

WAT BETEKENT "GELIJKE WERKING (ALS EEN KWANTITATIEVE INVOERBEPERKING)" IN ART. 30 E.E.G.-VERDRAG ?

Wouter Wils

Onder wetenschappelijke begeleiding van
Prof. H. COUSY (K.U.Leuven)

SITUERING

Het vrij verkeer van goederen staat in het E.E.G.-Verdrag vermeld als één van de grondslagen van de gemeenschap (Titel 1).

De realisatie van het vrije goederenverkeer omvat :

1. het verbod van douanerechten en heffingen van gelijke werking, tussen de Lid-Staten ;
2. de instelling van een gemeenschappelijk douanetarief in de relaties met derde landen ;
3. het verbod van alle kwantitatieve beperkingen en van maatregelen van gelijke werking ;
4. de aanpassing van de nationale monopolies van commerciële aard.

Het derde element, dat hier relevant is, wordt behandeld in de artikelen 30 (verbod van kwantitatieve invoerbeperkingen en maatregelen van gelijke werking), 34 (verbod van kwantitatieve uitvoerbeperkingen en maatregelen van gelijke werking) en 36 (excepties) ¹.

Art. 30 E.E.G.-Verdrag luidt als volgt : "Kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking zijn (...) tussen de Lid-Staten verboden".

De term "*kwantitatieve invoerbeperkingen*" doet onmiddellijk denken aan quota of contingenteringen (d.i. kwantitatieve beperkingen van de toegelaten invoer van een produkt per tijdseenheid). Kwantitatieve invoerbe-

(1) De artikelen 31, 32, 33 en 35 betreffen een ondertussen afgesloten overgangperiode.

perkingen vormen een traditioneel instrument van protectionistische handelspolitiek.

Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de E.G. ², is ook een absoluut invoerverbod (d.i. het verbod van elke invoer van een produkt) een "kwantitatieve invoerbepanking" in de zin van art. 30.

Men kan zich afvragen waar de grens ligt tussen "kwantitatieve invoerbepankingen" en "maatregelen van gelijke werking". Deze grens is niet zo gemakkelijk te trekken, vooral omdat ook de absolute invoerverboden als "kwantitatieve invoerbepankingen" worden beschouwd.

Het vereisen van een invoerlicentie bijvoorbeeld, zou kunnen beschouwd worden als een absoluut invoerverbod voor produkten zonder invoerlicentie.

Een mogelijk criterium van onderscheid wordt voorgesteld door OLIVER ³. Verboden die betrekking hebben op factoren, eigen aan de goederen zelf, zoals bijvoorbeeld hun samenstelling, zijn "kwantitatieve invoerbepankingen". Verboden daarentegen die gebaseerd zijn op factoren, extern aan de goederen (bijvoorbeeld het gebrek aan invoerlicentie), zijn "maatregelen van gelijke werking".

Een andere mogelijke benadering gaat uit van de voor het probleem relevant beschouwde produktmarkt. Beschouwen we de vraag welke maatregel, bijvoorbeeld, een invoerverbod voor substituten van melkpoeder en geconcentreerde melk uitmaakt ⁴. Dit wordt dan bepaald door de vraag of men de markt voor melksubstituten als relevant beschouwt, dan wel de markt voor melkprodukten en hun substituten.

Tenslotte kan men verdedigen dat maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn op binnenlandse en ingevoerde goederen, ook al houden ze een absoluut verbod en dus ook een absoluut invoerverbod in, altijd "maatregelen van gelijke werking" zijn ⁵. In elk geval lijkt de hele vraag geen praktisch belang te hebben, omdat noch het globale toepassingsgebied van art. 30, noch de door het Hof gehanteerde rechtvaardigingscriteria lijken af te hangen van de grensbepaling tussen "kwantitatieve invoerbepankingen" en "maatregelen van gelijke werking" ⁶.

(2) H.v.J., Henn en Darby, zaak 34/79, 14 december 1979, *Jur.*, 1979, 3812, r.o. 12.

(3) OLIVER, P., *Free movement of goods in the E.E.C.*, London, European Law Centre Ltd., 1988, 63.

(4) Een dergelijk verbod van invoer (en ook verkoop in het algemeen) werd behandeld in H.v.J., Commissie/Frankrijk, zaak 216/84, 23 februari 1988, *Jur.*, 1988, 810.

(5) Dit lijkt de visie te zijn van Adv.-Gen. SLYNN in zijn conclusie (*Jur.*, 1988, 803) bij de reeds vermelde Melksubstitutenzaak (zie voetnoot 4). Het Hof spreekt zich hierover echter niet uit.

(6) Wat meteen verklaart waarom deze vraag in de rechtspraak niet echt aan bod komt.

I. MAATREGELEN VAN GELIJKE WERKING.

In het E.E.G.-Verdrag zelf worden "maatregelen van gelijke werking (als kwantitatieve invoerbepalingen)" niet nader omschreven.

Het Hof van Justitie heeft pas in 1974 een definitie van dit begrip gegeven, met name in het arrest "Dassonville". Een maatregel van gelijke werking is "iedere handelsregeling der Lid-Staten die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren" ⁷. Deze definitie heeft het Hof in zijn latere rechtspraak voortdurend herhaald.

