

**Faculteit Rechtsgeleerdheid
Universiteit Gent**

Academiejaar: 2015-2016

Markttoegang als toetssteen voor het Hof van Justitie van de Europese Unie: een vooruitgang na Keck & Mithouard?

Analyse van het begrip
'maatregelen van gelijke werking' in het licht van de
recente rechtspraak na Keck & Mithouard.

Masterproef van de opleiding

'Master in de rechten'

Ingediend door

Charlotte Roete

(Studentennummer: 01000343)

Promotor: Prof. dr. Inge Govaere

Commissaris: Dr. Liesbet Van den Broeck

Woord vooraf

Deze masterproef vormt het eindwerk van mijn rechtenopleiding. Het is het resultaat van een groei- en leerproces waarbij inspirerende personen de voedingsbodem vormden voor mijn enthousiasme voor het recht.

In eerste instantie wil ik graag mijn promotor, professor doctor Inge Govaere, bedanken voor het aanreiken van dit onderwerp en voor haar begeleiding bij het uitwerken van een structuur waarbinnen dit onderwerp kan besproken worden. Daarnaast wil ik ook mijn commissaris, doctor Liesbet Van den Broeck, bedanken voor haar steun en nuttige tips bij het schrijven van deze masterproef. Naar beiden gaat een woord van dank uit voor hun enthousiaste manier van lesgeven in het Europees recht. De lessen Interne Markt waren een goede inspiratiebron voor deze masterproef.

Vervolgens wil ik ook mijn ouders, zus en vriend bedanken voor hun onvoorwaardelijke steun tijdens mijn rechtenstudie. Zij waren en zijn nog steeds een uitzonderlijke motivatie om mijn doelen na te streven.

INHOUDSTAFEL

Woord vooraf	
Lijst van gebruikte afkortingen	
Inleiding	
Onderzoeksopzet en onderzoeksvragen	1
I. Onderwerp	1
II. Afbakening	3
Onderzoeksmethode	4
Hoofdstuk 1: Maatregelen van gelijke werking, een inleiding.	5
Afdeling 1: Maatregelen van gelijke werking in het arrest <i>Keck & Mithouard</i>	13
Afdeling 2: Maatregelen van gelijke werking in de daaropvolgende arresten.....	17
Conclusie bij het begrip maatregelen van gelijke werking	29
Hoofdstuk 2: De evolutionaire weg op met de begripsinvulling van ‘maatregelen van gelijke werking’ door het Hof.	31
Afdeling 1: Twee technieken bij de begripsinvulling van ‘maatregelen van gelijke werking’	32
Afdeling 2: Een evolutie in de begripsinvulling van maatregelen van gelijke werking door het Hof.	47
Conclusie bij de evolutionaire weg van het Hof	58
Hoofdstuk 3: Het Hof ‘Keckt’ naar markttoegang en zag dat het goed was.	59
Afdeling 1: Markttoegang, een toets of een additionele factor in de eindbeoordeling?	60
Conclusie.....	78
Afdeling 2: Markttoegang als oplossing voor de formalistische <i>Keck</i> criteria.	80
Conclusie.....	87
Afdeling 3: Markttoegang als criterium in het vrij verkeer van werknemers, recht tot vestiging en vrij verkeer van diensten.....	88
Conclusie.....	103
Hoofdstuk 4: Markttoegang, in goede en kwade dagen.	104
Conclusie.....	111
Slotconclusie	112

Bibliografie	116
Ia. Akten van de instellingen van de Europese Unie	116
Verdragen	116
Secundaire regelgeving	116
Mededelingen van de Europese Commissie	117
Ib. Akten van de internationale instellingen	117
II. Rechtspraak	118
IIIa. Boeken.....	123
IIIb. Bijdragen in boeken	124
IV. Tijdschriften.....	125
V. Elektronische bronnen.....	127

Lijst van gebruikte afkortingen

EU	Europese Unie
VEU	Verdrag van de Europese Unie
VWEU	Verdrag van de Werking van de Europese Unie
HvJEU	Hof van Justitie van de Europese Unie
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade / Wereldovereenkomst voor Tarieven en Handel
NtEr	Nederlands tijdschrift voor Europees recht
CML Rev.	Common Market Law Review
LIEI	Legal Issues of Economic Integration
ELJ	European Law Journal
YEL	Yearbook of European Law
FORDHAM INT'L L. J.	Fordham International Law Journal
C.L.J.	Cambridge Law Journal
E.L. Rev.	European Law Review

Inleiding

Onderzoeksopzet en onderzoeksvragen

I. Onderwerp

Bijna een kwart eeuw na het arrest *Keck en Mithouard*¹ is het om verschillende redenen interessant even stil te staan bij wat was, wat is en vooruit te denken naar wat komen zal met betrekking tot het begrip ‘maatregelen van gelijke werking’, een begrip dat in grote mate uit voormelde rechtspraak voortgevloeid is en te kaderen is in de werking van de interne markt van de Europese Unie².

De gemeenschappelijke markt die in het Verdrag van Rome in 1958³ werd geïntroduceerd, had tot doel de handelsbetrekkingen tussen de lidstaten aan te moedigen met het oog op een toenemende economische welvaart en een grotere verbondenheid tussen de Europese volkeren. Tien jaar later was de douane-unie voltooid.⁴ Er kon toen nog niet gesproken worden van vrij verkeer van goederen, lidstaten hielden zich nog te veel bezig met concurrentieverstorende praktijken. Er was bovendien een te gedetailleerde methode voor wetgevingsharmonisatie en een unanimiteitsregel voor besluiten in de Raad, wat de vooruitgang in het voltooiingsproces niet ten goede kwam.⁵ Bijna 30 jaar later lanceerde de Europese Akte van 1986 de idee van de realisatie van een interne markt en definieerde dat als “een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd”.⁶ Op 1 januari 1993 was de interne markt een feit voor de twaalf toenmalige lidstaten.⁷ In 2009 is het Verdrag van Lissabon⁸ in werking getreden, echter dit

¹ Arrest *Strafzaak tegen Bernard Keck en Daniel Mithouard*, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, EU:C:1993:905. (Hierna: Arrest *Keck en Mithouard*.)

² Voor een inleiding tot de werking van de EU interne markt, zie: N. REICH, A. NORDHAUSEN SCHOLES en J. SCHOLES, *Understanding EU Internal Market Law*, Cambridge, Intersentia, 2015, 1-19; F. WEISS en C. KAUPA, *European Union Internal Market Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 1-10; C. BLUMANN (ed.), *Introduction au marché intérieur: libre circulation des marchandises*, Brussel, Editions de l’Université Bruxelles, 2015, 11-23.

³ Verdrag van Rome tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap van 25 maart 1957, beschikbaar op <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?qid=1460796278371&uri=CELEX:11957E/TXT>.

⁴ http://ec.europa.eu/taxation_customs/40customs/customs_general_info/about/index_en.htm, geraadpleegd op 4 mei 2016.

⁵ M. MACIEJEWSKI, “De interne markt: Algemene beginselen”, maart 2016, http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/nl/FTU_3.1.1.pdf, geraadpleegd op 4 mei 2016.

⁶ Europese Akte, ondertekend op 17 februari 1986 te Luxemburg en op 28 februari 1986 te Den Haag, PB L 169 van 29 juni 1987, 1-28.

⁷ België, Nederland, Luxemburg, Frankrijk, Duitsland, Italië (1958), Verenigd Koninkrijk, Ierland, Denemarken (1973), Griekenland (1981), Spanje, Portugal (1986).

⁸ Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap van 13 december 2007, PB C 306 van 17 december 2007, 1–271.

heeft voor het aan de orde zijnde onderwerp enkel de henummering van de wetsartikelen tot gevolg. De voltooiing⁹ van de interne markt is een prioriteit voor de Europese Commissie. Een van de verdragsbepalingen die tot doel hebben de interne markt te realiseren en na realisatie in stand te houden, is het artikel 34 van het Verdrag van de Werking van de Europese Unie (VWEU)¹⁰ dat bepaalt dat kwantitatieve invoerbepalingen en maatregelen van gelijke werking tussen lidstaten verboden zijn.

In deze masterproef wordt onderzocht in welke mate er sprake is van een (r)evolutie in interpretatie van artikel 34 VWEU, meer specifiek het deel met betrekking tot ‘maatregelen van gelijke werking’. Dit begrip wordt uitvoerig uitgelegd in Hoofdstuk 1, waar niet alleen wordt gekeken naar de oorsprong van het begrip in de arresten *Dassonville*¹¹, *Cassis de Dijon*¹² en in het bijzonder *Keck en Mithouard* zelf (Afdeling 1), maar eveneens naar wat maatregelen van gelijke werking zijn in de daaropvolgende arresten (Afdeling 2). De tijdslijn waarbinnen relevante arresten bestudeerd worden, bedraagt ruim 20 jaar (1993-heden).

Het arrest *Keck en Mithouard* omvat de fundamenteën van het debat over de ontwikkeling van de criteria om artikel 34 VWEU afdwingbaar te maken. Deze masterproef is een onderzoek naar de evolutie van het begrip ‘maatregelen van gelijke werking’ in het licht van de recente rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) (Hoofdstuk 2). In het bijzonder zal deze de rechtspraak na het arrest *Keck en Mithouard* analyseren en de manier waarop het HvJEU tot die evolutie is gekomen. Hierbij zal de tegenstelling tussen het formeel en functioneel criterium centraal staan. De voornaamste kritiek op het arrest *Keck en Mithouard* bestaat er namelijk in dat de aangereikte criteria te formalistisch zijn.¹³ Het formeel criterium houdt in dat als een bepaling van toepassing is op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën, en als die zowel rechtens als feitelijk dezelfde

⁹ Voor een kritische reflectie, zie: V. MICHEL, *1992-2012: 20 ans de marché intérieur – Le marché intérieur entre réalité et utopie*, Brussel, Larcier, 2014, 194p.

¹⁰ Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie, *PB* C 326 van 26 oktober 2012, 47–390. (Geconsolideerde versie 2012)

¹¹ Arrest *Procureur du Roi t. Benoît en Gustave Dassonville*, C-8/74, EU:C:1974:82.

¹² Arrest *Rewe-Zentral AG t. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, C-120/78, EU:C:1979:42.

¹³ A-G Jacobs in zijn Conclusie in *Leclerc-Siplec t. TFI Publicité SA*, C-412/93, EU:C:1994:393, punten 38-42; A-G Bot in zijn Conclusie in *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2006:646, punten 78-86; N. REICH, “The ‘November Revolution’ of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi Revisited”, *CML Rev.* 1994, 465; K. J. M. MORTELMANS, “De Keck-check”, *NtEr* 2005, 247; A. TRYFONIDOU, “Was Keck a Half-baked Solution After All? Joined cases C-158–159/04, Alfa Vita Vassilopoulos AE, formerly Trofo Super-Markets AE v. Elliniko Dimosio and Nomarkhiaki Aftodiikisi Ioanninon; Carrefour Marinopoulos AE v. Elliniko Dimosio and Nomarkhiaki Aftodiikisi Ioanninon, judgment of 14 September 2006, n.y.r.”, *LIEI* 2007, 173; F. ORTINO, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade – A comparative analysis of EC and WTO Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004, 351.

invloed heeft op de verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere lidstaten, dat geen maatregel van gelijke werking uitmaakt.¹⁴ Hierdoor wordt een onderscheid ingevoerd tussen productvereisten en verkoopmodaliteiten, wat niet altijd eenvoudig toe te passen is in de praktijk. Daartegenover staat het functioneel criterium dat toetst of de markttoegang belemmerd wordt. Een dergelijk criterium heeft als voordelen dat het flexibeler is en dat het de economische werkelijkheid meer benadert.¹⁵

Hoofdstuk 3 onderzoekt vervolgens in welke mate de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie geëvolueerd is naar een criterium van markttoegang bij de interpretatie van de *Keck*-criteria (Afdeling 1 en 2) en, of die functionaliteit transporteerbaar is naar het vrij verkeer van werknemers, recht van vestiging en vrij verkeer van diensten (Afdeling 3). Een antwoord hierop is bepalend voor de onderzoeksvraag die voorligt in Hoofdstuk 4. Daar wordt tot slot gekeken of, indien het Hof geëvolueerd is naar een criterium van markttoegang, dit bijdraagt tot meer rechtszekerheid of net niet, en, of er eventueel alternatieven zijn.

II. Afbakening

Deze masterproef zal zich niet toespitsen op het vrij verkeer van personen, diensten en kapitaal, hoewel het mogelijk is dat deze thema's¹⁶ incidenteel ter sprake komen via relevante arresten. Het vrij verkeer van werknemers, het recht van vestiging en vrij verkeer van diensten zal wel aan bod komen in de mate dat het onder de loep dient genomen te worden om te kunnen antwoorden op de sub-onderzoeksvraag die het onderwerp vormt van Afdeling 3 bij Hoofdstuk 3. De intentie is om binnen de rechtspraak over vrij verkeer van goederen de focus te leggen op het concept markttoegang en het begrip 'maatregelen van gelijke werking' in het bijzonder. De reden hiervoor is dat maatregelen van gelijke werking voortvloeien uit de problematiek die zich ook vandaag nog in de eerste plaats situeert in het vrij verkeer van goederen. Het is pas achteraf dat het Hof de *Keck*-criteria ook naar analogie is gaan gebruiken in de andere vrijheden.¹⁷

¹⁴ Arrest *Keck en Mithouard*, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, EU:C:1993:905, punt 16.

¹⁵ Zie ook in die zin: A. TRYFONIDOU, "Was Keck a Half-baked Solution After All?", *LIEI* 2007, 174.

¹⁶ Met uitzondering van kapitaal waarvoor geen incidentele relevantie is in dit onderzoek.

¹⁷ Arrest *Alpine Investments BV t. Minister van Financiën*, C-384/93, EU:C:1995:126 (Hierna: Arrest *Alpine Investments*); Arrest *Union royale belge des sociétés de football association ASBL t. Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA t. Jean-Marc Bosman en anderen en Union des associations européennes de football (UEFA) t. Jean-Marc Bosman*, C-415/93, EU:C:1995:463. (Hierna: Arrest *Bosman*)

Evenmin volgt een analyse van artikel 36 VWEU dat rechtvaardigingsgronden aanreikt en van de dwingende eisen die voortvloeien uit de rechtspraak, in eerste instantie *Cassis de Dijon*. Over dit onderwerp kan eveneens een masterproef geschreven worden aangezien het in het leeuwendeel van de onderzochte zaken ter rechtvaardiging opduikt, echter dit is niet de essentie van dit onderzoek dat tot doel heeft het begrip ‘maatregelen van gelijke werking’ na het arrest *Keck & Mithouard* te analyseren in het kader van artikel 34 VWEU en niet de interpretatie van de rechtvaardigingsgronden van artikel 36 VWEU en van *Cassis de Dijon* die de dwingende eisen introduceerde die ter rechtvaardiging voor die maatregelen van gelijke werking kunnen ingeroepen worden. In de arresten die aan bod komen wordt dus steeds de toepassing van artikel 34 VWEU onderzocht zonder rekening te houden met een eventuele daaropvolgende toepassing van artikel 36 VWEU. Daarnaast ligt de focus eveneens op de Europeesrechtelijke dimensie van regels en theorie. Deze masterproef geeft een theoretische benadering gebaseerd op wetgeving, rechtspraak en doctrine. Er wordt dus niet gekeken naar de gevolgen voor particulieren en lidstaten. Hoewel dat ook een interessante invalshoek zou zijn, zou het dit onderzoek te ver van zijn oorspronkelijke doelstelling leiden.

Onderzoeksmethode

De gebruikte methodologie van deze masterproef is een studie van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (www.curia.europa.eu), aangevuld met relevante wetgeving (www.eur-lex.europa.eu) en rechtsleer uit tijdschriften en boeken (Westlaw, bibliotheek).

Hoofdstuk 1: Maatregelen van gelijke werking, een inleiding.

Dit hoofdstuk zal onderzoeken wat maatregelen van gelijke werking zijn en waar dit begrip precies vandaan komt. Dit is essentieel om te kunnen zien of er een evolutie is in de begripsinvulling door het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hoofdstuk 2).

De interne markt is gebaseerd op de vier vrijheden: vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal.¹⁸ Het principe van vrij verkeer van goederen wordt gewaarborgd in het Verdrag van de Werking van de Europese Unie en is gebaseerd op enerzijds de douane-unie en anderzijds het verbod op kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking.¹⁹

De relevante wetsartikelen zijn de volgende:

Artikel 34 (oud artikel 28 VEG)

Kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking zijn tussen de lidstaten verboden.

Artikel 35 (oud artikel 29 VEG)

Kwantitatieve uitvoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking zijn tussen de lidstaten verboden.

Artikel 36 (oud artikel 30 VEG)

De bepalingen van de artikelen 34 en 35 vormen geen beletsel voor verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit of uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom. Deze verboden of beperkingen mogen echter geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen.

¹⁸ Art. 26.2 VWEU.

¹⁹ Art. 28 VWEU.

Kwantitatieve beperkingen zijn maatregelen van een lidstaat die de import of export van goederen beperken tot een bepaalde hoeveelheid of quota.²⁰ Dit is verboden en gebeurt zelden nog in intracommunautaire handelspraktijken.²¹ Echter, in juni 2007, besliste het Hof van Justitie van de Europese Unie in het arrest *Rosengren*²² dat het Zweeds recht met betrekking tot een monopolie op de verkoop van alcoholische dranken moet worden beschouwd als een kwantitatieve beperking.

In tegenstelling tot kwantitatieve beperkingen, zijn maatregelen van gelijke werking vandaag nog steeds een probleem. In het VWEU staat geen definitie van dit begrip, maar het Hof van Justitie heeft reeds heel wat rechtspraak over de interpretatie van artikel 34 VWEU. Dit was nodig omdat in tijden van economische crisis de lidstaten durven hervallen in oude gewoontes van beschermende maatregelen die zij dan zouden rechtvaardigen op grond van consumentenbescherming of milieubescherming. Bij de invulling van dit begrip kan men zich daarom afvragen wat het achterliggende doel is van de maatregelen: “*het bestrijden van protectionistische regels of het dereguleren van de economische activiteit*”?²³ Het is namelijk zo dat heel wat regels de handelsactiviteit in het algemeen beperken of verminderen, zoals daar zijn belastingen, regels met betrekking tot de arbeid, regels met betrekking tot transport. Echter, zij hebben hetzelfde effect op zowel nationale goederen als geïmporteerde goederen, zonder dat zij die laatste categorie specifiek gaan viseren. Dergelijke maatregelen zijn er niet op gericht om de handel te regelen en zijn evenmin van dien aard dat zij de toegang tot de markt minder winstgevend maken en daarmee de toegang tot geïmporteerde producten indirect zouden bemoeilijken.²⁴

²⁰ Arrest *Riseria Luigi Geddo t. Ente Nazionale Risi*, C-2/73, EU:C:1973:89, punt 7. (Hierna: Arrest *Geddo*)

²¹ D. CHALMERS, G. DAVIES en G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 756.

²² Arrest *Klas Rosengren e.a. t. Riksaklagaren*, C-170/04, EU:C:2007:313, punt 36. (Hierna: Arrest *Rosengren*)

²³ Conclusie in *Hünermund e.a. t. Landesapotheker Baden-Württemberg*, C-292/92, EU:C:1993:863, punt 25, 3^{de} alinea; D. CHALMERS, G. DAVIES en G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 756.

²⁴ Conclusie in *Hünermund e.a. t. Landesapotheker Baden-Württemberg*, C-292/92, EU:C:1993:863, punt 25, 3^{de} alinea.

Om het begrip ‘maatregelen van gelijke werking’ ten volle te begrijpen is het noodzakelijk terug te grijpen naar het arrest *Dassonville*²⁵, het prille begin en eveneens de algemene, overkoepelende definitie van een ‘maatregel van gelijke werking’. Daarna volgen de meer specifieke sub-regimes van de arresten *Cassis de Dijon*²⁶ en *Keck en Mithouard*.

In het arrest *Dassonville* stelt het Hof van Justitie dat “*iedere handelsregeling der Lid-Staten die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren, als een maatregel van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen is te beschouwen*”.²⁷

Discriminerende maatregelen of maatregelen die met onderscheid van toepassing zijn, creëren een belemmering van de handel zowel *de iure* als *de facto* omdat zij geïmporteerde goederen discrimineren en binnenlandse goederen bevoordelen. De definitie die het Hof van Justitie hier geeft, heeft belangrijke gevolgen voor de interpretatie van artikel 34 VWEU. Ze is namelijk zo ruim dat handelspraktijken van de lidstaten gemakkelijk onder het verbod vallen. Als een lidstaat een maatregel neemt die alleen van toepassing is op geïmporteerde goederen en niet op binnenlandse goederen, dan valt de maatregel per definitie onder de *Dassonville* bepaling omdat die elke discriminerende regel uitsluit. Echter, ook maatregelen die nog geen daadwerkelijk belemmerend effect gehad hebben op de handel, maar dat mogelijks wel kunnen hebben of maatregelen waarvan het belemmerend effect slechts indirect is, vallen onder de *Dassonville* formule.

In de daaropvolgende overwegingen matigt het Hof deze ruime invulling door te aanvaarden dat zelfs wanneer een maatregel binnen de definitie valt, deze toch kan toegelaten worden wanneer de maatregel redelijk is.²⁸ Hieruit vloeit voort dat maatregelen die vallen onder de *Dassonville* formule toch nog kunnen ontsnappen aan het verbod van artikel 34 VWEU.

²⁵ Arrest *Procureur du Roi t. Benoît en Gustave Dassonville*, C-8/74, EU:C:1974:82. (Hierna: Arrest *Dassonville*)

²⁶ Arrest *Rewe-Zentral AG t. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, C-120/78, EU:C:1979:42. (Hierna: Arrest *Cassis de Dijon*)

²⁷ Arrest *Dassonville*, C-8/74, EU:C:1974:82, punt 5.

²⁸ Arrest *Dassonville*, C-8/74, EU:C:1974:82, punt 6.

Het non-discriminatiebeginsel speelt klaarblijkelijk een belangrijke rol. Het Hof stelt “*dat die maatregelen, om het even of zij onder artikel 36 VWEU vallen, in ieder geval krachtens het beginsel in de tweede volzin van dit artikel omschreven geen middel tot willekeurige discriminatie noch ook een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten mogen vormen.*”²⁹ Uit punt 9 blijkt namelijk dat de Belgische regel strijdig is met artikel 34 VWEU, niet omdat hij alle import moeilijk maakt, maar omdat de import uit Frankrijk moeilijker is dan die uit het Verenigd Koninkrijk. Dit doet sterk denken aan artikel XX van de Wereldovereenkomst voor Tarieven en Handel³⁰ dat stelt: “[...] *dat zulke maatregelen niet worden toegepast op een wijze die een middel tot willekeurige of niet te rechtvaardigen discriminatie tussen landen waar dezelfde voorwaarden gelden inhoudt, of een verkapte beperking van internationale handel, [...]*”³¹ Het is duidelijk dat het principe van gelijke behandeling van goederen uit verschillende landen zoals dat ook van toepassing is in het internationaal handelsrecht³², hier een invloed heeft uitgeoefend.

Onder *Dassonville* beschouwt het Hof als maatregelen van gelijke werking dus direct of indirect discriminerende maatregelen waarbij er een verschillende last is in rechte en in feite bij nationale producten en geïmporteerde producten. Deze maatregelen zijn verboden, maar kunnen gerechtvaardigd worden door de gronden aangereikt in artikel 36 VWEU mits ze de proportionaliteitstoets doorstaan.

In het arrest *Cassis de Dijon* is er een nuance, het gaat namelijk over ‘maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn’. Dit zijn maatregelen die van toepassing zijn zowel op geïmporteerde goederen als op nationale goederen en waarbij er dus *de iure* geen barrière is, maar wel *de facto*. De maatregelen betreffen vooral naamgeving, labels, vorm, maat, gewicht, samenstelling en verpakking van producten, alsook de regels die de naleving van bepaalde technische vereisten opleggen.³³ Wanneer vormt dit een belemmering voor het vrij verkeer van goederen? In *Cassis de Dijon* zei het Hof dat

²⁹ Arrest *Dassonville*, C-8/74, EU:C:1974:82, punt 7.

³⁰ General Agreement on Tariffs and Trade, Geneva, 30 October 1947, *United Nations Treaty Series*, vol. 55, I-814. (Hierna: GATT)

³¹ Eigen vertaling uit het Engels: Art. XX GATT: “[...] *that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, [...]*”

³² G. DE BURCA, “Unpacking the Concept of Discrimination in EC and International Trade Law” in C. BARNARD en J. SCOTT (eds.), *The Law of the European Single Market*, Oxford, Hart, 2002, (181) 183-184.

³³ Artikel 3 Richtlijn 70/50/EEG van de Commissie van 22 december 1969, *PB L 13* van 19 januari 1970, 29; Arrest *Commissie t. Spanje*, C-12/00, EU:C:2003:21, punt 72.

“Bij gebreke van een gemeenschappelijke regeling voor de productie en de verhandeling van alcohol [...] staat het aan de Lid-Staten om, ieder op zijn eigen grondgebied, voor al hetgeen de productie en verhandeling van alcohol en gedistilleerd raakt, regelingen te treffen.

***Belemmeringen** van het intracommunautaire verkeer als gevolg van dispariteiten van de nationale wettelijke regelingen op de verhandeling der betrokken producten, **moeten worden aanvaard voor zover dringende behoeften**, onder meer verband houdend met de doeltreffendheid der fiscale controles, de bescherming van de volksgezondheid, de eerlijkheid der handelstransacties en de bescherming van consumenten, **ze noodzakelijk maken.**”³⁴*

Het Hof heeft in *Dassonville* een zeer algemene definitie gegeven van de belemmeringen voor het vrij verkeer die verboden zijn bij de bepaling van artikel 34 VWEU. Hier geeft het Hof het toepassingsgebied aan van de definitie met betrekking tot technische en handelsregelingen. Volgend op dit arrest heeft de Commissie twee belangrijke principes toegelicht.

Het eerste principe is het principe van wederzijdse erkenning. Lidstaten kunnen de voorwaarden en de verkoop reguleren met betrekking tot hun eigen binnenlandse producten en voor zover er nog geen Europese regeling is. Echter, met betrekking tot producten afkomstig uit andere lidstaten is de situatie anders. Elk in een lidstaat rechtmatig geproduceerd en in de handel gebracht product dient, in principe, te worden toegelaten op de markt van elke andere lidstaat.³⁵ Met andere woorden, producten zijn onderworpen aan de wetgeving van hun staat van herkomst en mogen niet, tenzij wanneer zij noodzakelijk zijn om aan dwingende eisen te voldoen, onderworpen worden aan verdere vereisten gebaseerd op de wetgeving van het land van bestemming.³⁶ Het principe van wederzijdse erkenning wil verhinderen dat er een dubbele last komt te liggen op de geïmporteerde goederen doordat zij aan twee verschillende rechtsregimes³⁷ moeten voldoen omdat er (nog) geen harmonisatiemaatregelen zijn. Het vereist van lidstaten om producten te accepteren die verschillend zijn van wat ze gewoon zijn in hun land en die eventueel afwijken van de technische standaarden die zij

³⁴ Arrest *Cassis de Dijon*, 120/78, EU:C:1979:42, punt 8. (Vet toegevoegd)

³⁵ Mededeling van de Commissie over de gevolgen die uit het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 20 februari 1979 in de zaak 120/78 zijn te trekken (“Cassis de Dijon”), *PB C 256/2* van 3 oktober 1980, paragraaf 5.

³⁶ Arrest *Gouda t. Commissariaat voor de Media*, C-288/89, EU:C:1991:323, punten 12-15.

³⁷ Namelijk die van het land van herkomst en die van het land van bestemming.

kennen.³⁸ Dit principe van wederzijdse erkenning blijft uitermate belangrijk om zonder harmonisatie van nationale wetgeving tot een vrij verkeer van goederen te komen. Doch, dit blijkt niet zo evident te zijn: de Europese Commissie kaart de problematiek aan van het gebrek aan betrouwbare informatie over de toepassing van de wederzijdse erkenning en de terughoudendheid van ambtenaren om een onbekend product goed te keuren dat vergezeld gaat van certificaten in een taal die ze niet begrijpen.³⁹

Er moet echter een tegenwicht zijn, het Hof wil deze uitbreiding van het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU naar maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn, tegemoetkomen. Deze balansoefening wordt ook wel de *rule of reason* genoemd.⁴⁰ Daarom dat de importerende staten de mogelijkheid hebben om hogere belangen in te roepen zoals de doeltreffendheid van fiscale controles, de bescherming van de volksgezondheid, de eerlijkheid van handelstransacties, consumentenbescherming⁴¹, de bescherming van het milieu⁴²...

Een tweede principe dat door de Commissie werd toegelicht is het principe van dwingende vereisten.⁴³ In zijn Mededeling over de gevolgen die uit het arrest ‘*Cassis de Dijon*’ zijn te trekken, stelt de Commissie het volgende:

*“Technische en handelsregelingen mogen, ook wanneer zij zonder onderscheid op nationale en ingevoerde producten van toepassing zijn, slechts belemmeringen scheppen voor zover zij noodzakelijk zijn om aan dwingende eisen te voldoen en zijn gericht op de verwezenlijking van een doel van algemeen belang waarvoor zij de wezenlijke garantie vormen. Dit doel dient van dien aard te zijn dat het voorrang moet hebben op het vrije verkeer van goederen dat als een van de fundamentele regels der Gemeenschap is te beschouwen.”*⁴⁴

³⁸ Zie uitgebreid: G. DAVIES, “Is Mutual Recognition an Alternative to Harmonisation: Lessons on Trade and Tolerance of Diversity from the EU” in F. ORTINO en L. BARTELS (eds.), *Regional Trade Agreements and the WTO*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 265-280.

³⁹ Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over de wederzijdse erkenning in het kader van de follow-up van het actieprogramma voor de interne markt, 16 juni 1999, COM (1999)299.

⁴⁰ C. JANSSENS, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 41.

⁴¹ Arrest *Cassis de Dijon*, C-120/78, EU:C:1979:42, punt 8.

⁴² Arrest *Commissie van de Europese Gemeenschappen t. Koninkrijk België*, C-2/90, EU:C:1992:310, punt 32.

⁴³ Het Hof spreekt over ‘dringende behoeften’ in punt 8 van het voormelde arrest *Cassis de Dijon*.

⁴⁴ Mededeling van de Commissie over de gevolgen die uit het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 20 februari 1979 in de zaak 120/78 zijn te trekken (“*Cassis de Dijon*”), *PB C 256/2* van 3 oktober 1980, paragraaf 6.

Dit is geen ruime interpretatie van artikel 36 VWEU, eerder een nieuwe categorie van uitzonderingen om het principe van wederzijdse erkenning te compenseren, naast artikel 36 VWEU dat een exhaustieve lijst bevat. Deze dwingende vereisten zijn breder dan artikel 36 VWEU aangezien zij alles dekken wat onder het toepassingsgebied van ‘openbaar belang’ valt. Zij zijn echter enkel toepasbaar op maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn en niet op de discriminerende maatregelen, daarvoor kunnen de lidstaten enkel artikel 36 VWEU inroepen. Het is evident dat deze maatregelen onontbeerlijk moeten zijn. De lidstaten moeten de noodzakelijkheid bewijzen en kiezen voor de minst handels-belemmerende maatregel.⁴⁵ Dit vloeit voort uit vaste rechtspraak.⁴⁶ Bij gebreke van harmonisatie moet een afwijkende maatregel nog steeds verenigbaar zijn met Europees recht en dat wordt beoordeeld op grond van het primaire verdragsrecht⁴⁷, namelijk op grond van de artikelen 34-36 VWEU inzake het vrij verkeer van goederen. Vooreerst moet er een doelstelling van algemeen belang worden nagestreefd. Vervolgens moet de maatregel pertinent zijn, dit betekent dat hij geschikt moet zijn om de verwezenlijking van de nagestreefde doelstellingen te waarborgen.⁴⁸ Tenslotte moet hij ook proportioneel zijn, dit houdt in dat hij niet verder mag gaan of meer mag belemmeren dan absoluut noodzakelijk is om de beoogde doelstelling te verwezenlijken.⁴⁹ De *rule of reason* maakt het dus mogelijk voor nationale maatregelen om te ontsnappen aan de werking van artikel 34 VWEU wanneer ze noodzakelijk zijn om bepaalde doelstellingen van algemeen belang te vervullen en gegrond zijn op niet-economische overwegingen.⁵⁰

⁴⁵ Arrest *Konsumentombudsmannen (KO) t. De Agostini (Svenska) Förlag AB en TV-Shop i Sverige AB*, gevoegde zaken C-34/95, C-35/95 en C-36/95, EU:C:1997:344, punt 45 (Hierna: Arrest *De Agostini*); Arrest *Commissie t. Republiek Oostenrijk*, C-28/09, EU:C:2011:854, punt 140.

⁴⁶ Arrest *Commissie t. Bondsrepubliek Duitsland*, C-463/01, EU:C:2004:797, punt 78; Arrest *Radlberger Getränkegesellschaft mbH & Co. en S. Spitz KG t. Land Baden-Württemberg*, C-309/02, EU:C:2004:799, punt 79 (Hierna: Arrest *Radlberger*); Arrest *Alfa Vita Vassilopoulos AE en Carrefour Marinopoulos AE t. Elliniko Dimosio en Nomarchiaki Aftodioikisi Ioanninon*, C-158/04 en C-159/04, EU:C:2006:562, punt 22 (Hierna: Arrest *Alfa Vita*); Arrest *Strafzaak tegen Lodewijk Gysbrechts en Santurel Inter BVBA*, C-205/07, EU:C:2008:730, punt 51.

⁴⁷ Arrest *Strafzaak t. Sandoz BV*, C-174/82, EU:C:1983:213, punt 16; Arrest *Georg Schwarz t. Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg*, C-366/04, EU:C:2005:719, punten 26-27.

⁴⁸ Arrest *Strafzaak tegen Lodewijk Gysbrechts en Santurel Inter BVBA*, C-205/07, EU:C:2008:730, punt 51.

⁴⁹ Zie ook in die zin: F. WEISS en C. KAUPA, *European Union Internal Market Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 69-70.

⁵⁰ L. PRETE, “Of Motorcycle Trailers and Personal Watercrafts: the Battle over Keck”, *LIEI* 2008, 137.

Conclusie bij *Dassonville* & *Cassis de Dijon*

De *Dassonville* formule kan zonder probleem gebruikt worden voor maatregelen die met onderscheid van toepassing zijn, aangezien zij direct of indirect discrimineren en daarmee duidelijk een mogelijke barrière voor handel vormen. Echter, wanneer men diezelfde formule toepast op maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn, dan ontdekt men de ware reikwijdte van de *Dassonville* formule. Het is best mogelijk dat bepaalde regels die noodzakelijk, wenselijk en om verschillende redenen legitiem zijn, toch niet kunnen gerechtvaardigd worden omwille van de beperkte lijst in artikel 36 VWEU.⁵¹ Handelsregelingen om consumenten, de vrije mededinging of andere belangen te beschermen die niet opgenomen zijn in artikel 36 VWEU vallen onder artikel 34 VWEU en zijn daarom strijdig met EU-recht.

Terwijl het Hof in *Dassonville* eerder een ruime en overkoepelende definitie geeft, introduceert het in *Cassis de Dijon* een *rule of reason* waarmee het grenzen stelt aan het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU. Hier heeft het Hof de rechtvaardigingsgronden verder uitgebreid naast artikel 36 VWEU met de creatie van de dwingende vereisten, die weliswaar nog steeds moeten gerechtvaardigd worden en proportioneel zijn. Alle types van maatregelen, met of zonder onderscheid van toepassing, worden nu getoetst aan hun conformiteit met artikel 34 VWEU. In de praktijk heeft *Cassis de Dijon* dus eigenlijk alle nationale wetgeving onder dat artikel gebracht, tenzij de lidstaten een doelstelling van algemeen belang kunnen invoeren. De lidstaten worden met andere woorden enorm beperkt in het maken van hun wetgeving.

⁵¹ J. STEINER, "Drawing the line: uses and abuses of article 30 EEC", *CML Rev.* 1992, 752.
Universiteit Gent Faculteit Rechtsgeleerdheid

Afdeling 1: Maatregelen van gelijke werking in het arrest *Keck & Mithouard*.

In *Cassis de Dijon* besloot het Hof dat maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn, maatregelen van gelijke werking als een kwantitatieve beperking in de zin van artikel 34 VWEU zijn, tenzij er een objectieve rechtvaardiging voor is. Dit had als resultaat dat heel wat nationale regels waarvan men een negatief effect op de import hoeveelheden kon bedenken, aan deze nieuwe toets onderworpen werden. De bekendste zijn ongetwijfeld de *Sunday Trading* zaken waarbij de redenering was dat als winkels op zondag ook open zouden zijn, ze dan meer zouden kunnen verkopen, en sommige van die goederen zouden importgoederen zijn. Bijgevolg, wanneer winkels verplicht moeten sluiten op zondag, vormt dat een belemmering van import.⁵² Deze redenering werd uiteraard niet gevolgd door het Hof dat vond dat deze maatregel gerechtvaardigd was op grond van een rechtmatige socio-economische beleidskeuze van de lidstaat, een dergelijke regel heeft niet tot doel de handelsstromen tussen de lidstaten te beheersen.⁵³ Deze zaken werden dus niet gewonnen omdat het Hof klaarblijkelijk toch niet zo een brede invulling aan dat begrip wou toekennen. In *Keck & Mithouard* wil het Hof paal en perk stellen aan de waterval van rechtspraak die het gevolg was van het feit dat alle zonder onderscheid van toepassing zijnde maatregelen mogelijke door artikel 34 VWEU verboden maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen zijn.⁵⁴

Het Hof stelt dat: *“In afwijking van de eerdere rechtspraak [...] echter [moet] worden aangenomen, dat als een maatregel die de handel tussen de Lid-Staten al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren in de zin van de Dassonville-rechtspraak (arrest van 11 juli 1974, zaak 8/74, Jurispr 1974, blz. 837), niet kan worden beschouwd de toepassing op producten uit andere Lid-Staten van nationale bepalingen die bepaalde verkoopmodaliteiten aan banden leggen of verbieden, mits die bepalingen van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën, en mits zij zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere Lid-Staten.”*⁵⁵

⁵² Arrest *Torfaen Borough Council t. B & Q plc.*, C-145/88, EU:C:1989:593; Arrest *Stoke-on-trent and Norwich City Council t. B & Q plc.*, C-169/91, EU:C:1992:519.

⁵³ Arrest *Torfaen Borough Council t. B & Q plc.*, C-145/88, EU:C:1989:593, punten 13-14.

⁵⁴ Arrest *Keck en Mithouard*, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, EU:C:1993:905, punt 14.

⁵⁵ Arrest *Keck en Mithouard*, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, EU:C:1993:905, punt 16.

Hieruit vloeit voort dat bepaalde verkoopmodaliteiten, namelijk de manier waarop producten worden verkocht, wanneer zij van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën, en wanneer zij zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere lidstaten⁵⁶, niet langer maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen zijn in de zin van artikel 34 VWEU. De lidstaten kunnen desbetreffend zelf hun wetgeving bepalen. Dit betekent dat zij vrij kunnen beslissen over zaken zoals reclame, openingsuren, verkooptechnieken en prijzen.⁵⁷ Het spreekt echter voor zich dat deze wetgeving niet tot gevolg mag hebben dat zij nadeliger is voor import producten dan voor binnenlandse producten. Het effect van die wetgeving moet hetzelfde zijn voor beide producten zowel in feite als in recht.⁵⁸ Is dit niet het geval dan zal het nog steeds om een maatregel van gelijke werking gaan, tenzij de maatregel wordt gerechtvaardigd door hetzij een in artikel 36 VWEU aangereikte rechtvaardigingsgrond, hetzij een dwingende eis van algemeen belang. Verkoopmodaliteiten zijn niet van dien aard dat zij de toegang tot de markt verhinderen of meer bemoeilijken voor uit andere lidstaten afkomstige producten dan voor binnenlandse producten⁵⁹, terwijl dat wel het geval kan zijn bij productvereisten die voornamelijk tot doel hebben te verhinderen dat non-conforme producten op de markt terechtkomen.

De interpretatie die *Keck* geeft aan artikel 34 VWEU verbiedt eigenlijk twee dingen, namelijk enerzijds maatregelen die een groter effect hebben op geïmporteerde producten dan op nationale producten en anderzijds maatregelen die effectief de verkoop van geïmporteerde producten verhinderen.⁶⁰ Hieruit blijkt duidelijk dat *Keck* opteert voor het non-discriminatie principe als uitgangspunt. Dit komt in de volgende afdeling aan bod, in het bijzonder in het arrest *Ker-Optika*.⁶¹

⁵⁶ Arrest *Keck en Mithouard*, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, EU:C:1993:905, punt 16.

⁵⁷ Voorbeelden van verkoopmodaliteiten. Vandaag gelden echter Europese Richtlijnen, vaak gebaseerd op het principe van maximale harmonisatie waarmee de lidstaten rekening moeten houden bij hun regelgeving zoals bijvoorbeeld: Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad ("Richtlijn oneerlijke handelspraktijken").

⁵⁸ Arrest *Keck en Mithouard*, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, EU:C:1993:905, punt 16.

⁵⁹ Arrest *Keck en Mithouard*, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, EU:C:1993:905, punt 17.

⁶⁰ Arrest *Keck en Mithouard*, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, EU:C:1993:905, punten 16-17.

⁶¹ Arrest *Ker-Optika bt t. ÁNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézet*, C-108/09, EU:C:2010:725. (Hierna: Arrest *Ker-Optika*)

Het concept dat verkoopmodaliteiten uitgesloten zijn van de toepassing van artikel 34 VWEU schiep enige duidelijkheid in de chaos die *Cassis de Dijon* had achtergelaten. De indeling in de groepen verkoopmodaliteiten en productvereisten lijkt gemakkelijk in gebruik. Echter, dit is niet altijd het geval.

De moeilijkheid van dit onderscheid tussen een productvereiste en een verkoopmodaliteit komt voor het eerst aan bod in het arrest *Familiapress*⁶². De vraag die zich in dit arrest stelt, heeft betrekking op de strijdigheid met artikel 34 VWEU van een Oostenrijkse wettelijke bepaling die aan een in Duitsland gevestigde onderneming verbiedt om een daar uitgegeven, periodiek verschijnend tijdschrift ook in Oostenrijk te distribueren, wanneer daarin prijsraadsels of prijsvragen zijn opgenomen die in Duitsland rechtmatig worden georganiseerd.⁶³ Het Hof herhaalt eerst zijn *Dassonville* formule en daarna de *Cassis de Dijon* rechtspraak om aan te duiden wat een productvereiste is.⁶⁴ Vervolgens haalt het in punt 9 *Keck en Mithouard* aan om aan te geven dat verkoopmodaliteiten volgens genoemd arrest, in tegenstelling tot wat in eerdere rechtspraak werd gesteld, niet meer onder artikel 34 VWEU vallen. Hoewel de Oostenrijkse regering beweert dat een verkoopmodaliteit aan de orde is, stelt het Hof duidelijk dat het om een productvereiste gaat. Een productvereiste is een maatregel die vereist dat een bepaald fysiek aspect van het product of zijn verpakking of zijn etikettering wordt aangepast, dit heeft betrekking op een integrerend onderdeel van het product zelf.⁶⁵ Daartegenover staan verkoopmodaliteiten, die zijn niet inherent aan het product, maar bepalen enkel hoe producten worden verkocht en verhandeld.⁶⁶ Wanneer maatregelen met betrekking tot een specifiek type van producten een verplichting of een last met zich brengen die expliciet gelinkt is aan het fysieke karakter van het product en deze verplichting of last op de schouders van de producent rust, dan lijkt het Hof dit eerder als een productvereiste te beschouwen.⁶⁷ Bijvoorbeeld in het arrest *Schwarz* waar het Hof in punt 29 stelt dat het feit dat de importeurs de kauwgom moeten verpakken als zij die willen verkopen

⁶² Arrest *Familiapress t. Heinrich Bauer Verlag*, C-368/95, EU:C:1997:325; C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 128.

⁶³ Arrest *Familiapress t. Heinrich Bauer Verlag*, C-368/95, EU:C:1997:325, punt 5.

⁶⁴ Arrest *Familiapress t. Heinrich Bauer Verlag*, C-368/95, EU:C:1997:325, punten 7 en 8.

⁶⁵ Arrest *Familiapress t. Heinrich Bauer Verlag*, C-368/95, EU:C:1997:325, punt 11.

