

Interne markt: vrij verkeer¹

Jules STUYCK
buitengewoon hoogleraar K.U.Leuven
Advocaat Liedekerke, Wolters, Waelbroeck, Kirkpatrick; Brussel

¹ In dit referaat worden de meest recente ontwikkelingen behandeld, d.w.z.. over de afgelopen drie jaar. In het mededingingsrecht traden belangrijke wijzigingen in voege op 1 mei 2004, datum van toetreding van 10 nieuwe lidstaten. Er wordt abstractie gemaakt van de nieuwe Europese grondwet, waarvan nog niet zeker is of en wanneer ze in werking zal treden en overigens op de hier behandelde domeinen weinig invloed heeft.

Inleiding

1. De Europese interne markt veronderstelt een ruimte zonder binnengrenzen, waarin goederen, personen, diensten en kapitaal vrij kunnen circuleren.

2. Het Hof van Justitie heeft de "*rule of reason*" die het, sedert het arrest *Dassonville*¹, inzake de toepassing van artikel 28 EG (verbod van kwantitatieve invoerbepalingen en maatregelen van gelijke werking) heeft ontwikkeld, gaandeweg ook toegepast op de andere vrijheden, met name de vrijheid van vestiging (artikel 43 e.v. EG), onderdeel van het vrij verkeer van personen, de vrijheid van dienstverlening (artikel 49 e.v. EG) en het vrij kapitaalverkeer (artikel 56 e.v. EG). Tot het vrij verkeer van personen behoort ook het vrije verkeer van werknemers. De rechtspraak van het Hof van Justitie inzake vrije werknemersverkeer (die hier niet verder systematisch zal worden behandeld) en die inzake vrijheid van vestiging steunen op dezelfde basisbeginselen.

3. In een eerste hoofdstuk zal worden gewezen op het belang van de inroepbaarheid, voor de nationale rechter, van de fundamentele persoonsvrijheden van het Verdrag en op de "*horizontale*" werking die het Hof aan deze vrijheden heeft verleend. Vervolgens zullen recente tendensen in de rechtspraak met betrekking tot vrij verkeer van goederen, vrijheid van vestiging, vrijheid van dienstverlening en vrij kapitaalverkeer worden toegelicht. Los van de doorwerking van de (rechtstreeks werkende) bepalingen van het EG-verdrag inzake vrij verkeer op de nationale rechtsorde, moet ook worden gewezen op het bestaan van een groot aantal richtlijnen en verordeningen die de rechtsverhoudingen tussen lidstaten en rechtssubjecten en rechtssubjecten onderling (tussen ondernemingen onderling en tussen ondernemingen en consumenten), beheersen. Bij wijze van voorbeeld kan worden verwezen naar richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 maart 2000 met betrekking tot kredietinstellingen (banken)², richtlijn 89/48 van 21 december 1988 inzake de erkenning van diploma's van hoger onderwijs³ en diverse richtlijnen inzake consumentenbescherming, intellectuele eigendom en openbare aanbestedingen. Deze communautaire wetgeving blijft hier verder buiten beschouwing.

§1. De doorwerking van de bepalingen inzake vrij verkeer

4. Het staat vast dat artikel 28 (vrij goederenverkeer) 43 (vrijheid van vestiging), artikel 49 (vrijheid van dienstverlening) en artikel 56 (vrij kapitaalverkeer) van het EG-verdrag rechtstreekse werking hebben. Dit betekent dat deze bepalingen, voor de nationale rechter, door particulieren, kunnen worden ingeroepen, althans tegenover de overheid⁴.

¹ H.v.J., zaak 8-74, *Dassonville*, Jurispr. 1974, 837.

² P.B. 2000, nr. L126-1.

³ P.B. 1991, nr 19/16.

⁴ Voor de vrijheid van vestiging, zie H.v.J., *Reyners*, 2/74, Jurispr., 1974, 631; voor de vrijheid van dienstverlening, zie H.v.J., *Van Binsbergen*, 33/74, Jurispr., 1974,

5. In zijn arrest *Angonese*⁵ heeft het Hof van Justitie met betrekking tot artikel 39 EG (toen artikel 48 EG-verdrag)(vrij verkeer van werknemers) gesteld dat het non-discriminatiebeginsel dat deze bepaling inhoudt ook van toepassing is op particuliere werkgevers. De heer Angonese beklagde zich over het feit dat hij voor een betrekking bij een privé-bank in Bolzano een certificaat van tweetaligheid (Duits en Italiaans) diende voor te leggen dat enkel kon worden afgeleverd na deelname aan een examen dat in twee delen (een schriftelijk en een mondeling gedeelte) in Bolzano zelf wordt georganiseerd. Hoewel de heer Angonese zelf van Italiaanse nationaliteit was (en uit Bolzano afkomstig was), woonde hij op het moment van het examen niet in Italië.

6. Het Hof overwoog (in r.o. 34 van het arrest) dat de omstandigheid dat sommige bepalingen van het Verdrag formeel tot de lidstaten zijn gericht, niet verhindert dat daardoor tezelfdertijd rechten kunnen worden toegekend aan particulieren die bij de nakoming van de aldus omschreven verplichtingen belang hebben⁶. Wat een bepaling van het Verdrag met dwingend karakter betreft, is het verbod van discriminatie daarom ook van toepassing op alle overeenkomsten die de arbeid in loondienst collectief regelen, alsook op de overeenkomsten tussen particulieren⁷. Het Hof voegde er aan toe (in rechtsoverweging 35 van *Angonese*) dat een dergelijke overweging a fortiori ook moet gelden voor artikel 39, dat een fundamentele vrijheid formuleert en een specifieke toepassing is van artikel 12 EG (verbod van discriminatie op grond van nationaliteit). Het in artikel 39 geformuleerde verbod van discriminatie op grond van nationaliteit is derhalve ook van toepassing op particulieren.

7. In vroegere arresten, in sportzaken⁸, had het Hof artikel 39 en artikel 49 (ex artikel 59 EG-verdrag), naargelang het geval (arbeid in loondienst of zelfstandige arbeid) reeds van toepassing geacht op privaatrechtelijke reglementen (zoals die van sportfederaties) die strekken tot collectieve regeling van de arbeid in loondienst en dienstverrichtingen.

8. In het arrest *Angonese* heeft het Hof nu de horizontale werking van artikel 39 EG (toepasbaarheid op individuele arbeidsrelaties, m.a.w., inroepbaarheid tegen een privé-persoon) uitgebreid tot individuele arbeidsrelaties. Vóór het arrest *Angonese* had het Hof enkel de horizontale werking van deze bepaling bij collectieve regeling van de arbeid of dienstverlening erkend. Uit de samenhang van het arrest *Angonese* met de vroegere arresten (*Walrave en Koch* en *Bosman*) kan worden afgeleid dat ook het non-discriminatieverbod dat vervat ligt

1299; voor het vrij kapitaalverkeer (dat pas sedert 1994 volledig is geliberaliseerd), zie o.m. H.v.J., 4 juni 2002, Commissie t. België, C-503/99, Jurispr. I-4809, hierna besproken (zie randnr.47).

5 H.v.J., 6 juni 2000, R. Angonese t. Cassa di Risparmio di Bolzano s.p.a., C-281/98, Jurispr., I-4139.

6 Dit stond reeds te lezen in het arrest van 8 april 1976, Defrenne, 43/75, Jurispr., blz. 455, r.o.31, m.b.t. het verbod van discriminatie op grond van geslacht.

7 Zie arrest Defrenne, r.o. 39.

8 Zie de arresten van 12 december 1974, Walrave en Koch, 36/74, Jurispr.1405;17 en 15 december 1995, Bosman, C-415/93, Jurispr.I-4921, r.o.83.

in artikel 49 (vrijheid van dienstverlening) en waarschijnlijk ook dat in artikel 43 (vrijheid van vestiging) horizontaal werken.

9. Dat horizontale werking van de persoonsvrijheden die van toepassing zijn op ondernemingen (vrijheid van vestiging en vrijheid van dienstverlening) praktische betekenis kan hebben, wordt geïllustreerd door het vennootschapsrecht. Ondermeer naar aanleiding van de recente "*golden share*"-arresten (zie hierna nr. 40) kan de vraag rijzen of beschermingsconstructies die door vennootschappen worden gehanteerd om vijandige overnames af te weren (en die door het nationale recht worden getolereerd) niet, in bepaalde gevallen, kunnen worden beschouwd als beperkingen van de vrijheid van vestiging (en van kapitaalverkeer) van potentiële overnemers of aandeelhouders.

§2. Vrij goederenverkeer

10. Art. 28 EG verbiedt kwantitatieve invoerbeperkingen en maatregelen van gelijke werking. Art. 29 EG verbiedt kwantitatieve uitvoerbeperkingen en maatregelen van gelijke werking.

A. Exportbelemmeringen

11. Hier kan ik kort zijn. Volgens vaste rechtspraak⁹ verbiedt artikel 29 EG alle nationale maatregelen die een specifieke beperking van het uitgaand goederenverkeer ten doel of tot gevolg hebben en aldus tot een ongelijke behandeling van de binnenlandse handel en de uitvoerhandel van een lidstaat leiden, waardoor aan de nationale productie of de binnenlandse markt van de betrokken lidstaat een bijzonder voordeel wordt verzekerd. M.a.w., in tegenstelling tot art. 28 EG (invoer) viseert art. 29 EG (uitvoer) geen nationale maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn, maar heeft het enkel betrekking op maatregelen die discrimineren tussen de binnenlandse handel en de exporthandel.

