

A – Werkzaamheden van het Gerecht in 2011

Door Marc Jaeger, president

Hoewel er dit jaar geen gedeeltelijke vervanging was, is 2011 voor het Gerecht geen rustig jaar gebleken wat de samenstelling van zijn college betreft. Het heeft weliswaar M. Kancheva kunnen verwelkomen, die werd benoemd ter vervanging van T. Tchipev die demissionair was sinds juni 2010, maar het heeft jammer genoeg ook E. Moavero Milanesi zien vertrekken. Deze veranderingen, die buiten het kader van de driejaarlijkse vervangingen vielen, zijn ondertussen een steeds terugkerend fenomeen in het leven van de rechterlijke instantie, waarop op gepaste wijze moet worden gereageerd op het vlak van de organisatie en de rechtsbedeling.

Statistisch gezien kan 2011 zonder twijfel een recordjaar worden genoemd. Het totale aantal van 722 nieuw ingeschreven zaken komt neer op een groei van bijna 15 % ten opzichte van 2010 (636 aanhangig gemaakte zaken), een jaar waarin dat aantal ook al ongekend hoog was. Ook de opmerkelijke stijging van het aantal afgedane zaken (+ 35 %) heeft geleid tot een nog niet eerder bereikte bedrijvigheid bij de rechterlijke instantie, met 714 afgedane zaken (tegenover 527 in 2010), waarbij nog 52 kort gedingen moeten worden opgeteld. Deze resultaten moet worden gezien als de vruchten van de verregaande hervormingen die het Gerecht heeft doorgevoerd op het gebied van het *case management* in ruime zin en de ontwikkeling van de informaticatools en de redactionele methoden.

Hoewel de instantie zich zal moeten inspannen om hetzelfde ritme aan te houden als in 2011, zijn er conjunctuurgebonden factoren die maken dat niet kan worden gegarandeerd dat deze cadans jaar na jaar kan worden volgehouden. Er zijn dus hervormingen nodig, niet alleen om ervoor te zorgen dat het Gerecht de systeemgedwongen toename van het aantal geschillen aankan, maar ook om de gerechtelijke achterstand weg te werken. Zo is, ondanks de eerder omschreven uitzonderlijke resultaten, het aantal aanhangige zaken gestegen, naar 1 308 zaken, en vertoont ook de duur van deze instantie een opwaartse curve, met een gemiddelde van 26,7 maanden (tegenover 24,7 maanden in 2010).

Aangezien de interne mogelijkheden tot hervorming ondertussen zijn uitgeput, moet het Gerecht zich nu beraden over de modernisering van zijn procedureregels, om te zorgen voor meer efficiëntie en flexibiliteit bij de procedurele behandeling van de verschillende soorten zaken bij het Gerecht, waarbij de procedurele rechten van de partijen natuurlijk in acht moeten worden genomen. Maar bovenop deze beslist noodzakelijke hervormingen, is de les die uit de statistische balans over 2011 moet worden getrokken dat het Gerecht de toekomst niet redelijkerwijs met vertrouwen tegemoet kan zien zonder een structurele evolutie en de toekenning van nieuwe middelen, in een context die op economisch, financieel en begrotingsvlak zich daar eigenlijk niet voor leent.

Wat de aard van de geschillen bij het Gerecht betreft, is voor 2011 kenmerkend dat de gedingen op het gebied van staatssteun zijn toegenomen (67 aanhangig gemaakte zaken), dat de intellectuele-eigendomszaken opnieuw een fors aandeel hebben (219 zaken, zijnde 30 % van het totale aantal geschillen) en dat er een plotse en aanzienlijke stroom van beroepen op gang is gekomen over beperkende maatregelen die de Europese Unie ten aanzien van de situatie in bepaalde derde landen heeft getroffen (93 aanhangig gemaakte zaken), een bijzonder flagrant voorbeeld van hoe het wetgevend en regelgevend optreden van de Unie een directe invloed heeft op de situatie bij de rechterlijke instantie. Algemeen beschouwd zijn de geschillen ook steeds diverser en complexer geworden, zoals zal blijken uit de navolgende uiteenzettingen van de verschillende gebieden waarop het Gerecht actief is als rechter die oordeelt over wettigheid (I), schadevergoedingen (II), hogere voorzieningen (III) en kort gedingen (IV).

I. Geschillen over wettigheid

Ontvankelijkheid van beroepen krachtens artikel 263 VWEU

1. Beroepstermijnen

Een beroep tot nietigverklaring is pas ontvankelijk wanneer de termijn in artikel 263, zesde alinea, VWEU in acht is genomen. Volgens deze bepaling moeten beroepen tot nietigverklaring worden ingesteld binnen twee maanden, te rekenen, al naar het geval, vanaf de dag van bekendmaking van de handeling, de dag van kennisgeving aan de verzoeker of, bij gebreke daarvan, de dag waarop de verzoeker van de handeling kennis heeft gekregen. Wanneer de bestreden handeling bekend wordt gemaakt, begint de termijn volgens artikel 102, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht te lopen vanaf het einde van de veertiende dag volgend op die van genoemde bekendmaking.

In de zaak *PPG en SNF/ECHA* (beschikking van 21 september 2011, T-268/10, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld, gewezen door een uitgebreide formatie), was het beroep gericht tegen een beslissing van het Europees Agentschap voor chemische stoffen die, overeenkomstig de daarop rustende verplichting krachtens de REACH-verordening¹, op zijn website was bekendgemaakt. Na te hebben opgemerkt dat artikel 102, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering slechts ziet op beslissingen die in het *Publicatieblad van de Europese Unie* worden bekendgemaakt en dat in casu geen enkele bepaling een bekendmaking in het Publicatieblad vereiste (anders dan bijvoorbeeld bij staatssteunbeschikkingen), was het Gerecht van oordeel dat de verlenging van de termijn met veertien dagen niet van toepassing was. Het stelde dan ook vast dat het beroep niet-ontvankelijk was.

Bovendien heeft het Gerecht in de beschikking van 1 april 2011, *Doherty/Commissie* (T-468/10, nog niet gepubliceerd) geoordeeld dat het tijdstip dat voor de neerlegging van het verzoekschrift per telefax in aanmerking moet worden genomen, het tijdstip van inschrijving bij de griffie van het Gerecht is, gelet op het bepaalde in artikel 43, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering (dat ter zake van de procestermijnen bepaalt dat enkel de datum van neerlegging ter griffie in aanmerking zal worden genomen). Dit tijdstip is dat van Luxemburg, aangezien in Protocol nr. 6 bij het VWEU is vastgelegd dat de zetel van het Hof van Justitie van de Europese Unie zich te Luxemburg bevindt.

Ten slotte heeft het Gerecht in de beschikking van 22 juni 2011, *Evropaïki Dynamiki/Commissie* (T-409/09, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld), geoordeeld dat de termijn van tien dagen wegens afstand, die in artikel 102, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering is bepaald, slechts betrekking heeft op de procestermijnen en niet op de verjaringstermijn van vijf jaar als voorzien in artikel 46 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Het verstrijken van deze verjaringstermijn leidt tot verval van de vordering inzake niet-contractuele aansprakelijkheid. De procestermijnen, waaronder de beroepstermijn, en de vijfjarige verjaringstermijn voor de vordering inzake niet-contractuele aansprakelijkheid op de Unie zijn

¹ Verordening (EG) nr. 1907/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2006 inzake de registratie en beoordeling van en de autorisatie en beperkingen ten aanzien van chemische stoffen (REACH), tot oprichting van een Europees Agentschap voor chemische stoffen, houdende wijziging van richtlijn 1999/45/EG en houdende intrekking van verordening (EEG) nr. 793/93 van de Raad en verordening (EG) nr. 1488/94 van de Commissie alsmede richtlijn 76/769/EEG van de Raad en de richtlijnen 91/155/EEG, 93/67/EEG, 93/105/EG en 2000/21/EG van de Commissie (PB L 396, blz. 1).

dus naar hun aard verschillende termijnen. De beroepstermijnen zijn namelijk van openbare orde en kunnen niet naar believen van partijen of de rechter worden ingeroepen, aangezien zij zijn vastgesteld om met betrekking tot de rechtens bestaande situaties duidelijkheid en zekerheid te waarborgen. Het staat dus aan de rechter van de Unie om, zelfs ambtshalve, na te gaan of het beroep binnen de voorgeschreven termijnen is ingesteld. De rechter kan niet ambtshalve het middel inzake verjaring van de vordering inzake niet-contractuele aansprakelijkheid opwerpen.

2. Artikel 263, vierde alinea, VWEU – Eerste toepassingen

a) Begrip regelgevingshandelingen

Krachtens artikel 230, vierde alinea, EG geldt voor de ontvankelijkheid van door particulieren ingestelde beroepen tegen handelingen die niet aan hen zijn gericht, de dubbele voorwaarde dat de verzoekers rechtstreeks en individueel door de bestreden handeling zijn geraakt. Volgens de rechtspraak kunnen natuurlijke of rechtspersonen die niet adressaat van een beschikking zijn, slechts stellen individueel te zijn geraakt, indien deze beschikking hen treft uit hoofde van zekere bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie welke hen ten opzichte van ieder ander karakteriseert en hen derhalve individualiseert op soortgelijke wijze als de adressaat².

Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 zijn de voorwaarden voor ontvankelijkheid van een beroep tot nietigverklaring gewijzigd. Volgens artikel 263, vierde alinea, VWEU kan nu iedere natuurlijke of rechtspersoon beroep instellen tegen handelingen die hem rechtstreeks en individueel raken, alsmede tegen regelgevingshandelingen die hem rechtstreeks raken en die geen uitvoeringsmaatregelen met zich meebrengen. Deze nieuwe bepaling, die de toegang van particulieren tot de rechter van de Unie beoogt te versoepelen, is voor het eerst voorwerp van uitlegging door het Gerecht geweest.

Het Gerecht heeft in de zaak *Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement en Raad* (beschikking van 6 september 2011, T-18/10, nog niet gepubliceerd, gewezen door een uitgebreide kamer), voor het eerst het begrip „regelgevingshandeling” in de zin van artikel 263, vierde alinea, VWEU gedefinieerd. Bij de uitlegging van deze bepaling heeft het opgemerkt dat, ook al is het begrip „beschikking” daarin niet genoemd, op grond daarvan een beroep kon worden ingesteld tegen om te beginnen individuele handelingen, vervolgens tegen handelingen van algemene strekking die direct en individueel betrekking hebben op een natuurlijke of rechtspersoon en tot slot tegen regelgevingshandelingen die deze persoon rechtstreeks raken en die geen uitvoeringsmaatregelen met zich meebrengen. Volgens het Gerecht volgt uit de gewone betekenis van het begrip „regelgeving” dat de bij de derde mogelijkheid bedoelde handelingen ook van algemene strekking zijn. Deze mogelijkheid ziet echter niet op alle handelingen van algemene strekking, maar enkel op die welke niet wetgevend van aard zijn, zoals volgt uit de opzet van artikel 263 en de totstandkomingsgeschiedenis die voorafgaat aan de vaststelling van deze bepaling, die aanvankelijk was voorgesteld als artikel III-365, vierde alinea, van het ontwerp-Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa. Op basis van vervolgens een teleologische analyse voegt het Gerecht hieraan toe dat het in overeenstemming is met de doelstelling van deze bepaling – namelijk om een particulier in staat te stellen beroep in te stellen tegen de handelingen van algemene strekking die geen wetgevingshandelingen zijn, om te voorkomen dat hij het recht zou moeten schenden om toegang tot de rechter te hebben – dat de ontvankelijkheidsvoorwaarden voor een beroep tegen een wetgevingshandeling nog steeds

² Arrest Hof van 15 juli 1963, *Plaumann/Commissie*, 25/62, Jurispr. blz. 207, 232.

restrictiever zijn dan die welke betrekking hebben op een beroep tegen een regelgevingshandeling.

In deze zaak merkt het Gerecht op dat de bestreden handeling, namelijk een verordening over de handel in zeehondenproducten³, is vastgesteld volgens de medebeslissingsprocedure onder het EG-Verdrag (artikel 251 EG). Het Gerecht benadrukt dat uit artikel 289 VWEU volgt dat handelingen die zijn vastgesteld volgens de procedure die in artikel 294 VWEU is gedefinieerd (gewone wetgevingsprocedure) wetgevingshandelingen zijn en dat deze procedure in wezen de medebeslissingsprocedure overneemt. Het Gerecht concludeert dan ook ten aanzien van de verschillende categorieën van juridische handelingen die in het VWEU zijn voorzien, dat de bestreden verordening moet worden gekwalificeerd als een wetgevingshandeling. De kwalificatie als wetgevingshandeling of als regelgevingshandeling onder het VWEU hangt dus af van het criterium van de procedure – wetgevingsprocedure of niet – die voor de vaststelling ervan is gevolgd. Voor de ontvankelijkheid van het door verzoekers ingestelde beroep moest in deze zaak dus worden aangetoond dat zij rechtstreeks en individueel door deze verordening werden geraakt, in de zin van het hierboven genoemde tweede mogelijke geval, als bedoeld in artikel 263, vierde alinea, VWEU.

b) Rechtstreeks geraakt zijn en begrip handeling die geen uitvoeringsmaatregelen met zich brengt

Op basis van deze definitie van het begrip regelgevingshandeling heeft het Gerecht in het arrest van 25 oktober 2011, *Microban International en Microban (Europe)/Commissie* (T-262/10, nog niet gepubliceerd), geconcludeerd tot ontvankelijkheid van een beroep dat was ingesteld tegen het besluit van de Commissie inzake de niet-opneming van triclosan, een door verzoeksters geproduceerde chemische stof, in de lijst van additieven die kunnen worden gebruikt voor de vervaardiging van materialen en voorwerpen van kunststof, bestemd om met levensmiddelen in aanraking te komen.

Het Gerecht stelt vast dat het bestreden besluit door de Commissie is vastgesteld in het kader van uitvoerende bevoegdheden en niet in het kader van wetgevende bevoegdheden, en voorts dat dit besluit een algemene strekking heeft, omdat het van toepassing is op objectief bepaalde situaties en rechtsgevolgen sorteert voor een algemeen en abstract bepaalde categorie van personen. Het concludeert dan ook dat de bestreden handeling een regelgevingshandeling is in de zin van artikel 263, vierde alinea, VWEU.

Het Gerecht herinnert eraan dat, doordat het een natuurlijke of rechtspersoon in staat stelt beroep in te stellen tegen regelgevingshandelingen die hem rechtstreeks raken en die geen uitvoeringsmaatregelen met zich meebrengen, het door artikel 263, vierde alinea, VWEU nagestreefde doel is om de voorwaarden voor het instellen van een rechtstreeks beroep te versoepelen. Het oordeelt vervolgens dat het begrip rechtstreeks geraakt zijn, zoals dit onlangs in deze bepaling is opgenomen, niet beperkter kan worden uitgelegd dat het begrip rechtstreeks geraakt zijn in artikel 230, vierde alinea, EG. Na te hebben vastgesteld dat verzoeksters door de bestreden beschikking rechtstreeks werden geraakt in de zin van het begrip rechtstreeks geraakt zijn in artikel 230, vierde alinea, EG, heeft het Gerecht hieruit afgeleid dat zij ook in de zin van het begrip rechtstreeks geraakt zijn zoals onlangs opgenomen in artikel 263, vierde alinea, VWEU door het bestreden besluit rechtstreeks werden geraakt.

³ Verordening (EG) nr. 1007/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 betreffende de handel in zeehondenproducten (PB L 286, blz. 36).

Aangaande de vraag of het bestreden besluit uitvoeringsmaatregelen met zich meebracht, stelt het Gerecht vast dat ingevolge richtlijn 2002/72/EG⁴ uitsluitend additieven die in de voorlopige lijst waren opgenomen verder mogen worden gebruikt na 1 januari 2010. Daarnaast wordt volgens de bewoordingen van deze richtlijn een additief van de voorlopige lijst verwijderd wanneer de Commissie besluit om het niet in de definitieve lijst op het nemen. Het besluit tot niet-opneming heeft dus als onmiddellijk gevolg, de verwijdering van de voorlopige lijst en het verbod van verhandeling van triclosan, zonder dat de lidstaten enige uitvoeringsmaatregel hoeven vast te stellen. Ook de overgangsmaatregel vereist geen enkele uitvoeringsmaatregel van de zijde van de lidstaten. Daarbij werd immers de mogelijkheid om triclosan te verhandelen tot 1 november 2011 verlengd. Bovendien was de eventuele interventie van de lidstaten om op 1 november 2011 te anticiperen zuiver facultatief. Ten slotte benadrukt het Gerecht dat ofschoon de overgangsmaatregel in dat laatste geval aanleiding zou kunnen geven tot uitvoeringsmaatregelen van de zijde van de lidstaten, deze overgangsmaatregel uitsluitend was bedoeld om de uitvoering van het bestreden besluit te vergemakkelijken. Hij is dus ondergeschikt aan de hoofddoelstelling van het bestreden besluit, namelijk het verhandelingsverbod voor triclosan.

Na te hebben vastgesteld dat de bestreden handeling een regelgevingshandeling was die verzoeksters rechtstreeks raakte en geen uitvoeringsmaatregelen met zich meebracht, heeft het Gerecht het beroep op grond van de nieuwe bepalingen van artikel 263 VWEU ontvankelijk verklaard.

3. Bevoegdheid van het Gerecht op het gebied van beslissingen waarbij uitvoering wordt gegeven aan een door het Hof opgelegde dwangsom wegens de niet-uitvoering van een arrest in een niet-nakomingszaak

In de zaak *Portugal/Commissie* (arrest van 29 maart 2011, T-33/09, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld), werd bij het Gerecht een verzoek ingediend, strekkende tot nietigverklaring van een beschikking van de Commissie waarbij om betaling werd verzocht van dwangsommen die verschuldigd waren ter uitvoering van het arrest van Hof van 10 januari 2008, *Commissie/Portugal*⁵, dat zelf een vervolg was van een eerste arrest⁶ waarin een niet-nakoming van deze Staat werd vastgesteld, omdat deze had verzuimd om zijn nationale regelgeving in te trekken krachtens welke de toekenning van schadevergoeding aan gelaedeerden van een schending van het Unierecht inzake overheidsopdrachten afhankelijk wordt gesteld van het bewijs van schuld of opzet.

Het Gerecht stelt dienaangaande vast dat het Verdrag niet voorziet in een bijzondere bepaling voor de beslechting van geschillen tussen de lidstaten en de Commissie die rijzen bij de inning van de bedragen die verschuldigd zijn in het kader van de uitvoering van een arrest van het Hof in een niet-nakomingszaak waarin de lidstaat wordt veroordeeld tot het betalen van een dwangsom aan de Commissie wegens de niet-uitvoering van een eerste arrest in een niet-nakomingszaak. Hieruit volgt dat de bij het EG-Verdrag ingestelde beroepswegen van toepassing zijn en dat tegen de beschikking waarbij de Commissie het door de lidstaat uit

⁴ Richtlijn 2002/72/EG van de Commissie van 6 augustus 2002 inzake materialen en voorwerpen van kunststof, bestemd om met levensmiddelen in aanraking te komen (PB L 220, blz. 18).

⁵ C-70/06, Jurispr. blz. I-1. Een geschil van vergelijkbare aard heeft aanleiding gegeven tot het arrest van 19 oktober 2011, *Frankrijk/Commissie* (T-139/06, nog niet gepubliceerd).

⁶ Arrest Hof van 14 oktober 2004, *Commissie/Portugal*, C-275/03, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie.

hoofde van de dwangsom te betalen bedrag vaststelt, een beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld waarvan het Gerecht kennis kan nemen.

Bij de uitoefening van deze bevoegdheid mag het Gerecht echter niet raken aan de aan het Hof toegekende uitsluitende bevoegdheid op het gebied van niet-nakomingen. In het kader van een beroep tot nietigverklaring tegen een beslissing van de Commissie betreffende de uitvoering van een dergelijk arrest, mag het Gerecht zich dus niet uitspreken over een vraag die betrekking heeft op de schending door een lidstaat van de verplichtingen die krachtens het EG-Verdrag op hem rusten, indien het Hof niet vooraf over deze vraag uitspraak heeft gedaan.

Het Gerecht geeft bovendien aan dat de Commissie in het kader van de uitvoering van een arrest van het Hof waarbij aan een lidstaat een dwangsom wordt opgelegd, de door de lidstaat genomen maatregelen tot nakoming van het arrest van het Hof moet kunnen beoordelen, zonder afbreuk te doen aan de rechten van de lidstaten zoals deze uit de niet-nakomingsprocedure voortvloeien of aan de uitsluitende bevoegdheid van het Hof om uitspraak te doen over de verenigbaarheid van een nationale wettelijke regeling met het Unierecht. De Commissie moet dus, alvorens zij de dwangsom int, nagaan of de grieven waarvan het Hof is uitgegaan in een arrest dat na een niet-nakomingsprocedure is gewezen, nog steeds voortbestaan aan het einde van de termijn die de lidstaat door het Hof was verleend om de niet-nakoming te beëindigen. De Commissie mag in dat kader echter niet beslissen dat de door een lidstaat genomen maatregelen ter uitvoering van een arrest met het Unierecht onverenigbaar zijn, om daaruit gevolgen te trekken voor de berekening van de door het Hof opgelegde dwangsom. Indien zij meent dat de door de lidstaat ingevoerde nieuwe rechtsregeling nog steeds geen juiste omzetting van een richtlijn is, dient zij de niet-nakomingsprocedure in te leiden.

In de onderhavige zaak herinnert het Gerecht eraan dat uit het arrest van het Hof van 10 januari 2008, *Commissie/Portugal* (C-70/06), volgt dat deze lidstaat de litigieuze nationale wettelijke regeling moest intrekken en dat de dwangsom verschuldigd was tot aan de datum van die intrekking. Deze wettelijke regeling is ingetrokken bij een wet die op 30 januari 2008 in werking is getreden. De Commissie heeft echter geweigerd om de niet-nakoming als op die datum beëindigd te beschouwen. Zij heeft geoordeeld dat de niet-nakoming was beëindigd op 18 juli 2008, de datum van inwerkingtreding van de nieuwe wettelijke regeling. Het Gerecht stelt vast dat de Commissie in strijd met het dictum van genoemd arrest heeft gehandeld en verklaart de bestreden beslissing nietig.

Mededingingsregels die van toepassing zijn op ondernemingen

1. Algemene opmerkingen

a) Het begrip „onderneming”

In de gevoegde zaken *Gosselin/Commissie* en *Stichting Administratiekantoor Portielje/Commissie* (arrest van 16 juni 2011, T-208/08 en T-209/08, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld), geeft het Gerecht een nadere precisering van de voorwaarden voor toepassing van de rechtspraak volgens welke een entiteit die zich direct of indirect inmengt in de economische activiteit van een onderneming waarin zij een controlerend belang heeft, als onderneming in de zin van het mededingingsrecht kan worden gekwalificeerd. In haar beschikking was de Commissie van oordeel dat Portielje, een stichting die de aandelen in Gosselin fiduciair hield, indirect deelnam aan de door deze laatste uitgeoefende economische activiteit. Het Gerecht merkt echter op dat in de rechtspraak geen vermoeden van „deelneming aan het bestuur” is ontwikkeld, zodat de bewijslast op dit punt op de Commissie rust. Het

oordeelt in het onderhavige geval dat de Commissie geen structurele argumenten heeft aangevoerd – zij beperkt zich tot de opmerking dat Portielje bijna het volledige kapitaal van Gosselin in handen heeft en dat de drie belangrijkste bestuursleden van Portielje tevens leden van de raad van bestuur van Gosselin waren – en geen concreet bewijs heeft overgelegd waaruit blijkt dat Portielje zich inderdaad in het bestuur van Gosselin heeft ingemengd. Het Gerecht komt dan ook tot de conclusie dat de Commissie niet heeft bewezen dat Portielje een onderneming was.

b) Beperking van de mededinging – Potentiële concurrentie

In de zaken *Visa Europe en Visa International Service/Commissie* (arrest van 14 april 2011, T-461/07, nog niet gepubliceerd), verweten verzoeksters de Commissie dat zij de gevolgen van het hun verweten inbreukmakend gedrag voor de mededinging had beoordeeld aan de hand van een economische en juridisch onjuist criterium, namelijk de mogelijkheid tot versterking van de bestaande mededinging op de betrokken markt. Het Gerecht verwerpt dit argument, waarbij het aangeeft dat de omstandigheid dat de Commissie heeft erkend dat de mededinging op de betrokken markt niet onwerkzaam is, haar er niet van weerhoudt om gedrag te bestraffen dat tot gevolg heeft dat een potentiële concurrent wordt uitgesloten. Het onderzoek van de mededingingsvoorwaarden op een bepaalde markt berust immers niet alleen op de actuele concurrentie tussen de ondernemingen die reeds op de betrokken markt aanwezig zijn, maar ook op de potentiële concurrentie. Het Gerecht valideert dus de aanpak van de Commissie gebaseerd op de mededingingsbeperkende gevolgen voor de potentiële concurrentie en de structuur van de betrokken markt.

Dit arrest biedt het Gerecht tevens de gelegenheid om het begrip potentiële concurrent nader af te bakenen. Het geeft aan dat het voornemen van een onderneming om tot een markt toe te treden weliswaar relevant kan zijn om na te gaan of een onderneming als potentiële concurrent kan worden aangemerkt, maar dat de beoordeling toch steeds hoofdzakelijk moet berusten op haar capaciteit om tot deze markt toe te treden.

c) Redelijke termijn

In de arresten van 16 juni 2011, *Heineken Nederland en Heineken/Commissie* en *Bavaria/Commissie* (T-240/07 en T-235/07, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld), die zijn gewezen in het kader van het Nederlandse bierkartel, had de Commissie een vermindering van 100 000 EUR op het bedrag van de aan elke onderneming opgelegde geldboete toegekend vanwege de onredelijk lange duur van de administratieve procedure, die meer dan zeven jaar na de inspecties had geduurd. Het Gerecht is in dit verband van oordeel dat de duur van de administratieve procedure heeft geleid tot een schending van het beginsel van de redelijke termijn en dat de forfaitaire vermindering die de Commissie heeft toegekend geen rekening houdt met de hoogte van de aan deze ondernemingen opgelegde geldboeten – te weten 219,28 miljoen EUR aan Heineken NV en haar dochteronderneming en 22,85 miljoen EUR aan Bavaria NV –, zodat deze vermindering geen adequate correctie op deze schending kan zijn. Het Gerecht stelt de betrokken vermindering dan ook op 5 % van het bedrag van de geldboete vast.

