

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

W. VAN GERVEN

van 29 juni 1989 *

*Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,*

1. In deze prejudiciële zaak dient U zich opnieuw te buigen over de draagwijdte van artikel 30 van het EEG-Verdrag. U zal dienen te oordelen of het in dit artikel vervatte verbod op maatregelen die een gelijke werking hebben als kwantitatieve invoerbeperkingen ook van toepassing is op een nationale maatregel die een principieel verbod uitvaardigt op de verkoop van goederen op zondag.

Achtergrond

2. Het bodemgeschil is een strafprocedure die door een Britse lokale overheid, de Torfaen Borough Council (hierna: de „Borough Council”) ingespannen werd tegen een grote onderneming van doe-het-zelf-winkels, B & Q plc (hierna: „B & Q”).

B & Q wordt ervan beschuldigd sections 47 en 59 van de *United Kingdom Shops Act 1950* (hierna: de „Shops Act”) te hebben overtreden door haar verkoopruimte in Cwmbran op een zondag te hebben opengesteld voor het publiek.

Voor de tekst van de toepasselijke artikelen van de Shops Act verwijs ik naar het rapport ter terechtzitting, sub I, punt 2. Zoals daar is aangegeven bestaan er heel wat uitzonderingen op het verbod; bovendien wordt niet betwist dat de wet in belangrijke mate

niet wordt nageleefd, en er op vele plaatsen slechts sporadisch de hand wordt aan gehouden. Er moet ook worden opgemerkt dat de wet niet van toepassing is in Schotland.

3. Tussen de partijen in het bodemgeschil bestaat overeenstemming over het feit dat B & Q de bedoelde bepalingen van de Shops Act heeft overtreden en dat de enige verontschuldigingsgrond voor het gedrag van B & Q eventueel te vinden is in artikel 30 van het Verdrag. Evenmin bestaat er betwisting tussen de partijen over het bewijsmateriaal dat B & Q heeft voorgedragen ter staving van zijn argumentatie betreffende de gevolgen van het verbod van verkoop op zondag voor de invoer uit andere Lid-Staten. De voornaamste feitelijke gegevens die uit dit bewijsmateriaal naar voren treden, werden door de verwijzende rechter voor waar aangenomen¹ en luiden als volgt:

1) ... (zonder belang).

2) ... (zonder belang).

3) Gedurende het jaar 1987-1988 heeft B & Q goederen gekocht in andere Lid-Staten voor een waarde van ruim 40 000 000 UKL. Dit bedrag vertegenwoordigt omstreeks 10% van B & Q's totale aankopen.

4) Als gevolg van het afdwingen van het verbod van verkoop op zondag hebben een aantal B & Q-winkels (waaronder

* Oorspronkelijke taal: Nederlands.

1 — Zie punt 7 van de verwijzingsbeslissing.

deze te Cwmbran) een substantiële en blijvende vermindering in omzet gekend. Verder staat ook vast dat dit omzetverlies na een zeker verloop van tijd niet werd gecupereerd maar integendeel is blijven bestaan. Het gemiddelde omzetverlies van de betrokken winkels gedurende de jaren 1986/1987 en 1987/1988 zou bijna 23% belopen.

- 5) De daling van de verkoop is algemeen, dat wil zeggen dat al de door B & Q aangeboden goederen ervan te lijden hebben.
- 6) De daling van de verkoop wordt bevestigd door het niveau van de bestellingen die door B & Q bij een aantal van hun leveranciers uit de EEG werden geplaatst. Sinds de afdwinging van het verbod van verkoop op zondag werd een beduidende vermindering van deze bestellingen geconstateerd.
- 7) ... (zonder belang).
- 8) Uit al het voorgaande volgt dat de toepassing van het verbod van verkoop op zondag onrechtstreeks leidt tot een vermindering van het absolute volume van import in het Verenigd Koninkrijk van een belangrijk aantal goederen uit andere Lid-Staten die door B & Q worden aangeboden.

4. In deze omstandigheden heeft de verwijzende rechter besloten U drie vragen te stellen over de verenigbaarheid van de Shops Act 1950 met de artikelen 30 en 36 van het EEG-Verdrag. Zij luiden als volgt:

- „1) Wanneer het in een Lid-Staat verboden is, dat winkels op zondag geopend zijn voor het publiek anders dan voor de verkoop van bepaalde gespecificeerde artikelen, en wanneer dit verbod tot

een daling in absolute cijfers leidt van de verkoop van goederen in die winkels, daaronder begrepen de in andere Lid-Staten vervaardigde goederen, en het zodoende tot een vermindering leidt van het volume van de invoer van goederen uit andere Lid-Staten, moet dit verbod dan worden aangemerkt als een maatregel van gelijke werking als een kwantatieve invoerbeperking in de zin van artikel 30 EEG-Verdrag ?

- 2) Zo ja: valt een dergelijke maatregel onder de in artikel 36 vervatte afwijkingen van artikel 30 of onder enige andere door het gemeenschapsrecht erkende afwijking ?
- 3) Is het voor het antwoord op de eerste of de tweede vraag van belang, of de betrokken maatregel ingevolge bepaalde factoren een middel tot willekeurige discriminatie is of een verkapte beperking van de handel tussen de Lid-Staten, onevenredig is dan wel ongerechtvaardigd om andere redenen ?”

I — *De eerste vraag*

5. In de eerste vraag wordt het Hof gevraagd te veronderstellen dat het verbod van verkoop op zondag „tot een daling... leidt van de verkoop van... in andere Lid-Staten vervaardigde goederen, en... zodoende tot een vermindering leidt van het volume van de invoer van goederen uit andere Lid-Staten”. Deze passage is gebaseerd op de feite-

lijke veronderstelling in de verwijzingsbeslissing (zie hiervoor in nr. 3, onder de punten 6 en 8) dat de toepassing van het verbod van verkoop op zondag onrechtstreeks leidt tot een vermindering in absolute cijfers van de invoer in het Verenigd Koninkrijk uit andere Lid-Staten, van een belangrijk aantal artikelen die worden verkocht in de B & Q-winkels.

De verwijzingsbeslissing van de Cwmbran Magistrates' Court is een zogenaamde „consent order”, wat betekent dat de inhoud ervan, met inbegrip van de formulering van de prejudiciële vragen, door de partijen in onderling akkoord is vastgesteld. Niettemin is uit de schriftelijke opmerkingen van de Borough Council en de Britse regering en uit de mondelinge behandeling gebleken dat er nog heel wat onenigheid is blijven bestaan over de manier waarop de eerste prejudiciële vraag door het Hof is op te vatten.

Dient de verwijzingsbeslissing „geherformuleerd” te worden?

6. *Op de eerste plaats* merkt de regering van het Verenigd Koninkrijk op dat het niet bevestigd is dat B & Q op de bewuste zondag goederen verkocht die uit andere Lid-Staten afkomstig waren. Zij meent overigens dat, aangezien de Shops Act niet de verkoop maar het eenvoudige feit van het openhouden van een winkel strafbaar stelt, B & Q in elk geval de wet heeft overtreden en de prejudiciële vragen onnodig zijn voor het bodemgeschil. In elk geval verzoekt zij het Hof duidelijk te stellen dat van een eventuele onverenigbaarheid van de relevante bepalingen van de Shops Act van 1950 slechts sprake kan zijn voor zover deze bepalingen van toepassing zijn op ingevoerde goederen.

Op de tweede plaats doen de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Borough Council opmerken dat niet is aangetoond dat de betwiste bepalingen van de Shops Act

het totale invoervolume in het Verenigd Koninkrijk daadwerkelijk beperken (zie het rapport ter terechtzitting, sub II, punten 1 en 3).

Ten derde hebben de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Borough Council op de terechtzitting een bijkomend argument ontwikkeld ter ondersteuning van hun betoog dat het Hof geen gewicht zou dienen te hechten aan de door de verwijzende rechters vastgestelde weerslag van de Shops Act op de invoer in het Verenigd Koninkrijk. Zij namen het standpunt in dat het effect waarvan sprake in de verwijzingsbeslissing geen relevant effect is, omdat het slechts een effect is ten aanzien van één enkele handelaar, en er geen enkel bewijs bestaat van een effect ten aanzien van een bepaald produkt.

7. Geen van deze drie argumenten kan me overtuigen. Voor wat betreft het nut of de noodzaak van de voorliggende prejudiciële vraag kan ik kort zijn. Zoals het Verenigd Koninkrijk zelf aangeeft, komt de beoordeling van de noodzaak of het nut van een prejudiciële vraag uitsluitend aan de verwijzende rechter toe.²

De propositie dat de onverenigbaarheid van een nationale maatregel met artikel 30 enkel zou kunnen worden uitgesproken voor zover zulke maatregel van toepassing is op ingevoerde goederen is juist in die zin dat artikel 30 (of enige andere bepaling van gemeenschapsrecht) niet van toepassing is in „zuiver interne” situaties.³ In casu is daar

2 — Dit principe is reeds in Uw vroegste jurisprudentie aangevaard en werd nooit in twijfel getrokken. Zie bij voorbeeld het arrest van 19 december 1968, zaak 13/68, Salgoil, Jurispr. 1968, blz. 631, in het bijzonder op blz. 641, en het arrest van 30 april 1986, gevoegde zaken 209 tot en met 213/84, Asjes, Jurispr. 1986, blz. 1457, r. o. 10. Slechts in zeer uitzonderlijke gevallen zal het Hof hiervan afwijken. Zie het arrest Foglia I van 11 maart 1980, zaak 104/79, Jurispr. 1980, blz. 745, in het bijzonder r. o. 6 tot en met 11 en het arrest Foglia II van 16 december 1981, zaak 244/80, Jurispr. 1981, blz. 3045.