12. In de zaak *Grilli*¹⁰ besliste het Hof, in lijn met deze rechtspraak dat artikel 29 EG in de weg staat aan een regeling van een lidstaat volgens welke het een onderdaan van een andere lidstaat onder bedreiging met strafsancties, zoals een gevangenisstraf of een boete, verboden is met een in eerstgenoemde lidstaat gekocht voertuig waarop voorlopige nummerplaten zijn aangebracht die door de bevoegde autoriteiten van de andere lidstaat met het oog op de uitvoer van het voertuig naar deze andere lidstaat zijn afgegeven, naar deze andere lidstaat te rijden, wanneer deze regeling van dien aard is dat zij het uitgaand goederenverkeer beperkt, een ongelijke behandeling van de binnenlandse en de buitenlandse handel van een lidstaat invoert, ten grondslag ligt aan een bevoordeling van de nationale handel ten nadele van de handel van een andere lidstaat en

⁹ Sedert H.v.J., 8 november 1979, Groenveld, 15/79, Jurispr., 3409; 09; zie recent H.v.J., 2 oktober 2003, Grilli, C-12/02, Jurispr. I-11585.

¹⁰ Zie vorige voetnoot.

niet op basis van artikel 30 EG kan worden gerechtvaardigd. Het staat evenwel aan de nationale rechterlijke instantie, na te gaan of dit in het hoofddeding het geval is.

B. Verkoopmodaliteiten

13. Zoals bekend kent de rechtspraak van het Hof inzake toetsing van nationale maatregelen die het vrij goederenverkeer belemmeren aan art. 28 EG een ce-suur in 1993. In dat jaar plaatste het Hof niet-discriminerende nationale reglementeringen inzake "verkoopmodaliteiten" buiten het toepassingsgebied van art. 28 EG.

14. Deze rechtspraak werd recent nog aldus samengevat in het arrest *Karner*,¹¹ dat hierna nog ter sprake zal komen:

"(36) Er zij aan herinnerd, dat volgens vaste rechtspraak elke handelsregeling van de lidstaten die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren, als een door artikel 28 EG verboden maatregel van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen is te beschouwen (zie, met name, arresten van 11 juli 1974, Dassonville, 8/74, Jurispr. blz. 837, punt 5; en 19 juni 2003, Commissie/Italië, C-420/01, Jurispr. blz. I-6445, punt 25, en arrest TK-Heimdienst, reeds aangehaald, punt 22).

(37) In punt 16 van het arrest Keck en Mithouard heeft het Hof gepreciseerd dat nationale bepalingen die bepaalde verkoopmodaliteiten aan banden leggen of verbieden, de handel tussen de lidstaten niet al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kunnen belemmeren in de zin van de Dassonville-rechtspraak, mits die bepalingen van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën, en mits zij zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten als op die van producten uit andere lidstaten.

(38) Vervolgens heeft het Hof bepalingen die met name betrekking hebben op de plaats en het tijdstip van de verkoop van bepaalde producten, alsmede op de reclame voor deze producten en op bepaalde methoden voor het op de markt brengen, gekwalificeerd als bepalingen inzake verkoopmodaliteiten in de zin van het arrest Keck en Mithouard (zie met name arresten van 15 december 1993, Hünermund e.a., C-292/92, Jurispr. blz. I-6787, punten 21 en 22, en 2 juni 1994, Tankstation 't Heuske en Boermans, C-401/92 en C-402/92, Jurispr. blz. I-2199, punten 12-14, en arrest TK-Heimdienst, reeds aangehaald, punt 24)."

15. Deze rechtspraak heeft onder meer tot gevolg dat b.v. nationale regels inzake handelspraktijken, hoewel ze het grensoverschrijdend goederenverkeer belemmeren niet kunnen worden aangevochten met een beroep op art. 28 EG, tenzij ze *de jure* of *de facto* de commercialisering van uit andere lidstaten in-

¹¹ H.v.J., 25 maart 2004, *Karner t. Troostwijk*, C-71/02, nog niet gepubliceerd, zie noot J. Stuyck in C.M.L.Rev. 2004, 1683 e.v.

gevoerde producten meer belemmeren dan de commercialisering van inlandse producten. Op dit gebied levert de rechtspraak van de afgelopen jaren niets nieuws op. In de zaak *Karner* b.v. oordeelde het Hof dat een bepaling van de Oostenrijkse handelspraktijkenwet die ondernemingen verbiedt in de reclame te verwijzen naar het feit dat de te koop gestelde producten afkomstig zijn van een faillissement, terwijl de goederen zich op dat moment niet meer in de boedel bevinden, niet onder het toepassingsgebied van art. 28 EG valt. Wel blijkt uit rechtspraak en acties van de Commissie inzake vrije dienstverlening dat regels inzake handelspraktijken en reclame in strijd kunnen zijn met de vrijheid van dienstverlening (art. 49 EG) Hiervoor zij verwezen naar *infra* 42 e.v.

C. Productvoorschriften

16. Interessant voor België is het zeer recente arrest van 13 januari 2005 in de zaak *Commissie t. België*.¹² Het Hof oordeelde dat België art. 28 EG had geschonden door technische criteria te definiëren waaraan rolstoelen moeten voldoen teneinde voor terugbetaling door de sociale zekerheid in aanmerking te komen, op een dergelijke wijze dat rolstoelen die aan het EG merk beantwoorden, overeenkomstig richtlijn 93/42/EEG inzake medische toestellen, werden uitgesloten. België had art. 28 EG eveneens geschonden door verkopers van rolstoelen uit te sluiten die geen voldoende uitgebreid assortiment rolstoelen voorstellen. België werd voor de zoveelste maal veroordeeld zonder dat het enig reëel verweer voerde, zij het dan dat het overwoog een nieuwe wetgeving aan te nemen die aan de grieven van de Commissie beantwoordt. Men kan de Belgische houding billijken door te verwijzen naar het feit dat ons land geen flauwe excuses zoekt en niet tegen beter weten in gelijk wil halen. Men kan het ook minder positief bekijken door vast te stellen dat ons land de druk van Europa nodig heeft om zijn leven te beteren maar ook dan nog te laat komt, wellicht door de traagheid van de administratieve - politieke molen.

17. Op grond van richtlijn 83/189/EEG van de Raad van 28 maart 1983 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften moeten de lidstaten de Commissie mededeling doen van de onder de werkingssfeer van deze richtlijn vallende ontwerpen voor technische voorschriften, tenzij het slechts een integrale omzetting van een internationale of Europese norm betreft, in welk geval met de vermelding van de betrokken internationale of Europese norm kan worden volstaan, alsmede de goedkeuring van deze ontwerpen een aantal maanden uitstellen teneinde de Commissie de mogelijkheid te bieden, na te gaan of deze ontwerpen verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht, of een richtlijn over dit onderwerp voor te stellen.

18. Volgens vaste rechtspraak moet richtlijn 83/189 aldus worden uitgelegd, dat verzuim van de in deze richtlijn neergelegde aanmeldingsplicht schending van een wezenlijk vormvoorschrift oplevert, die tot niet-toepasselijkheid van

¹² Zaak C-38/03, nog niet gepubliceerd.

de betrokken technische voorschriften leidt, met als gevolg dat deze niet aan particulieren kunnen worden tegengeworpen.¹³

19. Het Hof besliste ook dat de niet-toepasselijkheid van een niet overeenkomstig artikel 8 van richtlijn 83/189 aangemeld technisch voorschrift kan worden aangevoerd in een geding tussen particulieren over met name contractuele rechten en verplichtingen.¹⁴

20. In de zaak *Sapod Audic*¹⁵ stelde het Franse Hof van cassatie en prejudiciële vraag naar aanleiding van en geschil een fabrikant van voorverpakte levensmiddelen (Sapod) en een onderneming die een systeem voor de verwijdering van afvalstoffen en de terugwinning van verpakkingmaterialen had opgezet (Eco-Emballages). Sapod deed een beroep op de diensten van Eco-Emballages ter uitvoering van een wettelijke verplichting en verleende aan Eco-Emballages het niet-exclusieve gebruiksrecht van het logo "Point vert" dat op de verpakkingen van de producten van Sapod moest worden aangebracht. Op een gegeven moment stopt Sapod de betaling van de aan Eco-Emballages verschuldigde bijdrage. Eco-Emballages dagvaardt Sapod. Sapod roept in dat de Franse wet die haar verplichtte een beroep te doen op een onderneming zoals Eco-Emballages een technisch voorschrift is in de zin van de genoemde richtlijn en dat genoemd voorschrift niet bij de Commissie was gemeld.

