

**EUROPEES RECHT**

AAK20178504

**Europa Instituut Universiteit Leiden**

**UNIEBURGERSCHAP**

**Valentin Vandendaele**

*HvJ EU 10 mei 2017, C-133 / 15, ECLI:EU:C:2017:354*

(Chavez-Vilchez e.a.)

Unieburgerschap – Artikel 20 VWEU – Verblijfsrecht van de ouder die geen Unieburger is – Afhankelijkheidsverhouding.

Volgens het *Chavez-Vilchez*-arrest van het Europese Hof van Justitie (hierna: het Hof) kan de ouder die geen Unieburger is en zorg draagt voor zijn of haar kind dat wel Unieburger is, een afgeleid recht verkrijgen om in de Unie te verblijven. Dat is het geval wanneer er tussen hen een dermate sterke afhankelijkheidsverhouding bestaat dat indien de ouder de Unie zou moeten verlaten, het kind de Unie feitelijk mee zou moeten verlaten. Dit zou het kind het effectieve genot ontzeggen van het recht van iedere Unieburger zich in de Unie te verplaatsen en er te verblijven. Dat de andere ouder een Unieburger is die de zorg voor het kind op zich kan en wil nemen, is relevant doch niet doorslaggevend om vast te stellen of dergelijke afhankelijkheidsverhouding al dan niet bestaat. Deze laatste overweging kwam niet aan bod in het befaamde *Ruiz Zambrano*-arrest (van 8 maart 2011, C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124), waarin geen van beide ouders Unieburgers waren. *Chavez-Vilchez* verduidelijkt dan ook het toepassingsgebied van dat arrest. De stelling van deze bijdrage luidt echter dat het de moeilijkste zaak was over de toepassing van de *Zambrano*-uitzondering sinds *Zambrano* zelf, maar dat het Hof net als toen in het belang van de kinderen heeft geoordeeld.

#### – Feiten en middelen

*Chavez-Vilchez* en zeven andere vrouwen die geen Unieburgers zijn, begeven zich in Nederland en krijgen samen met Nederlandse staatsburgers een of meer kinderen. De vaders erkennen hun kinderen, die dan ook de Nederlandse nationaliteit krijgen. Alle vrouwen gaan uiteindelijk gescheiden van hun partners in Nederland leven en dragen er zorg voor hun kinderen, die hoofdzakelijk bij hen leven. Allen vragen ze ook kinderbijslag en/of bijstand aan, maar bij gebrek aan verblijfstitel kunnen ze daar geen aanspraak op maken. De acht moeders stellen een beroep in en de zaken komen uiteindelijk voor de Centrale Raad van Beroep. Deze stelt het Hof de prejudiciële vraag of personen die geen Unieburgers zijn in dergelijke omstandigheden aan artikel 20 van het VWEU een verblijfsrecht ontlenen (en dus kinderbijslag en bijstand kunnen krijgen).

#### – Uitspraak

In principe verleent het Unieburgerschaprecht dergelijke personen enkel een verblijfsrecht indien ze bepaalde familiebanden hebben met Unieburgers die gebruik hebben gemaakt van hun recht op vrij verkeer (zie Richtlijn 2004/38/EG). In *Zambrano* heeft het Hof in een uitzondering voorzien. Het stelde toen dat de ouders van het kind dat Unieburger is en dat geen gebruik heeft gemaakt van zijn of haar recht op vrij verkeer, alsnog een afgeleid verblijfsrecht kunnen ontlenen aan artikel 20 van het VWEU. Dat is het geval wanneer hun vertrek uit de Unie ertoe zou leiden dat hun kind de Unie eveneens zou moeten verlaten. Het was meteen duidelijk dat de rechter hoorde na te gaan of dat ook het geval is voor de moeders in *Chavez-Vilchez*. Het was daarentegen minder duidelijk hoe zwaar de overweging daarbij zou moeten doorwegen dat de Nederlandse vader de zorg voor het kind op zich kan en wil nemen.

Volgens meerdere Nederlandse instanties volstond het feit dat de vader de zorg voor het kind op zich kan nemen om de moeder die geen Unieburger is te kunnen vragen het land te verlaten.