3 — Zie bij voorbeeld het arrest van 8 december 1987, zaak 20/87, Gauchard, Jurispr. 1987, blz. 4879, in het bijzonder r. o. 10 tot en met 12.

evenwel geen sprake van: uit de formulering van de eerste vraag en de feitelijke achtergrond blijkt duidelijk dat er een „grensoverschrijdend element” aanwezig is.

Het tweede argument lijkt me evenmin verzoenbaar met de rechtspraak van Uw Hof. In Uw arrest Dassonville heeft U duidelijk gesteld, en sindsdien onafgebroken herhaald, dat als maatregel van gelijke werking is te beschouwen „iedere handelsregeling... die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of *potentieel*, kan belemmeren”.⁴ In overeenstemming hiermee heeft U in Uw rechtspraak duidelijk gemaakt dat een marktdeelnemer die tegen een nationale maatregel opkomt op de grond dat die een verboden maatregel van gelijke werking vormt, niet hoeft aan te tonen dat die maatregel het intracommunautaire handelsverkeer *daadwerkelijk of globaal genomen* beperkt. Het Hof heeft de argumentatie verworpen waarin aan de hand van statistieken gepoogd werd aan te tonen dat de invoer van het betrokken produkt is toegenomen, en heeft evenmin rekening gehouden met de mogelijkheid dat de belemmering in kwestie gecompenseerd zou worden door andere factoren.⁵ Dit is ook logisch: zonder de belemmerende maatregel zou de invoer immers *nog verder* kunnen toenemen.

De enige gevallen waarin U aanvaardde dat een maatregel omwille van zijn feitelijke uitwerking buiten het toepassingsgebied van artikel 30 werd geacht te vallen, zijn deze waarin U tot het besluit kwam dat de regeling in kwestie niet *kon* leiden tot een beperking van in- en uitvoer tussen Lid-Staten⁶,

of waar de maatregel in kwestie „in werkelijkheid (...) geen verband (houdt) met de invoer van... produkten...”.⁷ Het feitelijk kader van deze arresten was erg specifiek: het ging telkens om maatregelen ten aanzien waarvan U, op grond van een empirisch oordeel, tot het besluit kwam dat zij de intracommunautaire handel niet beïnvloedden of konden beïnvloeden. De Britse regering en de Borough Council suggereren dat het Hof in onderhavige zaak met een gelijkaardige hypothese wordt geconfronteerd, en deze arresten derhalve determinerend zouden zijn voor het antwoord op de prejudiciële vragen. Dit lijkt me onjuist: de feitelijke bevindingen van de verwijzende rechters hebben een zekere vermindering van de invoer in het Verenigd Koninkrijk geconstateerd als gevolg van de toepassing van het verbod van verkoop op zondag. Daarom wordt het Hof gevraagd te veronderstellen dat er een causaal verband aanwezig is tussen de betwiste regeling en de vermindering van de invoer; een dergelijk verband werd in de zaken Oebel, Blesgen en Forest niet aangetroffen.

8. Ook het derde argument, betreffende de „relevantie” van de feitelijke bevindingen van de verwijzende rechters, kan ik niet bijtreden. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat óók wanneer een handelsbelemmering wordt geconstateerd in hoofde van één enkele handelaar, de regeling waaruit de belemmering voortkomt onder het toepassingsgebied van artikel 30 kan vallen.⁸ Het komt mij voor dat deze benadering verantwoord is. Weliswaar geldt de in een prejudicieel arrest gegeven interpretatie van het gemeenschapsrecht „erga omnes”, maar an-

4 — Arrest van 11 juli 1974, zaak 8/74, Jurispr. 1974, blz. 837, r. o. 5 (mijn cursivering).

5 — Zie het arrest van 24 november 1982, zaak 249/81, Commissie/Ierland, Jurispr. 1982, blz. 4005, r. o. 22 tot en met 27.

6 — Arrest van 14 juli 1981, zaak 155/80, Oebel, Jurispr. 1981, blz. 1993, r. o. 20.

7 — Arrest van 31 maart 1982, zaak 75/81, Blesgen, Jurispr. 1982, blz. 1211, r. o. 9; zie ook het arrest van 25 november 1986, zaak 148/85, Forest, Jurispr. 1986, blz. 3449, waar het Hof in r. o. 19 tot het besluit kwam: „Feitelijk lijkt er dus geen verband te bestaan tussen een dergelijke maatregel... en de invoer... en lijkt de handel tussen Lid-Staten er niet door te worden belemmerd”.

8 — Het meest recente voorbeeld is het arrest van 16 mei 1989, zaak 382/87, Buet, Jurispr. 1989, blz. 1235, zie in het bijzonder r. o. 7 van het arrest.

derzijds wordt het arrest uitgesproken met het oog op de toepassing van een nationale regeling op een welbepaalde — in het bodemgeschil voorliggende — feitelijke situatie. Het is zeker niet altijd mogelijk (en evenmin wenselijk) dat het Hof zich in een prejudicieel arrest zou uitspreken over toepassings situaties die deze van het bodemgeschil te buiten gaan en waarvan de precieze feitelijke gegevens niet of onvoldoende bekend zijn.

Ten slotte wil ik ook afstand nemen van de bewering dat er in het nu voorliggende geval, omwille van de algemene strekking van de bepalingen van de Shops Act, geen bewijs bestaat van een belemmering ten aanzien van een specifiek produkt. De vraag die in casu rijst, is of de betwiste regels een handelsbelemmering in de zin van artikel 30 teweegbrengen *ten aanzien van de produkten die door B & Q worden verhandeld*. Welnu, dit laatste wordt met zoveel woorden door de verwijzende rechters vastgesteld.⁹

Bevat de Shops Act een „handelsregeling” ?

9. Het voorgaande brengt mij tot het besluit dat er geen overtuigende reden bestaat om de door de verwijzende rechters geformuleerde feitelijke veronderstellingen als irrelevant af te wijzen en de eerste vraag te herformuleren.

De discussie betreft dus de vraag of, en zo ja welke, nationale regelingen waarvan een zeker beperkend effect op de invoer is vast-

gesteld, toch nog buiten het toepassingsgebied van artikel 30 van het EEG-Verdrag kunnen vallen. Naar de mening van B & Q kan hiervan geen sprake zijn: de betwiste bepalingen van de Shops Act 1950 moeten onverkort worden geanalyseerd onder de Dassonville-formule, en vallen derhalve prima facie onder het verbod van artikel 30. Zowel de Borough Council als de Britse regering en de Commissie hebben evenwel betoogd dat deze formule in casu *hetzij* niet van toepassing is, *hetzij* niet tot het besluit leidt dat de betwiste bepalingen onder het toepassingsgebied van artikel 30 komen.

10. Volgens de *Borough Council* zou de betwiste wetgeving eenvoudig geen „handelsregeling” in de zin van Dassonville zijn, maar wel een uitdrukking van de „politiebevoegdheid” die de Lid-Staten onder artikel 30 zouden behouden hebben. In de opmerkingen van de Borough Council wordt het begrip „politiebevoegdheid” of „politiewet” vooral gedefinieerd in functie van de gevolgen die zulk een maatregel van aard is teweeg te brengen. Het zou gaan om regelingen die in een te los verband staan met de intracommunautaire handel, en waarvan de beperkende effecten het onvermijdelijke gevolg zouden zijn van de algemene regulering van het maatschappelijk of handelsverkeer. De stelling van de Borough Council (die zij bevestigd ziet in de reeds aangehaalde arresten Oebel en Blesgen) is dat dergelijke regelingen buiten het verbod van artikel 30 vallen wanneer zij zonder onderscheid worden toegepast.

11. Zonder haar redenering vast te knopen aan het begrip „politiemaatregel” heeft de regering van het Verenigd Koninkrijk betoogd dat de rechtspraak van het Hof inzake artikel 30 EEG een onderscheid zou maken tussen maatregelen die op een specifiek produkt van toepassing zijn en maatregelen die een algemene draagwijdte hebben. In het geval van maatregelen van het eerste

9 — Zie hiervoor in nr. 3, onder punt 8. Deze feitelijke bevindingen van de verwijzende rechters zijn onder meer gesteund op een verklaring van een Nederlands leverancier van B & Q (zie bijlage 4 bij de verwijzingsbeslissing), volgens dewelke de bestellingen van B & Q bij zijn bedrijf met 31,5% waren gedaald tijdens de periode dat het verbod van verkoop op zondag werd afgedwongen.

soort zou een dispariteit tussen de bestaande nationale wetgevingen bijna onvermijdelijk resulteren in een belemmering van de interstatenhandel. Gaat het daarentegen om maatregelen met een algemene draagwijdte, dan zou uit de rechtspraak van het Hof blijken dat deze niet onder het toepassingsgebied van artikel 30 EEG komen, tenzij zij discriminatoir van aard zijn of ingevoerde produkten feitelijk in een meer nadelige situatie plaatsen dan nationale produkten. Regels met betrekking tot werk- of openingsuren, of regels die bepalen welke goederen in bepaalde verkooppunten mogen worden aangeboden, komen onder de hoofding algemene regulering van het maatschappelijk of handelsverkeer. Ook al hebben zij een bepaalde belemmerende uitwerking, zij verhinderen de import of de commercialisatie van ingevoerde produkten niet; hun invloed (zo deze überhaupt bestaat) kan niet precies worden vastgesteld.

