

# Kroniek van het Europees materieel recht

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

In deze kroniek wordt achtereenvolgens aandacht besteed aan de belangrijkste ontwikkelingen, op wetgevend en rechterlijk vlak, inzake het Europees burgerschap en de fundamentele vrije verkeersrechten, het Europees mededingingsrecht, het staatssteunrecht en de Economische en Monetaire Unie. De periode die bestreken wordt betreft de jaren 2013, 2014 en 2015. In het beschreven tijdvak is eens te meer gebleken dat het Hof van Justitie van de EU nog steeds een cruciale rol speelt in de ontwikkeling van het Europees recht, door op *ad hoc* wijze de fundamentele van de interne markt, het Europees burgerschap, het mededingingsrecht en de EMU vorm te geven. Op wetgevend vlak valt niet alleen een toename aan regelgeving waar te nemen, onder meer op het terrein van staatssteun en EMU, maar ook, en vooral, dat dergelijke regels zowel binnen als buiten het formele verdragskader aangenomen worden en op die manier uiting geven aan de nood aan flexibiliteit die gepaard gaat met het vormgeven van een zich verder ontwikkelende interne markt en EMU.

## 1. Unieburgerschap & fundamentele vrijheden

### 1.1 Unieburgerschap

#### Artikel 20-21 VWEU

In de vorige kroniek Europees materieel recht was het arrest *Zambrano* groot nieuws. In de zaken *Alokpa* en *Ymeraga* werden de criteria voor een afgeleid verblijfsrecht op grond van burgerschapsartikel 20 VWEU aangescherpt.<sup>2</sup> In *Alokpa* beriep een Togolees onderdaan zich in Luxemburg op een afgeleid verblijfsrecht van haar kinderen, die de Franse nationaliteit bezaten. Het Hof oordeelde echter dat deze kinderen niet gedwongen zouden worden het grondgebied van de Unie 'in zijn geheel' te verlaten, aangezien zij altijd nog met hun moeder in Frankrijk kunnen verblijven – alwaar de moeder wellicht wel in aanmerking kon komen voor een *Zambrano*-verblijfsrecht. In *Ymeraga* deden de Kosovaarse ouders en broers van een Luxemburgs staatsburger eenzelfde beroep op een afgeleid verblijfsrecht. In lijn met eerdere rechtspraak oordeelde het Hof echter dat de enkele wens om zich bij familie te voegen in de Unie niet voldoende is om vast te stellen dat de weigering van een afgeleid verblijfsrecht van familieleden de Unieburger het effectieve genot van zijn EU-burgerschap ontzegt.<sup>3</sup> Een dergelijke weigeringsbeslissing kwalificeert bovendien niet als de uitvoering van Unierecht in de zin van artikel 51 Handvest, waardoor de wei-

gering niet aan de daarin vervatte grondrechten getoetst hoeft te worden.

Een aantal zaken betrof het meenemen van studiefinanciering naar het buitenland. In *Martens* oordeelde het Hof dat een Nederlandse maatregel, waardoor studiefinanciering slechts mee kon worden genomen naar het buitenland indien de begunstigde student ten minste drie uit de afgelopen zes jaar in Nederland had verbleven, onverenigbaar was met artikel 20, 21 VWEU.<sup>4</sup> Een zekere mate van integratie tussen de lidstaat en de begunstigde student mag weliswaar geëist worden, maar een eis als in het onderhavige geding gaat hierbij verder dan noodzakelijk. Het vereiste sluit immers studenten uit die op andere wijze toch sociale en economische banden met de lidstaat hebben. Het arrest is de laatste in een reeks van uitspraken waarin beperkingen van het recht op studiefinanciering elke keer onverenigbaar werden geacht met Unierecht, omdat deze verder gingen dan noodzakelijk voor het te beschermen doel.<sup>5</sup>

#### Richtlijn 2004/38

In de rechtspraak over Unieburgerschap is ook veel te doen geweest over de aanspraak op sociale zekerheid van economisch niet-actieve Unieburgers. In *Brey* vond het Hof een nationale regeling strijdig met het Unierecht, omdat deze economisch niet-actieve Unieburgers automatisch uitsloot van een aanvullende pensioenuitkering. Weliswaar kan het feit dat een Unieburger dergelijke bij-

stand aanvraagt erop wijzen dat hij niet langer voldoende bestaansmiddelen heeft om te voldoen aan de voorwaarden voor verblijf van artikel 7 lid 1 sub b Richtlijn 2004/38, maar de nationale autoriteiten moeten een afweging maken op basis van de persoonlijke omstandigheden van de betrokkene en de belasting die toekenning van de bijslag zou vormen op het sociale stelsel, rekening houdend met het evenredigheidsbeginsel.

In het specifieke geval van *Dano* oordeelde het Hof dat het beginsel van gelijke behandeling niet in de weg staat aan de weigering van een sociale bijstandsuitkering aan een economisch niet-actieve Unieburger, wanneer deze in gelijke omstandigheden wel aan een eigen onderdaan zou zijn toegekend.<sup>6</sup> *Dano*, een laaggeschoolde Roemeense vrouw, vroeg een uitkering voor werkzoekenden aan in Duitsland. Ze verbleef daar legaal, maar was niet voornemens om werk te vinden, en voor onderhoud afhankelijk van haar zus. Het Hof oordeelde dat een Unieburger die niet werkt en onvoldoende bestaansmiddelen heeft, en dus geen verblijfsrecht heeft onder de Burgerschapsrichtlijn, zich ook niet kan beroepen op het daarin vervatte beginsel van gelijke behandeling van artikel 24 lid 1. Dit is volgens het Hof een 'onvermijdelijke consequentie' van de doelstelling van de richtlijn om te voorkomen dat Unieburgers een onredelijke belasting voor het sociale zekerheidsstelsel van de gastlidstaat gaan vormen.<sup>7</sup>

In *Alimanovic* kwam het Hof recent tot een soortgelijk oordeel voor een Unieburger die in het gastland geregistreerd staat als werkzoekend na er een korte periode (minder dan één jaar) te hebben gewerkt.<sup>8</sup> Na een periode van zes maanden kan hem de status van werknemer ontrokken worden. Daarmee vervalt het recht op gelijke behandeling, en kan een lidstaat hem dus sociale bijstand ontzeggen, die in gelijke gevallen wel aan een eigen onderdaan zou worden toegekend. Dit is ook het geval als de Unieburger een verblijfsrecht behoudt als werkzoekende: deze categorie is in artikel 24 lid 2 Burgerschapsrichtlijn immers expliciet uitgesloten van het beginsel van gelijke behandeling. Een beoordeling van de individuele situatie van de Unieburger is in dit geval niet nodig volgens het Hof, omdat de richtlijn hierin voldoende voorziet.

Naar aanleiding van een verwijzing van de Raad van State gaf het Hof in *O. & B.* en *S. & G.* inzicht in de reikwijdte van de Burgerschapsrichtlijn in het geval van respectievelijk grenswerkers en circulaire migranten.<sup>9</sup> Alle betrokkenen wensten in Nederland te verblijven als familielid van een Nederlands staatsburger. Het Hof vond dat men alleen begunstigde is van de richtlijn indien vooraf-

gaand aan de aanvraag van een verblijfsrecht sprake was van 'daadwerkelijk verblijf' in een andere lidstaat op grond van artikel 7 lid 1 of 2 Burgerschapsrichtlijn (verblijf langer dan drie maanden). Herhaaldelijk verblijf van korte duur op grond van artikel 6 van de richtlijn komt hiervoor niet in aanmerking. Ook grenswerkers, die wonen in hun lidstaat van herkomst maar geregeld naar een andere lidstaat reizen om te werken, zijn geen begunstigden van artikel 7, en hun familieleden uit een derde land ontleen daar dus geen verblijfsrecht aan. Wel kan in dat geval een afgeleid verblijfsrecht volgen uit artikel 45 VWEU, indien de weigering hiervan tot gevolg zou hebben dat de werknemer zijn vrije verkeersrecht niet kan uitoefenen, naar analogie met *Carpenter*.<sup>10</sup>

## Beperkingen van het recht op studiefinanciering werden elke keer onverenigbaar geacht met Unierecht

Wat het duurzame verblijfsrecht voor EU-burgers en hun familieleden betreft, heeft zich in de rechtspraak zowel een vernauwing als een verruiming voorgedaan. De vernauwing is te lezen in *Alarape en Tijani*, waarin het Hof stelt dat perioden van verblijf, die uitsluitend zijn afgeleid van Verordening 1612/68 (nu Verordening 492/2011, over het vrije verkeer van werknemers), niet meetellen voor de verkrijging van een duurzaam verblijfsrecht door een familielid van een Unieburger uit een derde land onder artikel 16 van Richtlijn 2004/38.<sup>11</sup> Enkel verblijf dat ook voldoet aan de voorwaarden van artikel 7 van de Burgerschapsrichtlijn kan in aanmerking worden genomen. Dit is een beperkende uitleg van het eerdere arrest *Lassal*, waarin geoordeeld werd dat rechtmatig verblijf vóór 2006 in beginsel meetelt voor de periode van vijf jaar.<sup>12</sup> In *Onuekwere* bleek dat ook perioden van gevangenschap niet in aanmerking genomen hoeven worden voor de verwerving van duurzaam verblijf door een familielid van een Unieburger, nu deze perioden niet 'bij' de Unieburger worden doorgebracht, en bovendien getuigen van een gebrek aan integratie in het gastland.<sup>13</sup>

Een ruime uitlegging van artikel 16 is daarentegen te vinden in *Ogieriakhi*, waarin de nabijheid van echtgenoten van minder belang werd geacht voor de verwerving

### Auteurs

1. Prof. mr. S.C.G. Van den Bogaert, dr. P.J.M.M. Van Cleynenbreugel, V. Borgeer LL.M., M. Aalbers LL.M. en T.W.A. Weber LL.M. zijn allen verbonden aan het Europa Instituut van de Universiteit Leiden.

### Noten

2. HvJ EU 10 oktober 2013, ECLI:EU:C:2013:645 (*Alokpa en Moudou-lou*); HvJ EU 8 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:291 (*Ymeraga en Ymera-*

*ga-Tafarshiku*).

3. Zie ook HvJ EU 15 november 2011, ECLI:EU:C:2011:734 (*Dereci e.a.*).  
4. HvJ EU 26 februari 2015, ECLI:EU:C:2015:118 (*Martens*).  
5. Zie HvJ EU 20 juni 2013, ECLI:EU:C:2013:411 (*Giersch e.a.*) betreffende een Luxemburgs woonplaatsvereiste; HvJ EU 18 juli 2013, ECLI:EU:C:2013:524 (gevoegde zaken *Prinz en Seeberger*) betreffende een Duitse eis van drie jaar verblijf; en HvJ EU 24 oktober 2013,

ECLI:EU:C:2013:683 (*Thiele Meneses*) betreffende een Duits woonplaatsvereiste.  
6. HvJ EU 11 november 2014, ECLI:EU:C:2014:2358 (*Dano*).  
7. Zie over de mogelijke reikwijdte van *Dano*: H. Verschueren, 'Preventing "benefit tourism" in the EU: A narrow or broad interpretation of the possibilities offered by the ECJ in *Dano*?', *CMLR*, 2015, 52, p. 363-390.  
8. HvJ EU 15 september 2015, ECLI:EU:C:2015:597 (*Alimanovic*).

9. HvJ EU 12 maart 2014, ECLI:EU:C:2014:135 (O. & B.); HvJ EU 12 maart 2014, ECLI:EU:C:2014:136 (S. & G.).  
10. Zie HvJ EU 11 juli 2002, ECLI:EU:C:2002:434 (*Carpenter*).  
11. HvJ EU 8 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:290 (*Alarape en Tijani*).  
12. HvJ EU 7 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:592 (*Lassal*).  
13. HvJ EU 16 januari 2014, ECLI:EU:C:2014:13 (*Onuekwere*).

van duurzaam verblijfsrecht.<sup>14</sup> Het Hof oordeelde dat de echtgenoot uit een derde land van een Unieburger na vijf jaar continu rechtmatig verblijf aanspraak maakt op een duurzaam verblijfsrecht, ook als het echtpaar een deel van die periode feitelijk gescheiden was en bij andere partners woonde, en ook als het verblijf plaatsvond voordat de implementatieperiode van de richtlijn verstreken was.

### 1.2. Vrij verkeer van goederen

Op het gebied van het vrij verkeer van goederen hebben zich de laatste jaren geen wezenlijke ontwikkelingen voorgedaan ten opzichte van de bestaande rechtspraak. Wel interessant is de uitspraak *Ålands Vindkraft*, over een Zweedse maatregel waardoor alleen in Zweden opgewekte groene stroom in aanmerking kwam voor een groenestroomcertificaat.<sup>15</sup> Volgens het Hof staat de richtlijn hernieuwbare energie toe dat dergelijke steunregelingen

## Het stof is vijf jaar na de implementatietermijn van de Dienstenrichtlijn nog altijd niet neergedaald

zich beperken tot het nationale grondgebied.<sup>16</sup> Dit kan weliswaar een belemmering van de invoer van elektriciteit betekenen in de zin van artikel 34 VWEU, maar deze kan volgens het Hof worden gerechtvaardigd door de bescherming van het leven van personen, dieren of planten (artikel 36 VWEU) of dwingende redenen van milieubescherming. De maatregel heeft als legitiem doel om gebruik van hernieuwbare energiebronnen te bevorderen, en de territoriale beperking gaat hierin volgens het Hof niet verder dan noodzakelijk. Hoewel het de maatregel niet expliciet als discriminatoir classificeert, erkent het Hof hiermee impliciet wel dat dergelijke maatregelen in casu door dwingende redenen van algemeen belang gerechtvaardigd kunnen worden – iets dat normaliter is voorbehouden aan non-discriminatoire maatregelen.<sup>17</sup> Het Hof kwam tot hetzelfde oordeel in *Essent Belgium*, waar het niet de plek van productie betrof, maar een steunregeling die enkel uit Vlaanderen afkomstige groenestroomcertificaten erkende.<sup>18</sup>

### 1.3. Vrij verkeer van werknemers

Over het werknemersbegrip bepaalde het Hof in *Saint Prix* dat een vrouw die tijdelijk stopt met werken wegens zwangerschap haar status als 'werknemer' in de zin van artikel 45 VWEU in beginsel behoudt.<sup>19</sup> Het feit dat zij enkele maanden niet daadwerkelijk aan de arbeidsmarkt deelneemt, doet daar niets aan af, mits zij binnen een redelijke termijn na de geboorte van het kind haar werk weer hervat. Ook de voorzitter van een havenautoriteit kwalificeerde volgens het Hof als werknemer in *Haralam-bidis*.<sup>20</sup> Een Italiaans nationaliteitsvereiste voor deze functie was dan ook in strijd met artikel 45 VWEU. Dat een dergelijke functionaris sporadisch openbaar gezag uitoe-

fent, is volgens het Hof niet voldoende om deze te laten te vallen onder de uitzondering voor betrekkingen in overheidssdienst van artikel 45 lid 4 VWEU.