Voordien bestond reeds een definitie van "maatregelen van gelijke werking (als kwantitatieve invoerbepalingen)" in de eerste overweging en artikel 2 van de Richtlijn 70/50/E.E.G. van 22 december 1969, nl. "de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen, de administratieve handelwijzen alsmede alle handelingen uitgaande van een overheidsinstantie, waaronder begrepen de aansporingen... die een belemmering vormen voor de invoer, die mogelijk zou zijn indien deze maatregelen niet bestonden, met inbegrip van de maatregelen die de invoer moeilijker of duurder maken dan de afzet van de nationale produktie" ⁸.

De geciteerde richtlijn werd uitgevaardigd krachtens art. 33, al. 7 E.E.G.-Verdrag en betreft de overgangperiode die op 31 december 1969 eindigde. Deze richtlijn is dus geen rechtsnorm meer.

De bedoeling van de Commissie was evenwel dat deze richtlijn een "doctrinale referentie" zou zijn, gebaseerd op de ervaring van de Commissie ⁹.

II. "VAN GELIJKE WERKING (ALS EEN KWANTITATIEVE INVOERBEPERKING)" - "DE INTRACOMMUNAUTAIRE HANDEL KUNNEN BELEMMEREN".

Relevant is het effect van de maatregel. Er is geen ander criterium dan het effect ("*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*"). Zo zijn de juridische aard en de doelstelling van de maatregel van geen tel. In het bijzonder is er geen discriminerende of protectionistische doelstelling vereist. Dit laat toe "alle onverwachte en verborgen verschijningsvormen van het protectio-

(7) H.v.J., Dassonville, zaak 8/74, 11 juli 1974, *Jur.*, 1974, 851.

(8) Richtlijn van de Commissie 70/50/E.E.G. van 22 december 1969 gebaseerd op de bepalingen van art. 33, al. 7, houdende opheffing van de maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbepalingen, niet bedoeld in andere krachtens het E.E.G.-Verdrag vastgestelde bepalingen, *P.B.L.*, 1970, nr. 13/29.

(9) MATTERA, A., *Le marché unique européen*, Paris, Jupiter, 1988, 27.

nisme van de Lid-Staten" te treffen ¹⁰. Bovendien worden interpretatie- en bewijsproblemen vermeden, en kan het toepassingsgebied van art. 30 afgelijnd worden volgens een functioneel criterium, nl. noch ruimer, noch enger dan wat de doelstelling van het vrije goederenverkeer vergt.

Enkel het effect van de maatregel is relevant. Dit sluit natuurlijk niet uit dat de criteria van discriminatie of protectionisme een rol spelen bij de omschrijving van het door art. 30 geviseerde *effect* van een maatregel ¹¹

De woorden "gelijke werking" geven aan dat een *a priori* beoordeling van het effect van een maatregel volstaat. Empirische bewijzen van het effect (gewicht, hoeveelheid, geld of een andere kwantificerende standaard) zijn overbodig, op voorwaarde dat een economische incidentie-analyse de principiële werking van een maatregel aangeeft in de relevante, werkelijke context.

Hieruit volgt enerzijds dat *een potentieel effect* voldoende is, m.a.w. dat "niet hoeft te worden vastgesteld dat de maatregelen daadwerkelijk de invoer van de betrokken producten beperken, doch slechts dat zij een potentieel gevolg hebben voor de invoer die mogelijk zou zijn indien deze maatregelen niet bestonden" ¹², en anderzijds dat er *geen "de minimis"-regel* kan bestaan.

Natuurlijk kan een empirisch, gekwantificeerd bewijs van het effect, de (principiële) werking aantonen.

Het gaat in art. 30 om een gelijke werking *als een kwantitatieve invoerbeperking*. Het vereiste effect voor de kwalificatie als maatregel in strijd met art. 30 moet dus bepaald worden in vergelijking met het effect van kwantitatieve invoerbeperkingen. De vraag is dan welke vergelijkingspunten (binnen de effecten) pertinent zijn. Daarbij zijn verschillende benaderingen mogelijk.

In de "*Dassonville*"-definitie van maatregelen van gelijke werking, wordt het pertinente effect omschreven als "(maatregelen die) de intracommunautaire handel (kunnen) belemmeren". Zoals reeds door velen opgemerkt, is deze formule potentieel zeer ruim. Ze blijft echter voor *verschillende* (zoniet alle) *interpretaties* vatbaar.

Grosso modo zijn *drie interpretaties* mogelijk van wat "gelijke werking (als een kwantitatieve invoerbeperking)" inhoudt.

De anti-protectionistische interpretatie gaat uit van Titel I van Deel II van het E.E.G.-Verdrag, waar achtereenvolgens verboden worden: heffingen, quota (en absolute importverboden) en "alle maatregelen van gelijke werking". Het begrip moet volgens deze interpretatie worden gelezen als "alle maatregelen die protectionistisch werken". Welnu, volgens de econo-

(10) *Ibid.*, 191.

(11) Zie *infra*: de zgn. protectionistische interpretatie.