⁶⁶ A.G. TOTH, *The Oxford Encyclopaedia of European Community Law – Volume II The Law of the Internal Market*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2005, 565-566; C. BLUMANN (ed.), *Introduction au marché intérieur: libre circulation des marchandises*, Brussel, Editions de l'Université Bruxelles, 2015, 276; D. CHALMERS, G. DAVIES & G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 790.

⁶⁷ Arrest *Georg Schwarz t. Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg*, C-366/04, EU:C:2005:719, punt 29; D. CHALMERS, G. DAVIES & G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 790.

in Oostenrijk, een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking in de zin van artikel 34 VWEU vormt, tenzij er een objectieve rechtvaardiging voor is. De automaten kunnen bovendien niet gebruikt worden voor verpakte kauwgom. Dit alles maakt de invoer in de lidstaat duurder en vormt dus een belemmering voor het vrij verkeer van goederen. Het Hof herhaalt echter duidelijk in *Karner* wat er allemaal kan begrepen worden onder het begrip ‘bepaalde verkoopmodaliteiten’, namelijk “*bepalingen die met name betrekking hebben op de plaats en het tijdstip van de verkoop van bepaalde producten, alsmede op de reclame voor deze producten en op bepaalde methoden voor het op de markt brengen*”⁶⁸ en bevestigt nogmaals dat verkoopmodaliteiten die met onderscheid van toepassing zijn binnen de werkings sfeer van artikel 34 VWEU vallen en niet genieten van de *Keck*-exceptie.⁶⁹

Conclusie bij *Keck & Mithouard*

Met *Keck & Mithouard* wil het Hof een halt toeroepen aan de stroom van rechtszaken die het gevolg waren van een te brede begripsinvulling van ‘maatregelen van gelijke werking’. Het Hof heeft niet de intentie om binnenlandse beleidskeuzes te beoordelen wanneer die geen impact hebben op de interne markt. De grootste kritiek op dit arrest is het formalistische karakter van de “*Keck* toets”.⁷⁰ Het Hof hanteert deze toets op een strenge en formalistische manier waardoor bepaalde nationale regels die in feite geen discriminatie inhouden maar wel een belemmering van de interne markt kunnen zijn, buiten het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU vallen.⁷¹ Dit contrasteert met de opinie van Advocaat-Generaal Lenz die stelt dat artikel 34 VWEU moet gebruikt worden als een middel om de interne markt te realiseren en te behouden. De beslissende factor zou moeten zijn of voor geïmporteerde producten de toegang tot de markt belemmerd wordt of niet.⁷² Het is duidelijk dat de *Keck* toets nog op punt moet gesteld worden en verduidelijking noodzakelijk is opdat men zou kunnen spreken van een keerpunt in de rechtspraak.⁷³

⁶⁸ Arrest *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH t. Troostwijk GmbH*, C-71/02, EU:C:2004:181, punt 38. (Hierna: Arrest *Karner*)

⁶⁹ Arrest *Karner*, C-71/02, EU:C:2004:181, punt 40.

⁷⁰ A-G Jacobs in zijn Conclusie in *Leclerc-Siplec t. TFI Publicité SA*, C-412/93, EU:C:1994:393, punten 38-42; A-G Bot in zijn Conclusie in *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2006:646, punten 78-86; N. REICH, “The “November Revolution” of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi Revisited”, *CML Rev.* 1994, 465; K. J. M. MORTELMANS, “De Keck-check”, *NtEr* 2005, 247; A. TRYFONIDOU, “Was Keck a Half-baked Solution After All?”, *LIEI* 2007, 171; S. WEATHERILL, “After *Keck*: Some thoughts on how to clarify the clarification”, *CML Rev.* 1996, 887; F. ORTINO, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade – A comparative analysis of EC and WTO Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004, 351.

⁷¹ Arrest *Commissie t. Helleense Republiek*, C-391/92, EU:C:1995:199, punten 15-16 en 20-21.

⁷² Conclusie in *Commissie t. Helleense Republiek*, C-391/92, EU:C:1995:94, punt 18.

⁷³ Contra: A.-G. Bot in zijn Conclusie in *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:646, punt 61.

Afdeling 2: Maatregelen van gelijke werking in de daaropvolgende arresten.

Deze afdeling omvat een analyse van enkele belangrijke arresten volgend op het arrest *Keck & Mithouard* de dato 24 november 1993. Dit is belangrijk om een antwoord te kunnen bieden op de onderzoeksvraag die voorligt in Hoofdstuk 2, namelijk of er een evolutie is in de begripsinvulling van maatregelen van gelijke werking door het Hof van Justitie van de Europese Unie. Om een dergelijke evolutie te kunnen aantonen is het essentieel dat onderzocht wordt wat door het Hof als maatregelen van gelijke werking wordt beschouwd in de daaropvolgende arresten. De arresten worden chronologisch weergegeven om een evolutie te kunnen detecteren.

*Hünermund*⁷⁴- 15 december 1993

De zaak *Hünermund* volgt minder dan een maand op de zaak *Keck & Mithouard*, en daar stelt zich de vraag of een door een beroepsvereniging opgelegd verbod om buiten de apotheek reclame te maken voor niet-farmaceutische producten die apothekers mogen verkopen verenigbaar is met de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van goederen.⁷⁵ Het Hof brengt vooreerst de *Dassonville* formule in herinnering en stelt vervolgens vast dat een beroepsvoorschrift zoals in deze zaak voorligt niet tot doel heeft het goederenverkeer tussen lidstaten te regelen, noch tot gevolg heeft de mogelijkheden van andere marktdeelnemers dan apothekers om reclame voor deze goederen te maken te verhinderen of enigszins te beperken.⁷⁶ Het Hof erkent vervolgens wel dat “*een dergelijke regeling de omvang van de afzet, en dus de omvang van de afzet van niet-farmaceutische producten uit andere lidstaten, in zoverre beperken, dat zij de betrokken apothekers een methode van verkoopbevordering van deze goederen ontnemt.*”⁷⁷ In punt 21 herhaalt het woordelijk de punten 16 en 17 van het *Keck & Mithouard* arrest. Het Hof geeft een formalistische invulling aan de *Keck*-criteria door te stellen dat het beroepsvoorschrift op alle apothekers die onder de bevoegdheid van de beroepsvereniging vallen van toepassing is en dat de regeling “*zonder onderscheid naar herkomst van de producten*” van toepassing is en derhalve geen andere gevolgen heeft voor de afzet van producten uit andere lidstaten dan voor nationale producten.⁷⁸ Het Hof beschouwt

⁷⁴ Arrest *Ruth Hünermund e.a. t. Landesapotheker Baden-Württemberg*, C-292/92, EU:C:1993:932. (Hierna: Arrest *Hünermund*)

⁷⁵ Arrest *Hünermund*, C-292/92, EU:C:1993:932, punt 1.

⁷⁶ Arrest *Hünermund*, C-292/92, EU:C:1993:932, punt 19.

⁷⁷ Arrest *Hünermund*, C-292/92, EU:C:1993:932, punt 20.

⁷⁸ Arrest *Hünermund*, C-292/92, EU:C:1993:932, punten 22-23.

reclame als een verkoopmodaliteit die sinds *Keck* niet langer een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking uitmaakt en past de opsplitsing in productvereisten en verkoopmodaliteiten nauwgezet toe. Het gaat hierdoor voorbij aan de realiteit door de impact van reclame op de verkoop in een nieuwe markt niet te erkennen. Dit wordt nadien bevestigd in het arrest *Leclerc-Siplec*⁷⁹ dat wat dat betreft bijna een woordelijke herhaling is van het arrest *Hünermund*.

*Punto Casa t. Sindaco del Comune di Capena*⁸⁰ - 2 juni 1994

In de gevoegde zaken C-69/93 en C-258/93 gaat het over een Italiaanse regeling inzake de sluiting van detailhandelszaken op zondag. Een belangrijk deel van de omzet van de winkels in kwestie wordt behaald met producten afkomstig uit andere lidstaten van de EU. Om die reden zou de Italiaanse regeling strijdig zijn met artikel 34 VWEU.⁸¹ Deze zaak doet denken aan de *Sunday Trading* zaken⁸² waar eenzelfde problematiek zich voordeed. In punt 11 herhaalt het Hof de *Dassonville* formule en in punt 12 herhaalt het woordelijk de punten 16 en 17 uit het *Keck & Mithouard* arrest. Het Hof volgt zijn eerdere rechtspraak met betrekking tot nationale winkelsluitingsregelingen en stelt dat deze regeling de omstandigheden betreft waaronder de goederen aan de consument mogen worden verkocht, dit is met andere woorden een verkoopmodaliteit die voldoet aan de *Keck*-criteria en daardoor niet gevat wordt door artikel 34 VWEU.

*Commissie t. Helleense Republiek*⁸³ - 29 juni 1995

De zaak C-391/92 betreft een Grieks besluit dat bepaalt dat volledige zuigelingenvoeding uitsluitend in apotheken mag verkocht worden. In punt 10 herhaalt het Hof opnieuw de *Dassonville* formule en stelt verder dat een dergelijke nationale regeling niet tot doel heeft de handel tussen de lidstaten te regelen. Het Hof erkent dat deze regeling de omvang van de verkoop, zowel de binnenlandse als de buitenlandse, kan beperken doordat de producten niet door anderen dan door apothekers kunnen worden afgezet. Vervolgens stelt het in vraag of deze “eventualiteit volstaat om de litigieuze regeling aan te merken als een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking in de zin van artikel [34] van het

⁷⁹ Arrest *Leclerc-Siplec t. TFI Publicité SA*, C-412/93, EU:C:1995:26, punten 18-24.

⁸⁰ Arrest *Punto Casa SpA tegen Sindaco del Comune di Capena en Comune di Capena en Promozioni Polivalenti Venete Soc. coop. arl (PPV) t. Sindaco del Comune di Torri di Quartesolo en Comune di Torri di Quartesolo*, gevoegde zaken C-69/93 en C-258/93, EU:C:1994:226. (Hierna: Arrest *Punto Casa*)

⁸¹ Arrest *Punto Casa*, gevoegde zaken C-69/93 en C-258/93, EU:C:1994:226, punt 6.

⁸² Zie *supra* Hoofdstuk 1, Afdeling 1; Arrest *Torfaen Borough Council t. B & Q plc.*, C-145/88, EU:C:1989:593; Arrest *Stoke-on-trent and Norwich City Council t. B & Q plc.*, C-169/91, EU:C:1992:519.

⁸³ Arrest *Commissie t. Helleense Republiek*, C-391/92, EU:C:1995:199.

Verdrag”.⁸⁴ In punt 13 volgt dan opnieuw woordelijk punt 16 en 17 uit het *Keck en Mithouard* arrest. Daarnaast stelt het Hof in punt 16 nog eens uitdrukkelijk dat deze regeling geen andere invloed heeft op producten uit andere lidstaten dan op nationale producten. Bovendien blijkt dat de Griekse regeling bij de regulering van de afzet van de producten “*enkel maar de distributiepunten daarvan beperkt, zonder de toegang van andere producten tot de markt te verhinderen of hen specifiek te benadelen*”.⁸⁵ Het Hof is van mening dat deze regeling een verkoopmodaliteit betreft die voldoet aan de *Keck*-criteria en daardoor niet gevat wordt door artikel 34 VWEU.⁸⁶

Uit deze drie arresten blijkt de formalistische toepassing van de *Keck*-criteria. Ongeacht hun impact op de intracommunautaire handel of de toegang tot de markt plaatst het Hof de regels onder de categorie verkoopmodaliteiten omdat de producenten geen aanpassingen moeten doen aan intrinsieke kenmerken van hun producten.⁸⁷ Het Hof neemt letterlijk de formule over zonder *in concreto* te gaan toetsen of een maatregel een ongelijk effect kan hebben. Een reden voor zo een effect kan zijn dat verkoopmodaliteiten vooral de geïmporteerde goederen raken, eerder dan de nationale producten die de regelingen kennen en er al aan aangepast zijn. Een toepassing *in concreto* van de *Keck*-criteria zou ertoe kunnen leiden dat heel wat verkoopmodaliteiten terug onder artikel 34 VWEU vallen, wat niet de bedoeling is.⁸⁸ De formalistische invulling door het Hof van de *Keck* formule zorgt voor een toenemende spanning met de doelstelling van de realisatie van een interne markt.

*Konsumentombudsmannen t. De Agostini en TV-Shop*⁸⁹ - 9 juli 1997

De gevoegde zaken C-34/95, C-35/95 en C-36/95 betreffen bepaalde handelspraktijken bij televisiereclame voor een kindertijdschrift, voor huidverzorgingsproducten en voor een schoonmaakproduct. In punt 40 brengt het Hof de *Keck*-criteria in herinnering. Echter, hier gaat het Hof wel over tot een concrete toetsing. De eerste voorwaarde, namelijk op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën van toepassing zijn, is voldaan. De tweede voorwaarde die stelt dat er zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed moet uitgaan van de nationale maatregelen op de verhandeling van nationale producten en op

⁸⁴ Arrest *Commissie t. Helleense Republiek*, C-391/92, EU:C:1995:199, punt 12.

⁸⁵ Arrest *Commissie t. Helleense Republiek*, C-391/92, EU:C:1995:199, punt 20.

⁸⁶ Arrest *Commissie t. Helleense Republiek*, C-391/92, EU:C:1995:199, punt 14-15.

⁸⁷ F. ORTINO, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade – A comparative analysis of EC and WTO Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004, 352.

⁸⁸ D. CHALMERS, G. DAVIES & G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, University Press, 2014, 793.

⁸⁹ Arrest *Konsumentombudsmannen (KO) tegen De Agostini (Svenska) Förlag AB en TV-Shop i Sverige AB*, gevoegde zaken C-34/95, C-35/95 en C-36/95, EU:C:1997:344. (Hierna: Arrest *De Agostini*)

die van producten uit andere lidstaten, is een andere zaak. Het Hof stelt dat het niet kan worden uitgesloten “*dat een in een lidstaat geldend algemeen verbod van een bepaalde vorm van bevordering van de verkoop van een product dat aldaar rechtmatig wordt verkocht, aanzienlijker gevolgen heeft voor de producten uit andere lidstaten.*”⁹⁰ Het Hof stelt dat de Zweedse regeling inzake het verbod van op kinderen onder de twaalf jaar gerichte reclame en van misleidende reclame niet onder artikel 34 VWEU valt, tenzij wordt aangetoond dat dit verbod zowel rechtens als feitelijk niet dezelfde invloed heeft op de verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere lidstaten.⁹¹ Als dat het geval zou zijn, laat het Hof het aan de verwijzende rechter om na te gaan of de Zweedse regeling objectief kan gerechtvaardigd worden, hetzij bij wijze van dwingende vereisten van algemeen belang, hetzij via een in artikel 36 VWEU aangereikte rechtvaardigingsgrond.⁹² Het Hof concludeert dat een lidstaat maatregelen mag nemen jegens een adverteerder wegens een televisiereclame op grond van zijn nationale wettelijke regelingen zolang ervan dezelfde invloed uitgaat zowel rechtens als feitelijk op nationale producten en producten uit andere lidstaten.⁹³

*Konsumentombudsmannen t. Gourmet International*⁹⁴- 8 maart 2001

In de zaak C-405/98 wil *Konsumentombudsmannen Gourmet International* verbieden om reclame voor alcoholhoudende dranken in tijdschriften te publiceren op grond van Zweedse wetgeving. Het Hof brengt opnieuw *Keck en Mithouard* in herinnering in punt 15 en 18 en verwijst naar punt 42 van het arrest *De Agostini* waar het reeds gesteld had dat “*niet kan worden uitgesloten dat een algemeen verbod in een lidstaat op een bepaalde vorm van reclame voor een product dat daar rechtmatig wordt verkocht, grotere gevolgen heeft voor producten afkomstig uit andere lidstaten*”.⁹⁵ Feitelijk wordt hier elke reclamemededeling aan consumenten verboden aan de producenten en importeurs van alcoholhoudende dranken. Het Hof stelt dat de consumptie daarvan verbonden is met traditionele sociale gebruiken en lokale gewoonten waardoor een absoluut reclameverbod moet worden beschouwd als een maatregel die de handel in producten uit andere lidstaten sterker beïnvloedt dan de handel in nationale producten, waarmee de consument meer vertrouwd is.⁹⁶ Er is met andere woorden een schending van artikel 34 VWEU en het Hof is zelf overgegaan tot die beoordeling. Opnieuw

⁹⁰ Arrest *De Agostini*, gevoegde zaken C-34/95, C-35/95 en C-36/95, EU:C:1997:344, punt 42.

⁹¹ Arrest *De Agostini*, gevoegde zaken C-34/95, C-35/95 en C-36/95, EU:C:1997:344, punt 44.

⁹² Arrest *De Agostini*, gevoegde zaken C-34/95, C-35/95 en C-36/95, EU:C:1997:344, punt 45.

⁹³ Arrest *De Agostini*, gevoegde zaken C-34/95, C-35/95 en C-36/95, EU:C:1997:344, punt 47.

⁹⁴ Arrest *Konsumentombudsmannen (KO) tegen Gourmet International Products AB (GIP)*, C-405/98, EU:C:2001:135. (Hierna: Arrest *Gourmet International*)

⁹⁵ Arrest *Gourmet International*, C-405/98, EU:C:2001:135, punt 19.

⁹⁶ Arrest *Gourmet International*, C-405/98, EU:C:2001:135, punt 21 en 25.

is het aan de verwijzende rechter om te beoordelen of de bescherming van de volksgezondheid zoals gewaarborgd in artikel 36 VWEU een dergelijke belemmering zou kunnen rechtvaardigen.⁹⁷

In de arresten *De Agostini* en *Gourmet International* zoekt het Hof naar een functionele invulling van de *Keck*-criteria. In punt 16 van het arrest *Keck en Mithouard* stelt het Hof dat de invloed op de verhandeling van nationale producten en op producten uit andere lidstaten zowel *rechtens als feitelijk* dezelfde moet zijn. Wat rechtens betreft is de beoordeling snel gemaakt, de maatregelen moeten voor zowel de nationale producten als voor de producten komende uit andere lidstaten zonder onderscheid van toepassing zijn, de wet mag niet discrimineren tussen beide producten op grond van hun afkomst. Echter, zoals reeds gesteld *supra*, het is een andere zaak om uit te maken of er feitelijke discriminatie is omdat de maatregelen dan zonder onderscheid van toepassing zijn op zowel nationale producten als producten uit andere lidstaten. In *Keck* stelt het Hof dat verkoopmodaliteiten die op het eerste zicht strijdig zijn met artikel 34 VWEU, toch toegelaten zijn mits voldaan aan de gestelde voorwaarden. Dit sluit daarom niet uit dat zij een impact hebben op de verkoop van geïmporteerde producten door importeurs bepaalde verkoopmethoden te ontzeggen. Methoden zoals *in casu* reclame, die importeurs nodig hebben om hun producten aan de man te brengen aangezien in de importerende lidstaat de consumenten de eigen nationale producten reeds gewoon zijn en zonder reclame het moeilijk is om als nieuwkomer door te dringen in die markt.⁹⁸ In punt 21 van het arrest *Gourmet* stelt het Hof voor het eerst concreet wat het gevolg daarvan is voor de toegang tot de markt van die geïmporteerde producten. Dan wordt duidelijk dat verkoopmodaliteiten niet noodzakelijk altijd ontsnappen aan de toepassing van artikel 34 VWEU.⁹⁹ Het Hof maakt, in tegenstelling tot in *De Agostini*, zelf die beoordeling en volgt daarmee Advocaat-Generaal Jacobs in zijn conclusie in *Leclerc-Siplec*. (Zie *infra* Hoofdstuk 2, afdeling 2). Het onderscheid tussen verkoopmodaliteiten en productvereisten blijft hier wel behouden.

⁹⁷ Arrest *Gourmet International*, C-405/98, EU:C:2001:135, punt 34.

⁹⁸ Zie in die zin ook: A. KACZOROWSKA, "Gourmet can have its *Keck* and eat it!", *ELJ* 2004, 481.

⁹⁹ Zie ook in die zin: G. STRAETMANS, "Case C-405/98, *Konsumentombudsmannen (KO) v. Gourmet International Products AB (GIP)*, Judgement of the Court (Sixth Chamber) of 8 March 2001", *CML Rev.* 2002, 1408.

*Deutscher Apothekerverband*¹⁰⁰ - 11 december 2003

De zaak C-322/01 behelst de vraag of een nationale regeling die de bedrijfsmatige invoer van voor menselijk gebruik bestemde geneesmiddelen die in de betrokken lidstaat alleen in apotheken mogen worden verkocht, bij wijze van postorderhandel door in andere lidstaten van de EU geregistreerde apotheken op basis van individuele bestellingen van de consument via het internet verbiedt, strijdig is met de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van goederen.¹⁰¹ In punt 66 verwijst het Hof opnieuw naar de *Dassonville* formule. In punt 68 herhaalt het Hof het bestaan van productvereisten en verkoopmodaliteiten en toetst vervolgens concreet of voldaan is aan de *Keck*-criteria. Het verbod is van toepassing op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën, echter “om te bepalen of een gegeven maatregel op de verhandeling van nationale producten dezelfde invloed heeft als op die van producten uit andere lidstaten, moet worden vastgesteld wat de strekking van de betrokken beperkende maatregel is.”¹⁰² *Hünernmund* en *Leclerc-Siplec* worden aangehaald om aan te tonen dat er geen ruime strekking is want het in beide arresten aan de orde zijnde reclameverbod beoogde enkel een bepaalde vorm van verkoopbevordering voor een bepaalde vorm van verhandeling van producten.¹⁰³ Dit betekent echter niet dat de toegang tot de markt van producten uit andere lidstaten niet sterker bemoeilijkt wordt dan die van nationale producten. Dit is omdat enerzijds reclame een doeltreffend middel van verkoopbevordering om op een nationale markt te kunnen doordringen is dat aan de marktdeelnemer ontnomen wordt¹⁰⁴ en anderzijds de consument meer vertrouwd is met nationale producten¹⁰⁵.¹⁰⁶ Het Hof stelt terecht dat het verbod dat *in casu* aan de orde is “weliswaar kan worden aangemerkt als de loutere consequentie van het vereiste van uitsluitende verkoop in de apotheek, doch de opkomst van het internet als middel van grensoverschrijdende verkoop brengt mee dat de strekking en dus de weerslag van dat verbod in een ruimer perspectief moeten worden onderzocht”.¹⁰⁷ Het Hof legt vervolgens uit waarom een dergelijk verbod de apotheken uit andere lidstaten meer hindert dan de apotheken gelegen op Duits grondgebied.

¹⁰⁰ Arrest *Deutscher Apothekerverband eV t. 0800 DocMorris NV en Jacques Waterval*, C-322/01, EU:C:2003:664. (Hierna: Arrest *Deutscher Apothekerverband*)

¹⁰¹ Arrest *Deutscher Apothekerverband*, C-322/01, EU:C:2003:664, punt 45.

¹⁰² Arrest *Deutscher Apothekerverband*, C-322/01, EU:C:2003:664, punt 69 en 71.

¹⁰³ Arrest *Hünernmund*, C-292/92, EU:C:1993:932, punt 19; Arrest *Leclerc-Siplec*, C- 412/93, EU:C:1995:26, punt 22.

¹⁰⁴ Arrest *De Agostini*, gevoegde zaken C-34/95, C-35/95 en C-36/95, EU:C:1997:344, punt 43.

¹⁰⁵ Arrest *Gourmet International*, C-405/98, EU:C:2001:135, punt 21 en 24.

¹⁰⁶ Arrest *Deutscher Apothekerverband*, C-322/01, EU:C:2003:664, punt 72.

¹⁰⁷ Arrest *Deutscher Apothekerverband*, C-322/01, EU:C:2003:664, punt 73.

“Dat dit verbod laatstbedoelden ongetwijfeld een extra of alternatief middel ontnemt om de Duitse markt van eindverbruikers van geneesmiddelen te bereiken, neemt niet weg dat zij de mogelijkheid behouden om de geneesmiddelen in hun apotheek te verkopen. Het internet is daarentegen een belangrijker middel voor niet op Duits grondgebied gevestigde apotheken om die markt rechtstreeks te bereiken. Een verbod dat buiten het Duitse grondgebied gevestigde apotheken meer raakt, kan de toegang tot de markt van producten uit andere lidstaten sterker bemoeilijken dan die van nationale producten.”¹⁰⁸

Aldus kan het Hof niet anders dan tot de conclusie komen dat dit verbod niet dezelfde invloed heeft op de verkoop van nationale geneesmiddelen als op die van geneesmiddelen uit andere lidstaten en het verbod derhalve een maatregel van gelijke werking is in de zin van artikel 34 VWEU.¹⁰⁹

Het Hof is consistent met *Gourmet* door opnieuw het criterium van markttoegang te hanteren bij het beoordelen of de verkoopmodaliteit in kwestie feitelijk discrimineert tussen nationale producten en producten uit andere lidstaten. Sommige auteurs stellen dat de aard van de nationale regel hier geen rol meer speelt en het belemmerend effect op de handel doorslaggevend is.¹¹⁰ Inderdaad, dit criterium was doorslaggevend in de beoordeling door het Hof, maar dit staat niet los van het indelen in een van de twee categorieën, zijnde productvereisten of verkoopmodaliteiten. Nog steeds gebeurt dit vanuit de *Keck*-criteria met het non-discriminatiebeginsel als uitgangspunt, dat weliswaar een steeds bredere invulling krijgt.¹¹¹

*Alfa Vita*¹¹² - 14 september 2006

De gevoegde zaken C-158/04 en C-159/04 gaan over het in de handel brengen van diepgevroren bakkerijproducten. ‘Bake-off’ producten zijn producten die in de verkooppunten worden geleverd nadat zij de belangrijkste fasen van hun bereidingsproces hebben doorlopen en enkel nog ontdooid en afgebakken moeten worden.¹¹³ De Griekse

¹⁰⁸ Arrest *Deutscher Apothekerverband*, C-322/01, EU:C:2003:664, punt 74.

¹⁰⁹ Arrest *Deutscher Apothekerverband*, C-322/01, EU:C:2003:664, punten 75-76.

¹¹⁰ C. BLUMANN (ed.), *Introduction au marché intérieur: libre circulation des marchandises*, Brussel, Editions de l’Université Bruxelles, 2015, 278.

¹¹¹ A.G. TOTH, *The Oxford Encyclopaedia of European Community Law – Volume II The Law of the Internal Market*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2005, 567.

¹¹² Arrest *Alfa Vita Vassilopoulos AE en Carrefour Marinopoulos AE tegen Elliniko Dimosio en Nomarchiaki Aftodioikisi Ioanninon*, gevoegde zaken C-158/04 en C-159/04, EU:C:2006:562. (Hierna: Arrest *Alfa Vita*)

¹¹³ Arrest *Alfa Vita*, gevoegde zaken C-158/04 en C-159/04, EU:C:2006:562, punt 1.

wetgeving vereist echter dat zij voldoen aan alle voorwaarden die gelden voor een traditionele bakkerij, waaronder met name het vereiste van een opslagruimte voor meel, een ruimte voor deegbereiding of een opslagruimte voor vaste brandstoffen. Het Hof stelt dat er op die manier “[...] geen rekening [wordt] gehouden met de specifieke kenmerken van deze producten en [...] dit tot extra kosten [leidt] waardoor het moeilijker wordt, deze producten in de handel te brengen.”¹¹⁴ In punten 15 en 16 worden kort de *Dassonville* formule en de *Keck*-criteria herhaald. Het Hof gaat daarna concreet na of de maatregelen met betrekking tot de ‘bake-off’ producten kunnen bestempeld worden als verkoopmodaliteit in de zin van het arrest *Keck en Mithouard* en besluit negatief.¹¹⁵ Wat de Griekse wetgeving vereist, is meer dan een verkoopmodaliteit. De verkoop van deze producten wordt weliswaar niet verboden, enkel afgeremd. Het is echter duidelijk dat het zeer moeilijk en kostelijk wordt voor de handelaars om dergelijke producten te verkopen. Daarom vormt deze regeling een invoerbelemmering in de zin van artikel 34 VWEU. Hieruit kan men afleiden dat een potentieel verkoopverminderend effect genoeg is om een maatregel van gelijke werking uit te maken.

*Commissie t. Italië*¹¹⁶- 10 februari 2009

In de zaak C-110/05 verbiedt een Italiaanse regelgeving het trekken van een aanhangwagen door bromfietsen, motorfietsen, driewielers en vierwielers. In punt 33 herhaalt het Hof de *Dassonville* formule als een algemene regel en legt in punt 34 uit waaraan artikel 34 VWEU uitdrukking geeft, namelijk “*de verplichting tot eerbiediging van de beginselen van non-discriminatie en van wederzijdse erkenning van producten die in andere lidstaten rechtmatig worden gemaakt en in de handel gebracht, alsook aan de verplichting om de communautaire producten vrije toegang tot de nationale markten te verzekeren.*”¹¹⁷ Deze doelstellingen werden in *Keck* omgezet in de reeds gekende *Keck*-criteria. Vervolgens geeft het Hof de definitie van wat als maatregel van gelijke werking moet worden beschouwd zoals reeds aangegeven in *Familiapress* en *Deutscher Apothekerverband* en zoals ze voortvloeit uit de *Cassis de Dijon* rechtspraak:

“*Als maatregelen van gelijke werking zijn aldus aan te merken belemmeringen van het vrije goederenverkeer die, bij ontbreken van harmonisatie van de nationale wettelijke regelingen, voortvloeien uit de toepassing op goederen uit andere lidstaten waarin deze*

¹¹⁴ Arrest *Alfa Vita*, gevoegde zaken C-158/04 en C-159/04, EU:C:2006:562, punt 19.

¹¹⁵ Arrest *Alfa Vita*, gevoegde zaken C-158/04 en C-159/04, EU:C:2006:562, punt 19.

¹¹⁶ Arrest *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:66.

¹¹⁷ Arrest *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:66, punt 34.

goederen rechtmatig zijn gemaakt en in de handel gebracht, van voorschriften betreffende de voorwaarden waaraan die goederen moeten voldoen, ook indien die voorschriften zonder onderscheid op alle producten van toepassing zijn."¹¹⁸

Hiermee brengt het Hof in herinnering dat niet alleen maatregelen die met onderscheid van toepassing zijn onder dat begrip vallen, maar eveneens maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn. In punt 36 worden de punten 16 en 17 van het arrest *Keck & Mithouard* dan opnieuw woordelijk herhaald. Het interessantste aspect volgt echter in punt 37 waar het Hof stelt wat naast de reeds vermelde definitie in punt 35 ook moet beschouwd worden als maatregelen van gelijke werking als een kwantitatieve beperking in de zin van artikel 34 VWEU. Enerzijds omvat het begrip ook “*de maatregelen van een lidstaat die ertoe strekken of tot gevolg hebben dat uit andere lidstaten afkomstige producten minder gunstig worden behandeld*”, anderzijds ook “*elke andere maatregel die de toegang tot de markt van een lidstaat voor uit andere lidstaten afkomstige producten belemmert*”.¹¹⁹ Hiermee vervult het Hof de nood aan een oplossing voor een reeks maatregelen¹²⁰ die niet onder de categorie ‘productvereisten’ vallen, maar ook niet onder de categorie ‘verkoopmodaliteiten’. Zij werden onderworpen aan de *Dassonville* en *Cassis de Dijon* rechtspraak bij gebrek aan een beter alternatief, want *Keck* bood voor hen geen uitweg.¹²¹ Het Hof verwijst toch opnieuw naar het arrest *Keck en Mithouard* en brengt zodoende het onderscheid tussen productvereisten en verkoopmodaliteiten in herinnering, terwijl in een volgend punt het elke betekenis daaraan lijkt te ontnemen door een criterium van markttoegang in te voeren. Het begrip maatregelen van gelijke werking omvat nu niet alleen discriminerende maatregelen en handelsbelemmerende productvereisten, maar ook alle andere maatregelen die de toegang tot de markt belemmeren.¹²² In dit arrest wordt duidelijk en onomwonden gesteld dat elke maatregel die de toegang tot de markt belemmert voor uit andere lidstaten afkomstige producten een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking in de zin van artikel 34 VWEU is.

¹¹⁸ Arrest *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:66, punt 35.

¹¹⁹ Arrest *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:66, punt 37.

¹²⁰ Bv. Een belemmering van het gebruik van een goed zoals *in casu* aan de orde was.

¹²¹ P. PECHO, “Good-Bye Keck?: A comment on the remarkable judgement in Commission v. Italy C-110/05.”, *LIEI* 2009, 262.

¹²² P. PECHO, “Good-Bye Keck?: A comment on the remarkable judgement in Commission v. Italy C-110/05.”, *LIEI* 2009, 262.

*Ker-Optika*¹²³ - 2 december 2010

Het *Ker-Optika* arrest behandelt een Hongaarse maatregel die de verkoop van contactlenzen via het internet verbiedt.¹²⁴ In het arrest komt niet alleen de formule uit *Dassonville* terug¹²⁵, maar eveneens de ietwat andere benadering uit het arrest *Commissie t. Italië*. Deze omvat de eerbiediging van de beginselen van non-discriminatie en van wederzijdse erkenning van producten die in andere lidstaten rechtmatig worden gemaakt en in de handel gebracht.¹²⁶ Die benadering vloeit eveneens voort uit vaste rechtspraak, namelijk vooreerst punten 14 en 15 van *Cassis de Dijon* waar wordt gesteld dat er geen geldige reden is om producten die rechtmatig vervaardigd en verhandeld worden in een bepaalde lidstaat in andere lidstaten te weigeren en de reeds welgekende punten 16 en 17 van *Keck en Mithouard*. Deze komen opnieuw woordelijk aan bod in punt 51 van het *Ker-Optika* arrest. Hieraan voorafgaand echter herhaalt het Hof in de punten 49 en 50 wat het reeds zei in *Commissie t. Italië* wat betreft het begrip maatregelen van gelijke werking.¹²⁷ Het Hof wil hier twee visies verenigen in één arrest, namelijk enerzijds wat voortvloeit uit het arrest *Keck en Mithouard*, dat een maatregel die de toegang tot de markt gelijkelijk belemmert voor zowel nationale producten als producten uit andere lidstaten buiten artikel 34 VWEU valt wanneer er geen discriminatie is en beide soort goederen gelijk behandeld worden. Anderzijds stelt het Hof dat, ook al zijn de voorschriften op zowel nationale als producten uit andere lidstaten van toepassing, dus eveneens zonder onderscheid, die maatregelen toch een belemmering van de markttoegang kunnen vormen en dus toch onder artikel 34 VWEU vallen. Het is niet omdat de toegang tot de markt ook voor de nationale producten wordt belemmerd dat er geen nadelige gevolgen zijn voor de interne markt.¹²⁸

*ANETT*¹²⁹ - 26 april 2012

In de zaak C-456/10 is een nationale regeling aan de orde die tabakskleinhandelaren verbiedt om tabaksproducten in te voeren uit andere lidstaten. Tabakskleinhandelaren zijn hierdoor verplicht zich te bevoorraden bij erkende groothandelaars. Een dergelijke bevoorradingswijze

¹²³ Arrest *Ker-Optika* bt t. *ÁNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézet*, C-108/09, EU:C:2010:725. (Hierna: Arrest *Ker-Optika*)

¹²⁴ Arrest *Ker-Optika*, C-108/09, EU:C:2010:725, punt 14.

¹²⁵ Arrest *Ker-Optika*, C-108/09, EU:C:2010:725, punt 47.

¹²⁶ Arrest *Ker-Optika*, C-108/09, EU:C:2010:725, punt 48; Arrest *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:66, punt 34.

¹²⁷ Arrest *Ker-Optika*, C-108/09, EU:C:2010:725, punt 48; Arrest *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:66, punten 35 en 37.

¹²⁸ Conclusie in *Leclerc-Siplec t. TFI Publicité SA*, C-412/93, EU:C:1994:393, punt 40.

¹²⁹ Arrest *Asociación Nacional de Expendedores de Tabaco y Timbre (ANETT) t. Administración del Estado*, C-456/10, EU:C:2012:241. (Hierna: Arrest *ANETT*)

kan verschillende nadelen bieden die deze kleinhandelaars niet zouden ervaren als zij zelf zouden invoeren.¹³⁰ Vooreerst wordt de *Dassonville* formule ook hier opnieuw aangehaald in punt 32. Daarna volgt echter enkel wat het Hof gesteld heeft in de arresten *Commissie t. Italië* en *Ker-Optika* met betrekking tot het non-discriminatiebeginsel, het beginsel van wederzijdse erkenning en de vrije toegang tot de markt.¹³¹ En vervolgens met betrekking tot wat als een maatregel van gelijke werking moet worden beschouwd.¹³² Het Hof gaat dit concreet gaan toetsen op de situatie die voorligt en komt tot de conclusie dat deze nationale regeling de toegang tot de markt belemmert voor die producten en aldus een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbepijking in de zin van artikel 34 VWEU vormt. Er is dus op geen enkel moment een referentie naar het arrest *Keck en Mithouard*. De *Keck*-criteria die weliswaar verweven zitten in de genoemde punten van de arresten *Commissie t. Italië* en *Ker-Optika* worden niet vermeld, maar krijgen een functionele invulling via het criterium van markttoegang dat hier duidelijk gehanteerd wordt.

*Scotch Whisky Association*¹³³ - 23 december 2015

In een recenter arrest van 23 december 2015 over de rechtsgeldigheid van de nationale wet en het ontwerpbesluit waarbij een minimumprijs per eenheid alcohol voor de detailhandel in alcoholhoudende dranken in Schotland wordt opgelegd, etaleert zich hetzelfde fenomeen. De *Dassonville* formule wordt aangehaald en *Keck* wordt doodgezwegen. Opnieuw wordt een referentie gemaakt naar de bovengenoemde punten van de arresten *Commissie t. Italië* en *ANETT*.¹³⁴ Advocaat-Generaal Bot stelt in zijn conclusie duidelijk wat onder het begrip maatregel van gelijke werking moet worden verstaan op grond van de huidige rechtspraak, zijnde alle maatregelen die de toegang tot de markt van een lidstaat voor producten afkomstig uit andere lidstaten belemmeren.¹³⁵ Vervolgens haalt hij het reeds aangehaalde punt 33 van het arrest *ANETT* aan om aan te geven “dat een nationale maatregel een belemmering kan vormen, niet alleen als hij als verkoopmodaliteit, rechtens of feitelijk, discriminatoir is, maar ook als hij, **ongeacht de aard**, de toegang tot de markt van de betrokken lidstaat belemmert.”¹³⁶ Daaruit trekt hij een belangrijke conclusie. Hij stelt dat “als er sprake is van belemmering van de toegang tot de markt, het niet nodig is om een vergelijkend onderzoek in

¹³⁰ Arrest *ANETT*, C-456/10, EU:C:2012:241, punt 38.

¹³¹ Arrest *ANETT*, C-456/10, EU:C:2012:241, punt 33.

¹³² Arrest *ANETT*, C-456/10, EU:C:2012:241, punten 34-35.

¹³³ Arrest *Scotch Whisky Association en anderen t. Lord Advocate en Advocate General for Scotland*, C-333/14, EU:C:2015:845. (Hierna: Arrest *Scotch Whisky Association*)

¹³⁴ Arrest *Scotch Whisky Association*, C-333/14, EU:C:2015:845, punt 32.

¹³⁵ Conclusie in *Scotch Whisky Association*, C-333/14, EU:C:2015:527, punt 58.

¹³⁶ Conclusie in *Scotch Whisky Association*, C-333/14, EU:C:2015:527, punt 58. (Vet toegevoegd)

*te stellen naar de situatie van de nationale producten en die van geïmporteerde producten om een verschillende behandeling tussen de twee vast te stellen.*¹³⁷ Bij deze vervalt het criterium van non-discriminatie waarvan oorspronkelijk werd uitgegaan. Hier is duidelijk sprake van een criterium van markttoegang. Bovendien is ook het in *Keck* geïntroduceerde onderscheid tussen verkoopmodaliteiten en productvereisten irrelevant geworden aangezien elke maatregel ‘ongeacht hun aard’, die de toegang tot de markt belemmert, een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking in de zin van artikel 34 VWEU vormt. Het Hof volgt de Advocaat-Generaal en stelt dat de nationale regeling de toegang tot de Britse markt belemmert “*door het enkele feit dat zij verhindert dat de lagere kostprijs van geïmporteerde producten zijn terugslag heeft op de verkoopprijs voor de consument*”.¹³⁸ Een dergelijke regeling valt dus binnen de werkingssfeer van artikel 34 VWEU.

¹³⁷ Conclusie in *Scotch Whisky Association*, C-333/14, EU:C:2015:527, punt 58.

¹³⁸ Arrest *Scotch Whisky Association*, C-333/14, EU:C:2015:845, punt 32.

Conclusie bij het begrip maatregelen van gelijke werking

Dit hoofdstuk had een dubbele doelstelling, enerzijds inzicht verwerven in het begrip ‘maatregel van gelijke werking’ zoals het in het arrest *Keck en Mithouard* werd ingevuld en anderzijds onderzoeken wat het Hof van Justitie van de Europese Unie daaronder verstond in zijn daaropvolgende rechtspraak.

Artikel 34 VWEU bepaalt dat kwantitatieve invoerbependingen en alle maatregelen van gelijke werking tussen lidstaten verboden zijn. Het Hof heeft het begrip ‘maatregelen van gelijke werking’ via haar rechtspraak invulling gegeven. Eerst in het arrest *Dassonville* met de formule dat iedere handelsregeling van een lidstaat die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren, als een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking is te beschouwen. Vervolgens in het arrest *Cassis de Dijon* waar het Hof stelt dat ook maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn onder de werkingssfeer van artikel 34 VWEU vallen, tenzij er een objectieve rechtvaardiging voor bestaat, hetzij op grond van een in artikel 36 VWEU aangereikte rechtvaardigingsgrond, hetzij in een door de rechtspraak van het Hof erkende dwingende vereiste van algemeen belang. Dit heeft ertoe geleid dat er een enorme bewijslast kwam te liggen op de schouders van de lidstaten om hun beleidskeuzes te rechtvaardigen wanneer die werden aangevochten door handelaars die hun commerciële vrijheid op een of andere wijze ingeperkt zagen. Om de werkingssfeer van artikel 34 VWEU enigszins in te dijken heeft het Hof in *Keck en Mithouard* de categorie ‘verkoopmodaliteiten’ als tegenhanger van de ‘productvereisten’ uit het toepassingsgebied gehaald. Echter, dit moet restrictief worden geïnterpreteerd en het was niet de bedoeling van het Hof om deze rechtspraak uit te breiden en naar analogie andere categorieën uit het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU te halen. (Zie Hoofdstuk 2) Met *Keck en Mithouard* voert het Hof een toets in bestaande uit twee voorwaarden waaraan moet worden voldaan opdat de maatregel buiten de werkingssfeer van artikel 34 VWEU zou vallen. Enerzijds moet de maatregel van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die hun activiteiten ontplooiën op het grondgebied, anderzijds moet de maatregel een zelfde invloed hebben rechtens en in feite op zowel nationale als uit andere lidstaten afkomstige producten. Verkoopmodaliteiten die discrimineren vallen dus wel onder het toepassingsgebied. In de rechtspraak die volgt ligt de focus op het aan de basis liggende non-discriminatiebeginsel dat een vergelijking vraagt tussen de nationale producten en producten afkomstig uit andere lidstaten en worden de *Keck*-criteria heel formalistisch toegepast met weinig oog voor de economische realiteit. Het Hof gaat evenwel na een tijd

toch op zoek naar een functionele invulling voor deze criteria, maar dit wordt uitgebreid besproken in het volgende hoofdstuk. Elke maatregel die de toegang tot de markt belemmert, is sinds het arrest *Commissie t. Italië* als maatregel van gelijke werking te beschouwen. Dit is een veel ruimere invulling van het begrip en laat toe om alle categorieën van regels die niet gedekt werden door *Cassis de Dijon* of *Keck en Mithouard* en toch een handelsbelemmering inhouden ook al zijn ze zonder onderscheid van toepassing, onder artikel 34 VWEU te brengen. Hierop wordt verder ingegaan in de volgende hoofdstukken.

Hoofdstuk 2: De evolutionaire weg op met de begripsinvulling van ‘maatregelen van gelijke werking’ door het Hof.

Nu in hoofdstuk 1 duidelijk werd wat ‘maatregelen van gelijke werking’ zijn, wil hoofdstuk 2 onderzoeken of er een evolutie zit in de begripsinvulling door het Hof van Justitie van de Europese Unie en hoe het Hof tot die evolutie is gekomen. In afdeling 1 worden twee belangrijke technieken geanalyseerd die het Hof mogelijks hanteert om het begrip ‘maatregelen van gelijke werking’ invulling te geven en afdeling 2 behelst een onderzoek naar een evolutie in de begripsinvulling door het Hof aan de hand van rechtspraak volgend op het arrest *Keck en Mithouard*. Een antwoord op deze vragen kan inzicht geven in de richting die het Hof uit wil met zijn rechtspraak in het kader van het vrij verkeer van goederen met het oog op het in stand houden van een interne markt.

