



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Kroniek van het Europees materieel recht

Van den Bogaert, S.C.G.; Jesse, M.; Van Rompuy, B.; Borger, V.; Wamel, D.R. van

Citation

Van den Bogaert, S. C. G., Jesse, M., Van Rompuy, B., Borger, V., & Wamel, D. R. van. (2021).
Kroniek van het Europees materieel recht. *Nederlands Juristenblad*, 96(35), 2989-3006.
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3278382>

Version: Accepted Manuscript

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3278382>

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

Kroniek Europees materieel recht

*Stefaan Van den Bogaert, Moritz Jesse, Ben Van Rompuy, Vestert Borger en David van Wamel **

In deze kroniek, die de periode van 1 september 2019 tot 1 september 2021 bestrijkt, wordt een beknopt overzicht gegeven van de belangrijkste ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan op het terrein van het Europees materieel recht, in het bijzonder inzake Unieburgerschap, de vier vrijheden, het mededingingsrecht, staatsteun en EMU. Gewoontegetrouw is de aandacht in de eerste plaats gericht op de besluitvormingspraktijk van de Europese Commissie en de rechtspraak van de het Hof van Justitie van de Europese Unie. Daarnaast komen ook de voornaamste wetgevende ontwikkelingen op Unieniveau ter sprake.

1. Unieburgerschap en fundamentele vrijheden

1.1 Burgerschap van de Unie

In de referentieperiode is geen tekort aan arresten van het Hof van Justitie van de EU over Unieburgerschap. Na een periode van strikter wordende uitspraken over de regels omtrent wettig verblijf uit Richtlijn 2004/38, waarin de toon werd gezet door spraakmakende zaken als *Dano* en *Alimanovic*,¹ lijkt het erop dat het Hof nu probeert de (te?) harde kanten en effecten van deze uitspraken weg te polijsten. Ook wordt de *Zambrano* lijn van uitspraken verder ontwikkeld. Het Hof heeft zich nog niet uitgesproken over de talloze nationale maatregelen die genomen zijn ter bestrijding van de COVID-19 pandemie. Dit is begrijpelijk, gezien de crisis pas in het voorjaar van 2020 uitbrak, maar toch ook wel enigszins frappant, omdat veel maatregelen drastische beperkingen van EU vrij verkeersrechten met zich meebrachten. Het ligt dan ook in de lijn der verwachtingen dat het Hof zich in de nabije toekomst over deze beperkingen, en in het bijzonder de evenredigheid ervan, zal moeten uitspreken.

In de zaak *Ermira Bajratari*² ging het over de definitie en de herkomst van voldoende bestaansmiddelen als voorwaarde voor rechtmatig verblijf van Unieburgers en hun familieleden onder artikel 7 van Richtlijn 2004/38. De familie Bajratari komt uit Albanië en is woonachtig in Noord-Ierland. De oudste twee kinderen hebben de Ierse nationaliteit. De aan het Hof voorgelegde vraag was of het door de vader onrechtmatig – want zonder verblijfs- en arbeidsvergunning - verdiende inkomen in Noord-Ierland toch als voldoende bestaansmiddelen voor de kinderen onder artikel 7 van Richtlijn 2004/38 kon worden aangemerkt, waardoor het verblijf van de kinderen en

*Europa Instituut, Leiden.

¹ HvJ EU, 11 november 2014, C-333/13, *Dano*, ECLI:EU:C:2014:2358; HvJ EU, 15 september 2015, C-67/14, *Alimanovic*, ECLI:EU:C:2015:597.

² HvJ EU, 2 oktober 2019, C-93/18, *Bajratari*, ECLI:EU:C:2019:809.

daarmee ook dat van hun ouders/verzorgers legaal zou worden. Het Hof oordeelde dat artikel 7 van de burgerschapsrichtlijn inderdaad aldus moet worden uitgelegd.³ In de praktijk moeten nationale autoriteiten dus het ter beschikking hebben van voldoende bestaansmiddelen van EU burgers in de toekomst los zien van de herkomst van deze middelen. Inkomen uit (nog) illegaal werk, bijvoorbeeld zonder een werkvergunning, van familieleden die ook verzorger van minderjarige EU burgers zijn, mag niet als bestaansmiddel worden uitgesloten. Na *Bajratari* is dus nog niet helemaal duidelijk wat acceptabel is als bron van bestaansmiddelen en wat eventueel niet. Het lijkt wel duidelijk dat het automatisch uitsluiten van door familieleden van een EU burger illegaal verkregen bestaansmiddelen niet kan, in het bijzonder als de EU burger nog een kind is. In de praktijk zullen de lidstaten dus hun aandacht moeten richten op het aanpakken van het illegaal verkrijgen van bestaansmiddelen door een familielid van buiten de Unie, in plaats van de rechten van de Unieburger te beperken. Door deze uitspraak versoepelt het Hof gedeeltelijk de eerdere, veelbesproken strikte uitleg van dit artikel.⁴

De positie van kinderen was ook bepalend in *CG*,⁵ dat ongeveer een jaar na *Bajratari* werd gewezen. Ook in deze zaak ging het over de voorwaarden voor legaal verblijf van Unieburgers onder artikel 7 van Richtlijn 2004/38, alsook over het gelijkheidsbeginsel in artikel 24 van dezelfde Richtlijn. In eerste instantie herhaalt het Hof de strikte lijn uit *Dano*⁶ dat de Richtlijn zich ‘niet verzet tegen een regeling van een gastland op grond waarvan sociale bijstand wordt geweigerd aan economisch inactieve Unieburgers die niet over voldoende bestaansmiddelen beschikken’, ook al zouden deze Unieburgers door de gastlidstaat op basis van het nationale recht een tijdelijk verblijfsrecht hebben verkregen en eigen onderdanen van die lidstaat die zich in dezelfde situatie bevinden wel recht hebben op die uitkeringen. Het Hof voegt er vervolgens wel aan toe dat als kinderen afhankelijk van de betreffende EU burger zich in een dergelijke positie bevinden, dan moeten de nationale autoriteiten ‘nagaan of de weigering (...) om dergelijke uitkeringen toe te kennen die burger en de kinderen (...), niet blootstelt aan een concreet en reëel risico op schending van hun grondrechten, zoals verankerd in de artikelen 1, 7 en 24 van het Handvest.’ Bijzonder in het geval van alleenstaande ouders moeten de autoriteiten erop letten dat een bijstandsweigering niet kan leiden tot een onwaardig bestaan van de familie. In de praktijk zal deze uitspraak een automatische afwijzing van aanvragen om sociale bijstand moeilijk maken zodra de kinderen afhankelijk van de Unieburger in kwestie zijn.

In *A* ging het over de weigering van het Letse ministerie van Volksgezondheid om een economisch niet-actieve Unieburger die rechtmatig in Letland verblijft op te nemen in het openbare

³ Een soortgelijke uitspraak werd een dag later ook voor derdelanders onder 18 jaar met een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd onder Richtlijn 2003/109 gewezen, zie HvJ EU, 3 oktober 2019, C-302/18, *X tegen Belgische Staat*, ECLI:EU:C:2019:830.

⁴ Zie D. Carter & M. Jesse, ‘The “Dano Evolution”: Assessing Legal Integration and Access to Social Benefits for EU Citizens’ (2018) *European Papers* 3(3), p. 1179-1208; en M. Jesse & D. Carter, ‘Life after the ‘Dano-Trilogy’: Legal Certainty, Choices and Limitations in EU Citizenship Case Law’, in N. Cambien, D. Kochenov & E. Muir, (Eds.) *European Citizenship under Stress - Social Justice, Brexit and Other Challenges*. (2020, Nijhoff Studies in European Union Law no. 16, Leiden: Brill / Nijhoff), pp. 135-169.

⁵ HvJ EU, 15 juli 2021, C-709/20, *CG*, ECLI:EU:C:2021:602

⁶ *Supra*, voetnoot 1.

zorgverzekeringsstelsel en hem een Europese ziektekostenverzekeringskaart te verstrekken.⁷ Het Hof oordeelde dat een dergelijke weigering niet kan, maar voegde eraan toe, op basis van artikel 4 en artikel 11(3) van Verordening nr. 883/2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels en artikel 7(1)(b) en artikel 24 van Richtlijn 2004/38, dat de aansluiting van dergelijke burgers bij het stelsel niet kosteloos moet zijn, teneinde te voorkomen dat die burgers een onredelijke belasting voor de overheidsfinanciën van het gastland opleveren. In de praktijk zal het na deze uitspraak vooral gaan over de hoogte van de te betalen ziektekostenverzekeringspremies en de vraag in hoeverre deze gelijk moeten of anders mogen zijn dan wat economisch actieve personen of burgers van het gastland betalen.

In *RH* ontwikkelde het Hof de *Zambrano* lijn van uitspraken.⁸ De zaak betrof de aanvraag van een verblijfsvergunning voor de Marokkaanse echtgenoot van een Spaanse burger in de Spaanse stad Ciudad Real. Deze aanvraag werd afgewezen omdat de Spaanse echtgenoot niet over voldoende bestaansmiddelen zou beschikken om de Marokkaanse echtgenoot te kunnen onderhouden onder Spaans recht. De vraag rijst of in deze situatie, waarbinnen de Spaanse autoriteiten automatisch, zonder rekening te houden met individuele omstandigheden van het echtpaar, artikel 20 VWEU is geschonden doordat een burger van de Unie het effectieve genot van de voornaamste aan hun status ontleende rechten wordt ontzegd.⁹ Het Hof verwijst naar het arrest, *K.A. e.a.*, en herhaalt dat ‘(d)e weigering om aan een derdelander een verblijfsrecht toe te kennen alleen afbreuk kan doen aan het nuttige effect van het burgerschap van de Unie indien er tussen die derdelander en de Unieburger, die een lid is van zijn familie, een zodanige afhankelijkheidsverhouding bestaat dat deze ertoe zou leiden dat laatstgenoemde gedwongen is de betrokken derdelander te vergezellen en het grondgebied van de Unie als geheel te verlaten’.¹⁰ Het Hof bepaalt verder dat op de nationale autoriteiten de verplichting rust, ‘op basis van de gegevens die de betrokken derdelander en Unieburger vrijelijk moeten kunnen overleggen, en zo nodig door de nodige onderzoeken te verrichten, na te gaan of er tussen deze twee personen een afhankelijkheidsverhouding bestaat’ en tevens, mocht dit zo zijn, een verblijfsvergunning te verlenen. Nationale autoriteiten mogen verblijfsaanvragen niet automatisch afwijzen om de loutere (economische) reden dat de betrokken Unieburger niet over voldoende bestaansmiddelen beschikt. Het Hof voegt er wel aan toe, dat een dergelijke afhankelijkheidsverhouding niet louter bestaat door het huwelijk tussen een Unieburger en derdelander of de wens van het echtpaar in de Unie te verblijven.¹¹ Een wettelijke verplichting onder nationaal recht om als echtpaar samen te leven doet uit zichzelf ook niet een dergelijke afhankelijkheidsverhouding rijzen. In deze uitspraak bevestigt het Hof dus dat de *Zambrano* formule ook voor meerderjarigen en echtgenoten van betekenis kan zijn. Het aantonen van een afhankelijkheidsverhouding zal in de praktijk onvermijdelijk nog tot problemen leiden. Het Hof heeft in *RH* weinig gedaan om te verduidelijken in welke gevallen een dergelijke verhouding tussen volwassenen aanwezig is. Wel heeft het Hof nogmaals onderstreept dat een

⁷ HvJ EU, 15 juli 2021, C-535/19, *A in tegenwoordigheid van: Latvijas Republikas Veselības ministrija*, ECLI:EU:C:2021:595.

⁸ HvJ EU, 27 februari 2020, C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real tegen RH*, ECLI:EU:C:2020:119.

⁹ HvJ EU 8 maart 2011, C-34/09, *Zambrano*, ECLI:EU:C:2011:124.

¹⁰ HvJ EU 8 mei 2018, C-82/16, *K.A. a.o. t. België*, ECLI:EU:C:2018:308.

¹¹ *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real tegen RH*, ECLI:EU:C:2020:119, paras. 51- 56.

afhankelijkheidsverhouding bij minderjarige kinderen snel ontstaat, omdat ze hun leven niet onafhankelijk kunnen leiden.¹²

In twee recente zaken in de zomer van 2021 gaf het Hof nader inzicht over het beëindigen van het verblijfsrecht van Unieburgers in een gastlidstaat onder Richtlijn 2004/38 en de artikelen 20 en 21 van het VWEU. In *Ordre des barreaux francophones et germanophones e.a.* ging het over het uitzetten van Unieburgers om redenen van openbare orde en veiligheid. Het Hof gaf aan geen bezwaar te hebben tegen nationale maatregelen die erop gericht zijn te voorkomen dat deze personen onderduiken en vergelijkbaar zijn met maatregelen ten aanzien van illegale derdelanders. Voorwaarde is wel dat de algemene beginselen van artikel 27 van de burgerschapsrichtlijn in acht worden genomen en dat de maatregelen niet minder gunstig zijn dan die ten aanzien van de illegale derdelanders. Concreet betekent dit dat Unieburgers ter voorbereiding van hun uitzetting ook in bewaring kunnen worden genomen, mits dit om redenen van openbare orde en openbare veiligheid nodig is. Wel verzette het Hof zich tegen een nationale regeling op grond waarvan aan Unieburgers die na het verstrijken van de gestelde termijn geen gehoor hebben gegeven aan een verwijderingsbesluit, een bewaringsmaatregel wordt opgelegd die maximaal acht maanden duurt, omdat dit exact even lang is als de termijn die volgens het nationale recht geldt voor derdelanders die geen gevolg hebben gegeven aan een terugkeerbesluit dat om dergelijke redenen op grond van artikel 6(1) van richtlijn 2008/115 is genomen. De situatie van EU burgers op grond van samenwerkingsverplichtingen tussen de lidstaten en opnameverplichtingen van de lidstaat van herkomst is immers fundamenteel anders dan de situatie van derdelanders onder de terugkeerrichtlijn.¹³ Verdere rechtspraak zal uitwijzen welke maatregelen onder welk omstandigheden mogelijk zijn, en welke niet.

Interessant is ook de tweede zaak *FS*, waarin het ging om de uitzetting van een Unieburger uit Nederland om economische redenen, op basis van artikel 15 van Richtlijn 2004/38.¹⁴ Feitelijk had FS Nederland op 23 oktober 2018 verlaten moeten hebben. Op 22 november 2018 wordt hij echter in een Nederlandse supermarkt vlak bij de Duitse grens aangehouden en in bewaring genomen, teneinde zijn uitzetting naar Polen te faciliteren. FW beweert echter aan de verplichting Nederland voor 23 oktober te hebben verlaten te hebben voldaan. Hij ‘bewijst’ dit door precies op die datum in Duitsland te zijn gearresteerd door de Duitse politie op verdenking van winkeldiefstal. Hij zou vlak over de grens in Duitsland bij vrienden verblijven en enkel af en toe naar Nederland terugkomen om in coffeeshops drugs te kopen. Ten tijde van zijn arrestatie in Nederland was hij naar eigen zeggen op weg naar een gerechtsonderhandeling, die op 23 november zou plaatsvinden. De rechtsvraag die de Nederlandse rechter het Hof voorlegt is dan ook óf FS in bewaring mag worden genomen om het eerdere besluit tot uitzetting te handhaven, dan wel zich bij binnenkomst in Nederland op een nieuw recht van verblijf zou kunnen beroepen. Het Hof oordeelt dat een burger zich slechts op een nieuw verblijfsrecht kan beroepen mits zijn eerdere verblijf ‘daadwerkelijk en

¹² Idem, para. 56.