(12) H.v.J., Comm./Griekenland, zaak 124/85, 16 december 1986, *Jur.*, 1986, 3948.

mische theorie ¹³ is de incidentie van heffingen, quota (absolute importverboden even terzijde gelaten) en andere protectionistische maatregelen fundamenteel dezelfde: vergeleken met de situatie zonder protectionistische maatregelen, veroorzaken zij (1) minder invoer in het land dat zich beschermt, en (2) een grotere afzet (op de binnenlandse markt) voor de binnenlandse producenten, of (in elk geval) een groter marktaandeel (primaire effecten). Vervolgens hebben zij (3) een hogere binnenlandse prijs en (4) en een globaal welvaartsverlies (secundaire effecten, gevolgen van de primaire effecten) tot gevolg. Deze secundaire effecten zijn precies de kostprijzen van de belemmeringen op het goederenverkeer ("*le coût de la non-Europe*").

Volgens de anti-protectionistische interpretatie bestaat het voor art. 30 vereiste effect uit de vermelde primaire effecten. Essentieel bij het tweede effect is het voordeel dat de binnenlandse producenten verkrijgen, in vergelijking met de buitenlandse.

De marktintegrende interpretatie gaat ervan uit dat de opdracht van de E.E.G. niet beperkt blijft tot het elimineren van het protectionisme tussen de Lid-Staten (zoals ook het G.A.T.T. dit nastreeft), maar wel reikt tot het "instellen van een gemeenschappelijke markt en het geleidelijk tot elkaar brengen van het economisch beleid van de Lid-Staten" (art. 2 E.E.G.-Verdrag) ¹⁴.

In die optiek verbiedt art. 30 maatregelen te treffen die met de bedoeling van art. 2 E.E.G.-Verdrag in strijd zijn, omdat deze maatregelen afzonderlijke (in de zin van structureel verschillende) nationale markten in stand houden. De reikwijdte van art. 30 hangt dan af van het antwoord op de vraag wat met een gemeenschappelijke markt verenigbaar is, en hoe dicht het economisch beleid van de verschillende Lid-Staten tot elkaar moet gebracht worden.

Volgens de derde interpretatie tenslotte, betekent gelijke werking een kleinere invoer dan de invoer bij afwezigheid van de maatregel. Vergeleken met de anti-protectionistische interpretatie is dus enkel het eerste primaire effect (*cf. supra*) vereist.

Deze derde interpretatie, die soms verdedigd wordt in de literatuur ¹⁵

(13) KINDLEBERGER, C.P., *International economics*, Homewood, Irwin, 1973, 107-128; SCHIAVO-CAMPO, S., *International economics*, Cambridge, Winthrop, 1978, 93-120; WALTER, I. en ARESKOUG, K., *International economics*, New York, Wiley, 1981, 141-180; MARKUSEN, J.R. en MELVIN, J.R., *The theory of international trade*, New York, Harper, 1988, 213-246.

(14) Over de verschillende gradaties van internationale economische integratie (vrijhandelszone, douane-unie, gemeenschappelijke markt, economische unie, volledige economische integratie), zie BALASSA, B., *The theory of economic integration*, Homewood, Irwin, 1961; ROBSON, P., *The economics of international integration*, London, Allen, 1984.

(15) MATTERA, A., o.c., 194; *Law of the European Communities*, VAUGHAN, D. (ed.), II, London, Butterworths, 1986, 102 en KAPTEYN, P.J.G. en VERLOREN VAN THEMAAT, P., *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, Kluwer, Deventer, 1987, 259-261 (minder uitdrukkelijk).

en die ook uit de Richtlijn 70/50/E.E.G. blijkt ¹⁶, zou de *letterlijke interpretatie* kunnen genoemd worden. Met "letterlijk" wordt een letterlijke interpretatie van de "Dassonville"-formule bedoeld en niet van de tekst van art. 30. De anti-protectionistische interpretatie sluit het best aan bij de tekst van art. 30. De letterlijke interpretatie van de "Dassonville"-formule (*cfr. supra*) vereist trouwens dat in die formule "intracommunautaire handel" wordt begrepen als "invoer registreerbaar aan de grens" en dat "belemmeren" wordt begrepen zonder enige verwijzing naar onderliggende determinanten van de registreerbare handel.

Deze derde, letterlijke interpretatie is vatbaar voor de kritiek van *wilkeurigheid*. Ze heeft geen economische fundering, in tegenstelling tot de andere interpretaties, die dat wel hebben. Bovendien is de kritiek mogelijk dat de letterlijke interpretatie *onredelijk* ruim werkt. Zo zou een (constante) beslissing van de Leuvense schepenen van sport om het stedelijk zwembad te sluiten op maandag indien dinsdag een feestdag is, onder art. 30 E.E.G.-Verdrag vallen, omdat er in de automaat in de inkomsthal niet alleen Belgisch maar ook Nederlands snoep te vinden is. We herinneren er hierbij aan dat art. 30 geen "*de minimis*"-regel verdraagt.