In *Sopora* oordeelde het Hof dat een Nederlands forfaitair toegekend belastingvoordeel voor niet-ingezetene werknemers, dat enkel geldt als zij meer dan 150 kilometer van de Nederlandse grens wonen, geen belemmering vormt voor het vrij verkeer van werknemers.<sup>21</sup> De regeling, bedoeld om gemaakte reis- en woonkosten te vergoeden, is niet indirect discriminerend, omdat ook zij die dichterbij de grens wonen in aanmerking komen voor het belastingvoordeel. In dat geval wordt het alleen niet forfaitair vastgesteld op 30% van de grondslag, maar moeten de werknemers de kosten die zij maken zelf aantonen. Het Hof stelt dat de regeling wel indirect discriminatoir kan zijn als deze 'systematisch aanleiding geeft tot een duidelijke overcompensatie'. Het is aan de verwijzende rechter, de Hoge Raad, om dit vast te stellen.

Wel een duidelijke belemmering van artikel 45 VWEU werd gevonden in *Las*, over een Vlaams decreet dat werkgevers in het Nederlands taalgebied verplichtte om arbeidsovereenkomsten uitsluitend in het Nederlands op te stellen, op straffe van nietigheid.<sup>22</sup> Kijkend naar de bepalingen over taal, cultuur en nationale identiteit in artikel 3, 4 VEU erkent het Hof de bescherming van een officiële taal als een legitieme rechtvaardigingsgrond. In arbeidsovereenkomsten met een grensoverschrijdend karakter gaat de maatregel echter verder dan noodzakelijk, omdat partijen hierbij de taal niet noodzakelijkerwijs beheersen, en een arbeidsovereenkomst moeten kunnen opstellen in een taal die zij begrijpen.

### 1.4. Vrij verkeer van diensten

#### Artikel 56 VWEU

Een aantal keer kwamen nationale maatregelen ter bescherming van de arbeidsmarkt in aanvaring met de interne markt. In *Essent Energie Productie* gebruikte een aannemer die werkzaam was voor Essent arbeidskrachten uit derde landen, die ter beschikking gesteld werden door een Duits bedrijf.<sup>23</sup> Hiervoor ontbrak de benodigde tewerkstellingsvergunning, en Essent kreeg een boete opgelegd. De Raad van State stelde prejudiciële vragen over het Associatiebesluit 1/80 tussen de EEG en Turkije, nu het voornamelijk Turkse werknemers betrof. Het Hof achtte het Associatiebesluit niet van toepassing, maar toetste de vergunningsplicht wel aan het vrije verkeer van diensten als vervat in artikel 56 VWEU. Zo kwam het tot de conclusie dat de vergunningsplicht voor tewerkstelling een beperking van het vrije dienstenverkeer vormt, aangezien het voor buitenlandse bedrijven extra voorwaarden, termijnen en administratieve lasten met zich meebrengt.<sup>24</sup> De maatregel ging daarbij verder dan noodzakelijk voor de beoogde rechtvaardigingsgrond, het beschermen van de nationale arbeidsmarkt. De uitspraak raakte een politiek gevoelige snaar: Minister Asscher van Sociale Zaken gaf aan 'zwaar teleurgesteld' te zijn en de Europese regelgeving te willen wijzigen.<sup>25</sup> In dit verband kan gewezen worden op de nieuwe Richtlijn 2014/67 inzake de handhaving van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten.<sup>26</sup> De nieuwe handhavingrichtlijn moet

de praktische uitvoering, toepassing en handhaving van de detacheringsrichtlijn verbeteren. De richtlijn bevat ook maatregelen om misbruik en omzeiling te voorkomen en biedt garanties voor de bescherming van de rechten van gedetacheerde werknemers.

Een andere zaak waarin een maatregel tegen *social dumping* sneuvelde ten behoeve van de interne markt is *Bundesdruckerei*.<sup>27</sup> Een openbare aanbesteding met de eis dat werknemers van onderaannemers een wettelijk minimumloon zouden ontvangen, werd een belemmering bevonden voor dienstverlening door buitenlandse onderaannemers uit landen waar de lonen lager zijn. De maatregel kon volgens het Hof evenmin gerechtvaardigd worden, nu deze niet evenredig was aan het te beschermen doel (de bescherming van werknemers): er wordt immers geen rekening mee gehouden dat de kosten voor levensonderhoud in de landen waar de prestaties worden verricht lager kunnen zijn.

### Dienstenrichtlijn

Wat de Dienstenrichtlijn betreft, is het stof vijf jaar na de implementatietermijn nog altijd niet neergedaald.<sup>28</sup> Waar eerdere zaken meestal gingen over de reikwijdte van de richtlijn,<sup>29</sup> kon het Hof zich in de zaak *Rina Services* voor het eerst uitlaten over de materiële bepalingen ervan.<sup>30</sup> Dit zorgde evenwel voor weinig verrassingen. Rina, een groep van drie Italiaanse certificeringsdiensten, verzette zich tegen een Italiaanse maatregel die vereist dat dergelijke ondernemingen gevestigd zijn op Italiaans grondgebied. Het Hof oordeelde dat een dergelijk vestigingsvereiste in strijd is met artikel 14 Dienstenrichtlijn. De in dit artikel verboden vereisten kunnen onder geen beding gerechtvaardigd worden, ook niet met een beroep op de verdragsbepalingen. Een grensoverschrijdend element lijkt te ontbreken, maar in lijn met eerdere rechtspraak wordt hieraan weinig belang gehecht, aangezien het aanmerkelijk is dat ook buitenlandse ondernemingen door het vestigingsvereiste getroffen worden.<sup>31</sup>

### 1.5. Vrij verkeer van vestiging

In de vestigingsrechtspraak zien we een strenge benadering van belastingmaatregelen die onderscheid maken tussen ingezetenen en niet-ingezetenen dochterondernemingen.

Zo werd in *Felixstowe* de rechtmatigheid van een Brits belastingvoordeel getoetst, dat fiscaal ingezetene vennootschappen van eenzelfde consortium de mogelijkheid bood van verliesoverdracht via een aftrek. Dit kon alleen indien de moeder van de verliesdragende vennootschap (de 'schakelvennootschap') eveneens in het VK is gevestigd of aldaar via een vaste inrichting handelsactiviteiten uitoefent.<sup>32</sup> In lijn met vaste rechtspraak concludeerde het Hof dat dit de vestiging van de schakelvennootschap in een andere lidstaat minder aantrekkelijk maakt, en dat de belastingmaatregel dus een beperking van de artikel 49 VWEU vormt, ook voor de andere vennootschappen in de groep. Het Hof erkent de strijd tegen belastingparadijzen en het behoud van de evenredige verdeling van heffingsbevoegdheid tussen lidstaten als legitieme doelen die een dergelijke belemmering kunnen rechtvaardigen. *In casu* was de maatregel echter niet evenredig aan het te beschermen doel.

Ook een Franse belastingvrijstelling van dividenden voorbehouden aan ingezetene fiscale eenheden hield geen stand in het recent verschenen *Groupe Steria*.<sup>33</sup> Dit is een aanscherping van het arrest *X Holding*, waarin het Hof nog oordeelde dat de Verdragen zich niet verzetten tegen een nationale maatregel, die het vormen van fiscale eenheden voorbehoudt aan ingezetene vennootschappen.<sup>34</sup> Dit betekent dus echter niet dat elk verschil in behandeling tussen fiscale eenheden en niet-geïntegreerde groepen gerechtvaardigd is.

In *Nordea Bank* boog het Hof zich over een Deense 'inhaalregeling': Nordea Bank moest, bij het overdragen van buitenlandse inrichtingen aan een niet-ingezetene vennootschap van hetzelfde concern, verliezen die eerder in aftrek waren gebracht voor sommige van haar vaste inrichtingen in het buitenland opnieuw in haar heffingsgrondslag opnemen.<sup>35</sup> In zuiver interne situaties diende dit niet te gebeuren, en dus is er volgens het Hof sprake van een verschil in behandeling. Ook deze maatregel kon niet gerechtvaardigd worden, omdat deze verder ging dan noodzakelijk voor het beschermen van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid. Opmerkelijk is dat in *Timac Agro Deutschland*, over een vergelijkbare Duitse regeling, A-G Wathelet onlangs betoogde dat de maatregel in dit geval wel gerechtvaardigd is.<sup>36</sup> Het verschil met *Nor-*

14. HvJ EU 10 juli 2014,

ECLI:EU:C:2014:2068 (*Ogiariakhi*).

15. HvJ EU 1 juli 2014,

ECLI:EU:C:2014:2037 (*Ålands Vindkraft*).

16. Richtlijn 2009/28/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en intrekking van Richtlijn 2001/77/EG en Richtlijn 2003/30/EG, *PbEU* 2009/L 140/16.

17. Zie ook M. Szydło, 'How to reconcile national support for renewable energy with internal market obligations? The task for the EU legislature after *Ålands Vindkraft* and *Essent*', *CMLR* 2015, 52, p. 500.

18. HvJ EU 11 september 2014, ECLI:EU:C:2014:2192 (*Essent Belgium*).

19. HvJ EU 19 juni 2014,

ECLI:EU:C:2014:2007 (*Saint Prix*).

20. HvJ EU 10 september 2014,

ECLI:EU:C:2014:2185 (*Haralambidis*).

21. HvJ EU 24 februari 2015,

ECLI:EU:C:2015:108 (*Sopora*).

22. HvJ EU 16 april 2013,

ECLI:EU:C:2013:239 (*Las*).

23. HvJ EU 11 september 2014,

ECLI:EU:C:2014:2206 (*Essent Energie Productie*).

24. Hiermee ging het Hof in tegen eerdere rechtspraak over tewerkstelling, waar dergelijke vergunning niet strijdig met vrije verkeersbepalingen werden geacht: HvJ EU 10 februari 2011, ECLI:EU:C:2011:64 (*Vicoplus e.a.*).

25. [www.europa-nu.nl/id/vjn3mp00jxq/nieuws/asscher\\_zwaar\\_teleurgesteld\\_over\\_](http://www.europa-nu.nl/id/vjn3mp00jxq/nieuws/asscher_zwaar_teleurgesteld_over_)

eu\_hof.

26. Richtlijn 2014/67/EU van het Europees Parlement en de Raad, *PbEU* 2014/L 159/11. De richtlijn dient te zijn omgezet in nationaal recht per 18 juni 2016.

27. HvJ EU 18 september 2014,

ECLI:EU:C:2014:2235 (*Bundesdruckerei*).

28. Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *PbEU* 2006/L 376/36.

29. Zie bijv. HvJ EU 11 juli 2013,

ECLI:EU:C:2013:517 (*Femarbel*) over sociale diensten en diensten van gezondheidszorg, en HvJ EU 8 mei 2013,

ECLI:EU:C:2013:288 (*Libert e.a.*) over voor-

30. HvJ EU 16 juni 2015,

ECLI:EU:C:2015:159 (*Rina Services e.a.*).

31. HvJ EU 10 maart 2015, Conclusie van A-G Cruz Villalón in ECLI:EU:C:2015:159 (*Rina Services*), punt 15, en daar aangehaalde rechtspraak.

32. HvJ EU 1 april 2014,

ECLI:EU:C:2014:200 (*Felixstowe Dock and Railway Company e.a.*).

33. HvJ EU 2 september 2015,

ECLI:EU:C:2015:524 (*Groupe Steria*).

34. HvJ EU 25 februari 2010,

ECLI:EU:C:2010:89 (*X Holding*).

35. HvJ EU 17 juli 2014,

ECLI:EU:C:2014:2087 (*Nordea Bank*).

36. HvJ EU 3 september 2015,

ECLI:EU:C:2015:533 Conclusie van A-G Wathelet in C-388/14 (*Timac Agro Deutschland*).

*dea Bank* zit er volgens de A-G in, dat de winst die wordt gemaakt bij de overdracht in Duitsland niet belastbaar is.

### 1.6. Vrij verkeer van kapitaal

Het Nederlandse privatiseringsverbod van elektriciteits- en gasdistributienetten is in overeenstemming met het vrij verkeer van kapitaal, zo oordeelde het Hof in *Essent e.a.*<sup>37</sup> De Splitsingswet verbiedt de verkoop van aandelen in dergelijke bedrijven aan particuliere investeerders. Ook mogen netbeheerders en energiemaatschappijen niet langer in één concern zitten, of aandelen in elkaar houden. Tenslotte mogen concerns van netbeheerders geen nevenactiviteiten hebben die strijdig kunnen zijn met het beheer van het netwerk. Artikel 345 VWEU, dat het eigendomsrecht van lidstaten beschermt, verzet zich volgens het Hof niet tegen een privatiseringsverbod. Dit onttrekt de regeling echter niet aan de toepassing van de bepalingen over het vrije kapitaalverkeer. De regeling vormt immers wel degelijk een belemmering. Toch kunnen de maatregelen gerechtvaardigd worden, gelet op hun doelstelling van het waarborgen van de energievoorziening en onvervalste mededinging. Of de maatregelen evenredig zijn, liet het Hof aan de verwijzende rechter, de Hoge Raad. Deze oordeelde onlangs definitief dat de Splitsingswet niet in strijd is met het vrij verkeer van kapitaal.<sup>38</sup>

*Commissie vs. Duitsland ('Volkswagen II')* vormt, als een van de weinige zaken waarin geen inbreuk wordt vastgesteld, een interessante toevoeging aan de *golden share*-rechtspraak die het Hof het afgelopen decennium heeft ontwikkeld.<sup>39</sup> De Commissie was een nieuw beroep wegens niet-nakoming gestart tegen Duitsland, omdat zij vond dat de lidstaat niet genoeg had gedaan om de in *Volkswagen I* vastgestelde inbreuk te verhelpen.<sup>40</sup> Duitsland had, op last van het Hof, bepalingen uit de *Volkswagen*-wet geschrapt die het stemrecht van particuliere investeerders in de vennootschap beperkten tot maximaal twintig procent ongeacht het percentage aandelen, en de Bondsrepubliek en de deelstaat Nedersaksen het recht gaven om elk twee leden van de Raad van Commissarissen te benoemen. De verlaging van een blokkerende minderheid van de gebruikelijke 25% naar 20% werd echter in stand gehouden. De Commissie meende dat deze volgens het arrest van het Hof ook ingetrokken had moeten worden. Het Hof is het niet met de Commissie eens, en stelt dat in het voorgaande arrest de verlaging van een blokkerende minderheid op zichzelf geen beperking werd bevonden, maar enkel in gezamenlijke toepassing met de bestreden stemrechtbeperking, die wel door Duitsland was geschrapt. Hierdoor is Duitsland naar het oordeel van het Hof haar verplichtingen volgend uit *Volkswagen I* nagekomen, en het beroep werd verworpen.