Het Hof kiest er nu voor om deze formalistische benadering opzij te schuiven. Of het kind ertoe geroept zou zijn samen met zijn of haar ouder die geen Unieburger is, de Unie te verlaten, hangt ervan af of deze ouder de daadwerkelijk zorg over het kind heeft en of er tussen hen een daadwerkelijke afhankelijkheidsverhouding bestaat. Het is in dat opzicht relevant dat de andere ouder een Unieburger is die de zorg voor het kind op zich kan en wil nemen. Het is echter niet doorslaggevend nu dit slechts een van de vele overwegingen hoort te zijn. De rechter hoort namelijk ook rekening te houden met het recht op eerbiediging van het gezinsleven en het hogere belang van het kind, alsook alle relevante omstandigheden zoals

‘de leeftijd van het kind, zijn [of haar] lichamelijke en emotionele ontwikkeling, [...] zijn [of haar] affectieve relatie [met beide ouders], evenals het risico dat voor het evenwicht van het kind zou ontstaan indien het van [de ouder die geen Unieburger is] zou worden gescheiden.’

#### – Relevantie

Het was moeilijk om in *Zambrano* tot een beslissing te komen. Enerzijds voorzag het toenmalige Unieburgerschaprecht kennelijk niet in een verblijfsrecht voor de ouders die geen Unieburgers waren. Anderzijds zou een bevestiging daarvan tot gevolg hebben gehad dat de kinderen die Unieburgers waren de Unie feitelijk zouden hebben moeten verlaten. Tegen niet minder dan acht regeringen alsook de Commissie in, maar in het belang van de kinderen, creëerde het Hof de befaamde *Zambrano*-uitzondering. De daaropvolgende zaken betreffende deze uitzondering voor ouders die geen Unieburgers zijn, waren relatief gezien makkelijker. In de *Dereci e.a.*-zaak (arrest van 15 november 2011, C-256/11, ECLI:EU:C:2011:734) waren de *Zambrano*-voorwaarden niet vervuld en was de uitzondering dus niet van toepassing. *En passant* kon het Hof in het *Alokpa en Moudoulou*-arrest (van 10 oktober 2013, C-86/12, ECLI:EU:C:2013:645) het verblijfsrecht van Alokpa anticiperen. Ten slotte en met vrijwel evenveel gemak beperkte het Hof in *Rendón Marín* (arrest van 13 september 2016, C-165/14, ECLI:EU:C:2016:675) de gevolgen van het strafblad van een ouder voor zijn of haar beroep op *Zambrano*.

*Chavez-Vilchez* is dan weer een moeilijke zaak. Het verschil met *Zambrano* is dat de kinderen bij een ouder zouden kunnen blijven die Unieburger is. De kinderen zouden de Unie dus niet hoeven te verlaten indien de ouder die geen Unieburger is de Unie zou verlaten. Dit betekent dat de *Zambrano*-uitzondering niet zonder meer geldt. Het zou echter kennelijk in het belang van de kinderen zijn dat de ouder die geen Unieburger is maar met wie zij een daadwerkelijke afhankelijkheidsverhouding hebben, in de Unie blijft. Uiteindelijk kiest het Hof ervoor deze ouder een verblijfsrecht toe te kennen en aldus af te wijken van *Zambrano*, ook al zegt het dat niet met zo veel woorden. Dat doet het Hof wel opnieuw in het belang van de kinderen.

Het was nooit de bedoeling van *Chavez-Vilchez* om het toepassingsgebied van de *Zambrano*-uitzondering op een rigide manier uit te leggen. Integendeel, als puntje bij paaltje komt lijkt het Hof het belang van kinderen die Unieburgers zijn hoog in het vaandel te dragen.