21. Het Hof herhaalt dat een particulier zich kan beroepen op het ontbreken van aanmelding overeenkomstig de richtlijn van een nationale bepaling die onder de werkingssfeer van die richtlijn valt. De nationale rechter dient deze bepaling dan buiten toepassing te laten, met dien verstande dat naar nationaal recht wordt bepaald welke conclusie uit de niet-toepasselijkheid van deze nationale bepaling moet worden getrokken inzake de strekking van de door het toepasselijke nationale recht daaraan verbonden gevolgen, zoals de nietigheid of de niet-tegenwerpbaarheid van een overeenkomst. Deze conclusie is evenwel gebonden aan de voorwaarde dat de toepasselijke regels van nationaal recht niet ongunstiger mogen zijn dan die voor vergelijkbare vorderingen op basis van nationaal recht en de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk mogen maken

§4. *Vrijheid van vestiging*

A. De verdragsbepalingen

22. Artikel 43 handelt over natuurlijke personen. Volgens artikel 43, 1^{ste} alinea, zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. Dit verbod heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agent-schappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lid-

¹³ H.v.J., 30 april 1996, *CIA Security International*, C-194/94, Jurispr. I-2201, r.o. 48 en 54; H.v.J., 16 juni 1998, *Lemmens*, C-226/97, Jurispr. I-3711.

¹⁴ H.v.J., 26 september 2000, *Unilever*, C-443/98, Jurispr. I-7535, r.o. 49..

¹⁵ H.v.J., 6 juni 2002, *Sapod Audic t. Eco-Emballages*, C-159/00, Jurispr. I-5031.

staat die op het grondgebied van een andere lidstaat zijn gevestigd (artikel 43, 1^{ste} alinea). De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de 2^{de} alinea van artikel 48, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld.

23. Voor rechtspersonen en vennootschappen geldt artikel 48 EG. De vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en welke hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de gemeenschap hebben, worden voor de toepassing van de bepalingen van dit hoofdstuk gelijkgesteld met de natuurlijke personen die onderdaan zijn van de lidstaat (artikel 48, 1^{ste} alinea). Onder vennootschappen worden verstaan maatschappen naar burgerlijk recht of handelsrecht, de coöperatieve verenigingen of vennootschappen daaronder begrepen, en de overige rechtspersonen naar publiek- of privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen dewelke geen winst nastreven (artikel 48, 2^{de} alinea).

B. Vestigingsrecht van natuurlijke personen

24. Sedert het arrest *Gebhard*¹⁶, staat het vast dat artikel 43 niet enkel (rechtstreekse of onrechtstreekse) discriminaties op grond van nationaliteit verbiedt, maar elke beperking op de vrijheid van vestiging, tenzij die gerechtvaardigd kan worden door dwingende redenen van algemeen belang, en voorts geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaat dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is¹⁷.

C. Vrijheid van vestiging van vennootschappen

25. Inzake het vestigingsrecht van vennootschappen wees het Hof van Justitie op 5 november 2002 een belangrijk arrest. In het arrest *Überseering*¹⁸ besliste het Hof dat de Duitse "*Sitztheorie*" zich niet verdraagt met de artikelen 43 en 48 EG.

26. Het belang van het arrest overstijgt evenwel het belang van het (Duits) vennootschapsrecht.

¹⁶ H.v.J., 30 november 1995, *Gebhard*, C-55/94, Jurispr. I-4165, r.o. 37.

¹⁷ In het arrest *Pfeiffer* (H.v.J., 11 mei 1999, *Pfeiffer Großhandel GmbH en Löwa Warenhandel GmbH*, C-255/97, Jurispr., blz. I-2835, r.o. 19) heeft het Hof deze formule ook van toepassing verklaard op vennootschappen zoals bedoeld in artikel 48 EG (zie r.o. 19 van het arrest).

¹⁸ H.v.J., 5 november 2002, zaak C-208/00, *Überseering bv.*, Jurispr. I-9919.

27. Het arrest *Überseering* sluit aan bij het enkele jaren oudere arrest *Centros*¹⁹. Beide arresten wijken af van de vroegere rechtspraak van het Hof in *Daily Mail*²⁰.

28. In *Daily Mail* oordeelde het Hof van Justitie dat in de toenmalige stand van het gemeenschapsrecht de artikelen 43 en 48 EG (toen de artikelen 52 en 58 van het EG-verdrag) aan een vennootschap, die is opgericht volgens de wetgeving van een lidstaat waar zij haar statutaire zetel heeft, niet het recht verleent om haar hoofdbestuur en controle te verplaatsen naar een andere lidstaat. Deze zaak betrof een Britse vennootschap die om fiscale redenen haar zetel naar Nederland wilde verplaatsen. Volgens de Engelse fiscale wet kon deze zetelverplaatsing niet zonder vereffening van de vennootschap. Uit dit arrest kan worden afgeleid dat volgens het Hof rechtspersonen, in tegenstelling tot natuurlijke personen, niet over het recht op primaire vestiging beschikken, met name het recht om het land van vestiging te verlaten en een hoofdvestiging in een andere lidstaat te creëren.

29. In *Centros* had een Deens echtpaar in het Verenigd Koninkrijk een vennootschap opgericht met de uitsluitende bedoeling een handelsactiviteit uit te oefenen in Denemarken. Vervolgens had de Engelse vennootschap in Denemarken de inschrijving van een bijkantoor gevraagd. Deze inschrijving werd door de Deense autoriteiten geweigerd omdat de oprichting van een bijkantoor in Denemarken kon worden gezien als een middel om de nationale bepalingen inzake het minimumkapitaal en de storting van kapitaal te ontduiken. De weigering werd voorts gerechtvaardigd met een beroep op de noodzaak, openbare of particuliere schuldeisers en medecontractanten te beschermen en oneigenlijk gebruik van faillissement te bestrijden.

30. Het Hof van Justitie besliste dat een lidstaat de inschrijving van een filiaal van een vennootschap die is opgericht in overeenstemming met de wetgeving van een andere lidstaat, waar zij haar zetel heeft, niet kan weigeren. Dit sluit echter niet uit dat de eerste lidstaat alle maatregelen kan treffen ter bestrijding of bestraffing van fraude, hetzij ten aanzien van de vennootschap zelf, in voorkomend geval in samenwerking met de lidstaat waar zij is opgericht, hetzij ten aanzien van vennoten waarvan wordt aangetoond dat zij, via de oprichting van een vennootschap, in werkelijkheid trachten zich te onttrekken aan hun verplichtingen die jegens particuliere of openbare schuldeisers die op het grondgebied van de betrokken lidstaat gevestigd zijn. Hoe dan ook kan fraudebestrijding geen rechtvaardiging vormen voor een praktijk waarbij de inschrijving van een filiaal van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap wordt geweigerd²¹.

¹⁹ H.v.J., 9 maart 1999, *Centros*, C-212/97, Jurispr. I-1459.

²⁰ H.v.J., 27 september 1998, *Daily Mail and General Trust*, 81/87, Jurispr. 5483.

²¹ Het recht van de lidstaat om aan een persoon een verdragsvrijheid te ontfangen (vrijheid van vestiging of de vrijheid van dienstverlening) bij een zogen. "U-bocht"-constructie, sluit aan bij een vaststaande rechtspraak sinds het arrest van 3 december 1974, van Binsbergen, 33/74, Jurispr. 1299, r.o. 13 (zie ook r.o. 24 van het *Centros*-arrest met verdere verwijzingen naar recentere arresten).

31. In het arrest *Centros* leidt het Hof uit artikel 48 (de vrijheid van vestiging van een vennootschap) af dat vennootschappen het recht hebben om in een andere lidstaat hun activiteit uit te oefenen door middel van een agentschap, filiaal of dochtervennootschap, aangezien hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging, naar het voorbeeld van de nationaliteit van natuurlijke personen, dient ter bepaling van hun binding aan de rechtsorde van een lidstaat. Bijgevolg diende de weigering, door de Deense autoriteiten, van de inschrijving van een filiaal van een Engelse vennootschap, te worden beschouwd als een belemmering van het recht van vrije vestiging van die vennootschap. *In casu* kon deze belemmering niet worden gerechtvaardigd met een beroep op het algemeen belang. Het feit dat een vennootschap geen activiteiten ontplooit in de lidstaat waar zij gevestigd is, en haar activiteiten uitsluitend uitoefent in de lidstaat van haar filiaal, volstaan niet als bewijs van misbruik of bedrog op grond waarvan de ontvangende lidstaat deze vennootschap een beroep op de communautaire bepalingen inzake het recht van vestiging zou kunnen ontzeggen.

32. Uit *Centros* volgt weliswaar (nog niet) dat een vennootschap een recht van primaire vestiging heeft (*Centros* verplaatste haar hoofdzetel niet, maar wenste een filiaal op te richten), maar wel dat een vennootschap geacht kan worden in een bepaalde lidstaat gevestigd te zijn, zonder dat ze daar een economische activiteit ontwikkelt. Hiermee komt het Hof terug op vroegere jurisprudentie, met name in de zaak *Factortame*²² waarin het Hof zei dat het vestigingsbegrip een reële en permanente band met de economie van een lidstaat veronderstelt.

33. Het recentere arrest *Überseering* bevestigt dat lidstaten de vrijheid van vestiging van vennootschappen die in een andere lidstaat rechtsgeldig zijn opgericht niet mogen beperken om redenen die verband houden met de bescherming van aandeelhouders, schuldeisers of werknemers. *Überseering* bv, was een vennootschap naar Nederlands recht die, voor een Duitse rechtbank, een geschil had met een in Duitsland gevestigde vennootschap. De zaak kwam tot voor het Bundesgerichtshof dat twijfels had over de verenigbaarheid met het EG-verdrag van de Duitse leer volgens dewelke (buitenlandse) vennootschap die haar zetel (naar Duitsland) had verplaatst, niet rechtsbevoegd zou zijn. Naar aanleiding van een aandelentransactie werd *Überseering* immers geacht de facto haar zetel naar Duitsland te hebben verplaatst. Aldus viel zij onder de Duitse rechtsorde, maar was zij niet rechtsbekwaam, omdat zij naar Duits recht niet geldig was opgericht.

