



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
M. BOBEK
van 7 juli 2016¹

Zaak C-303/15

Naczelnik Urzędu Celnego I w Ł.
tegen
G.M.,
M.S.

[verzoek van de Sąd Okręgowy w Łodzi (rechter van tweede aanleg, Łódź, Polen) om een prejudiciële beslissing]

„Informatieprocedure voor technische voorschriften — Technische voorschriften in de kanspelsector — Verplichting voor de lidstaten om ontwerpen voor technische voorschriften aan de Commissie mee te delen — Gevolgen van verzuim”

I – Inleiding

1. Volgens het Poolse recht mogen alleen houders van een vergunning voor de exploitatie van een casino roulettespelen, kaartspelen, dobbelspelen en automatenspelen organiseren (hierna: „vergunningvereiste”). Roulettespelen, kaartspelen, dobbelspelen en automatenspelen mogen bovendien alleen worden georganiseerd in casino’s (hierna: „locatiebeperking”).
2. De verdachten in het hoofdgeding wordt ten laste gelegd dat zij in bars speelautomaten hebben geëxploiteerd zonder vergunning. Hun verweer is dat het vergunningvereiste een „technisch voorschrift” in de zin van richtlijn 98/34/EG² is, dat niet aan de Commissie is meegedeeld en daarom niet door de Poolse autoriteiten tegen hen kan worden ingeroepen.
3. Vaststaat dat het vergunningvereiste niet aan de Commissie is meegedeeld. Met zijn vraag verzoekt de nationale rechter om opheldering van de gevolgen van dit verzuim. Alvorens op die gevolgen in te gaan moet echter een voorvraag worden behandeld, namelijk of het vergunningvereiste eigenlijk wel een „technisch voorschrift” is. Als het antwoord ontkennend luidt, is de mededelingsplicht immers niet van toepassing.

1 — Oorspronkelijke taal: Engels

2 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij (PB 1998, L 204, blz. 37). De woorden „en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij” zijn aan de titel van de richtlijn toegevoegd bij richtlijn 98/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 juli 1998 tot wijziging van richtlijn 98/34/EG betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften (PB 1998, L 217, blz. 18).

4. Overeenkomstig het verzoek van het Hof van Justitie zal ik mij in deze conclusie beperken tot bespreking van die voorvraag en het algemene vraagstuk dat deze aan de orde stelt: in hoeverre moeten vergunningstelsels voor bepaalde soorten activiteiten, namelijk diensten, geacht worden te vallen onder de mededelingsplicht voor „technische voorschriften” die van toepassing zijn op producten, ofwel goederen?

II – Juridisch kader

A – *Unierecht*

1. Richtlijn 98/34

5. Artikel 1 bevat een aantal definities die hier relevant zijn:

„1. ‚product’: alle producten die industrieel worden vervaardigd, en alle landbouwproducten, met inbegrip van visproducten;

2. ‚dienst’: elke dienst van de informatiemaatschappij, dat wil zeggen elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van diensten verricht wordt.

[...]

3. ‚technische specificatie’: een specificatie die voorkomt in een document ter omschrijving van de vereiste kenmerken van een product, zoals kwaliteitsniveau, prestaties, veiligheid of afmetingen, met inbegrip van de voor het product geldende voorschriften inzake verkoopbenaming, terminologie, symbolen, beproeving en beproevingsmethoden, verpakking, het merken of etiketteren, en de overeenstemmingsbeoordelingsprocedures.

[...]

4. ‚andere eis’: een eis die, zonder een technische specificatie te zijn, ter bescherming van met name de consument of het milieu wordt opgelegd en betrekking heeft op de levenscyclus van het product nadat dit in de handel is gebracht, zoals voorwaarden voor gebruik, recycling, hergebruik of verwijdering van het product, wanneer deze voorwaarden op significante wijze de samenstelling, de aard of de verhandeling van het product kunnen beïnvloeden;

5. ‚regel betreffende diensten’: een algemene eis betreffende de toegang tot en de uitoefening van dienstenactiviteiten als bedoeld in punt 2, met name bepalingen met betrekking tot de dienstverlener, de diensten en de afnemer van diensten, met uitzondering van regels die niet specifiek betrekking hebben op de in datzelfde punt gedefinieerde diensten.

[...]

11. ‚technisch voorschrift’: een technische specificatie of andere eis of een regel betreffende diensten, met inbegrip van de erop toepasselijke bestuursrechtelijke bepalingen die de jure of de facto moeten worden nageleefd voor de verhandeling, de dienstverrichting, de vestiging van een verrichter van diensten of het gebruik in een lidstaat of in een groot deel van een lidstaat, alsmede de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen, behoudens die bedoeld in artikel 10, van de lidstaten waarbij de vervaardiging, de invoer, de verhandeling of het gebruik van een product dan wel de verrichting of het gebruik van een dienst of de vestiging als dienstverlener wordt verboden. [...]”

6. Artikel 8, lid 1, van richtlijn 98/34 bepaalt:

„Onverminderd artikel 10 delen de lidstaten de Commissie onverwijld ieder ontwerp voor een technisch voorschrift mee, tenzij het een integrale omzetting van een internationale of Europese norm betreft, in welk geval louter met een mededeling van de betrokken norm kan worden volstaan; zij geven de Commissie tevens kennis van de redenen waarom de vaststelling van dit technisch voorschrift nodig is, tenzij die redenen reeds uit het ontwerp zelf blijken.

[...]”.

B – *Nationaal recht*

7. Artikel 6, lid 1, van de Poolse wet op de kansspelen³ bepaalt:

„Voor de organisatie van roulettespelen, kaartspelen, dobbelspelen en automatenspelen is een vergunning voor de exploitatie van een casino vereist.”

8. Artikel 14, lid 1, van de wet op de kansspelen⁴ bepaalt:

„Roulettespelen, kaartspelen, dobbelspelen en automatenspelen kunnen enkel worden georganiseerd in casino's.”

III – Feiten, procedure en prejudiciële vraag

9. G.M. en M.S., verdachten in het hoofdgeding, wordt ten laste gelegd dat zij in Polen speelautomaten hebben geëxploiteerd in bars zonder de krachtens artikel 6, lid 1, van de wet op de kansspelen vereiste casinovergunning.

10. De nationale rechter van eerste aanleg oordeelde dat het vergunningvereiste een „technisch voorschrift” is in de zin van richtlijn 98/34. Omdat het vergunningvereiste niet aan de Commissie is meegedeeld, oordeelde de nationale rechter van eerste aanleg dat het niet op verdachten kon worden toegepast. In de motivering van zijn beslissing verwees hij naar het arrest van het Hof in de zaak Fortuna.⁵ In het arrest Fortuna oordeelde het Hof onder meer dat artikel 14, lid 1, van de wet op de kansspelen (te weten: de locatiebeperking) een „technisch voorschrift” is.

11. De bevoegde Poolse instantie, de Naczelnik Urzędu Celnego I w Łodzi (diensthoofd van het douanekantoor I in Łódź; hierna: „NUC”), heeft tegen het vonnis van de rechter van eerste aanleg hoger beroep ingesteld bij de Sąd Okręgowy w Łodzi (rechter van tweede aanleg, Łódź). Deze rechter is bekend met de rechtspraak van het Hof dat niet-nakoming van de verplichting om „technische voorschriften” aan de Commissie mee te delen tot gevolg heeft dat die voorschriften niet tegen

3 — Dz. U. (2009), nr. 201, Pos. 1540.

4 — In de redactie geldend ten tijde van de feiten. De tekst van de bepaling is sindsdien gewijzigd.

5 — Arrest van 19 juli 2012, Fortuna e.a. (C-213/11, C-214/11 en C-217/11, EU:C:2012:495).

particulieren kunnen worden ingeroepen.⁶ De nationale rechter vraagt zich echter af of, gezien de bijzondere aard van de betrokken sector (kansspelen), dezelfde redenering ook dient te gelden voor het vergunningvereiste. Wegens deze twijfel heeft de nationale rechter besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende vraag voor te leggen:

„Kan artikel 8, lid 1, van richtlijn 98/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij (PB 1998, L 204, blz. 37, zoals gewijzigd) aldus worden uitgelegd dat waar het de niet-mededeling van als technische voorschriften aangemerkte voorschriften betreft, een onderscheid kan worden gemaakt met betrekking tot de gevolgen in die voege dat, in het geval van voorschriften die vrijheden betreffen die niet aan de beperkingen van artikel 36 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie onderworpen zijn, de niet-mededeling ervan dient mee te brengen dat die voorschriften in een bepaalde aanhangige zaak niet mogen worden toegepast, terwijl in het geval van voorschriften die vrijheden betreffen die aan de beperkingen van artikel 36 van dit Verdrag onderworpen zijn, de nationale rechter, die tevens een Unierechter is, mag beoordelen of die voorschriften ondanks de niet-mededeling ervan voldoen aan de vereisten van artikel 36 van het Verdrag en niet onderworpen zijn aan de sanctie van niet-toepasselijkheid?”

12. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door de NUC, appellant in het hoofdgeding, G.M., een der verdachten in het hoofdgeding, de Commissie en de Poolse, de Belgische, de Griekse en de Portugese regering. De NUC, G.M., de Poolse en de Belgische regering alsmede de Commissie zijn ter terechtzitting van 20 april 2016 gehoord.

IV – Beoordeling

A – Inleiding

13. Conform het verzoek van het Hof zal ik mij in deze conclusie beperken tot bespreking van de voorvraag of het vergunningvereiste eigenlijk wel als „technisch voorschrift” moet worden aangemerkt.

14. Naar mijn mening moet het antwoord ontkennend luiden. Ik bied het Hof twee alternatieve wegen waarlangs het tot die slotsom kan komen.

15. De *eerste* weg loopt als volgt: een uiteenzetting van de verschillende categorieën „technische voorschriften” van richtlijn 98/34 (afdeling B) en een beknopt overzicht van de relevante rechtspraak van het Hof (afdeling C.1), leiden tot de constatering dat vereisten van voorafgaande vergunningverlening geen „technische voorschriften” zijn (afdeling C.2). Voor zover het vergunningvereiste kan worden losgekoppeld van de locatiebeperking, is mijns inziens het eerste geen mededelingsplichtig „technisch voorschrift”, zelfs als de laatste dit wel zou zijn (afdeling C.3).

16. De *tweede* weg (afdeling E) zou het Hof wellicht verder voeren, maar is mijns inziens de reis waard. Dit subsidiaire betoog nodigt het Hof uit tot heroverweging van de sluipende uitbreiding van het begrip „andere eis” tot de reglementering van diensten in het algemeen en tot stelsels van voorafgaande vergunningverlening voor het verrichten van diensten in het bijzonder. Wanneer aan deze uitbreiding geen halt wordt toegeroepen, kan ook voor diensten in feite een algemene mededelingsplicht gaan gelden, met als enige basis dat regels inzake diensten meestal een zijdelings effect hebben op de voor de verrichting ervan gebruikte producten. Naar mijn mening brengt een dergelijke ontwikkeling problemen met zich en moet zij worden vermeden.

6 — Zie bijvoorbeeld arrest van 21 april 2005, Lindberg (C-267/03, EU:C:2005:246).

B – De verschillende categorieën technische voorschriften

17. Het begrip „technisch voorschrift” in artikel 1, lid 11, van richtlijn 98/34 omvat vier categorieën maatregelen. Deze categorieën zijn i) „technische specificatie[s]” als gedefinieerd in artikel 1, lid 3, van de richtlijn, ii) „andere eis[en]”, als gedefinieerd in artikel 1, lid 4, van de richtlijn, en iii) „bepalingen [...] waarbij de vervaardiging, de invoer, de verhandeling of het gebruik van een product [...] wordt verboden”, als genoemd in artikel 1, lid 11, van de richtlijn. Voorts zijn er nog iv) bepaalde voorschriften en beperkingen betreffende diensten van de informatiemaatschappij⁷, die voor de onderhavige zaak evenwel niet relevant zijn.

18. Wat de eerste categorie betreft: het vergunningvereiste dat in de onderhavige zaak aan de orde is, valt niet in deze categorie omdat het geen betrekking heeft op bij kansspelen gebruikte producten (of de verpakking ervan) als zodanig, en dus niet de kenmerken ervan omschrijft.⁸

19. Wat betreft de derde categorie: om hieronder te vallen moet een nationale maatregel duidelijk verder gaan dan een beperking tot bepaalde gebruiksmogelijkheden van het betrokken product; hij moet zijn gericht op maatregelen die voor geen enkel ander gebruik ruimte laten dan een strikt marginaal gebruik dat redelijkerwijze van het betrokken product kan worden verwacht.⁹ Dit is niet het geval bij het vergunningvereiste. Het gebruik van een product wordt niet in zijn geheel verboden, maar onderworpen aan voorwaarden.

20. Wat betreft de tweede categorie: deze bestrijkt met name maatregelen die beogen de consument te beschermen en de levenscyclus van een product betreffen. De werkingssfeer van die categorie is minder duidelijk en wordt in detail besproken in de volgende afdeling.

C – Het begrip „andere eis” en vergunningstelsels

1. Rechtspraak inzake „technische voorschriften” in de kanspelsector

21. Het Hof heeft zich in een aantal zaken gebogen over de toepassing van richtlijn 98/34 op de kanspelsector; het gaat om de arresten Lindberg¹⁰, Commissie/Griekenland¹¹, Fortuna¹², Berlington¹³, en Ince.¹⁴ Al deze arresten zijn van belang voor de uitlegging van het begrip „andere eis”. In het onderstaande zal ik ze kort bespreken.

a) Lindberg

22. De zaak Lindberg had betrekking op een in Zweden geldend verbod op de organisatie van kansspelen met een specifiek type speelautomaat [„lyckohjulsspel” (rad van fortuin)]. In zijn arrest oordeelde het Hof dat het verbod in kwestie een „andere eis” kon vormen of een maatregel „waarbij de vervaardiging, de invoer, de verhandeling of het gebruik van een product [...] wordt verboden”. Om onder die laatste categorie te vallen moet het verbod „voor geen enkel ander gebruik ruimte laten dan

7 — Diensten van de informatiemaatschappij zijn de enige soort diensten die rechtstreeks onder de werkingssfeer van richtlijn 98/34 vallen (definitie in de artikelen 1, lid 2, 5 en 11).

8 — Arresten van 21 april 2005, Lindberg (C-267/03, EU:C:2005:246, punten 59 en 60), en van 19 juli 2012, Fortuna e.a. (C-213/11, C-214/11 en C-217/11, EU:C:2012:495, punt 29).

9 — Arrest van 21 april 2005, Lindberg (C-267/03, EU:C:2005:246, punt 77).

10 — Arrest van 21 april 2005, Lindberg (C-267/03, EU:C:2005:246).

11 — Arrest van 26 oktober 2006, Commissie/Griekenland (C-65/05, EU:C:2006:673).

12 — Arrest van 19 juli 2012, Fortuna e.a. (C-213/11, C-214/11 en C-217/11, EU:C:2012:495).

13 — Arrest van 11 juni 2015, Berlington Hungary e.a. (C-98/14, EU:C:2015:386).

14 — Arrest van 4 februari 2016, Ince (C-336/14, EU:C:2016:72).

een strikt marginaal gebruik dat redelijkerwijze van het betrokken product kan worden verwacht”. Om als „andere eis” te worden aangemerkt moet de maatregel op significante wijze de samenstelling, de aard of de verhandeling van het product beïnvloeden. De kwalificatie van de maatregel werd uiteindelijk overgelaten aan de nationale rechter.¹⁵

23. In de zaak Lindberg werd het Hof ook gevraagd of het van belang was dat het verbod in de plaats was gekomen van een vergunningvereiste. Het Hof oordeelde dat wanneer de nationale maatregel niet een verbod maar een vergunningvereiste was geweest, deze geen „technisch voorschrift” zou hebben gevormd, en verwees naar zijn rechtspraak volgens welke „nationale voorschriften die enkel voorwaarden bevatten voor de vestiging van ondernemingen, zoals voorschriften die de uitoefening van een beroepsactiviteit aan voorafgaande erkenning onderwerpen, geen technische voorschriften [...] zijn.”¹⁶

b) *Commissie/Griekenland*

24. Dit beroep wegens niet-nakoming had betrekking op een Griekse wet die een breed verbod stelde op elektrische en elektronische spelen buiten casino’s. Het Hof oordeelde dat het verbod een „technisch voorschrift” vormde.¹⁷ Hoewel het Hof dit niet met zoveel woorden uitsprak, lijkt het van oordeel te zijn geweest dat de Griekse maatregel een significante invloed had op de verhandeling en een „andere eis” in de zin van artikel 1, lid 11, van richtlijn 98/34 was.¹⁸ Dit wordt bevestigd door het latere arrest Berlington (zie hieronder) waar het Hof, verwijzend naar het arrest Commissie/Griekenland, oordeelde dat een verbod op de exploitatie van speelautomaten buiten casino’s een „andere eis” vormt.¹⁹

c) *Fortuna*

25. De zaak Fortuna had eveneens betrekking op de Poolse wet op de kansspelen, die het voorwerp is van de onderhavige zaak. In zijn arrest in deze zaak oordeelde het Hof dat de locatiebeperking in artikel 14, lid 1, van de Poolse wet op de kansspelen, die de organisatie van automaatspelen aan casino’s voorbehoudt, een „technisch voorschrift” is. Ook hier werd niet met zoveel woorden uitgesproken, maar wel de indruk gewekt, dat de locatiebeperking werd geacht een significante invloed op de verhandeling te hebben en daarom moest worden aangemerkt als „andere eis”.²⁰