¹³ Richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, [2008] *OJ L* 348, pp. 98–107.

¹⁴ Bij uitzettingen onder art. 15 Richtlijn 2004/38 mogen geen verboden om weer in te reizen worden opgelegd.

effectief' geëindigd was, zodat het terugkomen niet slechts als een voortzetting van het eerder verblijf kan worden aangemerkt. Een (korte) periode van fysieke afwezigheid alleen is niet voldoende. De nationale rechter moet alle relevante feiten meewegen om tot een besluit te komen, zoals bijvoorbeeld 'de beëindiging van een huurovereenkomst of een verhuizing'. Een periode buiten het gastland kan in deze afweging worden meegenomen, maar mag nooit de enige manier zijn van beoordelen of verblijf daadwerkelijk en effectief is geëindigd. Het gastland kan in een geval van *niet* daadwerkelijk en effectief beëindigen van verblijf direct tot uitzetting overgaan, maar moet wel nagaan of de situatie van de Unieburger niet substantieel is veranderd waardoor het verwijderingsbesluit immaterieel is geworden. De Unieburger zou in de tussentijd bijvoorbeeld werk kunnen hebben gevonden. Verder benadrukt het Hof, dat iedere EU burger, ook na oplegging en naleving van een verwijderingsbesluit gebaseerd op artikel 15 van Richtlijn 2004/38/EC, zich tijdelijk in het gastland mag bevinden, op grond van het inreisrecht neergelegd in artikel 5 van dezelfde Richtlijn. Het valt af te wachten of deze uitspraak in de praktijk tot meer duidelijkheid leidt, of dat nog meer uitspraken nodig zijn om te preciseren wanneer een nieuw recht om te verblijven op grond van artikel 6 na binnenkomen op grond van artikel 5 van Richtlijn 2004/38 ontstaat. In het bijzonder de vaststelling of iemand al dan niet daadwerkelijk en effectief is vertrokken nadat de persoon beweert zich te hebben gevestigd in een ander lidstaat zal in de praktijk een bijna onmogelijke opgave voor nationale autoriteiten zijn.

Wat uitlevering aan een niet-lidstaat van de EU betreft, heeft het Hof in de referentieperiode in *BY*¹⁵ het in de vorige kroniek vermelde arrest *Pisciotti* bevestigd.¹⁶ Het Hof brengt tegelijk de verfijning aan dat een Unieburger pas aan een derde land kan worden uitgeleverd na raadpleging van de lidstaat waarvan hij de nationaliteit bezit. De lidstaat die uitlevering overweegt moet alle feitelijke en juridische gegevens die in het uitleveringsverzoek zijn verstrekt aan de lidstaat van afkomst beschikbaar maken om, binnen een redelijke termijn, de lidstaat van herkomst in staat te stellen tegen zijn eigen onderdaan een Europees aanhoudingsbevel uit te vaardigen om strafvervolgning van die persoon over te nemen en zo uitlevering aan het derde land te voorkomen. Dit zal in de praktijk uitlevering aan een derde land vertragen en de kans op niet-uitleveren van Unieburgers vergroten.

1.2. Vrij verkeer van goederen

In de referentieperiode zijn geen arresten gewezen door de grote kamer van het Hof over klassieke vraagstukken met betrekking tot het vrij verkeer van goederen. In de vorige referentieperiode was dat ook al niet het geval. Ook opvallend is dat in de referentieperiode geen persmededelingen van het Hof over zaken betreffende het vrij goederenverkeer te vinden zijn. Dit weerspiegelt o.i. de

¹⁵ HvJ EU, 17 december 2020, C-398/19, *BY*, ECLI:EU:C:2020:1032.

¹⁶ HvJ EU, 10 april 2018, C-191/16, *Pisciotti*, ECLI:EU:C:2018:222.

indruk in de rechtsleer dat de krijtlijnen inzake de toepassing van de verdragsregels inzake het vrij verkeer van goederen grotendeels vastliggen.¹⁷

Desalniettemin verdient een aantal zaken vermeld te worden. Zo diende het Hof uitspraak te doen over de verplichting onder Verordening 1169/2011 om het land van oorsprong of van de plaats van herkomst van een levensmiddel te vermelden, in het bijzonder als de weglating van dergelijke informatie op het label de consument zou kunnen misleiden.¹⁸ In het onderhavige geval moest het Hof uitmaken welke verplichtingen rusten op een importeur van voedselproducten afkomstig uit een Israëlische nederzetting in de door de Staat Israël bezette gebieden. Dit is natuurlijk een gevoelige vraag, want indirect gaat het hier om de kwestie of deze producten onder het label ‘uit Israël’ mogen worden verkocht, wat weer tot de vraag leidt welke status het Palestijnse gebied heeft. Na een ingewikkelde redenering, waarbinnen ook rechtspraak van het Internationale Gerechtshof in Den Haag wordt geanalyseerd, komt het Hof tot de conclusie dat ‘op levensmiddelen die afkomstig zijn uit een door de Staat Israël bezet gebied, niet alleen dit gebied maar tevens, wanneer die levensmiddelen afkomstig zijn uit een plaats die of een geheel van plaatsen dat een Israëlische nederzetting binnen dat gebied vormt, deze herkomst moet worden vermeld.’ In de praktijk zal deze uitspraak kritische handelaren en consumenten beter in staat stellen producten te kiezen die wel of niet uit bezette gebieden en uit nederzettingen daarin komen.

In een andere zaak nam het Hof Hongaarse regels omtrent minimumwinstmarges, dus regels omtrent verkoopprijzen, bij detailverkoop van landbouw- en voedingsproducten onder de loep.¹⁹ De Commissie pleitte ervoor dat Hongaarse regels die in detailverkoop van niet-Hongaarse landbouw- en voedingsproducten dezelfde winstmarges voorschreven als voor identieke Hongaarse producten en het hanteren van verschillende winstmarges niet toelieten voor binnen en buitenlandse (EU) producten niet in overeenstemming waren met Verordening 1308/2013²⁰ en artikel 34 VWEU. De betrokken maatregel vormt immers een substantiële inmenging in de vrijheid van detailhandelaren om marges vast te stellen. Voorts is de betrokken maatregel ongeschikt om het beoogde doel te bereiken, aangezien het vaststellen van detailhandelsmarges geenszins garandeert dat leveranciers hiervan zullen profiteren. Hoe dan ook gaat de maatregel volgens de Commissie verder dan noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken en heeft hij in de praktijk een discriminerend effect, daar hij nadeliger is voor ingevoerde producten.²¹ Het Hof is het met de Commissie eens en oordeelde daarom dat Hongarije de verplichtingen onder Verordening 1308/2013 niet is nagekomen. De zaak werd niet onder artikel 34 VWEU beoordeeld omdat het geschil al onder de Verordening was afgehandeld. In de praktijk zullen lidstaten dus andere

¹⁷ S. Van den Bogaert & P. Van Cleynenbreugel, ‘Free Movement of Goods’, in P.J. Kuijper, F. Amtenbrink, D. Curtin, B. De Witte, A. McDonnell & S. Van den Bogaert (Eds.), *The Law of the European Union* (2018, Deventer-Alphen a/d Rijn, Wolters Kluwer-Kluwer Law International), pp. 485-537.

¹⁸ HvJ EU, 12 november 2019, C-363/18, *Organisation juive européenne, Vignoble Psagot Ltd t. Ministre de l’Économie et des Finances*, ECLI:EU:C:2019:954.

¹⁹ HvJ EU, 11 maart 2021, C-400/19, *Commissie t. Hongarije*, ECLI:EU:C:2021:194.

²⁰ Verordening 1308/2013 van 17 december 2013 tot vaststelling van een gemeenschappelijke ordening van de markten voor landbouwproducten en tot intrekking van de verordeningen (EEG) nr. 922/72, (EEG) nr. 234/79, (EG) nr. 1037/2001 en (EG) nr. 1234/2007 van de Raad, [2013] PB L 347, p. 671.

²¹ HvJ EU, 11 maart 2021, C-400/19, *Commissie t. Hongarije*, ECLI:EU:C:2021:194, paras. 21-23.

maatregelen moeten nemen om leveranciers en andere zwakke partijen op de detailmarkt van voedselproducten tegen oppermachtige handelsketens te beschermen.

In het *VIPA* arrest,²² ging het over het vrij verkeer van medicijnen op de interne markt. Interessant is ook dat deze zaak zich – voor een keer - afspeelt tegen de achtergrond van artikel 35 VWEU. Het Hof oordeelde dat een lidstaat een apotheek mag verbieden een receptplichtig geneesmiddel te verstrekken op basis van een bestelformulier van een beroepsbeoefenaar die in een andere lidstaat gemachtigd is om geneesmiddelen voor te schrijven en zijn activiteit uit te oefenen, als de naam van de patiënt niet is vermeld op het bestelformulier, terwijl dat wel mag indien het bestelformulier afkomstig is van een beroepsbeoefenaar die in de eerste lidstaat gemachtigd is om zijn activiteit uit te oefenen, met dien verstande dat dergelijke formulieren volgens de nationale regeling de naam van de betrokken patiënt niet vermelden. Wel moet een dergelijke nationale regeling gerechtvaardigd worden door het doel de gezondheid en het leven van personen te beschermen, geschikt zijn om dit doel te bereiken en niet verder gaan dan noodzakelijk is om het te bereiken, waarbij het aan de verwijzende rechter staat om dit te verifiëren.

1.3. Vrij verkeer van werknemers

Ook inzake het vrij verkeer van werknemers deed het Hof een aantal interessante, zij het niet heel verrassende uitspraken. Zo bepaalde het Hof in *Krah* dat de universiteit van Wenen bij de inschaling van een werknemer als senior docent/postdoc ten volle rekening dient te houden met voorafgaande gelijkaardige of zelfs identieke werkzaamheden van de betreffende werknemer in het buitenland, en niet slechts voor een maximale periode van vier jaar. Artikel 45 VWEU en artikel 7, lid 1, van verordening (EU) nr. 492/2011 verzetten zich niet tegen een dergelijke regeling indien de voorafgaande, in een andere lidstaat verrichte werkzaamheden niet gelijkwaardig waren, maar enkel nuttig blijken te zijn voor de uitoefening van die functie als senior docent/postdoc. In de praktijk zal de vaststelling of een werkzaamheid gelijkwaardig dan wel enkel nuttig is, evenwel niet altijd makkelijk te doen zijn.

Dat niet alleen professionele sportbeoefening, maar ook amateursport onder de werkingssfeer van het Werkingsverdrag valt, werd in de vorige kroniek reeds duidelijk.²³ In *UB* draaide het geschil om uitkeringen voor voormalige topsporters. Het ging om een voormalig top-ijshockeyer die in het verleden met het nationale team van Tsjechoslowakije gouden en zilveren medailles had gewonnen op de Europese en wereldkampioenschappen.²⁴ Na de splitsing van het land koos hij voor de Tsjechische nationaliteit, maar bleef in Slowakije wonen. Een aanvraag voor een toelage voor topsporters die in het verleden voor Slowakije zijn aangetreden, werd hem geweigerd op grond van zijn Tsjechische nationaliteit. Het Hof oordeelde dat deze weigering strijdig is met

²² HvJ EU, 18 september 2019, C-222/18, *VIPA*, ECLI:EU:C:2019:751.

²³ HvJ EU, 13 juni 2019, C-22/18, *TopFit & Biffi*, ECLI:EU:C:2019:497

²⁴ HvJ EU, 18 december 2019, C-447/18, *Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava*, ECLI:EU:C:2019:1098

artikel 7(2) van Verordening 492/2011. Of dit dictum van het Hof ook geldt buiten de context van het specifieke geval, valt nog af te wachten.

In *G.M.A.* verduidelijkte het Hof de status van werkzoekenden.²⁵ De zaak betrof een Grieks onderdaan die zich wilde inschrijven als werkzoekende in België maar wiens aanvraag werd afgewezen omdat hij op de dag van inschrijving al meer dan drie maanden in België had verbleven, wat onder Belgisch recht niet mogelijk was voor werkzoekenden. Het Hof verduidelijkt in zijn uitspraak dat België het recht op verblijf niet na drie maanden mag afbreken, maar dat een werkzoekende op grond van artikel 45 VWEU en artikel 14(4)(b) van Richtlijn 2004/38/EG recht heeft op verblijf gedurende een redelijke termijn, die pas ingaat op het tijdstip waarop deze Unieburger van de Unie zich officieel als werkzoekende heeft ingeschreven. Dat moet dus niet noodzakelijk de dag van aankomst in de gastlidstaat zijn. Deze periode moet de werkzoekende in staat stellen om van vacatures kennis te nemen en erop te reageren. Binnen die redelijke termijn kan het gastland alleen eisen dat de werkzoekende laat zien dat hij feitelijk werk zoekt. Een toets of de werkzoeker een reële kans maakt om werk te vinden mag pas na afloop van deze termijn plaatsvinden en mag niet voorwaarde ervoor zijn. In de praktijk limiteert deze uitspraak, die samen moet worden gelezen met het recht om een lidstaat binnen te komen onder artikel 5 van Richtlijn 2004/38 en er 3 maanden te verblijven onder artikel 6 van de Richtlijn 2004/38, de mogelijkheid voor lidstaten om het verblijf van werkzoekenden op hun grondgebied te beperken, nog wat verder.

In België, meer bepaald in de haven van Antwerpen, speelde zich nog een andere casus af. Luidens de Belgische wetgeving betreffende de havenarbeid mogen alleen erkende havenarbeiders havenarbeid verrichten. Een inbreukprocedure hieromtrent heeft de Commissie niet doorgezet. In de twee gevoegde zaken claimen twee bedrijven dat deze regels de vrij verkeersregels schenden.²⁶ Het ene bedrijf had problemen om niet-Belgische werknemers te rekruteren en laten erkennen, het andere had een boete gekregen voor het in dienst hebben van niet-erkende havenarbeiders. Omdat het Hof van oordeel was dat dergelijke regelgeving wel degelijk een afschrikkende werking op EU werknemers heeft, moest worden aangetoond dat de maatregelen daadwerkelijk nodig en evenredig zijn ter bevordering van de arbeidsveiligheid. Het Hof bepaalde dat artikel 45 VWEU zich ertegen verzet dat de erkenning van havenarbeiders gebeurt door een administratieve commissie die paritair is samengesteld uit leden die door werkgeversorganisaties en werknemersorganisaties zijn aangewezen; dat deze commissie, afhankelijk van de behoefte aan arbeidskrachten, ook bepaalt of de erkende arbeiders al dan niet moeten worden opgenomen in een pool van havenarbeiders, waarbij voor de niet in die pool opgenomen havenarbeiders de duur van de erkenning beperkt is tot de duur van hun arbeidsovereenkomst, zodat voor elke nieuwe overeenkomst die zij sluiten, een nieuwe erkenningsprocedure moet worden gestart, en dat er geen maximumtermijn is waarbinnen die commissie een besluit moet nemen. Daarnaast gaf het Hof echter ook aan dat eisen dat havenarbeiders medisch en psychologisch getest worden, een beroepsopleiding moeten volgen, en moeten beschikken over een veiligheidscertificaat, wel evenredige maatregelen vormen om de veiligheid te bevorderen.