12. Ik zie verscheidene bezwaren tegen de benadering van de Borough Council en de regering van het Verenigd Koninkrijk. Het begrenzingscriterium dat zij voorstellen is bepaald niet eenvoudig toe te passen. Wat is een „te los verband met de intracommunautaire handel” en wat valt onder het begrip „algemene regulering” of „maatregelen met een algemene draagwijdte”? Op hoeveel produkten of nijverheidstakken dient een regeling toepasselijk te zijn om als regeling van algemene strekking te worden beschouwd en geanalyseerd?

Belangrijker is evenwel de vraag of genoemde benadering wel verenigbaar is met de rechtspraak van het Hof. De creatie van een nieuwe categorie (politie)maatregelen die enerzijds wel van toepassing zijn op de produktie en commercialisatie van goederen, maar anderzijds toch geen handelsregelingen zouden zijn, vindt geen enkele steun

in de rechtspraak van het Hof. Dit principe werd zopas nog bevestigd in Uw arrest *Pharmaceutical Society* van 18 mei 1989¹⁰, waarin werd geoordeeld dat een regel die apothekers verplicht enkel geneeskundige produkten af te leveren die op het voorschrift van de arts met name worden vermeld, een maatregel van gelijke werking kan zijn. Nochtans ging het om een „neutrale” deontologische regel die geen enkel aanwijsbaar verband had met de invoer van produkten. Niettemin concludeerde het Hof, op basis van het gegeven dat na een korte periode van toepassing van de regeling de invoer van buitenlandse farmaceutische produkten vrijwel had opgehouden, dat de mogelijkheid niet kon worden uitgesloten dat de regeling een belemmering vormde voor het intracommunautaire handelsverkeer; over de karakterisering van de regel (als al dan niet handelsregeling) werd niet gehandeld.¹¹ Een ander voorbeeld is het arrest in de zaak *Buet*¹², waarin het Hof oordeelde dat een Franse regel die een colportageverbod inhield voor „pedagogisch materiaal”, een belemmering inhield voor de invoer van lesmateriaal voor het aanleren van een vreemde taal (zie r. o. 7 tot en met 9 van het arrest).

Deze rechtspraak brengt op passende wijze het principe in herinnering dat de analyse van een nationale regeling onder artikel 30 EEG gericht dient te zijn op de (handelsbelemmerende) *effecten* van die regeling, eerder dan op de (algemene of produktspecifieke) aard ervan. Weliswaar is het bewijs van een belemmering gemakkelijker te leveren in het geval van een produktspecifieke dan in het geval van een algemene maatregel.

10 — Arrest in zaken 266 en 267/87, *Royal Pharmaceutical Society of Great Britain*, Jurispr. 1989, blz. 1295.

11 — Zie nochtans de (andersluidende) conclusie van advocaat-generaal Darmon van 10 maart 1989, in het bijzonder de punten 19 tot en met 28.

12 — Arrest van 16 mei 1989, reeds aangehaald in noot 8.

gel. Maar ik zie niet in waarom een handelsbelemmering niet evengoed zou kunnen voortvloeien uit een regeling van algemene aard als uit een regeling die op een specifiek produkt is toegespitst.

De verschillende categorieën van „maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn”

13. Laat mij, bij wijze van inleiding op dit punt, even herinneren aan de door de Commissie ingediende opmerkingen. De Commissie gaat uit van het algemeen aanvaarde onderscheid tussen „discriminatoire maatregelen” en „maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn”. In deze tweede groep onderscheidt zij drie verschillende categorieën naar gelang de aard van de maatregelen die in het geding staan. Een *eerste categorie* bestaat uit maatregelen die de voorwaarden (aard of samenstelling, omvang, vorm, verpakking, etikettering en benaming van produkten) regelen waaraan produkten dienen te voldoen om tot de markt te worden toegelaten. Een dispariteit tussen de verschillende nationale regelingen in deze categorie zal onvermijdelijk handelsbelemmeringen veroorzaken, omdat zij ertoe leidt dat goederen die rechtmatig werden vervaardigd of in het vrij verkeer van goederen werden gebracht in de Lid-Staat van uitvoer, moeten worden aangepast om in de Lid-Staat van invoer te kunnen worden verkocht. Een *tweede categorie* maatregelen zijn diegene die het importeren en vervaardigen (of eenvoudigweg het commercialiseren) van bepaalde goederen verbieden. Deze maatregelen leggen een absoluut importverbod op voor de produkten die zij betreffen, en kunnen als zodanig worden beschouwd als kwantitatieve beperkingen eerder dan maatregelen van gelijke werking. De *derde categorie* betreft de omstandigheden (waar, wanneer, hoe en door wie) waarin goederen mogen worden verkocht of

gebruikt. Vanzelfsprekend horen beperkingen op de openingsuren van winkels in deze categorie thuis.

Bij maatregelen van de derde categorie, zo meent de Commissie, is de band met de invoer van goederen verder te zoeken. Zij verhinderen de invoer niet, maar verminderen deze mogelijkwerwijs wel door beperkingen op te leggen aan de afzet- of gebruiksmogelijkheden van (en dus de vraag naar) de goederen die onder het toepassingsgebied van de regeling vallen. Deze belemmeringen zijn evenwel van een heel andere aard dan de belemmeringen die voortvloeien uit de eerste twee categorieën: terwijl de belemmeringen in de eerste twee categorieën voortvloeien uit de dispariteiten tussen de verscheidene nationale regelen, worden de belemmeringen in de derde categorie veroorzaakt door het bestaan van de regelen zelf; een eventuele dispariteit doet daarbij niet ter zake. De Commissie vindt in Uw rechtspraak drie zaken terug waarin U geoordeeld zou hebben over maatregelen van de derde categorie: het gaat om de arresten Oebel¹³, Blesgen¹⁴ en Forest¹⁵. Deze uitspraken zijn volgens haar ook bepalend voor onderhavige zaak.

14. Vooraleer tot een eigen beoordeling te komen, is het nuttig erop te wijzen dat er in Uw rechtspraak omtrent de nationale maatregelen die onder artikel 30 van het Verdrag komen, een duidelijke evolutie merkbaar is. Van bij de aanvang stond vast dat een nationale maatregel welke een (formeel of, zo werd al vlug onderstreept, materiële) *discriminatie* van ingevoerde goederen inhoudt door het verbod van artikel 30 wordt gevisseerd. In die hypothese, die in casu niet voorligt, heeft U de maatregel in kwestie

13 — Arrest van 14 juli 1981, reeds geciteerd, hiervoor, noot 6.

14 — Arrest van 31 maart 1982, reeds geciteerd, hiervoor, noot 7.

15 — Arrest van 25 november 1986, hiervoor reeds geciteerd, noot 7.

enkel verschoonbaar geacht in toepassing van één van de in artikel 36 genoemde rechtvaardigingsgronden.

15. Vervolgens heeft Uw Hof het verbod van artikel 30 eveneens van toepassing geacht in het geval van maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn op nationale en op ingevoerde produkten. In die situatie gaat het over maatregelen die weliswaar niet discriminatoir zijn naar doel of strekking, maar die *de facto zwaarder wegen* voor ingevoerde dan voor nationale produkten, met andere woorden ingevoerde produkten in een nadelige situatie plaatsen tegenover nationale produkten. In Uw befaamde arrest *Cassis de Dijon* heeft U beslist dat ook dergelijke maatregelen principieel onder het verbod van artikel 30 vallen:

„Belemmeringen van het intracommunautair verkeer als gevolg van dispariteiten van de nationale wettelijke regelingen op de verhandeling der betrokken produkten, moeten worden aanvaard voor zover dringende behoeften, ... ze noodzakelijk maken”.¹⁶

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. Het gaat hier hetzij om regels betreffende de samenstelling, grootte, vorm, gewicht, presentatie, etikettering, benaming en verpakking van produkten¹⁷ hetzij om regels betreffende toegelaten verkoopme-

thoden¹⁸. Zoals de Commissie terecht heeft doen opmerken, bestaat er in deze categorie een causaal verband tussen de dispariteit en de belemmering. Daarom zijn zulke maatregelen ontoelaatbaar onder artikel 30, althans wanneer zij niet noodzakelijk zijn omwille van „dwingende eisen” noch verschoonbaar zijn op basis van de in artikel 36 opgesomde rechtvaardigingsgronden. Dit verbod geldt uiteraard enkel bij gebreke van een gemeenschappelijke regeling en in afwachting van het uitvaardigen van een harmonisatie-richtlijn in uitvoering van de artikelen 100 en volgende van het Verdrag.