## ASIEL EN MIGRATIE

### Kristof Gommeer

*HvJ EU 6 september 2017, gevoegde zaken C-643/15 en C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631 (Slowakije en Hongarije t. Raad)*

Beroep tot nietigverklaring – Voorlopige maatregelen – Noodsituatie in Italië en Griekenland – Artikel 78, lid 3, VWEU – Begrip ‘wetgevingshandeling’ – Solidariteitsbeginsel

Op 6 september 2017 heeft het Hof van Justitie van de EU uitspraak gedaan in de gevoegde zaken C-643/15 en C-647/15 ingesteld door Slowakije en Hongarije. Beide EU-lidstaten beoogden de nietigverklaring van een besluit van de Raad met betrekking tot de herplaatsing van asielzoekers uit Italië en Griekenland naar de andere lidstaten. Dit beroep werd afgewezen door het Hof.

#### – Feiten en middelen

Gezien de uitzonderlijke migratie- en vluchtelingenstromen en tragedies in de Middellandse Zee in 2015 groeit er in de loop van datzelfde jaar de overtuiging dat er meer solidariteit tussen de EU-lidstaten moet worden getoond, in het bijzonder ten aanzien van de lidstaten die de grootste aantallen vluchtelingen en asielzoekers ontvangen (‘lidstaten aan de frontlinie’). De migratie- en asielstelsels van met name Italië en Griekenland komen sterk onder druk te staan. De Raad neemt daarom op 22 september 2015 op grond van Artikel 78, lid 3 VWEU een besluit (Besluit 2015/1601/EU) aan om asielzoekers te herplaatsen van Italië en Griekenland naar de andere lidstaten. Onder meer Hongarije en Slowakije stemmen tegen de aanname van dit besluit.

Het uiteindelijke besluit van de Raad voorziet in de herplaatsing van 120.000 verzoekers die duidelijk internationale bescherming nodig hebben, van Italië en Griekenland naar de andere EU-lidstaten op basis van een overeengekomen verdeelsleutel. Markant element in dit verhaal: Hongarije werd in het voorstel van de Commissie aanvankelijk gekwalificeerd als zijnde een ‘lidstaat aan de frontlinie’ van waaruit asielzoekers moeten worden herplaatst. De Orbán-administratie in Hongarije gaf echter te kennen niet te willen meewerken aan een spreidingsplan en ook niet als ‘lidstaat aan de frontlinie’ te willen worden aangemerkt. Daarop besloot de Raad om Hongarije op te nemen als ‘lidstaat van herplaatsing’, i.e. onder de verplichting vallend om net als alle andere lidstaten extra verzoekers om internationale bescherming over te nemen van Italië en Griekenland.

Slowakije en Hongarije voeren in totaal maar liefst zestien middelen aan in hun beroep tot nietigverklaring van het Besluit. Deze middelen komen neer op drie soorten argumenten: Ten eerste dat artikel 78, lid 3 VWEU geen rechtsgrond vormt voor het wijzigen van wetgevingsbepalingen via een besluit van de Raad; ten tweede dat de Raad de vormvoorschriften van de wetgevingsprocedure niet naleefde bij het aannemen van het besluit; en ten derde dat het besluit ten gronde in strijd is met onder meer het evenredigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel. Het Hof verwerpt alle middelen. De bespreking van de uitspraak hieronder beperkt zich tot de belangrijkste aspecten.

#### – Uitspraak Hof van Justitie

Ten eerste bevestigt het Hof dat de Raad op basis van artikel 78, lid 3 VWEU voorlopige maatregelen kan nemen die afwijken van wetgevingsbepalingen. De Raad hoeft hiervoor niet noodzakelijk een wetgevingsprocedure te volgen. Een strikte lezing van het begrip ‘voorlopige maatregelen’ vindt volgens het Hof geen steun in de tekst van het Verdrag en zou daarenboven het nuttig effect van artikel 78, lid 3 VWEU aanmerkelijk verminderen. Het Hof geeft evenwel grenzen aan: een voorlopige maatregel die afwijkt van wetgeving moet zowel inhoudelijk als in de tijd worden afgebakend om doeltreffend op een crisis-situatie te kunnen reageren, maar mag de betreffende wetgevingshandelingen niet permanent en algemeen vervangen. Dat een voorlopige maatregel gevolgen kan hebben van min of meer lange termijn, zoals bijvoorbeeld het ontstaan van een duurzame band tussen de asielzoekers en de lidstaten van herplaatsing, is bovendien geen obstakel.