Afdeling 1: Twee technieken bij de begripsinvulling van ‘maatregelen van gelijke werking’.

Na *Cassis de Dijon* heeft het Hof verschillende technieken in overweging genomen om het ruime toepassingsgebied van artikel 34 VWEU in te toemen, zonder af te zien van de doelstelling van de verwezenlijking van de interne markt. Het Hof wou gehoor geven aan het ongenoegen van de lidstaten die hun wetgevende vrijheid zagen ingeperkt na *Cassis de Dijon* en de massa rechtszaken die het gevolg waren van een te brede interpretatie van artikel 34 VWEU. Marktdeelnemers deden namelijk steeds vaker een beroep op die verdragsbepaling ter betwisting van alle soorten regelingen die hun handelsvrijheid beperken.¹³⁹ Het Hof wordt telkens geconfronteerd met een moeilijke afweging van conflicterende belangen, enerzijds het bevorderen van het vrij handelsverkeer en anderzijds de socio-economisch geïnspireerde beleidskeuzes van de lidstaten.¹⁴⁰ Het feit dat het Hof in zijn rechtspraak verschillende antwoorden in verschillende situaties geeft, kan verklaard worden door deze balansoefening.¹⁴¹ Hierna volgen twee technieken die kort worden uitgelegd. Een bijzondere aandacht gaat uit naar het bestaan en het nut van een *de minimis* drempel.

Een *de minimis* regel houdt in dat “*minimale belemmering die enkel tot gevolg heeft dat de handel vermindert geen effect heeft op de markttoegang, terwijl belemmering van de handel die ernstig genoeg is om een handelaar de toegang tot de markt te beletten of een gevestigde handelaar dwingen de markt te verlaten wel een effect heeft op de markttoegang*”.¹⁴² De doelstelling van een dergelijke regel is dus om maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn en die normaal gezien onder artikel 34 VWEU vallen wanneer zij niet voldoen aan de *Keck*-criteria, daarbuiten te laten vallen door te onderscheiden wat ernstig genoeg is en wat niet, en het toepassingsgebied op die manier te verkleinen. JANSOON en KALIMO delen de *de minimis* drempels die zij terugvinden in de rechtspraak van het Hof in in drie grote groepen: ten eerste de grootte (ernst) van het belemmerend effect, ten tweede de waarschijnlijkheid van het belemmerend effect en ten derde de causaliteit van het belemmerend effect.¹⁴³

¹³⁹ Arrest *Keck en Mithouard*, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, EU:C:1993:905, punt 14.

¹⁴⁰ Zie ook: A.-G. Bot in zijn Conclusie in *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:646, punt 75.

¹⁴¹ P. OLIVER en W.H. ROTH, “The internal market and the four freedoms”, *CML Rev.* 2004, 413.

¹⁴² M. JANSOON en H. KALIMO, “De minimis meets ‘Market Access’: Transformation in the Substance—and the Syntax—of EU Free Movement Law?”, *CML Rev.* 2014, 526.

¹⁴³ M. JANSOON en H. KALIMO, “De minimis meets ‘Market Access’: Transformation in the Substance—and the Syntax—of EU Free Movement Law?”, *CML Rev.* 2014, 527.

Wat de eerste categorie betreft heeft het Hof echter altijd gesteld dat er geen *de minimis* drempel is met betrekking tot de toepassing van artikel 34 VWEU.¹⁴⁴ Het Hof heeft zelfs letterlijk gesteld in *Corsica Ferries* dat “*de artikelen in het Verdrag betreffende het vrij verkeer van goederen en personen, het vrij verrichten van diensten en het vrije kapitaalverkeer fundamentele regels voor de Gemeenschap [zijn] en [...] elke belemmering van deze vrijheden, hoe gering ook, verboden [is].*”¹⁴⁵ Het maakt met andere woorden niet uit dat de belemmering van de toegang tot de markt beperkt is, het kleinste effect volstaat opdat artikel 34 VWEU van toepassing zou zijn.

Niet iedereen volgt deze stelling. Advocaat-Generaal Jacobs stelt in zijn conclusie in *Leclerc-Siplec* voor dat het Hof kijkt of de toegang tot de markt niet in wezenlijke mate wordt beperkt.¹⁴⁶ Terwijl anderen nog verder gaan en voorstellen om als verboden in de zin van artikel 34 VWEU aan te merken enkel en alleen een bijna volledige verhindering van de markttoegang.¹⁴⁷ In het arrest *Leclerc-Siplec* vraagt het Hof zich af of het feit dat een maatregel “*de omvang van de verkoop en dus ook de omvang van de verkoop van producten uit andere lidstaten kan beperken, doordat de distributeurs voor hun producten geen gebruik mogen maken van een bepaalde vorm van verkoopbevordering*” op zich voldoende is om te beschouwen als een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking in de zin van artikel 34 VWEU.¹⁴⁸ Het Hof volgt de Advocaat-Generaal niet en houdt vast aan een formalistische toepassing van de *Keck*-criteria met het non-discriminatiebeginsel als uitgangspunt. Het verbod met betrekking tot de uitzending van reclameboodschappen op televisie ten behoeve van de distributiesector voldoet aan genoemde voorwaarden en valt derhalve niet onder artikel 34 VWEU.¹⁴⁹ In zijn conclusie in *Leclerc-Siplec* weerlegt Advocaat-Generaal Jacobs ook de verwerping van een *de minimis* regel door het Hof in *Jan van de Haar en Kaveka de Meern* door te stellen dat het Hof dat enkel in abstracto deed en eigenlijk toch een drempel toepast in die zin dat artikel 34 VWEU enkel van toepassing is wanneer de toegang tot de markt in aanzienlijke mate wordt belemmerd.¹⁵⁰

¹⁴⁴ Arrest *Strafzaken tegen Jan van de Haar en Kaveka de Meern BV*, gevoegde zaken C-177 en 178/82, EU:C:1984:144, punten 13-14; Arrest *Radlberger*, C-309/02, EU:C:2004:799, punt 68.

¹⁴⁵ Arrest *Corsica Ferries France t. Direction générale des douanes françaises*, C-49/89, EU:C:1989:649, punt 8.

¹⁴⁶ Conclusie in *Leclerc-Siplec t. TFI Publicité SA*, C-412/93, EU:C:1994:393, punt 42.

¹⁴⁷ P. OLIVER en W. H. ROTH, “The internal market and the four freedoms”, *CML Rev.* 2004, 415-416; S. ENCHELMAIER, “Moped Trailers, Mickelsson & Roos, and Gysbrechts: The ECJ’s case law on goods keeps on moving”, *YEL* 2010, 215-220.

¹⁴⁸ Arrest *Leclerc-Siplec*, C- 412/93, EU:C:1995:26, punt 20.

¹⁴⁹ Arrest *Leclerc-Siplec*, C- 412/93, EU:C:1995:26, punt 23-24.

¹⁵⁰ Conclusie in *Leclerc-Siplec t. TFI Publicité SA*, C-412/93, EU:C:1994:393, punt 46.

Hierna volgen enkele arresten waarin een kwantitatieve *de minimis* drempel zou kunnen vastgesteld worden. Kwantitatief in die zin dat het mogelijk zou moeten zijn om op basis van de grootte van het belemmerend effect te bepalen waar de drempel ligt om een maatregel te beschouwen als een maatregel van gelijke werking of niet. Niettemin moet indachtig gehouden worden dat het Hof een *de minimis* drempel niet erkent, noch aanvaardt en dat een dergelijke vaststelling aldus met de nodige voorzichtigheid moet gebeuren.

*Yves Rocher*¹⁵¹ - grootte (ernst) irrelevant

In de zaak C-126/91 beslist het Hof dat een wettelijke bepaling van een lidstaat, op grond waarvan het een in die lidstaat gevestigde onderneming, die op basis van een catalogus of verkoopprospectus uit een andere lidstaat ingevoerde goederen op postorder verkoopt, verboden is reclame met prijzen te maken, waarbij met een indringende accentuering van de nieuwe prijs wordt verwezen naar een hogere prijs die in een vroegere catalogus of prospectus was vermeld, strijdig is met artikel 34 VWEU.¹⁵² De Duitse regering voerde in deze zaak aan dat het verbod niet strijdig is met artikel 34 VWEU “omdat het het vrije verkeer van goederen **slechts in geringe mate belemmert.**”¹⁵³ Hiermee wil de Duitse regering stellen dat het weinig waarschijnlijk is dat het verbod een serieuze impact zal hebben op het intracommunautair handelsverkeer en dat de belemmering beperkt blijft. Zodoende wil zij dus een *de minimis* drempel hanteren. Het Hof reageert daarop dat “*de regels die louter hypothetische gevolgen voor de intracommunautaire handel hebben buiten beschouwing gelaten, steeds is gesteld dat artikel 34 VWEU geen onderscheid maakt tussen maatregelen die kunnen beschreven worden als maatregelen van gelijke werking als een kwantitatieve beperking voor wat betreft de grootte of de ernst van de effecten die zij hebben op de handel binnen de Unie*”, artikel 34 VWEU differentieert aldus niet naar de intensiteit van de gevolgen van die maatregelen voor de intracommunautaire handel.¹⁵⁴ Dit is consistent met de visie van het Hof dat er niet zoiets bestaat als een *de minimis* drempel in het kader van het vrij verkeer van goederen.

*Bluhme*¹⁵⁵ - grootte (ernst) irrelevant

In de zaak C-67/97 stelt zich de vraag of een nationale regeling houdende een verbod om op een eiland als Læsø (Denemarken) enige andere honingbijensoort te houden dan die van de

¹⁵¹ Arrest *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V. t. Yves Rocher GmbH*, C-126/91, EU:C:1993:191. (Hierna: Arrest *Yves Rocher*)

¹⁵² Arrest *Yves Rocher*, C-126/91, EU:C:1993:191, punt 23.

¹⁵³ Arrest *Yves Rocher*, C-126/91, EU:C:1993:191, punt 20. (Vet toegevoegd)

¹⁵⁴ Arrest *Yves Rocher*, C-126/91, EU:C:1993:191, punt 21.

¹⁵⁵ Arrest *Strafzaak tegen Ditlev Bluhme*, C-67/97, EU:C:1998:584. (Hierna: Arrest *Bluhme*)

ondersoort *Apis mellifera mellifera* (bruine Læsø-bij), een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking in de zin van artikel 34 van het Verdrag vormt.¹⁵⁶ De Deense regering stelt “*dat het verbod om op het eiland Læsø andere honingbijen dan de bruine Læsø-bij in te voeren, geen discriminatie van honingbijen afkomstig uit andere lidstaten vormt, niet ertoe strekt het handelsverkeer tussen de lidstaten te regelen en op dit handelsverkeer een te hypothetische en onzekere invloed heeft om als belemmering daarvan te kunnen worden aangemerkt.*”¹⁵⁷ De Deense regering wil dus net zoals de Duitse regering in *Yves Rocher* een *de minimis* drempel gebruiken om het verbod buiten de werkingssfeer van artikel 34 VWEU te brengen. Het Hof gaat hier echter niet in mee en definieert de regeling als een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking. Het feit dat deze maatregel slechts voor een beperkt deel van de lidstaat geldt, is daarbij irrelevant.¹⁵⁸ Hierin volgt het de Advocaat-Generaal die stelt dat “*de kwantitatief gezien geringe gevolgen van het besluit op het handelsverkeer op zich niet kunnen afdoen aan de toepasselijkheid van artikel 34 van het Verdrag.*”¹⁵⁹ Met andere woorden, de geografische omvang van de uitwerking van een dergelijk besluit op de intracommunautaire handel is van geen betekenis.

Sommige auteurs stellen echter dat het criterium van markttoegang met zich brengt dat het Hof toch een soort van *de minimis* regel is gaan hanteren voor wat betreft de grootte of de ernst van het belemmerend effect.¹⁶⁰

Commissie t. Italië, Commissie t. Portugal en Mickelsson & Roos – grootte (ernst) relevant
Een belangrijk arrest in de *de minimis* discussie is het reeds vermelde *Commissie t. Italië*¹⁶¹ waarin het Hof moet beslissen over het verbod om op het Italiaanse grondgebied een motorfiets samen met een aanhangwagen te gebruiken. Het Hof spreekt hier namelijk over de ‘aanzienlijke invloed op het consumentengedrag’ dat dit gebruiksverbod kan hebben en linkt dit aan ‘een negatieve uitwerking voor de toegang van dit product tot de markt’ van de lidstaat in kwestie.¹⁶² Het Hof stelt dat “*aangezien de consumenten weten dat het verboden is om hun*

¹⁵⁶ Arrest *Bluhme*, C-67/97, EU:C:1998:584, punt 14.

¹⁵⁷ Arrest *Bluhme*, C-67/97, EU:C:1998:584, punt 16. (Vet toegevoegd)

¹⁵⁸ Arrest *Bluhme*, C-67/97, EU:C:1998:584, punten 19-20 en 23.

¹⁵⁹ Conclusie in *Bluhme*, C-67/97, EU:C:1998:294, punt 18.

¹⁶⁰ M. JANSSON en H. KALIMO, "De minimis meets 'Market Access': Transformation in the Substance—and the Syntax—of EU Free Movement Law?", *CML Rev.* 2014, 534; D. CHALMERS, G. DAVIES & G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, University Press, 2014, 765-766; A.G. Jacobs in zijn Conclusie in *Leclerc-Siplec t. TFI Publicité SA*, C-412/93, EU:C:1994:393, punt 42.

¹⁶¹ Arrest *Commissie van de Europese Gemeenschappen tegen Italiaanse Republiek*, C-110/05, EU:C:2009:66. (Hierna: Arrest *Commissie t. Italië*)

¹⁶² Arrest *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:66, punt 56.

motorfiets met een speciaal hiervoor ontworpen aanhangwagen te gebruiken, [...] zij er immers nagenoeg geen enkel belang bij [hebben] om een dergelijke aanhangwagen te kopen”¹⁶³, waardoor dit verbod op het eerste zicht onder artikel 34 VWEU valt. Het Hof verwijst naar de zaak *Commissie t. Portugal*¹⁶⁴ aangaande het verbod om gekleurde folie aan te brengen op de voorruit van motorvoertuigen, waarin het een gelijkaardige conclusie trekt, namelijk dat “*eventueel geïnteresseerde handelaars of particulieren er in feite geen belang bij hebben om deze folie te kopen, aangezien zij weten dat zij deze niet op de voorruit en de ruiten aan de passagierszijden van motorvoertuigen mogen aanbrengen*”.¹⁶⁵ Hetzelfde doet zich voor in de zaak *Mickelsson en Roos*¹⁶⁶ met betrekking tot een verbod op het gebruik van waterscooters in Finland. Het Hof haalt hier woordelijk punt 56 van het arrest *Commissie t. Italië* aan en hanteert opnieuw ‘de aanzienlijke invloed op het consumentengedrag’ als maatstaf bij het bepalen of de maatregel een handelsbelemmering uitmaakt of niet. Het Hof voegt hier nog aan toe dat indien de Finse regelgeving het gebruik van de waterscooters ‘aanzienlijk’ zou beperken, dergelijke regels ertoe zouden leiden dat de toegang van die producten tot de nationale markt wordt belemmerd en aldus maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen in de zin van artikel 34 VWEU uitmaken, tenzij zij kunnen worden gerechtvaardigd.¹⁶⁷ In deze zaken verhinderen de maatregelen in kwestie de toegang tot de markt bijna volledig, *de facto* komen ze neer op een bijna totale ban van de betrokken producten. Een dergelijke aanpak van het Hof kwalificeren als de toepassing van een *de minimis* drempel¹⁶⁸ is te vergaand en kan leiden tot rechtsonzekerheid¹⁶⁹ omdat dit enerzijds een heel hoge drempel is die gevallen uitsluit die de markttoegang belemmeren maar niet op ‘aanzienlijke’ wijze, en anderzijds de komende arresten vatbaar zou kunnen maken voor subjectiviteit vanwege het Hof. Want wat is ‘aanzienlijk’? Het is alleszins geen concretiseerbare maatstaf.¹⁷⁰ Het is echter wel duidelijk dat het gedrag van consumenten een

¹⁶³ Arrest *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:66, punt 57.

¹⁶⁴ Arrest *Commissie van de Europese Gemeenschappen t. Portugese Republiek*, C-265/06, EU:C:2008:210. (Hierna: Arrest *Commissie t. Portugal*)

¹⁶⁵ Arrest *Commissie t. Portugal*, C-265/06, EU:C:2008:210, punt 33.

¹⁶⁶ Arrest *Åklagaren t. Percy Mickelsson en Joakim Roos*, C-142/05, EU:C:2009:336. (Hierna: Arrest *Mickelsson en Roos*)

¹⁶⁷ Arrest *Mickelsson en Roos*, C-142/05, EU:C:2009:336, punt 28.

¹⁶⁸ Dit is de visie van Oliver en Roth in P. OLIVER en W.H. ROTH, “The internal market and the four freedoms”, *CML Rev.* 2004, 416.

¹⁶⁹ Zie *infra* Hoofdstuk 4.

¹⁷⁰ Zie ook in die zin: S. ENCHELMAIER, “Alpine transport restrictions reconsidered: *Commission v. Austria*. Case C-28/09, *Commission v. Republic of Austria* (“Inntalautobahn No. 2”), Judgment of the Court (Grand Chamber) of 21 December 2011, nyr”, *CML Rev.* 2013, 193.

factor¹⁷¹ is die meespeelt in de redenering van het Hof om te bepalen of een maatregel een handelsbelemmering uitmaakt of niet.

*Commissie t. Republiek Oostenrijk*¹⁷² - grootte (ernst) relevant

In de zaak C-28/09 stelt de Commissie dat Oostenrijk haar verdragsverplichtingen inzake vrij verkeer van goederen niet is nagekomen door op een deel van de autosnelweg A 12 door het dal van de Inn, Oostenrijk, een rijverbod in te stellen voor vrachtwagens van meer dan 7,5 ton die bepaalde goederen vervoeren.¹⁷³ De Commissie voert aan dat “*het sectorale rijverbod, aangezien het niet rechtstreeks betrekking heeft op door vrachtwagens veroorzaakte emissies, maar op de goederen die met die wagens worden vervoerd, een discriminerende uitwerking [kan] hebben op de handel tussen de lidstaten*”.¹⁷⁴ Oostenrijk daarentegen meent dat “*het verbod geen grote economische gevolgen [heeft]. De uitwerking ervan is te onzeker en te indirect om te kunnen worden aangemerkt als een mogelijke belemmering van het handelsverkeer tussen de lidstaten*.”¹⁷⁵ Het Hof stelt dat het sectorale rijverbod de betrokken ondernemingen dwingt om voor het vervoer van de bedoelde goederen op zoek te gaan naar rendabele alternatieve oplossingen, iets wat voor hen “*aanzienlijke nadelige gevolgen kan hebben voor de doorvoer van die goederen van Noord-Europa naar Noord-Italië*.”¹⁷⁶ Opnieuw hanteert het Hof het woord ‘aanzienlijk’ als een maatstaf om te komen tot zijn besluit dat het sectorale rijverbod in die omstandigheden een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking uitmaakt, die in beginsel onverenigbaar is met artikel 34 VWEU.¹⁷⁷ Het Hof geeft hierbij niet aan welke mate van aanzienlijkheid voldoende is om een inbreuk uit te maken, noch stemt dit overeen met zijn onbruik van een *de minimis* drempel.¹⁷⁸ Deze keer kijkt het Hof naar de kosten die de maatregel met zich mee brengt voor de marktdeelnemers en die als gevolg daarvan hoger zijn en dus een negatieve uitwerking kunnen hebben op het vrij verkeer van goederen en de handel in het algemeen. Hieruit kan echter niet afgeleid worden dat wanneer een maatregel extra kosten met zich brengt deze per

¹⁷¹ Meer uitgebreid over niet-economische factoren in deze context, zie: M. JANSSON en H. KALIMO, “De *de minimis* meets ‘Market Access’: Transformation in the Substance—and the Syntax—of EU Free Movement Law?”, *CML Rev.* 2014, 550-554.

¹⁷² Arrest *Commissie t. Republiek Oostenrijk*, C-28/09, EU:C:2011:854.

¹⁷³ Arrest *Commissie t. Republiek Oostenrijk*, C-28/09, EU:C:2011:854, punt 1.

¹⁷⁴ Arrest *Commissie t. Republiek Oostenrijk*, C-28/09, EU:C:2011:854, punt 60.

¹⁷⁵ Arrest *Commissie t. Republiek Oostenrijk*, C-28/09, EU:C:2011:854, punt 86.

¹⁷⁶ Arrest *Commissie t. Republiek Oostenrijk*, C-28/09, EU:C:2011:854, punt 116.

¹⁷⁷ Arrest *Commissie t. Republiek Oostenrijk*, C-28/09, EU:C:2011:854, punt 117.

¹⁷⁸ Zie ook in die zin: S. ENCHELMAIER, “Alpine transport restrictions reconsidered: *Commission v. Austria*. Case C-28/09, *Commission v. Republic of Austria* (“Inntalautobahn No. 2”), Judgment of the Court (Grand Chamber) of 21 December 2011, nyr”, *CML Rev.* 2013, 193.

se een belemmerend effect heeft aangezien het Hof in *Peralta*¹⁷⁹ waar de kosten waarschijnlijk zeer hoog waren (zie *infra*), besluit dat de maatregel geen handelsbelemmering inhoudt omdat het belemmerend effect te onzeker en te indirect is.¹⁸⁰ Daarnaast zij het opgemerkt dat het Hof punt 116 van het arrest *Commissie t. Republiek Oostenrijk* begint met de stelling: “*Dat er alternatieve mogelijkheden zijn, sluit evenwel het bestaan van een beperking van het vrije verkeer van goederen niet uit.*” Dit komt neer op een ontkenning van een *de minimis* drempel zoals reeds aangegeven in de zaken *Jan van de Haar en Kaveka de Meern* en *Radlberger Getränkegesellschaft*.¹⁸¹ Men kan dit arrest dus ook interpreteren in de zin dat het Hof geen belang hecht aan de grootte of ernst van de economische gevolgen zoals aangegeven door Oostenrijk en dat zelfs wanneer het gaat om ‘een belemmering van geringe omvang en er andere afzetmogelijkheden voor de producten bestaan’ dit toch een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking kan uitmaken.¹⁸²

De tweede en derde categorie, respectievelijk waarschijnlijkheid en causaliteit van het belemmerend effect, zoals door JANSOON en KALIMO aangegeven, zijn onder te brengen in een kwalitatieve drempel. Hoewel JANSOON en KALIMO van mening zijn dat alle drie de categorieën voortbouwen op het idee van een kwantificeerbare schaal¹⁸³, lijkt het moeilijk zo niet onmogelijk om zowel waarschijnlijkheid als een oorzakelijk verband te meten of concreet te determineren. Dit is bovendien heel subjectief en kan desgevallend leiden tot rechtsonzekerheid wanneer verschillende invullingen worden gegeven aan hoe waarschijnlijk iets is of in welke mate er een causaal verband te detecteren is. Derhalve spreekt men beter van een kwalitatieve *de minimis* drempel.¹⁸⁴ Kwalitatief in de zin dat met die drempel de hoedanigheid van de maatregel wordt bepaald: een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking in de zin van artikel 34 VWEU of niet.

In de reeds vermelde zaak *Yves Rocher* stelt het Hof dat “*de voorschriften die louter hypothetische gevolgen voor de intracommunautaire handel hebben*”¹⁸⁵ buiten beschouwing

¹⁷⁹ Arrest *Strafzaak tegen Matteo Peralta*, C-379/92, EU:C:1994:296. (Hierna: Arrest *Peralta*)

¹⁸⁰ Arrest *Peralta*, C-379/92, EU:C:1994:296, punt 24.

¹⁸¹ Arrest *Strafzaken tegen Jan van de Haar en Kaveka de Meern BV*, gevoegde zaken C-177 en 178/82, EU:C:1984:144; Arrest *Radlberger*, C-309/02, EU:C:2004:799.

¹⁸² Arrest *Strafzaken tegen Jan van de Haar en Kaveka de Meern BV*, gevoegde zaken C-177 en 178/82, EU:C:1984:144, punt 13-14; Arrest *Radlberger*, C-309/02, EU:C:2004:799, punt 68.

¹⁸³ M. JANSOON en H. KALIMO, "De minimis meets 'Market Access': Transformation in the Substance—and the Syntax—of EU Free Movement Law?", *CML Rev.* 2014, 544; Zie ook in die zin: S. ENCHELMAIER, "Moped Trailers, Mickelsson & Roos, and Gysbrechts: The ECJ's case law on goods keeps on moving", *YEL* 2010, 215.

¹⁸⁴ Zie ook in die zin I. LIANOS, "In memoriam Keck: The Reformation of the EU Law on the Free Movement of Goods", *E.L. Rev.* 2015, 227 en 232.

¹⁸⁵ Arrest *Yves Rocher*, C-126/91, EU:C:1993:191, punt 21.

mogen gelaten worden voor de toepassing van artikel 34 VWEU. Anders geformuleerd, als het belemmerend effect van een maatregel zo onwaarschijnlijk is omdat het louter hypothetisch is dan is die maatregel geen maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking in de zin van artikel 34 VWEU. Hieruit zou men dus een *de minimis* drempel in de vorm van een waarschijnlijkheidstest kunnen zien. Daarentegen kan men evengoed stellen dat dit voortvloeit uit de *Dassonville* formule “*daadwerkelijk of potentieel*” in die zin dat potentieel en hypothetisch geen synoniemen zijn. Terwijl ‘potentieel’ betekent “de mogelijkheid bezittend zich te ontwikkelen tot het genoemde”¹⁸⁶, staat ‘hypothetisch’ enkel voor “op veronderstelling berustend”¹⁸⁷. Een potentiële belemmering is met andere woorden een belemmering die mogelijk is terwijl een hypothetische belemmering enkel gebaseerd is op een idee waarvan nog bewezen moet worden dat het juist is. Het Hof stelt dan ook in de *Foie Gras* zaak met betrekking tot de *Dassonville* formule dat “*die bepaling [...] dus niet slechts [ziet] op de actuele, maar ook op de potentiële effecten van een regeling. De toepasselijkheid ervan kan niet worden uitgesloten op grond dat zich tot op heden geen concreet geval heeft voorgedaan waarin sprake is van een verband met een andere lidstaat.*”¹⁸⁸

Een andere zaak waarin de waarschijnlijkheid van het belemmerend effect eveneens een rol schijnt te spelen is de reeds genoemde zaak *Bluhme* waar het Hof aansluit bij Advocaat-Generaal Fennelly in de stelling dat het Deense besluit “*een rechtstreekse en onmiddellijke invloed op het handelsverkeer [heeft], en [...] de gevolgen ervan niet te onzeker en te indirect [zijn] om te stellen, dat de daarin opgenomen verplichting niet kan worden geacht de handel tussen lidstaten te belemmeren.*”¹⁸⁹ De gevolgen van de maatregel zijn ‘zeker en direct’ genoeg om een handelsbelemmering uit te maken. Als de waarschijnlijkheidstoets een indicatie geeft over de zekerheid waarmee een bepaald belemmerend effect zich voordoet, dan wijst dit hier op een niveau van waarschijnlijkheid dat onder het niveau van volledige zekerheid ligt¹⁹⁰, in tegenstelling tot de volgende zaak.

¹⁸⁶ Van Dale Woordenboek, <http://www.vandale.nl/opzoeken?pattern=potentieel&lang=nn#.Vyyimg0enf7w>, geraadpleegd op 20 maart 2016.

¹⁸⁷ Van Dale Woordenboek, <http://www.vandale.nl/opzoeken?pattern=hypothetisch&lang=nn#.VyymqUenf7w>, geraadpleegd op 20 maart 2016.

¹⁸⁸ Arrest *Commissie t. Frankrijk (Foie Gras)*, C-184/96, EU:C:1998:495, punt 17.

¹⁸⁹ Arrest *Bluhme*, C-67/97, EU:C:1998:584, punt 22; Conclusie in *Bluhme*, C-67/97, EU:C:1998:294, punt 19.

¹⁹⁰ M. JANSSON en H. KALIMO, “De minimis meets ‘Market Access’: Transformation in the Substance—and the Syntax—of EU Free Movement Law?”, *CML Rev.* 2014, 545.

In de reeds aangehaalde zaak *Commissie t. Italië* stelt de Commissie dat het nut van de aanhangwagens die speciaal ontworpen zijn voor motorfietsen quasi nihil is aangezien de koppeling aan andere gemotoriseerde voertuigen zoals auto's bijvoorbeeld een gebruik is dat “niet passend en hoe dan ook onbeduidend, of zelfs hypothetisch blijft.”¹⁹¹ Het Hof volgt de Commissie in deze redenering en besluit dat het verbod in kwestie een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking in de zin van artikel 34 VWEU uitmaakt, tenzij het objectief kan worden gerechtvaardigd. De waarschijnlijkheidstoets is in deze zaak zo goed als overbodig aangezien het gaat om een gebruiksverbod voor een product, een bijna totale ban waarvan met zekerheid kan worden vastgesteld dat er een aanzienlijke invloed van uitgaat op het consumentengedrag.¹⁹² Het belemmerend effect van de maatregel in kwestie is met andere woorden zo waarschijnlijk dat het eigenlijk aan de zekerheid grenst dat de intracommunautaire handel hierdoor kan geschaad worden.

Dat waarschijnlijkheid een rol speelt in de rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot het vrij verkeer is zeker. In *Dassonville* sprak het Hof inderdaad over een ‘potentiële’ belemmering. In verschillende latere zaken kan men daarvan eveneens indicatoren terugvinden in die zin dat het Hof een afweging maakt of een maatregel een daadwerkelijk of een potentieel belemmerend effect heeft voor de toegang tot de markt.¹⁹³ Wat echter eveneens zeker is, is dat niet duidelijk, noch consequent wordt aangegeven door het Hof wanneer het belemmerend effect waarschijnlijk genoeg of onwaarschijnlijk genoeg is.¹⁹⁴ Hierin schuilt dus opnieuw een gevaar voor de rechtszekerheid. Bovendien stelde het Hof reeds in *Dassonville* dat het niet uitmaakte of de belemmering ‘daadwerkelijk of potentieel’ was, waardoor men een dergelijke toets beter achterwege laat. Dit wordt bovendien expliciet bevestigd in *Foie Gras*.¹⁹⁵

Ook de causaliteit van het belemmerend effect werd reeds in *Dassonville* aangehaald door de formulering “al dan niet rechtstreeks”.¹⁹⁶ Het is kortom “van geen belang of het oorzakelijk verband tussen de maatregel en het belemmerend effect op de intracommunautaire markt

¹⁹¹ Arrest *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:66, punt 55.

¹⁹² Arrest *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:66, punt 56-57-58.

¹⁹³ Zie ook *infra* Hoofdstuk 3.

¹⁹⁴ Zie ook in die zin M. JANSSON en H. KALIMO, "De minimis meets 'Market Access': Transformation in the Substance—and the Syntax—of EU Free Movement Law?", *CML Rev.* 2014, 546.

¹⁹⁵ Arrest *Commissie t. Frankrijk (Foie Gras)*, C-184/96, EU:C:1998:495, punt 17.

¹⁹⁶ Arrest *Dassonville*, 8/74, EU:C:1974:82, punt 5.

*rechtstreeks of onrechtstreeks is.*¹⁹⁷ Het arrest *Peralta*¹⁹⁸ volgt bijna 20 jaar na *Dassonville* toen het Hof begon paal en perk te stellen aan de ruime *Dassonville* formule. Dit arrest stelt dat maatregelen wiens effect op de markttoegang ‘zo onzeker en indirect’ is, niet tot doel hebben de handel tussen lidstaten te belemmeren en derhalve niet onder artikel 34 VWEU vallen.¹⁹⁹ Deze *Peralta* formule werd ter bevestiging toegevoegd aan de toepassing van de *Keck* criteria in enkele daaropvolgende arresten.²⁰⁰

In de zaak *Peralta*, over een onder Italiaanse vlag varende tankschip dat speciaal is uitgerust voor het vervoer van chemicaliën, ligt de vraag voor of een nationale regeling kan verbieden dat schepen varende onder de nationale vlag en uitgerust met de voorgeschreven apparatuur buiten de territoriale wateren schadelijke stoffen lozen, zonder in strijd te zijn met artikel 34 VWEU. Een gevolg van een dergelijk verbod is dat die schepen dan verplicht zijn om bijzondere technieken en een alternatief lozingsstelsel te gebruiken dat “*ondoeltreffend, duur en hoe dan ook in strijd is met de internationale verplichtingen van deze staat.*”²⁰¹ Kapitein *Peralta*, beschuldigd van het lozen van chemicaliën in de zee in strijd met die Italiaanse wetgeving, stelt dat deze een inbreuk vormt op de verdragsregels inzake vrij verkeer aangezien het de import van chemicaliën in Italië belemmert. Het Hof stelt echter dat de wettelijke regeling “*geen onderscheid maakt naar de herkomst van de vervoerde stoffen, dat zij niet tot doel heeft het handelsverkeer met de andere lidstaten te regelen, en dat de beperkingen die zij voor het vrije verkeer van goederen teweeg zou kunnen brengen zo onzeker en indirect zijn, dat men van het verbod niet kan zeggen dat zij de handel tussen de lidstaten belemmert.*”²⁰² Dit punt wordt eveneens woordelijk herhaald in de zaak *DIP*²⁰³.

Echter opnieuw leidt dit tot dezelfde conclusie. Deze zaak houdt noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks, en noch daadwerkelijk, noch potentieel een belemmering voor het handelsverkeer in. Bijgevolg valt zij buiten de *Dassonville* formule en dus buiten het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU. Hieruit een principe afleiden dat maatregelen

¹⁹⁷ M. JANSSON en H. KALIMO, "De minimis meets 'Market Access': Transformation in the Substance—and the Syntax—of EU Free Movement Law?", *CML Rev.* 2014, 542.

¹⁹⁸ Arrest *Strafzaak tegen Matteo Peralta*, C-379/92, EU:C:1994:296. (Hierna: Arrest *Peralta*)

¹⁹⁹ Arrest *Peralta*, C-379/92, EU:C:1994:296, punten 23-24.

²⁰⁰ P. PECHO, "Good-Bye Keck?: A comment on the remarkable judgement in Commission v. Italy C-110/05.", *LIEI* 2009, 258; Arrest *Bluhme*, C-67/97, EU:C:1998:584, punt 22; Arrest *Corsica Ferries France t. Gruppo Antichi Ormeggiatori del Porto di Genova Coop. arl, Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl, Ministero dei Trasporti e della Navigazione*, C-266/96, EU:C:1998:306, punt 31.

²⁰¹ Arrest *Peralta*, C-379/92, EU:C:1994:296, punt 7.

²⁰² Arrest *Peralta*, C-379/92, EU:C:1994:296, punt 24.

²⁰³ Arrest *DIP SpA tegen Comune di Bassano del Grappa, LIDL Italia Srl tegen Comune di Chioggia en Lingral Srl tegen Comune di Chioggia*, gevoegde zaken C-140/94, C-141/94 en C-142/94, EU:C:1995:330. (Hierna: Arrest *DIP*)

waarvan het belemmerend effect te onzeker en te indirect is, of men het nu een waarschijnlijkheidstoets, een causaliteitstoets of het *Peralta* principe noemt, is compleet overbodig. Dit is namelijk niet meer dan een concrete toepassing van de *Dassonville* formule.²⁰⁴ Bovendien zijn dergelijke criteria moeilijk te concretiseren wat de rechtszekerheid zeker niet ten goede komt.²⁰⁵

In de zaak *Commissie t. Italië*, een zaak van 2009, stelt het Koninkrijk der Nederlanden dat er in eerste instantie moet gekeken worden naar de gevolgen van nationale maatregelen op het vrij verkeer van goederen. Wanneer dergelijke gevolgen te indirect en te onzeker zijn, bestaat er geen causaal verband tussen de maatregelen en de uitwerking ervan op het intracommunautaire handelsverkeer.²⁰⁶ Een dergelijke aanpak is echter te subjectief en te weinig concreet om een goede oplossing uit te maken. Dat er dan een causaal verband zou bestaan tussen rechtspraak in die zin enerzijds en verwarring en problemen anderzijds is zeker. Het Hof stelt dat elke maatregel die de handel belemmert een maatregel van gelijke werking uitmaakt zonder daarbij nadrukkelijk te toetsen of er een causaal verband bestaat tussen de gevolgen van een maatregel en het belemmerend effect ervan op de markt. *In casu* is er wel een belemmering voor het handelsverkeer, maar die kan gerechtvaardigd worden door de dwingende eis van bescherming van de verkeersveiligheid.²⁰⁷ Het Hof past dus het reeds gekende principe van dwingende vereisten toe en niet een *de minimis* regel om tegemoet te komen aan de ruime invulling van artikel 34 VWEU.

Conclusie de minimis

Het Hof heeft steeds gesteld dat er geen *de minimis* drempel is met betrekking tot de toepassing van artikel 34 VWEU.²⁰⁸ Zelfs een kleine belemmering van de markttoegang volstaat om een schending van de verdragsbepaling inzake vrij verkeer van goederen te hebben. Het is met andere woorden verloren moeite om te kijken hoe groot of hoe klein een belemmering – veroorzaakt door een nationale maatregel – op de toegang tot de markt is. Bovendien is het merkwaardig dat bepaalde auteurs menen dat de grootte of ernst van een

²⁰⁴ A.G. TOTH, *The Oxford Encyclopaedia of European Community Law – Volume II The Law of the Internal Market*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2005, 562-563.

²⁰⁵ Zie ook in die zin A.G. Kokott in haar Conclusie in *Mickelsson*, C-142/05, EU:C:2006:782, punt 46; S. ENCHELMAIER, “Alpine transport restrictions reconsidered: *Commission v. Austria*. Case C-28/09, *Commission v. Republic of Austria* (“Inntalautobahn No. 2”), Judgment of the Court (Grand Chamber) of 21 December 2011, nyr”, *CML Rev.* 2013, 193.

²⁰⁶ Arrest *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:66, punt 30.

²⁰⁷ Arrest *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:66, punt 69.

²⁰⁸ Arrest *Strafzaken tegen Jan van de Haar en Kaveka de Meern BV*, gevoegde zaken C-177 en 178/82, EU:C:1984:144, punt 13-14; Arrest *Radlberger*, C-309/02, EU:C:2004:799, punt 68.

belemmering concreet te meten is. JANSOON en KALIMO stellen dat de grootte van een belemmering op drie manieren kan gemeten worden: ten eerste de omvang van de betrokken markt, ten tweede de omvang van het betrokken deeltje van de relevante markt en ten derde de omvang van het belemmerend effect op een individuele handelaar.²⁰⁹ Een dergelijke interpretatie is mooi in theorie, maar kan in de praktijk enkel leiden tot meer onduidelijkheid en onzekerheid. Het Hof geeft niet aan welke van de drie manieren zij gebruikt omdat zij van mening is simpelweg geen *de minimis* te hanteren. In *Bluhme* heeft het Hof duidelijk gesteld dat zelfs een belemmering die slechts betrekking heeft op een beperkt deeltje van de interne markt een maatregel van gelijke werking kan uitmaken en dus op het eerste zicht verboden is.²¹⁰ Het is waar dat het Hof soms geprobeerd heeft om nationale maatregelen waarvan de gevolgen voor de handel te onzeker en te indirect zijn, buiten het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU te laten vallen, dit om tegemoet te komen aan een te brede invulling van artikel 34 VWEU door middel van de *Dassonville* formule.²¹¹ Het Hof stelt dan eigenlijk dat de maatregel in kwestie niet eens een potentiële of indirecte belemmering voor de handel inhoudt.²¹² De aanzienlijke invloed op het consumentengedrag en de aanzienlijke kosten die een bepaalde maatregel teweeg brengen zijn enkel factoren die in zekere, maar ongekennde mate worden meegenomen in de beoordeling door het Hof. Echter, uit deze zaken²¹³ blijkt wel dat niet alleen die criteria spelen, sterker nog, dat ‘te onzeker en te indirect’ niet de gehanteerde criteria zijn voor het Hof, maar eerder de gevolgen van het toepassen van het door hen gehanteerde criterium, namelijk de toegang tot de markt. (Zie hoofdstuk 3)

Een andere methode die het Hof (wel) hanteert is de ‘juridische categorisatie methode’²¹⁴. LIANOS stelt dat het Hof in *Keck en Mithouard* overgaat tot ‘categoriseren’.²¹⁵ Hierdoor komt eveneens een limiet aan de interpretatie van artikel 34 VWEU tot stand, wat aan de lidstaten hun vrijheid om te reguleren enigszins teruggeeft. Categoriseren betekent in

²⁰⁹ M. JANSOON en H. KALIMO, "De minimis meets 'Market Access': Transformation in the Substance—and the Syntax—of EU Free Movement Law?", *CML Rev.* 2014, 531-534.

²¹⁰ Arrest *Bluhme*, C-67/97, EU:C:1998:584, punt 20.

²¹¹ Conclusie in *Mickelsson en Roos*, C-142/05, EU:C:2006:782, punt 46.

²¹² A.G. TOTH, *The Oxford Encyclopaedia of European Community Law – Volume II The Law of the Internal Market*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2005, 562-563.

²¹³ Arrest *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:66; Arrest *Commissie t. Portugal*, C-265/06, EU:C:2008:210; Arrest *Mickelsson en Roos*, C-142/05, EU:C:2009:336; Arrest *Commissie t. Republiek Oostenrijk*, C-28/09, EU:C:2011:854; Arrest *Peralta*, C-379/92, EU:C:1994:296.

²¹⁴ I. LIANOS, "In memoriam Keck: The Reformation of the EU Law on the Free Movement of Goods", *E.L.Rev.* 2015, p.227.

²¹⁵ I. LIANOS, "In memoriam Keck: The Reformation of the EU Law on the Free Movement of Goods", *E.L.Rev.* 2015, p.227.

se dat het Hof gaat classificeren en labelen wat nu precies maatregelen zijn die zonder onderscheid van toepassing zijn in de zin van artikel 34 VWEU. *“Door specifieke categorieën te creëren gebaseerd op feitelijke en substantiële juridische vermoedens probeert het Hof gevallen te limiteren waarin het verplicht is om de afweging te maken tussen het belang van vrije handel en de verschillende andere openbare belangen die lidstaten willen nastreven.”*²¹⁶

Vermoedens kunnen wettelijk of feitelijk zijn en kunnen weerlegbaar of onweerlegbaar zijn. Als men deze methode toepast op de concepten uit het vrij verkeer van goederen, dan verkrijgt men het volgende.²¹⁷

Discriminerende maatregelen vallen zonder meer onder artikel 34 VWEU. Dat is een wettelijk vermoeden. Artikel 34 VWEU bepaalt namelijk letterlijk dat kwantitatieve invoerbepalingen en alle maatregelen van gelijke werking tussen de lidstaten verboden zijn. Artikel 36 VWEU voorziet weliswaar in rechtvaardigingsgronden (zoals daar zijn bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit, en de bescherming van de industriële en commerciële eigendom) onder strikte voorwaarden (noodzakelijk ter verwezenlijking van een of meer van de in artikel 36 VWEU genoemde doelstellingen), maar dit neemt niet weg dat de discriminerende maatregel een maatregel van gelijke werking is. Het is dus zoals LIANOS terecht stelt een onweerlegbaar vermoeden. De rechtvaardigingsgrond is geen weerlegging, doch kan er enkel toe leiden dat de maatregel verschoonbaar wordt geacht.²¹⁸

De productvereiste, welke een maatregel is die zonder onderscheid van toepassing is, kan onder artikel 34 VWEU vallen. Dat is een feitelijk vermoeden. Echter wanneer een lidstaat kan aantonen dat er dwingende eisen van algemeen belang zijn, dan valt de productvereiste toch niet onder artikel 34 VWEU. Het gaat hier dus om een weerlegbaar vermoeden. Met de dwingende eisen kan men weerleggen dat de productvereiste een maatregel van gelijke werking zou zijn. Belangrijk is dan dat de maatregel in overeenstemming is met het proportionaliteitsbeginsel en er geen minder handels-belemmerende maatregel mogelijk is.

²¹⁶ I. LIANOS, “In memoriam Keck: The Reformation of the EU Law on the Free Movement of Goods”, *E.L.Rev.* 2015, p.227.