16. In casu staat het vast dat de betwiste Britse wetgeving geen andere weerslag heeft ten aanzien van ingevoerde produkten dan ten aanzien van nationale produkten. De verwijzende rechters hebben immers vastgesteld dat de daling van de verkoop ten gevolge van het afdwingen van het verbod van verkoop op zondag algemeen („across the board”) is, dat wil zeggen dat *al* de door B & Q aangeboden goederen eronder lijden. B & Q heeft overigens niet aangevoerd dat zij haar commercialisatiemethode dient te differentiëren ten gevolge van een dispariteit tussen de verschillende nationale wetgevingen in verband met sluitingsdagen. Er is dan ook geen bewijs dat de produktie of commercialisatie van de door B & Q verhandelde importprodukten moeilijker is dan de produktie of commercialisatie van nationale produkten.

Kan er in zulk geval nog voor worden gevreesd dat de doelstelling van artikel 30, de integratie van de nationale markten, in gevaar wordt gebracht? In zijn conclusie in de *Cinéthèque*-zaak¹⁹ beantwoordde advocaat-generaal Slynn deze vraag ontkennend:

18 — Zie bij voorbeeld het arrest van 15 december 1982, *Oosthoek*, Jurispr. 1982, blz. 4575 (in het bijzonder r. o. 15), dat een verbod betrof op het gebruik van bepaalde vormen van publiciteit en promotiemiddelen.

19 — In deze zaak (arrest van 11 juli 1985, gevoegde zaken 60 en 61/84, Jurispr. 1985, blz. 2605) was de vraag aan de orde of een Franse wet die een principieel (tijdelijk) verbod inhield op de verkoop en de verhuur van videocassettes van een film die in de bioscoop werd vertoond, verenigbaar was met artikel 30 van het Verdrag.

16 — Arrest van 20 februari 1979, zaak 120/78, *Rewe*, Jurispr. 1979, blz. 649, r. o. 8.

17 — Een bekend voorbeeld is het arrest van 10 november 1982, zaak 261/81, *Rau*, Jurispr. 1982, blz. 3961 (in het bijzonder r. o. 13), dat handelde over een Belgische regeling die enkel de verkoop of invoer van in kubusvorm verpakte margarine toeliet.

„Indien... de nationale maatregel niet in het bijzonder op de invoer betrekking heeft, de invoer niet discrimineert, het voor een importeur niet moeilijker maakt om zijn producten te verkopen dan voor een binnenlandse producent, en de binnenlandse producenten niet beschermt, dan valt die maatregel mijns inziens *prima facie* niet onder artikel 30, ook niet wanneer hij in feite een beperking of een vermindering van de invoer tot gevolg heeft”.²⁰

sier te bevoordelen boven een binnenlandse. Als er kennelijk geen grond bestond om ingevoerde en binnenlandse producten gelijk te behandelen, zou de maatregel om die reden afkeurenswaardig kunnen zijn. Dit is hier evenwel niet het geval, en mijns inziens valt de wet niet onder artikel 30.”²¹

Het Hof heeft deze visie niet gevolgd. In het arrest werd nochtans erkend dat de litigieuze regeling

Welnu, in het geval van de Franse wetgeving die aan de orde was in Cinéthèque was een dergelijke „bemoeilijking” van de invoer evenmin als in de onderhavige zaak aantoonbaar. In de woorden van de advocaat-generaal:

„... niet een beheersing van de handelsstromen tot doel heeft; evenmin leidt zij ertoe dat de binnenlandse productie wordt bevoordeeld boven die van de andere Lid-Staten, doch enkel dat de filmproductie als zodanig wordt aangemoedigd” (r. o. 21).

„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 importeur, en de importeur ondervindt door het exploitatieverbod voor videocassettes geen extra nadeel ten opzichte van de Franse handelaar. De reden waarom een handelaar in Frankrijk geen videocassettes zou kopen van een Franse grossier (hij mag ze niet verkopen of verhuren), zal hem er evenzeer van weerhouden om te kopen bij een grossier in een andere Lid-Staat. In dit opzicht verkeren beide grossiers commercieel gezien in dezelfde omstandigheden. De markt waarop zij werken, is voor beiden dezelfde. In een dergelijk geval kan artikel 30 niet zijn bedoeld om de buitenlandse gros-

Niettemin meende het Hof dat het verbod van artikel 30 principieel van toepassing was:

„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. In dat geval is een exploitatieverbod ingevolge die regeling slechts verenigbaar met (artikel 30), indien de daardoor veroorzaakte belemmeringen van het intracommunautaire handelsverkeer niet verder gaan dan noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken, en dit

20 — Jurispr. 1985, blz. 2611.

21 — Jurispr. 1985, blz. 2611 en 2612.

doel naar gemeenschapsrecht gerechtvaardigd is" (r. o. 22 van het arrest).

17. Met deze overwegingen heeft U duidelijk gemaakt dat het verbod van artikel 30 ook van toepassing kan zijn op een regeling die niet discriminatoir is ten aanzien van ingevoerde goederen en die evenmin de productie of de commercialisatie van ingevoerde goederen moeilijker maakt dan deze van nationale goederen. Mijs inziens betreft deze situatie het geval waarin een regeling er, op zichzelf dan wel als onderdeel van de gehele juridische en economische context, toe kan leiden dat een nationale markt wordt afgeschermd, casu quo de toegang tot die markt op onaanvaardbare wijze bemoeilijkt, minder rendabel of minder aantrekkelijk wordt gemaakt voor economische agenten uit andere Lid-Staten.

Deze situatie deed zich inderdaad voor in de Cinéthèque-zaak: het Hof stelde immers vast dat de Franse regeling een commercialisatieverbod oplegde dat veelal langer uitviel dan in andere Lid-Staten.²² Dit commercialisatieverbod leidde ertoe dat de toegang tot de Franse markt (tijdelijk) werd afgesloten voor ondernemingen uit andere Lid-Staten die videocassettes exploiteren en in het land van uitvoer niet aan een even strenge regeling zijn onderworpen. De daaruit voortvloeiende belemmering van het intracommunautair handelsverkeer kwam daarbij niet (zozeer) voort uit de dispariteit van wetgeving (die ook daar wel aanwezig was) dan wel uit het bestaan van de regeling zelf. In een dergelijke situatie bestond er inderdaad een gevaar voor de marktintegratie en was de toepassing van artikel 30 wel degelijk gerechtvaardigd.

22 — Zie r. o. 19 van het arrest.

18. In feite is de uitspraak in Cinéthèque een verdere toepassing van de Dassonville-regel, namelijk zoals toegepast op nationale regelingen die, ofschoon zij geen benadeling meebrengen voor geïmporteerde ten opzichte van nationale produkten, het openbreken en penetreren van nieuwe markten door ondernemingen uit andere Lid-Staten onmogelijk dan wel veel moeilijker (duurder) of veel minder aantrekkelijk (niet rendabel) maken. In deze situatie is de relevante vergelijking niet deze tussen ingevoerde en nationale produkten, maar wel deze tussen nationale markten. Het verbod op kwantitatieve restricties van artikel 30, dat één van de pijlers is die de eenheid van de gemeenschappelijke markt vrijwaren, impliceert immers dat alle nationale markten in de Gemeenschap voldoende toegankelijk dienen te blijven voor ondernemingen uit andere Lid-Staten. Vooraleer dit verder te verduidelijken, wil ik eerst even ingaan op de rechtspraak van Uw Hof in verband met deze „nieuwe” situatie.

Een nieuwe wending in de rechtspraak van het Hof

Dat het Cinéthèque-arrest geen alleenstaande beslissing is maar integendeel een nieuwe dimensie heeft toegevoegd aan de toepassing van artikel 30, blijkt uit verschillende andere recente arresten. Ik denk hier met name aan de zaken Surrogaten van melkpoeder en gecondenseerde melk²³, Warner Brothers²⁴, Buet²⁵ en Pharmaceutical Society²⁶.

23 — Arrest van 23 februari 1988, zaak 216/84, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1988, blz. 793. Deze uitspraak werd zopas nog bevestigd in Uw arrest van 11 mei 1989, zaak 76/86, Commissie/Duitsland („melksurrogaten”), Jurispr. 1989, blz. 1021. Hierna handel ik enkel over eerstgenoemd arrest.

24 — Arrest van 17 mei 1988, zaak 158/86, Jurispr. 1988, blz. 2605.

25 — Hiervoor reeds aangehaald in noot 8.

26 — Arrest van 18 mei 1989, hiervoor reeds aangehaald, noot 10. Ook in de zaken Oebel, Blesgen en Forest (hiervoor aangehaald, noten 6 en 7) had deze benadering gevolgd kunnen worden, indien het Hof het bestaan van een belemmering had aangenomen.

