Radboud Repository

Radboud University Nijmegen

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.
http://hdl.handle.net/2066/139152

Please be advised that this information was generated on 2021-01-14 and may be subject to change.

RECHTSVERHOUDINGEN TUSSEN PARTICULIEREN EN DE VERDRAGSRECHTELIJKE VERKEERSVRIJHEDEN

Directe horizontale werking van de vrijverkeerbepalingen in het VWEU

SERIE ONDERNEMING EN RECHT

onder redactie van

Prof. mr. S.C.J.J. Kortmann
Prof. mr. N.E.D. Faber

deel 85

RECHTSVERHOUDINGEN TUSSEN PARTICULIEREN EN DE VERDRAGSRECHTELIJKE VERKEERSVRIJHEDEN

Directe horizontale werking van de vrijverkeerbepalingen in het VWEU

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN DOCTOR
AAN DE RADBOUD UNIVERSITEIT NIJMEGEN
OP GEZAG VAN DE RECTOR MAGNIFICUS,
PROF. DR. TH.L.M. ENGELEN,
VOLGENS BESLUIT VAN HET COLLEGE VAN DECANEN
IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN
OP WOENSDAG 4 FEBRUARI 2015
OM 16.30 UUR PRECIES

DOOR

ROEL WILHELMUS ELISABETH VAN LEUKEN

GEBOREN OP 25 OKTOBER 1979
TE BUDEL

KLUWER – DEVENTER – 2015

Promotor: Prof. mr. drs. C.H. Sieburgh

Manuscriptcommissie:
- Prof. dr. W. Devroe (Katholieke Universiteit Leuven)
- Prof. mr. A.S. Hartkamp
- Mr. C.W.A. Timmermans (voormalig rechter in het Hof van Justitie)

ISBN 978 90 13 12856 7
ISBN 978 90 13 12857 4 (E-book)
NUR 822-203

Ontwerp omslag: Cremers visuele communicatie

© 2015, R.W.E. van Leuken, Nijmegen

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de uitgever worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt.
Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)-overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing.

WOORD VOORAF

Het in Nederland geldende vermogensrecht wordt in toenemende mate beïnvloed door het recht van de Europese Unie. Soms zijn de gevolgen daarvan te voorzien, bijvoorbeeld omdat het Unierecht uitdrukkelijk een privaatrechtelijk rechtsgevolg verbindt aan de schending van een regel van Unierecht. Bekende voorbeelden daarvan zijn de in art. 101 VWEU geregelde nietigheid van overeenkomsten die de mededinging binnen de interne markt verhinderen, beperken of vervalsen en de in art. 340 VWEU verankerde verplichting van de Unie om inzake niet-contractuele aansprakelijkheid de schade te vergoeden overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben.

Verrassender zijn de gevolgen die worden gegenereerd als het Hof van Justitie bepalingen van Unierecht die ogenschijnlijk tot de lidstaten zijn gericht, aldus uitlegt dat zij voor particulieren in rechtsverhoudingen met andere particulieren (horizontale rechtsverhoudingen) rechten en verplichtingen in het leven roepen. Met andere woorden: het Europese recht beïnvloedt de geldigheid, de inhoud of de uitleg van rechtsverhoudingen tussen particulieren rechtstreeks. Denkbaar is dat een tussen partijen gesloten overeenkomst nietig is wegens strijd met een bepaling van Unierecht of dat een gedraging van een burger een onrechtmatige daad oplevert jegens een andere burger omdat zij in strijd is met Unierecht. Schending van een bepaling van Unierecht met directe horizontale werking kan ook de basis zijn voor een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking of op grond van onverschuldigde betaling.

Wat betreft het primaire Unierecht heeft het Hof van Justitie een dergelijke uitleg gegeven aan het verbod te discrimineren naar nationaliteit (art. 18 VWEU) en aan de plicht mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid gelijk te belonen (art. 157 VWEU). Vanaf 1974 heeft het Hof van Justitie aan de hand van aan hem voorgelegde casus gebruik gemaakt van de gelegenheid zich uit te laten over de mogelijke directe horizontale werking van de bepalingen uit het

VWEU die zien op de werking van de interne markt, de zogenoemde vrijverkeerbepalingen: het vrije verkeer van goederen (art. 34 en 35 VWEU), het vrije verkeer van werknemers (art. 45 VWEU), de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU), de vrijheid van dienstverrichting (art. 56 VWEU) en de vrijheid van kapitaal (art. 63 VWEU).

Het uitgangspunt van dit onderzoek is dat het Hof van Justitie een aantal verdragsrechtelijke vrijverkeerbepalingen aldus heeft uitgelegd dat zij directe gevolgen sorteren voor privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Het onderzoek brengt de rechtspraak van het Hof gewezen over de verdragsrechtelijke vrijverkeerbepalingen met elkaar in verband en analyseert tegen de achtergrond van de verschillende doorwerkingstechnieken waarvan het Unierecht zich bedient, of en zo ja in hoeverre de benadering die het Hof kiest voor de ene vrijverkeerbepaling voorspellend kan zijn voor andere vrijverkeerbepalingen. Aldus brengt het onderzoek duidelijk in kaart wat de mogelijke reikwijdte is van de invloed van vrijverkeerbepalingen op privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Onlosmakelijk daarmee verbonden is de aandacht voor de gevolgen die het aanvaarden van directe horizontale werking heeft voor het type rechtvaardigingsgronden dat een particulier moet kunnen inbrengen tegen het verwijt dat een vrijverkeerbepaling is geschonden.

Het doorrekenen van de vrijverkeerbepalingen op hun mogelijke gevolgen voor de privaatrechtelijke rechtsverhouding is van groot wetenschappelijk en praktisch belang. Het biedt de ondernemingsgerichte rechtspraktijk inzicht in de eisen die door de verdragsrechtelijke verkeersvrijheden aan ondernemingen worden gesteld en evenzeer in de rechten die zij daaraan kunnen ontlenen.

Het onderzoek maakt deel uit van het onderzoeksprogramma onderneming en algemeen vermogensrecht, waarvan het doorgronden van de Europeesrechtelijke aspecten van het geldende vermogensrecht een zwaartepunt is. De redactie neemt het boek met plezier op in de Serie Onderneming en Recht.

S.C.J.J. Kortmann
N.E.D. Faber

Nijmegen, november 2014

INHOUDSOPGAVE

WOORD VOORAF V

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN XIII

Hoofdstuk 1 Inleiding 1

DEEL I DIRECTE HORIZONTALE WERKING: CONCEPT EN TOEPASSING IN HET MEDEDINGINGSRECHT 9

Hoofdstuk 2 Doorwerking van het VWEU in rechtsverhoudingen tussen particulieren 11
2.1 Inleiding 11
2.2 Directe werking 11
2.3 Voorrang 19
2.4 De werking van het VWEU in private ('horizontale') rechtsverhoudingen 21
2.4.1 Directe horizontale werking 21
2.4.2 Indirecte effecten van het VWEU op rechtsverhoudingen tussen particulieren 22
2.4.2.1 Rechtmatigheidstoetsing in een geding tussen particulieren 22
2.4.2.2 Positieve verplichting 24
2.4.2.3 Verdragsconforme interpretatie van nationaal (privaat)recht 25
2.5 Conclusie 26

Hoofdstuk 3 Directe horizontale werking (van art. 101 lid 1 en 102 VWEU): privaatrechtelijke gevolgen 27
3.1 Inleiding 27
3.2 Nietigheid van rechtshandelingen 27

3.3 Aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad 29
3.4 Vordering uit onverschuldigde betaling 32
3.5 Actie uit ongerechtvaardigde verrijking 33
3.6 Conclusie 35

DEEL II DIRECTE HORIZONTALE WERKING: INTERNE MARKT 37

Hoofdstuk 4 Vrijverkeerbepalingen: inhoud van de verboden 39
4.1 Inleiding 39
4.2 Verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen (art. 34 en 35 VWEU) 39
4.2.1 Art. 34 VWEU: verbod van kwantitatieve invoerbeperkingen en maatregelen van gelijke werking 40
4.2.1.1 De arresten *Dassonville* en *Cassis de Dijon*: brede toonzetting 40
4.2.1.2 Het *Keck*-arrest: afbakening van grenzen 43
4.2.1.3 Het arrest *Commissie/Italië ('Italiaanse aanhangers')*: (wederom) markttoegang 46
4.2.2 Art. 35 VWEU: verbod van kwantitatieve uitvoerbeperkingen en maatregelen van gelijke werking 47
4.3 Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting 50
4.3.1 Art. 45 VWEU: vrij verkeer van werknemers 51
4.3.2 Art. 49 VWEU: vrijheid van vestiging 53
4.3.3 Art. 56 VWEU: vrijheid van dienstverrichting 57
4.4 Art. 63 VWEU: vrij verkeer van kapitaal (en betalingen) 60
4.5 Vrijverkeerbepalingen: samenloop 63

Hoofdstuk 5 Rechtspraak over de directe horizontale werking van art. 45, 49 en 56 VWEU 65
5.1 Inleiding 65
5.2 Rechtspraak over de directe horizontale werking van de *discriminatie*verboden van art. 45, 49 en 56 VWEU 65
5.2.1 Walrave en Koch (1974) 65
5.2.2 Donà (1976) 70
5.2.3 Van Ameyde (1977) 70
5.2.4 Haug-Adrion 72
5.2.5 Angonese (2000) 74
5.2.6 Raccanelli (2008) 78
5.2.7 Erny (2012) 80

5.3 Rechtspraak over de directe horizontale werking van de *beperkings*verboden van art. 45, 49 en 56 VWEU 81
5.3.1 Bosman (1995) 82
5.3.2 Deliège (2000) 87
5.3.3 Lehtonen (2000) 90
5.3.4 Wouters (2002) 92
5.3.5 Viking (2007) 94
5.3.6 Laval (2007) 99
5.3.7 Bernard (2010) 102
5.3.8 Casteels (2011) 104
5.4 Directe horizontale werking van art. 45, 49 en 56 VWEU: in de rechtspraak gebezigde argumenten 106
5.4.1 De genus-species-verhouding tussen het discriminatieverbod van art. 18 VWEU en de discriminatieverboden van art. 45, 49 en 56 VWEU 106
5.4.2 De algemene bewoordingen waarin art. 45, 49 en 56 VWEU zijn gesteld 109
5.4.3 Het (teleologische) effet utile-argument 110
5.4.4 De analogie met art. 157 VWEU (het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen) 114
5.5 Verwachtingen omtrent de toekomstige ontwikkeling van de rechtspraak inzake de directe horizontale werking van art. 45, 49 en 56 VWEU 118

Hoofdstuk 6 Rechtspraak over de directe horizontale werking van art. 34 en 35 VWEU 123
6.1 Inleiding 123
6.2 Rechtspraak: chronologisch overzicht 123
6.2.1 Rechtspraak m.b.t. (de uitoefening van) intellectuele eigendomsrechten 123
6.2.2 Dansk Supermarked (1981) 126
6.2.3 Van de Haar (1984) 128
6.2.4 Haug-Adrion (1984) 130
6.2.5 Vereniging van Vlaamse Reisbureaus (1987) 130
6.2.6 Süllhöfer (1988) 131
6.2.7 Sapod Audic (2002) 132
6.2.8 Fra.bo (2012) 133
6.3 Conclusie en vooruitblik 137

Hoofdstuk 7 Rechtspraak over de directe horizontale werking van art. 63 VWEU 143
7.1 Inleiding 143
7.2 Rechtspraak 143

7.2.1 Commissie/België ('euro-obligatie') (2000) 143
7.2.2 Commissie/Duitsland ('Volkswagen I') (2007) 144
7.3 Toekomstige ontwikkeling 146

DEEL III RECHTVAARDIGINGSGRONDEN 149

Hoofdstuk 8 Het stelsel van (on)geschreven rechtvaardigingsgronden 151
8.1 Inleiding 151
8.2 Verdragsrechtelijke excepties 151
8.3 *Rule of reason*-excepties 154
8.4 Rechtvaardigingsgrond gelegen in de bescherming van grondrechten 156
8.5 De evenredigheidstoets 159
8.6 Conclusie 160

Hoofdstuk 9 Rechtvaardigingsgronden in private verhoudingen 161
9.1 Inleiding 161
9.2 Vrijverkeerbepalingen en partijautonomie 161
9.3 Verdragsexcepties: toepassing in privaatrechtelijke verhoudingen 165
9.4 *Rule of reason*-excepties: toepassing in privaatrechtelijke verhoudingen 168
9.5 Exceptie gelegen in de bescherming van grondrechten: toepassing in privaatrechtelijke verhoudingen 171
9.5.1 Casus 1: vrij verkeer van goederen versus vrijheid van meningsuiting en vergadering (arrest: Schmidberger) 173
9.5.2 Casus 2: vrijheid van dienstverrichting versus vrijheid van overtuiging (arrest: Omega Spielhallen) 178
9.5.3 Casus 3: vrijheid van vestiging versus het recht op collectieve actie (arrest: Viking) 181
9.5.4 Casus 4 en 5: Vrij verkeer van goederen c.q. kapitaal versus de vrijheid van ondernemerschap 185
9.5.4.1 Casus 4: Vrije verkeer van goederen versus contractsvrijheid 187
9.5.4.2 Casus 5: vrij verkeer van kapitaal versus het recht om een economische activiteit te verrichten 193
9.6 Conclusie 197

Hoofdstuk 10 Samenvatting en conclusies 199
10.1 Inleiding 199
10.2 Directe horizontale werking: concept en toepassing in het mededingingsrecht (Deel I) 199
10.3 Directe horizontale werking: interne markt (Deel II) 200
10.4 Rechtvaardigingsgronden (Deel III) 202
10.5 Tot besluit 204

Summary 205

Lijst van verkort aangehaalde literatuur 211

Jurisprudentieregister 235

Trefwoordenregister 245

Curriculum Vitae 251

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi
art.	artikel(en)
A-G	Advocaat-Generaal
bijv.	bijvoorbeeld
BW	Burgerlijk Wetboek
CDE	Cahiers de Droit Européen
CEH	Contemporary European History
CJEL	Columbia Journal of European Law
CLJ	Cambridge Law Journal
CMLR	Common Market Law Review
diss.	dissertatie
e.a.	en andere(n)
EBLR	European Business Law Review
e.d.	en dergelijke
E(E)G	Verdrag tot oprichting van de Europese (Economische) Gemeenschap
EHRLR	European Human Rights Law Review
ELR	European Law Review
ERPL	European Review of Private Law
etc.	et cetera
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
EU	Europese Unie
FordhamIntlLJ	Fordham International Law Journal
GLJ	German Law Journal
GvEA EG	Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen
Gw	Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden
HR	Hoge Raad
HvJ EG	Hof van Justitie (van de Europese Gemeenschappen)
HvJ EU	Hof van Justitie (van de Europese Unie)
ibid.	ibidem
ILJ	Industrial Law Journal
JTDE	Journal des Tribunaux – Droit Européen
jo.	juncto

Jurispr.	Jurisprudentie van het Hof van Justitie en het Gerecht
m.i.	mijns inziens
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
m.nt.	met noot
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
nr.	nummer(s)
NtEr	Nederlands tijdschrift voor Europees recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
o.a.	onder andere
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
p.	pagina('s)
par.	paragra(a)f(en)
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
red.	redactie
RMC	Revue du Marché Commun
RMUE	Revue du Marché Unique Européen
RMThemis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
r.o.	rechtsoverweging(en)
RTDE	Revue Trimestrielle de Droit Européen
RvdW	Rechtspraak van de Week
SEW	Tijdschrift voor Europees en economisch recht
t/m	tot en met
TvPr.	Tijdschrift voor Privaatrecht
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
vgl.	vergelijk
VWEU	Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht

HOOFDSTUK 1

INLEIDING

1. 'Motoren in de baan!', klonk het in de twintigste eeuw nog weleens uit de geluidsinstallatie van De Goffert. De publieke opwinding was dan onmiddellijk voelbaar, want de stayerwedstrijd stond op het punt van beginnen. Wielrenners verschansten zich op de betonnen piste achter grote, zware motoren die werden bestuurd door (gezette) mannen in zwartleren pakken: de gangmakers. In hun kielzog haalde men snelheden van ruim zeventig kilometer per uur.[1]

'De goede gangmaker kenmerkt zich door wedstrijdinzicht, kalmte en geduld. Hij leidt, de renner geeft aan of hij harder of langzamer moet rijden', aldus Bruno Walrave, die in zijn professionele carrière maar liefst 15 renners naar de wereldtitel stayeren loodste.[2] Tot 's werelds beste gangmakers behoorde ook de in 2010 overleden Norbert Koch.[3] Achter zijn motor werden 10 coureurs wereldkampioen. Naast deze afzonderlijke successen boekten Walrave en Koch ook een gezamenlijke overwinning. In de rechtszaal, wel te verstaan, alwaar zij met een beroep op de Europese verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers en de vrijheid van dienstverrichting – (thans) art. 45 en 56 VWEU – de geldigheid betwistten van een regel van de Union Cycliste Internationale die bepaalde dat wielrenner en gangmaker dezelfde nationaliteit moesten bezitten. Het betoog van de Nederlanders was origineel en vooruitstrevend. In die tijd werd namelijk algemeen aangenomen dat de (genoemde) vrijverkeerbepalingen slechts bindend waren voor de *lidstaten*.[4] Walrave en Koch

---

1 Zie voor een beknopte geschiedenis van deze in de vergetelheid geraakte sport Zandbergen, *de Volkskrant* 27 januari 2001.

2 Van Holland, *NRC* 13 december 2010.

3 *Ibid.* Zie tevens de necrologie in *de Volkskrant* 27 december 2010, getiteld 'Het eerzame beroep van "Den zwarten 43"'.

4 Het functionele begrip 'lidstaat' moet men (zeer) ruim verstaan: niet alleen *publiekrechtelijke* instanties vallen eronder, maar ook *privaatrechtelijke* organisaties wier inrichting en/of handelen door de overheid wordt gecontroleerd en/of gefinancierd. Zie bijv. HvJ EG 24 november 1982, 249/81, *Jurispr.* 1982, p. 4005 (Commissie/Ierland ('Buy Irish')), waarin een door een privaatrechtelijke rechtspersoon (Irish Goods Council) georganiseerde 'buy national'-campagne aan art. 34 VWEU kon worden getoetst omdat de compositie, financiering en doelstellingen van deze vennootschap door de nationale autoriteiten werden bepaald. Vgl. ook HvJ EG 13 december 1983, 222/82, *Jurispr.* 1983, p. 4083, *NJ* 1985/398 (Apple and Pear Development Council). Aparte vermelding verdient dat in de literatuur geen

vonden evenwel het Hof van Justitie te Luxemburg aan hun zijde. Dat verklaarde in zijn arrest van 12 december 1974 de discriminatieverboden van art. 45 en 56 VWEU ook van toepassing op 'collectieve regelingen' van *particulieren*,[5] met als gevolg dat het voorschrift van de Internationale Wielerunie (een private organisatie) aan deze fundamentele verdragsvrijheden kon worden getoetst.[6]

2. Het arrest *Walrave en Koch* is het eerste in een lopende reeks over de vraag of en, zo ja, in welke mate de verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen (art. 34 en 35 VWEU), personen (art. 45 VWEU, vrij verkeer van werknemers; art. 49 VWEU, vrijheid van vestiging), diensten (art. 56 VWEU) en kapitaal (art. 63 VWEU) rechtstreeks van toepassing zijn op ('horizontale') rechtsrelaties tussen particulieren, en aldus leiden tot 'het ontstaan, de wijziging of het tenietgaan van rechten en verplichtingen in hun onderlinge verhouding'.[7] De voorliggende dissertatie behelst een jurisprudentie- en literatuuronderzoek naar de uiterste consequenties van deze zogeheten *directe horizontale werking* van de vrijverkeerbepalingen.

3. *Deel I* van de studie schetst de contouren van twee Unierechtelijke kernleerstukken: directe werking en voorrang. Onderzocht wordt hoe zij op eigen kracht, dan wel in een onderling samenspel, de (on)middellijke doorwerking van het VWEU in particuliere rechtsrelaties bewerkstelligen (hoofdstuk 2). Bijzondere aandacht gaat daarbij uit naar de afbakening en definiëring van de rechtsfiguur der *directe* horizontale werking ten opzichte van een drietal vormen van *indirecte* horizontale (door)werking. Aan de hand van (rechtspraak over) art. 101 (en 102) VWEU toont

---

eenstemmigheid bestaat over het antwoord op de vraag of (rechts)handelingen van de in art. 106 lid 1 VWEU genoemde subjecten (openbare bedrijven en ondernemingen waaraan de lidstaten bijzondere of uitsluitende rechten hebben verleend) *altijd* aan de overheid kunnen worden toegeschreven. Jaensch 1997, p. 225 meent van wel, '(d)enn die Mitgliedstaaten stehen zumindest mittelbar hinter den Entscheidung der Unternehmen'. Zie in dezelfde zin Roth 1995, p. 1244. Genuanceerder is echter Körber 2004, p. 657, die stelt dat deze rechtssubjecten ook over een 'staatsfreien Bereich' beschikken.

5 Onder particulieren (of: private personen) worden in deze dissertatie begrepen de natuurlijke personen en rechtspersonen waarvan het handelen niet aan de overheid kan worden toegerekend. Vgl. Ganten 2000, p. 28-29; Löwisch 2009, p. 33-34. De bijvoeglijke naamwoorden 'particulier' en 'privaat' gebruik ik (conform Van Dale) als antoniemen voor het attributief 'publiek'.

6 HvJ EG 12 december 1974, 36/74, *Jurispr.* 1974, p. 1405, *NJ* 1975/148 (Walrave en Koch), te bespreken in par. 5.2.1.

7 Asser/Hartkamp 3-I* 2011/42.

hoofdstuk 3 vervolgens welke privaatrechtelijke gevolgen een direct horizontaal werkende verdragsbepaling teweeg kan brengen.

4. In *Deel II* eisen de vrijverkeerbepalingen alle aandacht op. Het vangt aan met een beknopte uiteenzetting van de inhoud van de verdragsverboden (hoofdstuk 4), en gaat dan over tot een uitvoerige analyse van de Europese jurisprudentie waarin de kwestie van hun directe horizontale werking werd aangeroerd (hoofdstuk 5 t/m 7). Diverse auteurs hebben reeds zo'n exercitie verricht.[8] Gezamenlijk scheppen zij het (correcte) beeld dat de casuïstische rechtspraak van het Hof tal van lacunes bevat. Neem de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting (hoofdstuk 5). Terwijl het thans communis opinio is dat collectieve regelingen (reglementen, cao's e.d.) aan de *discriminatie*verboden van art. 45, 49 en 56 VWEU kunnen worden getoetst, bestaat er geen algemene rechtsovertuiging dat zulks ook voor andersoortige rechtshandelingen (bijv. individuele overeenkomsten) en feitelijke handelingen (zoals (collectieve) stakingsacties) van particulieren geldt. Kwestieus is voorts of de ontwikkeling van art. 45, 49 en 56 VWEU tot algemene *beperkings*verboden betekent dat ook niet-discriminerende (collectieve) handelingen van particulieren aan deze verdragsbepalingen zijn onderworpen. Dan de goederenvrijheid (hoofdstuk 6). Art. 34 en 35 VWEU bezitten géén directe horizontale werking, zo verkondigde het Hof van Justitie jarenlang stellig. Het arrest *Fra.bo* (2012) markeert echter een voorzichtige koerswijziging, in de zin dat het art. 34 VWEU (verbod van kwantitatieve invoerbeperkingen) onder omstandigheden ook bindend acht voor particulieren.[9] Hoever die gebondenheid reikt, en of zij ook geldt ten aanzien van art. 35 VWEU (verbod van kwantitatieve uitvoerbeperkingen), staat nog niet vast. Ten slotte de kapitaalvrijheid (hoofdstuk 7). Of art. 63 VWEU directe horizontale werking bezit is onbekend; het Hof heeft zich er vooralsnog niet over hoeven uitspreken.

5. 's Hofs toekenning van directe horizontale werking aan (in ieder geval) art. 45, 49 en 56 VWEU steunt primair op een effectiviteitsargument: om de volle werking (het nuttig effect) van de daarin neergelegde discriminatie- en beperkingsverboden te verzekeren moeten zij ook rechtstreeks kunnen worden toegepast op private belemmeringen van het vrije verkeer

8 Zie (o.a.) Jaensch 1997; Ganten 2000; Van den Bogaert 2002, Graber 2002; Körber 2004; Preedy 2005; Förster 2007; Löwisch 2009; Karayigit 2011; Lengauer 2011; Perner 2013; De Vries & Van Mastrigt 2013.

9 HvJ EU 12 juli 2012, C-171/11, *NJ* 2012/580 (Fra.bo). Zie par. 6.2.8.

(van personen en diensten).[10] Hoewel de gebondenheid van particulieren aan de vrijverkeerbepalingen inderdaad kan bijdragen aan de realisatie van de interne markt ('een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd', zo verklaart art. 26 lid 2 VWEU), kleven er ook bezwaren aan. Directe horizontale werking van de verkeersvrijheden leidt namelijk tot een beperking van de individuele handelingsvrijheid/partijautonomie,[11] en de weinig concrete inhoud van de voor particulieren geldende verbodsnorm(en) werkt bovendien rechtsonzekerheid in de hand. Voorts kan men zich afvragen of het toekennen van directe horizontale werking aan de vrijverkeerbepalingen wel noodzakelijk is: private beperkingen van het vrije verkeer kunnen wellicht ook effectief worden bestreden met behulp van de mededingingsvoorschriften.[12] De (privaat)rechtswetenschapper moet zich (uiteraard) bewust zijn van deze voor- en nadelen, maar kan te midden van de in het vorige nummer geschetste jurisprudentiële onzekerheid niet volstaan met een onderzoek dat slechts uitmondt in een standpunt voor of tegen de huidige status quo: hij zal een (meer) proactieve houding moeten aannemen door zich in zijn onderzoek (ook) toe te leggen op de te verwachten ontwikkeling van de Europese rechtspraak.[13] Veel bestaande studies schieten daarin tekort: hun zwaartepunt ligt in de (ex-post) beoordeling van de taalkundige, systematische en teleologische argumenten waarop het Hof van Justitie de directe horizontale werking van (een aantal van de) vrijverkeerbepalingen heeft gebaseerd. De terughoudendheid die de verschillende auteurs daarbij aan de dag leggen maakt bovendien dat zij vrijwel steeds achter de Europese rechtsontwikkeling aanlopen en onaangenaam worden verrast door de vervolgstappen die het Hof zet. Het voorgaande indachtig zal in de hoofdstukken 5, 6 en 7 door middel van een systematische jurisprudentieanalyse worden gecalculeerd hoever de directe horizontale werking van de vrijverkeerbepalingen zou *kunnen* reiken (en níet hoever zij zou *moeten* reiken; in de gepresenteerde bevindingen ligt géén wenselijkheidsoordeel besloten). Ligt bijvoorbeeld een toetsing van private, niet-collectieve (rechts)handelingen aan de *beperkings*verboden van art. 45, 49 en 56 VWEU in het verschiet? Is het denkbaar dat het Hof in de toekomst een minder geclausuleerde gebondenheid van particulieren aan art. 34 VWEU zal aannemen? En hoe reëel is de mogelijkheid dat ook aan art. 63 VWEU

10 Zie bijv. nr. 59, 71 en 82.
11 Vgl. nr. 134-137.
12 Vgl. nr. 95.
13 In de Europees privaatrechtelijke literatuur treft men deze (deductieve) benadering aan bij (o.a.) Asser/Hartkamp 3-I* 2011 en Sieburgh 2013a en 2013b.

directe horizontale werking zal worden toegekend? Het stellen en beantwoorden van dergelijke vragen moet de privatist meer bewust maken van de mogelijke evolutie van de Europese rechtspraak, zodat hij daar in zijn hoedanigheid van wetenschapper, advocaat of rechter beter op kan anticiperen. Voorzichtigheid heeft nu nog (te) vaak te overhand. Dat blijkt o.a. uit een Duitse casus waarin centraal stond het besluit (d.d. 19 januari 2007) van de aandeelhoudersvergadering van ThyssenKrupp AG om de statuten van de vennootschap aldus te wijzigen dat aan de Alfried Krupp von Bohlen und Halbach-Stiftung – op dat moment houdster van 25,1% van het aandelenkapitaal – het recht werd toegekend ten minste 1 lid (bij minimaal 10% van de aandelen), doch maximaal 3 leden (bij 25% of meer van de aandelen) te benoemen in de Raad van Commissarissen. Drie tegenstemmende aandeelhouders initieerden een juridische procedure waarin zij de geldigheid van het besluit betwistten op de grond dat het in strijd zou zijn met (o.a.) art. 63 VWEU (vrij verkeer van kapitaal). De vordering werd echter in alle instanties afgewezen: de relevante verdragsbepaling zou geen directe horizontale werking bezitten, en dus niet rechtstreeks tegen particulieren kunnen worden ingeroepen. Opmerkelijk was dat het Oberlandesgericht Hamm (in hoger beroep) zijn oordeel meende te kunnen baseren op de bestaande rechtspraak van het Hof van Justitie, meer in het bijzonder op het kort daarvoor gewezen *Volkswagen I*-arrest.[14] Daarin werd beslist dat een wettelijke regeling (de Volkswagenwet) die de deelstaat Niedersachsen en de Duitse federale staat o.a. het recht toekende om ieder twee leden van de Raad van Commissarissen aan te wijzen, een belemmering van het vrije kapitaalverkeer vormde omdat zij directe investeerders uit andere lidstaten kon ontmoedigen te investeren in het kapitaal van Volkswagen AG. Zonder het Hof van Justitie te consulteren leidde de Duitse appelrechter daar a contrario uit af dat '(von) den Aktionären selbst geschaffene Regelungen zugunsten privater Anteilseigner (…) unbedenklich (sind)'.[15] Hoewel het Bundesgerichtshof (in cassatie) in dezelfde zin oordeelde,[16] plaats ik vraagtekens bij deze tamelijk boude aanname. Het enkele feit dat een expliciete uitspraak over de directe horizontale werking van art. 63 VWEU ontbreekt, kan m.i. niet de conclusie rechtvaardigen dat het daarin neergelegde verbod alleen bindend is voor de lidstaten. De (prejudiciële) vraag die *Volkswagen I* bij de nationale gerechten had moeten uitlokken is

14 HvJ EG 23 oktober 2007, C-112/05, *Jurispr.* 2007, p. I-8995, *NJ* 2008/49, m.nt. M.R. Mok (Commissie/Duitsland ('Volkswagen I')). Zie par. 7.2.2 voor een meer gedetailleerde bespreking van het arrest.

15 OLG Hamm 31 maart 2008, Az. 8 U 222/07, r.o. 82.

16 Zie BGH 8 juni 2009, II ZR 111/08.

of het litigieuze besluit van de aandeelhoudersvergadering het voor buitenlandse investeerders minder aantrekkelijk kan maken om te investeren in het kapitaal van ThyssenKrupp AG, en zo ja, of het dan – net als de door de Volkswagenwet gecreëerde benoemingsrechten – een (in beginsel) verboden beperking van het vrije kapitaalverkeer vormt. Het zou vervolgens aan het Hof van Justitie zijn geweest om met een passend oordeel te komen dat (idealiter) mede is gebaseerd op informatie, door de nationale rechter verstrekt, over zowel de achtergronden, uitgangspunten en beginselen van het (Duitse) vennootschapsrecht als de gevolgen die een toekenning van directe horizontale werking aan art. 63 VWEU daarvoor zou hebben.[17]

6. Het belang van vooruit- en meedenken toont zich ook in de meer recente casus over de collectieve acties van Duitse sluiswachters tegen een reorganisatie (met aanzienlijk banenverlies) van de nationale vaarwegendienst (de Wasser- und Schiffahrtverwaltung).[18] Wat op 8 juli 2013 begon met tijdelijke en plaatselijke werkonderbrekingen, groeide in de daaropvolgende weken uit tot een landelijke staking die het verkeer op het Duitse vaarwegennet compleet lamlegde. Voor (o.a.) Nederlandse binnenvaartschippers leidden de acties tot veel vertraging en (dus) extra kosten,[19] reden waarom hun belangenorganisaties de Europese Commissie begin augustus verzochten om de Duitse autoriteiten te dwingen tot beëindiging van de acties. Zover hoefde het niet te komen: begin september kondigde de organiserende vakbond (ver.di) het einde van de staking aan. Wat in dit geval resteert is de vraag op wie de Nederlandse binnenvaartschippers de schade kunnen verhalen die zij ten gevolge van de collectieve acties hebben geleden. Rechtspraak van het Hof van Justitie maakt duidelijk dat men onder omstandigheden de *lidstaat* op grond van art. 34 en/of 35 VWEU (jo. art. 4 lid 3 VEU) zou kunnen aanspreken omdat deze niet de vereiste maatregelen heeft genomen om de door de vakbeweging veroorzaakte belemmeringen van het vrije goederenverkeer op te heffen.[20] En hoewel het Hof nog niet met zoveel woorden heeft beslist dat de verdragsbepalingen inzake het vrije goederenverkeer ook een *vakbond* kunnen binden, is het zeer waarschijnlijk dat de benadeelde binnenvaartschippers ook ver.di aansprakelijk zouden kunnen stellen wegens schending van art.

17 Vgl. Sieburgh 2011, p. 232. Zie ook hierna nr. 124 en 156.
18 Zie daarover bijv. Nicolai, *Die Welt* 23 augustus 2013.
19 Aldus *de Volkskrant* 9 september 2013.
20 HvJ EG 9 december 1997, C-265/95, *Jurispr.* 1997, p. I-6959, *NJ* 1999/23 (Commissie/Frankrijk ('Spaanse aardbeien')); HvJ EG 12 juni 2003, C-112/00, *Jurispr.* 2003, p. I-5659, *NJ* 2004/56 (Schmidberger). Zie over deze 'positieve verplichting' nr. 17.

34 en/of 35 VWEU.[21] Daarvoor is wel een anticiperende denkoefening vereist: het reeds genoemde arrest *Fra.bo* zal men moeten zien als het begin van een ontwikkeling die ertoe zal leiden dat ook vakbondsacties aan beide verdragsverboden kunnen worden getoetst. Steun in de rug daarbij is dat het Hof in de belangrijke arresten *Viking* (zie par. 5.3.5) en *Laval* (zie par. 5.3.6) reeds uitdrukkelijk vaststelde dat collectieve acties van vakbonden in strijd kunnen zijn met (andere) direct horizontaal werkende vrijverkeerbepalingen (in casu art. 49 resp. 56 VWEU).[22]

7. *Deel III* gaat ten slotte over het stelsel van excepties. Een particulier die een direct horizontaal werkende verdragsvrijheid schendt, zal zich moeten kunnen beroepen op een passende rechtvaardigingsgrond. De vraag is echter of het (in hoofdstuk 8 uiteengezette) systeem van verdragsrechtelijke en jurisprudentiële uitzonderingen voldoende privaatrechtelijke kracht bezit: zijn oriëntatie op algemene belangen (zoals de bescherming van de openbare orde en veiligheid, consumenten- en milieuprotectie) maakt immers dat het particulieren doorgaans weinig soelaas biedt. Een ruimhartige(re) of zelfs maximale toekenning van directe horizontale werking aan de vrijverkeerbepalingen (vgl. Deel II) maakt een uitbreiding van het stelsel derhalve absoluut noodzakelijk. Aan de hand van diverse casusposities illustreer ik in hoofdstuk 9 op welke wijze zij kan geschieden.

Hoofdstuk 10 bevat een samenvatting en conclusies.

21 Zie nr. 120. Vgl. ook Hoyer 2013, p. 344.

22 HvJ EG 11 december 2007, C-438/05, *Jurispr.* 2007, p. I-10779, *NJ* 2008/149, m.nt. M.R. Mok (Viking); HvJ EG 18 december 2007, C-341/05, *Jurispr.* 2007, p. I-11767, *NJ* 2008/150, m.nt. M.R. Mok (Laval). Interessant en betekenisvol is met name ook 's Hofs stelling (in r.o. 62 van het eerstgenoemde arrest) dat de inroepbaarheid van art. 49 VWEU (vrijheid van *vestiging)* tegen een vakbeweging 'wordt bevestigd door de rechtspraak met betrekking tot de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen [de in voetnoot 20 genoemde arresten *Commissie/Frankrijk* en *Schmidberger*; *RvL*], waaruit blijkt dat beperkingen kunnen bestaan uit andere dan overheidsmaatregelen en het gevolg kunnen zijn van handelingen van particulieren of van groeperingen van dergelijke personen'.