2. Bijdragen op het gebied van artikel 101 VWEU

a) De bewijsvoering

In de arresten die zijn gewezen in het kartel van het gasgeïsoleerd schakelmateriaal heeft het Gerecht een aantal preciseringen kunnen geven ten aanzien van de bewijsregeling op het gebied van de mededingingsregelingen.

– Ontvankelijkheid

In de zaak *Fuji Electric/Commissie* (arrest van 12 juli 2011, T-132/07, nog niet gepubliceerd), had de Commissie betoogd dat zowel de grieven die niet tijdens de administratieve procedure kenbaar waren gemaakt als de documenten die niet in de loop daarvan waren overgelegd maar door verzoekster voor het eerst bij het Gerecht waren ingediend, niet-ontvankelijk waren. Het Gerecht verwerpt deze benadering en benadrukt dat de regels die een overzicht geven van de rechten en plichten van de ondernemingen in het kader van de in het mededingingsrecht voorziene administratieve procedure niet aldus kunnen worden uitgelegd dat een persoon verplicht is om mee te werken en om, in antwoord op de mededeling van punten van bezwaar die hem door de Commissie is toegezonden, reeds vanaf het stadium van de administratieve procedure alle grieven kenbaar te maken die hij ter ondersteuning van een beroep tot nietigverklaring zou willen aanvoeren.

De Commissie concludeerde evenzo tot niet-ontvankelijkheid van de grieven die waren ontleend aan betwistingen van feitelijke of juridische aard van de feiten die verzoekster uitdrukkelijk had erkend in de loop van de administratieve procedure. Het Gerecht merkt op dat de betrokken persoon, wanneer hij er vrijwillig voor kiest om mee te werken en in het kader van de administratieve procedure uitdrukkelijk of stilzwijgend feiten erkent die rechtvaardigen dat de inbreuk aan hem wordt toegerekend, niet wordt beperkt in de uitoefening van het hem krachtens het Verdrag toekomende beroepsrecht. Zonder uitdrukkelijk daarvoor voorziene wettelijke grondslag zou een dergelijke beperking in strijd zijn met de fundamentele beginselen van legaliteit en eerbiediging van de rechten van de verdediging.

– Getuigenverklaringen

In het arrest van 12 juli 2011, *Hitachi e.a./Commissie* (T-112/07, nog niet gepubliceerd), herinnert het Gerecht er om te beginnen aan dat de verklaring van een onderneming die deelneming aan een mededingingsregeling wordt verweten, wanneer de juistheid van die verklaring door meerdere andere betrokken ondernemingen wordt betwist, niet kan worden beschouwd als afdoende bewijs dat deze laatste ondernemingen een inbreuk hebben gepleegd, indien zij niet met ander bewijs wordt gestaafd. Het Gerecht heeft vervolgens gepreciseerd dat schriftelijke verklaringen van werknemers van een vennootschap, die onder het toezicht daarvan zijn opgesteld en voor haar verweer worden gebruikt in het kader van de administratieve procedure voor de Commissie, in beginsel niet als andere elementen dan en losstaand van de verklaringen van die vennootschap kunnen worden beschouwd. Zij zijn slechts een aanvulling op genoemde verklaringen en zij dienen ter verduidelijking of concretisering daarvan. Derhalve moeten ook deze verklaringen met ander bewijs worden gestaafd.

– Elementen ontleend aan de context van de zaak

In de arresten van 12 juli 2011, *Hitachi e.a./Commissie*, reeds aangehaald, *Toshiba/Commissie* (T-113/07, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld), en *Mitsubishi Electric/Commissie* (T-133/07, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld), herinnert het Gerecht eraan dat wanneer de Commissie uitsluitend steunt op het gedrag van de betrokken ondernemingen op de markt om tot het bestaan van een inbreuk te concluderen, het volstaat dat laatstgenoemden aantonen dat sprake is van omstandigheden die een ander licht op de door de Commissie vastgestelde feiten werpen en dus een andere, plausibele verklaring van de feiten kunnen vormen dan die waarvan de Commissie uitgaat. Ook al kan het ontbreken van schriftelijke bewijzen in het kader van de globale beoordeling van de door de Commissie ingeroepen bundel van aanwijzingen van belang blijken, deze omstandigheid leidt er op zich niet toe dat de betrokken onderneming de beschuldigingen van de Commissie in twijfel kan trekken door een andere uitleg aan de feiten te geven. Dit is enkel het geval wanneer op basis van het door de Commissie aangevoerde bewijs niet ondubbelzinnig en niet zonder enige interpretatie het bestaan van een inbreuk kan worden aangetoond.

– Toezicht door het Gerecht

In de zaak *Mitsubishi Electric/Commissie*, reeds aangehaald, bestreed de verzoekster de rechtspraak volgens welke er in het licht van de moeilijkheden waarmee de Commissie wordt geconfronteerd wanneer zij tracht een inbreuk aan te tonen, soepelere normen op het gebied van het bewijs kunnen worden aanvaard. Ter ondersteuning van haar betoog merkte zij op dat de geldboeten die in kartelzaken worden opgelegd in de loop van de laatste jaren steeds hoger zijn geworden, hetgeen een invloed zou moeten hebben op het toezicht dat op de beschikkingen van de Commissie wordt uitgeoefend. Het Gerecht verwerpt dit betoog en benadrukt daarbij dat hoewel de grotere omvang van de geldboeten zeker gevolgen kon hebben voor de partijen waaraan deze geldboeten werden opgelegd, deze tot gevolg heeft – aangezien het initiatief van de Commissie in die richting algemeen bekend is – dat wanneer ondernemingen zich schuldig maken aan een inbreuk, zij er nog nauwer op moeten toezien dat er zo weinig mogelijk bruikbaar bewijs is, zodat de taak van de Commissie nog moeilijker wordt gemaakt.

Voor het overige heeft het Gerecht er ook aan herinnerd, in het arrest van 25 oktober 2011, *Aragonesas Industrias y Energía/Commissie* (T-348/08, nog niet gepubliceerd), dat aangezien het moet beoordelen of het bewijs en de overige door de Commissie aangevoerde gegevens in de bestreden beschikking volstaan om het bestaan van een inbreuk aan te tonen, het ook moet vaststellen welk bewijs door de Commissie is gebruikt om de deelname van de verzoekster aan de betrokken inbreuk aan te tonen. Het onderzoek van genoemd bewijs kan daarom slechts betrekking hebben op dat deel van de overwegingen van de bestreden beschikking waarin de Commissie de contradictoire fase van de administratieve procedure beschrijft.

b) Deelneming aan één enkele voortgezette inbreuk

In het arrest van 16 juni 2011, *Verhuizingen Coppens/Commissie* (T-210/08, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld), herinnert het Gerecht eraan dat voor de aansprakelijkstelling van een onderneming voor één enkele voortgezette inbreuk, wetenschap van de inbreukmakende gedragingen van de andere deelnemers aan de inbreuk is vereist. De verzoekster in deze zaak had wel deelgenomen aan het opstellen van valse prijsopgaven voor verhuizingen, maar wist niet van de mededingingsversturende praktijken van de overige ondernemingen in de vorm van afspraken over financiële compensatie voor afgewezen offertes

of gevallen waarin geen offerte werd opgesteld. Aangezien – los van het dispositief ervan – uit de overwegingen van de beschikking duidelijk bleek dat de Commissie van oordeel was dat deze praktijken één enkele en voortdurende inbreuk vormde, heeft het Gerecht zowel de vaststelling dat sprake was van een inbreuk als de opgelegde geldboete nietig verklaard.

c) Berekening van de boetebedragen

2011 stond in het teken van een zeer groot aantal kartelzaken waarin meerdere problemen in verband met de berekening van de geldboete rezen en waarin het Gerecht voor het eerst de richtsnoeren van 2006⁷ moest uitleggen.

– Waarde van de verkopen

In het arrest van 16 juni 2011, *Team Relocations e.a./Commissie* (T-204/08 en T-212/08, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld), moest het Gerecht een nadere uitlegging verschaffen van het begrip „verkoop” die in het kader van de toepassing van de richtsnoeren van 2006 in aanmerking moeten worden genomen. Daarbij heeft het het standpunt van verzoekster verworpen dat ervoor pleitte om enkel de waarde in aanmerking te nemen van de verkopen gerealiseerd met de diensten waarop de inbreukmakende gedragingen daadwerkelijk betrekking hadden. Het concludeert immers dat voor de waardeberekening van de verkopen in de zin van de richtsnoeren, de verkopen die op de relevante markt waren gerealiseerd in aanmerking moesten worden genomen.

– Zwaarte

In de zaak *Ziegler/Commissie* (arrest van 16 juni 2011, T-199/08, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld), beriep de verzoekster zich op een motiveringsgebrek bij de berekening van het basisbedrag van de geldboete. Het Gerecht merkt dienaangaande op dat de richtsnoeren van 2006 „de methode voor de berekening van de geldboeten wezenlijk [hebben] gewijzigd”. In het bijzonder werd de indeling van de inbreuken in drie categorieën („niet te ernstig”, „zwaar” en „zeer zwaar”) afgeschaft en werd een bandbreedte van 0 tot 30 % ingevoerd teneinde een fijnere differentiatie mogelijk te maken. Voor de vaststelling van het basisbedrag van de boete wordt voortaan „een deel van de waarde van de verkopen dat wordt bepaald door de ernst van de inbreuk vermenigvuldigd met het aantal jaren dat de inbreuk geduurd heeft”. Doorgaans zal „het deel van de waarde van de verkopen dat in aanmerking wordt genomen [...] maximaal 30 % bedragen”. Met betrekking tot horizontale overeenkomsten inzake prijzen, de verdeling van markten en de beperking van de productie, „die [...] naar hun aard tot de ernstigste mededingingsbeperkingen [behoren]”, moet het aandeel van de verkopen dat voor dergelijke inbreuken in aanmerking wordt genomen, doorgaans „hoog” zijn. In die omstandigheden en als logisch gevolg van haar beoordelingsmarge op dit gebied, moet de Commissie haar keuze voor

⁷ Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, sub a, van verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd, vastgesteld op 1 september 2006 (PB 2006, C 210, blz. 2).

het deel van de verkopen dat in aanmerking wordt genomen motiveren, en kan zij niet ermee volstaan om enkel de kwalificatie van een inbreuk als „zeer zwaar” te motiveren. Meer in het algemeen legt het Gerecht er de nadruk op, hoewel het de beschikking op dit punt als toereikend gemotiveerd acht in het licht van de bestaande rechtspraak, dat deze rechtspraak is ontwikkeld naar aanleiding van de voorafgaande richtsnoeren. Het verzoekt de Commissie dus om bij de toepassing van de richtsnoeren van 2006 de berekening van de geldboeten beter te motiveren, zodat de ondernemingen er gedetailleerd kennis van kunnen nemen hoe het bedrag van de hun opgelegde geldboete is berekend.

Na in het arrest *Team Relocations e.a./Commissie*, reeds aangehaald, te hebben vastgesteld dat de richtsnoeren van 2006 zowel de indeling van de inbreuken in categorieën als de forfaitaire bedragen hebben afgeschaft en een stelsel hebben ingevoerd waarmee fijnmaziger kan worden gedifferentieerd naargelang de zwaarte van de inbreuk, concludeert het Gerecht dat het de Commissie vrij staat om de omvang van de rol die elke onderneming heeft gespeeld op individuele basis te benaderen bij zowel de bepaling van het percentage van de waarde van de verkopen dat in aanmerking wordt genomen, als bij de beoordeling van verzachtende en verzwarende omstandigheden. In dat laatste geval moet bij de beoordeling van die omstandigheden echter op passende wijze rekening kunnen worden gehouden met de mate waarin aan één enkele inbreuk is deelgenomen en met variaties in die deelnamegraad in de tijd.

– Duur

In de gevoegde zaken *Team Relocations e.a./Commissie*, reeds aangehaald, werd opgekomen tegen het feit dat het op basis van de waarde van de verkopen vastgestelde bedrag systematisch werd vermenigvuldigd met het aantal jaren dat door een onderneming aan de inbreuk was deelgenomen, zoals voorzien in de richtsnoeren van 2006, omdat dit een overmatig belang toekende aan de vermeende duur van de inbreuk in vergelijking met de andere relevante factoren, en in het bijzonder de zwaarte van de inbreuk. Ofschoon het Gerecht opmerkt, zoals hiervoor is aangegeven ten aanzien van de zwaarte van de inbreuk, dat de nieuwe benadering van de Commissie ook op dit punt een wezenlijke wijziging van de gehanteerde methode inhoudt, aangezien de vermenigvuldiging met het aantal jaren waarin is deelgenomen neerkomt op een verhoging van het bedrag met 100 % per jaar, benadrukt het evenwel dat artikel 23, lid 3, van verordening (EG) nr.1/2003⁸ aan een dergelijke ontwikkeling niet in de weg staat.

In het arrest van diezelfde dag in de zaak *Gosselin Group en Stichting Administratiekantoor Portielje/Commissie*, reeds aangehaald, verbindt het Gerecht daarentegen consequenties aan deze wijziging voor het werk van de Commissie. Het preciseert dat, hoewel het vaste rechtspraak is dat de bewijslast ten aanzien van de inbreuken op artikel [101], lid 1, [VWEU] op de Commissie rust en dat zij nauwkeurig bepaalde en onderling overeenstemmende bewijzen dient aan te voeren die de vaste overtuiging kunnen dragen dat de inbreuk is gepleegd, dit in het bijzonder het geval is bij het bewijs ten aanzien van de duur van de inbreuk, een criterium waarvan het belang aanzienlijk is toegenomen in de richtsnoeren van 2006.

– Gelijke behandeling – Omzet die aanmerking wordt genomen

⁸ Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 [EG] en 82 [EG] (PB 2003, L 1, blz. 1).

In de arresten *Toshiba/Commissie* en *Mitsubishi Electric/Commissie*, reeds aangehaald, merkt het Gerecht op dat de Commissie zich heeft gebaseerd op het jaar 2001 als referentiejaar voor de bepaling van de waarde van de wereldwijde verkopen en voor de berekening van het uitgangsbetrag van de geldboeten van Toshiba en Mitsubishi Electric, wier activiteiten op het gebied van gasgeïsoleerd schakelmateriaal in 2002 waren overgenomen door hun gemeenschappelijke onderneming TM T & D, terwijl zij van het jaar 2003, het laatste volledige jaar van de inbreuk, was uitgegaan voor de Europese producenten. Volgens de Commissie, was deze differentiatie ingegeven door de wens om rekening te houden met het feit dat Toshiba gedurende het grootste deel van de inbreukperiode een veel kleiner aandeel van de wereldmarkt voor dit product in handen had dan Mitsubishi. Hoewel het Gerecht een dergelijke doel legitiem acht, is het niettemin van oordeel dat andere, niet-discriminerende methodes had kunnen worden gehanteerd om dit te bereiken, zoals een opdeling van het uitgangsbetrag van de boete, berekend op basis van de in 2003 gerealiseerde omzet, aan de hand van het aandeel in de verkopen van het betrokken product in het laatste jaar dat voorafging aan de oprichting van de gemeenschappelijke onderneming. Aangezien de Commissie het beginsel van gelijke behandeling had geschonden, en er geen aanknopingspunten voorhanden waren voor een nieuwe berekening van het bedrag van de geldboete, heeft het Gerecht de aan deze beide ondernemingen opgelegde geldboeten nietig verklaard.

– Afschrikking

In de zaak *Arkema France e.a./Commissie* (arrest van 7 juni 2011, T-217/06, nog niet gepubliceerd) heeft de Commissie een verhoging van 200 % toegepast om te verzekeren dat de geldstraf voldoende afschrikkende werking zou hebben, gelet op de omvang en de economische macht van de betrokken onderneming. Deze verhoging was gebaseerd op de totale omzet van Total, de moederonderneming van de verzoekster. Het Gerecht merkt evenwel op dat verzoekster enkele dagen vóór de vaststelling van de beschikking door de Commissie, was opgehouden onder de zeggenschap van Total te staan, zodat het van oordeel was dat de verhoging van de geldboete met het oog op de afschrikkende werking niet gerechtvaardigd was. Het Gerecht herinnert eraan dat wil er een noodzaak zijn om de geldboete voldoende afschrikkende werking te geven, het bedrag ervan moet worden aangepast teneinde rekening te houden met de beoogde impact ervan op de onderneming waaraan zij wordt opgelegd, ter voorkoming dat de boete in het niet valt of integendeel buitensporig is gelet op onder meer de financiële draagkracht van de betrokken onderneming. Die doelstelling kan bijgevolg pas worden bereikt wanneer rekening wordt gehouden met de situatie van de onderneming op het tijdstip waarop de geldboete wordt opgelegd. Aangezien de economische eenheid tussen Arkema en Total vóór de vaststelling van de beschikking was verbroken, mochten de middelen van laatstgenoemde onderneming niet in aanmerking worden genomen om te bepalen met welk bedrag de aan Arkema en haar dochterondernemingen opgelegde geldboete moest worden verhoogd. Het Gerecht oordeelt dan ook dat de verhoging van 200 % wat hen aangaat buitensporig is en dat een verhoging van 25 % passend is om voor voldoende afschrikkende werking van de hun opgelegde geldboete te zorgen. Om die reden beslist het Gerecht om de aan Arkema opgelegde geldboete te verlagen van 219,1 naar 113,3 miljoen EUR.

– Medewerking

In het arrest *Fuji Electric/Commissie*, reeds aangehaald, preciseert het Gerecht dat het weliswaar juist is dat de datum waarop bewijs aan de Commissie wordt overgelegd een invloed heeft op de kwalificatie daarvan als zijnde van significante toegevoegde waarde, aangezien die kwalificatie afhangt van het bewijs dat zich reeds in het dossier van de Commissie bevindt op de datum van overlegging daarvan, doch dat het enkele feit dat dit bewijs later is overgelegd dan de betekening van de mededeling van punten van bezwaar niet uitsluit dat het ondanks het vergevorderde stadium van de administratieve procedure nog significante toegevoegde waarde kan hebben. Meer bepaald mag een onderneming zich in een verzoek om voor de clementieregeling in aanmerking te komen, concentreren op de feiten die volgens haar nog niet rechtens afdoende zijn aangetoond om zo significante waarde toe te voegen aan het bewijs dat de Commissie reeds in haar bezit heeft.

In de zaak *Deltafina/Commissie* (arrest van 9 september 2011, T-12/06, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld), had de Commissie voor het eerst beslist om aan de verzoekster voorwaardelijke immuniteit toe te kennen in het kader van de clementiemededeling. Het Gerecht geeft aan dat, gelet op het feit dat de toekenning van volledige immuniteit een uitzondering vormt op het beginsel van de persoonlijke aansprakelijkheid van de onderneming voor de schending van de mededingingsregels, het logisch was dat de Commissie in ruil daarvoor van de onderneming kon verlangen dat zij niet zou nalaten om haar in kennis te stellen van de relevante feiten waarvan zij wetenschap had en die een invloed konden hebben op het verloop van de administratieve procedure en de doeltreffendheid van de instelling. Het Gerecht merkt op dat verzoekster tijdens een bijeenkomst met haar concurrenten vrijwillig en zonder de Commissie daarover in te lichten, het feit kenbaar had gemaakt dat zij een verzoek om immuniteit bij haar diensten had ingediend, voordat de Commissie de gelegenheid had gehad om verificaties ter zake van de betrokken mededingingsregeling te verrichten. Aangezien dergelijk gedrag niet getuigde van een geest van daadwerkelijke medewerking, oordeelt het Gerecht dat de Commissie niet onjuist had gehandeld door Deltafina geen definitieve immuniteit toe te kennen.

– Verzwarende omstandigheden

In het arrest van 17 mei 2011, *Arkema France/Commissie*, reeds aangehaald, merkt het Gerecht op dat, ofschoon er geen verjaringstermijn is die zich ertegen verzet dat de Commissie vaststelt dat sprake is van recidive, het niettemin zo is dat de Commissie, overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel, niet zonder enige beperking in de tijd één of meerdere beschikkingen waarbij een onderneming is beboet, in aanmerking kan nemen. Het Gerecht stelt in deze zaak vast dat de verzoekster de mededingingsregels heeft overtreden door van 1961 tot en met mei 1984 continu deel te nemen aan mededingingsregelingen, waarvoor zij voor het eerst in 1984, vervolgens in 1986 en ten slotte in 1994 is beboet, en dat zij in weerwil van deze reeks van beschikkingen haar inbreukmakend gedrag heeft herhaald door vanaf 17 mei 1995 tot en met 9 februari 2000 deel te nemen aan een nieuwe mededingingsregeling, waarvoor haar in de bestreden beschikking een geldboete is opgelegd. De Commissie had het basisbedrag van de aan de verzoekster opgelegde geldboete dan ook met 90 % verhoogd. Het Gerecht acht deze benadering van de Commissie geldig, waarbij het aangeeft dat, aangezien deze reeks van beschikkingen, die binnen korte intervallen zijn vastgesteld, de laatste één jaar voordat zij deelnam aan de inbreuk die bij de bestreden beschikking is beboet, getuigt van verzoeksters neiging om zich niet aan de mededingingsregels te houden, de Commissie niet het evenredigheidsbeginsel heeft geschonden door deze reeks van beschikkingen in aanmerking te nemen in het kader van de beoordeling van het recidivegedrag van verzoekster.

In de beschikking die werd bestreden in het kader van de zaken *ENI/Commissie* en *Polimeri Europa/Commissie* (arresten van 13 juli 2011, T-39/07 en T-59/07, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld), was de Commissie van oordeel dat, aangezien de onderneming

EniChem reeds voor haar deelname aan twee eerdere mededingingsregelingen was beboet, het basisbedrag van de geldboete die werd opgelegd aan de verzoeksters, Eni en haar dochteronderneming Polimeri, moest worden verhoogd met 50 % wegens de verzwarende omstandigheid van recidive. De Commissie meende dat hoewel de rechtspersonen die bij de inbreuken in kwestie betrokken waren niet identiek waren, niettemin dezelfde onderneming het desbetreffende inbreukmakend gedrag had herhaald. Het Gerecht wijst er echter op dat, daar de evolutie van de structuur van en de zeggenschap over de betrokken vennootschappen complex was, de Commissie bijzonder nauwkeurig moest zijn en alle details moest aandragen die noodzakelijk waren om aan te tonen dat de vennootschappen waarop de bestreden beschikking betrekking heeft en de vennootschappen waarop de voorafgaande beschikkingen betrekking hebben, eenzelfde „onderneming” in de zin van artikel [101 VWEU] vormden. Het Gerecht is van oordeel dat dit in de onderhavige zaak niet het geval is geweest en dat de recidive derhalve niet is aangetoond. Het verlaagt het bedrag van de geldboete dan ook van 272,25 miljoen EUR naar 181,5 miljoen EUR.

In de gevoegde zaken *ThyssenKrupp Liften Ascenseurs e.a./Commissie* (T-144/07, T-147/07 tot en met T-150/07 en T-154/07, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld), waarin op dezelfde dag arrest is gewezen, herinnert het Gerecht eraan dat de Commissie het bedrag van de geldboete die is opgelegd aan de moedermaatschappij ThyssenKrupp AG, aan de dochteronderneming ThyssenKrupp Elevator AG en aan bepaalde nationale dochterondernemingen, had verhoogd met 50 % wegens recidive, waarbij sommige ondernemingen van de groep ThyssenKrupp reeds in 1998 waren beboet voor hun deelname aan een mededingingsregeling inzake een legeringstoeslag. Het Gerecht merkt dienaangaande op dat de Commissie in die beschikking een inbreuk had vastgesteld die enkel door de ondernemingen van die groep was gepleegd, zonder hun toenmalige moedermaatschappijen, waarvan ThyssenKrupp AG de economische en rechtopvolger zou zijn. Bovendien was de Commissie destijds niet van oordeel dat de dochterondernemingen en hun moedermaatschappijen een economische eenheid vormden. Bovendien stelt het Gerecht vast dat de dochterondernemingen die geldboeten opgelegd hebben gekregen in het kader van de legeringstoeslag, geen onderdeel waren van de ondernemingen die in de bestreden beschikking waren beboet. De vastgestelde inbreuk kon dus niet als recidive door eenzelfde onderneming worden beschouwd.

– Verzachtende omstandigheden

In de zaak die heeft geleid tot het arrest *Ziegler/Commissie*, reeds aangehaald, riep de verzoekster als verzachtende omstandigheid in dat de inbreukmakende gedragingen waren gestaakt. Het Gerecht merkt op dat, hoewel de richtsnoeren van 2006 bepalen dat het basisbedrag van de boete om die reden kan worden verlaagd, dit „[niet] geldt [...] voor geheime overeenkomsten of praktijken (met name kartels)”. Bovendien kan enkel aanspraak worden gemaakt op deze verzachtende omstandigheid wanneer de inbreuk wordt gestaakt na de eerste maatregelen van de Commissie. Daar het vaststelde dat de verzoekster tot en met 8 september 2003 aan de inbreuk had deelgenomen, terwijl de inspecties na die datum hadden plaatsgevonden, namelijk op 16 september 2003, wees het Gerecht de door de verzoekster aangevoerde grief af.

