nt. J. van den Brink en W. den Ouden (*Zorg & Zekerheid*).

222 *Kamerstukken II*, 2016/17, 34753, 2.

223 Zie daarover uitgebreider Huurnink & Van den Tweel 2014 en Huurnink & Van den Tweel 2015.

224 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economische en Sociaal Comité en het Comité van de regio's van 8 mei 2012. De modernisering van het EU-staatssteunbeleid, COM(2012)209 final, paragraaf 1.

225 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economische en Sociaal Comité en het Comité van de regio's van 8 mei 2012, De modernisering van het EU-staatssteunbeleid, COM(2012)209 final, punt 2.

en bijdraagt aan banen en het concurrentievermogen van de Europese Unie. Deze steun helpt daarmee bij het realiseren van publieke doelstellingen die anders als gevolg van marktfalen niet of niet goed zouden kunnen worden gerealiseerd.²²⁶ Amtenbrink en Van de Gronden signaleren in dit verband het ontstaan van een op het arrest *Cassis de Dijon* geïnspireerde rechtvaardiging (*rule of reason*), waarbij een afweging wordt gemaakt tussen de eisen van de mededinging en andere algemene belangen.²²⁷ Die afweging dient te worden gemaakt op basis van proportionaliteit. De insteek van de Commissie is dan ook dat deze steun is toegestaan, zolang de markt daardoor niet wordt ontworcht.²²⁸ De Commissie krijgt daardoor de vrijheid om haar handhavingsbeleid toe te spitsen op steunmaatregelen die grote impact hebben op de interne markt. Met het oog hierop voorziet het nieuwe staatssteunbeleid in meer mogelijkheden om vrijgestelde steun te verlenen. Dit heeft geleid tot de Algemene Groepsvrijstellingsverordening (AGVV) waarin veel steuncategorieën zijn vrijgesteld van de aanmeldingsplicht bij de Commissie.²²⁹

Vereenvoudiging van het toezicht

Ook is voorzien in vereenvoudiging van het toezicht en versterking van de samenwerking met de lidstaten op het gebied van handhaving. Voorheen was het zo dat de Commissie verplicht was om iedere aanwijzing dat sprake zou zijn van staatssteun te onderzoeken. De Commissie behoudt de bevoegdheid om aanwijzingen te onderzoeken, maar is daartoe niet langer verplicht.²³⁰ Alleen als het gaat om een klacht, afkomstig van een belanghebbende, is de Commissie verplicht die te onderzoeken. Belanghebbende is een lidstaat, een persoon of een onderneming waarvan de belangen door de toekenning van steun kunnen worden geraakt. Het gaat daarbij in het bijzonder om de begunstigde van de steun en concurrerende ondernemingen.²³¹ De concurrent van een onderneming die steun ontvangt heeft dus een sterke processuele positie. Dit volgt ook uit het feit dat de belanghebbende in het kader van de formele onderzoeksprocedure in de gelegenheid dient te worden gesteld om zijn opmerkingen kenbaar te maken. Dus hoewel de modernisering van het staatssteunbeleid ertoe moet leiden dat de werkdruk van de Commissie vermindert zodat zij zich kan richten op de zware zaken, zijn de belangen van concurrenten die nadeel ondervinden van steunverlening

226 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economische en Sociaal Comité en het Comité van de regio's van 8 mei 2012, De modernisering van het EU-staatssteunbeleid, COM(2012)209 final, punt 12. Zie ook Szyszczak 2007, p. 25.

227 Amtenbrink & Van de Gronden 2009, p. 141-142.

228 Huurnink & Van den Tweel 2014, p. 88.

229 Verordening (EU) 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard (*PbEU* 2014, L 187/1).

230 Artikel 12 lid 1 Procedureverordening bepaalt dat de Commissie ambtshalve informatie, uit welke bron ook, kan onderzoeken met betrekking tot mogelijk onrechtmatige steun.