²¹⁷ Zie ook: I. LIANOS, “In memoriam Keck: The Reformation of the EU Law on the Free Movement of Goods”, *E.L.Rev.* 2015, p.228-229.

²¹⁸ Conclusie in *Torfaen Borough Council t. B & Q plc.*, C-145/88, EU:C:1989:279, punt 14.
Universiteit Gent Faculteit Rechtsgeleerdheid

Dit is het fundamentele verschil met artikel 36 VWEU waar het *ab initio* vaststaat dat het gaat om een maatregel van gelijke werking en dat die enkel gerechtvaardigd wordt door de gronden aangereikt in dat artikel. Voorbeelden van dwingende eisen zijn onder meer de doeltreffendheid van fiscale controles, de bescherming van de volksgezondheid, de eerlijkheid van handelstransacties en de bescherming van consumenten.²¹⁹

De verkoopmodaliteiten, welke eveneens maatregelen zijn die zonder onderscheid van toepassing zijn, moeten niet als een maatregel die de handel tussen de lidstaten al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren in de zin van de *Dassonville*-rechtspraak worden beschouwd en vallen dus niet onder artikel 34 VWEU. Dit is een feitelijk vermoeden, vastgesteld door het Hof in *Keck en Mithouard*.²²⁰ Dit vermoeden kan echter weerlegd worden wanneer de maatregel van dien aard is voor de producten uit andere lidstaten de toegang tot de markt te verhinderen of meer te bemoeilijken dan voor nationale producten het geval is.²²¹ Het gaat hier dus opnieuw om een weerlegbaar vermoeden.

Vervolgens rest de vraag: wat met maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn, maar geen productvereiste of verkoopmodaliteit zijn? Een dergelijk onderscheid tussen productvereisten en verkoopmodaliteiten zoals het in *Keck en Mithouard* wordt voorgesteld lijkt artificieel en het sluit maatregelen van haar werkingssfeer uit die eveneens een belemmerend effect op het vrij verkeer van goederen kunnen hebben.²²²

Advocaat-Generaal Kokott stelt in haar conclusie in de zaak *Mickelsson en Roos* voor om categorieën bij te creëren naar analogie met het arrest *Keck en Mithouard*. Net zoals de verkoopmodaliteiten in principe aan de werkingssfeer van artikel 34 VWEU worden onttrokken indien zij voldoen aan de daar gestelde criteria, stelt zij voor om hetzelfde te doen voor de gebruiksmodaliteiten die *in casu* aan de orde zijn, indien zij van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën en mits zij zowel *de iure* als *de facto* een gelijke invloed hebben op de verhandeling van nationale en buitenlandse producten.²²³

²¹⁹ Arrest *Cassis de Dijon*, 120/78, EU:C:1979:42, punt 8.

²²⁰ Arrest *Keck en Mithouard*, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, EU:C:1993:905, punt 16.

²²¹ Arrest *Keck en Mithouard*, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, EU:C:1993:905, punt 17.

²²² K.J.M. MORTELMANS, "De Keck-check", *NtEr* 2005, 249.

²²³ Conclusie in *Mickelsson en Roos*, C-142/05, EU:C:2006:782, punt 47.

In de zaak *Commissie t. Italië* heeft het Hof de vraag gesteld “in hoeverre en onder welke voorwaarden de nationale bepalingen die niet de kenmerken van een product maar het gebruik daarvan betreffen, en zonder onderscheid voor binnenlandse en ingevoerde producten gelden, moeten worden aangemerkt als maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbepalingen in de zin van artikel 34 VWEU”.²²⁴ Er worden vervolgens door de lidstaten en de Commissie voorstellen gedaan en er zijn voor- en tegenstanders voor het creëren van nieuwe categorieën. De Commissie is van mening dat het noch passend noch noodzakelijk is om een bijkomende categorie in te voeren, terwijl bepaalde lidstaten pleiten voor een uitbreiding van de *Keck en Mithouard* rechtspraak tot de gebruiksmodaliteiten van producten.²²⁵ Het Hof is hier zowel in *Mickelsson en Roos* als in *Commissie t. Italië* terecht niet in meegegaan om verdere verwarring en onduidelijkheid te voorkomen. Een dergelijke aanpak zou de rechtszekerheid niet ten goede komen. Welke weg het Hof dan wel volgt, komt aan bod in afdeling 2 van dit hoofdstuk en hoofdstuk 3.

Conclusie bij de juridische categorisatie methode

Het Hof heeft een hele tijd vastgehouden aan het kunstmatige onderscheid tussen productvereisten en verkoopmodaliteiten in haar rechtspraak, maar deze methode zoals LIANOS ze voorstelt, lijkt het Hof nu toch in te ruilen voor een bredere aanpak, waarover in de volgende afdeling en hoofdstuk 3 meer. Een dergelijke methode biedt in theorie een vrij overzichtelijk kader, maar blijkt in de praktijk moeilijk te hanteren. Het is quasi onmogelijk om alle mogelijke scenario's met betrekking tot nationale regelgeving te voorzien en dus is het soms moeilijk om bepaalde maatregelen in een bepaalde categorie in te delen. Sommigen passen in geen enkele categorie, zoals de gebruiksmodaliteiten, en dan is het met oog op de rechtszekerheid niet passend om ze arbitrair in het ene of het andere hokje te duwen, laat staan, nieuwe categorieën bij te creëren. De vraag wat dan een mogelijke oplossing kan bieden – een ander criterium bijvoorbeeld – en, of het Hof haar rechtspraak in die richting laat evolueren, wordt hierna onderzocht.

²²⁴ Arrest *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:66, punt 15.

²²⁵ Arrest *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:66, punten 16-32.

Afdeling 2: Een evolutie in de begripsinvulling van maatregelen van gelijke werking door het Hof.

Het behoort tot de doelstellingen van de EU om een interne markt tot stand te brengen en in stand te houden, alsook de economische samenhang tussen de lidstaten te bevorderen.²²⁶ Om een dergelijke doelstelling niet alleen in theorie maar ook in de praktijk te realiseren is het nodig om de formalistische interpretatie van *Keck en Mithouard* overboord te gooien en er een functionele invulling aan te geven. Alleen op die manier kunnen de maatregelen die effectief het handelsverkeer belemmeren onder het verbod gebracht worden, zonder dat er handelsbelemmeringen ontsnappen aan de toepassing van artikel 34 VWEU of maatregelen die de handel niet belemmeren gevat worden door die bepaling en gerechtvaardigd moeten worden. Deze afdeling onderzoekt of er een evolutie is in de begripsinvulling van ‘maatregelen van gelijke werking’ en zo ja, hoe het Hof tot die evolutie is gekomen aan de hand van arresten en conclusies en, of het criterium van markttoegang daarbij een rol speelt. Op die manier kan duidelijk worden welke de draagwijdte is die het Hof aan dat begrip wil toekennen.

Om te beginnen moet worden opgemerkt dat in punt 5 van het arrest *Dassonville* het Hof reeds sprak over ‘het belemmeren van de intracommunautaire handel’. In punt 17 van het arrest *Keck en Mithouard* kwam het concept van toegang tot de markt aan bod: “(...) dat voor die producten **de toegang tot de markt wordt verhinderd of meer wordt bemoeilijkt dan voor nationale producten het geval is.**”²²⁷ De vraag is hoe dat in combinatie met de voorwaarden uit punt 16 kan leiden tot een functionele toets voor een belemmering van het vrij verkeer.

In afdeling 2 van hoofdstuk 1 is al gesteld dat het Hof de formalistische toepassing van de *Keck*-criteria niet wou loslaten en na het befaamde arrest de punten 16 en 17 woordelijk bleef herhalen in de daaropvolgende arresten zonder meer. In de zaak *De Agostini* in 1997 lijkt het Hof toch te zoeken naar een functionele invulling en het antwoord lag al die tijd voor het grijpen in het zo vaak geciteerde punt 17, de toegang tot de markt als criterium om te toetsen of er een belemmering is, zij het een verhindering of een vermindering van de markttoegang. Ook werd dit verscheidene keren aangereikt door advocaten-generaals in hun conclusies in zaken volgend op *Keck & Mithouard*. Hieronder komen de voornaamste aan bod.

²²⁶ Artikel 3.3 VEU.

²²⁷ Arrest *Keck en Mithouard*, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, EU:C:1993:905, punt 17. (Vet toegevoegd)

Vooreerst kan men vaststellen of het gaat om een maatregel die handel verhindert, dan wel vermindert. Advocaat-Generaal Van Gerven maakt in zijn conclusie in *Torfaen Borough Council* (1989) een onderscheid tussen een maatregel die op zichzelf een nationale deelmarkt afschermt en een maatregel die alleen de drempel van de nationale markt verhoogt.²²⁸ Die eerste categorie van maatregelen valt logischerwijze onmiddellijk onder de toepassing van artikel 34 VWEU, tenzij een objectieve rechtvaardiging mogelijk is op grond van artikel 36 VWEU of dwingende eisen. Er kan in dit geval gedacht worden aan een maatregel die een absoluut importverbod instelt. De Commissie meent correct dat dit eerder een kwantitatieve beperking is in plaats van een maatregel van gelijke werking.²²⁹ Advocaat-Generaal Van Gerven stelt hier een toets voor die nagaat of de nationale markt wordt afgeschermd voor producten uit andere lidstaten om te bepalen of een maatregel al dan niet binnen de werkingssfeer van artikel 34 VWEU valt. Op de tweede categorie is artikel 34 VWEU slechts van toepassing “wanneer uit de gehele juridische en economische context blijkt” dat de toegang tot de markt “op een onaanvaardbare wijze [wordt] bemoeilijkt, minder rendabel of minder aantrekkelijk wordt gemaakt” voor producten uit andere lidstaten.²³⁰ Dit is met andere woorden het geval wanneer de maatregel een drempelverhogend effect heeft op de nationale markt. De grondslag van *Cassis de Dijon* is namelijk dat verschillen in nationale maatregelen, ook al zijn zij op zowel nationale als geïmporteerde goederen van toepassing, nog steeds een belemmering van de intracommunautaire handel kunnen uitmaken omdat zij bijkomende kosten en inspanningen met zich kunnen brengen opdat het product zou voldoen aan die verschillende regels.²³¹ Van productvereisten kan men zeggen dat er altijd een belemmering voor het vrije handelsverkeer van uit gaat omdat zij ertoe leiden dat goederen die rechtmatig vervaardigd zijn of in het vrij verkeer gebracht zijn in een andere lidstaat moeten aangepast worden aan de nationale regels van de importerende lidstaat.²³² Hierdoor vallen zij dus onder artikel 34 VWEU, tenzij zij verschoonbaar zijn op grond van artikel 36 VWEU of dwingende eisen. Een dergelijk aanpak zoals Advocaat-Generaal Van Gerven voorstelt, waarbij een juridische en economische analyse moet gemaakt worden zou “de rechter niet kunnen voorzien hebben van een duidelijke en beslissende richtlijn waarop hij zijn uitspraken zou kunnen baseren, aangezien dit van hem zou verwachten om de hele juridische en economische

²²⁸ Conclusie in *Torfaen Borough Council t. B & Q plc.*, C-145/88, EU:C:1989:279, punt 23, derde en vierde alinea.

²²⁹ Conclusie in *Torfaen Borough Council t. B & Q plc.*, C-145/88, EU:C:1989:279, punt 13.

²³⁰ Conclusie in *Torfaen Borough Council t. B & Q plc.*, C-145/88, EU:C:1989:279, punt 17, eerste alinea.

²³¹ Conclusie in *Torfaen Borough Council t. B & Q plc.*, C-145/88, EU:C:1989:279, punt 15, tweede alinea.

²³² Arrest *Cassis de Dijon*, 120/78, EU:C:1979:42, punt 15.

context in beschouwing te nemen.”²³³ Dit zou onvermijdelijk tot meer rechtsonzekerheid leiden.²³⁴ Het Hof is de Advocaat-Generaal hierin dan ook niet gevolgd in *Torfaen*.²³⁵

Advocaat-Generaal Jacobs stelt in zijn conclusie in de zaak *Leclerc-Siplec* (1995) dat niet non-discriminatie, maar toegang tot de markt het criterium moet zijn. Het doet er volgens hem niet toe of een lidstaat dezelfde beperkingen stelt aan de verhandeling van nationale producten omdat dit de nadelige gevolgen voor de interne markt niet wegneemt. Op die manier moeten handelaren hun producten nog steeds aanpassen aan de verschillende nationale beperkingen inzake verkoopmodaliteiten wat volgens de Advocaat-Generaal kan leiden tot een versnippering van de interne markt.²³⁶ Een geschikt criterium is volgens hem “*dat elke onderneming die in een lidstaat een rechtmatige economische bedrijvigheid uitoefent, onbelemmerd toegang moet krijgen tot de gehele gemeenschapsmarkt, tenzij er een geldige reden bestaat om haar volledige toegang tot een deel van de markt te ontfangen.*”²³⁷ Als dat het criterium is dan moet volgens hem getoetst worden of die toegang al dan niet in wezenlijke mate wordt beperkt. Dat zou het beslissende criterium moeten zijn. Als de toegang niet in wezenlijke mate wordt beperkt, dan is het effect op het vrij verkeer van goederen verwaarloosbaar en valt de maatregel buiten het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU.²³⁸ Wat is ‘in wezenlijke mate’? Dit komt er volgens Advocaat-Generaal Jacobs op neer dat een *de minimis*-regel wordt ingevoerd in het kader van artikel 34 VWEU.²³⁹ Het Hof heeft echter altijd gesteld dat er geen *de minimis*-regel is voor de toepassing van artikel 34 VWEU.²⁴⁰ Het maakt met andere woorden niet uit dat de belemmering van de toegang tot de markt beperkt is, het kleinste effect volstaat opdat artikel 34 VWEU van toepassing zou zijn. Dit moet echter volgens sommigen niet te strikt geïnterpreteerd worden want het is zo dat in de doctrine²⁴¹ toch een *de minimis*-regel naar voor geschoven wordt. Wanneer het effect van maatregelen op de toegang tot de markt zo onzeker en indirect is dat men niet kan zeggen dat zij de handel

²³³ K. J. M. MORTELMANS, “Towards convergence in the application of the rules on free movement and on competition?”, *CML Rev.* 2001, 626.

²³⁴ P. OLIVER, “Of Trailers and Jet Skis: Is the Case Law on Article 34 TFEU Hurling in a New Direction?”, *Fordham Int'l. L. J.* 2011, 1436.

²³⁵ Arrest *Torfaen Borough Council t. B & Q plc.*, C-145/88, EU:C:1993:932, punt 11 en 17.

²³⁶ Conclusie in *Leclerc-Siplec t. TFI Publicité SA*, C-412/93, EU:C:1994:393, punt 40.

²³⁷ Conclusie in *Leclerc-Siplec t. TFI Publicité SA*, C-412/93, EU:C:1994:393, punt 41. (Vet toegevoegd)

²³⁸ G. STRAETMANS, “Case C-405/98, *Konsumentombudsmannen (KO) v. Gourmet International Products AB (GIP)*, Judgement of the Court (Sixth Chamber) of 8 March 2001”, *CML Rev.* 2002, 1412-1413.

²³⁹ Conclusie in *Leclerc-Siplec t. TFI Publicité SA*, C-412/93, EU:C:1994:393, punt 42.

²⁴⁰ Arrest *Strafzaken tegen Jan van de Haar en Kaveka de Meern BV*, gevoegde zaken C-177 en 178/82, EU:C:1984:144, punt 13; Arrest *Radlberger*, C-309/02, EU:C:2004:799, punt 68.

²⁴¹ M. S. JANSSON & H. KALIMO, “*De minimis* meets “market access”: transformations in the substance – and the syntax – of EU free movement law?”, *CML Rev.* 2014, 530; D. CHALMERS, G. DAVIES & G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, University Press, 2014, 765-766.

tussen de lidstaten belemmert, zal dit niet onder artikel 34 VWEU vallen.²⁴² Echter, het concept van *de minimis* werd reeds behandeld in afdeling 1 van dit hoofdstuk waar gesteld werd dat dusdanig concept de rechtszekerheid niet ten goede komt. Ook Advocaat-Generaal Jacobs lijkt dit toe te geven en stelt dat voorzichtigheid geboden is bij de toepassing ervan, alsook een nauwkeurige omschrijving noodzakelijk is van de omstandigheden waaronder een dergelijke regel van toepassing is.²⁴³ Hij concludeert echter toch dat artikel 34 VWEU moet worden geacht van toepassing te zijn “*op niet-discriminerende maatregelen die de toegang tot de markt aanzienlijk belemmeren.*”²⁴⁴ Een besluit dat een versmelting van twee concepten inhoudt, enerzijds het criterium van markttoegang en anderzijds de *de minimis* regel. In hoofdstuk 3 wordt verder ingegaan op het criterium van markttoegang als autonoom en doorslaggevend criterium. Het Hof volgt Advocaat-Generaal Jacobs niet en past een formalistische invulling van de *Keck*-criteria toe. Reclame vormt een verkoopmodaliteit en voldoet volgens het Hof aan de *Keck*-criteria waardoor de maatregel buiten het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU valt.²⁴⁵ Het Hof gaat hiermee voorbij aan de realiteit dat reclame een doeltreffende vorm van verkoopbevordering is die voor producten afkomstig uit andere lidstaten doorslaggevend kan zijn om door te dringen op de markt van een andere lidstaat.

In zijn conclusie in de zaak *Commissie t. Helleense Republiek* (1995) stelt Advocaat-Generaal Lenz dat het beslissend is voor de kwalificatie als maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking in de zin van artikel 34 VWEU of voor geïmporteerde goederen de toegang tot de markt wordt belemmerd.²⁴⁶ Hij pleit voor een criterium van markttoegang om grenzen te stellen aan het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU. Het Hof gaat hier niet in mee zoals reeds gesteld in afdeling 2 van hoofdstuk 1, en geeft een formalistische invulling aan de *Keck*-criteria waardoor de maatregel *in casu* buiten de werkingssfeer van artikel 34 VWEU valt.²⁴⁷

²⁴² Arrest *Strafzaak tegen Matteo Peralta*, C-379/92, EU:C:1994:296, punt 23-24.

²⁴³ Conclusie in *Leclerc-Siplec t. TF1 Publicité SA*, C-412/93, EU:C:1994:393, punt 42 in fine.

²⁴⁴ Conclusie in *Leclerc-Siplec t. TF1 Publicité SA*, C-412/93, EU:C:1994:393, punt 49.

²⁴⁵ Arrest *Leclerc-Siplec*, C-412/93, EU:C:1995:26, punten 23-24.

²⁴⁶ Conclusie in *Commissie t. Helleense Republiek*, C-391/92, EU:C:1995:94, punt 18.

²⁴⁷ Arrest *Commissie t. Helleense Republiek*, C-391/92, EU:C:1995:199, punt 21.

In tegenstelling tot in de daarnet genoemde zaak *Leclerc-Siplec*, erkent het Hof in *De Agostini* (1997) wel dat een absoluut verbod op reclame een grotere impact kan hebben op producten afkomstig uit andere lidstaten.²⁴⁸ Hierdoor zet het Hof zijn eerste stapjes richting een functionele invulling van de *Keck*-criteria. Hoewel het nog steeds de verwijzende rechter is die de beoordeling over de doeltreffendheid van de verschillende wijzen van verkoopbevordering moet maken, stelt het Hof dat het feit dat televisiereclame voor *De Agostini* het enige doeltreffende middel van verkoopbevordering vormt om op de Zweedse markt door te dringen en zij niet over andere reclamemiddelen beschikte om hetzelfde doelpubliek te bereiken, een factor is die hij daarbij mee in overweging dient te nemen.²⁴⁹ Het Hof volgt daarin Advocaat-Generaal Jacobs die daaraan toevoegt dat, hoe de discriminatietoets in *Keck* ook wordt uitgelegd, men moeilijk anders kan concluderen, dan dat “een dergelijk verbod in de praktijk nagenoeg zeker merkbare gevolgen zal hebben voor de invoer”.²⁵⁰ Het Hof hervalt echter al snel in *Keck*-aanse stijl door te stellen dat het verbod *in casu* niet onder artikel 34 VWEU valt, “tenzij wordt aangetoond, dat dit verbod zowel rechtens als feitelijk niet dezelfde invloed heeft op de verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere Lid-Statens.”²⁵¹ De aanzet is gegeven, maar het blijft voorlopig nog enkel bij een aanzet. Het Hof erkent dat reclame aanzienlijkere gevolgen kan hebben voor producten afkomstig uit andere lidstaten en geeft de tweede voorwaarde van de *Keck*-criteria een interpretatie in de zin dat zowel nationale als uit andere lidstaten afkomstige producten op gelijke voorwaarden toegang tot de markt moeten hebben.²⁵²

Advocaat-Generaal Fennelly schrijft in zijn conclusie in de zaak *Bluhme* (1998) dat het doorslaggevende criterium uit *Keck* de toegang tot de markt is.²⁵³ Hij stelt bovendien dat het verbod op verkoop van een bepaalde bijensoort zowel een verkoopmodaliteit als een productvereiste kan uitmaken. Het kan dus een regel zijn die een bepaalde verkoopmodaliteit beperkt of verbiedt ofwel een regel die bepaalt dat alleen producten, *in casu* bijen, met een bepaalde vleugelbreedte, kleur en herkomst toegelaten zijn tot de handel.²⁵⁴ Het Hof volgt deze redenering niet en stelt dat het niet kan gaan om een verkoopmodaliteit in de zin van het arrest *Keck en Mithouard* aangezien de maatregel betrekking heeft op intrinsieke kenmerken

²⁴⁸ Arrest *De Agostini*, C-34/95, EU:C:1997:344, punt 42.

²⁴⁹ Arrest *De Agostini*, C-34/95, EU:C:1997:344, punt 43.

²⁵⁰ Conclusie in *De Agostini*, C-34/95, EU:C:1997:333, punten 97-99.

²⁵¹ Arrest *De Agostini*, C-34/95, EU:C:1997:344, punt 44.

²⁵² Zie ook in die zin: E.R. VOLLEBREGT, “Het accent verschuift naar markttoegang”, *NtEr* 2001, 146.

²⁵³ Conclusie in *Bluhme*, C-67/97, EU:C:1998:294, punt 20 in fine.

²⁵⁴ Conclusie in *Bluhme*, C-67/97, EU:C:1998:294, punt 20.

van de bij.²⁵⁵ Vervolgens gaat het Hof wel akkoord met Advocaat-Generaal Fennelly voor wat betreft het feit dat het besluit een rechtstreekse en onmiddellijke invloed heeft op het handelsverkeer.²⁵⁶ Het Hof vervolgt zijn zin helaas op ongelukkige wijze: “*en zijn de gevolgen ervan niet te onzeker en te indirect om te stellen, dat de daarin opgenomen verplichting niet kan worden geacht de handel tussen lidstaten te belemmeren.*” Een dergelijke formulering voedt de idee van het bestaan van een *de minimis* regel zoals in afdeling 1 van dit hoofdstuk reeds werd aangegeven. Wat het Hof hiermee eigenlijk zegt is dat de gevolgen van de maatregel direct en potentieel zijn, wat de handel tussen lidstaten kan belemmeren. Dit is een eenvoudige toepassing van de *Dassonville* formule. Dit wordt bovendien bevestigd in *Gourmet International* door Advocaat-Generaal Jacobs in punt 31 waar hij stelt dat de daadwerkelijke of potentiële invloed op de markt feitelijk cruciaal is voor de toepassing van artikel 34 VWEU.²⁵⁷

Zoals reeds besproken in Hoofdstuk 1, afdeling 2 stelt het Hof in de zaak *Gourmet International* (2001) vast dat er een ongelijk effect is op de importeurs in vergelijking met de nationale producenten. Advocaat-Generaal Jacobs stelt in deze zaak dat “*regels die producenten verhinderen om rechtstreeks aan het publiek gerichte reclame te voeren, dat zij in onevenredige mate geïmporteerde producten zullen raken – en in ieder geval “voor die producten de toegang tot de markt [verhinderen] of meer [bemoeilijken] dan voor nationale producten het geval is”.*”²⁵⁸ Hij maakt een vergelijking en stelt een ongelijkheid vast, namelijk dat de geïmporteerde producten ‘in onevenredige mate’ zullen geraakt worden. Daarna verwijst hij naar punt 17 van het arrest *Keck en Mithouard*. Het Hof gaat in het arrest eveneens onmiddellijk over naar punt 17 van *Keck* door het markttoegang criterium te hanteren: “[...] *nationale bepalingen die bepaalde verkoopmodaliteiten aan banden leggen of verbieden, [vallen] buiten de werkingssfeer van artikel [34] van het Verdrag [...], indien zij de toegang tot de markt voor producten uit een andere lidstaat niet verhinderen of meer bemoeilijken dan voor nationale producten het geval is.*”²⁵⁹ Reeds in *De Agostini* (1997) had het Hof gezegd dat een absoluut verbod van een bepaalde vorm van reclame voor een product aanzienlijkere gevolgen kan hebben op geïmporteerde producten.²⁶⁰ Ook hier in *Gourmet International* herhaalt zij dat de regelgeving *in casu* grotere gevolgen heeft en de toegang tot

²⁵⁵ Arrest *Bluhme*, C-67/97, EU:C:1998:584, punt 21.

²⁵⁶ Arrest *Bluhme*, C-67/97, EU:C:1998:584, punt 22; Conclusie in *Bluhme*, C-67/97, EU:C:1998:294, punt 19.

²⁵⁷ Conclusie in *Gourmet International*, C-405/98, EU:C:2000:690, punt 31.

²⁵⁸ Conclusie in *Gourmet International*, C-405/98, EU:C:2000:690, punt 34.

²⁵⁹ Arrest *De Agostini*, gevoegde zaken C-34/95, C-35/95 en C-36/95, EU:C:1997:344, punt 18.

²⁶⁰ Arrest *De Agostini*, gevoegde zaken C-34/95, C-35/95 en C-36/95, EU:C:1997:344, punt 42.

de markt meer belemmert voor geïmporteerde producten dan voor nationale producten het geval is omdat de consumenten daar reeds vertrouwd mee zijn.²⁶¹ Hier maakt het Hof gebruik van de aanzet in *De Agostini* door de formalistische invulling van *Keck* achterwege te laten en een meer economische weg te volgen. Het Hof geeft aan in punt 21 wat het gevolg is van een dergelijke maatregel voor de toegang tot de markt voor die geïmporteerde producten. Zoals reeds gesteld wordt hierdoor duidelijk dat verkoopmodaliteiten niet noodzakelijk altijd ontsnappen aan de toepassing van artikel 34 VWEU.²⁶² In tegenstelling tot in *De Agostini*, maakt het Hof zelf die beoordeling en volgt daarmee Advocaat-Generaal Jacobs in zijn conclusie in *Leclerc-Siplec*. Om te bepalen of er discriminatie in feite is tussen de nationale producten en de producten uit andere lidstaten hanteert het Hof het criterium van markttoegang dat reeds geschreven stond in punt 17 van het arrest *Keck en Mithouard* en nu in *Gourmet* in praktijk is omgezet. Het feit dat het Hof deze aanpak gebruikt om te beoordelen of er feitelijke discriminatie is, toont echter dat het nog vasthoudt aan *Keck* en het non-discriminatiebeginsel. Dit is iets wat niet strookt met de visie van Advocaat-Generaal Jacobs in *Leclerc-Siplec* die pleit voor een onbelemmerde toegang tot de markt, wat de fundamentele doelstelling is van de verdragsbepalingen inzake vrij verkeer van goederen.²⁶³ Echter, *Gourmet* maakt duidelijk dat het idee dat productvereisten eerder van dien aard zijn om de toegang tot de markt te belemmeren dan verkoopmodaliteiten niet langer te verdedigen is. Een kwalificatie als verkoopmodaliteit betekent niet automatisch dat de maatregel geen impact op de toegang tot de markt heeft.²⁶⁴ In de doctrine worden verschillende interpretaties van het arrest *Gourmet* aangereikt: een ommekeer van het arrest *Keck en Mithouard*, een verfijning van *Dassonville*, een beperking van *Keck*, een verduidelijking van *Keck*...²⁶⁵ Voorlopig kan men stellen dat het onderscheid tussen productvereisten en verkoopmodaliteiten behouden blijft. Wat *Gourmet* toevoegt, is dat het markttoegangscriterium wordt gebruikt om vast te stellen of de nationale regels die

²⁶¹ Arrest *Gourmet International*, C-405/98, EU:C:2001:135, punt 19 en 21.

²⁶² Zie ook in die zin: G. STRAETMANS, "Case C-405/98, *Konsumentombudsmannen (KO) v. Gourmet International Products AB (GIP)*, Judgement of the Court (Sixth Chamber) of 8 March 2001", *CML Rev.* 2002, 1408.

²⁶³ Conclusie in *Leclerc-Siplec t. TFI Publicité SA*, C-412/93, EU:C:1994:393, punt 39, *medio*; A. KACZOROWSKA, "Gourmet can have its *Keck* and eat it!", *ELJ* 2004, 487.

²⁶⁴ G. STRAETMANS, "Case C-405/98, *Konsumentombudsmannen (KO) v. Gourmet International Products AB (GIP)*, Judgement of the Court (Sixth Chamber) of 8 March 2001", *CML Rev.* 2002, 1415.

²⁶⁵ A. KACZOROWSKA, "Gourmet can have its *Keck* and eat it!", *ELJ* 2004, 493; G. STRAETMANS, "Case C-405/98, *Konsumentombudsmannen (KO) v. Gourmet International Products AB (GIP)*, Judgement of the Court (Sixth Chamber) of 8 March 2001", *CML Rev.* 2002, 1414; E.R. VOLLEBREGT, "Het accent verschuift naar markttoegang", *NtEr* 2001, 146.

verkoopmodaliteiten inhouden en derhalve buiten het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU zouden kunnen vallen, geïmporteerde goederen feitelijk discrimineren.²⁶⁶

De Agostini en *Gourmet International* gingen over reclame en hoe een verbod daarop de toegang tot de markt kan belemmeren. In de volgende zaken gaat het opnieuw over producten die al dan niet helemaal verboden worden.

In *Alfa Vita*²⁶⁷ (2006) wordt de verkoop niet verboden, maar enkel verminderd. Zoals reeds gesteld in afdeling 2 van hoofdstuk 1 gaat het om ‘bake-off’ producten. Het Hof volgt de conclusie van Advocaat-Generaal Maduro en besluit dat de maatregel geen verkoopmodaliteit in de zin van *Keck en Mithouard* behelst omdat zij tot doel heeft de voorwaarden waaronder de producten worden vervaardigd te regelen.²⁶⁸ Het feit dat de Griekse regelgeving geen rekening houdt met de specifieke kenmerken van deze producten en extra kosten veroorzaakt, maakt het moeilijker om de producten in de handel te brengen.²⁶⁹ De verkoop van deze producten wordt niet verboden, enkel afgeremd. Het is duidelijk dat het moeilijk en kostelijk wordt voor de handelaars om dergelijke producten te verkopen. Bijgevolg besluit het Hof dat de maatregel een invoerbelemmering in de zin van artikel 34 VWEU vormt. Zoals ook reeds gesteld in afdeling 2 van hoofdstuk 1 kan men hieruit afleiden dat een potentieel verkoopverminderend effect genoeg is om een maatregel van gelijke werking uit te maken. Advocaat-Generaal Maduro stelt in zijn conclusie dat “*het Hof niet tot taak heeft de tendensen van het economische beleid van de lidstaten systematisch in twijfel te trekken*”, maar eerder moet nagaan “*of de lidstaten maatregelen nemen die in werkelijkheid tot gevolg hebben dat grensoverschrijdende situaties minder gunstig worden behandeld dan zuiver nationale situaties*”.²⁷⁰ Hij hanteert het criterium van markttoegang om discriminaties bij het uitoefenen van het vrij verkeer tegen te gaan. Dit doet zich volgens hem voor in twee situaties, enerzijds wanneer een maatregel de positie van bepaalde marktdeelnemers op een nationale markt beschermt, anderzijds wanneer een maatregel het intracommunautaire handelsverkeer moeilijker maakt dan het binnenlandse handelsverkeer op de nationale markt.²⁷¹ Dit is helemaal in lijn met de *Keck*-criteria, maar focust helaas te zeer op het non-discriminatie

²⁶⁶ A. KACZOROWSKA, “Gourmet can have its *Keck* and eat it!”, *ELJ* 2004, 493; E.R. VOLLEBREGT, “Het accent verschuift naar markttoegang”, *NtEr* 2001, 146.

²⁶⁷ Arrest *Alfa Vita*, gevoegde zaken C-158/04 en C-159/04, EU:C:2006:562.

²⁶⁸ Arrest *Alfa Vita*, gevoegde zaken C-158/04 en C-159/04, EU:C:2006:562, punt 18.

²⁶⁹ Arrest *Alfa Vita*, gevoegde zaken C-158/04 en C-159/04, EU:C:2006:562, punt 19.

²⁷⁰ Conclusie in *Alfa Vita*, gevoegde zaken C-158/04 en C-159/04, EU:C:2006:212, punt 41.

²⁷¹ Conclusie in *Alfa Vita*, gevoegde zaken C-158/04 en C-159/04, EU:C:2006:212, punt 45.

element waardoor hij de categorie van maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn en op geen enkele wijze discrimineren maar toch een impact hebben op de toegang tot de markt van een andere lidstaat compleet negeert.²⁷² Een voorbeeld hiervan zijn totale verboden.

In *Commissie t. Italië* (2009) geldt een totale ban van aanhangwagens voor motorfietsen als gevolg van een totaal verkoopverbod van dergelijke goederen. Dit arrest kwam reeds aan bod in afdeling 2 van hoofdstuk 1 met betrekking tot de begripsinvulling van maatregelen van gelijke werking. Het is echter ook een mijlpaalarrest voor het criterium van markttoegang. Advocaat-Generaal Bot steekt zijn kritiek op het arrest *Keck en Mithouard* niet onder stoelen of banken in zijn conclusie. Ten eerste vindt hij, net zoals Advocaat-Generaal Jacobs reeds in *Leclerc-Siplec* stelde, dat het ongepast is om een onderscheid te maken tussen verschillende categorieën maatregelen.²⁷³ Een dergelijk onderscheid tussen ‘productvereisten’ en ‘verkoopmodaliteiten’ is volgens hem kunstmatig en draagt niet bij tot een duidelijke afbakening van de categorieën maatregelen.²⁷⁴ Een tweede punt van kritiek behelst dat het arrest *Keck en Mithouard* “door de ontwikkeling van nieuwe criteria en de invoering van een toetsingsregeling die verschilt naargelang van de soort maatregel waarom het gaat, ertoe geleid [heeft] dat de beperkingen van het vrije verkeer van goederen anders worden begrepen in vergelijking met het stelsel dat van toepassing is op de andere vrijheden van verkeer”.²⁷⁵ In die andere vrijheden, zo stelt hij een punt verder, is het namelijk zo dat beperkingen getoetst worden aan één enkel criterium, namelijk dat van markttoegang.²⁷⁶ *Keck en Mithouard* is bijgevolg geen verduidelijking van de rechtspraak.²⁷⁷ Een uitbreiding ervan, zoals door Advocaat-Generaal Kokott wordt voorgesteld in haar conclusie in *Mickelsson en Roos*, is dan ook geen goed idee.²⁷⁸ Als oplossing biedt hij een rechterlijke toetsing aan, gebaseerd op het criterium inzake markttoegang. Dit criterium ziet Advocaat-Generaal Bot als een algemeen criterium dat op alle maatregelen kan worden toegepast en dat “verband [houdt] met de mate waarin een nationale regeling de handel tussen de lidstaten belemmert”.²⁷⁹ Het criterium luidt volgens hem:

²⁷² Zie ook in die zin: A. TRYFONIDOU, “Was Keck a Half-baked Solution After All?” *LIEI* 2007, 177.

²⁷³ Conclusie in *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:646, punt 79.

²⁷⁴ Conclusie in *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:646, punt 81.

²⁷⁵ Conclusie in *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:646, punt 82.

²⁷⁶ Conclusie in *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:646, punt 83.

²⁷⁷ Conclusie in *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:646, punt 84.

²⁷⁸ Conclusie in *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:646, punten 87-107.

²⁷⁹ Conclusie in *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:646, punten 109-110.

“een nationale wettelijke regeling [vormt] een met het Verdrag strijdige maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking wanneer zij de markttoegang voor uit andere lidstaten afkomstige producten belemmert, hindert of moeilijker maakt.”²⁸⁰

Op die manier moeten lidstaten alleen de maatregelen die de intracommunautaire handel belemmeren, rechtvaardigen wat bijdraagt aan de moeilijke balansoefening voor het Hof om enerzijds de goede werking van de interne markt te bevorderen en anderzijds de wetgevende autonomie van de lidstaten te respecteren.²⁸¹ Vervolgens legt hij uit hoe het Hof dit criterium moet toepassen, namelijk door zaak per zaak te onderzoeken wat *in concreto* de omvang is van de hinderpaal voor de intracommunautaire handel die voortvloeit uit de maatregel die de markttoegang beperkt.²⁸² Advocaat-Generaal Bot suggereert hier zeker geen *de minimis* drempel, hij stelt namelijk dat er geen ‘complexe economische beoordeling’ voor nodig zou mogen zijn aangezien het Hof gesteld heeft in *Yves Rocher* dat er geen differentiatie is naar intensiteit van de gevolgen voor het intracommunautaire handelsverkeer.²⁸³ OLIVER juicht dit toe, maar betreurt dat de Advocaat-Generaal niet uitlegt hoe de rechter moet onderzoeken wat *in concreto* de omvang is van de hinder voortvloeiend uit de maatregel die de toegang tot de markt beperkt.²⁸⁴ De *de minimis* discussie kwam reeds aan bod in de vorige afdeling, waar eveneens gesteld werd dat voor het Hof louter hypothetische gevolgen of volkomen onzekere en indirecte gevolgen niet volstaan om een door artikel 34 VWEU verboden maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking uit te maken. Echter, dit neemt niet weg dat het Hof voldoende aanwijzingen moet hebben om te kunnen vaststellen dat een nationale wettelijke regeling van dien aard is dat zij de handel tussen de lidstaten belemmert, hindert of bemoeilijkt.²⁸⁵ In deze zaak gaat het om een bijna totaal gebruiksverbod, de aanwijzingen zijn hier dus vrij evident. Het feit dat de aanhangwagens niet kunnen worden gebruikt waarvoor zij bestemd zijn en bijgevolg compleet nutteloos zijn, zal de invoer doen dalen en handelaars zullen quasi onmogelijk nog op de Italiaanse markt kunnen doordringen.²⁸⁶ Advocaat-Generaal Bot besluit aldus dat de Italiaanse regeling, “die het gebruik van een goed op het hele nationale grondgebied zonder meer verbiedt, een substantiële, rechtstreekse en

²⁸⁰ Conclusie in *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:646, punt 111.

²⁸¹ Conclusie in *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:646, punt 112.

²⁸² Conclusie in *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:646, punt 113.

²⁸³ Conclusie in *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:646, punt 116; Arrest *Yves Rocher*, C-126/91, EU:C:1993:191, punt 21.

²⁸⁴ P. OLIVER, “Of Trailers and Jet Skis: Is the Case Law on Article 34 TFEU Hurling in a New Direction?”, *Fordham Int’l. L. J.* 2011, 1460.

²⁸⁵ Conclusie in *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:646, punt 117.

²⁸⁶ Conclusie in *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:646, punt 157-158.

onmiddellijke belemmering van de intracommunautaire handel inhoudt” en daarom strijdig met artikel 34 VWEU.²⁸⁷

Wat het Hof vervolgens beslist in deze zaak werd al behandeld in afdeling 2 van hoofdstuk 1 waarin werd uiteengezet wat het begrip ‘maatregelen van gelijke werking’ inhoudt in de rechtspraak volgend op het arrest *Keck en Mithouard*. Advocaat-Generaal Bot krijgt gehoor van het Hof dat kiest voor een criterium van markttoegang. Hoewel het Hof ook het in *Keck en Mithouard* geïntroduceerde onderscheid in herinnering brengt, besluit het dat alle maatregelen die de toegang tot de markt belemmeren voor uit andere lidstaten afkomstige producten, maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen in de zin van artikel 34 VWEU zijn zonder daarbij melding te maken van een ‘substantiële’ belemmering.²⁸⁸

²⁸⁷ Conclusie in *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:646, punt 159.

²⁸⁸ Arrest *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:66, punt 37.

Conclusie bij de evolutionaire weg van het Hof

Dit hoofdstuk onderzocht of er een evolutie was in de begripsinvulling van ‘maatregelen van gelijke werking’ door het Hof van Justitie van de Europese Unie en indien het antwoord daarop positief is, hoe het Hof tot die evolutie is gekomen. Uit de rechtspraak volgend op het arrest *Keck en Mithouard* is gebleken dat het Hof meermaals met heel wat kunst en vliegwerk gepoogd heeft om twee botsende belangen met elkaar te verzoenen. Enerzijds gaat het om het doel de goede werking van de interne markt te verzekeren, anderzijds wil het ook de regulerende vrijheid van de lidstaten respecteren. Uit afdeling 1 van dit hoofdstuk is gebleken dat het Hof geen *de minimis* drempel wil hanteren in het kader van het vrij verkeer van goederen en dat de ‘juridische categorisatie methode’ van LIANOS, hoewel die een vrij overzichtelijk kader bood, is ingeruild voor een functionele begripsinvulling die de focus legt op de toegang tot de markt in plaats van onderscheidende categorieën maatregelen en het non-discriminatiebeginsel. De conclusies van de Advocaten-Generaals die in afdeling 2 aan bod kwamen, tonen aan dat zij, eerder dan het Hof, klaar waren voor een echte verduidelijking van de *Keck en Mithouard* rechtspraak. Het criterium van markttoegang werd reeds een lange tijd gepromoot, maar er werd ook niet altijd eenzelfde invulling aan gegeven. Met het arrest *Commissie t. Italië* lijkt daar nu verandering in te komen. In hoofdstuk 3 wordt dit criterium verder onderzocht. Er is echter op dit punt geen sprake van een revolutie of keerpunt in de rechtspraak, het Hof stapt (nog) niet onmiddellijk af van zijn vaste rechtspraak en herinnert in dit arrest voor de markttoegang toets eerst aan het onderscheid tussen verkoopmodaliteiten en productvereisten met verwijzing naar *Keck en Mithouard*. Toch reflecteert het de wil van het Hof om door te groeien naar een algemener, uniformer en vooral duidelijker criterium. *Keck* staat reeds in zijn puberschoenen, maar het is nog te vroeg om helemaal los te laten.

Hoofdstuk 3: Het Hof ‘Keckt’ naar markttoegang en zag dat het goed was.

In dit hoofdstuk volgt een onderzoek naar de vraag of het Hof een criterium van markttoegang hanteert en, of dat criterium de *Keck* test in zekere mate vervangt. Een antwoord op deze vraag is essentieel om te achterhalen of het Hof *Keck en Mithouard* al dan niet in zijn geheel overboord gooit en een nieuwe weg inslaat met een andere, functionele toets of eerder een verduidelijking van haar verduidelijking in *Keck en Mithouard* naar voren schuift zonder die laatste los te laten. Is er met andere woorden sprake van een ommekeer of revolutie, of toch eerder een zachte evolutie? Het antwoord daarop kan inzicht geven in toekomstige rechtspraak en de weg die het Hof wil volgen inzake het vrij verkeer van goederen. (Zie hoofdstuk 4) Tot slot wordt in afdeling 3 onderzocht of het criterium van markttoegang ook in het vrij verkeer van werknemers, het recht tot vestiging en het vrij verkeer van diensten wordt gehanteerd. Indien het antwoord positief is, kan dit criterium misschien een eenheidscriterium vormen voor alle vrijheden. (Zie hoofdstuk 4)

Afdeling 1: Markttoegang, een toets of een additionele factor in de eindbeoordeling?

Deze afdeling analyseert in welke mate het Hof toetst of er een belemmering is van de toegang tot de markt. Dit gebeurt aan de hand van enkele belangrijke arresten die zich situeren na het arrest *Keck en Mithouard*.