In diezelfde zaak beweerde de verzoekster dat het feit dat de Commissie op de hoogte was van de inbreukmakende praktijk en deze jarenlang tolereerde, bij haar een legitieme – doch onjuiste – veronderstelling had doen ontstaan dat deze praktijk rechtmatig was. Het Gerecht merkt dienaangaande op dat de loutere wetenschap van de mededingingsbeperkende gedraging niet

impliceerde dat deze gedraging impliciet werd „toegestaan of aangemoedigd” door de Commissie in de zin van de richtsnoeren van 2006. Een vermeend stilzitten kan immers niet worden gelijkgesteld aan een positieve handeling zoals een toelating of een aanmoediging, op grond waarvan een verzachtende omstandigheid kan worden aangenomen.

In de zaak die heeft geleid tot het arrest *Arkema France/Commissie*, reeds aangehaald, betoogde de verzoekster dat de Commissie ten onrechte had geweigerd haar een boetevermindering toe te kennen wegens de medewerking die zijn buiten de werkingssfeer van een mededeling inzake medewerking om had verleend. Het Gerecht preciseert dat, om het nuttig effect van dit soort mededeling te bewaren, de Commissie slechts in uitzonderlijke gevallen gehouden kan zijn om aan een onderneming een boetevermindering op een andere grondslag toe te kennen. Het is van oordeel dat dit onder meer het geval is wanneer de medewerking die een onderneming verleent, niet alleen verder gaat dan de wettelijke verplichting om medewerking te verlenen, zonder dat die evenwel recht geeft op een boetevermindering uit hoofde van bedoelde mededeling, maar ook objectief gezien nuttig is voor de Commissie. Een dergelijk nut moet worden vastgesteld wanneer de Commissie in haar definitieve beschikking steunt op bewijs dat een onderneming haar in het kader van haar medewerking heeft verschaft en zonder welk de Commissie niet in staat zou zijn geweest om de betrokken inbreuk geheel of gedeeltelijk te bestraffen.

– Uitzonderlijke omstandigheden

In het arrest *Ziegler/Commissie*, reeds aangehaald, onderzoekt het Gerecht de toepassing van de richtsnoeren van 2006 voor zover het erom gaat rekening te houden met het vermogen van de betrokken onderneming om te betalen. Het merkt dienaangaande op dat om overeenkomstig de richtsnoeren in aanmerking te komen voor een uitzonderlijke verlaging van de geldboete wegens economische moeilijkheden, niet alleen een verzoek hiertoe is vereist, maar ook moet zijn voldaan aan twee cumulatieve voorwaarden, te weten ten eerste de onoverkomelijke moeilijkheid om de geldboete te betalen en ten tweede het bestaan van een „bijzondere sociale en economische context”. Wat de eerste voorwaarde betreft, stelt het Gerecht vast dat de Commissie enkel opmerkt dat aangezien de boete niet meer dan 3,76 % van de wereldwijde omzet van de onderneming in 2006 vertegenwoordigt, de boete haar economische voortbestaan niet onherroepelijk in gevaar kan brengen. Het Gerecht is van oordeel dat die beoordeling abstract is en geenszins rekening houdt met de concrete situatie van verzoekster en voorts dat een eenvoudige berekening van het percentage dat de geldboete vertegenwoordigt ten opzichte van de wereldwijde omzet van de onderneming, op zich niet kan volstaan als grondslag voor de conclusie dat deze geldboete het economische voortbestaan van laatstgenoemde niet onherroepelijk in gevaar kan brengen. Aangezien echter aan de tweede voorwaarde niet is voldaan, concludeert het dat de Commissie het betoog van verzoekster terecht had verworpen.

– Plafond van 10 % van de omzet

In het arrest van 16 juni 2011, *Putters International/Commissie* (T-211/08, nog niet gepubliceerd), geeft het Gerecht aan dat het loutere feit dat het eindbedrag van de geldboete 10 % van de omzet van verzoekster bedraagt, terwijl dit percentage lager is voor andere karteldeelnemers, geen schending van het beginsel van gelijke behandeling of van het evenredigheidsbeginsel kan opleveren. Dit gevolg is immers inherent aan de uitlegging van het plafond van 10 % als louter maximaal percentage dat wordt toegepast om de boete naar

beneden bij te stellen na een eventuele verlaging van de geldboete op grond van verzachtende omstandigheden of het evenredigheidsbeginsel. Wanneer het bedrag dat op basis van de waarde van de verkopen wordt vastgesteld wordt vermenigvuldigd met het aantal jaren van deelname aan de inbreuk, kan dit evenwel met zich brengen dat de toepassing van het plafond van 10 % als bedoeld in artikel 23, lid 3, van verordening nr. 1/2003, in het kader van de richtsnoeren van 2006 eerder de regel dan de uitzondering wordt voor elke onderneming die hoofdzakelijk op één markt actief is en die langer dan één jaar aan een kartel heeft deelgenomen. In dat geval zal elke differentiatie naargelang de ernst van de inbreuk of de verzachtende omstandigheden normaliter geen weerslag meer kunnen hebben op een geldboete die naar beneden werd bijgesteld om te worden teruggebracht tot 10 %. Het Gerecht benadrukt daarbij dat het ontbreken van differentiatie wat het daaruit voortvloeiende eindbedrag van de geldboete betreft, gelet op het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen en sancties, een problematiek is die eigen is aan de nieuwe methode.

d) Toerekenbaarheid van het inbreukmakend gedrag en hoofdelijke veroordeling

– Voorwaarden voor toepassing van het vermoeden van aansprakelijkheid van een moedermaatschappij voor de praktijken van haar dochteronderneming

In het arrest van 15 september 2011, *Koninklijke Grolsch/Commissie* (T-234/07, nog niet gepubliceerd), merkt het Gerecht op dat de Commissie niet het bewijs heeft geleverd dat de verzoekster rechtstreeks aan de mededingingsregeling had deelgenomen. Verzoekster en haar (volle) dochteronderneming zijn over één kam geschoren zonder dat de Commissie een onderscheid maakt tussen de rechtspersonen of redenen aandraagt waarom de inbreuk aan verzoekster moet worden toegerekend. Het Gerecht is van oordeel dat de Commissie, door niet in te gaan op de economische, organisatorische of juridische banden tussen de verzoekster en haar dochteronderneming, verzoekster de mogelijkheid heeft ontnomen om bij het Gerecht te betwisten dat deze toerekening gegrond was, door het vermoeden te weerleggen dat zij daadwerkelijk een beslissende invloed over genoemde dochteronderneming heeft uitgeoefend, en dat zij het Gerecht niet in staat heeft gesteld om in dat verband zijn toezicht uit te oefenen, hetgeen reden tot nietigverklaring van de beschikking is.

– Weerlegging van het vermoeden

In de arresten van 16 juni 2011, *L'Air liquide/Commissie* en *Edison/Commissie* (T-185/06, nog niet gepubliceerd, en T-196/06, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld), stelt het Gerecht om te beginnen vast dat de Commissie terecht is uitgegaan van het vermoeden dat de verzoeksters daadwerkelijk een beslissende invloed hebben uitgeoefend over hun respectievelijke dochterondernemingen, gelet op de niet-betwiste zeggenschapsband van 100 % die er tussen hen bestond. Het merkt vervolgens op dat de verzoeksters een specifieke argumentatie hebben aangedragen ter weerlegging van genoemd vermoeden, om te trachten de zelfstandigheid van hun respectievelijke dochteronderneming aan te tonen. In antwoord op deze argumentatie heeft de Commissie slechts verwezen naar enkele aanvullende aanwijzingen dat verzoeksters een beslissende invloed over hun respectievelijke dochteronderneming hebben uitgeoefend. Het Gerecht is van oordeel dat de Commissie daarmee in de bestreden beschikking niet de redenen heeft uiteengezet waarom de door verzoeksters aangevoerde

factoren niet volstonden om het vermoeden in kwestie te weerleggen. De plicht van de Commissie tot motivering van haar beschikking op dit punt blijkt duidelijk uit de weerlegbaarheid van het betrokken vermoeden; om het te weerleggen moest door verzoeksters bewijs ter zake van alle economische, organisatorische en juridische banden tussen henzelf en hun dochterondernemingen worden overgelegd. Aangezien de Commissie geen onderbouwd standpunt ten aanzien daarvan heeft ingenomen, verklaart het Gerecht de bestreden beschikking nietig wegens schending van de motiveringsplicht.

In de gevoegde zaken *Gosselin/Commissie* en *Stichting Administratiekantoor Portielje/Commissie*, reeds aangehaald, had de Commissie het vermoeden van de daadwerkelijke uitoefening van een beslissende invloed door Portielje op Gosselin toegepast, aangezien de moedermaatschappij vrijwel het volledige kapitaal van haar dochteronderneming in handen had. Het Gerecht merkt evenwel op dat op grond van de door Portielje aangevoerde factoren genoemd vermoeden kon worden weerlegd. Van deze factoren benadrukt het met name het feit dat de enige mogelijkheid van de moedermaatschappij om een invloed over haar dochteronderneming uit te oefenen zou zijn geweest om de stemrechten te gebruiken die verbonden waren aan de door haar gehouden aandelen tijdens de algemene vergadering van aandeelhouders van de dochteronderneming. Het stelt vast dat er gedurende de inbreukperiode geen enkele algemene vergadering van aandeelhouders is gehouden. Het Gerecht beslist dan ook om de beschikking van de Commissie nietig te verklaren voor zover zij betrekking heeft op Portielje.

– Omvang van de aansprakelijkheid

In de zaak *Tomkins/Commissie* (arrest van 24 maart 2011, T-382/06, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld) werd de verzoekster aansprakelijk gehouden voor het inbreukmakend gedrag van haar dochteronderneming, Pegler, vanwege het feit dat zij 100 % van het kapitaal van laatstgenoemde in handen had. In een van de aangevoerde middelen betwistte zij ten aanzien van een deel van de inbreukperiode dat haar dochteronderneming in die periode aan de mededingingsregeling had deelgenomen. Bij arrest van diezelfde dag, *Pegler/Commissie* (T-386/06, nog niet gepubliceerd), heeft het Gerecht de beschikking nietig verklaard voor zover daarin werd vastgesteld dat Pegler aan het kartel inzake koperen fittingen had deelgenomen voor een langere duur dan aangevoerd in het middel van Tomkins, de moedermaatschappij. Het Gerecht herinnert er in dat verband aan dat, aangezien de rechter van de Europese Unie niet ultra petita mag beslissen, de door hem uitgesproken nietigverklaring derhalve niet verder kan gaan dan wat de verzoekende partij heeft gevorderd. Uit het oogpunt van het mededingingsrecht vormde de verzoekster echter één enkele eenheid met haar dochteronderneming, die gedeeltelijk in het gelijk was gesteld na het beroep tot nietigverklaring in de reeds genoemde zaak *Pegler/Commissie*. De aansprakelijkstelling van verzoekster door de Commissie impliceert derhalve dat verzoekster voordeel trekt uit de gedeeltelijke nietigverklaring van de bestreden beschikking in die zaak. Verzoekster had immers een enkel middel aangevoerd, waarmee de duur van de deelname van Pegler aan de inbreuk werd betwist, en had geconcludeerd tot nietigverklaring van de bestreden beschikking op die grond. Het Gerecht is van oordeel dat wanneer afzonderlijk door een moedermaatschappij en haar dochteronderneming beroep tot nietigverklaring is ingesteld, het niet ultra petita beslist wanneer het rekening houdt met de uitkomst van het door de dochteronderneming ingestelde beroep, voor zover de conclusies van het door de moedermaatschappij ingestelde beroep hetzelfde voorwerp hebben.

In de zaak die tot ditzelfde arrest heeft geleid, had Tomkins daarentegen uitdrukkelijk afgezien van de grief die was ontleend aan een onjuiste opvatting wat de verhoging van het bedrag van de geldboete met het oog op een afschrikkende werking betreft. Het Gerecht leidt hieruit af dat het op dit punt geen uitspraak kan doen zonder buiten de grenzen van het geschil zoals vastgesteld door de partijen in de onderhavige zaak te treden, zelfs als het in de zaak die heeft geleid tot het arrest *Pegler/Commissie*, reeds aangehaald, heeft geoordeeld dat de Commissie deze vermenigvuldigingsfactor ten onrechte heeft toegepast.

– Hoofdelijke betaling

In het arrest van 12 oktober 2011, *Alliance One International/Commissie* (T-41/05, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld), heeft het Gerecht geoordeeld dat de verzoekster niet aansprakelijk kon worden gehouden voor de door Agroexpansión gepleegde inbreuk voor de periode voorafgaand aan 18 november 1997, aangezien zij pas vanaf die datum een economische eenheid met haar vormde en dus een onderneming in de zin van artikel [101 VWEU]. Aangezien de hoofdelijkheid bij de betaling van de geldboete enkel kon gelden voor de periode waarin de moedermaatschappij en haar dochteronderneming een dergelijke onderneming vormden, mocht de Commissie verzoekster niet dwingen om hoofdelijk met Agroexpansión het totale bedrag van de aan laatstgenoemde opgelegde geldboete van 2 592 000 EUR te betalen, een bedrag dat betrekking heeft op de gehele inbreukperiode. Bijgevolg heeft het Gerecht de verhoging wegens de duur teruggebracht van 50 naar 35 %.

e) Volledige rechtsmacht

Krachtens artikel 261 VWEU en artikel 31 van verordening nr. 1/2003 beschikt het Gerecht over volledige rechtsmacht, krachtens welke het bevoegd is om, meer nog dan een loutere toetsing van de rechtmatigheid van de sanctie uit te voeren – die slechts kan uitmonden in het verwerven van het beroep tot nietigverklaring of in de nietigverklaring van de bestreden handeling –, de bestreden handeling te herzien, zelfs zonder deze nietig te verklaren, rekening houdend met alle feitelijke omstandigheden, en bijvoorbeeld om de opgelegde geldboete te wijzigen.⁹

In het arrest *Arkema France e.a./Commissie*, reeds aangehaald, merkt het Gerecht op dat de Commissie niet de juistheid had betwist van verzoeksters' stellingen dat zij met ingang van 18 mei 2006 niet langer onder de zeggenschap van Total en Elf Aquitaine stonden, een feit dat reeds in het verzoekschrift was opgenomen. Daar de verzoeksters het Gerecht hadden verzocht om zijn volledige rechtsmacht uit te oefenen teneinde het bedrag van de geldboete in het licht van dit feit te verlagen, heeft het Gerecht metterdaad de verhoging met het oog op een afschrikkend effect van de geldboete van 200 naar 25 % teruggebracht, welke verhoging buitensporig werd geacht omdat zij was berekend op basis van de totale omzet van de moedermaatschappij. Het bedrag van de Arkema opgelegde geldboete werd dan ook verlaagd naar 105,8 miljoen EUR.

In de arresten *Ziegler/Commissie* en *Team Relocations e.a./Commissie*, reeds aangehaald, zet het Gerecht nader uiteen dat de hogere eisen die moesten worden gesteld aan de motivering van de berekening van de geldboete als gevolg van de wezenlijk gewijzigde methode die de richtsnoeren van 2006 met zich hadden meegebracht, ook tot doel had om het voor het Gerecht

⁹ Zie onder meer arrest Hof van 15 oktober 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P tot en met C-252/99 P en C-254/99 P, Jurispr. blz. I-8375, punt 692.

eenvoudiger te maken om zijn volledige rechtsmacht uit te oefenen, welke motivering hem in staat moet stellen om, meer nog dan de rechtmatigheid van de bestreden beschikking, ook de gepastheid van de opgelegde geldboete te beoordelen.

In het arrest *Putters International/Commissie*, reeds aangehaald, komt het tot het oordeel dat het ontbreken van een differentiatie van het eindbedrag van de boete, die soms het gevolg is van de methode zoals die uit de richtsnoeren van 2006 voortvloeit, ertoe kan nopen dat het zijn volledige rechtsmacht uitoefent in concrete gevallen waarin op basis van de loutere toepassing van genoemde richtsnoeren niet tot een gepaste differentiatie kan worden gekomen.

In het arrest van 5 oktober 2011, *Romana Tabacchi/Commissie* (T-11/06, nog niet gepubliceerd) stelt het Gerecht eerst vast dat de Commissie de feiten onjuist heeft beoordeeld voor zover betrekking hebbend op de duur van de deelname van verzoekster aan de mededingingsregeling en voorts dat zij het beginsel van gelijke behandeling heeft geschonden bij de beoordeling van het specifieke gewicht van die deelname, waarna het Gerecht zelf in de zaak voorziet door zijn volledige rechtsmacht uit te oefenen. Het oordeelt dat, gelet op het cumulatief effect van de eerder geconstateerde onrechtmatigheden en de beperkte financiële draagkracht van verzoekster, de omstandigheden van dit geval juist zouden worden beoordeeld indien het eindbedrag van de aan verzoekster opgelegde geldboete zou worden vastgesteld op 1 miljoen EUR in plaats van 2,05 miljoen EUR. Daarbij preciseert het dat met een geldboete van die omvang verzoeksters onrechtmatige gedrag doeltreffend kan worden bestraft, zonder dat de boete in het niet valt en met behoud van voldoende afschrikking, en voorts dat elke boete die hoger zou zijn dan dit bedrag, onevenredig zou zijn ten opzichte van de aan verzoekster verweten inbreuk in zijn geheel beschouwd.

3. Ontwikkelingen op het gebied van concentraties

In zijn arrest van 12 oktober 2011, *Association belge des consommateurs test-achats/Commissie* (T-224/10, nog niet gepubliceerd), heeft het Gerecht een nadere precisering gegeven van de ontvankelijkheidsvoorwaarden voor een door derden ingesteld beroep tegen een beschikking van de Commissie waarbij een concentratie met de gemeenschappelijke markt verenigbaar wordt verklaard (in casu tussen EDF en Segebel) en voorts tegen de afwijzing van het verzoek van nationale autoriteiten om het onderzoek van de concentratie gedeeltelijk naar deze autoriteiten te verwijzen (beslissing houdende weigering om te verwijzen).

a) De procesbevoegdheid van derden

Het Gerecht herinnert er in dit verband aan dat uit de rechtspraak volgt dat bij beschikkingen van de Commissie betreffende de verenigbaarheid van een concentratie met de gemeenschappelijke markt, de procesbevoegdheid van de derdebelanghebbenden bij deze concentratie anders moet worden beoordeeld naargelang zij gebreken betreffende de inhoud van deze beschikkingen inroepen (derdebelanghebbenden van de „eerste categorie”), dan wel aanvoeren dat de Commissie de procedurele rechten heeft geschonden die hun door de handelingen van Unierecht inzake de controle op concentraties zijn toegekend (derdebelanghebbenden van de „tweede categorie”).

Wat de eerste categorie betreft, moeten deze derden door de bestreden beschikking worden geraakt uit hoofde van zekere bijzondere hoedanigheden of uit hoofde van een feitelijke situatie die hen ten opzichte van ieder ander karakteriseert en hen individualiseert op soortgelijke wijze als de adressaat. In de onderhavige zaak valt verzoekster niet binnen de eerste categorie, aangezien zij door de beschikking van de Commissie niet individueel wordt geraakt. Aangaande de vraag of de verzoekster binnen de tweede categorie valt, preciseert het Gerecht dat

consumentenorganisaties in het kader van de administratieve procedure waarin een concentratie wordt onderzocht, beschikken over een procedureel recht - het recht om te worden gehoord -, mits aan twee voorwaarden is voldaan, namelijk dat de concentratie door eindgebruikers gebruikte producten of diensten betreft, en dat tijdens de voormelde onderzoeksprocedure ook daadwerkelijk een schriftelijk verzoek is ingediend om door de Commissie te worden gehoord.

Het Gerecht stelt vast dat de verzoekster aan de eerste voorwaarde voldoet – aangezien de concentratie in kwestie op zijn minst secundaire gevolgen kan hebben voor de eindgebruiker –, maar niet aan de tweede. Het Gerecht benadrukt in dit verband dat de stappen die derden dienen te zetten om bij een concentratiecontroleprocedure te worden betrokken, na de formele aanmelding van een concentratie moeten worden gezet. Daarmee kan in het belang van die derden worden vermeden dat zij dergelijke verzoeken indienen voordat het voorwerp van de door de Commissie gevoerde controleprocedure is vastgesteld, aangezien deze vaststelling pas gebeurt wanneer de betrokken economische transactie wordt aangemeld. Bovendien wordt met dit vereiste vermeden dat de Commissie, wanneer zij verzoeken ontvangt, stelselmatig zou moeten nagaan welke van deze verzoeken economische transacties betreffen die slechts betrekking hebben op abstracte veronderstellingen of zelfs op loutere geruchten, en welke verzoeken betrekking hebben op transacties die aanleiding geven tot een aanmelding. In de onderhavige zaak had de verzoekster de Commissie twee maanden vóór de aanmelding ervan verzocht om te worden gehoord in het kader van het onderzoek van de concentratie. Dit neemt niet weg dat de verzoeksters dat verzoek hadden moeten herhalen of een ander initiatief hadden moeten nemen, zodra de door EDF en Segebel voorgenomen economische transactie naar behoren als concentratie was aangemeld.

b) Vatbaarheid voor beroep van een beschikking houdende weigering om te verwijzen

Volgens vaste rechtspraak kan een derdebelanghebbende bij een concentratie ontvankelijk zijn in zijn beroep wanneer hij voor het Gerecht opkomt tegen de beschikking waarbij de Commissie het door een nationale mededingingsautoriteit ingediende verwijzingsverzoek inwilligt. Het Gerecht is daarentegen van oordeel dat derdebelanghebbenden niet in hun beroep kunnen worden ontvangen wanneer zij opkomen tegen een beschikking houdende weigering om te verwijzen, waarbij de Commissie het door een nationale autoriteit ingediende verzoek om te verwijzen afwijst. De procedurele rechten en rechterlijke bescherming die deze derden aan het Unierecht ontnemen, worden immers geenszins in gevaar gebracht door de beschikking houdende weigering om te verwijzen. Deze beschikking biedt derdebelanghebbenden bij een concentratie met een communautaire dimensie integendeel de waarborg dat deze concentratie door de Commissie op grond van het Unierecht zal worden onderzocht en dat het Gerecht bevoegd zal zijn om kennis te nemen van eventuele beroepen tegen de beschikking van de Commissie waarbij de procedure wordt beëindigd.

Overheidssteun

1. Ontvankelijkheid

In de rechtspraak van dit jaar worden onder meer de begrippen handeling met bindende rechtsgevolgen en procesbelang nader gepreciseerd.

In zijn arrest van 8 december 2011, *Deutsche Post/Commissie* (T-421/07, nog niet gepubliceerd), heeft het Gerecht de niet-ontvankelijkheid uitgesproken van het beroep dat door Deutsche Post was ingesteld tegen de beschikking van de Commissie waarbij de formele

onderzoeksprocedure werd ingeleid voor steun die door haar door de Bondsrepubliek Duitsland was verleend. Het Gerecht heeft geoordeeld dat de bestreden beschikking, die vooraf was gegaan door een eerste beschikking tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure in 1999, geen voor beroep vatbare handeling was.

Volgens het Gerecht sorteert een beschikking van de Commissie tot inleiding van de formele procedure, een handeling die naar haar aard een voorbereiding op de eindbeschikking is, autonome rechtsgevolgen en is zij dus een voor beroep vatbare handeling, niet alleen wanneer de verzoeker de kwalificatie van de steun als nieuwe steun betwist, maar ook wanneer de verzoeker de eigenlijke kwalificatie van de litigieuze maatregel als overheidssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG bestrijdt.

In de onderhavige zaak is het Gerecht echter van oordeel dat de bestreden handeling, die bestaat in een tweede beschikking tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure, geen voor beroep vatbare handeling is, aangezien zij geen autonome rechtsgevolgen sorteert in vergelijking met de eerste inleidende beschikking. De bestreden handeling had betrekking op dezelfde maatregelen als die welke aan de orde waren in de eerdere inleidende beschikking. Bovendien had de Commissie reeds vermeld dat de litigieuze maatregelen binnen de werkingssfeer van het verbod van artikel 87, lid 1, EG konden vallen, zodat de aan een formele onderzoeksprocedure verbonden autonome rechtsgevolgen bijgevolg reeds teweeg waren gebracht door voormelde inleidende beschikking. Het Gerecht heeft ook opgemerkt dat ten tijde van de vaststelling van de bestreden handeling, de in 1999 ingeleide formele onderzoeksprocedure ten aanzien van de litigieuze maatregelen nog niet was afgesloten en dat de bestreden handeling dus noch de juridische strekking van de litigieuze maatregelen noch verzoeksters rechtspositie had gewijzigd.

In de gevoegde zaken *Freistaat Sachsen en Land Sachsen-Anhalt en Mitteldeutsche Flughafen en Flughafen Leipzig-Halle/Commissie* (arrest van 24 maart 2011, gevoegde zaken T-443/08 en T-455/08, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld) werd de kwalificatie van een kapitaalinjectie als staatssteun voor het Gerecht bestreden in twee beroepen die waren ingesteld tegen de beschikking van de Commissie waarbij de door de Bondsrepubliek Duitsland verleende steun aan de luchthaven Leipzig-Halle met de gemeenschappelijke markt verenigbaar werd verklaard. Het eerste beroep was ingesteld door de publiekrechtelijke aandeelhouders van de ondernemingen die de luchthaven beheerden (zaak T-443/08) en het tweede door de beide ondernemingen die de luchthaven beheerden (zaak T-455/08).