DEEL I

DIRECTE HORIZONTALE WERKING: CONCEPT EN TOEPASSING IN HET MEDEDINGINGSRECHT

HOOFDSTUK 2

DOORWERKING VAN HET VWEU IN RECHTSVERHOUDINGEN TUSSEN PARTICULIEREN

2.1 Inleiding

8. Dit hoofdstuk biedt een algemene kennismaking met twee rechtsfiguren die hetzij op eigen kracht, hetzij in een onderling samenspel de effectiviteit van het (primaire) Unierecht moeten garanderen: directe werking (par. 2.2) en voorrang (par. 2.3).[1] Een goed begrip van (de interactie tussen) beide is noodzakelijk om de (in)directe effecten van het VWEU op rechtsverhoudingen tussen particulieren te doorgronden, en de verschillende doorwerkingsmechanismen van elkaar te kunnen onderscheiden (par. 2.4).

2.2 Directe werking

9. Een Nederlandse transportonderneming, Van Gend & Loos, importeerde op 9 september 1960 uit Duitsland een hoeveelheid ureumformaldehyde, en betaalde te dezer zake aan de Nederlandse belastingadministratie een wettelijk invoerrecht dat enige maanden eerder was verhoogd van 3% naar 8%. Van Gend & Loos achtte deze verhoging in strijd met art. 12 EEG, dat als volgt luidde:

> 'De Lid-Staten onthouden zich ervan onderling nieuwe in- en uitvoerrechten of heffingen van gelijke werking in te voeren en de rechten en heffingen te verhogen welke zij in hun onderlinge handelsbetrekkingen toepassen.'[2]

Schond een lidstaat art. 12 EEG, dan kon hij via de procedures van art. 169 en 170 EEG (nu art. 258 en 259 VWEU) door de *Europese Commissie* resp. een andere *lidstaat* worden aangesproken wegens niet-nakoming van het

---

1 Vgl. Tridimas 2006, p. 418.

2 Het verbod van art. 12 EEG betrof *niet* de in- en uitvoerrechten die ten tijde van de inwerkingtreding van het EEG-Verdrag (1 januari 1958) reeds bestonden; art. 13 EEG voorzag echter wel in hun geleidelijke afschaffing. Sinds 1 mei 1999 – de datum waarop het Verdrag van Amsterdam in werking trad – geldt een algeheel verbod van in- en uitvoerrechten, dat thans is neergelegd in art. 30 VWEU.

(toen nog) Gemeenschapsrecht. Hoewel het op dat moment onduidelijk was of het EEG-Verdrag daarnaast ook *particulieren* de mogelijkheid bood deze lidstatelijke onthoudingsplicht te effectueren, beriep Van Gend & Loos zich voor de nationale rechter op art. 12 EEG, teneinde van de Nederlandse belastingadministratie terugbetaling te verkrijgen van het te veel betaalde invoerrecht. De Tariefcommissie – het geadieerde rechterlijk college – verzocht het Hof van Justitie daarop zich bij wijze van prejudiciële beslissing (ex art. 177 EEG, thans art. 267 VWEU) uit te spreken over de vraag

> 'of artikel 12 van het E.E.G.-Verdrag de door appellante bedoelde interne werking heeft, met andere woorden de burgers aan dit artikel onmiddellijk kunnen ontlenen door de rechter te handhaven rechten'.[3]

10. Alvorens de kern van 's Hof antwoord te bespreken, lijkt het mij dienstig kort te wijzen op het volgende. Een verdrag wordt in het klassieke volkenrecht beschouwd als een overeenkomst tussen twee of meer volkenrechtelijke subjecten, doorgaans staten, die op grond van het aloude beginsel *pacta sunt servanda* zijn gehouden tot nakoming van de daarin neergelegde verplichtingen. Hoe staten de verdragsrechtelijke normen in de eigen rechtsorde implementeren, is een zaak van nationaal constitutioneel recht. In dit verband onderscheidt men twee concurrerende visies: de dualistische en de monistische.[4] De leer van het dualisme (aangehangen in o.a. Duitsland en Italië) gaat uit van een strikte scheiding van rechtsordes. Aangezien in de nationale rechtsorde uitsluitend plaats is voor regels van nationale oorsprong, heeft een verdrag volgens aanhangers van het dualisme pas interne gelding nadat het door de wetgever is omgezet in nationaal recht. Vóór transpositie is een verdrag slechts bindend voor de staten, en niet voor hun onderdanen. De leer van het monisme daarentegen, beschouwt het nationale recht als onderdeel van een meeromvattend volkenrechtelijk systeem. In deze opvatting, die hier te lande de heersende is, heeft een verdrag interne gelding zodra het is geratificeerd.[5] Een

3 Voor het geval het antwoord op deze vraag bevestigend zou luiden, wenste de Tariefcommissie voorts van het Hof te vernemen 'of zich te dezen heeft voorgedaan een ongeoorloofde verhoging van invoerrecht dan wel of men hier te doen heeft met een in de rede liggende afwijking van hetgeen vóór 1 maart 1960 gold, welke afwijking, hoewel in rekenkundige zin een verhoging betekenend, niet het karakter draagt van een verhoging als gewraakt in art. 12 voornoemd.' Ik laat deze tweede prejudiciële vraag verder buiten beschouwing.

4 Vgl. o.a. Fleuren 2004, p. 10-18; Kooijmans 2008, p. 83 e.v.; Kortmann 2012, p. 169-171.

5 Vgl. HR 3 maart 1919, *NJ* 1919, p. 371 (Grenstractaat Aken).

concrete verdragsbepaling kan blijkens art. 93 Gw (toen art. 65 Gw) echter alleen door particulieren worden ingeroepen wanneer zij 'een ieder verbindend' is. Omdat de Tariefcommissie twijfelde of art. 12 EEG een dergelijk karakter had, verzocht zij het Hof van Justitie om het te interpreteren en zo bij te dragen aan haar (op het nationale constitutionele recht gebaseerde) eindoordeel over de kwestie.[6] Wat evenwel volgde was een arrest waarin het Hof deze conventionele benadering krachtig ter zijde schoof:

> 'Overwegende dat de Tariefcommissie in de eerste plaats de vraag stelt of artikel 12 onmiddellijke werking als intern recht heeft in die zin, dat de burgers der Lid-Staten aan dit artikel door de rechter te handhaven rechten kunnen ontlenen;
>
> overwegende dat ter vaststelling of de bepalingen van een internationaal verdrag zodanige strekking hebben moet worden gelet op de geest, de inhoud, en de bewoordingen daarvan;
>
> overwegende dat het oogmerk van het E.E.G.-Verdrag, namelijk de instelling van een gemeenschappelijke markt wier werkzaamheid de ingezetenen der Gemeenschap rechtstreeks betreft, meebrengt dat dit Verdrag meer is dan een overeenkomst welke slechts wederzijdse verplichtingen tussen de verdragsluitende mogendheden schept;
>
> dat deze opvatting wordt bevestigd door de preambule van het Verdrag, die zich over de regeringen heen richt tot de volken en wel zeer duidelijk door het in het leven roepen van organen, bekleed met soevereine rechten welker uitoefening zowel de Lid-Staten als hun burgers raakt;
>
> dat het overigens de aandacht verdient dat de ingezetenen der in de Gemeenschap verenigde staten door middel van het Europese Parlement en het Economisch en Sociaal Comité geroepen zijn mede te werken aan de arbeid dezer Gemeenschap;
>
> dat bovendien de opdracht aan het Hof van Justitie, om door middel van artikel 177 de eenheid in de uitlegging van het Verdrag door de nationale gerechten te verzekeren, bewijst dat de staten ervan uit zijn gegaan, dat de gelding van het

6 Ietwat overtrokken is derhalve de stelling van Weiler 2013, p. 12, dat '(t)he very single decision by the Dutch court to make a preliminary reference (and the lawyers who pleaded before it) was not only procedurally and politically bold but conceptually, from a legal perspective was, inevitably, predicated on the existence of Direct Effect'.

> gemeenschapsrecht door hun ingezetenen voor deze gerechten kan worden ingeroepen;
>
> dat uit deze omstandigheden moet worden afgeleid, dat de Gemeenschap in het volkenrecht een nieuwe rechtsorde vormt ten bate waarvan de staten, zij het op een beperkt terrein, hun soevereiniteit hebben begrensd en waarbinnen niet slechts deze Lid-Staten, maar ook hun onderdanen gerechtigd zijn;
>
> dat het gemeenschapsrecht derhalve, evenzeer als het, onafhankelijk van de wetgeving der Lid-Staten, ten laste van particulieren verplichtingen in het leven roept, ook geëigend is rechten te scheppen welke zij uit eigen hoofde kunnen geldig maken.'[7]

Geest, inhoud en bewoordingen van het Verdrag brachten het Hof in *Van Gend & Loos* tot de conclusie dat de Unie (de voormalige Gemeenschap) een nieuwe (eigen) rechtsorde vormt die in de rechtsstelsels der lidstaten is opgenomen.[8] Het arrest maakte duidelijk dat het Unierecht – anders dan het 'gewone' verdragenrecht – voor zijn interne gelding niet afhankelijk is van nationale constitutionele tradities.[9] Omdat de lidstaten niet soeverein kunnen beslissen over de wijze waarop zij het Unierecht naleven, doet het traditionele onderscheid tussen dualistische en monistische stelsels zich hier dus niet gevoelen: het Unierecht vormt een autonoom onderdeel van de verschillende nationale rechtsstelsels, en dient als zodanig door de lidstaten te worden gerespecteerd.[10]

---

7 HvJ EG 5 februari 1963, 26/62, *Jurispr*. 1963, p. 5, AA 1963/64, p. 12, m.nt. W.F. Prins (Van Gend & Loos). Zie over deze passage o.a. Pescatore 2010, p. 5-6; De Waele 2009, nr. 242-245; Barents 2010, p. 26-27.

8 Vgl. ook HvJ EG 15 juli 1964, 6/64, *Jurispr.* 1964, p. 1203 (Costa/ENEL); HvJ EG 3 april 1968, 28/67, *Jurispr.* 1968, p. 204 (Mölkerei-Zentrale Westfalen); HvJ EG 13 februari 1969, 14/68, *Jurispr.* 1969, p. 1 (Walt Wilhelm); HvJ EG 9 maart 1978, 106/77, *Jurispr.* 1978, p. 629, *NJ* 1978/656 (Simmenthal), r.o. 14; HvJ EG 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, *Jurispr.* 1991, p. I-5357, *NJ* 1994/2 (Francovich), r.o. 31.

9 A-G Roemer volgde daarentegen de klassieke volkenrechtelijke visie, en concludeerde dat de regeling van de relatie tussen het Unierecht en het nationale recht is voorbehouden aan de lidstaten. Het toekennen van directe werking aan art. 12 EEG zou in zijn optiek niet tot een uniforme toepassing van de verdragsbepaling leiden. Immers, terwijl het in (bijv.) het monistische Nederland voorrang zou hebben boven bepalingen van nationaal recht, zou het in dualistische lidstaten (als nationaal recht) opzij gezet kunnen worden door een latere nationale regel.

10 Lauwaars & Timmermans 2003, p. 18.

11. Ook particulieren behoren volgens het Hof tot de rechtssubjecten van de door het Verdrag gecreëerde rechtsorde.[11] Evenzeer als het recht van de Unie te hunnen laste zelfstandige *verplichtingen* in het leven kan roepen (zie hierna nr. 15), is het geëigend *rechten* te scheppen die zij uit eigen hoofde geldend kunnen maken.[12]

> '(D)eze laatste (ontstaan) niet slechts (…) door uitdrukkelijke toekenning vanwege het Verdrag, maar evenzeer als weerslag van de duidelijke verplichtingen welke het Verdrag zowel aan particulieren, als aan de lidstaten en de gemeenschappelijke instellingen oplegt.'[13]

Een belangrijke constatering, daar het EEG-Verdrag maar zelden op uitdrukkelijke wijze rechten toekende aan particulieren. Talrijk waren (en zijn) daarentegen de verdragsbepalingen (zoals art. 12 EEG) die duidelijke verplichtingen voor gemeenschapsinstellingen, lidstaten en/of particulieren bevatten. Aan hun inroepbaarheid werden door het Hof wel

---

11 Een conclusie die volgens Pescatore 1983, p. 157-158, niet steunt op overtuigende juridische argumenten, doch veeleer 'une certaine idée de l'Europe' weerspiegelt: 'It appears (…) that in the opinion of the Court, the Treaty has created a Community not only of States but also of peoples and persons and that therefore not only Member States but also individuals must be visualised as being subjects of Community law. This is the consequence of a democratic ideal, meaning that in the Community, as well as in a modern constitutional State, Governments may not say any more as they are used to doing in international law: "L'Etat, c'est moi". Far from it: the Community calls for participation of everybody, with the result that private individuals are not only liable to burdens and obligations, but that they have also prerogatives and rights which must be legally protected. It was thus a highly political idea, drawn from a perception of the constitutional system of the Community, which is at the basis of *Van Gend & Loos* and which continues to inspire the whole doctrine flowing from it.' Vgl. ook W.F. Prins in zijn noot (punt 6) bij het onderhavige arrest in *AA* 1963/64, p. 15. Zie voor (gematigd) kritische beschouwingen van 's Hofs juridische argumentatie o.a. Maresceau 1978, p. 19-26; De Waele 2009, p. 128-133. Drijvende kracht achter het arrest was rechter Trabucchi (Italië), een civilist. 'The focus of his concern was the individual – the human person, as he would have said – and his/her rights; the rest including the idea of the European Community as a "new legal order", the principle of "direct effect" of Community legal provisions and the powers granted to national judges as Community judges, was but a consequence of this primary concern', aldus Cartabia 2013, p. 155. Zie over de prominente rol van Trabucchi ook Barents 2010, p. 25-26; Rasmussen 2012, p. 388-380; Gori 2013, p. 30-34.

12 Of een specifieke (verdrags)bepaling rechten en/of verplichtingen voor particulieren doet ontstaan, is dus een (interpretatie)vraag van Unierecht, en niet van nationaal constitutioneel recht.

13 Zie ook (bijv.) HvJ EG 15 juli 1964, 6/64, *Jurispr.* 1964, p. 1203 (Costa/ENEL); HvJ EG 13 februari 1969, 14/68, *Jurispr.* 1969, p. 1 (Walt Wilhelm); HvJ EG 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, *Jurispr.* 1991, p. I-5357, *NJ* 1994/2 (Francovich); HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, *Jurispr.* 2001, p. I-6297, *NJ* 2002/43 (Courage/Crehan).

voorwaarden verbonden. Welke dat waren, en of art. 12 EEG daaraan voldeed, blijkt uit het vervolg van het arrest:

> '(O)verwegende dat, ten aanzien van de inhoud van het Verdrag omtrent in- en uitvoerrechten en heffingen van gelijke werking, op de voorgrond moet worden geplaatst dat artikel 9, hetwelk de Gemeenschap grondvest op een douane-unie, een algeheel verbod daarvan behelst als een van de wezenlijke grondregels van zulk een unie;
>
> dat deze bepaling, welke het gedeelte van het Verdrag ter omschrijving van de grondslagen der Gemeenschap inleidt, nader wordt uitgewerkt en toegepast door artikel 12;
>
> overwegende dat de tekst van artikel 12 een duidelijk en onvoorwaardelijk verbod bevat, derhalve een verplichting niet om iets te doen, doch om iets na te laten;
>
> dat deze verplichting door de Staten met geen enkel voorbehoud is voorzien, waardoor zijn werking afhankelijk zou worden gesteld van nadere bepalingen van nationaal recht;
>
> dat dit verbod er zich krachtens zijn aard geheel toe leent onmiddellijk effect te verlangen in de rechtsbetrekkingen tussen de lidstaten en hun justitiabelen;
>
> overwegende dat de naleving van art. 12 geen wettelijke tussenkomst der staten behoeft;
>
> dat de omstandigheid dat deze bepaling de Lid-Staten aanduidt als onderwerp van de verplichting zich te onthouden, niet meebrengt dat hun ingezetenen daaraan geen rechten zouden kunnen ontlenen;
>
> (…)
>
> overwegende dat uit het voorgaande volgt, dat (…) artikel 12 in die zin moet worden uitgelegd, dat het directe werking heeft en rechten schept welker handhaving aan de nationale rechters kan worden gevraagd.'

Het Hof kende zogeheten directe werking toe aan art. 12 EEG omdat het een duidelijke, onvoorwaardelijke en negatieve verplichting bevatte die bovendien van geen enkel voorbehoud was voorzien. Deze stringente voorwaarden zijn in de loop der jaren versoepeld: voor directe werking is thans voldoende dat een bepaling van Unierecht onvoorwaardelijk en

voldoende nauwkeurig is.[14] Praktisch bezien gaat het aldus nog slechts om de vraag of de bepaling in kwestie voldoende operationeel is om door de nationale rechter te worden toegepast.[15] Directe werking geldt daarbij als uitgangspunt; zij is 'nothing but the ordinary state of the law'.[16]

12. Aandacht verdient ten slotte nog de negatieve reactie van het Hof op de stelling van o.a. de Nederlandse regering dat in een geval als het onderhavige uitsluitend de procedurele weg van art. 169 of 170 EEG (art. 258 of 259 VWEU) kan worden bewandeld, en (dus) niet die van art. 177 EEG (art. 267 VWEU):

> '(D)at immers de omstandigheid dat het Verdrag bij bovengenoemde bepalingen de Commissie en de Lid-Staten het recht geeft om een staat, welke zijn verplichtingen niet is nagekomen, voor het Hof te dagen, geenszins meebrengt dat particulieren in voorkomende gevallen deze zelfde verplichtingen niet voor de nationale rechter zouden kunnen inroepen, evenmin als het feit, dat het Verdrag aan de Commissie middelen in de hand geeft om de nakoming van aan het bedrijfsleven opgelegde verplichtingen te verzekeren, de mogelijkheid uitsluit dat in gedingen tussen particulieren voor de nationale rechter over de schending van deze verplichtingen wordt geklaagd;

---

14 Zie over deze ontwikkeling o.a. Maresceau 1978, p. 63 e.v.; Craig & de Búrca 2011, p. 186-188; Lenaerts & Van Nuffel 2011, p. 809-811; Barents & Brinkhorst 2012, nr. 94 t/m 102.

15 Zie reeds Mertens de Wilmars 1969, p. 73: 'De vraag of een bepaling directe werking heeft is gelijk te stellen met de vraag of de rechtssubjecten van de Gemeenschappen aan die bepaling een juridische positie ontlenen op grond waarvan zij van de rechter kunnen verlangen dat hij de overheid, rechtstreeks of onrechtstreeks, tot naleving van de communautaire regel dwingt wanneer hun belangen daarmede gediend zijn.' Vgl. ook A-G Van Gerven in punt 27 van zijn conclusie voor HvJ EG 13 april 1994, C-128/92, *Jurispr.* 1994, p. I-1209, *NJ* 1995/148 (Banks): '(Z)odra en in zoverre een communautaire bepaling op zichzelf voldoende operationeel is om door de rechter te worden toegepast, ligt rechtstreekse werking voor. De duidelijkheid, preciesheid, onvoorwaardelijkheid, volledigheid of perfectie van de norm en het niet aangewezen zijn op discretionaire uitvoeringsmaatregelen, zijn in dat opzicht slechts facetten van een en hetzelfde kenmerk dat die regel moet vertonen, namelijk het vermogen om door de rechter op een casuspositie te worden toegepast.' Zie ook nog De Witte 2011, p. 329-333.

16 Pescatore 1983, p. 177. Zie ook Pescatore 1981, p. 637: 'Lorsqu'on prend en considération l'ensemble de la jurisprudence relative à l'applicabilité directe du droit communautaire, on croit constater une progression, depuis les analyses en quelque sorte ponctuelles de la première période vers une approche plus pragmatique de la Cour (…) que l'on pourrait qualifier de "monisme de base", en ce sens que l'applicabilité directe des normes communautaires est désormais considérée comme étant l'état de choses normal, alors que la non-applicabilité directe apparaît comme l'exception.' Vgl. voorts Maresceau 1982, p. 47; Lauwaars & Timmermans 2003, p. 29; Barents & Brinkhorst 2012, nr. 104.

> dat een beperking der waarborgen tegen schending van artikel 12 enkel tot de procedures der artikelen 169 en 170 elke onmiddellijke rechtsbescherming van de eigen aanspraken der ingezetenen zou uitsluiten;
>
> dat een beroep op deze artikelen, wanneer het plaats heeft na de tenuitvoerlegging van nationale beslissingen gedaan in strijd met de voorschriften van het Verdrag, wellicht de gewenste uitwerking zou missen;
>
> dat de waakzaamheid der belanghebbenden op de verzekering van hun rechten een doelmatige controle verschaft, die zich paart aan het toezicht dat de artikel 169 en 170 aan de Commissie en de Lid-Staten opdragen.'

Uit deze belangrijke passage blijkt dat het leerstuk der directe werking particulieren in staat moet stellen om de aan het Unierecht ontleende, individuele aanspraken in een concreet geval geldend te maken.[17] Aldus vormt het een wezenskenmerk van de (op het VEU en het VWEU gebaseerde) rechtsorde waarvan ook particulieren als volwaardige rechtssubjecten deel uitmaken. Want stel nu eens dat het Unierecht géén directe werking zou bezitten. Een Nederlandse onderneming die een invoerrecht heeft betaald dat in strijd met het Unierecht is geheven, heeft dan niet de mogelijkheid om zich jegens de nationale belastingadministratie op art. 30 VWEU te beroepen teneinde het onverschuldigd betaalde bedrag van de overheid terug te vorderen. In plaats van zelfstandig op te kunnen treden tegen de aantasting van de aan het Unierecht ontleende rechtspositie, kan zij slechts hopen dat de Nederlandse staat langs de weg van art. 258 of 259 VWEU door de Commissie resp. een andere lidstaat ter verantwoording wordt geroepen. Procedures op grond van laatstgenoemde bepaling vormen evenwel een zeldzaamheid, terwijl het handhavend optreden van de Commissie aan belangrijke beperkingen (van praktische aard) is onderworpen.[18] Wat daar verder van zij, ook naar hun aard verschaffen de beide procedures onvoldoende rechtsbescherming aan particulieren. Een declaratoire uitspraak van het Hof verplicht een lidstaat weliswaar

17 Vgl. ook Van Gerven 2000, p. 502: 'The concept of *right* refers (…) to a legal position which a person recognized as such by the law (…) may have and which in its normal state can be enforced by that person against (some or all) others before a court of law by means of one or more *remedies*, those are classes of action, intended to make good infringements of the rights concerned, in accordance with *procedures* governing the exercise of such classes of action and intended to make the remedy concerned operational.'

18 Lidstaten plegen conflicten over de schending van Unierecht doorgaans langs politieke weg te beslechten, en maken om die reden slechts sporadisch gebruik van de procedure ex art. 259 VWEU. De Commissie maakt daarentegen veelvuldig gebruik van haar mogelijkheid om lidstatelijke inbreuken op het Unierecht middels

om zijn verdragsinbreuk te beëindigen (art. 260 lid 1 VWEU), doch dit baat een particulier uitsluitend voor de toekomst.[19] In het verleden ondervonden, nadelige gevolgen van een verdragsinbreuk blijven in stand. De inbreukprocedures voorzien namelijk niet in specifieke (privaatrechtelijke) remedies (zoals de vordering uit onverschuldigde betaling) waarmee voor particulieren de negatieve gevolgen van een verdragsinbreuk kunnen worden weggenomen. De rechtsfiguur der directe werking biedt uitkomst. Zij stelt particulieren als Van Gend & Loos in staat om zich voor de nationale rechter op het Unierecht te beroepen, en biedt hun dus individuele rechtsbescherming.[20]

2.3 Voorrang

13. Het Hof van Justitie gaf in *Van Gend & Loos* geen uitsluitsel over de rangorde tussen het Unierecht en het nationale recht.[21] De Tariefcommissie had daar ook niet om verzocht; zij informeerde slechts of art. 12 EEG 'een ieder verbindend' was (een bevestigend antwoord zou in haar optiek immers niet alleen hebben betekend dat particulieren het voor de nationale rechter konden inroepen, maar ook dat het, gelet op het Nederlandse constitutionele recht, voorrang had boven daarmee strijdige normen van nationaal recht).[22] In het arrest *Costa/ENEL* sprak het Hof zich er wel over uit.[23] Aan de orde was de vraag van de Milanese vrederechter of een

---

de procedure van art. 258 VWEU onder de aandacht van het Hof van Justitie te brengen. Beperkingen van temporele en financiële aard maken echter dat zij niet voor iedere lidstatelijke schending van het Unierecht – voor zover deze haar al bekend is – een inbreukprocedure kan initiëren. Zie Craig 1992, p. 454-458.

19 Aangenomen dat een lidstaat zijn inbreuk ook daadwerkelijk beëindigt. Legt hij de uitspraak van het Hof naast zich neer, dan staat een particulier nog steeds met lege handen.

20 Vgl. ook HvJ EG 3 april 1968, 28/67, *Jurispr.* 1968, p. 204 (Mölkerei-Zentrale Westfalen).

21 De leden van het Hof waren zich echter terdege bewust dat zij zich op enig moment over deze kwestie zouden moeten uitspreken. Zie Barents 2010, p. 25. Vgl. ook Rasmussen 2012, p. 391; Gori 2013, p. 30.

22 Art. 66 Gw bepaalde destijds dat '(b)innen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften (…) geen toepassing (vinden), wanneer deze toepassing niet verenigbaar zou zijn met een ieder verbindende bepalingen van overeenkomsten, die hetzij vóór, hetzij na de totstandkoming der voorschriften zijn aangegaan'. Het primaat van een ieder verbindende verdragsbepalingen boven nationaalrechtelijke voorschriften wordt thans verondersteld in art. 94 Gw: 'Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen (…)'. Zie Fleuren 2004, p. 338-339.

23 HvJ EG 15 juli 1964, 6/64, *Jurispr.* 1964, p. 1203 (Costa/ENEL).

particulier (Costa) zich in rechte op het EEG-Verdrag kon beroepen ten betoge dat een latere nationale wet (m.b.t. de nationalisatie van de elektriciteitssector) daarmee onverenigbaar was. De Italiaanse regering meende dat het antwoord moest luiden dat de wet waarbij het EEG-Verdrag in de (niet monistische, maar dualistische)[24] Italiaanse rechtsorde was getransformeerd, door de nadien ingevoerde nationalisatiewet opzij gezet zou kunnen worden. Het Hof oordeelde er duidelijk anders over:

> 'Overwegende dat het E.E.G.-Verdrag, anders dan met gewone internationale verdragen het geval is, een eigen rechtsorde in het leven heeft geroepen, die bij de inwerkingtreding van het Verdrag in de rechtsorde der Lid-Staten is opgenomen en waarmede de nationale rechters rekening dienen te houden;
>
> dat namelijk de Lid-Staten – door voor onbepaalde tijd een Gemeenschap op te richten, voorzien van eigen organen, van rechtspersoonlijkheid en handelingsbevoegdheid, van vertegenwoordigingsbevoegdheid op het internationale vlak, en in het bijzonder van praktische bevoegdheden (dit laatste ten gevolge van het feit dat de staten hun bevoegdheden hebben ingeperkt of aan de Gemeenschap hebben overgedragen) – hun soevereiniteit, zij het op een beperkt terrein, hebben begrensd en derhalve een rechtsstelsel in het leven hebben geroepen, dat bindend is zowel voor hun onderdanen als voor henzelf;
>
> Overwegende dat deze opneming in het recht der Lid-Staten van uit gemeenschapsrechtelijke bron voortkomende rechtsregels en, meer in het algemeen, de geest en de inhoud van het Verdrag, tot gevolg hebben dat de staten tegen de rechtsorde, die zij op basis van wederkerigheid hebben aanvaard, niet kunnen ingaan met een later, eenzijdig afgekondigd wettelijk voorschrift; dat een dergelijk voorschrift derhalve niet boven de rechtsorde van de Gemeenschap kan worden gesteld.'

Aldus concludeerde het dat het Unierecht vanwege zijn bijzondere, autonome karakter niet door enig voorschrift van nationaal recht opzij kan worden gezet. Gevolg is dat een nationale regel die conflicteert met een Unierechtelijke door de nationale rechter buiten toepassing moet worden gelaten.[25]

---

24 Vgl. hiervóór nr. 10.

25 Vgl. o.a. HvJ EG 15 juli 1964, 6/64, *Jurispr.* 1964, p. 1203 (Costa/ENEL); HvJ EG 9 maart 1978, 106/77, *Jurispr.* 1978, p. 629, *NJ* 1978/656 (Simmenthal), r.o. 21. Nuttige beschouwingen omtrent het voorrangsbeginsel zijn o.a. te vinden in Barents 2009, Lenaerts & Van Nuffel 2011, p. 754 e.v.; Barents & Brinkhorst 2012, nr. 107-115.

2.4 De werking van het VWEU in private ('horizontale') rechtsverhoudingen

14. Nu de contouren van de leerstukken van directe werking en voorrang op hoofdlijnen zijn geschetst, is het tijd om te bezien hoe zij, al dan niet gezamenlijk, de (on)middellijke doorwerking van het VWEU in relaties tussen particulieren bewerkstelligen. Paragraaf 2.4.1 bespreekt het geval waarin een verdragsbepaling *rechtstreeks* van toepassing is op particuliere ('horizontale') rechtsverhoudingen, en aldus leidt tot het ontstaan, de wijziging of het tenietgaan van verbintenissen tussen private rechtssubjecten (*directe horizontale werking*).[26] In par. 2.4.2 worden vervolgens drie mechanismen behandeld waarlangs een bepaling uit het VWEU *indirect* kan doorwerken in rechtsrelaties tussen particulieren.[27]

2.4.1 Directe horizontale werking

15. Het arrest *Van Gend & Loos* maakte reeds vroeg duidelijk dat het Verdrag voor particulieren een autonome bron van *rechten* én *verplichtingen* vormt. Het eerste aspect (directe werking: de inroepbaarheid van een bepaling uit het VWEU voor de nationale rechter) werd in de nr. 11 en 12 belicht. Aan het tweede wijd ik nu enige woorden.

---

26 Asser/Hartkamp 3-I* 2011/42. Vgl. ook o.a. Ganten 2000, p. 26-27; Perner 2013, p. 143-145 Terwijl privatisten aandacht hebben voor de wijzen waarop het Unierecht doorwerkt in *privaatrechtelijke verhoudingen* (directe of indirecte *horizontale werking*), zijn beoefenaren van het Unierecht primair geïnteresseerd in de wijzen waarop dat recht (direct of indirect) doorwerkt in de *nationale rechtsorde*. Dat verklaart waarom de term 'horizontale directe werking' (directe werking in horizontale geschillen) in de Europeesrechtelijke literatuur doorgaans wordt gebruikt ter aanduiding van zowel het geval waarin een private (rechts)handeling rechtstreeks aan een bepaling van Unierecht wordt getoetst (vgl. de door privatisten gebezigde term 'directe horizontale werking') als de situatie waarin de toetsing van een nationale regel aan een direct werkende bepaling van Unierecht plaatsvindt in het kader van een geschil tussen particulieren (privatisten – zie nr. 16 – spreken dan echter over een (mogelijk) *indirect* horizontaal effect van het Unierechtelijke voorschrift; zijn (eventuele) invloed op de private rechtsverhouding is immers onrechtstreeks). Zie voor de Europeesrechtelijke terminologie bijv. Craig & De Búrca 2011, p. 194-196; Lenaerts & Van Nuffel 2011, p. 904-905; De Witte, p. 335; Amtenbrink & Vedder 2013, p. 156-158; De Mol 2014, p. 195-200.

27 Aldus beperk ik mij tot de rechtsfiguren genoemd in Hartkamp 2014a, nr. 12 t/m 14. De in nr. 15 t/m 17 van dezelfde bijdrage genoemde gevallen blijven hier buiten beschouwing omdat zij (formeel) niet de indirecte invloed van het *VWEU* op rechtsverhoudingen tussen *particulieren* betreffen. Onbesproken blijft om die reden ook de variant die door Devroe & Stuyck 2011, nr. 12, wordt omschreven als (o.a.) 'het oprekken van de notie "Staat" teneinde als verticaal voor te stellen wat anders horizontaal zou zijn (…)'.

Een direct werkende verdragsbepaling roept voor particulieren rechten in het leven die zij geldend kunnen maken tegenover degene(n) tot wie de daarin neergelegde verplichting is gericht. Neem art. 30 VWEU (het oude art. 12 EEG, geciteerd in nr. 9). Dat kan door een particulier voor de nationale rechter worden ingeroepen jegens een (orgaan van een) *lidstaat* wiens handelen daarmee in strijd is, en zo onmiddellijk doorwerken in die ('verticale') rechtsrelatie: het bezit derhalve *directe verticale werking*.

In het VWEU zijn de bepalingen die zich uitdrukkelijk tot particulieren richten dun gezaaid. De bekendste, art. 101 lid 1 en 102 VWEU, verbieden ondernemingen om (kort en eenvoudig gezegd) kartelovereenkomsten te sluiten resp. een economische machtspositie te misbruiken. Zoals art. 30 VWEU een duidelijke en onvoorwaardelijke onthoudingsplicht voor de lidstaten behelst, zo leggen art. 101 lid 1 en 102 VWEU aan bepaalde particulieren (ondernemingen) een soortgelijke, rechtens afdwingbare verplichting op. Beide bepalingen zijn (dus) rechtstreeks door een *particulier* in te roepen jegens een andere *particulier* (onderneming), en kunnen aldus de geldigheid, inhoud of uitleg van hun ('horizontale') rechtsverhoudingen beïnvloeden.[28] Op de (mogelijke) privaatrechtelijke gevolgen van deze zogenoemde *directe horizontale werking* (van art. 101 lid 1 en 102 VWEU) wordt in het volgende hoofdstuk nader ingegaan.

2.4.2 *Indirecte effecten van het VWEU op rechtsverhoudingen tussen particulieren*

2.4.2.1 Rechtmatigheidstoetsing in een geding tussen particulieren

16. Het arrest *Van Gend & Loos* biedt het klassieke voorbeeld van directe verticale werking: een particulier beroept zich in een procedure tegen de overheid op een verdragsbepaling ten betoge dat een nationale regel daarmee in strijd is en dus, gelet op het voorrangsbeginsel, buiten toepassing moet blijven.[29] De vraag of een rechtsregel van nationale

28 Vgl. Asser/Hartkamp 3-I* 2011/12.

29 Directe verticale werking van een (verdrags)bepaling heeft echter niet altijd een beoordeling van de rechtmatigheid van nationale regelgeving tot inzet, en is dus ook niet steeds gekoppeld aan het Unierechtelijke beginsel van voorrang. Sluit een lidstaat bijvoorbeeld een overeenkomst die onverenigbaar is met een direct werkend voorschrift, of is een feitelijk handelen (of nalaten) daarmee in strijd, dan kan een particulier zich in rechte op dat (verdrags)voorschrift beroepen teneinde een passende (privaatrechtelijke) remedie te verkrijgen. Omdat het in

origine verenigbaar is met een direct werkende bepaling uit het VWEU kan echter ook in een geschil tussen particulieren aan de orde komen. Het navolgende geval is daarvan een voorbeeld.

Anton Las, een Nederlandse onderdaan, sluit op 10 juli 2004 een in het Engels opgestelde arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met de in België gevestigde vennootschap PSA Antwerp (een onderdeel van een multinationale groep die zetelt in Singapore). Hoewel Las zijn werkzaamheden (als financieel directeur) hoofdzakelijk in België verricht, behoudt hij zijn woonplaats in Nederland. Bij Engelstalige brief d.d. 7 september 2009 wordt Las met onmiddellijke ingang ontslagen. Conform het bepaalde in art. 8 van de overeenkomst betaalt PSA Antwerp hem een opzeggingsvergoeding van 3 maanden loon en een bijkomende compensatie van 6 maanden loon. Las betoogt echter dat de arbeidsovereenkomst nietig is wegens strijd met het Vlaamse taaldecreet. Dat verplicht werkgevers met een exploitatiezetel in Vlaanderen namelijk om, op straffe van nietigheid, alle voor het personeel bestemde stukken in het Nederlands op te stellen. PSA Antwerp, daarentegen, stelt dat het Vlaams taaldecreet buiten toepassing moet blijven omdat het in strijd is met het vrije verkeer van werknemers (art. 45 VWEU). Naar haar mening moet derhalve de arbeidsovereenkomst in acht worden genomen die, zo staat vast, in een voor beide ondertekenende partijen (de Nederlandse werknemer en de Singaporese directeur van PSA Antwerp) begrijpelijke taal (het Engels) is opgesteld. In deze omstandigheden wendt de arbeidsrechtbank Antwerpen zich tot het Hof van Justitie met de vraag of het Vlaamse taaldecreet verenigbaar is met art. 45 VWEU. Zijn antwoord luidt ontkennend: 'Een dergelijke regeling kan (…) een afschrikwekkende werking hebben voor uit andere lidstaten afkomstige niet-Nederlandstalige werknemers en werkgevers en vormt dus een [niet-gerechtvaardigde; *RvL*] beperking van het vrije verkeer van werknemers.'[30] Gevolg is dat het taaldecreet – conform de argumenten van PSA Antwerp – buiten toepassing moet blijven, en geen reden is voor ongeldigheid van de arbeidsovereenkomst.