19. In de Surrogaten van melkpoeder en gecondenseerde melk-zaak vocht de Commissie een Franse regeling aan die een absoluut verbod inhield op de commercialisatie en de invoer van alle produkten bestemd ter vervanging van melkpoeder of gecondenseerde melk. Hoewel de regeling geen bescherming van de nationale produktie inhield, noch resulteerde in een benadeling van ingevoerde produkten, grendelde zij de Franse markt volkomen af voor de produkten waarop zij van toepassing was. Bovendien was het verbod niet beperkt in de tijd en was het dus nog ingrijpender dan het verbod dat in de Cinéthèque-zaak aan de orde was. Het Hof kwam dan ook zonder meer tot het besluit dat de toepassing van de regeling op ingevoerde produkten enkel verenigbaar was met het gemeenschapsrecht wanneer het gerechtvaardigd kon worden onder artikel 36 of op basis van dwingende eisen.²⁷

20. In de Warner Brothers-zaak stond een Deense regeling in het geding, die de titularis van het auteursrecht op een muzikaal of cinematografisch oeuvre gedurende een zekere tijd het recht geeft zich te verzetten tegen de verhuring van video-opnames van dit oeuvre. Het Hof stipte aan dat de commercialisatie van videocassettes (zeker wanneer het om opgenomen en niet om blanco-cassettes gaat) steeds meer geschiedt door middel van het verhuren van zulke cassettes. Welnu, zo constateerde het Hof, in die omstandigheden kan het Deense verhuurverbod een belemmerende invloed²⁸ hebben op de intracommunautaire verhandeling van videocassettes die in een andere Lid-Staat in

het vrije verkeer worden gebracht en aldaar niet zijn onderworpen aan eenzelfde verhuurverbod.²⁹ De benadering is dus gelijk aan die in de Cinéthèque-zaak: de regeling kan tot gevolg hebben dat ondernemingen wier bedrijvigheid erin bestaat videocassettes te verhuren in een Lid-Staat die geen beperkingen (of minder strenge beperkingen) stelt aan het verhuren van video-cassettes, de Deense markt niet of althans veel moeilijker kunnen binnendringen.

In de Buet-zaak ging het om een Franse regeling die de verkoop van pedagogisch materiaal via colportage verbood. Ook al was niet gebleken (zoals in de zaak Oosthoek³⁰) van een dispariteit tussen de verschillende nationale regelingen die resulteerde in een feitelijke benadeling van de produktie of commercialisatie van ingevoerde goederen, toch kan deze regeling voor gevolg hebben dat de Franse markt wordt afgeschermd voor een verkoper van lesmaterialen voor het aanleren van een vreemde taal, zeker wanneer de bestreden maatregel de betrokken verkoper een verkoopmethode ontnemt waarmee hij het overgrote deel van zijn produkten afzet.³¹

In de Pharmaceutical Society-zaak constateerde het Hof dat korte tijd na de (her)invoering van de betwiste deontologische regel de buitenlandse farmaceutische produkten vrijwel volledig van de Britse markt verdwenen.³² Men kan dit beschouwen als voldoende bewijs dat de betwiste regel als praktisch effect had de verhandeling

27 — Zie r. o. 7 van het arrest. De Franse regering had de toepasselijkheid van het verbod van artikel 30 niet betwist: zie r. o. 4 van het arrest. De toepasselijkheid van artikel 30 op niet in de tijd beperkte commercialisatieverboden stond overigens reeds langer vast. Zie bij voorbeeld het arrest van 17 december 1981, zaak 272/80, Frans-Nederlandse Maatschappij voor Biologische Producten, Jurispr. 1981, blz. 3277.

28 — Net als in Cinéthèque valt het immers te verwachten dat na afloop van de langere verbodstermijn de belangstelling voor videocassettes van een film afneemt.

29 — Zie r. o. 19 van het arrest.

30 — Hiervoor aangehaald, noot 18.

31 — Zie r. o. 7 en 8 van het arrest.

32 — Zie r. o. 18 van het arrest.

van de buitenlandse farmaceutische produkten moeilijker te maken dan deze van nationale produkten. Een andere — mijns inziens meer precieze — lezing van het arrest is dat de verdwijning van de buitenlandse farmaceutische produkten van de markt aantoonde dat de toepassing van de betwiste regel leidde tot een afscherming van de Britse markt.

Marktopsplitsing gepreciseerd

21. Zoals men ziet is de invalshoek van het onderzoek van het Hof in deze recente reeks van arresten niet de benadeling van geïmporteerde produkten maar de opsplitsing van de gemeenschappelijke markt in nationale deelmarkten. In dit verband dringt zich een vergelijking op met de rechtspraak van Uw Hof inzake het kartelverbod van artikel 85. Marktopsplitsing of -compartimentering zijn in dat domein immers bekende begrippen. Daarbij komt nog dat Uw Hof in het Dassonville-arrest vrijwel letterlijk de formulering heeft overgenomen die het voordien al had gebruikt om de woorden „beïnvloeding van de interstatenhandel” in artikel 85 te preciseren. In het LTM-arrest van 30 juni 1966³³ stelde het Hof namelijk dat een kartelafpraak de interstatenhandel ongunstig kan beïnvloeden als te duchten is dat de overeenkomst

„al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, op het ruilverkeer tussen Lid-Staten een zodanige invloed kan uitoefenen, dat de totstandkoming van een gemeenschappelijke markt tussen genoemde Staten wordt belemmerd” (zie het *dictum* op blz. 416-417).

³³ — Zie het arrest van 30 juni 1966, zaak 56/65, LTM/MBU, Jurispr. 1966, blz. 391.

In het Dassonville-arrest³⁴ heet het:

„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” (r. o. 5).

In beide domeinen wordt overigens de leer van de economische balans van door de „kartelafpraak” respectievelijk de „handelsregeling” teweeg gebrachte gevolgen afgewezen.^{35 36}

22. Het is hier niet de plaats om nader in te gaan op de vergelijking tussen artikel 30 en artikel 85 wat betreft de belemmering van de intracommunautaire handel die in beide artikelen ter sprake komt. De twee artikelen zijn verschillend geformuleerd, niet het minst omdat zij gericht zijn tot andere bestemmingen (Lid-Staten resp. ondernemingen) en dan ook andere soorten van belemmeringen op het oog hebben (nationale maatregelen resp. kartelafspraken). Bovendien speelt het vereiste van de beïnvloeding van de intracommunautaire handel in artikel 85 (onder meer, volgens sommigen uitsluitend) de rol van collisieregels tot afbakening van het toepassingsgebied van het commu-

³⁴ — Hiervoor reeds aangehaald in noot 4.

³⁵ — Zie inzake kartelafspraken, het arrest van 13 juli 1966, gevoegde zaken 56 en 58/64, Consten-Grundig, Jurispr. 1966, blz. 459, op blz. 514 en 515; zie inzake handelsregelingen, het arrest van 24 november 1982, zaak 249/81, hiervoor reeds geciteerd in noot 5.

³⁶ — Er zijn ook verschillen in de toepassing. Zo bij voorbeeld zou er inzake artikel 30 geen toepassing kunnen worden gemaakt van de „de minimis” regel (zie arrest van 5 april 1984, gevoegde zaken 177 en 178/82, Van de Haar en Kaveka De Meern, Jurispr. 1984, blz. 1797, r. o. 13). Inzake artikel 85 geldt die regel wel, met name in het vereiste van het *merkbaar* ongunstig kunnen beïnvloeden van de handel tussen de Lid-Staten (cfr. arrest van 9 juli 1969, zaak 5/69, Völk-Vervaecke, Jurispr. 1969, blz. 302).

nautaire ten opzichte van het nationale recht.

Deze verschillen doen er echter geen afbreuk aan dat beide artikelen (en zij niet alleen) hetzelfde fundamentele oogmerk nastreven, zoals gesteld in de artikelen 2 en 3 van het Verdrag, en dat erin bestaat de gemeenschappelijke markt tot stand te brengen en in stand te houden (en het economisch beleid van de Lid-Staten bij elkaar te brengen). Daartoe verbieden zij (o. m.) nationale maatregelen respectievelijk ondernemersafspraken die in de interstatenhandel verantwoordelijk zijn voor de opdeling van de gemeenschappelijke markt in nationale deelmarkten.

Gelet op deze algemene opzet van het Verdrag en inachtgenomen het hiervoor in herinnering gebrachte parallellisme in de formulering die het Hof gebruikte bij het omschrijven van belemmeringen van de interstatenhandel onder de artikelen 30 en 85, ligt het voor de hand om voor het begrip „marktopsplitsing” (of „compartimentering”) te rade te gaan bij de uitgebreide rechtspraak van Uw Hof inzake artikel 85.