III. DE RECHTSPRAAK VAN HET HOF VAN JUSTITIE.

Vóór het bekende "Cassis de Dijon"-arrest werden enkel (formeel of materieel) *discriminerende maatregelen* beschouwd. Discriminerende maatregelen behandelen hetzij vergelijkbare gevallen op verschillende wijze, hetzij verschillende gevallen op gelijke wijze ¹⁷

In de context van art. 30 betekent dit dat een maatregel discriminerend is, wanneer zij ingevoerde goederen zonder (voldoende) reden (die vreemd moet zijn aan het verboden criterium van nationale herkomst) slechter ¹⁸

(16) *Cfr. supra*. De Richtlijn bevatte wel een afzonderlijke benadering voor maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn. Deze maatregelen zouden slechts "gelijke werking" hebben indien ze het kader van de residuaire bevoegdheid van de Lid-Staten overschrijden (overwegingen 8, 9, 10 en 11 en art. 3 van genoemde Richtlijn). Deze benadering is onlogisch omdat de werking beoordeeld wordt a.h.v. de aard en de doelstelling van de maatregel. Het Hof heeft deze benadering vanaf de aanvang verworpen (zie concl. Adv.-Gen. CAPOTORI bij H.v.J., Rewe, zaak 120/78, 20 februari 1979, *Jur.*, 1979, 670).

(17) Deze twee facetten van discriminatie (positief en negatief) erkende het Hof in H.v.J., Italië/Commissie, zaak 13/63, 17 juli 1963, *Jur.*, 1963, 375 :

"Overwegende dat de verschillende behandeling van niet vergelijkbare gevallen niet zonder meer wijst op discriminatie; dat daarom in gevallen die formeel de schijn van discriminatie wekken, materieel nog geen sprake behoeft te zijn van discriminatie; dat sprake zou zijn geweest van discriminatie in materiële zin, indien hetzij vergelijkbare gevallen op verschillende wijze, hetzij verschillende gevallen op gelijke wijze waren behandeld".

(18) Omgekeerde discriminatie (ten nadele van de nationale producenten) is met geen enkele bepaling van het E.E.G.-Verdrag strijdig:

behandelt dan binnenlandse produkten.

Wat telt is dat de maatregel feitelijk (in haar uitwerking) de ingevoerde goederen slechter behandelt (materiële discriminatie), ongeacht of de maatregel uitdrukkelijk naar nationale herkomst onderscheidt (formele discriminatie) ¹⁹. Zo was een Franse regeling i.v.m. reclame voor alcoholhoudende dranken (ongeacht hun nationale herkomst) discriminerend ten voordele van (typisch) Franse dranken door de wijze waarop de dranken in groepen werden ingedeeld en op deze groepen verschillende reclamevoor- schriften toegepast werden ²⁰.

Het onderzoek naar het discriminerend karakter van een maatregel lijkt verband te houden met *de anti-protectionistische interpretatie* van "gelijke werking" (*cf. supra*), waarin de feitelijke benadeling van de vreemde produkten op de binnenlandse markt centraal staat.

Discriminerende maatregelen zijn natuurlijk ook "maatregelen van gelijke werking" wanneer zij worden beschouwd vanuit een marktintegrerende of vanuit de letterlijke interpretatie (*cf. supra*).

Door *het "Cassis de Dijon"-arrest* werd een nieuwe categorie maatregelen onder "maatregelen met gelijke werking" gebracht, nl. de zogenaamde "maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn" ²¹.

Hierover schrijft Adv.-Gen. VAN GERVEN:

"In die situatie gaat het om maatregelen die weliswaar niet discriminatoir zijn naar doel of naar strekking, maar die *de facto zwaarder wegen*, voor ingevoerde dan nationale produkten, m.a.w. ingevoerde produkten in een nadelige situatie plaatsen tegenover nationale produkten."

H.v.J., Jongeneel Kaas, zaak 237/82, 7 februari 1984, *Jur.*, 1984, 55, r.o. 23 en vooral H.v.J., Cognet, zaak 355/85, 23 oktober 1986, *Jur.*, 1986, 3242, r.o. 10, bevestigd in H.v.J., Verbrugge, zaak 160/86, 9 april 1987, *Jur.*, 1987, 1788 en besproken in VAN RIJN, T., "A review of the case law of the Court of Justice on articles 30 to 36 E.E.C. in 1986 and 1987", *C.M.L.R.*, 1988, 611-612.

Dat omgekeerde discriminatie niet door het Gemeenschapsrecht verboden wordt, is heel wat minder problematisch dan men wel zou kunnen denken. Binnenlandse producenten hebben immers de beste toegang tot de nationale wetgeving, die de omgekeerde discriminatie kan afschaffen.

(19) Het onderscheid tussen het positieve en het negatieve aspect van discriminatie enerzijds en het onderscheid tussen formele en materiële discriminatie anderzijds zijn dus logisch onafhankelijk volgens de (zeer verdedigbare) visie van het Hof (zie het citaat in voetnoot 17). Contra WAELBROECK, M., "Mesures d'effet équivalent, discrimination formelle et matérielle dans la jurisprudence de la Cour de Justice", in *Liber Amicorum F. Dumon*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 1336-1337 en DEFALQUE, L., "Le concept de discrimination en matière de libre circulation des marchandises", *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 472.

(20) H.v.J., Commissie/Frankrijk, zaak 152/8, 10 juli 1980, *Jur.*, 1980, 2299.

(21) H.v.J., Rewe, zaak 120/78, 20 februari 1970, *Jur.*, 1979, 649.

"Het gaat hier hetzij om regels betreffende de samenstelling, grootte, vorm, gewicht, presentatie, etikettering, benaming en verpakking van producten, hetzij om regels betreffende toegelaten verkoopsmethoden".