231 Artikel 1, aanhef en onder h, Procedureverordening.

gewaarborgd. Interessant is wel de vraag of de prioritering in het staatssteunbeleid die heeft plaatsgevonden er niet toe zal leiden dat vooral grote ondernemingen (multinationals) zullen profiteren van handhaving van het staatssteunrecht door de Commissie. De Commissie zal zich immers gaan toeleggen op aanzienlijke concurrentievervalsingen die het functioneren van de interne markt doorkruisen. Steun van beperkte omvang aan kleine ondernemers zal doorgaans weinig schadelijk zijn voor het goed functioneren van de interne markt als zodanig, zodat de vraag opkomt in hoeverre de bakker of kruidenier om de hoek daadwerkelijk beschermd worden door het staatssteunrecht. Hier is echter een belangrijke rol weggelegd voor de nationale rechter. Die moet, wanneer door bijvoorbeeld een concurrent van een steunontvanger een beroep wordt gedaan op de opschortingsverplichting van artikel 108 lid 3 VWEU, vaststellen of daadwerkelijk sprake is van staatssteun.²³² Als blijkt dat dit het geval is, dan moet de nationale rechter de maatregelen opleggen die onwettigheid van de uitvoering van steunmaatregelen opheffen.²³³ De nationale rechter speelt aldus een belangrijke rol bij de handhaving van het staatssteunrecht.²³⁴ Die rol wordt nog eens benadrukt bij de modernisering van het staatssteunbeleid doordat de samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechters is versterkt. De nationale rechter kan zich tot de Commissie wenden met een verzoek om informatie of advies over toepassing van de staatssteunregels.²³⁵

4.5.5 Tussenconclusie mededingingsregels

Daar waar de bepalingen inzake de verkeersvrijheden in hoofdzaak gericht zijn op het *creëren* van een gelijk speelveld, zijn de mededingingsregels in hoofdzaak gericht op het *in stand houden* van dat gelijke speelveld. Het gaat daarbij om het tegengaan van verstoringen van dat gelijke speelveld en de eerlijke mededinging. Aangezien het in dit hoofdstuk gaat om de beïnvloeding van de concurrentie door de overheid, neemt vooral het staatssteunrecht een belangrijke positie in als het gaat om het in stand houden van het gelijke speelveld en de eerlijke mededinging. Staatssteun wordt gezien als een middel dat het gelijke speelveld ernstig kan verstoren en concurrenten

232 HvJ EG 11 juli 1996, C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285 (*SFEI*), punten 42 en 49. De beoordeling van de verenigbaarheid van steunmaatregelen met de gemeenschappelijke markt is overigens een exclusieve bevoegdheid van de Commissie: HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755 (*Deutsche Lufthansa*), punt 28, en HvJ EG 5 oktober 2006, nr. C-368/04, ECLI:EU:C:2006:644 (*Transalpine Ölleitung Österreich*), punt 38.

233 HvJ EU 21 november 2013, C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755 (*Deutsche Lufthansa*), punt 32, en HvJ EU 11 maart 2010, C-1/09, ECLI:EU:C:2010:136 (*CELF/SIDE II*), punt 30. Zie voor een bespreking van de tekortkomingen in de Nederlandse praktijk *Adriaanse & Den Ouden* 2009, p. 15-29.

234 Zie reeds de Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties (*PbEU* 2009, C 85/01).

235 Artikel 29 Procedureverordening.

en consumenten ernstig kan benadelen.²³⁶ Dit verklaart ook waarom de Commissie en het Hof van Justitie zwaar inzetten op handhaving van de staatssteunregels ter bescherming van de interne markt en de eerlijke mededinging. In het Actieplan Staatssteun omschreef de Commissie het in 2005 als volgt:

“Toezicht op staatssteun vloeit voort uit de noodzaak een *gelijk speelveld in stand te houden* voor alle ondernemingen die op de Europese interne markt actief zijn, ongeacht in welke lidstaat zij zijn gevestigd. Een bijzonder punt van zorg moet die staatssteun zijn waardoor bepaalde ondernemingen niet te rechtvaardigen selectieve voordelen krijgen, hetgeen voor de marktkrachten belemmerend of afremmend werkt bij het belonen van de meest concurrerende ondernemingen, en zodoende ten koste gaat van het Europese concurrentievermogen in het algemeen. Staatssteun kan ook de marktmacht van bepaalde ondernemingen versterken; dit is bijvoorbeeld het geval wanneer ondernemingen die geen staatssteun krijgen (bv. Buitenlandse ondernemingen) hun aanwezigheid op een markt moeten terugschreeven. Voorts kan staatssteun worden gebruikt om toetredingsbarrières op te werpen. Dit soort concurrentieverstoring kan voor afnemers en klanten resulteren in hogere prijzen, lagere kwaliteit en minder innovatie.”²³⁷ (curs. JW)

De mededingingsregels en de staatssteunregels in het bijzonder geven ondernemers een recht op eerlijke mededinging, zij het dat ook dit recht niet ongeclausuleerd is. Onder omstandigheden wordt een afweging gemaakt tussen enerzijds het belang bij (eerlijke) mededinging en anderzijds andere algemene belangen. Op grond van dwingende redenen van algemeen belang mogen lidstaten de mededinging dus beperken. Een dergelijke beperking is evenwel slechts toelaatbaar, als deze zonder onderscheid wordt toegepast, geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en proportioneel is.