23. In de rechtspraak betreffende de woorden „ongunstige beïnvloeding van de interstatenhandel” in artikel 85 kunnen twee situaties van marktcompartimentering onderscheiden worden: deze waarin een horizontale dan wel verticale afspraak, meestal maar niet noodzakelijk gesloten tussen ondernemingen uit verschillende landen, uit zichzelf een nationale deelmarkt afschermt, bij voorbeeld door regelrechte verdeling van de ene markt („chacun chez soi”) of door verhindering van parallelinvoer uit andere landen; en deze waarin een afspraak, bij

voorbeeld tot prijsvaststelling, zelfs als zij gesloten is tussen ondernemingen uit eenzelfde Lid-Staat, gelet op de gehele juridische en economische context de drempel van een nationale deelmarkt verhoogt. In de eerste situatie vindt het verbod van artikel 85, lid 1 vrijwel automatisch (per se) toepassing³⁷, en dit omwille van de absolute gebiedsbescherming, die zij via waterdichte afscherming van een nationale deelmarkt aan de betrokken ondernemingen verleent. In de tweede situatie vindt het verbod van artikel 85, lid 1, slechts toepassing³⁸ indien kan worden aangetoond aan de hand van de gehele „juridische en economische context” dat de afspraak die bij veronderstelling „het gehele grondgebied van een Lid-Staat bestrijkt”, naar haar aard

„een versterking van de nationale drempelvorming”³⁹ tot gevolg heeft hetgeen de in het verdrag beoogde economische vervlechting doorkruist en een nationale productie bescherming verschafft... (waardoor) ... het optreden of binnendringen van producenten of verkopers van de andere Lid-Staten op de (betrokken nationale) markt (wordt bemoeilijkt)”⁴⁰.

Het komt mij voor dat een gelijkaardig onderscheid tussen marktafscherming en versterking van de drempelvorming op de nationale markt moet worden gehanteerd bij de toepassing van artikel 30 op de hier be-

37 — Weliswaar onder voorbehoud van de „de minimis”-regel en eventueel, maar zeer uitzonderlijk, van artikel 85, lid 3.

38 — Opnieuw onder voorbehoud van de „de minimis”-regel en van artikel 85, lid 3.

39 — Deze uitdrukking werd in de niet-authentieke versies van het arrest (het Nederlands was de procestaal) om taalkundige redenen enigszins anders vertaald.

40 — Arrest van 17 oktober 1972, zaak 8/72, Cementhandelaren/Commissie, Jurispr. 1972, blz. 977, r. o. 29 en 30. In dat geval ging het om een horizontale afspraak tussen producenten. Voordien had het Hof er al op gewezen dat zelfs een verticale afspraak met beperkte weerslag, met name een brouwerijovereenkomst tussen een lokale brouwer en een lokale afnemer, gelet op de gehele juridische en economische context, in strijd kan komen met het verbod van artikel 85, lid 1. Zie het arrest van 12 december 1967, zaak 23/67, Haecht/Wilkin, Jurispr. 1967, blz. 511.

sproken 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 (zie hiervoor, punten 17 en 18).

Indien de litigieuze nationale regeling reeds op zichzelf een nationale deelmarkt *afschermt*, dan is artikel 30 onverkort (per se) van toepassing.⁴¹ Dit is het geval voor nationale regelingen die (zoals in de Cinéthèque-zaak of in de zaak Surrogaten van melkpoeder en gecondenseerde melk) een regelrecht (weze het in de tijd beperkt) commercialisatieverbod instellen (te vergelijken, aldus de Commissie⁴², met een kwantitatieve beperking).

Indien de litigieuze nationale regeling alleen de *drempel* van de nationale markt *verhoogt*, dan is het verbod van artikel 30 slechts toepasselijk⁴³ 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. In zulk geval dient de compartimentering van de markt voldoende waarschijnlijk te worden gemaakt door een aantal kwantitatieve gegevens, die aantonen dat de toepassing van de regeling een dusdanig „drempelverhogend effect” heeft dat de markt zodanig ontoegankelijk (duur, onrendabel) wordt dat ervoor gevreesd moet worden dat het grootste deel van de ingevoerde goederen van de markt zal verdwijnen. Dit

was bij voorbeeld het geval in de zaken Warner Brothers en Buët, en in de Pharmaceutical Society-zaak. In Warner Brothers en Buët volgde een onaanvaardbare drempelverhoging uit het feit dat een vitale commercialisatiemethode voor de betrokken produkten werd uitgeschakeld. In Pharmaceutical Society kon gewezen worden op het feit dat het marktaandeel van ingevoerde produkten vrijwel tot nul werd herleid korte tijd nadat de aangevochten deontologische regel werd afgekondigd.⁴⁴

24. Bij het voorgaande passen nog drie bemerkingen. Ten eerste: in het hiervoor genoemde geval van een „drempelverhogende” nationale regeling is er uiteraard geen plaats voor toepassing van een „*de minimis*”-regel omdat de toepassing van het verbod van artikel 30 al een ernstige en dus meer dan merkbare belemmering van de interstatenhandel veronderstelt. Ten tweede: weliswaar komt het aan de nationale rechters toe om in bedoelde situatie de gehele juridische en economische context te beoordelen en daaruit eventueel een door het Verdrag geviseerde drempelverhoging en derhalve verboden belemmering van de interstatenhandel af te leiden. Dit is geen gemakkelijke beoordeling maar ze verschilt niet van degene die nu al aan de nationale rechtbanken is opgedragen in het hiervoor geschetste kader van artikel 85, lid 1. Ten derde: uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat in beide voornoemde situaties van marktopsplitsing, dat is bij marktafscherming en bij nationale drempelverhoging, de betrokken nationale regeling verschoonbaar is op grond van de rechtvaardigingsgronden van artikel 36 én van „dwingende eisen”.

41 — Uiteraard, zoals blijkt uit het arrest Cinéthèque en de latere rechtspraak, onder voorbehoud van de toepassing van artikel 36 of van „dwingende eisen”.

42 — Hiervoor, nr. 13.

43 — Opnieuw onder het voorbehoud van de toepassing van artikel 36 of van „dwingende eisen”.

44 — Zie de r. o. 4 en 18 van het arrest.

Geen marktopsplitsend effect in onderhavige zaak

25. Wanneer ik het voorgaande toepas op de onderhavige zaak, kom ik tot de vaststelling dat niet gebleken is dat een regeling van het type dat in het bodemgeschil voorligt, ten aanzien van de door B & Q aangeboden produkten leidt tot afscherming van, of tot een onaanvaardbare drempelverhoging op de nationale markt. Een dergelijke regeling bevat zeker geen commercialisatieverbod, te vergelijken met een kwantitatieve beperking, waardoor de nationale markt wordt afgeschermd; zij heeft evenmin een zodanig drempelverhogend effect dat de economische vervlechting van de nationale markten erdoor in het gedrang wordt gebracht.

Weliswaar is vastgesteld dat de toepassing van het verbod van verkoop op zondag een *omzetverminderend* effect heeft: het leidt tot een daling van de verkoop van de door B & Q aangeboden produkten met ongeveer 23%. Uit niets blijkt evenwel dat een dergelijke regeling enig *marktopsplitsend* effect heeft ten aanzien van de gemeenschappelijke markt. Zo heeft zij niet voor gevolg dat de toegang tot (of het opereren op) de nationale markt sterk bemoeilijkt wordt voor ondernemingen uit andere Lid-Staten (wat o. m. zou kunnen blijken uit het feit dat, zoals in Pharmaceutical Society, het marktaandeel van de nationale produkten in kwestie sterk stijgt ten nadele van ingevoerde produkten). Evenmin kan gesteld worden (zoals in Warner Brothers of Buet) dat dergelijke regeling een commercialisatiemethode uitschakelt welke vitaal is om de markt binnen te dringen of ze te bewerken. Inderdaad, ook al is het openhouden van een verkoopruimte op zondag een efficiënte verkoopmethode voor doe-het-zelf- en tuiniergoederen, het verbieden ervan lijkt niet van aard om een zodanige drempelverho-

ging teweege te brengen dat de toegang tot de nationale markt veel moeilijker (duurder) of veel minder aantrekkelijk (onrendabel) wordt voor producenten van of handelaars in goederen uit andere Lid-Staten.

In deze omstandigheden kom ik tot het besluit dat de toepassing van een regeling van het type dat in het bodemgeschil voorligt, ook al heeft deze toepassing een zekere merkbare (ongunstige) weerslag op de invoer van de bewuste goederen, niet van aard is het intracommunautair handelsverkeer op een wijze te beperken die aanleiding kan geven tot de toepassing van artikel 30 van het Verdrag.

II — *Subsidiair: de tweede en de derde vraag*

26. Vooraleer op de tweede en de derde prejudiciële vragen (die betrekking hebben op de rechtvaardigingsgronden onder de artikelen 30 en 36) in te gaan, nog een opmerking. Het alternatief voor voorgaande benadering, die een zekere grens onderkent aan de reikwijdte van de Dassonville-formule, lijkt mij te bestaan in een „mechanische” toepassing van deze formule: elke nationale maatregel waarvan de afschaffing tot een verhoging van de invoer (direct of indirect, daadwerkelijk of potentieel) zou kunnen leiden, is dan, behoudens rechtvaardiging op grond van „dwingende eisen” of krachtens artikel 36, onverenigbaar met het gemeenschapsrecht. Dit betekent dat onder deze opvatting nog enkel „redelijke” belemmeringen door het Verdrag zijn toegelaten. „Redelijk” betekent dan (in de rechtspraak van het Hof): noodzakelijk, proportioneel en zo weinig mogelijk beperkend.

