

# Kroniek van het Europees materieel recht

Elies Steyger, Marleen Botman en Wessel Geursen<sup>1</sup>

**Al waren er dan geen grootse en meeslepende gebeurtenissen op Europeesrechtelijk vlak in 2010, wel tekenen zich steeds duidelijker een aantal tendensen af. De puur interne situatie is niet meer zo veilig voor het Unierecht als voorheen. En de eis van een samenhangend en consistent beleid wordt steeds stringenter gehanteerd als lidstaten belemmeringen willen opleggen aan de vier vrijheden.**

## Inleiding

In tegenstelling tot de afgelopen jaren zijn er uit het jaar 2010 weinig grote en meeslepende gebeurtenissen op het Europeesrechtelijke vlak te melden. Weliswaar waren er grote Europese gebeurtenissen in het nieuws, zoals de luchtvaartproblemen door de aswolk en de verkiezingsuccessen van rechtse partijen in Nederland en Zweden, juridisch hadden deze (nog) geen impact. Mogelijk waren de pogingen van de Commissaris voor de Mensenrechten Viviane Reding tot bemoeienis met de uitzetting van Roma in Frankrijk, nog het meest opvallend. De verontwaardiging leidde echter niet tot een infractieprocedure tegen Frankrijk, nu dat land na de dreiging van een procedure besloot zijn wetgeving aan te passen.

De crisis in de Eurozone was een andere gebeurtenis die tot grote financiële interventies leidde. Deze kan in de toekomst wel degelijk forse juridische implicaties hebben, al is er nog geen politieke overeenstemming waartoe dit zal leiden.<sup>2</sup>

Nederland werd op 16 december 2010 wel geconfronteerd met maar liefst twee spraakmakende arresten. Het arrest *Josemans*<sup>3</sup> maakte volgens de kranten de 'wietpas' mogelijk en de NOS<sup>4</sup> werd geacht een teveel aan overheidsbijdragen te hebben ontvangen. Hierop wordt hierna teruggekomen.

De belangrijkste thema's in de rechtspraak van het Hof dit jaar zijn de wijze waarop met de verdeling van schaarse rechten wordt omgegaan en de wijze waarop de puur interne situatie steeds meer beïnvloed wordt door het Europese recht. Het lijkt erop dat de wijze waarop de nationale rechter de prejudiciële vragen formuleert, de mate bepaalt waarin een beroep op het Europese recht mogelijk is.

In deze kroniek worden de kernelementen van het materiële Europese recht behandeld. Daarbij wordt ingegaan op het recht van de interne markt, het mededingingsrecht en het recht betreffende staatssteun.

## De Interne markt

Anders dan gebruikelijk zal onze beschrijving van de ontwikkelingen op de interne markt niet per vrijheid geschieden, maar worden de vrijheden meegenomen per inhoudelijk thema. Dit is een gevolg van het feit dat het Hof steeds meer inhoudelijke thema's in elkaar schuift en er dezelfde eisen aan stelt, ongeacht onder welke vrijheid ze worden geacht te vallen. Zo zullen wij behandelen: drugs, gezondheidszorg, de grenzen die aan het Europees burgerschap gesteld worden, de 'never ending'-kansspelsage, de verdeling van schaarse rechten, waarbij aanbesteding wordt inbegrepen, en de wijze waarop omgegaan wordt met de 'potentiële belemmering'. Daarbij zullen wij voor elk onderwerp aangeven bij welke vrijheden deze thema's overwegend aan de orde komen.

## Goederen en diensten: legale en illegale drugs

In Groot-Brittannië stond een regeling ter discussie die financiële stimulansen bood aan artsen om specifieke of generieke geneesmiddelen aan patiënten voor te schrijven, ook als deze een andere werkzame stof bevatten dan de patiënten voorheen kregen. Het doel van de financiële stimulansen was de kosten van het onderdeel geneesmiddelen in de gezondheidszorg te verlagen. De organisatie van internationale en in het Verenigd Koninkrijk werkzame far-

### Auteurs

1. Prof. mr. E. Steyger is hoogleraar Europees bestuursrecht aan de Vrije Universiteit, advocaat te Den Bosch en medewerker van dit blad; mr. M.R. Botman en mr. W.W. Geursen zijn beiden werkzaam als promovendi aan de Vrije Universiteit.

### Noten

2. Zie onder meer Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over De gevolgen van de staatsschuldcrisis voor de EU-governance (initiatiefadvies) (ECO/297); EU 2020 – Follow-up van de informele bijeenkomst van de Europese

Raad van 11 februari 2010, Resolutie van zaken nr. T-231/06 en T-237/06 (NOS), het Europees Parlement van 10 maart 2010 AB 2011/52.

over EU 2020, *PbEU* 2010, C 349E.  
3. HvJ EU 16 december 2010, nr. C-137/09 (*Josemans*).

4. GvEA 16 december 2010, gevoegde

maceutische producenten was het, niet verbazingwekkend, met de regeling niet eens, en beriep zich, onder verwijzing naar het arrest *Damgaard*,<sup>5</sup> op art. 94 Richtlijn 2001/83/EG. Dit artikel verbiedt het toekennen van financiële voordelen aan personen die gerechtigd zijn om deze voor te schrijven of af te leveren in het kader van de verkoopbevordering van geneesmiddelen. Hoewel dit artikel met name gericht is op de farmaceutische industrie zelf, heeft het Hof in *Damgaard* geoordeeld dat ook onafhankelijk van de producent verstrekte informatie onder dit verbod viel.

Het Hof oordeelt in de onderhavige zaak<sup>6</sup> echter dat een bonus- of premieregeling die door de overheid geïnitieerd wordt, buiten het verbod valt. Naar het oordeel van het Hof kan het risico dat schade wordt toegebracht aan patiënten bij een bonusregeling afkomstig van een particulier niet worden uitgesloten, maar is dit risico afwezig wanneer de regeling wordt geïnitieerd door de voor de volksgezondheid verantwoordelijke instantie. Bovendien tast de regeling volgens het Hof de onafhankelijkheid, waarvan de arts volgens art. 50 Richtlijn 2001/83/EG moet blijk geven, niet aan. Wel moet de nationale rechter nagaan of de regeling op objectieve criteria berust en er geen discriminatie plaatsvindt tussen nationale en geïmporteerde geneesmiddelen.

Discriminatie is wel toegestaan wanneer het gaat om illegale drugs die in een lidstaat gedoogd worden. De Maastrichtse APV bevat een toelatingsbeleid voor coffeeshops dat een ingezetenen criterium hanteert, hetgeen betekent dat niet-ingezetenen van Maastricht, dus ook buitenlanders, geen softdrugs kunnen aanschaffen. Josemans<sup>7</sup> verzette zich, nadat hij opgekomen was tegen de sluiting van zijn coffeeshop, tegen deze bepaling met een beroep op art. 18, 21, 35 en 56 VWEU (oud 12, 18, 29 en 49 EG). Het Hof oordeelde in lijn met eerdere jurisprudentie dat verdovende middelen onder een volstrekt invoer- en verhandelingsverbod in alle lidstaten vallen. Een gedoogbeleid in één lidstaat verandert hier niets aan. Drugs worden dan ook buiten de bepalingen van de interne markt gehouden dus het vrij verkeer van goederen is hierop niet van toepassing. Echter nu coffeeshops ook andere, wel legale, alcoholvrije producten verhandelen, kan het ingezetenen criterium toch een belemmering opleveren, in casu van het vrij verkeer van diensten, nu de dienstverlening bij het verstrekken van deze producten zwaarder weegt dan het verhandelen van goederen. Deze belemmering wordt echter gerechtvaardigd door onder meer de openbare orde en veiligheid, te weten het belang om in Europa drugstoerisme tegen te gaan.