Het Hof volgde Slowakije en Hongarije niet in het argument dat vanwege de inhoud en de gevolgen het besluit moet worden beschouwd als een wetgevingshandeling, en dat de Raad daarom de wetgevingsprocedure had moeten volgen. Het Hof preciseert dat een rechtshandeling slechts als een wetgevingshandeling kan worden aangemerkt indien zij is vastgesteld op grond van een Verdragsbepaling die uitdrukkelijk hetzij naar de gewone wetgevingsprocedure hetzij naar de bijzondere wetgevingsprocedure verwijst. Dit is niet het geval voor artikel 78, lid 3 en dus waren de vormvereisten voor wetgevingsprocedures niet vereist om het bestreden besluit aan te nemen.

Ten tweede bevestigt het Hof dat het solidariteitsbeginsel (art. 80 VWEU), gelezen in samenhang met artikel 78, lid 3 VWEU, een bron kan zijn van juridische verplichtingen dewelke kunnen worden afgedwongen voor de rechter. Het betreft dus geen loutere waarde die nastrevenswaardig is. Het Hof steunt in zijn uitspraak immers op artikel 80 VWEU om te bepalen dat de Raad met diens besluit geen schending van het evenredigheidsbeginsel kan worden verweten (het evenredigheidsbeginsel vereist dat het optreden van de Unie niet verder gaat dan nodig om de desbetreffende doelstellingen te verwezenlijken). Artikel 80 bepaalt dat de beginselen van solidariteit en

billijke verdeling ten grondslag liggen aan het EU asiel- en migratiebeleid en diens uitvoering. *In casu* betekent dit volgens het Hof dat de lasten ten gevolge van voorlopige maatregelen ten behoeve van enkele lidstaten op basis van artikel 78, lid 3 VWEU ‘in beginsel over alle andere lidstaten moeten worden verdeeld’, dus ook Hongarije, aangezien het niet als een ‘lidstaat aan de frontlinie’ maar als een ‘lidstaat van herplaatsing’ moet worden beschouwd. Met het feit dat Hongarije reeds een groot aantal asielzoekers meent te ontvangen op diens territorium wordt door het besluit volgens het Hof voldoende rekening gehouden via de zogenaamde ‘verdeelsleutel’ voor herplaatsingen over de overige lidstaten (nota bene: één van de criteria is het aantal asielverzoeken per miljoen inwoners). Bovendien, stelt het Hof, kan Hongarije beroep doen op de in het besluit voorziene aanpassingsmechanismen waaronder een opschorting van de opvang in het kader van herplaatsing, zoals bijvoorbeeld erkend op vraag van Oostenrijk en Zweden.

Een laatste vermeldingswaardig element betreft één van de argumenten ingeroepen door Slowakije: waarom het bestreden besluit aannemen indien er reeds een wetgevingsinstrument bestaat dat even doeltreffend zou kunnen zijn, namelijk Richtlijn 2001/55/EG (*PbEU* 2001, L 212/12), dat precies werd ontworpen voor ‘situaties van massale toestroom van migranten en asielzoekers’? Zoals reeds vermeld was de onderliggende overtuiging voor actie ten aanzien van Italië en Griekenland het ontlasten van laatsten hun migratie- en asielsystemen en het in actie omzetten van solidariteit tussen de lidstaten. Richtlijn 2001/55/EG, een vreemd genoeg doodgeboren wetgevingsinstrument dat tot op vandaag nooit werd gebruikt, poogt net aan die twee doelstellingen tegemoet te komen door enerzijds de druk op asielprocedures te verlichten via een statuut van ‘tijdelijke bescherming’, en door anderzijds – onder diens Hoofdstuk VI ‘Solidariteit’ – te voorzien in een vrijwillig systeem van overbrenging van begunstigden van dit statuut van de ene lidstaat naar de andere. Deze laatsten zijn volgens de richtlijn nadien ook verantwoordelijk voor de behandeling van de asielaanvraag van de personen onder tijdelijke bescherming die zij aanvaardden. Het Hof wijdt in diens beoordeling slechts twee weinig overtuigende paragrafen aan deze richtlijn en gaat daarbij volledig voorbij aan het potentieel van de richtlijn wat het vraagstuk van herplaatsing alsook ontlasting van de Italiaanse en Griekse asielsystemen betreft.