26. De zaak Fortuna betrof voorts enkele overgangsbepalingen in de wet op de kansspelen. Die overgangsbepalingen bevoren de situatie ten aanzien van bestaande vergunningen voor speelautomaten met prijzen van geringe waarde (anders gezegd, zij verboden zowel de verlening van nieuwe vergunningen als de verlenging of wijziging van bestaande vergunningen voor activiteiten met die automaten). Het Hof oordeelde dat de overgangsbepalingen voorwaarden oplegden die de verhandeling van speelautomaten met prijzen van geringe waarde ongunstig konden beïnvloeden. Als zodanig konden zij als „andere eis” worden aangemerkt voor zover zij de aard of de verhandeling van

15 — Arrest van 21 april 2005, Lindberg (C-267/03, EU:C:2005:246, punten 77 en 78).

16 — Arrest van 21 april 2005, Lindberg (C-267/03, EU:C:2005:246, punten 87 en 88).

17 — Tijdens de mondelinge behandeling van die zaak bestreed Griekenland niet dat de maatregel een niet-meegedeeld „technisch voorschrift” was. Het Hof verwees naar het arrest Lindberg in het algemeen als basis voor zijn constatering dat de maatregel een „technisch voorschrift” vormde (arrest van 26 oktober 2006, Commissie/Griekenland, C-65/05, EU:C:2006:673, punt 61).

18 — In tegenstelling tot een regelrecht verbod op het gebruik ervan. Uit de memories van de Commissie in die zaak blijkt echter dat de Commissie de maatregel beschouwde als een gebruiksverbod.

19 — Bovendien lijkt de mogelijkheid dat spelen in bepaalde locaties worden georganiseerd meer ruimte te bieden dan voor slechts een „marginaal gebruik”, zodat er geen sprake zou zijn van een verbod in de zin van artikel 1, lid 11, van richtlijn 98/34. Zie dienaangaande hierboven punt 19 en de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Lindberg (C-267/03, EU:C:2004:819, punten 63-65), die als voorbeeld van „marginaal gebruik” een als deurstop gebruikte speelautomaat noemt.

20 — Zie hierboven de voetnoten 18 en 19 en de bijbehorende tekst.

die automaten op significante wijze konden beïnvloeden. Het werd aan de nationale rechter overgelaten te beoordelen of aan deze voorwaarde was voldaan. Dit staat in contrast met de locatiebeperking, ten aanzien waarvan het Hof (impliciet) een oordeel gaf over het begrip „significante invloed” en dit niet overliet aan de nationale rechter.

d) *Berlington*

27. De zaak *Berlington* betrof een vervijfvoudiging van de belasting op speelautomaten en een verbod op de exploitatie van speelautomaten buiten casino's. In dit arrest oordeelde het Hof dat de belastingverhoging geen „de facto technisch voorschrift” vormde, omdat ze niet vergezeld ging van een andere „technische specificatie” of „andere eis”.²¹

28. Het Hof bevestigde voorts nadrukkelijk dat de beperking van de organisatie van bepaalde kansspelen tot casino's slechts „moet worden aangemerkt als een ‚technisch voorschrift’ in de zin van artikel 1, lid 11[, van de richtlijn], voor zover deze op significante wijze de aard of de verhandeling van de in deze context gebruikte producten kan beïnvloeden. [...] Een verbod om speelautomaten buiten casino's te exploiteren [...] kan de verhandeling van deze automaten [...] op significante wijze beïnvloeden, door de vermindering van de exploitatiekanalen ervan”.²²

e) *Ince*

29. De zaak *Ince* betrof een bepaling in de overeenkomst tussen de Duitse deelstaten betreffende de loterijen (Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland), die de organisatie en de bemiddeling bij sportweddenschappen regelde. Het Hof oordeelde dat deze overeenkomst enige bepalingen bevatte die konden worden aangemerkt als „regels betreffende diensten” in de zin van artikel 1, lid 5, van richtlijn 98/34. Andere bepalingen in die overeenkomst, met name die „inzake de verplichting om een vergunning te verkrijgen voor de organisatie of inzameling van sportweddenschappen” waren echter geen „technische voorschriften”. In zijn motivering van deze conclusie herhaalde het Hof de formulering die het met betrekking tot vergunningen had gebruikt in het arrest *Lindberg* (zie hierboven punt 23).

2. Vergunningstelsels zijn geen „andere eisen”

30. In de arresten *Lindberg* en *Ince* wordt duidelijk uitgesproken dat stelsels van voorafgaande vergunningverlening geen „technische voorschriften” zijn. Hieruit volgt dat zij ook geen „andere eis” vormen in de zin van artikel 1, lid 4, van richtlijn 98/34.

21 — Arrest van 11 juni 2015, *Berlington Hungary e.a.* (C-98/14, EU:C:2015:386, punten 93-97).

22 — Arrest van 11 juni 2015, *Berlington Hungary e.a.* (C-98/14, EU:C:2015:386, punten 98 en 99).

31. Deze constatering is uiteindelijk terug te voeren tot het arrest van het Hof in de zaak CIA Security.²³ Daar werd het Hof gevraagd of het Belgische vereiste van het bezit van een voorafgaande erkenning voor de exploitatie van een beveiligingsonderneming²⁴ een „technisch voorschrift” was in de zin van richtlijn 83/189²⁵, de voorganger van richtlijn 98/34. Het Hof beantwoordde deze vraag ontkennend, met de motivering dat het begrip „technische specificatie” (dat de kern vormde van de definitie van „technisch voorschrift” in richtlijn 83/189) niet van toepassing is op een regeling die „de voorwaarden bevat voor de vestiging van beveiligingsondernemingen”.²⁶

32. De uitspraak in het arrest CIA Security dat een stelsel van voorafgaande erkenning geen „technisch voorschrift” vormt, is sindsdien expliciet toegepast in het kader van richtlijn 98/34 (in de in punt 23 aangehaalde formulering)²⁷ en is derhalve duidelijk relevant voor de uitlegging van de term „andere eis” in de nieuwe richtlijn. In het onderstaande zal ik de regel dat de term „technische voorschriften” geen stelsels van voorafgaande vergunningverlening omvat, aanduiden als de „CIA-uitzondering”.

33. Het arrest Fortuna zou de CIA-uitzondering op losse schroeven hebben gezet. In dat arrest erkende het Hof dat bepaalde overgangsbepalingen in de wet op de kansspelen konden worden aangemerkt als „andere eis”.

34. Het argument dat het arrest Fortuna de CIA-uitzondering buiten spel zou hebben gezet, maakt deel uit van het betoog van de Commissie in de schriftelijke en de mondelinge behandeling van de onderhavige zaak. De Commissie betoogt dat het vergunningvereiste in het licht van het arrest Fortuna als „technisch voorschrift” moet worden aangemerkt.²⁸

35. Ik ben het daar niet mee eens. Ik ben niet van mening dat het arrest Fortuna afbreuk beoogde te doen aan de CIA-uitzondering. Volgens de CIA-uitzondering zijn *vereisten van voorafgaande erkenning* geen „technische voorschriften”. Het arrest Fortuna had daarentegen betrekking op het *bevrozen van de verlening van vergunningen*; met andere woorden: het vergunningvereiste bleef bestaan, maar tijdens een bepaalde periode zouden geen vergunningen worden verleend.²⁹ Daarin onderscheidt de situatie in de zaak Fortuna zich dus van de onderhavige zaak.