### **Personen en burgerschap: grenzen aan de vrijheden**

Jonge beroepsvoetballers zijn nog steeds niet echt vrij om van club te veranderen, ook al is de markt na arresten in het verleden, zoals *Bosman*,<sup>8</sup> wel opener geworden. Clubs mogen echter wel beperkingen op blijven leggen. Het Hof oordeelde in het arrest *Bernard*<sup>9</sup> dat een beroepsvoetballer

die na afloop een van een driejarig contract als 'belofte' een contract wil tekenen bij een club in een andere lidstaat, en dientengevolge een schadeloosstelling moet betalen, een belemmering in de zin van art. 45 VWEU wordt opgelegd, maar dat deze belemmering gerechtvaardigd is om de doelstelling van indienstneming en opleiding van jonge spelers aan te moedigen. De schadeloosstelling moet echter wel proportioneel zijn. Een schadeloosstelling die volledig losstaat van de werkelijke opleidingskosten is dat niet.

Het Europees burgerschap heeft een steeds grotere invloed op de wijze waarop Unierecht wordt toegepast,<sup>10</sup> ook al is de reikwijdte ervan niet oneindig. Zo wordt bedrog bij naturalisatie niet geaccepteerd, ook al heeft de intrekking van de met bedrog verkregen nationaliteit tot gevolg dat de bedrieger staatloos wordt, nu als gevolg van het verwerven van de nieuwe nationaliteit de oude verloren is gegaan. Nu het intrekken van de met bedrog verkregen nationaliteit leidt tot het verlies van ook het Europese burgerschap moet de nationale rechter wel toetsen of deze intrekking in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel.<sup>11</sup> Ook op andere wijze worden grenzen gesteld. Richtlijn 2004/38/EG die het burgerschap implementeert, bevat in art. 28 een bepaling dat uitzetting ook na een verblijf van meer dan tien jaar mogelijk is op basis van ernstige redenen van openbare orde en openbare veiligheid. Het Hof oordeelt dat deze uitzettingsgrond niet beperkt is tot de interne externe veiligheid van een lidstaat, zoals neergelegd in een reeks van arresten,<sup>12</sup> maar dat ook de bestrijding van de georganiseerde drugscriminaliteit hieronder kan vallen.<sup>13</sup>

Studenten, die lange tijd toch de belangrijkste rechtshabbers op basis van het burgerschap leken te zijn, blijken art. 20 e.v. VWEU ook niet ongelimiteerd te kunnen invoeren. Een quotum van de Franse Gemeenschap (de bevoegde autoriteit voor onderwijs in Wallonië) voor niet permanent in België verblijvende studenten die medische of paramedische opleidingen willen volgen, bleek, ondanks het indirect discriminerende karakter, onder omstandigheden gerechtvaardigd, om redenen van bescherming van volksgezondheid. Deze kunnen eruit bestaan dat er gewaarborgd wordt dat in het bevoegdheidsgebied van de Franse Gemeenschap voldoende beroepsbeoefenaren beschikbaar zullen zijn. Uiteraard moet een dergelijke maatregel aan de gebruikelijke eisen van onmisbaarheid en proportionaliteit getoetst worden.<sup>14</sup>

### **Diensten, vestiging en aanbesteding**

#### **Gezondheidszorg**

Het verkrijgen van een vergoeding van in het buitenland verrichte behandelingen blijft een heet hangijzer in de Unie. Het is inmiddels vaste jurisprudentie dat een lidstaat, ook in het kader van een sociaalzekerheidsstelsel,

**Aan het vereiste van systematisch en samenhangend beleid kan niet worden ontkomen, door het beleid op te splitsen in verschillende categorieën kansspelen**

waarbij vergoedingen in natura verstrekt worden, niet categorisch mag weigeren een in het buitenland verrichte behandeling te vergoeden als er geen toestemming voor die behandeling is gevraagd.<sup>15</sup> Niettemin zijn er wel gerechtvaardigde weigeringsgronden, zoals het feit dat de zorg in het eigen land verleend kan worden, of wanneer het toestaan zonder toestemming van bepaalde behandelingen het financiële evenwicht van het nationale stelsel in gevaar zou brengen. Als de weigering echter ongegrond is geweest dan moet de nationale rechter de vergoedende instantie verplichten de zorg te vergoeden. De vraag is dan wel wat er precies vergoed moet worden. Voor geplande behandelingen was dat, tot dusver, het bedrag dat in de eigen lidstaat vergoed zou zijn. In *Commissie/Spanje*<sup>16</sup> en *Elchinov*<sup>17</sup> geeft het Hof hierover uitsluitel wanneer het onverwachte behandelingen betreft.

De vergoeding moet volgens de procedureregels van de eigen lidstaat uitgekeerd worden, maar de rechter moet, wanneer de weigering te vergoeden ongegrond was, het bevoegde orgaan verplichten de sociaal verzekerde het bedrag te vergoeden dat dit orgaan normalerwijze zou hebben vergoed indien de toestemming op juiste wijze was verleend. Dat bedrag is gelijk aan het bedrag dat wordt vastgesteld volgens de wetgeving waaraan het orgaan van de lidstaat waar de ziekenhuiszorg is verstrekt, is onderworpen. Indien dat bedrag lager is dan de vergoeding die bij toepassing van de wettelijke regeling van de woonstaat zou zijn betaald in geval van ziekenhuiszorg in laatstbedoelde lidstaat, moet de sociaal verzekerde ten laste van het bevoegde orgaan een aanvullende vergoeding worden uitgekeerd ten belope van het verschil tussen beide bedragen, binnen de grenzen van de daadwerkelijk gemaakte kosten. Concreet betekent dit dat, wanneer de lidstaat waar de zorg verleend is de behandeling slechts gedeeltelijk vergoedt, de woonstaat toch gehouden is tot een volledige kostenvergoeding.

#### *Kansspelzaken next generation*

De rechtspraak op het gebied van diensten werd het afgelopen jaar gedomineerd door de kansspelzaken. In *Betfair* en *Ladbrokes* werd het Nederlands kansspelbeleid op de proef gesteld.<sup>18</sup> Volgens vaste jurisprudentie is het beperken van kansspelen toelaatbaar indien deze voldoet aan de door het Hof geformuleerde voorwaarden. Een van de vereisten is dat de beperkingen geschikt zijn om de

## Ook in zuiver interne situaties kan het beantwoorden van een prejudiciële vraag nuttig zijn

genoemde beoogde doelstellingen te verwezenlijken, in die zin dat zij ertoe bijdragen dat de kansspelactiviteiten op samenhangende en stelselmatige wijze worden beperkt, ook wel de 'hypocrisietest' genoemd. In *Ladbrokes* twijfelde de Hoge Raad of het Nederlandse kansspelbeleid aan deze voorwaarde voldoet; de Wet op de kansspelen beoogt weliswaar de consument te beschermen, maar staat tegelijkertijd marktdeelnemers die in Nederland een exclusieve vergunning hebben toe, nieuwe kansspelen te introduceren en daarvoor reclame te maken. Het Hof geeft de Hoge Raad voor de beoordeling van de regeling een aantal aanknopingspunten. Hoewel de Hoge Raad zelf een definitief oordeel zal moeten vellen, lijkt het nationale beleid onder voorwaarden de hypocrisietest te kunnen doorstaan. Dit ligt anders voor het Duitse kansspelbeleid, zo blijkt uit *Carmen*<sup>19</sup> en *Stoss*,<sup>20</sup> waarin de draagwijdte van het vereiste van samenhang en consistentie aan de orde kwam. Indien een beleid enerzijds een publiek monopolie hanteert ten aanzien van sportwedenschappen, maar anderzijds gericht is op uitbreiding van andere soorten kansspelen, zoals gokautomaten en casino's, kan, aldus het Hof, de nationale rechter tot het oordeel komen dat het monopolie niet geschikt is om het beoogde doel te verwezenlijken. Hieruit volgt dat niet aan het vereiste van systematisch en samenhangend beleid kan worden ontkomen, door het beleid op te splitsen in verschillende categorieën kansspelen.