In het zojuist besproken geval wordt niet de private rechtsverhouding (de arbeidsovereenkomst) zelf aan art. 45 VWEU getoetst, maar het nationale voorschrift dat op die horizontale relatie van toepassing is. Van een rechtstreeks effect is daarom geen sprake: de werking van art. 45

---

de nationale context niet gebruikelijk is om van voorrang van de wet boven een private (rechts)handeling te spreken, ben ik met Asser/Hartkamp 3-I* 2011/11 van mening dat het begrip 'voorrang' moet worden beperkt tot de verhouding tussen het Europese recht en het nationale recht.

30 HvJ EU 16 april 2013, C-202/11, *NJ* 2013/379 (Las/PSA Antwerp), r.o. 22.

VWEU in de verhouding tussen deze particulieren verloopt indirect, via de beoordeling van de rechtmatigheid van het Vlaamse taaldecreet.[31]

2.4.2.2 Positieve verplichting

17. Hiervóór, in nr. 9, zagen we dat art. 30 VWEU lidstaten verbiedt om in- en uitvoerrechten (alsmede heffingen van gelijke werking) op te leggen. Ook andere verdragsbepalingen bevatten zo'n onthoudingsplicht (of *negatieve* verplichting). Art. 34 VWEU, bijvoorbeeld, bepaalt dat lidstaten geen maatregelen mogen nemen die de in- of doorvoer van goederen belemmeren. In samenhang met het beginsel van loyale samenwerking (art. 4 lid 3 VEU) verplicht het hen echter ook om alle noodzakelijke en passende maatregelen te treffen om op hun grondgebied de eerbiediging van het vrije goederenverkeer te verzekeren (*positieve* verplichting). Illustratief is het arrest *Commissie/Frankrijk ('Spaanse aardbeien')*.[32]

Vanaf medio jaren '80 tot halverwege de jaren '90 van de twintigste eeuw voeren Franse boeren met enige regelmaat gewelddadige acties tegen de import en verkoop van landbouwproducten uit andere lidstaten. Transportladingen worden onderschept, geplunderd en/of vernietigd, vervoerders en distributeurs bedreigd. Gevolg van de protectionistische campagnes is dat het vrije verkeer van (met name) Spaanse aardbeien in Frankrijk aanzienlijk wordt beperkt. Omdat de autoriteiten geen afdoende maatregelen treffen om deze door particulieren veroorzaakte belemmeringen weg te nemen, initieert de Europese Commissie in 1995 een procedure ex art. 258 VWEU waarin zij het Hof van Justitie verzoekt vast te stellen dat de Franse staat zijn verplichtingen uit hoofde van art. 34 VWEU jo. art. 4 lid 3 VEU niet is nagekomen.

Art. 34 VWEU beoogt de afschaffing van iedere al dan niet rechtstreekse, daadwerkelijke of potentiële belemmering van de invoerstromen tussen de lidstaten,[33] en verzet zich derhalve tegen overheidsmaatregelen die het vrije goederenverkeer kunnen beperken. Het artikel kan volgens het Hof echter ook van toepassing zijn wanneer een lidstaat 'niet de vereiste maatregelen heeft getroffen ter opheffing van belemmeringen van het vrije goederenverkeer, waarvan de oorzaak buiten de sfeer van de

31 Zie ook (o.a.) HvJ EG 10 november 1982, 261/81, *Jurispr.* 1982, p. 3961 (Rau); HvJ EG 9 juni 1992, C-47/90, *Jurispr.* 1992, p. I-3669, *NJ* 1994/588 (Delhaize).

32 HvJ EG 9 december 1997, C-265/95, *Jurispr.* 1997, p. I-6959, *NJ* 1999/23 (Commissie/Frankrijk ('Spaanse aardbeien'). Zie ook HvJ EG 12 juni 2003, C-112/00, *Jurispr.* 2003, p. I-5659, *NJ* 2004/56 (Schmidberger), te bespreken in par. 9.5.1.

33 Vaste rechtspraak sinds HvJ EG 11 juli 1974, 8/74, *Jurispr.* 1974, p. 837 (Dassonville). Zie hierna nr. 36.

overheid ligt'.[34] Evenzeer als het handelsverkeer tussen de lidstaten kan worden beperkt door een (actief) handelen van de autoriteiten, kan zo'n belemmering namelijk ook het resultaat zijn van het feit dat zij nalaten toereikende maatregelen te nemen tegen acties van particulieren die de in- en doorvoer van goederen beperken.[35] 's Hofs conclusie luidt dan ook dat art. 34 VWEU (jo. art. 4 lid 3 VEU) een lidstaat tevens verplicht 'alle noodzakelijke en passende maatregelen te treffen om de eerbiediging van die fundamentele vrijheid op (zijn) grondgebied te verzekeren'.[36] Een (direct verticaal werkende) verdragsbepaling als art. 34 VWEU kan zo dus *indirect* – via de positieve verplichting die het aan de lidstaten oplegt – doorwerken in de verhouding tussen particulieren.[37]

2.4.2.3 Verdragsconforme interpretatie van nationaal (privaat)recht

18. De in nrs. 16 en 17 besproken rechtsfiguren tonen hoe een (direct verticaal werkende) verdragsbepaling die primair fungeert als toetsingskader voor een handelen of nalaten van nationale autoriteiten (het Vlaamse taaldecreet in *Las/PSA Antwerp*, het weigerachtige optreden van de Franse overheid in *Commissie/Frankrijk ('Spaanse aardbeien')*), uiteindelijk ook effect kan sorteren op een rechtsverhouding tussen particulieren. Van zo'n indirecte doorwerking is ook sprake wanneer een bepaling uit het VWEU (mede) de nationale regel inkleurt die op een privaatrechtelijke relatie van toepassing is. Bezit een verdragsbepaling geen *directe* horizontale werking, dan kan zij toch *indirect* – bijvoorbeeld via open normen als de openbare orde, de goede zeden (art. 3:40 BW), de maatschappelijke betamelijkheid (art. 6:162 BW) en de redelijkheid en billijkheid (6:248 BW) – effect hebben in private rechtsverhoudingen.[38]

---

34 HvJ EG 9 december 1997, C-265/95, *Jurispr.* 1997, p. I-6959, *NJ* 1999/23 (Commissie/Frankrijk ('Spaanse aardbeien'), r.o. 30.

35 *Ibid.*, r.o. 31.

36 *Ibid.*, r.o. 32.

37 De vraag of het nalaten van de Franse overheid in strijd is met art. 34 VWEU jo. art. 4 lid 3 VEU moet los van overwegingen ontleend aan het begrip 'voorrang' worden beantwoord (vgl. voetnoot 29).

38 Vgl. Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 18, 92 en 93. Een voorbeeld van deze indirecte horizontale werking biedt HvJ EG 22 januari 1981, 58/80, *Jurispr.* 1981, p. 181, *NJ* 1982/120 (Dansk Supermarked), hierna te bespreken in par. 6.2.2.

2.5 Conclusie

19. Dankzij de leerstukken van directe werking en/of voorrang kunnen bepalingen uit het VWEU (on)middellijk doorwerken in horizontale verhoudingen (d.w.z. rechtsverhoudingen tussen particulieren).

Van *directe* horizontale werking is sprake wanneer een verdragsbepaling (bijv. art. 101 en 102 VWEU) *rechtstreeks* van toepassing is op een rechtsrelatie tussen particulieren, in de zin dat zij leidt tot het ontstaan, de wijziging of het tenietgaan van verbintenissen in private verhoudingen (meer daarover in hoofdstuk 3).

Een verdragsbepaling kan ook *indirect* doorwerken in rechtsverhoudingen tussen particulieren. Drie verschillende typen kwamen (in nrs. 16-18) aan bod: de rechtmatigheidstoetsing in een geschil tussen particulieren (directe verticale werking i.c.m. voorrang), de positieve verplichting (directe verticale werking), en de verdragsconforme interpretatie van nationaal (privaat)recht (voorrang).

HOOFDSTUK 3

DIRECTE HORIZONTALE WERKING (VAN ART. 101 LID 1 EN 102 VWEU): PRIVAATRECHTELIJKE GEVOLGEN

3.1 Inleiding

20. Het kartelverbod (art. 101 lid 1 VWEU) en het verbod van misbruik van een economische machtspositie (art. 102 VWEU) kunnen door een particulier worden ingeroepen tegen een (particuliere) onderneming wier handelen daarmee in strijd is (vgl. nr. 15). De privaatrechtelijke gevolgen van hun zogenoemde directe horizontale werking zijn divers. Achtereenvolgens komen in dit hoofdstuk aan bod de nietigheid van met art. 101 of 102 VWEU strijdige rechtshandelingen (par. 3.2), de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad wegens overtreding van het kartelverbod (par. 3.3) en de op een schending van datzelfde verbod gebaseerde acties uit onverschuldigde betaling (par. 3.4) en ongerechtvaardigde verrijking (par. 3.5).

3.2 Nietigheid van rechtshandelingen

21. Art. 101 VWEU, eerste lid, verbiedt 'alle overeenkomsten tussen ondernemingen (…) welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst (…)'. Overeenkomsten die onder het verbod vallen, zijn op grond van het tweede lid van art. 101 VWEU van rechtswege nietig. Blijkens de rechtspraak van het Hof van Justitie heeft deze nietigheid een absoluut karakter,[1] en is de nationale rechter verplicht haar ambtshalve vast te

1 Zie o.a. HvJ EG 25 november 1971, 22/71, *Jurispr.* 1971, p. 949 (Béguelin), r.o. 29; HvJ EG 14 december 1983, 319/82, *Jurispr.* 1983, p. 4173 (Société de Vente/Kerpen), r.o. 11; HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, *Jurispr.* 2001, p. I-6297, *NJ* 2002/43 (Courage/Crehan), r.o. 24; HvJ EG 13 juli 2006, C-295/04 t/m C-298/04, *Jurispr.* 2006, p. I-6619, *NJ* 2007/34, m.nt. M.R. Mok (Manfredi), r.o. 57.

stellen.[2] Voorts heeft het Hof de nietigheid van art. 101 lid 2 VWEU aldus gepreciseerd dat zij in beginsel slechts de verboden bedingen van de overeenkomst treft.[3] Haar gevolgen voor andere onderdelen van de overeenkomst worden beheerst door het nationale (Nederlandse) recht.[4]

22. Art. 102 VWEU verbiedt 'ondernemingen misbruik (te) maken van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan'. Anders dan art. 101 VWEU, bevat het geen expliciete nietigheidssanctie. Bestaat het misbruik uit het verrichten van een rechtshandeling (het sluiten van een overeenkomst), dan rijst derhalve de vraag naar welk recht (Europees of nationaal) de gevolgen daarvan moeten worden beoordeeld. Hoewel verdedigd zou kunnen worden dat de nietigheid van zo'n rechtshandeling (overeenkomst) op het Verdrag berust (naar analogie van art. 101 VWEU),[5] is de meest gangbare opvatting dat haar geldigheid moet worden beoordeeld aan de hand van het nationale recht. Te onzent zou een rechtshandeling (overeenkomst) waarmee misbruik wordt gemaakt van een machtspositie nietig zijn op grond van art. 3:40 lid 1 of 2 BW.[6] Of (ook) de bepalingen inzake partiële nietigheid (art. 3:41 BW), conversie (art. 3:42 BW) en bekrachtiging (art. 3:58 BW) in het concrete geval toepassing kunnen vinden, hangt mede af van de (door

2 HvJ EG 1 juni 1999, C-126/97, *Jurispr.* 1999, p. I-3055, *NJ* 2000/339, m.nt. H.J. Snijders (Eco Swiss/Benetton), r.o. 39 en 40; HvJ EG 13 juli 2006, C-295/04 t/m C-298/04, *Jurispr.* 2006, p. I-6619, *NJ* 2007/34, m.nt. M.R. Mok (Manfredi), r.o. 31; HvJ EG 4 juni 2009, C-8/08, *Jurispr.* 2009, p. I-4529, *NJ* 2009/432, m.nt. M.R. Mok (T-Mobile), r.o. 49.

3 Algehele nietigheid is uitsluitend aan de orde wanneer de verboden contractuele bedingen 'niet van de overeenkomst zelve kunnen worden losgemaakt'. Zie HvJ EG 30 juni 1966, 56/65, *Jurispr.* 1965, p. 392 (STM/MBU); HvJ EG 13 juli 1966, 56/64 en 58/64, *Jurispr.* 1964, p. 450 (Consten en Gründig); HvJ EG 11 september 2008, C-279/06, *Jurispr.* 2008, p. I-6681, *NJ* 2008/619, m.nt. M.R. Mok (Cepsa/Tobar), r.o. 78. Volledigheidshalve zij nog opgemerkt dat de art. 3:40 BW e.v. niet van toepassing zijn op het door de nietigheid van art. 101 lid 2 VWEU getroffen gedeelte van de overeenkomst. Uiteraard kan het Hof van Justitie relativeringen toelaten die identiek zijn aan, of zich laten vergelijken met bijv. die van art. 3:42 BW (conversie) en/of art. 3:58 BW (bekrachtiging), maar dat ligt, gelet op de sterke preventieve werking die het aan de nietigheid van art. 101 lid 2 VWEU toekent, niet voor de hand. Zie in deze zin o.a. Mok 2007, p. 574; Asser/Hartkamp 3-I* 2011/46.

4 Vgl. o.a. HvJ EG 18 december 1986, 10/86, *Jurispr.* 1986, p. 4071 (VAG France), r.o. 14 en 15; HvJ EG 30 april 1998, C-230/96, *Jurispr.* 1998, p. I-2055 (Cabour), r.o. 51. Ook de gevolgen van de nietigheid voor andere overeenkomsten (tussen dezelfde partijen of met derden) worden door het nationale privaatrecht beheerst. Zie Asser/Hartkamp 3-I* 2011/47 voor enkele voorbeelden. Vgl. voorts Ligteringen 2009.

5 Zippro 2009, p. 102.

6 *Ibid.*, p. 103-105.

het Hof van Justitie vastgestelde) strekking van de regel die tot nietigheid van de rechtshandeling leidt (art. 102 VWEU).[7]

3.3 Aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad

23. De niet-contractuele aansprakelijkheid van de *Unie* kent een solide verdragsrechtelijke basis. Art. 340 VWEU, tweede alinea, bepaalt dat zij 'overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben, de schade (moet) vergoeden die door haar instellingen of personeelsleden in de uitoefening van hun functie is veroorzaakt'. Blijkens de rechtspraak van het Hof van Justitie kan deze aansprakelijkheid o.a. worden gebaseerd op onrechtmatige daad.[8]

24. De buitencontractuele aansprakelijkheid van de *lidstaten* heeft géén expliciete verdragsrechtelijke basis, maar is door het Hof van Justitie in *Francovich* afgeleid uit het algemene systeem en de fundamentele beginselen van het Verdrag.[9] Het Unierecht, zo stelde het met referte aan *Van Gend & Loos*[10] en *Costa/ENEL*,[11] vormt voor particulieren een zelfstandige bron van rechten (en verplichtingen). Onder verwijzing naar het arrest *Simmenthal*[12] herinnerde het Hof er vervolgens aan dat de nationale rechter de volle werking van het Unierecht moet verzekeren, en de daarin aan particulieren toegekende rechten moet beschermen. In *Francovich* voegde het daar (in r.o. 33) nieuw aan toe dat '(a)an de volle werking van het (Unierecht) zou worden afgedaan, en de bescherming van de daarin toegekende rechten zou worden afgezwakt, indien particulieren niet de mogelijkheid zouden hebben om schadevergoeding te verkrijgen wanneer hun rechten worden aangetast als gevolg van een schending van

---

7 Vgl. Asser/Hartkamp 3-I* 2011/48, onder verwijzing naar Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010/646 en 656. Omdat art. 102 VWEU strekt tot bescherming van de concurrentie als ordeningsinstrument van het economisch stelsel (vgl. Mok in punt 2 van zijn noot onder HR 3 december 2004, *NJ* 2005/118 (Vreugdenhil/BVH)), moet van de (nationale) nietigheidssanctie een preventieve werking uitgaan. Relativeringen zijn daarom niet snel toelaatbaar. Aldus ook Zippro 2009, p. 105-106.

8 Een uitvoerige behandeling van de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie is te vinden in Sieburgh 2014a, nr. 4-9.

9 HvJ EG 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, *Jurispr.* 1991, p. I-5357, *NJ* 1994/2 (Francovich).

10 HvJ EG 5 februari 1963, 26/62, *Jurispr*. 1963, p. 5, *AA* 1963/64, p. 12, m.nt. W.F. Prins (Van Gend & Loos). Zie par. 2.2.

11 HvJ EG 15 juli 1964, 6/64, *Jurispr.* 1964, p. 1203 (Costa/ENEL). Zie par. 2.3.

12 HvJ EG 9 maart 1978, 106/77, *Jurispr.* 1978, p. 629, *NJ* 1978/656 Simmenthal).

het (Unierecht) die aan een lidstaat kan worden toegerekend'. Had *Francovich* nog specifiek betrekking op de aansprakelijkheid van een lidstaat voor schade veroorzaakt door het niet (correct) omzetten van een richtlijn, in het arrest *Brasserie du Pêcheur* bepaalde het Hof dat een lidstaat ook aansprakelijkheid kan zijn wegens schending van een door een Unierechtelijke regel 'rechtstreeks toegekend recht'.[13] Het recht op schadevergoeding geldt in dat geval als 'het noodzakelijk corollarium' van de directe verticale werking die is toegekend aan (verdrags)bepalingen waarvan de schending door een lidstaat schade heeft veroorzaakt.[14]

25. De niet-contractuele aansprakelijkheid van *particulieren* is evenmin in het Verdrag geregeld. Haar fundament ligt (net als de buitencontractuele aansprakelijkheid van de lidstaten) in het algemene systeem en de fundamentele beginselen van het Verdrag.[15] Toonaangevend is in dit verband het arrest *Courage/Crehan*.[16] Tussen bierbrouwer Courage en caféhouder Crehan bestond een pachtovereenkomst die laatstgenoemde (o.a.) verplichtte om zijn bier uitsluitend van Courage te betrekken. Toen Crehan op enig moment de betaling van de bierleveranties staakte, werd hij door Courage in rechte aangesproken tot nakoming. Deze verweerde zich met de stelling dat de overeenkomst nietig was wegens strijd met art. 101 VWEU, zodat er van een contractuele betalingsverplichting geen sprake kon zijn. In reconventie vorderde Crehan bovendien schadevergoeding van Courage, omdat hij ten gevolge van de pachtovereenkomst aanzienlijk hogere prijzen voor zijn bierleveranties had moeten betalen dan zelfstandige caféhouders. Naar het toepasselijke Engelse recht was het een partij bij een onwettige overeenkomst echter niet toegestaan om van zijn wederpartij schadevergoeding te eisen. De verwijzende rechter stelde het Hof van Justitie de vraag of het Engelse recht op dit punt verenigbaar was met het Unierecht.

's Hofs antwoord ving aan met een verwijzing naar *Van Gend & Loos*. Het herinnerde (wederom) aan de eigen aard van het Unierecht, dat ten laste van particulieren verplichtingen in het leven roept, maar ook rechten schept die zij uit eigen hoofde kunnen doen gelden. Die laatste, zo

13 HvJ EG 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, *Jurispr.* 1996, p. I-1029, *NJ* 1997/145 (Brasserie du Pêcheur), r.o. 22.

14 *Ibid.* Zie Sieburgh 2014a, nr. 10-15, voor een precieze uitwerking van de buitencontractuele aansprakelijkheid van lidstaten wegens schending van EU-recht.

15 Aldus reeds A-G Van Gerven in zijn conclusie (punt 40-43) voor HvJ EG 13 april 1994, C-128/92, *Jurispr.* 1994, p. I-1209, *NJ* 1995/148 (Banks).

16 HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, *Jurispr.* 2001, p. I-6297, *NJ* 2002/43 (Courage/Crehan), r.o. 19.

herhaalde het, ontstaan niet slechts wanneer het Verdrag ze uitdrukkelijk toekent, maar ook als weerslag van duidelijke verplichtingen die het aan zowel Unie-instellingen, lidstaten als particulieren oplegt.[17] Na te hebben vastgesteld dat art. 101 VWEU directe horizontale werking bezit (en als zodanig door eenieder in rechte kan worden ingeroepen), overwoog het Hof dat '(a)an de volle werking van artikel (101) van het Verdrag, in het bijzonder het nuttig effect van het in lid 1 neergelegde verbod, zou worden afgedaan indien niet eenieder vergoeding kon vorderen van schade die hem is berokkend door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen.'[18] Het recht op schadevergoeding vormt aldus een uitvloeisel en complement van de directe horizontale werking van art. 101 VWEU.[19]

26. Over de voorwaarden voor aansprakelijkheid van particulieren liet het Hof zich in *Courage/Crehan* niet uit. Bij gebreke daarvan was (en is) het aan de interne rechtsorde van elke lidstaat om, met inachtneming van de Unierechtelijke beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit, de nationaalrechtelijke voorwaarden toe te passen.[20] Mocht het Hof in de toekomst alsnog overgaan tot het formuleren van aansprakelijkheidsvereisten, dan zal het ongetwijfeld aansluiten bij de criteria die het voor de Unie- en lidstaataansprakelijkheid reeds heeft geformuleerd.[21] Het resultaat daarvan zal zijn dat een particulier op grond van het Unierecht kan

17 *Ibid.*, r.o. 23 en 24.

18 *Ibid.*, r.o. 26. Zie ook o.a. HvJ EG 13 juli 2006, C-295/04 t/m C-298/04, *Jurispr.* 2006, p. I-6619, *NJ* 2006/34, m.nt. M.R. Mok (Manfredi), r.o. 60; HvJ EU 6 november 2012, C-199/11, *NJ* 2013/168, m.nt. M.R. Mok (Otis), r.o. 41; HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12, *RvdW* 2014/1004 (Kone), r.o. 21.

19 Vgl. A-G Van Gerven in zijn conclusie (punt 44) voor HvJ EG 13 april 1994, C-128/92, *Jurispr.* 1994, p. I-1209, *NJ* 1995/148 (Banks).

20 Vgl. HvJ EG 16 december 1976, 33/76, *Jurispr*. 1976, p. 1989 (Rewe), herhaald in o.a. HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, *Jurispr.* 2001, p. I-6297, *NJ* 2002/43 Courage/Crehan), r.o. 29. Volgens deze rechtspraak mogen de nationale (procedurele en materiële) regels voor vorderingen die worden ingediend ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontlenen, niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen (gelijkwaardigheidsbeginsel), en mogen zij bovendien de uitoefening van de door de rechtsorde van de Unie verleende rechter in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (effectiviteitsbeginsel). Zie over deze problematiek Asser/Hartkamp 3-I* 2011/111-130.

21 Aldus ook A-G Van Gerven in zijn conclusie (punt 49 t/m 54) voor HvJ EG 13 april 1994, C-128/92, *Jurispr.* 1994, p. I-1209, *NJ* 1995/148 (Banks); Sieburgh 2014a, nr. 17. Voor zowel de aansprakelijkheid van de Unie als de lidstaataansprakelijkheid zijn vereist: een voldoende gekwalificeerde schending van een Unierechtelijke regel die ertoe strekt rechten toe te kennen aan particulieren, schade en causaal verband. Vgl. Asser/Hartkamp 3-I* 2011/73.

worden aangesproken voor de schade die voortvloeit uit de schending van art. 101 VWEU (of een andere Unierechtelijke regel die rechten toekent aan particulieren).[22]

3.4 Vordering uit onverschuldigde betaling

27. In het Unierecht geldt de actie uit onverschuldigde betaling als een belangrijke rechtsfiguur.[23] Hoewel het Verdrag van haar bestaan geen melding maakt, heeft het Hof van Justitie de vordering in diverse situaties erkend. In *San Giorgio* – een zaak waarin een particulier de nationale belastingadministratie aansprak tot terugbetaling van in strijd met art. 30 VWEU (voormalig art. 12 EEG) toegepaste heffingen – oordeelde het bijvoorbeeld 'dat het recht op terugbetaling van heffingen die een lidstaat in strijd met het gemeenschapsrecht heeft toegepast, het uitvloeisel en complement is van de rechten die justitiabelen ontlenen aan de gemeenschapsbepalingen die heffingen van gelijke werking als douanerechten verbieden.'[24] De tegen de lidstaat ingestelde vordering uit onverschuldigde betaling leidde het Hof met andere woorden af uit de directe verticale werking van de verdragsbepaling in kwestie, art. 30 VWEU.

28. Biedt het Unierecht ook een basis voor de vordering uit onverschuldigde betaling tegen particulieren? Deze vraag is o.a. van belang wanneer een particulier heeft gepresteerd uit hoofde van een (nietige) concurrentiebeperkende overeenkomst. Hoewel een uitdrukkelijk antwoord vooralsnog uitblijft, liet het Hof in *Courage/Crehan* voldoende ruimte om haar bestaan te veronderstellen.[25] In algemene bewoordingen stelde het namelijk dat iedere particulier zich op een schending van art. 101 VWEU kan beroepen teneinde 'bescherming in rechte (relief)' tegenover zijn contrac-

22 Voor een uitwerking van deze voorwaarden zie Sieburgh 2014a, nr. 18 (onrechtmatigheid), 19 (causaal verband) en 20 (schade).

23 Asser/Hartkamp 3-I* 2011/82; Hartkamp 2014c, nr. 9.

24 HvJ EG 9 november 1983, 199/82, *Jurispr.* 1983, p. 3595 (San Giorgio), r.o. 12. De passage keert veelvuldig terug in latere rechtspraak. Zie o.a. HvJ EG 14 januari 1997, C-192/95 t/m C-218/95, *Jurispr.* 1997, p. I-165, *NJ* 1997/681 (Comateb), r.o. 20; HvJ EG 2 oktober 2003, C-147/01, *Jurispr.* 2003, p. I-1157, *NJ* 2004/581 (Weber's Wine World), r.o. 93; HvJ EG 12 december 2006, C-446/04, *Jurispr.* 2006, p. I-11753, *RvdW* 2007/80 (Test Claimants in the FII Group Litigation), r.o. 202; HvJ EU 6 september 2011, C-398/09, *Jurispr.* 2011, p. I-7375, *NJ* 2011/549 (Lady & Kid), r.o. 17.

25 Aldus ook Jones 2000, p.188-189; Hartkamp 2014c, nr. 12.

tuele wederpartij te verkrijgen.[26] Die rechtsbescherming kan worden geboden door particulieren een recht op schadevergoeding toe te kennen (zie nr. 25), maar bijvoorbeeld ook door hun een recht op terugbetaling te verschaffen. Analoge toepassing van's Hofs redenering in *San Giorgio* ondersteunt deze gedachte. Evenzeer als de actie uit onverschuldigde betaling van een particulier jegens een *lidstaat* voortvloeit uit de directe *verticale* werking van een verdragsbepaling, kan de vordering uit onverschuldigde betaling tegen een *particulier* worden beschouwd als het uitvloeisel en complement van de directe horizontale werking van een bepaling van Unierecht (bijv. art. 101 VWEU).[27]

29. Bij gebreke van Unierechtelijke regelgeving ter zake moet het recht op terugbetaling worden verwezenlijkt aan de hand van het procedurele en materiële recht van de lidstaten (in Nederland o.a. art. 6:203 BW e.v.), met dien verstande dat de nationale rechter bij de toepassing daarvan rekening moet houden met de Europese randvoorwaarden van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.[28]

3.5 Actie uit ongerechtvaardigde verrijking

30. Het verbod van ongerechtvaardigde verrijking vormt een algemeen beginsel van Unierecht,[29] dat door het Hof van Justitie aanvankelijk slechts in verticale verhoudingen werd aangenomen.[30] Sinds het arrest *Courage/Crehan* staat echter vast dat het verrijkingsbeginsel ook in horizontale relaties werkt, althans voor zover het aan de basis ligt van een (doorberekenings)verweer tegen een vordering uit onrechtmatige daad of onverschuldigde betaling.[31] Onbeslist is of het beginsel ook kan dienen als grondslag voor een aansprakelijkheid van particulieren op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Een positief oordeel ligt m.i. echter in het

26 HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, *Jurispr.* 2001, p. I-6297, *NJ* 2002/43 (Courage/Crehan), r.o. 36.
27 Van Leuken 2007, p. 1048.
28 Vgl. voetnoot 20.
29 HvJ EG 16 december 2008, C-47/07 P, *Jurispr.* 2008, p. I-9761, *NJ* 2009/163, m.nt. M.R. Mok (Masdar).
30 Zie onder meer HvJ EG 10 juli 1990, C-259/87, *Jurispr.* 1990, p. I-2845 (Griekenland/Commissie); HvJ EG 27 februari 1980, 68/79, *Jurispr.* 1980, p. 501 (Just); HvJ EG 2 oktober 2003, C-147/01, *Jurispr.* 2003, p. I-11365, *NJ* 2004/581 (Weber's Wine World).
31 Zie daarover o.a. Devroe 2007, p. 168-170; Van Leuken 2007; Asser/Hartkamp 3-I* 2011/88-89.

verschiet.[32] Opmerking verdient in dit verband dat het Hof in het arrest *Masdar* reeds heeft beslist dat het verrijkingsbeginsel de grondslag kan vormen voor een op art. 340, tweede alinea, VWEU gebaseerde vordering uit ongerechtvaardigde verrijking tegen de *Unie*.[33] Omdat de genoemde verdragsbepaling uitsluitend de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie regelt, kan zij niet als basis dienen voor een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking tegen een lidstaat of particulier. Het Hof zou deze actie echter kunnen afleiden uit het systeem en de fundamentele beginselen van het Verdrag. Op soortgelijke wijze heeft het namelijk ook de niet-contractuele aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van lidstaten en particulieren erkend.[34] Een ontwikkeling in die richting ligt te meer voor de hand, daar het Hof de verrijkingsactie tegen de Unie zo uitdrukkelijk heeft gegrond op het (in verticale én horizontale) verhoudingen aanvaarde verrijkingsbeginsel.[35]

31. Een actie uit ongerechtvaardigde verrijking zal een particulier onder meer van pas kunnen komen wanneer hij betalingen uit hoofde van een met art. 101 VWEU strijdige (en dus nietige) kartelovereenkomst niet kan terugvorderen van zijn gefailleerde wederpartij, terwijl een derde (bijv. een aan de failliet gelieerde vennootschap) daarvan ongerechtvaardigd heeft geprofiteerd.[36] Naar Nederlands recht zou deze vordering moeten worden beoordeeld aan de hand van art. 6:212 BW (met inachtneming van het beginsel van gelijkwaardigheid). In zo'n 'Europees' geval zal de nationale rechter bovendien acht moeten slaan op de door het Hof van Justitie geformuleerde (maar (nog) niet gepreciseerde) voorwaarden voor de actie uit ongerechtvaardigde verrijking. Uit *Masdar* volgt weliswaar dat er sprake moet zijn van een 'verrijking' (van de Unie) en een daarmee verband houdende 'verarming', doch een uitwerking van beide begrippen treft men er niet in aan.[37] Vast staat daarentegen wel dat de verrijking een geldige rechtsgrondslag moet ontberen, een voorwaarde die volgens het

32 Van Leuken 2009, p. 272.
33 HvJ EG 16 december 2008, C-47/07 P, *Jurispr.* 2008, p. I-9761, *NJ* 2009/163, m.nt. M.R. Mok (Masdar). Zie over deze op het verrijkingsbeginsel gebaseerde aansprakelijkheid Van de Moosdijk 2013; Hartkamp 2014c, nr. 7.
34 Zie nr. 24 en 25.
35 Van Leuken 2009, p. 272.
36 Voorbeeld ontleend aan Hartkamp 2011b, p. 333-334.
37 HvJ EG 16 december 2008, C-47/07 P, *Jurispr.* 2008, p. I-9761, *NJ* 2009/163 m.nt. M. R. Mok (Masdar), r.o. 49. Zo is (bijv.) onduidelijk of de vordering ex art. 340 VWEU, tweede alinea, is beperkt tot gevallen van onmiddellijke verrijking.

Hof met name niet is vervuld wanneer de verrijking haar rechtvaardiging vindt in contractuele verplichtingen.[38] Bovendien lijkt het, anders dan het Gerecht van eerste aanleg en Advocaat-Generaal Mazák, de verrijkingsactie niet aan te merken als een subsidiaire schadevergoedingsmogelijkheid.[39]

3.6 Conclusie

32. Een direct horizontaal werkende verdragsbepaling kan leiden tot het ontstaan, de wijziging of het tenietgaan van rechten en verplichtingen in de verhouding tussen particulieren onderling.[40] Aan de hand van (rechtspraak over) art. 101 en 102 VWEU werd geïllustreerd welke (mogelijke) privaatrechtelijke gevolgen een verdragsbepaling met directe horizontale werking kan hebben: eerst kwam de nietigheid van rechtshandelingen aan bod (nr. 21 en 22), daarna passeerden de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (nrs. 23-26), onverschuldigde betaling (nrs. 27-29) en ongerechtvaardigde verrijking (nrs. 30 en 31) de revue.

---

38 *Ibid.*, r.o. 46. Naar Nederlands recht is een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking niet uitgesloten op de enkele grond dat tussen partijen een contractuele relatie bestaat. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011/362.

39 GvEA EG 16 november 2006, T-333/03, *Jurispr*. 2006, p. II-4377 (Masdar), r.o. 97: '(V)olgens de algemene beginselen die de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben, (kan een) dergelijke (actie) doorgaans enkel subsidiair worden ingesteld, dat wil zeggen in het geval dat de benadeelde persoon over geen enkele andere actie kan beschikken om het hem verschuldigde te verkrijgen.' Conclusie A-G Mazák voor HvJ EG 16 december 2008, C-47/07 P, *Jurispr*. 2008, p. I-9761, *NJ* 2009/163 m.nt. M.R. Mok (Masdar), punt 55: 'Aangezien (…) de op ongerechtvaardigde verrijking (…) gebaseerde aansprakelijkheid subsidiair is ten opzichte van de contractuele, kon het (Gerecht) de op (dat beginsel) gebaseerde vordering van Masdar, ongeacht of deze de overeenkomsten eventueel mocht beëindigen, zonder schending van het recht afwijzen.' In 's Hofs arrest wordt daarentegen niet gerefereerd aan het (al dan niet) subsidiaire karakter van de actie uit ongerechtvaardigde verrijking.

40 Asser/Hartkamp 3-I* 2011/42.

DEEL II

DIRECTE HORIZONTALE WERKING: INTERNE MARKT

HOOFDSTUK 4

VRIJVERKEERBEPALINGEN: INHOUD VAN DE VERBODEN

4.1 Inleiding

33. Dit hoofdstuk schetst (in par. 4.2 t/m 4.4) de inhoudelijke contouren van de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen (art. 34 en 35 VWEU), het vrije werknemersverkeer (art. 45 VWEU), de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU), de vrijheid van dienstverrichting (art. 56 VWEU) en het vrije verkeer van kapitaal (art. 63 VWEU), waarna aan het slot (par. 4.5) kort wordt bezien of een beroep op de ene verkeersvrijheid kan samenlopen met een beroep op een (of meer) andere.

4.2 Verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen (art. 34 en 35 VWEU)

34. Aan het vrije verkeer van goederen wijdt het VWEU in het Derde Deel een aparte Titel (II).[1] Van de verbodsbepalingen die deze vrijheid moeten waarborgen bespreek ik er twee:[2] het verbod van kwantitatieve *invoer*-beperkingen en maatregelen van gelijke werking (art. 34 VWEU) en het

---

1 Onder 'goederen' moeten in deze context worden verstaan 'de waren die op geld waardeerbaar zijn en als zodanig het voorwerp van handelstransacties kunnen vormen'. Zie HvJ EG 10 december 1968, 7/68, *Jurispr.* 1968, p. 590 (Commissie/Italië). In de Europese jurisprudentie treft men ook de (synonieme) term 'producten' aan. Ik hanteer beide afwisselend.