Het arrest *Leclerc-Siplec* kwam reeds aan bod in afdeling 2 van hoofdstuk 2. Daar pleit Advocaat-Generaal Jacobs er in zijn conclusie voor om los te komen van de formalistische invulling van *Keck* en een functioneel criterium te hanteren dat beter aansluit bij het realiseren van de interne markt dan de aanpak uitgaande van het non-discriminatiebeginsel.²⁸⁹ Dit criterium bestaat er volgens hem in te kijken naar de mate waarin de toegang tot de markt ‘aanzienlijk’ wordt belemmerd voor wat betreft het uitoefenen van de vrijheden op basis van het Verdrag. Niet-discriminerende maatregelen die de toegankelijkheid tot de markt in aanzienlijke mate beperken vallen bij toepassing van dat criterium onder artikel 34 VWEU. Hiermee brengt hij twee concepten samen, enerzijds het criterium van markttoegang en anderzijds een *de minimis* regel. Dit laatste concept werd door het Hof meermaals terecht verworpen omdat het ingaat tegen de fundamentele doelstelling van de Europese Unie, namelijk het vrij verkeer van goederen realiseren en behouden.²⁹⁰ Bovendien is dit ook overbodig aangezien het concept markttoegang op zichzelf kan bestaan. Daarvoor zijn meerdere argumenten terug te vinden in de rechtspraak van het Hof.

Om dit te begrijpen is het nodig eerst terug te keren naar het reeds veelvuldig geciteerde punt 17 van het arrest *Keck en Mithouard*, namelijk dat voor producten afkomstig uit een andere lidstaat “de toegang tot de markt wordt verhinderd of meer wordt bemoeilijkt dan voor nationale producten het geval is”²⁹¹. Om te bepalen of een verkoopmodaliteit in de zin van het arrest *Keck en Mithouard* buiten de werkingssfeer van artikel 34 VWEU valt, dient dus niet alleen getoetst te worden of die verkoopmodaliteit voldoet aan de in punt 16 gestelde criteria, maar eveneens aan een criterium van markttoegang. Daaruit volgen twee mogelijke soorten maatregelen, enerzijds maatregelen die de toegang tot de markt verhinderen en

²⁸⁹ Arrest *Leclerc-Siplec t. TF1 Publicité SA*, C-412/93, EU:C:1995:26, punt 40.

²⁹⁰ Arrest *Strafzaken tegen Jan van de Haar en Kaveka de Meern BV*, gevoegde zaken C-177 en 178/82, EU:C:1984:144, punt 13-14; Arrest *Radlberger*, C-309/02, EU:C:2004:799, punt 68; Arrest *Commissie t. Republiek Oostenrijk*, C-28/09, EU:C:2011:854, punt 116; Arrest *Corsica Ferries France t. Direction générale des douanes françaises*, C-49/89, EU:C:1989:649, punt 8.

²⁹¹ Arrest *Keck en Mithouard*, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, EU:C:1993:905, punt 17.

anderzijds maatregelen die de toegang tot de markt meer bemoeilijken voor producten uit andere lidstaten dan voor nationale producten.

Bij de eerste categorie kan men denken aan een totale ban, een absoluut verbod zowel op de invoer als het gebruik van een bepaald goed. De invoer spreekt voor zich aangezien een verbod op invoer rechtstreeks en daadwerkelijk de toegang tot de markt van een lidstaat verhindert. Echter, wanneer een gebruik van een bepaald goed in zijn totaliteit verboden wordt, heeft dat *de facto* hetzelfde effect op de markttoegang. Een voorbeeld hiervan is terug te vinden in de reeds besproken zaken *Mickelsson en Roos* en *Commissie t. Italië*, waar respectievelijk de Finse overheid het gebruik van waterscooters verbood tenzij op de aangewezen waterwegen en vervolgens geen enkele waterweg aanwees, en de Italiaanse overheid het trekken van aanhangwagens door motorfietsen verbood zonder de import te verbieden. In de praktijk was het dus vrij zinloos om een waterscooter of een aanhangwagen voor een motorfiets aan te kopen want men kon die toch niet gebruiken voor het beoogde nut. In het arrest *Alfa Vita* werd de verkoop van de aan de orde zijnde ‘bake-off’ producten niet verboden, doch enkel afgeremd. Deze maatregelen leiden ertoe dat het zeer moeilijk en kostelijk wordt voor handelaars om dergelijke producten te verkopen. Zoals reeds gesteld in afdeling 2 van hoofdstuk 1 kan dus ook een potentieel verkoop-verminderend effect genoeg zijn om een maatregel van gelijke werking als kwantitatieve beperking in de zin van artikel 34 VWEU uit te maken.

De tweede categorie regelen veronderstelt het maken van een vergelijking tussen de producten afkomstig uit een andere lidstaat en nationale producten. De vraag die moet gesteld worden is of voor producten uit een andere lidstaat de toegang tot de markt meer wordt bemoeilijkt dan voor nationale producten. Dit is het non-discriminatiebeginsel waarop *Keck en Mithouard* gebaseerd is.²⁹² Een dergelijke non-discriminatie test laat aan de lidstaten de vrijheid om te reguleren terwijl het hen terzelfdertijd ook verhindert arbitrair of protectionistisch op te treden.²⁹³ WILSHER stelt terecht dat er criteria nodig zijn om te bepalen welke goederen er gelijk zijn en dus recht hebben op een gelijke of niet minder gunstige behandeling en dat “geen geloofwaardig discriminatie model kan bestaan zonder definities van wat we bedoelen

²⁹² Zie *supra* Hoofdstuk 1.

²⁹³ D. WILSHER, “Does Keck discrimination make any sense? An assessment of the non-discrimination principle within the European Single Market”, *E.L. Rev.* 2008, 4.
Universiteit Gent Faculteit Rechtsgeleerdheid

met gelijke of gelijkaardige situaties”.²⁹⁴ Dit doet sterk denken aan het non-discriminatie beginsel in het kader van de Wereldovereenkomst voor Tarieven en Handel²⁹⁵ en het is algemeen bekend dat het bepalen van welke goederen gelijk zijn een huzarenstukje is. De maatregel moet dus zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op zowel producten afkomstig uit een andere lidstaat als op nationale producten.²⁹⁶ Men zou kunnen stellen dat de aan de orde zijnde vraag eigenlijk gewoon een herhaling is van het tweede *Keck* criterium. Hieruit zou dan volgen dat als de invloed op het product uit de andere lidstaat dezelfde is als op de nationale producten, de toegang voor die eerste producten niet meer bemoeilijkt zal worden dan voor die laatste. Echter, dit is niet altijd het geval. Het is niet zo omdat er eenzelfde invloed is op beide producten, nationaal en afkomstig uit andere lidstaten, dat de toegang tot de markt voor die laatste niet belemmerd wordt. Een voorbeeld hiervan is een reclameverbod zoals in *Gourmet International* aan de orde was. Daar heeft het Hof gesteld dat het niet uitgesloten is dat een dergelijk verbod aanzienlijkere gevolgen kan hebben voor producten afkomstig uit een andere lidstaat.²⁹⁷ De *Keck* criteria hebben echter betrekking op verkoopmodaliteiten zoals reeds aangegeven. Men kan dus eveneens stellen dat voor andere maatregelen bijgevolg geen discriminatie-test dient te gebeuren, waardoor het concept van markttoegang op zichzelf staat.

Een tweede argument is te vinden in het arrest *Ahokainen*²⁹⁸. In dit arrest van 28 september 2006 over smokkel in alcoholhoudende stoffen in Finland, ligt de vraag voor of een voorwaarde van voorafgaande vergunning voor de invoer van wijngeest strijdig is met artikel 34 VWEU. Het Hof herhaalt woordelijk *Dassonville*, *Cassis de Dijon* en *Keck en Mithouard* om uiteindelijk toch het criterium van markttoegang te gebruiken. Het Hof stelt dat “*het opleggen van invoerformaliteiten, [...] waarbij een stelsel van voorafgaande vergunning is ingevoerd, [...] inderdaad de intracommunautaire handel en de toegang tot de markt van goederen die rechtmatig in andere lidstaten zijn vervaardigd en in de handel gebracht, [belemmert]*.”²⁹⁹ Hoewel het Hof zijn vaste rechtspraak in herinnering brengt, doet het er in de praktijk niets mee. Het Hof verwijst enkel terug naar *Keck en Mithouard* in de stelling dat “*in dergelijke omstandigheden het niet gaat om een “eenvoudig” aan banden leggen of*

²⁹⁴ D. WILSHER, “Does Keck discrimination make any sense? An assessment of the non-discrimination principle within the European Single Market”, *E.L. Rev.* 2008, 5.

²⁹⁵ Art. III GATT. (Lidstaten zullen niet discrimineren tussen eigen producten en gelijke buitenlandse producten)

²⁹⁶ Arrest *Keck en Mithouard*, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, EU:C:1993:905, punt 16.

²⁹⁷ Arrest *Gourmet International*, C-405/98, EU:C:2001:135, punt 19.

²⁹⁸ Arrest *Strafzaak tegen Jan-Erik Anders Ahokainen en Mati Leppik*, C-434/04, EU:C:2006:609. (Hierna: Arrest *Ahokainen*)

²⁹⁹ Arrest *Ahokainen*, C-434/04, EU:C:2006:609, punt 21.

verbieden van bepaalde verkoopmodaliteiten".³⁰⁰ Dat is echter geen toepassing van de *Keck*-criteria. Hieruit blijkt dat het non-discriminatiebeginsel geen doorslaggevende factor meer is om onder het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU te vallen, terwijl het criterium van markttoegang wel een doorslaggevend criterium is.

In punt 37 van het arrest *Commissie t. Italië* bevindt zich nog een derde argument. Het Hof stelt dat "elke andere maatregel die de toegang tot de markt van een lidstaat voor uit andere lidstaten afkomstige producten belemmert" een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking in de zin van artikel 34 VWEU is.³⁰¹ Maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn, maar geen productvereiste of een verkoopmodaliteit zijn, worden hierdoor onder het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU gebracht wanneer zij de toegang tot de markt belemmeren. *Keck en Mithouard* bood hiervoor geen oplossing en tot hiertoe werd *Dassonville* en *Cassis de Dijon* toegepast in een dergelijk geval. Deze zin kan echter niet duidelijker zijn, het Hof hanteert een criterium van markttoegang. De formulering in zijn totaliteit kon misschien wel iets duidelijker, al is de reden daarvoor reeds lang gekend: het Hof maakt niet graag *tabula rasa*, zeker niet wat betreft iets wat 16 jaar lang vaste rechtspraak is geweest. Dat hoeft ook niet. *Keck en Mithouard* is niet verkeerd, het is alleen niet volledig. Het is één categorie, 'bepaalde verkoopmodaliteiten', die uit de werkingssfeer van artikel 34 VWEU werd gehaald. Al gauw kwam een voorstel tot creatie van andere categorieën om uit het toepassingsgebied te halen³⁰², een aanpak die enkel tot meer rechtsonzekerheid kan leiden. Elke andere maatregel waarvoor geen categorie gecreëerd is, die met andere woorden geen productvereiste of verkoopmodaliteit uitmaakt, kan toch een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking in de zin van artikel 34 VWEU uitmaken wanneer die maatregel de toegang tot de markt belemmert. Zonder meer. Er staat niet 'de toegang tot de markt 'aanzienlijk' belemmert'. Opnieuw een bewijs dat het Hof geen *de minimis* drempel invoert, zelfs niet voor maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn, maar geen productvereisten of verkoopmodaliteiten zijn. Hieruit volgt dat markttoegang een autonoom criterium is.

³⁰⁰ Arrest *Ahokainen*, C-434/04, EU:C:2006:609, punt 21.

³⁰¹ Arrest *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:66, punt 37.

³⁰² AG J. KOKOTT in haar Conclusie in *Mickelsson en Roos*, C-142/05, EU:C:2006:782, punt 47 e.v., voorstel om gebruiksmodaliteiten in te voeren analoog aan verkoopmodaliteiten.

Om te weten te komen in welke mate het Hof nu een criterium van markttoegang hanteert, dienen de arresten die volgen op het arrest *Commissie t. Italië* onder de loep genomen te worden. Daaruit zal niet alleen moeten blijken of het Hof dit criterium zelfstandig hanteert, los van de *Keck* criteria (zie afdeling 2), maar ook of het Hof dit criterium consistent gebruikt in de daaropvolgende arresten. Tot slot is dit ook interessant naar de toekomst toe, te weten welke weg het Hof inslaat bij de begripsinvulling van ‘maatregelen van gelijke werking’. Een kanttekening moet hierbij gemaakt worden in verband met het arrest *Gourmet* dat voorafgaat aan *Commissie t. Italië* en waarvan reeds werd gesteld dat het criterium van markttoegang daar ook aan bod kwam. Echter, daar werd het enkel gebruikt om vast te stellen of de nationale regels die verkoopmodaliteiten inhouden en derhalve buiten het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU zouden kunnen vallen, geïmporteerde goederen feitelijk discrimineren. *Gourmet* staat dus nog niet los van een discriminatie-test en heeft bovendien betrekking op de categorie maatregelen die verkoopmodaliteiten zijn.

Mickelsson en Roos - 4 juni 2009

In het arrest *Mickelsson en Roos*, dat reeds meermaals aan bod kwam, herhaalt het Hof eerst punt 37 van het arrest *Commissie t. Italië* om uit te leggen wat men moet verstaan onder het begrip ‘maatregelen van gelijke werking’.³⁰³ Vervolgens stelt het Hof dat “*zelfs indien de nationale regeling niet ertoe strekt of tot gevolg heeft dat uit andere lidstaten afkomstige producten minder gunstig worden behandeld*”, een beoordeling die door de verwijzende rechter dient te gebeuren, “*kan de opgelegde beperking van het gebruik van een product op het grondgebied van een lidstaat, afhankelijk van haar draagwijdte, een aanzienlijke invloed hebben op het consumentengedrag, dat dan weer een negatieve uitwerking kan hebben voor de toegang van dit product tot de markt van deze lidstaat*”.³⁰⁴ Hierin zitten een aantal belangrijke elementen. Ten eerste stelt het Hof dat het niet nodig is dat de maatregel ‘ertoe strekt of tot gevolg heeft’ dat de producten afkomstig uit een andere lidstaat minder gunstig worden behandeld. ‘Ertoe strekken’ minder gunstig te behandelen betekent ‘tot doel hebben’ minder gunstig te behandelen, met andere woorden *de iure* zal er dan ten aanzien van de producten afkomstig uit een andere lidstaat niet dezelfde invloed uitgaan. ‘Tot gevolg hebben’ minder gunstig te behandelen betekent dat, ook al was het niet het doel, *de facto* er niet dezelfde invloed uitgaat van de maatregel ten aanzien van producten afkomstig uit een andere lidstaat. Kortom, zelfs indien de maatregel voldoet aan het tweede *Keck* criterium, kan die

³⁰³ Arrest *Mickelsson en Roos*, C-142/05, EU:C:2009:336, punt 24.

³⁰⁴ Arrest *Mickelsson en Roos*, C-142/05, EU:C:2009:336, punt 26. (Vet toegevoegd)

nog steeds een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking vormen. Hoewel het Hof stelt dat het aan de verwijzende rechter is om deze beoordeling te maken, is ze eigenlijk overbodig geworden. Ook de categorie ‘verkoopmodaliteiten’ wordt hierdoor onderworpen aan het criterium van markttoegang. Inderdaad, het Hof sprak in *Keck en Mithouard* over ‘bepaalde verkoopmodaliteiten’, maar deze overweging in punt 26 van *Mickelsson en Roos* heeft tot gevolg dat zelfs wanneer aan de *Keck* criteria voldaan is, er nog steeds een mogelijkheid is om onder het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU te vallen. Hieruit kan men afleiden dat het non-discriminatie beginsel geen doorslaggevend criterium meer is. Ten tweede lijkt het Hof de mogelijkheid dat de gebruiksbepanking een invloed kan hebben op het consumentengedrag afhankelijk te maken van de draagwijdte van die beperking van het gebruik van een product op het grondgebied van een lidstaat. Dit is opmerkelijk aangezien het Hof in *Bluhme* duidelijk heeft gesteld dat zelfs een belemmering die slechts betrekking heeft op een beperkt deeltje van de interne markt een maatregel van gelijke werking kan uitmaken en dus op het eerste zicht verboden is.³⁰⁵ Dit is logisch want als men zou toelaten om zonder geldige reden bepaalde deeltjes van de markt af te sluiten voor het vrij verkeer van goederen dan tast men de interne markt aan. Niet de draagwijdte, maar een rechtvaardigingsgrond uit artikel 36 VWEU of een dwingende vereiste van algemeen belang moet daarvoor aldus de bepalende factor zijn. Ten derde spreekt het Hof over een ‘aanzienlijke’ invloed op het consumentengedrag, net zoals in punt 56 van *Commissie t. Italië*. Het is weinig zinvol voor de consumenten om een waterscooter aan te kopen als zij die naderhand (bijna) nergens kunnen gebruiken. Inderdaad, de invloed zal dan vrij aanzienlijk zijn. Echter, er staat niet dat dit een vereiste is. De *Dassonville* formule stelt ‘daadwerkelijk en potentieel’. Uit de feiten vloeit voort dat er een mogelijke beperking is van de toegang tot de markt. Hoe groot of hoe klein die belemmering is, is irrelevant aangezien het Hof drie punten hoger net gesteld had dat “*elke andere maatregel die de toegang tot de markt van een lidstaat voor uit andere lidstaten afkomstige producten belemmert*” een maatregel van gelijke werking uitmaakt, tenzij er een objectieve rechtvaardiging is.

De vraag is of het Hof wel degelijk een zo brede draagwijdte wil toekennen aan het begrip ‘maatregelen van gelijke werking’. Het gaat namelijk verder met de stelling dat indien de nationale regels leiden tot een *de facto* gebruikverbod of ‘het gebruik aanzienlijk wordt beperkt’, opnieuw een beoordeling die door de verwijzende rechters dient gemaakt te worden, “[...] dergelijke regels ertoe [zouden] leiden dat de toegang van die producten tot de

³⁰⁵ Arrest *Bluhme*, C-67/97, EU:C:1998:584, punt 20.
Universiteit Gent Faculteit Rechtsgeleerdheid

nationale markt wordt belemmerd en [...] zij, behoudens rechtvaardiging op grond van artikel [36 VWEU] of van dwingende vereisten van algemeen belang, een door artikel [34 VWEU] verboden maatregel van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen [zouden] vormen".³⁰⁶ Dit in tegenstelling tot in *Commissie t. Italië* waarin het Hof enkel stelt "voor zover het leidt tot een belemmering van de toegang tot de [...] markt"³⁰⁷ zonder melding te maken van een 'aanzienlijke' beperking. De term 'aanzienlijk' wordt enkel gebruikt in verband met de invloed op het consumentengedrag in punt 56 waarnaar hier eerder ook verwezen werd.

Daarbij moet worden vastgesteld dat deze zaak werd beslist door de Tweede Kamer van het Hof, in tegenstelling tot *Commissie t. Italië* dat onderworpen werd aan het oordeel van de Grote Kamer. OLIVER merkt terecht op dat dit een vreemde zaak is.³⁰⁸ Gezien de belangrijkheid en complexiteit was ook *Mickelsson en Roos* beter aan de Grote Kamer voorgelegd, opdat *Commissie t. Italië* duidelijk bevestigd zou kunnen worden.

Daarenboven, het feit dat het Hof *in casu* deze beoordeling overlaat aan de verwijzende rechters kan tot incoherente rechtspraak leiden, wat dan weer nefast is voor de rechtszekerheid. Hoe de verwijzende rechters 'aanzienlijk' moeten invullen, wordt namelijk door het Hof niet meegegeven. Wanneer zij daaraan dus allen een verschillende invulling geven, zal dit ongetwijfeld leiden tot uiteenlopende rechtspraak.

Ker-Optika – 2 december 2010

Het *Ker-Optika* arrest kwam reeds in afdeling 2 van hoofdstuk 1 aan bod en behandelt een Hongaarse maatregel die de verkoop van contactlenzen via het internet verbiedt.³⁰⁹ Het gaat om een verkoopmodaliteit waarbij dergelijke lenzen bij de consument aan huis worden geleverd en dus moet dit getoetst worden aan de verdragsbepalingen inzake vrij verkeer van goederen.³¹⁰ Het Hof herhaalt in de eerste plaats de *Dassonville* formule en vervolgt met een woordelijke herhaling uit *Commissie t. Italië* om te stellen wat 'maatregelen van gelijke werking' zijn, namelijk "maatregelen van een lidstaat [...] die ertoe strekken of tot gevolg

³⁰⁶ Arrest *Mickelsson en Roos*, C-142/05, EU:C:2009:336, punt 28.

³⁰⁷ Arrest *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:66, punt 58.

³⁰⁸ P. OLIVER, "Of Trailers and Jet Skis: Is the Case Law on Article 34 TFEU Hurling in a New Direction?", *Fordham Inter'l. L. J.* 2011, 1458 en 1471.

³⁰⁹ Arrest *Ker-Optika*, C-108/09, EU:C:2010:725, punt 14.

³¹⁰ Arrest *Ker-Optika*, C-108/09, EU:C:2010:725, punt 44; Arrest *Deutscher Apothekerverband*, C-322/01, EU:C:2003:664, punten 65, 76 en 124.

hebben dat uit andere lidstaten afkomstige producten minder gunstig worden behandeld, alsook voorwaarden waaraan die goederen moeten voldoen, ook indien die voorschriften zonder onderscheid op alle producten van toepassing zijn” en “eveneens elke andere maatregel die de toegang tot de markt van een lidstaat voor uit andere lidstaten afkomstige producten belemmert.”³¹¹ Het gaat echter om een verkoopmodaliteit en het Hof gaat derhalve over tot een concrete toepassing van de *Keck* criteria.³¹² Aan de eerste voorwaarde is voldaan, in die zin dat het verbod op alle betrokken marktdeelnemers van toepassing is. De tweede voorwaarde, namelijk of zij zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed heeft op de verkoop van nationale producten en van producten uit andere lidstaten, blijkt een probleem te zijn. Het verbod op verkoop van contactlenzen via postorderverkoop ontnemt de marktdeelnemers uit andere lidstaten een bijzonder doeltreffende modaliteit voor de verkoop van deze producten wat de toegang van die marktdeelnemers tot de markt van de betrokken lidstaat dus aanzienlijk hindert.³¹³ Opnieuw hanteert het Hof de term ‘aanzienlijk’. Bijgevolg luidt de conclusie dat de maatregel niet dezelfde invloed heeft op het in de handel brengen van contactlenzen door Hongaarse marktdeelnemers als door marktdeelnemers uit andere lidstaten. Dit is een terugkoppeling naar de tweede voorwaarde van *Keck*. Het resultaat is dat een nationale regeling volgens welke contactlenzen uitsluitend in speciaalzaken voor medische hulpmiddelen mogen worden verkocht een bij artikel 34 VWEU verboden maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking vormt.³¹⁴ Het Hof probeert de twee arresten aan elkaar te koppelen. Het gaat enerzijds om een verkoopmodaliteit dus de *Keck* criteria zijn van toepassing, anderzijds hanteert het Hof een criterium van toegang tot de markt in de stelling dat die aanzienlijk wordt gehinderd door het ontzeggen van een bepaalde verkoopmodaliteit. Het is mogelijk om dit te interpreteren als een louter gevolg van de toepassing van de *Keck* criteria, echter het is eveneens mogelijk om het markttoegang criterium autonoom toe te passen. Wanneer marktdeelnemers van andere lidstaten de contactlenzen niet aan huis mogen leveren, zijn zij quasi verplicht om een speciaalzaak voor medische hulpmiddelen te openen in de lidstaten waar zij willen verkopen. Dit is evident duurder en moeilijker om te realiseren, *ergo* een belemmering van het vrij verkeer van goederen. Uit dit arrest volgt dat het Hof het criterium van markttoegang ook hanteert in het geval van verkoopmodaliteiten.

³¹¹ Arrest *Ker-Optika*, C-108/09, EU:C:2010:725, punt 49 en 50; Arrest *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:66, punt 35 en 37.

³¹² Arrest *Ker-Optika*, C-108/09, EU:C:2010:725, punt 51.

³¹³ Arrest *Ker-Optika*, C-108/09, EU:C:2010:725, punt 54.

³¹⁴ Arrest *Ker-Optika*, C-108/09, EU:C:2010:725, punt 56 en 78.

*Bonnarde*³¹⁵ – 6 oktober 2011

Bijna een jaar later wordt het arrest *Bonnarde* geveld door de Vijfde Kamer. Het gaat om een nationale regeling die bepaalt dat een milieubonus enkel kan worden toegekend indien op het kentekenbewijs van auto's die voor demonstratiedoeleinden zijn gebruikt, de vermelding 'demonstratievoertuig' is aangebracht. Vooreerst wordt de *Dassonville* formule aangehaald, echter zonder naar het *Dassonville* arrest zelf te verwijzen. Het Hof herinnert er aan dat "*het enkele feit dat de invoerder wordt ontmoedigd om de waren in kwestie in de betrokken lidstaat in te voeren of te verhandelen, [...] voor hem dan ook een belemmering van het vrije verkeer van goederen [vormt]*".³¹⁶ Opdat zij in aanmerking zouden komen voor een milieubonus, dienen alle demonstratievoertuigen, ongeacht hun herkomst, een kentekenbewijs met de vermelding 'demonstratievoertuig' voor te leggen, de maatregel is aldus zonder onderscheid van toepassing. Deze verplichting heeft niettegenstaande een impact op dergelijke voertuigen naargelang de lidstaat waaruit deze afkomstig zijn er al dan niet in voorziet dat die vermelding op het kentekenbewijs wordt gezet.³¹⁷ Het Hof stelt dat "*zelfs indien de nationale regeling in het hoofdeding niet tot doel heeft uit andere lidstaten afkomstige producten minder gunstig te behandelen*", dit is een beoordeling die de verwijzende rechter dient te maken, "*kan het feit dat de vermelding "demonstratievoertuig" op het inschrijvingsbewijs van de demonstratievoertuigen moet zijn aangebracht om voor de milieubonus in aanmerking te komen, een weerslag op het gedrag van de afnemers hebben en bijgevolg de toegang van deze motorvoertuigen tot de markt van deze lidstaat negatief beïnvloeden*".³¹⁸ Dit klinkt bekend in de oren en is inderdaad een bevestiging van het criterium van markttoegang zoals verwoord in *Commissie t. Italië*, punt 56. Bovendien en niet onbelangrijk stelt het Hof hier nergens dat die weerslag op het gedrag van de consumenten 'aanzienlijk' moet zijn. WEATHERILL hoopt dat dit slechts een aberratie was van de Vijfde Kamer en niet voor herhaling vatbaar aangezien het de werkingssfeer van artikel 34 VWEU opnieuw wagenwijd opentrekt, terwijl het in se gaat om een dubbele last die wordt geplaatst op de ingevoerde goederen waarvoor de toepassing van de *Cassis de Dijon* rechtspraak volstaat.³¹⁹ Uit dit arrest volgt dat het Hof het criterium van markttoegang ook hanteert in het geval van productvereisten.

³¹⁵ Arrest *Philippe Bonnarde t. Agence de Services et de Paiement*, C-443/10, EU:C:2011:641. (Hierna: Arrest *Bonnarde*)

³¹⁶ Arrest *Commissie t. Luxemburg*, C-286/07, EU:C:2008:251, punt 27; Arrest *Bonnarde*, C-443/10, EU:C:2011:641, punt 26.

³¹⁷ Arrest *Bonnarde*, C-443/10, EU:C:2011:641, punt 29.

³¹⁸ Arrest *Bonnarde*, C-443/10, EU:C:2011:641, punt 30. (Vet toegevoegd)

³¹⁹ S. WEATHERILL, "The road to ruin: "restrictions on use" and the circular lifecycle of Article 34 TFEU", *European Journal of Consumer Law* 2012, 367.

*Ascafor en Asidac*³²⁰ – 1 maart 2012

Een volgend arrest betreft de problematiek van producten in de bouw waarvoor nog geen harmonisatiemaatregelen zijn getroffen en waarvoor Spanje een eigen nationale wetgeving heeft opgesteld. Deze nationale bepalingen dienen in overeenstemming te zijn met het primair Verdragsrecht.³²¹ De officiële erkenning in Spanje van kwaliteitscertificaten voor wapeningsstaal die zijn verstrekt door instanties van andere lidstaten dan het Koninkrijk Spanje, worden onderworpen aan de voorwaarde dat die instanties voldoen aan een geheel van vereisten door de Spaanse wet bepaald.³²² Het Hof herinnert opnieuw aan *Dassonville* en gaat verder met *Commissie t. Italië*. Niet alleen eerbiediging voor de principes van non-discriminatie en wederzijdse erkenning, maar ook de verplichting om producten van de EU vrije toegang tot de markt te verzekeren is waar artikel 34 VWEU voor staat. Ook in *Ker-Optika* werd dit reeds bevestigd.³²³ Het Hof stelt dat “het opleggen van het geheel van deze vereisten [...] tot gevolg [kan] hebben dat het verzoek om erkenning van kwaliteitscertificaten die zijn verstrekt in een andere lidstaat dan het Koninkrijk Spanje wordt verworpen, wanneer de verstrekkende instantie niet aan deze vereisten voldoet, [...]”³²⁴ Hierdoor wordt de toegang tot de Spaanse markt beperkt voor wapeningsstaal dat wordt geproduceerd en gecertificeerd in een andere lidstaat dan het Koninkrijk Spanje. Het Hof gebruikt in deze zaak enkel en alleen het criterium van markttoegang om te bepalen dat de nationale regelgeving een door artikel 34 VWEU verboden maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking inhoudt, ook al zijn die maatregelen zonder onderscheid van toepassing op zowel Spaanse certificatie-instanties als instanties uit andere lidstaten.³²⁵ Belangrijker, het Hof heeft nergens gesteld dat de toegang tot de Spaanse markt ‘aanzienlijk’ wordt beperkt opdat dit zou leiden tot een inbreuk van artikel 34 VWEU. Een belemmering van de toegang tot de markt op zich volstaat.

In de zaak *Ascafor en Asidac* is er geen verbod om wapeningsstaal in te voeren vanuit andere lidstaten, maar het werd wel minder aantrekkelijk gemaakt door het geheel van vereisten waaraan het product moet voldoen opdat het kwaliteitscertificaat zou worden erkend. *De facto*

³²⁰ Arrest *Asociación para la Calidad de los Forjados (Ascafor) en Asociación de Importadores y Distribuidores de Acero para la Construcción (Asidac) t. Administración del Estado en anderen*, C-484/10, EU:C:2012:113. (Hierna: Arrest *Ascafor en Asidac*)

³²¹ Arrest *Commissie t. België*, C-227/06, EU:C:2008:160, punt 34.

³²² Arrest *Ascafor en Asidac*, C-484/10, EU:C:2012:113 punt 54.

³²³ Arrest *Ker-Optika*, C-108/09, EU:C:2010:725, punt 47.

³²⁴ Arrest *Ascafor en Asidac*, C-484/10, EU:C:2012:113 punt 55.

³²⁵ Arrest *Ascafor en Asidac*, C-484/10, EU:C:2012:113 punt 56-57.

is er dus een belemmering van het vrij verkeer van goederen. In de volgende zaak ligt wel een invoerverbod voor.

ANETT – 26 april 2012

Het arrest *ANETT* kwam reeds aan bod in afdeling 2 van hoofdstuk 1 en behelst een nationale regelgeving die tabakskleinhandelaren verbiedt om tabaksproducten in te voeren uit andere lidstaten. Het Hof gaat opnieuw van start met *Dassonville* en gaat verder met *Commissie t. Italië* (punten 34, 35 en 37) om uit te leggen wat beschouwd moet worden als maatregelen van gelijke werking als een kwantitatieve beperking in de zin van artikel 34 VWEU. Vervolgens stelt het Hof dat in deze zaak geen productvereisten aan de orde zijn, noch verkoopmodaliteiten en dat bijgevolg de dan gevolgde procedure niet moet worden toegepast. Tot dan toe lijkt het alsof er geen probleem is voor de interne markt. Echter in punt 37 stelt het Hof het volgende: “*Rest nog de vraag, of die regeling niet de toegang tot de Spaanse markt voor uit andere lidstaten afkomstige tabaksproducten belemmert.*”³²⁶ De formulering, die overigens duidelijker is in het Engels (*‘it is necessary to examine’*) of het Spaans, de taal van dit arrest (*‘es preciso examinar’*), laat uitschijnen dat er twee verschillende toetsen noodzakelijk zijn. Ten eerste de vraag of producten uit andere lidstaten minder gunstig worden behandeld. Ten tweede de vraag of de toegang tot de markt voor die producten wordt belemmerd. De eerste vraag betreft punt 17 van het arrest *Keck en Mithouard* en houdt een discriminatie toets in, terwijl de tweede vraag een autonome markttoegang toets is. Het Hof gaat die tweede toets heel concreet uitvoeren en brengt daarvoor enkele feitelijke elementen aan zoals bijvoorbeeld het feit dat de tabakskleinhandelaren nadelen kunnen ondervinden aan het feit dat zij zich moeten bevoorraden bij erkende groothandelaars.³²⁷ Uit die toets blijkt dat al die elementen een negatieve weerslag kunnen hebben op de toegang tot de Spaanse markt voor producten afkomstig uit andere lidstaten, hetgeen leidt tot de conclusie dat de nationale regelgeving de toegang tot de markt belemmert en dus een door artikel 34 VWEU verboden maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking vormt.³²⁸ Het Hof erkent hiermee dat ook producten die niet onder de categorie productvereisten en ook niet onder de categorie verkoopmodaliteiten vallen, toch mogelijks de toegang tot de markt kunnen belemmeren en dat dus ook moet getoetst worden. Uit het arrest *ANETT* blijkt duidelijk dat

³²⁶ Arrest *ANETT*, C-456/10, EU:C:2012:241, punt 37.

³²⁷ Arrest *ANETT*, C-456/10, EU:C:2012:241, punten 38-42.

³²⁸ Arrest *ANETT*, C-456/10, EU:C:2012:241, punten 42-44.

het criterium van markttoegang een autonoom criterium is en geen additionele factor in de eindbeoordeling.³²⁹ (Zie ook *infra* afdeling 2)

Fra.Bo– 12 juli 2012

Fra.Bo is een vennootschap naar Italiaans recht gespecialiseerd in de productie en distributie van koperfittings bedoeld voor water- of gasleidingen. De Duitse conformiteitsbeoordelingsinstantie voor water en gas beslist om het attest voor *Fra.Bo*'s koperfittings in te trekken of de verlenging ervan te weigeren.³³⁰ Het Hof steekt van wal met *Dassonville* en herinnert er ook nog snel aan dat het enkele feit dat de invoerder wordt ontmoedigd om de waren in kwestie in de betrokken lidstaat in te voeren of te verhandelen, een belemmering van het vrij verkeer van goederen vormt voor hem.³³¹ Bijzonder aan deze zaak is dat het twee privaatrechtelijke entiteiten betreft. Echter uit de omstandigheden moet worden vastgesteld “dat een organisatie als DVGW in werkelijkheid, met name door haar bevoegdheid om producten te certificeren, de toegang tot de Duitse markt van producten als de in het hoofdgeding betrokken koperfittings kan regelen”.³³² Het Hof concludeert daarom dat de normerings- en certificeringsactiviteiten van een privaatrechtelijke organisatie onderworpen zijn aan de werkingssfeer van artikel 34 VWEU “wanneer de nationale wetgeving de door deze organisatie gecertificeerde producten als in overeenstemming met het nationale recht beschouwt en dit de verhandeling van producten die door deze organisatie niet zijn gecertificeerd, bemoeilijkt.”³³³ Hieruit volgt dat ook privaatrechtelijke entiteiten de markt kunnen regelen en dus ook de markt kunnen belemmeren. Wanneer dit gebeurt, vallen zij evengoed onder het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU. Dit is in lijn met de rechtspraak *Commissie t. Italië* waar het Hof heeft gesteld in punt 37 dat ‘elke andere maatregel die de toegang tot de markt van een lidstaat voor uit andere lidstaten afkomstige producten belemmert’ eveneens een maatregel van gelijke werking is en in punt 58 als doorslaggevend criterium hanteert ‘voor zover het leidt tot een belemmering van de toegang tot de markt’.

³²⁹ Zie ook in die zin: C. BLUMANN (ed.), *Introduction au marché intérieur: libre circulation des marchandises*, Brussel, Editions de l'Université Bruxelles, 2015, 289: “C'est donc essentiellement à l'aune du critère de l'accès au marché que la Cour évalue cette réglementation.”

³³⁰ Arrest *Fra.bo SpA t. Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV (DVGW) – Technisch-Wissenschaftlicher Verein*, C-171/11, EU:C:2012:453, punt 2. (Hierna: Arrest *Fra.Bo*)

³³¹ Arrest *Commissie t. Luxemburg*, C-286/07, EU:C:2008:251, punt 27; Arrest *Bonnarde*, C-443/10, EU:C:2011:641, punt 26.

³³² Arrest *Fra.Bo*, C-171/11, EU:C:2012:453, punt 31.

³³³ Arrest *Fra.Bo*, C-171/11, EU:C:2012:453, punt 32.

*Commissie t. Litouwen*³³⁴ en *Commissie t. Polen*³³⁵ – 20 maart 2014

De Commissie stelt in deze twee zaken dat Litouwen en Polen de verplichtingen uit artikel 34 VWEU niet naleven door de registratie op hun grondgebied van nieuwe of eerder in een andere lidstaat geregistreerde personenauto's met een aan de rechterkant geplaatste stuurinrichting te verbieden en/of afhankelijk te stellen van de verplaatsing van het stuur naar de linkerkant.³³⁶ Het Hof maakt in deze zaken niet veel woorden vuil aan de beoordeling of het gaat om een maatregel van gelijke werking of niet. Het stelt simpelweg dat “*in het licht van vaste rechtspraak van het Hof [...] de litigieuze regeling een door artikel 34 VWEU verboden maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbepijking [is], aangezien zij tot gevolg heeft dat de toegang tot de Litouwse/Poolse markt wordt belemmerd voor voertuigen die de bestuurdersplaats rechts hebben en die rechtmatig zijn geproduceerd en geregistreerd in andere lidstaten dan de Republiek Litouwen/Polen*”.³³⁷ Het enige criterium dat hier wordt gehanteerd is het criterium van markttoegang. Het Hof verwijst voor meer uitleg over de oorsprong van die rechtspraak naar de arresten *Dassonville* punt 5, *Cassis de Dijon* punt 14 en *Commissie t. Italië* punt 58. De stuurinrichting en dus de positie van de bestuurdersplaats, die deel uitmaakt van die inrichting, zijn fundamentele elementen van de bouwstructuur van een voertuig.³³⁸ Een dergelijke regeling houdt een productvereiste in, in die zin dat er een substantiële ingreep vereist is in de constructie voor personenwagens met het stuur aan de rechterkant opdat zij zouden kunnen geregistreerd worden. Uitvalsbasis is opnieuw de *Dassonville* formule. De maatregel is zonder onderscheid van toepassing op alle personenwagens zowel die afkomstig uit andere lidstaten als die uit Litouwen en Polen. *Cassis de Dijon* introduceert het principe van wederzijdse erkenning en wanneer er geen rechtvaardiging is, zij het op grond van de in artikel 36 VWEU aangereikte rechtvaardigingsgronden, zij het op grond van dwingende vereisten van algemeen belang, valt de productvereiste onder de werkingssfeer van artikel 34 VWEU. Veel eenvoudiger is het te kijken of de maatregel een belemmering voor de toegang tot de markt inhoudt. Wanneer alle personenwagens met het stuur aan de rechterkant hun stuur moeten verplaatsen om toegelaten te worden tot de markt, dan vormt deze regeling inderdaad een belemmering voor de toegang tot de markt. Bovendien kan men ook stellen dat dit consumenten minder geneigd zal maken

³³⁴ Arrest *Commissie t. Litouwen*, C-61/12, EU:C:2014:172.

³³⁵ Arrest *Commissie t. Polen*, C-639/11, EU:C:2014:173.

³³⁶ Arrest *Commissie t. Litouwen*, C-61/12, EU:C:2014:172, punt 1; Arrest *Commissie t. Polen*, C-639/11, EU:C:2014:173, punt 1.

³³⁷ Arrest *Commissie t. Litouwen*, C-61/12, EU:C:2014:172, punt 57; Arrest *Commissie t. Polen*, C-639/11, EU:C:2014:173, punt 52. (Vet toegevoegd)

³³⁸ Arrest *Commissie t. Litouwen*, C-61/12, EU:C:2014:172, punt 42; Arrest *Commissie t. Polen*, C-639/11, EU:C:2014:173, punt 37.

om een personenwagen met het stuur aan de rechterkant (in een andere lidstaat) aan te kopen. Deze ratio met betrekking tot het gedrag van consumenten die zowel in *Commissie t. Italië* als in *Mickelsson en Roos* aan bod komt, herhaalt het Hof hier niet. Echter wanneer een personenwagen niet kan geregistreerd worden op het grondgebied waar de consument woont, heeft het weinig zin voor hem om die wagen aan te schaffen. In de beoordeling van een mogelijke rechtvaardiging stelt het Hof wel dat de nationale bepaling het aantal dergelijke voertuigen dat in die lidstaat rijdt, kan beperken.³³⁹

*Commissie t. Spanje*³⁴⁰ – 3 april 2014

In de zaak *Commissie t. Spanje* waarin een Spaanse regeling voorligt inzake licenties met betrekking tot goederenvervoer over land stelt de Commissie dat Spanje haar verplichtingen uit de verdragsbepalingen inzake vrij verkeer van goederen niet nakomt door een verplichting op te leggen aan de ondernemingen dat het eerste voertuig van hun vloot niet ouder mag zijn dan 5 maand te tellen vanaf zijn eerste inschrijving met het oog op het verkrijgen van een licentie.³⁴¹ Spanje voerde aan dat de Commissie niet had aangetoond dat voertuigen afkomstig uit andere lidstaten minder gunstig werden behandeld.³⁴² Het Hof schijnt dit niet relevant te vinden en stelt dat

*“het echter voortvloeit uit de rechtspraak dat een maatregel, zelfs indien zij niet tot doel of niet als gevolg heeft om producten afkomstig uit andere lidstaten minder gunstig te behandelen, onder het begrip maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking in de zin van artikel 34 VWEU valt indien zij de toegang tot een markt van een lidstaat belemmert voor goederen afkomstig uit andere lidstaten”.*³⁴³

Het Hof verwijst hierbij enkel naar punt 37 uit het arrest *Commissie t. Italië* en niet meer naar *Keck en Mithouard*. Het non-discriminatiebeginsel heeft plaatsgemaakt voor een doorslaggevend en autonoom criterium van markttoegang.

³³⁹ Arrest *Commissie t. Litouwen*, C-61/12, EU:C:2014:172, punt 62; Arrest *Commissie t. Polen*, C-639/11, EU:C:2014:173, punt 57.

³⁴⁰ Arrest *Commissie t. Spanje*, C-428/12, EU:C:2014:218.

³⁴¹ Arrest *Commissie t. Spanje*, C-428/12, EU:C:2014:218, punt 1.

³⁴² Arrest *Commissie t. Spanje*, C-428/12, EU:C:2014:218, punt 25.

³⁴³ Eigen vertaling uit het Frans: Arrest *Commissie t. Spanje*, C-428/12, EU:C:2014:218, punt 29.

*Ålands Vindkraft*³⁴⁴ – 1 juli 2014

In een volgend arrest weigert het Energieagentschap van Zweden om, met het oog op de toekenning van stroomcertificaten, een in Finland gelegen windmolenpark dat door Ålands Vindkraft wordt geëxploiteerd, te erkennen. Er is namelijk een Zweedse regelgeving die bepaalt dat bij de toekenning van verhandelbare certificaten aan groenestroomproducenten enkel rekening wordt gehouden met de in de betrokken staat geproduceerde groene stroom en dat de leveranciers en bepaalde verbruikers van elektriciteit verplicht zijn om jaarlijks, op straffe van betaling van een specifiek recht, bij de bevoegde autoriteit een met een deel van hun totale elektriciteitslevering of -verbruik overeenstemmend aantal van die certificaten in te leveren.³⁴⁵ Met andere woorden, voor productie-installaties die gelegen zijn buiten de betrokken lidstaat worden geen groenestroomcertificaten toegekend. Het Hof past de *Dassonville* formule toe en stelt dat deze regeling minstens indirect en potentieel de invoer van onder andere groene elektriciteit uit andere lidstaten kan belemmeren.³⁴⁶ Bovendien herinnert het Hof eraan dat het nalaten door een lidstaat om “*toereikende maatregelen te nemen om belemmeringen van het vrije goederenverkeer te voorkomen, die met name het gevolg zijn van acties van marktdeelnemers maar mogelijk zijn gemaakt door een door die lidstaat ingevoerde bijzondere regeling, het intracommunautaire handelsverkeer evenzeer kan belemmeren als een positieve handeling*”.³⁴⁷ Het resultaat is dat de steunregeling een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbepanking vormt en aldus verboden is³⁴⁸, tenzij er een objectieve rechtvaardiging mogelijk is. Dit is een zuivere toepassing van de *Dassonville* formule.