36. Dat het arrest Fortuna geen afbreuk beoogde te doen aan de CIA-uitzondering, wordt bevestigd door het latere arrest in de zaak Ince, waarin deze uitzondering expliciet werd toegepast.³⁰

37. Ten slotte zij meer in het algemeen opgemerkt dat veel afhangt van de kwalificatie van een maatregel als „technisch voorschrift”. Als de maatregel geen „technisch voorschrift” is hoeft deze niet te worden meegedeeld. Als de maatregel dat wel is moet hij worden meegedeeld of buiten toepassing blijven. Waar er zo veel „op het spel staat” (met excuses voor de woordspeling) heeft de CIA-uitzondering de grote verdienste van duidelijkheid en goede toepasbaarheid. Intrekking ervan

23 — Arrest van 30 april 1996, CIA Security International (C-194/94, EU:C:1996:172).

24 — Het vereiste was geformuleerd als volgt: „Niemand mag een beveiligingsonderneming exploiteren indien hij niet vooraf is erkend door de minister van Binnenlandse Zaken. De erkenning wordt slechts verleend indien de onderneming voldoet aan de voorschriften van deze wet en aan de door de Koning bepaalde voorwaarden betreffende de financiële middelen en de technische uitrusting [...]”

25 — Richtlijn van de Raad van 28 maart 1983 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften (PB 1983, L 109, blz. 8).

26 — Zie ook arrest van 28 maart 2001, Van der Burg (C-278/99, EU:C:2001:143, punt 20), waarin werd geoordeeld dat „een bepaalde wijze van in de handel brengen” (in casu een verbod op bepaalde reclame) niet onder de draagwijdte van „technisch voorschrift” viel.

27 — Voor de eerste maal in het arrest van 22 januari 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, EU:C:2002:34, punt 45).

28 — Arrest van 19 juli 2012, Fortuna e.a. (C-213/11, C-214/11 en C-217/11, EU:C:2012:495, met name de punten 36 e.v.).

29 — Noch verlengd of gewijzigd.

30 — In punt 76 van het arrest van 4 februari 2016 in de zaak Ince (C-336/14, EU:C:2016:72) overwoog het Hof: „[...] de bepalingen inzake de verplichting om een vergunning te verkrijgen voor de organisatie of inzameling van sportwedstrijden en de onmogelijkheid om een dergelijke vergunning te verlenen aan particuliere exploitanten, zijn daarentegen geen ‚technische voorschriften’ [...]. Nationale bepalingen die enkel voorwaarden bevatten voor de vestiging of verrichting van diensten door ondernemingen, zoals bepalingen die de uitoefening van een beroepsactiviteit afhankelijk stellen van een voorafgaande vergunning, zijn immers geen technische voorschriften in de zin van die bepaling.”

zodat elk vergunningstelsel moet worden getoetst aan het criterium van „significante invloed” op de samenstelling, de aard of de verhandeling van een product, heeft enorme gevolgen voor de rechtszekerheid. Dat kan mijns inziens niet de bedoeling van het Hof in het arrest Fortuna zijn geweest.

3. Toepassing op de onderhavige zaak

38. Volgens het vergunningvereiste is „[v]oor de organisatie van roulettespelen, kaartspelen, dobbelspelen en automatenspelen [...] een vergunning voor de exploitatie van een casino vereist”. Als de woorden „voor de exploitatie van een casino” geen onderdeel waren van deze zin, leed het voor mij geen twijfel dat de CIA-uitzondering in de onderhavige zaak van toepassing zou zijn. De bepaling zou niet onder de begrippen „andere eis” en, algemener, „technisch voorschrift” vallen.

39. De beschrijvende, kwalificerende woorden „voor de exploitatie van een casino” vertroebelen het beeld. De Commissie betoogt in wezen dat die woorden een „nauw verband” leggen tussen het vergunningvereiste en de locatiebeperking. Omdat de laatste, conform het arrest Fortuna, een „technisch voorschrift” is, moet het eerste dit ook zijn.

40. Ik ben het daarmee om de volgende redenen niet eens.

41. Ten eerste zullen stelsels van voorafgaande vergunningverlening voor diensten als de onderhavige dikwijls zijn voorzien van materiële voorwaarden en beperkingen.³¹ Het is goed mogelijk dat die materiële voorwaarden en beperkingen als „technische voorschriften” moeten worden aangemerkt en als zodanig meegedeeld moeten worden. Ik ben echter niet van oordeel dat die voorwaarden en beperkingen automatisch het vergunningvereiste zelf zullen „aansteken”.³² De praktische betekenis van de CIA-uitzondering zou dan juist worden aangetast en de draagwijdte van het mededelingsvereiste van richtlijn 98/34 zou mogelijk aanzienlijk worden uitgebreid. Zoals ik hierboven reeds heb opgemerkt, kan een dergelijke ontwikkeling de geldigheid van een heel scala van stelsels van voorafgaande vergunningverlening voor diensten op losse schroeven zetten en ernstige rechtsonzekerheid creëren.

42. Ten tweede heeft de NUC ter terechtzitting bevestigd dat er geen aparte procedure bestaat voor het verkrijgen van de vergunning of „voorafgaande erkenning” volgens artikel 6, lid 1, van de wet op de kansspelen en de vergunning voor de exploitatie van een bepaald casino volgens artikel 14, lid 1, van die wet. De NUC bevestigde echter eveneens dat het vergunningvereiste en de locatiebeperking niet over een kam kunnen worden geschoren. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat bij een controle achteraf schending van de locatiebeperking wordt geconstateerd zonder dat de vergunning van de exploitant automatisch wordt ingetrokken.

43. De Poolse regering verklaarde bovendien ter terechtzitting dat de locatiebeperking van artikel 14, lid 1, absoluut niet moet worden beschouwd als bestanddeel van de vergunningprocedure. De locatiebeperking, in combinatie met bepalingen in het wetboek van strafrecht, dient ertoe de organisatie van kansspelen in bijvoorbeeld bars of restaurants strafbaar te stellen.

44. Gelet hierop lijkt het duidelijk dat het vergunningvereiste en de locatiebeperking een verschillende doelstelling en functie hebben en beide niet eenvoudig als „technisch voorschrift” kunnen worden aangemerkt omdat er een „nauw verband” tussen bestaat.

31 — In de onderhavige zaak bijvoorbeeld stelt artikel 15, lid 1, van de wet op de kansspelen grenzen aan het aantal casino's in een bepaald gebied gerelateerd aan het aantal inwoners.

32 — Voor een analoog geval, zie arrest van 8 maart 2001, Van der Burg (C-278/99, EU:C:2001:143, punt 21). Die zaak had betrekking op een verbod op reclame voor zendinrichtingen die niet aan bepaalde specificaties voldeden en niet tevoren waren goedgekeurd. Het Hof oordeelde dat de „rechtstreekse relatie” tussen het reclameverbod en de technische eisen waaraan de zendinrichtingen moesten voldoen, niet voldoende was om dat verbod onder de richtlijn te laten vallen.

45. Ten derde is het voornaamste bezwaar van de Commissie tegen het vergunningvereiste, dat dit met de woorden „voor de exploitatie van een casino” uitdrukkelijk verwijst naar de locatiebeperking. Het is mij echter niet duidelijk of die woorden een aanwijzing zijn dat het vergunningvereiste verdere geografische of andere restricties omvat dan de locatiebeperking. Uiteindelijk is dat een kwestie van uitlegging van het nationale recht, die is overgelaten aan de nationale rechter.³³ Zonder te speculeren hoe die uitlegging zou luiden, constateer ik dat wanneer volgens de nationale rechter de woorden „voor de exploitatie van een casino” geen verdere restricties opleggen dan die van de locatiebeperking, het vergunningvereiste niet moet worden aangemerkt als „technisch voorschrift”.

46. De doelstelling van de mededelingsplicht van richtlijn 98/34 is „de bescherming van het vrije verkeer van goederen door middel van een preventieve controle”³⁴, dat wil zeggen te voorzien in een toetsing vooraf op potentiële beperkingen van het vrije verkeer van goederen. De locatiebeperking is meegedeeld en getoetst. Mededeling van andere bepalingen die daar enkel naar verwijzen, zoals met het vergunningvereiste het geval lijkt te zijn, zou de doelstelling van de richtlijn niet bevorderen.³⁵

47. Hier kan analoog de vaste rechtspraak worden toegepast volgens welke er geen mededelingsplicht krachtens richtlijn 98/34 geldt voor een nationale maatregel „die bestaande – en [...] naar behoren aan de Commissie meegedeelde – technische voorschriften herhaalt of vervangt zonder daaraan nieuwe of aanvullende specificaties toe te voegen”.³⁶

48. Samenvattend is de omstandigheid dat artikel 6, lid 1, van de wet op de kansspelen het vergunningvereiste stelt met gelijktijdige verwijzing naar de locatiebeperking, wat ongelukkig. Dit is mijns inziens echter geen reden om het vergunningvereiste binnen de werkingssfeer van richtlijn 98/34 te trekken, met alle daaraan verbonden implicaties.