2 Art. 30 VWEU (verbod van douanerechten en heffingen van gelijke werking) en art. 110 VWEU (fiscaal discriminatieverbod) zijn naar hun aard slechts bindend voor de lidstaten en blijven in dit onderzoek derhalve buiten beschouwing. Interessant is niettemin HvJ EG 11 augustus 1995, C-16/94, *Jurispr.* 1995, p. I-2421 (Dubois), waarin art. 30 VWEU werd toegepast op een bij overeenkomst tussen particulieren vastgestelde 'doorgangsheffing' die diende ter vergoeding van de kosten die een private onderneming maakte om de douane en de veterinaire diensten in staat te stellen hun overheidstaak uit te oefenen: 'Of de geldelijke last nu krachtens een eenzijdige handeling van de overheid dan wel, zoals in het hoofdgeding, via een reeks overeenkomsten tussen particulieren aan de verkeersdeelnemer wordt opgelegd, hij is altijd al dan niet rechtstreeks een gevolg van het feit dat de betrokken lidstaat de krachtens de art. 9 en 12 van het Verdrag [thans art. 28 en 30 VWEU; *RvL*] op hem rustende financiële verplichtingen niet is

verbod van kwantitatieve *uitvoer*beperkingen en maatregelen van gelijke werking (art. 35 VWEU).[3]

4.2.1 *Art. 34 VWEU: verbod van kwantitatieve invoerbeperkingen en maatregelen van gelijke werking*

35. 'Kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking zijn tussen de lidstaten verboden', zo luidt het bondige art. 34 VWEU.[4] Over het begrip 'kwantitatieve invoerbeperking' kan ik kort zijn: dat 'slaat op maatregelen welke (…) de invoer (…) of doorvoer geheel of ten dele beletten'.[5] Men denke bijvoorbeeld aan een invoerverbod ('als uiterste vorm van beperking'),[6] of een quotum dat de goedereninvoer naar hoeveelheid of waarde beperkt. De term 'maatregel van gelijke werking' is (veel) belangrijker, en eist nu dan ook alle aandacht op.

4.2.1.1 De arresten *Dassonville* en *Cassis de Dijon*: brede toonzetting

36. Bij gebreke van een verdragsrechtelijke definitie moet men voor een omschrijving van het begrip 'maatregel van gelijke werking' te rade gaan bij de rechtspraak van het Hof van Justitie, het arrest *Dassonville* in het bijzonder.[7] Kort de feiten. Een Belgische regeling vereiste voor de invoer van goederen met oorsprongsbenaming een door het land van herkomst afgegeven certificaat van echtheid.[8] Twee handelaren – vader en zoon Dassonville – importeerden uit Frankrijk een (aldaar op legitieme wijze in

---

nagekomen.' Zie over dit arrest o.a. Asser/Hartkamp 3-I* 2011/58. Voor meer informatie over art. 30 en 110 VWEU zij verwezen naar de handboeken Europees recht: Lenaerts & Van Nuffel 2011, p. 207-213; Barents & Brinkhorst 2012, nr. 874-888; Barnard 2013, p. 43-70.

3 Vrij verkeer van goederen impliceert ook het bestaan van een algemeen beginsel van vrije *door*voer van goederen binnen de Unie. Vgl. HvJ EG 16 maart 1983, 266/81, *Jurispr.* 1983, p. 731 (SIOT), r.o. 16; HvJ EG 15 november 2005, C-320/03, *Jurispr.* 2005, p. I-9871, *NJ* 2006/515 (Commissie/Oostenrijk), r.o. 65.

4 Art. 34 VWEU heeft het oog op belemmeringen van het vrije goederenverkeer die door of vanuit het (beoogde) *bestemmings*land zijn opgeworpen. Het kan dus zowel worden ingeroepen door een in lidstaat A gevestigde (rechts)persoon tegen een maatregel van lidstaat B die het hem onmogelijk of uiterst moeilijk maakt zijn producten aldaar op de markt te brengen, als door een in lidstaat B gevestigde (rechts)persoon tegen de maatregel van de eigen lidstaat die zijn invoer van goederen uit andere lidstaten beperkt.

5 Vgl. HvJ EG 12 juli 1973, 2/73, *Jurispr.* 1973, p. 865 (Geddo), r.o. 7. Zie over het begrip 'kwantitatieve invoerbeperking' o.a. White 1989, p. 239-242, Oliver e.a. 2010, p. 81-83 (Jarvis).

6 HvJ EG 14 december 1979, 34/79, *Jurispr.* 1979, p. 3795 (Henn en Darby), r.o. 12.

7 HvJ EG 11 juli 1974, 8/74, *Jurispr.* 1974, p. 837 (Dassonville).

8 Het vereiste gold niet voor *nationale* producten met herkomstbenaming.

het verkeer gebrachte) partij Schotse whisky zonder over het verplichte (in casu: Britse) certificaat te beschikken, en werden te dezer zake in België strafrechtelijk vervolgd. Uit de dossierstukken bleek dat het voor een ander dan de rechtstreekse importeur zeer moeilijk was om zo'n officieel document te verkrijgen, reden waarom de Belgische rechter wilde weten of de litigieuze regeling als een maatregel van gelijke werking in de zin van art. 34 VWEU moest worden gekwalificeerd. Het positieve antwoord van het Hof van Justitie werd ingeluid met de overweging 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 (…) is te beschouwen'.[9]

In deze (zeer) ruime definitie staat niet het oogmerk van de litigieuze overheidshandeling[10] centraal maar, zoals de terminologie van art. 34 VWEU al doet vermoeden, de beperkende uitwerking die zij kan hebben op het vrije goederenverkeer.[11] De omvang van het (indirecte, potentiële) handelseffect doet blijkens latere rechtspraak niet ter zake; in het kader van art. 34 VWEU geldt derhalve geen *de minimis*-regel.[12]

---

9 HvJ EG 11 juli 1974, 8/74, *Jurispr.* 1974, p. 837 (Dassonville), r.o. 5. Maatregelen waarvan het effect 'te onzeker en indirect' is, vormen evenwel geen belemmering van het vrije goederenverkeer. Zie bijv. HvJ EG 7 maart 1990, C-69/88, *Jurispr.* 1990, p. I-583, *NJ* 1990/762 (Krantz), r.o. 11; HvJ EG 14 juli 1994, C-379/92, *Jurispr.* 1994, p. I-3453 (Peralta), r.o. 24.

10 De oorspronkelijk term 'handelsregeling' is allang niet meer op zijn plaats, daar het Hof in de loop der jaren ook tal van andere overheidshandelingen als maatregel van gelijke werking heeft bestempeld. Zie bijv. HvJ EG 24 november 1982, 249/81, *Jurispr.* 1982, p. 4005 (Commissie/Ierland ('Buy Irish')), waarin centraal stond een overheidscampagne ter bevordering van de verkoop van nationale producten; HvJ EG 17 april 2007, C-470/03, *Jurispr.* 2007, p. I-2749, *NJ* 2007/404, m.nt. M.R. Mok (A.G.M.-COS.MET), dat ging over een in het openbaar geuite verklaring van een ambtenaar die aan de overheid kon worden toegerekend. Uit HvJ EG 9 december 1997, C-265/95, *Jurispr.* 1997, p. I-6959, *NJ* 1999/23 (Commissie/Frankrijk ('Spaanse aardbeien')) en HvJ EG 12 juni 2003, C-112/00, *Jurispr.* 2003, p. I-5659, *NJ* 2004/56 (Schmidberger) blijkt dat ook een nalaten van de overheid als een maatregel van gelijke werking kan worden gekwalificeerd. Zelfs de term 'overheidshandeling' dekt dus niet altijd de lading. Vgl. Oliver e.a. 2010, p. 86-90 (Oliver); De Vries 2010, nr. 11; Barents & Brinkhorst 2012, nr. 892; Barnard 2013, p. 75-76.

11 Vgl. Picod 1998, p. 186-187; Barnard 2013, p. 79. Volgens Barents & Brinkhorst 2012, nr. 894 heeft deze ruime interpretatie van het begrip 'maatregel van gelijke werking' tot gevolg dat een particulier niet hoeft te bewijzen dat in zijn individuele geval ook echt sprake is van een invoerbelemmering. Zie ook White 1989, p. 236; De Vries 2010, nr. 10; Oliver e.a. 2010, p. 93-94 (Oliver).

12 HvJ EG 13 maart 1984, 16/83, *Jurispr.* 1984, p. 1299, *NJ* 1986/820 (Prantl), r.o. 20; HvJ EG 5 april 1984, 177/82 en 178/82, *Jurispr.* 1984, p. 1797 (Van de Haar). Vgl.

37. In *Dassonville* vloeide de handelsbelemmering voort uit een regeling die een onderscheid maakte tussen nationale en geïmporteerde goederen ('maatregel met onderscheid'). Het arrest *Cassis de Dijon* verduidelijkte dat het begrip 'maatregel van gelijke werking' ook ziet op regels die geen onderscheid maken tussen inheemse en vreemde producten ('zonderonderscheidmaatregelen' of 'maatregelen zonder onderscheid').[13] Voorwerp van deze zaak was een Duitse regel die de verhandeling van vruchtenlikeur verbood wanneer het alcoholpercentage niet ten minste 25% bedroeg, en aldus de invoer uit Frankrijk belette van een zwartebessenlikeur ('Cassis de Dijon') die een lagere hoeveelheid alcohol bevatte. De Duitse regeling – zoveel was duidelijk – maakte geen onderscheid tussen nationale en geïmporteerde goederen. Toch was er sprake van een invoerbelemmering: het product voldeed aan de regels van het land van herkomst (Frankrijk), maar werd desondanks aan de afwijkende voorschriften van het bestemmingsland (Duitsland) onderworpen. Deze bijkomende (of dubbele) last bemoeilijkte de invoer, en werd om die reden als een maatregel van gelijke werking gekwalificeerd.[14]

Cassis de Dijon introduceerde het beginsel van wederzijdse erkenning: is een product (vruchtenlikeur) in een andere lidstaat (Frankrijk) rechtmatig geproduceerd en op de markt gebracht, dan is het de lidstaat van invoer (Duitsland) in beginsel (behoudens een rechtvaardigingsgrond) niet toegestaan om zijn eigen wetgeving op het product toe te passen.[15]

---

ook HvJ EG 13 december 1989, C-49/89, *Jurispr.* 1989, p. I-4441 (Corsica Ferries France), r.o. 8: 'Zoals het Hof reeds meermaals heeft overwogen, vormen de artikelen in het Verdrag betreffende het vrij verkeer van goederen en personen, het vrij verrichten van diensten en het vrije kapitaalverkeer namelijk fundamentele regels voor de Gemeenschap en is elke belemmering van deze vrijheden, *hoe gering ook*, verboden.' Cursivering toegevoegd. De stelling dat het Hof in zijn vrij verkeerrechtspraak geen (variaties van een) *de minimis*-regel hanteert, wordt overigens betwist door Jansson & Kalimo 2014.

13 HvJ EG 20 februari 1979, 120/78, *Jurispr.* 1979, p. 649 (Cassis de Dijon). Vgl. reeds Verloren van Themaat 1967. Tegelijk met deze uitbreiding van het verbod werd een nieuwe categorie van rechtvaardigingsgronden geïntroduceerd. Zie daarover nr. 128.

14 HvJ EG 20 februari 1979, 120/78, *Jurispr.* 1979, p. 649 (Cassis de Dijon), r.o. 15.

15 Het (in art. 34 VWEU vervatte) beginsel van wederzijdse erkenning verzette zich dus bijv. ook tegen de toepassing van een Duitse regeling – het *Reinheitsgebot* – op bier dat in een andere lidstaat rechtmatig was geproduceerd uit meer dan alleen water, gemoute gerst, hop en gist. Vgl. HvJ EG 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, *Jurispr.* 1996, p. I-1029, *NJ* 1997/145 (Brasserie du Pêcheur), waarin werd bepaald dat een lidstaat jegens een particulier aansprakelijk kan zijn voor de schade die de betreffende invoerbeperking heeft veroorzaakt (zie hiervóór nr. 24).

4.2.1.2 Het *Keck*-arrest: afbakening van grenzen

38. De arresten *Dassonville* en *Cassis de Dijon* gaven art. 34 VWEU een groot, nauwelijks afgebakend bereik.[16] Gevolg was dat particulieren het inriepen ter betwisting van allerhande maatregelen; zijn grenzen werden voortdurend afgetast.[17] Zo kwam het dat het Hof van Justitie o.a. moest beoordelen of art. 34 VWEU van toepassing was op Britse wetgeving die de zondagsopening van winkels verbood.[18] Hoewel deze maatregel geen regulering van de handelsstromen beoogde en evenmin tot een juridische of feitelijke bevoordeling van de nationale productie leidde (hij legde geen dubbele last op het ingevoerde product), kwam het Hof tot de conclusie dat hij het handelsverkeer tussen de lidstaten kon belemmeren, en dus een (in beginsel) verboden maatregel van gelijke werking vormde.

39. Het arrest *Keck* markeerde een nieuwe mijlpaal in de rechtspraak over het begrip 'maatregel van gelijke werking'.[19] Aan de orde was een Franse regeling die een algemeen verbod van wederverkoop met verlies (d.w.z. tegen een lagere prijs dan de inkoopprijs) inhield. Het Hof van Justitie stelde vast dat zij ondernemers een methode van verkoopbevordering ontnam, en zo de omvang van de verkoop – inclusief die van producten uit andere lidstaten – kon beperken.[20] Wie verwachtte dat het deze

16 Kritisch daarover was White 1989, p. 279-280: 'The scope of Article 30 would be much clearer to all concerned if the Court of Justice would refine its definition of "measures of equivalent effect" in relation to indistinctly applicable measures so that it only covers barriers to trade arising out of the application to imported products of Member State rules relating to the *characteristics* of a product (which therefore prevent this product from benefitting in the importing Member State from the advantages arising out of its production in the different legal and economic environment prevailing in the other Member State) and that it does not therefore apply to rules which regulate, in a general and neutral manner, the *circumstances* in which goods may be sold (…) on the territory of the Member State.' Zie in vergelijkbare zin Mortelmans 1991; A-G Tesauro in zijn conclusie (d.d. 27 oktober 1993) voor HvJ EG 15 december 1993, C-292/92, *Jurispr.* 1993, p. I-6787 (Hünermund).

17 White 1989, p. 238; Körber 2004, p. 141-157; Perner 2013, p. 45.

18 HvJ EG 23 november 1989, C-145/88, *Jurispr.* 1989, p. 3851 (Torfaen Borough Council). Vgl. tevens HvJ EG 28 februari 1991, C-312/89, *Jurispr.* 1991, p. I-997 (Conforama); HvJ EG 28 februari 1991, C-332/89, *Jurispr.* 1991, p. I-1027 (Marchandise); HvJ EG 16 december 1992, C-169/91, *Jurispr.* 1992, p. I-6635 (Stoke-on-Trent).

19 HvJ EG 24 november 1993, C-267/91 en C-268/91, *Jurispr.* 1993, p. I-6097, *NJ* 1994/470 (Keck).

20 *Ibid.*, r.o. 13. Verkoop met verlies is (o.a.) 'een marketingstrategie, die erin bestaat een nieuw product via verlaagde prijzen bij het koperspubliek te introduceren, met als achterliggend idee om het bij de promotionele verkoop geleden verlies terug te winnen

(zonderonderscheid)regel zou aanmerken als een maatregel van gelijke werking, kwam echter bedrogen uit. Het toenemende beroep van particulieren op art. 34 VWEU (destijds art. 30 EEG) dwong het Hof tot een koerswijziging.[21] In zijn arrest vatte het eerst kort de status quo samen:

> '15 (V)olgens de Cassis de Dijon-rechtspraak (zijn) als door artikel 30 verboden maatregelen van gelijke werking (…) aan te merken belemmeringen van het vrije goederenverkeer die, bij gebreke van harmonisatie van de wettelijke regelingen, voortvloeien uit de toepassing op goederen uit andere Lid-Staten, waar zij rechtmatig zijn vervaardigd en in de handel gebracht, van voorschriften betreffende de voorwaarden waaraan die goederen moeten voldoen (zoals voorschriften met betrekking tot hun benaming, hun vorm, hun afmeting, hun gewicht, hun samenstelling, hun aanbiedingsvorm, hun etikettering of hun verpakking), ook indien die voorschriften zonder onderscheid op alle producten van toepassing zijn, wanneer die toepassing niet kan worden gerechtvaardigd door een doel van algemeen belang, dat zou moeten voorgaan boven de eisen van het vrije goederenverkeer.'

Om daarna te vervolgen:

> '16 In afwijking van de eerdere rechtspraak moet echter worden aangenomen, dat als een maatregel die de handel tussen de Lid-Staten al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren in de zin van de Dassonville-rechtspraak (…), niet kan worden beschouwd de toepassing op producten uit andere Lid-Staten van nationale bepalingen die *bepaalde verkoopmodaliteiten* aan banden leggen of verbieden, mits die bepalingen van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooien, en mits zij zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere Lid-Staten.
>
> 17 Wanneer aan die voorwaarden is voldaan, heeft immers de toepassing van dergelijke regelingen op de verkoop van producten uit een andere Lid-Staat, die aan de door die staat vastgestelde voorschriften voldoen, niet tot gevolg, dat voor die producten *de toegang tot de markt* wordt verhinderd of meer wordt bemoeilijkt

door een betere verkoop van hetzelfde product later, tegen een iets hogere prijs. Vooral voor buitenlandse economische agenten is dit een verkoopbevorderende methode die aangewezen kan zijn met het oog op het betreden van een andere nationale markt.' Aldus A-G Van Gerven in punt 5 van zijn conclusie voor het arrest *Keck*.

21 *Ibid.*, r.o. 14: 'Aangezien de marktdeelnemers steeds vaker een beroep doen op art. 30 EEG-Verdrag ter betwisting van alle soorten regelingen die hun commerciële vrijheid beperken, ook indien die regelingen niet specifiek betrekking hebben op producten uit andere Lid-Staten, acht het Hof het noodzakelijk zijn rechtspraak ter zake nog eens te onderzoeken en te verduidelijken.'

> dan voor nationale producten het geval is. Die regelingen vallen derhalve niet binnen de werkingssfeer van artikel 30 EEG-Verdrag.'[22]

Het Hof onderscheidde in *Keck* tussen producteisen (voorschriften over de benaming, vorm, samenstelling etc. van producten) en bepaalde verkoopmodaliteiten (regels met betrekking tot de voorwaarden waaronder goederen, nadat zij in het bestemmingsland zijn ingevoerd, worden verkocht).[23] Terwijl *Cassis de Dijon* onverkort bleef gelden voor producteisen, werden i) verkoopmodaliteiten die ii) voor alle markdeelnemers golden en iii) zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hadden op de verhandeling van nationale en ingevoerde producten, buiten het bereik van art. 34 VWEU geplaatst (hun toepassing zou de markttoegang van producten uit andere lidstaten namelijk niet verhinderen of meer beperken dan die van nationale producten).[24] De rechtspraak post-*Keck* toont dat (met name) de derde voorwaarde kan beletten dat een nationale maatregel buiten de werkingssfeer van art. 34 VWEU valt.[25] In het arrest *DocMorris*, bijvoorbeeld, stelde het Hof van Justitie vast dat een Duits verbod op de online verkoop van geneesmiddelen weliswaar voor alle marktdeelnemers gold, doch feitelijk nadeliger was voor apothekers uit andere lidstaten omdat het internet voor hen een belangrijker middel was om de Duitse markt rechtstreeks te bereiken (nationale apothekers konden de medicijnen immers ook in hun winkel verkopen). Omdat deze verkoopmodaliteit niet dezelfde invloed had op de verkoop van nationale geneesmiddelen als op die van geneesmiddelen uit andere lidstaten, werd zij (dus) door het

22 Cursivering toegevoegd.

23 Vgl. De Vries 2009, p. 125. Bij verkoopmodaliteiten denke men (bijv.) aan regels die betrekking hebben op 'de plaats en het tijdstip van de verkoop van bepaalde producten, alsmede op de reclame voor deze producten en op bepaalde methoden voor het op de markt brengen' (HvJ EG 25 maart 2004, C-71/02, *Jurispr.* 2004, p. I-3025, *NJ* 2004/565 (Karner), r.o. 38). Om aan een dergelijke nationale regeling te voldoen hoeft (de samenstelling, vorm, verpakking of naam van) het ingevoerde product niet veranderd te worden. Een producteis noopt daarentegen wél tot een verandering van het product. Vgl. Amtenbrink & Vedder 2013, p. 272 (met verwijzingen naar relevante rechtspraak).

24 De *Keck*-dichotomie kwam het Hof op veel kritiek te staan. Een kleine greep uit het grote aanbod: Mattera 1994; Reich 1994, p. 468 e.v.; Chalmers 1994; Waelbroeck 1994; Picod 1998; Poiares Maduro 1998, p. 78 e.v.; Barnard 2001, p. 41 e.v. Ook vanuit de eigen organisatie klonken er kritische geluiden. Zie met name A-G Jacobs in zijn conclusie voor HvJ EG 9 februari 1995, C-412/93, *Jurispr.* 1995, p. 179, *NJ* 1996/82 (Leclerc-Siplec), punt 38 e.v.

25 Het praktisch belang van het tweede vereiste is beperkt. Vgl. Oliver & Enchelmaier 2007, p. 681; Barnard 2013, p. 126-127.

Hof aangemerkt als een maatregel van gelijke werking in de zin van art. 34 VWEU.[26]

4.2.1.3 Het arrest *Commissie/Italië ('Italiaanse aanhangers')*: (wederom) markttoegang

40. Het voorlopige sluitstuk van de rechtspraak over het begrip 'maatregel van gelijke werking' is het arrest *Commissie/Italië ('Italiaanse aanhangers')*.[27] Centraal daarin stond geen nationale producteis of verkoopmodaliteit, maar een (Italiaanse) wetsbepaling die het voorttrekken van (speciaal daartoe ontworpen) aanhangwagens door motorfietsen verbood. Aan het Hof van Justitie de vraag of deze *gebruiks*modaliteit verenigbaar was met art. 34 VWEU (ex art. 28 EG). Na een korte bloemlezing van de eerdere rechtspraak (*Dassonville*, *Cassis de Dijon*, *Keck*),[28] identificeerde het in r.o. 37 van zijn arrest drie categorieën maatregelen (van gelijke werking):

1. maatregelen van een lidstaat die ertoe strekken of tot gevolg hebben dat uit andere lidstaten afkomstige producten minder gunstig worden behandeld (*maatregelen met onderscheid*);
2. *producteisen* die (bij ontbreken van harmonisatie van nationale wet- en regelgeving) worden toegepast op goederen die afkomstig zijn uit een andere lidstaat waarin zij op rechtmatige wijze zijn geproduceerd en in de handel gebracht, ook wanneer zij zonder onderscheid op alle producten van toepassing zijn;
3. alle andere maatregelen die de toegang tot de markt van een lidstaat voor uit andere lidstaten afkomstige producten belemmeren.[29]

---

26 HvJ EG 11 december 2003, C-322/01, *Jurispr.* 2003, p. I-14887, *NJ* 2004/278 (Doc Morris). Zie ook HvJ EG 9 juli 1997, C-34/95 t/m C-36/95, *Jurispr.* 1997, p. I-03843, *NJ* 1998/739 (De Agostini), dat ging over een Zweeds verbod van op kinderen onder de twaalf jaar gerichte reclame; HvJ EG 13 januari 2000, C-254/98, *Jurispr.* 2000, p. I-151, *NJ* 2000/30 (Heimdienst), waarin centraal stond een Oostenrijkse maatregel volgens welke bakkers, slagers en handelaren in levensmiddelen hun waren alleen huis aan huis mochten verkopen in het geografische gebied waarin zij deze ook vanuit een vaste inrichting verhandelden; HvJ EG 8 maart 2001, C-405/98, *Jurispr.* 2001, p. I-1795, *NJ* 2001/474 (Gourmet), dat betrekking had op een Zweeds verbod op reclame voor alcoholhoudende dranken.

27 HvJ EG 10 februari 2009, C-110/05, *Jurispr.* 2009, p. I-519, *NJ* 2009/301 (Commissie/Italië ('Italiaanse aanhangers')). Zie tevens HvJ EG 4 juni 2009, C-142/05, *Jurispr.* 2009, p. I-4273 (Mickelsson en Roos).

28 HvJ EG 10 februari 2009, C-110/05, *Jurispr.* 2009, p. I-519, *NJ* 2009/301 (Commissie/Italië ('Italiaanse aanhangers')), r.o. 33 t/m 36.

29 Zie ook HvJ EG 4 juni 2009, C-142/05, *Jurispr.* 2009, p. I-4273 (Mickelsson en Roos), r.o. 24; HvJ EU 2 december 2010, C-108/09, *Jurispr.* 2010, p. I-12213 (Ker-Optika), r.o. 49 en 50; HvJ EU 26 april 2012, C-456/10 (ANETT), r.o. 34 en 35.

Nieuw is alleen de expliciete verwijzing naar de derde categorie.[30] Die omvat alle maatregelen die niet tot de eerste of tweede categorie behoren, maar toch de markttoegang voor producten uit andere lidstaten belemmeren.[31] Het Italiaanse gebruiksverbod vormt er een goed voorbeeld van:

> '57 Aangezien de consumenten weten dat het verboden is om hun motorfiets met een speciaal hiervoor ontworpen aanhangwagen te gebruiken, hebben zij er immers nagenoeg geen enkel belang bij om een dergelijke aanhangwagen te kopen (…). Op die manier verhindert (het gebruiksverbod) dat er op de betrokken markt een vraag naar dergelijke aanhangwagens kan bestaan, en belemmert dit artikel dus de invoer ervan.
>
> 58 Hieruit vloeit voort dat het verbod (…), voor zover het leidt tot een belemmering van de toegang tot de Italiaanse markt voor speciaal voor motorfietsen ontworpen aanhangwagens die in andere lidstaten dan de Italiaanse Republiek rechtmatig zijn gemaakt en in de handel gebracht, een door artikel 28 EG verboden maatregel van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperkingen vormt, tenzij het objectief kan worden gerechtvaardigd.'[32]

Hoewel de precieze consequenties van de (her)introductie van het markttoegangscriterium (nog) onduidelijk zijn, heeft zij in ieder geval tot gevolg dat art. 34 VWEU inhoudelijk meer op een lijn komt te staan met de overige vrijheden.[33]

4.2.2 *Art. 35 VWEU: verbod van kwantitatieve uitvoerbeperkingen en maatregelen van gelijke werking*

41. Het direct werkende[34] art. 35 VWEU verbiedt kwantitatieve uitvoerbeperkingen (d.w.z. algehele of gedeeltelijke uitvoerverboden)[35] en

30 Barnard 2009, p. 289; Tryfonidou 2010, p. 47-48.
31 Zie echter Spaventa 2009, p. 921, en Oliver e.a. 2010, p. 129 (Oliver), die 's Hofs formulering voor meerdere interpretaties vatbaar achten.
32 Men denke voorts aan (bijv.) verkoopmodaliteiten die weliswaar aan de in r.o. 16 van *Keck* geformuleerde voorwaarden voldoen, maar desalniettemin de toegang tot de markt voor geïmporteerde producten belemmeren. Vgl. Barnard 2013, p. 143-144.
33 Zie par. 4.3. en 4.4. Voor een algemene, kritische beschouwing over het markttoegangscriterium zij verwezen naar Snell 2010.
34 HvJ EG 29 november 1978, 83/78, *Jurispr.* 1978, p. 2347 (Pigs Marketing Board/Redmond), r.o. 66; HvJ EG 9 juni 1992, C-47/90, *Jurispr.* 1992, p. I-3669, *NJ* 1994/588 (Delhaize).
35 HvJ EG 12 juli 1973, 2/73, *Jurispr.* 1973, p. 865 (Geddo), r.o. 7.

maatregelen van gelijke werking.[36] Aanvankelijk omvatte het laatste begrip alle maatregelen die het handelsverkeer tussen de lidstaten 'direct of indirect, daadwerkelijk of potentieel kunnen belemmeren'.[37] Deze ruime (aan *Dassonville* ontleende)[38] definitie werd in het arrest *Groenveld* echter ingeperkt.[39] Aan de orde was de vraag of een tot vleeswarenfabrikanten gericht verbod op het voorhanden hebben, bewerken of verwerken van paardenvlees in strijd was met art. 35 VWEU.[40] Het Hof overwoog als volgt:

> '7 Het gaat in dit artikel om nationale maatregelen die een specifieke beperking van het uitgaande goederenverkeer tot doel of tot gevolg hebben en aldus tot een ongelijke behandeling van de binnenlandse handel en de uitvoerhandel van een Lid-Staat leiden, waardoor aan de nationale productie of de binnenlandse markt van de betrokken Lid-Staat ten koste van de productie of handel van andere Lid-Staten een bijzonder voordeel wordt verzekerd. Daarvan is geen sprake bij een verbod als het onderhavige, dat objectief op de productie van een bepaald soort waren van toepassing is, onverschillig of zij voor de nationale markt dan wel voor de uitvoer zijn bestemd.'[41]

---

36 Art. 35 VWEU heeft het oog op belemmeringen van het vrije goederenverkeer die door of vanuit het land van *herkomst* worden opgeworpen. Een in lidstaat A gevestigde (rechts)persoon kan het derhalve inroepen tegen een maatregel van lidstaat A die het hem moeilijk of onmogelijk maakt om zijn producten in lidstaat B op de markt te brengen. Het verbod van kwantitatieve uitvoerbeperkingen en maatregelen van gelijke werking vervult in de Europese rechtspraak een weinig prominente rol. De verklaring daarvoor is dat exporten een belangrijke levensader vormen van de (open) nationale economieën, en dus niet spoedig aan beperkingen worden onderworpen. Vgl. De Vries 2009, p. 123; Oliver e.a. 2010, p. 133-134 (Oliver); Barnard 2013, p. 72.

37 HvJ EG 3 februari 1977, 53/76, *Jurispr.* 1977, p. 197 (Bouhelier), r.o. 16.

38 Zie hiervóór nr. 36.

39 HvJ EG 8 november 1979, 15/79, *Jurispr.* 1979, p. 3409, *NJ* 1980/470 (Groenveld). Mogelijke verklaringen voor deze inperking treft men aan in Barnard 2013, p. 101.

40 Het verbod diende ter bescherming van de vleeswarenexport naar lidstaten (en derde landen) waar de consumptie van paardenvlees werd tegengegaan of de invoer van paardenvleesproducten zelfs was verboden. Omdat de aanwezigheid van paardenvlees in vleesproducten bijna niet kon worden ontdekt, zou alleen met een verbod als het onderhavige kunnen worden verzekerd dat de (geëxporteerde) vleeswaren geen paardenvlees bevatten.

41 Zie ook HvJ EG 17 maart 1990, C-9/89, *Jurispr.* 1990, p. I-1405 (Spanje/Raad), r.o. 21; HvJ EG 10 november 1992, C-3/91, *Jurispr.* 1992, p. I-5529 (Exportur), r.o. 21; HvJ EG 2 oktober 2003, C-12/02, *Jurispr.* 2003, p. I-11585 (Grilli), r.o. 42. De woorden 'ten koste van de productie of handel van andere lidstaten' ontbreken in o.a. HvJ EG 14 juli 1981, 155/80, *Jurispr.* 1981, p. 1993, *NJ* 1982/594 (Oebel), r.o. 15; HvJ EG 9 juni 1992, C-47/90, *Jurispr.* 1992, p. I-3669, *NJ* 1994/588 (Delhaize), r.o. 12; HvJ EG 25 juni 1998, C-203/96, *Jurispr.* 1998, p. I-4075 (Dusseldorp), r.o. 40, En in HvJ EG 16 mei 2000, C-388/95, *Jurispr.* 2000, p. I-3123 (België/Spanje), r.o. 41, spreekt het Hof simpelweg van een maatregel die 'een specifieke beperking van de uitvoer tot gevolg heeft en aldus leidt tot een ongelijke behandeling van de binnenlandse en de uitvoerhandel van een lidstaat'. Zie over deze verschillende formuleringen Oliver e.a. 2010, p. 136 (Oliver).

Sinds *Groenveld* had het begrip 'maatregel van gelijke werking' in de zin van art. 35 VWEU dus alleen betrekking op nationale maatregelen die leidden tot een verschil in behandeling tussen voor uitvoer bestemde producten en in de betrokken lidstaat verhandelde producten, en niet op zonderonderscheidmaatregelen.[42] Pas met het arrest *Gysbrechts* lijkt daarin verandering te zijn gekomen.[43] De zaak betrof een Belgisch voorschrift (art. 80 par. 3 van de Wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument) dat handelaren verbood om een voorschot of een betaling te verlangen vóór het verstrijken van de termijn waarbinnen de consument een op afstand gesloten overeenkomst kan herroepen. Praktisch gevolg van deze zonderonderscheidregel was dat een handelaar zijn klanten o.a. niet om een creditcardnummer mocht vragen, zelfs wanneer hij zich ertoe verbond om daarvan vóór het verstrijken van de herroepingstermijn geen gebruik te maken om betaling te verkrijgen. Stellende dat het voor een Belgische handelaar het risico meebracht dat hij slechts moeilijk betaling van zijn goederen zou kunnen verkrijgen wanneer zij aan klanten in een andere lidstaat waren geleverd, vroeg de nationale rechter aan het Hof van Justitie of het voorschrift als een maatregel van gelijke werking in de zin van art. 35 VWEU moest worden gekwalificeerd. Zijn reprise (in r.o. 40 van het arrest) van de hoger geciteerde kernpassage uit *Groenveld* bleek geen voorbode van een ontkennend antwoord. Integendeel. Na te hebben vastgesteld dat het Belgische voorschrift in het algemeen ernstigere gevolgen heeft voor de rechtstreekse, grensoverschrijdende (online) verkopen aan consumenten, oordeelde het dat

> '43 (…) een verbod als aan de orde in het hoofdgeding, (dat) van toepassing op alle op het nationale grondgebied handelende marktdeelnemers, (…) nadeliger is voor de uitvoer van producten van de markt van de uitvoerende lidstaat dan voor de handel in producten op de nationale markt van die lidstaat.
>
> 44 Vastgesteld moet dus worden dat een aan de leverancier bij een verkoop op afstand opgelegd verbod om vóór het verstrijken van de herroepingstermijn een voorschot of een betaling te vragen, een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve uitvoerbeperking vormt. Hetzelfde geldt voor het verbod voor de leverancier om van consumenten het nummer van hun betaalkaart te vragen, ook

42 Oliver e.a. 2010, p. 134-135 (Oliver); Craig & De Búrca 2011, p. 650-651; Lenaerts & Van Nuffel 2011, p. 217-218; Barents & Brinkhorst 2012, nr. 912; Amtenbrink & Vedder 2013, p. 274-275; Barnard 2013, p. 101.

43 HvJ EG 16 december 2008, C-205/07, *Jurispr.* 2008, p. I-9947, *NJ* 2009/216, m.nt. M.R. Mok (Gysbrechts).

al verbindt hij zich ertoe, daarvan vóór het verstrijken van de herroepingstermijn geen gebruik te maken of betaling te verkrijgen.'

Het arrest *Gysbrechts* impliceert geen breuk met het verleden: de kern van *Groenveld* blijft overeind, maar wordt opnieuw en ruimer geïnterpreteerd.[44] Art. 35 VWEU is thans (in ieder geval) van toepassing op maatregelen met onderscheid én zonderonderscheidmaatregelen die feitelijk resulteren in een ongelijke behandeling van goederen die voor de uitvoer zijn bestemd. Toekomstige rechtspraak zal moeten uitwijzen of *Gysbrechts* het begin vormt van een verdergaande convergentie tussen art. 35 VWEU enerzijds, en art. 34 VWEU (maar bijv. ook art. 56 VWEU)[45] anderzijds.

4.3 Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting

42. De direct werkende[46] verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers (art. 45 VWEU), de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU) en de vrijheid van dienstverrichting (art. 56 VWEU) beschermen onderdanen

44 Oliver e.a. 2010, p. 139-140 (Oliver); Roth 2010, p. 514-515; Tryfonidou 2010, p. 53; Barnard 2013, p. 101-102. Advocaat-Generaal Trstenjak had in haar conclusie voor het arrest (punt 42 e.v.) voorgesteld om de in *Dassonville*, *Cassis de Dijon* en *Keck* opgestelde definities, beperkingen en criteria (in gewijzigde vorm) op art. 35 VWEU toe te passen. Zie daarover Dawes 2009, p. 642-643; De Vries 2009, p. 124-126.

45 Vgl. HvJ EG 10 mei 1995, C-384/93, *Jurispr.* 1995, p. I-1141, *NJ* 1995/703 (Alpine Investments), waaruit volgt dat art. 56 VWEU als productvrijheid (zie nr. 52) wél van toepassing is op nationale zonderonderscheidmaatregelen die de uitvoer van diensten naar andere lidstaten belemmeren. HvJ EU 3 maart 2011, C-161/09, *Jurispr.* 2011, p. I-915 (Fragkopoulos), indiceert dat het Hof wellicht bereid is om ook in context van art. 35 VWEU een markttoegangscriterium te hanteren. Hoewel het in deze zaak ging om een regel die rechtens noch feitelijk een onderscheid maakte tussen de binnenlandse handel en de uitvoerhandel, oordeelde het Hof (in r.o. 28 en 29) simpelweg dat hij 'op zijn minst potentieel de intracommunautaire handel (kan) belemmeren en (…) dus een door art. 29 EG [thans art. 35 VWEU; *RvL*] in beginsel verboden maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve uitvoerbeperking (vormt)'. Vgl. Barnard 2013, p. 108.