Voor de effectuering van het recht op mededinging dat ten grondslag ligt aan de mededingingsregels zijn ondernemers aangewezen op zowel de Commissie als de nationale rechter. Omdat concurrenten van steunontvangers als belanghebbende in de zin van de Procedureverordening worden aangemerkt, kunnen zij bij de Commissie een klacht indienen over vermeende staatssteun. De Commissie is vervolgens verplicht die klacht te onderzoeken. Daarnaast kan een concurrent bij de nationale rechter een rechtstreeks beroep doen op de in artikel 108 lid 3 VWEU neergelegde standstill-bepaling, waardoor tenuitvoerlegging van concurrentieverstorende steun kan worden voorkomen.

236 Szyszczak 2007, p. 24.

237 Commissie, *Actieplan Staatssteun*, COM(2005)107 final.

4.6 INTERMEZZO: UNIERECHT EN EFFECTIEVE RECHTSBESCHERMING

Hiervoor zijn twee materiële rechtsgebieden van het Unierecht besproken die in de kern strekken tot het creëren en beschermen van een gelijk speelveld tussen ondernemingen. Omdat het in de eerste plaats de nationale rechter is die het Unierecht moet toepassen, is het tot besluit van dit hoofdstuk over het Unierecht nuttig om in te gaan op de vraag welke eisen het Unierecht stelt aan het nationale procesrecht. Deze vraag is nuttig, omdat in de hoofdstukken 3, 5 en 6 steeds de vraag terugkomt in hoeverre de daar besproken bestuursrechtelijke leerstukken een belemmering vormen voor de verwezenlijking van op het Unierecht gebaseerde claims. Om deze vraag te kunnen beantwoorden is het noodzakelijk om het op de rechtspraak van het Hof van Justitie gebaseerde beoordelingskader te schetsen.

4.6.1 De nationale rechter als Unierechter

Het Unierecht kent aan particulieren tal van materiële rechten toe. Voor de effectuering van deze rechten zijn particulieren in de eerste plaats aangewezen op de nationale rechter die in dat geval als gedecentraliseerde Unierechter fungeert. Het is aan de nationale autoriteiten, waaronder ook de nationale rechter, om binnen de grenzen van het nationale procesrecht de volle werking van het Unierecht te verzekeren.²³⁸ Uitgangspunt daarbij is het beginsel van procedurele autonomie.²³⁹ Op grond van dit beginsel is het bij afwezigheid van Unierechtelijke procesrechtelijke regels in eerste instantie aan de lidstaat zelf om de bevoegde rechterlijke instanties aan te wijzen en de procesregels vast te stellen voor vorderingen die worden ingediend ter bescherming van de rechten die particulieren aan het Unierecht ontleen.²⁴⁰ Wel stelt het Unierecht randvoorwaarden waaraan het nationale procesrecht moet voldoen.²⁴¹ In het kader van dit proefschrift is in de eerste plaats de *Rewe/Comet*-regel van belang. Deze regel houdt in dat regels van nationaal procesrecht zijn toegestaan, voor zover (1) die regels voor vorderingen gebaseerd op het Unierecht niet ongunstiger zijn dan voor nationaalrechtelijke vorderingen en (2) die regels de uitoefening van het Unierecht niet (nage-

238 HvJ EG 19 juni 1990, C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257 (*Factortame*), punt 20, en HvJ EG 9 maart 1978, C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (*Simmmenthal*), punten 22 en 23.

239 Botman 2017-2, p. 146, en Dashwood e.a. 2011, p. 288.

240 HvJ EG 13 maart 2007, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (*Unibet*), punt 39, HvJ EG 11 september 2003, C-13/01, ECLI:EU:C:2003:447 (*Safalero*), punt 49, HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (*Courage en Crehan*), punt 29, HvJ EG 14 december 1995, C-312/93, ECLI:EU:C:1995:437 (*Peterbroeck*), punt 12, HvJ EG 16 december 1976, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*), punt 5, en HvJ EG 16 december 1976, C-45/76, ECLI:EU:C:1976:191 (*Comet*), punt 13.