D – Conclusie

49. Gezien het bovenstaande en onverminderd de uitlegging door de nationale rechter van het verband tussen artikel 6, lid 1, en artikel 14, lid 1, van de wet op de kansspelen, zou ik menen dat een nationale regel als het in artikel 6, lid 1, van de wet op de kansspelen neergelegde vergunningvereiste niet als „technisch voorschrift” in de zin van richtlijn 98/34 moet worden aangemerkt.

E – Subsidiare benadering

50. Niettemin is een meer diepgaande beschouwing van de definitie van „technisch voorschrift” en in het bijzonder van „andere eis” noodzakelijk indien het Hof zou oordelen dat het vergunningvereiste en de locatiebeperking niet op de door mij voorgestelde wijze van elkaar gescheiden kunnen worden, of dat de CIA-uitzondering in het licht van het arrest Fortuna moet worden heroverwogen.

33 — Ik heb begrepen dat er op dit gebied een uitgebreide nationale rechtspraak bestaat, die de verhouding tussen de artikelen 6, lid 1, en 14, lid 1, van de wet op de kansspelen wellicht kan ophelderen. Het is niet de taak van dit Hof om op die rechtspraak in te gaan, en deze conclusie is gebaseerd op de schriftelijke en mondelinge opmerkingen die in deze zaak zijn gemaakt.

34 — Zie bijvoorbeeld arresten van 20 maart 1997, *Bic Benelux* (C-13/96, EU:C:1997:173, punt 19), en 6 juni 2002, *Sapod Audic* (C-159/00, EU:C:2002:343, punt 34). Zie ook de overwegingen 2-7 van richtlijn 98/34.

35 — Het is heel gebruikelijk dat er verhoudingen en verbanden bestaan tussen verschillende bepalingen in nationale wetten; op zichzelf staande bepalingen zijn dikwijls niet te begrijpen wanneer zij niet worden gelezen in de context van de volledige wettekst. Dit is de reden waarom bij de mededeling van de ontwerpen van technische voorschriften het gehele ontwerp van het wetgevingsinstrument moet worden overgelegd (arrest van 16 september 1997, *Commissie/Italië*, C-279/94, EU:C:1997:396, punten 39-41). Deze verwevenheid maakt de overige bepalingen echter niet tot technische voorschriften.

36 — Zie bijvoorbeeld arrest van 3 juni 1999, *Colim* (C-33/97, EU:C:1999:274, punt 22); op het gebied van de kansspelen, zie de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak (C-267/03, EU:C:2004:819, punt 46).

1. „Andere eis”-kritiek

51. Ik koester ernstige bedenkingen bij de uitbreiding van het begrip „andere eis” tot stelsels van voorafgaande vergunningverlening voor de verrichting van diensten, zoals in de onderhavige zaak in wezen wordt voorgesteld. In het onderstaande zet ik mijn voornaamste bezwaren uiteen.

52. Ten eerste is er een risico van buitensporige en onvoorspelbare uitbreiding van de draagwijdte van de mededelingsplicht.

53. Een maatregel is een „andere eis” wanneer deze „wordt opgelegd” en betrekking heeft op de „voorwaarden voor gebruik” van een product, zodanig dat „op significante wijze de [...] verhandeling van het product „kan worden beïnvloed”.

54. Maatregelen betreffende de verrichting van diensten zullen indirect altijd wel enige invloed hebben op goederen. Bij elke verrichting van een dienst worden vroeger of later wel producten gebruikt. Taxibestuurders gebruiken auto's, exploitanten van radiozenders gebruiken geluidsapparatuur, boekhouders rekenmachines, en juristen pen en papier en soms wetboeken. Verder gebruikt iedereen vandaag de dag computers voor de verrichting van praktisch elk type dienst. In al deze gevallen kan steeds worden betoogd dat het onderwerpen van een dienst aan een vergunningvereiste het aantal dienstverleners beperkt en daarmee indirect ook het aantal producten dat bij de verrichting ervan wordt gebruikt, wat van invloed is op de verkoop van die producten. Kort gezegd, voor elk van de bovengenoemde diensten geldt dat wanneer hiervoor een voorafgaande vergunning nodig is, dit op de een of andere manier de consumptie van de gebruikte producten zijdelings beïnvloedt.

55. Volgt hieruit dat stelsels van voorafgaande vergunningverlening in al die gevallen mededelingsplichtige „andere eisen” vormen? Mijns inziens dient het antwoord ondubbelzinning ontkennend te luiden. Maar waar moet de grens worden getrokken?

56. Ter terechtzitting heeft G.M. gesteld dat de verkopen van speelautomaten sinds de introductie van het vergunningvereiste aanzienlijk zijn teruggelopen.

57. De betekenis van „andere eis” kan echter niet worden gereduceerd tot een kwestie van handelsvolume. Om te beginnen niet omdat de definitie van „andere eis” niet letterlijk spreekt van „handel” maar van „verhandeling” [„marketing” in de Engelse taalversie] en ook andere belangrijke voorwaarden bevat, met name de koppeling van de maatregel aan „producten”. Voorts zullen vergunningstelsels voor diensten altijd effect hebben op het volume van de handel in een of ander product. Een mededelingsplicht laten afhangen van een voorafgaand onderzoek of de maatregel de handel op significante wijze zal beïnvloeden, is mijns inziens een recept voor extreme rechtsonzekerheid over de kwestie welke maatregelen mededelingsplichtig zijn³⁷, of gewoon een

37 — Zoals advocaat-generaal Jacobs opmerkte „zou een noodzaak tot voorafgaande beoordeling van de werking van een maatregel het [...] minder gemakkelijk maken om te bepalen om welke maatregelen het gaat” (zie diens conclusie in de zaak Lindberg, C-267/03, EU:C:2004:819, punt 35). Dergelijke zorgen worden dikwijls uitgesproken in de context van artikel 34 VWEU en het gebruik van het criterium „toegang tot de markt” om de toepasselijkheid van dat artikel te bepalen. Zie bijvoorbeeld Gormley, L., „Two years after Keck”, *Fordham International Law Journal*, nr. 19, 1996, blz. 882-883; en Snell, J., „The notion of market access: a concept or a slogan”, *Common Market Law Review*, vol. 47, 2010, blz. 437-459.

uitnodiging om letterlijk alles aan de Commissie mee te delen³⁸. Voor bewijs van die rechtsonzekerheid hoeft niet verder te worden gekeken dan de zaak Fortuna. Die zaak heeft geleid tot een aantal met elkaar strijdige nationale uitspraken over de wijze waarop de „significante invloed”-toets zou moeten worden toegepast.³⁹

58. Ten tweede is het domino-effect van een onjuiste beoordeling van de mededelingsplicht een verdere reden om het begrip „technisch voorschrift” te definiëren op een wijze die de rechtszekerheid zoveel mogelijk eerbiedigt. Dit is vooral van belang vanwege de „directe en ernstige gevolgen”⁴⁰ die de niet-toepasselijkheid van bepaalde regels kan hebben voor de betrekkingen tussen particulieren, dat wil zeggen rechtssubjecten die niets te maken hebben met de oorspronkelijk verzuimde mededeling. Het hierboven aangehaalde arrest CIA Security is hiervan een voorbeeld. De zaak betrof een civiel geschil tussen twee particulieren. De omstandigheid dat één der partijen zich in haar verweer niet kon beroepen op een „technisch voorschrift” omdat dit niet was meegedeeld, was materieel van invloed op de uitkomst van dat geschil.⁴¹

59. Ten derde, los van de gevolgen voor particuliere rechtsbetrekkingen, hebben de lidstaten in het verleden meer dan eens maatregelen niet meegedeeld, wat vervolgens is aangevoerd in nogal onverwachte omstandigheden die geen enkel waarneembaar verband hielden met de oorspronkelijke draagwijdte van de betrokken nationale maatregelen. Zo is de niet-mededeling ingeroepen om strafrechtelijke vervolging te ontlopen.⁴²

60. De genoemde gevolgen van niet-mededeling zijn, zacht gezegd, niet met onverdeeld enthousiasme ontvangen.⁴³ Uitbreiding van het begrip „andere eis” tot voorschriften die voornamelijk zijn gericht op diensten (en niet op goederen), met name stelsels van voorafgaande vergunningverlening en locatievereisten⁴⁴, maakt een toename van dergelijke scenario’s alleen maar waarschijnlijker.