34. Over deze kwestie is zeer veel te doen geweest in de Duitse literatuur.

35. Het Hof besliste uiteindelijk dat de artikelen 43 en 48 zich ertegen verzetten dat, wanneer een vennootschap die overeenkomstig de wetgeving van een lidstaat is opgericht en daar haar statutaire zetel heeft, volgens het recht van een andere lidstaat wordt geacht haar werkelijke bestuurszetel naar die staat te hebben verplaatst, laatstbedoelde staat niet de rechtsbevoegdheid van de betrokken vennootschap erkent en dus evenmin haar procesbevoegdheid erkent om voor de nationale rechterlijke instanties van die staat haar aanspraken uit

²² H.v.J., 25 juli 1991, *Factortame II*, 221/89, Jurisp. I-3925.

een overeenkomst met een in die staat gevestigde vennootschap geldend te maken.

36. M.a.w. de (internationaal privaatrechtelijke) Duitse zeteltheorie, volgens dewelke een buitenlandse vennootschap haar rechtsbevoegdheid verliest wanneer zij geacht wordt haar zetel naar Duitsland te hebben verplaatst, is in strijd met de vrijheid van vestiging. De verschillende rechtvaardigingsgronden die de Duitse regering inriep (ondermeer bescherming van schuldeisers, het medebeslissingsrecht van de werknemer enz.), mochten niet baten. Dergelijke doelstellingen kunnen niet rechtvaardigen dat een vennootschap die in een andere lidstaat rechtsgeldig is opgericht en er haar statutaire zetel heeft, de rechtsbevoegdheid en dus de procesbevoegdheid niet wordt erkend. Een dergelijke maatregel gaat immers regelrecht in tegen de vrijheid van vestiging die de vennootschappen ingevolge de artikelen 43 EG en 48 EG toekomt.

37. In het arrest *Überseering* heeft het Hof van Justitie wel het recht op primaire vestiging van vennootschappen erkend, tenminste ten aanzien van beperkingen die tegen deze vrijheid zouden worden opgeworpen door een lidstaat die niet de lidstaat van oprichting van de vennootschap is.

38. Tenslotte is er het arrest *Inspire Art*²³ waarin het Hof de regeling van de Nederlandse vennootschapswet inzake "formele buitenlandse vennootschappen" in strijd achtte met de art. 43 en 48 EG. Volgens die regeling moet het filiaal (bijkantoor) van een anders dan naar Nederlands recht opgerichte rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschap waarvan de activiteiten geheel of nagenoeg geheel op Nederland gericht zijn en die geen werkelijke band heeft met het land naar het recht waarvan zij is opgericht een aantal verplichtingen naleven, zoals openbaarmakings-verplichtingen waarin de relevante (elfde) vennootschapsrichtlijn niet voorziet. Die regeling stelt de vestiging van een dergelijk filiaal ook afhankelijk van bepaalde voorwaarden betreffende het minimumkapitaal en de aansprakelijkheid van de bestuurders die in het nationale vennootschapsrecht voor de oprichting van vennootschappen worden gesteld. Het Hof oordeelde dat beide reeksen verplichtingen in strijd zijn met de vrijheid van vestiging en dat de redenen waarom de vennootschap in de eerste lidstaat is opgericht, en de omstandigheid dat zij haar werkzaamheden uitsluitend of nagenoeg uitsluitend in de lidstaat van vestiging uitoefent, haar niet het recht ontnemen, zich op de door het Verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging te beroepen, tenzij er sprake is van misbruik, hetgeen van geval tot geval moet worden aangetoond.

²³ H.v.J., 30 september 2003, zaak 167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam t. Inspire Art Ltd., nog niet gepubliceerd.

§5. *Vrijheid van dienstverlening*

A. De verdragsbepalingen

39. Artikel 49 EG verbiedt beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de gemeenschap ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een ander land van de gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht. Deze bepaling is ook van toepassing op vennootschappen in de zin van artikel 48 EG (zie hoger).

40. Volgens een welgevestigde jurisprudentie verbiedt artikel 49 EG niet enkel belemmeringen voor het grensoverschrijdend dienstenverkeer die discriminerend zijn (op grond van nationaliteit of vestigingsplaats), maar ook niet-discriminerende belemmeringen, tenzij ze kunnen worden gerechtvaardigd in het algemeen belang. Deze jurisprudentie gaat terug tot *Säger t. Dennemeyer*²⁴ en zelfs *Van Binsbergen*²⁵. Bij het vrij verrichten van diensten geldt dus ook een zogenaamde "*rule of reason*". Discriminerende belemmeringen kunnen enkel worden gerechtvaardigd op grond van één van de in artikel 46 EG genoemde gronden (openbare orde, goede zeden, openbare veiligheid,...). Belemmeringen die geen onderscheid maken tussen binnenlandse dienstverleners en dienstverleners uit andere lidstaten kunnen worden gerechtvaardigd op grond van dwingende eisen die verband houden met het algemeen belang, waaronder de bescherming van consumenten, spaarders en investeerders, de cohesie van het fiscale systeem (zie ook hierna), het financiële evenwicht van de nationale sociale zekerheid en de medische infrastructuur, het bestrijden van de speelzucht (zoals bij loterijen), de bescherming van de stabiliteit van financiële markten, sociale bescherming, enz.. Belemmerende maatregelen zijn slechts gerechtvaardigd indien ze noodzakelijk zijn, d.w.z. geëigend zijn de beoogde doelstelling te realiseren en niet verder gaan dan daarvoor nodig is (proportionaliteitseis).

B. Rechtspraak inzake vrije dienstverlening en sociale zekerheid

41. In recente jaren zijn er een aantal uitspraken van het Hof over regelingen inzake sociale zekerheid, inzonderheid ziekteverzekering, die een belemmering kunnen vormen voor het vrij verrichten van diensten. Aanbrekend is het arrest *Kohl*²⁶. Recenter, en betrekking hebbend op België, is de zaak *Vanbraekel*²⁷. In dit arrest moest het Hof een interpretatie geven van sommige bepalingen van Verordening nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen. Aan het Hof werd ook een interpretatievraag gesteld over artikel 49 van het

²⁴ H.v.J., 25 juli 1991, C-76/90, *Säger t. Dennemeyer*, Jurispr., I-4221.

²⁵ H.v.J., 3 december 1974, *Van Binsbergen*, 33/74, Jurispr.1299.

²⁶ H.v.J., 28 april 1998, *Kohl*, C-158/96, Jurispr., 1998, I-1931; zie noot J. Stuyck in SEW, 1999, 259 e.v.

²⁷ H.v.J., 12 juli 2001, *Abdon Vanbraekel e.a. t. Landsbond der Christelijke Mutualiteiten*, C-368/98, Jurispr., I-5363; zie ook het arrest van dezelfde dag in de zaak C-157/99, *Smits en Peerbooms*, Jurispr., I-5473.

verdrag. Mevrouw Deschamps, een in België woonachtige Belgische onderdaan, leed aan een bepaalde ziekte en verzocht de Landsbond der Christelijke Mutualiteiten (LCM) waarbij zij aangesloten was, om toestemming voor een door de LCM te vergoeden orthopedische chirurgische ingreep in Frankrijk. De LCM wees dit verzoek af omdat mevrouw Deschamps geen advies had overgelegd van een bevoegde arts. Mevrouw Deschamps liet de ingreep toch in Frankrijk uitvoeren en vorderde voor de arbeidsrechtbank te Doornik een vergoeding van de kosten van deze behandeling door de LCM. De arbeidsrechtbank wees de vordering af. Het arbeidshof te Bergen oordeelde dat de LCM moest worden veroordeeld tot vergoeding van de kosten van de ziekenhuisopname van Mevrouw Deschamps, maar vroeg zich af of de vergoeding van de kosten diende te geschieden volgens het stelsel van de staat van het bevoegde orgaan (de mutualiteit), dan wel volgens dat van de staat op het grondgebied waarvan de ziekenhuisopname heeft plaatsgevonden. Het Hof van Justitie oordeelde zo de betrokkene een minder gunstige dekking zou genieten, hij of zij zou worden afgeschrikt om zich tot medische hulpverleners in een andere lidstaat te wenden. Hierdoor komt het financiële evenwicht van het sociale zekerheidsstelsel niet in gevaar (in het arrest *Kohll* had het Hof erkend dat belemmeringen op de grensoverschrijdende prestatie van medische diensten die resulteren uit de tussenkomst van de sociale zekerheid voor medische prestaties niet in strijd zijn met artikel 49 EG indien die belemmeringen voortvloeien uit wettelijke regelingen die noodzakelijk zijn voor de handhaving van het financiële evenwicht van het sociale zekerheidsstelsel of de instandhouding van een leefbare medische infrastructuur).