"De grondgedachte van deze rechtspraak is dat dergelijke dispariteiten van de nationale regelingen kunnen resulteren in geduchte belemmeringen van het intracommunautair handelsverkeer omdat zij bijkomende uitgaven of inspanningen noodzakelijk kunnen maken om de vervaardiging dan wel de verhandeling van het produkt te laten voldoen aan van Lid-Staat tot Lid-Staat verschillende regelingen" ²².

Wat onderscheidt "*maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn*" van (materieel) discriminerende maatregelen ²³? Niet dat ze formeel geen onderscheid maken naar de herkomst van de goederen, want dit hoeft ook niet voor een materieel (maar dan niet formeel) discriminerende maatregel. Ook niet dat ze een zwaardere last uitmaken voor de ingevoerde goederen dan voor de nationale. Wel, zo lijkt het mij, dat die zwaardere last voor de ingevoerde producten niet volgt uit de uitwerking van de maatregel op zich beschouwd (zoals dat wel het geval is bij een materieel discriminerende maatregel), maar enkel uit de uitwerking van die maatregel, gegeven de (ervan verschillende) bestaande regels in de andere Lid-Staten.

Bij de beoordeling van de effecten van een maatregel wordt dus enkel een bijkomend referentie-element (nl. de bestaande regels in de andere Lid-Staten) beschouwd, maar het blijft gaan om een onderzoek naar het slechtere lot van de ingevoerde goederen in vergelijking met de nationale goederen.

Het blijft dus een onderzoek naar protectionistische of discriminerende werking, zij het op een meer geraffineerde wijze. Deze rechtspraak blijft dus

(22) Concl. Adv.-Gen. VAN GERVEN, d.d. 29 juni 1989 bij H.v.J., Torfaen Borough Council en B&Q PCL, 23 november 1989, zaak 145/88, nr. 15, nog niet in *Jur.* gepubliceerd, (1990) 1 *C.M.L.R.* 337.

(23) Dit onderscheid, dat hier besproken wordt om de draagwijdte van "gelijke werking" en de evolutie in de rechtspraak te vatten, is vooral belangrijk omdat enkel "maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn, kunnen gerechtvaardigd worden door dwingende eisen", die het Hof in *het "Cassis de Dijon"-arrest (ex nihilo)* heeft erkend, naast de rechtvaardigingsgronden in art. 36 E.E.G.-Verdrag. Indien het Hof een materiële discriminatie ontdekt in een regel die formeel geen onderscheid maakt naar de nationale herkomst van de goederen, dan kan de Lid-Staat zich niet op "dwingende eisen" beroepen (ondermeer: H.v.J., Ringelhan, zaak 177/83, 6 november 1984, *Jur.*, 1984, 3651 en H.v.J., Leclercq, zaak 231/83, 29 januari 1985, *Jur.*, 1985, 305).

Een inconsequente uitzondering vormt de Bocksbeutelflessenzaak, waar het Hof een protectionistische werking (discriminatie) vaststelt, maar de maatregel desondanks als "maatregel die zonder onderscheid toepasselijk is" behandelt (H.v.J., Prantl, zaak 16/83, 13 maart 1984, *Jur.*, 1984, 1299).

Volgens DEFALQUE, L., *l.c.*, 478-479 en 484, zou een dergelijke inconsequentie ook te vinden zijn in H.v.J., Commissie/Verenigd Koninkrijk, zaak 207/83, 25 april 1985, *Jur.*, 1985, 1207, een mening die hier niet wordt gedeeld.

ook volkomen verenigbaar met de anti-protectionistische interpretatie van "gelijke werking" ²⁴

Natuurlijk is het intentionele element van discriminatie of protectionisme hier ver te zoeken, maar ook bij het materiële discriminatieconcept (zoals door het Hof gehanteerd, *cfr. supra*) vervaagt dit element. Dit bevestigt de algemene stelling dat voor art. 30 enkel de werking ("l'effet") van een maatregel telt (*cfr. supra*).

Het intentionele element kan trouwens wel bijgedacht worden door te stellen dat, in het kader van de Europese integratie en vanwege art. 5 E.E.G.-Verdrag, de Lid-Staten hun regelgeving niet mogen maken in onverschilligheid voor elkaar.

Bepaalde arresten achtten maatregelen die kunnen leiden tot minder invoer, verenigbaar met art. 30, omdat ze geen voordeel voor de binnenlandse producenten tot gevolg hebben. Uit die arresten blijkt dat het Hof lange tijd uitging van de *anti-protectionistische interpretatie* van "gelijke werking" (*cfr. supra*) en zeker niet van de zgn. letterlijke interpretatie (*cfr. supra*). Voorbeelden hiervan zijn de arresten Oebel ²⁵, Blesgen ²⁶, Duphar ²⁷ en Forest ²⁸. In de zaak Blesgen werd de Belgische Wet van 29 augustus 1919 (de zgn. Wet Vandervelde) onderzocht, die het verbruik, de verkoop en de aanbieding van sterke dranken (meer dan 22°) in alle voor het publiek toegankelijke plaatsen verbodt. Hoewel deze maatregel (evident) tot minder invoer kan leiden, is hij niet strijdig met art. 30, omdat hij "geen verschillende behandeling van deze produkten naargelang hun aard of herkomst tot gevolg" heeft ²⁹.