³⁴⁴ Arrest *Ålands Vindkraft AB t. Energimyndigheten*, C-573/12, EU:C:2014:2037. (Hierna: Arrest *Ålands Vindkraft*)

³⁴⁵ Arrest *Ålands Vindkraft*, C-573/12, EU:C:2014:2037, punt 55.

³⁴⁶ Arrest *Ålands Vindkraft*, C-573/12, EU:C:2014:2037, punten 66-67.

³⁴⁷ Arrest *Ålands Vindkraft*, C-573/12, EU:C:2014:2037, punt 74.

³⁴⁸ Arrest *Ålands Vindkraft*, C-573/12, EU:C:2014:2037, punt 75.

Vilniaus energija – 10 september 2014

In dit arrest ligt de vraag voor of een Litouwse regeling die in andere lidstaten wettig vervaardigde apparaten voor gegevensoverdracht op afstand (telemetrie) onderwerpt aan een metrologische verificatie strijdig is met de verdragsbepalingen inzake vrij verkeer van goederen.³⁴⁹ Het Hof stelt dat een dergelijke nationale regeling “*de toegang tot de markt van de lidstaat van invoer beperken en dus moeten worden aangemerkt als een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking in de zin van artikel 34 VWEU*”.³⁵⁰ Het Hof hanteert hier het criterium van markttoegang.

Ondertussen is het al bijna 5 jaar geleden, namelijk sinds het *Ker-Optika* arrest, dat het Hof nog eens verwezen heeft naar *Keck en Mithouard* of de term verkoopmodaliteit gehanteerd heeft. Daar komt met het recente arrest *Visnapuu* verandering in.

*Visnapuu*³⁵¹ – 12 november 2015

In dit arrest is discussie gerezen omtrent een Finse regeling op grond waarvan een in een andere lidstaat gevestigde verkoper een vergunning voor detailhandel dient te hebben voor het invoeren van alcoholhoudende dranken en het verkopen daarvan aan de in Finland wonende consumenten, wanneer die verkoper zorgt voor het vervoer van die dranken of daarvoor een derde inschakelt.³⁵² Het Hof begint opnieuw met de *Dassonville* formule en verwijst in deze zaak ook naar het arrest *Rosengren* waar een Zweedse regelgeving met betrekking tot een monopolie op de verkoop van alcoholische dranken als een kwantitatieve invoerbeperking werd beschouwd.³⁵³ Hieruit vloeit voort dat wanneer een detailhandelsvergunning vereist is voor het invoeren van alcoholhoudende dranken, dit de ondernemers die gevestigd zijn in andere lidstaten verhindert om vrij alcoholhoudende dranken in Finland in te voeren met het oog op de verkoop ervan aan de Finse consumenten.³⁵⁴ Een dergelijke regeling kan aldus de handel tussen lidstaten belemmeren. Die regeling is echter een verkoopmodaliteit in die zin dat zij de omstandigheden bepaalt waaronder de alcoholhoudende dranken mogen verkocht worden. Het Hof erkent inderdaad dat wanneer nationale bepalingen tot doel hebben bepaalde verkoopmodaliteiten aan banden te leggen of

³⁴⁹ Arrest “*Vilniaus energija*” *UAB t. Lietuvos metrologijos inspekcijos Vilniaus apskrities skyrius*, C-423/13, EU:C:2014:2186. (Hierna: Arrest *Vilniaus energija*) Voor meer informatie over de feiten: punten 18-28.

³⁵⁰ Arrest *Vilniaus energija*, C-423/13, EU:C:2014:2186, punt 48.

³⁵¹ Arrest *Valev Visnapuu t. Kihlakunnansyyttäjä, Suomen valtio – Tullihallitus*, C-198/14, EU:C:2015:751. (Hierna: Arrest *Visnapuu*)

³⁵² Arrest *Visnapuu*, C-198/14, EU:C:2015:751, punten 21 en 77.

³⁵³ Arrest *Klas Rosengren e.a. t. Riksaklagaren*, C-170/04, EU:C:2007:313, punt 36.

³⁵⁴ Arrest *Visnapuu*, C-198/14, EU:C:2015:751, punt 99.

te verbieden, dergelijke bepalingen de handel tussen lidstaten niet kunnen belemmeren in de zin van *Dassonville* wanneer zij voldoen aan twee voorwaarden.³⁵⁵ Er moet bijgevolg getoetst worden aan de *Keck*-criteria. Uit de nationale bepalingen blijkt dat de vereiste van een detailhandelsvergunning niet van toepassing is op alle marktdeelnemers die op het grondgebied activiteiten ontplooiën. De eerste voorwaarde is niet voldaan, het is bijgevolg irrelevant om te toetsen aan de tweede voorwaarde.³⁵⁶ De Finse regeling behelst aldus een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbepaling in de zin van artikel 34 VWEU, tenzij hiervoor een objectieve rechtvaardiging bestaat. Het Hof hanteert hier de criteria uit het arrest *Keck en Mithouard*. Het criterium markttoegang is niet aan bod gekomen. Advocaat-Generaal Bot acht artikel 34 VWEU niet van toepassing in deze zaak en besteedt er dan verder helaas ook geen aandacht aan.³⁵⁷ Waarom het Hof zich in deze zaak beperkt tot *Keck en Mithouard* is misschien te verklaren door het feit dat de Vijfde Kamer met *Visnapuu* een heel complexe en brede zaak voorgeschiedt kreeg. De detailhandelsvergunning is inderdaad maar één aspect van de zaak. Of het Hof nu in de toekomst, wanneer het nog verkoopmodaliteiten tegenkomt enkel gebruik zal maken van de *Keck* criteria, of dit slechts een eenmalig terugvalletje was, zal moeten blijken uit de komende rechtspraak.

Scotch Whisky Association – 23 december 2015

In het arrest *Scotch Whisky Association* gaat het opnieuw over alcoholhoudende dranken. De vraag die zich hier stelt is of met het oog op de bescherming van de volksgezondheid, een verhoging van de consumentenprijs van alcohol waarbij een minimum prijs per eenheid alcohol wordt opgelegd voor de detailhandel in alcoholhoudende dranken in strijd is met artikel 34 VWEU.³⁵⁸ Het Hof herinnert eerst aan *Dassonville*. Deze maatregel is geen productvereiste, maar het Hof spreekt zich ook niet uit over het feit of het misschien een verkoopmodaliteit is. Toch ligt het voor de hand dat deze maatregel het vrij verkeer van goederen verhindert. Vanuit het standpunt van de handelaar leidt dit ertoe dat een producent die zijn product in een andere lidstaat goedkoper kan produceren door lagere productie- of arbeidskosten zijn competitief voordeel verliest omdat hij niet aan een prijs lager dan de minimum prijs per eenheid kan verkopen. Vanuit het standpunt van de consument leidt dit

³⁵⁵ Arrest *Visnapuu*, C-198/14, EU:C:2015:751, punt 103.

³⁵⁶ Arrest *Visnapuu*, C-198/14, EU:C:2015:751, punten 104-107.

³⁵⁷ Conclusie in *Visnapuu*, C-198/14, EU:C:2015:463, punten 116-152 en 175.

³⁵⁸ Arrest *Scotch Whisky Association, spiritsEUROPE, Comité de la Communauté économique européenne des Industries et du Commerce des Vins, Vins aromatisés, Vins mousseux, Vins de liqueur et autres Produits de la Vigne (CEEV) t. Lord Advocate, Advocate General for Scotland*, C-333/14, EU:C:2015:845, punt 30. (Hierna: Arrest *Scotch Whisky Association*)

ertoe dat de lagere kostprijs van geïmporteerde producten zijn terugslag niet heeft op de verkoopprijs voor de consument. Dit enkele feit volstaat voor het Hof om te concluderen dat deze maatregel “*de toegang tot de Britse markt [kan] belemmeren van rechtmatig in andere lidstaten dan het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland in het verkeer gebrachte alcoholhoudende dranken, zodat sprake is van een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking in de zin van artikel 34 VWEU*”.³⁵⁹ Het Hof verwijst hierbij naar *Commissie t. Italië, ANETT en Vilniaus energija*, een duidelijke verwijzing naar het markttoegang criterium dat het hanteert. Deze test is flexibeler dan de discriminatie test uit het arrest *Keck en Mithouard*. Het doorslaggevend criterium bestaat er in te toetsen of de toegang tot de markt kan belemmerd worden voor uit andere lidstaten afkomstige producten of niet en dat is exact wat het Hof hier doet. Dit toont dat het criterium van markttoegang ook een elegante oplossing biedt bij gevallen waar het niet geheel duidelijk is of zij te categoriseren zijn als verkoopmodaliteit of niet. Als het even kan, lijkt het Hof de *Keck* discussie te willen vermijden. Het Hof beweert niet uitdrukkelijk dat het concept van minimum prijs per eenheid alcohol in strijd is met artikel 34 VWEU. Enkel wanneer niet gekozen wordt voor een maatregel die, zoals een accijnsverhoging, “*mogelijkerwijs minder beperkend is voor het handelsverkeer en de concurrentie binnen de Unie*”³⁶⁰, zal die keuze in strijd zijn met artikel 34 VWEU. Echter, die beoordeling laat het Hof aan de verwijzende rechter.³⁶¹ Het Hof hanteert opnieuw de term ‘aanzienlijk’, doch enkel in zijn analyse met betrekking tot het bestaan van een mogelijke rechtvaardiging.³⁶²

*Canadian Oil Company Sweden en Rantén*³⁶³ – 17 maart 2016

Deze heel recente zaak behelst chemische stoffen die door Canadian Oil en Rantén ingevoerd zijn in Zweden. Zij hadden deze stoffen echter niet aangegeven bij het Agentschap voor chemische stoffen en bijgevolg waren deze stoffen niet ingeschreven in het nationale register voor stoffen. De openbare aanklager legde hen hiervoor een zware geldboete op, op grond van de Zweedse milieuwet.³⁶⁴ De vraag die zich stelt is of een dergelijke aangifte- en registratieplicht voor chemische stoffen in strijd is met artikel 34 VWEU. Het Hof vangt aan met een herhaling van de *Dassonville* formule en verwijst eveneens naar punt 31 van het

³⁵⁹ Arrest *Scotch Whisky Association*, C-333/14, EU:C:2015:845, punt 32.

³⁶⁰ Arrest *Scotch Whisky Association*, C-333/14, EU:C:2015:845, punt 50.

³⁶¹ Arrest *Scotch Whisky Association*, C-333/14, EU:C:2015:845, punt 50.

³⁶² Arrest *Scotch Whisky Association*, C-333/14, EU:C:2015:845, punt 46.

³⁶³ Arrest *Canadian Oil Company Sweden AB, Anders Rantén t. Riksåklagar*, C-472/14, EU:C:2016:171. (Hierna: Arrest *Canadian Oil en Rantén*)

³⁶⁴ Arrest *Canadian Oil en Rantén*, C-472/14, EU:C:2016:171, punten 16-22.

hierboven vermelde arrest *Scotch Whisky Association*, waar het dat ook deed. Vervolgens stelt het Hof dat “*het opleggen van invoerformaliteiten [...] de handel binnen de Unie en de toegang tot de markt van goederen die rechtmatig in andere lidstaten zijn vervaardigd en in de handel gebracht, [belemmert]*”.³⁶⁵ Dit leidt tot de conclusie dat de aangifte- en registratieplicht *in casu* een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking in de zin van artikel 34 VWEU vormt, tenzij er een objectieve rechtvaardiging voor is. Opnieuw hanteert het Hof het criterium van markttoegang om te bepalen of er een maatregel van gelijke werking speelt.

³⁶⁵ Arrest *Canadian Oil en Rantén*, C-472/14, EU:C:2016:171, punt 44.
Universiteit Gent Faculteit Rechtsgeleerdheid

Conclusie

Uit bovenstaande rechtspraak zijn in essentie drie belangrijke zaken af te leiden. Ten eerste blijkt dat het Hof in grote mate toetst of er een belemmering is voor de toegang tot de markt. Sinds het arrest *Commissie t. Italië* is het Hof het criterium van markttoegang in de hoedanigheid zoals het daar werd geïntroduceerd, consistent blijven toepassen in zijn rechtspraak, met uitzondering van het arrest *Ålands Vindkraft* waar een zuivere toepassing van de *Dassonville*-formule plaatsvond. Doch, *Dassonville* is toch de basis van het criterium van markttoegang. Ook in het arrest *Visnapuu* komt het criterium niet als dusdanig aan bod, maar worden de *Keck*-criteria toegepast. Desalniettemin trekt de markttoegang toets duidelijk het voortouw. Ten tweede is het zo dat er niet meer standaard wordt verwezen naar *Keck en Mithouard* wanneer het Hof het begrip ‘maatregelen van gelijke werking’ duidt. Hoewel het Hof de *Keck* criteria nog hanteert in het geval van een verkoopmodaliteit, bijvoorbeeld in *Visnapuu*, doet het dat niet altijd, bijvoorbeeld in *Ahokainen*, en in *Ker-Optika* was er een samensmelting van beide criteria. Ten derde moet worden opgemerkt dat na *Ker-Optika* de term ‘aanzienlijk’ niet meer wordt gehanteerd door het Hof bij zijn beoordeling aan de hand van het criterium van markttoegang.³⁶⁶ Dit leidt er toe dat het volledige criterium op heden luidt ‘of er een belemmering van de handel binnen de Unie en de toegang tot de markt van goederen die rechtmatig in andere lidstaten zijn vervaardigd en in de handel gebracht, is of kan zijn’. Dit criterium heeft als voordeel dat het flexibeler is dan de *Keck* criteria omdat het toelaat de discriminatie-test achterwege te laten, alsook het categoriseren als verkoopmodaliteit. Bovendien bevestigt dit dat er geen *de minimis* drempel wordt gehanteerd door het Hof en het criterium van markttoegang als autonoom en doorslaggevend criterium kan gebruikt worden.

³⁶⁶ Met uitzondering van *Scotch Whisky Association*, zie hierboven.
Universiteit Gent Faculteit Rechtsgeleerdheid

Afdeling 2: Markttoegang als oplossing voor de formalistische *Keck* criteria.

Nu gebleken is dat het Hof het criterium van markttoegang meer en meer hanteert als doorslaggevend en autonoom criterium, kan men zich de vraag stellen in welke mate dit de *Keck*-criteria vervangt. Kunnen beide toetsen naast elkaar bestaan of komen ze eigenlijk op hetzelfde neer wat de een of de ander overbodig maakt?

De *Keck*-criteria zijn nu bijna drieëntwintig jaar oud. Het Hof is hen nog lang niet vergeten, doch het heeft het arrest *Keck en Mithouard* een hele poos stilgezwegen. Recent in het arrest *Visnapuu* pas paste het Hof de twee voorwaarden nog eens toe op de daar voorliggende verkoopmodaliteit. *Keck* wordt dus nog niet aan de deur gezet. Het is echter een feit dat het criterium van markttoegang haar opmars kent.

Het criterium van markttoegang werpt zich vooreerst in de schijnwerpers in het arrest *Gourmet*, als middel om te bepalen of er discriminatie in feite is tussen de nationale producten en de producten uit andere lidstaten. Het markttoegangcriterium wordt daar gebruikt om vast te stellen of een nationale maatregel die een verkoopmodaliteit vormt in de zin van de vaststaande rechtspraak *Keck en Mithouard* en derhalve buiten het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU valt mits voldaan aan de twee daar gestelde voorwaarden, geïmporteerde goederen feitelijk discrimineert. Met andere woorden, het Hof hanteert het criterium van markttoegang om te weten te komen of de maatregel voldoet aan de tweede voorwaarde of niet. Het criterium van markttoegang is hier nog additioneel aan het tweede *Keck* criterium, namelijk zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten en producten afkomstig uit andere lidstaten. Dit criterium is gebaseerd op het non-discriminatiebeginsel waarvan het criterium van markttoegang dus nog niet los staat. Het is wel zo dat het Hof hier een functionele invulling vond voor de formalistische *Keck* criteria door ook de economische realiteit en de werkelijke impact op het vrij verkeer van goederen mee in overweging te nemen.³⁶⁷

³⁶⁷ Zie ook in die zin A. TRYFONIDOU, "Was Keck a Half-baked Solution After All?" *LIEI* 2007, 177.
Universiteit Gent Faculteit Rechtsgeleerdheid

Vijf jaar later lijkt de tijd rijp om los te komen van het non-discriminatiebeginsel in het arrest *Ahokainen*, dat in afdeling 1 van hoofdstuk 3 reeds aan bod kwam. Daar aanvaardt het Hof dat een belemmering op zich van de toegang tot de markt en de intracommunautaire handel voldoende is om binnen de werkingssfeer van artikel 34 VWEU te vallen. Een discriminatietest zoals in *Keck en Mithouard* is niet meer nodig, er moet niet langer een vergelijking gemaakt worden tussen de nationale producten en de producten afkomstig uit andere lidstaten. Het criterium van markttoegang is hier het doorslaggevende element in de bepaling of er een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking in de zin van artikel 34 VWEU speelt of niet.

In het arrest *Commissie t. Italië* hanteert het Hof het criterium van markttoegang voor het eerst op een wijze die toelaat het in elke zaak als doorslaggevend en autonoom criterium te hanteren, door te stellen dat elke andere maatregel die de toegang tot de markt belemmert een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking in de zin van artikel 34 VWEU is. Maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn zowel rechtens als in feite, kunnen eveneens de toegang tot de markt van een andere lidstaat belemmeren. In de zaak *Commissie t. Italië* komt de litigieuze maatregel neer op een absoluut gebruiksverbod. Echter, het feit dat maatregelen even belemmerend zijn voor zowel nationale producten als producten uit andere lidstaten, neemt niet weg dat zij een belemmering van het vrij verkeer van goederen vormen. Zoals Advocaat-Generaal Jacobs in *Leclerc-Siplec* reeds zei: “Een belemmering van de handel tussen lidstaten kan niet worden weggenomen door het enkele feit dat ook de nationale handel onder een identieke belemmering lijdt.”³⁶⁸

Zoals reeds gesteld in dit verband, wou Advocaat-Generaal Kokott ook gebruiksmodaliteiten, analoog aan verkoopmodaliteiten uit de werkingssfeer van artikel 34 VWEU halen en daarmee de *Keck en Mithouard* rechtspraak verder uitbreiden. Dit werd gelukkig niet gevolgd door het Hof, dat zich eerst uitsprak in de zaak *Commissie t. Italië*. Het Hof geeft daar drie gevallen aan die als maatregelen van gelijke werking te beschouwen zijn³⁶⁹. Ten eerste, maatregelen die met onderscheid van toepassing zijn, ten tweede, productvereisten die zonder onderscheid van toepassing zijn, en ten derde, elke andere maatregel die de toegang tot de markt van een andere lidstaat hindert. Die laatste categorie kan beschouwd worden als een *catch-all* bepaling, wat zou impliceren dat ook de verkoopmodaliteiten uit *Keck* aan het

³⁶⁸ Conclusie in *Leclerc-Siplec t. TFI Publicité SA*, C-412/93, EU:C:1994:393, punt 39.

³⁶⁹ Arrest *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:66, punt 37.

markttoegang criterium kunnen onderworpen worden.³⁷⁰ Een voorbeeld daarvan vindt men al voorafgaand aan *Commissie t. Italië*, waar het Hof in *Ahokainen* geconfronteerd werd met een verkoopmodaliteit en vervolgens niet de *Keck*-criteria maar de markttoegang toets hanteerde.³⁷¹

Terwijl het Hof in *Commissie t. Italië* nog verwees naar de vaste rechtspraak *Dassonville*, *Cassis de Dijon* en *Keck en Mithouard*, laat het na in het daaropvolgende *Mickelsson en Roos* te verwijzen naar *Dassonville* of *Keck*. Bovendien stelt het ook heel duidelijk dat discriminatie niet langer vereist is om onder het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU te vallen.³⁷²

Dat het criterium van markttoegang kan gehanteerd worden als doorslaggevend en autonoom criterium wordt nogmaals bevestigd in het arrest *ANETT* waar het Hof in punt 37 uitdrukkelijk stelt: “Rest nog de vraag, of die regeling niet de toegang tot de Spaanse markt voor uit andere lidstaten afkomstige tabaksproducten belemmert.”³⁷³ Zoals reeds gesteld laat deze vertaling een beetje te wensen over doordat het niet onbelangrijke zinnetje ‘het is noodzakelijk te onderzoeken’ ontbreekt. Terwijl het Hof inderdaad eerst de vaste rechtspraak op een rijtje zet en vaststelt dat *in casu* geen maatregelen die met onderscheid van toepassing zijn of productvereisten die zonder onderscheid van toepassing zijn voorliggen, beslist het uiteindelijk met als doorslaggevend criterium van markttoegang dat de maatregel strijdig is met artikel 34 VWEU. Volgens BARNARD blijkt uit dit arrest dat het criterium van markttoegang een ‘residuaire *catch-all* categorie’ is, welke de andere tests niet vervangt.³⁷⁴ Een dergelijke interpretatie volgt uit een letterlijke lezing van punt 37 van het arrest *Commissie t. Italië* dat stelt ‘eveneens elke *andere* maatregel’, doch een functionele interpretatie lijkt eerder aangewezen aangezien de markttoegang toets niet alleen elke andere, maar ook de maatregelen die met en zonder onderscheid van toepassing zijn, kan omvatten. Het is dus niet alleen omslachtig en verwarrend, maar ook overbodig om de verschillende testen te behouden.

³⁷⁰ C. BARNARD, “Case comment - Trailing a new approach to free movement of goods”, *C.L.J.* 2009, 289.

³⁷¹ Arrest *Ahokainen*, C-434/04, EU:C:2006:609, punt 21.

³⁷² Arrest *Mickelsson en Roos*, C-142/05, EU:C:2009:336, punt 26.

³⁷³ Arrest *ANETT*, C-456/10, EU:C:2012:241, punt 37.

³⁷⁴ C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU - The Four Freedoms*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 106.

In de arresten *Commissie t. Litouwen* en *Commissie t. Polen*, alsook het arrest *Commissie t. Spanje* komen de *Keck* criteria niet meer aan bod en hanteert het Hof het criterium van markttoegang zonder nog maar te verwijzen naar het arrest *Keck en Mithouard*. Het aldaar ingevoerde formalistische onderscheid tussen verkoopmodaliteiten en productvereisten blijkt niet meer relevant te zijn, net als het non-discriminatiebeginsel. Wat telt is of een maatregel de toegang tot de markt belemmert of niet.

Of dit nu betekent dat *Keck en Mithouard* na twintig jaar dienst is ingeruild voor dit criterium van markttoegang is zo zeer de vraag. Het Hof heeft inderdaad de formalistische invulling van het begrip ‘maatregelen van gelijke werking’ bij toepassing van het ingevoerde onderscheid achterwege gelaten voor een functionele invulling die toetst of er een belemmering is voor de toegang tot de markt voor producten die in een andere lidstaat rechtmatig zijn vervaardigd en in de handel gebracht. In het arrest *Ålands Vindkraft* hanteert het Hof echter de *Dassonville* formule om te bepalen of er een maatregel van gelijke werking aan de orde is of niet. Dit kan om verschillende redenen zijn. Ten eerste zou het Hof hiermee kunnen zeggen dat het criterium van markttoegang zo ruim mag geïnterpreteerd worden als de *Dassonville* rechtspraak en beide formules equivalent zijn.³⁷⁵ Dit is een onwaarschijnlijke hypothese aangezien die ruimheid destijds geleid heeft tot de beperking in *Keck en Mithouard*. Ten tweede kan dit betekenen dat het Hof *Dassonville* als overkoepelende bepaling nog steeds naast (of boven?) het criterium van markttoegang wil blijven hanteren. Indien dit het geval is, zullen er in de toekomst nog arresten moeten volgen die een dergelijke piste bevestigen.

In het arrest *Visnapuu* wordt het Hof geconfronteerd met een maatregel die het kwalificeert als een verkoopmodaliteit. Deze vaststelling leidt het Hof ertoe om de *Keck*-criteria van onder het stof te halen. Het criterium van markttoegang komt zowel in het arrest als in de conclusie van Advocaat-Generaal Bot niet aan bod in de reeds gekende formule uit *Commissie t. Italië*. Het Hof brengt de *Dassonville* formule in herinnering en stelt vervolgens dat de vereiste van een detailhandelsvergunning de “in andere lidstaten gevestigde ondernemers belet om vrij alcoholhoudende dranken in Finland in te voeren teneinde die dranken aldaar te verkopen aan de consumenten”.³⁷⁶ Bovendien zijn verschillende voorwaarden gekoppeld aan het verkrijgen van die vergunning wat ertoe leidt dat deze de handel tussen de lidstaten kan

³⁷⁵ Sommige auteurs vinden inderdaad geen of weinig onderscheid tussen beide formules: I. LIANOS, “In memoriam Keck: The Reformation of the EU Law on the Free Movement of Goods”, *E.L.Rev.* 2015, 236-237; J. SNELL, “The notion of market access: a concept or a slogan?”, *CML Rev.* 2010, 449.

³⁷⁶ Arrest *Visnapuu*, C-198/14, EU:C:2015751, punt 99.

belemmeren.³⁷⁷ Dit is *de facto* het criterium van markttoegang, echter in zijn oude hoedanigheid van *Dassonville*. *In casu* speelt een discriminerende maatregel die in de eerste plaats al de *Dassonville* formule niet doorstaat, maar toch nog wegens zijn kwalificatie als verkoopmodaliteit, wordt onderworpen aan de *Keck*-criteria. Het feit dat het Hof hier deze criteria hanteert kan verschillende redenen hebben. Ten eerste zou het Hof hiermee kunnen aangeven dat voor wat betreft verkoopmodaliteiten toch de *Keck*-criteria moeten gebruikt worden en niet het ruime criterium van markttoegang. Dit zou betekenen dat het formele onderscheid tussen productvereisten en verkoopmodaliteiten toch nog niet van de kaart geveegd is en zijn relevantie behoudt. Een dergelijke gang van zaken zou jammer zijn en niet bijdragen tot een eenvormig en duidelijker criterium met het oog op meer rechtszekerheid. Ten tweede is het mogelijk dat dit slechts een kleine inconsistentie is van de Tweede Kamer die door de bomen het bos niet meer zag in deze complexe zaak. Dat zou dan weer vrij bizar zijn aangezien dit arrest een gestructureerde toepassing van het Europees recht weergeeft.

In de meest recente arresten *Scotch Whisky Association* en *Canadian Oil en Rantén* hanteert het Hof het criterium van markttoegang als doorslaggevend en autonoom criterium om te beoordelen of er een door artikel 34 VWEU verboden maatregel van gelijke werking speelt of niet. Het criterium dat dan wordt toegepast is of een nationale regel de handel binnen de Unie en de toegang tot de markt van goederen die rechtmatig in andere lidstaten zijn vervaardigd en in de handel gebracht, belemmert. Een dergelijk criterium is ruim, maar duidelijk en vrij eenvoudig te hanteren. Ook in de zaak *Visnapuu* had dit criterium tot eenzelfde resultaat geleid, terwijl de twijfel over het in stand houden van het in *Keck en Mithouard* gecreëerde onderscheid tussen productvereisten en verkoopmodaliteiten dan niet gezaaid was.

Een eerste aspect van dit criterium is ‘de handel binnen de Unie’. Dit slaat op de intracommunautaire handel en omvat zowel alle maatregelen die de handel tussen lidstaten regelen als alle maatregelen die hoewel zij niet tot doel hebben het handelsverkeer tussen de lidstaten te regelen, toch een belemmering voor het vrij verkeer van goederen teweeg kunnen brengen. Een dergelijke invulling laat in combinatie met een soepele hantering van de

³⁷⁷ Arrest *Visnapuu*, C-198/14, EU:C:2015751, punt 100-102.
Universiteit Gent Faculteit Rechtsgeleerdheid

proportionaliteitstoets toe maatregelen die “*geen bedreiging vormen voor het bouwen van de interne markt buiten het bereik van EU-recht te plaatsen*”.³⁷⁸

Een tweede aspect van dit criterium betreft ‘toegang tot de markt’. Dit slaat eveneens op de intracommunautaire handel en beoogt dat de toegang vrij is zowel in theorie als in de praktijk opdat de goederen vrij zouden kunnen circuleren en de interne markt goed zou werken. In theorie betekent dat er geen maatregelen zijn die de toegang verhinderen voor producten afkomstig uit andere lidstaten. In de praktijk betekent dat er geen maatregelen of geplogenheden zijn die de toegang tot de markt verhinderen of minder aantrekkelijk maken.

Ten derde gaat het om ‘goederen die rechtmatig in andere lidstaten zijn vervaardigd en in de handel gebracht zijn’. Dit is een loutere herinnering aan *Cassis de Dijon* en een toepassing van het principe van wederzijdse erkenning dat een belangrijke rol speelt in de interne markt.

Tot slot gaat het om ‘het belemmeren’ van de intracommunautaire handel en de toegang tot de markt. Belemmeren is een ruime term die alle eerder gehanteerde termen omvat: verhinderen, hinderen, verminderen, minder aantrekkelijk maken, bemoeilijken... De reden hiervoor is dat wanneer een dergelijke term wordt gehanteerd dit evident leidt tot een belemmering van de markttoegang. Bijvoorbeeld wanneer de toegang tot de markt wordt verhinderd, vormt dat een belemmering van de markttoegang, terwijl een belemmering niet noodzakelijk een verhindering in de zin van een verbod op de toegang tot de markt inhoudt, maar ook andere hoedanigheden kan aannemen zoals het minder aantrekkelijk maken van de toegang tot de markt. Het is dus een overkoepelende term.

Hoe dit criterium dan concreet moet getoetst worden is een vraag die bij vele auteurs terugkomt.³⁷⁹ Zoals reeds gesteld leidt dit criterium tot een realistischere rechtspraak in die zin dat het toelaat de economische werkelijkheid in overweging te nemen. Hiervoor is echter nood aan een economische analyse. (Zie ook Hoofdstuk 4) Daarbij kunnen verschillende toetsstenen gebruikt worden, onder andere of er een impact is op het gedrag van

³⁷⁸ S. WEATHERILL, “After Keck: Some thoughts on how to clarify the clarification”, *CML Rev.* 1996, 897; C. BARNARD, “Fitting the remaining pieces into the goods and persons jigsaw?”, *E.L. Rev.* 2001, 55.

³⁷⁹ P. OLIVER en W.H. ROTH, “The internal market and the four freedoms”, *CML Rev.* 2004, 414; J. SNELL, “The notion of market access: a concept or a slogan?”, *CML Rev.* 2010, (437-472) 471; C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU - The Four Freedoms*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 107.

consumenten³⁸⁰, of het mogelijk is voor handelaars of producten om in vrije concurrentie te treden met elkaar³⁸¹, of er bepaalde formaliteiten zijn waarvan een belemmerende werking uitgaat³⁸². Deze lijst is niet exhaustief en moet op basis van de noden in elke concrete zaak invulling krijgen. Zoals reeds gesteld in afdeling 1 van hoofdstuk 2 is er geen *de minimis* drempel, maar dit neemt niet weg dat enkel maatregelen die de intracommunautaire handel *kunnen* belemmeren onder de werkingssfeer van artikel 34 VWEU kunnen vallen en louter hypothetische gevallen buiten beschouwing moeten blijven. Dit betekent dat de rechter zaak per zaak moet nagaan of er een belemmering van de toegang tot de markt is, daadwerkelijk of potentieel. Het feit dat hierdoor een moeilijke taak wordt opgelegd aan de nationale rechters die meestal met deze vragen geconfronteerd worden in eerste instantie, kan gecompenseerd worden door een soepelere aanvaarding door het Hof van de rechtvaardigheidsgronden die hetzij op grond van artikel 36 VWEU, hetzij op grond van de dwingende vereisten, worden aangevoerd ter verdediging van nationale regelgeving. Dit moet tegemoetkomen aan een anders te grote inmenging in het regulerend beleid van de lidstaten met gevaar voor schending van het subsidiariteitsprincipe.³⁸³

³⁸⁰ Bijvoorbeeld: Arrest *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:66, punt 56; Arrest *Mickelsson en Roos*, C-142/05, EU:C:2009:336, punt 26.

³⁸¹ Bijvoorbeeld: Arrest *Scotch Whisky Association*, C-333/14, EU:C:2015:845, punt 50.

³⁸² Bijvoorbeeld: Arrest *Ascafor en Asidac*, C-484/10, EU:C:2012:113 punt 55.

³⁸³ Art. 5 VEU. Zie ook in die zin: C. BARNARD, "Fitting the remaining pieces into the goods and persons jigsaw?", *E.L. Rev.* 2001, 55; C. BARNARD, "Case comment - Trailing a new approach to free movement of goods", *C.L.J.* 2009, 290.

Conclusie

Uit afdeling 1 en 2 van dit hoofdstuk blijkt dat het Hof de *Keck*-criteria in grote mate links laat liggen ten voordele van het criterium van markttoegang dat zich meer en meer profileert als autonoom en doorslaggevend criterium. Autonoom, omdat het los staat van het non-discriminatiebeginsel en niet langer ondergeschikt is of het gevolg is van de toepassing van de *Keck*-criteria. Doorslaggevend, omdat een belemmering van de toegang tot de markt volstaat en als enig element doorslaggevend is voor de beoordeling van een nationale maatregel. De *Keck*-criteria zijn niet helemaal over boord gegooid, ze werden eind 2015 nog eens toegepast in *Visnapuu*. Of dit nu betekent dat beide toetsen naast elkaar bestaan is waarschijnlijk een brug te ver, daarover kan pas uitsluitsel zijn na nieuwe arresten waarin het Hof de *Keck*-criteria opnieuw hanteert. Echter, dit zou te betreuren zijn wanneer dit gebeurt op een manier waarop de criteria niet ondergeschikt zijn aan het criterium van markttoegang, met andere woorden, wanneer zij niet louter als toetsstenen fungeren in de economische analyse, maar opnieuw doorslaggevend worden. Sinds het arrest *Commissie t. Italië, Ker-Optika* en *Visnapuu* buiten beschouwing gelaten, en bevestigd in de meest recente rechtspraak, kan toch vastgesteld worden dat het in *Keck en Mithouard* geïntroduceerde onderscheid tussen de verschillende soorten maatregelen verleden tijd is. Dit heeft tot gevolg dat ook de *Keck*-criteria overbodig zijn geworden aangezien ten eerste verkoopmodaliteiten, niet meer als dusdanig moeten gekwalificeerd worden en ten tweede, een nationale maatregel eenvoudigweg aan het criterium van markttoegang kan getoetst worden. Dit verruimt in zekere zin opnieuw het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU, maar de rechter kan hieraan tegemoetkomen door de proportionaliteitstoets minder streng toe te passen. Het criterium van markttoegang is het resultaat van een geleidelijke evolutie naar een functioneler en duidelijker criterium om te beoordelen of een nationale regel een maatregel van gelijke werking vormt of niet.

Afdeling 3: Markttoegang als criterium in het vrij verkeer van werknemers, recht tot vestiging en vrij verkeer van diensten.

Afdeling 3 gaat onderzoeken in welke mate het mogelijk is om naar analogie het criterium van markttoegang voor goederen ook op het vrij verkeer van werknemers, het recht van vestiging en vrij verkeer van diensten toe te passen. Zoals in de inleiding reeds werd uiteengezet, behoort dit niet tot de doelstelling van de masterproef. Echter, het is niet oninteressant te weten of de toepassing van dit criterium beperkt blijft tot het vrij verkeer van goederen, of het transporteerbaar is naar de vrijheden werknemers, vestiging en diensten. Als het criterium van markttoegang kan gebruikt worden voor de vrijheden goederen, werknemers, vestiging en diensten, dan betekent dit dat het een algemeen, overkoepelend criterium is. Aangezien er een grote hoeveelheid rechtspraak is met betrekking tot deze vrijheden, zal deze masterproef zich beperken tot enkele belangrijke arresten die deel uitmaken van de vaste rechtspraak. Er zij op gewezen dat ook in deze afdeling niet verder ingegaan wordt op de rechtvaardigingsgronden, op een loutere vaststelling na dat ze mogelijk zijn.

Het vrij verkeer van goederen is begonnen met een markttoegang criterium *avant la lettre* in *Dassonville*, via *Cassis de Dijon* en *Keck en Mithouard* langs het non-discriminatiebeginsel gepasseerd, om opnieuw uit te komen bij het criterium van markttoegang in *Commissie t. Italië* zoals het vandaag nog steeds gehanteerd wordt. De vraag die men moet stellen is of er een belemmering van de handel binnen de Unie en de toegang tot de markt van een lidstaat voor goederen die rechtmatig in andere lidstaten zijn vervaardigd en in de handel gebracht, is of kan zijn. Daadwerkelijk of potentieel. In het vrij verkeer van personen en diensten was de uitvalsbasis het non-discriminatiebeginsel op grond van nationaliteit zoals het staat geschreven in artikel 18 van het VWEU: “*Binnen de werkingssfeer van de Verdragen en onverminderd de bijzondere bepalingen, daarin gesteld, is elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden.*” De relevante bepalingen met betrekking tot het vrij verkeer van personen en diensten staan in de artikelen 45-62 VWEU en worden hierna weergegeven. Daarnaast is er ook nog de Dienstenrichtlijn die een betere samenwerking tussen EU lidstaten beoogt om dienstverleners in andere lidstaten te behoeden voor belemmeringen op de

dienstenmarkt.³⁸⁴ Hierop wordt in het kader van deze masterproef niet verder ingegaan om redenen van relevantie.

De artikelen 45 en 49 VWEU omvatten respectievelijk het recht om te werken en het recht op zelfstandig ondernemerschap in andere lidstaten voor EU-burgers. Artikel 56 VWEU wil ervoor zorgen dat dienstverleners, zowel EU-burgers als EU-bedrijven, in andere lidstaten hun diensten kunnen verlenen zonder daarin al te veel belemmerd worden door regelgeving die in het gastland nog eens dezelfde verplichtingen oplegt als in hun thuisland.

DE WERKNEMERS

Artikel 45

- 1. Het verkeer van werknemers binnen de Unie is vrij.*
- 2. Dit houdt de afschaffing in van elke discriminatie op grond van de nationaliteit tussen de werknemers der lidstaten, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden.*

(...)

HET RECHT VAN VESTIGING

Artikel 49

In het kader van de volgende bepalingen zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. Dit verbod heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd.

De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 54, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld.

³⁸⁴ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *PB L* 376 van 27 december 2006, 36-68.
Universiteit Gent Faculteit Rechtsgeleerdheid

*DE DIENSTEN**Artikel 56*

In het kader van de volgende bepalingen zijn de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan die, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht.

(...)

Uit de bepaling met betrekking tot werknemers zelf volgt al dat discriminatie een bijzonder belangrijke factor is bij het bepalen of er een schending is van artikel 45 VWEU of niet. Met betrekking tot het recht van vestiging en de diensten spreekt de wettekst over beperkingen daaraan. Volgens vaste rechtspraak van het Hof moet dit begrip ‘beperking’ worden uitgelegd als zijnde “*alle maatregelen die de uitoefening van deze vrijheid verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken*”.³⁸⁵

Hierna volgt een beknopte analyse van enkele belangrijke arresten met het oog op het ontdekken of het criterium van markttoegang ook in deze vrijheden wordt toegepast.

Säger t. Dennemeyer – 25 juli 1991

Dat directe en indirecte discriminatie op grond van nationaliteit verboden is, blijkt duidelijk uit de wetgeving.³⁸⁶ Ook in *Van Binsbergen* had het Hof reeds gesteld dat “*de beperkingen [...] alle vereisten omvatten welke aan de verrichter van de dienst, [...] worden gesteld en niet gelden voor op het nationale grondgebied gevestigde personen dan wel geëigend zijn de werkzaamheden van de dienstverrichter anderszins te beletten of te hinderen.*”³⁸⁷ Betekent dit nu dat enkel discriminerende maatregelen verboden zijn of reikt het toepassingsgebied van de artikelen inzake vrij verkeer van diensten verder, analoog met de artikelen inzake vrij verkeer van goederen? In het arrest *Säger t. Dennemeyer* biedt het Hof daarop een antwoord:

³⁸⁵ Arrest *Dieter Kraus t. Land Baden-Württemberg*, C-19/92, EU:C:1993:125, punt 32; Arrest *Reinhard Gebhard t. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C-55/94, EU:C:1995:411, punt 37. (Hierna: Arrest *Gebhard*); Arrest *CaixaBank France t. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, in aanwezigheid van: Banque fédérale des banques populaires e.a.*, C-442/02, EU:C:2004:586, punt 11. (Hierna: Arrest *CaixaBank France*)

³⁸⁶ Artikel 45.2 VWEU, artikel 57, laatste alinea VWEU.

³⁸⁷ Arrest *Johannes Henricus Maria van Binsbergen t. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, C-33/74, EU:C:1974:131, punt 10. (Hierna: Arrest *Van Binsbergen*)

“[...] , dat artikel [56 VWEU] niet alleen de afschaffing van iedere discriminatie van de dienstverrichter op grond van diens nationaliteit verlangt, maar tevens de opheffing van iedere beperking – ook indien deze **zonder onderscheid** geldt voor binnenlandse dienstverrichters en dienstverrichters uit andere lidstaten – die de werkzaamheden van de dienstverrichter die in een andere lidstaat is gevestigd en aldaar rechtmatig gelijksoortige diensten verricht, verbiedt of anderszins belemmert.”³⁸⁸

Hieruit blijkt dat ook maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn onder het toepassingsgebied van artikel 56 VWEU en volgende vallen. Bovendien komt deze rechtspraak later meermaals terug.³⁸⁹ Het Hof voegt daar sinds het arrest *Kraus* aan toe: ‘minder aantrekkelijk maakt’. Er staat echter niet bij of men zoals in *Keck en Mithouard* een vergelijking moet maken gebaseerd op het non-discriminatiebeginsel, of eerder dat het loutere feit dat een maatregel de intracommunautaire dienstverlening kan belemmeren zonder een vergelijking te moeten maken, volstaat, zoals bij het criterium van markttoegang. In de doctrine zijn er auteurs die stellen dat er geen toepassing is van *Keck en Mithouard* in het vrij verkeer van diensten³⁹⁰, andere stellen dat dit wel mogelijk is.³⁹¹ Advocaat-Generaal Fennelly stelt hierover in *Graf*, een zaak met betrekking tot vrij verkeer van werknemers die pas veel later volgt, dat:

“de analogie tussen beide gebieden zelden perfect is en dat inzonderheid de overwegingen in het arrest *Keck* slechts dan tot het gebied van het vrij verkeer van werknemers kunnen worden uitgebreid, wanneer zij worden beperkt tot hun fundamentele elementen met weglating van de starre en formele verschillen - tussen de voorschriften waaraan goederen moeten beantwoorden en die met betrekking tot bepaalde

³⁸⁸ Arrest *Manfred Säger t. Dennemeyer & Co. Ltd*, C-76/90, EU:C:1991:331, punt 12. (Hierna: Arrest *Säger t. Dennemeyer*)

³⁸⁹ Arrest *Raymond Vander Elst t. Office des migrations internationales*, C-43/93, EU:C:1994:310, punt 14; Arrest *Strafzaak t. Michel Guiot en Climatec SA, als burgerlijk aansprakelijke werkgever*, C-272/94, EU:C:1996:147, punt 10; Arrest *Reisebüro Broede t. Gerd Sandker*, C-3/95, EU:C:1996:487, punt 25; Arrest *Société civile immobilière Parodi t. Banque H. Albert de Bary et Cie*, C-222/95, EU:C:1997:345, punt 18; Arrest *Strafzaken tegen Jean-Claude Arblade en Arblade & Fils SARL en Bernard Leloup, Serge Leloup en Sofrage SARL*, gevoegde zaken C-369/96 en C-376/96, EU:C:1999:575, punt 33; Arrest *Laval un Partneri Ltd t. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan en Svenska Elektrikerförbundet*, C-341/05, EU:C:2007:809, punt 99.

³⁹⁰ Advocaat-Generaal Maduro in zijn Conclusie in *Alfa Vita*, gevoegde zaken C-158/04 en C-159/04, EU:C:2006:212, punt 33; A. TRYFONIDOU, “Further steps on the road to convergence among the market freedoms”, *E.L. Rev.* 2010, 38.

³⁹¹ M. VAN HUFFEL, “The Legal Framework for Financial Services and the Internet” in N. N. SHUIBHNE (ed.), *Regulating the Internal Market*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2006, (144) 177-178. Universiteit Gent Faculteit Rechtsgeleerdheid

*verkoopmodaliteiten - die kenmerkend zijn voor het productieproces en de distributie van goederen.*³⁹²

Wat vaststaat, is dat hier een parallellisme bestaat met het principe van wederzijdse erkenning uit *Cassis de Dijon*. Net zoals goederen die in een lidstaat rechtmatig worden vervaardigd en in de handel gebracht, moeten ook diensten die rechtmatig in een lidstaat worden verricht, als dusdanig erkend worden in de andere lidstaten.