C. Verkoopmodaliteiten

42. In het reeds genoemde arrest *Karner*²⁸ diende het Hof zich niet alleen uit te spreken over de verenigbaarheid van een nationale reclameregeling met het vrij goederenverkeer, maar ook met de vrijheid van dienstverlening en met de vrijheid van meningsuiting. Wat de vrijheid van dienstverlening betreft oordeelde het Hof dat aangezien *in casu* (een Oostenrijks verbod om bij de verkoop van goederen te adverteren met het feit dat deze goederen afkomstig zijn uit en faillissement terwijl ze zich niet meer daadwerkelijk in de boedel van het faillissement bevinden) de vrijheid van dienstverlening (b.v. de activiteit van een onderneming die de verkoop via het internet bekendmaakt) geheel subsidiair was aan het vrij verkeer van goederen, het de betrokken regeling niet aan de vrijheid van dienstverlening diende te toetsen. Deze vaststelling is niet zonder belang, aangezien een toetsing aan art. 28 EG, conform de *Keck* rechtspraak de regeling (een niet-discriminerende regeling inzake verkoopmodaliteiten) buiten de werkingssfeer van dat artikel had gebracht en uit dien hoofde dus ook niet moest gerechtvaardigd worden op grond van ene doelstelling van algemeen belang (b.v. de bescherming van de consument). Inzake de vrijheid van dienstverlening heeft het Hof evenwel nooit een *Keck* immuniteit voor niet-discriminerende reglementeringen inzake verkoopmodaliteiten willen aanvaar-

²⁸ Zie voetnoot...

den.²⁹ Toepassing van art. 49 EG op de Oostenrijkse reclameregeling had bijgevolg geleid tot een beoordeling, door het Hof, van de Oostenrijkse regeling in het licht van de verklaarde doelstelling van consumentenbescherming (zij het dat het Hof de vraag of de regeling proportioneel is aan de beoogde doelstelling vaak doorverwijst naar de nationale rechter).

43. In *Karner* onderzocht het Hof eveneens of de Oostenrijkse regeling geen ongeoorloofde beperking was van de vrijheid van meningsuiting, een grondrecht dat niet als zodanig door het Verdrag gewaarborgd wordt maar deel uitmaakt van de algemene beginselen van gemeenschapsrecht. Het Hof oordeelde dat de "freedom of commercial speech" niet geschonden was. Hierop kom ik *infra* (zie nr. 49) terug.

§6. Kapitaalverkeer

44. Door het Verdrag van Maastricht werden in 1994 nieuwe bepalingen inzake vrij kapitaalverkeer in het EG-verdrag ingelast (thans de artikelen 56-71 EG, ex-artikelen 73b-75, die de oude artikelen 67 e.v. vervangen). Thans geldt een volledige vrijheid van kapitaalverkeer tussen lidstaten en, op enkele uitzonderingen na, eveneens vrij kapitaalverkeer met derde landen. Het verbod van belemmeringen voor het vrij verkeer van kapitaal tussen lidstaten doet, naar luid van artikel 58, lid 1, EG, niets af aan het recht van de lidstaten (a) de terzake dienende bepalingen van hun belastingwetgeving toe te passen die onderscheid maken tussen belastingplichtigen die niet in dezelfde situatie verkeren, (b) alle nodige maatregelen te nemen om overtredingen van nationale wetten en voorschriften tegen te gaan, met name op fiscaal gebied en met betrekking tot het bedrijfseconomisch toezicht op financiële instellingen (de zogenaamde prudentiële controle), of te voorzien in procedures voor de kennisgeving van kapitaalbewegingen ter informatie van de overheid of voor statistische doeleinden, dan wel maatregelen te nemen die op grond van de openbare orde of de openbare veiligheid gerechtvaardigd zijn. Deze maatregelen en procedures mogen echter geen middel tot willekeurige discriminatie vormen, noch een verkapte beperking van het vrij kapitaalverkeer en betalingsverkeer inhouden.

45. De Commissie heeft reeds tweemaal ons land voor het Hof van Justitie gebracht wegens beweerdte schending van artikel 56 EG. In de eerste zaak uit 2000 kreeg de Commissie gelijk. In de tweede zaak, uit 2002, werd de Commissie in het ongelijk gesteld.

46. De eerste zaak³⁰ betrof het Koninklijk Besluit die Belgische ingezetenen verbood schuldbewijzen van in het buitenland door België uitgegeven Euroobligatieleningen te verwerven. Het Hof oordeelde dat maatregelen van een lidstaat beperkingen van het kapitaalverkeer in de zin van artikel 56 EG kun-

²⁹ H.v.J., 10 mei 1995, *Alpine Investments*, C-384/93, Jurispr. I-1141; H.v.J., 9 juli 1997, *De Agostini*, C-34/95, Jurispr. I-3843.

³⁰ H.v.J., 26 september 2000, zaak C-478/1998, *Commissie t. België*, Jurispr. 2000, I-7587.

nen vormen, wanneer zij de ingezetenen van die staat ervan weerhouden in een andere lidstaat een lening te sluiten of investeringen te verrichten.

47. In de Belgische "*golden share*"-zaak van 4 juni 2002³¹ (het Hof sprak die dag ook een arrest uit in twee andere zaken die de Commissie tegen respectievelijk Portugal en Frankrijk had ingeleid) oordeelde het Hof dat het bijzonder aandeel dat volgens de wet aan de overheid in de nationale maatschappij der pijpleidingen en in de maatschappij voor gasvoorziening werd verleend verenigbaar was met het Verdrag. De Commissie maakte bezwaar tegen bepalingen van twee KB's uit 1994 die aan de staat een bijzonder aandeel geven in beide vennootschappen. Elke overdracht, zekerheidstelling of verandering van de bestemming van leidingen van de NMP, die grote infrastructuren voor het binnenlandse vervoer van energieproducten uitmaken of hiervoor in aanmerking komen, dient vooraf ter kennis te worden gebracht van de toezichthoudende minister. Deze heeft het recht zich daartegen te verzetten indien hij van oordeel is dat de betreffende verrichting de nationale belangen op energiegebied schaadt. De minister kan twee vertegenwoordigers van de federale regering benoemen in de Raad van Bestuur van de maatschappij en deze kunnen de minister voorstellen beslissingen van de Raad van Bestuur welke zij strijdig achten met de krachtlijnen van 's lands energiebeleid, met inbegrip van de doelstellingen van de regering betreffende de bevoorrading van het land in energie, te vernietigen. De Europese Commissie vocht deze bepalingen aan op grond van artikel 43 EG-verdrag (vrijheid van vestiging) en artikel 73b EG-verdrag inzake vrijheid van kapitaalverkeer (thans artikel 56 EG). Het Hof oordeelde dat het vrije verkeer van kapitaal, als fundamenteel verdragsbeginsel, slechts kan worden beperkt door een nationale regeling die gerechtvaardigd is om de in artikel 58, lid 1, van het verdrag genoemde redenen (zie hoger) of om dwingende redenen van algemeen belang en die van toepassing is op alle personen of ondernemingen die een activiteit uitoefenen op het grondgebied van de lidstaat van ontvangst. Bovendien moet de betrokken nationale regeling, wil zij gerechtvaardigd zijn, geschikt zijn om de verwezenlijking van het gestelde doel te waarborgen en mag zij niet verder gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is, teneinde aan het evenredigheidscriterium te voldoen³². Het Hof hanteert bijgevolg ten aanzien van het vrij kapitaalverkeer eveneens een "*rule of reason*". In casu viel niet te ontkennen, aldus het Hof dat het door de betrokken regeling nagestreefde doel, te weten het veilig stellen van de bevoorrading met energie in geval van crisis, een legitiem openbaar belang is. Met name overwegingen van openbare veiligheid konden die belemmeringen aan het vrij verkeer rechtvaardigen. De eisen van openbare orde en openbare veiligheid moeten evenwel strikt worden opgevat, zodat de inhoud ervan niet zonder controle van de instellingen van de gemeenschap éézijdig door de lidstaten kan worden bepaald. De betrokken regeling beantwoordt aan deze eisen.

31 H.v.J., 4 juni 2002, Commissie t. België, zaak C-503/99, Jurisp. I-4809; zie ook arresten van dezelfde dag in de zaak C-367/98, Commissie t. Portugal en C-483/99, Commissie t. Frankrijk, Jurisp. I-4731 en 4781. Het eerste arrest waarin het Hof zich over *golden shares* uitsprak was H.v.J., 23 mei 2000., zaak C-58/99, Commissie t. Italië, Jurisp. I-3811.

32 Zie ook reeds ondermeer het arrest van 14 december 1995, *Sanz de Lera*, zaak C-163/94, e.v., Jurisp., blz. I-4821, r.o. 23.

Zij gaat uit van het beginsel van de autonome beslissing van de onderneming. De bijzondere controle kan slechts worden uitgeoefend in elk bijzonder geval op initiatief van de regeringsinstantie. Bij de overheid gelden strikte termijnen voor de uitoefening van het recht van verzet. Voorts is het stelsel beperkt tot bepaalde beslissingen betreffende de strategische activa van de vennootschappen, inzonderheid de energienetten, alsmede tot bijzondere daarmee samenhangende beheersbeslissingen waartegen van geval tot geval kan worden opgekomen. Tenslotte kan de minister slechts tussenkomen wanneer de doelstellingen van het energiebeleid gevaar lopen. De beslissingen moeten formeel gemotiveerd worden op basis van objectieve criteria die door de rechterlijke instanties kunnen worden getoetst.