Het Gerecht heeft het beroep van de publiekrechtelijke aandeelhouders in zaak T-443/08 niet-ontvankelijk verklaard wegens het ontbreken van een procesbelang. Het Gerecht herinnert er om te beginnen aan dat een door een natuurlijke of rechtspersoon ingesteld beroep tot nietigverklaring slechts ontvankelijk is, indien de verzoeker belang heeft bij de nietigverklaring van de bestreden handeling. Dit belang moet reëel en actueel zijn en worden beoordeeld naar de dag waarop het beroep is ingesteld. Het Gerecht merkt ook op dat het enkele feit dat een beschikking van de Commissie steun met de gemeenschappelijke markt verenigbaar verklaart en de steunontvangers in beginsel dus niet bezwaart, de rechter van de Unie niet ontslaat van de verplichting te onderzoeken of het oordeel van de Commissie bindende rechtsgevolgen sorteert die de belangen van voornoemde verzoekende partij nadelig beïnvloeden.

Het Gerecht is in de eerste plaats van oordeel dat het feit dat de beschikking niet strookt met het door verzoekers tijdens de administratieve procedure ingenomen standpunt, op zichzelf geen enkel bindend rechtsgevolg teweegbrengt dat hun belangen raakt. Het kan dus niet als zodanig ten grondslag worden gelegd aan hun procesbelang. De procedure van toezicht op staatssteun is immers, gelet op de algemene opzet ervan, een procedure die wordt ingeleid tegen de lidstaat die verantwoordelijk is voor de toekenning van de steun. De steunontvangende ondernemingen en de lagere territoriale lichamen die de steun toekennen, evenals de concurrenten van de

steunontvangers, worden in deze procedure slechts als „belanghebbenden” beschouwd. Het Gerecht voegt hieraan toe dat dergelijke verzoekers geenszins hun recht wordt ontnomen op effectieve rechterlijke bescherming tegen een beschikking van de Commissie waarbij een kapitaalinjectie als staatssteun wordt gekwalificeerd. Immers, ook als het onderhavige beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard, belet niets hen om in een geding voor een nationale rechter, waarvoor zij eventueel zouden worden gedaagd teneinde de door hen gestelde gevolgen van de vermeende nietigheid van de kapitaalinjectie te dragen, deze laatste voor te stellen om tot een prejudiciële verwijzing overeenkomstig artikel 234 EG over te gaan, om de geldigheid van de bestreden beschikking aan de orde te stellen voor zover daarbij wordt vastgesteld dat de betrokken maatregel een steunmaatregel is.

Wat in de tweede plaats de beweerde negatieve gevolgen van de kwalificatie van de kapitaalinjectie als staatssteun betreft, is het Gerecht van oordeel dat een verzoeker zich niet op toekomstige en onzekere situaties kan beroepen om zijn belang bij de nietigverklaring van de bestreden handeling te rechtvaardigen. Het feit dat een verzoeker verwijst naar „mogelijke” vennootschapsrechtelijke en insolventierechtelijke gevolgen van de vermeende nietigheid van de kapitaalinjectie, en niet van gevolgen die vaststaan, volstaat dus niet om het bestaan van een dergelijk belang te erkennen. Het Gerecht merkt bovendien op dat de verzoekers, de publiekrechtelijke aandeelhouders van de steunontvanger, niet hebben aangetoond dat zij een eigen belang hebben, los van dat van de begunstigde, om nietigverklaring van de bestreden beschikking te vorderen. Behoudens in het geval dat iemand een procesbelang geldend kan maken dat losstaat van dat van een door een handeling van de Unie geraakte onderneming waarvan die persoon een deel van het kapitaal in handen heeft, kan iemand zijn belangen wat die handeling betreft niet anders verdedigen dan door zijn rechten als vennoot van die onderneming uit te oefenen.

In het arrest van 20 september 2011, *Regione autonoma della Sardegna e.a./Commissie* (gevoegde zaken T-394/08, T-408/08, T-453/08 en T-454/08, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld), heeft het Gerecht het door de Commissie aangevoerde middel van niet-ontvankelijkheid afgewezen en geoordeeld dat de omstandigheid dat verzoeksters en interveniëntes niet binnen de vereiste termijn een beroep hadden ingesteld tegen een correctiebeschikking die hetzelfde voorwerp en doel had als een beschikking tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure, hun niet belette om ten aanzien van laatstgenoemde beschikking middelen inzake de onrechtmatigheid van de eindbeschikking aan te voeren.

Een beschikking tot sluiting van de formele onderzoeksfase roept immers bindende rechtsgevolgen in het leven die de belangen van de betrokken partijen raken, aangezien zij de procedure beëindigt en een definitieve uitspraak doet over de verenigbaarheid van de onderzochte maatregel met de regels inzake staatssteun. Partijen kunnen dus steeds opkomen tegen deze beschikking; daarvoor moeten zij de verschillende feiten en overwegingen waarop de Commissie haar definitieve standpunt heeft gebaseerd, kunnen aanvechten. Het Gerecht voegt hieraan toe dat deze mogelijkheid losstaat van de vraag of de beschikking tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure vatbaar is voor een beroep tot nietigverklaring. Weliswaar kan tegen genoemde inleidende beschikking beroep worden ingesteld wanneer zij definitieve rechtsgevolgen teweegbrengt, hetgeen het geval is wanneer de Commissie de formele onderzoeksprocedure inleidt ten aanzien van een maatregel die zij voorlopig als nieuwe steun kwalificeert, maar deze mogelijkheid om een beschikking tot inleiding van de procedure aan te vechten, mag niet tot gevolg hebben dat de procedurele rechten van de belanghebbenden worden gekort, doordat hun wordt belet de eindbeschikking aan te vechten en zich in hun verzoekschrift te beroepen op gebreken in alle fasen van de procedure die tot deze beschikking heeft geleid.

2. Materiële regels

a) Begrip staatssteun

In het arrest van 12 mei 2011, *Région Nord-Pas-de-Calais en Communauté d'Agglomération du Douaisis/Commissie* (gevoegde zaken T-267/08 en T-279/08, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld), is het Gerecht nader ingegaan op het begrip staatsmiddelen, meer bepaald op de voorwaarde dat de maatregelen in kwestie aan de staat moeten kunnen worden toegerekend.

Het Gerecht herinnert er wat dit onderwerp betreft aan dat het feit dat de voorschotten door de regio en door het gemeentelijk samenwerkingsverband waren toegekend, dus door territoriale lichamen en niet door de centrale overheid, op zich niet volstond om deze maatregelen buiten de werkingssfeer van artikel 107, lid 1, VWEU te doen vallen. Het Gerecht preciseert bovendien dat het feit dat de financiering van de litigieuze maatregelen, die uit eigen middelen van de regio en het gemeentelijk samenwerkingsverband waren bekostigd, niet van fiscale of parafiscale aard was, genoemde maatregelen evenmin aan de kwalificatie van staatssteun kon doen ontsnappen. Het beslissende criterium op het gebied van staatsmiddelen is immers het openbare toezicht, terwijl artikel 107, lid 1, VWEU alle geldelijke middelen omvat, of die nu uit verplichte bijdragen komen of niet, die de openbare sector daadwerkelijk kan gebruiken om ondernemingen te steunen.

In het arrest van 20 september 2011, *Regione autonoma della Sardegna e.a./Commissie*, reeds aangehaald, werd de Commissie verweten dat zij de litigieuze maatregelen ten onrechte als onrechtmatige, want niet-aangemelde, nieuwe steun had gekwalificeerd, in plaats van als bestaande steun waarvan misbruik was gemaakt.

Het Gerecht herinnert eraan dat wanneer de wijziging de kern van de oorspronkelijke regeling raakt, die regeling in een nieuwe steunregeling wordt omgezet. Wanneer de wijziging daarentegen niet substantieel is, kan alleen de wijziging als zodanig als nieuwe steun worden gekwalificeerd. In de onderhavige zaak vermeldde de goedkeuringsbeschikking uitdrukkelijk de voorwaarde dat de steunaanvraag vóór de aanvang van de uitvoering van het investeringsproject moest worden ingediend. In aanmerking nemend dat de regio Sardinië op basis van de niet-aangemelde maatregel steun kon verlenen voor projecten waarvan de uitvoering reeds vóór de indiening van de steunaanvragen was gestart, is het Gerecht van oordeel dat de regeling zoals zij werd toegepast, verschilde van de bij de goedkeuringsbeschikking goedgekeurde regeling. Volgens het Gerecht kon deze wijziging niet als onbelangrijk of als onbeduidend worden aangemerkt. Aangezien de Commissie, zoals uit de richtsnoeren van 1998¹⁰ blijkt, aan haar goedkeuring van regionale steunmaatregelen meestal de voorwaarde verbindt dat de steunaanvraag vóór de aanvang van de uitvoering van de projecten moet worden ingediend, spreekt het immers voor zich dat de schrapping van die voorwaarde de beoordeling van de verenigbaarheid van de steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt kan beïnvloeden. Het Gerecht heeft hieruit afgeleid dat de litigieuze steunmaatregelen nieuwe steun vormden en niet bestaande steun. Deze nieuwe steunmaatregelen waren onrechtmatig, aangezien de wijziging van de goedgekeurde steunregeling niet bij de Commissie was aangemeld.

Het Gerecht preciseert ten slotte dat de litigieuze steunmaatregelen niet konden worden gekwalificeerd als bestaande steun waarvan misbruik was gemaakt, aangezien die kwalificatie ziet op het geval waarin de begunstigde de steun gebruikt in strijd met de beschikking waarbij

¹⁰ Richtsnoeren van 10 maart 1998 inzake regionale steunmaatregelen (PB C 74, blz. 9).

deze is goedgekeurd. In casu is de schending van de goedkeuringsbeschikking echter niet toe te schrijven aan de begunstigen, maar wel aan de regio Sardinië.

b) Beoordelingsbevoegdheid van de Commissie – Onderzoek van een steunregeling – Vrijstellingsverordening

In het arrest van 14 juli 2011, *Freistaat Sachsen/Commissie* (T-357/02 RENV, nog niet gepubliceerd), wijst het Gerecht het door verzoekster aangevoerde middel af dat de Commissie bij het onderzoek van de in geding zijnde steunregeling geen gebruik heeft gemaakt van haar beoordelingsbevoegdheid en slechts de criteria zoals vastgelegd in de vrijstellingsverordening mkb's¹¹ heeft toegepast.

Het Gerecht stelt vast dat het doel van de vrijstellingsverordening mkb's is om bepaalde steun die aan kleine en middelgrote ondernemingen (mkb's) wordt toegekend met de gemeenschappelijke markt verenigbaar te verklaren en tevens om de lidstaten vrij te stellen van de verplichting om deze steunmaatregelen aan te melden. Dit betekent evenwel niet dat in het geheel geen steun ten gunste van mkb's met de gemeenschappelijke markt verenigbaar kan worden verklaard nadat de Commissie deze in het licht van de criteria van artikel 87, lid 3, EG heeft onderzocht naar aanleiding van een aanmelding door de lidstaat. Het Gerecht preciseert tevens dat de Commissie weliswaar algemene uitvoeringsmaatregelen mag vaststellen die de leidraad vormen bij de uitoefening van de haar bij artikel 87, lid 3, EG toegekende beoordelingsbevoegdheid, maar niet volledig kan afzien van die beoordelingsbevoegdheid bij de beoordeling van een specifiek geval, in het bijzonder in gevallen die zij in die algemene uitvoeringsmaatregelen niet uitdrukkelijk of zelfs helemaal niet heeft geregeld. Bijgevolg is deze beoordelingsbevoegdheid niet uitgeput door de vaststelling van dergelijke algemene regels en staat in principe niets een eventuele individuele beoordeling los van deze regels in de weg, op voorwaarde evenwel dat de Commissie de hogere rechtsregels, zoals de verdragsbepalingen en de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht, eerbiedigt. In de onderhavige zaak heeft het Gerecht vastgesteld dat de Commissie deze beoordelingsbevoegdheid metterdaad had uitgeoefend, door de maatregel niet alleen op verenigbaarheid te toetsen aan de criteria zoals neergelegd in de vrijstellingsverordening, maar ook aan artikel 87, lid 3, EG.

c) Begrip ernstige moeilijkheden

In het arrest van 27 september 2011, *3F/Commissie* (T-30/03 RENV, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld), verzocht de verzoeker om nietigverklaring van de beschikking van de Commissie waarbij zij te kennen gaf geen bezwaar te hebben tegen de Deense steunregeling in kwestie. Het Gerecht verwierp het beroep op de grond dat de verzoeker niet had aangetoond dat de Commissie met ernstige moeilijkheden werd geconfronteerd en de formele onderzoeksprocedure had moeten inleiden.

Volgens het Gerecht is de formele onderzoeksprocedure onontbeerlijk wanneer de Commissie op ernstige moeilijkheden stuit bij de beoordeling van de verenigbaarheid van een steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt. Of dergelijke moeilijkheden zich hebben voorgedaan, moet zowel aan de hand van de omstandigheden waarin de bestreden handeling is vastgesteld, als aan de hand van de inhoud ervan objectief worden beoordeeld, waarbij de motivering van de beschikking moet worden gerelateerd aan de gegevens waarover de Commissie beschikte toen zij zich uitsprak over de verenigbaarheid van de litigieuze

¹¹ Verordening (EG) nr. 70/2001 van de Commissie van 12 januari 2001 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 [EG] op staatssteun voor kleine en middelgrote ondernemingen (PB L 10, blz. 33).

steunmaatregelen met de gemeenschappelijke markt. Daaruit volgt dat de rechtmatigheidstoetsing door het Gerecht inzake het bestaan van ernstige moeilijkheden naar haar aard verder gaat dan het vaststellen van een kennelijke beoordelingsfout. Op de verzoeker rust de last om het bestaan van ernstige moeilijkheden te bewijzen, welk bewijs hij kan leveren aan de hand van een aantal onderling overeenstemmende aanwijzingen betreffende, enerzijds, de omstandigheden en de duur van het eerste onderzoek, en anderzijds, de inhoud van de bestreden beschikking.

Om het bestaan van ernstige moeilijkheden aan te tonen, werd in het bijzonder de duur van de inleidende onderzoeksprocedure aangevoerd. Dienaangaande preciseert het Gerecht dat de Commissie, hoewel zij niet gehouden is om de inleidende onderzoeksprocedure binnen een bepaalde termijn te doorlopen wanneer de overheidsmaatregelen niet werden aangemeld, zoals in de onderhavige zaak het geval is, niettemin verplicht is om over te gaan tot een snel en onpartijdig onderzoek van de klachten die zij naar aanleiding van niet-aangemelde overheidsmaatregelen ontvangt en het inleidende onderzoek niet tot in het oneindige mag rekken. Of de duur van een inleidende onderzoeksprocedure redelijk is, moet worden beoordeeld aan de hand van de specifieke omstandigheden van elke zaak.

In de onderhavige zaak is het Gerecht van oordeel dat, hoewel het inleidende onderzoek, dat meer dan vier jaar in beslag had genomen, in zijn geheel beschouwd, kan worden geacht langer te zijn geweest dan normalerwijs nodig is voor een eerste onderzoek, deze duur in grote mate gerechtvaardigd wordt door de omstandigheden en de context van de procedure. Het heeft er meer bepaald rekening mee gehouden dat de belastingregeling in kwestie door de wetgever was gewijzigd, hetgeen tot veelvuldig overleg en briefwisseling tussen de lidstaat en de Commissie had geleid. Bovendien kan de duur van het vooronderzoek weliswaar een aanwijzing voor het bestaan van ernstige moeilijkheden vormen, doch deze duur volstaat op zich niet als bewijs voor het bestaan van dergelijke moeilijkheden. Pas wanneer nog andere gegevens dan het verstrijken van een tijdsbestek dit bevestigen, kan een langere periode – zelfs aanzienlijk langer dan normaal gesproken nodig is voor een eerste inleidend onderzoek – nopen tot de vaststelling dat de Commissie ernstige beoordelingsproblemen heeft ondervonden, zodat de formele onderzoeksprocedure had moeten worden ingeleid.

d) Begrip economische activiteit

In de zaken *Freistaat Sachsen en Land Sachsen-Anhalt en Mitteldeutsche Flughafen en Flughafen Leipzig-Halle/Commissie*, reeds aangehaald, moest het Gerecht uitspraak doen over de vraag of de aanleg van luchthaveninfrastructuur, wanneer deze ter beschikking van de infrastructuurbeheerders werd gesteld, een economische activiteit opleverde.

In de context van het mededingingsrecht omvat het begrip onderneming elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd. Onder economische activiteit wordt verstaan iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt. Het Gerecht stelt dienaangaande in de eerste plaats vast dat het beheer van luchthaveninfrastructuur een economische activiteit vormt, met name wanneer de onderneming luchthavendiensten aanbiedt tegen een vergoeding die voornamelijk wordt opgebracht uit luchthavengelden, die als de tegenprestatie voor door de concessiehouder van de luchthaven verrichte diensten dienen te worden beschouwd. Het preciseert voorts dat het feit dat een onderneming een regionale en niet een internationale luchthaven beheert, niet kan afdoen aan de economische aard van haar activiteit, aangezien die bestaat in het tegen vergoeding aanbieden van diensten op de markt voor regionale luchthavendiensten. De exploitatie van een start- en landingsbaan is deel van de economische activiteit van de beheersonderneming, met name wanneer deze voor commerciële doelstellingen

wordt geëxploiteerd. Het Gerecht oordeelt in de tweede plaats dat, ten behoeve van het onderzoek van de economische aard van de activiteit van de onderneming in de context van de overheidsfinanciering van de uitbouw van de start- en landingsbaan, de activiteit bestaande in de aanleg of uitbreiding van een infrastructuur niet los mag worden gezien van het latere gebruik ervan, en dat de al dan niet economische aard van het latere gebruik van de aangelegde infrastructuur noodzakelijkerwijs de aard van de uitbouwactiviteit bepaalt. Start- en landingsbanen zijn immers van fundamenteel belang voor de economische activiteiten van een luchthavenexploitant. Zo stelt de aanleg van start- en landingsbanen een luchthaven in staat om haar voornaamste economische activiteit uit te oefenen of, wanneer het gaat om de aanleg van een extra baan of de uitbouw van een bestaande baan, die uit te breiden.

e) Het criterium van een particuliere investeerder in een markteconomie

In zijn arrest in de zaak *Région Nord-Pas-de-Calais en Communauté d'Agglomération du Douaisis/Commissie*, reeds aangehaald, stelt het Gerecht vast dat de Commissie, conform de op haar rustende verplichting, had onderzocht of de begunstigde van de steun niet een lening onder vergelijkbare voorwaarden had kunnen verkrijgen op de kredietmarkt. Het herinnert eraan dat, om te beoordelen of een overheidsmaatregel als steun is aan te merken, vastgesteld moet worden of de begunstigde onderneming een economisch voordeel ontvangt dat zij onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen. Het relevante toe te passen criterium is dat van de mogelijkheden die de begunstigde onderneming ter beschikking staan om de bedragen in kwestie tegen vergelijkbare voorwaarden op de kapitaalmarkt te verkrijgen. Meer bepaald moet worden afgewogen of een particuliere investeerder de transactie in kwestie tegen dezelfde voorwaarden zou zijn aangegaan. Het Gerecht stelt in het onderhavige geval vast dat de Commissie zich heeft gebaseerd op de constatering dat de vennootschap Arbel Fauvet Rail, gelet op haar financiële situatie, op de kredietmarkt geen fondsen zou hebben verkregen tegen even gunstige voorwaarden als die welke zij van verzoeksters had verkregen, aangezien de litigieuze voorschotten zonder enige vorm van zekerheid voor de terugbetaling ervan waren toegekend, terwijl de toegepaste rentevoeten overeenstemden met die voor leningen waarvoor normaal zekerheid was gesteld. Het Gerecht benadrukt bovendien dat op basis van het feit dat een schuldenaar een kortetermijnlening kan aangaan, geen oordeel kan worden gevormd over zijn mogelijkheden om een lening op langere termijn te verkrijgen, waarvan de terugbetaling afhangt van zijn overlevingskansen.

In zijn arrest van 17 mei 2011, *Buczek Automotive/Commissie* (T-1/08, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld), heeft het Gerecht geoordeeld dat de toets van de hypothetische particuliere investeerder zoals toegepast door de Commissie in strijd was met artikel 87, lid 1, EG en dat de Commissie dus niet rechtens genoegzaam het bestaan van een steunmaatregel had aangetoond.

Het Gerecht merkt op dat wanneer een onderneming waarvan de financiële situatie aanzienlijk is verslechterd, haar schuldeisers een akkoord of een reeks akkoorden voorstelt tot sanering van haar schulden, om haar situatie te verbeteren en haar faillissement te voorkomen, elke schuldeiser een keuze moet maken tussen het bedrag dat hem in het kader van het voorgestelde akkoord wordt geboden, en het bedrag dat hij na de eventuele liquidatie van de onderneming meent te kunnen verhalen. Zijn keuze wordt beïnvloed door een reeks van factoren, zoals de omstandigheid of hij een hypothecaire, preferente of gewone schuldeiser is, de aard en de omvang van zijn eventuele zekerheden, zijn beoordeling van de kansen op herstel van de onderneming en de opbrengst die de liquidatie van de onderneming hem zou opleveren. In casu stond het derhalve aan de Commissie om voor elk van de betrokken overheidsorganen met inaanmerkingneming van voormelde factoren te bepalen, of de door hen

verleende kwijtschelding kennelijk omvangrijker was dan die welke een hypothetische particuliere schuldeiser zou hebben verleend, die zich, voorzover mogelijk, ten aanzien van verzoekster in dezelfde situatie bevindt als het betrokken overheidsorgaan en die de hem verschuldigde bedragen tracht te verhalen.

In de onderhavige zaak moest de Commissie dus bepalen of, gelet op deze factoren, een particuliere investeerder op soortgelijke wijze als de overheidsorganen, de voorkeur zou hebben gegeven aan de bij wet voorziene procedure voor de invordering van schuldvorderingen boven de faillissementsprocedure. Het Gerecht stelt vast dat de Commissie ten tijde van de vaststelling van de bestreden beschikking niet beschikte over de inhoudelijke gegevens om te kunnen stellen dat een particuliere investeerder voor de faillissementsprocedure zou hebben gekozen en niet de bij wet voorziene procedure voor de invordering van schuldvorderingen zou hebben doorgezet. Ten aanzien van het voordeel waarop een hypothetische particuliere schuldeiser had kunnen hopen in het kader van een faillissementsprocedure, merkt het Gerecht op dat de Commissie slechts heeft verklaard dat een „nauwgezet onderzoek van de voordelen van de opschorting van de terugbetaling van de schulden heeft uitgewezen dat de mogelijk verkregen terugbetaling niet meer zou zijn geweest dan de zekere terugbetaling als gevolg van de mogelijke liquidatie van de vennootschap”, zonder evenwel in de bestreden beschikking de inhoudelijke gegevens te vermelden waarop zij deze verklaring steunt. Meer bepaald heeft de Commissie in de bestreden beschikking niet aangegeven of zij ter ondersteuning van die stelling vergelijkende analyses te harer beschikking had van het voordeel dat de hypothetische particuliere schuldeiser zou hebben verkregen na een faillissementsprocedure – rekening houdend met onder meer de kosten die met een dergelijke procedure samenhangen – ten opzichte van het voordeel uit de bij wet voorziene procedure voor de invordering van schuldvorderingen. In de bestreden beschikking is evenmin gepreciseerd of de Commissie over studies of analyses beschikte waarin de duur van de faillissementsprocedure met die van de bij wet voorziene procedure voor de invordering van schuldvorderingen werd vergeleken.

3. Procedurele regels

a) Motiveringsplicht

In het arrest *Buczek Automotive/Commissie*, reeds aangehaald, oordeelt het Gerecht dat de Commissie haar beschikking ontoereikend had gemotiveerd op het punt van de voorwaarden van een ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten en de vervalsing, of dreigende vervalsing, van de mededinging.

Het Gerecht herinnert eraan dat de Commissie geen economische analyse hoeft te maken van de reële situatie op de betrokken markt, het marktaandeel van de ondernemingen die steun hebben genoten, de positie van de concurrerende ondernemingen en het handelsverkeer in de betrokken diensten tussen de lidstaten, wanneer zij uiteenzet waarom de litigieuze steunmaatregelen de mededinging vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden. Zelfs wanneer reeds uit de omstandigheden waaronder de steun is verleend, duidelijk is dat die steun het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en de mededinging kan vervalsen of dreigen te vervalsen, mag niettemin van de Commissie worden verwacht, dat zij die omstandigheden in de motivering van haar beschikking aangeeft.

In de onderhavige zaak stelt het Gerecht vast dat de Commissie in de bestreden beschikking slechts de bewoordingen van artikel 87, lid 1, EG heeft herhaald en geenszins heeft uiteengezet, ook niet beknopt, welke feiten en omstandigheden rechtens in aanmerking zijn genomen bij de beoordeling van die voorwaarden. Daarenboven bevat de bestreden beschikking geen enkel

gegeven dat kan aantonen dat de steun in kwestie het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden of de mededinging kan vervalsen, zelfs niet in het kader van de omschrijving van de omstandigheden waaronder de steun was verleend.

In het arrest *Freistaat Sachsen en Land Sachsen-Anhalt en Mitteldeutsche Flughafen en Flughafen Leipzig-Halle/Commissie*, reeds aangehaald, verklaart het Gerecht artikel 1 van de beschikking van de Commissie nietig wegens schending van de motiveringsplicht, voor zover daarin het bedrag van de staatssteun die de Bondsrepubliek Duitsland voornemens was te verlenen aan de luchthaven Leipzig-Halle op 350 miljoen EUR wordt bepaald.

Het Gerecht oordeelt dat de Commissie, hoewel zij erkent dat bepaalde kosten waarop de kapitaalinjectie betrekking heeft, verbonden zijn met de uitoefening van de overheidstaak en dus niet als staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG konden worden gekwalificeerd, in artikel 1 van de litigieuze beschikking toch de gehele kapitaalinjectie als staatssteun heeft beschouwd.