Het is lidstaten toegestaan om dividenduitkeringen naar eigen landen en gebieden overzee ('LGO's) te beperken, bepaalde het Hof in *X en TBG*.<sup>41</sup> De Hoge Raad stelde prejudiciële vragen over een belasting die werd geheven op dividend uitgekeerd door Nederlandse vennootschappen aan moedermaatschappijen op de Nederlandse Antillen. Het vierde deel van het Werkingsverdrag (nu artikel 198 VWEU e.v.) bevat echter een bijzondere regeling tussen de Unie en de LGO's, die verder is uitgewerkt in het zogeheten LGO-besluit.<sup>42</sup> Artikel 47 van dat besluit verbiedt beperkingen van kapitaalverkeer tussen de Unie en

LGO's. Omdat artikel 198 VWEU noch het LGO-besluit naar de algemene bepalingen inzake vrij kapitaalverkeer (artikel 63 VWEU e.v.) verwijzen, kunnen deze bepalingen, inclusief de rechtvaardigingsgronden van artikel 65 VWEU, in een situatie zoals in deze zaak niet ingeroepen worden. Het Hof toetst de maatregel daarom uitsluitend aan het LGO-besluit en aan de daarin opgenomen bijzondere rechtvaardigingsgrond van artikel 55. Op basis van dat artikel mogen lidstaten uitdrukkelijk maatregelen nemen ter bestrijding van belastingontduiking. Op die grond zou de Nederlandse maatregel volgens het Hof dus gerechtvaardigd kunnen worden, zolang ze op evenredige wijze toegepast wordt.

De eurocrisis dwong de afgelopen jaren meer dan eens tot zware beperkingen van het vrij verkeer van kapitaal. Verscheidende keren werd het noodzakelijk geacht om kapitaalcontroles in te stellen om verdere economische en financiële neergang te voorkomen. Eind juni 2015 sloten de Griekse banken een week hun deuren, en konden Griekse burgers nog slechts € 60 per dag opnemen. Commissaris Jonathan Hill liet in een verklaring van 29 juni 2015 weten dat de Griekse maatregelen op het eerste gezicht gerechtvaardigd waren, met het oog op het handhaven van de financiële stabiliteit.<sup>43</sup> Wel sprak hij de wens uit dat de maatregelen niet langer zouden duren dan nodig. De maatregelen zijn inmiddels iets versoepeld. Ook IJsland en Cyprus moesten na hun bankencrises van respectievelijk september 2008 en maart 2013 maatregelen nemen om kapitaalvlucht te voorkomen. In beide gevallen nam de Commissie het standpunt in dat de maatregelen gerechtvaardigd waren.<sup>44</sup> De laatste Cypriotische restricties werden in april 2015 opgeheven; IJsland kondigde opheffing aan in juni 2015.

## 2. Mededingingsrecht

### 2.1. Kartelverbod

Artikel 101 VWEU verbiedt overeenkomsten tussen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen alsmede besluiten van ondernemingsverenigingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben de mededinging op de interne markt te beperken, verhinderen of vervalsen. De voorbije jaren spraken zowel het Hof van Justitie als het Gerecht van de Europese Unie zich herhaaldelijk uit over de reikwijdte van de begrippen 'onderneming', 'ondernemingsvereniging' en 'ertoe strekken'.

De discussies rond het begrip 'onderneming' hielden hoofdzakelijk verband met het toerekenen aan een moeder-vennootschap van mededingingsinbreuken gepleegd door een dochter-vennootschap. Voor de toepassing van het Europese mededingingsrecht wordt een 'onderneming' gedefinieerd als elke eenheid die een economische activiteit uitoefent.<sup>45</sup> Daarbij stelt de rechtspraak een weerlegbaar vermoeden in dat moeder-vennootschappen en dochter-vennootschappen die voor 100% eigendom zijn van de moeder, als één eenheid beschouwd moeten worden.<sup>46</sup> Als gevolg hiervan wordt de globale omzet van de moeder-vennootschap in aanmerking genomen bij de berekening van eventuele geldboetes wegens inbreuken op het kartelverbod door een dochter-vennootschap en zijn moeder en dochter tevens hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van die geldboetes. In de rechtspraak rees recent vooral de

vraag of dit vermoeden ook opgaat bij bijvoorbeeld een meer beperkte deelname door de moeder in het kapitaal van de dochter. Het Gerecht stelde dat het aanhouden van de ‘quasi-totaliteit’, bijvoorbeeld 99,97%, van de aandelen door de moedervenootschap volstaat voor de toepassing van het vermoeden, maar gaf daarbij geen duidelijke ondergrens aan.<sup>47</sup>

Verder stond het begrip ‘ondernemingsvereniging’ opnieuw in de schijnwerpers. In de zaak *Mastercard* stelde het Hof dat de vennootschap Mastercard als een ondernemingsvereniging beschouwd diende te worden; Mastercard handelde immers in het belang van de aan haar

## Volgens de nieuwe mededeling kan geen enkele doelbeperking nog genieten van de *minimis* beschutting

betaalkaartensysteem deelnemende banken, door bijdragen en toeslagen voor het gebruik van deze systemen vast te stellen. Bijzonder aan dit geval was dat Mastercard zich oorspronkelijk effectief georganiseerd had als een coöperatieve vereniging van deelnemende banken, maar zich later omvormde tot beursgenoteerde vennootschap om zo buiten het toepassingsgebied van het begrip ondernemingsvereniging te vallen. De Commissie en het Hof keken echter, zoals verwacht, door deze vennootschapsstructuur heen en oordeelden dat de Mastercard-organisatie nog steeds feitelijk als ondernemingsvereniging besluiten aannam die tot gevolg hadden dat de mededinging tussen de deelnemende banken werd beperkt.<sup>48</sup>

De voorbije jaren kwamen ook vragen naar de afbakening van het onderscheid tussen doel- of strekkingsbeperkingen enerzijds en gevolgbeperkingen anderzijds steeds uitdrukkelijker in de Europese rechtspraak naar voren. Indien overeenkomsten ertoe strekken de mededinging te beperken, hoeft volgens het Hof van Justitie niet gekeken te worden naar de daadwerkelijke gevolgen van die overeenkomsten op het functioneren van de markt. Dit maakt het aantrekkelijker voor de Europese Commis-

sie om een mededingingsbeperking als doelbeperking te kwalificeren en zodoende sneller een klaarblijkelijke inbreuk op artikel 101 VWEU te doen beëindigen. Een classificatie als doelbeperking is bovendien van belang voor de toepassing van de nieuwe *de minimis* mededeling van de Commissie, gepubliceerd op 30 augustus 2014. Conform die mededeling zal de Commissie, indien gezamenlijke of afzonderlijke marktaandelen van ondernemingen onder bepaalde drempels (10%, 15% of 5%) vallen, overeenkomsten afgesloten tussen die ondernemingen niet vervolgen, omdat zij geacht worden geen merkbare invloed te hebben op de mededinging. De klassieke uitzondering hierop betreft overeenkomsten die een harde kernbeperking, zoals een prijsafsprake, bevatten. Volgens de nieuwe mededeling kan geen enkele doelbeperking, zelfs al staat deze niet uitdrukkelijk zo vermeld in de lijst van hardekernbeperkingen in de mededeling, nog genieten van *de minimis* beschutting.<sup>49</sup>

In het licht van het bovenstaande hoeft het niet te verbazen dat de afbakening van het begrip doelbeperking recent hernieuwde aandacht kreeg. Klassiek vallen afspraken over prijzen, hoeveelheden of de verdeling van bepaalde markten zeker binnen het begrip ‘doelbeperking’, maar het begrip beperkte zich nooit tot deze soorten afspraken. Volgens vaste rechtspraak kon immers elke beperking die ‘concreet, gelet op de juridische en economische context waarin [zij] tot stand kwam, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt kan verhinderen, beperken of vervalsen’, als doelbeperking aangemerkt worden. In het arrest *Cartes Bancaires* verduidelijkte het Hof evenwel dat het begrip doelbeperking ‘uitsluitend [kan] worden toegepast op bepaalde soorten van coördinatie tussen ondernemingen, die de mededinging in die mate nadelig beïnvloeden dat de effecten ervan niet behoeven te worden onderzocht. Anders zou de Commissie immers worden ontslagen van haar verplichting om de concrete effecten op de markt aan te tonen van overeenkomsten waarvan niet is bewezen dat zij naar hun aard zelf schadelijk zijn voor de goede werking van de normale mededinging’. In deze zaak ging het om de vraag of een systeem van deelnemersbijdragen in het kader van een betaalkaartensysteem in Frankrijk een doelbeperking uitmaakte. Het Hof oordeelde dat het Gerecht en de Europese Commissie er ten onrechte te snel en ongemotiveerd van uitgingen dat dit inderdaad zo was.<sup>50</sup> Hoewel het Hof op die manier duidelijk maakte dat het begrip doelbeperking

37. HvJ EU 22 oktober 2013, ECLI:EU:C:2013:677 (*Essent e.a.*).

38. HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1727, *NJB* 2015/1330; HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1728, *NJB* 2015/1331; en HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1729.

39. HvJ EU 22 oktober 2013, ECLI:EU:C:2013:676 (*Commissie vs. Duitsland*) (*‘Volkswagen II’*).

40. HvJ EU 23 oktober 2007, ECLI:EU:C:2007:623 (*Commissie vs. Duitsland*) (*‘Volkswagen I’*).

41. HvJ EU 5 juni 2014,

ECLI:EU:C:2014:1385 (gevoegde zaken *X en TBG*).

42. Destijds vervat in Besluit 2001/822/EG van de Raad van 27 november 2001 betreffende de associatie van de landen en gebieden overzee met de Europese Economische Gemeenschap, *PbEU* 2001/L 314/1, inmiddels vervangen door Besluit 2013/755/EU, *PbEU* 2013/L 344/1.

43. Verklaring namens de Europese Commissie door Jonathan Hill over de kapitaalcontroles die door de Griekse autoriteiten zijn opgelegd, STATEMENT/15/5271, 29 juni 2015.

44. Commission Staff Working Document on the movement of capital and the freedom of payments, SWD 2015, 58 final, 5 maart 2015.

45. HvJ EU 23 april 1991, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner en Elsnér*), r.o. 21.

46. HvJ EU 10 september 2009, ECLI:EU:C:2009:536 (*Akzo Nobel NV vs. Commissie*), r.o. 60.

47. Zie bijv. Gerecht EU 6 februari 2014, ECLI:EU:T:2014:61 (*Elf Aquitaine vs. Commissie*), r.o. 126-127.

48. HvJ EU 11 september 2014,

ECLI:EU:C:2014:2201, (*Mastercard vs. Commissie*).

49. Mededeling van de Commissie betreffende overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van art. 101 lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (de-minimismededeling), *PbEU* 2014/C 291/1, r.o. 13, gebaseerd op HvJ EU 13 december 2012, ECLI:EU:C:2012:795, (*Expedia*).

50. HvJ EU 11 september 2014, ECLI:EU:C:2014:2204, (*Groupement des Cartes Bancaires vs. Commissie*), r.o. 58.

dus niet onbegrensd is, liet het na een meer precieze en voorspelbare afbakening van het begrip te verschaffen.

Op wetgevend vlak kan daarnaast melding gemaakt worden van een nieuwe groepsvrijstellingsverordening inzake technologieoverdrachtsovereenkomsten. Volgens die verordening vallen overeenkomsten tot licentieverlening of overdracht van bepaalde technologie-rechten niet onder het kartelverbod, mits de marktaandeelen van con-

## Naar de toekomst toe lijkt de toepassing van het misbruikverbod verder aan belang te zullen winnen met het oog op de doelstellingen van de Commissie Juncker

tractsluitende partijen onder de drempels van 20% of 30% blijven en de overeenkomsten geen harde kernbeperkingen, zoals beperkingen opgelegd aan de productie van goederen die gebruik maken van de in licentie gegeven rechten, omvatten.<sup>54</sup> De structuur van deze verordening is sterk gelijkwaardig aan eerder aangenomen groepsvrijstellingsverordeningen in dit deeldomein van het mededingingsrecht.

### 2.2. Misbruikverbod

Rechtsvragen omtrent het verbod op het misbruiken van een economische machtspositie in artikel 102 VWEU hadden de voorbije jaren in de eerste plaats betrekking op de afbakening van het begrip misbruik zelf in de context van nieuwe technologische ontwikkelingen. Zaken die daarbij het meest in het oog sprongen betroffen licenties op zogeheten standaard-essentiële octrooien. Dergelijke octrooien zijn noodzakelijk om bepaalde producten in overeenstemming met industriewijde veiligheidsstandaarden te maken. Internationale standaardisatieorganisaties verplichten ondernemingen die houder zijn van zulke standaard-essentiële octrooien om deze in licentie te geven aan andere, mogelijks concurrerende, ondernemingen en daarbij licentievoorwaarden te hanteren die eerlijk, redelijk en niet-discriminatoire ('fair, reasonable and non-discriminatory' of 'FRAND') zijn. Vanuit dat perspectief rees de vraag of een dominante octrooihouder wel in overeenstemming met artikel 102 VWEU handelt wanneer hij een vordering in rechte instelt tegen een concurrent zonder licentie wegens inbreuk op het exclusieve recht verbonden aan een standaard-essentieel octrooi, terwijl deze octrooihouder zich eerder bereid verklaard had licenties toe te staan op basis van FRAND-voorwaarden. In de zaken *Motorola* en *Samsung* erkende de Commissie dat het instellen van dergelijke vorderingen een inbreuk op artikel 102 VWEU kan uitmaken.<sup>52</sup> In het arrest *Huawei*, bevestigde het Hof deze lijn. Het Hof gaf aan dat de houder van een standaard-essentieel octrooi, die 'de onherroepelijke verbintenis is aangegaan om aan derden een licentie te verlenen onder eerlijke, redelijke en niet-

discriminerende voorwaarden' geen misbruik van zijn machtspositie maakt door een beroep wegens inbreuk op zijn octrooi in te stellen strekkende tot staking van de inbreuk of tot terugroeping van de producten voor de vervaardiging waarvan gebruik is gemaakt van dit octrooi, op voorwaarde dat 1. hij voorafgaand aan het beroep de vermeende inbreukmaker in kennis heeft gesteld van de inbreuk die hem wordt verweten; 2. hij de vermeende inbreukmaker een concreet en schriftelijk aanbod van een licentie onder FRAND-voorwaarden heeft gedaan; en 3. de inbreukmaker het betrokken octrooi blijft gebruiken en niet met bewaarde spoed overeenkomstig de handelsgebruiken en te goeder trouw gevolg geeft aan dit aanbod. Voorts is het de octrooihouder ook toegestaan een vordering in te stellen met het oog op het verkrijgen van boekhoudkundige gegevens over de in het verleden verrichte handelingen van exploitatie van dit octrooi of tot schadevergoeding voor deze handelingen.