Alpine Investments – 10 mei 1995

Een ander belangrijk arrest betreft *Alpine Investments*. Dit arrest behandelt het in Nederland opgelegde verbod om particulieren zonder hun voorafgaande schriftelijke toestemming telefonisch te benaderen om verschillende financiële diensten aan te bieden, ook wel ‘cold calling’ genaamd.³⁹³ Het Hof stelt vast dat dit verbod aan de marktdeelnemers een snelle en rechtstreekse mogelijkheid om reclame te maken en potentiële opdrachtgevers in andere lidstaten te benaderen ontnemt, hetgeen een beperking op het vrij verrichten van diensten oplevert.³⁹⁴ Bovendien wijst het Hof op het feit dat artikel 56 VWEU zowel beperkingen door de staat waar de dienst wordt ontvangen, als beperkingen door de staat van herkomst omvat.³⁹⁵ De Nederlandse en Britse regering voeren aan dat dit verbod vergelijkbaar is met een verkoopmodaliteit in de zin van *Keck en Mithouard*. Het Hof gaat hier niet mee akkoord en stelt dat de maatregel nog steeds strijdig kan zijn met artikel 56 VWEU ook al zijn de *Keck* criteria vervuld.³⁹⁶ Vervolgens herhaalt het opnieuw de *Keck* formule³⁹⁷, stellende dat maatregelen niet van dien aard zijn de handel te belemmeren indien zij in de eerste plaats van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën, en indien zij in de tweede plaats zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere lidstaten. Echter, hier is de situatie helemaal anders:

“Een verbod als hier aan de orde is, gaat uit van de Lid-Staat waar de dienstverrichter is gevestigd en betreft niet enkel de aanbiedingen die hij heeft gedaan aan ontvangers die op

³⁹² Conclusie in *Volker Graf tegen Filzmoser Maschinenbau GmbH*, C-190/98, EU:C:1999:423, punt 18.

³⁹³ Arrest *Alpine Investments BV t. Minister van Financiën*, C-384/93, EU:C:1995:126, punt 2. (Hierna: Arrest *Alpine Investments*)

³⁹⁴ Arrest *Alpine Investments*, C-384/93, EU:C:1995:126, punt 28.

³⁹⁵ Arrest *Alpine Investments*, C-384/93, EU:C:1995:126, punt 30.

³⁹⁶ Arrest *Alpine Investments*, C-384/93, EU:C:1995:126, punt 35.

³⁹⁷ Arrest *Alpine Investments*, C-384/93, EU:C:1995:126, punt 37.

*het grondgebied van die staat zijn gevestigd, of zich daarheen begeven om diensten te ontvangen, maar ook de aanbiedingen die zijn gericht tot ontvangers die zich op het grondgebied van een andere Lid-Staat bevinden. Het verbod is dan ook **rechtstreeks van invloed op de toegang tot de dienstenmarkt in de andere Lid-Staten en kan derhalve het intra-communautaire dienstenverkeer belemmeren.***³⁹⁸

Hieruit volgt dat deze regeling een beperking op het vrij verrichten van diensten in de zin van artikel 56 VWEU oplevert. Zoals uit deze zaak blijkt, toetst het Hof door middel van de *Dassonville* formule aan het criterium van markttoegang om te bepalen of er een beperking in de zin van artikel 56 VWEU is. Sommige auteurs vinden dit een naïeve invulling van artikel 56 VWEU omdat het niet discriminatie, maar feitelijke handelsbelemmeringen centraal stelt.³⁹⁹ Een andere auteur stelt terecht dat dit leidt tot meer realistische rechtspraak door rekening te houden met ‘de aard van diensten’ en de technologische mogelijkheden om die te verrichten.⁴⁰⁰

Gebhard – 30 november 1995

Gebhard is een Duitse onderdaan die op duurzame wijze een beroepswerkzaamheid uitoefent in Italië. De raad van de orde van advocaten en procureurs te Milaan hebben een tuchtprocedure ingeleid tegen hem omdat hij bepaalde wetsverplichtingen niet is nagekomen door dit te doen in een door hem opgericht kantoor en zich daarbij ‘avvocato’ te noemen.⁴⁰¹ De bepalingen betreffende het recht van vestiging zijn van toepassing. Het Hof bepaalt dat wanneer de toegang tot een specifieke werkzaamheid in de lidstaat van ontvangst in het geheel niet is gereguleerd, de onderdanen van andere lidstaten het recht hebben zich in die lidstaat te vestigen en daar dezelfde werkzaamheid uit te oefenen. Wanneer daarentegen in de lidstaat van ontvangst bepaalde voorwaarden voor de toegang tot of de uitoefening van een specifieke werkzaamheid gelden, dan moet de onderdaan in principe aan die voorwaarden voldoen als hij die werkzaamheid wenst uit te oefenen in de andere lidstaat.⁴⁰² Echter, dit is niet absoluut. Het Hof herinnert eraan dat

³⁹⁸ Arrest *Alpine Investments*, C-384/93, EU:C:1995:126, punt 38. (Vet toegevoegd)

³⁹⁹ D. CHALMERS, G. DAVIES & G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, University Press, 2014, 809.

⁴⁰⁰ V. HATZOPOULOS, “Case C-384/93, *Alpine Investments BV v. Minister van Financien*, Judgment of 10 May 1995, nyr.”, *CML Rev.* 1995, 1434.

⁴⁰¹ Arrest *Gebhard*, C-55/94, EU:C:1995:411, punt 2.

⁴⁰² Arrest *Gebhard*, C-55/94, EU:C:1995:411, punten 34-36.

“*nationale maatregelen die de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, aan vier voorwaarden moeten voldoen: zij moeten zonder discriminatie worden toegepast, zij moeten hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, zij moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en zij mogen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel.*”⁴⁰³

Deze formule die vaste rechtspraak is, doet denken aan *Cassis de Dijon* dat eveneens met dwingende eisen een maatregel die zonder onderscheid van toepassing is, kan rechtvaardigen mits die geschikt en proportioneel zijn. Daarnaast is het ook een toepassing van het criterium van markttoegang in die zin dat het Hof hiermee stelt dat alle nationale maatregelen die de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, moeten beschouwd worden als beperkingen voor het vrij verkeer en er dus geen vergelijking dient gemaakt te worden tussen nationale en uit een andere lidstaat afkomstige diensten. Het non-discriminatiebeginsel wordt hier niet gehanteerd.

Bosman – 15 december 1995

Ook in het vrij verkeer van werknemers komt dit aan bod. In de zaak *Bosman* herhaalt het Hof deze formule uit *Kraus* en *Gebhard* met betrekking tot de transferregels die in principe een verboden belemmering van het vrij verkeer van werknemers in de zin van artikel 45 VWEU opleveren.⁴⁰⁴ Het Hof stelt dat niet alleen nationale bepalingen die “*onderdanen minder gunstig behandelen wanneer zij op het grondgebied van een andere lidstaat een economische activiteit willen verrichten*”⁴⁰⁵ strijdig zijn met de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van personen, maar tevens nationale “*bepalingen die een onderdaan van een lidstaat beletten of ervan weerhouden zijn land van herkomst te verlaten om zijn recht van vrij verkeer uit te oefenen*”, ook al zijn die bepalingen zonder onderscheid naar nationaliteit van toepassing.⁴⁰⁶ Met andere woorden, niet alleen maatregelen die de toegang tot de markt belemmeren, maar ook maatregelen die de uitoefening van een recht van vrij verkeer

⁴⁰³ Arrest *Gebhard*, C-55/94, EU:C:1995:411, punt 37; Arrest *Dieter Kraus t. Land Baden-Württemberg*, C-19/92, EU:C:1993:125, punt 32. (Vet toegevoegd)

⁴⁰⁴ Arrest *Union royale belge des sociétés de football association ASBL t. Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA t. Jean-Marc Bosman en anderen en Union des associations européennes de football (UEFA) t. Jean-Marc Bosman*, C-415/93, EU:C:1995:463, punt 104. (Hierna: Arrest *Bosman*)

⁴⁰⁵ Arrest *Bosman*, C-415/93, EU:C:1995:463, punt 94.

⁴⁰⁶ Arrest *Bosman*, C-415/93, EU:C:1995:463, punt 96.

belemmeren, moeten beschouwd worden als zijnde verboden onder artikel 45 VWEU. Een onderscheid maken naargelang de toegang of de uitoefening belemmerd wordt, is nutteloos omdat die laatste wordt geacht deel uit te maken van die eerste.⁴⁰⁷ De transferregels die *in casu* aan de orde zijn, kunnen evenmin gelijkgesteld worden aan verkoopmodaliteiten in de zin van het arrest *Keck en Mithouard* zoals ook in *Alpine Investments* het geval was.⁴⁰⁸ Deze regels stellen een rechtstreekse voorwaarde voor de toegang van de spelers tot de arbeidsmarkt van de andere lidstaten. Dit leidt ertoe dat deze regels strijdig zijn met artikel 45 VWEU en aldus een verboden belemmering van het vrij verkeer van werknemers inhoudt. Net zoals in het wetsartikel staat het beginsel van non-discriminatie in deze rechtspraak centraal, maar daarnaast blijft toch ook de toegang tot de markt niet onvermeld.

Casa Uno – 20 juni 1996

Deze zaken betreffen een Italiaanse regeling inzake de sluiting van detailhandelszaken op zon- en feestdagen die door bepaalde exploitanten van grote winkelcentra overtreden werd met als gevolg dat zij onderworpen werden aan overheidsmaatregelen.⁴⁰⁹ In *Casa Uno* ligt ook een vraag naar verenigbaarheid met artikel 34 VWEU voor, maar die wordt in het kader van deze afdeling niet besproken.⁴¹⁰ Met betrekking tot de vrijheid van vestiging stelt het Hof vast dat

*“de betrokken regeling geldt voor alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën, dat zij overigens niet tot doel heeft de vestigingsvoorwaarden voor de betrokken ondernemingen te regelen, en ten slotte dat de beperkingen die zij voor de vrijheid van vestiging zou kunnen teweeg brengen zo onzeker en indirect zijn, dat van de in de regeling vervatte verplichting niet kan worden gezegd dat zij deze vrijheid belemmert.”*⁴¹¹

⁴⁰⁷ Conclusie in *Bosman*, C-415/93, EU:C:1995:293, punt 208 en verder; C. BARNARD, “Fitting the remaining pieces into the goods and persons jigsaw?”, *E.L. Rev.* 2001, 58.

⁴⁰⁸ Arrest *Bosman*, C-415/93, EU:C:1995:463, punten 102-103.

⁴⁰⁹ Arrest *Semeraro Casa Uno Srl e.a. t. Sindaco del Comune di Erbusco e.a.*, gevoegde zaken C-418/93, C-419/93, C-420/93, C-421/93, C-460/93, C-461/93, C-462/93, C-464/93, C-9/94, C-10/94, C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 en C-332/94, EU:C:1996:242, punten 1-5. (Hierna: Arrest *Casa Uno*, C-418/93)

⁴¹⁰ Een gelijkaardige zaak die hieraan vooraf ging is het arrest *Punto Casa* dat besproken werd in het kader van vrij verkeer van goederen en een formalistische toepassing van de *Keck*-criteria betrof, zie hoofdstuk 1, afdeling 2.

⁴¹¹ Arrest *Casa Uno*, C-418/93, EU:C:1996:242, punt 32.

Deze formulering komt deels terug in het arrest *Peralta* dat werd besproken in het kader van vrij verkeer van goederen en dat voorafging aan dit arrest⁴¹² en illustreert dat het Hof ook in andere vrijheden moeilijkheden ervaart in de afbakening van de werkingssfeer van die corresponderende artikelen. Het gaat *in casu* duidelijk over nationale regelgeving die tot doel heeft een verkoopmodaliteit te regelen: alle winkels moeten gesloten zijn op zondag, behalve in uitzonderlijke gevallen. Hier is het dus wel mogelijk om *Keck en Mithouard* naar analogie toe te passen. Het Hof herhaalt daartoe de eerste voorwaarde en gaat verder dat deze regel irrelevant is voor de vestigingsvoorwaarden, om te eindigen met een toepassing van het criterium van markttoegang. Hoewel dit opnieuw aanleiding zou kunnen geven tot discussie over het al dan niet bestaan van een *de minimis* regel, concludeert het Hof hiermee eigenlijk dat deze nationale regel rechtstreeks, noch onrechtstreeks, daadwerkelijk, noch potentieel de vrijheid van vestiging kan belemmeren.

*Graf*⁴¹³ – 27 januari 2000

Dit arrest gaat over het vrij verkeer van werknemers. De vraag die zich hier stelt, is of de omstandigheid dat een werknemer die zijn arbeidsovereenkomst vrijwillig heeft opgezegd om in het buitenland te gaan werken, zijn wettelijk recht op de ontslagvergoeding die door zijn werkgever bij gedwongen opzegging, ontslag of pensionering moet worden betaald, verliest, een beperking kan vormen wanneer het bedrag van die vergoeding verband houdt met de duur van het ononderbroken dienstverband van de werknemer bij zijn vroegere werkgever.⁴¹⁴ Het Hof herinnert aan *Bosman* met betrekking tot het feit dat EU-burgers op het grondgebied van andere lidstaten een economische activiteit moeten kunnen uitoefenen wanneer zij dat willen en daarvoor hun land van herkomst moeten kunnen verlaten.⁴¹⁵ Echter opdat die bepalingen een belemmering voor het vrij verkeer van werknemers zou vormen, dienen zij “*evenwel van invloed zijn op de toegang van de werknemers tot de arbeidsmarkt*”.⁴¹⁶ Het Hof hanteert hier een criterium van markttoegang om te toetsen of een werknemer wordt belemmerd om zijn arbeidsovereenkomst op te zeggen en bij een ander te beginnen. Echter, een recht op compensatie hangt niet af van de keuze van de werknemer om al dan niet bij zijn werkgever in dienst te blijven, “*maar van een toekomstige en hypothetische gebeurtenis, te weten de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst zonder dat hij daartoe zelf het initiatief heeft*

⁴¹² Arrest *Peralta*, C-379/92, EU:C:1994:296, punt 24.

⁴¹³ Arrest *Volker Graf t. Filzmoser Maschinenbau GmbH*, C-190/98, EU:C:2000:49. (Hierna: Arrest *Graf*)

⁴¹⁴ Conclusie in *Graf*, C-190/98, EU:C:1999:423, punt 1.

⁴¹⁵ Arrest *Graf*, C-190/98, EU:C:2000:49, punt 21-22.

⁴¹⁶ Arrest *Graf*, C-190/98, EU:C:2000:49, punt 23. (Vet toegevoegd)

genomen of deze gebeurtenis aan hem is toe te rekenen.”⁴¹⁷ Het Hof besluit bijgevolg dat een dergelijke gebeurtenis “een te onzekere en indirecte omstandigheid” is, om een belemmering van het vrij verkeer van werknemers te vormen.⁴¹⁸ Opnieuw zou men kunnen stellen dat het Hof hier een *de minimis* drempel hanteert⁴¹⁹, echter dit betekent gewoon dat de ‘toekomstige en hypothetische gebeurtenis’ niet daadwerkelijk en ook niet potentieel is waardoor zij bijgevolg geen belemmering kan vormen, naar analogie met de *Dassonville* formule.

CaixaBank France – 5 oktober 2004

Een andere zaak over de vrijheid van vestiging is *CaixaBank France*. Het betreft een Franse regeling die verbiedt om rente te vergoeden over rekeningen-courant in euro’s.⁴²⁰ Nadat het Hof in herinnering heeft gebracht wat moet verstaan worden onder ‘beperkingen’ in de zin van artikel 49 VWEU, zoals het ook in *Kraus* en *Gebhard* deed, stelt het dat dit verbod ‘een ernstige belemmering’ vormt voor vennootschappen uit andere lidstaten dan Frankrijk om aldaar via een dochteronderneming hun activiteiten uit te oefenen, “hetgeen hun toegang tot de markt ongunstig beïnvloed.”⁴²¹ Doordat deze kredietinstellingen een doeltreffende concurrentiewijze wordt ontnomen ten opzichte van de Franse kredietinstellingen waarmee de Franse consument vertrouwd is, bemoeilijkt dit verbod hun toegang tot de markt.⁴²² Eenzelfde redenering is terug te vinden in de arresten *Gourmet International* en *Deutscher Apothekerverband* met betrekking tot reclame die als een doeltreffende manier werd beschouwd om in de markt van een andere lidstaat door te dringen.⁴²³ Het Hof hanteert dus een criterium van markttoegang, maar haalt de mosterd bij het mededingingsrecht voor wat betreft de redenering. Dit Frans verbod bemoeilijkt de toegang tot de markt niet omdat het uit andere lidstaten afkomstige kredietinstellingen de toegang tot de markt verhindert, maar omdat het verbod hen in een positie plaatst van waaruit zij moeilijker kunnen concurreren met de reeds gekende Franse kredietinstellingen.⁴²⁴

⁴¹⁷ Arrest *Graf*, C-190/98, EU:C:2000:49, punt 24.

⁴¹⁸ Arrest *Graf*, C-190/98, EU:C:2000:49, punt 25.

⁴¹⁹ D. CHALMERS, G. DAVIES & G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, University Press, 2014, 864.

⁴²⁰ Arrest *CaixaBank France*, C-442/02, EU:C:2004:586, punt 8.

⁴²¹ Arrest *CaixaBank France*, C-442/02, EU:C:2004:586, punt 12.

⁴²² Arrest *CaixaBank France*, C-442/02, EU:C:2004:586, punten 13-14.

⁴²³ Arrest *Gourmet International*, C-405/98, EU:C:2001:135, punten 19, 21 en 25; Arrest *Deutscher Apothekerverband*, C-322/01, EU:C:2003:664, punt 72.

⁴²⁴ Zie ook in die zin: D. CHALMERS, G. DAVIES & G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, University Press, 2014, 882-883.

Viacom Outdoor – 17 februari 2005

De vraag die zich in deze zaak stelt is of de heffing van een gemeentebelasting “*op de levering van aanplakdiensten die een grensoverschrijdend karakter hebben vanwege de plaats van vestiging van hetzij de dienstverlener hetzij degene ten behoeve van wie de dienst wordt verricht*”, strijdig is met artikel 56 VWEU.⁴²⁵ Het Hof herinnert eraan dat elke beperking moet opgeheven worden, ook diegene die zonder onderscheid van toepassing zijn.⁴²⁶ De belastingmaatregel die hier voorligt, is zonder onderscheid van toepassing “*op alle diensten die buitenreclame en openbare aanplakking op het grondgebied van de betrokken gemeente inhouden. De regels voor de inning van deze belasting maken dus geen onderscheid naar de plaats van vestiging van de dienstverlener of van degene te wiens behoeve de dienst wordt verricht, en evenmin naar de herkomst van de producten of de diensten waarop de reclameboodschappen betrekking hebben.*”⁴²⁷ Hoewel er dus *de iure* geen onderscheid is, kan toch geargumenteed worden dat het moeilijker is voor plaatselijke reclame-agentschappen om cliënten uit andere lidstaten aan te trekken door de bijkomende kosten. Het Hof stelt verder dat het slechts om een bescheiden bedrag gaat dat alleen verschuldigd is bij gebruik van openbare ruimte die door de gemeentelijke overheid wordt beheerd. Dit leidt het Hof tot de conclusie dat de belasting “*niet van dien aard [is] dat zij de levering van reclamediensten op het grondgebied van de betrokken gemeenten belet, hindert of anderszins minder aantrekkelijk maakt, ook niet wanneer die diensten een grensoverschrijdend karakter hebben vanwege de plaats van vestiging van hetzij de dienstverlener hetzij degene ten behoeve van wie de dienst wordt verricht.*”⁴²⁸ Het Hof gebruikt hier de woorden uit *Gebhard* maar hanteert het criterium van markttoegang met een drempel. De bijkomende kosten vormen geen belemmering voor vrije dienstverrichting volgens het Hof, maar ‘het belemmeren, hinderen of minder aantrekkelijk maken’ is wel nog steeds het uitgangspunt. Dit reflecteert de zoektocht naar een afbakening van wat het Hof soms ervaart als een te wijd concept, zoals het na *Cassis de Dijon* ook grenzen wou stellen aan het toepassingsgebied inzake vrij verkeer van goederen.

⁴²⁵ Arrest *Viacom Outdoor Srl t. Giotto Immobilier SARL*, C-134/03, EU:C:2005:94, punt 34. (Hierna: Arrest *Viacom Outdoor*)

⁴²⁶ Arrest *Viacom Outdoor*, C-134/03, EU:C:2005:94, punt 35.

⁴²⁷ Arrest *Viacom Outdoor*, C-134/03, EU:C:2005:94, punt 37.

⁴²⁸ Arrest *Viacom Outdoor*, C-134/03, EU:C:2005:94, punt 37. (Vet toegevoegd)

Mobistar – 8 september 2005

Ook in deze zaak betreft het een gemeentelijke belasting. Wanneer een nationale autoriteit of een plaatselijke overheid bij reglement een belasting instelt op de infrastructuur voor mobiele en persoonlijke communicatie die bij de exploitatie van de in de vergunningen en machtigingen bepaalde werkzaamheden wordt gebruikt, is dat dan strijdig met artikel 56 VWEU?⁴²⁹ Mobistar en Belgacom Mobile verzoeken om de opheffing van die gemeentebelastingen op antennes, masten en pylonen voor GSM-ontvangst, respectievelijk buitenantennes. Deze antennes zijn noodzakelijk zowel voor nationale oproepen als voor oproepen naar of vanuit andere lidstaten. Het Hof herinnert eraan dat lidstaten verplicht zijn hun bevoegdheden in overeenstemming met het EU-recht uit te oefenen, dat is het principe van loyale samenwerking. Daarnaast herhaalt het ook dat elke beperking moet opgeheven worden, ook diegene die zonder onderscheid van toepassing zijn⁴³⁰ en dat een nationale regeling die ertoe leidt dat het verrichten van diensten tussen lidstaten moeilijker wordt dan het verrichten van diensten binnen één lidstaat strijdig is met artikel 56 VWEU.⁴³¹ In deze overweging lijkt het nodig een vergelijking te maken zoals ook in de tweede vereiste van *Keck en Mithouard* nodig is. Echter, het Hof lijkt ‘beperking’ hier veel nauwer in te vullen want zij stelt vervolgens dat artikel 56 VWEU daarentegen geen betrekking heeft “op maatregelen die uitsluitend tot gevolg hebben dat er voor de dienstverrichting in kwestie extra kosten ontstaan en die het verrichten van diensten tussen lidstaten en het verrichten van diensten binnen één lidstaat gelijkelijk raken”.⁴³² Artikel 56 VWEU verzet zich aldus niet tegen een gemeentebelasting zoals diegene die voorligt *in casu*. Net zoals in *Viacom Outdoor* is het dus geen probleem dat er bijkomende kosten zijn zolang die maar bescheiden blijven. Een dergelijke invulling is minder breed dan bijvoorbeeld *Alpine Investments* of *Gebhard* waar louter onderzocht wordt of een maatregel de toegang tot de markt of de uitoefening van de fundamentele vrijheden wordt belemmerd of minder aantrekkelijk gemaakt.

Commissie t. Italië (verzekering) – 28 april 2009

In dit arrest zet het Hof duidelijk op een rijtje hoe artikel 56 VWEU moet geïnterpreteerd worden, te beginnen met het ‘verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken’ van de vrijheid van vestiging en dienstverrichting, zoals ook in *CaixaBank France* gesteld.⁴³³ Het

⁴²⁹ Arrest *Mobistar NV t. Commune de Fléron, en Belgacom Mobile NV t. Gemeente Schaarbeek*, gevoegde zaken C-544/03 en C-545/03, EU:C:2005:518, punt 26. (Hierna: Arrest *Mobistar*)

⁴³⁰ Arrest *Mobistar*, gevoegde zaken C-544/03 en C-545/03, EU:C:2005:518, punt 29.

⁴³¹ Arrest *Mobistar*, gevoegde zaken C-544/03 en C-545/03, EU:C:2005:518, punt 30.

⁴³² Arrest *Mobistar*, gevoegde zaken C-544/03 en C-545/03, EU:C:2005:518, punt 31.

⁴³³ Arrest *Commissie t. Italië*, C-518/06, EU:C:2009:270, punt 62.

Hof wijst er op dat het feit dat maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn in een bepaalde lidstaat, in een andere lidstaat minder strikt of commercieel voordeliger zijn niet leidt tot een beperking in de zin van het Verdrag.⁴³⁴ Wat dan wel moet verstaan worden onder het begrip ‘beperking’ is het volgende: “*door een lidstaat genomen maatregelen die, hoewel zij zonder onderscheid toepasselijk zijn, de **toegang tot de markt** voor ondernemingen van andere lidstaten ongunstig beïnvloeden en dus de intracommunautaire handel **belemmeren***”⁴³⁵ Het Hof verwijst hierbij naar de arresten *Alpine Investments* punten 35 en 38 welke betrekking hebben op het arrest *Keck en Mithouard*, en *CaixaBank France* punt 12 welke het criterium van markttoegang behelst. Deze zaak omvat een contracteerplicht in het kader van de wettelijke aansprakelijkheidsverzekering motorvoertuigen. De erkenning van de administratieve vergunning van uit andere lidstaten afkomstige verzekeringsondernemingen door de Italiaanse autoriteiten komt hierdoor echter niet in het gedrang waardoor er geen afbreuk wordt gedaan aan hun toegang tot de markt.⁴³⁶ Niettegenstaande acht het Hof dit wel “*een substantiële inmenging in de contractvrijheid die ondernemers in principe genieten.*”⁴³⁷ Die inmenging kan namelijk leiden tot ‘aanzienlijke bijkomende kosten’ voor verzekeringsondernemingen uit andere lidstaten op vlak van organisatie en investeringen, alsook door het opnieuw moeten uitwerken van een beter passende strategie.⁴³⁸ Het Hof besluit dat de aanpassingen en kosten die de ondernemingen genoodzaakt zijn te maken door de contracteerplicht ‘van een dergelijke omvang’ zijn dat “*zij **de toegang tot de Italiaanse markt** minder aantrekkelijk [maakt] en [...] zij bij betreding van die markt het vermogen van de betrokken ondernemingen om van meet af aan efficiënt te concurreren met de van oudsher in Italië gevestigde ondernemingen [vermindert].*”⁴³⁹ Het feit dat de toegang tot de markt wordt belemmerd, volstaat voor het Hof om te besluiten dat er een beperking is van de vrijheid van vestiging en de vrijheid om diensten te verrichten. Hoewel de wet dus zowel op nationale dienstverrichters als op dienstverrichters afkomstig uit een andere lidstaat gelijkelijk van toepassing is, heeft zij in de praktijk een verschillende invloed. De Italiaanse verzekeringsondernemingen kennen de Italiaanse wetgeving en houden er rekening mee van bij het opstarten, terwijl ondernemingen afkomstig uit andere lidstaten zich moeten aanpassen aan die vereisten die zij misschien niet kennen. Dit doet denken aan de productvereisten uit *Cassis de Dijon* die eveneens strijdig zijn met artikel 34 VWEU tenzij er een objectieve

⁴³⁴ Arrest *Commissie t. Italië*, C-518/06, EU:C:2009:270, punt 63.

⁴³⁵ Arrest *Commissie t. Italië*, C-518/06, EU:C:2009:270, punt 64. (Vet toegevoegd)

⁴³⁶ Arrest *Commissie t. Italië*, C-518/06, EU:C:2009:270, punt 65.

⁴³⁷ Arrest *Commissie t. Italië*, C-518/06, EU:C:2009:270, punt 66.

⁴³⁸ Arrest *Commissie t. Italië*, C-518/06, EU:C:2009:270, punten 67-69.

⁴³⁹ Arrest *Commissie t. Italië*, C-518/06, EU:C:2009:270, punt 70. (Vet toegevoegd)

rechtvaardiging voor is. Naar analogie betekent dit dat dienstverrichters hun diensten moeten kunnen verlenen in de lidstaat van ontvangst op dezelfde manier als in hun lidstaat van herkomst, tenzij er een objectieve rechtvaardiging is om daarvan af te wijken.⁴⁴⁰

Volksbank Romania – 12 juli 2012

In het arrest *Volksbank Romania* ligt de vraag voor of een Roemeense bepaling die kredietinstellingen verbiedt om bepaalde bankprovisies in rekening te brengen strijdig is met artikel 56 VWEU.⁴⁴¹ In zijn analyse herhaalt het Hof wat het reeds gesteld had in *Commissie t. Italië (verzekering)* in verband met wat moet begrepen worden onder het begrip ‘beperking’. Het loutere feit dat in een andere lidstaat minder ingrijpende of economisch gunstigere maatregelen van toepassing zijn op verrichters van soortgelijke diensten, leidt niet tot een beperking in de zin van het Verdrag.⁴⁴² Het criterium dat opnieuw gehanteerd wordt is het criterium van markttoegang, net zoals in *Commissie t. Italië*: de toegang tot de markt voor ondernemingen van andere lidstaten ongunstig beïnvloeden, ook al gebeurt dit door een maatregel die zonder onderscheid van toepassing is, is strijdig met artikel 56 VWEU.⁴⁴³ Het Hof redeneert dat dit verbod *in casu* irrelevant is voor de toelating in Roemenië van uit andere lidstaten afkomstige kredietinstellingen, alsook dat er eigenlijk geen daadwerkelijke inmenging is in hun contractvrijheid, in tegenstelling tot in *Commissie t. Italië*.⁴⁴⁴ Het Hof erkent dat bepaalde contractuele bedingen misschien moeten worden aangepast, maar stelt dat het verbod “*op zich geen bijkomende last voor in andere lidstaten gevestigde kredietinstellingen mee[brengt] en [...] zij, a fortiori, die ondernemingen niet [noodzaakt] om hun beleid en commerciële strategie te herzien om de Roemeense markt te kunnen betreden onder met de Roemeense wetgeving verenigbare voorwaarden.*”⁴⁴⁵ Opnieuw is deze redenering geïnspireerd op het mededingingsrecht waarbij het Hof nagaat of het effectief voor de kredietinstellingen afkomstig uit andere lidstaten moeilijker is om van in het begin efficiënt in concurrentie te treden met de reeds door de Roemeense consument gekende ondernemingen. Het Hof is van mening dat de nationale bepaling de toegang tot de markt niet minder aantrekkelijk maakt en dat “*de weerslag [ervan] op het dienstenverkeer te onzeker en*

⁴⁴⁰ Zie ook in die zin: D. CHALMERS, G. DAVIES & G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, University Press, 2014, 813.

⁴⁴¹ Arrest *SC Volksbank România SA t. Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor – Comisariatul Județean pentru Protecția Consumatorilor Călărași (CJPC)*, C-602/10, EU:C:2012:443, punt 68. (Hierna: Arrest *Volksbank Romania*)

⁴⁴² Arrest *Volksbank Romania*, C-602/10, EU:C:2012:443, punt 74; Arrest *Commissie t. Italië*, C-518/06, EU:C:2009:270, punt 63.

⁴⁴³ Arrest *Volksbank Romania*, C-602/10, EU:C:2012:443, punten 73-75.

⁴⁴⁴ Arrest *Volksbank Romania*, C-602/10, EU:C:2012:443, punten 76-78.

⁴⁴⁵ Arrest *Volksbank Romania*, C-602/10, EU:C:2012:443, punt 79.

indirect [is] om te kunnen constateren dat een dergelijke nationale maatregel de intracommunautaire handel belemmert".⁴⁴⁶ In deze redenering hanteert het Hof opnieuw de formulering 'te onzeker en indirect' om de maatregel van het toepassingsgebied van de verdragsbepalingen inzake vrij verkeer van diensten uit te sluiten, dit zijn echter niet de gehanteerde criteria, doch eerder een gevolg van de toepassing van het criterium van markttoegang. Bovendien is dit ook te herleiden tot de *Dassonville* formule 'daadwerkelijk of potentieel' zoals eerder aangehaald in afdeling 1 van hoofdstuk 2.

⁴⁴⁶ Arrest *Volksbank Romania*, C-602/10, EU:C:2012:443, punten 80-81.
Universiteit Gent Faculteit Rechtsgeleerdheid

Conclusie

Nationale bepalingen die, ook wanneer zij zonder onderscheid van toepassing zijn, de toegang tot de markt verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken zijn strijdig met de bepalingen inzake de vrijheden personen en diensten, tenzij die bepalingen voldoen aan de vier voorwaarden gesteld in *Gebhard*. De zaken *Mobistar* en *Viacom Outdoor* betreffen een heffing van een belasting. Dit brengt bijkomende kosten mee die de dienstverrichting op een zelfde wijze beïnvloeden zowel tussen twee lidstaten als binnen een bepaalde lidstaat. Het Hof kiest ervoor om het louter opleggen van dergelijke kosten die alle actoren gelijkelijk raken niet als een beperking van het vrij verrichten van diensten te beschouwen. Een dergelijke keuze is te verantwoorden door het feit dat wanneer het Hof anders zou beslissen, dit elke belasting of wetgeving die een extra kost voorziet voor het verrichten van diensten onder het toepassingsgebied van artikel 56 VWEU zou brengen. Voor het arrest *Keck en Mithouard* was een gelijkaardige situatie aan de orde inzake het vrij verkeer van goederen. Echter, net zoals de verkoopmodaliteiten van *Keck*, moeten ook de louter bijkomende kosten als een uitzondering op de regel worden beschouwd. Het is ook hier niet wenselijk deze rechtspraak uit te breiden of algemeen te gaan toepassen op andere beperkingen die zonder onderscheid van toepassing zijn. Dit zou leiden tot een te beperkte werkingssfeer en bijgevolg artikel 56 VWEU elke betekenis ontnemen.

Alpine Investments, *Commissie t. Italië* en *Volksbank Romania* tonen aan dat het Hof toch bereid is om de commerciële werkelijkheid in overweging te nemen en wanneer uit onderzoek van de feiten blijkt dat bijkomende kosten of aanpassingen *de facto* een verschillende impact hebben op de vrijheid van vestiging of verrichten van diensten kunnen deze alsnog onder de werkingssfeer van artikel 56 VWEU vallen.

Uit bovenstaande rechtspraak blijkt dat het Hof inzake het vrij verkeer van werknemers, het recht van vestiging en het vrij verkeer van diensten in eerste instantie de *Dassonville* formule toepast en vervolgens een criterium van markttoegang hanteert. Vaak wordt het hierbij geïnspireerd door het mededingingsrecht en de mogelijkheid om vrij in concurrentie te kunnen treden. Dit is op zich niet slecht aangezien het leidt tot realistischere rechtspraak.

Hoofdstuk 4: Markttoegang, in goede en kwade dagen.

Uit hoofdstuk 3 is gebleken dat het Hof is geëvolueerd naar een criterium van markttoegang. De vraag waarover hoofdstuk 4 zich buigt, is of dit dan bijdraagt tot meer rechtszekerheid. Zorgt dit criterium er nu voor dat met zekerheid, of toch een grote mate aan zekerheid, duidelijk is wat het Hof verstaat onder het begrip ‘maatregelen van gelijke werking’? Als blijkt dat dit niet het geval is, dan zal onderzocht worden wat de alternatieven zijn en, of die überhaupt bestaan. Uiteraard moeten dan ook de voor- en nadelen van die alternatieven worden afgewogen, want het kan ook zijn dat kiezen voor weer iets anders net leidt tot meer rechtsonzekerheid dan vasthouden aan iets wat misschien niet optimaal is maar wel vertrouwd door de lange aanwezigheid in de rechtspraak.

Er is *Dassonville* als overkoepelende bepaling, er is *Cassis de Dijon* met de productvereisten en rechtvaardigingsmogelijkheden, er is *Keck en Mithouard* die de zonder onderscheid van toepassing zijnde verkoopmodaliteiten van het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU uitsluit. Er is daarnaast ook *Peralta* dat stelt dat bepaalde maatregelen te onzeker en indirect zijn om als een handelsbelemmering te beschouwen. En er is *Commissie t. Italië* dat elke andere maatregel die de handel tussen lidstaten kunnen belemmeren onder maatregelen van gelijke werking als een kwantitatieve beperking brengt. PECHO stelt terecht dat “*het feit dat er verschillende toetsen en criteria bestaan om te beoordelen of nationale regels verenigbaar zijn met artikel [34 VWEU] [...] verwarrend [was] voor degene die de markt reguleerden alsook voor degene die zich op de markt begaven, en uiteindelijk extreem schadelijk voor de rechtszekerheid. Een verduidelijking van het Hof was absoluut nodig.*”⁴⁴⁷ Het is inderdaad tijd om orde op zaken te stellen en op zoek te gaan naar een duidelijke eenmaking van de bestaande criteria of een nieuw criterium te introduceren en dat consistent te blijven hanteren. Dit is bepalend om te weten of de *Keck*-criteria toch over boord worden gegooid of netjes in een nieuw jasje worden gestoken om opnieuw een kwarteeuw mee te kunnen draaien.

⁴⁴⁷ P. PECHO, “Good-Bye Keck?: A comment on the remarkable judgement in Commission v. Italy C-110/05.”, *LIEI* 2009, 258.

Een eerste optie is om het criterium van markttoegang uit te breiden tot alle maatregelen die onder artikel 34 VWEU vallen.⁴⁴⁸ Dit is een beter idee dan het voorstel van Advocaat-Generaal Kokott om nog meer categorieën analoog aan de verkoopmodaliteiten in de zin van de *Keck en Mithouard* rechtspraak uit het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU te halen. Er zij trouwens opgemerkt dat het Hof de heropening van de mondelinge behandeling en een terechtzitting heeft gelast in de zaak *Commissie t. Italië*. Daarbij heeft zij de partijen verzocht te antwoorden op de vraag

“in hoeverre en onder welke voorwaarden de nationale bepalingen die niet de kenmerken van een product maar het gebruik daarvan betreffen, en zonder onderscheid voor binnenlandse en ingevoerde producten gelden, moeten worden aangemerkt als maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbepalingen in de zin van artikel [34 VWEU]”.⁴⁴⁹

In het arrest zelf wordt hier verder niet meer op ingegaan waaruit men kan afleiden dat de Commissie en de lidstaten uiteindelijk toch niet bereid waren om andere categorieën naar analogie met verkoopmodaliteiten in het leven te roepen.⁴⁵⁰ Een dergelijke aanpak zou enkel leiden tot nog meer verwarring en rechtsonzekerheid, zoals reeds gesteld in hoofdstuk 3.

Door de markttoegang toets te veralgemenen naar alle potentiële inbreuken op artikel 34 VWEU kan de soms moeilijke kwalificatie als productvereiste of verkoopmodaliteit achterwege gelaten worden. Ook maatregelen die niet onder een van beide categorieën thuishoren, kunnen daar gemakkelijk aan getoetst worden. OLIVER en ROTH stellen over die maatregelen dat zij niet kunstmatig in een van beide categorieën moeten geforceerd worden, maar eerder moeten geanalyseerd worden aan de hand van hun effect op de toegang tot de markt.⁴⁵¹ Deze maatregelen werden voorheen aan de overkoepelende bepaling van *Dassonville* onderworpen. Echter, *Dassonville* verbiedt direct en indirect discriminerende maatregelen. Hoewel het non-discriminatiebeginsel geen deel uitmaakt van de definitie in punt 5, legt het Hof er wel duidelijk de nadruk op in de punten 7 tot 9 van het arrest waar het een vergelijking maakt tussen de import uit de verschillende lidstaten.⁴⁵² *Dassonville* is dus van toepassing op maatregelen die geïmporteerde goederen rechtstreeks discrimineren of

⁴⁴⁸ Zie ook in die zin P. PECHO, “Good-Bye Keck?: A comment on the remarkable judgement in Commission v. Italy C-110/05.”, *LIEI* 2009, 258.

⁴⁴⁹ Arrest *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:66, punt 15.

⁴⁵⁰ Zie ook in die zin P. PECHO, “Good-Bye Keck?: A comment on the remarkable judgement in Commission v. Italy C-110/05.”, *LIEI* 2009, 262.

⁴⁵¹ P. OLIVER en W.H. ROTH, “The internal market and the four freedoms”, *CML Rev.* 2004, 414.

⁴⁵² Arrest *Dassonville*, C-8/74, EU:C:1974:82, punten 7-9.

onrechtstreeks wanneer op het eerste zicht lijkt dat er geen ongelijke behandeling is, maar bij nader inzien de geïmporteerde goederen toch gediscrimineerd worden.⁴⁵³ Het criterium van markttoegang daarentegen is ruimer dan dat en omvat ook maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn. Wanneer deze maatregelen de toegang tot de markt belemmeren, kunnen zij eveneens onder artikel 34 VWEU vallen, met andere woorden, ook het pad van het non-discriminatiebeginsel als uitgangspunt kan hierdoor verlaten worden.

Na het arrest *Alfa Vita* vraagt TRYFONIDOU zich af of het Hof niet beter de *Keck* formule zou vervangen door een nieuwe test waarbij de enige vraag is of er een aanzienlijk effect is op het grensoverschrijdend verkeer van goederen.⁴⁵⁴ In *Alfa Vita* wordt de handel in ‘bake-off’ producten niet verboden, maar er treedt wel duidelijk een verkoop-verminderend effect op zoals eerder aangegeven. Inderdaad, een nieuwe formule creëren naar analogie en coëxistent met de *Keck*-criteria is geen goede oplossing aangezien het praktisch onmogelijk is om alle situaties te voorzien die mogelijks onder artikel 34 VWEU vallen. Toch is ook deze vraagstelling als toets niet zonder gevaar. De auteur geeft daarom aan dat het Hof ook in richtlijnen moet voorzien met betrekking tot de toepassing ervan en de belangrijkheid van het maken van een economische analyse moet onderstrepen alvorens te beslissen of een zaak binnen de werkingssfeer van artikel 34 VWEU valt.⁴⁵⁵ Het is echter duidelijk dat een dergelijke aanpak kan leiden tot subjectieve invullingen van het begrip ‘maatregelen van gelijke werking’. In het bijzonder aangezien deze toets door de nationale rechters moet worden toegepast in de meerderheid van de zaken. Wat is een aanzienlijk effect? Tenzij het Hof hiervoor in de richtlijnen een sluitende definitie opstelt, geeft dit ongetwijfeld aanleiding tot discussie. Bovendien is het zoals net gesteld praktisch onmogelijk om daar invulling aan te geven door alle mogelijke situaties te voorzien. Het is daarnaast ook niet onbelangrijk om rekening te houden met de economische werkelijkheid bij het invullen van dat begrip en daar kan een economische analyse bij helpen. Echter, de hele discussie kan achterwege blijven wanneer ook dat woordje ‘aanzienlijk’ achterwege blijft. Die term is ongetwijfeld een bron van twist.

⁴⁵³ D. CHALMERS, G. DAVIES & G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, University Press, 2014, 760.

⁴⁵⁴ A. TRYFONIDOU, “Was Keck a Half-baked Solution After All?” *LIEI* 2007, 182.

⁴⁵⁵ A. TRYFONIDOU, “Was Keck a Half-baked Solution After All?” *LIEI* 2007, 182.

In *Commissie t. Italië* wordt in punt 37 uiteindelijk duidelijk in hoeverre de nationale bepaling een negatieve impact moet hebben op de toegang tot de markt opdat sprake zou zijn van een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking in de zin van artikel 34 VWEU. Het Hof stelt dat “*elke andere maatregel die de toegang tot de markt belemmert*” een inbreuk oplevert. Er staat niet ‘elke andere maatregel die de toegang tot de markt “aanzienlijk” belemmert’. Er wordt geen *de minimis* drempel aangereikt. Nogmaals, het Hof heeft steeds het bestaan van een *de minimis* drempel ontkend. Het feit dat de maatregel de toegang tot de markt belemmert, hoe groot of hoe klein die belemmering ook is, volstaat. PECHO stelt dat voor dit punt 37 de markttoegang test enkel kon gebruikt worden om te toetsen of de toegang tot de markt niet meer werd belemmerd voor uit andere lidstaten afkomstige producten dan voor nationale producten, in lijn met punt 17 van het arrest *Keck en Mithouard*.⁴⁵⁶ Dit kan men inderdaad afleiden uit de arresten *De Agostini*, *Gourmet* en *Deutsche Apothekerverband*, echter dit zou betekenen dat het criterium van markttoegang enkel voor indirecte discriminatie van betekenis kan zijn. Een dergelijke restrictieve invulling van dat criterium moet terecht worden afgewezen. Het Hof is namelijk duidelijk, een loutere belemmering van de markttoegang volstaat om een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking in de zin van artikel 34 VWEU uit te maken.