61. Ten vierde zag het Hof zich in de jaren 80 gesteld voor een ernstig geval van „vrij-verkeerkoorts”. Allerlei soorten nationale regels betreffende de wijze waarop producten op de markt werden gebracht, werden bij de nationale rechter aangevochten wegens de beweerde invloed ervan op de handel. In werkelijkheid beoogden veel van de bestreden nationale voorschriften niet de goederen zelf te reguleren, maar de wijze waarop deze op de markt werden gebracht.⁴⁵ Het arrest Keck was een deel van het antwoord van het Hof op die zaken.⁴⁶

38 — De Commissie erkende ter terechtzitting dat dit laatste scenario in elk geval niet gewenst was.

39 — Zie bijvoorbeeld arrest van het Wojewódzki Sąd Administracyjny, Gdańsk (bestuursrechter van tweede aanleg, Gdansk) van 19 november 2012 (III SA/Gd 546/12), waarin het besliste dat de artikelen 129, 135 en 138 van de wet op de kansspelen (de overgangsbepalingen geciteerd in het arrest Fortuna) technische voorschriften zijn aangezien zij de aard en de verhandeling van de betrokken producten (speelautomaten met prijzen van geringe waarde) op significante wijze beïnvloeden. Dit arrest is vernietigd door de Naczelny Sąd Administracyjny (hoogste bestuursrechter) bij arrest van 5 november 2015 (II GSK 1632/15) op grond dat de overgangsbepalingen geen wijziging in de rechtspositie van partijen hadden gebracht (en ook dat artikel 6 van de wet op de kansspelen geen technisch voorschrift is); zie arrest van het Wojewódzki Sąd Administracyjny, Szczecin (rechter van tweede aanleg, Szczecin) van 9 oktober 2015 (II SA/Sz 396/15), waarin artikel 135 van de wet op de kansspelen niet als technisch voorschrift is aangemerkt. Arrest van het Wojewódzki Sąd Administracyjny, Wrocław (rechter van tweede aanleg, Wrocław) van 4 oktober 2013 (III SA/Wr 373/13), bekrachtigd in zaak II GSK 181/14 van 25 november 2015.

40 — Conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Sapod Audic (C-159/00, EU:C:2002:25, punt 47).

41 — Zie tevens arresten van 6 juni 2002, Sapod Audic (C-159/00, EU:C:2002:343), en 26 september 2000, Unilever (C-443/98, EU:C:2000:496).

42 — Zie bijvoorbeeld arrest van 16 juni 1998, Lemmens (C-226/97, EU:C:1998:296). Daar werd in een strafzaak tegen een dronken bestuurder de niet-mededeling van technische voorschriften inzake blaaspijpjes ingeroepen om bewijs ontoelaatbaar te laten verklaren.

43 — Dougan, M.; „Case C-390/99, Canal Satélite Digital; Case C-159/00, Sapod Audic v. Eco-Emballages”, in CMLR 40/2003, blz. 193-218; Weatherill, S., „A Case Study in Judicial Activism in the 1990s: The Status before National Courts of Measures Wrongfully Un-notified to the Commission” in *Judicial Review in EU Law*, red. D. O’Keefe en A. Bavasso, Kluwer Law International, Nederland, 2000, blz. 481.

44 — Locatievereisten kunnen betrekking hebben op veel diensten, zoals taxivervoer (bijvoorbeeld beperkingen tot bepaalde zones of specifieke locaties als vliegvelden), apotheken en zo voorts.

45 — Zie bijvoorbeeld arresten van 23 november 1989, B & Q (C-145/88, EU:C:1989:593), 14 juli 1981, Oebel (155/80, EU:C:1981:177) en 11 juli 1985, Cinéthèque e.a. (60/84 en 61/84, EU:C:1985:329).

46 — Arrest van 24 november 1993, Keck en Mithouard (C-267/91 en C-268/91, EU:C:1993:905).

62. In de zaken met betrekking tot richtlijn 98/34 ontwaart ik een soortgelijk patroon. Om „mededelingskoorts” in de context van richtlijn 98/34 te voorkomen, zou de werkingssfeer van het begrip „andere eis” niet op grond van het feit dat nationale maatregelen inzake de verrichting van diensten indirecte effecten kunnen hebben op de handel in producten, ongecontroleerd tot de diensten mogen worden uitgebreid.

63. Er zijn wel verschillen tussen de „vrij-verkeerkoorts” in het kader van het VWEU en de „mededelingskoorts” in het kader van richtlijn 98/34. Met name moet een maatregel, om een mededelingsplichtige „andere eis” te vormen in de zin van richtlijn 98/34, *significante invloed* kunnen hebben op de verhandeling van een product. Daarentegen is er geen sprake van een de-minimisdrempel in de context van artikel 34 VWEU.⁴⁷

64. „Significante invloed” is echter een zeer rekbaar begrip dat meer problemen oproept dan oplost. Het gaat vooral om twee soorten problemen: theoretische en praktische.

65. Theoretisch dient de beslissing of een nationaalrechtelijke bepaling moet worden meegedeeld, genomen te worden bij de opstelling ervan. Het kan lastig zijn om op dat moment te voorspellen of er een „significante invloed” zal zijn op de verhandeling. De vaststelling of een bepaling kenmerken vertoont op grond waarvan deze moet worden meegedeeld, zou *primair* dan ook moeten berusten op een beoordeling van het normatieve karakter ervan. In de meeste gevallen zou het mogelijk moeten zijn om de aanwezigheid van die kenmerken *ex ante* in te schatten, onafhankelijk van de hypothetische werking van de bepaling in de toekomst.

66. Het praktische of operationele probleem houdt verband met het theoretische aspect. In de praktijk zal het lastig zijn voor een nationale rechter die moet beslissen op een niet-mededelingsverweer, om een objectief en voldoende overtuigend oordeel te vellen over het bestaan van een „significante invloed”. Het is allesbehalve zeker dat er betrouwbare kwantitatieve gegevens over de betrokken nationale maatregel voorhanden zijn, en zelfs wanneer die er zijn, blijft het onduidelijk waar de drempel wordt overschreden zodat er sprake is van „significante” invloed.⁴⁸ Voorspellingen over de toekomstige ontwikkeling van de betrokken nationale maatregel of intuïtieve benaderingen rieken al snel (in het beste geval) naar speculatie of (in het slechtste geval) naar nattevingerwerk. Het beeld wordt verder gecompliceerd door, in de eerste plaats, de mogelijkheid dat een maatregel alsnog mededelingsplichtig wordt door ontwikkelingen in het handelspatroon, en in de tweede plaats door de waarschijnlijkheid dat wegens verschillen in het handelspatroon voor het betrokken product op nationaal niveau de mededelingsplichtigheid van wezenlijk gelijksoortige maatregelen per lidstaat verschilt.⁴⁹

67. Ten vijfde en tot slot is er nog een belangrijk verschil tussen de mededelingsplicht op grond van richtlijn 98/34 en de artikelen 34 en 36 VWEU, waaruit blijkt dat in het eerste geval extra voorzichtig te werk moet worden gegaan: wanneer een maatregel eenmaal als „andere eis” is aangemerkt, is er geen rechtvaardiging meer mogelijk. Er vindt geen afweging meer plaats. Wanneer de maatregel niet is meegedeeld, moet deze buiten toepassing blijven. Bij situaties die onder de artikelen 34 en 36 VWEU vallen, is daarentegen een rechtvaardiging van beperkingen van het vrije verkeer althans potentieel mogelijk.⁵⁰

47 — Arresten van 5 april 1984, Van de Haar en Kaveka De Meern (177/82 en 178/82, EU:C:1984:144, punten 12-14) en van 14 december 2004, Radlberger Getränkegesellschaft en S. Spitz (C-309/02, EU:C:2004:799). In sommige van deze arresten lijkt een dergelijke drempel echter via de achterdeur weer te worden binnengehaald; zie bijvoorbeeld arrest van 28 april 2009, Commissie/Italië, (C-518/06, EU:C:2009:270, punten 66-70).