Een andere rechtsvraag betrof de mate waarin de Commissie dient na te gaan of bepaalde vormen van mogelijk misbruik effectief mededingingsbeperkende gevolgen hebben op een bepaalde markt. In de zaak *Intel* oordeelde het Gerecht dat het geven van exclusiviteitskortingen – kortingen in ruil voor de exclusieve of bijna-exclusieve afname van producten – op de chipmarkt door het dominante Intel als een *per se* misbruik dienden te worden beschouwd, zonder dat de effecten van dat gedrag op de markt moeten worden aangetoond.<sup>53</sup> Als gevolg van dit arrest, waartegen momenteel een hogere voorziening bij het Hof van Justitie loopt, is de vraag geroepen of, en zo ja, waar een grens getrokken dient te worden tussen gedragingen die vermoed worden *per se* misbruik uit te maken en gedragingen waarvan de economische effecten op de markt eerst geanalyseerd moeten worden alvorens deze als misbruik kunnen worden beschouwd.

Naar de toekomst toe lijkt de toepassing van het misbruikverbod verder aan belang te zullen winnen bij de verwezenlijking van de doelstellingen van de Commissie Juncker om een geïntegreerde energiemarkt en een beter functionerende digitale interne markt tot stand te brengen.<sup>54</sup> Zo stelde de Europese Commissie in april 2015 een formeel onderzoek in naar *Gazprom*, dat een economische machtspositie zou misbruiken door concurrentie op en tussen nationale markten voor natuurlijk gas onmogelijk te maken.<sup>55</sup> Ook *Google* blijft het voorwerp uitmaken van een reeds jaren aanslepend onderzoek naar misbruikmakende praktijken. In 2010 begon de Commissie een onderzoek naar exclusiviteitsbeperkingen door Google opgelegd aan haar webadverteerders, naar het bovenaan de zoekresultatenpagina plaatsen van eigen adverteerders en naar het kopiëren van inhoud van concurrerende zoekmachines. De door Google gedane toezeggingen bleken onvoldoende om de mededingingsbezwaren van de Europese Commissie weg te nemen, waardoor de inbreukprocedure verder doorgezet werd. In april 2015 werden bijkomende onderzoeken ingesteld naar het mogelijk onterecht bevoordelen van eigen te koop aangeboden producten in zoekresultaten en naar de mate waarin Google smartphone- en tabletfabrikanten ertoe aanzet om Google applicaties en diensten exclusief en vooraf te installeren op nieuw gefabriceerde toestellen.<sup>56</sup> Vooral nog blijft het echter nog wachten op een eerste inbreukbeschikking in deze zaak.

### 2.3. Procedure en handhaving

De publieke handhaving van het kartel- en misbruikverbod door de Europese Commissie blijft de meest kenmerkende vorm van handhaving van de Europese mededingingsregels. De Commissie toonde zich de voorbije jaren een voorstander van een snellere afhandeling van zaken door middel van verbindendverklarde toezeggingen van ondernemingen,<sup>57</sup> waarbij dan geen inbreuk wordt vastgesteld, of door middel van een schikking, waar een bekentenis leidt tot een snellere beslissing en daarbij horende vermindering van de opgelegde geldboetes ten gunste van de schikkende partijen. De schikking in het enveloppenkartel in december 2014 vormt het meest recente voorbeeld van deze volgens de Commissie succesvolle vorm van handhaving.<sup>58</sup> In mei 2015 bevestigde het Gerecht bovendien voor de eerste keer de ruime discretionaire beslissings- en boeteverminderingbevoegdheid die de Commissie zich eerder al in deze procedures toe-eigende.<sup>59</sup>

Naast de publieke handhaving wint de private handhaving van het Europese mededingingsrecht door middel van schadevorderingen voor nationale rechters steeds meer aan belang. Het Hof van Justitie wenst dergelijke private vorderingen tegen inbreukmakende ondernemingen te stimuleren. In de zaak *Otis* erkende het Hof dat de Europese Commissie zelf een vordering voor de burgerlijke rechtbank kon instellen als private schadelijder tegen de deelnemers aan het liftenkartel, ook al legde zij eerder als publieke handhavinginstantie een geldboete op aan die karteldeelneemers wegens inbreuk op het kartelverbod.<sup>60</sup> In het arrest *Kone* werd, in verband met datzelfde liftenkartel, bovendien gesteld dat karteldeelneemers ook aansprakelijk mogen gesteld worden voor schade opgelopen door afnemers van concurrenten van die karteldeelneemers, in de mate dat het bestaan van een kartel de prijzen aangerekend door die concurrenten artificieel opdreef.<sup>61</sup>

De vergemakkelijking van private handhaving leidt tot nieuwe spanningen inzake toegang tot vertrouwelijke informatie en bekentenissen ingediend door clementieverzoekers. Hoewel laatstgenoemden immuniteit of een

vermindering van geldboete kunnen krijgen in het kader van de publieke handhavingprocedure door hun deelname aan een kartel te erkennen, rees de vraag in welke mate schadelijders toegang kunnen verwerven tot deze documenten wanneer die in handen zijn van nationale mededingingsautoriteiten of van de Europese Commissie. Wat het nationale niveau betreft, oordeelde het Hof in het baanbrekende arrest *Pfleiderer* dat elke nationale rechter geval per geval dient te beoordelen of toegang tot informatie in het bezit van nationale autoriteiten gerechtvaardigd is.<sup>62</sup> Die lijn werd doorgetrokken in *Donau Chemie*, waar het Hof stelde dat een nationale wet die toegang tot bepaalde documenten automatisch uitsloot, niet te verenigen valt met dit principe van afweging.<sup>63</sup> Op het Europese niveau wordt toegang tot de dossiers van de Commissie geregeld door de Europese transparantieverordening, op grond waarvan toegang tot clementiematerialen sterk beperkt blijft.<sup>64</sup> Opvallend is wel de tendens van de Commissie om bepaalde informatie verstrekt in – in beginsel vertrouwelijke – clementieaanvragen, op te nemen in de publieke versie van inbreukbeschikkingen, zonder daarbij de eigenlijke oorsprong van de informatie te vermelden en met als doel het instellen van private schadevorderingen te vergemakkelijken. In een reeks arresten van 28 januari 2015 bevestigde het Gerecht dat deze praktijk niet ingaat tegen het Europese recht.<sup>65</sup>

Bovenal werden belangrijke wetgevende stappen gezet op het vlak van private handhaving. Na jarenlange discussies en voorstellen werd op 26 november 2014 Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie aangenomen.<sup>66</sup> Dit instrument, dat tegen uiterlijk 27 december 2016 in nationaal recht omgezet dient te worden, heeft tot doel de handhaving van de mededingingsregels door mededingingsautoriteiten en de handhaving van die regels in schadevorderingen voor de nationale rechterlijke instanties te coördineren en als

51. Commissieverordening 316/2014 van 21 maart 2014 betreffende de toepassing van art. 101 lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht, *PbEU* 2014/L93/17.

52. Besluit van de Commissie van 29 april 2014, zaak AT.39985, (*Motorola*), C(2014) 2892 final, *PbEU* 2014/C 344/04 en besluit van de Commissie van 29 april 2014, zaak AT.39939, (*Samsung*), C(2014) 2891 final, *PbEU* 2014/C 350/08.

53. Gerecht EU 12 juni 2014, ECLI:EU:T:2014:547, (*Intel Corp. vs. Commission*).

54. Toespraak van Margrethe Vestager, Eurocommissaris voor mededinging, 18 juni 2015, 'Independence is non-negotiable', Chatham House Competition Policy Conference, beschikbaar op [http://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager\\_en](http://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager_en).

55. Zie het persbericht van de Europese Commissie van 22 april 2015, 'Commissie maakt bezwaar tegen vermeend machtsmisbruik van Gazprom in Midden- en Oost-Europa', beschikbaar op [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-4828\\_nl.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4828_nl.htm).

56. Zie voor een overzicht van de onderzoeken van de Europese Commissie in zaak 39.740, Google, beschikbaar op [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_39740](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740).

57. Art. 9 Verordening 1/2003 *PbEU* 2003/L1. Voorbeelden hiervan zijn besluit Commissie 20 december 2012, zaak AT. 39230, *PbEU* 2013/C 89/06 (*Rio Tinto Alcan*); Besluit Commissie 23 mei 2013, zaak AT.39595, *PbEU* 2013/C 201/09 (*Continental/United/Lufthansa/Air Canada*) en Besluit Commissie 26 februari 2014, zaak AT.39398, *PbEU* 2014/C 147/07 (*VISA MIF*).

58. Zie voor deze zaak en het overzicht,

persbericht van de Commissie van 11 december 2014, IP/14/2583 beschikbaar op [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-2583\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-2583_en.htm).

59. Gerecht EU 20 mei 2015, ECLI:EU:C:2015:241 (*Timab Industries en Roullier vs. Commissie*).

60. HvJ EU 6 november 2012, ECLI:EU:C:2012:684 (*Otis*). In casu wees de nationale rechtbank te België de claim echter af wegens onvoldoende bewijs van schade.

61. HvJ EU 5 juni 2014, ECLI:EU:C:2014:1317 (*Kone*).

62. HvJ EU 14 juni 2011, ECLI:EU:C:2011:389 (*Pfleiderer*).

63. HvJ EU 6 juni 2013, ECLI:EU:C:2013:366 (*Donau Chemie*).

64. Zie Verordening 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement,

de Raad en de Commissie, *PbEU* 2001/L 145/1; bij wijze van voorbeeld HvJ EU 27 februari 2014, ECLI:EU:C:2014:112 (*European Commission vs. EnBW Energie Baden-Württemberg AG*).

65. Gerecht EU 28 januari 2015, ECLI:EU:T:2015:51 (*Evonik Degussa GmbH vs. Commissie*); Gerecht EU 28 januari 2015, ECLI:EU:T:2015:50 (*Akzo Nobel vs. Commissie*).

66. Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, *PbEU* 2014/L 349/1.



zodanig het recht op schadevergoeding wegens inbreuken op mededingingsregels beter vorm te geven. De richtlijn bevestigt dat eenieder die schade leed – ook consumenten en niet-afnemers – vergoeding kunnen eisen voor een nationale rechter.<sup>67</sup> Besluiten van een nationale autoriteit – bijvoorbeeld de Autoriteit Consument en Markt – die een inbreuk op artikel 101 of 102 VWEU vaststellen, dienen bovendien als onweerlegbaar bewijs van fout beschouwd te worden door de rechters van die lidstaat.<sup>68</sup> Daarnaast wordt ook een uitdrukkelijk wettelijk vermoeden ingesteld dat een kartel schade veroorzaakt heeft, waardoor slachtoffers van het kartel enkel hun schade en het oorzakelijk verband tussen kartel en schade dienen aan te tonen.<sup>69</sup> Tevens zijn alle karteldeelnemers volgens de richtlijn in principe hoofdelijk aansprakelijk voor de geleden schade.<sup>70</sup> Aan karteldeelnemers wordt wel de mogelijkheid tot het invoeren van een doorberekenningsverweer toegekend, op grond waarvan zij van hun vergoedingsplicht ontslagen kunnen worden.<sup>71</sup> Belangwekkend is vooral dat de toegang tot bewijsstukken op nationaal niveau aan duidelijker grenzen onderworpen wordt. Daardoor zullen nationale rechters niet langer toegang tot clementieverklaringen en verklaringen met het oog op een schikking kunnen verlenen, wat het Hof van Justitie voorheen in principe mogelijk achtte.<sup>72</sup>

#### 2.4. Concentratiecontrole

Na enkele jaren van relatieve rust ten gevolge van de crisis kan inzake concentratiecontrole opnieuw een gestage stijging van het aantal aangemelde transacties vastgesteld worden (274 aanmeldingen in 2013, 303 in 2014, in de periode 1 januari 2015-2 september 2015 al 214 aanmeldingen). Bij de beoordeling van dergelijke aanmeldingen komen regelmatig nieuwe juridische problemen aan de oppervlakte. Zo deed de overname door Microsoft van Skype de vraag rijzen in welke mate het verwerven van een groot marktaandeel noodzakelijk wijst op het vestigen of verstevigen van een machtspositie, waardoor een concentratie mogelijk onverenigbaar met de interne markt verklaard dient te worden. Het Gerecht stelde – net zoals de Commissie – vast dat hoge marktaandelen als zodanig niet automatisch wijzen op bestendige marktmacht in de context van nieuwe technologieën, waar innovatie snel kan leiden tot het verminderen van de marktmacht van voorheen sterke spelers.<sup>73</sup>

Het leek er enige tijd op dat de regelgeving betreffende de beoordeling van concentraties met een Uniedimensie, zoals neergelegd in Verordening 139/2004, niet alleen vereenvoudigd, maar ook uitgebreid zou worden. Zo werden, door middel van Verordening 1269/2013, de standaardformulieren voor aanmelding van concentraties gestroomlijnd.<sup>74</sup> Daarnaast stelde de Commissie, na een eerder consultatiedocument te hebben gepubliceerd in 2013, in juli 2014 een Witboek 'Naar een effectievere EU-concentratiecontrole' voor, waarin onder andere geopperd werd om bepaalde verwervingen van minderheidsaandelen in een onderneming – zonder dat daarbij controle verworven werd – ook aan een verplichte aanmelding bij de Commissie te onderwerpen.<sup>75</sup> Het Witboek vormde de basis voor een nieuwe consultatieronde in het najaar van 2014, tijdens dewelke een tweevoudige kritiek op het voorgestelde bijkomende aanmeldingssysteem te horen

viel. Enerzijds verzetten de lidstaten zich tegen het afstaan van eigen toezichtsbevoegdheden aan het Europese niveau. Anderzijds bekijken ook de ondernemingen de bijkomende administratieve lasten die dit systeem met zich zou brengen met de nodige argwaan. De nieuwe Eurocommissaris voor mededinging, Margrethe Vestager, uitte bovendien publiekelijk haar bedenkingen over het door haar voorganger voorgestelde systeem,<sup>76</sup> waardoor het er thans op lijkt dat de verwachte hervormingen op dit ogenblik minstens 'on hold' gezet zijn en waarschijnlijk niet in de voorgestelde vorm doorgevoerd zullen worden.