Hoewel geen enkele bepaling van het recht van de Unie vereist dat de Commissie het precieze bedrag van de terug te betalen steun vaststelt, benadrukt het Gerecht dat de Commissie, wanneer zij beslist om het bedrag van een steunmaatregel wel te vermelden, zelfs in gevallen waarin de steun verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard, het precieze bedrag daarvan moet aangeven. In de onderhavige zaak merkt het Gerecht op dat het bedrag van de staatssteun bedoeld in artikel 1 van de in geding zijnde beschikking onjuist voorkomt, aangezien de bedragen voor taken van openbare dienstverlening geen staatssteun vormen en dus in mindering moesten worden gebracht op het totaalbedrag van de kapitaalinjectie.

b) Rechten van de verdediging

In het arrest *Région Nord-Pas-de-Calais en Communauté d'Agglomération du Douaisis/Commissie*, reeds aangehaald, herinnert het Gerecht aan de vaste rechtspraak dat de belanghebbenden de rechten van de verdediging niet als zodanig kunnen inroepen, maar slechts beschikken over het recht om te worden gehoord en op passende wijze bij de procedure te worden betrokken, rekening houdend met de omstandigheden van het geval. Zelfs indien niet kan worden uitgesloten dat een lagere overheid een status heeft die haar voldoende autonoom maakt ten opzichte van de centrale regering van een lidstaat om een essentiële rol te spelen bij de vaststelling van het politieke en economische kader waarbinnen de ondernemingen actief zijn, benadrukt het Gerecht dat de rol van andere belanghebbenden dan de lidstaat beperkt is tot die van informatiebron voor de Commissie in de staatssteunprocedure. Zij kunnen dus zelf geen aanspraak maken op een contradictoir debat met de Commissie.

c) Bescherming van het gewettigd vertrouwen

In het arrest *Regione autonoma della Sardegna e.a./Commissie*, reeds aangehaald, heeft het Gerecht de grief verworpen die was ontleend aan schending van het beginsel van de bescherming van het gewettigd vertrouwen, waarbij het eraan herinnerde dat op de bescherming van het gewettigd vertrouwen geen beroep kan worden gedaan door een persoon die zich schuldig heeft gemaakt aan een kennelijke schending van de geldende regeling. Dit was in de onderhavige zaak het geval aangezien de regio Sardinië een onrechtmatige, want niet-aangemelde, steunregeling had ingevoerd. Deze schending werd als kennelijk beschouwd omdat zowel de richtsnoeren van 1998 als de goedkeuringsbeschikking¹² uitdrukkelijk de

¹² Beschikking SG (98) D/9547 van de Commissie van 12 november 1998 houdende goedkeuring van steunregeling „N 272/98 – Italië – Steun ten behoeve van de hotelindustrie”.

voorwaarde vermeldde dat de aanvraag vóór de aanvang van de werkzaamheden moest worden ingediend.

Aangaande het gewettigd vertrouwen van de begunstigten in de eerdere goedkeuringsbeschikking merkt het Gerecht op dat gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van staatssteun in beginsel, en behoudens uitzonderlijke omstandigheden, slechts kan worden aangevoerd wanneer de steun met inachtneming van de procedure van artikel 88 EG is toegekend. Behoedzame ondernemers moeten namelijk normaliter in staat zijn zich ervan te vergewissen dat deze procedure is gevolgd. In de onderhavige zaak merkt het Gerecht op dat de goedkeuringsbeschikking duidelijk aangaf dat de goedkeuring van de Commissie slechts betrekking had op steun voor projecten waarmee na de indiening van de steunaanvraag was begonnen. De begunstigten van de litigieuze steun die niet aan deze voorwaarde voldeed, konden zich dus in beginsel niet beroepen op gewettigd vertrouwen in de regelmatigheid daarvan. Hoewel in de rechtspraak de mogelijkheid niet wordt uitgesloten dat begunstigten van onrechtmatige steun zich in het kader van de terugvorderingsprocedure op bijzondere omstandigheden kunnen beroepen om zich tegen de terugbetaling van de steun te verzetten, kunnen zij dit alleen op basis van de relevante nationale bepalingen aanvoeren in het kader van de terugvorderingsprocedure voor de nationale rechter, die als enige bevoegd is om de omstandigheden van het geval te beoordelen, eventueel na het Hof met prejudiciële vragen om uitlegging te hebben verzocht.

Gemeenschapsmerk

De beslissingen inzake de toepassing van verordening (EG) nr. 40/94, vervangen door verordening (EG) nr. 207/2009¹³, vertegenwoordigen ook in 2011 een groot aandeel in de geschillen die het Gerecht ten deel zijn gevallen (240 afgedane zaken, 219 aanhangig gemaakte zaken). Er kan dus slechts een beknopt beeld van deze beslissingen worden geschetst.

1. Absolute weigeringsgronden

Het jaar 2011 is onder meer opgevallen door de eerste twee gevallen waarin artikel 7, lid 1, sub f, verordening nr. 207/2009 is toegepast. Het Gerecht heeft namelijk twee beroepen verworpen die gericht waren tegen de weigering tot inschrijving van gemeenschapsmerken die met de openbare orde en de goede zeden in strijd waren. Om te beginnen heeft het Gerecht aangegeven in het arrest van 20 september 2011, *Couture Tech/BHIM (Afbeelding van het wapen van de Sovjet-Unie)* (T-232/10, nog niet gepubliceerd), dat de tekens die het relevante publiek in strijd kan achten met de openbare orde of de goede zeden, niet in alle lidstaten dezelfde zijn, in het bijzonder om taalkundige, historische, sociale of culturele redenen. Het concludeert hieruit dat niet alleen rekening dient te worden gehouden met de omstandigheden die de lidstaten van de Unie gemeen hebben, maar ook met de omstandigheden die eigen zijn aan individuele lidstaten en die de perceptie van het relevante publiek op het grondgebied van deze staten kunnen beïnvloeden. Het Gerecht merkt op dat de aan het nationale, in casu Hongaarse, recht ontleende factoren niet meetellen wegens de normatieve waarde ervan, en derhalve niet bindend kunnen zijn voor het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM). Niettemin zijn dit feitelijke aanwijzingen op grond waarvan kan worden beoordeeld op welke wijze het relevante publiek in de betrokken lidstaat bepaalde categorieën van tekens percipieert.

¹³ Verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1), vervangen door verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het gemeenschapsmerk (PB L 78, blz. 1).

Na te hebben vastgesteld dat het Hongaarse wetboek van strafrecht bepaalde wijzen van gebruik van „symbolen van het totalitarisme”, waaronder de hamer en sikkel en de vijfpuntige rode ster, verbood, waarbij dit verbod ook betrekking had op het gebruik van de betrokken tekens als merken, verklaart het Gerecht onder meer dat de semantische inhoud van het wapen van de voormalige Unie van Socialistische Sovjetrepublieken (USSR) niet in die mate is verwaterd en veranderd dat dit wapen niet langer als een politiek symbool wordt opgevat. Het Gerecht is dan ook van oordeel dat de kamer van beroep terecht heeft overwogen dat het gebruik van het aangevraagde merk als merk door een wezenlijk deel van het relevante publiek in Hongarije in strijd met de openbare orde of de goede zeden in de zin van artikel 7, lid 1, sub f, van verordening nr. 207/2009 zou worden geacht.

Vervolgens was in de zaak *PAKI Logistics/BHIM (PAKI)* (arrest van 5 oktober 2011, T-526/09, niet gepubliceerd) het teken PAKI in geding, welke inschrijving de kamer van beroep had geweigerd op grond dat het door het Engelstalige publiek in de Europese Unie werd gepercipieerd als een racistisch begrip, namelijk de denigrerende en beledigende benaming van een Pakistaan of meer in het algemeen een persoon die uit het Indiase subcontinent afkomstig was en meer bepaald in het Verenigd Koninkrijk woonde. In die context heeft het Gerecht benadrukt dat, hoewel artikel 7, lid 1, sub f, van verordening nr. 207/2009 in de eerste plaats zag op elk teken waarvan het gebruik door een bepaling van het recht van de Unie of het nationale recht was verboden, de inschrijving ervan als gemeenschapsmerk zelfs bij gebreke van een dergelijk verbod zou stoten op de bij die bepaling voorziene absolute weigeringsgrond indien het zwaar beledigend is. De beoordeling of van deze weigeringsgrond sprake is, moet worden gemaakt op basis van de criteria van een redelijk persoon die een gemiddelde gevoeligheids- en tolerantiegrens heeft. Het relevante publiek kan voorts niet worden beperkt tot het publiek waarvoor de waren en diensten ten aanzien waarvan om inschrijving worden verzocht direct bestemd zijn. Er moet namelijk rekening mee worden gehouden dat de tekens waarop deze weigeringsgrond doelt niet alleen aanstootgevend zullen zijn voor het publiek waarvoor de door het teken aangeduide waren en diensten zijn bestemd, maar ook voor andere personen die, zonder enige band met genoemde waren of diensten, incidenteel met dit teken zullen worden geconfronteerd in hun dagelijkse leven. Na verwerping van de diverse argumenten van verzoekster waarmee zij trachtte aan te tonen dat het begrip „paki” niet eenduidig en niet in alle omstandigheden discriminerend is, concludeert het Gerecht dat de kamer van beroep terecht tot het oordeel was gekomen dat dit begrip door het Engelstalige publiek van de Unie als een racistische belediging werd gepercipieerd, zodat de inschrijving ervan in strijd zou zijn met de openbare orde en de goede zeden.

Voorts heeft het Gerecht in het arrest van 6 juli 2011, *i-content /BHIM (BETWIN)* (T-258/09, nog niet gepubliceerd), de bestreden beslissing nietig verklaard op grond dat de kamer van beroep rehtens niet genoegzaam had gemotiveerd waarom het aangevraagde merk al dan niet beschrijvend was voor sommige diensten waarop de inschrijvingsaanvraag betrekking had. Het herinnert er in dit verband aan dat de kamer van beroep enkel kan overgaan tot een globale motivering voor een reeks van waren of diensten wanneer tussen deze waren of diensten een dermate rechtstreeks en concreet verband bestaat dat deze een voldoende homogene categorie vormen en derhalve het geheel van feitelijke en rechtsoverwegingen die de motivering van de bestreden beslissing vormen, enerzijds afdoende de redenering van de kamer van beroep voor elk van de tot deze categorie behorende waren en diensten weergeeft, en anderzijds zonder onderscheid kan worden toegepast op elk van de betrokken waren en diensten. In de onderhavige zaak biedt de bestreden beslissing slechts weinig aanknopingspunten om de verschillende overwegingen te relateren aan de zeer talrijke in de merkaanvraag opgegeven diensten. Het Gerecht merkt bovendien op dat de motivering van het ontbreken van onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk beperkt is tot de vermelding dat het aangevraagde merk, als beschrijvende aanduiding „waarvan eenieder zonder gespecialiseerde

kennis en zonder verder nadenken de betekenis begrijpt”, die ook onderscheidend vermogen mist, op grond van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 207/2009 niet voor inschrijving in aanmerking kwam. Het Gerecht benadrukt ook dat de kamer van beroep eenvoudigweg heeft verklaard dat het begrip „betwin” alleen een algemene aansporing tot deelname aan bepaalde weddenschappen of spelen of tot het verkrijgen van een economisch voordeel in de vorm van winst verwoordt zonder dat het eventuele verband met een bepaalde dienstverrichter duidelijk wordt gemaakt, en dat het betrokken teken om deze reden de betrokken consument niet in staat stelt dit teken op te vatten als een verwijzing naar een bepaalde commerciële herkomst van de diensten die betrekking hebben op een mogelijkheid om te wedden en te winnen, en waar te nemen als het individuele teken van een welbepaalde dienstverrichter uit deze sector. In die omstandigheden is het Gerecht van oordeel dat voor de andere diensten dan die welke rechtstreeks verband houden met de sector weddenschappen en spelen, ambtshalve een ontoereikende motivering moet worden opgeworpen. Het is immers onbegrijpelijk hoe deze algemene motivering kan worden toegepast op alle andere heterogene diensten waarvoor inschrijving van het merk is aangevraagd en waarvan een aantal geen verband houdt met weddenschappen en winstbejag.

Bij het teken TDI moest het Gerecht ook, in het arrest van 6 juli 2011, *Audi en Volkswagen/BHIM (TDI)* (T-318/09, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld), het beroep verwerpen dat was ingesteld tegen de beslissing van de kamer van beroep inhoudende dat het teken TDI, dat bestaat uit de beginletters van de woorden in de uitdrukking „turbo direct injection” of „turbo diesel injection”, in de gehele Unie beschrijvend was.

Het Gerecht geeft in de eerste plaats aan dat het woordteken TDI – waarvan om inschrijving als gemeenschapsmerk werd verzocht voor „vervoermiddelen en constructiedelen ervan” – kan dienen als omschrijving van de wezenlijke kenmerken van de waren en de diensten waarop de merkaanvraag betrekking heeft. Bovendien duidt dit woordteken voor vervoermiddelen de kwaliteit ervan aan, aangezien het feit te zijn voorzien van een „turbo diesel injection”- of „turbo direct injection”-motor een wezenlijk kenmerk van een voertuig is. Voor de constructieonderdelen van de voertuigen duidt het woordteken TDI het type ervan aan. Het Gerecht is derhalve van oordeel dat het teken TDI voor de betrokken waren beschrijvend is in de gehele Unie. Het Gerecht verwerpt in de tweede plaats het argument dat, om aan te tonen dat een merk onderscheidend vermogen heeft verkregen door gebruik, niet hoefde te worden bewezen dat het in alle lidstaten was ingeburgerd en dat de beginselen inzake de bekendheid van een merk overeenkomstig moesten worden toegepast, zodat het volstond dat werd aangetoond dat het merk in een aanzienlijk deel van het grondgebied van de Unie was ingeburgerd. Het Gerecht is namelijk van oordeel dat in alle lidstaten van de Unie waarin het aangevraagde merk ab initio onderscheidend vermogen miste, het door het gebruik onderscheidend vermogen moest hebben verkregen. Het Gerecht preciseert dienaangaande onder meer dat, gelet op de doelstelling van artikel 9, lid 1, sub c, van verordening nr. 207/2009 – dat de bescherming beoogt van de rechtmatige belangen van merkhouders wier merk dankzij hun commerciële en reclame-inspanningen bekend is geworden –, de in die bepaling gehanteerde methode om in het kader van de toepassing ervan het relevante grondgebied te bepalen, niet kan worden gehanteerd wat de verkrijging van onderscheidend vermogen door gebruik betreft.

In zijn arrest van 17 mei 2011, *Consejo Regulador de la Denominación de Origen Txakoli de Álava e.a./BHIM (TXAKOLI)* (T-341/09, nog niet gepubliceerd), moest het Gerecht uitlegging geven aan artikel 66, lid 2, van verordening nr. 207/2009, inzake collectieve gemeenschapsmerken, dat voorziet in een uitzondering op artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 207/2009. Volgens de eerste van die bepalingen kunnen immers collectieve gemeenschapsmerken bestaan uit tekens of aanduidingen die – hoewel zij beschrijvend zijn – in

de handel kunnen wijzen op de plaats van herkomst van de waren of diensten. De verzoekers voerden in deze zaak aan dat „txakoli” een begrip was ter aanduiding van de geografische oorsprong van de waar en de diensten waarop de inschrijvingsaanvraag betrekking had, aangezien het een aanvullende traditionele aanduiding betrof die door de regelgeving op het gebied van wijn beschermd was en die voorbehouden was voor de wijnen met een oorsprongsbenaming waarvoor zij de raad voor oorsprongsbenamingen waren.

Het Gerecht is wat dat aangaat van oordeel dat dit begrip slechts als een aanduiding van een kenmerk van de wijnen werd beschouwd in de toepasselijke regelgeving, en niet als een aanduiding van de geografische oorsprong ervan, en zulks ondanks de band die er beweerdelijk bestond tussen het begrip „txakoli” en het Baskenland. Artikel 66 van verordening nr. 207/2009 mag niet extensief worden uitgelegd. Anders zou immers inbreuk worden gemaakt op de bevoegdheid van de autoriteiten die voor oorsprongsbenamingen en geografische benamingen verantwoordelijk zijn. Bovendien kan het feit dat het gebruik van het begrip „txakoli” exclusief wordt toegekend krachtens andere bepalingen van het recht van de Unie, niet impliceren dat het automatisch als gemeenschapsmerk kan worden ingeschreven. Aan een dergelijke inschrijving ontleent de merkhouder specifieke rechten die niet uit andere normen voortvloeien, zoals die betreffende het landbouwbeleid.

Het Gerecht preciseert ten slotte dat de weigering om het aangevraagde merk in te schrijven geen weerslag heeft op het exclusieve gebruik dat de verzoekers thans mogen maken van de betrokken begrippen op grond van de regelgeving op het gebied van wijn, en dat deze niet tot gevolg heeft dat het gebruik van dit begrip wordt toegestaan voor andere marktdeelnemers dan die welke dit recht krachtens deze regelgeving genieten en deze de verzoekers er evenmin van weerhoudt om de eerbiediging van genoemde regelgeving af te dwingen.

Tot slot heeft het Gerecht in het arrest van 6 oktober 2011, *Bang & Olufsen/BHIM (Afbeelding van een luidspreker)* (T-508/08, nog niet gepubliceerd), het beroep verworpen dat was gericht tegen de beslissing van de kamer van beroep – die zelf was aangezocht na de vernietiging van een eerdere beslissing door het Gerecht¹⁴ –, waarbij de kamer had geweigerd om een gemeenschapsmerk in te schrijven dat bestond uit een driedimensionaal teken in de vorm van een luidspreker, aangezien het teken uitsluitend bestond uit de vorm die een wezenlijke waarde aan de waar gaf in de zin van artikel 7, lid 1, sub e-iii, van verordening nr. 40/94.

In deze zaak werd het Gerecht de vraag voorgelegd of de kamer van beroep het recht had geschonden door, na tot het oordeel te zijn gekomen dat in de onderhavige zaak een nieuwe absolute weigeringsgrond kon worden toegepast – het eerste onderzoek, dat had geleid tot het vernietigingsarrest van het Gerecht, had alleen betrekking gehad op artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, dat wil zeggen de vraag of sprake was onderscheidend vermogen –, het teken te onderzoeken aan de hand van de absolute weigeringsgrond in artikel 7, lid 1, sub e-iii, van diezelfde verordening.

Het Gerecht beantwoordt deze vraag ontkennend, waarbij het benadrukt dat, gesteld dat het Gerecht, anders dan het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (hierna: „BHIM”), oordeelt dat een teken waarvoor een gemeenschapsmerkaanvraag is ingediend, niet onder een van de absolute weigeringsgronden van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 40/94 valt, de vernietiging door het Gerecht van de beslissing van het BHIM waarbij de inschrijving van dat merk wordt geweigerd, dan noodzakelijkerwijs ertoe leidt dat het BHIM, dat de consequenties dient te trekken uit het dictum en de motivering van het arrest van het Gerecht, de procedure van onderzoek van de betrokken gemeenschapsmerkaanvraag heropent en dat het deze aanvraag afwijst wanneer het van

¹⁴ Arrest van 10 oktober 2007, *Bang & Olufsen/BHIM (Vorm van een luidspreker)*, T-460/05, Jurispr. blz. II-4207.

oordeel is dat het betrokken teken onder een andere in deze bepaling neergelegde weigeringsgrond valt. Ingevolge artikel 74, lid 1, van verordening nr. 40/94 is het BHIM immers verplicht om bij het onderzoek van de absolute weigeringsgronden de relevante feiten op basis waarvan het een dergelijke grond zou kunnen toepassen, ambtshalve te onderzoeken. Bijgevolg kan een teken dat onder artikel 7, lid 1, sub e, van verordening nr. 40/94 valt, nooit onderscheidend vermogen verkrijgen in de zin van artikel 7, lid 3, van deze verordening door het gebruik dat daarvan is gemaakt, terwijl deze mogelijkheid volgens laatstgenoemde bepaling wel bestaat voor de tekens waarop de weigeringsgronden van artikel 7, lid 1, sub b tot en met d, van verordening nr. 40/94 betrekking hebben.

Bijgevolg is, wanneer de toetsing van een teken aan artikel 7, lid 1, sub e, van verordening nr. 40/94 tot de vaststelling leidt dat van een van de in deze bepaling vermelde gevallen sprake is, toetsing van dit teken aan artikel 7, lid 3, van deze verordening niet langer noodzakelijk, aangezien de onmogelijkheid om dit teken in te schrijven dan duidelijk is. Dit verklaart het belang bij een voorafgaande toetsing van het teken aan artikel 7, lid 1, sub e, van verordening nr. 40/94 wanneer meerdere in artikel 7, lid 1, genoemde absolute weigeringsgronden zouden kunnen worden toegepast, zonder dat dit als een impliciete verplichting om dat teken vooraf aan artikel 7, lid 1, sub e, van verordening nr. 40/94 te toetsen kan worden uitgelegd.

2. Relatieve weigeringsgronden

In het arrest van 17 februari 2011, *Formula One Licensing/BHIM – Global Sports Media (F1-LIVE)* (T-10/09, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld), was het Gerecht van oordeel dat er geen gevaar van verwarring was tussen het merk F1-LIVE ter aanduiding van waren of diensten op het gebied van de formule 1 (namelijk tijdschriften, boeken en brochures, plaatsreservering en de organisatie van competities op internet) en de merken F1 en F1 Formula 1 van de vennootschap Formula One Licensing BV, omdat het publiek het element „f1” als beschrijvend beschouwt en omdat er weinig overeenstemming was tussen de tekens.

Het relevante publiek vat de combinatie van de letter „f” en het cijfer „1” immers op als de afkorting „formule 1”, die in het algemeen een categorie van racewagens en bij uitbreiding races met dergelijke wagens aanduidt. Het relevante publiek kan voorts het element „f 1” van het oudere gemeenschapsmerk F1 Formula 1 percipiëren als het merk dat de houder ervan gebruikt voor zijn commerciële activiteiten op het gebied van races met formule 1-wagens. Het relevante publiek zal het element „f 1” in het aangevraagde merk dus niet opvatten als een onderscheidend element, maar als een element dat voor beschrijvende doeleinden wordt gebruikt. Bijgevolg bezit het element „f1” in een gewone typografie slechts een zwak onderscheidend vermogen voor de betrokken waren en diensten en is de eventuele bekendheid van het in de Unie gebruikte gemeenschapsbeeldmerk hoofdzakelijk verbonden aan het logo F1 van het merk F1 Formula 1.

Wat meer bepaald de woordmerken F1 aangaat, zal de consument het element „f 1” in het aangevraagde merk niet met de houder van de oudere merken in verbinding brengen, nu het enige teken dat hij met genoemde houder heeft leren associëren het logo van het merk F 1 Formula 1 is, en niet het teken in een standaardtypografie. De consument zal F 1 in een gewone typografie als de afkorting van „formule 1” beschouwen, dit wil zeggen als een beschrijvende aanduiding.

Wat het beeldmerk F1 Formula 1 aangaat, zal het relevante publiek, gelet op het ontbreken van visuele overeenstemming en op de beperkte fonetische en begripsmatige overeenstemming, het aangevraagde merk niet daarmee verwarren. De generieke betekenis die door het publiek aan het teken F 1 wordt toegeschreven, verzekert dat dit publiek zal begrijpen dat het aangevraagde

merk op de formule 1 betrekking heeft, maar wegens de volledig andere opbouw geen verband leggen met de activiteiten van de houder van het oudere merk.

3. Procedurele kwesties

In het arrest van 9 februari 2011, *Ineos Healthcare/BHIM – Teva Pharmaceutical Industries (ALPHAREN)* (T-222/09, nog niet gepubliceerd), heeft het Gerecht een nadere precisering gegeven van zijn rechtspraak over het onderzoek van feiten van algemene bekendheid door de kamer van beroep van het BHIM in een daarbij aanhangig geding.

Artikel 74 van verordening nr. 40/94 bepaalt dat in procedures inzake relatieve afwijzingsgronden het onderzoek van het BHIM beperkt blijft tot de door de partijen aangevoerde middelen en tot de door hen ingestelde vorderingen. Volgens het Gerecht ziet deze bepaling onder meer op de feitelijke grondslag van de beslissingen van het BHIM, te weten de feiten en bewijzen waarop deze beslissingen kunnen worden gebaseerd. Wanneer de kamer van beroep uitspraak doet op een beroep tegen een beslissing waarmee een oppositieprocedure is beëindigd, kan zij haar beslissing dus alleen baseren op de feiten en bewijzen die partijen hebben aangedragen. De beperking van de feitelijke grondslag van het onderzoek door de kamer van beroep sluit echter niet uit dat deze, behalve met de feiten die door de partijen bij de oppositieprocedure expliciet naar voren zijn gebracht, tevens rekening houdt met feiten van algemeen bekendheid, dat wil zeggen feiten die voor eenieder kenbaar zijn of die kenbaar zijn via algemeen toegankelijke bronnen.

Het Gerecht benadrukt in deze zaak dat, hoewel zij zijn voortgekomen uit het onderzoek dat de kamer van beroep op internet heeft verricht, de beschrijving van de farmaceutische producten en die van hun therapeutische indicaties, die de kamer van beroep aan haar beoordeling van de overeenstemming tussen de tekens ten grondslag heeft gelegd, gelet op de technische aard van genoemde producten niet als feiten van algemene bekendheid kunnen worden beschouwd. Overwegende dat de bestreden beslissing zonder het gebruik van deze gegevens beduidend anders zou hebben geluid, verklaart het Gerecht genoemde beslissing gedeeltelijk nietig.

Het arrest van 16 mei 2011, *Atlas Transport/BHIM – Atlas Air (ATLAS)* (T-145/08, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld), bood het Gerecht de gelegenheid om een nadere precisering te geven van de eisen die worden gesteld ten aanzien van de plicht om de gronden van een beroep bij de kamer van beroep schriftelijk uiteen te zetten, en voorts ook van de door de rechter te verrichten toetsing van de beslissingen van de kamer van beroep inzake de schorsing van de nietigheidsprocedure.