48. In 2003 diende het Hof zich opnieuw tweemaal uit te spreken over de verenigbaarheid van het Verdrag van golden share-regelingen: *Commissie t. Spanje*³³ en *Commissie t. Verenigd Koninkrijk*.³⁴ De Spaanse zaak betrof de privatisering van verschillende staatsbedrijven. Die wetgeving voorzag onder meer in een stelsel van administratieve goedkeuring van beslissingen van de raad van bestuur van de betrokken vennootschap bij overdracht van een participatie van ten minste 10% die resulteert in een overheidsparticipatie van minder dan 50% of bij enige andere rechtshandeling waarbij de overheidsparticipatie vermindert wordt tot minder dan 15% van het kapitaal. De Britse zaak betrof de privatisering van de British Airports Authority (BAA). Bij de privatisering van BAA werd aan de Secretary of State for Transport een speciaal aandeel van 1 £ verleend en werd in de statuten bepaald dat het voorafgaand akkoord vereist was, onder meer, voor elke wijziging in de statuten, die de bijzondere machten van de Staat in de vennootschap zouden wijzigen, voor de vervreemding van enige aangewezen luchthaven, voor de stopzetting van controle over bepaalde dochterondernemingen enz.. Het Hof acht deze regeling in strijd met art. 56 EG en overweegt dat hoewel de betrokken beperkingen op het gebied van investeringen zonder onderscheid van toepassing zijn op ingezetenen en niet-ingezetenen, *in casu* toch moet worden vastgesteld dat zij de situatie van de verkrijger van een participatie als dusdanig aantasten en de investeerders uit andere lidstaten dus afhouden van deze investeringen en derhalve de toegang tot de markt aan voorwaarden onderwerpen.³⁵ Het Hof verwierp daarbij uitdrukkelijk en omstandig een argument van het V.K. dat, analoog met 'Keck' niet-discriminerende beperkingen op het vrij kapitaalverkeer niet onder het toepassingsgebied van art. 56 EG vallen.

§7. Vrij verkeer en grondrechten

49. In het reeds vermelde arrest *Karner*³⁶ had de betrokken onderneming betoogd dat het Oostenrijkse verbod in de reclame te verwijzen naar het feit dat de goederen afkomstig zijn van een faillissement een beperking uitmaakte van de door het EVRM beschermd vrijheid van meningsuiting. Na vast te hebben

³³ H.v.J., 13 mei 2003, Commissie/Spanje, C-463/00, Jurispr. I-4581.

³⁴ H.v.J., 13 mei 2003, Commissie t. Verenigd Koninkrijk, C-98/01, Jurispr. I-4641.

³⁵ Zie eveneens Commissie/Spanje, C-463/00, punt 61.

³⁶ Zie voetnoot 12.

gesteld dat dit verbod niet binnen de toepassingsfeer van art. 28 EG (vrij verkeer van goederen) komt en dat een onderzoek naar de verenigbaarheid van dat verbod met art. 49 (vrijheid van dienstverlening) niet noodzakelijk is, omdat de dienstverlening hier een ondergeschikt aspect is, toetst het Hof – merkwaardigerwijze – het verbod toch aan de vrijheid van meningsuiting, als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht.³⁷ Het Hof overweegt (in r. 48 e.v):

"[Er zij] aan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de grondrechten integreerend deel uitmaken van de algemene rechtsbeginselen welke eerbiediging het Hof verzekert, en dat dit laatste zich daarbij laat leiden door de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten alsmede door de aanwijzingen die te vinden zijn in de internationale rechtsinstrumenten inzake de bescherming van de rechten van de mens waaraan de lidstaten hebben meegewerkt of waarbij zij zich hebben aangesloten. Aan het EVRM komt in dit verband bijzondere betekenis toe (zie met name arresten van 18 juni 1991, ERT, C-260/89, Jurispr. blz. I-2925, punt 41; 6 maart 2001, Connolly/Commissie, C-274/99 P, Jurispr. blz. I-1611, punt 37; 22 oktober 2002, Roquette Frères, C-94/00, Jurispr. blz. I-9011, punt 25, en 12 juni 2003, Schmidberger, C-112/00, Jurispr. blz. I-5659, punt 71).

[...]

Hoewel het beginsel van vrijheid van meningsuiting in artikel 10 EVRM uitdrukkelijk is erkend en een wezenlijke grondslag van een democratische maatschappij vormt, volgt uit de bewoordingen van het tweede lid van dit artikel dat deze vrijheid kan worden onderworpen aan bepaalde door doelstellingen van algemeen belang gerechtvaardigde beperkingen, voorzover die afwijkingen bij de wet zijn voorzien, zijn ingegeven door een of meer gelet op die bepaling legitieme doelstellingen en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn, dat wil zeggen gerechtvaardigd door een dwingende maatschappelijke behoefte en met name evenredig aan het nagestreefde legitieme doel (zie, in die zin, arresten van 26 juni 1997, Familiapress, C-368/95, Jurispr. blz. I-3689, punt 26, en 11 juli 2002, Carpenter, C-60/00, Jurispr. blz. I-6279, punt 42, en arrest Schmidberger, reeds aangehaald, punt 79)."

Vaststaat dat de beoordelingsmarge waarover de bevoegde autoriteiten beschikken om het juiste evenwicht tussen de vrijheid van meningsuiting en de hiervoor genoemde doelen te bepalen, varieert al naar gelang het doel op grond waarvan de beperking van dit recht gerechtvaardigd is en afhankelijk van de activiteiten waar het om gaat. Als de uitoefening van de vrijheid geen bijdrage levert voor een debat van algemeen belang en bovendien sprake is van een context waarin de lidstaten een zekere beoordelingsmarge hebben, wordt slechts getoetst of de inmenging redelijk en evenredig is. Dat is het geval bij het commercieel gebruik van de vrijheid van meningsuiting, met name op een zo ingewikkeld en fluctuerend terrein als dat van de reclame (zie, in die zin, arrest van 23 oktober 2003, RTL Television, C-245/01, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 73, alsmede EHRM, arresten Markt intern Verlag GmbH en Klaus Beermann van 20 november 1989, serie A, nr. 165, § 33, en VGT

³⁷ Zie hierover J. Stuyck, noot in CMLRev., zie voetnoot 12.

Verein gegen Tierfabriken/Zwitserland van 28 juni 2001, Recueil des arrêts et décisions, 2001-VI, § 69-70).

Gelet op de feitelijke en juridische omstandigheden die kenmerkend zijn voor de situatie die aanleiding heeft gegeven tot het hoofdgeding en op de beoordeulingsmarge waarover de lidstaten beschikken, lijkt een beperking van reclame, zoals die waarin § 30, UWG voorziet, in casu redelijk en evenredig aan de legitieme doelen die met deze bepaling worden nagestreefd, te weten de bescherming van de consument en de eerlijkheid van de handelstransacties."

II. Mededingingsregels voor ondernemingen

§1. Inleiding

50. Het mededingingsrecht van de EG heeft een lange en vrij stabiele geschiedenis. Sedert 12 maart 1962, datum van inwerkingtreding van de inmiddels afgeschafte Verordening 17/62, worden de artikelen 81 en 82 (ex 85 en 86) EG effectief door de Europese Commissie toegepast. Het Hof heeft ook vrij vroeg erkend dat het kartelverbod in artikel 81, lid 1, EG en het verbod van misbruik van machtspositie in art. 82 EG rechtstreeks werken. Beide artikelen vereisen voor hun toepassing een ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten. Zij kunnen dus door de nationale rechters worden toegepast. Ingevolge art. 9, lid 3, VO 17/62 genoot de Europese Commissie evenwel over een exclusieve bevoegdheid om, overeenkomstig artikel 81, lid 3, EG ontheffingen of vrijstellingen te verlenen voor mededingingsbeperkende afspraken in de zin van art. 81, lid 1, die aan de voorwaarden van lid 3 beantwoorden (bijdrage aan de productie of de distributie of de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel van het voordeel aan de gebruikers wordt doorgegeven, er geen beperkingen worden opgelegd die niet onmisbaar zijn en de mededinging niet wezenlijk wordt uitgeschakeld). Door de exclusieve bevoegdheid waren nationale mededingingsautoriteiten (NMA's) in een moeilijke positie om art. 81 EG toe te passen. Die exclusieve bevoegdheid bracht met zich mee dat artikel 81, lid 3 niet rechtstreeks werkte. Daardoor konden ook nationale rechters artikel 81 EG slechts toepassen in de gevallen waarin ze konden uitsluiten dat de Commissie de afspraak niet alsnog op basis van art. 81, lid 3 zou beoordelen.

51. In 1990 kwam, met de inwerkingtreding van Verordening 4064/89/EG, voor het eerst een controle op concentraties in de EG tot stand (het inmiddels verstreken EGKS verdrag voorzag op een controle op concentraties in de kolen- en staalsector). Concentraties met een communautaire dimensie (gezamenlijke wereldomzet van de betrokken ondernemingen van ten minste 5 miljard EUR en een omzet in de EU van tenminste twee van de betrokken ondernemingen van minimum 250 miljoen EUR) moesten bij de Europese Commissie vooraf worden aangemeld met het oog op een onderzoek naar de vraag of de voorgenoemde operatie al dan niet een machtspositie creëert of versterkt die tot gevolg heeft dat de mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel ervan op significante wijze belemmert.