#### – Relevantie uitspraak

Het 347 paragrafen tellende arrest bestrijkt een scala aan juridische vraagstukken die het migratie- en asielvraagstuk beheersen, alsook het functioneren van de instellingen. Daarbij schuwt het Hof gevoelige thema’s niet zoals het rechterlijke toetsen van beleidskeuzes en het invulling geven aan het solidariteitsbeginsel. Dat het Hof mede steunt op artikel 80 VWEU en het vrijwillige systeem van herplaatsing vervat in Richtlijn 2001/55/EG opzij laat liggen lijkt er sterk op te wijzen dat het Hof het solidariteitsbeginsel als een juridisch afdwingbaar principe beschouwt

en niet louter een aspirationele bepaling. De uitspraak van het Hof verbleekt echter bij een korte ‘reality check’: Zowel Slowakije als Hongarije lieten na het arrest van de Grote Kamer optekenen geen extra asielzoekers op te nemen uit Italië en Griekenland. De Europese Commissie heeft alvast in juni zelf een procedure gestart tegen Hongarije, Polen en Tsjechië wegens de niet-deelname in het herplaatsingsmechanisme. Een andere kanttekening is dat tot op vandaag het gecontesteerde mechanisme slechts 29.000 van de beoogde 120.000 individuen van Italië en Griekenland naar de andere lidstaten heeft herplaatst. Het principe van solidariteit tussen de lidstaten heeft in de praktijk dus nog een lange weg te gaan.

## EUROPEES MEDEDINGINGSRECHT

### Maarten Aalbers

*Gerecht EU 28 september 2017, T-138/15, ECLI:EU:T:2017:675 (Aanbestedingskalender e.a. v Commissie) Staatssteun – elektronisch aanbesteden – niet-economische dienst van algemeen belang.*

#### – Feiten en middelen

Op basis van de Europese en Nederlandse aanbestedingsregels moeten overheden die inkopen doen voldoen aan transparantieplichtingen. Deze overheden staan bekend als ‘aanbestedende diensten’ en deze inkopen heten ‘overheidsopdrachten’. Transparantieplichtingen gelden voor alle fases van het aanbesteden van overheidsopdrachten: de aankondiging van de overheidsopdracht, het verstrekken van stukken, het indienen en beoordelen van inschrijvingen, het gunnen van de opdracht en het betalen van de rekening. In Nederland worden deze procedures online bekendgemaakt op een elektronisch platform genaamd TenderNed. Op deze centrale aanbestedingswebsite moeten overheden verplicht overheidsopdrachten publiceren en elektronisch aanbesteden (e-aanbesteden). Dit e-platform heeft drie functies: een publicatiebord, een inschrijvingsmodule en een e-gids voor ondersteuning. De inschrijvingsmodule biedt aanbestedende diensten en inschrijvende ondernemingen de kans om vragen over de procedures te stellen.

Enkele commerciële aanbieders, waaronder Aanbestedingskalender, hebben bij de Europese Commissie een klacht ingediend. Volgens Aanbestedingskalender is het aanbieden van de drie functies op een e-platform een duidelijke economische activiteit. Aanbestedingskalender voert aan dat de exclusieve publicatieplichtingen voor aanbestedende diensten op TenderNed de concurrentie doen vervalsen. Daarmee zou TenderNed een economisch voordeel ontvangen dat tot staatssteun leidt op basis van artikel 107 lid 1 VWEU. Aanbestedingskalender voert aan dat de exclusieve publicatieplichtingen voor aanbestedende diensten op TenderNed de concurrentie doen vervalsen.