241 Vaak aangeduid als de *Rewe/Comet*-criteria, naar HvJ EG 16 december 1976, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*), en HvJ EG 16 december 1976, C-45/76, ECLI:EU:C:1976:191 (*Comet*), waarin deze criteria voor het eerst zijn geformuleerd. Zie ook Botman 2017-2, p. 146, en Widdershoven 2016-1, p. 81-82.

noeg) onmogelijk maken.²⁴² Deze eisen worden in het kort aangeduid als het gelijkwaardigheids- of equivalentiebeginsel en het doeltreffendheids- of effectiviteitsbeginsel. Omdat het nationale procesrecht doorgaans geen regels bevat die enkel op Unierechtelijke geschillen worden toegepast, levert het gelijkwaardigheidsbeginsel in de Nederlandse bestuursrechtspraktijk nagenoeg geen problemen op. Dit beginsel blijft om die reden verder buiten beschouwing.²⁴³

4.6.2 Het doeltreffendheidsbeginsel

Het doeltreffendheidsbeginsel houdt in dat de nationale procesregels de uitoefening van de aan het Unierecht ontleende rechten niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken.²⁴⁴ Zo is het bijvoorbeeld in strijd met het effectiviteitsbeginsel wanneer de overheid bij aanbestedingen een onduidelijk gedefinieerde beroepstermijn hanteert²⁴⁵ of inschrijvers niet op de hoogte stelt van de gunning van een concessie.²⁴⁶ Voor ondernemers die de concessie niet hebben gekregen, wordt het hierdoor immers moeilijker om door middel van het instellen van beroep tegen de concessieverlening op te komen. Steyger geeft het voorbeeld van de in de Awb opgenomen regeling met betrekking tot de bekendmaking van besluiten.²⁴⁷ Op grond van artikel 3:41 lid 1 Awb geschiedt de bekendmaking van besluiten door toezending of uitreiking aan de belanghebbenden, onder wie begrepen de aanvrager. Indien de bekendmaking van het besluit niet kan geschieden op de wijze als voorzien in het eerste lid, dan geschiedt zij op een andere geschikte wijze (lid 2). Vaak is bekend wie de belanghebbenden van een besluit zijn, maar niet altijd. Zo is vaak niet precies bekend wie concurrenten van de begunstigde van een besluit zijn. In dit laatste geval kan eigenlijk niet worden volstaan met toezending van het besluit aan de begunstigde. Toch gebeurt dit in de praktijk vaak wel. Dit levert een probleem op als het bijvoorbeeld gaat om een subsidiebesluit dat (mogelijk) is aan te merken als verboden staatssteun. Als dat besluit niet bekend wordt gemaakt aan een concurrent van de subsidieontvanger, dan wordt het voor hem moeilijk om tijdig beroep in te stellen tegen dat besluit. Desondanks wordt concurrenten die tegen het subsidiebesluit opkomen omdat het mogelijk verboden staatssteun zou kunnen bevatten, de gebruikelijke beroepstermijn tegengeworpen. Hierdoor wordt uitoefening van de aan het Unierecht ontleende rechten op zijn minst bemoeilijkt.²⁴⁸

242 Amtenbrink & Vedder 2017, p. 212, en Barents & Brinkhorst 2012, p. 317-319.

243 Zie hierover verder Craig & De Búrca 2015, p. 246-250, en Dashwood e.a. 2011, p. 292-294.

244 Amtenbrink & Vedder 2017, p. 212, Widdershoven 2016-1, p. 82, en Dashwood e.a. 2011, p. 294.

245 HvJ EU 28 januari 2010, C-406/08, ECLI:EU:C:2010:45 (*Uniplex*).

246 HvJ EG 28 januari 2010, C-456/08, ECLI:EU:C:2010:46 (*Commissie/Ierland*).

247 Steyger 2010, p. 198-199.

248 Steyger 2010, p. 199.

Rechtspraak over dit probleem is mij niet bekend, zodat het – vooralsnog – vermoedelijk om een hypothetisch probleem gaat dat zich in de praktijk niet of nauwelijks voordoet.