²⁵ HvJ EU, 17 december 2020, C-710/19, *G. M. A. tegen Belgische Staat*, ECLI:EU:C:2020:1037

²⁶ HvJ EU, 11 februari 2021, gevoegde zaken C-407/19 en C-471/19, *Katoen Natie Bulk Terminals NV en General Services Antwerp NV t. Belgische Staat en Middlegate Europe NV t. Ministerraad*, ECLI:EU:C:2021:107

In een aantal zaken heeft het Hof de rechtspositie van kinderen van migrerende Unieburgers en werknemers versterkt en daarmee opnieuw de harde effecten van de *Dano* rechtspraak enigszins gepoogd af te vlakken. In *Jobcenter Krefeld* ging het over de rechten van een voormalige Poolse werknemer JD, die met twee minderjarige kinderen in Duitsland woont.²⁷ In een periode tussen twee banen in werd een sociale basisuitkering voor de kinderen gestaakt, omdat de Poolse vader in deze tussenperiode slechts werkzoekende in Duitsland was en niet langer de status van werknemer had. Een dergelijke automatische uitsluiting van sociale voordelen in de zin van Verordening 492/2011 kan volgens het Hof niet door de beugel omdat een voormalige EU werknemer en zijn kinderen een autonoom verblijfsrecht hebben verkregen op grond van het schoolgaan van de kinderen. Kinderen behouden dit verblijfsrecht en de bijhorende rechten ook als de ouder de status van werknemer onder EU recht verliest. Het Europees recht wil vermijden dat werknemers bij verlies van hun baan in het gastland hun kinderen van school moeten halen en als gezin moeten terugkeren naar hun land van herkomst omdat ze niet meer voldoende bestaansmiddelen hebben. In de praktijk betekent deze uitspraak dus dat van zodra een migrerende werknemer zijn of haar kinderen in het onderwijs van het gastland heeft aangemeld en de kinderen aan het onderwijs deelnamen, het stopzetten van sociale uitkeringen eigenlijk niet meer mogelijk is, ook al is hier conform de *Dano* uitleg van Richtlijn 2004/38 eigenlijk geen bezwaar tegen. Ongetwijfeld is het laatste woord hieromtrent nog niet gezegd, maar ook in *Jobcenter Krefeld* lijkt het Hof de strikte *Dano* lijn van rechtmatig verblijf van EU burgers in ieder geval gedeeltelijk achter zich te laten.

In *Caisse pour l'avenir des enfants* bepaalde het Hof dat onverenigbaar met vrij verkeer is een regeling waarbij grensarbeiders enkel kinderbijslag kunnen ontvangen die verbonden is aan de verrichting van arbeid in loondienst in deze lidstaat voor hun eigen kinderen, en niet voor de kinderen van hun echtgenoot met wie zij geen afstammingsband hebben maar in wier levensonderhoud zij voorzien, terwijl alle kinderen die in die lidstaat wonen wel recht hebben op die kinderbijslag.²⁸ Kinderbijslag die verbonden is aan de verrichting van arbeid in loondienst in een lidstaat door een grensarbeider vormt immers een sociaal voordeel in de zin van artikel 7(2) van Verordening 492/2011. In een andere uitspraak op dezelfde dag gelastte het Hof dat lidstaten het vergoeden van kosten voor transport van en naar scholen van scholieren niet voorwaardelijk mogen maken van verblijf in dezelfde lidstaat.²⁹ Een dergelijke regel is indirect discriminerend tegenover grensarbeiders en hun familie en kan niet worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang, zoals de organisatie van het schoolsysteem.

1.4. Vrij verkeer van vestiging en diensten

Ook op het gebied van vestiging en diensten heeft het Hof eens te meer duidelijk gemaakt dat professionele sportbeoefening niet buiten de werkingssfeer van de Verdragsregels valt. In

²⁷ HvJ EU, 6 oktober 2020, C-181/19, *Jobcenter Krefeld*, ECLI:EU:C:2020:794.

²⁸ HvJ EU, 2 april 2020, C-802/18, *Caisse pour l'avenir des enfants t. FV*, ECLI:EU:C:2020:269

²⁹ HvJ, 2 April 2020, Case C-830/18, *Landkreis Südliche Weinstraße t. PF e.a.*, ECLI:EU:C:2020:275

Federazione Italiana Giuoco Calcio liet het Hof zich uit over de juridische positie van nationale sportbonden, in dit geval de nationale voetbalbond van Italië.³⁰ Het uitbesteden van kruiersdiensten voor de nationale ploegen en het magazijn van de *Federazione* is niet volgens de Europese aanbestedingsregels gegaan. De vraag rees in hoeverre een instelling als de Italiaanse voetbalbond hieraan gebonden is. Het Hof komt tot de conclusie dat een sportbond aan de regels voor het uitbesteden van overheidsopdrachten gebonden kan zijn, als hij activiteiten van algemeen belang verricht die niet van industriële of commerciële aard zijn. Dit geldt alleen dan als de bond onder controle staat van een overheidsinstantie, zoals in dit geval het Italiaanse Olympisch Comité, en deze overheidsinstantie het verstrekken van overheidsopdrachten kan beïnvloeden.

In *Daknevičute* trekt het Hof de lijn uit *Saint-Prix*³¹ inzake de behandeling van economisch actieve burgers die op grond van zwangerschap hun status van werknemer dreigen te verliezen door naar EU burgers die zelfstandig economische activiteiten verrichten onder artikel 49 VWEU.³² Een EU burger die haar zelfstandige activiteit heeft beëindigd op grond van fysieke problemen ontstaan in een gevorderd stadium van haar zwangerschap, behoudt haar status van zelfstandige en de daarbij behorende rechten onder artikel 49 VWEU in de periode volgend op de bevalling, mits zij binnen een redelijke termijn na de geboorte van haar kind die activiteit hervat, een andere zelfstandige activiteit opneemt of een baan vindt. Het is goed dat de regels voor werknemers en zelfstandigen gelijk getrokken zijn op dit vlak.

De regulering van kansspelen is al geruime tijd een van de grootste bronnen van juridische discussies inzake het vrij verkeer van diensten. Dat was in deze referentieperiode niet anders. In *BONVER WIN* ging het om de vraag of een in Tsjechië gevestigd kansspelbedrijf zich überhaupt op artikel 56 VWEU kan beroepen op grond van de enkele omstandigheid dat het klanten aantrekt uit andere lidstaten.³³ Het bedrijf is dicht bij de Duitse grens gevestigd en er komen regelmatig Duitsers langs om te spelen. De toepasselijkheid van het Europese recht was van belang voor de eiser, want het opende de mogelijkheid het verlies van een vergunning onder EU recht te laten toetsen. Het Hof, in navolging van eerdere uitspraken, constateert dat de vrij verkeersregels inderdaad van toepassing zijn als een vennootschap een vergunning verliest op grond van nationale regels die ‘zonder onderscheid van toepassing is op alle dienstverrichters die hun activiteit op het grondgebied van deze lidstaat uitoefenen, ongeacht of zij hun diensten verrichten voor nationale onderdanen of voor onderdanen van andere lidstaten, wanneer een deel van haar klantenkring uit een andere lidstaat komt dan die waar zij is gevestigd.’ Deze vaststelling betekent uiteraard niet dat de nationale wettelijke regeling automatisch ook onverenigbaar is met artikel 56 VWEU, maar daar gaat de vraag van de Tsjechische rechter niet over. Deze zaak illustreert eens te meer dat de tentakels van het Europees recht ver reiken.

³⁰ HvJ EU, 3 februari 2021, gevoegde zaken C-155/19 en C-156/19 *FIGC en Consorzio Ge.Se.Av. S.c.arl t. De Vellis Servizi Globali Sr*, ECLI:EU:C:2021:88

³¹ HvJ EU, 19 juni 2014, C-507/12, *Saint Prix*, ECLI:EU:C:2014:2007.

³² HvJ EU, 19 september 2019, C-544/18, *Daknevičute*, ECLI:EU:C:2019:76

³³ HvJ EU, 3 december 2020, C-311/19, *BONVER WIN*, ECLI:EU:C:2020:981.

Mag van Unieburgers die als bestuurders van een vennootschap landbouwgrond in een andere lidstaat willen kopen verwacht worden dat zij de officiële taal van dat land spreken en dit voorafgaand ook moeten aantonen voordat de verkoop door kan gaan? Mag daarnaast ook van kopers vereist worden dat zij zich laten inschrijven als ingezetene voordat ze kans maken de grond te kopen en te exploiteren? Of zijn deze eisen strijdig met artikel 49 VWEU en de artikelen 9, 10 en 24 van Richtlijn 2006/123/EG? Om deze vragen ging het in *KOB SIA*.³⁴ Het Hof oordeelde dat de gestelde voorwaarden enkel voor buitenlandse kopers golden, kwalificeerde ze daarom als direct discriminerend op grond van nationaliteit, en concludeerde dat ze niet gerechtvaardigd konden worden. Een niet echt verrassende uitkomst.

Een spraakmakend arrest betrof de Franse regeling die de mogelijkheid tot het kortstondig verhuren van appartementen beperkte door een systeem van voorafgaande vergunningen voor dit soort verhuur van appartementen in te voeren. De overheden in Parijs waren hiertoe overgegaan om een nijpend tekort aan woningen voor langdurige verhuur tegen te gaan. Desondanks zijn Cali Apartments en HX, beide eigenaar van een eenkamerflat in Parijs, doorgegaan met het verhuren van appartementen op een website zonder daarvoor een vergunning bij de plaatselijke autoriteiten te hebben aangevraagd. Het Hof stelde dat een dergelijk vergunningsstelsel in overeenstemming was met artikel 9 van Richtlijn 2006/123.³⁵ Immers is het bestrijden van het woningtekort een dwingende reden van algemeen belang die een dergelijke beperking in vorm van een vergunningstelsel rechtvaardigt. Het is aan de nationale rechter om te bepalen in hoeverre de maatregel in de concrete situatie evenredig is. Opvallend is ook dat het Hof aangeeft dat de verlening van een dergelijke vergunning afhankelijk zou kunnen worden gemaakt van de acceptatie van een compensatie in de vorm van een bijkomende, gelijktijdige verbouwing van onroerend goed zonder woonbestemming tot woonruimte, uiteraard mits die vergunningsvoorwaarden voldoen aan de gestelde eisen en de compensatieverplichting kan worden nagekomen onder transparante en toegankelijke voorwaarden. In de praktijk maakt deze zaak het mogelijk de transformatie van appartementen voor langdurige huur naar kortstondige verhuur aan bijvoorbeeld toeristen tegen te gaan. Deze transformatie is in steden zoals Amsterdam of Barcelona een groot probleem en leidt tot grote woningtekorten en versnelde stijging van huurprijzen voor de bewoners van deze steden. Ook al wordt het onderliggende probleem onderkend, toch is deze uitspraak bekritiseerd als een te verregaande inperking van het fundamentele recht op het aanbieden van diensten door particulieren.³⁶

Niet alles wat consumenten in staat stelt op een mobiele telefoon vervoer van A naar B te regelen is een transportdienst en niet alles valt daarom binnen het toepassingsbereik van Richtlijn 2003/123 met strikte regels voor wat de rechtmatigheid van beperkingen door vergunningsstelsels betreft. In *Star Taxi App* stelt het Hof dat het louter met elkaar in contact brengen, door middel van een smartphoneapplicatie, van consumenten die een stadstraject willen afleggen en taxichauffeurs, een dienst is die niet *per se* onlosmakelijk met vervoer verbonden is, zoals bijvoorbeeld in het product

³⁴ HvJ EU, 11 juni 2020, C-206/19, „*KOB*” *SIA t. Madonas novada pašvaldības Administratīvo aktu strīdu komisija*, ECLI:EU:C:2020:46

³⁵ HvJ EU, 22 september 2020, gevoegde zaken C-724/18 en C-727/18, *Cali Apartments*, ECLI:EU:C:2020:743

³⁶ V. Hatzopoulos, ‘Disarming Airbnb – Dismantling the Services Directive? Cali Apartments’ (2021) *Common Market Law Review* 58(3), pp. 905 – 928

van UBER.³⁷ Bij een app die, zoals in het onderhevige geval, slechts chauffeurs en passagiers aan elkaar koppelt, de consument vrije keuze laat bij het kiezen van de chauffeur, en het sluiten van de vervoerovereenkomst uiteindelijk overlaat aan de chauffeur en passagier zelf, staat de vervoersdienst los van het gebruik van de app. Een dergelijke bemiddelingsdienst waarvoor de aanbieder van die dienst met taxichauffeurs dienstverleningsovereenkomsten heeft gesloten tegen betaling van een maandelijks abonnement, maar hun niet de opdrachten doorstuurt, niet de ritprijs vaststelt, en evenmin de ritprijs bij die personen int, die deze rechtstreeks aan de taxichauffeur betalen, en voorts geen toezicht houdt op de kwaliteit van de voertuigen en hun chauffeurs, noch op het gedrag van die chauffeurs, is een ‘dienst van de informatiemaatschappij’ in de zin van Richtlijn 2000/31. Daardoor valt de dienst onder de dienstenrichtlijn. Het is aan de nationale rechter om te kijken of het vergunningsstelsel aan de eisen van de artikelen 9 en 10 van Richtlijn 2006/123 voldoet.

De rechtmatigheid van een weigering om toestemming te verlenen voor grensoverschrijdende gezondheidszorg op grond van geloofsovertuiging was het voorwerp van geschil in *A t. Veselības ministrija*.³⁸ Een Letse getuige van Jehova diende in Letland een open hartoperatie te ondergaan. Een dergelijke ingreep is in Letland niet mogelijk zonder bloedtransfusies. Daartegen verzetten Jehovah's getuigen zich echter uit geloofsovertuiging. Het verzoek om de operatie in Polen te laten doorgaan, waar blijkbaar geen gebruik wordt gemaakt van bloedtransfusies bij open hartoperaties, werd door de Letse gezondheidsdienst afgewezen. Ook het verzoek om de kosten van een desondanks in Polen uitgevoerde operatie te vergoeden werd afgewezen. Het Hof interpreteert artikel 20(2) van Verordening 883/2004, dat handelt over de voorwaarden om medische procedures in een andere lidstaat te mogen uitvoeren, en artikel 8 van Richtlijn 2011/242, betreffende voorafgaande toestemming inzake terugbetaling van grensoverschrijdende gezondheidszorg, in het licht van artikel 21(1) van het EU Grondrechten Handvest, dat iedere discriminatie op grond van godsdienst verbiedt. Het Hof oordeelt dat een (automatische) weigering om een patiënt ‘voorafgaande toestemming te verlenen voor de vergoeding van de kosten van grensoverschrijdende gezondheidszorg, wanneer in deze staat een doeltreffende ziekenhuisbehandeling beschikbaar is, maar de gebruikte behandelingsmethode indruist tegen de geloofsovertuiging van de betrokkene, een verschil in behandeling tot stand brengt dat indirect is gebaseerd op godsdienst.’ Een dergelijke weigering kan echter wel objectief gerechtvaardigd door een legitieme doelstelling die verband houdt met het behoud van gezondheidszorgcapaciteit of medische deskundigheid, en een passend en noodzakelijk middel vormt om dat doel te bereiken. Het is aan de nationale rechter overgelaten of dit het geval is.