Het grote nadeel van deze alternatieve opvatting is (zoals ook uit het navolgende on-

derzoek van de rechtvaardigingsgronden zal blijken) dat het Hof onvermijdelijk meer en meer zal moeten oordelen over de redelijkheid van beleidsbeslissingen van Lid-Staten, genomen in de overtalrijke domeinen waar er van een rechtstreekse of onrechtstreekse, feitelijke of juridische discriminatie of benadeling van ingevoerde produkten geen sprake is.⁴⁵ De vraag kan gesteld worden of er dan geen sprake is van „Überforderung” van de communautaire rechter, die immers zal geconfronteerd worden met tal van nieuwe „dwingende eisen” en rechtvaardigingsgronden. Steeds opnieuw zullen hem, in het kader van artikel 30, nationale beleidsbeslissingen worden voorgelegd met de vraag de exemplatief geformuleerde lijst van dwingende eisen uit te breiden. Er valt te vrezen dat die lijst steeds verder zal uitdeinen en zal gaan samenvallen met een soort residuaire bevoegdheid van de Lid-Staten.⁴⁶ Het lijkt mij dan ook verkieslijk om, zoals hiervoor gesuggereerd, de draagwijdte en de grenzen van artikel 30 a priori af te lijnen aan de hand van de algemene doelstellingen van deze bepaling en van het Verdrag.

27. Voor het geval U toch zou oordelen dat een verbod van verkoop op zondag te beschouwen is als een belemmering van de intracommunautaire handel in de zin van artikel 30 van het Verdrag, wil ik hierna in subsidiaire orde onderzoeken of deze belemmering noodzakelijk is om te voldoen aan dwingende eisen of aan één of meer van de in artikel 36 van het Verdrag opgesomde redenen van algemeen belang.

45 — Naast een beperking op de handel op zondag kan men ook denken aan vestigingsbeperkingen in het kader van een wetgeving op de ruimtelijke ordening (cfr. het arrest Gauchard, hiervoor reeds aangehaald in noot 3), regelingen die een inbeslagname van goederen voorzien bij niet-betaling van belastingen (cfr. zaak 69/88, aanhangig bij het Hof), het opleggen van snelheidsbeperkingen, enzovoort.

46 — Het Hof heeft steeds bevestigd dat artikel 36 van het Verdrag niet ten doel heeft bepaalde onderwerpen voor te behouden aan de uitsluitende bevoegdheid van de Lid-Staten. Zie het arrest van 10 juli 1984, zaak 72/83, Campus Oil Ltd, Jurispr. 1984, blz. 2727, r. o. 32, en het arrest van 12 juli 1979, zaak 153/78, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1979, blz. 2555, r. o. 5 en de aldaar geciteerde precedënten. Dit beginsel geldt mijns inziens evengoed voor de categorie van de dwingende eisen.

De Borough Council ziet verscheidene mogelijkheden om de belemmering te rechtvaardigen. Naar haar oordeel zijn de bescherming van het arbeidsmilieu en de bescherming van de gezondheid en de welvaart (of het *welzijn*) van de beroepsbevolking in casu dwingende eisen die de betwiste regeling noodzakelijk maken. Voor wat betreft artikel 36 acht de Borough Council de regeling gerechtvaardigd uit hoofde van de bescherming van de gezondheid en het leven van personen en van de openbare orde en de openbare zedelijkheid.

De regering van het Verenigd Koninkrijk neemt een eenvoudiger standpunt in: volgens haar zou de Shops Act de dwingende behoefte dienen om het algemene karakter van zondag als een niet-handelsdag te vrijwaren; alternatief zou de regeling gerechtvaardigd zijn onder artikel 36, uit hoofde van de bescherming van de openbare orde. De regering van het Verenigd Koninkrijk en de Borough Council menen op basis van het Cinéthèque-arrest te mogen besluiten dat, eenmaal een maatregel aanvaardbaar is als „dwingende eis”, geen perfecte overeenstemming vereist is tussen de dwingende eisen en de betwiste maatregel.

28. Ongeacht welke dwingende eisen of rechtvaardigingsgronden in casu aanvaardbaar zijn, dient een voorafgaande vraag te worden beantwoord: kan een regeling waaraan door een Lid-Staat slechts sporadisch de hand wordt gehouden⁴⁷, door die staat

47 — In het Home Office Report („The Shops Act — Late night and Sunday opening: Report of the Committee of inquiry into proposals to amend the Shops Acts”, aan het Parlement van het Verenigd Koninkrijk voorgesteld in november 1984 en gehecht als bijlage 2 aan de opmerkingen van B & Q) wordt vermeld dat de afdwinging van de Shops Act sinds 1974 aan de lokale overheden is toevertrouwd. Welnu, sommige overheden hebben een beleid aangenomen de wet helemaal niet af te dwingen; vele anderen treden enkel op in respons op een klacht (paragraaf 25 van het Report). En verder wordt ook vermeld dat zeer weinig lokale overheden een beleid voeren waarbij alle personen worden vervolgd die een handelsruimte buiten de toegelaten periode openhouden (ibidem).

worden ingeroepen als noodzakelijk om te voldoen aan dwingende eisen? De vraag is delicaat. Een ontkennend antwoord zou neerkomen op de toepassing van een soort van „estoppel“-beginsel bij de beoordeling van de aanvaardbaarheid van een dwingende eis: volgens dat beginsel zou aan een Lid-Staat geen afwijking van het gemeenschapsrecht worden toegestaan op grond van een „noodzaak“ die door die Lid-Staat wel wordt ingeroepen maar feitelijk niet wordt nagestreefd.⁴⁸ Ik zou geneigd zijn de inroepbaarheid van een dwingende behoefte inderdaad uit te sluiten wanneer vaststaat dat een Lid-Staat *volkomen verzuimt* die dwingende behoefte na te streven. Dit kan evenwel niet worden gezegd van de Britse regeling die thans in het geding staat. Er zijn wel aanduidingen dat de Shops Act slechts sporadisch of inconsistent wordt afgedwongen (daarover verder, in nr. 32), maar niet dat zij *in onbruik* is geraakt (wat o. m. aangetoond wordt door het feit dat een wetsvoorstel om de Shops Act af te schaffen in 1985 werd verworpen door het Britse Parlement).

29. Bekijken we eerst of de ingeroepen rechtvaardigingsgronden ex artikel 36 aanvaardbaar zijn. Wat betreft de bescherming van de openbare zedelijkheid: in de opmerkingen van de Borough Council wordt dit voorgesteld als het vermijden dat personen aanstoet zouden nemen aan het openhouden van verkoopruimten op een zondag. Dit lijkt mij niet onder het begrip „openbare zedelijkheid“ te komen. Weliswaar heeft U in Uw arrest *Henn en Darby*⁴⁹ aanvaard dat het in beginsel aan elke Lid-Staat staat om de normen inzake openbare zedelijkheid op zijn grondgebied te bepalen overeenkomstig zijn eigen waardensysteem en in de door

hem gekozen vorm. Het beginsel dat artikel 36 niet ten doel heeft bepaalde onderwerpen voor te behouden aan de uitsluitende bevoegdheid van de Lid-Staten⁵⁰ impliceert evenwel dat het Hof enige controle dient uit te oefenen op hetgeen door een Lid-Staat beschouwd wordt onder het begrip openbare zedelijkheid te komen. Welnu, het voorkomen van ergernis ingegeven door religieuze opvattingen lijkt mij daar niet onder te vallen.

Evenmin lijkt me de bescherming van de openbare orde in aanmerking te komen. Het beroep op deze rechtvaardigingsgrond, waarvan de draagwijdte strikt is op te vatten⁵¹, veronderstelt

„het bestaan... van een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging, die een fundamenteel belang van de samenleving aantast“⁵².

Het valt niet moeilijk in te zien dat hier in casu geen sprake van kan zijn.

30. Vervolgens dien ik te onderzoeken of de ingeroepen dwingende eisen als zodanig aanvaardbaar zijn. Het kan niet ontkend worden dat de categorie van dwingende eisen geen limitatieve categorie is (wat wel het geval is voor de opsomming in artikel 36 van het Verdrag). De bescherming van het werksmilieu (uitdrukkelijk vermeld in artikel 100 A van het Verdrag) en van de gezondheid en het welzijn van werknemers of zelfstandigen (een subcategorie van de in artikel 36 vermelde „gezondheid van personen“) kan ongetwijfeld worden beschouwd

48 — Het „estoppel“-beginsel werd vermeld in het arrest van 10 februari 1983, zaak 230/81, Luxemburg/Parlement, Jurispr. 1983, blz. 255, in r. o. 22 tot en met 26. Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Mancini, blz. 293, op blz. 295.

49 — Arrest van 14 december 1979, zaak 34/79, Jurispr. 1979, blz. 3795. Zie ook het arrest van 11 maart 1986, zaak 121/85, Conégate, Jurispr. 1986, blz. 1007, in het bijzonder r. o. 14 en 15.

50 — Zie de hiervoor, in noot 46 geciteerde rechtspraak.

51 — Arrest van 27 oktober 1977, zaak 30/77, Bouchereau, Jurispr. 1977, blz. 1999, r. o. 33 (met verwijzing naar het arrest van 4 december 1974, zaak 41/74, Van Duyn, Jurispr. 1974, blz. 1337, op 1350).