### 3. Staatsteun

#### 3.1. Staatssteunmodernisering: materiële veranderingen

In de periode 2012-2015 heeft de Europese Commissie een grootschalig moderniseringsproject van het Europese staatssteunrecht doorgevoerd.<sup>77</sup> In de eerste plaats werd nieuwe regelgeving aangenomen om lidstaten te stimuleren tot investeringen in innovatie, duurzaamheid en inclusieve economische groei. Daartoe heeft de Raad in 2013 de zogeheten Machtigingsverordening herzien.<sup>78</sup> Die verordening biedt de Commissie een rechtsgrondslag om het aantal steuncategorieën dat vrijgesteld is van de aanmeldingsverplichting van artikel 108 lid 3 VWEU uit te breiden.<sup>79</sup> Op basis hiervan heeft de Commissie nieuwe vrijstellingsverordeningen aangenomen. In de aangepaste Algemene Groepsvrijstellingsverordening 651/2014 zijn nieuwe vrijgestelde categorieën gecreëerd voor schadevergoeding bij natuurrampen, cultuur, sportinfrastructuur en andere typen infrastructuur.<sup>80</sup> Tevens werden de vrijstellingsmogelijkheden van de oude Algemene Groepsvrijstelling 800/2008 behouden. Het betreft hier onder meer steun voor het midden- en kleinbedrijf, regionale steun, steun voor onderzoek en innovatie en milieusteun. Ook werd de Landbouwvrijstellingsverordening voor het midden- en kleinbedrijf hernieuwd.<sup>81</sup> Deze verordening is uitgebreid met nieuwe steuncategorieën op het gebied van schade bij natuurrampen, instandhouding van natuurlijk en cultureel erfgoed en bosbouw.<sup>82</sup> Daarnaast heeft de Commissie drie de-minimisverordeningen hernieuwd voor de periode 2014-2020.<sup>83</sup> Het de-minimisplafond voor reguliere de-minimissteun blijft ongewijzigd van toepassing op het niveau van € 200 000 per onderneming over drie fiscale jaren.<sup>84</sup>

Ten tweede heeft de Commissie ook een reeks niet-bindende richtsnoeren aangenomen. Die richtsnoeren hebben tot doel de aanmelding van staatssteun voor lidstaten te vereenvoudigen en de beoordeling van steun meer voorspelbaar te maken. Nieuwe algemene richtsnoeren inzake reddings- en herstructureringssteun,<sup>85</sup> regionale steun,<sup>86</sup> onderzoek, ontwikkeling en innovatie,<sup>87</sup> en milieusteun<sup>88</sup> zagen op die manier het levenslicht. Daarnaast werden ook richtsnoeren betreffende sectorspecifieke steun zoals steun voor de landbouwsector,<sup>89</sup> de luchtvaartsector,<sup>90</sup> breedbandinfrastructuur<sup>91</sup> en audiovisuele werken<sup>92</sup> aangenomen.

Voor de beoordeling van staatssteun die verenigbaar kan zijn met artikel 107 lid 3 sub b VWEU heeft de Commissie bovendien een mededeling opgesteld die criteria geeft voor de beoordeling van steunmaatregelen voor pro-

jecten van gemeenschappelijk Europees belang.<sup>93</sup> Deze mededeling is van toepassing op projecten die aansluiten bij de Europa 2020-doelstellingen en een aanzienlijke bijdrage leveren tot economische groei, banen en concurrentiekracht voor het bedrijfsleven en de economie van de EU.<sup>94</sup> Tevens wordt momenteel een mededeling voorbereid die de toepassing van het staatssteunbegrip uit artikel 107 lid 1 VWEU door de Commissie zal verhelderen.<sup>95</sup> Een dergelijke verduidelijking is wenselijk. De interpretatie van de verschillende bestanddelen van het staatssteunbegrip is immers soms aan zekere schommelingen onderhevig in de Commissiepraktijk. Het begrip effect op de interstatelijke handel vormt hier een uitgesproken voorbeeld van. Waar dit effect voorheen zonder al te veel onderzoek geacht werd aanwezig te zijn, oordeelde de Commissie recent in zeven zaken dat de steun geen – of hoogstens marginale – voorzienbare effecten had op grensoverschrijdende investeringen. Opmerkelijk is het besluit inzake *Glenmore Lodge* waarin outdoor sportactiviteiten in Schotland beschouwd werden als uitsluitend gericht op regionale of hoogstens nationale klanten.<sup>96</sup>

### 3.2. Staatssteunmodernisering: procedurele veranderingen

De bovenstaande vernieuwingen van het materiële staatssteunkader moeten de lidstaten meer ruimte bieden om kleinschalige steun en steun die een bijdrage levert aan de EU 2020-agenda te verlenen. De Commissie heeft de lidstaten aangemoedigd vooral de vrijstellingsverordeningen toe te passen, zodat zij zich zelf meer kan richten op

het onderzoeken van onrechtmatige steun in sectoren waar staatssteun een grote impact heeft op de mededinging en het handelsverkeer. Daartoe heeft de Commissie enerzijds een bijkomende leidraad aangereikt, op basis waarvan lokale steunmaatregelen zonder voorafgaande goedkeuring kunnen worden toegekend.<sup>97</sup> Anderzijds werd ook de Procedureverordening 659/1999/EG aangepast door Verordening 734/2013/EU. Hierin wordt ten eer-

## Bij de beoordeling van aangemelde transacties inzake concentratiecontrole komen regelmatig nieuwe juridische problemen aan de oppervlakte

ste de klachtenprocedure in artikel 20 lid 2 gewijzigd waardoor enkel belanghebbenden nog een klacht kunnen indienen bij de Commissie over onrechtmatige staatssteun. Voorheen mocht eenieder een dergelijke klacht indienen, waarna de Commissie formeel verplicht was die klacht in behandeling te nemen. Nu kan de Commissie klachten niet-ontvankelijk verklaren wanneer een klager

67. Art. 3, lid 1 Richtlijn 2014/104/EU.

68. Art. 9 Richtlijn 2014/104/EU.

69. Art. 17 lid 2 Richtlijn 2014/104/EU.

70. Art. 11 Richtlijn 2014/104/EU.

71. Art. 12-13 Richtlijn 2014/104/EU.

72. Art. 5-7 Richtlijn 2014/104/EU.

73. Gerecht EU 11 december 2013,

ECLI:EU:T:2013:635 (*Cisco Systems Inc. en Messagenet SpA. vs. Commissie*).

74. Uitvoeringsverordening (EU) 1269/2013 van de Commissie van 5 december 2013 tot wijziging van Verordening (EG) 802/2004 van de Commissie tot uitvoering van Verordening (EG) 139/2004 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEU* 2013/L 336/1.

75. COM/2014/0449 final.

76. Toespraak van Eurocommissaris Vestager 12 maart 2015, *Thoughts on merger reform and market definition*, beschikbaar op [https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/thoughts-merger-reform-and-market-definition\\_en](https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/thoughts-merger-reform-and-market-definition_en).

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

78. Verordening (EG) 994/98 (de 'Machtigingsverordening') is per 22 juli 2013 aan-

gepast door Verordening (EU) 733/2013, *PbEU* 2013/L 204/11.

79. Art. 1 aangepaste Verordening (EG) 994/98.

80. Art. 1 lid 1 Verordening (EU) 651/2014, *PbEU* 2014/L 187/1 ('Algemene Groepsvrijstellingsverordening'). De Algemene Groepsvrijstellingsverordening is per 1 juli 2014 in werking getreden.

81. Verordening (EU) 702/2014, *PbEU* 2014/L 193/1 ('MKB Landbouwwijstellingsverordening') is per 1 juli 2014 in werking getreden.

82. Art. 1 Verordening (EU) 702/2014 ('MKB Landbouwwijstellingsverordening').

83. Verordening (EU) 1407/2013, *PbEU* 2013/L 352/1 ('De-minimisverordening') is per 1 juli 2014 in werking getreden; Verordening (EU) 1408/2013, *PbEU* 2014/L 352/9 ('De-minimisverordening voor de landbouwsector') is op 1 januari 2014 in werking getreden. Verordening (EU) 717/2014, *PbEU* 2014/L 190/1 ('De-minimisverordening voor de visserijsector') is op 1 juli 2014 in werking getreden.

84. De de-minimisplafonds voor respectievelijk landbouw, visserij en diensten van algemeen economisch belang bedragen € 15 000, € 30 000 en € 500 000 per onderneming over drie fiscale jaren.

85. Mededeling van de Commissie, 'Richtsnoeren voor reddings- en herstructureeringssteun', *PbEU* 2014/C 249/01, 31 juli 2014.

86. Mededeling van de Commissie, 'Richtsnoeren voor regionale steun voor de periode 2014-2020', *PbEU* 2013/C 209/01.

87. Mededeling van de Commissie, 'Kaderregeling voor staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie', *PbEU* 2014/C 198/01.

88. Mededeling van de Commissie, 'Richtsnoeren staatssteun ten behoeve van milieubescherming en steun voor energie 2014-2020' *PbEU* 2014/C 200/01.

89. Mededeling van de Commissie, 'Richtsnoeren voor landbouwsteun', *PbEU* 2014/C 204/01.

90. Mededeling van de Commissie, 'Richtsnoeren voor staatssteun aan luchthavens en luchtvaartmaatschappijen', *PbEU* 2014/C 99/01.

91. Mededeling van de Commissie, 'EU richtsnoeren voor de toepassing van de staatssteunregels in de breedbandsector', *PbEU* 2013/C 25/01.

92. Mededeling van de Commissie 'betreffende staatssteun voor films en andere audiovisuele werken', *PbEU* 2013/C 332/01.

93. Mededeling van de Commissie, 'Criteria voor de beoordeling van de verenigbaarheid met de interne markt van staatssteun ter bevordering van de verwezenlijking van belangrijke projecten van gemeenschappelijk Europees belang', *PbEU* 2014/C 188/4.

94. Mededeling van de Commissie, 'Criteria voor de beoordeling van de verenigbaarheid met de interne markt van staatssteun ter bevordering van de verwezenlijking van belangrijke projecten van gemeenschappelijk Europees belang', *PbEU* 2014/C 188/4.

95. De ontwerpmededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU, is te vinden op de website van DG Mededinging: [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014\\_state\\_aid\\_notion/draft\\_guidance\\_nl.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/draft_guidance_nl.pdf).

96. Besluit van de Commissie van 15 augustus 2015, Steunmaatregel SA.37963, (*Glenmore Lodge*), *PbEU* 2015/C 277.

97. Persbericht Europese Commissie, 'Leidraad voor lokale steunmaatregelen van de overheid die zonder voorafgaande goedkeuring van de Commissie kunnen worden toegekend', 29 april 2015, IP/15/4889.

## In *Corsica Ferries* oordeelde het Hof dat van overheidsondernemingen wordt verwacht dat zij structureel op basis van economische rationaliteit handelen om de vergelijking te doorstaan met een private investeerder

niet kan aantonen belanghebbende te zijn of wanneer deze verzuimd heeft voldoende informatie aan te leveren. Ten tweede laat de verordening de Commissie toe om verzoeken tot het verschaffen van marktinformatie in het kader van staatssteunonderzoeken rechtstreeks te richten tot zowel lidstaten als ondernemingen en ondernemingsverenigingen. Wanneer ondernemingen of ondernemingsverenigingen in de fase van de formele onderzoeksprocedure verzuimen om volledige en juiste informatie aan te leveren, kan de Commissie hen dwangsommen en boetes opleggen.<sup>98</sup> Aan lidstaten kan geen soortgelijke geldboete of dwangsom worden opgelegd. Ten slotte voorziet de aangepaste verordening ook in een nauwere samenwerking tussen Commissie en de nationale rechters. De nationale rechter kan de Commissie nu om (niet bindend) advies vragen over de toepassing van de staatssteunregels en de Commissie zelf kan op eigen verzoek schriftelijke opmerkingen maken in een nationale rechterlijke procedure over de toepassing van artikel 107 lid 1 VWEU.<sup>99</sup>