In *Commissie tegen Hongarije* ging het over het befaamde *lex CEU*, die de uitoefening, in Hongarije, van de activiteit van buitenlandse hoger onderwijsinstellingen afhankelijk stelt van de voorwaarde dat zij een hoger onderwijsopleiding aanbieden in hun vestigingsstaat.³⁹ Voor zover

³⁷ HvJ EU, 3 december 2020, C-62/19, *Star Taxi App*, ECLI:EU:C:2020:980

³⁸ HvJ EU, 29 oktober 2020, C-243/19, *A t. Veselības ministrija*, ECLI:EU:C:2020:872

³⁹ HvJ EU, 6 oktober 2020, C-66/18, *Commissie t. Hongarije*, ECLI:EU:C:2020:792

deze maatregel van toepassing is op buitenlandse hoger onderwijsinstellingen is er sprake van een belemmering van het vrij verkeer van vestiging in artikel 49 VWEU en artikel 16 van Richtlijn 2006/123. De beperkingen kunnen bovendien niet worden gerechtvaardigd door het doel de kwaliteit van onderwijs te waarborgen. Voort beperken de Hongaarse maatregelen ook op een ongeoorloofde manier de academische vrijheid en de vrijheid van ondernemerschap zoals neergelegd in de artikelen 13, 14(3) en 16 van het EU Grondrechten Handvest.

1.5. Vrij verkeer van kapitaal

Tijdens de referentieperiode werden 26 zaken afgedaan door het Hof die met kapitaal te maken hadden. Slechts één daarvan haalde de persmededelingen. Die betrof opnieuw een infractieprocedure van de Commissie tegen Hongarije omwille van een transparantiewet die, op straffe van sancties, registratie-, kennisgevings- en bekendmakingsverplichtingen oplegt aan in Hongarije gevestigde maatschappelijke organisaties die direct of indirect buitenlandse steun ontvangen die een bepaalde drempel overschrijdt.⁴⁰ Het Hof stelde vast dat deze verenigingen en stichtingen anders behandeld worden dan de organisaties die financiële steun uit Hongarije ontvangen, en dat personen die vanuit een andere lidstaat of een derde land financiële steun verlenen aan deze verenigingen en stichtingen anders behandeld worden dan personen die dat doen vanuit een woonplaats of zetel in Hongarije. Dit verschil in behandeling leidt tot een ongeoorloofde belemmering van het kapitaalverkeer in strijd met artikel 63 VWEU. Weliswaar erkende het Hof het doel om de transparantie van de financiering van verenigingen te vergroten als legitiem, het concludeerde desalniettemin dat het geen rechtvaardiging kan vormen voor een wettelijke regeling die is gebaseerd ‘op een principieel en algemeen vermoeden dat alle door een in een andere lidstaat of derde land gevestigde natuurlijke of rechtspersoon verleende financiële steun en iedere maatschappelijke organisatie die dergelijke steun ontvangt als zodanig de politieke en economische belangen van de eerstgenoemde lidstaat en de onafhankelijke werking van zijn wettelijke instellingen in gevaar kunnen brengen’.⁴¹ Voorts is de transparantiewet ook onverenigbaar met het in de artikelen 7, 8 en 12 van het EU Handvest Grondrechten vervatte fundamentele recht op de bescherming van persoonsgegevens.

Traditioneel betrof een aantal zaken opnieuw belastinggeschillen en de vraag of er een geoorloofd verschil in behandeling was op grond van niet-vergelijkbare situaties.⁴² In een van deze zaken werden door de Nederlandse Hoge Raad prejudiciële vragen voorgelegd aan het Hof. De zaak betrof een geschil tussen een Duits beleggingsfonds en de staatssecretaris van financiën over de

⁴⁰ HvJ EU, 18 juni 2020, C-78/18, *Commissie t. Hongarije*, ECLI:EU:C:2020:476

⁴¹ Idem, par. 86.

⁴² Zie HvJ EU, 29 april 2021, *E. in tegenwoordigheid van Veronsaajien oikeudenvallontayksikkö*, ECLI:EU:C:2021:334; HvJ EU, 23 november 2019, C-641/17, *College Pension Plan of British Columbia t. Finanzamt München*, ECLI:EU:C:2019:960

teruggaaf van de dividendbelasting die ten laste van het fonds was ingehouden op uitgekeerde dividenden van aandelen van Nederlandse vennootschappen.⁴³ Het fonds voerde aan dat het diende te worden gelijkgesteld met een in Nederland gevestigd beleggingsfonds met de status van een fiscale beleggingsinstelling, zoals bedoeld in artikel 28 van de Wet op de vennootschapsbelasting, en dat het derhalve recht had op teruggaaf van dividendbelasting op grond van artikel 63 VWEU. Het Hof stelde vooreerst geen bezwaren te hebben tegen de Nederlandse wet op de dividendbelasting, als het buitenlandse beleggingsfonds niet aantoont dat zijn aandeelhouders of participanten voldoen aan de in de wet gestelde voorwaarden, zolang niet-ingezeten beleggingsfondsen *de facto* maar niet worden benadeeld door die voorwaarden en de belastingautoriteiten ook van ingezeten beleggingsfondsen verlangen dat zij aantonen aan die voorwaarden te voldoen. Het voegde er vervolgens wel aan toe dat niet kan worden uitgesloten dat een niet-ingezeten beleggingsfonds precies vanwege het in zijn vestigingsstaat van kracht zijnde regelgevingskader niet voldoet aan alle voorwaarden van de lidstaat die het betrokken belastingvoordeel toekent en zich feitelijk dus toch in een vergelijkbare situatie bevindt met die van een ingezeten beleggingsfonds dat aan dergelijke voorwaarden voldoet.⁴⁴ De vergelijkbaarheid van een grensoverschrijdende situatie met een interne situatie moet worden onderzocht op basis van het door de betrokken nationale bepalingen nagestreefde doel en het voorwerp en de inhoud van die bepalingen.⁴⁵ Indien het nagestreefde doel hoofdzakelijk is gelegen in het belasten van de winst bij de aandeelhouder van het beleggingsfonds, dan dient ervan te worden uitgegaan dat een ingezeten beleggingsfonds, dat zijn winst daadwerkelijk uitkeert, en een niet-ingezeten beleggingsfonds waarvan de winst niet wordt uitgekeerd maar wordt geacht te zijn uitgekeerd en als zodanig wordt belast op het niveau van de aandeelhouder van dat fonds, zich in een objectief vergelijkbare situatie bevinden. Dit dient de verwijzende rechter na te gaan. In een dergelijk geval zou de niet-teruggaaf van de dividendbelasting aan het niet-ingezeten beleggingsfonds wel een inbreuk vormen op Artikel 63 VWEU.

2. Mededingingsrecht

2.1 Kartelverbod

Inzake de handhaving van de EU-mededingingsregels, en met name het verbod op mededingingsbeperkende praktijken (artikel 101 VWEU), zette de Europese Commissie tijdens deze referentieperiode haar strijd tegen beperkingen op grensoverschrijdende (online) verkoop voort. In januari 2020 legde de Commissie een boete op aan Comcast Corporation en verschillende van haar dochterondernemingen, waaronder NBCUniversal, voor een reeks praktijken die de

⁴³ HvJ EU, 30 januari 2020, C-156/17, *Köln Aktienfonds Data*, ECLI:EU:C:2020:51

⁴⁴ Par. 74.

⁴⁵ Par. 76.

verkoop van in licentie gegeven merchandise van haar films (zoals ‘Jurassic World’ en ‘The Minions’) buiten de toegewezen gebieden en klantengroepen beperkten.⁴⁶ Ook de Spaanse hotelgroep Meliá werd schuldig bevonden aan het beperken van actieve en passieve verkoop, in dit geval van hotelaccommodatie in contracten met touroperators.⁴⁷ En het Amerikaanse Valve, bekend van gameplatform Steam, en vijf game-ontwikkelaars kregen boetes opgelegd voor het “geoblocken” van pc-videogames: een praktijk die (net als andere auteursrechtelijk beschermde diensten) niet onder het toepassingsgebied van de geoblocking-verordening valt, maar dus wel aangepakt kan worden via het kartelverbod.⁴⁸ Deze zaak vormt het sluitstuk van de reeks van onderzoeken die de Commissie in 2017 opende in navolging van haar sectoronderzoek naar e-commerce.

In november 2020 beboette de Commissie de farmaceutische bedrijven Teva en Cephalon omdat zij ermee hadden ingestemd de marktintroductie van een goedkopere, generieke versie van een geneesmiddel van Cephalon met verschillende jaren uit te stellen. Hierdoor konden de prijzen, ook lang nadat de octrooien waren verstreken, kunstmatig hoog worden gehouden.⁴⁹ Dit is de derde keer dat de Commissie optreedt tegen ‘pay-for-delay’ praktijken, die zij telkens als een strekkingsbeperking aanmerkte. In twee arresten oordeelde het Hof dat deze kwalificatie kan worden aanvaard wanneer blijkt dat de betaling door de octrooihouder aan de generieke fabrikant (in welke vorm dan ook) uitsluitend kan worden verklaard door hun commerciële belang om niet te concurreren op verdienste.⁵⁰ Ook in *Budapest Bank* benadrukte het Hof opnieuw dat het begrip beperking van de mededinging ‘naar strekking’ restrictief moet worden uitgelegd. Vooraleer een overeenkomst kan worden geacht naar haar aard schadelijk te zijn voor de mededinging, moet er sprake zijn van ‘voldoende ervaring’ die ‘solide en betrouwbaar is’.⁵¹ Een zekere mate van onderzoek naar de juridische en economische context van de overeenkomst – ofwel, in de woorden van advocaat-generaal Bobek, een ‘algemene toetsing aan de realiteit’ – is bovendien noodzakelijk.⁵² Want, zo blijkt uit deze zaak, specifieke omstandigheden kunnen vragen doen

⁴⁶ Besluit van de Commissie van 30 januari 2020 in AT.40433 (Film merchandise).

⁴⁷ Besluit van de Commissie van 21 februari 2020 in AT. 40528 (Meliá (Holiday pricing)).

⁴⁸ Besluit van de Commissie van 20 januari 2021 in AT.40413, AT.40414, AT.40420, AT.40422 en AT.40424 (Videogames).

⁴⁹ Besluit van de Commissie van 26 november 2020 in AT.39686 (Cephalon).

⁵⁰ HvJ EU 25 maart 2021, C-591/16 P, *Lundbeck/Commissie*, ECLI:EU:C:2021:243; en HvJ EU 30 januari 2020, C-307/18, *Generics (UK) e.a.*, ECLI:EU:C:2020:52

⁵¹ HvJ EU 2 april 2020, C-228/18, *Budapest Bank e.a.*, ECLI:EU:C:2020:265, para. 76.

⁵² Conclusie van Advocaat-Generaal Bobek in C-228/18, *Budapest Bank e.a.*, ECLI:EU:C:2019:678, para. 49.

rijzen over het vermeende schadelijke karakter van een gedraging, zelfs wanneer het gaat om prijsafspraken tussen concurrenten.

In het handhavingsbeleid van de Commissie ten aanzien van *hardcore* kartels was er tijdens deze referentieperiode wederom bijzondere aandacht voor de financiële sector en de automobielsector. In twee verschillende zaken werden in totaal acht investeringsbanken beboet vanwege kartelvorming rond de handel in (Europese) staatsobligaties (ten tijde van de financiële crisis).⁵³ De Commissie nam ook een nieuw besluit aan in de kartelzaak betreffende rentederivaten in yen.⁵⁴ Het onderzoek naar heimelijke afspraken tussen Duitse autofabrikanten om een nieuwe emissiebeperkende technologie niet ten volle te benutten, werd in juli 2021 afgesloten. Daimler en de Volkswagen groep – maar niet klokkenluider BMW – dienen samen een boete van €875 miljoen te betalen. Dit is het eerste besluit waarin de Commissie het beperken van technologische ontwikkeling aanmerkt als een *hardcore* kartel.⁵⁵ Minder vernieuwend was de conclusie van een onderzoek – ondertussen al het dertiende sinds 2013 - naar kartelafspraken bij leveranciers van auto-onderdelen.⁵⁶ Kartelboetes werden tijdens de kroniekperiode tevens opgelegd aan producenten van groentenconserven,⁵⁷ aan afnemers van ethyleen,⁵⁸ aan producenten en distributeurs van voedingsverpakkingen,⁵⁹ en aan spoorwegmaatschappijen uit België, Duitsland en Oostenrijk voor klantentoe wijzing inzake grensoverschrijdend goederenvervoer.⁶⁰ Er werd slechts een nieuw kartelonderzoek geopend.⁶¹

2.2 Machtsmisbruik

⁵³ Besluiten van de Commissie van 28 april 2021 in AT.40346 (SSA Bonds) en van 20 mei 2021 in AT.40324 (EGB).

⁵⁴ Besluit van de Commissie van 28 mei 2021 in AT.39861 (Rentederivaten in yen). Het vorige besluit uit 2015 werd ten dele nietig verklaard. Gerecht EU 10 november 2017, T-180/15, ECLI:EU:T:2017:795 (Icap e.a. / Commissie).

⁵⁵ Besluit van de Commissie van 8 juli 2021 in AT.40178 (Car Emissions).

⁵⁶ Besluit van de Commissie van 29 september in AT.40299 (Sluitinrichtingen).

⁵⁷ Besluit van de Commissie van 27 september 2019 in AT.40127 (Groenteconserven).

⁵⁸ Besluit van de Commissie van 14 juli 2020 in AT.40410 (Ethyleen).

⁵⁹ Besluit van de Commissie van 17 december 2020 in AT.39563 (Voedingsverpakkingen voor de Detailhandel). Het vorige besluit uit 2015 werd ten dele nietig verklaard. Gerecht EU 11 juli 2019, T-522/15, ECLI:EU:T:2019:500 (CCPL e.a. / Commissie).

⁶⁰ Besluit van de Commissie van 20 april 2021 in AT. 40330 (Rail cargo).

⁶¹ Persbericht van de Commissie van 4 november 2019, 'Antitrust: Commission opens investigation into possible collusion by two French retailers in a purchasing alliance', beschikbaar op https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_19_6216

Wat het verbod op misbruik van een machtspositie (artikel 102 VWEU) betreft, ‘domineren’ de vier zogenaamde GAFA-bedrijven de handhavingsagenda van de Commissie. Tijdens de referentieperiode opende de Commissie maar liefst zeven nieuwe onderzoeken naar vermeend machtsmisbruik door Google, Amazon, Facebook en Apple.⁶² Gelukkig bleef er ook (enige) ruimte voor andere prioriteiten.