De Commissie heeft hierop een onderzoek ingesteld en besloten dat er geen sprake is van staatssteun. Nederland heeft namelijk het beheer van TenderNed als een wettelijke taak in de Aanbestedingswet opgenomen. Daarmee voert TenderNed een overheidsprerogatief uit. Ook besluit de Commissie dat het exclusieve beheer van het e-platform een Uniebelang dient: de naleving van de Europese aanbestedingsregels. Nederland heeft zelf de keuze om het beheer van het e-platform uit te besteden aan marktpartijen, of als wettelijke taak in eigen beheer te houden, ondanks dat marktpartijen, zoals Aanbestedingskalender, reeds het initiatief hebben genomen om soortgelijke diensten aan te bieden. Daarom heeft de Commissie besloten dat er geen sprake is van een inherente economische activiteiten, maar van een zogeheten niet-economische dienst van algemeen belang. Hoewel de aanbestedingsrichtlijnen niet vereisen dat er één platform bestaat voor e-aanbesteden, staat het volgens de Commissie vrij voor Nederland om één centraal e-platform te beheren. Daarmee is deze activiteit volgens de Commissie uitgesloten van de mededingingsregels.

Aanbestedingskalender is in beroep gegaan tegen dit besluit en voert aan dat de Commissie had moeten besluiten dat er sprake is van onrechtmatige staatssteun. Hiertoe voeren Aanbestedingskalender e.a., aan dat marktpartijen ook e-aanbestedingsdiensten kunnen aanbieden en dat Nederland de toegang van commerciële exploitatie van e-platforms verhindert. Aanbestedingskalender voert aan dat de Commissie artikel 107 lid 1 VWEU onjuist heeft toegepast door te besluiten dat TenderNed een niet-economische dienst van algemeen belang uitvoert.

#### – Uitspraak

Het Gerecht onderzoekt of het beheer van TenderNed een economisch activiteit is, om zo te kunnen vaststellen of artikel 107 lid 1 VWEU van toepassing is. Op basis van het arrest *Compass-Datenbank* (C-138/11) moet het Gerecht onderzoeken of het zwaartepunt van de activiteit berust op de uitoefening van overheidsprerogatieven. In deze zaak oordeelde het Hof dat het Europese mededingingsrecht niet van toepassing was op het verzamelen van economische informatie door de Oostenrijkse overheid in een centrale databank; het Oostenrijkse handels- en ondernemingsregister (Firmenbuch). Omdat datacollectie berustte op een wettelijke taak, vielen de activiteiten van Firmenbuch niet als economisch aan te merken. In deze zaak heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat wanneer economische activiteiten en de uitoefening van publieke taken onlosmakelijk verbonden zijn; de activiteit niet-economisch van aard is.

Het Gerecht stelt vast dat één van de doelstellingen van aanbestedingsrichtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU de transparantie van overheidsopdracht vereist door middel van e-aanbesteden. De Lidstaten zijn verplicht om e-aanbesteden mogelijk te maken in alle fases van de openbare aanbestedingsprocedure. Hiertoe moeten de lidstaten aanbestedende diensten en ondernemingen die deelnemen aan inschrijvingen ondersteunen, door middel van

een vragenhelpdesk. Het Gerecht oordeelt dat de Commissie inderdaad mocht aannemen dat de drie functies van TenderNed onlosmakelijk aan elkaar verbonden zijn. Daarom vormen zij één activiteit die inherent verbonden is aan de uitoefening van een publieke taak. Het Gerecht overweegt dat de keuze van Nederland om een ‘one stop-shop’ te creëren voor e-aanbesteden bijdraagt aan een Uniedoel: namelijk de transparantie van overheidsinkopen. TenderNed is gratis en niet op winst gericht. Daarom oordeelt het Gerecht uiteindelijk dat de instelling van een exclusief e-platform proportioneel is. Een centraal e-platform, waar aanbestedende diensten en inschrijvers vragen kunnen stellen over de procedures is volgens het Gerecht onontbeerlijk voor de werking van de hoofdfunctie van TenderNed: de publicatie en doorzichtigheid van aanbestedingsprocedures. Daarmee wijst het Gerecht het verzoek tot nietigverklaring af.