Mag een lidstaat een vergunningsvereiste (dat voldoet aan de daaraan gestelde eisen) opleggen aan een kansspelaanbieder die in zijn lidstaat van vestiging rechtmatig diensten aanbiedt? Ja, zo blijkt uit de eerdergenoemde zaken *Betfair*, *Ladbrokes* en *Stoss*. Er is, gelet de aard van de spelen, geen verplichting tot wederzijdse erkenning van de door de verschillende lidstaten verleende kansspelvergunning. Ook op dit punt is het Nederlandse kansspelbeleid toelaatbaar.

5. HvJ EG 2 april 2009, nr. C-421/07 (*Damgaard*).

6. HvJ EU 22 april 2010, nr. C-62/09 (*Medicines and Healthcare Products Regulatory Agency*).

7. Zie noot 3.

8. HvJ EG 15 december 1995, nr. C-415/93 (*Bosman*), *Jur.* 1995, p. I-4921.

9. HvJ EU 16 maart 2010, nr. C-325/08 (*Bernard*).

10. Zie onder meer Steyger, 'Een waarlijk Europees burgerschap', *NJB* 2011/18, afl. 1, p. 38-39, n.a.v. de conclusie van A-G Sharpston bij nr. C-34/09 (*Zambrano*). Het arrest is gewezen op 8 maart 2011, waarbij het Hof de conclusie van de A-G volgde dat

geen gebruik hoeft te zijn gemaakt van het recht op intern vrij verkeer binnen de Unie om een beroep te kunnen doen op het burgerschap.

11. HvJ EU 2 maart 2010, nr. C-135/08 (*Rottman*).

12. HvJ EG 10 juli 1984, nr. 72/83 (*Campus Oil e.a.*), *Jur.* p. 2727; HvJ EG 17 oktober 1995, nr. C-70/94 (*Werner*), *Jur.* p. I-3189, punt 27; HvJ EG 13 juli 2000, nr. C-423/98 (*Albore*), *Jur.* p. I-5965 en HvJ EG 25 oktober 2001, nr. C-398/98 (*Commissie/Griekenland*), *Jur.* p. I-7915.

13. HvJ EU 23 november 2010, nr. C-145/09 (*Tskouridis*).

14. HvJ EU 13 april 2010, nr. C-73/08

(*Bressol*).

15. Zie onder meer HvJ EG 28 april 1998, nr. C-120/95 (*Decker*); HvJ EG 12 juli 2001, nr. C-157/99 (*Smits en Peerbooms*); HvJ EG 16 mei 2006, nr. C-372/04 (*Watts*).

16. HvJ EU 15 juni 2010, nr. C-211/08 (*Commissie/Spanje*).

17. HvJ EU 5 oktober 2010, nr. C-173/09 (*Elchinov*).

18. HvJ EU 3 juni 2010, nr. C-203/08 (*Sporting Exchange Ltd (Betfair)*) en HvJ EU 3 juni 2010, nr. C-258/08 (*Ladbrokes*), *JB* 2010/170 en 2010/171 m.nt. Wolswinkel; *AB* 2011/17 m.nt. Buijze; zie Adriaanse, Barkhuysen & Van den Bogaert, 'Nederlandse kansspelregulering aan de Europese

maat', *NJB* 2010/1529, afl. 29, p. 1900

e.v.; Van der Beek, 'Het Nederlandse hoofdstuk in de Europese goksaga', *NTER* november 2010, nr. 9, p. 305-318.

19. HvJ EU 8 september 2010, nr. C-46/08 (*Carmen Media Group Ltd*).

20. HvJ EU 8 september 2010, gevoegde zaken nr. C-316/07, C-358/07, C-360/07, C-409/07, C-410/07 (*Marcus Stoss*).

## Schaarse rechten<sup>21</sup> en kwantitatieve eisen

In toenemende mate doet zich de vraag voor welke voorwaarden van toepassing zijn bij het toekennen van (schaarse) vergunningen. In *Betfair* oordeelt het Hof, in antwoord op de Raad van State, dat ook in het kader van een éénvergunningstelsel de beginselen van gelijke behandeling en transparantie van toepassing zijn; de transparantieplichting vormt een dwingende prealabele voorwaarde van het recht van een lidstaat om aan één ondernemer het exclusieve recht te verlenen om een economische activiteit te verrichten, ongeacht de wijze van selectie van de ondernemer. Dit volgt evenzeer uit de zaak *Engelmann*.<sup>22</sup>

Ook de beslissingsvrijheid van het bestuursorgaan is aan voorwaarden gebonden. Een vergunningstelsel mag geen rechtvaardiging vormen voor discretionair optreden van de overheid, maar moet zijn gebaseerd op objectieve criteria, die niet-discriminerend zijn en vooraf kenbaar zijn, zodat de beoordelingsbevoegdheid van de autoriteiten wordt beperkt en deze niet op willekeurige wijze wordt gebruikt. Bovendien moet elke persoon die wordt geraakt door een restrictieve maatregel, een effectief beroep in rechte kunnen instellen (*Betfair* r.o. 50, *Carmen* r.o. 87, *Engelmann* r.o. 55). Daarbij geldt geen onderscheid tussen de verlening of de verlenging van een vergunning (*Betfair* r.o. 54). Het Hof biedt in *Betfair* evenwel een escape: indien het gaat om een openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de staat of om een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen, hoeven het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting niet in acht te worden genomen (r.o. 59-62). De regering meent dat de Lotto onder deze uitzondering valt.<sup>23</sup> Adriaanse e.a. komen tot een andere conclusie.<sup>24</sup> De Raad van State zal binnenkort uitspraak doen (nr. 200700622/1).