52. Doorheen de jaren, maar vooral vanaf de jaren negentig, werden in de lidstaten, in de ene na de andere, moderne mededingingswetten aangenomen die gebaseerd zijn op dezelfde principes als het Europese mededingingsrecht en die mededingingsbeperkingen op het nationale grondgebied op het oog hebben: afspraken en misbruik van machtspositie die geen ongunstige invloed op de handel tussen lidstaten hebben en concentraties zonder communautaire, maar enkel met een nationale, dimensie.

53. In België werden dergelijke regels ingevoerd met de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging (WEM). Er werd een Raad voor de Mededinging, een administratief rechtscollege, opgericht die de beslissingen inzake restrictieve mededingingspraktijken en concentraties neemt en een Dienst voor de Mededinging binnen het Ministerie van Economische Zaken (thans de FOD Economie, KMO, Middenstand en Energie) die het onderzoek doet. Belangrijke hervormingen van de wet werden doorgevoerd in 1999, onder meer door het instellen van een Korps van Verslaggevers. De Raad beslist nu op basis van een Verslag opgesteld door een Verslaggever die over een zekere autonomie beschikt ten opzichte van de Dienst en de Minister die de Dienst leidt.

54. In de jaren negentig groeide er bij de Europese Commissie het besef dat het regime van Verordening 17 aan modernisering toe was. De bestaande wetgeving, in de vorm van groepsvrijstellingen (m.a.w. generieke toepassingen van artikel 81, lid 3) en beschikkingspraktijk hielden te weinig rekening met de economische realiteit en de verworvenheden van de economische literatuur. Het Hof had in een aantal arresten (zoals in *Delimitis*³⁸) reeds de weg aangegeven van een meer economisch onderbouwde analyse.

55. De reflecties en de consultaties van de Commissie inzake een modernere aanpak van het antitrustrecht (de artikelen 81 en 82 EG) gaf vooreerst aanleiding tot een geheel nieuwe aanpak van zogen. "verticale restricties", zoals niet-mededingings- en exclusieve bevoorradingsbedingen in distributiecontracten. Verordening 2079/1999/EG (de groepsvrijstelling inzake verticale restricties) stelt dergelijke beperkingen grotendeels vrij op voorwaarde dat het marktaandeel van de betrokken ondernemingen niet meer dan 30% bedraagt, omdat er beneden die drempel meestal geen gevaar bestaat voor "foreclosure" (het uitsluiten van concurrerende potentiële leveranciers).

56. Een tweede belangrijke uiting van de modernisering is de uitvaardiging van Verordening 1/2003 die VO 17 vervangt. Deze nieuwe Verordening draait rond decentralisering. Deze werd meer dan ooit noodzakelijk op de vooravond van de toetreding van tien nieuwe lidstaten. De nieuwe Verordening trad in werking op de dag van die toetreding, n.l. 1 mei 2004.

57. Een derde belangrijke hervorming trad eveneens op 1 mei 2004 in werking: de nieuwe fusieverordening. Verordening 139/2004 vervangt Verordening 4064/89 die sedert september 1990 in voege was. Zij werd in 1997 gewijzigd, door Verordening nr. 1310/97, vooral met een bepaling die het aanmelden bij

³⁸ H.v.J., 28 februar 1991, *Delimitis*, C-234/89, Jurispr. 1991, I-935.

drie of meer autoriteiten van concentraties zonder communautaire dimensie (maar met een gezamenlijke wereldomzet van meer dan 2,5 miljard EUR) wilde vermijden en het onder het toepassingsgebied van de communautaire concentratiecontrole brengen van de oprichting van zogen. coöperatieve full function joint ventures. Vóór 1997 vielen full function joint ventures (gezamenlijke ondernemingen die alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervullen) enkel onder de toepassing van de verordening indien ze "concentratief" waren, m.a.w. indien ze geen aanleiding gaven tot een coördinatie van het mededingingsgedrag van met name de oprichters. Was er van een dergelijke coördinatie wel sprake dan viel de (dus "coöperatieve") joint venture onder de toepassing van art. 81 EG, indien aan de voorwaarden van die bepaling voldaan was. De Verordening van 1997 bracht alle full function joint ventures onder eenzelfde regime van voorafgaande controle, zodat ze allemaal zouden genieten van een voorafgaande goedkeuring (of afkeuring) binnen strikte tijdslijmieten. De coördinatie van het concurrentiegedrag van de moederondernemingen wordt evenwel nog steeds, zoals voordien, aan art. 81 EG getoetst. Bij coöperatieve joint ventures vindt er dus een dubbele toetsing plaats: een toetsing aan het toetsingscriterium van art. 2 van de Verordening (zie hierover later meer) en een toetsing aan art. 81, alles echter in het kader van één snelle procedure. De Belgische wet werd eveneens in die zin aangepast.

58. Verordening 139/2004/EG vervangt volledig Verordening 4064/89/EG (zoals gewijzigd door Verordening 1310/97/EG) maar neemt de essentiële bepalingen van de oude verordening over. Op bepaalde punten voerde de communautaire wetgever inzake concentratiecontrole een modernisering door. De belangrijkste aspecten van de modernisering zijn de volgende: het toetsingscriterium voor concentraties werd aangepast om ook concentraties te kunnen vatten die geen individuele machtspositie in het leven roepen of versterken maar niettemin de mededinging in gevaar brengen, de mogelijkheden van doorverwijzing van het communautaire niveau naar het nationale niveau en omgekeerd werden uitgebreid, de verplichting de voorgenomen concentratie binnen de week na het plaatsvinden van de constitutieve rechtshandeling aan te melden wordt afgeschaft, de mogelijkheid wordt gecreëerd een ontwerp overeenkomst aan te melden, de Commissie krijgt de bevoegdheid voorlopige maatregelen te bevelen en de termijnen voor onderzoek door de Commissie worden (licht) aangepast. Belangrijk is eveneens de vaststelling door de Commissie van een aantal nieuwe bekendmakingen inzake de toepassing van de Verordening en het opstellen van een ontwerp Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies.

59. Ik zal hierna achtereenvolgens de hoofdpunten van de nieuwe Verordening 1/2003/EG bespreken en ingaan op enkele belangrijke toepassingen art. 81 en 82 EG.

§2. Verordening 1/2003

60. Verordening 1/2003 is werkelijk revolutionair. Het biedt het kader voor een decentrale toepassing van de artikelen 81 en 82 EG. De nationale autoriteiten

en rechtbanken staan in de eerste lijn. De Europese Commissie zal slechts optreden in belangrijke zaken die zij zelf kiest.

61. Ter uitvoering van de Verordening werd een European Competition Network opgericht waarin de Commissie en de NMA's zitting hebben. Binnen het netwerk worden zaken uitgewisseld en bestaan er regels over de optimale allocatie van zaken aan de Commissie of aan deze of gene NMA.

62. NMA's en nationale rechters mogen op gedragingen in de zin van art. 81 of 82 EG en die de handel tussen lidstaten merkbaar ongunstig beïnvloeden hun nationaal recht enkel nog toepassen indien ze tegelijk artikelen 81 of 82 EG toepassen (art. 3 VO 1/2003). Aldus wordt vermeden dat doorheen de toepassing van louter nationaal recht op grensoverschrijdende zaken de art. 81 den 82 EG *de facto* op niet uniforme wijze worden toegepast in de lidstaten. Deze bepaling zal ook leiden tot een noodgedwongen harmonisatie van het mededingingsrecht van de lidstaten op basis van het EG-model, aangezien in vele gevallen (namelijk deze waar er een interstatenhandel aspect is) de toepassing van afwijkende nationale regels onwerkzaam zal zijn. Dit klemmt temeer nu hetzelfde art. 3, lid 2, bepaalt dat de toepassing van nationaal mededingingsrecht niet mag leiden tot het verbieden van gedragingen die de handel tussen lidstaten in de zin van art. 81, lid 1, beïnvloeden maar hetzij niet mededingingsbeperkend zijn in de zin van deze bepaling of toelaatbaar zijn in het licht van art. 81, lid 3. De Verordening voegt eraan toe dat een en ander de lidstaten niet belet op dergelijke gedragingen bepalingen van nationaal recht toe te passen die overwegend doelstellingen nastreven die verschillend zijn van de door de art. 81 en 82 EG nagestreefde doelstellingen (art. 3, lid 3 EG). Wat België betreft zal men denken aan de Wet op de handelspraktijken, dit evenwel met inachtneming van de door de Verordening onaangeroerde rechtspraak van het Hof van Cassatie naar luid waarvan een gedraging die mededingingsbeperkend is maar in het licht van de mededingingsregels toelaatbaar is niet alsnog op grond van de norm der eerlijke handelsgebruiken van de WHPC verboden mag worden.³⁹

§3. Enkele recente toepassingen van art. 81 en 82

63. Los van het moderniseringsdebat heeft de Commissie de afgelopen jaren inzake toepassing van art. 81 EG veel belangstelling betoond voor de vrije beroepen.