Uit afdeling 3 van hoofdstuk 3 is gebleken dat ook in het vrij verkeer van werknemers, de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten het criterium van markttoegang wordt gehanteerd.⁴⁵⁷ Dit wijst erop dat deze test wel eens universeel voor alle vrijheden zou kunnen gehanteerd worden zoals ook PECHO aangeeft.⁴⁵⁸ Ook BARNARD stelde reeds in 2001 voor om een globale test in te voeren voor goederen en personen die toetst of de toegang tot de markt wordt ‘verhindert of direct en substantieel wordt belemmerd’ en gaf daarvan de voor- en nadelen aan.⁴⁵⁹ Het criterium dat uit de recente rechtspraak van het Hof in het kader van vrij verkeer van goederen blijkt, toetst echter of er een belemmering van de handel binnen de Unie en de toegang tot de markt van goederen die rechtmatig in andere lidstaten zijn vervaardigd en in de handel gebracht, is of kan zijn.⁴⁶⁰ Er is met andere woorden geen onderscheid tussen verhinderen of direct en substantieel belemmeren. In het kader van vrij

⁴⁵⁶ P. PECHO, “Good-Bye Keck?: A comment on the remarkable judgement in *Commission v. Italy* C-110/05.”, *LIEI* 2009, 263.

⁴⁵⁷ Arrest *Alpine Investments*, C-384/93, EU:C:1995:126, Arrest *CaixaBank France*, C-442/02, EU:C:2004:586, Arrest *Commissie t. Italië*, C-518/06, EU:C:2009:270.

⁴⁵⁸ Zie ook in die zin P. PECHO, “Good-Bye Keck?: A comment on the remarkable judgement in *Commission v. Italy* C-110/05.”, *LIEI* 2009, 264.

⁴⁵⁹ C. BARNARD, “Fitting the remaining pieces into the goods and persons jigsaw?”, *E.L. Rev.* 2001, 52-58.

⁴⁶⁰ Zie rechtspraak analyse in Hoofdstuk 3 afdeling 1.

verkeer van personen en diensten, toetst het of een bepaalde nationale maatregel de toegang tot de markt verbiedt, kan belemmeren of minder aantrekkelijk kan maken.⁴⁶¹ Beide criteria liggen dus dicht bij elkaar. Wat een eengemaakt criterium in de weg kan staan, is het onderwerp van de vrijheden. Zoals Advocaat-Generaal Fennelly in zijn conclusie in *Graf* terecht stelt, zijn mensen geen goederen.⁴⁶² In hoeverre er dus een globale toets kan ontwikkeld worden, is open voor discussie die overigens een grondige analyse van alle vier de vrijheden vergt, welke hier niet aan de orde zijn. Hij stelt dat het Hof zich in *Keck en Mithouard* heeft laten leiden door veronderstellingen over de waarschijnlijke gevolgen van verschillende soorten van regelingen. Zo zijn verkoopmodaliteiten niet van dien aard om de toegang tot de markt te belemmeren. Echter, dergelijke veronderstellingen mogen niet doorslaggevend zijn en moeten steeds kunnen getoetst worden aan het criterium van markttoegang.⁴⁶³

Het feit dat het criterium van markttoegang de economische werkelijkheid in overweging neemt, wil niet zeggen dat louter potentiële belemmering van de toegang tot de markt hierdoor buiten de werkingssfeer van artikel 34 VWEU vallen.⁴⁶⁴ Integendeel, zoals reeds aangehaald in afdeling 1 van hoofdstuk 2 betekent potentieel niet hetzelfde als hypothetisch. Belemmeringen die hypothetisch zijn omdat hun bestaan afhangt van een opeenvolging van mogelijke gebeurtenissen, vallen evident buiten het toepassingsgebied omdat zij geen potentiële belemmeringen zijn. Het criterium van markttoegang betekent dus geen revolte tegen *Dassonville*, maar is nog steeds in lijn met de bijna tweeënveertig jaar oude formule.

Sommige auteurs zien geen meerwaarde in het concept markttoegang. Volgens LIANOS voegt de terminologie niets specifiek toe en is het onduidelijk hoe dit verschilt van de handelsbelemmering uit *Dassonville* en *Cassis de Dijon*.⁴⁶⁵ Nochtans is duidelijk dat het Hof met deze aanpak kiest voor een zoals hij het zelf stelt, ‘*common sense* aanpak’. Het criterium van markttoegang laat toe de voor- en nadelen af te wegen die consumenten ervaren bij hun keuze voor bepaalde producten die onderworpen zijn aan nationale bepalingen in lidstaten. Dit is ruimer dan een handelsbelemmering in die zin dat niet enkel het effect op het betrokken

⁴⁶¹ Zie rechtspraak analyse in Hoofdstuk 3 afdeling 3.

⁴⁶² Conclusie in *Graf*, C-190/98, EU:C:1999:423, punt 18.

⁴⁶³ Conclusie in *Graf*, C-190/98, EU:C:1999:423, punt 19.

⁴⁶⁴ Contra: P. PECHO, “Good-Bye Keck?: A comment on the remarkable judgement in *Commission v. Italy* C-110/05.”, *LIEI* 2009, 264.

⁴⁶⁵ I. LIANOS, “In memoriam Keck: The Reformation of the EU Law on the Free Movement of Goods”, *E.L.Rev.* 2015, 236.

product, maar het effect op de handel en al zijn actoren in overweging worden genomen. Het criterium van markttoegang laat toe te toetsen aan de economische realiteit.

Ook SNELL stelt dat markttoegang eerder een slogan is in plaats van een juridisch concept om reden dat het vervalt in economische vrijheid, omdat de nationale regelgeving zowel nationale als intracommunautaire handel raakt, of in anti-protectionisme, omdat het niet toelaat de gevestigde marktspelers te beschermen, waardoor er geen toegevoegde waarde is in het vrij verkeer van goederen.⁴⁶⁶ Een andere kritiek luidt dat het concept markttoegang aan het Hof een maximum van manoeuvreerruimte laat.⁴⁶⁷ Juist, het Hof geeft geen definitie van ‘markttoegang’ in *Commissie t. Italië*. Echter, uit de rechtspraak blijkt wat daar allemaal onder kan vallen, bijvoorbeeld een invloed op het gedrag van consumenten⁴⁶⁸ of het feit dat de toegang tot de markt minder aantrekkelijk wordt gemaakt⁴⁶⁹. SNELL stelt dat het Hof focust op de ‘aanzienlijkheid’ van de impact van de maatregel met alle onzekerheden die daarmee gepaard gaan tot gevolg, terwijl het Hof terzelfdertijd ook ontkent dat maatregelen wiens effect niet ‘aanzienlijk’ zijn buiten de werkingssfeer van artikel 34 VWEU vallen.⁴⁷⁰

In de rechtsleer zijn bepaalde auteurs voorstander van een criterium dat toetst of er een ‘directe of substantiële’ (lees: aanzienlijke) belemmering is voor de toegang tot de markt.⁴⁷¹ Een dergelijke toets behelst dat maatregelen van een lidstaat die zowel rechtens als in feite zonder onderscheid van toepassing zijn zonder een verwijzing naar de herkomst van de goederen, en die geen directe of substantiële belemmering van de toegang tot de markt van een lidstaat voor die goederen inhouden, niet onder de werkingssfeer van artikel 34 VWEU vallen.⁴⁷² Gelukkig erkent WEATHERILL ook dat het moeilijk is om te bepalen wat nu precies ‘direct

⁴⁶⁶ J. SNELL, “The notion of market access: a concept or a slogan?”, *CML Rev.* 2010, 467-468. Zie ook in die zin: M. P. MADURO, *We The Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 1998, 58-60.

⁴⁶⁷ J. SNELL, “The notion of market access: a concept or a slogan?”, *CML Rev.* 2010, 469.

⁴⁶⁸ Arrest *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2009:66; Arrest *Mickelsson en Roos*, C-142/05, EU:C:2009:336; Arrest *Commissie t. Spanje*, C-428/12, EU:C:2014:218, punten 30-31.

⁴⁶⁹ Arrest *Ascafor en Asidac*, C-484/10, EU:C:2012:113; Arrest *Commissie t. Litouwen*, C-61/12, EU:C:2014:172; Arrest *Commissie t. Polen*, C-639/11, EU:C:2014:173.

⁴⁷⁰ J. SNELL, “The notion of market access: a concept or a slogan?”, *CML Rev.* 2010, 471.

⁴⁷¹ C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU - The Four Freedoms*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 138-140; H. TONER, “Non-Discriminatory Obstacles to the Exercise of Treaty Rights – Articles 39, 43, 49, and 18 EC”, *YEL* 2004, 285-289; S. WEATHERILL, “After Keck: Some thoughts on how to clarify the clarification”, *CML Rev.* 1996, 896-899.

⁴⁷² S. WEATHERILL, “After Keck: Some thoughts on how to clarify the clarification”, *CML Rev.* 1996, 896-899.

en substantieel' betekent. ENCHELMAIER noemt dit dan ook terecht een 'ongeschikt criterium'.⁴⁷³

Uit de rechtspraak vermeld in de vorige hoofdstukken blijkt inderdaad dat het Hof de term 'aanzienlijk' hanteerde, onder andere in *Mickelsson en Roos* en *Ker-Optika*. Echter, in de rechtspraak die daarop volgt⁴⁷⁴, hanteert het Hof deze term niet meer in haar beoordeling, het feit dat de toegang tot de markt wordt belemmerd, volstaat. Deze keuze draagt bij tot meer rechtszekerheid. In *Scotch Whisky Association* gebruikt het Hof deze term echter opnieuw, doch slechts in het gedeelte met betrekking tot mogelijke rechtvaardiging. Dit is een arrest van de Tweede Kamer en men kan hopen dat dit slechts een 'slip of the pen' was, aangezien in *Canadian Oil*, eveneens een zaak van de Tweede Kamer, er opnieuw geen melding van wordt gemaakt.

Daarnaast is er ook het feit dat het Hof opnieuw voor een balansoefening komt te staan tussen het bevorderen van het vrij handelsverkeer en de wetgevende vrijheid van lidstaten, zoals ook in hoofdstuk 1 en afdeling 1 van hoofdstuk 2 reeds werd aangegeven. Het gevaar bestaat dat lidstaten hun sociaal-economisch beleid moeten vormgeven op een wijze waarop dit voldoet aan de voorwaarden voor het invoeren van een rechtvaardigingsgrond.⁴⁷⁵ SPAVENTA stelt terecht dat sommige nationale wetgevers niet blij zullen zijn met het feit dat hun vrijheid opnieuw wordt ingekort en dat het Hof daaraan best tegemoet komt met een ruime appreciatiemarge voor de lidstaten.⁴⁷⁶ Ook BARNARD erkent het feit dat het Hof met zijn arrest *Commissie t. Italië* de wetgevende vrijheid van de lidstaten opnieuw wat terug naar zich toe trekt. Het Hof lijkt dit echter te compenseren door de proportionaliteitstoets met meer soepelheid toe te passen.⁴⁷⁷

⁴⁷³ S. ENCHELMAIER, "Alpine transport restrictions reconsidered: *Commission v. Austria*. Case C-28/09, *Commission v. Republic of Austria* ("Inntalautobahn No. 2"), Judgment of the Court (Grand Chamber) of 21 December 2011, nyr", *CML Rev.* 2013, 193.

⁴⁷⁴ Zie onder meer: Arrest *Bonnarde*, C-443/10, EU:C:2011:641; Arrest *Ascafor en Asidac*, C-484/10, EU:C:2012:113; Arrest *ANETT*, C-456/10, EU:C:2012:241; Arrest *Commissie t. Litouwen*, C-61/12, EU:C:2014:172; Arrest *Commissie t. Polen*, C-639/11, EU:C:2014:173; Arrest *Ålands Vindkraft*, C-573/12, EU:C:2014:2037; Arrest *Vilniaus energija*, C-423/13, EU:C:2014:2186; Arrest *Visnapuu*, C-198/14, EU:C:2015:751.

⁴⁷⁵ Zie ook in die zin: S. A. DE VRIES, "'Goods revisited' – nieuwe inzichten in de rechtspraak over het vrij verkeer van goederen", *NtEr* 2009, 124.

⁴⁷⁶ E. SPAVENTA, "Leaving Keck behind? The free movement of goods after the rulings in *Commission v. Italy* and *Mickelsson and Roos*", *E.L. Rev.* 2009, 929.

⁴⁷⁷ C. BARNARD, "Case comment - Trailing a new approach to free movement of goods", *C.L.J.* 2009, 290. Universiteit Gent Faculteit Rechtsgeleerdheid

Conclusie

Het criterium van markttoegang lijkt het pleit gewonnen te hebben. Het Hof heeft deze keuze heel bewust gemaakt in *Commissie t. Italië* en is dit, na nog even te twifelen om er al dan niet ‘aanzienlijk’ aan te koppelen, vrij consistent blijven toepassen op de daaropvolgende zaken. Het concept markttoegang heeft zowel voor- als nadelen. Voordelen zijn onder andere het feit dat het non-discriminatiebeginsel achterwege kan gelaten worden, net als het formalistisch onderscheid tussen productvereisten en verkoopmodaliteiten uit *Keck*. Nadelen zijn volgens sommige auteurs dat het concept niet helemaal duidelijk is omdat het Hof er geen definitie van geeft, wat dan weer een enorme manoeuvreerruimte laat aan het Hof en tot onzekerheid zou leiden. Echter, het criterium van markttoegang is zeker een stap voorruit na *Keck en Mithouard* omdat zij de formalistische invulling van de *Keck*-criteria, die overigens niet altijd gemakkelijk toe te passen waren op alle gevallen, inruilt voor een criterium dat meer aanleunt bij de economische werkelijkheid. Na het arrest *Ker-Optika* duurt het 5 jaar vooraleer het Hof de *Keck*-criteria weer van onder het stof haalt in *Visnapuu*.⁴⁷⁸ Er zijn uiteraard nog verwijzingen naar *Cassis de Dijon* in verband met de mogelijke rechtvaardiging van een bepaalde maatregel die onder de werkingssfeer van artikel 34 VWEU valt en het principe van wederzijdse erkenning⁴⁷⁹, dit doet in die zin dan ook niet af aan het criterium van markttoegang dat gehanteerd wordt. Integendeel, dit criterium heeft de *Cassis de Dijon* rechtspraak geïntegreerd via de zinsnede ‘rechtmatig vervaardigd en in de handel gebracht in een andere lidstaat’. *Dassonville* wordt nog bijna steeds geciteerd en blijft dan ook de uitvalsbasis voor de invulling van het begrip ‘maatregelen van gelijke werking’. Op zich is dit ook niet vreemd aangezien het criterium van markttoegang dat daaropvolgend wordt toegepast, tot gevolg heeft dat de *Dassonville* formule moet geïnterpreteerd worden met respect voor de economische realiteit. Bijgevolg kan gesteld worden dat alle nationale bepalingen in het kader van het vrij verkeer van goederen onderworpen worden aan hetzelfde criterium van markttoegang. Dit is een aanpak die niet alleen de rechtszekerheid ten goede komt, maar ook het behoud en de goede werking van de interne markt.

⁴⁷⁸ Arrest *Visnapuu*, C-198/14, EU:C:2015:751, punten 103-108.

⁴⁷⁹ Arrest *Fra.Bo*, C-171/11, EU:C:2012:453; Arrest *Commissie t. Litouwen*, C-61/12, EU:C:2014:172; Arrest *Commissie t. Polen*, C-639/11, EU:C:2014:173; Arrest *Commissie t. Republiek Oostenrijk*, C-28/09, EU:C:2011:854.

Slotconclusie

Deze masterproef geeft een analyse van het begrip ‘maatregelen van gelijke werking’ in het licht van de recente rechtspraak na *Keck en Mithouard* met het oog op het vinden van een antwoord op de vraag of markttoegang als toetssteen voor het Hof van Justitie van de Europese Unie een vooruitgang is na *Keck en Mithouard*.

Aan de basis van het begrip zoals het destijds invulling kreeg, liggen drie belangrijke arresten. Een eerste invulling kwam met het arrest *Dassonville* en de formule dat ‘iedere regeling van een lidstaat die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren, als een maatregel van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen is te beschouwen’. Discriminerende maatregelen vallen derhalve onder artikel 34 VWEU tenzij er een rechtvaardigingsgrond van artikel 36 VWEU mogelijk is. Deze formule wordt tot op vandaag nog steeds gehanteerd in de rechtspraak van het Hof bij wijze van uitgangspunt wanneer het geconfronteerd wordt met mogelijke maatregelen van gelijke werking. Vervolgens was er *Cassis de Dijon* dat ook maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn onder het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU bracht. Het Hof stelde dat productvereisten strijdig zijn met artikel 34 VWEU, tenzij zij objectief gerechtvaardigd kunnen worden, hetzij door een in artikel 36 VWEU aangevoerde rechtvaardigingsgrond, hetzij door een dwingende vereiste van algemeen belang. *Cassis de Dijon* introduceerde hiermee dus niet alleen de dwingende vereisten als niet-exhaustieve lijst van rechtvaardigingsmogelijkheden voor zonder onderscheid van toepassing zijnde maatregelen, naast artikel 36 VWEU, maar eveneens het principe van wederzijdse erkenning. *Keck en Mithouard* had dus de zware taak om het toepassingsgebied opnieuw wat in te dijken en de overvloed aan rechtspraak ten gevolge van een te brede invulling van het begrip tegen te gaan. Dit is niet helemaal gelukt. Het Hof besloot om ‘bepaalde verkoopmodaliteiten’ uit de werkingssfeer van artikel 34 VWEU te halen omdat die meestal niet van dien aard zijn de toegang tot de markt te belemmeren. Deze verkoopmodaliteiten, die overigens niet nader gespecificeerd werden door het Hof, zijn voortaan niet meer strijdig met artikel 34 VWEU, tenzij ze rechtens of in feite discrimineren. Voilà, de *Keck*-criteria waren geïntroduceerd. Als maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn, ten eerste op alle marktdeelnemers die op het grondgebied activiteiten ontplooiën van toepassing zijn, en ten tweede zowel rechtens als in feite op nationale en uit een andere lidstaat afkomstige producten dezelfde

invloed hebben, dan vallen zij niet onder het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU. Het Hof creëerde hiermee een onderscheid tussen productvereisten en verkoopmodaliteiten.

Gedurende bijna een decennium werd dit criterium heel formalistisch ingevuld waardoor er soms maatregelen ontsnapten die wel een belemmering vormden voor het vrij verkeer van goederen maar ingedeeld werden bij de categorie verkoopmodaliteiten en voldeden aan de *Keck*-criteria of soms waren er maatregelen die in geen van beide categorieën konden worden ingedeeld en toch een handelsbelemmering vormden. Desondanks hield *Keck* stand. Ook hield het Hof voet bij stuk met betrekking tot het niet erkennen van een *de minimis* drempel, ondanks de aanhoudende pleidooien daaromtrent in de Conclusies van de Advocaten-Generaals en in de doctrine. Het dichtste dat bij een dergelijk concept aanleunt, is eigenlijk gewoon de toepassing van de *Dassonville* formule ‘daadwerkelijk of potentieel’. Als het niet mogelijk is, maar louter hypothetisch dan komt het niet in aanmerking als maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking in de zin van artikel 34 VWEU.

In de arresten *De Agostini* en *Gourmet International* waagde het Hof een eerste stap in de goede richting. Het Hof bracht hier de *Keck*-criteria en het criterium van markttoegang samen. In afwijking van het arrest *Leclerc-Siplec* werd reclame niet langer automatisch als voldaan aan de *Keck*-criteria beschouwd, maar wordt een functionele invulling gegeven aan die criteria doordat het Hof erkent dat een absoluut verbod op reclame een grotere impact kan hebben op producten afkomstig uit andere lidstaten, dan nationale producten. Dit is een veel realistischere rechtspraak omdat het mee in overweging neemt dat consumenten de nationale producten reeds kennen waardoor die producten een voorsprong hebben op de producten afkomstig uit andere lidstaten. Voor die laatsten wordt de toegang tot de markt aldus belemmerd. De eerste barstjes vertonen zich in de ‘juridische categorisatie methode’ van LIANOS, het formele onderscheid ligt nog niet aan diggelen, maar wordt wel in andere vormen geboetseerd tot iets wat meer aanleunt bij de realiteit.

De doorbraak van het criterium van markttoegang komt er helemaal met het arrest *Commissie t. Italië*. Met dit arrest stelt het Hof dat alle maatregelen die de toegang tot de markt belemmeren een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking in de zin van artikel 34 VWEU vormen. Het Hof verwijst hierbij nog steeds naar haar vaste rechtspraak en het formele onderscheid tussen productvereisten en verkoopmodaliteiten, maar dat alles blijkt slechts *pro forma* aangezien het daarna een criterium van markttoegang toepast om te bepalen

of er een maatregel van gelijke werking aan de orde is of niet. Dit reflecteert de wil van het Hof om door te groeien naar een algemener, uniformer en vooral duidelijker criterium. *Keck* staat reeds in zijn puberschoenen, maar het is nog te vroeg om helemaal los te laten.

Uit de analyse van de rechtspraak die daarop volgt, blijkt al snel dat het criterium van markttoegang geen additionele factor in de eindbeoordeling is, geen aanvulling op *Keck en Mithouard*, maar eerder een autonoom en doorslaggevend criterium. Punt 17 heeft punt 16 verslagen en bewijst dat het op zichzelf kan staan. Dit heeft verschillende gevolgen. Ten eerste is het in *Keck* geïntroduceerde en formalistische onderscheid tussen productvereisten en verkoopmodaliteiten overbodig geworden, dit is een hele stap vooruit aangezien het soms kunstmatig was om een bepaalde maatregel in één van beide categorieën te forceren. Ten tweede is een vergelijkende toets op basis van het non-discriminatiebeginsel niet langer vereist, wat leidt tot een eenvoudiger test. Ten derde neemt deze test ook de economische realiteit in overweging wat ervoor zorgt dat de rechtspraak realistischer is en meer praktijkgericht. Een punt van kritiek daarbij kan zijn dat nog niet geheel duidelijk is hoe een economische analyse moet gevoerd worden. Een goed uitgangspunt dat ook door het Hof wordt gehanteerd, is de impact op het gedrag van consumenten. Tenslotte leunt deze test ook sterker aan bij de doelstelling van de realisatie van een interne markt.

Dat het criterium van markttoegang zijn plaats in de schijnwerpers heeft opgeëist, blijkt duidelijk uit de recente rechtspraak. Hoewel ze een hele poos stilgezwegen waren in de laatste arresten, zijn de *Keck*-criteria nog niet helemaal van het toneel verdwenen. Recent nog in het arrest *Visnapuu* hanteerde het Hof de criteria met betrekking tot een detailhandelsvergunning die het geclassificeerd had als een verkoopmodaliteit. Het criterium op vandaag dat toetst of er een belemmering van de handel binnen de Unie en de toegang tot de markt van goederen die rechtmatig in andere lidstaten zijn vervaardigd en in de handel gebracht, is of kan zijn, kan gerust worden aangevuld met de *Keck*-criteria wanneer dat in een bepaalde zaak de beste oplossing is. Het feit dat hierdoor een moeilijke taak wordt opgelegd aan de nationale rechters die meestal met deze vragen geconfronteerd worden in eerste instantie, kan gecompenseerd worden door een soepelere aanvaarding door het Hof van de rechtvaardigheidsgronden die hetzij op grond van artikel 36 VWEU, hetzij op grond van de dwingende vereisten, worden aangevoerd ter verdediging van nationale regelgeving. De gematigdere invulling van de proportionaliteitstoets moet tegemoetkomen aan een anders te grote inmenging in het regulerend beleid van de lidstaten met gevaar voor schending van het subsidiariteitsprincipe.

Ook in het vrij verkeer van werknemers, recht tot vestiging en vrij verkeer van diensten hanteert het Hof een criterium van markttoegang. Aangezien het soms moeilijk is om te bepalen of een maatregel moet getoetst worden aan de regels inzake vrij verkeer van goederen of vrij verkeer van diensten, is dit geen slechte evolutie. Bij de invulling van dit criterium haalt het Hof inspiratie in het mededingingsrecht en de mogelijkheid om vrij in concurrentie te kunnen treden. Uiteraard is het zo dat in het kader van het EU-burgerschap het non-discriminatiebeginsel nog steeds een belangrijke rol speelt.

Tot slot kan besloten worden dat het criterium van markttoegang als toetssteen voor het Hof van Justitie van de Europese Unie een vooruitgang is na *Keck en Mithouard*. Het feit dat dit criterium dichter aanleunt bij de economische werkelijkheid kan de rechtszekerheid en de goede werking van de interne markt alleen maar ten goede komen.

Bibliografie

Ia. Akten van de instellingen van de Europese Unie

Verdragen

Verdrag van Rome tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap van 25 maart 1957, beschikbaar op <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?qid=1460796278371&uri=CELEX:11957E/TXT>.

Europese Akte, ondertekend op 17 februari 1986 te Luxemburg en op 28 februari 1986 te Den Haag, *PB L 169* van 29 juni 1987.

Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap van 13 december 2007, *PB C 306* van 17 december 2007.

Geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de Europese Unie, *PB C 326* van 26 oktober 2012.

Geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie, *PB C 326* van 26 oktober 2012.

Secundaire regelgeving

Richtlijn 70/50/EEG van de Commissie van 22 december 1969 gebaseerd op de bepalingen van artikel 33, lid 7, houdende opheffing van de maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbepalingen, niet bedoeld in andere krachtens het EEG-Verdrag vastgestelde bepalingen, *PB L 13* van 19 januari 1970, 29-31.

Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *PB L 376* van 27 december 2006, 36-68.

Mededelingen van de Europese Commissie

Mededeling van de Commissie over de gevolgen die uit het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 20 februari 1979 in de zaak 120/78 zijn te trekken (“Cassis de Dijon”), *PB C* 256/2 van 3 oktober 1980.

Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over de wederzijdse erkenning in het kader van de follow-up van het actieprogramma voor de interne markt, 16 juni 1999, COM (1999)299.

Ib. Akten van de internationale instellingen

General Agreement on Tariffs and Trade, Geneva, 30 October 1947, *United Nations Treaty Series*, vol. 55, I-814.

II. Rechtspraak

Arrest *Riseria Luigi Geddo t. Ente Nazionale Risi*, C-2/73, EU:C:1973:89.

Arrest *Procureur du Roi t. Benoît en Gustave Dassonville*, C-8/74, EU:C:1974:82.

Arrest *Johannes Henricus Maria van Binsbergen t. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, C-33/74, EU:C:1974:131.

Arrest *Rewe-Zentral AG t. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, C-120/78, EU:C:1979:42.

Arrest *Strafzaak t. Sandoz BV*, C-174/82, EU:C:1983:213.

Arrest *Strafzaken t. Jan van de Haar en Kaveka de Meern BV*, gevoegde zaken C-177 en 178/82, EU:C:1984:144.

Conclusie in *Torfaen Borough Council t. B & Q plc.*, C-145/88, EU:C:1989:279.

Arrest *Torfaen Borough Council t. B & Q plc.*, C-145/88, EU:C:1989:593.

Arrest *Corsica Ferries France t. Direction générale des douanes françaises*, C-49/89, EU:C:1989:649.

Arrest *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda en anderen t. Commissariaat voor de Media*, C-288/89, EU:C:1991:323.

Arrest *Manfred Säger t. Dennemeyer & Co. Ltd*, C-76/90, EU:C:1991:331.

Arrest *Commissie van de Europese Gemeenschappen t. Koninkrijk België*, C-2/90, EU:C:1992:310.

Arrest *Stoke-on-trent and Norwich City Council t. B & Q plc.*, C-169/91, EU:C:1992:519.

Arrest *Dieter Kraus t. Land Baden-Württemberg*, C-19/92, EU:C:1993:125.

Arrest *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V. t. Yves Rocher GmbH*, C-126/91, EU:C:1993:191.

Arrest *Strafzaak t. Bernard Keck en Daniel Mithouard*, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, EU:C:1993:905.

Conclusie in *Ruth Hünermund e.a. t. Landesapotheker Baden-Württemberg*, C-292/92, EU:C:1993:863.

Arrest *Ruth Hünermund e.a. t. Landesapotheker Baden-Württemberg*, C-292/92, EU:C:1993:932.

Arrest *Punto Casa SpA t. Sindaco del Comune di Capena en Comune di Capena en Promozioni Polivalenti Venete Soc. coop. arl (PPV) t. Sindaco del Comune di Torri di Quartesolo en Comune di Torri di Quartesolo*, gevoegde zaken C-69/93 en C-258/93, EU:C:1994:226.

Arrest *Strafzaak t. Matteo Peralta*, C-379/92, EU:C:1994:296.

Arrest *Raymond Vander Elst t. Office des migrations internationales*, C-43/93, EU:C:1994:310.

Conclusie in *Leclerc-Siplec t. TF1 Publicité SA*, C-412/93, EU:C:1994:393.

Arrest *Leclerc-Siplec t. TF1 Publicité SA*, C-412/93, EU:C:1995:26.

Arrest *Alpine Investments BV t. Minister van Financiën*, C-384/93, EU:C:1995:126.

Conclusie in *Commissie t. Helleense Republiek*, C-391/92, EU:C:1995:94.

Arrest *Commissie t. Helleense Republiek*, C-391/92, EU:C:1995:199.

Arrest *DIP SpA t. Comune di Bassano del Grappa, LIDL Italia Srl t. Comune di Chioggia en Lingral Srl t. Comune di Chiogga*, gevoegde zaken C-140/94, C-141/94 en C-142/94, EU:C:1995:330.

Arrest *Reinhard Gebhard t. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C-55/94, EU:C:1995:411.

Conclusie in *Bosman*, C-415/93, EU:C:1995:293.

Arrest *Union royale belge des sociétés de football association ASBL t. Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA t. Jean-Marc Bosman en anderen en Union des associations européennes de football (UEFA) t. Jean-Marc Bosman*, C-415/93, EU:C:1995:463.

Arrest *Strafzaak tegen Michel Guiot en Climatec SA, als burgerlijk aansprakelijke werkgever*, C-272/94, EU:C:1996:147.

Arrest *Semeraro Casa Uno Srl e.a. t. Sindaco del Comune di Erbusco e.a.*, gevoegde zaken C-418/93, C-419/93, C-420/93, C-421/93, C-460/93, C-461/93, C-462/93, C-464/93, C-9/94, C-10/94, C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 en C-332/94, EU:C:1996:242.

Arrest *Reisebüro Broede t. Gerd Sandker*, C-3/95, EU:C:1996:487.

Arrest *Familiapress t. Heinrich Bauer Verlag*, C-368/95, EU:C:1997:325.

Conclusie in *De Agostini*, C-34/95, EU:C:1997:333.

Arrest *Konsumentombudsmannen (KO) t. De Agostini (Svenska) Förlag AB en TV-Shop i Sverige AB*, gevoegde zaken C-34/95, C-35/95 en C-36/95, EU:C:1997:344.

Arrest *Société civile immobilière Parodi t. Banque H. Albert de Bary et Cie*, C-222/95, EU:C:1997:345.

Arrest *Corsica Ferries France t. Gruppo Antichi Ormeggiatori del Porto di Genova Coop. arl, Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl, Ministero dei Trasporti e della Navigazione*, C-266/96, EU:C:1998:306.

Arrest *Commissie t. Frankrijk (Foie Gras)*, C-184/96, EU:C:1998:495.

Conclusie in *Bluhme*, C-67/97, EU:C:1998:294.

Arrest *Strafzaak t. Ditlev Bluhme*, C-67/97, EU:C:1998:584.

Arrest *Strafzaken tegen Jean-Claude Arblade en Arblade & Fils SARL en Bernard Leloup, Serge Leloup en Sofrage SARL*, gevoegde zaken C-369/96 en C-376/96, EU:C:1999:575.

Conclusie in *Volker Graf tegen Filzmoser Maschinenbau GmbH*, C-190/98, EU:C:1999:423.

Arrest *Volker Graf tegen Filzmoser Maschinenbau GmbH*, C-190/98, EU:C:2000:49.

Conclusie in *Gourmet International*, C-405/98, EU:C:2000:690.

Arrest *Konsumentombudsmannen (KO) t. Gourmet International Products AB (GIP)*, C-405/98, EU:C:2001:135.

Arrest *Commissie t. Spanje*, C-12/00, EU:C:2003:21.

Arrest *Deutscher Apothekerverband eV t. 0800 DocMorris NV en Jacques Waterval*, C-322/01, EU:C:2003:664.

Arrest *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH t. Troostwijk GmbH*, C-71/02, EU:C:2004:181.

Arrest *CaixaBank France t. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, in aanwezigheid van: Banque fédérale des banques populaires e.a.*, C-442/02, EU:C:2004:586.

Arrest *Commissie t. Bondsrepubliek Duitsland*, C-463/01, EU:C:2004:797.

Arrest *Radlberger Getränkegesellschaft mbH & Co. en S. Spitz KG t. Land Baden-Württemberg*, C-309/02, EU:C:2004:799.

Arrest *Viacom Outdoor Srl t. Giotto Immobiliere SARL*, C-134/03, EU:C:2005:94.

Arrest *Mobistar NV t. Commune de Fléron, en Belgacom Mobile NV t. Gemeente Schaarbeek*, gevoegde zaken C-544/03 en C-545/03, EU:C:2005:518.

Arrest *Georg Schwarz t. Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg*, C-366/04, EU:C:2005:719.

Conclusie in *Alfa Vita*, gevoegde zaken C-158/04 en C-159/04, EU:C:2006:212.

Arrest *Alfa Vita Vassilopoulos AE en Carrefour Marinopoulos AE t. Elliniko Dimosio en Nomarchiaki Aftodioikisi Ioanninon*, gevoegde zaken C-158/04 en C-159/04, EU:C:2006:562.

Arrest *Strafzaak t. Jan-Erik Anders Ahokainen en Mati Leppik*, C-434/04, EU:C:2006:609.

Arrest *Klas Rosengren e.a. t. Riksaklagaren*, C-170/04, EU:C:2007:313.

Arrest *Laval un Partneri Ltd tegen Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan en Svenska Elektrikerförbundet*, C-341/05, EU:C:2007:809.

Arrest *Commissie t. België*, C-227/06, EU:C:2008:160.

Arrest *Commissie van de Europese Gemeenschappen t. Portugese Republiek*, C-265/06, EU:C:2008:210.

Arrest *Commissie t. Luxemburg*, C-286/07, EU:C:2008:251.

Arrest *Strafzaak tegen Lodewijk Gysbrechts en Santurel Inter BVBA*, C-205/07, EU:C:2008:730.

Conclusie in *Commissie t. Italië*, C-110/05, EU:C:2006:646.

Arrest *Commissie van de Europese Gemeenschappen t. Italiaanse Republiek*, C-110/05, EU:C:2009:66.

Arrest *Commissie t. Italië*, C-518/06, EU:C:2009:270.

Conclusie in *Mickelsson en Roos*, C-142/05, EU:C:2006:782
Universiteit Gent Faculteit Rechtsgeleerdheid

Arrest *Åklagaren t. Percy Mickelsson en Joakim Roos*, C-142/05, EU:C:2009:336.

Arrest *Ker-Optika bt t. ÀNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézet*, C-108/09, EU:C:2010:725.

Arrest *Philippe Bonnarde t. Agence de Services et de Paiement*, C-443/10, EU:C:2011:641.

Arrest *Commissie t. Republiek Oostenrijk*, C-28/09, EU:C:2011:854.

Arrest *Asociación para la Calidad de los Forjados (Ascafor) en Asociación de Importadores y Distribuidores de Acero para la Construcción (Asidac) t. Administración del Estado en anderen*, C-484/10, EU:C:2012:113.

Arrest *Asociación Nacional de Expendedores de Tabaco y Timbre (ANETT) t. Administración del Estado*, C-456/10, EU:C:2012:241.

Arrest *SC Volksbank România SA t. Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor – Comisariatul Județean pentru Protecția Consumatorilor Călărași (CJPC)*, C-602/10, EU:C:2012:443.

Arrest *Fra.bo SpA t. Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV (DVGW) – Technisch-Wissenschaftlicher Verein*, C-171/11, EU:C:2012:453.

Arrest *Commissie t. Litouwen*, C-61/12, EU:C:2014:172.

Arrest *Commissie t. Polen*, C-639/11, EU:C:2014:173.

Arrest *Commissie t. Spanje*, C-428/12, EU:C:2014:218.

Arrest *Ålands Vindkraft AB t. Energimyndigheten*, C-573/12, EU:C:2014:2037.

Arrest *“Vilniaus energija” UAB t. Lietuvos metrologijos inspekcijos Vilniaus apskrities skyrius*, C-423/13, EU:C:2014:2186.

Conclusie in *Scotch Whisky Association*, C-333/14, EU:C:2015:527.

Arrest *Valev Visnapuu t. Kihlakunnansyyttäjä, Suomen valtio – Tullihallitus*, C-198/14, EU:C:2015:751.

Arrest *Scotch Whisky Association, spiritsEUROPE, Comité de la Communauté économique européenne des Industries et du Commerce des Vins, Vins aromatisés, Vins mousseux, Vins de liqueur et autres Produits de la Vigne (CEEV) t. Lord Advocate, Advocate General for Scotland*, C-333/14, EU:C:2015:845.

Arrest *Canadian Oil Company Sweden AB, Anders Rantén t. Riksåklagar*, C-472/14, EU:C:2016:171.

IIIa. Boeken

BARNARD, C. en SCOTT, J., *The Law of the European Single Market*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 456 p.

BARNARD, C., *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 704 p.

BLUMANN, C. (ed.), *Introduction au marché intérieur: libre circulation des marchandises*, Brussel, Editions de l'Université Bruxelles, 2015, 542 p.

CHALMERS, D., DAVIES, G. en MONTI, G., *European Union Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 1114 p.

JANSSENS, C., *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 358 p.

MADURO, M. P., *We The Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 1998, 208 p.

MICHEL, V., *1992-2012: 20 ans de marché intérieur – Le marché intérieur entre réalité et utopie*, Brussel, Larcier, 2014, 194 p.

ORTINO, F., *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade – A comparative analysis of EC and WTO Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004, 524 p.

ORTINO, F. en L. BARTELS, L., *Regional Trade Agreements and the WTO*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 640 p.

REICH, N., NORDHAUSEN SCHOLE, A. en SCHOLE, J., *Understanding EU Internal Market Law*, Cambridge, Intersentia, 2015, 719 p.

TOTH, A.G., *The Oxford Encyclopaedia of European Community Law – Volume II The Law of the Internal Market*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2005, 816 p.

WEISS, F. en KAUPA, C., *European Union Internal Market Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 326 p.

IIIb. Bijdragen in boeken

DAVIES, G., “Is Mutual Recognition an Alternative to Harmonisation: Lessons on Trade and Tolerance of Diversity from the EU” in F. ORTINO en L. BARTELS (eds.), *Regional Trade Agreements and the WTO*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 265-280.

DE BURCA, G., “Unpacking the Concept of Discrimination in EC and International Trade Law” in C. BARNARD en J. SCOTT (eds.), *The Law of the European Single Market*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 181-195.

VAN HUFFEL, M., “The Legal Framework for Financial Services and the Internet” in N. N. SHUIBHNE (ed.), *Regulating the Internal Market*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2006, 144-180.

IV. Tijdschriften

BARNARD, C., “Fitting the remaining pieces into the goods and persons jigsaw?”, *E.L. Rev.* 2001, 35-59.

BARNARD, C., “Case comment - Trailing a new approach to free movement of goods”, *C.L.J.* 2009, 288-290.

DE VRIES, S. A., “‘Goods revisited’ – nieuwe inzichten in de rechtspraak over het vrij verkeer van goederen”, *NtEr* 2009, 121-130.

ENCHELMAIER, S., “Moped Trailers, Mickelsson & Roos, and Gysbrechts: The ECJ’s case law on goods keeps on moving”, *YEL* 2010, 190-223.

ENCHELMAIER, S., “Alpine transport restrictions reconsidered: *Commission v. Austria*. Case C-28/09, *Commission v. Republic of Austria* (“Inntalautobahn No. 2”), Judgment of the Court (Grand Chamber) of 21 december 2011, nyr”, *CML Rev.* 2013, 183-202.

HATZOPOULOS, V., “Case C-384/93, *Alpine Investments BV v. Minister van Financien*, Judgment of 10 May 1995, nyr.”, *CML Rev.* 1995, 1425-1445.

JANSSON, M. en KALIMO, H., “De minimis meets ‘Market Access’: Transformation in the Substance—and the Syntax—of EU Free Movement Law?”, *CML Rev.* 2014, 523-558.

KACZOROWSKA, A., “Gourmet can have its *Keck* and eat it!”, *ELJ*, 2004, 479-494.

LIANOS, I., “In memoriam *Keck*: The Reformation of the EU Law on the Free Movement of Goods”, *E.L. Rev.* 2015, 225-248.

MORTELMANS, K.J.M., “Towards convergence in the application of the rules on free movement and on competition?”, *CML Rev.* 2001, 613-649.

MORTELMANS, K.J.M., “De *Keck*-check”, *NtEr* 2005, 247-261.

OLIVER, P. en ROTH, W.H., “The internal market and the four freedoms”, *CML Rev.* 2004, 407-441.

OLIVER, P., “Of Trailers and Jet Skis: Is the Case Law on Article 34 TFEU Hurling in a New Direction?”, *FORDHAM INT’L L. J.*, 2011, 1423-1471.

PECHO, P., “Good-Bye *Keck*?: A comment on the remarkable judgement in *Commission v. Italy C-110/05*.”, *LIEI* 2009, 257-272.

PRETE, L., “Of Motorcycle Trailers and Personal Watercrafts: the Battle over Keck”, *LIEI* 2008, 133-155.

REICH, N., “The “November Revolution” of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi Revisited”, *CML Rev.* 1994, 459-492.

SNELL, J., “The notion of market access: a concept or a slogan?”, *CML Rev.* 2010, 437-472.

SPAVENTA, E., “Leaving Keck behind? The free movement of goods after the rulings in Commission v. Italy and Mickelsson and Roos”, *E.L. Rev.* 2009, 914-932.

STEINER, J., “Drawing the line: uses and abuses of article 30 EEC”, *CML Rev.* 1992, 749-774.

STRAETMANS, G., “Case C-405/98, *Konsumentombudsmannen (KO) v. Gourmet International Products AB (GIP)*, Judgement of the Court (Sixth Chamber) of 8 March 2001”, *CML Rev.* 2002, 1407-1421.

TONER, H., “Non-Discriminatory Obstacles to the Exercise of Treaty Rights – Articles 39, 43, 49, and 18 EC”, *YEL* 2004, 275-302.

TRYFONIDOU, A., “Was Keck a Half-baked Solution After All? Joined cases C-158–159/04, *Alfa Vita Vassilopoulos AE, formerly Trofo Super-Markets AE v. Elliniko Dimosio and Nomarkhiaki Aftodiikisi Ioanninon; Carrefour Marinopoulos AE v. Elliniko Dimosio and Nomarkhiaki Aftodiikisi Ioanninon*, judgment of 14 September 2006, n.y.r.” *LIEI* 2007, 167-182.

TRYFONIDOU, “Further steps on the road to convergence among the market freedoms”, *E.L. Rev.* 2010, 36-56.

VOLLEBREGT, E.R., “Het accent verschuift naar markttoegang”, *NtEr* 2001, 145-147.

WEATHERILL, S., “After *Keck*: Some thoughts on how to clarify the clarification”, *CML Rev.* 1996, 885-906.

WEATHERILL, S., “The road to ruin: “restrictions on use” and the circular lifecycle of Article 34 TFEU”, *European Journal of Consumer Law* 2012, 359-368.

WILSHER, D., “Does Keck discrimination make any sense? An assessment of the non-discrimination principle within the European Single Market”, *E.L. Rev.* 2008, 3-22.

V. Elektronische bronnen

http://ec.europa.eu/taxation_customs/40customs/customs_general_info/about/index_en.htm, geraadpleegd op 4 mei 2016.

M. MACIEJEWSKI, “De interne markt: Algemene beginselen”, maart 2016, http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/nl/FTU_3.1.1.pdf, geraadpleegd op 4 mei 2016.

Van Dale Woordenboek,
<http://www.vandale.nl/opzoeken?pattern=potentieel&lang=nn#.Vyymg0enf7w>,
geraadpleegd op 20 maart 2016.

Van Dale Woordenboek,
<http://www.vandale.nl/opzoeken?pattern=hypothetisch&lang=nn#.VyymqUenf7w>,
geraadpleegd op 20 maart 2016.