Genoemde voorwaarden voor vergunningstelsels gelden ook buiten de kansspelszaken. In *Yellow Cab* ging het om het verlenen van een vergunning voor een buslijndienst in Wenen.<sup>25</sup> Het Hof oordeelde dat het afwijzen van een vergunning op basis van verklaring van de concurrent van de aanvrager de objectiviteit en onpartijdigheid van de behandeling kon aantasten en de regeling derhalve in strijd was met art. 49 VWEU. In *Cie/Portugal (Bouwsector)* achtte het Hof een algemene regel zonder specifieke bepalingen niet geschikt om de uitoefening van de beschikkingsbevoegdheid door de nationale autoriteiten voldoende af te bakenen, nu de afgifte van een vergunning afhing van criteria die waardeoordeelen impliceerden.<sup>26</sup> Wij verwachten dat genoemde voorwaarden zowel op Europees als op nationaal niveau verder zullen worden uitgewerkt en geconcretiseerd, mede onder invloed van de Dienstenrichtlijn.<sup>27</sup>

## De zaak Sbarigia wordt door de Nederlandse regering aangegrepen om de Winkeltijdenwet buiten het Unierecht te houden

Ditzelfde geldt voor de vraag in hoeverre vergunningen afhankelijk kunnen worden gesteld van kwantitatieve of kwalitatieve eisen. Daarbij kan worden gedacht aan vestigingsvoorwaarden met betrekking tot de bevolkingdichtheid, zoals in *Perez en Gomez*,<sup>28</sup> of minimumafstanden tussen ondernemingen, zoals in *Attanasio*.<sup>29</sup> Dergelijke voorschriften vormen een beperking van het vrije verkeer, nu zij het aantal dienstverrichters beperken.<sup>30</sup> Het Hof stelt strikte eisen aan de geschiktheid en evenredigheid van dergelijke voorschriften. De toelaatbaarheid hiervan staat (ook) in Nederland ter discussie, met name op het gebied van de ruimtelijke ordening.<sup>31</sup>

## Grenzen aan de aanbestedingsplichting

Na een bijna ongelimiteerde groei van de verplichting tot aanbesteding lijkt 2010 het jaar te worden waarin het Hof daaraan wat grenzen stelt. In de laatste jaren heeft het Hof in verschillende arresten geoordeeld dat opdrachten tot gebiedsontwikkeling waar de gemeente aan de uitvoering hogere en meer eisen stelt dan slechts de publiekrechtelijke, aanbestedingsplichtig zijn. Daarbij moet voor de waarde-bepaling rekening worden gehouden met de totale waarde van de opdracht voor de uitvoering van werken vanuit het oogpunt van een potentiële inschrijver, wat naast bedragen die de aanbestedende dienst betaalt tevens de inkomsten omvat die van derden zullen worden verkregen.<sup>32</sup> Het feit dat de grond in handen is van de ontwikkelaar doet niet af aan de aanbestedingsplicht.<sup>33</sup> In de zaak *Müller* voegt het Hof daar aan toe dat de vraag of de werken materieel of fysiek ten behoeve van de aanbestedende dienst worden uitgevoerd irrelevant is, wanneer ze in het rechtstreekse economische belang van deze dienst worden uitgevoerd.<sup>34</sup> Toch beperkt het Hof hier de aanbestedingsplicht door te oordelen dat daarvan alleen sprake is wanneer de uitvoerder zich verbonden heeft de uitvoering van de werken te verrichten en dit in rechte kan worden afgedwongen. Tevens stelt het Hof dat er geen aanbestedingsplicht is op een stuk grond dat door een overheidsinstantie wordt verkocht aan een onderneming terwijl een andere aanbestedende dienst voornemens is een opdracht voor werken op deze grond te plaatsen, maar daartoe nog niet formeel heeft besloten. Dit lijkt het arrest *Scala*,<sup>35</sup> waarin het Hof oordeelde dat grondpositie van de ontwikkelaar niet relevant was voor de aanbestedingsplicht, wat te verlichten.

Ook nam het Hof aan dat er geen aanbestedingsplicht is voor de verkoop van 49% van de aandelen van een overheidsonderneming, nu de diensten die deze onderneming gaat verlenen (in casu casinobeheer) en de werken die de onderneming gaat uitvoeren (modernisering van het casino en de omliggende hotels) accessoir zijn aan die verkoop en niet de hoofdzaak van de overdracht vormen. Als dit wel het geval is, kan een aanbestedingsplichtige opdracht ontstaan.<sup>36</sup>

Wel heeft het Hof geoordeeld dat een verplichting tot aanbesteden van een aanbestedende dienst bestaat, wanneer deze een joint venture opricht met een onafhankelijke onderneming, waarin beide entiteiten een gelijke zeggenschap hebben. In dat geval is er sprake van gewone toepasselijkheid van Richtlijn 2004/18/EG, ook al is de joint venture opgericht met het doel uit de wet voortvloeiende verplichtingen ten aanzien van de eigen werknemers te laten verrichten.<sup>37</sup>

## De richtsnoeren bieden een overzicht van de manier waarop de Commissie aankijkt tegen andere vormen van samenwerking tussen concurrenten in het licht van het kartelverbod

Ten aanzien van het begrip aanbestedende dienst volgt het Hof in het arrest *Wall* in feite de redenering van *Stadt Halle*. Dat arrest oordeelde dat niet mag worden inbesteed aan een onderneming die overwegend in handen is van de aanbestedende dienst, maar gedeeltelijk particuliere aandeelhouders heeft. Omgekeerd oordeelt nu het Hof dat, in het geval een concessiehoudende onderneming slechts voor 51% in handen is van de aanbestedende dienst, deze onderneming niet zelf een aanbestedende dienst wordt, nu de overige aandelen in handen zijn van particulieren en de aanbestedende dienst geen overheersende zeggenschap kan uitoefenen.<sup>38</sup>

Ten slotte trekt het Hof op één gebied het net wel iets aan: de aanbesteding van bijlage 2B diensten. Dit zijn diensten waarvoor, op grond van Aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG, slechts de verplichtingen gelden om vooraf de technische specificaties vast te stellen en achteraf de gunning te melden bij de Commissie. Een voorafgaande kennisgeving en het bekend maken van de relatieve waarden van de wegingfactoren is niet vereist. Echter, het Hof oordeelt dat, wanneer een aanbestedende dienst de wegingfactoren wél vooraf bekendmaakt, het transparantiebeginsel vereist dat deze dan ook op consistente wijze worden toegepast.

### Interne situatie ter discussie

Lidstaten lijken steeds vaker de toepasselijkheid van het Unierecht ter discussie te stellen wegens gebrek aan een grensoverschrijdende situatie. Het Hof aanvaardt dit argument niet snel. Ook in zuiver interne situaties kan het beantwoorden van een prejudiciële vraag immers nuttig zijn, bijvoorbeeld wanneer het nationale recht aan onderdanen van een lidstaat dezelfde rechten toekent als aan Unieburgers uit andere lidstaten in dezelfde situatie. In *Attanasio* kwam het Hof met een tweede argument. Weliswaar waren alle elementen van het geding, dat de bouw van een benzinstation betrof, in Italië gesitueerd, geenszins kon worden uitgesloten dat ondernemingen die waren gevestigd in andere lidstaten brandstof op de

markt willen brengen in Italië (r.o. 23 en 24). Een nationale regeling inzake de bouw van tankstations langs autowegen viel daarom onder de vrijheid van vestiging. Hetzelfde argument gebruikte het Hof in de zaken *Gomez* en *Perez* ten aanzien van een regeling die de exploitatie van apotheken in Spanje kon belemmeren.<sup>39</sup>

In de zaak *Jabubowska*<sup>40</sup> kwam eveneens het argument van de puur interne situatie naar voren. Een Italiaanse wet verbiedt advocaten, naast hun advocatuurlijke baan, in deeltijd te werken als ambtenaar. Twee Italiaanse advocaten verdedigden mevrouw Jabubowska in een, aan de prejudiciële vraag niet gerelateerde zaak. Gedurende de procedure werden zij van het tableau geschrapt, omdat zij in deeltijd werkzaam waren bij de overheid. Het Hof oordeelde dat de Italiaanse wet niet in strijd was met art. 3g, 10, 81 en 98 EG, nu de wettelijke regeling betreffende deeltijdwerk voor de overheid, onafhankelijk van de beroepsverenigingen tot stand was gekomen. Tevens oordeelde het Hof dat de wet niet strijdig was met art. 6 Richtlijn 98/5/EG. Deze richtlijn beoogt een einde te maken aan de verschillen tussen de nationale regels inzake de voorwaarden voor inschrijving als advocaat. Dit betekent echter niet dat de gedragsregels van de lidstaten niet van toepassing zijn, en dientengevolge mag Italië de regeling handhaven met het oog op voorkomen van belangenconflicten, als deze als proportioneel moet worden aangemerkt. Wat het Hof niet adresseerde, hoewel dit wel naar voren was gebracht door partijen, was dat Richtlijn 98/5/EG alleen ziet op grensoverschrijdende situaties, terwijl de situatie in deze zaak zag op een volstrekt interne Italiaanse situatie. Hier blijkt de aanlegroute, in casu de interpretatie van een richtlijn, bepalend te zijn voor de mogelijkheid te toetsen.