### 3.3. Het beginsel van de particuliere investeerder in de markteconomie

Ook in de jurisprudentie is meer duidelijkheid geschapen omtrent enkele bestanddelen van het staatssteunbegrip. Zo is met name het beginsel van de zogeheten particuliere investeerder in de markteconomie nader ontwikkeld. Dat beginsel laat toe te bepalen of publieke investeringen door overheden marktconform zijn.<sup>100</sup> In het arrest *ING vs. Commissie* heeft het Hof van Justitie in hoger beroep bevestigd dat de Nederlandse staat handelde als een particuliere investeerder.<sup>101</sup> Het Gerecht had geoordeeld dat het beginsel van de particuliere investeerder in de markteconomie door de Commissie moet worden toegepast wanneer een overheid, die als aandeelhouder opereert, akkoord gaat met een wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden van verenigbaar verklaarde staatssteun. De Nederlandse staat heeft in zijn hoedanigheid als aandeelhouder van ING toegestemd met een vervroegde terugbetaling van toegekende kapitaalinjecties. Deze wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden is volgens het Hof gebaseerd op een criterium van economische rationaliteit. Een particuliere aandeelhouder kan op elk moment overwegen nieuwe onderhandelingen te starten over de voorwaarden voor het terug verkopen van de aandelen. Daarom moet de Commissie het handelen van een overheid als aandeelhouder van een onderneming vergelijken met dat van een hypothetische particuliere investeerder in een vergelijkbare situatie. In *Corsica Ferries* oordeelde het Hof dat van overheidsondernemingen wordt verwacht dat zij structureel op basis van economische rationaliteit handelen om de vergelijking te doorstaan met een private investeerder.<sup>102</sup> Daarbij is ruimte voor sociale overwegingen,

zoals bijvoorbeeld ontslagvergoedingen, zolang deze berusten op economische en financiële afwegingen en niet op overheidsbeleid of sociaal beleid. In *Leidschen-dam-Voorburg* bevestigde het Gerecht dat het beginsel van de particuliere investeerder inhoudt dat de overheid handelt op basis van zuiver economische en financiële belangen, in plaats van maatschappelijke belangen.<sup>103</sup> Het Hof heeft het criterium van economische rationaliteit ook toegepast op de hoedanigheid van de overheid als particuliere verkoper. In *Land Burgenland* oordeelde het dat bij een verkoopprocedure het hoogste bod vermoedelijk overeenkomt met de marktprijs, tenzij een dergelijk bod niet bindend en geloofwaardig is of er andere economische factoren een rol spelen bij de bepaling van de prijs.<sup>104</sup> In *Landkreis Jerichowerland* heeft het Hof deze uitspraak vervolgens wel genuanceerd door te oordelen dat in bepaalde omstandigheden het hoogste bod niet de correcte marktprijs weergeeft. In dat geval mag ook rekening gehouden worden met andere factoren dan prijs, zolang de overheid in kwestie een andere waarderingsmethode toepast die de marktwaarde het dichtst mogelijk benadert.<sup>105</sup>

### 3.4. 'Selectiviteit'

Ook het bestanddeel 'selectiviteit' blijft het Hof en het Gerecht voor uitdagingen plaatsen. In twee arresten dienden het Hof en het Gerecht te oordelen of ondernemingen die op het eerste gezicht in een vergelijkbare situatie verkeren, dat ook feitelijk en juridisch doen, waardoor een maatregel die slechts een van hen betreft, selectief is. Een interessante zaak is hier *Eventech*.<sup>106</sup> Deze zaak betrof het Londense busbanenbeleid dat alleen taxi's ('black cabs') toestaat om passagiers op te pikken op straat en gebruik te maken van de busbanen. Ondernemingen die vergelijkbare diensten aanbieden (de minicabs) mogen alleen telefonisch besteld worden en geen gebruik maken van die banen. *Eventech* stelde dat een dergelijk busbanenbeleid een selectieve overheidsmaatregel vormde, dat de Black cabs bevoordeelt. Het Hof ging na of de marktdeelnemers feitelijk en juridisch in een vergelijkbare situatie verkeren en oordeelde dat dit niet het geval is. Derhalve is de maatregel niet selectief. In *Hansestadt Lübeck* hanteerde het Gerecht een vergelijkbare non-discriminatioetoets.<sup>107</sup> Het overwoog dat het Duitse regime voor luchthavenbelasting ten gunste van luchtvaartmaatschappijen die actief zijn op de luchthaven van Lübeck niet als discriminerend kan worden bestempeld, omdat dit regime van toepassing is op alle luchthavens in Duitsland. Omdat luchtvaartmaatschappijen die verbonden zijn aan de luchthaven van Lübeck onder andere feitelijke omstandigheden opereren dan luchtvaartmaatschappijen die vanuit een andere luchthaven opereren is de situatie van Lübeck en deze van andere luchthavens niet vergelijkbaar en dus hoefde de

belastingmaatregel niet als selectief aangemerkt te worden. Deze twee zaken zijn opmerkelijk omdat zowel het Gerecht als het Hof de selectiviteit van een aangevochten maatregel hoofdzakelijk verwierpen op grond van niet-vergelijkbaarheid veroorzaakt door de toekenning van exclusieve rechten door de overheid. De eigenlijke gevolgen van dergelijke exclusief toegekende rechten op het functioneren van de markt werden in deze analyse evenwel niet meegenomen.<sup>108</sup>

### 3.5. Nieuwe handhavingsprioriteiten?

De volgende jaren zullen enkele handhavingsdossiers wellicht uitgebreid de aandacht opeisen. Ten eerste blijft de handhaving van de staatssteunregels in de financiële sector een prioriteit van de Commissie. Op basis van de Bankenmededeling uit 2013 kunnen banken in geval van ernstige spanningen op de financiële markten steun ontvangen voor hercapitalisaties en herstructureringen op basis van artikel 107 lid 3 sub b VWEU.<sup>109</sup> In de periode 2013-2015 heeft de Commissie meermaals geconcludeerd dat banken steun mogen ontvangen wegens een ernstige verstoring in de economie van de lidstaat.<sup>110</sup> In *Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband* oordeelde het Gerecht dat de Commissie aan het goedkeuren van steun op basis van artikel 107 lid 3 sub b VWEU nadere voorwaarden mag verbinden.<sup>111</sup> De Commissie is bevoegd om steunmaatregelen in het kader van een ernstige verstoring van de economie te toetsen aan de richtsnoeren inzake reddings- en herstructureringssteun.<sup>112</sup> Volgens het Gerecht stelt toetsing aan deze richtsnoeren de Commissie in staat om de economische levensvatbaarheid van banken te inventariseren, alvorens over te gaan tot de 'verenigbaar verklaring' onder artikel 107 lid 3 sub b VWEU en de Bankenmededeling.<sup>113</sup>

Ten tweede is Eurocommissaris Vestager in 2014 formele onderzoeksprocedures opgestart naar zogeheten 'tax

rulings' door de belastingdiensten van Ierland, Luxemburg en Nederland ten behoeve van respectievelijk Apple, Amazon en Fiat en Starbucks.<sup>114</sup> Bij een tax ruling geeft de belastingdienst duidelijkheid aan een onderneming over de wijze waarop vennootschapsbelasting zal worden berekend. De Commissie onderzoekt of dergelijke nationale tax rulings een selectief voordeel in strijd met artikel 107 lid 1 VWEU kunnen uitmaken.<sup>115</sup>

Een derde 'high profile' handhavingsdossier van de Commissie betreft de onderzoeken naar staatssteun aan de professionele voetbalclubs PSV Eindhoven, NEC, FC Den Bosch, VVV en MVV in Nederland en een aantal Spaanse voetbalclubs waaronder Valencia, Athletic de Bilbao, Real Madrid en Barcelona. In 2013 heeft de Commissie de formele onderzoeksprocedure ingeleid ten aanzien van de vijf Nederlandse voetbalclubs omdat de Nederlandse gemeenten door middel van grondtransacties staatssteun verleend zouden hebben.<sup>116</sup> De meest in het oog springende Nederlandse zaak is die van PSV Eindhoven dat voor € 48 miljoen het Philipsstadion en trainingscomplex de Herdgang kocht van de club, om deze vervolgens voor 40 jaar in erfpacht te geven aan de club. Ook voetbalgigant Real Madrid heeft volgens de Commissie geprofiteerd van grondtransacties en belastingvoordelen.<sup>117</sup> De Commissie heeft in haar voorlopige besluiten aangegeven dat zij zware twijfels heeft of de onrechtmatig verleende staatssteun aan de Nederlandse en Spaanse voetbalclubs verenigbaar kan verklaard worden op basis van artikel 107 lid 3 sub c VWEU.

## 4. EMU en de schulden crisis

### 4.1. Ten geleide

Al ruim vijf jaar houdt de schulden crisis de Unie, en in het bijzonder de eurozone, in haar greep. In hun strijd tegen de crisis hebben de Unie en haar lidstaten een enorme hoeveelheid aan maatregelen genomen waardoor de

98. Art. 6 bis en 6 ter 659/1999 aangepast door Verordening (EU) 734/2013, *PbEU* 2013/L 204/15.

99. Art. 23 lid 2 van Verordening 734/2013 ter aanpassing van Verordening 659/1999.

100. HvJ EU 21 maart 1990, ECLI:EU:C:1990:125 (*België vs. Commissie*) (*Tubemeuse*), r.o. 29; HvJ EU 8 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:288 (*Eric Libert et al.*) (*Vlaamse regering*), r.o. 83.

101. HvJ EU 3 april 2014, ECLI:EU:C:2014:2130 (*Commissie vs. Nederland en ING Groep*).

102. HvJ EU 4 september 2014, ECLI:EU:C:2014:2142 (*Société nationale maritime Corse-Méditerranée vs. Corsica Ferries*).

103. Gerecht EU 30 juni 2015, ECLI:EU:T:2015:447 (*Nederland en gemeente Leidschendam-Voorburg vs. Commissie*), r.o. 113.

104. HvJ EU 16 december 2013, ECLI:EU:C:2013:682 (*gevoegde zaken Land Burgenland*).

105. HvJ EU 16 juli 2015, ECLI:EU:C:2015:470 (*BVVG Bodenverwertungs- und -verwaltungs GmbH vs. Landkreis Jerichowerland*).

106. HvJ EU 14 januari 2015, ECLI:EU:C:2015:9 (*The Queen, op verzoek van Eventech Ltd vs. Parking Adjudicator*).

107. Gerecht EU 9 september 2014, ECLI:EU:T:2014:758 (*Hansestadt Lübeck vs. Commissie*).

108. Zie daarentegen HvJ EU 8 september 2011, ECLI:EU:C:2011:551 (*Nederland vs. Commissie (Nox)*).

109. Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing vanaf 1 augustus 2013 van de staatssteunregels op maatregelen ter ondersteuning van banken in het kader van de financiële crisis ('Bankenmededeling'), *PbEU* 2013/C 216/01.

110. In 2015 heeft de Commissie op basis van artikel 107 lid 3 sub b de volgende zaken goedgekeurd: Besluit van de Commissie van 2 juli 2015, Steunmaatregel SA.31883 (*Österreichische Volksbanken*

AG) (nog niet gepubliceerd in het *PbEU*); Besluit van de Commissie van 16 april 2015, Steunmaatregel SA.41503, *Piraeus Bank*

(nog niet gepubliceerd in het *PbEU*); Besluit van de Commissie van 13 juli 2015, Steunmaatregel SA.42080 (*Garantiestelsel Cypriotische banken*), *PbEU* 2015/C 244/09 en Besluit van de Commissie van 24 augustus 2015 (*Garantiestelsel Poolse banken*) (nog niet gepubliceerd in het *PbEU*).

111. Gerecht EU 17 juli 2014, ECLI:EU:T:2014:683 (*Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband vs. Commissie*), r.o. 186.

112. Gerecht EU 12 december 2014, ECLI:EU:T:2014:1077 (*Banco Privado Portugues SA en Massa Insolvente do Banco Privado Portugues vs. Commissie*), r.o.89 en 92.

113. Gerecht EU 17 juli 2014, ECLI:EU:T:2014:683 (*Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband vs. Commissie*), r.o. 195.

114. Besluit van de Commissie van 30 sep-

tember 2014, Steunmaatregel SA.38373 (*Vermeende steun aan Apple*), *PbEU* 2014/C 369/04; Besluit van de Commissie van 11 juni 2014, SA. 38375 (*Vermeende steun aan Fiat*), *PbEU* 2014/C 369/37; Besluit van de Commissie van 15 januari 2015, Steunmaatregel SA.38944 (*Vermeende steun aan Amazon*), *PbEU* 2015/C 44/13; Besluit van de Commissie van 11 juni 2014, Steunmaatregel SA.38374 (*Vermeende steun aan Starbucks*), *PbEU* 2014/C 460/11.

115. Zie voor een uitgebreide beschrijving van de tax rulingonderzoeken R. Luja, 'Fiscale rulings en staatssteun', *NJB* 2015/678, afl 14, p. 868-873.

116. Besluit van de Commissie van 6 maart 2013, Steunmaatregel SA. 33583 (*Steun aan PSV Eindhoven, MVV, NEC, FC Den Bosch*), *PbEU* 2013/C 116/19.

117. Besluit van de Commissie van 18 december 2013, Steunmaatregelen SA.29769 en SA.36387 (*Steun aan Spaanse voetbalclubs*), *PbEU* 2014/C 69/07.

muntunie in korte tijd een ongekende transformatie heeft ondergaan. Voor analytische doeleinden kunnen deze maatregelen onderverdeeld worden in twee soorten: *crisis bestrijdende* en *voorkomende* maatregelen.<sup>118</sup>

Tijdens de eerste jaren van de crisis stonden crisis bestrijdende maatregelen centraal, gezien de acute noodzaak om de muntunie overeind te houden in een tijd van ongekende paniek op de financiële markten. In korte tijd werden financiële reddingsoperaties uitgerold die men voorheen voor onmogelijk had gehouden, niet in het minst vanwege het feit dat het Werkingsverdrag in de artikelen 123 en 125 zowel een verbod op monetaire financiering als een verbod op 'bail-outs' kent. Beide verboden zijn als gevolg van deze operaties onder spanning gezet. In het geval van het verbod op monetaire financiering gebeurde dit door het *Securities Markets Programme* (SMP) dat de

### De daadwerkelijke rechtsbasis voor het ESM is gelegen in een apart, intergouvernementeel verdrag tussen de lidstaten van de eurozone dat wordt beheerst door internationaal recht

ECB in 2010 lanceerde.<sup>119</sup> Met dit programma kon het Eurosysteem, bestaande uit de ECB en de nationale centrale banken in de eurozone, staatsobligaties opkopen van investeerders op de secundaire markt. Tot aan september 2012, de maand waarin het programma ophield te bestaan, heeft het Eurosysteem voor ongeveer € 211 miljard aan obligaties opgekocht, met name van landen die zwaar onder vuur lagen op de financiële markten.<sup>120</sup> De no-bailout clause kwam onder druk te staan door de instelling van verschillende noodfondsen. Begin 2010 werden aanvankelijk twee tijdelijke fondsen in het leven geroepen.<sup>121</sup> Een daarvan, het Europees Financieel Stabilisatiemechanisme (EFSM), was gebaseerd op artikel 122 lid 2 VWEU en had een steunverleningscapaciteit van € 60 miljard.<sup>122</sup> Verreweg het grootste deel van de financiële steun – € 440 miljard – werd echter verleend door de Europese Faciliteit voor Financiële Stabiliteit (EFSF), een *Special Purpose Vehicle* dat geen rechtsbasis heeft in de Unieverdragen maar is vormgegeven naar Luxemburgs privaatrecht.<sup>123</sup> In 2012 hebben deze noodfondsen een permanente opvolger gekregen met het Europees Stabilisatie Mechanisme (ESM). Dit mechanisme, dat een effectieve leencapaciteit heeft van € 500 miljard, heeft een hybride rechtskarakter. Artikel 136 lid 3 VWEU, een bepaling die tijdens de crisis is toegevoegd aan het VWEU,<sup>124</sup> maakt duidelijk dat de lidstaten in de eurozone de mogelijkheid hebben om een permanent stabilisatiemechanisme op te richten. Deze bepaling vormt echter niet de daadwerkelijke rechtsbasis voor het ESM. Die is namelijk

gelegen in een apart, intergouvernementeel verdrag tussen de lidstaten van de eurozone dat wordt beheerst door internationaal recht.<sup>125</sup> In november 2012 is dit verdrag door het Hof van Justitie in *Pringle* in overeenstemming verklaard met Europees recht, in het bijzonder de no-bailout clause in artikel 125 VWEU.<sup>126</sup> Tot aan 2013 hebben Griekenland, Ierland, Portugal en de Spaanse bankensector steun gekregen uit een of meerdere bovengenoemde fondsen.