Het Gerecht herinnert er in de eerste plaats aan dat het beroep tegen een beslissing schriftelijk bij het BHIM moet worden ingesteld binnen twee maanden na de dag waarop de beslissing is meegedeeld en dat een schriftelijke uiteenzetting van de gronden van het beroep moet worden ingediend binnen vier maanden na de datum waarop de beslissing is meegedeeld. Het Gerecht concludeert hieruit dat een verzoekende partij die een beroep bij de kamer van beroep wil instellen, verplicht is om binnen de gestelde termijn een schriftelijke uiteenzetting van de gronden van haar beroep bij het BHIM in te dienen op straffe van niet-ontvankelijkverklaring van dat beroep, en dat deze uiteenzetting meer behelst dan een verklaring waarin wordt aangegeven tegen welke beslissing het beroep is gericht en dat volgens deze verzoekende partij herziening of nietigverklaring door de kamer van beroep noodzakelijk is. Bovendien volgt uit een tekstuele uitlegging van het woord „gronden” dat wie beroep instelt bij de kamer van beroep, schriftelijk moet uiteenzetten waarom hij beroep instelt. Het is niet de taak van de kamer van beroep om deductief te bepalen op welke gronden het beroep waarop zij uitspraak moet doen, is gebaseerd. Wanneer derhalve de verzoeker een memorie indient, moet hij schriftelijk en voldoende duidelijk aangeven op grond van welke gegevens, feitelijk en/of rechtens, zijn

verzoek gerechtvaardigd voorkomt. Aangezien in de onderhavige zaak in de brieven van verzoeker geen duidelijke en begrijpbare gronden zijn uiteengezet, en in aanmerking genomen dat de schriftelijke uiteenzetting van de gronden van het beroep bij de kamer van beroep een eventuele interveniërende partij in staat moet stellen om zonder bijstand van een advocaat te oordelen of het opportuun is om op de argumenten in het beroepschrift van de verzoekende partij te repliceren, is het Gerecht van oordeel dat het beroep dat bij de kamer van beroep is ingesteld, niet voldoet aan de vereisten van artikel 59 van verordening nr. 40/94.

Het Gerecht herinnert er in de tweede plaats aan dat de mogelijkheid om de behandeling voor de kamer van beroep in een oppositieprocedure te schorsen, uitdrukking geeft aan een in de lidstaten algemeen aanvaard beginsel dat het voor een beslissende instantie mogelijk moet zijn om de behandeling in een aanhangige procedure te schorsen wanneer opschorting in de gegeven omstandigheden passend lijkt. De overeenkomstige toepassing van die mogelijkheid is in de context van een nietigheidsprocedure gerechtvaardigd, aangezien zowel de oppositieprocedure als de nietigheidsprocedure tot doel heeft, het gevaar voor verwarring van twee merken te onderzoeken, en de mogelijkheid om de procedure op te schorten bijdraagt tot het doeltreffende verloop van deze procedures. Bijgevolg is de kamer van beroep bevoegd om een nietigheidsprocedure op te schorten wanneer opschorting in de gegeven omstandigheden passend lijkt. Het Gerecht is bovendien van oordeel dat de kamer van beroep over een ruime beoordelingsvrijheid beschikt om de procedure al dan niet op te schorten. Deze bevoegdheid betekent echter niet dat haar beoordeling niet is onderworpen aan het rechterlijke toezicht, dat zich er evenwel toe beperkt na te gaan of er geen kennelijke beoordelingsfouten of misbruik van bevoegdheid zijn gemaakt. Het Gerecht preciseert meer in het bijzonder dat de kamer van beroep in dit kader de algemene beginselen van een billijke procesvoering binnen een rechtsgemeenschap moet eerbiedigen, rekening houdend niet alleen met het belang van de partij wier gemeenschapsmerk wordt betwist, maar ook met dat van de andere partijen.

Daarnaast heeft het Gerecht in het arrest van 9 september 2011, *dm-droguerie markt /BHIM – Distribuciones Mylar (dm)* (T-36/09, nog niet gepubliceerd)¹⁵, geoordeeld dat het BHIM, wanneer het constateert dat in een beslissing een taal- of schrijffout of een kennelijke vergissing is begaan, alleen tot rechtzetting kan overgaan van spelfouten of grammaticale fouten, van schrijffouten of van fouten die zo voor de hand liggen dat geen andere tekst dan de rechtgezette tekst denkbaar is. Daarenboven kan de bevoegdheid van de oppositieafdelingen om opnieuw uitspraak te doen in een procedure waarin zij reeds een eindbeslissing hebben genomen en betekend, niet verder reiken dan de gevallen genoemd in artikel 42 van verordening nr. 207/2009 (procedures inzake intrekking, rectificatie van materiële vergissingen en herziening). Aangezien de wijzigingen die in de onderhavige zaak zijn aangebracht niet alleen betrekking hadden op de aanvulling van een onvolledige zin die onbegrijpelijk was, maar ook op het opheffen van een interne tegenstrijdigheid tussen verschillende gronden en tussen de gronden en het dispositief, concludeert het Gerecht dat de rectificatie van de oorspronkelijke beslissing betrekking heeft gehad op de inhoud zelf van deze beslissing en dat er dus geen sprake was van een herstel van een materiële vergissing. Gelet op de ernst en overduidelijkheid van deze onregelmatigheid, vernietigt het Gerecht de beslissing van de kamer van beroep,

¹⁵ Zie ook, wat gemeenschapsmodellen betreft, arrest van 18 oktober 2011, *Reisenthel/BHIM – Dynamic Promotion (Kratten en korven)* (T-53/10, nog niet gepubliceerd), in welk kader is geoordeeld dat een schending van de rechten van de verdediging als gevolg van de vaststelling van een beschikking vóór afloop van de termijn die verzoeker is toegekend voor het indienen van zijn opmerkingen, geen kennelijke vergissing is in de zin van artikel 39 van verordening (EG) nr. 2245/2002 van de Commissie van 21 oktober 2002 tot uitvoering van verordening (EG) nr. 6/2002 van de Raad betreffende gemeenschapsmodellen (PB L 341, blz. 28). Een dergelijke schending is een gebrek dat de besluitvormingsprocedure aantast, en derhalve mogelijk ook de inhoud van de beslissing.

omdat deze niet de non-existentie van de gewijzigde versie van de beslissing van de oppositieafdeling had vastgesteld en deze derhalve niet nietig had verklaard.

Ten slotte heeft het Gerecht in het arrest van 14 december 2011, *Völkl/BHIM – Marker Völkl (VÖLKL)* (T-504/09, nog niet gepubliceerd), geoordeeld dat, wanneer het beroep voor de kamer van beroep slechts betrekking heeft op een deel van de waren of diensten bedoeld in de inschrijvingsaanvraag of in de oppositie, de kamer van beroep op basis van dit beroep de gegrondheid van de oppositie opnieuw mag onderzoeken, maar alleen ten aanzien van genoemde waren of diensten, daar de inschrijvingsaanvraag en de oppositie niet aan haar zijn voorgelegd wat de overige bedoelde waren en diensten betreft. Bijgevolg heeft de kamer van beroep, door punt 2 van het dispositief van de beslissing van de oppositieafdeling nietig te verklaren wat de overige waren betreft, de grenzen van haar bevoegdheid zoals neergelegd in artikel 64, lid 1, van verordening nr. 207/2009 overschreden.¹⁶

4. Het bewijs van normaal gebruik van het merk

In de zaak *Zino Davidoff/BHIM – Kleinakis kai SIA (GOOD LIFE)* (arrest van 15 juli 2011, T-108/08, nog niet gepubliceerd) had de opposant het bewijs van normaal gebruik van het oudere merk onder meer gebaseerd op een beslissing van het Griekse merkenbureau. Het Gerecht heeft in die context gepreciseerd dat het BHIM, hoewel het hem vrij stond om zich te baseren op een nationale beslissing, als onderdeel van het bewijs, niettemin met de nodige aandacht en zorgvuldigheid moest onderzoeken of dat onderdeel van het bewijs kon aantonen dat van een ouder merk normaal gebruik was gemaakt. In casu zou een zorgvuldig onderzoek van de Griekse beslissing aan het licht hebben gebracht dat daarin kort werd verwezen naar de documenten die waren overgelegd en de argumenten die waren aangevoerd door de partijen tijdens de procedure die tot deze beslissing had geleid. Bovendien waren deze documenten niet aan het dossier van het BHIM toegevoegd zodat de kamer van beroep er niet over beschikte. De kamer van beroep was dus niet in staat om de redenering, daaronder begrepen de beoordeling van de bewijsstukken, te begrijpen, noch om aan te geven op welke bewijsstukken de Griekse beslissing, waarin een normaal gebruik van het oudere merk werd vastgesteld, was gebaseerd. Door de conclusie van de Griekse autoriteiten over te nemen zonder te onderzoeken of de Griekse beslissing berustte op overtuigend bewijs, had de kamer van beroep artikel 74, lid 1, van verordening nr. 40/94 en de zorgvuldigheidsplicht geschonden.

5. Gemeenschapsmodellen

In het arrest van 14 juni 2011, *Sphere Time/BHIM – Punch (Horloge aan een halslint)* (T-68/10, nog niet gepubliceerd), heeft het Gerecht een voorwaarde verbonden aan de toepassing van artikel 7, lid 2, van verordening nr. 6/2002 in het kader van een nietigheidsprocedure. Deze bepaling staat toe dat de openbaarmaking niet in aanmerking wordt genomen wanneer een model waarvoor aanspraak op bescherming wordt gemaakt, voor het publiek beschikbaar is

¹⁶ Er wordt op gewezen dat het Gerecht in dit arrest tevens heeft gepreciseerd dat, om te bepalen of een verzoeker kan worden ontvangen in een beroep tegen een beslissing van de kamer van beroep voor het Gerecht, ervan moest worden uitgegaan dat een beslissing van een kamer van beroep van het BHIM een partij in het ongelijk heeft gesteld in de zin van artikel 65, lid 4, van verordening nr. 207/2009, wanneer deze kamer, na een afwijzing van een verzoek dat – indien het zou zijn ingewilligd – de procedure voor het BHIM zou hebben beëindigd in de voor de indiener daarvan gunstige zin, de zaak verwijst naar de lagere instantie voor heroverweging, en zulks ongeacht of deze heroverweging kan uitmonden in een beslissing die voor deze partij gunstig kan uitvallen. Een dergelijke mogelijkheid volstaat niet om die casus gelijk te stellen aan die waarin de kamer van beroep een verzoek toewijst op basis van bepaalde middelen of argumenten die ter ondersteuning daarvan zijn aangevoerd en de overige middelen of argumenten in het verzoek afwijst of nalaat deze te onderzoeken.

gesteld door de ontwerper, zijn rechtverkrijgende of een derde op basis van door de ontwerper of diens rechtverkrijgende verstrekte informatie of genomen maatregelen gedurende het tijdvak van twaalf maanden voorafgaande aan de datum van indiening van de aanvraag of aan de datum van voorrang. Deze voorwaarde houdt in dat de houder van het model waarvan nietigverklaring wordt gevorderd, aantoont dat hij ofwel de ontwerper is van het model waarop deze vordering is gesteund, ofwel diens rechtverkrijgende.

In ditzelfde arrest heeft het Gerecht een nadere toelichting gegeven op het begrip „geïnformeerd gebruiker”, door zijn eerdere rechtspraak¹⁷ te preciseren en te benadrukken dat dit begrip, wat reclameartikelen betreft, mede ziet op niet alleen de vakman die reclameartikelen aankoopt om die aan de eindgebruikers uit te delen, maar ook de eindgebruiker zelf. Het concludeert dat alleen al op basis van het feit dat de betrokken modellen bij een van de twee groepen van geïnformeerde gebruikers dezelfde algemene indruk wekken, kan worden vastgesteld dat het litigieuze model geen eigen karakter bezit. Ten slotte preciseert het Gerecht dat in het kader van de concrete beoordeling van de algemene indruk niet afzonderlijk en uitsluitend de grafische weergave van de oudere modellen mag worden onderzocht, maar veeleer alle afgebeelde elementen globaal moeten worden beoordeeld zodat de door het betrokken model opgeroepen algemene indruk met voldoende zekerheid en nauwkeurigheid kan worden bepaald. In het geval van met name modellen die rechtstreeks, zonder te zijn ingeschreven, in het handelsverkeer worden gebruikt, valt immers niet uit te sluiten dat daarvan geen grafische weergave met een afbeelding van alle relevante details bestaat, die kan worden vergeleken met de inschrijvingsaanvraag. Volgens het Gerecht zou het in deze omstandigheden overdreven zijn van de partij die nietigverklaring vordert, te verlangen dat in alle gevallen een dergelijke weergave wordt overgelegd.

Toegang tot de documenten van de instellingen

De rechtspraak op het gebied van de toegang tot documenten is in 2011 bijzonder omvangrijk gebleken, met 23 afgedane zaken, waarin op zeer verschillende aspecten van dit thema is ingegaan.

1. Procesbelang

In het arrest van 22 maart 2011, *Access Info Europe/Raad* (T-233/09, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld), heeft het Gerecht geoordeeld dat op basis van de openbaarmaking van de integrale versie van een document door een derde op internet – zonder zich te houden aan de voorschriften over de toegang van het publiek tot documenten van de Raad – niet ervan kon worden uitgegaan dat de verzoeker geen of niet langer belang had bij de vordering tot nietigverklaring van de beslissing van de Raad waarbij hem de volledige toegang tot genoemd document werd geweigerd. Bovendien behoudt een verzoeker onder meer belang bij een vordering tot nietigverklaring van een handeling van een gemeenschapsinstelling om te voorkomen dat de onrechtmatigheid die deze handeling aantast, zich in de toekomst weer voordoet. Dit belang kan echter alleen bestaan indien de gestelde onrechtmatigheid zich in de toekomst kan herhalen, onafhankelijk van de omstandigheden van de zaak die aanleiding hebben gegeven tot het door de verzoeker ingestelde beroep. Dat is het geval bij een beroep tot nietigverklaring dat is ingesteld tegen een beslissing van de Raad houdende weigering van volledige toegang tot een document, wanneer de door de verzoekster gestelde onwettigheid is

¹⁷ Arrest van 22 juni 2010, *Shenzhen Taiden/BHIM - Bosch Security Systems* (Communicatie-apparatuur), T-153/08, Jurispr. blz. II-2517.

gebaseerd op een uitlegging van een van de uitzonderingen van verordening nr. 1049/2001¹⁸ waarop de Raad zich bij nieuwe verzoeken waarschijnlijk opnieuw zal beroepen, en de verzoekster, als vereniging die tot doel heeft de transparantie in de Unie te bevorderen, in de toekomst allicht verzoeken om toegang tot hetzelfde soort documenten zal indienen.

2. Definitie van documenten

In het arrest van 26 oktober 2011, *Dufour/ECB* (T-436/09, nog niet gepubliceerd), moest het Gerecht een precisering verschaffen van de definitie van document die is opgenomen in artikel 3, sub a, van besluit 2004/258/EG¹⁹ van de Europese Centrale Bank (ECB) inzake de toegang van het publiek tot documenten van de Europese Centrale Bank, in de context van een verzoek om toegang tot een databank.

Het Gerecht leidt uit de bewoordingen van artikel 3, sub a, van besluit 2004/258 af dat het begrip document zich uitstrekt tot iedere bewaard gebleven inhoud die na de productie ervan kan worden gereproduceerd of geraadpleegd, en dat de drager voor de opslag van de inhoud niet ter zake doet. Het Gerecht preciseert bovendien dat een databank gekenmerkt wordt door een inhoud van om het even welke aard en een vaste drager waarop de inhoud wordt opgeslagen. Het leidt hieruit af dat de gegevens die zich in de databank bevinden, een document in de zin van artikel 3, sub a, van besluit 2004/258 vormen. Het voegt hieraan toe dat de ECB, aangezien de gegevens los van elkaar staan, deze aan een concreet en individueel onderzoek moet onderwerpen en gedeeltelijke toegang moet verlenen tot de gegevens die kunnen worden geïndividualiseerd met behulp van de zoekmachines waarover zij voor deze databank beschikt, mits die gegevens niet onder een van de uitzonderingen als bedoeld in artikel 4 van besluit 2004/258 vallen.

3. De uitzondering betreffende de bescherming van het besluitvormingsproces

In het arrest *Access Info Europe/Raad*, reeds aangehaald, heeft het Gerecht de beslissing van de Raad nietig verklaard, op basis van het oordeel dat laatstgenoemde niet had aangetoond dat de openbaarmaking van de identiteit van de auteurs van de voorstellen die waren gedaan in een document betreffende een voorstel voor een verordening inzake de toegang van het publiek tot documenten, het lopende wetgevingsproces ernstig zou ondermijnen. Na te hebben gepreciseerd dat het publiek recht heeft op toegang tot alle documenten ten aanzien waarvan het om openbaarmaking verzoekt, herinnert het Gerecht eraan dat nog ruimere toegang moet worden verleend wanneer de Raad in zijn hoedanigheid van wetgever optreedt, teneinde de burger in staat te stellen om alle gegevens die aan een wetgevingshandeling ten grondslag liggen, te controleren. De mogelijkheid voor de burgers om kennis te nemen van de grondslagen van wetgevingshandelingen is immers een voorwaarde voor een doeltreffende uitoefening van hun democratische rechten. Het Gerecht oordeelt in de voorliggende zaak dat het risico dat de

¹⁸ Verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (PB L 145, blz. 43).

¹⁹ Besluit 2004/258/EG van de Europese Centrale Bank van 4 maart 2004 inzake de toegang van het publiek tot documenten van de Europese Centrale Bank (PB L 80, blz. 42).

openbaarmaking van de identiteit van de indieners van de voorstellen in het document in kwestie, de mogelijkheden van delegaties van de lidstaten om hun standpunten in de loop van een wetgevingsprocedure te wijzigen beperkt en de kansen op het vinden van een compromis ernstig ondermijnt, geen risico is dat voldoende ernstig en redelijkerwijs voorzienbaar is.

In het arrest van 7 juni 2011, *Toland/Parlement* (T-471/08, nog niet gepubliceerd), heeft het Gerecht een beslissing van het Europees Parlement nietig verklaard waarin dit had geweigerd toegang te verlenen tot een auditverslag betreffende de vergoeding voor parlementaire bijstand dat door zijn dienst interne audit was opgesteld, op grond dat de openbaarmaking ervan zijn besluitvormingsproces ernstig zou ondermijnen. Hoewel het erkent dat het auditverslag in kwestie inderdaad een door de instelling opgesteld document voor intern gebruik was en dat het betrekking had op een kwestie waarover de instelling nog geen beslissing had genomen, oordeelt het Gerecht dat de instelling rechtens niet genoegzaam had aangetoond dat de openbaarmaking van het document concreet en daadwerkelijk zijn besluitvormingsproces zou ondermijnen en een aanzienlijke weerslag daarop zou hebben. Het bestreden besluit bevatte immers geen enkel tastbaar gegeven op grond waarvan kon worden geconcludeerd dat het risico van ondermijning van het besluitvormingsproces op de datum van vaststelling ervan redelijkerwijs voorzienbaar en niet louter hypothetisch was. Het Gerecht voegt daaraan toe dat noch de omstandigheid dat het gebruik dat de parlementsleden van de te hunner beschikking gestelde vergoedingen maakten een gevoelig onderwerp was dat met grote belangstelling door de media werd gevolgd, noch de vermeende complexiteit van het besluitvormingsproces, op zich een objectieve reden vormden die volstond om te vrezen voor een ernstige ondermijning van het besluitvormingsproces.

4. De uitzondering betreffende de bescherming van het doel van inspecties, onderzoeken en audits

In het arrest van 9 september 2011, *LPN/Commissie* (T-29/08, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld), herinnerde het Gerecht eraan dat hoewel de instelling in beginsel de inhoud van elk document waarop het verzoek betrekking heeft concreet en individueel moet onderzoeken om te bepalen in hoeverre een uitzondering op het recht van toegang van toepassing is en of gedeeltelijke toegang kan worden verleend, van deze verplichting kan worden afgeweken wanneer, vanwege de bijzondere omstandigheden van het betrokken geval, het overduidelijk is dat toegang moet worden verleend of geweigerd. In een dergelijk geval staat het de instelling in beginsel vrij om haar weigeringsbeslissing te baseren op algemene aannames die gelden voor bepaalde categorieën documenten.

Het Gerecht oordeelde in dat verband dat, aangezien een partij geen recht heeft de documenten van het administratieve dossier van de Commissie in een niet-nakomingszaak in te zien, naar analogie met de situatie van de belanghebbenden in het kader van toezichtprocedures inzake staatssteun het bestaan dient te worden erkend van een algemene aanname dat de openbaarmaking van de documenten van het administratieve dossier in beginsel de bescherming van het doel van onderzoeken aantast. De Commissie kan er dus mee volstaan na te gaan of deze algemene aanname moet worden toegepast op alle betrokken documenten zonder dat zij de inhoud van elk van deze documenten noodzakelijkerwijs concreet en individueel hoeft te onderzoeken. In een nog lopende niet-nakomingszaak moet de Commissie noodzakelijkerwijs uitgaan van het beginsel dat deze algemene aanname van toepassing is op alle betrokken documenten. Deze aanname sluit evenwel niet het recht van de belanghebbenden uit, aan te tonen dat een gegeven document ten aanzien waarvan om openbaarmaking wordt verzocht, niet is gedekt door deze aanname of dat er een in artikel 4, lid 2, van verordening nr. 1049/2001 bedoeld hoger openbaar belang is dat openbaarmaking van het document gebiedt.

In de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest van 15 december 2011, *CDC Hydrogene Peroxide/Commissie* (T-437/08, nog niet gepubliceerd), bestreed de verzoeker de beslissing van de Commissie waarbij hem de toegang was geweigerd tot de inhoudsopgave van het dossier in de procedure inzake een mededingingsregeling op de markt van waterstofperoxide, waaraan door negen ondernemingen was deelgenomen. De Commissie had ter rechtvaardiging van haar weigering onder meer de noodzaak ingeroepen om de doeltreffendheid van haar kartelbeleid en meer bepaald haar clementieregeling te beschermen. Het Gerecht verklaarde de beschikking van de Commissie nietig, aangezien laatstgenoemde niet had aangetoond dat de openbaarmaking van het document in kwestie de beschermde belangen concreet en daadwerkelijk kon aantasten.

Aangaande de uitzondering in verband met de bescherming van commerciële belangen oordeelt het Gerecht dat het belang dat een onderneming die aan een mededingingsregeling heeft deelgenomen heeft bij het voorkomen van schadevorderingen, niet als een beschermenswaardig commercieel belang kan worden gekwalificeerd, met name gelet op het recht van eenieder op vergoeding van de schade die hem is veroorzaakt door een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen.

Aangaande de uitzondering in verband met de bescherming van de doelstelling van de onderzoeken van de Commissie oordeelt het Gerecht dat het onderzoek van een concrete zaak als beëindigd wordt beschouwd bij de vaststelling van de eindbeschikking, ongeacht een eventuele latere nietigverklaring van deze beschikking door de rechter, aangezien het op dat tijdstip is dat de betrokken instelling de procedure zelf als beëindigd beschouwd. Het Gerecht verwierpt bovendien het argument van de Commissie dat de uitzondering gebaseerd op het begrip doel van de onderzoeken los van enige concrete procedure staat en in het algemeen kan worden ingeroepen om de openbaarmaking te weigeren van elk document dat het beleid van de Commissie inzake mededingingsregelingen, en in het bijzonder haar clementieregeling, kan ondermijnen. Een dermate ruime uitlegging van het begrip onderzoeken is onverzoenbaar met het beginsel dat de uitzonderingen in artikel 4 van verordening nr. 1049/2001 restrictief moeten worden uitgelegd en toegepast. Het Gerecht benadrukt dat verordening nr. 1049/2001 geen grond oplevert om te veronderstellen dat het mededingingsbeleid van de Unie in het kader van de toepassing van deze verordening anders zou moeten worden behandeld dan de andere beleidsterreinen van de Unie. Er is dus geen enkele reden om het begrip doel van onderzoeken anders uit te leggen in het kader van het mededingingsbeleid. Ten slotte herinnert het Gerecht eraan dat de clementie- en medewerkingsregelingen niet de enige middelen zijn om de naleving van de mededingingsregels van de Unie te verzekeren. Ook bij de nationale rechter ingediende schadevorderingen kunnen wezenlijk bijdragen tot de handhaving van een daadwerkelijke mededinging in de Unie.

5. Uitzonderingen aangevoerd door de lidstaat, auteur van het document

In het arrest van 13 januari 2011, *IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds/Commissie* (T-362/08, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld), is ingegaan op de vraag naar de door de rechter van de Unie uitgevoerde toetsing van de toepassing van de inhoudelijke uitzondering die door een lidstaat in het kader van artikel 4, lid 5, van verordening nr. 1049/2001 wordt

ingeroepen. Ingevolge deze bepaling mag een lidstaat de instelling verzoeken, een van deze lidstaat afkomstig document niet zonder zijn voorafgaande toestemming openbaar te maken²⁰.