48 — Zou bijvoorbeeld een geschatte terugloop van 10% in het verkoopvolume volstaan? (dit was de geschatte terugloop ten gevolge van de voorschriften van het Verenigd Koninkrijk inzake de winkelsluiting op zondagen; zie arrest van 23 november 1989, B & Q, C-145/88, EU:C:1989:593, punt 7).

49 — Zie, voor vergelijkbare vragen met betrekking tot artikel 34 VWEU: Snell, J., „The notion of market access: a concept or a slogan”, 2010, *Common Market Law Review*, blz. 437-472, in het bijzonder blz. 459.

50 — Het is in feite juist het ontbreken van de mogelijkheid onder richtlijn 98/34 (in tegenstelling tot de artikelen 34 en 36 VWEU) om naar een rechtvaardiging te zoeken of een afweging te maken, dat de aanleiding vormde voor het onderhavige prejudiciële verzoek.

68. De zwaardere, automatische gevolgen die de richtlijn verbindt aan niet-mededeling zouden ons dubbel voorzichtig moeten maken met het ruim uitleggen van de term „andere eis”. Een dergelijke ruime uitlegging kan ook leiden tot de tamelijk paradoxale situatie dat maatregelen die geacht worden in het geheel niet onder artikel 34 VWEU te vallen, niettemin mededelingsplichtig zijn en ten gevolge van een mededelingsverzuim buiten toepassing moeten blijven.⁵¹

69. Gezien het bovenstaande lijkt deze zaak een goede gelegenheid om de betekenis van de term „andere eisen” in richtlijn 98/34 te heroverwegen in de context van maatregelen betreffende diensten, die gevolgen zouden kunnen hebben voor goederen.

2. Voorgestelde benadering van de uitlegging van „andere eis”

a) Tekst, systeem en doelstelling

70. Uitgangspunt en voornaamste overweging bij de uitlegging van de term „andere eis” in de huidige context is, dat richtlijn 98/34 sterk gericht is op maatregelen die op goederen en het vrij verkeer daarvan en niet op diensten betrekking hebben.

71. De voorgaande richtlijn 83/189 voorzag alleen in een mededelingsplicht voor ontwerpen van „technische voorschriften” betreffende producten. Zelfs nu zijn volgens richtlijn 98/34 de enige „technische voorschriften” die specifiek op diensten betrekking hebben en moeten worden meegedeeld, die inzake diensten van de informatiemaatschappij.⁵² Andere soorten diensten zouden daarom geacht kunnen worden stelselmatig van de werkingssfeer van de richtlijn te zijn uitgesloten. Of, om precies te zijn, andere soorten diensten kunnen enkel indirect en als restcategorie, wegens hun gevolgen voor goederen, binnen de werkingssfeer van richtlijn 98/34 worden gebracht.

72. Deze gerichtheid op goederen wordt bevestigd door een nauwlettende lezing van tekst, opzet en doelstelling van richtlijn 98/34.

73. Artikel 1, lid 4, spreekt in de definitie van „andere eis” als eis die „wordt opgelegd en betrekking heeft op de levenscyclus van het product” [in de Engelse taalversie: „a requirement [...] imposed on a product [...] which affects its life cycle”]. De tekst van artikel 1, onder 4, noemt als voorbeelden „voorwaarden voor gebruik, recycling, hergebruik of verwijdering van het product”, wanneer deze voorwaarden op significante wijze de „samenstelling”, de „aard” of de „verhandeling” van het product kunnen beïnvloeden. De formulering van die bepaling schreeuwt dus als het ware uit: „product, product, product!”

51 — Zo heeft het Hof bij verschillende gelegenheden (bijvoorbeeld arresten Commissie/Griekenland, Banchemo en TK-Heimdienst) geoordeeld dat beperking van de locaties waar producten verkocht mogen worden, buiten artikel 34 VWEU kan vallen; zie arresten van 29 juni 1995, Commissie/Griekenland, C-391/92, EU:C:1995:199, punten 11-15 (verbod op de verkoop van zuigelingenvoeding buiten apotheken vormt wel een beperking van de handel maar valt niet onder de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen); 14 december 1995, Banchemo, C-387/93, EU:C:1995:439, punt 44 (beperking van de detailverkoop van tabaksproducten tot vergunninghoudende verkooppunten die de toegang tot de markt niet méér belemmert voor importen dan voor binnenlandse producten, valt niet onder de verdragsregels inzake het vrije verkeer), en 13 januari 2000, TK-Heimdienst, C-254/98, EU:C:2000:12 (beperking van de activiteiten van bakkers, slaggers en handelaren in levensmiddelen tot bepaalde geografische gebieden aangemerkt als verkoopmodaliteit, toch vallend onder de vrij-verkeerregels wegens groter effect op importen).

52 — De oorspronkelijke tekst van de richtlijn bevatte geen verwijzingen naar diensten, met uitzondering van de tweede overweging, die tevens duidelijk maakt dat de richtlijn is gericht op het vrije verkeer van goederen („Overwegende dat de interne markt een ruimte zonder binnengrenzen omvat waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd; dat derhalve het verbod van kwantitatieve beperkingen alsmede van maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen van het goederenverkeer een van de hoekstenen van de Gemeenschap is”).

74. Met name moet een „andere eis” volgens de definitie „worden opgelegd [op] het product”, dus *niet* op diensten waarbij van die producten gebruik wordt gemaakt. Een aan *diensten* opgelegde regel kan weliswaar een significante impact hebben op het gebruik van daarmee in verband staande goederen, maar het vereiste van „significante invloed” op producten komt in de definitie van „andere eis” aan de orde in een afzonderlijke voorwaarde. De zinsnede „opgelegd [op] een product” lezen als „direct of indirect opgelegd op producten” komt op hetzelfde neer als de zinsnede „opgelegd [op] een product” geheel negeren.⁵³

75. De centrale rol van producten voor het begrip „andere eis” wordt bevestigd door de herhaaldelijke vermelding dat de maatregel op enigerlei wijze gevolgen moet hebben voor de fysieke kenmerken van het product (te weten de samenstelling, de aard en de manier waarop het wordt verwijderd of hergebruikt).

76. Het woord „verhandeling” zou in theorie aangegrepen kunnen worden voor een ruimere lezing van de bepaling, bijvoorbeeld in het geval dat een maatregel alleen kwantitatieve gevolgen voor de verkoop heeft maar verder niet voor het product zelf. Bij een meer systeemgerichte lezing van de volledige definitie van „andere eis” in de context van de richtlijn als geheel gaat dit echter niet op. Het woord „verhandeling” kan niet worden opgevat als zou het de deur open zetten om ondanks de formulering van alle overige bestanddelen van de definitie, allerlei regelingen die primair betrekking hebben op de verrichting van diensten waarbij toevallig producten worden gebruikt, onder het begrip „andere eis” te scharen.

77. Mijns inziens dient de verwijzing naar „verhandeling” in artikel 1, lid 4, van richtlijn 98/34, in overeenstemming met de rest van de definitie en de tekst van de richtlijn in haar geheel, te worden gelezen als verwijzing naar maatregelen die verband houden met de *verhandeling en potentieel gevolgen hebben voor de fysieke kenmerken van het product*, zoals etikettering of opmaak. Dit in tegenstelling tot andere maatregelen die invloed kunnen hebben op de handel in het product, zoals voorschriften inzake de verkoopvoorwaarden.⁵⁴

78. Zoals de Commissie opmerkte in de toelichting op haar voorstel voor richtlijn 94/10, zou richtlijn 83/189 zich door uitbreiding van haar werkingssfeer kunnen uitstrekken tot voorschriften die „*op het product van invloed kunnen zijn en verstoringen van de markt kunnen veroorzaken*”.⁵⁵ De woorden „op het product van invloed kunnen zijn” weerspiegelen ook hier de centrale plaats van het product in het begrip „technisch voorschrift”, en de eis dat de maatregel niet alleen van invloed is op de verkoop, maar ook op het product zelf. Bovendien verwijzen de woorden „verstoringen van de markt” in een natuurlijke lezing ervan mijns inziens naar de vrees voor discriminatie tussen concurrerende goederen en niet voor beperkingen van de toegang tot de markt. De hier voorgestelde meer „productgerichte” opvatting van het begrip „andere eis”, die vereist dat er een „weerslag” of „repercussie” is op de kenmerken van het product zelf, vindt derhalve ook steun in het oorspronkelijke Commissievoorstel waarbij de relevante formulering werd geïntroduceerd.