Met het arrest "*Cinéthèque*" ³⁰ heeft de rechtspraak een nieuwe wending genomen. Het ging hierbij om een Franse wet die de verkoop en verhuur van videocassettes tijdelijk verbodt, voor de films die in de bioscoop vertoond worden. Adv.-Gen. SLYNN stelde in zijn conclusie dat het niet om een maatregel van gelijke werking ging: "*De importeur kan zonder meer invoeren. Zijn positie is dus precies dezelfde als die van de binnenlandse handelaar. Deze krijgt geen enkel extra voordeel ten opzichte van de im-*

(24) In dezelfde zin MARENCO, G., "Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative", *Cah. Dr. Eur.*, 1984, 291-354; zie ook BURROWS, F., *Free Movement in European Community Law*, Oxford, Clarendon, 1987, 50-54; contra GORMLEY, L.W., *Prohibiting restrictions on trade within the E.E.C.*, Den Haag Asser Instituut, 1985, 262-265.

(25) H.v.J., Oebel, zaak 155/80, 14 juli 1981, *Jur.*, 1981, 1993 (in het bijzonder 2010, r.o. 20)

(26) H.v.J., Blesgen, zaak 75/81, 31 maart 1982, *Jur.*, 1982, 1211. Voor een samenvatting van de arresten Oebel en Blesgen: zie MEIER, G., *Die Cassis-Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, Hamburg, Behr, 1988, A. 2/1-3.

(27) H.v.J., Duphar, zaak 238/82, 7 februari 1984, *Jur.*, 1984, 523.

(28) H.v.J., Forest, zaak 148/82, 25 november 1986, *Jur.*, 1986, 3470.

(29) H.v.J., Blesgen, zaak 75/81, 31 maart 1982, *Jur.*, 1982, 1229.

(30) H.v.J., Cinéthèque, zaken 60 en 61/84, 11 juli 1985, *Jur.*, 1982, 2605.

porteur, en de importeur ondervindt door het exploitatieverbod voor videocassettes geen extra nadeel ten opzichte van de Franse handelaar." ³¹ Deze stelling komt overeen met de anti-protectionistische interpretatie van "gelijke werking", waarbij de wijziging van de relatieve marktposities van nationale en ingevoerde produkten pertinent is.

Deze stelling werd evenwel door het Hof niet gevolgd: "Toch kan de toepassing van een dergelijke regeling belemmeringen van het intracommunautaire handelsverkeer veroorzaken, zulks als gevolg van dispariteiten tussen de in de onderscheiden Lid-Staten geldende regelingen en de voorwaarden voor de vertoning van films in de bioscopen" ³².

Ook in enkele andere arresten³³ heeft het Hof maatregelen die geen benadeling van ingevoerde produkten tot gevolg hebben, onder art. 30 gebracht. Over het arrest "Cinéthèque" en deze andere arresten ³⁴ schrijft Adv.-Gen. VAN GERVEN:

"De invalshoek van het onderzoek van het Hof in deze recente reeks van arresten (is) niet de benadeling van geïmporteerde produkten maar de opsplitsing van de gemeenschappelijke markt in nationale deelmarkten." ³⁵

Het Hof lijkt m.a.w. niet (langer) de anti-protectionistische interpretatie te hanteren, maar wel een *marktintegrerende interpretatie* van "gelijke werking".

Naar analogie met de rechtspraak van het Hof inzake art. 85 E.E.G.-Verdrag (waar marktopplitsing ook ter sprake komt), stelt Adv.-Gen. VAN GERVEN volgende afgrenzing van de reikwijdte van art. 30 voor:

"Het komt mij voor dat een gelijkaardig onderscheid tussen marktbescherming en versterking van de drempelvorming op de nationale markt moet worden gehanteerd bij de toepassing van art. 30 op de hier besproken situatie, waar het gaat om een nationale maatregel die weliswaar niet discriminatoir is en evenmin ingevoerde produkten benadeelt, maar waarvan het enkele bestaan een gevaar kan opleveren voor de marktintegratie tussen de Lid-Staten." "Indien de litigieuze nationale regeling reeds op zichzelf een nationale deelmarkt afschermt, dan is art. 30 onverkort (per se) van toepassing." "Indien de litigieuze nationale regeling alleen de drempel van de nationale markt verhoogt, dan is het verbod van art. 30 slechts toepasselijk

(31) Concl. Adv.-Gen. SLYNN bij H.v.J., Cinéthèque, zaken 60 en 61/84, 11 juli 1985, *Jur.*, 1985, 2611.

(32) H.v.J., Cinéthèque, zaken 60 en 61/84, 11 juli 1985, *Jur.*, 1985, 2626, r.o. 22.

(33) H.v.J., Warner Brothers, zaak 158/86, 17 mei 1988, *Jur.*, 1988, 2605; H.v.J., Buet, zaak 382/87, 16 mei 1989, nog niet in *Jur.* gepubliceerd en (minder duidelijk) H.v.J., Commissie/Frankrijk, zaak 216/84, 23 februari 1988, *Jur.*, 1988, 810.