Het Gerecht preciseert dat wanneer de beslissing van een instelling tot weigering van toegang tot een van een lidstaat afkomstig document overeenstemt met het verzoek dat deze lidstaat krachtens artikel 4, lid 5, van verordening nr. 1049/2001 heeft gedaan, de rechter van de Unie bevoegd is om op verzoek van de indiener van het verzoek aan wie de toegang tot een document door de aangezochte instelling is geweigerd, te toetsen of die weigering op de in artikel 4, leden 1 tot en met 3, van verordening nr. 1049/2001 bedoelde uitzonderingen kon worden gebaseerd, en of die weigering voortvloeit uit de beoordeling van die uitzonderingen door de instelling zelf dan wel door de betrokken lidstaat. Daaruit volgt dat de toetsing door de Unierechter niet beperkt is tot een prima facie toetsing omdat artikel 4, lid 5, van verordening nr. 1049/2001 wordt toegepast. De toepassing van die bepaling belet hem dus niet een volledige toetsing te verrichten van de afwijzende beschikking van de Commissie, die onder meer de motiveringsplicht moet eerbiedigen en die berust op de materiële beoordeling door de betrokken lidstaat van de toepasselijkheid van de in artikel 4, leden 1 tot en met 3, van verordening nr. 1049/2001 voorziene uitzonderingen. In het kader van de toepassing van artikel 4, lid 5, van verordening nr. 1049/2001 komt de lidstaat evenwel een ruime beoordelingsmarge toe bij de bepaling of de bekendmaking van documenten betreffende gebieden die onder de uitzondering van artikel 4, lid 1, sub a, vierde streepje, van verordening nr. 1049/2001 vallen, het openbaar belang kan schaden. De beoordeling van de vraag of de bekendmaking van een document de door dergelijke materiële uitzonderingen beschermde belangen schaadt, kan immers tot de politieke verantwoordelijkheden van die lidstaat behoren. In een dergelijk geval moet die lidstaat net als de instelling over een ruime beoordelingsmarge beschikken. Het toezicht van het Gerecht moet zich derhalve beperken tot de vraag of de procedure- en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn vastgesteld en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling dan wel misbruik van bevoegdheid.

Gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid – Beperkende maatregelen

De geschillen over beperkende maatregelen hebben in 2011 een nog ongeziene omvang bereikt, met meer dan 90 aanhangig gemaakte zaken. De arresten van het Gerecht onderscheiden zich door de snelheid waarmee zij zijn gewezen en door de criteria die daarin zijn ontwikkeld aangaande de motivering van de beslissing waarbij dergelijke maatregelen worden opgelegd.

In de zaak *Bamba/Raad* (arrest van 8 juni 2011, T-86/11, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld) – beslecht volgens de versnelde behandeling, door een uitgebreide kamer en binnen een termijn van minder dan vier maanden na de instelling van het beroep –, moest het Gerecht oordelen over de rechtmatigheid van de beperkende maatregelen die waren genomen ten aanzien van Nadiany Bamba, de tweede echtgenote van Laurent Gbagbo, voormalig president van Ivoorkust. Deze maatregelen moeten worden geplaatst binnen de context van de presidentsverkiezingen die in de herfst van 2010 hebben plaatsgevonden in

²⁰ In het arrest van 24 mei 2011, *Batchelor/Commissie* (T-250/08, nog niet gepubliceerd), is ingegaan op een kwestie die nauw verband hiermee houdt. Het Gerecht herinnert er in die zaak aan dat de uitzondering in artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 strekt tot bescherming van bepaalde soorten documenten die worden opgesteld in het kader van een procedure, waarvan de openbaarmaking, zelfs na afronding van die procedure, het besluitvormingsproces van de betrokken instelling kan ondermijnen. Deze documenten moeten „standpunten voor intern gebruik in het kader van beraadslagingen en voorafgaand overleg binnen de betrokken instelling” bevatten. Binnen die categorie vallen niet de documenten die door een persoon of externe entiteit aan de instelling zijn toegezonden om daarover met de instelling van gedachten te wisselen.

Ivoorkust en na afloop waarvan de Verenigde Naties (VN) de overwinning van Alassane Ouattara als winnaar hebben bekrachtigd. Ook de Unie heeft de overwinning van Ouattara erkend en alle Ivoriaanse leiders, zowel burgers als militairen, opgeroepen om zich onder het gezag van de democratisch gekozen president te plaatsen, en bevestigd dat de Unie vastbesloten bleef om gerichte sancties te treffen tegen degenen die in de weg bleven staan aan de eerbiediging van de door het volk van Ivoorkust soeverein tot uitdrukking gebrachte wil.

Het Gerecht herinnert er in dat verband aan dat de doeltreffendheid van het rechterlijk toezicht vereist dat de betrokken autoriteit van de Unie de redenen voor de opgelegde beperkende maatregelen zoveel mogelijk meedeelt op het ogenblik waarop deze worden vastgesteld, althans zo snel mogelijk nadat deze beslissing is genomen, teneinde de adressaten ervan in staat te stellen hun recht van beroep tijdig uit te oefenen. Aangezien de betrokkene niet het recht heeft om te worden gehoord voordat een eerste besluit tot oplegging van dergelijke maatregelen wordt genomen, is de naleving van de motiveringsplicht des te belangrijker, omdat zij de enige waarborg vormt die de betrokkene in staat stelt om met vrucht gebruik te maken van de te zijner beschikking staande rechtsmiddelen om de rechtmatigheid van dat besluit te betwisten. In beginsel dient de motivering van een handeling van de Raad waarbij dergelijke maatregelen worden opgelegd, niet alleen betrekking te hebben op de wettelijke voorwaarden voor toepassing van die handeling, maar ook op de specifieke en concrete redenen waarom de Raad bij de uitoefening van zijn discretionaire bevoegdheid van mening is, dat deze maatregelen tegen de betrokkene moet worden genomen. Aangezien de Raad over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikt met betrekking tot de in aanmerking te nemen omstandigheden bij de vaststelling of de handhaving van een maatregel tot bevriezing van tegoeden, kan van hem niet worden verlangd dat hij nader aangeeft in welk opzicht de bevriezing van verzoeksters tegoeden concreet bijdraagt tot de strijd tegen de belemmering van het proces voor vrede en nationale verzoening of dat hij bewijs aandraagt om aan te tonen dat de betrokkene haar tegoeden in de toekomst voor een dergelijke belemmering zou kunnen gebruiken.

Het Gerecht stelt in deze zaak vast dat de Raad slechts vage en algemene overwegingen heeft genoemd als motivering voor de plaatsing van Bamba op de litigieuze lijst. In het bijzonder vormt de verklaring dat zij directeur is van de groep Cyclone die de krant „Le Temps” uitgeeft, geen omstandigheid die een specifieke en concrete motivering van de bestreden handelingen jegens haar oplevert. Bij gebreke van enige concrete aanwijzing kan immers niet worden opgemaakt hoe Bamba het proces voor vrede en verzoening heeft belemmerd door publiekelijk aan te zetten tot haat en geweld en door deel te nemen aan desinformatiecampagnes in verband met de presidentsverkiezingen van 2010.

In die omstandigheden oordeelt het Gerecht dat de motivering van de betrokken handelingen Bamba niet in staat heeft gesteld de geldigheid van de handelingen voor het Gerecht te betwisten. Het preciseert dat deze hem niet in de gelegenheid heeft gesteld zijn toezicht op de gegrondheid van de bestreden handelingen uit te oefenen, zodat het de bestreden handelingen nietig verklaart, echter met handhaving van de werking ervan tot aan het verstrijken van de termijn voor het instellen van een hogere voorziening bij het Hof van Justitie, dat wil zeggen twee maanden en tien dagen te rekenen vanaf de betekening van het arrest, of, indien een hogere voorziening wordt ingesteld, na de afwijzing ervan, een en ander krachtens artikel 280 VWEU en artikel 264, tweede alinea, VWEU.

In het kader van de strijd tegen de nucleaire proliferatie moet nog worden gewezen op het arrest van 7 december 2011, *HTTS/Raad* (T-562/10, nog niet gepubliceerd, gewezen bij verstek), waarin het Gerecht de verordening nietig heeft verklaard waarbij ten aanzien van de verzoekster beperkende maatregelen waren opgelegd. Het Gerecht stelde vast dat de gegevens die de Raad had aangedragen prima facie tegenstrijdig waren en dat het op basis daarvan niet duidelijk

was of de naam van de verzoekster op de lijst was geplaatst wegens het voortbestaan van de omstandigheden waarvan in de eerdere verordening was uitgegaan, te weten de banden tussen de verzoekster en de vennootschap HDSL, dan wel wegens nieuwe omstandigheden, te weten de directe banden tussen verzoekster en de vennootschap IRISL. Hoe dan ook kon noch op basis van de verordening noch op basis van het antwoord in de brief van de Raad op het door de verzoekster gedane verzoek om een nieuw onderzoek worden nagegaan om welke redenen de Raad van oordeel was dat de door verzoekster aangevoerde gegevens ten aanzien van de aard van haar activiteiten en haar autonomie ten opzichte van HSL en IRISL zijn standpunt ten aanzien van de handhaving van de jegens verzoekster genomen maatregelen niet konden wijzigen. De Raad heeft evenmin preciseringen gegeven ten aanzien van de aard van de zeggenschap die IRISL over verzoekster zou uitoefenen of de activiteiten die de verzoekster namens IRISL verricht. Het Gerecht verklaart de bestreden verordening nietig voor zover deze op de verzoekster betrekking heeft, wegens schending van de motiveringsplicht. Om niet op ernstige en onomkeerbare wijze afbreuk te doen aan de doeltreffendheid van de beperkende maatregelen die bij de bestreden verordening zijn opgelegd en om te voorkomen dat verzoekster een handelwijze zou kunnen aannemen om het effect van latere beperkende maatregelen te omzeilen, beslist het Gerecht evenwel om de gevolgen van genoemde verordening te handhaven gedurende een periode van niet langer dan twee maanden, te rekenen vanaf de uitspraak van het arrest.

Milieu / Handel in broeikasgasemissierechten

In de zaak *Letland/Commissie* (arrest van 22 maart 2011, T-369/07, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld), was een besluit van de Commissie in geding waarbij zij een aspect van de voorgestelde wijziging van het nationale toewijzingsplan (hierna: „NTP”) voor broeikasgasemissierechten dat de Republiek Letland voor de periode 2008-2012 had meegedeeld, onverenigbaar verklaarde met de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten die bij richtlijn 2003/87/EG²¹ is ingesteld. Dit gewijzigde NTP dat door de Republiek Letland was meegedeeld, was een vervolg op een eerste besluit van de Commissie waarbij deze een aspect van het aanvankelijke NTP met richtlijn 2003/87 onverenigbaar had verklaard en als voorwaarde voor het uitblijven van bezwaren tegen het NTP had gesteld dat wijzigingen zouden worden aangebracht teneinde de totale hoeveelheid toe te wijzen emissierechten terug te brengen. Het besluit inzake het gewijzigde NTP was echter vastgesteld na het verstrijken van de termijn bedoeld in artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87, waarin is bepaald dat de Commissie binnen drie maanden nadat een lidstaat een nationaal toewijzingsplan heeft meegedeeld, het plan of een deel daarvan kan verwerpen als het niet met de in bijlage III bij de richtlijn genoemde criteria verenigbaar is.

Om te bepalen of de Commissie het bestreden besluit na het verstrijken van deze termijn mocht vaststellen, merkt het Gerecht op dat indien de Commissie geen gebruik maakt van deze bevoegdheid binnen drie maanden nadat een lidstaat zijn NTP heeft meegedeeld, de lidstaat dit NTP in beginsel kan uitvoeren, zonder dat hiervoor de goedkeuring van de Commissie is vereist. De procedure voor het onderzoek van een NTP hoeft dus niet noodzakelijkerwijs te worden afgesloten met een formeel besluit. De Commissie kan er daarentegen toe worden gebracht

²¹ Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van richtlijn 96/61/EG van de Raad (PB L 275, blz. 32), zoals gewijzigd bij richtlijn 2004/101/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 oktober 2004 (PB L 338, blz. 18).

gebruik te maken van haar beslissingsbevoegdheid wanneer de lidstaat nog vóór het verstrijken van de termijn van drie maanden nalaat of weigert zijn NTP te wijzigen, ondanks de opgeworpen bezwaren. Wanneer de Commissie geen besluit tot verwerping vaststelt, wordt het meegedeelde NTP immers definitief en rust er een vermoeden van rechtmatigheid op, zodat het door de lidstaat kan worden uitgevoerd.

Wijzigingen die, zoals in het onderhavige geval, plaatsvinden in de loop van een latere fase van de onderzoeksprocedure, hebben volgens het Gerecht juist tot doel om tegemoet te komen aan de aanvankelijk door de Commissie uitgedrukte bezwaren. De aanvaarding van deze wijzigingen door de Commissie is dus slechts het logische gevolg van de aanvankelijk door haar opgeworpen bezwaren, en is dus niet de uitdrukking van een algemene goedkeuringsbevoegdheid. Overigens hoeft de aanvaarding door de Commissie van de in het NTP aangebrachte wijzigingen niet te worden uitgedrukt in een formeel besluit.

Het Gerecht merkt bovendien op dat de krachtens artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 ingeleide procedure niet alleen beoogt de Commissie in staat te stellen vooraf toezicht uit te oefenen, maar ook de lidstaten rechtszekerheid te verschaffen en hen meer in het bijzonder snel te kunnen laten weten hoe zij op basis van hun NTP in de betrokken toewijzingsperiode de emissierechten kunnen toewijzen en de communautaire emissiehandelregeling kunnen beheren. Er is immers gewettigd belang bij dat het NTP niet gedurende de gehele periode van geldigheid ervan wordt blootgesteld aan het gevaar van betwisting door de Commissie. Deze overwegingen gaan op voor elk NTP, ongeacht of het daarbij gaat om de aanvankelijk meegedeelde versie of een nadien meegedeelde gewijzigde versie, en dit temeer wanneer aan het toezicht van de Commissie reeds een eerste onderzoeksfase is voorafgegaan.

Bijgevolg omvat het begrip mededeling in de zin van artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 zowel de aanvankelijke mededeling als de latere mededelingen van de verschillende versies van een NTP, zodat elk van deze mededelingen een nieuwe termijn van drie maanden doet ingaan. In de onderhavige zaak verklaart het Gerecht het bestreden besluit nietig, aangezien het is vastgesteld na het verstrijken van genoemde termijn, zodat het gewijzigde NTP na afloop daarvan definitief is geworden.

Volksgezondheid

In de zaak *Frankrijk/Commissie* (arrest van 9 september 2011, T-257/07, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld), vorderde de verzoeker de nietigverklaring van de verordening waarbij de Commissie verordening (EG) nr. 999/2001²² had gewijzigd, voor zover daarbij minder beperkende toezicht- en uitroeiingsmaatregelen worden toegestaan voor de schapen- en geitenbestanden. Het Gerecht heeft in die context nader toegelicht dat de bepaling van het voor de samenleving aanvaardbaar geachte risico toekwam aan de instellingen die belast waren met de politieke beslissing waarop de vaststelling van het passende beschermingsniveau uiteindelijk neerkwam. Het is de taak van deze instellingen om te bepalen bij welke kritische drempel nadelige gevolgen voor de volksgezondheid, de veiligheid en het milieu waarschijnlijk worden en de ernst van deze potentiële gevaren hen niet langer aanvaardbaar voor de samenleving lijkt, en de overschrijding ervan tot preventieve maatregelen noopt ondanks de nog voortbestaande wetenschappelijke onzekerheid. Bij de bepaling van het risiconiveau dat voor de samenleving

²² Verordening (EG) nr. 999/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 houdende vaststelling van voorschriften inzake preventie, bestrijding en uitroeiing van bepaalde overdraagbare spongiforme encefalopathieën (PB L 147, blz. 1).

als onaanvaardbaar wordt geacht, zijn de lidstaten gehouden aan hun verplichting om voor een hoog niveau van bescherming te zorgen, zonder dat zij echter het risico zuiver hypothetisch mogen benaderen en bij hun beslissingen op een „nulrisico” mogen aansturen. Het Gerecht geeft tevens aan dat het risicobeheer bestaat in het geheel van acties die worden ondernomen door een instelling die een risico moet bestrijden om het tot een voor de samenleving aanvaardbaar geacht niveau terug te dringen, gelet op zijn verplichting om te zorgen voor een hoog niveau van bescherming van de volksgezondheid, de veiligheid en het milieu.

Voor het overige benadrukt het Gerecht dat het de taak van de bevoegde autoriteit is om binnen een redelijke termijn de vastgestelde voorlopige maatregelen opnieuw te onderzoeken, want indien nieuwe gegevens de perceptie van het risico wijzigen of aantonen dat dit risico kan worden weggenomen met minder vergaande maatregelen dan de bestaande, moeten de instellingen ervoor zorgen dat de regelgeving aan de nieuwe gegevens wordt aangepast. Nieuwe inzichten of nieuwe wetenschappelijke ontdekkingen geven dus, indien zij reden zijn voor een versoepeling van de preventieve maatregelen, een andere concrete inhoud aan de verplichting van de overheidsinstanties om steeds voor een hoog niveau van bescherming van de volksgezondheid te zorgen. Wanneer deze gegevens leiden tot een wijziging van de aanvankelijke risicobeoordeling, moet bij de beoordeling van de vaststelling van minder beperkende maatregelen daarmee rekening worden gehouden en dient deze beoordeling niet te geschieden aan de hand van gegevens die bepalend waren voor de risicobeoordeling in het kader van de vaststelling van de aanvankelijke preventieve maatregelen. Pas wanneer het nieuwe risiconiveau verder gaat dan het risico dat voor de samenleving aanvaardbaar wordt geacht, moet door de rechter een schending van het voorzorgsbeginsel worden vastgesteld.

Televisieomroepactiviteiten

In de zaken *FIFA/Commissie* (arrest van 17 februari 2011, T-385/07, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld) en *UEFA/Commissie* (arrest van 17 februari 2011, T-55/08, nog niet gepubliceerd, hogere voorziening ingesteld), zijn door de op wereldniveau hoogste bestuursinstantie voor het voetbal en door de Europese bestuursinstantie bij het Gerecht beroepen tot nietigverklaring ingesteld tegen de beslissing van de Commissie waarbij deze de door het Koninkrijk België en het Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland opgestelde lijsten van evenementen die als van aanzienlijk belang voor de samenleving in de zin van artikel 3 bis, lid 1, van richtlijn 89/552/EEG²³ werden beschouwd, met het recht van de Unie verenigbaar had verklaard. Op deze lijsten kwamen onder meer, voor België, alle wedstrijden van de eindfase van het Wereldkampioenschap voetbal en, voor het Verenigd Koninkrijk, alle wedstrijden van de eindfase van het Europees Kampioenschap voetbal (EURO) voor. Zij waren op grond van richtlijn 89/552 aan de Commissie toegezonden. Krachtens deze richtlijn mogen de lidstaten de exclusieve uitzending verbieden van evenementen die zij als van aanzienlijk belang voor hun samenleving beschouwen, wanneer een dergelijke uitzending een belangrijk deel van de bevolking de mogelijkheid zou ontnemen om deze evenementen op vrij toegankelijke televisie te volgen.

²³ Richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten (PB L 298 blz. 23).

Het Gerecht is om te beginnen van oordeel dat de verwijzing naar het Wereldkampioenschap en de EURO in punt 18 van de considerans van richtlijn 97/36/EG²⁴ impliceert dat een lidstaat die wedstrijden van deze kampioenschappen opneemt in de lijst die hij heeft opgesteld, in zijn mededeling aan de Commissie geen bijzondere motivering behoeft te verstrekken met betrekking tot de eigenschap daarvan als evenement van aanzienlijk belang voor de samenleving. De eventuele conclusie van de Commissie dat de opneming van het Wereldkampioenschap en de EURO in hun geheel in een lijst van evenementen van aanzienlijk belang voor de samenleving van een lidstaat, verenigbaar is met het recht van de Unie op grond dat deze kampioenschappen wegens de kenmerken ervan op goede gronden steeds als één enkel evenement worden beschouwd, kan evenwel in twijfel worden getrokken op basis van specifieke gegevens. Meer bepaald moeten de verzoekers aantonen dat de „gewone” wedstrijden van het Wereldkampioenschap [namelijk andere dan de halve finales, de finale en de wedstrijden tussen het/de nationale elftal(len) van het land in kwestie] en/of de „gewone” wedstrijden van de EURO (namelijk andere dan de openingswedstrijd en de finale) niet van dergelijk belang voor de samenleving van die staat zijn.

In die context preciseert het Gerecht dat de „topwedstrijden” en de wedstrijden van een nationaal elftal van aanzienlijk belang voor het publiek van een bepaalde lidstaat zijn en dus kunnen worden opgenomen in de nationale lijst van evenementen die dit publiek moet kunnen volgen op vrij toegankelijke televisie. De overige wedstrijden van het Wereldkampioenschap en de EURO kunnen volgens het Gerecht worden beschouwd als één enkel evenement en niet als een aaneenschakeling van individuele evenementen die in wedstrijden zijn onderverdeeld. Het preciseert dat de andere wedstrijden dan de „topwedstrijden” een weerslag kunnen hebben op de deelname van genoemde elftallen aan de „topwedstrijden”, zodat er voor het publiek een bijzonder belang kan zijn om deze te volgen. Het Gerecht tekent daarbij aan dat niet van tevoren – op het moment waarop de nationale lijsten worden opgesteld of de uitzendrechten worden verworven – kan worden bepaald welke wedstrijden daadwerkelijk beslissend zullen zijn voor de latere fases van deze kampioenschappen of gevolgen zullen hebben voor het lot van een bepaald nationaal elftal. Het Gerecht is daarom van oordeel dat het feit dat sommige wedstrijden die geen topwedstrijden zijn een invloed kunnen hebben op de deelname aan de „topwedstrijden” kan rechtvaardigen dat een lidstaat besluit om alle wedstrijden van deze kampioenschappen als van aanzienlijk belang voor de samenleving te beschouwen. Voor het overige stelt het Gerecht vast dat niet is geharmoniseerd welke evenementen als van aanzienlijk belang voor de samenleving moeten worden beschouwd en merkt het op dat de kijkcijfers van de andere dan de topwedstrijden bij de laatste kampioenschappen aantonen dat een aanzienlijk aantal personen naar deze wedstrijden heeft gekeken, waarvan een belangrijk deel zich normaliter niet voor voetbal interesseert.

Het Gerecht merkt ten slotte op dat de kwalificatie van het Wereldkampioenschap en de EURO als evenement dat voor de samenleving van aanzienlijk belang is, weliswaar een negatieve invloed kan hebben op de prijs die de FIFA en de UEFA zullen verkrijgen voor de toekenning van de uitzendrechten voor deze kampioenschappen, maar dat dit de handelswaarde van deze rechten niet geheel teniet doet, aangezien deze beide organisaties niet verplicht zijn om deze rechten tegen om het even welke voorwaarden af te staan. Hoewel een dergelijke kwalificatie ook de vrijheid van dienstverrichting en de vrijheid van vestiging beperkt, is deze beperking gerechtvaardigd omdat zij ertoe strekt het recht op informatie te beschermen en de brede toegang van het publiek te garanderen tot televisie-uitzendingen van nationale of niet-nationale evenementen van aanzienlijk belang voor de samenleving.

²⁴ Richtlijn 97/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 tot wijziging van richtlijn [89/552] betreffende de kwaliteit van benzine en dieselbrandstoffen (PB L 202, blz. 60).

In het arrest van 20 september 2011, *Evropaïki Dynamiki/EIB* (T-461/08, nog niet gepubliceerd), heeft het Gerecht, na te hebben vastgesteld dat het bevoegd was om kennis te nemen van een beroep dat door een afgewezen inschrijver was ingesteld tegen de gunningbeslissing van het directiecomité van de Europese Investeringsbank (EIB) inzake een opdracht voor informaticadiensten, deze beslissing nietig verklaard op grond dat de aanbestedingsprocedure niet voldeed aan het vereiste van sluitende rechtsbescherming. De bestreden beslissing was de verzoekster immers niet betekend, zodat deze er pas kennis van had genomen nadat zij, in beginsel althans, had opgehouden effecten te sorteren, gezien de ondertekening en het van kracht worden van het contract. In de onderhavige zaak had de verzoekster de mogelijkheid moeten hebben om een verzoek tot opschorting van de tenuitvoerlegging van de gunningbeslissing in te dienen vóór de ondertekening en het van kracht worden van het contract, opdat haar beroep ten principale ook daadwerkelijk effectief zou zijn geweest. Dit beroep strekt ertoe om de onpartijdigheid van de aanbestedingsprocedure te laten toetsen en om haar kansen om de opdracht door het EIB gegund te krijgen na afloop van die procedure veilig te stellen.

De EIB had de verzoekster voorts niet van een toereikende motivering van de gunningbeslissing voorzien voordat zij haar beroep ten principale, dat onder meer strekte tot nietigverklaring van deze beslissing, instelde. In het kader van de gunning van een overheidsopdracht moeten het recht van een afgewezen inschrijver op een effectieve voorziening in rechte tegen de beslissing tot gunning van de opdracht aan een andere inschrijver en de daarmee samenhangende verplichting voor de aanbestedende dienst om op verzoek de gronden voor die beslissing mee te delen, worden beschouwd als wezenlijke vormvoorschriften in de zin van de rechtspraak. Zij omgeven de gunningbeslissing immers met waarborgen die een effectief toezicht op de onpartijdigheid van de aanbestedingsprocedure die tot deze beslissing heeft geleid, mogelijk moeten maken.

II. Schadevorderingen

In het arrest van 8 november 2011, *Idromacchine e.a./Commissie* (T-88/09, nog niet gepubliceerd), is het Gerecht ingegaan op de vraag naar het intreden van de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap wanneer een instelling haar geheimhoudingsplicht schendt door de publicatie van bepaalde inlichtingen betreffende verzoekster in het *Publicatieblad van de Europese Unie*.

Het Gerecht merkt op dat in het kader van de openbaarmaking van gegevens in een staatssteunbeschikking van de Commissie als vertrouwelijke informatie moet worden beschouwd, het gegeven dat een onderneming, die niet de begunstigde van de steun in kwestie was, niet in staat was om aan haar medecontractant producten te leveren die aan de geldende normen en aan de contractuele voorwaarden voldeden, aangezien dit gegeven door de betrokken lidstaat uitsluitend aan de Commissie is meegedeeld ten behoeve van de administratieve onderzoeksprocedure rond de steunmaatregelen in kwestie en het betrekking had op de uitvoering die werd gegeven aan de handelsrelatie tussen beide betrokken vennootschappen. Bovendien zijn dergelijke inlichtingen van zodanige aard dat zij de betrokken

onderneming ernstige schade veroorzaken, aangezien zij haar, met naam genoemd, in een ongunstig daglicht stellen. Daar waar de openbaarmaking van de informatie imago- en reputatieschade voor de onderneming kan veroorzaken, is het belang dat laatstgenoemde heeft bij niet-openbaarmaking ervan objectief beschermenswaardig.