Een nationale regeling lijkt zo al snel onder de werkingssfeer van het VWEU te kunnen worden geschaard. Maar er is ook een tegengestelde beweging. De zaak *Omalet* was niet-ontvankelijk, nu er geen aanknopingspunten waren met het Unierecht.<sup>41</sup> Ook de zaak *Sbarigia* was niet-ontvankelijk. Daarin ging het om een apotheker in Rome

21. Ten aanzien van het opnemen van het wereldkampioenschap en het Europees kampioenschap voetbal als op de lijst op te nemen evenementen van aanzienlijk belang zijn recent drie arresten geweest: nr. T-68/08 (*FIFA/Commissie*), nr. T-385/07 (*FIFA/Commissie*), en nr. T-55/08 (*UEFA/Commissie*), alle van 17 februari 2011. Ons ontbreekt, gezien het specifieke karakter van de materie, de ruimte om op deze arresten in te gaan.

22. HvJ EU 9 september 2010, nr. C-64/08 (*Engelmann*).

23. Zie *Kamerstukken II* 2010/11, nr. 590.

24. Zie noot 18.

25. HvJ EU 22 december 2010, nr. C-338/09 (*Yellow Cab*).

26. HvJ EU 18 november 2010, nr. C-458/08 (*Cie/Portugal (Bouwsector)*).

27. Zie bijv. ABRvS 19 januari 2011, *LJN* BP1354 en Rb. Amsterdam 29 september 2010, *LJN* BO1771.

28. HvJ EU 1 juni 2010, nr. C-570/07 en C-571/07 (*Gomez* en *Perez*), *AB* 2010/272 m.nt. Botman (vrijheid van vestiging).

29. HvJ EU 11 maart 2010, nr. C-384/08

(*Attanasio*).

30. Vgl. HvJ EU 10 december 2010, nr. C-89/09 (*Cie/Frankrijk (vrijheid van vestiging)*).

31. Te verwachten is het arrest in de zaak nr. C-400/08 (*Cie/Spanje (grootwinkelbedrijven)*).

32. HvJ EG 18 januari 2007, nr. C-220/05 (*Auroux*).

33. HvJ EU 12 juli 2001, nr. C-399/98 (*Scala*).

34. HvJ EU 25 maart 2010, nr. C-451/08 (*Müller*).

35. Zie noot 33.

36. HvJ EU 6 mei 2010, gevoegde zaken nr. C-145/08 en C-149/08 (*Club Loutraki*).

37. HvJ EU 22 december 2010, nr. C-215/09 (*Mehiläinen Oy*).

38. HvJ EU 13 april 2010, nr. C-91/08 (*Wall*).

39. Zie noot 28, r.o. 40.

40. HvJ EU 2 december 2010, nr. C-225/09 (*Jabubowska*).

41. HvJ EU 22 december 2010, nr. C-245/09 (*Omalet*).

## In een wereld waar technologische ontwikkelingen steeds nieuwe producten mogelijk maken, neemt standaardisering een steeds belangrijker plaats in

die toestemming wilde om af te wijken van de sluitingstijden. Het Hof constateerde dat de apotheek in Rome was gevestigd en Sbarigia, gesteld dat zij onderdaan was van een andere lidstaat, haar activiteit reeds duurzaam uitoefende. De vrijheid van vestiging was derhalve niet aan de orde. Deze zaak wordt door de Nederlandse regering aangegrepen om de Winkeltijdenwet buiten het Unierecht te houden.<sup>42</sup> Hier valt over te twisten.<sup>43</sup> Het Hof overweegt in *Sbarigia* expliciet dat niet de regeling van openingstijden en vakanties van apothekers ter discussie staat, maar enkel de weigering om hiervan af te wijken (r.o. 24). In andere zaken ging het daarentegen om het interstatelijke effect van de wettelijke regeling. Of een grensoverschrijdende situatie kan worden geconstrueerd, lijkt dan ook afhankelijk van de feiten in het geding, de argumenten van partijen en het effect van de wettelijke regeling in kwestie. Het Hof heeft in *Zambrano* geoordeeld dat het vereiste van grensoverschrijdendheid in het kader van het burgerschap niet geldt.<sup>44</sup> A-G Kokott concludeert in de zaak *McCarthy* tegenovergesteld.<sup>45</sup>

### Opkomst internet

De opkomst van het internet heeft duidelijk zijn weerslag op de rechtspraak van het Hof en daarmee op de ontwikkeling van het Unierecht. De kansspelzaken zoals hiervoor besproken, zien grotendeels op de exploitatie van spelen via internet. In *Portakabin* beantwoordde het Hof de prejudiciële vragen van de Hoge Raad over de zoekwoorden die een adverteerder mag gebruiken in internetzoekmachines, een en ander in het licht van de Eerste richtlijn betreffende de aanpassing van het merkenrecht van de lidstaten.<sup>46</sup> In *Ker-optika* oordeelde het Hof dat het Hongaarse verbod om via internet contactlenzen te verkopen in strijd was met het vrij verkeer van goederen en de Richtlijn inzake elektronische handel (2000/31/EG).<sup>47</sup> In *Pammer en Hotel Alpen-Hof* oordeelde het Hof dat het enkele feit dat een ondernemer een internetsite gebruikt op zich niet de toepassing van de beschermende bevoegdheidsregels van de Verordening (EG) nr. 44/2001 op consumenten meebrengt.

### Vestiging: beperkingen

Golden shares blijven aan beperkingen onderhevig. In twee Portugese zaken<sup>48</sup> oordeelt het Hof dat het houden ervan door de lidstaat in strijd is met art. 49 en 63 VWEU. De rechtvaardiging van Portugal dat het in situaties van crisis, oorlog of terrorisme een reden van openbare veiligheid kan vormen om de beschikbaarheid van het telecommunicatienetwerk te kunnen veilig stellen, dan wel aan de verplichting te kunnen voldoen om de veiligheid van een regelmatige en ononderbroken bevoorrading met elektrici-

teit en aardgas te waarborgen, werd niet geaccepteerd. De Portugese regering had niet gepreciseerd waarom zij van mening was dat met het houden door de staat van golden shares een dergelijke aantasting van een fundamenteel belang van de samenleving zou worden vermeden.