In februari 2021 besliste de Commissie om toezeggingen van het farmabedrijf Aspen te aanvaarden als oplossing voor mededingingsbezwaren over het opleggen van buitensporige prijzen. De zaak betrof zes octrooivrije geneesmiddelen voor de behandeling van kanker. Na overname van deze geneesmiddelen van een ander bedrijf liet Aspen zijn prijzen in de EU stijgen, vaak met honderden procenten. De Commissie kwam tot de voorlopige conclusie dat Aspen deze prijsverhogingen, die het bedrijf kon doorvoeren omdat patiënten en artsen geen andere keuze hadden, niet in verhouding stonden met de kosten, zelfs wanneer rekening gehouden werd met een redelijke winstmarge. Aspen verbond zich ertoe de prijzen van de geneesmiddelen in de EU met ongeveer 73% te verlagen en deze de komende tien jaar niet opnieuw te verhogen. Het bedrijf garandeerde bovendien de zes medicijnen minstens vijf jaar te blijven leveren, waarna het ofwel deze levering zelf verlengt met vijf jaar ofwel een vergunning aan andere leveranciers beschikbaar stelt.⁶³ Hoewel hiermee de mededingingsbezwaren konden worden weggenomen, is het jammer voor de rechtsontwikkeling dat de Commissie besloot om deze vorm van misbruik van een dominante machtspositie wederom aan te pakken met een toezeggingsbesluit.⁶⁴

Ook het onderzoek naar de Roemeense transmissienetbeheerder Transgaz werd afgesloten met de verbindendverklaring van toezeggingen. De Commissie meende dat Transgaz, door het opleggen en handhaven van uitvoerrestricties, mogelijk misbruik maakte van zijn machtspositie op de markt voor aardgastransmissie in Roemenië. De toezeggingen houden in dat Transgaz de vrije stroom van aardgas naar aangrenzende lidstaten niet langer zal beletten, belemmeren of anderszins discrimineren.⁶⁵

⁶² Het betreft de volgende zaken: AT.40462 (Amazon Marketplace); AT.40716 (Apple - App Store Practices); AT.40652 (Apple – App Store Practices (e-books/audiobooks)); AT.40437 (Apple - App Store Practices (music streaming)); AT.40452 (Apple – Mobile Payments); AT. 40703 (Amazon Buy Box); AT. 40684 (Facebook Leveraging); AT.40670 (Google – Adtech and Data-related practices).

⁶³ Besluit van de Commissie van 10 februari 2020 in AT.40394 (Aspen).

⁶⁴ De zaken AT.39816 (Upstreamgasleveringen in Midden- en Oost-Europa), COMP/39.592 (Standard & Poor's) en COMP/38.636 (Rambus) werden eveneens afgesloten met een toezeggingsbesluit, respectievelijk in 2018, 2011, en 2009.

⁶⁵ Besluit van de Commissie van 6 maart 2020 in AT.40335 (Romanian gas interconnectors).

In *Slovak Telekom* en *Deutsche Telekom* verduidelijkte het Hof wanneer de weigering van een onderneming met een machtspositie om haar infrastructuur ter beschikking te stellen van concurrenten misbruik oplevert in de zin van artikel 102 VWEU. In het bekende arrest *Bronner* (1998) zette het Hof strenge voorwaarden uiteen: zo kan er slechts sprake zijn van misbruik wanneer toegang tot die infrastructuur ‘onontbeerlijk’ is om op de betrokken markt te kunnen concurreren.⁶⁶ Deze voorwaarden zijn echter niet van toepassing, zo maakte het Hof nu duidelijk, wanneer de dominante onderneming wel toegang verleent maar onbillijke voorwaarden stelt voor die toegang (een ‘impliciete toegangsweigering’). Het opleggen van een verplichting om (tegen billijke voorwaarden) toegang te verlenen heeft in dit scenario minder impact op de contractvrijheid en het eigendomsrecht van de dominante onderneming en kan daarom gerechtvaardigd worden zodra de impliciete toegangsweigering tot potentiële uitsluitingseffecten leidt op de betrokken markt(en).⁶⁷

2.3 Procedure en handhaving

Tijdens de kroniekperiode heeft de Commissie voor het eerst sinds de zaak *IMS-Health* (2001) gebruik gemaakt van haar bevoegdheid om voorlopige maatregelen op te leggen. Op basis van een voorlopig onderzoek stelde de Commissie vast dat Broadcom, de grootste leverancier ter wereld van chipsets voor TV set-top boxen en modems, op het eerste gezicht inbreuk maakte op artikel 102 VWEU door exclusiviteitinducerende contractvoorwaarden op te leggen aan zes producenten van deze apparatuur. De Commissie gelastte Broadcom deze bepalingen met onmiddellijke ingang niet langer toe te passen (en voorlopig ook geen bepalingen met gelijkwaardige gevolgen op te leggen in toekomstige overeenkomsten met deze afnemers).⁶⁸ Dit zou nodig zijn om ernstige en onherstelbare schade te voorkomen en dus de effectiviteit van de definitieve beslissing – die trouwens een jaar later al volgde⁶⁹ – te waarborgen. Deze ‘eenvoudige’ zaak was duidelijk een testcase. De Commissie kondigde aan niet opnieuw 18 jaar te zullen wachten alvorens opnieuw voorlopige maatregelen in te zetten. Of het instrument een doeltreffende oplossing kan bieden voor snellere interventie in voortdurend evoluerende (digitale) markten – de Commissie erkent dat een

⁶⁶ HvJ EU 26 november 1998, C-7/97, *Oscar Bronner e.a.*, ECLI:EU:C:1998:569

⁶⁷ HvJ EU 25 maart 2021, C-165/19 P, *Slovak Telekom v Commissie*, ECLI:EU:C:2021:239 en C-152/19 P, *Deutsche Telekom v Commissie*, ECLI:EU:C:2021:238, paras. 50-51.

⁶⁸ Beslissing van de Commissie van 16 oktober 2019 in AT.40608 (Broadcom).

⁶⁹ Beslissing van de Commissie van 7 oktober 2020 in AT.40608 (Broadcom).

boetebesluit met een stakingsbevel of corrigerende maatregelen hier vaak te laat komt om marktschade te verhelpen – valt nog af te wachten.

Nog een ander handhavingsinstrument werd voor het eerst sinds de modernisering van de handhaving van de EU-antitrustregels van onder het stof gehaald. De uitbraak van de COVID-19-pandemie leidde tot een buitengewone situatie waarin ondernemingen moesten samenwerken om de levering en eerlijke verdeling van (schaarse) essentiële producten te kunnen waarborgen. Teneinde rechtszekerheid te bieden voor wat de verenigbaarheid van deze initiatieven met het kartelverbod betreft, nam de Commissie in april 2020 een tijdelijk raamwerk aan en toonde ze zich bereid om informele *guidance* te bieden in de vorm van een *ad hoc* ‘comfort letter’.⁷⁰ Tot dusver werden twee dergelijke comfort letters afgegeven.⁷¹ Het tijdelijk raamwerk benadrukt dat het om een hoogst uitzonderlijke procedure gaat. Toch gaf de Commissie meer recent te kennen op eenzelfde manier houvast te willen verschaffen voor samenwerkingsinitiatieven die kunnen bijdragen aan de doelstellingen van de Europese Green Deal.⁷² Dat is opmerkelijk. Sinds Verordening 1/2003 een stelsel van zelfbeoordeling voor overeenkomsten introduceerde, weigerde de Commissie immers voorheen om in individuele gevallen adviezen te verstrekken. Hiervan ‘uitzonderlijk’ afwijken is mogelijk een hellend vlak: heel wat andere vormen van samenwerking hebben immers eveneens behoefte aan meer rechtszekerheid.

Om de bestrijding van de pandemie te vergemakkelijken versoepelde de Commissie, via uitvoeringsverordeningen aangenomen in april 2020, voorts ook voor zes maanden het toepassingsgebied van de antitrustregels op collectieve acties in drie landbouwsectoren (melk, bloemen en aardappelen) die zwaar door de COVID-19-crisis getroffen werden.⁷³

2.4 Concentratiecontrole

⁷⁰ Mededeling van de Commissie, “Tijdelijk raamwerk voor de beoordeling van mededingingskwesties met betrekking tot samenwerking tussen bedrijven in respons op noodsituaties voortvloeiend uit de huidige COVID-19-uitbraak” [2020] PbEU C 116 I/7.

⁷¹ Zie https://ec.europa.eu/competition/antitrust/medicines_for_europe_comfort_letter.pdf en https://ec.europa.eu/competition/antitrust/comfort_letter_coronavirus_matchmaking_event_25032021.pdf

⁷² Speech van Margrethe Vestager van 22 september 2020, “The Green Deal and competition policy”, https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/green-deal-and-competition-policy_en

⁷³ Zie bv. Uitvoeringsverordening (EU) 2020/593 van de Commissie van 30 april 2020 tot verlening van toestemming voor overeenkomsten en besluiten inzake marktstabiliserende maatregelen in de sector aardappelen [2020] PbEU L-140/13.

Inzake concentratiecontrole kan, na jaren van ononderbroken toename van het aantal aangemelde transacties (2013-2018), een stagnatie vastgesteld worden - mogelijk als gevolg van de coronacrisis. In 2019 en 2020 ontving de Commissie respectievelijk 382 en 361 aanmeldingen. Bij ongeveer 5% van de aangemelde concentraties stootte de Commissie op mededingingsbezwaren.⁷⁴ Tijdens de kroniekperiode werd (formeel) geen enkele concentratie verboden: in alle zaken namen de ondernemingen de bezwaren weg door afdoende verbintenissen voor te stellen ofwel door af te zien van de voorgenomen transactie.⁷⁵ Zo besloot de Commissie zich niet te verzetten tegen de overname van de transportactiviteiten van Bombardier door de Franse treinfabrikant Alstom, nadat de partijen al in de eerste fase verregaande corrigerende structurele of gedragsmaatregelen hadden aangeboden.⁷⁶ In een andere spraakmakende zaak, de overname van *wearables*-producent Fitbit door Google, aanvaardde de Commissie verbintenissen (inzake het gebruik van en de toegang van derden tot de gezondheids- en fitnessdata van Fitbitgebruikers en de interoperabiliteit tussen *wearables* van derden en het Android-besturingssysteem) die in beginsel tien jaar gelden, maar waarvan de termijn nog eens met tien jaar kan worden verlengd.⁷⁷

De uitspraak van het Gerecht van 28 mei 2020 in de zaak *CK Telecoms Investments/Commissie* verdient bijzondere aandacht.⁷⁸ Het beroep ingesteld tegen een besluit van de Commissie uit 2016, waarbij de voorgenomen overname van Telefónica UK door Hutchison 3G UK onverenigbaar werd verklaard met de interne markt, gaf het Gerecht voor de eerste keer de gelegenheid de toepassing van de materiële ‘significante belemmering van daadwerkelijke mededinging’ test in een zogenoemde ‘gap’-zaak te toetsen.⁷⁹ In haar besluit oordeelde de Commissie dat de concentratie niet-gecoördineerde effecten teweeg zou brengen, die verband houden met de uitschakeling van aanzienlijke concurrentiedruk op de Britse *wholesale*- en retailmarkt voor mobiele telefonie en met het delen van netwerken. Het Gerecht maakte brandhout van alle onderdelen van deze analyse – die pijnlijk genoeg vergelijkbaar is met de analyse in een reeks

⁷⁴ In 2019 in 19 zaken en in 2020 in 18 zaken (waarvan in beide jaren telkens 8 concentraties, in diverse sectoren, aan een diepgaand “fase II” onderzoek onderworpen werden).

⁷⁵ In totaal werden vier aanmeldingen ingetrokken nadat de Europese Commissie een diepgaand onderzoek had ingesteld (twee in 2020 en twee in de eerste helft van 2021).

⁷⁶ Besluit van de Commissie van 31 juli 2020 in M.9779 (Alstom / Bombardier Transportation).

⁷⁷ Besluit van de Commissie van 17 december 2020 in M.9660 (Google / Fitbit).

⁷⁸ Gerecht EU 28 mei 2020, T-399/16, *CK Telecoms UK Investments / Commissie*, ECLI:EU:T:2020:217.

⁷⁹ De concentratieverordening van 2004 wijzigde de materiële test om duidelijk te maken dat concentraties die geen machtspositie in het leven roepen of versterken maar, in de specifiek context van oligopolistische markten, desalniettemin tot gevolg hebben dat daadwerkelijke mededinging op significante wijze wordt belemmerd ook onverenigbaar verklaard moeten worden met de interne markt. Hiermee werd een blinde vlek (ofwel “gap”) in de vorige test aangepakt.

andere recente besluiten betreffende vier-naar-drie telecomfusies - en verklaarde het besluit daarom nietig. Om in het kader van een op niet-gecoördineerde effecten gebaseerde schadetheorie vast te stellen dat de daadwerkelijke mededinging op significante wijze wordt belemmerd, zo verduidelijkt het Gerecht, volstaat het niet om enkel aan te tonen dat een concentratie de concurrentiedruk voor de overige concurrenten verlaagd.⁸⁰ Volgens het Gerecht onderzocht de Commissie onvoldoende of de concentratie een ‘belangrijke concurrentiefactor’ uitschakelt (die zich van zijn concurrenten onderscheidt in termen van invloed op de mededinging).⁸¹ Ook had de Commissie onvoldoende bewezen dat de fuserende partijen ‘aanzienlijke’ concurrentiedruk op elkaar uitoefenen.⁸² Het gerecht richtte haar pijlen tevens op de verrichte kwantitatieve analyse van de effecten van de fusie op de prijzen.⁸³ Controversieel is dat het Gerecht bij dit alles een hogere bewijsstandaard hanteert: wanneer een analyse gebaseerd is op meerdere schadetheorieën moet de Commissie ‘met een ernstige waarschijnlijkheid’ (en niet slechts ‘waarschijnlijker dan onwaarschijnlijk’) aantonen dat de concentratie significante belemmeringen tot gevolg zal hebben.⁸⁴ De Commissie heeft vanzelfsprekend beroep aangetekend tegen de uitspraak.

Vermeldenswaard is ook de uitspraak van het Hof in de zaak *Mowi*. Het Hof bevestigde dat wanneer een concentratie met een communautaire dimensie tot stand wordt gebracht zonder aanmelding en voorafgaande goedkeuring (“gun jumping”), de Commissie twee afzonderlijke boetes kan opleggen: één voor de overtreding van de meldingsplicht en één voor de overtreding van de *standstill*-verplichting.⁸⁵

In mei 2021 publiceerde de Commissie een nieuwe leidraad over de toepassing van het verwijzingsmechanisme van artikel 22 van de concentratieverordening.⁸⁶ Al enkele jaren is er bezorgdheid over de strategie van grote tech- en farmabedrijven om systematisch innovatieve startups, en dus mogelijk opkomende concurrenten, op te kopen. Omdat deze ondernemingen op dat moment nog weinig of geen omzet behalen, blijven de transacties doorgaans onder de radar van de mededingingsautoriteiten. De leidraad beschrijft scenario’s waarin een verwijzing van zulke ‘*killer acquisitions*’ naar de Commissie nu aangemoedigd wordt, zelfs wanneer deze onder de nationale aanmeldingsdrempels vallen. Hiermee meent de Commissie een passend antwoord

⁸⁰ Idem, par. 91.

⁸¹ Idem, paras. 171-176 en 445-453.