(34) Evenals H.v.J., Royal Pharmaceutical Society, zaak 266/87, 18 mei 1989, nog niet in *Jur.* gepubliceerd, (1989), 2 C.M.L.R. 751.

(35) Concl. Adv.-Gen. VAN GERVEN d.d. 29 juni 1989 bij H.v.J., Torfaen Borough Council en B&Q PLC, zaak 145/88, 23 november 1989, nr. 21, nog niet in *Jur.* gepubliceerd, (1990) 1 C.M.L.R. 337.

wanneer uit de gehele juridische en economische context blijkt dat de in het Verdrag beoogde economische vervlechting van de nationale markten erdoor in het gedrang komt." ³⁶

IV. HET ZONDAGSSLUITINGSARREST.

De vraag naar de betekenis van "gelijke werking (als een kwantitatieve invoerbepierking)" kwam recent aan bod in de zaak *Torfaen Borough Council en B&Q PLC*. Een Britse rechtbank stelde de prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie of de verplichte zondagssluiting voor winkels, opgelegd door de United Kingdom Shops Act 1950, strijdig is met art. 30 E.E.G.-Verdrag.

Het is in zijn conclusie bij deze zaak, dat Adv.-Gen. VAN GERVEN de hierboven reeds aangehaalde marktintegrerende interpretatie van "gelijke werking" heeft bepleit ³⁷.

Deze interpretatie lijkt verenigbaar met de hele vroegere rechtspraak van het Hof, in het bijzonder met zowel de "Cinéthèque"-rechtspraak ³⁸ als de "Oebel"-rechtspraak ³⁹. In het licht van deze interpretatie valt de verplichte zondagssluiting (die vreemde goederen niet anders raakt dan Britse) niet onder art. 30, omdat de Britse markt niet wordt afgeschermd en de drempel van de Britse markt ook niet zodanig verhoogd wordt dat de in het Verdrag beoogde economische vervlechting van de markten van de Lid-Staten erdoor in het gedrang zou komen.

In zijn arrest van 23 november 1989 heeft het Hof (Zesde Kamer) de prejudiciële vraag over de verplichte zondagssluiting als volgt beantwoord: "*Article 30 of the Treaty must be interpreted as meaning that the prohibition which it lays down does not apply to national rules prohibiting retailers from opening their premises on Sunday where the restrictive effects on Community trade which may result therefrom do not exceed the effects intrinsic to rules of that kind.*" ⁴⁰.

Deze uitspraak is hoogst merkwaardig. In zowat alle vroegere arresten van het Hof betreffende art. 30 werd eenzelfde logische structuur gevolgd ⁴¹.

(36) *Ibid.*, nr. 23

(37) *Ibid.*

(38) Arresten hierboven vermeld in voetnoten 32, 33 en 34.

(39) Arresten hierboven vermeld in voetnoten 25, 26, 27 en 28.

(40) H.v.J., *Torfaen Borough Council en B&Q PLC*, zaak 145/88, 23 november 1989, nog niet in *Jur.* gepubliceerd, (1990) 1 C.M.L.R. 337.

(41) Onder meer: H.v.J., *Rewe*, zaak 120/78, 20 februari 1979, *Jur.*, 1979, 662-664; H.v.J., *Commissie/Duitsland*, zaak 178/84, 12 maart 1987, *Jur.*, 1987, 1269-1276; H.v.J., *Smanor*, zaak 298/87, 14 juli 1988, nrs. 11-25, *Jur.*, 1988, 4489; H.v.J., *Drei Glocken*, zaak 407/85, 14 juli 1988, nrs. 9-28, *Jur.*, 1988, 4285; H.v.J., *Commissie-/Denemarken*, zaak 302/86, 20 september 1988, nrs. 6-22, nog niet in *Jur.* gepubliceerd,

Het Hof onderzocht *eerst* of de litigieuze maatregel gelijke werking heeft als een kwantitatieve invoerbepanking, m.a.w., in de Dassonville-formulering, of de litigieuze maatregel de communautaire handel kan belemmeren. Het is voor deze eerste vraag dat de betekenis van "gelijke werking", zoals hierboven besproken, doorslaggevend is. In zijn conclusie bij de Zondagssluitingszaak heeft Adv.-Gen. VAN GERVEN deze eerste vraag *in casu* negatief beantwoord (*cfr. supra*).

Indien het Hof in vroegere arresten deze eerste vraag positief beantwoordde, d.w.z. indien de maatregel onder art. 30 viel, onderzocht het Hof *in tweede instantie* of de maatregel een doel beoogt dat in art. 36 wordt vermeld, of dat daarnaast door het Hof als legitiem wordt erkend.

In derde instantie werd dan onderzocht of dit legitiem doel, indien aanwezig, de litigieuze maatregel en de erdoor veroorzaakte handelsbelemmering noodzakelijk maakt ⁴².

Deze drie vragen werden telkens door het Hof zelf *in concreto* beantwoord t.a.v. de litigieuze nationale maatregel.

In *het Zondagssluitingsarrest* ⁴³ is het Hof van deze logica afgeweken door *de eerste vraag* (naar het belemmerend effect) *en de derde vraag* (naar de noodzakelijkheid van de veroorzaakte belemmering in het licht van het legitieme doel van de maatregel) *te vermengen*.