4.6.3 Effectieve rechtsbescherming

Naast de twee hiervoor genoemde aan de *Rewe/Comet*-regel ontleende beginselen heeft zich in de rechtspraak van het Hof van Justitie het beginsel van effectieve rechtsbescherming ontwikkeld.²⁴⁹ Dit beginsel vloeit voort uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten, en is neergelegd in de artikelen 6 en 13 EVRM en het daarmee corresponderende artikel 47 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.²⁵⁰ Het beginsel stelt eisen aan de nationale rechtsbescherming in zaken waarin het gaat om vorderingen die aan het Unierecht worden ontleend. Die eisen hebben betrekking op de toegang tot de rechter, de kwaliteit van het proces bij de rechter en de beschikbare rechtswegen en -middelen.²⁵¹ Waar het op neerkomt, is dat een particulier de rechten die hij ontleent aan het Unierecht daadwerkelijk moet kunnen inroepen voor een nationale rechter en de rechter die rechten moet kunnen beschermen.²⁵²

Omdat de rechtspraak van het Hof van Justitie daar niet duidelijk over is, is in de literatuur de vraag opgeworpen hoe het beginsel van effectieve rechtsbescherming zich verhoudt tot het doeltreffendheidsbeginsel.²⁵³ Hoewel sommige auteurs effectieve rechtsbescherming zien als een doorontwikkeling of uitwerking van het doeltreffendheidsbeginsel²⁵⁴ deel ik de opvatting van Widdershoven dat het gaat om twee naast elkaar staande beginselen.²⁵⁵ Van belang daarbij is in de eerste plaats dat een belangrijk verschil tussen het beginsel van effectieve rechtsbescherming en het doeltreffendheidsvereiste

249 Het beginsel is voor het eerst erkend in HvJ EG 15 mei 1986, C-222/84, ECLI:EU:C:1986:206 (*Johnston*), punten 18-19. Zie ook HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811 (*DEB*), punt 29, HvJ EG 13 maart 2007, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (*Unibet*), punt 37, en HvJ EG 19 juni 2003, C-467/01, ECLI:EU:C:2003:364 (*Eribrand*), punt 61. Soms, zoals in het arrest *Unibet*, heeft het Hof het over het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming. Daarmee wordt echter hetzelfde bedoeld.

250 HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811 (*DEB*), punt 29, en HvJ EG 13 maart 2007, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (*Unibet*), punt 37.

251 Parret 2012, p. 159, Widdershoven 2011, p. 104-105, en Gerbrandy 2009, p. 27.

252 Barents & Brinkhorst 2012, p. 315, en Gerbrandy 2009, p. 18. Zie voor een preciezere definitie Parret 2012, p. 157, Jurgens 2010, p. 91, en Gerbrandy 2009, p. 38.

253 Botman 2017-2, p. 148-149, Widdershoven 2016-1, p. 81-89, Den Houdijker & Schuurmans 2015, p. 148-151, Ward 2014, p. 1273-1275, Parret 2012, p. 159, Prechal & Widdershoven 2011, p. 31-50, Widdershoven 2011, p. 106-108, en Gerbrandy 2009, p. 28.

254 H.C.F.J.A. de Waele en R.J.B. Schutgens, annotatie bij HvJ EG 13 maart 2007, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (*Unibet*), AB 2007, 301. Zie ook Amtenbrink en Vedder 2017, p. 213-214.