Dat onderdanen van derde landen nog steeds een andere positie hebben dan EU-burgers, ook al verrichten zij (mogelijk) economische activiteiten in de EU blijkt uit het arrest *Hengartner*.<sup>49</sup> Twee Zwitserse onderdanen hadden in Oostenrijk een jachtgebied gepacht. Zij kregen daarvoor een jachtbelasting opgelegd, die aanmerkelijk hoger was dan Oostenrijkers voor eenzelfde pacht betalen. Zij beriepen zich op het recht van vestiging, maar het Hof oordeelde dat dit op hen, als Zwitserse onderdanen, niet van toepassing was. Wel bezag het Hof of een in een tussen Zwitserland en de EU gesloten overeenkomst neergelegd non-discriminatiebeginsel, ten aanzien van het recht van vrije dienstverlening, op de situatie van toepassing zou kunnen zijn. Het Hof oordeelde echter, nu weliswaar de overeenkomst beoogde de vrije dienstverlening te vergemakkelijken, het non-discriminatiebeginsel naar nationaliteit slechts beperkte toepassing heeft, en niet iedere discriminatie tussen de onderdanen van EU-lidstaten en derdelanden verbiedt. Nu de overeenkomst geen specifieke bepaling bevatte die op fiscale gelijke behandeling zag, was de hogere jachtbelasting toegestaan.

### Vrij verkeer van kapitaal: ouderwetse discriminatie

Waar het bij de overige vrijheden veelal gaat om maatregelen zonder onderscheid die belemmeringen in het leven roepen voor onderdanen van andere lidstaten of indirect discrimineren, betreft het vrij verkeer van kapitaal vaak (belasting)maatregelen waarbij sprake is van onvervalste discriminatie.<sup>50</sup>

In de zaak *Mattner*<sup>51</sup> oordeelt het Hof dat art. 63 VWEU zich verzet tegen een schenkbelasting die onderscheid maakt tussen niet-ingezetenen en ingezetenen. Het ging hier om een regeling die voor de berekening van de schenkbelasting bepaalt dat de belastingvrije som bij schenking van een onroerende zaak die is gelegen op het grondgebied van Duitsland, lager is wanneer de schenker en de begiftigde op de datum van de schenking in een andere lidstaat woonden dan die welke zou zijn toegepast wanneer ten minste of de schenker of de begiftigde op diezelfde datum in Duitsland had gewoond. De rechtvaardiging die Duitsland aanvoert, namelijk dat omzeiling van de belasting door middel van latere schenkingen met de regeling onmogelijk werd gemaakt, werd door het Hof niet geaccepteerd, omdat het enkele feit dat de schenker en de begiftigde van een soortgelijke belastingvrije som in eigen lidstaat kunnen profiteren niet voldoende is om het onderscheid te rechtvaardigen. Ook de inmiddels altijd ingeroepen rechtvaardiging van samenhang van het Duitse belastingstelsel mocht niet baten.

Ook de voorwaarde die Spanje verbindt aan de vrijstelling van dividenden die worden uitgekeerd door in Spanje gevestigde vennootschappen, te weten dat niet-ingezeten dividendontvangende vennootschappen een grotere deelneming in het kapitaal van de uitkerende vennootschappen moeten bezitten, dan ingezeten dividendontvangende vennootschappen, werd niet toegestaan. De regeling heeft tot gevolg dat aan een ingezeten vennootschap uitgekeerde

dividenden worden vrijgesteld bij een deelneming van 5%, terwijl een niet-ingezeten vennootschap pas wordt vrijgesteld bij een deelneming van 20%. Het verschil in behandeling kon niet worden gerechtvaardigd door het doel van het voorkomen van dubbele belasting.<sup>52</sup>

Een aanvullende gemeentebelasting op interesten of dividenden ontvangen vanuit een andere lidstaat uit beleggingen of investeringen die wordt geheven wanneer de ontvangers zich deze gelden niet hebben laten uitbetalen via een in de woonstaat gevestigde tussenpersoon, terwijl zo'n belasting niet wordt geheven op de uit eigen lidstaat ontvangen soortgelijke inkomsten, trof eenzelfde lot. De rechtvaardiging van doeltreffende fiscale controles die door de tussenpersonen zouden worden verricht, was niet genoeg om de aanvullende gemeentebelasting te rechtvaardigen.<sup>53</sup>

Een ongelijke behandeling is echter wel toegestaan tussen vennootschappen in bezit van onroerend goed in een lidstaat, die een vrijstelling krijgen voor de belasting op de marktwaarde van onroerend goed wanneer zij een zetel op het grondgebied van de EU hebben, terwijl dezelfde vrijstelling voor vennootschappen met vennootschappelijke zetel in een derdeland dat lid is van de EER afhankelijk is gesteld van een overeenkomst inzake administratieve bijstand ter bestrijding van belastingontduiking.<sup>54</sup>

## Mededinging en staatssteun

Omdat het mededingingsrecht te veelomvattend is om volledig in een kroniek als deze te behandelen, gaan we in op een enkel onderwerp dat dit jaar als bijzonder wordt ervaren, te weten de richtsnoeren van de Commissie betreffende standaardiseringsovereenkomsten. Voor andere overzichten verwijzen we naar meer specifieke tijdschriften op dit gebied.

Ten aanzien van staatssteun wordt bijzondere aandacht gegeven aan het begrip overheidsprerogatief.

### Standaardisering en andere toegelaten concurrentiebeperkingen

De Europese Commissie heeft dit jaar enkele nieuwe documenten uitgevaardigd. Twee groepsvrijstellingsverordeningen, die eind 2010 na tien jaar afliepen, werden vervangen door twee nieuwe. Het betrof de groepsvrijstellingen voor overeenkomsten tussen (met name) concurrenten op het gebied van gezamenlijk onderzoek en ontwikkeling (O&O)<sup>55</sup> en op het gebied van specialisatie.<sup>56</sup> Onder de voorwaarden zoals opgenomen in die groepsvrijstellingen zijn die overeenkomsten tussen concurrenten

vrijgesteld van het kartelverbod van art. 101 lid 1 VWEU. De nieuwe verordeningen trachten een aantal onduidelijkheden weg te nemen die bestonden onder de oude groepsvrijstellingen uit 2000.<sup>57</sup> Daarnaast is de reikwijdte van groepsvrijstelling voor O&O uitgebreid, waardoor niet alleen gezamenlijk onderzoek tussen (concurrerende) ondernemingen is vrijgesteld, maar ook onderzoek dat één onderneming tegen betaling uitvoert in opdracht van een andere (het zogenaamde 'paid-for research').

Tegelijkertijd vaardigde de Commissie richtsnoeren uit waarin de voorwaarden uit de nieuwe groepsvrijstellingen nader worden uitgelegd.<sup>58</sup> Daarnaast bieden de richtsnoeren ook een overzicht van de manier waarop de Commissie aankijkt tegen andere vormen van samenwerking tussen concurrenten in het licht van het kartelverbod.

De belangrijkste toevoegingen en uitbreidingen ten opzichte van de oude richtsnoeren uit 2000<sup>59</sup> zijn een hoofdstuk over informatie-uitwisseling tussen concurrenten en over standaardiseringsovereenkomsten. Het aparte hoofdstuk over overeenkomsten betreffende milieunormen uit de oude richtsnoeren is verwijderd. Milieunormen worden nu behandeld in het hoofdstuk over standaardiseringsovereenkomsten.

De Commissie behandelt in de richtsnoeren in hoeverre concurrenten (concurrentiegevoelige) informatie kunnen uitwisselen zonder problemen te krijgen met het kartelverbod. Aan het kartelverbod ligt de premisse ten grondslag dat iedere marktdeelnemer zelfstandig zijn (prijs)beleid vaststelt, zonder beïnvloeding door afspraken met of informatie afkomstig van concurrenten. De uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie kan daaraan afbreuk doen en leiden tot een onderling afgestemde feitelijke gedraging die de mededinging beperkt; dat is in beginsel verboden. Het moet dan gaan om concurrentiegevoelige informatie, zoals verkoopprijzen, omzet, capaciteit en dergelijke, waaruit het toekomstig gedrag van concurrenten kan worden afgeleid en waarop kan worden geanticipeerd of informatie waaruit blijkt dat concurrenten zich niet zouden houden aan een eventuele heimelijke kartelafpraak.