#### – Relevantie

Het begrip economische activiteit betreft het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt (C-35/96 (*Commissie/Italië*); C-205/03 P (*FENIN*)). De zaak *Aanbestedingskalender t. Commissie* geeft inzicht in de omstandigheid waarin een activiteit een inherent niet-economisch karakter heeft. Dit arrest, waarin de thematiek van ‘markt en overheid’ centraal staat, is de eerste toepassing van de uitspraak *Compass-Datenbank*. Dat Nederland gekozen heeft voor een ‘one-stop-shop’ in de vorm van een exclusief e-platform, gaat weliswaar verder dan de aanbestedingsrichtlijnen vereisen, maar voldoet volgens het Gerecht aan de Uniebeginselen van transparantie, gelijke behandeling en proportionaliteit.

De uitspraak in *Aanbestedingskalender t. Commissie*, maakt duidelijk dat zolang lidstaten een publieke taak niet door commerciële partijen laten verrichten, maar in eigen beheer houden, het Europese mededingingsrecht niet van toepassing kan zijn. Daarmee bouwt het arrest voort op de rechtspraak van het Hof inzake *Diego Cali* en *Eurocontrol* (18 maart 1997, C-343/95 (*Diego Cali*); 26 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:191, C-113/07 P (*SELEX t. Commissie (Eurocontrol)*)). De omstandigheid dat dit overheidsprerogatief hoofdzakelijk berust op het Unierecht biedt een extra uitsluitingsgrond op het begrip economische activiteit namelijk een niet-economische dienst van algemeen belang. Het zwaartepunt van dit niet-economische belang ligt in casu bij de publicatiemodule. Hoewel de inschrijvingsmodule, en dan in het bijzonder de mogelijkheid om te ondersteunen en adviseren bij de toepassing van aanbestedingsprocedures, op zichzelf eventueel onder concurrerende omstandigheden zou kunnen worden aangeboden, heeft het Gerecht, conform de interpretatie van het Hof in *FENIN* (C-205/03 P) het begrip niet-economische dienst van algemeen belang breed uitgelegd. In *Aanbestedingskalender t. Commissie* categoriseert het Gerecht, vergelijkbaar aan het arrest *FENIN*, activiteiten op basis van het niet-economische belang als onlosmakelijk verbonden.

## NON-DISCRIMINATIE

## Melanie Fink

*HvJ EU 13 september 2017, C-350/16 P, ECLI:EU:C:2017:672* (Salvatore Aniello Pappalardo e.a. t. Europese Commissie)

Het Uniebeginsel van non-discriminatie – het beginsel schade-aansprakelijkheid – voldoende gekwalificeerde schending – causaliteit.

## – Facts

Pappalardo and the other applicants are Italian fishermen. In 2008, the Commission prohibited purse-seine fishing for bluefin tuna by adoption of emergency measures (Regulation 530/2008), in order to protect that species from over-fishing. The prohibition took effect as of 16 June 2008 for seiners flying the flag of Greece, France, Italy, Cyprus, or Malta (Art. 1 Regulation 530/2008), but as of 23 June 2008 (hence, one week later) for those flying the flag of Spain (Art. 2 Regulation 530/2008).

As was to be expected, the Italian fishermen were unhappy about these measures. Not having been allowed to exhaust their fishing quota allocated for 2008, they argued, cost them millions. Thus, on 11 June 2013, they lodged an action for damages with the CJEU, seeking compensation from the Union for the loss they suffered.

The Court has consistently held that the Union is liable to pay compensation when three cumulative conditions are met: (1) the conduct complained of is unlawful, (2) there is a victim that suffered damage, and (3) there is a causal relationship between the Union's unlawful conduct and the victim's damage.

That the Commission's emergency measures were unlawful, was undisputed. The Court itself had indeed already partly annulled them in 2011 (C-221/09 (*AJD Tuna*)). According to the Court, the difference in treatment between Greek, French, Italian, Cypriot, and Maltese seiners on the one hand, and Spanish seiners on the other, was not objectively justified. It thus amounted to a violation of the principle of non-discrimination. The Court later clarified that the invalidity only affected Article 2, allowing Spanish seiners to fish a week longer. Article 1, the prohibition to fish after 16 June 2008 applicable to all other seiners, thus remained in force. As explained below, this particular aspect turned out decisive.