53 — Vergelijk de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Lindberg (C-267/03, EU:C:2004:819, punten 54-59).

54 — Zie voor een analoog geval de conclusie van advocaat-generaal Campos Sánchez-Bordona in de zaak James Elliott Construction (C-613/14, EU:C:2016:63, punten 87-94), die concludeerde dat een impliciet contractueel beding dat producten van gebruikelijke handelskwaliteit dienen te zijn, geen „technisch voorschrift” vormt. Zie ook voetnoten 26 en 32 hierboven inzake beperkingen aan reclame.

55 — COM(92) 491 def., punt 18. Richtlijn 94/10 voerde de definitie van „andere eis” in. Zie richtlijn 94/10/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 maart 1994 tot tweede substantiële wijziging van richtlijn 83/189/EEG betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften (PB 1994, L 100, blz. 30).

b) Zwaartepunt en uitzonderingen voor verboden en voor gevolgen voor producten

79. Gelet op het bovenstaande stel ik de volgende benadering voor bij de uitlegging en toepassing van het begrip „andere eis” in de zin van richtlijn 98/34, waarin – op enkele uitzonderingen na – het zwaartepunt van de nationale maatregel centraal staat. De benadering bestaat uit drie achtereenvolgende stappen.

80. Ten eerste zijn nationale maatregelen die primair op producten „worden opgelegd” „andere eisen” in de zin van artikel 1, lid 4, mits aan de overige in die bepaling genoemde voorwaarden is voldaan.

81. Ten tweede vallen daarentegen nationale maatregelen die primair betrekking hebben op diensten (of vestiging) *in beginsel* niet onder het begrip „andere eis”. Deze omvatten met name nationale maatregelen die beperkingen stellen aan de wijze waarop producten worden verhandeld of gebruikt door verrichters van diensten, waaronder bijvoorbeeld: i) vergunningvereisten en andere eisen voor vestiging of het verrichten van diensten⁵⁶, ii) beperkingen ten aanzien van de plaats waar diensten mogen worden verricht⁵⁷, en iii) het maken van reclame voor diensten.⁵⁸

82. Ten derde kunnen nationale voorschriften die op het eerste gezicht zijn vastgesteld voor diensten *onder specifieke omstandigheden* echter (alsnog) komen te vallen onder het begrip „andere eis”, mits is voldaan aan de overige voorwaarden van artikel 1, lid 4, met name wanneer:

- de nationale maatregel een *volstrekt* verbod op de verrichting van een dienst behelst en dit ertoe leidt dat een specifiek product in het geheel niet wordt gebruikt, of dat het product slechts marginaal wordt gebruikt in een andere context⁵⁹, of
- de nationale maatregel betreffende primair de verrichting van diensten noodzakelijkerwijs betrekking heeft op de levenscyclus van het product op een manier die *gevolgen heeft voor de fysieke kenmerken ervan* (bijvoorbeeld beperkingen op het gebruik van een product bij de verrichting van een dienst, die noodzakelijkerwijs neerkomen op een eis om de samenstelling, etikettering of opmaak van het product te wijzigen); in zulke gevallen is er een duidelijke weerslag of repercussie op het product zelf.⁶⁰

83. Om de rechtszekerheid zo veel mogelijk te waarborgen en zo weinig mogelijk situaties te scheppen waarin nationale autoriteiten en rechters op basis van het nogal schimmige begrip „significante invloed op de verhandeling” moeten uitmaken of een nationale maatregel mededelingsplichtig is, zou de CIA-uitzondering duidelijk moeten worden bevestigd. Met andere woorden: stelsels die een voorafgaande vergunning vereisen zijn geen „technische voorschriften”, tenzij zich één van de hierboven in punt 82 beschreven situaties voordoet.

56 — Conform de CIA-uitzondering (bijvoorbeeld vergunningen voor taxichauffeurs).

57 — Door het Hof in meerdere arresten aangemerkt als verkoopmodaliteiten (zie voetnoot 51 hierboven). Voorbeelden zijn beperking van de verkoop van bepaalde producten tot apotheken of van het verrichten van kansspelactiviteiten tot casino's.

58 — Zie arrest van 8 maart 2001, Van der Burg (C-278/99, EU:C:2001:143), waarin voorschriften inzake een wijze van in de handel brengen niet als technische voorschriften werden aangemerkt.

59 — Zulke gevallen zouden hoe dan ook normaal aan te merken zijn als een volstrekt verbod, bedoeld in artikel 1, lid 11, van richtlijn 98/34.

60 — Ik onderstreep dat de hier bedoelde soorten maatregelen „worden opgelegd” voor diensten en niet voor producten. Daarom zouden ze, zoals het Hof eerder heeft geoordeeld, ondanks de gevolgen ervan voor de fysieke kenmerken van de goederen, niet als „technische specificatie” in de zin van artikel 1, onder 3, van richtlijn 98/34 kunnen worden aangemerkt. Zie arrest van 21 april 2005, Lindberg (C-267/03, EU:C:2005:246, met name punt 59).

84. De hier voorgestelde benadering erkent dat nationale voorschriften die voor de verrichting van diensten zijn vastgesteld, gevolgen kunnen hebben voor het vrije verkeer van goederen en binnen de werkingssfeer van beide vrijheden kunnen vallen⁶¹ (tenzij één vrijheid een zuiver bijkomstige rol speelt ten opzichte van de ander).⁶² In deze benadering komen echter ook de aspecten van het begrip „andere eis” van artikel 1, onder 4, tot uitdrukking die verband houden met de tekst, de opzet en de doelstelling van de richtlijn en bevestigen dat deze duidelijk is gericht op producten (met name het vereiste in de tekst zelf, dat de maatregel wordt „opgelegd [op] producten”). De zwaartepuntbenadering in combinatie met die van de beperkte uitzonderingen heeft voorts het voordeel van versterking van de rechtszekerheid. Gezien de ernstige gevolgen van niet-mededeling is dit van cruciaal belang.

3. Toepassing op de onderhavige zaak

85. Het vergunningvereiste wordt *niet* opgelegd op producten.⁶³ In beginsel is het geen „andere eis”. De CIA-uitzondering biedt steun aan die conclusie.

86. De verwijzing naar de locatiebeperking zou de aard van het vergunningvereiste kunnen veranderen, zodat onderzoek naar de toepasselijkheid van de in punt 82 beschreven bijzondere omstandigheden op zijn plaats is. Geen van de daar genoemde bijzondere omstandigheden die een rechtvaardiging zouden opleveren af te wijken van de op basis van het zwaartepunt van de nationale maatregel bereikte eerste conclusie, lijkt echter van toepassing. Het is aan de nationale rechter om de uiteindelijke conclusie ter zake te verifiëren. Afgaande op de feiten die aan het Hof zijn voorgelegd, lijkt het vergunningvereiste evenwel geen waarneembare gevolgen te hebben voor de fysieke kenmerken van de betrokken producten.

4. Conclusie

87. Gelet op het bovenstaande vormt het vergunningvereiste mijns inziens niet een „andere eis” of, meer algemeen, een „technisch voorschrift” in de zin van richtlijn 98/34.

V – Conclusie

88. Ik geef het Hof derhalve in overweging om op de vragen van de Sąd Okręgowy w Łodzi (rechter van tweede aanleg, Łódź) te antwoorden dat een nationale regel als het in artikel 6, lid 1, van de wet op de kansspelen neergelegde vergunningvereiste geen „technisch voorschrift” is in de zin van richtlijn 98/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij (PB 1998, L 204, blz. 37).

61 — Arrest van 11 september 2003, Anomar e.a. (C-6/01, EU:C:2003:446, punt 55).

62 — Dat wil zeggen, tenzij het goederenaspect geheel van bijkomstige aard is ten opzichte van het dienstenaspect of omgekeerd; zie dienaangaande arresten van 4 oktober 2011, Football Association Premier League e.a. (C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punten 78 e.v.); 24 maart 1994, Schindler (C-275/92, EU:C:1994:119, punt 24), en 22 januari 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, EU:C:2002:34, punten 29-32).

63 — Het legt immers beperkingen op aan de organisatie van spelen, niet op de producten die voor de organisatie van die spelen worden gebruikt.