46 HvJ EG 21 juni 1974, 2/74, *Jurispr.* 1974, p. 631, *NJ* 1974/434 (Reyners), r.o. 32 (art. 49 VWEU); HvJ EG 3 december 1974, 33/74, *Jurispr.* 1974, p. 1299, *NJ* 1975/129 (Van Binsbergen), r.o. 27 (art. 56 VWEU); HvJ EG 4 december 1974, 41/74, *Jurispr.* 1974, p. 1337 (Van Duyn), r.o. 8 (art. 45 VWEU).

van de lidstaten[47] die voor (on)bepaalde tijd een (on)zelfstandige economische activiteit in een andere lidstaat (willen) uitoefenen.[48] Hieronder, in de subparagrafen 4.3.1 tot en met 4.3.3, zal blijken wat deze verboden inhouden.

4.3.1 Art. 45 VWEU: vrij verkeer van werknemers

43. 'Het verkeer van werknemers binnen de Unie is vrij', zo valt te lezen in het eerste lid van art. 45 VWEU. Alvorens de materiële reikwijdte van deze personenvrijheid nader te verkennen, wijs ik erop dat het kernbegrip van de verdragsbepaling door het Hof van Justitie is omschreven aan de hand van 'objectieve criteria die, wat de rechten en plichten van de betrokkenen betreft, kenmerkend zijn voor de arbeidsverhouding': werknemer in de zin van art. 45 VWEU is de onderdaan van een lidstaat die voor een ander en onder diens gezag prestaties met een bepaalde economische waarde levert en daarvoor een vergoeding ontvangt.[49] Het is dus de ondergeschiktheid die de arbeidsrelatie typeert, en de werknemer onderscheidt van de zelfstandige (art. 49 VWEU) en dienstverrichter (art. 56 VWEU).[50]

---

47 Vgl. art. 20 lid 1 VWEU. De personen- en dienstenvrijheden verschillen op dit punt van de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen: art. 34 en 35 VWEU beschermen namelijk *producten* die i) in een lidstaat zijn geproduceerd of ii) buiten de (douane-)Unie zijn geproduceerd, doch haar buitengrens hebben gepasseerd (en dus circuleren binnen de interne markt). Vgl. Barnard, p. 35 en 232.

48 Niet-economisch actieve onderdanen van de lidstaten kunnen geen beroep doen op art. 45, 49 of 56 VWEU, maar – zo volgt uit HvJ EG 17 september 2002, C-413/99, *Jurispr.* 2002, p. I-7091, *NJ* 2003/93 (Baumbast), r.o. 83 en 84 – wel op art. 21 lid 1 VWEU, dat iedere burger van de Unie het recht verschaft om (in beginsel) vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven.

49 HvJ EG 3 juli 1986, 66/85, *Jurispr.* 1986, p. 2121 (Lawrie-Blum), r.o. 17; HvJ EG 14 december 1989, C-3/87, *Jurispr.* 1989, p. 4459 (Agegate), r.o. 35; HvJ EG 13 april 2000, C-176/96, *Jurispr.* 2000, p. I-2681, *NJ* 2000/543 (Lehtonen), r.o. 45; HvJ EG 17 juli 2008, C-94/07, *Jurispr.* 2008, p. I-5939, *NJ* 2009/47 (Raccanelli), r.o. 33.

50 Of in het concrete geval sprake is van een gezagsverhouding, staat ter beoordeling van de nationale rechter. Vgl. o.a. HvJ EG 8 juni 1999, C-337/97, *Jurispr.* 1999, p. I-3289 (Meeusen), r.o. 16; HvJ EG 17 juli 2008, C-94/07, *Jurispr.* 2008, p. I-5939, *NJ* 2009/47 (Raccanelli), r.o. 37. Zijn taak is ook te onderzoeken of de verrichte prestaties 'reële en daadwerkelijke arbeid' behelzen 'die niet van zo geringe aard (zijn) dat het louter om marginale of bijkomstige werkzaamheden gaat', en of de werkzaamheden in kwestie tegen beloning zijn verricht. Een al strenge maatstaf zal hij daarbij niet mogen aanleggen: rechtspraak van het Hof maakt duidelijk dat (bijv.) ook deeltijdwerkers (HvJ EG 23 maart 1982, 53/81, *Jurispr.* 1983, p. 1035 (Levin)), oproepkrachten (HvJ EG 26 februari 1992, C-357/89, *Jurispr.* 1992, p. I-1027 (Raulin)) en beloonde stagiaires (HvJ EG 30 maart 2006, C-10/05, *Jurispr.* 2006, p. I-3145, *NJ* 2007/479 (Mattern en Cikotic)) onder het werknemersbegrip van art. 45 VWEU vallen.

44. Dan de verdragsvrijheid zelf.[51] Blijkens art. 45 lid 2 VWEU veronderstelt zij in de eerste plaats de afschaffing van iedere *directe* en *indirecte discriminatie* op grond van nationaliteit tussen de werknemers der lidstaten, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden. Van directe (of openlijke) nationaliteitsdiscriminatie is sprake wanneer een lidstaat '(de) aanbiedingen van en aanvragen om werk, de toegang tot arbeid in loondienst en de uitoefening daarvan door (migrerende werknemers) beperkt of aan voorwaarden onderwerpt die niet voor de eigen onderdanen gelden.'[52] Indirect (of verkapt) discriminerend zijn handelingen die weliswaar geen beroep doen op het ontoelaatbare onderscheidingscriterium (nationaliteit), doch door het hanteren van een als zodanig niet verboden onderscheidingscriterium (bijv. woonplaats)[53] feitelijk hetzelfde effect sorteren.[54]

45. Art. 45 VWEU behelst echter meer dan alleen een discriminatieverbod. In 1995 – twintig jaar na zijn befaamde arrest *Dassonville* – bevestigde het Hof in het arrest *Bosman* wat de formulering van lid 1 al impliceerde, namelijk dat art. 45 VWEU (tevens) een algemeen *beperkings*verbod inhoudt.[55] Aan de orde waren (o.a.) de transferregels van (inter)nationale voetbalbonden die bepaalden dat een beroepsvoetballer wiens arbeidsovereenkomst met de oude club was geëindigd, pas voor een in een andere lidstaat gevestigde club mocht uitkomen na betaling door laatstgenoemde van een transfervergoeding aan de voormalige werkgever. Het Hof van Justitie concludeerde dat deze niet-discriminerende regel een (in beginsel) verboden belemmering van het vrije werknemersverkeer opleverde, daar hij 'een rechtstreekse voorwaarde (stelde) voor de toegang van

51 Vrij verkeer van werknemers omvat het recht om i) in te gaan op een feitelijk aanbod tot tewerkstelling, ii) zich te dien einde vrij te verplaatsen binnen het grondgebied der lidstaten, iii) in één van de lidstaten te verblijven teneinde daar een beroep uit te oefenen overeenkomstig de regels die voor het tewerkstellen van nationale werknemers gelden, en iv) op het grondgebied van een lidstaat verblijf te houden, na er een betrekking te hebben vervuld. Zie art. 45 lid 3 VWEU. Deze rechten zijn verder uitgewerkt in Richtlijn 2004/38/EG (Burgerschapsrichtijn) en Verordening (EU) 492/2011.

52 Art. 3 lid 1 sub a van Verordening (EU) 492/2011.

53 Vgl. HvJ EG 12 februari 1974, 152/73, *Jurispr.* 1974, p. 153 (Sotgiu).

54 Vgl. Lenaerts & Van Nuffel 2011, p. 243-245. Zie ook art. 3 lid 1 sub b van Verordening (EU) 492/2011.

55 HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, *Jurispr.* 1995, p. I-4921, *NJ* 1996/637 (Bosman), nader te bespreken in par. 5.3.1. Vgl. reeds HvJ EG 31 maart 1993, C-19/92, *Jurispr.* 1993, p. I-1663 (Kraus), r.o. 32, waarin het Hof oordeelde dat art. 45 VWEU zich (in beginsel) verzet tegen een indirect discriminerende maatregel die de uitoefening van het recht op vrij verkeer van werknemers 'kan belemmeren of minder aantrekkelijk maken'.

spelers tot de arbeidsmarkt van de andere lidstaten'.[56] Analoge toepassing van *Keck* (zie par. 4.1.2.1) wees het Hof in dit geval dan ook uitdrukkelijk van de hand.[57] Dat geldt evenwel niet voor de ratio van het arrest (bepaalde verkoopmodaliteiten vallen buiten het bereik van art. 34 VWEU, omdat zij slechts een zeer beperkte, indirecte invloed hebben op het vrije goederenverkeer). Neem het arrest *Graf*.[58] Voorwerp van deze zaak was een nationale regel die een werknemer het recht op een ontslagvergoeding ontzegde wanneer hij zijn arbeidsovereenkomst zelf beëindigde (bijv. om in een andere lidstaat in loondienst te gaan werken), doch zo'n vergoeding wel toekende wanneer de overeenkomst was geëindigd zonder dat de werknemer daartoe het initiatief had genomen. Op de vraag van de nationale rechter of deze niet-discriminerende regeling in strijd was met art. 45 VWEU antwoordde het Hof dat 'zij niet van dien aard is, dat zij de werknemer belet of ervan weerhoudt, zijn arbeidsovereenkomst te beëindigen om bij een andere werkgever in loondienst te treden, daar het recht op de ontslagvergoeding niet afhangt van de keuze van de werknemer om al dan niet bij zijn werkgever in dienst te blijven, maar van een toekomstige en hypothetische gebeurtenis, te weten de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst zonder dat hij daartoe zelf het initiatief heeft genomen of deze gebeurtenis aan hem is toe te rekenen.'[59] Een dergelijke gebeurtenis is volgens het Hof een 'te onzekere en indirecte omstandigheid' om de gewraakte nationale regel te beschouwen als een belemmering van het vrije verkeer van werknemers.[60]

4.3.2 Art. 49 VWEU: vrijheid van vestiging

46. Vrijheid van vestiging – de andere component van het vrije personenverkeer – omvat 'de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen (…) overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld'.[61] Art. 49 VWEU moet zowel de primaire als secundaire

56 HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, *Jurispr.* 1995, p. I-4921, *NJ* 1996/637 (Bosman), r.o. 103.
57 Vgl. Mortelmans 1996, p. 145.
58 HvJ EG 27 januari 2000, C-190/98, *Jurispr*. 2000, p. I-493, *NJ* 2000/304 (Graf).
59 *Ibid.*, r.o. 24.
60 *Ibid.*, r.o. 25. Vgl. ook HvJ EG 1 april 2008, C-212/06, *Jurispr.* 2008, p. I-1683, *NJ* 2008/391 (Regering van de Franse Gemeenschap en Waalse regering/Vlaamse regering), r.o. 51.
61 Art. 49 VWEU, tweede alinea.

vestigingsvrijheid waarborgen.[62] Van primaire vestiging is sprake wanneer een EU-onderdaan het zwaartepunt van zijn economische activiteit verplaatst naar een andere lidstaat, of aldaar voor onbepaalde tijd zo'n zelfstandige activiteit begint. Secundaire vestiging heeft daarentegen betrekking op de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door EU-onderdanen die reeds op het grondgebied van een (andere) lidstaat zijn gevestigd.

47. Art. 49 VWEU verzet zich in de eerste plaats tegens *directe* en *indirecte discriminaties* op grond van nationaliteit. (In beginsel) verboden is dus bijvoorbeeld een nationale regeling die het beroep van advocaat alleen openstelt voor eigen onderdanen.[63] Hetzelfde geldt voor de weigering van autoriteiten om een persoon toe te laten tot de balie omdat hij zijn rechtenstudie niet in het vestigingsland, doch in een andere lidstaat heeft volbracht.[64] Bovendien, zo volgt uit het arrest *Gebhard*, verzet art. 49 VWEU zich ook tegen alle *niet-discriminerende maatregelen* die het gebruik van de vestigingsvrijheid verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken.[65] In latere rechtspraak is de reikwijdte van het verbod (enigszins) begrensd. Een voorbeeld biedt het arrest *Semeraro Casa Uno*.[66] Daarin was de vraag aan de orde of een Italiaanse wet, die een algehele winkelsluiting op zon- en feestdagen voorschreef, verenigbaar was met art. 34 en 49 VWEU. Nadat het Hof de nationale maatregel had aangemerkt als een buiten het bereik van art. 34 VWEU vallende verkoopmodaliteit, constateerde het met betrekking tot art. 49 VWEU dat 'de betrokken wettelijke regeling geldt voor alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooien, dat zij overigens niet tot doel heeft, de

62 Vgl. art. 49 VWEU, eerste alinea.

63 HvJ EG 21 juni 1974, 2/74, *Jurispr.* 1974, p. 6318, *NJ* 1974/434 (Reyners).

64 Vgl. HvJ EG 7 mei 1991, C-340/89, *Jurispr.* 1991, p. I-2357 (Vlassopoulou), r.o. 15: '(N)ationale kwalificatievereisten (kunnen), ook wanneer zij [rechtens; *RvL*] worden toegepast zonder discriminatie op grond van nationaliteit, [feitelijk; *RvL*] tot gevolg (…) hebben, dat de uitoefening door onderdanen van andere lidstaten van het hun in art. (49 VWEU) gewaarborgde recht van vestiging, wordt belemmerd. Dit kan het geval zijn, wanneer in de nationale voorschriften geen rekening wordt gehouden met door de betrokkene reeds in een andere lidstaat verworven kennis en bekwaamheden.'

65 HvJ EG 30 november 1995, C-55/94, *Jurispr.* 1995, p. I-4165 (Gebhard), r.o. 37. Zie bijv. ook HvJ EG 1 februari 2001, C-108/96, *Jurispr.* 2001, p. I-837 (MacQuen), r.o. 26; HvJ EG 30 maart 2006, C-451/03, *Jurispr.* 2006, p. I-2941, *NJ* 2006/477 (Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti), r.o. 31.

66 HvJ EG 20 juni 1996, C-418/93, C-419/93, C-420/93, C-421/93, C-460/93, C-461/93, C-462/93, C-464/93, C-9/94, C-10/94, C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 en C-332/94, *Jurispr.* 1996, p. I-2975 (Semeraro Casa Uno).

vestigingsvoorwaarden voor de betrokken ondernemingen te regelen, en ten slotte dat de beperkingen die zij voor de vrijheid van vestiging teweeg zou kunnen brengen, zo onzeker en indirect zijn, dat van de in de regeling vervatte verplichting niet kan worden gezegd, dat zij deze vrijheid belemmert'.[67]

48. Behalve aan natuurlijke personen biedt art. 49 VWEU ook bescherming aan bepaalde rechtspersonen. Vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en hun statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging binnen de Unie hebben, worden ingevolge art. 54, eerste alinea, VWEU (voormalig art. 48 EG) namelijk gelijkgesteld met natuurlijke personen die onderdaan zijn van één van de lidstaten.[68] Door een gebrek aan harmonisering van het nationale rechtspersonenrecht is hun primaire vestigingsvrijheid vooralsnog evenwel (meer) begrensd (dan die van natuurlijke personen), zo volgt o.a. uit het arrest *Cartesio*.[69] Deze zaak betrof een naar Hongaars recht opgerichte commanditaire vennootschap die haar werkelijke zetel met behoud van 'nationaliteit' wilde verplaatsen van Hongarije naar Italië. Het verzoek van Cartesio om de zetelverplaatsing vast te leggen in het handelsregister, werd evenwel door de Hongaarse rechter afgewezen op de grond dat het geldende nationale recht een in Hongarije opgerichte vennootschap niet toestond om haar zetel met behoud van de Hongaarse rechtspersoonlijkheid te verplaatsen naar een andere (lid)staat.[70] Aan het Hof van Justitie werd de vraag gesteld of het Hongaarse recht op dit punt in strijd was met art. 49 VWEU (toen art. 43 EG). Zijn antwoord luidde ontkennend:

> '109 Overeenkomstig artikel 48 EG, vormt bij het ontbreken in het gemeenschapsrecht van een eenduidige definitie van vennootschappen die aanspraak

67 *Ibid.*, r.o. 32.

68 'Onder vennootschappen worden verstaan maatschappen naar burgerlijk recht of handelsrecht, de coöperatieve verenigingen of vennootschappen daaronder begrepen, en de overige rechtspersonen naar publiek- of privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen welke geen winst beogen', aldus art. 54, tweede alinea, VWEU.

69 HvJ EG 16 december 2008, C-210/06, *Jurispr.* 2008, p. I-9641, *NJ* 2009/202, m.nt. Vlas (Cartesio). Zie over dit (veelbesproken) arrest o.a. Szydło 2009; Vossestein 2009.

70 Naast deze zogeheten werkelijke zetelleer (een vennootschap die is opgericht naar het recht van een lidstaat, blijft aan dat recht onderworpen zolang zij haar werkelijke zetel in die lidstaat heeft) kent men in het ipr-rechtspersonenrecht ook de incorporatieleer, volgens welke een vennootschap onderworpen blijft aan het recht van het oprichtingsland (ongeacht waar zij haar werkelijke activiteiten ontplooit). Zie Strikwerda 2012, nr. 199.

> kunnen maken op het recht van vestiging op basis van één aanknopingscriterium waarmee het op een vennootschap toepasselijke nationale recht wordt bepaald, de vraag of artikel 43 EG van toepassing is op een vennootschap die zich op het in dit artikel verankerde fundamentele recht beroept, net als overigens de vraag of een natuurlijke persoon een onderdaan is van een lidstaat en uit dien hoofde deze vrijheid geniet, dus een voorafgaande vraag waarop bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht enkel in het toepasselijke nationale recht een antwoord kan worden gevonden. Dus enkel wanneer is gebleken dat deze vennootschap, gelet op de voorwaarden van artikel 48 EG, inderdaad recht heeft op vrijheid van vestiging, rijst de vraag of deze vennootschap wordt geconfronteerd met een beperking van deze vrijheid in de zin van artikel 43 EG.
>
> 110 Een lidstaat mag dus zowel de aanknoping omschrijven die van een vennootschap vereist is opdat deze kan worden geacht te zijn opgericht volgens het nationale recht van die lidstaat, en uit dien hoofde het recht van vestiging heeft, als de aanknoping die vereist is om deze hoedanigheid naderhand te kunnen handhaven. Deze bevoegdheid omvat de mogelijkheid voor deze lidstaat om een onder zijn nationale recht vallende vennootschap niet toe te staan deze hoedanigheid te behouden wanneer zij zich in een andere lidstaat wenst te herorganiseren door de verplaatsing van haar zetel naar het grondgebied van die lidstaat, en aldus de aanknoping die in het nationale recht van de lidstaat van oprichting is voorzien, verbreekt.'

Omdat Cartesio door de zetelverplaatsing naar Italië haar Hongaarse rechtspersoonlijkheid had verloren (een gevolg van de door het Hof van Justitie geaccordeerde toepassing van de werkelijke zetelleer), voldeed zij niet meer aan de vereisten van art. 54 VWEU, en kon zij (dus) geen bescherming ontlenen aan art. 49 VWEU.[71] Dat had wél gekund als haar zetelverplaatsing gepaard was gegaan met een omzetting in een Italiaanse vennootschapsvorm. Immers,

> 'de in punt 110 van het onderhavige arrest genoemde bevoegdheid, die beslist niet een immuniteit van de nationale wetgeving op het gebied van de oprichting en ontbinding van vennootschappen ten aanzien van de verdragsbepalingen betref-

71 De kwestie of een (rechts)persoon de 'nationaliteit' van een lidstaat heeft en derhalve een beroep kan doen op art. 49 VWEU is vergelijkbaar met de (voor) vraag of een natuurlijk persoon de nationaliteit van een lidstaat bezit en aldus de rechten kan genieten die gekoppeld zijn aan het Unieburgerschap (vgl. art. 20 lid 1 VWEU: 'Burger van de Unie is een ieder die de nationaliteit van een lidstaat bezit.').

> fende de vrijheid van vestiging impliceert, (kan) er in het bijzonder geen rechtvaardiging voor vormen dat de lidstaat van oprichting, door de ontbinding en liquidatie van deze vennootschap te vereisen, haar belet zich om te zetten in een vennootschap naar nationaal recht van die andere lidstaat voor zover diens recht dit toestaat'.[72]

49. In de praktijk maken vennootschappen als bedoeld in art. 54 VWEU met name gebruik van hun recht om in andere lidstaten agentschappen, filialen of dochterondernemingen op te zetten volgens het aldaar geldende recht.[73] Nationale maatregelen die de uitoefening van dit recht van secundaire vestiging belemmeren, zijn (in beginsel) in strijd met art. 49 VWEU. Het Hof heeft in dit verband gepreciseerd dat het voor de toepassing van deze verdragsbepaling niet van belang is dat 'een vennootschap in een lidstaat enkel is opgericht met het doel zich te vestigen in een tweede lidstaat, om daar haar voornaamste, zo niet al haar economische activiteiten te ontplooien'.[74] De omstandigheid dat een vennootschap in een lidstaat is opgericht met het doel gebruik te maken van een gunstigere wettelijke regeling (voor bijv. het minimumkapitaal, de volstorting van aandelen), kan volgens het Hof dan ook niet worden gekwalificeerd als misbruik van het vestigingsrecht.

4.3.3 Art. 56 VWEU: vrijheid van dienstverrichting

50. Art. 56 tot en met 62 VWEU hebben betrekking op 'de diensten', oftewel 'de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden', en die niet reeds zijn onderworpen aan de verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen, personen of kapitaal.[75] De dienstenvrijheid heeft dus geen betrekking op de in-, uit- of doorvoer van stoffelijke objecten (vgl. art. 34 en 35 VWEU),[76] maar ziet (in tegenstelling tot art. 45 resp. 49 VWEU)

---

72 HvJ EG 16 december 2008, C-210/06, *Jurispr.* 2008, p. I-9641, *NJ* 2009/202, m.nt. Vlas (Cartesio), r.o. 112. Aldus maakte het Hof duidelijk dat een lidstaat de zogenoemde *outbound*-grensoverschrijdende omzetting van een ('uitreizende') vennootschap moet toestaan voor zover het recht van de andere lidstaat dit mogelijk maakt. Uit HvJ EU 12 juli 2012, C-378/10, *NJ* 2012/581 (Vale), volgt dat een lidstaat ook bij een *inbound*-omzetting (waarbij een vennootschap 'inreist') acht moet slaan op art. 49 en 54 VWEU.

73 Barents & Brinkhorst 2012, nr. 948.

74 HvJ EG 9 maart 1999, C-212/97, *Jurispr.* 1999, p. I-1459, *NJ* 2000/48 (Centros), r.o. 17; HvJ EG 30 september 2003, C-167/01, *Jurispr.* 2003, p. I-10155, *NJ* 2004/394 (Inspire Art), r.o. 95.

75 Art. 57, eerste alinea, VWEU. De dienstenvrijheid heeft derhalve (op papier) een residuair karakter.

76 Körber 2004, p. 321-322.

op de zelfstandige en tijdelijke[77] uitoefening van een grensoverschrijdende economische activiteit. Voor de afbakening ten opzichte van het vrije kapitaalverkeer (art. 63 VWEU) bestaat geen algemeen criterium.[78]

51. Ingevolge art. 56, eerste alinea, VWEU zijn '*beperkingen* op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd, dan (die) waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht'.[79] Voorts bepaalt art. 57 VWEU dat 'degene die de diensten verricht, daartoe zijn werkzaamheden tijdelijk (kan) uitoefenen in de lidstaat waar de dienst wordt verricht, *onder dezelfde voorwaarden als die welke die staat aan zijn eigen onderdanen oplegt*'. Op grond van deze laatste (door mij deels gecursiveerde) passage mag de dienstverrichter niet worden gediscrimineerd op grond van zijn nationaliteit. Daarnaast volgt uit de rechtspraak van het Hof dat ook indirecte discriminaties (in beginsel) niet zijn toegestaan. Men denke aan een regel op grond waarvan een dienstverrichter woonachtig moet zijn in de lidstaat waar hij zijn diensten verricht,[80] maar bijvoorbeeld ook aan nationale regels die dienstverrichters uit andere lidstaten onderwerpen aan een dubbele last.[81] Zoals de eerste alinea van art. 56 VWEU reeds doet vermoeden, verlangt het

77 Het (al dan niet) tijdelijke karakter van de economische activiteit moet worden beoordeeld aan de hand van haar frequentie, periodiciteit en continuïteit. Vgl. HvJ EG 30 november 1995, C-55/94, *Jurispr.* 1995, p. I-04165 (Gebhard), r.o. 27.

78 Körber 2004, p. 356-359.

79 Cursivering toegevoegd.

80 Vgl. HvJ EG 3 december 1974, 33/74, *Jurispr.* 1974, p. 1299, *NJ* 1975/129 (Van Binsbergen), r.o. 11: '(H)et vereiste dat de verrichter van de dienst vaste woonplaats moet hebben op het grondgebied van de staat waar de dienst wordt verricht, (kan) onder omstandigheden tot gevolg (…) hebben dat elk effect wordt ontnomen aan art. 59 [thans 56; *RvL*], dat juist de opheffing ten doel heeft van alle beperkingen op het vrij verrichten van diensten door personen die niet zijn gevestigd op het grondgebied van de staat waar de dienst moet worden verricht.'

81 Zie bijv. HvJ EG 25 juli 1991, C-288/89, *Jurispr.* 1991, p. I-4007 (Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda), r.o. 12 en 13: 'Bij gebreke van harmonisatie van de regelingen inzake dienstverrichtingen, en zelfs van een gelijkwaardigheidsregime, kunnen bovendien beperkingen van de op dit gebied door het Verdrag gewaarborgde vrijheid voortkomen uit de toepassing van voor iedere op het nationale grondgebied gevestigde persoon geldende nationale regelingen op in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichters die reeds aan de aldaar geldende wettelijke voorschriften moeten voldoen. Volgens vaste rechtspraak (…) vallen dergelijke beperkingen onder artikel 59 EEG-Verdrag [thans 56 VWEU; *RvL*], wanneer toepassing van de nationale wettelijke regeling op buitenlandse dienstverrichters niet gerechtvaardigd is om dwingende redenen van algemeen belang, of wanneer aan de uit die wettelijke regeling voortvloeiende vereisten reeds is voldaan op grond van de regels waaraan die dienstverrichters onderworpen zijn in de lidstaat waarin zij zijn gevestigd.'

echter 'niet alleen de afschaffing van iedere discriminatie van de dienstverrichter op grond van diens nationaliteit (…), maar tevens de opheffing van iedere beperking – ook indien deze zonder onderscheid geldt voor binnenlandse dienstverrichters en dienstverrichters uit andere lidstaten – die de werkzaamheden van de dienstverrichter die in een andere lidstaat is gevestigd en aldaar rechtmatig gelijksoortige diensten verricht, verbiedt of anderszins belemmert'.[82] Het begrip 'beperking' in de zin van art. 56 VWEU heeft namelijk betrekking op 'alle maatregelen die de uitoefening van (…) het vrij verrichten van diensten verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken', en omvat dus nationale regels 'die, hoewel zij zonder onderscheid toepasselijk zijn, de toegang tot de markt voor ondernemingen van andere lidstaten ongunstig beïnvloeden'.[83]

52. Art. 56 VWEU heeft (in ieder geval) het oog op de situatie waarin een in lidstaat A gevestigde EU-onderdaan (of een vennootschap als bedoeld in art. 54 jo. 62 VWEU) zich tijdelijk naar lidstaat B begeeft (of wil begeven) om daar diensten te verrichten. Hoewel het niet blijkt uit zijn tekst, beschermt art. 56 VWEU tevens 'de vrijheid van degenen te wier behoeve diensten worden verricht, om zich met het oog daarop naar een andere lidstaat te begeven zonder daarbij (…) te worden gehinderd'.[84] Het beperkingsverbod ziet dus ook op het geval waarin de in lidstaat B gevestigde persoon (bijv. een student, patiënt, of toerist) zich verplaatst naar lidstaat A om aldaar de door een EU-onderdaan (of vennootschap als bedoeld in art. 54 jo. 62 VWEU) verrichte diensten te ontvangen.[85] Uit (bijv.) het arrest *Alpine Investments* blijkt ten slotte dat art. 56 VWEU ook betrekking heeft op de situatie waarin de dienst (en niet de verrichter of ontvanger ervan) zich verplaatst van de ene naar de andere lidstaat.[86] Een Nederlandse vennootschap, gespecialiseerd in de goederentermijnhandel, betoogde dat een door de autoriteiten opgelegd verbod om potentiële opdrachtgevers (in andere lidstaten) via 'cold calling' te benaderen, in strijd was met art. 56 VWEU. De Nederlandse regering meende echter dat sprake was van een *Keck*-achtige verkoopmodaliteit die buiten de

82 HvJ EG 25 juli 1991, C-76/90, *Jurispr.* 1991, p. I-4221, *NJ* 1994/224 (Säger), r.o. 12.
83 HvJ EG 28 april 2009, C-518/06, *Jurispr.* 2009, p. I-3491, *NJ* 2009/415 (Commissie/Italië), r.o. 62 en 64.
84 HvJ EG 31 januari 1984, 286/82 en 26/83, *Jurispr.* 1984, p. 377, *NJ* 1985/187 (Luisi en Carbone), r.o. 16.
85 Vgl. HvJ EG 2 februari 1989, 186/87, *Jurispr.* 1989, p. 195, *NJ* 1991/108 (Cowan).
86 HvJ EG 10 mei 1995, C-384/93, *Jurispr.* 1995, p. I-1141, *NJ* 1995/703 (Alpine Investments). Behalve een *persoons*gebonden vrijheid (vgl. art. 45 en 49 VWEU), is art. 56 VWEU dus ook een *object*gebonden vrijheid (vgl. art. 34 en 35 VWEU). Zie Körber 2004, p. 318-321.

werkingssfeer van art. 56 VWEU viel. Het Hof van Justitie ging daar niet in mee: 'Een dergelijk verbod ontneemt de betrokken marktdeelnemers (…) een snelle en rechtstreekse mogelijkheid om reclame te maken en potentiële opdrachtgevers in andere lidstaten te benaderen', en 'is dan ook rechtstreeks van invloed op de toegang tot de dienstenmarkt in de andere lidstaten.'[87] Het Nederlandse verbod van 'cold calling' vormde derhalve een (overigens gerechtvaardigde) beperking van de vrijheid van dienstverrichting. Nationale maatregelen waarvan de invloed op het vrije dienstenverkeer te onzeker en indirect zijn, beschouwt het Hof daarentegen niet als een belemmering van het vrije verkeer van diensten.[88]

4.4 Art. 63 VWEU: vrij verkeer van kapitaal (en betalingen)

53. Art. 63 VWEU verbiedt (in het eerste resp. tweede lid) alle beperkingen van het kapitaal- en betalingsverkeer tussen lidstaten onderling én tussen lidstaten en derde landen.[89] Ik richt mij in deze paragraaf (bijna) uitsluitend op het in lid 1 neergelegde verbod.

Het begrip 'kapitaalverkeer' wordt (bij gebreke van een verdragsrechtelijke definitie) door het Hof van Justitie omschreven aan de hand van de indicatieve nomenclatuur die is opgenomen in de bijlage van richtlijn 88/361/EEG.[90] Tot de daarin vermelde rubrieken behoren o.a.

87 HvJ EG 10 mei 1995, C-384/93, *Jurispr.* 1995, p. I-1141, *NJ* 1995/703 (Alpine Investments), r.o. 28 en 38. Met Timmermans 1996, p. 246, lees ik in deze overweging geen algemene en principiële afwijzing van de *Keck*-analogie. Anders: Hatzopoulos 1995, p. 1438.

88 HvJ EG 12 juni 2012, C-602/10, *NJ* 2012/600 (Volksbank România/CJPC), r.o. 81; HvJ EU 8 mei 2014, C-483/12, (Pelckmans Turnhout), r.o. 25.

89 Met deze uitbreiding van de territoriale werkingssfeer onderscheidt art. 63 VWEU zich van de overige vrijheden. Ik laat dit aspect verder rusten. Zie hierover Snell 2011, p. 564 e.v.

90 Zie o.a. HvJ EG 16 maart 1999, C-222/97, *Jurispr.* 1999, p. I-1661, *NJ* 1997/714 (Trummer en Mayer), r.o. 21; HvJ EG 4 juni 2002, C-483/99, *Jurispr.* 2002, p. I-4781, *NJ* 2003/108 (Commissie/Frankrijk), r.o. 36; HvJ EG 13 mei 2003, C-463/00, *Jurispr.* 2003, p. I-4581 (Commissie/Spanje), r.o. 52. Over de achtergrond van richtlijn 88/361/EEG (van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van art. 67 van het Verdrag, *Pb.* 1988, L 178/5) merk ik het volgende op. De productiefactor kapitaal is nauw verbonden met het economisch en monetair beleid van de lidstaten. Pre-EMU zou een algemene vrijmaking van het kapitaalverkeer 'het economisch beleid van een of andere lidstaat in gevaar, of zijn betalingsbalans uit haar evenwicht kunnen brengen, waardoor de goede werking van de gemeenschappelijke markt zou worden geschaad'. Aldus verklaarde het Hof in r.o. 9 van het arrest *Casati* (203/80, *Jurispr.* 1981, p. 2595) de terughoudende toon van art. 67 lid 1 EEG: 'Gedurende de overgangsperiode en *in de mate waarin zulks voor de goede werking van de gemeenschappelijke markt nodig is*, heffen de lidstaten in hun onderling verkeer

directe investeringen,[91] beleggingen in onroerend goed,[92] transacties in effecten op de kapitaal- of geldmarkt,[93] financiële leningen en kredieten,[94] en borgstellingen.[95] Aldus omvat het financiële transacties die op belegging of investering van het betrokken bedrag zijn gericht.[96]

---

geleidelijk de beperkingen op met betrekking tot het verkeer van kapitaal toebehorende aan personen die woonachtig of gevestigd zijn in de lidstaten alsmede discriminerende behandeling op grond van nationaliteit of van de vestigingsplaats van partijen of op grond van het gebied waar het kapitaal wordt belegd'. De omvang van het door mij gecursiveerde voorbehoud (dat ook na het verstrijken van de overgangsperiode bleef gelden) wisselde volgens het Hof met de tijd, en hing af van 'een beoordeling van de behoeften van de gemeenschappelijke markt, en van de waardering van zowel voordelen als risico's die een liberalisatie voor deze markt zou kunnen meebrengen, gelet op haar toestand op een bepaald moment, en, met name, op de graad van integratie die is bereikt op de gebieden waarvoor het kapitaalverkeer bijzonder belangrijk is'. Het was de Raad die deze beoordeling toekwam; hij bezat de bevoegdheid om volgens de procedure van art. 69 EEG richtlijnen vast te stellen. Art. 67 lid 1 EEG had toentertijd dus géén directe werking (vgl. het arrest *Casati*, r.o. 10-12). Anders dan haar voorgangers beoogde richtlijn 88/361/EEG een volledige (i.p.v. een geleidelijke en gedeeltelijke) vrijmaking van kapitaalbewegingen. Zij vormde daarmee de opmaat voor een grondige revisie van het verdragshoofdstuk over het kapitaalverkeer. Sinds 1 januari 1994 – twee maanden na de inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht – geldt namelijk het nieuwe art. 63 lid 1 VWEU (ex art. 56 lid 1 EG).

91 Rubriek I, in de verklarende aantekeningen als volgt geduid: 'Alle investeringen welke door natuurlijke personen of door commerciële, industriële of financiële ondernemingen worden verricht en welke gericht zijn op de vestiging of de handhaving van duurzame en directe betrekkingen tussen de kapitaalverschaffer enerzijds en de ondernemer of onderneming anderzijds, voor wie de desbetreffende middelen bestemd zijn met het oog op de uitoefening van een economische activiteit. Dit begrip moet derhalve in de ruimste zin worden opgevat.'

92 Rubriek II, in de verklarende aantekeningen als volgt geduid: 'De koop van bebouwde en onbebouwde eigendommen, alsmede de uitvoering van bouwwerken door particulieren die daarmede winstgevende of persoonlijke doeleinden nastreven. Deze categorie omvat eveneens het recht van vruchtgebruik, het recht van erfdienstbaarheid en het recht van opstal.'