Volgens de Commissie kunnen de volgende situaties, afhankelijk van de kenmerken van de markt die het betreft, niet leiden tot een verboden mededingingsbeperking: het verzamelen en publiceren door bijvoorbeeld een marktonderzoeksbureau of brancheorganisatie van:

- geaggregeerde data, waaruit het toekomstig gedrag van individuele concurrenten niet is te achterhalen;
- gegevens die ouder zijn dan de gemiddelde looptijd van

42. Zie *Kamerstukken I* 2009/10, 31 728 E.

43. Zie ABRvS 2 maart 2011, nr.

201003855/1/H2.

44. Zie noot 10.

45. Conclusie van A-G Kokott in HvJ EU 25

november 2010, nr. C-434/09 (*McCarthy*).

Deze uitspraak is nog niet gewezen.

46. HvJ EU 8 juli 2010, nr. C-558/08 (*Portakabin*).

47. HvJ EU 2 december 2010, nr.

C-108/09 (*Ker-Optika*).

48. HvJ EU 8 juli 2010, nr. C-171/08 (*Tele-*

*com*) en HvJ EU 11 november 2010, nr.

C-171/08 (*Energie*).

49. HvJ EU 15 juli 2010, nr. C-70/09

(*Hengartner*).

50. Zie in dit verband ook HvJ EU 18 maart

2010, nr. C-440/08 (*Gielen*), waarin het

Hof oordeelt dat het keuzerecht van de

belastingplichtige of als binnenlands belas-

tingplichtige behandeld te worden niet het

discriminerende karakter aan de regeling

ontneemt.

51. HvJ EU 22 april 2010, nr. C-510/08

(*Mattner*).

52. HvJ EU 3 juni 2010, nr. C-487/08

(*Commissie/Spanje*).

53. HvJ EU 1 juli 2010, nr. C-233/09 (*Dijk-*

*man*).

54. HvJ EU 28 oktober 2010, nr. C-72/09

(*Etablissement Rimbaud SA*).

55. Verordening (EG) nr. 1217/10 van 14

december 2010 (*PbEU* 2010, L 335/36).

56. Verordening (EG) nr. 1218/10 van 14

december 2010 (*PbEU* 2010, L 335/43).

57. Verordening (EG) nr. 2658/00 (*PbEG*

2000, L 304/3) en Verordening (EG) nr.

2659/00 (*PbEG* 2000, L 304/7).

58. Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid

van art. 101 Verdrag betreffende de wer-

king van de Europese Unie op horizontale

samenwerkingsovereenkomsten (*PbEU*

2011, C 11/1, gerectificeerd in *PbEU* 2011,

C 33/20).

59. Gepubliceerd in 2001: *PbEG* 2001, C

3/2.

- contracten in de betrokken markt; of
- gegevens die niet consequent na elke afgeronde prijsonderhandeling bekend worden gemaakt. Die laatste eisen stelt de Commissie in het licht van haar idee dat recente gegevens die frequent worden uitgewisseld kunnen bijdragen aan verboden heimelijke coördinatie tussen concurrenten die de mededinging beperkt.

In de richtsnoeren is een apart hoofdstuk opgenomen betreffende standaardisering. Standaardisering neemt een steeds belangrijker plaats in, in een wereld waar technologische ontwikkelingen steeds nieuwe producten mogelijk maken. Neem de roep van de Europese Commissie om één universele oplader voor mobiele telefoons, waarvan de komst is aangekondigd,<sup>60</sup> de ontwikkeling van standaarden voor elektrische auto's, zoals één soort oplaadsysteem;<sup>61</sup> of de standaarden voor computers, zoals het meest voorkomende computergeheugen DRAM.<sup>62</sup> Bij standaardisering gaat het om normen betreffende de kwaliteit, veiligheid of milieuaspecten van productieprocessen, werkwijzen, goederen, of diensten; overigens schaaft de Commissie ook standaardvoorwaarden, van bijvoorbeeld een brancheorganisatie, onder dit hoofdstuk.

Standaardiseringsovereenkomsten tussen ondernemingen of brancheverenigingen kunnen de mededinging beperken en onder het kartelverbod vallen; normen opgelegd van overheidswege vallen daarbuiten. Die overeenkomsten kunnen efficiëntieverbeteringen tot gevolg hebben die de (eind)afnemer ten goede komt. Het gemak van het gebruik van één en dezelfde telefoonoplader voor alle verschillende merken is evident en bovendien milieuvriendelijk. Desalniettemin liggen beperkingen van de concurrentie op de loer:

- vermindering van de prijsconcurrentie;
- vermindering van innoverende technologieën doordat (betere) alternatieven dan de (exclusieve) norm niet worden toegestaan; en
- uitsluiting of discriminatie van bepaalde ondernemingen doordat zij geen licentie krijgen tot de voor de norm benodigde intellectuele eigendomsrechten (IE-rechten), of alleen tegen een hogere prijs dan hun concurrenten.

Om dat laatste probleem te tackelen, acht de Commissie het noodzakelijk dat die ondernemingen die wensen dat hun IE-rechten tot norm worden verheven, vóóraf garanderen dat derden in de toekomst een licentie kunnen krijgen tegen eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden, de zogenaamde FRAND-verbintenis.<sup>63</sup> Overigens werden deze eisen al eerder in de *Qualcomm*-zaak door het Gerecht bevestigd als een manier om mededingingsproblemen te voorkomen.<sup>64</sup> Nadat een (exclusieve) norm is vastgelegd, is de concurrentie om de norm in beginsel ten einde. Teneinde te verzekeren dat het proces daaraan voorafgaand niet al nodeloos de mededinging beperkt, dient volgens de Commissie de standaardisering voor elke marktdeelnemer open te staan. De normalisatieinstantie – ook een onderneming die onder het mededingingsrecht valt – dient daartoe alle belanghebbenden:

- tijdig te informeren over komende, lopende en voltooidde werkzaamheden; en
- hen de mogelijkheid te bieden daaraan deel te nemen.

In de EMC-zaak waren vergelijkbare eisen uit de oude richtsnoeren al door het Gerecht getoetst aan het

mededingingsrecht en 'goedgekeurd'.<sup>65</sup>

Met de nieuwe verordeningen en richtsnoeren moeten we weer twaalf jaar vooruit. In de praktijk zal moeten blijken of zij voldoende handvatten bieden om te beoordelen over bepaalde samenwerkingsvormen tussen concurrenten geen inbreuk op het mededingingsrecht vormen. De slagen om de arm die de Commissie in de richtsnoeren houdt, lijken afbreuk te doen aan de houvast die de richtsnoeren zouden moeten bieden.

### **Staatssteun: overheidstaken en ondernemingen**

De eerste zaak *Traghetti* uit 2006<sup>66</sup> was een tussentijds uitvloeisel van het gelijknamige arrest dat in 2010 gewezen is.<sup>67</sup> In dat eerste arrest stond ter discussie of de Italiaanse wetgeving voldeed aan de Europese normen voor overheidsaansprakelijkheid. In het in 2010 gewezen arrest staat de vraag centraal of een onderneming die een dienst van algemeen economisch belang uitvoert daarvoor volgens een nationale wettelijke regeling mag worden gecompenseerd door middel van een voorschot dat wordt verstrekt voordat de overeenkomst waarin de feiten en omstandigheden waaronder de desbetreffende dienst moet worden verricht is goedgekeurd. De verwijzende rechter had reeds geconstateerd dat er van staatssteun sprake was en wilde weten of deze verenigbaar met het verdrag was. Het Hof herformuleerde de vraag zodanig dat naar de status als staatssteun van de onder deze omstandigheden toegekende subsidie werd gekeken.