64. In een beschikking van 24 juni 2004 (COMP 38549) legde de Commissie aan de Nationale Raad van de Orde van Architecten een boete van 100.000 euro wegens het instandhouden van de zogenaamde "deontologische norm nr. 2" die een aanbevolen minimumschaal van erelonen bevatte voor de opdrachten van architecten. De Orde had nog voor de beslissing werd uitgesproken elke verwijzing naar de ereloonsschaal in haar publicaties en op haar website geschrapt. De Commissie matigde het boetbedrag dat zij meende te mogen op-

³⁹ Cass. 7 januari 2000, *R.W.*, 1999-2000, 1269; *R.C.J.B.* 2001, 249, noot J. Stuyck.

leggen onder meer omdat de inbreuk die volgens haar lang had geduurd inmiddels was stopgezet. De orde van Architecten heeft geen beroep aangetekend bij het Gerecht van eerste Aanleg van de EG.

65. Inzake toepassing van art. 82 is er een belangrijk principieel arrest uit 2004 dat een verduidelijking bevat t.a.v. de vraag in welke mate de eigenaar van een essentiële faciliteit (*in casu* een intellectueel eigendomsrecht), als onderneming met machtspositie verplicht is aan andere ondernemingen toegang tot die faciliteit te verlenen. In het arrest *IMS Health*⁴⁰ oordeelde het Hof:

"1. Bij het onderzoek of de weigering van een onderneming met een machtspositie om een gebruikslicentie te verlenen voor een bouwsteenstructuur die is beschermd krachtens een intellectueel eigendomsrecht waarvan zij houder is, misbruik oplevert, moet rekening worden gehouden met zowel de mate waarin de gebruikers hebben deelgenomen aan de ontwikkeling van die structuur als de inspanning die de potentiële afnemers zullen moeten leveren om op een alternatieve structuur berustende marktonderzoeken over regionale verkoopgegevens inzake geneesmiddelen te kunnen aankopen en in het bijzonder de daarmee verbonden kosten, om te bepalen of de beschermde structuur onontbeerlijk is voor de verkoop van dergelijke onderzoeken.

2. De weigering van een onderneming met een machtspositie die houder is van een intellectueel eigendomsrecht op een bouwsteenstructuur die onontbeerlijk is voor de aanbidding van regionale verkoopgegevens inzake geneesmiddelen in een lidstaat, om een licentie voor het gebruik van deze structuur te verlenen aan een andere onderneming die dergelijke gegevens eveneens wenst te verstrekken in dezelfde lidstaat, levert misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 82 EG op wanneer is voldaan aan de volgende voorwaarden:

- *de onderneming die om de licentie heeft verzocht, is voornemens op de markt van levering van de betrokken gegevens nieuwe producten of diensten aan te bieden die de houder van het intellectuele-eigendomsrecht niet aanbiedt en waarvoor een potentiële vraag van de consumenten bestaat;*
- *de weigering is niet gerechtvaardigd op objectieve gronden;*
- *door de weigering wordt de markt van de levering van verkoopgegevens inzake geneesmiddelen in de betrokken lidstaat voorbehouden aan de houder van het intellectuele-eigendomsrecht en wordt elke mededinging op die markt uitgesloten."*

66. Een andere interessante toepassing van art. 82 is de veel besproken *Microsoft*-zaak. Op 24 april 2004 sloot de Commissie een onderzoek naar bepaalde praktijken van Microsoft af dat 5 jaar had geduurd. Microsoft werd ervan beschuldigd misbruik te maken van machtspositie door haar bijna monopolie op de markt voor "operating systems" voor pc's aan te wenden ten einde haar positie te verstrekken op de markten voor "group server operating systems" en voor "media players". De Commissie legde Microsoft de verplichting op, binnen de 120 dagen aan haar concurrenten de interfaces die noodzakelijk zijn om met "Windows" te "praten" mede te delen. Microsoft werd ook verplicht, bin-

⁴⁰ H.v.J., 29 april 2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG t. NDC Health GmbH & Co. KG*, C-418/01, nog niet gepubliceerd.

nen de 90 dagen een versie van Windows zonder Windows Media Player aan p.c.-fabrikanten aan te bieden. De Commissie legde een boete van 497 EUR op. Microsoft tekende beroep aan bij het GEA.

III. Steunmaatregelen

67. De evolutie die het recht inzake steunmaatregelen de laatste jaren heeft doorgemaakt is niet in enkele paragrafen te vatten. Ik wil hier slechts één aspect belichten. De vaag in welke mate overheidssteun aan ondernemingen die belast zijn met een dienst van algemeen economisch belang onder het verbod van art. 87 EG valt (met name het verbod van, steunmaatregelen van de lidstaten die de handel tussen lidstaten ongunstig beïnvloeden en de mededinging vervalsen).

68. Er waren twee stellingen: 1) dergelijke steun valt niet onder art. 87 EG en 2) dergelijke steun valt wel onder art. 87 EG maar kan, indien aan de voorwaarden van deze bepaling voldaan is, genieten van de uitzondering van artikel 86, lid 2, EG. Laatstgenoemde bepaling luidt als volgt: *"De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van dit Verdrag, met name onder de mededingingsregels, voorzover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap."*

69. In *Altmark*⁴¹ nam het Hof een genuanceerd standpunt in en bracht het de volgende preciseringen. Overheidssubsidies die worden toegekend om de exploitatie van stads-, voorstads-, of streekvervoer mogelijk te maken (maat hetzelfde geldt m.i. voor andere sectoren) vallen niet onder art. 87 EG in zover dergelijke subsidies moeten worden beschouwd als een compensatie die de tegenprestatie vormt voor de prestaties die de begunstigde ondernemingen hebben verricht om openbare dienstverplichtingen uit te voeren. Met het oog op de toepassing van dit criterium staat het aan de verwijzende rechter om na te gaan of de volgende voorwaarden vervuld zijn:

- 1) de begunstigde onderneming moet daadwerkelijk belast zijn geweest met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen en moeten die verplichtingen duidelijk zijn afgebakend;
- 2) de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten vooraf op objectieve en doorzichtige wijze zijn vastgesteld;
- 3) de compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van openbare dienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen;
- 4) wanneer de met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen te belasten onderneming in een concreet geval niet wordt gekozen in het kader van

⁴¹ H.v.J., 24 juli 2003, *Altmark Trans GmbH*, C-280/00, Jurispr. I-7747.

een openbare aanbesteding, moet de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld aan de hand van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die zodanig met vervoermiddelen is uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen.

IV. Overheidsopdrachten

70. Inzake overheidsopdrachten (voor levering van goederen, voor werken en voor diensten) bestaat een uitgebreide communautaire wetgeving. Ik ga hier slechts op een aspect in, omdat hierover onlangs een belangrijk arrest is uitgesproken (*Stadt Halle*) dat een belangrijke precisering bevat t.a.v. het eerdere arrest *Teckal*.⁴²

71. In het arrest *Teckal* oordeelde het Hof dat voor de toepassing van richtlijn 93/36/EG in beginsel volstaat dat de overeenkomst is gesloten tussen een overheidsdienst (*in casu* een territoriaal lichaam) en een persoon die daar rechte van onderscheiden is. Dit zou slechts anders zijn wanneer het territoriale lichaam op de betrokken persoon "toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten" en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen. In de praktijk rees vooral de vraag welk "toezicht" ("als over zijn eigen diensten") het Hof bedoelde. Een pure vennootschapsrechtelijke controle (vooral deze die door een minderheidsaandeelhouder wordt uitgeoefend) leek op het eerste gezicht uitgesloten. Maar het bleef onzeker of de overheid verplicht is de regels inzake overheidsopdrachten na te leven in zijn verhouding met ondernemingen waarin hij de meerderheid heeft en dus "controle" uitoefent in de zin van de mededingingsregels (inzonderheid de concentratiecontrole).

72. In het arrest *Stadt Halle*⁴³ herinnerde het Hof er vooreerst aan dat een overheidsorgaan, dat een aanbestedende dienst is, zijn taken van algemeen belang kan vervullen met zijn eigen administratieve, technische en andere middelen, zonder dat hij een beroep hoeft te doen op externe lichamen die niet tot zijn diensten behoren. In dat geval kan er geen sprake zijn van een overeenkomst onder bezwarende titel met een lichaam dat juridisch van de aanbestedende dienst onderscheiden is. De gemeenschapsregels inzake overheidsopdrachten behoeven dan ook niet te worden toegepast. Anderzijds oordeelde het Hof dat wanneer een aanbestedende dienst van plan is om met een vennootschap die juridisch van hem is onderscheiden, maar in het kapitaal waarvan hij met een of meer particuliere ondernemingen deelneemt, een overeenkomst onder bezwarende titel te sluiten met betrekking tot diensten die vallen binnen de materiële werkingssfeer van richtlijn 92/50 (richtlijn overheidsopdrachten dienstverlening) steeds de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten moeten worden toegepast waarin die richtlijn voorziet. Met andere woorden

⁴² H.v.J., 18 november 1999, *Teckal*, C-107/98, Jurispr. I-8121.

⁴³ H.v.J., 11 januari 2005, *Stadt Halle*, 26/03, nog niet gepubliceerd.

ook tussen de overheid en ondernemingen waarin de overheid, zelfs als meerderheidsaandeelhouder participeert, zijn de regels inzake overheidsopdrachten van toepassing.