93 Vgl. de rubrieken III en V.

94 Rubriek VIII. Zij omvat o.a. hypothecaire leningen en consumptief krediet.

95 Vgl. rubriek IX.

96 Het vrije *betalings*verkeer (art. 63 lid 2 VWEU) heeft daarentegen betrekking op de overmakingen van deviezen als tegenprestatie voor de levering van goederen, het verrichten van arbeid/diensten, of een kapitaaltransfer. Vgl. HvJ EG 23 november 1978, 7/78, *Jurispr.* 1978, p. 2247, *NJ* 1979/440 (Thompson), r.o. 24; HvJ EG 31 januari 1984, 286/82 en 26/83, *Jurispr.* 1984, p. 377, *NJ* 1985/187 (Luisi en Carbone), r.o. 21. Het oorspronkelijke art. 106 lid 1 EEG verplichtte de lidstaten om betalingen toe te staan die voor de vrijmaking van het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal noodzakelijk waren ('Elke lidstaat verbindt zich, om in de valuta van de lidstaat waarin de schuldeiser of de begunstigde verblijf houdt, de betalingen welke betrekking hebben op het goederen-, diensten- en kapitaalverkeer, evenals de overmaking van kapitaal en loon, toe te staan, voor

54. Het direct werkende[97] art. 63 lid 1 VWEU verzet zich in de eerste plaats tegen nationale maatregelen die een onderscheid maken naar de nationaliteit of de woon- c.q. vestigingsplaats van partijen, dan wel de geografische bestemming van het kapitaalverkeer (directe en indirecte discriminaties).[98] Zie bijvoorbeeld het arrest *Commissie/Portugal*:[99] verboden is een nationale regeling die (uitsluitend) investeerders uit andere lidstaten verbiedt om meer dan een vastgestelde hoeveelheid aandelen in bepaalde nationale ondernemingen te verwerven. Art. 63 lid 1 VWEU behelst echter meer dan alleen een discriminatieverbod. In het genoemde arrest *Commissie/Portugal* oordeelde het Hof namelijk dat het artikel 'op algemene wijze de beperkingen van het kapitaalverkeer tussen de lidstaten (verbiedt)' en dus 'verder gaat dan het wegwerken van een op de nationaliteit gebaseerde ongelijke behandeling van de marktdeelnemers op de financiële markten'.[100] Het verbod van het eerste lid treft dus ook niet-discriminerende beperkingen van het kapitaalverkeer. Zo is verboden een nationale maatregel die het verwerven van een deelneming in bepaalde nationale vennootschappen aan een vergunningplicht onderwerpt wanneer zij een zekere maximumgrens overschrijdt, omdat hij 'het verwerven van aandelen van de betrokken ondernemingen (blokkeert) en investeerders uit andere lidstaten ervan (weerhoudt) in die ondernemingen te investeren'.[101]

---

zover het goederen-, diensten-, kapitaal- en personenverkeer tussen de lidstaten met toepassing van dit Verdrag is vrijgemaakt.'). De liberalisering van het betalingsverkeer werd op deze wijze gekoppeld aan de realisatie van de overige vrijheden.

97 HvJ 14 december 1995, C-163/94, C-165/94 en C-250/94, *Jurispr.* 1995, p. I-4821, *NJ* 1997/35 (Sanz de Lera), r.o. 43.

98 Zulks kwam in art. 67 lid 1 EEG expliciet tot uitdrukking. Vgl. Körber 2004, p. 360; Barnard, 2013, p. 589-590.

99 HvJ EG 4 juni 2002, C-367/98, *Jurispr.* 2002, p. I-4731 (Commissie/Portugal). Illustratief zijn voorts HvJ EG 1 juni 1999, C-302/97, *Jurispr.* 1999, p. I-3099, *NJ* 1999/766 (Konle), en HvJ EG 13 juli 2000, C-423/98, *Jurispr.* 2000, p. I-5965 (Albore).

100 HvJ EG 4 juni 2002, C-367/98, *Jurispr.* 2002, p. I-4731 (Commissie/Portugal), r.o. 44.

101 *Ibid.*, r.o. 45. In gelijkluidende zin: HvJ EG 4 juni 2002, C-483/99, *Jurispr.* 2002, p. I-4781, *NJ* 2003/108 (Commissie/Frankrijk), r.o. 41; HvJ EG 13 mei 2003, C-463/00, *Jurispr.* 2003, p. I-4581 (Commissie/Spanje), r.o. 61; HvJ EG 13 mei 2003, C-98/01, *Jurispr.* 2003, p. I-4641 (Commissie/Verenigd Koninkrijk), r.o. 47; HvJ EG 2 juni 2005, C-174/04, *Jurispr.* 2005, p. I-4933 (Commissie/Italië), r.o. 30.

4.5 Vrijverkeerbepalingen: samenloop

55. Van samenloop in het Nederlandse privaatrecht is sprake wanneer op één feitencomplex twee of meer rechtsregels voor toepassing in aanmerking komen.[102] Alsdan rijst de vraag welke invloed de ene regel heeft op het toepassingsbereik van de andere: komen beide (of alle) voor toepassing in aanmerking (cumulatie),[103] moet de rechtszoekende kiezen op welke regel hij zich wenst te beroepen (alternativiteit),[104] of heeft één van de toepasselijke regels exclusieve gelding (exclusiviteit)?[105]

Ook regels van Europees recht kunnen samenlopen. Dat blijkt bijvoorbeeld uit's Hofs rechtspraak over de (on)verenigbaarheid van een nationale maatregel met twee of meer vrijverkeerbepalingen.[106] Als voorbeeld noem ik het arrest *Libert*, waarin (o.a.) centraal stond een regel uit het Vlaamse decreet Grond- en Pandenbeleid die bepaalde dat een kandidaat-koper of potentiële huurder voor de overdracht van onroerend goed over een 'voldoende band' met de betrokken gemeente moest beschikken.[107] In antwoord op prejudiciële vragen van het Belgisch Grondwettelijk Hof stelde het Hof van Justitie vast dat deze regel in strijd was met (o.a.) art. 45, 49, 56 en 63 VWEU.[108] Uitgangspunt is aldus dat een nationale maatregel die binnen de werkingssfeer van meerdere verkeersvrijheden valt, aan al deze verdragsverboden kan worden getoetst. Een

---

102 Mon. Nieuw BW A-21 (Boukema), nr. 2.

103 Van cumulatie is sprake wanneer regels op verschillende rechtsgevolgen zijn gericht die naast elkaar kunnen intreden, bijvoorbeeld vernietiging van een overeenkomst wegens dwaling (art. 6:228 BW) en schadevergoeding (o.g.v. art. 6:162 BW). Vgl. Hartkamp 2011c, nr. 1.

104 Een dergelijke keuzeplicht is aan de orde wanneer de toepasselijke rechtsregels tot verschillende rechtsgevolgen leiden die niet tegelijkertijd kunnen intreden (een beding in algemene voorwaarden kan bijv. niet worden vernietigd o.g.v. art. 6:233 sub a BW én buiten toepassing worden gelaten o.g.v. art. 6:248 lid 2 BW).

105 Zo verdringt de bijzondere regel dat alleen de rechter besluiten van een rechtspersoon kan vernietigen (art. 2:15 lid 3 BW) de algemene (art. 3:49 BW) dat rechtshandelingen ook kunnen worden vernietigd door een buitengerechtelijke verklaring.

106 Zie over dit en andere gevallen van samenloop in het Europese (privaat)recht Hartkamp 2011c, nr. 8-14.

107 HvJ EU 8 mei 2013, C-197/11 en C-203/11, *NJ* 2013/460 (Libert).

108 De beperking van het vrije werknemersverkeer en de vestigingsvrijheid was tweeledig: personen zonder voldoende band met een doelgemeente werden belet er onroerend goed te kopen of te huren, terwijl personen die er reeds onroerend goed bezaten of huurden werden ontmoedigd haar te verlaten om in een andere lidstaat een beroepsactiviteit uit te gaan oefenen (de bestaande voldoende band zou daardoor namelijk kunnen worden aangetast). Het Vlaamse decreet belemmerde volgens het Hof ook de vrijheid van dienstverrichting: vastgoedondernemingen konden hun onroerend goed immers slechts verkopen aan personen die

dergelijke samenloop wordt echter niet altijd erkend. Blijkt in een concreet geval dat de ene vrijverkeerbepaling 'volledig ondergeschikt' is aan een andere, dan toetst het Hof de litigieuze nationale maatregel slechts aan die laatste.[109] Het arrest *Libert* kan wederom als voorbeeld dienen. Ter discussie stond daarin namelijk ook de verplichting die het Grond- en Pandendecreet aan bepaalde verkrijgers van een bouw- of verkavelingsvergunning oplegde om een deel van hun project te bestemmen voor sociale woningbouw of een financiële bijdrage te betalen aan de gemeente waarin het project zou worden gerealiseerd. Het Hof van Justitie erkende dat deze zogeheten 'sociale last' binnen de werkingssfeer van art. 49, 56 en 63 VWEU kon vallen, maar voegde er gelijk aan toe dat 'de beperkingen van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting in het hoofdgeding een onvermijdelijk gevolg zijn van de beperking van het vrije verkeer van kapitaal en dus niet een autonome toetsing van die regeling aan art. 49 VWEU en art. 56 VWEU rechtvaardigen'.[110] Bijgevolg toetste het de litigieuze verplichting uitsluitend aan art. 63 VWEU (de andere vrijheden werden er als het ware door geabsorbeerd).[111]

over een voldoende band met de betrokken gemeente beschikten. Van een beperking van het vrije kapitaalverkeer was ten slotte sprake omdat de Vlaamse regeling voorzag in een procedure van voorafgaande toestemming (waarbij werd nagegaan of er sprake was van een 'voldoende verband' tussen de kandidaat-koper of potentiële huurder van een onroerend goed en de doelgemeente), en zij aldus de onderdanen van andere lidstaten kon ontmoedigen in België te investeren in onroerend goed. Zie HvJ EU 8 mei 2013, C-197/11 en C-203/11, *NJ* 2013/460 (Libert), r.o. 40-47.

109 Vgl. Hartkamp 2011c, nr. 17-18; Veldhoen 2013, par. 5.

110 HvJ EU 8 mei 2013, C-197/11 en C-203/11, *NJ* 2013/460 (Libert), r.o. 62.

111 Vgl. Hartkamp 2011c, nr. 17. Hoofdregel en uitzondering komen ook tot uitdrukking in o.a. HvJ EG 14 oktober 2004, C-36/02, *Jurispr.* 2004, p. I-9609, *NJ* 2005/295 (Omega Spielhallen), r.o. 27 (maatregel van een lidstaat wordt slechts getoetst aan art. 56 VWEU omdat de vrijheid van dienstverrichting in de omstandigheden van het concrete geval 'belangrijker' is dan het vrije verkeer van goederen), en HvJ EG 12 september 2006, C-196/04, *Jurispr.* 2006, p. I-7995, *NJ* 2007/186 (Cadbury Schweppes), r.o. 33 (geen autonome toetsing van een nationale maatregel aan art. 56 en 63 VWEU, omdat de beperkingen van het vrije diensten- en kapitaalverkeer het 'onvermijdelijke' gevolg zijn van een belemmering van de vrijheid van vestiging).

HOOFDSTUK 5

RECHTSPRAAK OVER DE DIRECTE HORIZONTALE WERKING VAN ART. 45, 49 EN 56 VWEU

5.1 Inleiding

56. Hoewel de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting in de opzet van het Verdrag waren bedoeld als tot de *lidstaten* gerichte verboden, lijdt het thans geen twijfel meer dat art. 45, 49 en 56 VWEU ook bindend zijn voor *particulieren*. Onduidelijk is echter hoever hun zogeheten directe horizontale werking reikt (c.q. kan reiken). Dit hoofdstuk beoogt opheldering (voor de toekomst) te verschaffen.

Paragraaf 5.2 en 5.3 behandelen in chronologische volgorde de arresten waarin het Hof van Justitie zich heeft uitgesproken over de directe horizontale werking van de in art. 45, 49 en 56 VWEU neergelegde *discriminatie*- en *beperkings*verboden.[1] In par. 5.4 volgt dan een analyse van de argumenten waarop deze rechtspraak steunt. Het resultaat daarvan fungeert in par. 5.5 als basis voor een discussie over de te verwachten ontwikkeling van de rechtspraak inzake de directe horizontale werking van art. 45, 49 en 56 VWEU.

5.2 Rechtspraak over de directe horizontale werking van de *discriminatie*verboden van art. 45, 49 en 56 VWEU

5.2.1 Walrave en Koch (1974)

57. Bruno Walrave en Norbert Koch zijn twee Nederlandse onderdanen die als professioneel gangmaker deelnemen aan wedstrijden baanwielrennen

1 De lezer zal bemerken dat de gebondenheid van particulieren aan het discriminatieverbod van art. 45 VWEU vooralsnog verder reikt dan de directe horizontale werking van de in art. 49 en 56 VWEU neergelegde discriminatieverboden. Een opgesplitste behandeling van de relevante rechtspraak acht ik echter niet noodzakelijk, omdat het geconstateerde verschil geen inhoudelijke maar een praktische oorzaak lijkt te hebben: kreeg (en greep) het Hof in arresten als *Angonese* (par. 5.2.5) en *Raccanelli* (par. 5.2.6) de mogelijkheid om de personele reikwijdte van het in art. 45 VWEU vervatte discriminatieverbod op te rekken, eenzelfde gelegenheid deed zich in het kader van de vestigings- en dienstenvrijheid nog niet voor.

met motorgangmaking. Kenmerkend voor zulke wedstrijden is dat een wielrenner wordt voorafgegaan door een motorrijder (gangmaker) die als windvanger fungeert, en eerstgenoemde aldus in staat stelt om zeer hoge snelheden te bereiken. De organisatie van officiële wedstrijden is in handen van de nationale wielerbonden, en geschiedt onder auspiciën van de overkoepelende Union Cycliste Internationale (UCI).

Eind 1970 besluit de UCI haar reglement voor de wereldkampioenschappen baanwielrennen te wijzigen: gangmaker en wielrenner moeten voortaan dezelfde nationaliteit bezitten.[2] Walrave en Koch zien in de nieuwe regel 'een bedreiging van hun levensonderhoud of in elk geval een ernstige inkrimping van de markt waarin zij hun kundigheid aan de man (kunnen) brengen'.[3] Beide treden namelijk veel op voor baanwielrenners met een andere nationaliteit. In een procedure voor de rechtbank te Utrecht vorderen zij een verklaring voor recht dat de reglementswijziging van de UCI nietig is wegens strijd met het Unierecht, de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers (art. 45 VWEU, destijds art. 48 EEG) en diensten (art. 56 VWEU, toen art. 59 EEG) in het bijzonder.[4] De rechtbank stelt het Hof van Justitie de belangrijke (en niet eerder beantwoorde) vraag of genoemde vrijheden de kracht kunnen ontnemen aan een bepaling uit een reglement van een particuliere organisatie als de UCI.[5] Subsidiair wenst zij te vernemen of het algemene verbod van discriminatie naar nationaliteit (art. 18 VWEU; ex art. 7 EEG) tot nietigheid van de reglementsbepaling kan leiden.

58. Advocaat-Generaal Warner toont in deze kwestie geen aarzeling. Hij acht het 'boven alle twijfel verheven' dat art. 45 VWEU ook bindend is

2 Met deze reglementswijziging wil de UCI voorkomen dat een gangmaker zijn 'buitenlandse' wielrenner opzettelijk loste, teneinde een concurrerende 'nationale' wielrenner te bevoordelen. Zie Delannay, 1976, p. 210.

3 Aldus A-G Warner in zijn conclusie van 24 oktober 1974 (p. 1424) voor HvJ EG 12 december 1974, 36/74, *Jurispr.* 1974, p. 1405, *NJ* 1975/148 (Walrave en Koch).

4 De gangmaker wordt dus niet duidelijk als werknemer of dienstverrichter gekwalificeerd. Zie over (het verschil tussen) beide Unierechtelijke begrippen nr. 43 en 50.

5 Kort daarvoor had het Hof al wel beslist dat beide bepalingen directe *verticale* werking bezitten, d.w.z. door particulieren rechtstreeks kunnen worden ingeroepen jegens de *overheid*. Vgl. HvJ EG 3 december 1974, 33/74, *Jurispr.* 1974, p. 1299, *NJ* 1975/129 (Van Binsbergen), r.o. 27 (art. 56 VWEU); HvJ EG 4 december 1974, 41/74, *Jurispr.* 1974, p. 1337 (Van Duyn), r.o. 8 (art. 45 VWEU). In dezelfde zin voor de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU): HvJ EG 21 juni 1974, 2/74, *Jurispr.* 1974, p. 631, *NJ* 1974/434 (Reyners), r.o. 32.

voor particulieren.[6] En over het (in algemene woorden gestelde) art. 56 VWEU merkt hij op dat het kan verwijzen naar beperkingen opgelegd 'door wie dan ook'.[7] Walrave en Koch kunnen zich volgens de A-G dus ook jegens een particuliere organisatie als de UCI op art. 45 en 56 VWEU beroepen.[8]

59. Het Hof van Justitie opent zijn arrest met de overweging dat art. 45 en 56 VWEU – uitwerkingen van het algemene discriminatieverbod van art. 18 VWEU – ook van toepassing zijn op sportactiviteiten die het karakter hebben van arbeid in loondienst of van een bezoldigde dienstverrichting.[9] Vervolgens beantwoordt het de prejudiciële vraag van de nationale rechter:

> '16 Overwegende dat de artikelen 7, 48 en 59 in hun onderscheidene toepassingsgebieden alle discriminaties op grond van nationaliteit verbieden;
>
> 17 dat het verbod van deze discriminaties niet alleen geldt voor het optreden van het openbaar gezag maar zich ook uitstrekt tot bepalingen van andere aard, *strekkende tot collectieve regeling van arbeid in loondienst en dienstverrichtingen*;
>
> (…)

6 Conclusie A-G Warner voor HvJ EG 12 december 1974, 36/74, *Jurispr.* 1974, p. 1405, *NJ* 1975/148 (Walrave en Koch), p. 1425-1426. Terecht verwerpt hij de stelling (van o.a. de Commissie) dat de directe horizontale werking van art. 45 VWEU voortvloeit uit art. 7 lid 4 van Verordening (EEG) nr. 1612/68 (*PbEG* 1968, L 257/2), luidend: 'De bepalingen van collectieve of individuele arbeidsovereenkomsten of van enige andere collectieve regeling inzake het aanvaarden van arbeid, de tewerkstelling, de beloning, de overige arbeidsvoorwaarden en de voorwaarden voor ontslag zijn van rechtswege nietig, voor zover daarin discriminerende voorwaarden worden vastgesteld of toegestaan ten opzichte van werknemers die onderdaan zijn van andere lidstaten.' De draagwijdte van verdragsbepalingen kan immers niet worden verruimd door secundaire wetgeving die ter hunner uitvoering is vastgesteld.

7 *Ibid.*, p. 1426. Art. 56 VWEU heeft een residuair karakter, zo volgt uit art. 57 VWEU (ex art. 60 EEG). Het is slechts van toepassing op 'dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voor zover de bepalingen, betreffende het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn'. Het zou vreemd zijn, aldus de A-G, wanneer een dergelijke restbepaling een kleinere kring van personen zou binden dan de specifieke bepaling van art. 45, waarop zij een vervolg is.

8 De (subsidiaire) vragen omtrent de directe horizontale werking van art. 18 VWEU beschouwt Warner (dus) als overbodig.

9 HvJ EG 12 december 1974, 36/74, *Jurispr.* 1974, p. 1405, *NJ* 1975/148 (Walrave en Koch), r.o. 5 en 6.

> 25 dat hieruit volgt dat de bepalingen van de artikelen 7, 48 en 59 van het Verdrag door de nationale rechter in aanmerking kunnen worden genomen bij de beoordeling der geldigheid of der gevolgen ener reglementsbepaling van een sportorganisatie.' [10]

Deze overwegingen maken duidelijk dat *collectieve regelingen* van particulieren (zoals de reglementsbepaling van de UCI) door de nationale rechter aan art. 18, 45 en 56 VWEU kunnen worden getoetst. Maar het arrest vertelt ons wellicht meer. Terwijl de overwegingen 17 en 25 een op het concrete geval toegespitste conclusie bevatten, wordt in de tussenliggende motivering namelijk van het concrete feitencomplex geabstraheerd:

> '18 dat immers de opheffing tussen de Lid-Staten van belemmeringen voor het vrije verkeer van personen en het vrij verrichten van diensten – fundamentele doelstellingen van de Gemeenschap (…) – in gevaar zou worden gebracht, indien de opheffing van door de staten gestelde belemmeringen kan worden ontkracht *door belemmeringen voortvloeiend uit krachtens hun eigen rechtsbevoegdheid door niet onder het publiekrecht vallende verenigingen of lichamen verrichte handelingen*;
>
> 19 dat bovendien, waar de arbeidsvoorwaarden in de verschillende lidstaten nu eens worden beheerst door bepalingen van wet of verordening, dan weer door *overeenkomsten en andere rechtshandelingen van privaatrechtelijke aard*, een beperking van de betrokken verboden tot het overheidsoptreden ongelijkheden in hun toepassing kan doen ontstaan;
>
> 20 dat ongetwijfeld de artikelen 60, derde alinea, 62 en 64 [thans resp. 57, derde alinea, vervallen en 60 VWEU; *RvL*], op het gebied van de dienstverrichtingen, specifiek de afschaffing van maatregelen van de lidstaten betreffen, maar deze omstandigheid geen afbreuk mag doen aan *de algemene bewoordingen van artikel 59, waarin betreffende de herkomst van de te verwijderen hinderpalen geen onderscheid wordt gemaakt*;
>
> 21 dat voorts vaststaat dat artikel 48 ten aanzien van de afschaffing van elke discriminatie op grond van nationaliteit wat betreft arbeid in loondienst, zich ook uitstrekt tot *overeenkomsten en regelingen die niet van het openbaar gezag uitgaan*;
>
> 22 dat bijgevolg artikel 7, lid 4, van verordening nr. 1612/68 bepaalt dat het discriminatieverbod van toepassing is op arbeidsovereenkomsten en andere collectieve arbeidsregelingen;

10 Cursivering toegevoegd.

> 23 dat de in artikel 59 bedoelde activiteiten niet door hun aard verschillen van de in artikel 48 bedoelde, maar enkel door de omstandigheid dat zij niet krachtens een arbeidscontract worden uitgeoefend;
>
> 24 dat dit enkele verschil niet een engere interpretatie kan rechtvaardigen van de toepasselijkheid der te verzekeren vrijheid.'

De (door mij gecursiveerde) algemene bewoordingen van het arrest wekken de suggestie dat *alle* (rechts)handelingen van particulieren aan de discriminatieverboden in kwestie kunnen worden getoetst.[11] Steun voor die gedachte biedt ook de passage waarin het Hof positief reageert op de vraag of de 'non-discriminatieregel kan worden toegepast op rechtsbetrekkingen die worden aangegaan in het kader der activiteiten van een sportfederatie van wereldomvang':

> '28 [D]e non-discriminatieregel (…) geldt wegens haar dwingende aard bij de beoordeling van *alle* rechtsbetrekkingen, in de mate waarin deze (…) op het grondgebied van de Gemeenschap kunnen worden gelokaliseerd.' [12]

Met de term 'non-discriminatieregel' doelt het Hof op art. 18, 45 en 56 VWEU: de drie afzonderlijke prejudiciële (hoofd)vragen omtrent de toepasselijkheid van deze verdragsbepalingen worden simpelweg gereduceerd tot één enkele vraag over de toepassing van de non-discriminatieregel. (Ook) uit r.o. 28 van het arrest zou dus kunnen volgen dat de directe horizontale werking van de in art. 18, 45 en 56 VWEU neergelegde discriminatieverboden niet is beperkt tot collectieve regelingen van particulieren.[13] Vooralsnog heeft het Hof deze lezing echter alleen expliciet

---

11 Aldus ook Delannay 1976, p. 220-221: 'La solution pourrait-elle être différente pour les contrats individuels? Cela nous étonnerait beaucoup car les motifs invoqués pour les conventions collectives sont tout aussi valables pour les contrats (…). Nous en concluons que la Cour, si ce point devait lui être soumis, ne pourrait que trancher de la même manière.' Zie voorts Bronkhorst 1976, p. 335-336; Ganten 2000, p. 46; Asser/Hartkamp 3-I* 2011/61; Barnard 2013, p. 241; Lengauer 2011, p. 117. Het gros van de auteurs toont zich terughoudender. Zie bijv. Roth, 1995, p. 1238; Jaensch, p.36-38; Van den Bogaert 2002, p. 126; Graber 2002, p. 154; Oliver & Roth 2004, p. 425; Preedy 2005, p. 43; Löwisch 2009, p. 59.

12 Terugkerend in punt 4 van het dictum. Cursivering toegevoegd.

13 Daar komt nog bij dat het Hof (in r.o. 21 en 22) de directe horizontale werking van art. 7 lid 4 van Verordening 1612/68 ('Bepalingen van *collectieve* of *individuele* arbeidsovereenkomsten (…) zijn van rechtswege nietig, voor zover daarin discriminerende voorwaarden worden vastgesteld of toegestaan ten opzichte van werknemers die onderdaan zijn van andere lidstaten.' Cursivering toegevoegd.) presenteert als een gevolg van het feit dat (ook) art. 45 VWEU van toepassing is op niet-collectieve overeenkomsten. In r.o. 22 en 23 van zijn koppelt het vervolgens de personele reikwijdte van art. 56 VWEU aan die van art. 45 VWEU.

en meermaals bevestigd ten aanzien van het discriminatieverbod van art. 45 VWEU.[14]

5.2.2 *Donà (1976)*

60. In de zaak Donà wordt het Hof opnieuw gevraagd om een oordeel over de verenigbaarheid van een bepaling uit het reglement van een sportorganisatie (de Italiaanse voetbalbond) met de discriminatieverboden van art. 18, 45 en 56 VWEU (destijds art. 7, 48 en 59 EEG). Na te hebben herhaald dat 'het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit niet alleen geldt voor het optreden van openbaar gezag, maar zich ook uitstrekt tot bepalingen van andere aard, strekkende tot collectieve regeling van arbeid in loondienst en dienstverrichting',[15] concludeert het dat 'de bepalingen van de art. 7, 48 en 59 van het Verdrag, die van dwingende aard zijn, door de nationale rechter in aanmerking moeten worden genomen bij de beoordeling van de geldigheid of de gevolgen van een bepaling in het reglement van een sportorganisatie'.[16] Een nadere onderbouwing van zijn standpunt (zoals te vinden in r.o. 18 tot en met 24 van het arrest *Walrave en Koch*) blijft achterwege.

5.2.3 *Van Ameyde (1977)*

61. Van Ameyde, een Italiaanse vennootschap met een Nederlandse moedermaatschappij, opereert als *loss adjuster*. In opdracht van buitenlandse verzekeraars onderzoekt zij de aard en omvang van schade die in Italië is veroorzaakt door motorrijtuigen die bij deze maatschappijen zijn verzekerd. Aan haar werkzaamheden komt een noodgedwongen einde wanneer het Centrale Bureau voor Automobielverzekeringen (een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid waaraan een wettelijk monopolie ter zake van het onderzoek van internationale schadegevallen is toegekend) besluit dat het schadeonderzoek in deze specifieke gevallen nog uitsluitend door haar leden – Italiaanse verzekeraars op het gebied van de WA-motorrijtuigenverzekeringen – mag worden verricht. Van Ameyde start een procedure bij de civiele rechter waarin zij stelt dat het besluit van het Centrale Bureau onrechtmatig is wegens strijd met het

14 Vgl. de arresten *Angonese* (par. 5.2.5), *Raccanelli* (par. 5.2.6) en *Erny* (par. 5.2.7). Met betrekking tot art. 18 en 56 VWEU lijkt het arrest *Haug-Adrion* (par. 5.2.4) bevestiging te bieden, doch daarin wordt niet gerefereerd aan *Walrave en Koch*.

15 HvJ EG 14 juli 1976, 13/76, *Jurispr.* 1976, p. 1333, *NJ* 1977/139 (Donà), r.o. 17 (met verwijzing naar r.o. 17 van het arrest *Walrave en Koch*).

16 *Ibid.*, r.o. 18.

mededingingsrecht én de discriminatieverboden van art. 18, 49 en 56 VWEU (ex art. 7, 52 en 59 EEG).[17] Aan het Hof van Justitie wordt (o.a.) de prejudiciële vraag gesteld

> 'of volgens de artikelen 7, 52 en 59 van het Verdrag (…) handelwijzen welke er al dan niet rechtstreeks toe leiden dat op het grondgebied van een Lid-Staat de werkzaamheid van een aldaar gevestigde "loss adjuster" wordt verhinderd, ook wanneer die (…) aan [een nationaal bureau van verzekeraars; *RvL*] moet worden toegeschreven, als verboden zijn te beschouwen.' [18]

De kern van zijn (uiteindelijk) ontkennende[19] antwoord luidt als volgt:

> '28 Overwegende dat in de artikelen 52 en 59 discriminatie naar nationaliteit rechtstreeks wordt verboden,
>
> dat van een in de zin van genoemde artikelen verboden discriminatie reeds sprake is wanneer zij voortvloeit uit een geheel van bepalingen, van welke aard ook, waarmede een collectieve regeling voor bedoelde werkzaamheid werd beoogd;
>
> dat dan niet ter zake doet of de oorsprong der discriminatie in overheidshandelingen moet worden gezocht dan wel in *handelingen welke moeten worden toegeschreven aan de nationale verzekeringsbureaus*.'

De woorden 'dan wel' in de laatste alinea van r.o. 28 impliceren dat het Centrale Bureau voor Automobielverzekeringen (volgens het Hof) een niet-publieke organisatie is. Vergelijk in dit verband ook de door mij gecursiveerde inhoud van r.o. 28 met de cursief weergegeven termen in punt 4 van de samenvatting:

> '4 Wil er sprake zijn van discriminatie in de zin van de verbodsvoorschriften der artikelen 52 en 59, dan is het voldoende wanneer zij besloten ligt in een geheel van bepalingen, van welke aard ook, waarmede een collectieve regeling voor bedoelde werkzaamheden werd beoogd. Het doet dan niet ter zake of de

17 De mededingingsrechtelijke aspecten blijven op deze plaats buiten beschouwing. Zie daarvoor bijv. Van Damme & Janssens 1977, p. 882 e.v.

18 HvJ EG 9 juni 1977, 90/76, *Jurispr.* 1977, p. 1091 (Van Ameyde), r.o. 26.

19 *Ibid.*, r.o. 30: '(Door) een regeling of gedraging welke er toe leidt dat aan het nationale bureau van een lidstaat dan wel aan zijn leden of verzekeringsmaatschappijen die aldaar een vestiging hebben de eindbeslissing wordt voorbehouden nopens de schadeloosstelling van de slachtoffers van ongevallen, op het grondgebied van die staat veroorzaakt door motorrijtuigen die gewoonlijk in een andere lidstaat gestationeerd zijn, (wordt) niet (…) gediscrimineerd in de zin van de artikelen 52 en 59 van het Verdrag.'

> oorsprong der discriminatie in overheidshandelingen moet worden gezocht dan wel in *aan particulieren toe te schrijven handelingen*.'

De (niet-gemotiveerde) kwalificatie van het Centrale Bureau als niet-publieke organisatie ligt in het onderhavige geval aan de basis van's Hofs uitspraak over de directe horizontale werking van de discriminatieverboden van art. 49 en 56 VWEU.[20] Met betrekking tot het laatste artikel (vrije dienstverrichting) biedt het arrest overigens geen nieuws. Over art. 49 VWEU (vrijheid van vestiging) had het Hof zich echter nog niet eerder expliciet uitgesproken.[21] Dat deed het nu wel: (ook) aan particulieren toe te schrijven collectieve handelingen – dus kennelijk niet slechts collectieve *rechts*handelingen – zijn aan het discriminatieverbod van art. 49 VWEU onderworpen.[22]

5.2.4 Haug-Adrion

62. Eberhard Haug-Adrion, een Duits staatsburger, is woonachtig en werkzaam te Brussel. In november 1981 koopt hij in Aken (Duitsland) een nieuwe personenauto. Teneinde het voertuig naar België te kunnen exporteren, laat Haug-Adrion het in Duitsland registreren onder een douanekenteken. De voor registratie verplichte WA-verzekering sluit hij af bij de Frankfurter Versicherungs-AG, wier (van overheidswege goedkeurde) algemene voorwaarden deel uitmaken van de verzekeringsovereenkomst.

Haug-Adrion is geen brokkenpiloot; hij rijdt al 15 jaar schadevrij, en geniet deswege een (maximale) korting van 60% op de verzekeringspremie voor zijn oude auto (met Duits kenteken). Omdat de verzekeringsmaatschappij in haar algemene voorwaarden heeft bepaald dat zo'n verworven korting niet geldt voor de verzekering van voertuigen met

---

20 Vgl. Körber 2004, p. 672: 'Zwar wird der Wert dieser Entscheidung durch das Fehlen jeglicher Begründung für die Annahme einer unmittelbare Drittwirkung sowie dadurch geschmälert, daβ es bei (dem Verband der italienischen Kraftfahrtversicherer) um ein privilegiertes Unternehmen im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EG handelte. Doch fehlt in Bezug auf die an Art. 43 und 49 EG gemessene Regelung jedwede Staatsnähe, so daβ man Van Ameyde im Ergebnis als Bekenntnis zur unmittelbaren Drittwirkung auch des Art. 43 EG als Diskriminierungsverbot ansehen muβ.' Zie hoofdstuk 1, voetnoot 4 en 5, voor een omschrijving van de begrippen 'lidstaat' en 'particulier'.

21 Zie echter impliciet HvJ EG 4 december 1974, 36/74, *Jurispr.* 1974, p. 1405, *NJ* 1975/148 (Walrave en Koch), r.o. 18. De daarin gebezigde terminologie ('het vrije verkeer van personen en diensten') deed reeds vermoeden dat ook het in art. 49 VWEU vervatte discriminatieverbod directe horizontale werking bezit.

22 Zie o.a. Löwisch 2009, p. 61-62. Terughoudender: Roth 1995, p. 1238; Graber 2002, p.184-185.

een douanekenteken, kan Haug-Adrion daarop echter geen aanspraak meer maken. In een procedure voor het Amtsgericht te Aken betoogt hij dat de betreffende bepaling uit de algemene voorwaarden nietig is wegens strijd met art. 18, 34, 35, 45, 56 en 61 VWEU (ex art. 7, 30, 34, 48, 59 en 65 EEG), en spreekt hij voorts de verzekeraar aan tot restitutie van het teveel betaalde premiebedrag. De Duitse rechter stelt het Hof van Justitie de volgende prejudiciële vraag:

> 'Is het verenigbaar met het EEG-Verdrag en met andere voorschriften van Gemeenschapsrecht, dat geen korting voor schadevrij rijden wordt toegekend aan verzekeringsnemers die in andere EG-landen woonachtig zijn en een motorrijtuig met douanekenteken bezitten?'[23]

De (te) algemene formulering van de vraag noopt het Hof tot een eigen, meer specifieke interpretatie:

> '12 Met zijn vraag wenst de nationale rechter in wezen te vernemen, of het in artikel 7 EEG-Verdrag neergelegde principiële verbod van discriminatie op grond van de nationaliteit, dat met betrekking tot de vrijheid van dienstverrichting geconcretiseerd wordt in de artikelen 59 en 65 (…) aldus moet worden begrepen, dat het zich verzet tegen contractuele bepalingen als die welke zijn vervat in de door verweerster toegepaste algemene verzekeringsvoorwaarden.
>
> 13 Op grond van de voor het Hof gemaakte opmerkingen moet ervan worden uitgegaan, dat de nationale rechter eveneens wenst te weten, of de weigering om verzoeker korting te verlenen, in strijd is met artikel 48 EEG-Verdrag, dat elke discriminatie op grond van nationaliteit tussen de werknemers der lidstaten op het punt van werkgelegenheid, beloning en overige arbeidsvoorwaarden verbiedt, alsmede met de artikelen 30 en 34 EEG-Verdrag, betreffende de afschaffing van kwantitatieve beperkingen in de handel tussen de lidstaten.'

Algemene voorwaarden zijn eenzijdig opgestelde bedingen, bedoeld om in een groot aantal overeenkomsten te worden opgenomen. Zij vormen geen collectieve regeling, maar een onderdeel van een individuele overeenkomst dat door de contractuele wederpartij moet worden aanvaard.[24] Voor het Hof maakt dit echter geen verschil:

---

23 HvJ EG 13 december 1984, 251/83, *Jurispr.* 1984, p. 4277 (Haug-Adrion), r.o. 7.

24 Aldus A-G Lenz in zijn conclusie van 15 november 1984 voor HvJ EG 13 december 1984, 251/83, *Jurispr.* 1984, p. 4277 (Haug-Adrion), punt 6; Ganten 2000, p. 47-48; Körber 2004, p. 673-674.