⁸² Idem, paras. 234-249.

⁸³ Idem, paras. 264-282.

⁸⁴ Idem, par. 118.

⁸⁵ HvJ EU 4 maart 2020, C-10/18 P, *Mowi ASA t. Commissie*, ECLI:EU:C:2020:149

⁸⁶ Mededeling van de Commissie, “Handvatten voor de toepassing van het verwijzingsmechanisme van artikel 22 van de concentratieverordening op bepaalde categorieën zaken” [2021] *PB* EU C 113/1.

gevonden te hebben dat geen aanpassingen vereist aan de op omzet gebaseerde bevoegdheidsdrempels van de EU-concentratieverordening.⁸⁷

3. Staatssteun

De belangrijkste ontwikkelingen op staatssteunrechtelijk gebied gedurende de afgelopen kroniekperiode kunnen kernachtig samengevat worden onder de titel *Crisis en strijd*. Ze hielden namelijk verband met de COVID-19 pandemie en de steeds openlijker wordende klimaatcrisis, alsook met de strijd van de Commissie tegen selectieve belastingvoordelen voor multinationals. Voorts waren er ook ontwikkelingen met betrekking tot het beginsel van particuliere marktdeelnemer, het criterium ‘afkomstig van de staat’ en de terugvordering van onrechtmatigheidsrente.

3.1. COVID-19

Al snel werd duidelijk dat de Coronacrisis grote impact zou hebben op de Europese economieën. Om deze impact op te vangen zijn de nationale overheden hun economieën financieel te hulp geschoten. De Commissie assisteerde hen daarbij door miljarden aan staatssteun goed te keuren.⁸⁸ De meeste steun werd goedgekeurd op basis van de door de Commissie ingestelde Tijdelijke Kaderregeling.⁸⁹ Deze verduidelijkt de parameters waaraan steun aan ondernemingen die in moeilijkheden zijn gekomen als gevolg van de Corona-uitbraak moet voldoen om in overeenstemming te zijn met Artikel 107(3)(b) VWEU. De Tijdelijke Kaderregeling werd op 19 maart 2020 aangenomen, maar is inmiddels vijfmaal geamendeerd en verlengd tot 31 december 2021.⁹⁰ Ook maakte de Commissie, door de COVID-19 crisis te betitelen als een ‘buitengewone gebeurtenis’, de weg vrij voor steun via Artikel 107(2)(b) VWEU.⁹¹ Desondanks hebben de

⁸⁷ Zie ook Commission Staff Working Document, “Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control”, SWD(2021) 66 final.

⁸⁸ Factsheet – List of Member State Measures approved under Articles 107(2)b, 107(3)c TFEU and under the State Aid Temporary Framework, 28 juli 2021, beschikbaar op https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/coronavirus/temporary-framework_nl.

⁸⁹ Mededeling van de Commissie, Tijdelijke kaderregeling inzake staatssteun ter ondersteuning van de economie vanwege de huidige Covid-19-uitbraak (PB EU 2020, C 91 I/1).

⁹⁰ Mededeling van de Commissie, Vijfde wijziging van de tijdelijke kaderregeling inzake staatssteun ter ondersteuning van de economie vanwege de huidige COVID-19-uitbraak en wijziging van de bijlage bij de mededeling van de Commissie aan de lidstaten inzake de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op kortlopende exportkredietverzekering (PB EU 2021, C34/6).

⁹¹ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Europese Raad, de Raad, de Europese Centrale Bank, de Europese Investeringsbank en de Eurogroep, Gecoördineerde economische respons op de uitbraak van Covid-19, 13 maart 2020, COM/2020/112 final; Zie bijvoorbeeld Besluit van de Commissie van 11 maart 2020 in

lidstaten relatief weinig gebruik gemaakt van deze optie.⁹² Mogelijk omdat steun op basis van Artikel 107(2)(b) VWEU slechts de schade veroorzaakt door de Coronacrisis kan dekken, terwijl Artikel 107(3)(b) en de Kader Regeling - ondanks de ruimere beoordelingsvrijheid van de Commissie - ruimhartiger zijn.⁹³ Hoewel goedkeuring van staatssteun vanwege de pandemie over het algemeen soepel verliep, werd KLM toch geconfronteerd met vernietiging van het Commissiebesluit dat staatssteun ten gunste van de Nederlandse luchtvaartmaatschappij goedkeurde.⁹⁴ Dit besluit werd door Ryanair aangevochten en door het Gerecht vernietigd vanwege een ontoereikende motivering daarvan.⁹⁵ Deze steunoperatie crashte uiteindelijk niet omdat de Commissie de staatssteun in tweede instantie opnieuw goedkeurde.⁹⁶

3.2. Klimaatverandering, Green Deal en de geschiktheid van het staatssteunrecht

In 2019 presenteerde de Commissie de Europese *Green Deal*, de nieuwe groeistrategie die de EU moet omvormen tot een moderne, concurrerende, en duurzame economie.⁹⁷ Hierbij spelen investeringen door lidstaten een grote rol.⁹⁸ Het staatssteunrecht kan deze investeringen faciliteren en aanmoedigen. Daarvoor moeten deze regels *fit for purpose* zijn.⁹⁹ Derhalve heeft de Commissie een geschiktheidscontrole van de staatssteunregels uitgevoerd, waarin zij concludeerde dat de regels over het algemeen inderdaad aan de vereisten voldoen. Het is dus niet nodig het staatssteunsysteem te hervormen. Wel moeten sommige individuele regels nadrukkelijker worden

SA.56685 (*Deense steunregeling om schade te vergoeden die is veroorzaakt door annuleringen van grote openbare evenementen als gevolg van de uitbraak van Covid-19*).

⁹² Zie in dat kader Factsheet – List of Member State Measures approved under Articles 107(2)b, 107(3)c TFEU and under the State Aid Temporary Framework, 28 juli 2021, beschikbaar op https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/coronavirus/temporary-framework_nl.

⁹³ P. Nicolaidis, ‘Application of Article 107(2)(b) TFEU to Covid-19 Measures: State Aid to Make Good the Damage Caused by an Exceptional Occurrence’, (2020) *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 11, No. 5-6, pp. 238 – 243.

⁹⁴ Besluit van de Commissie, 13 juli 2020, COVID-19: Staatsleninggarantie en Staatslening voor KLM, SA.57116 (2020/N) (Pb EU 2020, C 355/2).

⁹⁵ Gerecht EU 19 mei 2021, T-643/20, ECLI:EU:T:2021:286. Ryanair vocht velerlei goedkeuringsbesluiten aan, zie bijvoorbeeld Gerecht EU 14 juli 2021, T-677/20, ECLI:EU:T:2021:465 en 14 april 2021, T-388/20, ECLI:EU:T:2021:196 (onsuccesvol) en 9 juni 2021, T-665/20, ECLI:EU:T:2021:344 (succesvol).

⁹⁶ Besluit van de Commissie, 16 juli 2020, COVID-19: Staatsleninggarantie en Staatslening voor KLM, SA.57116 (2020/N), nog geen publieke versie beschikbaar.

⁹⁷ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Europese Raad, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, De Europese Green Deal, COM(2019) 640 final.

⁹⁸ Persbericht van de Commissie van 14 januari 2020 ‘Financing the green transition: the European Green Deal Investment Plan’ en factsheet ‘The European Green Deal Investment Plan and Just Transition Mechanism explained’, beschikbaar op https://ec.europa.eu/info/publications/200114-european-green-deal-investment-plan_en.

⁹⁹ Speech van de Vice-President van de Europese Commissie Margrethe Vestager van 4 februari 2021, ‘Competition Policy and the Green Deal’, beschikbaar op https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/competition-policy-and-green-deal_en.

afgestemd op de *Green Deal*.¹⁰⁰ Daarom is de Commissie begonnen aan de vervanging van de huidige Richtsnoeren staatssteun ten behoeve van milieubescherming en energie.¹⁰¹ Zij heeft daarvoor een ontwerp gemaakt en ter consultatie voorgelegd.¹⁰²

3.3. Belastingen en staatssteun

Daarnaast kan deze kroniek niet om de langverwachte uitspraak van het Gerecht heen in het beroep tegen het Commissiebesluit over de €13 miljard staatsteun aan Apple. De Commissie heeft reeds verschillende keren geconcludeerd dat multinationals belastingvoordelen genieten als gevolg van *tax rulings*. In een van deze eerdere zaken (*Starbucks*) kreeg de Commissie reeds de deksel op de neus van het Gerecht.¹⁰³ Die uitspraak lijkt zijn schaduw vooruitgeworpen te hebben. *Apple* had het kroonstuk moeten vormen in de *war on tax rulings*, maar ook dit besluit werd door het Gerecht vernietigd.¹⁰⁴ Anders dan in *Starbucks*, ging het in *Apple* om winsttoerekening. Hoewel twee dochterondernemingen van Apple geen fiscaal ingezetenen waren in Ierland, hadden daar zij daar wel vestigingen. Ierland zou volgens de Commissie onterecht en in strijd met Iers belastingrecht de met verkoop van Apple-producten in, met name, de regio Europa, Midden-Oosten, India en Afrika behaalde winst niet volledig aan de Ierse vestigingen hebben toegerekend, maar aan ‘hoofdkantoren’ zonder fysiek bestaan.¹⁰⁵ Althans zou Ierland methodologische fouten hebben gemaakt bij de toerekening van winst aan die vestigingen. Volgens beide redeneringen week de belastbare winst van de Ierse vestigingen af van een uitkomst in lijn met het zakelijkheidsbeginsel (*arm’s length principle*).¹⁰⁶ Het Gerecht keurde het door de Commissie gebezigde analytische kader weliswaar goed – het bevestigde de correctheid van het gebruik van het zakelijkheidsbeginsel en de OECD-principes bij het onderzoek naar een selectief voordeel – maar concludeerde dat de Commissie een selectief voordeel niet had bewezen.¹⁰⁷ De Commissie had, in haar eerste redenering, het Ierse belastingrecht, het zakelijkheids criterium, alsook de OECD-principes foutief toegepast.¹⁰⁸ Daarnaast kon zij, in haar tweede redenering, niet aantonen dat de

¹⁰⁰ Commission Staff Working Document, Fitness Check of the 2012 State aid modernization package, railways guidelines and short term export credit insurance, Part 1/4, SWD(2020) 257 final, p. 132 -134.

¹⁰¹ Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren staatssteun ten behoeve van milieubescherming en energie 2014-2020, (PB EU 2014, C 200/1).

¹⁰² Het ontwerp Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren staatssteun ten behoeve van klimaat, milieubescherming en energie 2022 en de consultatie zijn beschikbaar op https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2021-cccag_nl.

¹⁰³ Gerecht EU 24 september 2019, T-760/15 en T-636/16, ECLI:EU:T:2019:669 (*Starbucks*); Zie tevens de vorige kroniek S.C.G. Van den Bogaert, M. Jesse, B. Van Rompuy, V. Borger & M. Aalbers, ‘Kroniek van het Europees materieel recht’ (2019) *Nederlands Juristen Blad*, Afl. 35, p. 2666 (‘de Vorige Kroniek’).

¹⁰⁴ Gerecht EU 15 juli 2020, T-778/16 en T-892/16, *Apple*, ECLI:EU:T:2020:338.

¹⁰⁵ Idem, paras. 37-40.

¹⁰⁶ Idem, par. 41.

¹⁰⁷ Wat betreft het zakelijkheidsbeginsel, zie *Starbucks*, r.o. 134-170, en eveneens de Vorige Kroniek, pp. 2665-2666.

¹⁰⁸ *Apple*, paras. 125-314

door de Ierse belastingautoriteiten wel degelijk gemaakte methodologische fouten ook hadden geleid tot een vermindering van de belastbare winsten van de Ierse vestigingen die zonder die fouten verschuldigd zou zijn geweest.¹⁰⁹ Naast *Apple* verloor de Commissie ook een slag in *Amazon*, waarin het ging om een Luxemburgse *tax ruling* ten faveure van Amazon. Opnieuw kon de Commissie een selectief voordeel niet aantonen.¹¹⁰ De Commissie noteerde wel een overwinning in *Nike & Converse*.¹¹¹ Volgens Nike en Converse mocht de Commissie geen formele onderzoeksprocedure jegens hen te starten, die gericht was op staatssteun als gevolg van een *tax ruling* omtrent een *advance pricing agreement* ('APA'). In Nederland bestaan meer dan 700 soortgelijke APAs betreffende velerlei ondernemingen. De partijen beoogden dat de Commissie eerst diende te onderzoeken of sprake is van een steunregeling vooraleer zij mogelijke individuele steun ten gunste van Nike en Converse onderzocht.¹¹² Volgens het Gerecht bestaat een dergelijke verplichting voor de Commissie echter niet.¹¹³ Aldus kan zij haar onderzoek naar staatssteun aan Nike en Converse voortzetten.

De relatie tussen steunregeling en individuele steun kwam ook aan bod in *Fútbol Club Barcelona*.¹¹⁴ Het Hof vernietigde het oordeel van het Gerecht dat de Commissie niet had aangetoond dat *Barça* een voordeel had ontvangen als gevolg van een fiscale steunregeling daar zij niet had onderzocht of de ongunstige fiscale effecten daarvan de positieve effecten neutraliseerden.¹¹⁵ Het onderzoek naar een steunregeling betreft een *ex ante* beoordeling, waarbij wordt uitgegaan van het moment van vaststelling van de steunregeling om te beoordelen of daaruit een voordeel voortvloeit. De vaststelling van een voordeel mag niet afhangen van de financiële situatie van begunstigden die op grond van de steunregeling individuele steun ontvangen. De Commissie hoefde de potentiële negatieve effecten van de steunregeling, die afhankelijk waren van de situatie van de steunontvangers, niet mee te nemen in haar onderzoek.¹¹⁶

De uit deze zaken mogelijk voortvloeiende gedachte dat het Unierecht behoorlijk ingrijpt in de fiscale autonomie van lidstaten, wordt genuanceerd door de zaken omtrent progressieve belastingen in Polen en Hongarije.¹¹⁷ Waar in Polen een progressieve belasting werd geheven op

¹⁰⁹ *Idem*, paras. 315-481. Commissie heeft hogere voorziening ingesteld tegen het arrest van het Gerecht, zaak C-465/20 P.

¹¹⁰ Gerecht EU 12 mei 2021, T-8167 en T-318/18, *Amazon*, ECLI:EU:T:2021:252.

¹¹¹ Gerecht EU 14 juli 2021, T-648/19, *Nike & Converse*, ECLI:EU:T:2021:428.

¹¹² Cf. artikel 1, sub d en sub e, van Verordening 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 (PB EU 2015, L 248/9) ('Verordening 2015/1589').

¹¹³ *Nike & Converse*, par. 104.

¹¹⁴ HvJ EU 4 maart 2021, C-362/19 P, *Fútbol Club Barcelona*, ECLI:EU:C:2021:169.

¹¹⁵ Gerecht EU 26 februari 2019, T-865/16, ECLI:EU:T:2019:113. En zie hierover de Vorige Kroniek, p. 2664.

¹¹⁶ *Fútbol Club Barcelona*, r.o. 86-89, 101.