Het Hof erkent het legitiem doel van de verplichte zondagssluiting (tweede vraag) ⁴⁴. De strijdigheid met art. 30 hangt dan, volgens het arrest, af van de vraag of het belemmerend effect van de verplichte zondagssluiting de intrinsieke effecten van dit soort maatregelen te buiten gaat (derde vraag, waarin de eerste vraag is *opgenomen*) ⁴⁵. Dit laatste is, volgens dit arrest, bovendien een feitenkwestie die door de nationale rechter moet beantwoord worden ⁴⁶.

Het arrest ⁴⁷ verwijst uitdrukkelijk naar *de Richtlijn 70/50/E.E.G.* ⁴⁸ In die richtlijn werd inderdaad gesteld dat maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn op nationale en ingevoerde producten, enkel on-

(1989) 1 C.M.L.R. 619; H.v.J., Royal Pharmaceutical Society, zaak 266/87, 18 mei 1989, nrs. 17-24, nog niet in *Jur.* gepubliceerd, (1989) 2 C.M.L.R. 751.

(42) Dit vereist het bestaan van een causaliteitsvereiste tussen de maatregel en de realisatie van het nagestreefde doel (pertinentiecriteria), de afwezigheid van een minder belemmerend alternatief waarmee hetzelfde resultaat kan bereikt worden (criterium van het minst belemmerend alternatief) en de proportionaliteit tussen de veroorzaakte belemmering en de realisatie van het nagestreefde doel (proportionaliteitscriterium). Vergelijk MATTERA, A., o.c., 218-219.

(43) H.v.J., Torfaen Borough Council en B&Q PCL, zaak 145/88, 23 november 1989, nog niet in *Jur.* gepubliceerd, (1990) 1 C.M.L.R. 337.

(44) *Ibid.*, nr. 13.

(45) *Ibid.*, nr. 12 en 15.

(46) *Ibid.*, nr. 16.

(47) *Ibid.*, nr. 15.

(48) *Cfr. supra*, voetnoot 8.

der art. 30 vallen, en er dan ook mee strijdig zijn, indien hun gevolgen de "eigenlijke gevolgen" van dat soort maatregelen te buiten gaan ⁴⁹. Deze stelling werd echter (vóór het Zondagssluitingsarrest) niet door het Hof gevolgd. Na de zeer expliciete kritiek van Adv.-Gen. CAPOTORTI op de denkwijze van de Richtlijn 70/50/E.E.G. ⁵⁰, heeft het Hof in het arrest "Cassis de Dijon", alle maatregelen onder art. 30 gebracht die de intracommunautaire handel kunnen belemmeren (eerste vraag). Deze belemmeringen moeten evenwel aanvaard worden voor zover dringende behoeften (tweede vraag) ze noodzakelijk maken (derde vraag) ⁵¹.

De benadering van de Richtlijn 70/50/E.E.G. is trouwens moeilijk bruikbaar in praktijk: wanneer gaan de belemmerende effecten van de verplichte zondagssluiting de eigenlijke (inherente) effecten ervan in feite te buiten? Deze vraag vormt een opgave voor platonisten!

In het Zondagssluitingsarrest laat het Hof deze vraag, als een feitenkwestie, bovendien aan de nationale rechter over. Ook dit is nieuw in de rechtspraak van het Hof. In het arrest "Cassis de Dijon" en de vele tientallen andere arresten betreffende art. 30 heeft het Hof zelf uitspraak gedaan of de concrete litigieuze maatregel met art. 30 strijdig was of niet. Hierdoor vervulde het Hof haar taak als behoeder van de uniforme interpretatie en toepassing van het gemeenschapsrecht.

Op dit ogenblik zijn nog verschillende zaken betreffende zondagsrust bij het Hof aanhangig ⁵². In haar opmerkingen van 9 januari 1990 bij één van deze zaken ⁵³ vraagt de Commissie dat het Hof op het Zondagssluitingsarrest (Torfaen Borough Council en B&Q PCL) zou terugkomen en, in voltallige vergadering, zou beslissen dat "l'article 30 du Traité doit être interprété en ce sens que l'interdiction qu'il prévoit ne s'applique pas à une réglementation nationale interdisant dans les établissements commerciaux l'emploi de travailleurs salariés le dimanche,..." ⁵⁴. De Commissie benadrukt in het bijzonder dat de appreciatie van de strijdigheid van een maatregel met art. 30 niet aan de nationale rechter mag overgelaten worden ⁵⁵.

Men kan enkel hopen dat het Zondagssluitingsarrest inderdaad een geïsoleerde uitspraak zal blijven.

(49) *Cfr. supra*, voetnoot 16.

(50) Concl. Adv.-Gen. CAPOTORTI bij H.v.J., Rewe, zaak 120/78, 20 februari 1979, *Jur.*, 1979, 670.

(51) H.v.J., Rewe, zaak 120/78, 20 februari 1979, *Jur.*, 1979, 662.

(52) O.a. een prejudiciële vraag van het Hof van Beroep van Bergen (zaak 332/89).

(53) Opmerkingen van de Commissie d.d. 9 januari 1990 in de zaak 312/89, Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne.

(54) *Ibid.*, nr. 13.

(55) *Ibid.*, nr. 10.