Ondanks de noodzaak van crisisbestrijding, realiseerden de Unie en haar lidstaten zich van begin af aan dat zij het juridisch fundament onder de euro ook moesten hervormen om vergelijkbare crises in de toekomst te voorkomen. Reeds in 2011 trad daarom het 'six-pack' in werking, een verzameling van vijf Europeesrechtelijke Verordeningen en een Richtlijn die voornamelijk tot doel had om begrotingscontrole door middel van het Stabiliteits- en Groeipact (SGP) aan te scherpen en een instrument te creëren om macro-economische onevenwichtigheden te adresseren.<sup>127</sup> Begin 2012 werd bovendien het Verdrag voor Stabiliteit, Coördinatie en Bestuur in de Economische en Monetaire Unie (VSCB) gesloten.<sup>128</sup> Dit Verdrag, waarbij alle lidstaten van de Unie behalve het Verenigd Koninkrijk, Tsjechië en Kroatië partij zijn, beslaat een veelheid aan onderwerpen, maar van bijzonder belang zijn de bepalingen inzake begrotingsbeleid. Lidstaten die partij zijn bij dit Verdrag en onderdeel vormen van de muntunie zijn verplicht om een begroting te hebben die in evenwicht is of een overschot vertoont.<sup>129</sup> Deze verplichting dienen zij bovendien in hun nationale rechtsorde, bij voorkeur in hun grondwet, te verankeren.<sup>130</sup> Naleving van deze implementatieverplichting wordt gecontroleerd door de Europese Commissie en kan onderwerp vormen van een zaak voor het Hof van Justitie.<sup>131</sup>

In de jaren die centraal staan in deze kroniek hebben de Unie en haar lidstaten zowel nieuwe crisismaatregelen getroffen, als voortgebouwd op de ingeslagen weg om nieuwe crises te voorkomen. In het geval van crisisbestrijdende maatregelen gaat het in de eerste plaats om een nieuw obligatieprogramma van de ECB en steunverlening aan Cyprus en Griekenland. Op het gebied van crisispreventie betreft het voornamelijk de inwerkingtreding van de 'two-pack' en de instelling van de Bankenuie.

#### 4.2. Crisisbestrijding

##### *Obligatieaankopen door de ECB*

Door de financiële reddingsoperaties van de afgelopen jaren is een van de centrale bepalingen in de juridische constructie voor de muntunie, het verbod op monetaire financiering, zwaar onder druk komen te staan. Recent, in juni 2015, heeft het Hof van Justitie in *Gauweiler* het licht op groen gezet voor obligatieaankopen door het Eurosysteem.<sup>132</sup> Toch is hiermee nog niet alle onzekerheid over de verenigbaarheid van deze activiteit met het verbod op monetaire financiering van tafel. Dat heeft alles te maken met het feit dat de verwijzende rechter in deze zaak zich in Karlsruhe bevindt. De aanleiding voor de prejudiciële verwijzing van de Duitse constitutionele rechter vormt niet het *Securities Markets Programme* (SMP), maar zijn opvolger, het *Outright Monetary Transactions Programme* (OMT). Dit programma komt voort uit de belofte van ECB

president Draghi in de zomer van 2012 om binnen het mandaat van de bank 'alles te doen wat nodig is' om de euro te behouden. Net als zijn voorganger stelt het OMT-programma het Eurosysteem in staat om staatsobligaties op te kopen op de secundaire markt.<sup>133</sup> Het bevat echter enkele innovaties waardoor het een krachtiger instrument vormt om paniek weg te nemen op de staatsobligatiemarkt. Drie zijn van bijzonder belang. Om speculanten geen kans te geven heeft de ECB allereerst geen *ex ante* limiet gesteld aan de hoeveelheid obligaties die zij kan opkopen. Bovendien accepteert het Eurosysteem geen bevoorrechte crediteurstatus (*pari passu*), wat investeerders vertrouwen moet geven ook staatsobligaties te kopen. Tot slot kan het Eurosysteem enkel obligaties opkopen van landen in de eurozone die zich ook hebben geëngaat aan het doorvoeren van een aanpassingsprogramma van het ESM. Dit dient ervoor te zorgen dat eventuele obligatieaankopen door het Eurosysteem niet leiden tot een verminderde inzet van overheden om hun economieën te hervormen en begrotingen op orde te brengen. Het OMT-programma is zeer effectief gebleken. Sterker, louter de aankondiging ervan op 6 september 2012 volstond om de rentes op staatsobligaties van landen in de periferie van de muntunie, in het bijzonder Italië en Spanje, aanzienlijk te laten dalen. Tot op heden is het programma dan ook nog niet omgezet in een formeel rechtsinstrument.

De ECB stelt dat het opkoopprogramma binnen haar monetair mandaat in artikel 127 lid 1 VWEU valt. Zij stelt dat de hoge rentes voor obligaties van bepaalde lidstaten tijdens de crisis ertoe leidden dat haar rentebeleid niet meer in de gehele muntunie effectief was, waardoor zij

niet in staat was om haar primaire doelstelling – het handhaven van prijsstabiliteit – te bereiken. De Duitse constitutionele rechter is echter een andere mening toegedaan.<sup>134</sup> Deze stelt dat de ECB met het OMT-programma buiten haar bevoegdheden handelt (*ultra vires*), aangezien het geen monetair, maar economische beleid vormt. Bovendien schenden de obligatieaankopen het verbod op monetaire financiering in artikel 123 VWEU. Alhoewel de tekst van dit verbod enkel interventies op de primaire markt verbiedt, waarbij obligaties direct van de uitgevende staat worden opgekocht, stelt het Duitse hof dat de aangekondigde interventies op de secundaire markt dit verbod op ontoelaatbare wijze omzeilen. Alvorens zich definitief over het programma uit te spreken heeft het echter de zaak in het kader van de prejudiciële procedure – een primeur – verwezen naar het Hof van Justitie. Zoals hierboven aangegeven, is het Europees Hof wél van mening dat het OMT-programma in overeenstemming is met Unierecht. Het volgt de redenering van de ECB dat het programma ziet op het handhaven van prijsstabiliteit en het verbod op monetaire financiering niet schendt.<sup>135</sup>

Het *Bundesverfassungsgericht* behoudt zichzelf het recht voor om in laatste instantie te oordelen over de verenigbaarheid van Europese maatregelen met de Duitse grondwet. Het zal daarom nu moeten beslissen of het de uitspraak van zijn Europese collega volgt, dan wel of het vasthoudt aan het aanvankelijk oordeel. Zelfs indien het zou besluiten dat de ECB wel binnen haar bevoegdheden handelt, dan betekent dit niet dat het OMT-programma in overeenstemming is met de Duitse grondwet. Het Duits hof dient namelijk ook te toetsen of het programma leidt

118. Uiteraard vormt deze tweedeling een vereenvoudiging van de werkelijkheid.

Bepaalde onderdelen van de 'Two-Pack', dat hieronder zal worden besproken, hebben bijvoorbeeld ook betrekking op crisisbestrijding. Dit geldt in het bijzonder voor de bepalingen inzake economische aanpassingsprogramma's die zijn verbonden aan steunverlening.

119. Besluit (EU) van de Europese Centrale Bank van 14 mei 2010 houdende vaststelling van een programma voor de effectenmarkten (ECB/2010/5) *PbEU* 2010/L 124/8.

120. European Central Bank, 'The determinants of sovereign bond yield spreads during the crisis' (*ECB Monthly Bulletin May 2014*), p. 79.

121. Voor een uitgebreide bespreking van het juridisch karakter van deze noodfondsen zie V. Borger, 'De eurocrisis als katalysator voor het Europees noodfonds en het toekomstig permanent stabilisatiemechanisme', *SEW* 2011, 59, p. 207-216; A. Gregorio de Merino, 'Legal Developments in the Economic and Monetary Union: The Mechanisms of Financial Assistance', *CMLR* 2012, 49, p. 1618-1621.

122. Verordening (EU) nr. 407/2010 van 11 mei 2010 houdende instelling van een financieel stabilisatiemechanisme, *PbEU* 2010/L 118/1.

123. De belangrijkste bepalingen inzake het EFSF zijn neergelegd in een 'Framework Agreement' dat is gesloten tussen het EFSF en de lidstaten van de eurozone in hun capaciteit als aandeelhouders van de faciliteit. Zie Framework agreement between the euro area member states and the EFSF, 7 June 2010, [www.efsf.europa.eu/about/legal-documents/index.htm](http://www.efsf.europa.eu/about/legal-documents/index.htm).

124. Besluit van de Europese Raad van 25 maart 2011 tot wijziging van artikel 136 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie met betrekking tot een stabilisatiemechanisme voor de lidstaten die de euro als munt hebben, *PbEU* 2011/L 91/1.

125. Verdrag tot instelling van het Europees Stabilisatiemechanisme, Brussel, 2 februari 2011.

126. HvJ EU 27 november 2012, ECLI:EU:C:2012:756 (*Pringle*). Voor een analyse van deze zaak zie V. Borger, 'The ESM and the European Court's Predicament in *Pringle*', *German Law Journal* 2014, 14,

p. 113-140; B. de Witte & T. Beukers, 'The Court of Justice approves the creation of the European Stability Mechanism outside the EU legal order: *Pringle*', 50 *CMLR* 2013, 50, p. 805-848.

127. Verordening (EU) 1173/2011 van 16 november 2011, *PbEU* 2011/L 306/1; Verordening (EU) 1174/2011 van 16 november 2011, *PbEU* 2011/L 306/8; Verordening (EU) 1175/2011 van 16 november 2011, *PbEU* 2011/L306/12; Verordening (EU) 1177/2011 van 8 november 2011, *PbEU* 2011/L 306/33; Verordening (EU) 1176/2011 van 16 november 2011, *PbEU* 2011/L 306/25; Richtlijn 2011/85/EU van 8 november 2011, *PbEU* 2011/L 306/41.

128. Verdrag inzake stabiliteit, coördinatie en bestuur in de Economische en Monetaire Unie, Brussel, 2 maart 2012 (hierna: 'VSCB'). Voor een analyse van het verdrag inzake Stabiliteit, Coördinatie en Bestuur in de Economische en Monetaire Unie: de juridische en constitutionele complicaties van de eurocrisis', *SEW* 2012, 60, p. 370-390.

129. Art. 3(1) VSCB.

130. Art. 3(2) VSCB.

131. Art. 8 VSCB.

132. HvJ EU 16 juni 2015, ECLI:EU:C:2014:400 (*Gauweiler*). Voor een analyse van deze zaak zie de verschillende bijdragen in het *Special Issue van de German Law Journal* 2015, vol. 16, iss. 4, 2015.

133. ECB Press release, *Technical Features of Outright Monetary Transactions*, Frankfurt am Main, 6 September 2012. Tegelijkertijd met de aankondiging van het OMT-programma is het SMP-programma stopgezet.

134. BVerfG 14 januari 2014, 2 BvR 2728/13. Voor een analyse van het besluit zie T. Beukers, 'The Bundesverfassungsgericht Preliminary Reference on the OMT Program: "In the ECB We Do Not Trust. What About You?"', *German Law Journal* 2014, 15, p. 344-368; M. Wendel, 'Exceeding Judicial Competence in the Name of Democracy: The German Federal Constitutional Court's OTM Reference', *EUConst* 2014, 10, p. 263-307.

135. Zie in het bijzonder HvJ EU 16 juni 2015, ECLI:EU:C:2014:400 (*Gauweiler*), punt 56, 92 en 121.

tot een aantasting van de Duitse constitutionele identiteit. Een dergelijke schending doet zich voor wanneer Europese maatregelen de begrotingsbevoegdheden van het Duitse parlement, de *Bundestag*, op ontoelaatbare wijze beperken. Het *Bundesverfassungsgericht* zal moeten oordelen of de obligatieaankopen, en de daarmee verbonden financiële risico's voor nationale begrotingen, een dergelijke beperking teweeg brengen.

### *Steunverlening door het ESM*

Alhoewel de intensiteit van de crisis na de aankondiging van het OMT-programma in de zomer van 2012 is afgenomen, hebben twee lidstaten in de muntunie de afgelopen jaren toch een beroep moeten doen op het ESM. In april 2013 werd goedkeuring verleend aan een steunpakket ter waarde van € 10 miljard voor Cyprus.<sup>136</sup> Hiervan wordt € 9 miljard geleverd door het ESM. Het resterende miljard is afkomstig van het IMF. Recent, op 14 augustus 2015, werd tevens politieke overeenstemming bereikt over een derde steunpakket voor Griekenland ter waarde van € 86 miljard.<sup>137</sup> Deze financiële steun zal de komende drie jaar in tranches door het ESM beschikbaar worden gesteld, mits Griekenland de vereiste bezuinigingsmaatregelen en hervormingen weet door te voeren. Opvallend is dat in de aanloop naar het bereiken van overeenstemming over dit pakket Griekenland een zogeheten 'bridge loan' heeft ontvangen van € 7,16 miljard. Dit bedrag, dat tot doel had om Griekenland te behoeden voor een faillissement in de periode dat er nog geen overeenstemming was over nieuwe steun, kwam uit het EFSM.<sup>138</sup> Dat was verrassend, aangezien de Europese Raad op aandringen van het Verenigd Koninkrijk eind 2010 had besloten dat dit noodfonds, dat openstaat voor alle lidstaten van de Unie, niet meer zou moeten worden gebruikt voor reddingsoperaties in de eurozone.<sup>139</sup> Door de onvoorziene samenloop van politieke omstandigheden omtrent Griekenland heeft men er nu toch weer een beroep op moeten doen.