52 — Arrest Bouchereau, reeds geciteerd, noot 51, r. o. 35. Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Warner, blz. 2016, op blz. 2024 tot en met 2026.

als een dwingende behoefte. Ik heb meer moeite met het „vrijwaren van zondag als een niet-handelsdag”. Als deze uitdrukking een verzamelnaam is voor de hiervoor aangehaalde dwingende eisen, hoeft ze niet afzonderlijk te worden beschouwd. Dan zal het evenwel moeilijk zijn om de proportionaliteit ervan aan te tonen (zie hierna, punt 31). Verwijst ze daarentegen naar een zelfstandige dwingende eis en wordt ze bij voorbeeld verstaan als een bezorgdheid om aan de burgers op éénzelfde dag de gelegenheid te bieden om tijd in te ruimen voor allerhande (niet-professionele, o. m. religieuze) activiteiten en sociale contacten, dan kan ik daar persoonlijk wel inkomen maar toch niet zonder grote aarzeling: het toont immers aan hoe gemakkelijk nieuwe en op het eerste gezicht verantwoorde dwingende eisen naar voren kunnen worden geschoven en hoe moeilijk het is voor het Hof om zich daarover op een objectieve manier uit te spreken.

31. Maar ook wanneer een van de voormelde dwingende eisen wordt aanvaard, moet nog worden nagegaan of de betwiste regeling, zoals zij bestaat, *noodzakelijk* is voor, en *proportioneel* met de verwezenlijking van de ingeroepen dwingende behoefte.

Er is vooreerst het behoud van de zondag als een rustdag ter concretisering van de bescherming van de gezondheid en het welzijn van werknemers en zelfstandigen. De Commissie heeft op dit punt opgemerkt dat er een minder beperkende manier bestaat om dit objectief te verwezenlijken: men kan het aantal werkuren (voor werknemers in dienstverband) beperken, of zelfstandigen toelaten (of verplichten) één sluitingsdag, gelijk dewelke, te kiezen eerder dan de zondag als sluitingsdag op te leggen. Dit betoog dient genuanceerd te worden. Dat de keuze voor één welbepaalde dag de menselijke

vrijheid meer beperkt, zal niemand betwisten. De vraag is echter of dit een meer dan noodzakelijke beperking van de interstatenhandel inhoudt. Als men ervan uitgaat dat zondag, in vergelijking met de andere dagen van de week, voor de hier in het geding staande producten een betere verkoopdag is⁵³, dan is het overlaten van de keuze voor een bepaalde dag, gelijk dewelke, inderdaad een minder beperkend alternatief voor de intracommunautaire handel.

Dit is anders wanneer men aanneemt (zoals ik hiervoor, in punt 30, met grote aarzeling heb gesuggereerd) dat een verbod van verkoop op zondag tegemoet komt aan een bezorgdheid om op éénzelfde dag allerhande (niet-professionele) activiteiten en sociale contacten te stimuleren. In dat geval is het opleggen van een veralgemeende sluitings- of niet-handelsdag op een dag die voor een groot deel van de bevolking reeds traditioneel voor zulke activiteiten en contacten wordt aangewend, wel noodzakelijk voor, en evenredig aan het gestelde objectief.

32. Ik heb in mijn analyse tot dusver weinig belang gehecht aan de door B & Q uitvoerig gelaakte complexiteit en inconsistentie (zowel *ratione personae* als *ratione loci*) van de in het bodemgeschil voorliggende wetgeving en de sporadische controle op de naleving ervan. Weliswaar beaam ik het uitgangspunt van B & Q, namelijk dat het onderzoek betreffende de rechtvaardiging van een regeling dient te geschieden met inachtname van de feitelijke kenmerken van zulke regeling. De door B & Q ontwikkelde argumentatie betreft evenwel op de eerste plaats de doeltreffendheid en de consistentie van die regeling. Het gemeenschapsrecht stelt een andere soort eisen: de belemmering die in concreto van de regeling uitgaat moet

53 — Een dergelijke vaststelling werd gedaan door de verwijzende rechters. Zie hiervoor, nr. 3, onder punt 4.

evenredig zijn aan het beoogde doel, dat wil zeggen niet meer beperkend voor het intra-communautaire goederenverkeer dan noodzakelijk is voor het beoogde doel; of de regeling haar doel *bereikt*⁵⁴ is daarbij niet relevant. De „redelijkheid” van een maatregel is voor het gemeenschapsrecht slechts in zoverre relevant, dat de maatregel geen middel tot willekeurige discriminatie of verkapte beperking mag zijn. Het gaat hier wel te verstaan om het willekeurig discrimineren van goederen uit andere Lid-Staten of een verhuld protectionisme van de eigen markt. Dat de regel *binnen éénzelfde Lid-Staat* niet gelijkelijk van toepassing is of afgedwongen wordt levert mogelijk wel een klachtgrond op onder nationaal recht, maar niet onder gemeenschapsrecht.

Ter staving van het voorgaande verwijs ik naar het Henn en Darby-arrest⁵⁵, dat de toepassing betrof van een verbod op de invoer in het Verenigd Koninkrijk van „aanstotelijke of ontuchtige artikelen”. Deze zaak handelde eveneens over de rechtvaardiging van een bepaling van Brits recht die niet eenvormig van toepassing was op het gehele grondgebied van het Verenigd Koninkrijk; bovendien bleek dat (anders dan in onderhavige zaak) in praktijk de meest strenge regeling op ingevoerde goederen werd toegepast. Ook hier werd U de vraag gesteld of er sprake was van een willekeurige discriminatie of verkapte beperking. Dienaangaande overwoog U als volgt:

„... welke verschillen er ook zijn tussen de ter zake in de onderscheiden delen van het Verenigd Koninkrijk geldende regels, en

ondans het feit dat zij bepaalde uitzonderingen met beperkte draagwijdte bevatten, in hun geheel genomen hebben die wettelijke regelingen als oogmerk, de vervaardiging en het in de handel brengen van aanstotelijke of ontuchtige artikelen te verbieden of althans te beperken” (r. o. 21 van het arrest).

In die omstandigheden kwam U tot de conclusie dat, ook al werd op ingevoerde goederen de meest strenge wettelijke regeling toegepast, de wetgeving in kwestie

„... niet [kon] worden beschouwd als een maatregel om zijdelings een nationale productie te beschermen, of om een willekeurige discriminatie tot stand te brengen tussen goederen van deze bijzondere soort, naar gelang zij op het nationale grondgebied dan wel in een andere Lid-Staat zijn vervaardigd” (ibidem).

33. Tot besluit van voorgaand onderzoek betreffende mogelijke rechtvaardigingsgronden wil ik nogmaals wat volgt beklemtonen: dit onderzoek illustreert mijns inziens op treffende wijze dat de beoordeling van een door een Lid-Staat als noodzakelijk voorgestelde maatregel dikwijls slechts kan worden doorgevoerd wanneer het Hof bereid is zich in te laten met beleidsgebieden waarvoor het gemeenschapsrecht geen of weinig beslechtingscriteria verschaft. Vandaar mijn voorstel om door een verdragsconforme interpretatie van artikel 30, ten aanzien van nationale maatregelen als de onderhavige dit delicate onderzoek in de mate van het mogelijke te ontwijken.

54 — Op dit punt bestaat heel wat twijfel: al de ingeroepen rechtvaardigingsgronden veronderstellen dat winkels op zondag gesloten blijven; welnu, in feite laat de Shops Act de opening op zondag toch toe, althans wanneer enkel wordt geopend om „vrijgestelde goederen” te verkopen. In de praktijk blijkt heel wat gebruik te worden gemaakt van dit achterpoortje. Zie het hiervoor, voetnoot 47, aangehaalde Home Office Report, paragraaf 22.

55 — Reeds aangehaald in noot 49.

Gesuggereerd antwoord op de prejudiciële vraagstelling

34. Samenvattend geef ik U in overweging de prejudiciële vragen van de Cwmbran Magistrates' Court als volgt te beantwoorden:

„Een nationale regeling die verbiedt dat winkels op zondag geopend zijn voor het publiek anders dan voor de verkoop van bepaalde gespecificeerde artikelen, valt niet onder het verbod van artikel 30 wanneer deze regeling niet tot een discriminatie of feitelijke benadeling van ingevoerde ten opzichte van nationale produkten leidt, en evenmin de toegang tot de binnenlandse markt van de betrokken Lid-Staat afschermt dan wel ernstig bemoeilijkt of onaantrekkelijk maakt voor geïmporteerde produkten die onder het toepassingsgebied van de regeling vallen.”

Als U toch van oordeel zou zijn dat een dergelijke regeling principieel een door artikel 30 geviseerde maatregel is, stel ik U in subsidiaire orde voor de prejudiciële vragen als volgt te beantwoorden:

„De artikelen 30 en 36 van het Verdrag verzetten zich niet tegen een nationale regeling die verbiedt dat winkels op zondag geopend zijn voor het publiek anders dan voor de verkoop van bepaalde gespecificeerde artikelen, wanneer deze regeling niet tot een discriminatie of feitelijke benadeling van ingevoerde ten opzichte van nationale produkten leidt en de eventueel door de toepassing van dat verbod veroorzaakte belemmeringen van het intracommunautair handelsverkeer niet verder gaan dan noodzakelijk is om niet-professionele activiteiten en sociale contacten te stimuleren op een welbepaalde dag die reeds door een groot deel van de bevolking voor die doeleinden wordt aangewend.”