Nu de overeenkomsten nog niet waren goedgekeurd en er dus geen duidelijke omschrijving van de te verrichten dienst was, meende het Hof dat er daadwerkelijk sprake was van staatssteun, die door de nationale rechter op zijn mededingingsvervalsende karakter moest worden onderzocht.

De vraag of een overheidsbijdrage betaald wordt voor de uitoefening van een overheidsprerogatief dan wel voor een economische activiteit, aan een onderneming die een publieke taak verricht, kwam aan de orde in het reeds genoemde arrest *NOS*.<sup>68</sup> Het geschil betrof een beschikking van de Commissie waarin de terugvordering werd gelast van aan de NOS door het Fonds Omroepreserve verstrekte ad-hocfinanciering voor haar toenmalige functie als 'de Publieke Omroep'. Als 'Publieke Omroep' verrichtte de NOS taken als beheerder en coördinator van het net, naast haar taken als omroeporganisatie. Hoewel oorspronkelijk de compensatie direct naar de publieke omroepen ging, werd deze in een latere fase overgeheveld naar de 'Publieke Omroep'. De NOS betoogde dat zij weliswaar een onderneming belast met een dienst van algemeen belang is, maar dat de (wettelijke voorgeschreven) taken van de Publieke Omroep strikt gescheiden waren van haar taken als omroeporganisatie en geen economische activiteiten vormden, zodat zij voor deze activiteiten niet kon worden aangemerkt als onderneming.

Het Gerecht maakt echter een strak onderscheid tussen activiteiten houdende uitoefening van openbaar gezag (die geen economische activiteiten zijn) en de vervulling van taken van algemeen belang (die dat wel degelijk kunnen zijn). Het Gerecht oordeelt vervolgens dat de taken van de 'Publieke Omroep' geen uitoefening zijn van openbaar gezag. De coördinatie en het netbeheer houdt verband met de economische activiteiten van de publieke omroepen op het gebied van aanbod en de uitzending



van televisieprogramma's. Bovendien verwierp het Gerecht het argument van de NOS dat de NMa reeds had besloten dat de NOS niet in de uitoefening van haar taken van algemeen belang als onderneming kon worden aangemerkt.<sup>69</sup> Het Gerecht stelt dat de NMa zich daarover niet heeft uitgesproken.

Nu het Gerecht al getoetst had of er sprake was van een dienst van algemeen economisch belang, maar tot de conclusie was gekomen dat aan drie van de vier voorwaarden van het *Altmark*-arrest<sup>70</sup> niet was voldaan, moest de bijdrage als steun worden aangemerkt en kon alleen nog maar beoordeeld worden op zijn verenigbaarheid met het verdrag. Die werd niet aangenomen.

Het Gerecht maakt hier een zeer scherp onderscheid tussen de uitoefening van openbaar gezag dat door een onderneming wordt bekleed (en niet economisch is) en andere taken van algemeen belang, die wel als economische activiteiten kunnen worden aangemerkt (en waarvoor eventueel wel compensatie kan worden verleend). In casu betreft de terugvordering de volledige steun.

Ten slotte wijzen wij nog kort op twee andere uitspraken. De eerste is *CELF*<sup>71</sup> waarin het Hof oordeelt dat een nationale rechter die moet oordelen over een verzoek tot terugbetaling van onrechtmatige staatsteun omdat deze niet gemeld is volgens art. 88 lid 3, zijn uitspraak niet mag aanhouden tot de Commissie zich heeft uitgesproken over de verenigbaarheid van de steun, na een nietigverklaring door de gemeenschapsrechter van een eerder genomen positieve beslissing. Immers dit zou het effect hebben dat het voordeel wordt gehandhaafd gedurende de periode dat de maatregel niet mag worden uitgevoerd omdat niet gemeld is.

In de andere uitspraak oordeelt het Hof dat de nationale rechter betalingsbevelen op basis waarvan steun

reeds is teruggevorderd mag vernietigen wegens een vormfout, wanneer het nationale recht de mogelijkheid biedt de vormfout te herstellen. De teruggevorderde bedragen mogen echter niet opnieuw, zelfs niet tijdelijk, aan de ontvanger van de steun worden betaald.<sup>72</sup>

## Slotopmerkingen

In de reeks hier besproken uitspraken zien we dat het Hof de afgelopen jaren reeds besproken eisen van een samenhangend en consistent beleid, en het niet toekennen van discretionaire bevoegdheden aan de beslissingsbevoegde autoriteiten handhaaft als lidstaten door middel van regelgeving belemmeringen op willen leggen aan de vier vrijheden. Daarnaast accepteert het steeds minder dat een door de overheid verstrekte opdracht of onder strikte regels toegelaten activiteit wordt verstrekt aan een onderneming zonder dat er enige competitie ten aanzien van de mogelijkheid de activiteit te gaan uitvoeren heeft plaatsgevonden.

En hoewel het Hof ten aanzien van bepaalde activiteiten blijft vasthouden aan de notie dat de lidstaten stevige belemmeringen mogen opleggen aan de vrijheid tot uitoefening ervan, zoals gokken, moeten ook hier de overheden een systematisch en samenhangend beleid voeren. De enige activiteit die wat dat betreft volledig buiten de communautaire rechtsorde is gelaten, is de verkoop van verboden drugs. Daar is geen beweging in te zien.

Ook blijkt uit de reeks arresten uit 2010 dat de puur interne situatie niet meer zo veilig is voor het Unierecht als voorheen. Afhankelijk van de formulering van de feiten kan het Hof er een potentiële belemmering in zien en alsnog een oordeel vellen. Wanneer er sprake is van harmonisatie van wetgeving, ook al ziet deze alleen op grensoverschrijdende situaties, lijkt het al snel die kant op te gaan. •

60. Europese Commissie, 'Producten presenteren universele lader voor mobiele telefoons', persbericht IP/11/136, 8 februari 2011.

61. Zie nader over het E-Team in Van der Ham, 'Standaardisering onder het Europees mededingingsrecht: water en vuur of brothers in arms?', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2010, p. 113.

62. Zie over de standaardisering betreffende DRAM de Commissiebeschikking van 9 december 2009 in zaak COMP/38.636 – Rambus en het beroep tot nietigverklaring daartegen van Hynix Semiconductor tegen in zaken nr. T-148 en 149/10.

63. Waarbij FRAND een acroniem is voor Fair, Reasonable And Non-Discriminatory.

64. Nr. T-48/04 (*Qualcomm*), *Jur.* 2009, p.

II-2029.

65. GvEU 12 mei 2010, nr. T-432/05 (*EMC*).

66. HvJ EG 13 juni 2006, nr. C-173/03, *AB* 2006/248 m.nt. E. Steyger.

67. HvJ EU 10 juni 2010, nr. C-140/09 (*Traghetti*).

68. Zie noot 4.

69. Besluit van de Raad van bestuur van de

NMa, nr. 5059/NOS-NOB.

70. HvJ EG 24 juli 2003, nr. C-280/00, *Jur.* 2003, p. I-7747.

71. HvJ EU 11 maart 2010, nr. C-1/09 (*CELF*).

72. HvJ EU 20 mei 2010, nr. C-210/09 (*Scott*).