### **4.3. Crisispreventie**

#### *Two-Pack*

In 2013 zijn twee belangrijke verordeningen in werking getreden die het economisch bestuur in de eurozone verder uitbouwen. Deze instrumenten, die beide zijn gebaseerd op artikel 121 lid 6 jo. artikel 136 lid 1 VWEU en in euorkringen worden aangeduid als 'two-pack', streven verschillende doelen na. Verordening 473/2013 beoogt het toezicht op het begrotingsbeleid aan te scherpen.<sup>140</sup> Een van de meest in het oog springende hervormingen die deze Verordening heeft doorgevoerd betreft de monitoring en beoordeling van ontwerp-begrotingsplannen.<sup>141</sup> Lidstaten in de eurozone dienen jaarlijks uiterlijk 15 oktober hun ontwerp-begrotingsplannen voor het komend jaar in te dienen bij de Commissie en de Eurogroep. Zo spoedig mogelijk, en uiterlijk voor 30 november, dient de Commissie over deze plannen en de algehele begrotingssituatie in de muntunie een advies uit te brengen. De Eurogroep bespreekt vervolgens de bevindingen van de Commissie. De procedure verloopt echter anders indien de Commissie binnen een week na ontvangst van een ontwerp-begrotingsplan tot het oordeel komt dat een lidstaat in ernstige mate zijn begrotingsverplichtingen onder het

Stabiliteits- en Groeipact niet nakomt. In dat geval stelt de Commissie haar advies vast binnen twee weken na ontvangst van het plan. De betreffende lidstaat heeft vervolgens drie weken de tijd om een herzien begrotingsplan in te dienen. Deze maatregel is tekenend voor de toenemende invloed van de Unie op het begrotingsbeleid van de lidstaten.

Het tweede instrument, Verordening 472/2013, ziet op de versterking van het toezicht op lidstaten in de muntunie wiens financiële stabiliteit onder druk staat.<sup>142</sup> Bijzonder interessant is dat dit instrument onder andere een rechtsbasis biedt voor de economische aanpassingsprogramma's die lidstaten dienen door te voeren wanneer zij financiële steun ontvangen uit het ESM.<sup>143</sup> Zoals hierboven beschreven, is het ESM gebaseerd op een apart verdrag dat naast de Unieverdragen bestaat. Het gebruik van

## **Deze maatregel is tekenend voor de toenemende invloed van de Unie op het begrotingsbeleid van de lidstaten**

deze intergouvernementele constructie, die men ook aantreft bij het VSCB, heeft verschillende oorzaken. Enerzijds bestond er tijdens het begin van de crisis een noodzaak om snel reddingsmechanismen in het leven te roepen. Een omvangrijke en tijdrovende wijziging van de Unieverdragen om dit mogelijk te maken stond daarmee op gespannen voet. Anderzijds lag, en ligt, het overdragen van bevoegdheden aan de Unie op het terrein van steunverlening en begrotingsbeleid politiek gevoelig. Door nu voor te schrijven dat de conditionaliteit die is verbonden aan financiële steun een besluit vereist van de Raad wordt het ESM deels weer binnen het juridisch bestel van de Unie gebracht. Dit geeft aan hoe veelzijdig en complex de Europese rechtsorde als gevolg van de crisis is geworden.

#### *Bankenunie*

Een van de belangrijkste redenen waarom de schulden crisis de afgelopen jaren ongekende proporties kon aannemen was de verwevenheid van staten en banken. De euro heeft weliswaar geleid tot sterke financiële integratie, maar toch zijn de obligaties van lidstaten in de muntunie vaak nog voor een groot deel in handen van banken binnen hun eigen jurisdictie. Dat deze verstrengeling van staten en banken tot enorme financiële instabiliteit kan leiden, is de afgelopen jaren duidelijk aangetoond. Enerzijds zagen veel staten zich genoodzaakt om tijdens de financiële crisis banken binnen hun jurisdictie te redden, met name wanneer deze 'too big to fail' waren. Deze reddingsoperaties hadden echter tot gevolg dat de begrotingspositie van deze staten aanzienlijk verslechterde. Anderzijds brachten financieel zwakke staten tijdens de schulden crisis hun banken in de problemen, met name wanneer deze veel staatsobligaties op hun balans hadden staan. Deze

vicieuze cirkel heeft men getracht te doorbreken. In de eerste jaren van de schulden crisis deed men dat vooral door lidstaten te ondersteunen met financiële hulp uit fondsen zoals het ESM. Geleidelijk groeide het besef dat ook actie moest worden ondernomen ten opzichte van banken. In 2012 namen de staatshoofden en regeringsleiders van de lidstaten in de muntunie daarom het initiatief tot het instellen van een 'Bankenunie'.<sup>144</sup> Deze unie is momenteel volop in ontwikkeling en bestaat uit drie onderdelen. Ten eerste is er een *Single Rulebook*, een verzameling van wetgeving over kapitaaleisen,<sup>145</sup> nationale depositogarantiestelsels<sup>146</sup> en de afwikkeling van falende banken dat van toepassing is op alle lidstaten van de Unie.<sup>147</sup> De andere twee onderdelen, het *Single Supervisory Mechanism* (SSM) en *Single Resolution Mechanism* (SRM), springen echter het meest in het oog.

Het SSM vormt het gemeenschappelijk toezichtmechanisme voor banken binnen de eurozone, alhoewel andere lidstaten zich er ook bij kunnen aansluiten.<sup>148</sup> Het wordt vormgegeven door Verordening 1024/2013 die is gebaseerd op artikel 127 lid 6 VWEU.<sup>149</sup> Deze bepaling stelt dat de Raad bij unanimitéit kan besluiten de ECB specifieke taken op te dragen betreffende het beleid op het gebied van het bedrijfseconomisch toezicht op krediet- en andere financiële instellingen. Het mechanisme is op 4 november 2014 actief geworden. De ongeveer 130 'meest significante' banken vallen sindsdien onder direct toezicht van de ECB. Op de overige banken wordt toezicht gehouden door nationale autoriteiten.<sup>150</sup> De ECB is echter verantwoordelijk voor het doeltreffend en samenhangend functioneren van

het toezichtmechanisme als geheel.<sup>151</sup>

Door het instellen van een gemeenschappelijk toezichtmechanisme hoopt men de kans op het falen van een bank aanzienlijk te verminderen. Mocht dat toch gebeuren, dan vindt afwikkeling van deze instelling plaats middels het gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme (Single Resolution Mechanism – SRM).<sup>152</sup> Dit mechanisme, dat vanaf 1 januari 2016 volledig operationeel zal zijn, wordt beheerst door een Verordening die is aangenomen op basis van artikel 114 VWEU, de bepaling voor harmonisatiemaatregelen betreffende de interne markt.<sup>153</sup> De verdeling van verantwoordelijkheden binnen het SRM lijkt erg op die van het SSM.<sup>154</sup> Dit betekent dat afwikkeling van significante banken die onder direct toezicht staan van de ECB is gecentraliseerd en toevertrouwd aan de *Single Resolution Board* (SRB).<sup>155</sup> Middelen voor afwikkeling worden bijeengebracht in een *Single Resolution Fund* (SRF).<sup>156</sup> Dit afwikkelingsfonds wordt gevuld door verplichte bijdragen van alle banken en overige instellingen die onder het SRM vallen.<sup>157</sup> Uiteindelijk zal het bijeengebrachte bedrag ten minste 1% van het totaal aan bankdeposito's in de deelnemende lidstaten moeten bedragen, wat neerkomt op ongeveer € 55 miljard.<sup>158</sup>

Het sluitstuk van het SRM vormt de intergouvernementele overeenkomst betreffende de overdracht en mutualisatie van de bijdragen aan het SRF.<sup>159</sup> De bijdragen aan het afwikkelingsfonds worden op nationaal niveau gegeven en binnen het fonds aanvankelijk verdeeld over nationale compartimenten. Gedurende een periode van acht jaar worden de middelen geleidelijk gemutualiseerd. De intergouvernementele overeenkomst, die op 21 mei 2014 is

136. Eurogroup statement on Cyprus, Brussels, 12 April 2013.

137. Eurogroup statement on the ESM programme for Greece, Brussels, 14 August 2015.

138. Council implementing decision on granting short-term Union financial assistance to Greece, *PbEU* 2015/L 192/15.

139. Europese Raad, Conclusies, Brussel, 16-17 december 2010, par. 1.

140. Verordening (EU) 473/2013 van 21 mei 2013 betreffende gemeenschappelijke voorschriften voor het monitoren en beoordelen van ontwerpbeleggingsplannen en voor het garanderen van de correctie van buitensporige tekorten van de lidstaten van de eurozone, *PbEU* 2013/L 140/11 (hierna: 'Verordening 473/2013').

141. Zie art. 6-8 Verordening 473/2013.

142. Verordening (EU) 472/2013 van 21 mei 2013 betreffende de versterking van het economische en budgettaire toezicht op lidstaten in de eurozone die ernstige moeilijkheden ondervinden of dreigen te ondervinden ten aanzien van hun financiële stabiliteit, *PbEU* 2013/L 140/1 (hierna: 'Verordening 472/2013').

143. Art. 7 Verordening 472/2013.

144. Voor een uitgebreide bespreking van

de bankenunie zie N. Moloney, 'European Banking Union: Assessing its risks and resilience', *CMLR* 2014, 15, p. 1609-1670.

145. Zie met name Verordening (EU) 575/2013 van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) 648/2012, *PbEU* 2013/L 176/1; Richtlijn 2013/36/EU van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG, *PbEU* 2013/L 176/338.

146. Richtlijn 2014/49/EU van 16 april 2014 inzake de depositogarantiestelsels (herschikking), *PbEU* 2014/L 173/149.

147. Richtlijn 2014/59/EU van 15 mei 2014 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, *PbEU* 2014/L 173/90.

148. Voor uitgebreide analyse zie L. Wissink, 'Het (nieuwe) Europese bankentoezicht en de uitdagingen in een gemengde rechtsorde', *SEW* 2015, 63, p. 4-14; G. Ter Kuile, L. Wissink & W. Bovenschen, 'Tailor-

made accountability within the Single Supervisory Mechanism', *CMLR* 2015, 52, p. 155-189.

149. Verordening (EU) 1024/2013 van de Raad van 15 oktober 2013 waarbij aan de Europese Centrale Bank specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen, *Pb EU* (2015), L 287/63 (hierna: 'Verordening 1024/2013'). De Verordening is verder uitgewerkt in Verordening (EU) 468/2014 van de Europese Centrale Bank van 16 april 2014 tot vaststelling van een kader voor samenwerking binnen het Gemeenschappelijk Toezichtmechanisme tussen de Europese Centrale Bank en nationale bevoegde autoriteiten en met nationale aangewezen autoriteiten (GRM-Kaderverordening) (ECB/2014/17), *PbEU* 2014/L 141/1. Zie ook Verordening (EU) 1022/2013 van 22 oktober 2013 tot wijziging van Verordening (EU) 1093/2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Bankautoriteit) waarbij aan de Europese Centrale Bank specifieke taken worden opgedragen krachtens Verordening (EU) 1024/2013 van de Raad, *PbEU* 2013/L 287/5.

150. Art. 6 lid 4 Verordening 1024/2013.

151. Art. 6 lid 1 Verordening 1024/2013.

152. Voor uitgebreide analyse zie B. J. Drijber, 'De Europese Bankenunie op weg naar voltooiing: het gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme', *SEW* 2015, 63, p. 221-233.

153. Verordening (EU) 806/2014 van 15 juli 2014 tot vaststelling van eenvormige regels en een eenvormige procedure voor de afwikkeling van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen in het kader van een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme en een gemeenschappelijk afwikkelingsfonds en tot wijziging van Verordening (EU) 1093/2010, *PbEU* 2014/L 225/1 (hierna: 'Verordening 806/2014').

154. Zie art. 7 Verordening 806/2014.

155. Art. 42 e.v. Verordening 806/2014.

156. Art. 67 e.v. Verordening 806/2014.

157. Zie ook Uitvoeringsverordening (EU) 2015/81 van de Raad van 19 december 2014 tot vaststelling van eenvormige voorwaarden voor de toepassing van Verordening (EU) 806/2014 wat vooraf te betalen bijdragen aan het gemeenschappelijk afwikkelingsfonds betreft, *PbEU* 2015/L 15/1.

158. Art. 69 lid 1 Verordening 806/2014.

159. De overeenkomst is gepubliceerd in *Trb.* 2014, 146.



ondertekend door alle lidstaten van de Unie behalve het Verenigd Koninkrijk en Zweden, regelt dit proces. Zij zal op 1 januari 2016 in werking treden, mits voldoende lidstaten haar hebben geratificeerd. De sluiting van deze overeenkomst laat zien dat ook de Bankenunie zich niet heeft kunnen onttrekken aan de tendens tot intergouvernementele samenwerking buiten de Unieverdragen om.

### Tot slot

In het beschreven tijdvak 2013-15 is eens te meer gebleken dat het Hof van Justitie van de EU nog steeds een cruciale rol speelt in de ontwikkeling van het Europees recht, door op *ad hoc* wijze de fundamenten van de interne markt, het Europees burgerschap, het mededingingsrecht en de EMU vorm te geven. Daarbij valt steeds meer de sterk toegenomen complexiteit op van zaken die voor het

Hof komen. Op wetgevend vlak valt niet alleen een toename aan regelgeving waar te nemen, onder meer op het terrein van staatsteun en EMU, maar ook, en vooral, dat dergelijke regels zowel binnen als buiten het formele verdragskader aangenomen worden en op die manier uiting geven aan de nood aan flexibiliteit die gepaard gaat met het vormgeven van een zich verder ontwikkelende interne markt en EMU. Deze toegenomen complexiteit en flexibiliteit leiden er wel toe dat de fundamenten van de interne markt en de EMU de laatste tijd opnieuw stevig in vraag gesteld worden. De lidstaten van de EU zijn duidelijk niet langer bereid verdere ontwikkelingen op Europees vlak zonder meer te aanvaarden. Het is dan ook uitkijken naar de definitieve uitspraak van het Bundesverfassungsgericht in *Gauweiler* en de uitkomst van het geplande Brits referendum. •