255 Widdershoven 2011, p. 107. Zie ook Parret 2012, p. 158-159, en Prechal & Widdershoven 2011, p. 50.

is dat het laatste ook ten nadele van een individu kan werken.²⁵⁶ Verder, en dat is een fundamenteeler punt, is van belang dat het doeltreffendheidsbeginsel zijn oorsprong vindt in de idee dat het Unierecht voorrang heeft en de nationale rechter verplicht is om de volle werking van het Unierecht te verzekeren. Het beginsel is er dan ook op gericht de effectuering van het materiële Unierecht te verzekeren en heeft in hoofdzaak dus een materiële lading. Het gaat met andere woorden eerst en vooral om de handhaving van het objectieve Unierecht. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming vindt daarentegen zijn oorsprong in de constitutionele tradities van de lidstaten en het recht op toegang tot de rechter en een effectief rechtsmiddel.²⁵⁷ Zoals Widdershoven terecht stelt, houdt het beginsel van effectieve rechtsbescherming derhalve nauw verband met de rechtsstaat en stelt het behoorlijkheidseisen aan de rechtsbescherming als zodanig. Het beginsel is in dat opzicht – anders dan het doeltreffendheidsbeginsel – niet Uniespecifiek. Niet de handhaving van het objectieve Unierecht, maar het garanderen van de aan het Unierecht ontleende rechten van particulieren staat voorop.²⁵⁸ Het beginsel van effectieve rechtsbescherming heeft in dat opzicht een overwegend formele lading. Den Houdijker en Schuurmans wijzen er echter op dat het Hof van Justitie bij toepassing van het beginsel van effectieve rechtsbescherming onderscheid lijkt te maken tussen de situatie waarin het gaat om de bescherming van door de Unie aan particulieren toegekende rechten en de situatie waarin het gaat om de bescherming van de belangen van de Unie zelf.²⁵⁹ In het laatste geval lijkt het Hof van Justitie het beroep op het beginsel van effectieve rechtsbescherming te vertalen naar een beroep op het doeltreffendheidsvereiste, teneinde het objectieve Unierecht te verwezenlijken. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming krijgt dan dus een meer materiële invulling. Zo beschouwd is ook hier een spoor terug te vinden van de ‘objectieve’ rechtsbeschermingsgedachte.²⁶⁰ Overigens is Widdershoven er niet van overtuigd dat het Hof van Justitie het door Den Houdijker en Schuurmans genoemde onderscheid daadwerkelijk maakt.²⁶¹ Hij stelt dat het voor de gebondenheid aan EU-rechtsbeginselen en fundamentele rechten niet zou mogen uitmaken of het Unierecht in kwestie expliciet rechten aan burgers toekent dan wel primair het EU-belang behartigt. Het maken van een dergelijk onderscheid draagt het gevaar in zich dat bij de tweede groep bepalingen, omwille van een effectieve behartiging van de EU-belangen, de lat op het punt van de fundamentele rechten lager wordt gelegd dan bij bepalingen die burgers rechten toekennen. Ik ben het met Widdershoven eens dat dit niet aanvaardbaar is.

256 Prechal & Widdershoven 2011, p. 42, en R.J.G.M. Widdershoven, annotatie bij HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811 (*DEB*), AB 2011/222, punten 3-4.

257 HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811 (*DEB*), punt 29, en HvJ EG 13 maart 2007, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (*Unibet*), punt 37.

258 Parret 2012, p. 159.

259 Den Houdijker & Schuurmans 2015, p. 149.

260 Aldus ook Schlössels 2014, p. 267.

261 Widdershoven 2016-1, p. 87-88.

4.6.4 Beroepen van particulieren

In dit proefschrift staat de vraag centraal in hoeverre concurrentiebelangen een rol kunnen spelen bij de beoordeling van een besluit door de bestuursrechter. Het gaat dus primair om de vraag in hoeverre particulieren hun – onder meer – aan het Unierecht ontleende rechten kunnen effectueren bij de bestuursrechter. Daarbij is vooral het beginsel van effectieve rechtsbescherming van belang, op grond waarvan particulieren toegang moeten hebben tot de nationale rechter ter uitoefening van de rechten die het Unierecht hen toekent. Ik merk in dit verband op dat toetsing aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming in belangrijke mate samenvalt met de toetsing aan het doeltreffendheidsbeginsel.²⁶² De eerste stap om het materiële Unierecht te effectueren is immers dat een daaraan ontleend recht wordt ingeroepen voor de nationale rechter. Het is dus eerst en vooral van belang dat een particulier zich tot de rechter kan wenden (procesbevoegdheid en procesbelang) en dat de rechter toetsingsbevoegd is. Pas als dit het geval is, kan in sommige gevallen blijken dat de geboden rechtsbescherming onvoldoende is om het materiële Unierecht te kunnen effectueren. In dat geval kan het doeltreffendheidsbeginsel aanvullende eisen aan het nationale procesrecht stellen.

4.7 CONCLUSIE

Alles overziend kan worden gesteld dat concurrentiebelangen, in het bijzonder het belang van een gelijk speelveld, zo alomtegenwoordig zijn in de Unierechtelijke bepalingen inzake het vrije verkeer en de mededingingsregels en de toepassing daarvan door het Hof van Justitie dat gesproken kan worden van een algemene Unierechtelijke norm die strekt ter bescherming van de eerlijke mededinging. Op grond van deze norm moet de overheid zich bij uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden onthouden van een onevenredige verstoring van het gelijke speelveld. De norm heeft daarmee het karakter van een verbod, zij het dat dit verbod niet absoluut is. Onder bepaalde omstandigheden mag concurrentie wijken voor andere algemene belangen. Vereist is dan echter wel dat de betreffende nationale maatregel noodzakelijk en proportioneel is om dat andere algemene belang te behartigen.

262 Parret 2012, p. 159, en Widdershoven 2011, p. 108. Zie voor een iets andere benadering Gerbrandy 2009, p. 28. Zij schrijft dat de eisen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid minimumeisen zijn waaraan moet worden voldaan.