¹¹⁷ HvJ EU 16 maart 2021, C-562/19 P, *Commissie t. Polen*, ECLI:EU:C:2021:201 en C-596/19 P, *Commissie t. Hongarije*, ECLI:EU:C:2021:202.

basis van de omzet uit detailhandelsverkoop, werd in Hongarije een soortgelijke belasting geheven op advertentieverspreiding. Volgens het Hof behoort het instellen van progressieve belastingmaatregelen tot de fiscale autonomie van lidstaten. Dergelijke maatregelen vormen geen selectieve voordelen, mits de kenmerken daarvan geen kennelijk discriminerend element bevatten.¹¹⁸

3.4. De Staat als particuliere marktdeelnemer

Een voordeel kan voortvloeien uit een fiscaal gunstige behandeling, maar ook uit een economische transactie als publieke autoriteiten niet handelen conform het beginsel van een particuliere marktdeelnemer ('BPM').¹¹⁹ In *Larko* benadrukte het Hof dat wanneer een lidstaat aanvoert gehandeld te hebben als particuliere marktdeelnemer, deze lidstaat de toepasselijkheid van het BPM moet aantonen.¹²⁰ Vervolgens moet de Commissie de toepassing daarvan toetsen.¹²¹ Echter mag de Commissie bij haar staatssteunonderzoek een voordeel niet veronderstellen door simpelweg uit te gaan van een negatief vermoeden dat gebaseerd is op het ontbreken van informatie die tot de tegengestelde conclusie kan leiden, bij gebreke van andere gegevens die het bestaan van een dergelijk voordeel concreet kunnen aantonen.¹²² Dit had zij *in casu* wel gedaan. Hoewel informatie ontbrak waaruit bleek dat de Griekse staat ten tijde van een garantieverlening wist van de financiële problemen bij de onderneming aan wie zij de garantie verleende, ging de Commissie ervanuit dat de Griekse overheid niet had gehandeld als een particuliere marktdeelnemer aangezien deze laatste van die moeilijkheden had geweten door wél informatie over de financiële situatie op te vragen voor de garantieverlening.¹²³ Niettemin blijkt uit *Comune di Milano* dat het ontbreken van een passende voorafgaande raming van de rentabiliteit of economische rationaliteit van een investering kan aantonen dat een particuliere investeerder niet eenzelfde bedrag zou hebben ingebracht.¹²⁴ Ook in zaken rondom steun aan Spaanse voetbalclubs had de Commissie zich ten onrechte gebaseerd op vermoedens.¹²⁵ De Commissie was er onterecht enkel vanwege het feit dat de

¹¹⁸ *Commissie t Polen*, paras. 37-42; *Commissie t Hongarije*, paras. 43-48.

¹¹⁹ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip "staatssteun" in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PB EU 2016, C 262/1), randnummers 115, 116.

¹²⁰ HvJ EU 26 maart 2020, C-244/18 P, *Larko*, ECLI:EU:C:2020:238, par. 63.

¹²¹ *Idem*, par. 64.

¹²² *Idem*, par. 70. Zie eveneens HvJ EU 7 mei 2020, C-148/19 P, *BTB Holding Investments*, ECLI:EU:C:2020:354, par. 48.

¹²³ *Idem*, par. 71.

¹²⁴ HvJ EU 10 december 2020, C-160/19 P, *Comune di Milano*, ECLI:EU:C:2020:1012, paras. 116 -121.

¹²⁵ Gerecht EU 12 maart 2020, T-732/16, *Valencia Club de Fútbol*, ECLI:EU:T:2020:98 en T-901/16, *Elche Club de Fútbol*, ECLI:EU:T:2020:97.

voetbalclubs ondernemingen in moeilijkheden waren vanuit gegaan dat de garanties die aan hen waren verleend niet marktconform waren.¹²⁶

3.5. Voordeel afkomstig van of toerekenbaar aan de staat

Hoewel het in *Apple* evident was dat het eventuele voordeel voor Apple Ierse staatsmiddelen inhield en aan de Ierse Staat kon worden toegerekend, is dit in andere gevallen soms een stuk moeilijker vast te stellen. Zoals in *Dansk Erhverv*, waarin het ging om de vraag of niet-geinde boetes staatsmiddelen inhielden.¹²⁷ Twee Duitse *Länder* meenden dat de federale verplichting voor verkopers van dranken met wegwerpverpakkingen om statiegeld te innen, niet gold voor grenshandelszaken die dranken verkochten aan buitenlandse klanten die deze buiten Duitsland verbruikten en zich daar van de verpakkingen onttrokken. Zij weigerden de boetes die stonden op niet-naleving van de federale inningsverplichting op te leggen. Volgens het Gerecht kunnen moeilijkheden rondom de uitlegging van wetgeving uitsluiten dat niet-oplegging van geldboetes een vrijstelling daarvan is en dus staatsmiddelen vormen. Anders dan wanneer een onderneming wordt vrijgesteld van boetes die zij krachtens wetgeving moet voldoen, bestaat dan geen vooraf bestaande last. De onzekere reikwijdte van wetgeving maakt het bestaan van een inbreuk niet evident. Een geldboete is dan niet noodzakelijk of onvermijdelijk.¹²⁸ Dergelijke onduidelijkheden kunnen evenwel slechts uitsluiten dat sprake is van staatsmiddelen wanneer zij tijdelijk zijn en indien blijkt dat de wetgeving geleidelijk wordt verduidelijkt.¹²⁹ *In casu* had de Commissie dit niet aangetoond.

Ook de vaststelling dat een maatregel toerekenbaar is aan de Staat kan gecompliceerd zijn. In *Commissie t. Italië* had de Commissie steuninterventies die werden gepleegd ten behoeve van een Italiaanse bank door een privaatrechtelijk depositogarantiestelsel, gefinancierd door particulieren banken, aangemerkt als staatssteun.¹³⁰ De Italiaanse centrale bank was hier enigszins bij betrokken door de interventies goed te keuren en door haar (loutere) aanwezigheid bij vergaderingen van het bestuur van het depositogarantiestelsel. Het Hof bevestigde dat de Commissie onvoldoende aanwijzingen had voorgelegd die aantoonen dat de Italiaanse staat zodanig betrokken was bij de interventies dat deze aan haar konden worden toegerekend. Daarbij overwoog het dat aanwijzingen die kunnen aantonen dat een maatregel aan de staat kan worden toegerekend wanneer de

¹²⁶ *Valencia Club de Fútbol*, paras. 134-138; *Elche Club de Fútbol*, paras. 132-141. Zie wat betreft ‘onderneming in moeilijkheden’, Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van garanties (PB EU 2008, C 155/10) mededeling inzake garanties, paragraaf 3.2.

¹²⁷ Gerecht EU 9 juni 2021, T-47/19, *Dansk Erhverv*, ECLI:EU:T:2021:331.

¹²⁸ *Idem*, par. 135.

¹²⁹ *Idem*, par. 146.

¹³⁰ HvJ EU 2 maart 2021, C-425/19 P, *Commissie t. Italië*, ECLI:EU:C:2021:154

steunverlenende entiteit een privaatrechtelijk karakter heeft, kunnen verschillen van de aanwijzingen die vereist zijn als dit een openbaar bedrijf betreft.¹³¹

Toerekenbaarheid vormt een lastig criterium in het geval van een ‘indirect voordeel’ (een voordeel aan een andere onderneming dan die waaraan middelen rechtstreeks worden overgedragen).¹³² Zo bleek uit de zaken rondom Sardijnse luchthavens.¹³³ Luchthavenexploitanten op het eiland Sardinië konden, onder specifieke voorwaarden en na toestemming van de regio Sardinië, betalingen die zij hadden gedaan aan luchtvaartmaatschappijen om het eiland beter bereikbaar te maken, door de regio terugbetaald krijgen. Volgens de Commissie hadden enkele luchtvaartmaatschappijen aldus staatssteun ontvangen van de Sardijnse regio. Echter, volgens de luchtvaartmaatschappijen was dit geen staatssteun. De voordelen voor de luchtvaartmaatschappijen waren niet afkomstig van de Sardijnse regio, maar van de luchthavenexploitanten. De luchthavenexploitanten waren de échte begunstigten van de staatssteun. Het Gerecht merkte de luchtvaartmaatschappijen echter aan als daadwerkelijk begunstigten. Zij hadden een met staatsmiddelen bekostigd voordeel ontvangen via betalingen die toerekenbaar waren aan de Sardijnse regio. Gezien de controle van de regio over de middelen was duidelijk dat de luchthavenexploitanten slechts tussenpersonen waren.

3.6. Terugvordering van onrechtmatigheidsrente

Over onrechtmatig ontvangen staatssteun is onrechtmatigheidsrente verschuldigd die aan de staat moet worden terugbetaald.¹³⁴ In *Viasat* bevestigde het Hof dat de verplichting voor een nationale rechter om de terugbetaling van onrechtmatigheidsrente te gelasten ook geldt wanneer onrechtmatige steun verenigbaar wordt verklaard op grond van Artikel 106, lid 2, VWEU.¹³⁵ Uitvoering van een dienst van algemeen economisch belang (*DAEB*) vormt dus geen vrijstelling van de *standstill*-verplichting.¹³⁶ In *Nelson Antunes da Cunha* ging het om de verjaringstermijn voor terugvordering door nationale rechters van onrechtmatigheidsrente.¹³⁷ Volgens het Hof staat dit in beginsel aan het nationale recht. De verjaringstermijn van tien jaar geldend voor

¹³¹ *Idem*, par. 72.

¹³² Mededeling van de Commissie betreffende het begrip “staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PB EU 2016, C 262/1), randnummers 115, 116.

¹³³ Gerecht EU 13 mei 2020, T-607/17, *Volotea*, ECLI:EU:T:2020:180, T-716/17, *Germanwings*, ECLI:EU:T:2020:181 (en T-8/18, *EasyJet*, ECLI:EU:T:2020:182).

¹³⁴ HvJ EU 12 februari 2008, *CELF*, C-199/06, ECLI:EU:C:2008:79, paras. 53-55; Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties (PB EU 2009, C 85/1), randnummer 39.

¹³⁵ HvJ EU 24 november 2020, C-445/19, *Viasat*, ECLI:EU:C:2020:952.

¹³⁶ Zie Artikel 106 VWEU voor het begrip ‘DAEB’; Artikel 108, lid 3, VWEU; artikel 3 van Verordening 2015/1589.

¹³⁷ HvJ EU 30 april 2020, C-627/18, *Nelson Antunes da Cunha*, ECLI:EU:C:2020:321

terugvordering door de Commissie geldt niet voor nationale rechters.¹³⁸ Het Unierecht verzet zich wel tegen een verjaringstermijn die is verstreken nog voordat de Commissie een terugvorderingsbesluit heeft genomen, of die voornamelijk is verstreken omdat de nationale autoriteiten met de tenuitvoerlegging van dat besluit hebben getalmd.¹³⁹

4. EMU

4.1. De COVID-19 pandemie en verdere hervorming van de EMU

De vorige kroniek besprak op welke wijze de Europese Commissie in de jaren na de eurocrisis trachtte om de Economische en Monetaire Unie (EMU) verder te versterken. Op basis van een ‘routekaart’ voor de verdieping van de EMU, aangekondigd in december 2017,¹⁴⁰ introduceerde zij verschillende wetgevingsvoorstellen en plannen, variërend van de introductie van een Europees Monetair Fonds tot een Europese Minister van Financiën.¹⁴¹ Deze plannen kregen destijds maar beperkte navolging. Zonder de urgentie van een existentiële crisis bleek het zeer moeilijk om politieke overeenstemming te bereiken over vergaande hervormingen van de muntunie. Het contrast met de huidige kroniek had dan ook haast niet groter kunnen zijn. De COVID-19 pandemie zet niet alleen Europese gezondheidsstelsels onder grote druk, maar heeft ook grote nadelige economische effecten. Snel na het uitbreken ervan in maart 2020, trof de Europese Unie daarom verschillende maatregelen, zowel op economisch als monetair terrein, om deze effecten het hoofd te bieden. Als gevolg van deze maatregelen is de EMU ingrijpend veranderd. In het vervolg van deze kroniek wordt eerst ingegaan op de belangrijkste maatregelen op economisch terrein, en vervolgens op die ten aanzien van monetair beleid.

4.2. Steunverlening en economisch herstel

Een veelgehoorde kritiek tijdens de eurocrisis was dat de Europese Unie er te lang over deed om kortdaat op te treden, waardoor de financiële stabiliteit van de muntunie op het spel kwam te staan. Met die kritiek nog vers in het geheugen, verzocht de Europese Raad kort na de start van de COVID-19 pandemie, op 26 maart 2020, aan de ministers van financiën in de Eurogroep om met

¹³⁸ *Idem*, paras. 30, 31, 40; voor de verjaringstermijn die geldt voor de Commissie zie artikel 17, lid 1, van Verordening 2015/1589.

¹³⁹ *Idem*, par. 61.

¹⁴⁰ Mededeling van de Europese Commissie betreffende verdere stappen naar voltooiing van Europa’s Economische en Monetaire Unie: een routekaart, COM (2017) 821 final.

¹⁴¹ Zie bijv. Europese Commissie, Voorstel voor een verordening van de Raad tot instelling van een Europees Monetair Fonds, COM (2017) 827 final; Mededeling van de Commissie inzake een Europees Minister van Economische Zaken en Financiën, COM (2017) 823 final.

voorstellen te komen om de economische schok het hoofd te bieden.¹⁴² Op 9 april gaf de Eurogroep daaraan gehoor door een verslag aan te nemen met daarin een ‘alomvattende economische beleidsreactie op de COVID-19 pandemie’.¹⁴³ Drie elementen van dat verslag verdienen bijzondere aandacht.¹⁴⁴ Ten eerste bereikte de Eurogroep overeenstemming over ‘Pandemic Crisis Support’,¹⁴⁵ een kredietlijn van het Europees Stabilisatiemechanisme (ESM), het permanente steunfonds voor de muntunie, met een maximumomvang van €240 miljard. Deze kredietlijn kwam beschikbaar op 15 mei 2020, op basis van een besluit van de Raad van Bestuur van het ESM en na afronding van goedkeuringsprocedures in de lidstaten die partij zijn bij het ESM-Verdrag.

Ten tweede sprak de Eurogroep haar steun uit aan een voorstel van de Commissie voor de instelling van SURE. Met dit instrument kunnen leningen worden verstrekt aan lidstaten die kampen met een snelle groei van hun overheidsuitgaven als gevolg van maatregelen om de werkloosheid te beperken. De financiële omvang van het instrument bedraagt €100 miljard. Het instrument is neergelegd in een verordening gebaseerd op artikel 122 VWEU dat de Unie in staat stelt om in buitengewone omstandigheden steun te verlenen.¹⁴⁶ Op 19 mei 2020 trad de verordening in werking en inmiddels is er al voor bijna €90 miljard aan steun uitgekeerd.¹⁴⁷

Ten derde, en dit is het meest in het oog springende element van de verklaring van 9 april 2020, sprak de Eurogroep zich uit over de creatie van een herstelfonds. De Eurogroep gaf aan te zullen werken aan de ‘juridische en praktische aspecten’ van een dergelijk fonds, maar vroeg tevens om politieke sturing door de Europese Raad.¹⁴⁸ Die sturing gaf de Europese Raad op 23 april 2020, toen zij de verklaring van de Eurogroep steunde en de Commissie opdroeg met een voorstel voor een herstelfonds te komen. Dat voorstel kwam er op 27 mei,¹⁴⁹ nadat Frankrijk en Duitsland er op

¹⁴² Gezamenlijke verklaring van de leden van de Europese Raad, Brussel, 26 maart 2020, par. 14.