Het Gerecht preciseert dat het voor de beoordeling van het vertrouwelijke karakter van een inlichting noodzakelijk is, de rechtmatige belangen die zich tegen de openbaarmaking ervan verzetten, af te wegen tegen het algemene belang dat de activiteiten van de instellingen van de Unie in een zo groot mogelijke openheid worden verricht. In de onderhavige zaak wordt de openbaarmaking van de inlichting geacht onevenredig te zijn ten opzichte van het doel van de beschikking van de Commissie, want het zou hebben volstaan om deze contractuele niet-nakomingen in zeer algemene bewoordingen op te nemen of, in voorkomend geval, in specifiekere bewoordingen, zonder dat het in het ene of het andere geval nodig was de naam van de leverancier te vermelden.

Opmerkend dat de Commissie bij de beoordeling of in een concreet geval van de vertrouwelijkheidsregel moet worden afgeweken geen ruime marge toekomt, stelt het Gerecht vast dat de openbaarmaking van een inlichting die een vennootschap reputatieschade berokkent, een schending van de geheimhoudingsplicht van artikel 287 EG oplevert en dat zij volstaat om het bestaan van een voldoende gekwalificeerde schending aan te tonen. De Commissie wordt daarom veroordeeld tot betaling van 20 000 EUR ter vergoeding van de door de verzoeker geleden imago- en reputatieschade.

Het arrest van 23 november 2011, *Sison/Raad* (T-341/07, nog niet gepubliceerd, gewezen door een uitgebreide kamer), bood het Gerecht de gelegenheid om nader te preciseren wanneer de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie intreedt – met name die wegens een voldoende gekwalificeerde schending van een regel waaraan particulieren rechten ontleen – ingeval de onrechtmatige beslissing die de schade heeft veroorzaakt, door het Gerecht nietig wordt verklaard op grond dat de nationale beslissingen waarop de Raad zijn beslissing tot bevestiging van de fondsen van de verzoeker had gebaseerd, geen betrekking hadden op de inleiding van een onderzoek of de vervolging en evenmin op een veroordeling wegens terroristische activiteiten, zulks in strijd met de vereisten van de regelgeving van de Unie.

Het Gerecht herinnert er in dat verband aan dat het beroep tot schadevergoeding er niet toe strekt te waarborgen dat schade als gevolg van elke onrechtmatigheid wordt vergoed. Alleen een voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel die ertoe strekt particulieren rechten toe te kennen, kan de aansprakelijkheid van de Unie doen intreden. Bij de beoordeling of aan dit vereiste is voldaan, geldt als beslissende maatstaf, of de betrokken instelling de grenzen waarbinnen haar discretionaire bevoegdheid dient te blijven, kennelijk en ernstig heeft overschreden. Hoewel de omvang van de beoordelingsbevoegdheid van de betrokken instelling mede bepalend is, betreft het geen exclusief criterium. De regeling van de niet-contractuele aansprakelijkheid houdt onder meer rekening met de complexiteit van de situaties die moeten worden geregeld en de problemen die zich bij de toepassing en de uitlegging van de teksten voordoen.

Het Gerecht is van oordeel dat, hoewel de Raad geen enkele beoordelingsmarge heeft wanneer hij nagaat of is voldaan aan de feitelijke en juridische voorwaarden voor toepassing van een maatregel tot bevestiging van tegoeden, de uitlegging en de toepassing van het Unierecht bijzonder lastig waren in de onderhavige zaak. Het stelt vast dat zelfs de bewoordingen van de betrokken bepalingen bijzonder verwarrend waren, hetgeen ook wordt aangetoond door de overvloed aan rechtspraak van het Gerecht over dit onderwerp. Pas na onderzoek van een tiental zaken, verspreid over meerdere jaren, heeft het Gerecht geleidelijk aan een rationeel en samenhangend kader voor de uitlegging van deze bepalingen geschapen. Pas bij het arrest tot nietigverklaring van de aan de schade ten grondslag liggende beslissing was het Gerecht van

oordeel dat een nationale beslissing, wil zij door de Raad kunnen worden ingeroepen, moet zijn te plaatsen in het kader van een nationale procedure die er rechtstreeks en primair toe strekt om de belanghebbende een preventieve of repressieve maatregel op te leggen, uit hoofde van de strijd tegen het terrorisme. Daarnaast wijst het Gerecht op de complexiteit van de juridische en feitelijke beoordelingen die nodig zijn om het onderhavige geval te beslechten. Tot slot benadrukt het Gerecht dat het fundamentele belang van de strijd tegen de bedreigingen van de internationale vrede en veiligheid en ook de bijzondere beperkingen die voor de betrokken instellingen van de Unie gelden bij het voortzetten van die strijd „met alle mogelijk middelen”, aldus de dringende oproep van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties, factoren zijn die in aanmerking moeten worden genomen.

In de onderhavige zaak is de schending van de toepasselijke regelgeving door de Raad weliswaar duidelijk aangetoond, maar is deze volgens het Gerecht te verklaren door de bijzondere beperkingen en verantwoordelijkheden die op deze instelling rusten. Het betreft een onregelmatigheid die ook een normaal behoedzame en zorgvuldige bestuursinstantie in vergelijkbare omstandigheden had kunnen begaan, zodat niet kan worden geconcludeerd tot een voldoende gekwalificeerde schending die een recht op schadevergoeding doet ontstaan.

III. Hogere voorzieningen

In de loop van 2011 zijn 44 hogere voorzieningen ingesteld tegen beslissingen van het Gerecht voor ambtenarenzaken en zijn 29 zaken afgedaan door de Kamer voor hogere voorzieningen van het Gerecht. Vier daarvan verdienen afzonderlijke bespreking.

In het arrest van 12 juli 2011, *Commissie/Q* (T-80/09 P, nog niet gepubliceerd), heeft het Gerecht benadrukt dat de loutere vaststelling van een onrechtmatigheid volstond om ervan uit te gaan dat is voldaan aan de eerste van de drie voorwaarden voor het intreden van de aansprakelijkheid van de Gemeenschap voor schade die aan zijn ambtenaren en voormalige ambtenaren wordt veroorzaakt als gevolg van een schending van het Europese ambtenarenrecht, zonder dat een voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel die beoogt particulieren rechten toe te kennen behoeft te worden aangetoond²⁵. Het Gerecht heeft bovendien aangegeven dat de ontvankelijkheid van een beroep tot schadevergoeding dat door een ambtenaar is ingesteld krachtens artikel 24, tweede alinea, van het Ambtenarenstatuut van de Europese Unie, onderworpen is aan de voorwaarde dat de nationale beroepswegen zijn uitgeput, voor zover deze de belanghebbenden een doeltreffende bescherming kunnen bieden en kunnen leiden tot vergoeding van de gestelde schade. De bij die bepaling ingevoerde bijzondere aansprakelijkheidsregeling, die een regeling inzake risicoaansprakelijkheid is, is gebaseerd op de verplichting van de administratie om de gezondheid en de veiligheid van haar ambtenaren en personeelsleden te beschermen tegen aanvallen van of slechte behandeling door derden of andere ambtenaren waarvan zij bij de uitoefening van hun functie slachtoffer kunnen zijn, met name in de vorm van psychisch geweld in de zin van artikel 12 bis, lid 3, van het Statuut. Het Gerecht heeft derhalve geoordeeld dat het Gerecht voor ambtenarenzaken de artikelen 90 en 91 van het Statuut had geschonden en *ultra petita* had beslist doordat het de Commissie had veroordeeld tot vergoeding van de immateriële schade veroorzaakt door een dienstfout die ertoe had bijgedragen dat de verzoekster binnen haar eenheid werd geïsoleerd. Ten slotte heeft het Gerecht geoordeeld dat het Gerecht voor ambtenarenzaken tevens de artikelen 90 en 91 van het Statuut en de grenzen van de rechterlijke controle heeft

²⁵ Waarmee dit het arrest van 16 december 2010, *Commissie/Petrilli* (T-143/09 P, nog niet gepubliceerd) heeft bevestigd. Dit arrest was voorwerp van een voorstel tot heroverweging, dat het Hof bij beschikking van 8 februari 2011 in zaak C-17/11 RX heeft afgedaan.

overschreden, door zich in de praktijk in de plaats van de administratie te stellen, voor zover het zich heeft uitgesproken over verzoeksters op psychisch geweld gebaseerde grief.

Voor het overige heeft het Gerecht in de arresten van 14 december 2011, *Commissie/Pachitis* (T-361/10 P, nog niet gepubliceerd) en *Commissie/Vicente Carbajosa e.a.* (T-6/11 P, nog niet gepubliceerd), geoordeeld, daarmee de door het Gerecht voor ambtenarenzaken gewezen arresten bevestigend, dat het Europees Bureau voor Personeelsselectie (EPSO) niet bevoegd was om over de inhoud van de toelatingstoetsen van een vergelijkend onderzoek te beslissen. Het Gerecht heeft de verdeling van de bevoegdheid tussen EPSO en de jury van een vergelijkend onderzoek in het licht van bijlage III bij het Statuut onderzocht en vastgesteld dat, hoewel de bevoegdheid om over de inhoud van de toelatingstoetsen voor een vergelijkend onderzoek te beslissen noch uitdrukkelijk aan EPSO noch uitdrukkelijk aan de jury is toegekend, het verloop van deze toetsen vóór de oprichting van EPSO aan de jury van het vergelijkend onderzoek was toevertrouwd. Bij gebreke van een wijziging van het Statuut waarbij een dergelijke bevoegdheid uitdrukkelijk aan EPSO is toegekend en gezien de hoofdzakelijk organisatorische aard van de aan EPSO in artikel 7 van diezelfde bijlage opgedragen taken, is het Gerecht van oordeel dat EPSO niet bevoegd is om de inhoud van de voorselectietoetsen van een vergelijkend onderzoek te bepalen. Aangaande het besluit waarbij EPSO is opgericht²⁶ en het besluit betreffende de organisatie en de werking van deze instantie²⁷, heeft het Gerecht geoordeeld dat zij hiërarchisch lager in rang waren dan de bepalingen van het Statuut. Bijgevolg kunnen deze besluiten, hoewel zij soms formuleringen bevatten die kunnen doen vermoeden dat EPSO bevoegd is om de inhoud van de toelatingstoetsen te bepalen, op grond van het legaliteitsbeginsel niet in strijd met het Statuut worden uitgelegd.

In het arrest van 21 september 2011, *Adjemian e.a./Commissie* (T-325/09 P, nog niet gepubliceerd), heeft het Gerecht ten slotte geoordeeld dat het verbod van rechtsmisbruik, op grond waarvan niemand misbruik mag maken van rechtsregels, tot de algemene rechtsbeginselen behoort. Dit houdt in dat de wetgever en het tot het aangaan van aanstellingsovereenkomsten bevoegd gezag (hierna: „TAOBG”) gehouden zijn om bij de vaststelling of de uitvoering van de regels die de betrekkingen tussen de Europese Gemeenschappen en hun personeelsleden regelen, misbruik van recht te vermijden dat het gevolg kan zijn van het gebruik van opeenvolgende aanstellingsovereenkomsten voor bepaalde tijd, overeenkomstig de in artikel 136 EG neergelegde doelstellingen van een verbetering van de levens- en arbeidsomstandigheden van werknemers en hun adequate sociale bescherming. Het Gerecht heeft bovendien geoordeeld dat het belangrijkste kenmerk van overeenkomsten van arbeidscontractanten voor hulptaken de onzekere tijdsduur ervan is, welke overeenstemt met het doel van die overeenkomsten, namelijk het door tijdelijk personeel laten vervullen van taken die van nature of door het ontbreken van een ambtenaar in vaste dienst onzeker zijn. Die regeling kan door het TAOBG dus niet worden gebruikt om gedurende lange tijd taken behorende bij een „vast ambt” toe te vertrouwen aan dat personeel, dat op deze wijze buiten het normale bestek zou worden ingezet, met als gevolg een voortdurende onzekerheid. Een dergelijk gebruik zou immers in strijd zijn met het verbod van misbruik van recht, toegepast op

²⁶ Besluit 2002/620/EG van het Europees Parlement, de Raad, de Commissie, het Hof van Justitie, de Rekenkamer, het Economisch en Sociaal Comité, het Comité van de Regio's en de Europese Ombudsman van 25 juli 2002 betreffende de oprichting van het Bureau voor personeelsselectie van de Europese Gemeenschappen (PB L 197, blz. 53).

²⁷ Besluit 2002/621/EG van de secretarissen-generaal van het Europees Parlement, van de Raad en van de Commissie, de griffier van het Hof van Justitie, de secretarissen-generaal van de Rekenkamer, van het Economisch en Sociaal Comité en van het Comité van de Regio's, en de vertegenwoordiger van de Europese Ombudsman van 25 juli 2002 betreffende de organisatie en de werking van het Bureau voor personeelsselectie van de Europese Gemeenschappen (PB L 197, blz. 56).

het gebruik door het TAOBG van opeenvolgende aanstellingsovereenkomsten voor bepaalde tijd in de openbare dienst. Dergelijk misbruik kan echter worden gecorrigeerd en de negatieve gevolgen kunnen voor de betrokkene ongedaan worden gemaakt door een herkwalificatie van de aanstellingsovereenkomst, welke met name tot gevolg kan hebben dat opeenvolgende aanstellingsovereenkomsten voor bepaalde tijd worden omgezet in een overeenkomst voor onbepaalde tijd.

IV. Verzoeken in kort geding

Bij de president van het Gerecht zijn dit jaar 44 verzoeken in kort geding aanhangig gemaakt, hetgeen een lichte stijging vertegenwoordigt ten opzichte van het aantal zaken dat in 2010 aanhangig is gemaakt (41). In 2011 heeft de kortgedingrechter uitspraak gedaan in 52 zaken, tegenover 38 in 2010. Twee verzoeken om opschorting van de tenuitvoerlegging zijn ingewilligd. Deze waren gericht tegen geldboeten die aan de verzoekers waren opgelegd wegens hun deelname aan mededingingsbeprekenende regelingen, te weten de beschikking van 2 maart 2011, *1. garantovaná/Commissie* (T-392/09 R, niet gepubliceerd), en de beschikking van 13 april 2011, *Westfälische Drahtindustrie e.a./Commissie* (T-393/10 R, nog niet gepubliceerd). In deze beide beschikkingen had de president van het Gerecht de gelegenheid om een verfining aan te brengen in de rechtspraak over groepen, die ertoe heeft geleid dat in de context van de spoedeisendheid rekening wordt gehouden met de financiële middelen van de groep van vennootschappen waartoe de vennootschap die om voorlopige maatregelen verzoekt behoort.

In de zaak *1. garantovaná/Commissie*, reeds aangehaald, was de verzoekende vennootschap actief op financieel gebied en verzocht zij om te worden vrijgesteld van de door de Commissie opgelegde verplichting om een bankgarantie te stellen, als voorwaarde voor de niet onmiddellijke invordering van de geldboete die haar was opgelegd omdat zij een beslissende invloed had uitgeoefend op het commerciële beleid van een andere onderneming, die had deelgenomen aan een mededingingsregeling in de sector van reagentia op basis van calciumcarbide en magnesium voor de staal- en gasindustrie. De president van het Gerecht heeft geconstateerd dat in de onderhavige zaak sprake was van bijzondere omstandigheden die rechtvaardigden dat de verplichting om een dergelijke garantie te stellen werd opgeschort. Verzoekster had immers, naast de *fumus boni juris*, aangetoond dat haar precarie financiële toestand de reden was waarom meerdere banken hadden geweigerd haar de bankgarantie in kwestie te verstrekken. Bovendien kon op basis van de door de Commissie overgelegde stukken verzoeksters stelling niet in twijfel worden getrokken dat zij niet tot een grotere groep behoorde of een grootaandeelhouder had. Verzoekster was evenmin onderdeel van een netwerk waarvan de leden belangen met haar gemeen konden hebben. Voorts kon verzoekster niet worden verweten dat zij haar slechte financiële positie door haar eigen gedrag had doen ontstaan. Het feit dat zij, kort voordat de geldboete haar was opgelegd, het grootste deel van haar activa in langetermijnleningen had belegd en haar activa dus waren vastgezet, kon redelijk worden verklaard door de omstandigheid dat zij als kapitaalbelegger actief was. In dat verband kon van verzoekster niet worden verlangd dat zij haar investeringen zou bevriezen en haar economische activiteit zou staken gedurende de door de Commissie ingeleide administratieve procedure. De belangen in deze zaak afwegend, was de president van het Gerecht van oordeel dat de financiële belangen van de Unie niet beter zouden worden beschermd bij de onmiddellijke gedwongen tenuitvoerlegging van de geldboete, aangezien het onwaarschijnlijk was dat de Commissie zo het bedrag dat met de geldboete overeenstemde had kunnen verkrijgen. Hij heeft dus als verzocht de ontheffing gelast, op voorwaarde echter dat verzoekster sommige activa niet zonder voorafgaande toestemming van de Commissie zou overdragen, dat zij de Commissie het bedrag zou betalen gelijk aan de voorziening die zij had getroffen, en dat zij de Commissie op reguliere basis op de hoogte zou houden van de evolutie van haar activa en beleggingen.

In de zaak *Westfälische Drahtindustrie e.a./Commissie*, reeds aangehaald, hebben drie vennootschappen binnen een groep die in de staalsector actief was, aan wie geldboeten waren opgelegd wegens hun deelname aan een mededingingsregeling op de markt van voorspanstaal, een verzoek in kort geding ingediend dat ertoe strekte ontheffing te verkrijgen van de verplichting bankgaranties te stellen. De president van het Gerecht heeft er in dat verband aan herinnerd dat een ontheffing van de verplichting om een bankgarantie te stellen slechts kon worden verleend indien de verzoeker het bewijs leverde dat hij objectief niet in staat was om deze garantie te stellen, of – alternatief – het stellen daarvan het voortbestaan van de vennootschap in gevaar zou brengen. Vastgesteld werd dat de verzoeksters tijdig, oprecht en herhaald hadden gepoogd een bankgarantie ter dekking van de aan hen opgelegde geldboeten te verkrijgen, maar dat deze pogingen zonder succes waren gebleven, aangezien de veertien huisbanken, met wie zij herhaaldelijk contact hadden opgenomen, de bankgarantie hadden geweigerd na een diepgaand onderzoek van hun financiële situatie. De president heeft geen rekening gehouden met de financiële middelen van aandeelhouder ArcelorMittal, die een belang van een derde had in een van de verzoekende vennootschappen. Na eraan te hebben herinnerd dat de rechtspraak over groepen van vennootschappen was uitgebreid tot minderheidsdeelnemingen (30 %) – afhankelijk van de kapitaalstructuur van de betrokken vennootschap –, heeft hij evenwel geconstateerd dat de groep ArcelorMittal en de groep waartoe verzoeksters behoorden, concurrenten waren op de staalmarkt en dat zij andere strategische doelstellingen nastreefden. Ook werd afgewezen het argument van de Commissie gebaseerd op het eigen belang dat de huisbanken hadden in hun hoedanigheid van crediteuren van de verzoeksters om hun eigen vorderingen af te dekken. Volgens de president hoeven de belangen van een bank als kredietinstelling die heeft geweigerd een bankgarantie toe te kennen, slechts onder te doen voor die van de Commissie wanneer de rechtspraak over groepen van toepassing is, hetgeen in deze zaak niet het geval is. De veertien huisbanken van de verzoeksters behoorden immers niet tot de groep van laatstgenoemden. Hun zakelijke betrekkingen met deze groep beperkten zich tot kredietverstrekking, invordering van hun schuldvorderingen en uitkering van rente. In zoverre bestaat geen objectieve identiteit tussen de strategische belangen van deze kredietinstellingen en die van verzoeksters. Aangezien de onmogelijkheid om een bankgarantie te verkrijgen was bewezen, achtte de president irrelevant de door Commissie aangevoerde argumenten die zij had ontleend aan financiële en economische gegevens om aan te tonen dat „een verstandige bank” verzoeksters de litigieuze bankgarantie toch wel zou afgeven na de afwijzing van het verzoek in kort geding.

Ook werd erkend dat er een *fumus boni juris* was voor het subsidiaire verzoek tot verlaging van de geldboetes, met name gebaseerd op het middel, ontleend aan de weigering om rekening te houden met verzoeksters gebrek aan solvabiliteit. De president was immers van oordeel dat het in deze zaak niet uitgesloten was dat het Gerecht zijn volledige rechtsmacht zou gebruiken en de aan verzoeksters opgelegde geldboete zou verlagen. De president heeft dus zoals verzocht de ontheffing gelast, op voorwaarde echter dat verzoeksters de Commissie het bedrag zouden betalen gelijk aan de voorzieningen die zij hadden getroffen en maandelijkse betalingen zouden verrichten volgens het aangeboden betalingsschema.

De overige verzoeken in kort geding zijn afgewezen, in de meeste gevallen wegens het ontbreken van spoedeisendheid. Gewezen wordt met name op de volgende zaken.

Op het gebied van staatssteun zijn vermeldenswaard, wegens hun procedurele bijzonderheden, de zaken die ook wel „Spaanse steenkool” worden genoemd (beschikkingen van 17 februari 2011, *Gas Natural Fenosa SDG/Commissie*, T-484/10 R, *Iberdrola/Commissie*, T-486/10 R, en *Endesa em Endesa Generación/Commissie*, T-490/10 R, niet gepubliceerd). Deze zaken spruiten voort uit de beslissing van het Koninkrijk Spanje tot invoering van een regeling voor financiële steun ten gunste van de productie van elektriciteit op basis van steenkool uit eigen

land. Daartoe verplichtte de litigieuze regeling verschillende elektriciteitsproductiecentrales om zich met steenkool uit eigen land te bevoorraden en om bepaalde volumes elektriciteit te produceren uit genoemd steenkool, zulks in ruil voor een compensatie van de Staat ter dekking van de aanvullende productiekosten als gevolg van de inkoop van steenkool uit eigen land. Nadat de Commissie de litigieuze regeling had goedgekeurd, hebben de drie verzoekende ondernemingen een beroep tot nietigverklaring van die goedkeuringsbeschikking ingesteld en verzocht om opschorting van de tenuitvoerlegging. Gelet op de op handen zijnde vaststelling van een beslissing door de bevoegde Spaanse instantie, waarbij de verzoeksters zouden worden verplicht om binnen drie dagen de verbintenis aan te gaan om bepaalde hoeveelheden nationale steenkool te kopen, heeft de president van het Gerecht op 3 november 2010 de opschorting van de bestreden beschikking gelast krachtens artikel 105, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat wil zeggen zonder de wederpartij te horen, tot aan de vaststelling van de eindbeschikkingen in de kortgedingprocedures. Daar het Koninkrijk Spanje had verzocht om opheffing van de voorlopige opschorting en verzoeksters bijzonder laat in de procedure te kennen hadden gegeven dat zij wilden afzien van hun beroep, was de president van oordeel dat, in afwachting van de definitieve doorhaling van de beroepen, in het belang van een goede rechtsbedeling uitspraak moest worden gedaan op het behoud of het ontnemen van werking aan de voorlopige opschorting van de beschikking van de Commissie. Hoewel hij erkende dat sprake was van een *fumus boni juris*, heeft de president uitgesloten dat sprake was van omstandigheden die de toekenning van de verzochte voorlopige maatregelen spoedeisend maakten. Bij de belangenafweging herinnerde de president eerst aan het belang van de diensten van algemeen economisch belang binnen de Unie en de ruime beoordelingsbevoegdheid waarover de nationale autoriteiten beschikken voor het verrichten, het doen uitvoeren en de organisatie ervan; hij is vervolgens tot het oordeel gekomen dat de belangen die met de snelst mogelijk uitvoering van de dienst in het algemeen economisch belang waren gediend en de daarmee gepaard gaande compensatie, voorrang dienden te hebben op de tegenovergestelde belangen die door verzoeksters waren ingeroepen. Bijgevolg zijn de beschikkingen van 3 november 2010 waarbij de voorlopige opschorting van de bestreden beschikking is gelast ingetrokken. Ten slotte heeft de president, daar de verzoekende ondernemingen van hun verzoeken in kort geding hadden afgezien, op 12 april 2011 in het kader van de kortgedingprocedures drie doorhalingsbeschikkingen gegeven, waarbij verzoeksters uitzonderlijk in de kosten werden verwezen.

Tot slot heeft de president in de beschikking van 9 juni 2011, *Eurallumina/Commissie* (T-62/06 RENV-R, niet gepubliceerd, punten 29-56), en 10 juni 2011, *Eurallumina/Commissie* (T-207/07 R, niet gepubliceerd, punten 32-59), na gedetailleerd te hebben uiteengezet hoe de rechtspraak betreffende groepen was opgebouwd, geoordeeld dat deze rechtspraak verenigbaar was met artikel 47 van het Handvest de van de grondrechten van de Europese Unie²⁸, met artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950, en met de rechtspraak van het Hof van de rechten van de mens. Daarbij wees hij erop dat het begrip groep niet verlangde dat een bepaalde voorwaarde werd vervuld, aangezien niets een vennootschap die tot een groep behoorde ervan weerhield om meer in het bijzonder aan te tonen dat haar objectieve belangen niet parallel liepen aan die van haar groep of van haar moedermaatschappij, dat laatstgenoemde juridisch in de onmogelijkheid verkeerde om haar financieel te ondersteunen of dat de groep als geheel financieel niet in staat was om haar te helpen.

²⁸ PB 2010, C 83, blz. 392.