Whilst unlawfulness is a necessary condition for the Union's liability to arise, 'mere unlawfulness' is not sufficient. There are two requirements a breach must fulfil, if the victim is to get compensation. First, the rule infringed must be intended to confer rights on individuals and, second, the breach must be sufficiently serious. In other words, Pappalardo and the other fishermen only get compensation if the Commission's breach of the principle of non-discrimination violates their *rights* in a *sufficiently serious* manner. The case revolved around these two qualifications of the condition of unlawfulness.

## – Judgment

Unfortunately for Pappalardo, the General Court (first instance) and the Court of Justice (second instance) agreed that the threshold of 'qualified unlawfulness' was not met and the applicants were not entitled to receive compensation. Interestingly, though, they did so for different reasons.

Both Courts took the violation of the principle of non-discrimination arising from the adoption of Article 2 Regulation 530/2008 as a starting point. The General Court dismissed Pappalardo's claim because it found that the Commission's infringement of the principle of non-discrimination did not amount to a sufficiently serious breach. In contrast, the Court of Justice found that, in this specific case, the principle of non-discrimination did not confer rights on Pappalardo and thus substituted the General Court's reasoning with its own.

Simply speaking, for a provision to confer rights on individuals, it needs to serve the protection of individuals, rather than the general public at large. The principle of non-discrimination qualifies as a general principle of Union law for the protection of individuals. Thus, it confers rights on individuals that they can rely on for the purposes of receiving compensation for breaches thereof.

In *Pappalardo*, however, the Court limited the circumstances in which the principle of non-discrimination may be relied on in the context of an action for damages. It found that 'the principle of equal treatment must be reconciled with the principle of legality, according to which a person may not rely ... on an unlawful act committed in favour of a third party' (par. 52). The Court went on to emphasise that only the provision that worked in favour of the Spanish seiners (Article 2), but not the provision that prohibited Pappalardo and the other applicants to fish (Article 1), was in breach of the principle of non-discrimination (par. 53). Since the unlawfulness hence did not affect the applicants' situation (par. 54), they could not rely on it in support of their action (par. 55). In the view of the Court, the General Court was thus wrong to find that the principle of non-discrimination, in this specific case, conferred rights on the applicants (par. 55).

## – Comment

The Court's approach has a fundamental flaw. The Court essentially dismisses the claim because Pappalardo cannot rely on the breach arising from Article 2 (see in particular par. 54-55). By doing so, the Court fails to distinguish between *the breach* of EU law, and the provision that *is breached*. Article 2 of the emergency measures, allowing Spanish fishermen to fish a week longer than all the others, is the former. It breaches EU law. The principle of non-discrimination is the latter. It is the rule breached. Importantly, for a right to compensation to arise, *the rule breached* (not 'the breach') must confer rights on individuals. Consequently, the Court focuses on the wrong question when it analyses whether the breach arising from Article 2 confers rights on individuals. Pappalardo does not rely on 'the breach', but on his right not to be discriminated against conferred on him by the principle of non-discrimination.

The aim of the Court appears to be to bar applicants from using their right to non-discrimination in order to claim, by way of an action for damages, advantages that others received unlawfully (see in particular par. 52). This aim, however, may be better achieved by focusing on the question of causation. In this respect, it is indeed relevant that Article 2 alone, but not the entire Regulation containing the emergency measures was unlawful. The crux of the matter lies in the fact that the provision in question (Article 2) was discriminatory, but did not lead to any damage for Pappalardo. In other words, Pappalardo would still not have been able to fish any longer than 16 June 2008, had the Commission acted lawfully. Any loss Pappalardo may have suffered, was caused by the Commission's *lawful* emergency measures, but not by its *unlawful* conduct. Thus, there is simply no causal link between the breach and the damage. That in itself is sufficient to dismiss an action for damages.

In sum, the Court rightly argues that Pappalardo cannot claim to receive compensation for not having been able to fish after 16 June 2008. However, the reason is that there is no causal link between the breach and the damage, not that he lacks a right to rely on the principle of non-discrimination.