> '14 Wat (…) het algemene discriminatieverbod van art. 7 en de concretisering daarvan in de artikelen 48, 49 en 65 betreft, moet worden opgemerkt, dat deze bepalingen strekken tot afschaffing van *alle* maatregelen die, op het gebied van het vrije verkeer van werknemers en het vrij verrichten van diensten, de onderdanen van een andere lidstaat strenger behandelen of feitelijk of rechtens in een minder gunstige positie plaatsen dan eigen onderdanen die in gelijke omstandigheden verkeren.' [25]

De overweging laat op zichzelf aan duidelijkheid weinig te wensen over: art. 18, 45 en 56 VWEU verbieden iedere nationaliteitsdiscriminatie, dus ook (directe en indirecte) discriminaties die hun oorsprong vinden in niet-collectieve handelingen van particulieren (zoals een beding in algemene voorwaarden).[26] Een uitgewerkte motivering (inclusief verwijzingen naar eerdere rechtspraak) treft men in het arrest echter niet aan. Omdat in het voorliggende geval geen sprake is van een directe of indirecte discriminatie, zag het Hof waarschijnlijk geen noodzaak om zijn argumentatie verder uit te diepen.[27]

Wat opvalt is dat het Hof het beding uit de algemene voorwaarden niet toetste aan art. 34 en 35 VWEU, maar slechts onderzocht of de verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen in de weg stonden aan de nationale regeling die contractuele bedingen als het voorliggende toeliet. Aldus suggereerde het dat art. 34 en 35 VWEU géén directe horizontale werking bezitten.[28]

5.2.5 Angonese (2000)

63. Roman Angonese is een Italiaans onderdaan met Duits als moedertaal. Na een studieverblijf in Oostenrijk (1993-1997) keert hij terug naar Bolzano, de Noord-Italiaanse provincie waar hij is geboren en getogen. In augustus 1997 solliciteert Angonese op een vacature bij de Cassa di Risparmio, een te Bolzano gevestigde private bankinstelling. Om deel te kunnen nemen aan de selectieprocedure moet hij (gelijk iedere sollicitant)

---

25 Cursivering toegevoegd.

26 In dezelfde zin Ganten 2000, p. 47-48; Körber 2004, p. 673-674; Löwisch 2009, p. 63-64. Terughoudender Jaensch 1996, p. 42-43; Graber 2002, p. 158-159.

27 In navolging van A-G Lenz concludeert het Hof in r.o. 16 dat het door de verzekeringsmaatschappij gemaakte onderscheid uitsluitend berust op 'objectieve verzekeringstechnische gegevens en het objectieve criterium dat een voertuig onder een douanekenteken is geregistreerd', en derhalve niet discrimineert naar nationaliteit. Vgl. ook Preedy 2005, p. 45.

28 Vgl. Körber 2004, p. 674; Löwisch 2009, p. 40-41; Asser/Hartkamp 3-I* 2011/57. Het arrest sloot op dit punt aan bij de rechtspraak volgens welke art. 34 en 35 VWEU toen geen directe horizontale werking hadden (zie hoofdstuk 6).

een tweetaligheidsattest Italiaans/Duits overleggen. Angonese – perfect tweetalig – is niet in het bezit van zo'n attest. Het tijdig afleggen van het vereiste taalexamen blijkt praktisch niet mogelijk omdat het slechts viermaal per jaar, en uitsluitend in Bolzano wordt georganiseerd. Gevolg is dat de bank hem niet toelaat tot de selectieprocedure. In de juridische strijd die volgt, eist Angonese de nietigverklaring van de selectievoorwaarde wegens strijd met het in art. 45 VWEU (destijds art. 48 EG) neergelegde beginsel van het vrije verkeer van werknemers. Bovendien spreekt hij de bank aan tot vergoeding van de schade die hij 'door het missen van een kans' heeft geleden.[29] Tegen deze achtergrond wenst de nationale rechter (de Pretore di Bolzano) van het Hof te vernemen of

> 'artikel 48 EG (…) eraan in de weg (staat), dat voor deelneming aan een vergelijkend onderzoek ter voorziening in vacatures bij een privaatrechtelijke onderneming wordt geëist dat de kandidaat in het bezit is van het officiële attest van kennis van de plaatselijke talen, dat slechts door één enkele overheidsdienst van één enkele lidstaat op basis van een op één enkele plaats (in casu Bolzano) afgenomen examen wordt afgegeven volgens een procedure van niet geringe duur (in het onderhavige geval is de periode tussen het schriftelijke en mondelinge gedeelte van het examen op ten minste 30 dagen bepaald).'[30]

64. Advocaat-Generaal Fennelly concludeert dat art. 45 VWEU hier niet toepasselijk is omdat alle relevante feiten zich afspelen in één lidstaat: Angonese bezit de Italiaanse nationaliteit, woont (weer) in Italië, en solliciteert aldaar bij een Italiaanse bank. Omdat bovendien de studies die hij in Oostenrijk had gevolgd (taalopleidingen Engels, Pools, en Sloveens) geen enkel verband houden met de geambieerde functie, noch met het tweetaligheidsattest, acht de A-G in casu geen grensoverschrijdend element aanwezig dat de toepassing van art. 45 VWEU rechtvaardigt.[31] Voor het – in zijn ogen – hypothetische geval dat de zaak wel binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt, merkt de A-G slechts summier op dat het discriminatieverbod van art. 45 lid 2 VWEU 'geïnterpreteerd moet worden naar analogie van de overwegingen van het arrest *Defrenne II* met betrekking tot de rechtstreekse toepasselijkheid van het verbod van rechtstreekse discriminatie op grond van het geslacht in art. 119 [thans 157; *RvL*]

---

29 HvJ EG 6 juni 2000, C-281/98, *Jurispr.* 2000, p. I-4139, *NJ* 2000/710 (Angonese), r.o. 13.

30 *Ibid.*, r.o. 15.

31 Conclusie A-G Fennelly van 25 november 1999 voor HvJ EG 6 juni 2000, C-281/98, *Jurispr.* 2000, p. I-4139, *NJ* 2000/710 (Angonese), punt 27 en 28. Zie over het (ontbreken van een) grensoverschrijdend element Luijendijk & Mortelmans 2000, p. 805; Lane & Nic Shuibhne 2000, p. 1240-1243; Stuyck 2001, p. 114.

van het Verdrag op particuliere werkgevers'.[32] Met deze opmerking, die niet nader wordt onderbouwd, impliceert de A-G derhalve dat (ook) het discriminatieverbod van art. 45 VWEU bindend is voor particulieren.[33]

65. Het Hof gaat in zijn arrest niet (inhoudelijk) in op het leerstuk van de interne situatie, en richt de aandacht vrijwel direct op art. 45 VWEU. Deze bepaling, zo herhaalt het nog maar eens, beoogt de afschaffing van elke discriminatie op grond van nationaliteit tussen de werknemers van de lidstaten. Om dan te vervolgen:

> '30 Het in artikel 48 geformuleerde non-discriminatiebeginsel is in algemene bewoordingen gesteld en niet in het bijzonder tot de lidstaten gericht.
>
> 31 Zo heeft het Hof geoordeeld, dat het verbod van discriminaties op grond van nationaliteit niet alleen geldt voor het optreden van het openbaar gezag, maar zich ook uitstrekt tot bepalingen van andere aard, strekkende tot collectieve regeling van arbeid in loondienst en dienstverrichtingen (zie arrest van 12 december 1974, Walrave en Koch, 36/74, Jurispr. blz. 1405, punt 17).
>
> 32 Immers, de opheffing tussen de lidstaten van belemmeringen voor het vrije verkeer van personen zou in gevaar worden gebracht, indien de opheffing van door de staten gestelde belemmeringen kon worden ontkracht door belemmeringen voortvloeiend uit handelingen, krachtens hun eigen rechtsbevoegdheid verricht door niet onder het publiekrecht vallende verenigingen of lichamen (zie arrest Walrave en Koch, reeds aangehaald, punt 18, en arrest van 15 december 1995, Bosman, C-415/93, Jurispr. blz. I-4921, punt 83).
>
> 33 Aangezien de arbeidsvoorwaarden in de verschillende lidstaten nu eens door wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, dan weer door overeenkomsten en andere rechtshandelingen van privaatrechtelijke aard worden beheerst, zou een beperking van de werkingssfeer van het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit tot het overheidsoptreden ongelijkheid in de toepassing ervan doen ontstaan (zie voornoemde arresten Walrave en Koch, punt 19, en Bosman, punt 84).'

---

32 Conclusie A-G Fennelly, punt 40. Het arrest *Defrenne II* (d.d. 8 april 1976, 43/75, *Jurispr.* 1976, p. 455, *NJ* 1976/510) wordt besproken in par. 5.4.4.

33 De A-G baseert zich blijkens punt 40 van zijn conclusie níet op het arrest *Walrave en Koch*: 'Hooguit kan worden gezegd dat een dergelijke stap [de toepassing van art. 45 VWEU op door private werkgevers vastgestelde arbeidsvoorwaarden; *RvL*] niet is uitgesloten na de uitspraken in de zaken betreffende de sportorganisaties.'

Aan deze bijna woordelijke herhaling van een aantal cruciale passages uit het arrest *Walrave en Koch* voegt het in *Angonese* een tweetal overwegingen toe:

> '34 Ook de omstandigheid dat sommige bepalingen van het Verdrag formeel tot de lidstaten zijn gericht, verhindert niet dat daardoor tezelfdertijd rechten kunnen worden toegekend aan particulieren die bij de nakoming van de aldus omschreven verplichtingen belang hebben (zie arrest van 8 april 1976, Defrenne, 43/75, Jurispr. blz. 455, punt 31). Wat een bepaling van het Verdrag met dwingend karakter betreft, is het verbod van discriminatie daarom ook van toepassing op alle overeenkomsten die de arbeid in loondienst collectief regelen, alsook op de overeenkomsten tussen particulieren (zie arrest Defrenne, reeds aangehaald, punt 39).
>
> 35 Een dergelijke overweging moet, a fortiori, gelden voor artikel 48 van het Verdrag, dat een fundamentele vrijheid formuleert en een specifieke toepassing van het in artikel 6 EG-Verdrag [thans artikel 18 VWEU, *RvL*], vervatte algemene discriminatieverbod vormt. Het heeft, evenals artikel 119 EG-Verdrag, tot doel, een niet-discriminerende behandeling op de arbeidsmarkt te verzekeren.
>
> 36 Het in artikel 48 van het Verdrag geformuleerde verbod van discriminatie op grond van nationaliteit is derhalve ook van toepassing op particulieren.'

Ofschoon het arrest *Defrenne II* niet eerder werd aangevoerd als argument ten faveure van de directe horizontale werking van het discriminatieverbod van art. 45 VWEU, biedt de verwijzing inhoudelijk geen nieuws: dat het dwingendrechtelijke karakter van de non-discriminatieregel (een) reden is voor het Hof om hem ook rechtstreeks toe te passen op niet-collectieve (rechts)handelingen van particulieren bleek immers al uit r.o. 28 van *Walrave en Koch* (geciteerd in nr. 59).[34]

34 Omdat de selectievoorwaarde niet kon worden gerechtvaardigd door 'objectieve overwegingen die niets van doen hebben met de nationaliteit van de betrokken personen, en evenredig zijn aan het rechtmatig nagestreefde doel', luidde 's Hofs antwoord op de prejuduciële vraag dat 'artikel 48 van het Verdrag zich ertegen verzet, dat een werkgever de kandidaten in het kader van een vergelijkend onderzoek voor de aanwerving van personeel de verplichting oplegt, hun talenkennis uitsluitend te bewijzen door middel van één enkel diploma, dat in één enkele provincie van een lidstaat wordt afgegeven'. In de nationale vervolgprocedure werd de selectievoorwaarde (o.g.v. het Italiaanse recht) nietig verklaard wegens strijd met het discriminatieverbod van art. 45 VWEU, en volgde een veroordeling van de bank tot betaling van schadevergoeding aan Angonese (wegens verlies van een kans). Vgl. Corte di Cassazione, sez. lav., 11 oktober 2004, n. 20116.

5.2.6 *Raccanelli (2008)*

66. Andrea Raccanelli, een Italiaans staatsburger, verblijft van 7 februari 2000 tot en met 31 juli 2003 als promovendus aan het Max-Planck-Institut für Radioastronomie te Bonn (Duitsland). Gedurende deze periode ontvangt hij van het Max-Planck-Gesellschaft – een naar Duits privaatrecht opgerichte vereniging van algemeen nut, die het voormelde instituut beheert – een beurs die is bedoeld als toelage voor de kosten van levensonderhoud (en dus niet als tegenprestatie voor zijn wetenschappelijke werkzaamheden). De beursovereenkomst bevat o.a. de navolgende passage:

> 'Door deze beurs te aanvaarden verplicht u zich niet ertoe, als werknemer werkzaam te zijn bij de Max-Planck-Gesellschaft. De beurs is derhalve (…) vrijgesteld van loonbelasting, en daardoor eveneens van socialezekerheidsbijdragen.'

Raccanelli komt als niet-Duitse promovendus uitsluitend in aanmerking voor een beursovereenkomst. Duitse promovendi hebben daarentegen een keuzemogelijkheid: zij kunnen opteren voor een beursovereenkomst of een arbeidsovereenkomst. In het laatste geval ontvangt de promovendus een nettosalaris dat beduidend hoger is dan de eerdergenoemde beursvergoeding, en geniet hij bovendien het voordeel van aansluiting bij het Duitse socialezekerheidsstelsel.

In december 2003 initieert Raccanelli een procedure bij het Arbeitsgericht te Bonn. Van mening dat hij gedurende zijn verblijf aan het instituut dezelfde werkzaamheden heeft verricht als Duitse promovendi met een arbeidsovereenkomst, spreekt hij de Max-Planck-Gesellschaft aan tot schadevergoeding (gemiste inkomsten) wegens schending van het in art. 45 VWEU (toen art. 39 EG) neergelegde discriminatieverbod. Aan het Hof van Justitie wordt o.a. de prejudiciële vraag gesteld of een privaatrechtelijke vereniging als de Max-Planck-Gesellschaft 'gebonden is aan het beginsel van non-discriminatie (…), en of daaruit volgt dat (zij) verplicht is om Raccanelli het recht te geven om te kiezen tussen een beursovereenkomst en een arbeidsovereenkomst'.[35] Omdat zich naar's Hofs oordeel geen nieuwe rechtsvraag voordoet, beslist het om de zaak zonder conclusie te berechten:

---

35 HvJ EG 17 juli 2008, C-94/07, *Jurispr.* 2008, p. 5939, *NJ* 2009/47 (Raccanelli), r.o. 40. De voorafgaande vraag, of Raccanelli als een werknemer in de zin van art. 45 VWEU moet worden beschouwd, laat ik hier buiten beschouwing. Zie over dat Unierechtelijke begrip nr. 43.

> '41 Volgens artikel 39, lid 2, EG houdt het vrije verkeer van werknemers binnen de Europese Gemeenschap de afschaffing in van elke discriminatie op grond van de nationaliteit tussen de werknemers van de lidstaten, wat de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden betreft (arrest van 6 juni 2000, Angonese, C-281/98, Jurispr. blz. I-4139, punt 29).
>
> 42 Voorts is het non-discriminatiebeginsel in artikel 39 EG in algemene termen gesteld en is het niet specifiek gericht aan lidstaten of publiekrechtelijke organen.
>
> 43 Zo heeft het Hof geoordeeld dat het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit niet alleen geldt voor het optreden van het openbaar gezag, maar zich ook uitstrekt tot bepalingen van andere aard, strekkende tot collectieve regeling van arbeid in loondienst en dienstverrichtingen (zie arrest van 12 december 1974, Walrave en Koch, 36/74, Jurispr. blz. 1405, punt 17, en arrest Angonese, reeds aangehaald, punt 31).
>
> 44 De opheffing tussen de lidstaten van belemmeringen voor het vrije verkeer van personen zou immers in gevaar worden gebracht, indien de opheffing van door de staten gestelde belemmeringen kon worden ontkracht door belemmeringen voortvloeiend uit handelingen van niet onder het publiekrecht vallende verenigingen of organen, verricht krachtens hun eigen rechtsbevoegdheid (zie arrest Walrave en Koch, reeds aangehaald, punt 18, en arrest van 1 december 1995, Bosman, C-415/93, Jurispr. blz. I-4921, punt 83).
>
> 45 Het Hof heeft aldus met betrekking tot artikel 39 EG, dat een fundamentele vrijheid formuleert en een specifieke toepassing van het in artikel 12 EG vervatte algemene discriminatieverbod vormt, geconcludeerd dat het discriminatieverbod ook van toepassing is op alle overeenkomsten die de arbeid in loondienst collectief regelen, en op overeenkomsten tussen particulieren (zie arrest van 8 april 1976, Defrenne, 43/75, Jurispr. blz. 455, punt 39, en arrest Angonese, reeds aangehaald, punten 34 en 35).'

Aldus concludeert het Hof dat een private vereniging als de Max-Planck-Gesellschaft jegens werknemers (in de zin van art. 45 VWEU) het non-discriminatiebeginsel moet eerbiedigen.[36]

36 *Ibid.*, r.o. 48. 'Indien Raccanelli zich terecht heeft beroepen op een nadeel dat is veroorzaakt door tegen hem gerichte discriminatie, (staat) het aan de verwijzende rechter (…) om in het licht van de nationale wetgeving op het gebied van niet-contractuele aansprakelijkheid te beslissen over de aard van de vergoeding waarop verzoeker in het hoofdgeding aanspraak kan maken', aldus het Hof in r.o. 52 van het arrest.

5.2.7 *Erny (2012)*

67. Georges Erny, een Frans staatsburger, is in Duitsland (Wörth) werkzaam bij autofabrikant Daimler. Het looninkomen van deze grensarbeider (in de zin van de Duits-Franse overeenkomst ter voorkoming van dubbele belasting) is – na aftrek van de Duitse socialezekerheidsbijdragen – in Frankrijk aan (lagere) belasting onderworpen.

Op 17 november 2006 hebben Erny en Daimler een overeenkomst gesloten krachtens welke het oorspronkelijke voltijddienstverband per 1 september 2007 is omgezet in een deeltijddienstverband dat uiterlijk op 31 augustus 2012 zal eindigen. Paragraaf 5 lid 1 van de overeenkomst luidt als volgt:

> 'De maandelijkse netto bezoldiging voor deeltijdarbeiders wordt overeenkomstig de bedrijfsovereenkomst van DaimlerChrysler AG verhoogd tot 85% van de forfaitaire maandelijkse netto bezoldiging voor voltijds werk (basis: de van kracht zijnde Mindesnettobetragsverordnung). Naast de netto bezoldiging voor deeltijdarbeid op grond van § 4 wordt derhalve een maandelijkse loonaanvulling betaald.'

De maandelijks loonaanvulling wordt berekend als het verschil tussen een fictief loon dat overeenkomt met 85% van het maandelijkse nettoloon voor voltijdarbeid en het daadwerkelijke individuele netto deeltijdloon. Beide bedragen verkrijgt men door het (denkbeeldige resp. echte) brutoloon te verminderen met de (fictieve of werkelijke) socialezekerheidsbijdragen én de hypothetische Duitse loonbelasting. Erny betoogt dat de uit deze berekeningsmethode voortvloeiende dubbele belastingheffing een discriminatie oplevert, doordat verschillende situaties op dezelfde wijze worden behandeld. Omdat de Duitse belastingtarieven hoger zijn dan de Franse, en de loonaanvulling in Frankrijk bovendien niet is vrijgesteld van belasting, ontvangt hij (anders dan oudere deeltijdwerknemers die in Duitsland belastingplichtig waren) namelijk een bezoldiging die beduidend lager is dan 85% van het nettoloon voor voltijdarbeiders. In een procedure voor het Arbeitsgericht Ludwigshafen am Rhein vordert Erny betaling van een hogere loonaanvulling dan die welke hij op grond van par. 5 lid 1 van de overeenkomst ontvangt. De nationale rechter stelt het Hof van Justitie in dit verband de vraag of de contractsbepaling verenigbaar is met art. 45 VWEU.

In zijn arrest (dat niet wordt voorafgegaan door een conclusie A-G) merkt het Hof allereerst op dat art. 45 lid 2 VWEU zich verzet tegen elke

discriminatie op grond van nationaliteit tussen werknemers van de lidstaten.[37] Daarna overweegt het dat

> '(h)et in die bepaling neergelegde verbod van discriminatie op grond van nationaliteit (…) niet alleen (geldt) voor het optreden van het openbaar gezag, maar ook voor alle overeenkomsten strekkende tot collectieve regeling van arbeid in loondienst en voor tussen particulieren gesloten overeenkomsten (zie met name arrest van 17 juli 2008, Raccanelli, C - 94/07, Jurispr. blz. 5939, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).'[38]

In het vervolg concludeert het Hof (dus) dat het in art. 45 VWEU vervatte discriminatieverbod (in beginsel) ook in de weg staat aan 'een bepaling van nationaal recht of een contractuele clausule' die naar haar aard migrerende werknemers eerder kan treffen dan nationale werknemers.[39] Paragraaf 5 lid 1 van de overeenkomst tussen Daimler en Erny voldoet aan die omschrijving en is dus (bij gebrek aan een objectieve rechtvaardiging) verboden.[40]

5.3 Rechtspraak over de directe horizontale werking van de *beperkings*verboden van art. 45, 49 en 56 VWEU

68. De verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van werknemers, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting zijn in de loop der jaren uitgegroeid van *discriminatie*verboden tot algemene *beperkings*verboden: behalve tegen (in)directe discriminaties op grond van nationaliteit, verzetten zij zich thans ook tegen niet-discriminerende handelingen die particulieren belemmeren in de uitoefening van de hun krachtens art. 45, 49 en 56 VWEU toekomende rechten.[41] Wetende dat het

---

37 HvJ EU 28 juni 2012, C-172/11, *NJ* 2012/544 (Erny), r.o. 35.

38 *Ibid.*, r.o. 36 (en 51).

39 *Ibid.*, r.o. 41.

40 *Ibid.*, r.o. 41, 47-51. In r.o. 52 wijst het Hof er nog op dat '(o)vereenkomstig artikel 7 lid 4 van verordening nr. 1612/68 (…) bepalingen van collectieve of individuele arbeidsovereenkomsten die een directe of indirecte discriminatie inhouden op grond van nationaliteit, van rechtswege nietig (zijn)'. In lijn met het arrest *Raccanelli* overwoog het ten slotte in r.o. 53 dat '(a)rtikel 45 noch de bepalingen van verordening 1612/68 (…) de lidstaten of een particuliere werkgever zoals Daimler een bepaalde maatregel (voorschrijven) in het geval van schending van het discriminatieverbod. Bovengenoemde bepalingen laten hun de vrije keuze tussen de verschillende oplossingen die geschikt zijn om de doelstelling van die respectieve bepalingen te bereiken, afhankelijk van de verschillende situaties die zich kunnen voordoen (…).'

41 Zie nr. 45, 47 en 51.

Hof aan deze *discriminatie*verboden directe horizontale werking heeft toegekend (zie par. 5.2), rijst de vraag of particulieren ook gebonden zijn aan de *beperkings*verboden van art. 45, 49 en 56 VWEU. Het antwoord is wederom te vinden in de Europese rechtspraak.

5.3.1 Bosman (1995)

69. Jean-Marc Bosman, een Belgische beroepsvoetballer, sluit in 1988 een tweejarige arbeidsovereenkomst met de Belgische eersteklasser Royal Club Liégeois SA (Club Luik). Wanneer deze dienstbetrekking medio 1990 eindigt, wil hij verkassen naar een club uit de Franse tweede voetbaldivisie, SA d'Economie Mixte Sportive de l 'Union Sportive du Littoral de Dunkerque (US Duinkerken). Een transfer als de onderhavige is onderworpen aan diverse formaliteiten. Het reglement van de Belgische voetbalbond (KBVB) – een kopie (althans, op dit onderdeel) van de UEFA-transferregels – eist o.a. dat de nieuwe club (US Duinkerken) een transfervergoeding betaalt aan de oude (Club Luik). Deze laatste moet voorts haar voetbalbond verzoeken tot afgifte van een zogenoemd transfercertificaat aan de nationale bond waarbij de nieuwe club is aangesloten.[42]

Op 27 juli 1990 bereiken de clubs overeenstemming over de transfermodaliteiten. Drie dagen later, op 30 juli 1990, sluit US Duinkerken een arbeidsovereenkomst met Bosman. Beide contracten zijn onderworpen aan de opschortende voorwaarde dat de Franse voetbalbond vóór 2 augustus 1990 het vereiste transfercertificaat ontvangt. Deze voorwaarde wordt niet vervuld: wegens twijfel aan de solvabiliteit van US Duinkerken doet Club Luik bij de Belgische voetbalbond geen verzoek tot afgifte van het transfercertificaat. De overeenkomsten blijven derhalve zonder gevolg.

Op 8 augustus 1990 maakt Bosman zowel een kort geding als een bodemprocedure aanhangig bij de rechtbank te Luik. In de laatste procedure vordert hij o.a. een verklaring voor recht dat de genoemde transferregels in strijd zijn met art. 45, 101 en 102 VWEU (destijds art. 48, 85 en 86 EEG), en spreekt hij Club Luik, de KBVB en de UEFA aan tot schadevergoeding omdat zij hem onrechtmatig zouden hebben gehinderd in zijn vrijheid om een contract met een nieuwe werkgever te sluiten.[43] Het is tegen deze achtergrond dat de nationale rechter aan het Hof van Justitie de prejudiciële vraag stelt of genoemde verdragsbepalingen verbieden

---

42 De conclusie van A-G Lenz voor HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, *Jurispr.* 1995, p. I-5040, *NJ* 1996/637 (Bosman), bevat (in punt 6-36) een gedetailleerde beschrijving van de transferregels.

43 Bosman richt zijn pijlen tevens op de reglementsbepalingen die een voetbalclub beperken in de mogelijkheid om spelers uit een andere lidstaat in dienst te nemen

> 'dat een voetbalclub een geldsom eist en int wanneer één van haar spelers wiens contract verstrijkt, in dienst wordt genomen door een andere club.'

Ik laat de mededingingsrechtelijke aspecten hier buiten beschouwing, en concentreer mij op art. 45 VWEU.[44] Het transferreglement – dat staat buiten kijf – is niet discriminerend van aard; de verplichting tot betaling van een transfersom geldt ongeacht de nationaliteit van een speler en/of een club. Er is derhalve geen strijd met het *discriminatie*verbod van art. 45 VWEU. Voor A-G en Hof resteren twee kwesties: verzet het artikel zich ook tegen niet-discriminerende beperkingen van het vrije verkeer van werknemers en, zo ja, kan het dan (als *beperkings*verbod) worden toegepast op reglementen van particuliere sportorganisaties als de KBVB en de UEFA?

70. Advocaat-Generaal Lenz concludeert na een zeer uitvoerige jurisprudentieanalyse dat art. 45 VWEU een algemeen beperkingsverbod inhoudt.[45] Een drietal argumenten pleit naar zijn mening voor zo'n ruime

---

en/of op te stellen. Een sprekend voorbeeld is de '3+2-regel' van de Europese voetbalbond UEFA, die bepaalt dat een club maximaal drie buitenlandse spelers mag opstellen, en daarnaast niet meer dan twee buitenlandse spelers in het elftal mag plaatsen die gedurende een onafgebroken periode van ten minste vijf jaar in het land van de desbetreffende club hebben gespeeld. Hoewel de feiten niet indiceren dat de nationaliteitsregels de transfer van Bosman (mede) hebben verhinderd, blijken A-G en Hof bereid om (op verzoek van de Belgische rechter) te beoordelen of deze nationaliteitsclausules verenigbaar zijn met het Unierecht. A-G Lenz toont zich in punt 112 van zijn conclusie pragmatisch: '(I)k (zie) niet (in) hoe de vraag over de verenigbaarheid van de nationaliteitsclausules met artikel 48 van het Verdrag (…) het Hof langs andere weg zou kunnen bereiken. Hoewel de Commissie reeds geruime tijd bezwaar tegen deze clausules maakt, heeft zij geen beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 169 [thans art. 258; *RvL*] ingeleid, aangezien de kans op succes ervan haar om formele redenen onzeker lijkt. Na de (…) zaak Donà in 1976, heeft het Hof een deze clausules betreffend verzoek van een nationale rechter om een prejudiciële beslissing niet meer bereikt. Dit lijkt mij geen toeval. De betrokkenen zijn niet bereid of in staat het probleem via de rechter op te lossen.' Zie over dit ontvankelijkheidsaspect o.a. Van den Bogaert 2010, p. 490; Lengauer 2011, p. 126.

44 Zie daarvoor o.a. Mortelmans 1996, p. 147-148; Van Nuffel 1996, p. 354-356; Weatherill 1996, p. 1012 e.v. Het Hof maakt de handen evenmin vuil aan een mededingingsrechtelijke analyse. Het volstaat in r.o. 138 met de opmerking dat 'geen uitspraak (behoeft) te worden gedaan over de uitlegging van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag', aangezien zowel de nationaliteitsclausules als de transferregels in strijd zijn met het vrije verkeer van werknemers. A-G Lenz gaat wel in op de mededingingsrechtelijke aspecten van de zaak. Ik beperk mij tot een verwijzing naar punt 253 van zijn conclusie, waarin hij verklaart dat de litigieuze regels zowel onder de vrijverkeer- als mededingingsbepalingen kunnen vallen.

45 Conclusie van A-G Lenz voor HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, *Jurispr.* 1995, p. I-5040, *NJ* 1996/637 (Bosman), punt 165-193.

materiële werkingssfeer. Het eerste is taalkundig: uit de bewoordingen van art. 45 lid 1 VWEU ('Het verkeer van werknemers binnen de Unie is vrij.') blijkt dat het verder reikt dan een verbod van nationaliteitsdiscriminatie. Lid 2 heeft in zijn optiek te gelden 'als een onderdeel van een meer omvattende regeling van het vrije verkeer van personen': het vermeldt slechts de meest duidelijke en ernstige beperking (discriminatie op grond van nationaliteit) van het vrije werknemersverkeer.[46] Het tweede argument is systematisch van karakter. De fundamentele vrijheden van de interne markt hebben niet alleen dezelfde grondslag, maar vormen naar de mening van Lenz ook 'een eenheid bij de beoordeling waarvan zoveel mogelijk dezelfde maatstaven moeten worden aangelegd'.[47] Na art. 34 en 56 VWEU (vrij verkeer van goederen resp. vrijheid van dienstverrichting), zou men daarom ook art. 45 VWEU moeten opvatten als een algemeen beperkingsverbod.[48] De A-G ziet geen goede reden om de ene vrijheid beter te beschermen dan de andere, omdat zij alle van grote betekenis zijn voor de interne markt.[49] Het derde en laatste argument heeft betrekking op de status van art. 45 VWEU als fundamenteel recht 'dat het Verdrag aan iedere werknemer van de (Unie) individueel toekent'.[50] Iedere beperking van het vrije werknemersverkeer maakt inbreuk op deze grondvrijheid; ook niet-discriminerende handelingen vallen daarom volgens Lenz binnen de werkingssfeer van art. 45 VWEU.[51]

Wanneer de eerste horde is genomen, kan de A-G zich richten op de vervolgkwestie: heeft (ook) het *beperkings*verbod van art. 45 VWEU directe horizontale werking? Wat opvalt is dat Lenz haar behandelt vóór het onderzoek naar de inhoudelijke reikwijdte van de verdragsbepaling. Hij

46 *Ibid.*, punt 194.
47 *Ibid.*, punt 200.
48 *Ibid.*, punt 197. De oprekking van art. 34 VWEU tot een algemeen beperkingsverbod had plaats in HvJ EG 11 juli 1974, 8/74, *Jurispr.* 1974, p. 837 (Dassonville) en – wellicht nog explicieter – in HvJ EG 20 februari 1979, 120/78, *Jurispr.* 1979, p. 649 (Cassis de Dijon). Zie hiervóór nr. 36 en 37. De materiële uitbreiding van art. 56 VWEU geschiedde in HvJ EG 25 juli 1991, C-76/90, *Jurispr.* 1991, p. I-4221, *NJ* 1994/224 (Säger). Zie nr. 51.
49 Conclusie van A-G Lenz voor HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, *Jurispr.* 1995, p. I-5040, *NJ* 1996/637 (Bosman), punt 197 t/m 200.
50 *Ibid.*, punt 203 (onder verwijzing naar HvJ EG 15 oktober 1987, 222/86, *Jurispr.* 1987, p. 4097 (Heylens)).
51 Althans, wanneer zij de *toegang* tot de arbeidsmarkt in andere lidstaten beperken. Voorschriften die de *uitoefening* van het beroep betreffen, zijn volgens de A-G (zie punt 210 van zijn conclusie) 'niet van dien aard dat zij twijfel met betrekking tot artikel 48 kunnen wekken'. De transferregels rekent Lenz tot de eerste categorie. Zij verhinderen namelijk dat een beroepsvoetballer zich na afloop van zijn contract vrij kan verplaatsen naar een andere lidstaat om daar voor een andere club te gaan spelen.

concludeert (in punt 123 en 125) op basis van de arresten *Walrave en Koch* en *Donà* dat art. 45 VWEU *als zodanig* van toepassing is op reglementen van particuliere sportorganisaties.[52] Het is de A-G evenwel niet ontgaan dat beide arresten slechts handelden over het *discriminatie*verbod van art. 45 VWEU; Lenz citeert zelfs de overweging uit *Walrave en Koch* waarin het Hof uitdrukkelijk stelde dat het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit zich mede uitstrekt tot collectieve regelingen van particulieren.[53] Het weerhoudt hem echter niet van zijn oordeel dat ook niet-discriminerende regelingen van particulieren (de transferregels) aan art. 45 VWEU kunnen worden getoetst. De volgorde waarin hij de materie behandelt – het onderzoek naar de directe horizontale werking van art. 45 VWEU heeft plaats vóór de vaststelling van zijn materiële werkingssfeer – impliceert dat Lenz in verband met de directe horizontale werking van de verdragsbepaling geen principieel onderscheid wenst te maken tussen art. 45 VWEU als discriminatie- en beperkingsverbod.[54]

71. Het Hof van Justitie volgt het denkpatroon van zijn A-G: eerst onderzoekt het de personele reikwijdte van art. 45 VWEU, en pas daarna komt zijn materiële bereik (discriminatie- én beperkingsverbod) ter sprake. In r.o. 82 herinnert het eraan dat

> 'gelijk het Hof in het arrest Walrave (reeds aangehaald, r.o. 17) voor recht heeft verklaard, dit artikel niet alleen geldt voor het optreden van de overheid, maar ook voor bepalingen van andere aard, strekkende tot collectieve regeling van arbeid in loondienst'.

De referte aan *Walrave en Koch* – het kwam zojuist al even ter sprake – is niet zuiver. Rechtsoverweging 17 van dat arrest spreekt over 'het verbod van deze discriminaties', en doelt daarmee op (o.a.) art. 45 VWEU als discriminatieverbod; destijds, in 1974, behelsde het ook niet meer. In casu doelt het Hof met 'dit artikel' echter tevens op art. 45 VWEU als beperkingsverbod. Zo ver ging zijn verklaring in *Walrave en Koch* niet. Het arrest *Bosman* bevestigt dus niet alleen bestaande rechtspraak, het voegt er ook een nieuwe dimensie aan toe. Deze evolutie is overigens weinig verrassend wanneer men de (door het Hof in *Bosman* herhaalde) argumenten uit het arrest *Walrave en Koch* in ogenschouw neemt:

---

52 Met betrekking tot (het in casu niet toepasselijke) art. 56 VWEU oordeelde Lenz in gelijke zin (zie punt 125 van zijn conclusie).

53 Conclusie A-G Lenz voor HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, *Jurispr.* 1995, p. I-5040, *NJ* 1996/637 (Bosman), punt 123.

54 Van Leuken 2014a, nr. 7.

> '83 Het Hof heeft immers geoordeeld, dat de opheffing tussen de lidstaten van belemmeringen van het vrije verkeer van personen in gevaar zou worden gebracht, indien de opheffing van door de staten gestelde belemmeringen kon worden ontkracht door belemmeringen voortvloeiend uit handelingen krachtens hun eigen rechtsbevoegdheid verricht door niet onder het publiekrecht vallende verenigingen of lichamen (zie arrest Walrave, r.o. 18).
>
> 84 Verder heeft het Hof erop gewezen, dat de arbeidsvoorwaarden in de verschillende lidstaten nu eens door wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, dan weer door overeenkomsten en andere rechtshandelingen van privaatrechtelijke aard worden beheerst. Een beperking van de werkingssfeer van artikel 48 van het Verdrag tot het overheidsoptreden zou derhalve ongelijkheid in de toepassing van dit artikel doen ontstaan (zie arrest Walrave, r.o. 19). Dit klemt te meer in een geval als in het hoofdgeding aan de orde is, daar (…) de transferregels worden vastgesteld door instanties of volgens technieken die van lidstaat tot lidstaat verschillen.'