¹⁴³ Remarks by Mário Centeno following the Eurogroup videoconference of 9 April 2020.

¹⁴⁴ Voor uitvoerige analyses van de maatregelen die de EU en haar lidstaten hebben genomen naar aanleiding van de coronapandemie zie B. De Witte, ‘The European Union’s COVID-19 Recovery Plan: The Legal Engineering of an Economic Policy Shift’ (2021) 58 *CML Rev.* pp.1-48; P. Dermine, ‘The EU’s Response to the COVID-19 Crisis and the Trajectory of Fiscal Integration in Europe: Between Continuity and Rupture’ (2020) 47 *Legal Issues of Economic Integration*, pp. 337-358.

¹⁴⁵ Eurogroup report on the comprehensive economic policy response to the COVID-19 pandemic, 9 April 2020, par. 16.

¹⁴⁶ Verordening 2020/672 van de Raad van 19 mei 2020 betreffende de instelling van een Europees instrument voor tijdelijke steun om het risico op werkloosheid te beperken in een noodtoestand (SURE) als gevolg van de COVID-19 uitbraak, *PB EU L* 159/1.

¹⁴⁷ Voor een actueel overzicht van aangevraagde en uitgekeerde steun, zie <ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/financial-assistance-eu/funding-mechanisms-and-facilities/sure_nl>

¹⁴⁸ Eurogroup report on the comprehensive economic policy response to the COVID-19 pandemic, 9 April 2020, par. 19.

¹⁴⁹ Proposal for a Council Regulation establishing a European Union Recovery Instrument to support the recovery in the aftermath of the COVID-19 pandemic, COM(2020)441 of 28 May 2020; Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a Recovery and Resilience Facility, COM(2020)408 of 28 May 2020; Amended proposal for a Council Decision on the system of Own Resources of the European Union, COM (2020)445 of 28 May 2020; Commission Communication, ‘The EU budget powering the recovery plan for Europe’, COM(2020)442 of 27 May 2020; Commission Communication, ‘Europe’s moment: Repair and prepare for the Next Generation’, COM(2020)456 of 27 May 2020.

18 mei in een gezamenlijke verklaring nogmaals toe hadden opgeroepen.¹⁵⁰ De door de Commissie voorgestelde steunfaciliteit, genaamd *NextGenerationEU* (NGEU), zou een omvang moeten hebben van €750 miljard, waarvan €500 miljard zou moeten bestaan uit giften aan lidstaten en €250 miljard uit leningen. Op 21 juli 2020 bereikte de Europese Raad vervolgens een akkoord over dit voorstel, evenals over het meerjarig financieel kader voor de periode 2021-2027, zij het met enkele belangrijke aanpassingen, in het bijzonder ten aanzien van de verhouding tussen giften en leningen. Het bedrag aan giften werd verlaagd tot €390 miljard en dat aan leningen verhoogd tot €360 miljard.¹⁵¹ In de maanden daarna werd het steunpakket nader uitgewerkt en in verschillende juridische instrumenten neergelegd.

Drie van deze instrumenten verdienen vermelding.¹⁵² Allereerst is er de Verordening tot vaststelling van een herstelinstrument, die door de Raad op 14 december 2020 is aangenomen op basis van de eerder genoemde steunbepaling in artikel 122 VWEU.¹⁵³ De Verordening bepaalt in artikel 1 welke steunprogramma's die behoren tot NGEU in aanmerking komen voor financiering. Artikel 2 geeft aan op welke wijze het totaalbedrag van €750 miljard wordt verdeeld over deze programma's en bepaalt de daarbij horende verhouding tussen giften en leningen. Het tweede instrument is een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot instelling van de herstel- en veerkrachtfaciliteit, het programma waar het merendeel van de NGEU fondsen bij is ondergebracht.¹⁵⁴ Deze Verordening is op 12 februari 2021 aangenomen en is gebaseerd op artikel 173(3) VWEU. Dit artikel, onderdeel van Titel XVII van het VWEU inzake economische, sociale en territoriale samenhang, maakt het mogelijk om specifieke maatregelen te nemen buiten de traditionele structuurfondsen om ter bevordering van deze samenhang. Het toepassingsgebied van de faciliteit omvat niet enkel sociale en territoriale samenhang in strikte zin, zoals artikel 3 duidelijk maakt, maar ook beleidsprioriteiten van de huidige Commissie, zoals de digitale transformatie en groene transitie. Om in aanmerking te komen voor financiering dienen lidstaten bij de Commissie herstel- en veerkrachtplannen in te dienen. Goedkeuring van de plannen vindt uiteindelijk plaats door een uitvoeringsbesluit van de Raad op basis van een voorstel daartoe van de Commissie.¹⁵⁵ Het derde instrument is het eigenmiddelenbesluit dat door de Raad is aangenomen op 14 december 2020.¹⁵⁶ Het vijfde artikel van dit besluit machtigt de Commissie om namens de Unie maximaal €750 miljard op de kapitaalmarkten te lenen ter financiering van NGEU. Tevens bepaalt het dat het geleende kapitaal uitsluitend voor dat doel mag worden aangewend en dat de machtiging van tijdelijke aard is.¹⁵⁷ Het eigenmiddelenbesluit dient op basis

¹⁵⁰ A French-German Initiative for the European Recovery from the Coronavirus Crisis, Pressemittteilung 173/20, 18 mei 2020.

¹⁵¹ Buitengewone bijeenkomst van de Europese Raad, Conclusies, 17-21 juli 2020, par. A6.

¹⁵² Voor een uitgebreide analyse van deze instrumenten zie B. De Witte, 'The European Union's COVID-19 Recovery Plan: The Legal Engineering of an Economic Policy Shift' (2021) 58 CML Rev., pp. 18-44.

¹⁵³ Verordening (EU) 2020/2094 van de Raad van 14 december 2020 tot vaststelling van een herstelinstrument van de Europese Unie ter ondersteuning van het herstel na de COVID-19 crisis, *PB EU L* 433I/23.

¹⁵⁴ Verordening (EU) 2021/241 van het Europees Parlement en de Raad van 12 februari 2021 tot instelling van de herstel- en veerkrachtfaciliteit, *PB EU L* 57/17.

¹⁵⁵ Artikelen 18-20 Verordening 2021/241.

¹⁵⁶ Besluit (EU, Euratom) 2020/2053 van de Raad van 14 december 2020 betreffende het stelsel van eigen middelen van de Europese Unie en tot intrekking van Besluit 2014/335/EU, Euratom, *PB EU L* 424/1.

¹⁵⁷ Na 2026 dient geen nieuwe netto opname van leningen plaats te vinden en aangegane leningen dienen uiterlijk 31 december 2058 volledig te zijn terugbetaald.

van artikel 311(3) VWEU door de lidstaten overeenkomstig hun grondwettelijke bepalingen te worden goedgekeurd alvorens in werking te treden. In Duitsland werd deze goedkeuring aangevochten voor het Duitse Constitutionele Hof, het *Bundesverfassungsgericht*. Op 15 april 2021 besloot dit Hof een verzoek om een voorlopige voorziening tegen deze goedkeuring af te wijzen, waarmee de weg naar instemming met het besluit werd geopend.¹⁵⁸

4.3. Staatsobligaties en de ECB

Het Duitse Constitutionele Hof heeft zich ook uitgelaten over het *Public Sector Purchase Programme* (PSPP) van de ECB. Met dit programma koopt de ECB staatsobligaties op de secundaire markt met als doel het risico op deflatie te bestrijden. In vorige kronieken werd reeds aandacht besteed aan het besluit van het Duitse Constitutionele Hof van 18 juli 2017, waarin het prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie stelde over de verenigbaarheid van het programma met het mandaat van de ECB in artikel 127 VWEU en het verbod op monetaire financiering in artikel 123 VWEU.¹⁵⁹ In het arrest *Weiss* van 11 december 2018 bevestigde het Hof van Justitie de verenigbaarheid met deze verdragsbepalingen.¹⁶⁰ In zijn einduitspraak van 5 mei 2020 ging het Duitse Constitutionele Hof hier echter niet in mee.¹⁶¹ Het toonde zich met name zeer kritisch over de wijze waarop het Hof van Justitie het mandaat van de ECB in artikel 127 VWEU afbakt.¹⁶² Het Hof van Justitie zou onvoldoende aandacht besteden aan de effecten van het PSPP op het economisch beleid en daarmee geen adequate proportionaliteitstoets uitvoeren. Hierdoor wordt het onderscheid tussen economisch beleid, dat grotendeels behoort tot de bevoegdheid van de lidstaten, en monetair beleid, een exclusieve bevoegdheid van de Unie, teniet gedaan.¹⁶³ Het attributiebeginsel in artikel 5 VEU, dat bepaalt dat de Unie enkel kan handelen binnen de grenzen van de bevoegdheden die haar door de lidstaten in de Unieverdragen zijn toebedeeld, komt zo op losse schroeven te staan.¹⁶⁴

Het Duitse Constitutionele Hof kwalificeerde de redenering van het Hof van Justitie in dit opzicht als ‘onbegrijpelijk vanuit methodologisch perspectief’ en concludeerde dat het Europese Hof daarmee *ultra vires* had gehandeld, dat wil zeggen: buiten zijn mandaat in artikel 19(1) VEU om de eerbiediging van het Unierecht te verzekeren.¹⁶⁵ Na de uitspraak van het Hof van Justitie terzijde te hebben geschoven, ging het Duitse Constitutionele Hof over tot een beoordeling van het *ultra vires* karakter van het PSPP als zodanig. Het kwam hierbij tot de conclusie dat ook de ECB zelf in haar motivering van het PSPP in strijd met proportionaliteitsvereisten zou hebben gehandeld door

¹⁵⁸ BVerfG, 2 BvR 547/21, ECLI:DE:BVerfG:2021:rs20210415.2bvr054721.

¹⁵⁹ BVerfG, 2 BvR 859/15, ECLI:DE:BVerfG:2017:rs20170718.2bvr085915.

¹⁶⁰ HvJ EU 11 december 2018, C-493/17, *Weiss*, ECLI:EU:C:2018:1000

¹⁶¹ BVerfG, 2 BvR 859/15, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915 (hierna: ‘BVerfG PSPP-uitspraak’).

¹⁶² Voor een uitvoerige analyse van de gehele uitspraak, die ook als basis dient voor het beknopte overzicht dat hier wordt gegeven, zie S. Van den Bogaert & V. Borger, ‘Hoog spel in Karlsruhe: Het Duitse Constitutionele Hof over het *Public Sector Purchase Programme* van de ECB’ (2020) *NJB* 95(39), pp. 2978-2989.

¹⁶³ BVerfG PSPP-uitspraak, par. 127, 133, 138-139, 153.

¹⁶⁴ BVerfG PSPP-uitspraak, par. 142, 156, 158.

¹⁶⁵ BVerfG PSPP-uitspraak, par. 153, 154, 163.

onvoldoende aandacht te besteden aan de nadelige economische effecten ervan, waardoor het programma geen monetair karakter zou hebben.¹⁶⁶ Vervolgens spoorde het de Duitse regering en het parlement aan ervoor te zorgen dat de ECB binnen drie maanden haar motivering van het PSPP, in het bijzonder de proportionaliteit ervan, zou aanscherpen. Mocht deze aangescherpte motivering uitblijven, dan zou de Duitse Centrale Bank, de *Bundesbank*, haar medewerking aan het programma dienen te staken.¹⁶⁷

Deze aangescherpte motivering kwam er op 25 juni 2020. De ECB openbaarde toen het verslag van de vergadering van haar Raad van Bestuur die enkele weken daarvoor had plaatsgevonden.¹⁶⁸ Daarin werd uitvoerig stilgestaan bij de proportionaliteit van het PSPP. Ook stuurde de ECB op instigatie van de *Bundesbank* interne beleidsdocumenten over het programma naar de Duitse regering en het parlement.¹⁶⁹ Kort daarna gaf de Duitse Minister van Financiën, Olaf Scholz, in een brief aan de voorzitter van het parlement, Wolfgang Schäuble, te kennen dat de ECB in zijn ogen aan de eisen van het Duitse Constitutionele Hof tegemoet was gekomen. Op 2 juli 2020 nam het Duitse parlement een resolutie aan waarin het tot dezelfde slotsom kwam.¹⁷⁰ De *Bundesbank* liet vervolgens in augustus 2020 weten haar medewerking aan het PSPP te zullen voortzetten.¹⁷¹ Een procedure die hierna aanhangig werd gemaakt voor het Duitse Constitutionele Hof door partijen die meenden dat de handelswijze van de ECB niet aan zijn eerdere uitspraak van 5 mei 2020 voldeed, werd door dit Hof in april 2021 afgewezen.¹⁷²

Hiermee is het laatste woord over de toelaatbaarheid van staatsobligatieaankopen door de ECB echter nog niet gesproken. Om de nadelige invloed van de coronapandemie op haar monetair beleid tegen te gaan, heeft de ECB in maart 2020 een nieuw opkoopprogramma geïnitieerd: het *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP).¹⁷³ Dit programma stelde de ECB aanvankelijk in staat om voor €750 miljard aan activa, waaronder staatsobligaties, op te kopen, maar in de periode daarna is de omvang ervan geleidelijk uitgebreid tot €1850 miljard. Het programma is ten minste van kracht tot en met maart 2022, en mogelijk langer indien de coronapandemie daartoe noopt. Inmiddels is ook dit programma onderwerp van een procedure voor het Duitse Constitutionele Hof.¹⁷⁴

¹⁶⁶ BVerfG PSPP-uitspraak, par. 164, 177.

¹⁶⁷ BVerfG PSPP-uitspraak, par. 232-235.

¹⁶⁸ Account of the monetary policy meeting of the Governing Council of the European Central Bank of 3-4 June 2020 (ECB, 25 juni 2020).

¹⁶⁹ Zie Introductory Remarks by Yves Mersch, Member of the Executive Board of the ECB and Vice-Chair of the Supervisory Board of the ECB (Salzburg Global Webinar, 2 juli 2020).

¹⁷⁰ 'Bundesbank to keep buying bonds after court challenge', *Bundesbank* 6 juli 2020.

¹⁷¹ 'Bundesbank sieht Forderungen des Verfassungsgerichts als erfüllt an', *Handelsblatt* 3 augustus 2020.

¹⁷² BVerfG, 2 BvR 1651/15, ECLI:DE:BVerfG:2021:rs20210429.2bvr165115.

¹⁷³ Besluit (EU) 2020/440 van de Europese Centrale Bank van 24 maart 2020 betreffende een tijdelijk pandemie-noodaankoopprogramma, *PbEU L* 91/1, zoals laatstelijk gewijzigd door Besluit (EU) 2021/174 van de ECB van 10 februari 2021, *PbEU L* 50/29.

¹⁷⁴ D. Marsh, 'Fresh German legal battle over ECB easing' (Official Monetary and Financial Institutions Forum, 17 June 2020).