Het Hof spreekt over niet-publiekrechtelijke 'belemmeringen' zonder het begrip op nationaliteitsdiscriminaties toe te spitsen. Dat biedt ruimte om ook niet-discriminerende, (collectieve) handelingen van particulieren onder de reikwijdte van art. 45 VWEU te brengen. De (tussen)conclusie van het Hof is dan ook dat het artikel 'van toepassing is op door sportverenigingen als de KBVB, de UEFA of de FIFA vastgestelde regels betreffende de voorwaarden waaronder beroepssporters een activiteit in loondienst kunnen verrichten'.[55]

Interessant is het verweer van de UEFA, dat deze uitleg tot gevolg heeft dat art. 45 VWEU strenger is voor particulieren dan voor de lidstaten, 'daar alleen deze laatste zich kunnen beroepen op beperkingen die gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid. Volgens het Hof berust dit betoog op

---

55 HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, *Jurispr.* 1995, p. I-5040, *NJ* 1996/637 (Bosman), r.o. 87. De inhoudelijke toetsing van de transferregels aan art. 45 VWEU vindt plaats in r.o. 95 e.v. Nadat het de status van art. 45 VWEU als beperkingsverbod heeft bevestigd (vgl. r.o. 96: 'Bepalingen die een onderdaan van een lidstaat belemmeren of ervan weerhouden zijn land van herkomst te verlaten om zijn recht van vrij verkeer uit te oefenen, leveren derhalve belemmeringen van die vrijheid op, zelfs wanneer zij onafhankelijk van de nationaliteit van de betrokken werknemers van toepassing zijn'), constateert het in r.o. 100 dat de transferregels hier in beginsel (d.w.z. behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond) mee in strijd zijn: 'Door te bepalen dat een beroepsvoetballer slechts voor een in een andere lidstaat gevestigde club kan gaan spelen indien deze club aan zijn oude club een transfervergoeding betaalt, waarvan het bedrag tussen de twee clubs wordt overeengekomen of wordt bepaald volgens de reglementen van de sportverenigingen, beperken die regels immers het vrije verkeer van werknemers.'

een onjuiste premisse: 'Niets belet particulieren immers de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid als rechtvaardigingsgrond aan te voeren. Of de betrokken regeling van publiekrechtelijke dan wel van privaatrechtelijke aard is, heeft immers geen enkel gevolg voor de draagwijdte of de inhoud van die rechtvaardigingsgronden.'[56] Later, in par. 9.4, zal ik hierop inhoudelijk reageren. De passage interesseert mij nu slechts vanwege haar (voorzichtige) implicatie dat de gebondenheid van particulieren aan art. 45 VWEU niet tot *collectieve* regelingen is beperkt.[57] Zulks blijkt nog duidelijker uit het arrest *Clean Car*, waarin het Hof onder verwijzing naar de zojuist genoemde overweging uit *Bosman* stelde dat ook particulieren een beroep kunnen doen op art. 45 lid 3 VWEU, 'ter rechtvaardiging van (…) beperkingen (op het vrije verkeer van werknemers), voortvloeiend uit *overeenkomsten en andere rechtshandelingen van privaatrechtelijke aard*'.[58] De terminologie – we zien haar ook in r.o. 84 van *Bosman* – suggereert dat *iedere* rechtshandeling van particulieren aan art. 45 VWEU kan worden getoetst.[59] Deze zienswijze is evenwel nog niet expliciet door het Hof van Justitie bevestigd.

5.3.2 Deliège (2000)

72. Christelle Deliège is een succesvolle Belgische judoka, op wier palmares diverse (inter)nationale titels prijken. Begin jaren '90 van de vorige eeuw raakt zij in conflict met de Belgische judobond, omdat die haar op oneigenlijke gronden zou beletten deel te nemen aan belangrijke internationale wedstrijden (o.a. de Olympische Spelen van 1992, het WK van 1993 en het EK van 1994). De bond weerspreekt de geuite beschuldigingen: Deliège zou om strikt sportieve en disciplinaire redenen van deelname aan de betreffende toernooien zijn uitgesloten. Aan de vooravond van de Olympische Spelen van Atlanta (1996) leidt de onenigheid tot een kortgedingprocedure waarin Deliège vordert dat de nationale judobond de benodigde formaliteiten vervult voor haar participatie aan het olympische kwalificatietoernooi van Parijs. Bovendien klaagt zij over de voorschriften

---

56 *Ibid.*, r.o. 86. Zie ook HvJ EU 28 juni 2012, C-172/11, *NJ* 2012/544 (Erny), r.o. 48.

57 Vgl. Van den Bogaert 2002, p. 128.

58 HvJ EG 7 mei 1998, C-350/96, *Jurispr.* 1998, p. I-2521, *NJ* 1999/264 (Clean Car), r.o. 24. Cursivering toegevoegd.

59 Vgl. Mortelmans 1996, p. 144: 'Wel gebruikt het Hof in overweging 86 het woord "particulieren", terwijl het, gelet op de context, logischer was geweest om de term "particuliere organisaties" te hanteren. Deze overweging geeft, naast de verwijzing in het arrest Defrenne II in overweging 39 [zie hierna nr. 100; *RvL*] naar "contracten tussen particulieren", enigszins een aanknopingspunt voor een brede uitleg van de horizontale werking.'

van de Europese judobond (UEJ) die kort gezegd bepalen dat alleen nationale judobonden de judoka's voor zulke toernooien mogen selecteren en inschrijven, met (in beginsel) een maximum van één per gewichtsklasse. Ten gronde vordert Deliège een verklaring voor recht dat deze particuliere selectievoorschriften in strijd zijn met art. 56, 101 en 102 VWEU (ex art. 59, 85 en 86 EG). De nationale rechter legt de verenigbaarheidskwestie voor aan het Hof van Justitie. Zijn oordeel, alsmede dat van de A-G, bespreek ik slechts voor zover het betrekking heeft op art. 56 VWEU.[60]

73. Advocaat-Generaal Cosmas stelt in zijn conclusie voorop dat Deliège een als dienstverrichting aan te merken economische activiteit uitoefent, en derhalve in beginsel bescherming kan ontlenen aan art. 56 VWEU.[61] Vraag is echter of de litigieuze voorschriften binnen de werkingssfeer van deze verdragsbepaling vallen. De A-G meent van niet, daar zij berusten op 'niet-economische overwegingen die verband houden met het specifieke karakter en kader van bepaalde wedstrijden'.[62] Voor het (in zijn ogen) hypothetische geval de selectievoorschriften naar hun aard wel onder art. 56 VWEU zouden vallen, wijst Cosmas erop dat de regels van de UEJ geen directe of indirecte nationaliteitsdiscriminaties bevatten: 'Welke nationaliteit Deliège ook zou hebben, zij blijft steeds onderworpen aan dezelfde

60 De prejudiciële vraag over de verenigbaarheid van de selectievoorschrifteis met art. 101 en 102 VWEU verklaart het Hof niet-ontvankelijk wegens het ontbreken van voldoende feitelijke en juridische gegevens.

61 Conclusie A-G Cosmas voor HvJ EG 11 april 2000, C-51/96 en C-191/97, *Jurispr.* 2000, p. I-2549, *NJ* 2000/542 (Deliège), punt 20 t/m 60. Vgl. ook r.o. 56 en 57 van 's Hofs arrest: '(S)portactiviteiten, meer in het bijzonder de deelname van een sportbeoefenaar van topniveau aan een internationale wedstrijd, (kunnen) de verrichting van meerdere afzonderlijke, doch nauw met elkaar verweven diensten met zich (…) brengen, die onder artikel 59 van het Verdrag kunnen vallen, ook al worden enkele van die diensten niet betaald door degene te wiens behoeve zij worden verricht (…). Zo biedt bijvoorbeeld de organisator van een dergelijke wedstrijd de sportbeoefenaar de mogelijkheid, zijn sportactiviteit uit te oefenen door zich te meten met andere wedstrijddeelnemers, terwijl de sportbeoefenaren door hun deelname aan de wedstrijd de organisator in staat stellen, een sportevenement te organiseren waarbij publiek aanwezig kan zijn, dat door televisiezenders kan worden uitgezonden en dat reclamemakers en sponsors kan interesseren. Daarnaast levert de sportbeoefenaar een reclameprestatie ten behoeve van zijn eigen sponsors, welke wordt ondersteund door de sportactiviteit zelf.'

62 *Ibid.*, punt 74. Uit eerdere rechtspraak – *Walrave en Koch*, *Donà* en *Bosman* – blijkt bijvoorbeeld dat selectievoorschriften voor wedstrijden tussen nationale sportploegen buiten het bereik van art. 45 en 56 VWEU blijven. Ook de regels van de UEJ zijn volgens de A-G gericht op de selectie van nationale ploegen (voor bijv. de Olympische Spelen), en blijven daarom buiten het bereik van art. 56 VWEU. Zie hierover Van den Bogaert 2000, p. 558.

beperkingen wat de selectie voor deelname aan de internationale judotoernooien in klasse A betreft.'[63] Toch zou de A-G de selectievoorschriften dan als strijdig met art. 56 VWEU aanmerken, omdat zij 'rechtstreeks de toegang (…) tot de dienstenmarkt in de andere lidstaten (regelen)'.[64] Aldus verwerpt hij in dit concrete geval niet alleen de analogie met de verkoopmodaliteiten als bedoeld in *Keck*,[65] maar neemt hij tevens impliciet (en zonder nadere motivering) aan dat de regels van een particuliere organisatie als de UEJ (wanneer zij binnen de werkingssfeer van het Unierecht zouden vallen) aan het beperkingsverbod van art. 56 VWEU getoetst kunnen worden.

74. Anders dan de A-G is het Hof van mening (zie r.o. 44) dat de selectievoorschriften van de UEJ niet aan de toepassing van het Unierecht kunnen ontsnappen. Daarom vervolgt het:

> '47 Aangaande de aard van de bestreden voorschriften volgt uit de reeds aangehaalde arresten Walrave en Koch (punten 17 en 18) en Bosman (punten 82 en 83), dat de gemeenschapsbepalingen inzake het vrij verkeer van personen en van diensten niet alleen gelden voor het optreden van de overheid, maar ook voor bepalingen van andere aard, strekkende tot collectieve regeling van arbeid in loondienst en van het verrichten van diensten. De opheffing tussen de lidstaten van belemmeringen voor het vrije verkeer van personen en het vrij verrichten van diensten zou namelijk in gevaar worden gebracht, indien de opheffing van door de staten gestelde belemmeringen kon worden ontkracht door belemmeringen voortvloeiend uit handelingen krachtens hun eigen rechtsbevoegdheid, verricht door niet onder het publiekrecht vallende verenigingen of lichamen.'

Het Hof acht de oorsprong van de selectievoorschriften niet relevant: art. 45, 49 en 56 VWEU zijn (als zodanig) ook van toepassing op collectieve regelingen van particulieren. Opnieuw wordt geen onderscheid gemaakt tussen discriminerende en niet-discriminerende gevallen:[66] de direct horizontaal werkende verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van

63 Conclusie A-G Cosmas voor HvJ EG 11 april 2000, C-51/96 en C-191/97, *Jurispr.* 2000, p. I-2549, *NJ* 2000/542 (Deliège), punt 79.

64 *Ibid.*, punt 66.

65 *Ibid.*, punt 64-66. Het arrest *Keck* kwam reeds aan bod in nr. 38 en 39.

66 Het Hof merkt in r.o. 60 slechts het volgende op: 'Aangenomen dat de activiteiten van Deliège kunnen worden aangemerkt als het verrichten van diensten, moet worden onderzocht, of de in het hoofdgeding betwiste selectieregels een *beperking* van de vrijheid van dienstverrichting in de zin van artikel 59 van het Verdrag vormen.' Cursivering toegevoegd.

werknemers, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting zijn van toepassing op beide.[67]

5.3.3 *Lehtonen (2000)*

75. Op 13 april 2000 – twee dagen na *Deliège* – wijst het Hof arrest in de zaak van Jyri Lehtonen, een beroepsbasketbalspeler uit Finland die tegen het einde van het seizoen 1995/1996 een tijdelijke transfer wil maken van zijn Finse club naar het Belgische Castors Braine. Het transferreglement van de internationale basketbalfederatie (FIBA), dat gelijkelijk van toepassing is op alle nationale bonden, bepaalt dat een dergelijke transfer slechts kan plaatsvinden vóór 28 februari 1996. Na deze datum is het niet toegestaan om spelers te contracteren (en op te stellen) die in het seizoen 1995/1996 al in een andere Europese competitie hebben gespeeld. Lehtonen en Castors Braine sluiten op 3 april 1996 een arbeidsovereenkomst voor de duur van twee maanden; het vereiste transfercertificaat is dan reeds door de Finse bond verstrekt. Drie dagen later, op 6 april 1996, speelt Lehtonen mee in een door Castors Braine gewonnen play-offwedstrijd. De Belgische bond verklaart deze wedstrijd echter verloren, omdat het opstellen van Lehtonen in strijd is met het FIBA-reglement. Speler en club initiëren daarop een kort geding tegen de Belgische basketbalfederatie waarin zij i) de intrekking van het forfaitaire verlies, en ii) een verbod op nieuwe sancties bij de toekomstige opstelling(en) vorderen. De rechtbank van eerste aanleg te Brussel stelt het Hof van Justitie in dit verband de vraag of transferregels van de basketbalfederatie verenigbaar zijn met (o.a.) art. 45 VWEU (ex art. 48 EG).[68]

---

67 Hoewel de selectieregels volgens het Hof 'onvermijdelijk tot een beperking van het aantal deelnemers aan een toernooi (leiden)', worden ze (in r.o. 64 van het arrest) niet als in strijd met art. 56 VWEU aangemerkt omdat 'een dergelijke beperking inherent is aan het verloop van een internationale sportwedstrijd op topniveau, die noodzakelijkerwijs de vaststelling van bepaalde regels of bepaalde selectiecriteria impliceert'. Zie voor een kritisch commentaar Van den Bogaert 2000, p. 560-561.

68 HvJ EG 13 april 2000, C-176/96, *Jurispr.* 2000, p. I-2681, *NJ* 2000/543 (Lehtonen), r.o. 18. De nationale rechter informeert tevens naar de verenigbaarheid met art. 18, 101 en 102 VWEU (ex art. 6, 85 en 86 EG). De eerste bepaling is hier niet autonoom van toepassing (vgl. conclusie A-G, punt 32; arrest, r.o. 37), en houdt bovendien slechts een verbod van nationaliteitsdiscriminaties in. De vragen die betrekking hebben op de mededingingsbepalingen zijn niet-ontvankelijk wegens het ontbreken van voldoende feitelijke gegevens (conclusie A-G, punt 28; arrest, r.o. 29).

76. Advocaat-Generaal Alber gaat in zijn conclusie niet in op de personele reikwijdte van art. 45 VWEU.[69] Hij constateert dat Lehtonen een werknemer in de zin van genoemde bepaling was, en stelt vervolgens onder verwijzing naar het arrest *Bosman* (r.o. 96) vast dat de transfermijnen het vrije verkeer van werknemers belemmeren. 'Eenmaal verstreken beletten zij namelijk de onderdanen van andere lidstaten hun land te verlaten om in België beroepsbasketbal te gaan spelen.'[70]

77. Het Hof antwoordt de nationale rechter volgens het inmiddels vertrouwde model: eerst behandelt het de personele reikwijdte van art. 45 VWEU, pas daarna behandelt het zijn materiële werkingssfeer (discriminatie- én beperkingsverbod). In r.o. 35 oordeelt het dat de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van personen en diensten niet alleen gelden voor het optreden van de overheid, maar ook voor bepalingen van andere aard, strekkende tot collectieve regeling van arbeid in loondienst. Het argument is bekend: 'De opheffing tussen de lidstaten van de belemmeringen voor het vrije verkeer van personen en het vrij verrichten van diensten zou namelijk in gevaar worden gebracht, indien de opheffing van door de staten gestelde belemmeringen kon worden ontkracht door belemmeringen voortvloeiend uit handelingen krachtens hun eigen rechtsbevoegdheid, verricht door niet onder het publiekrecht vallende verenigingen of lichamen.'[71] Het Hof onderscheidt dus (wederom) niet tussen discriminerende en niet-discriminerende gevallen; de personen- en dienstenvrijheden (art. 45, 49 en 56 VWEU) bezitten in beide situaties directe horizontale werking. In casu stelt het Hof dat de (niet-discriminerende) transfertermijnen een belemmering van het vrije werknemersverkeer vormen, omdat zij 'het vrije verkeer van spelers die hun activiteit in een

69 Intussen refereert hij in punt 35 wel aan het (niet betwiste) standpunt van Lehtonen en Castors Braine dat 'artikel 48 van het Verdrag van toepassing kan zijn op privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen'. De Belgische basketbalfederatie zet (o.a.) in op een analoge toepassing van de *Keck*-rechtspraak (op grond waarvan bepaalde verkoopmodaliteiten wegens hun zeer beperkte invloed op de markttoegang voor producten uit andere lidstaten niet binnen de werkingssfeer van art. 34 VWEU vallen). Behalve dat A-G Alber de analogie principieel van de hand wijst (zie punt 48 en 49), stelt hij in punt 47 van zijn conclusie dat zij de basketbalfederatie ook niet zou baten, daar de transfertermijnen 'op gezette tijden in de weg (staan) aan de toegang van spelers die voordien in een andere federatie speelden en die bij een transfer naar België (noodzakelijkerwijs) hun recht van het vrij verkeer willen uitoefenen'.

70 Conclusie A-G Alber voor HvJ EG 13 april 2000, C-176/96, *Jurispr.* 2000, p. I-2681, *NJ* 2000/543 (Lehtonen), punt 45.

71 HvJ EG 13 april 2000, C-176/96, *Jurispr.* 2000, p. I-2681, *NJ* 2000/543 (Lehtonen), r.o. 35.

andere lidstaat willen uitoefenen, kunnen beperken door de Belgische clubs te beletten, basketbalspelers uit andere lidstaten in kampioenswedstrijden te laten spelen, wanneer deze na een bepaalde datum in dienst zijn genomen'.[72]

5.3.4 Wouters (2002)

78. Voorwerp van deze prejudiciële procedure is de Samenwerkingsverordening van de Nederlandse Orde van Advocaten die – om de deontologie van de advocatuur te beschermen – een geïntegreerde coöperatie tussen advocaten en accountants verbiedt. Wouters en Savelbergh, twee Nederlandse onderdanen die als advocaat staan ingeschreven bij de Amsterdamse balie, willen een samenwerkingsverband aangaan met Arthur Andersen & Co. Accountants resp. Price Waterhouse Belastingadviseurs BV (een onderdeel van het wereldwijde concern, waarbinnen ook accountants werkzaam zijn). De Orde staat de samenwerking niet toe, omdat zij in strijd is met de verordening. Wouters en Savelbergh nemen hier geen genoegen mee, en betogen in rechte dat de (non-discriminatoire) Samenwerkingsverordening in strijd is met het Europese mededingingsrecht en met art. 49 en 56 VWEU (ex art. 52 en 59 EG). De nationale rechter stelt het Hof van Justitie negen vragen, waarvan het gros betrekking heeft op art. 101 en 102 VWEU.[73] Ik zal mij echter beperken tot de vragen omtrent de toepasselijkheid van art. 49 en 56 VWEU.

79. Advocaat-Generaal Léger stelt kort en bondig vast dat de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting niet alleen gelden voor overheidsmaatregelen, maar ook van toepassing zijn 'op maatregelen van andere aard die ertoe strekken de arbeid van werknemers en het verrichten van diensten op collectieve wijze te regelen'.[74] In zijn optiek gelden art. 49 en 56 VWEU dus ook voor verordeningen van een beroepsorgani-

72 *Ibid.*, r.o. 49. Hoewel het Hof in r.o. 53 erkent 'dat de vaststelling van termijnen voor de transfers van spelers kan beantwoorden aan het doel, het regelmatig verloop van sportwedstrijden te verzekeren', acht het transferregels niet gerechtvaardigd omdat zij 'verder gaan dan nodig is ter bereiking van het gestelde doel'.

73 De mededingingsrechtelijke aspecten van deze zaak worden uitgebreid besproken door (o.a.) Vossestein 2002, p. 841-863.

74 Conclusie A-G Léger voor HvJ EG 19 februari 2002, C-309/99, *Jurispr.* 2002, p. I-01577, *NJ* 2002/425 (Wouters), punt 234. Het feit dat de Nederlandse Orde van Advocaten een publiekrechtelijke rechtspersoon is (vgl. art. 2:1 lid 2 BW), vormt derhalve geen beletsel om deze beroepsorganisatie als 'particulier' aan te merken. Vgl. hoofdstuk 1, voetnoten 4 en 5.

satie als de Nederlandse Orde van Advocaten.[75] Het Hof van Justitie sluit zich daar in zijn arrest bij aan. Zonder een onderscheid te maken tussen discriminerende en niet-discriminerende situaties, herinnert het eraan

> '120 (…) dat het bepaalde in de artikelen 52 en 59 van het Verdrag zich ook uitstrekt tot niet-publiekrechtelijke regelingen die op collectieve wijze de werkzaamheid als zelfstandige en de verrichting van diensten beogen te regelen. Immers, de opheffing tussen de lidstaten van belemmeringen voor het vrije verkeer van personen en het vrij verrichten van diensten zou in gevaar worden gebracht, indien de opheffing van door de staten gestelde belemmeringen kon worden ontkracht door belemmeringen die voortvloeien uit handelingen die door niet onder het publiekrecht vallende verenigingen of lichamen krachtens hun eigen rechtsbevoegdheid worden verricht (zie arresten Hof van 12 december 1974, Walrave en Koch, 36/74, Jurispr. blz. 1405, punten 17, 18, 23 en 24; 14 juli 1976, Donà, 13/76, Jurispr. blz. 1333, punten 17 en 18; 15 december 1995, Bosman, C-415/93, Jurispr. blz. I-4921, punten 83 en 84, en 6 juni 2000, Angonese, C-281/98, Jurispr. blz. I-4139, punt 32).'[76]

Van de aangehaalde rechtspraak heeft alleen *Bosman* (mede) betrekking op de personele reikwijdte van een beperkingsverbod (art. 45 VWEU). De overige arresten – *Walrave*, *Donà* en *Angonese* – hadden uitsluitend de directe horizontale werking van bepaalde discriminatieverboden (art. 45 en/of 56 VWEU) tot onderwerp. Het toont wederom dat het Hof van Justitie in het kader van de vraag naar de gebondenheid van particulieren aan (in dit geval) art. 49 en 56 VWEU geen onderscheid maakt naar de materiele werkingssfeer van deze verdragsbepalingen: de directe horizontale werking van de discriminatie- en beperkingsverboden steunt op

75 Léger wijst er evenwel op dat de genoemde vrijheden (volgens vaste rechtspraak) niet van toepassing zijn op zuiver interne situaties. Daar wringt in het onderhavige geval de schoen, althans wat art. 49 VWEU betreft. Wouters en Savelbergh willen zich namelijk niet in een *andere* lidstaat vestigen; zij blijven op Nederlands grondgebied opereren. Volgens de A-G (vgl. punt 239 en 240) speelt dit probleem niet ten aanzien van art. 56 VWEU, omdat deze bepaling ook kan worden ingeroepen wanneer de diensten worden verricht ten behoeve van in andere lidstaten gevestigde personen.

76 In r.o. 123 oordeelt het uiteindelijk dat art. 49 en 56 VWEU 'zich niet verzetten tegen een nationale regeling als de Samenwerkingsverordening 1993 die elk geïntegreerd samenwerkingsverband tussen advocaten en accountants verbiedt, aangezien deze redelijkerwijs noodzakelijk kon worden geacht ter verzekering van de goede uitoefening van het beroep van advocaat, zoals dat in de betrokken lidstaat is georganiseerd'.

dezelfde argumenten.[77] In het thans te bespreken arrest *Viking* blijkt dat nog explicieter.

5.3.5 *Viking (2007)*

80. Viking Line ABP (hierna: Viking) – een vennootschap naar Fins recht – exploiteert een veerboot genaamd 'Rosella' die onder Finse vlag vaart tussen Helsinki en Tallinn. Op dezelfde zeeroute zijn ook Estse ferrymaatschappijen actief, die haar stevige concurrentie bieden. Viking dreigt in deze strijd het onderspit te delven, omdat zij krachtens nationale wetgeving en de toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomst verplicht is om haar bemanning een hogere beloning te betalen dan de concurrenten. Teneinde de loonkosten (en daarmee het exploitatieverlies) terug te dringen, wil Viking haar schip in Estland laten registreren en aldaar een nieuwe collectieve overeenkomst sluiten. De Finnish Seamen's Union (FSU) reageert ontstemd op dit plan, en schakelt de overkoepelende International Transport Worker's Federation (ITF) in. Deze laatste instrueert haar leden dwingend om niet met Viking in onderhandeling te treden; alleen vakbonden van het land waar de gerechtigde op een schip is gevestigd, hebben volgens de ITF het recht om collectieve overeenkomsten te sluiten met betrekking tot dat schip. Aldus wordt het de Finse vennootschap onmogelijk gemaakt om rechtstreeks – zonder de FSU – met een Estse vakbond te onderhandelen. De druk op Viking om af te zien van het omvlaggen, wordt daarnaast opgevoerd door de Finse vakbond. Die dreigt namelijk met collectieve acties wanneer Viking niet afziet van de omvlaggingsoperatie. Vastbesloten om haar plan te realiseren, vordert Viking bij de Engels rechter – Londen is de thuisbasis van de ITF – een verklaring voor recht dat het handelen van de ITF en de FSU in strijd is met art. 49 VWEU (het voormalige art. 43 EG), alsmede een gebod aan de ITF en de FSU om respectievelijk de instructie aan haar leden te herzien en geen inbreuk te maken op de rechten die Viking krachtens het Unierecht toekomen. Beide vakorganisaties verweren zich met de stelling dat het recht op collectieve acties – het stakingsrecht daaronder begrepen – een grondrecht is, dat als zodanig buiten de werkingssfeer van art. 49 VWEU

77 Overigens stellen Van der Gronden & Mortelmans 2002, p. 463, dat in r.o. 120 van het arrest *Wouters* voor het eerst expliciet wordt erkend dat (ook) art. 49 VWEU directe horizontale werking bezit. Zij zien dan echter over het hoofd dat het Hof in *Van Ameyde* (zie par. 5.2.3) reeds uitdrukkelijk bepaalde dat het daarin neergelegde *discriminatie*verbod van toepassing is op collectieve regelingen van particulieren.

valt. De geadieerde rechter stelt het Hof van Justitie een tiental prejudiciële vragen,[78] waarvan de eerste luidt:

> 'Indien een vakvereniging of verbond van vakverenigingen een collectieve actie voert tegen een particuliere onderneming en eist dat die onderneming met een vakvereniging in een bepaalde lidstaat een collectieve arbeidsovereenkomst sluit, waardoor het voor die onderneming zinloos wordt om een schip onder de vlag van een andere lidstaat te laten varen, valt deze actie dan (…) buiten het bereik van artikel 43 EG (…)?'

Voorts wenst de nationale rechter uitsluitsel omtrent de personele reikwijdte van art. 49 VWEU:

> '(Heeft) artikel 43 EG-Verdrag (…) horizontale rechtstreekse werking in die zin dat (het) aan een particuliere onderneming rechten (toekent) die deze kan inroepen tegen een andere particuliere partij en in het bijzonder tegen een vakvereniging of een verbond van vakverenigingen met betrekking tot een collectieve actie van deze vakvereniging of een verbond van vakverenigingen?'

81. Advocaat-Generaal Poiares Maduro beantwoordt de eerste vraag ontkennend. Hij acht 'de bepalingen inzake vestiging en vrije dienstverrichting geenszins onverenigbaar met de bescherming van grondrechten'.[79] Noch de vrijverkeerbepalingen, noch het recht op collectieve actie hebben een absoluut karakter; zij moeten in het concrete geval tegen elkaar worden afgewogen.

De tweede vraag onderzoekt de A-G in vier stappen.[80] Op deze plaats richt ik mijn aandacht op de eerste ('Roepen de bepalingen inzake vrij verkeer verplichtingen voor particulieren in het leven?')[81] en tweede ('Op welke soort handelingen van particulieren zijn de regels betreffende het vrije verkeer van toepassing?');[82] de overige blijven hierna buiten beschouwing.

Voor uitsluitsel omtrent de vraag naar de directe horizontale werking van de vrijverkeerbepalingen kijkt de A-G naar hun plaats en functie in de opzet van het Verdrag.[83] Tezamen met de mededingings-

78 HvJ EG 11 december 2007, C-438/05, *Jurispr.* 2007, p. I-10779, *NJ* 2008/149, m.nt. M.R. Mok (Viking), r.o. 27.
79 Conclusie A-G Poiares Maduro voor HvJ EG 11 december 2007, C-438/05, *Jurispr.* 2007, p. I-10779, *NJ* 2008/149, m.nt. M.R. Mok (Viking), punt 23.
80 *Ibid.*, punt 30.
81 *Ibid.*, punt 31-40.
82 *Ibid.*, punt 41-48.
83 *Ibid.*, punt 31.

voorschriften vormen zij 'een coherent geheel van regels' dat noodzakelijk is om het fundamentele doel van de Unie – een goed werkende interne markt – te verwezenlijken.[84] De rechten die particulieren aan deze bepalingen ontlenen, stellen hen in staat te ageren tegen bepaalde handelingen van lidstaten (de direct verticaal werkende verkeersvrijheden) en ondernemingen (de direct horizontaal werkende mededingingsregels). Het geschetste stramien is evenwel niet waterdicht, zo onderkent Poiares Maduro. Daar de goede werking van de interne markt ook kan worden verstoord door handelingen van particulieren die buiten het bereik van de mededingingsregels vallen, wenst hij deze niet categorisch buiten de toepassing van de vrijverkeerbepalingen te plaatsen.[85] Volgens de A-G betekent dit echter niet dat handelingen van particulieren *altijd* aan de vrijheden zijn onderworpen: zij gelden slechts voor private handelingen die de uitoefening van andermans recht op vrij verkeer daadwerkelijk kunnen beperken.[86] Een particulier is daartoe meestal niet in staat. Ter illustratie noemt hij het geval van een individuele winkelier die weigert goederen uit andere lidstaten af te nemen. Deze weigering zal buitenlandse leveranciers niet beletten hun producten via andere kanalen op de markt te brengen, en bovendien zal de winkelier in kwestie concurrentie ondervinden van zelfstandigen die de producten wél verkopen. Het Unierecht zou hier niet hoeven ingrijpen, omdat de markt als correctiemechanisme fungeert.[87] Maar hoe nu vast te stellen of er sprake is van een daadwerkelijke beperking van het vrije verkeer? Een eenvoudig antwoord lijkt niet voorhanden. Poiares Maduro wijst erop dat het Hof in zijn rechtspraak 'voorzichtig' te werk is gegaan, door de directe horizontale werking van de vrijverkeerbepalingen slechts in specifieke gevallen te erkennen.[88] Hij refereert o.a. aan de rechtspraak waarin het (non-)discriminerende reglementsbepalingen van particuliere sportorganisaties aan de vrijheden toetste.[89] De reden voor deze toetsing is evident, aldus de A-G: sportbonden hebben grote invloed op de organisatie van professionele

84 *Ibid.*, punt 32 en 33.
85 *Ibid.*, punt 35 e.v.
86 *Ibid.*, punt 42 en 43. Hoewel volgens vaste rechtspraak 'elke belemmering van (de) vrijheden, hoe gering ook, (is) verboden' (zie o.a. HvJ EG 13 december 1989, C-49/89, *Jurispr.* 1989, p. I-4441 (Corsica Ferries France), r.o. 8), lijkt de A-G hier te pleiten voor een (soort van) *de minimis*-regel in het vrijverkeersrecht.
87 *Ibid.*, punt 43.
88 *Ibid.*, punt 43.
89 Poiares Maduro doelt blijkens voetnoot 50 van zijn conclusie o.a. op de arresten *Walrave en Koch*, *Donà*, *Bosman*, *Deliège* en *Lehtonen*. Hij maakt derhalve geen principieel onderscheid tussen discriminatoire regels van particuliere organisaties (*Walrave en Koch*, *Donà*), en voorschriften die geen nationaliteitsdiscriminatie inhouden (*Bosman*, *Deliège*, *Lehtonen*).

sporten als grensoverschrijdende economische activiteit, en kunnen regels opstellen die bindend zijn voor eenieder die deze activiteit wil verrichten.[90] Niet voor niets stelde het Hof in deze arresten dat 'de opheffing tussen de lidstaten van de belemmeringen voor het vrije verkeer van personen en het vrij verrichten van diensten (…) in gevaar (zou) worden gebracht, indien de opheffing van door staten gestelde belemmeringen kon worden ontkracht door belemmeringen voortvloeiend uit handelingen krachtens hun eigen rechtsbevoegdheid, verricht door niet onder het publiekrecht vallende verenigingen of lichamen'.[91] Voorts wijst de A-G op het arrest *Angonese*, waarin het Hof oordeelde dat het discriminatieverbod van art. 45 VWEU ook van toepassing is op individuele overeenkomsten van particulieren. 'Werknemers kunnen niet zo gemakkelijk hun beroepskwalificaties veranderen of alternatief werk verkrijgen als handelaars hun producten kunnen wijzigen of alternatieve manieren kunnen vinden om ze op de markt te brengen.'[92] Dat verklaart volgens hem waarom het Hof de toepassing van het discriminatieverbod van art. 45 VWEU niet beperkt tot collectieve regelingen. Poiares Maduro komt in punt 48 van zijn conclusie dan ook tot de slotsom dat 'de bepalingen inzake vrij verkeer van toepassing zijn op handelingen van particulieren die door het algemeen effect ervan op de houders van rechten van vrij verkeer, deze laatste in de uitoefening van die rechten kunnen beperken door het opwerpen van een obstakel dat zij redelijkerwijs niet kunnen omzeilen'.

82. Dan het Hof. Zijn antwoord op de eerste prejudiciële vraag is negatief. Hoewel het (grond)recht om collectieve acties te voeren tot de algemene beginselen van Unierecht behoort, kunnen aan de uitoefening ervan bepaalde beperkingen worden gesteld. Het fundamentele karakter van dit recht brengt derhalve niet mee dat het bij voorbaat buiten de werkingssfeer van art. 49 VWEU valt.[93] Niettemin erkent het Hof dat de bescherming van grondrechten een legitiem belang vormt, dat een beperking van het vrije verkeer kan rechtvaardigen.[94]

---

90 Conclusie A-G Poiares Maduro voor HvJ EG 11 december 2007, C-438/05, *Jurispr.* 2007, p. I-10779, *NJ* 2008/149, m.nt. M.R. Mok (Viking), punt 45.
91 *Ibid.*, punt 45.
92 *Ibid.*, punt 47.
93 Vgl. Van Hoek & Houwerzijl 2008, p. 192; Nic Shuibhne 2010, p. 686-687.
94 HvJ EG 11 december 2007, C-438/05, *Jurispr.* 2007, p. I-10779, *NJ* 2008/149, m.nt. M.R. Mok (Viking), r.o. 45. Zie daarover par. 9.5.3.

Op de tweede vraag antwoordt het Hof bevestigend:

> '33 Volgens vaste rechtspraak gelden de artikelen 39 EG, 43 EG en 49 EG [thans art. 45, 49 en 56 VWEU; *RvL*] niet alleen voor handelingen van de overheid, maar ook voor bepalingen van andere aard, strekkende tot collectieve regeling van arbeid in loondienst, zelfstandige arbeid en het verrichten van diensten (zie arresten van 12 december 1974, Walrave en Koch, 36/74, Jurispr. blz. 1405, punt 17; 14 juli 1976, Donà, 13/76, Jurispr. blz. 1333, punt 17; Bosman, reeds aangehaald, punt 82; 11 april 2000, Deliège, C - 51/96 en C - 191/97, Jurispr. blz. I - 2549, punt 47; 6 juni 2000, Angonese, C - 281/98, Jurispr. blz. I - 4139, punt 31, en 19 februari 2002, Wouters e.a., C - 309/99, Jurispr. blz. I - 1577, punt 120).'

Ter onderbouwing voert het in zijn arrest drie argumenten aan:

> '34 Aangezien de arbeidsvoorwaarden in de verschillende lidstaten nu eens worden beheerst door bepalingen van wet of verordening, dan weer door collectieve overeenkomsten en andere rechtshandelingen van privaatrechtelijke aard, zou een beperking van de verboden van deze artikelen tot handelingen van de overheid kunnen leiden tot het ontstaan van ongelijkheden bij hun toepassing (zie, mutatis mutandis, reeds aangehaalde arresten Walrave en Koch, punt 19; Bosman, punt 84, en Angonese, punt 33).
>
> (…)
>
> 57 Blijkens de rechtspraak van het Hof zou de opheffing tussen de lidstaten van de belemmeringen van het vrije verkeer van personen en het vrij verrichten van diensten in gevaar worden gebracht, indien de opheffing van de door de staten gestelde belemmeringen kon worden geneutraliseerd door belemmeringen voortvloeiend uit handelingen die niet onder het publiekrecht vallende verenigingen of lichamen verrichten in het kader van hun juridische autonomie (zie de reeds aangehaalde arresten Walrave en Koch, punt 18; Bosman, punt 83; Deliège, punt 47; Angonese, punt 32, en Wouters e.a., punt 120).
>
> 58 Het Hof heeft eveneens reeds geoordeeld dat de omstandigheid dat sommige bepalingen van het Verdrag formeel tot de lidstaten zijn gericht, niet verhindert dat tezelfdertijd rechten kunnen zijn toegekend aan alle particulieren die bij de nakoming van de aldus omschreven verplichtingen belang hebben, en dat het verbod om inbreuk te maken op een in een verdragsbepaling van dwingend recht verankerde fundamentele vrijheid met name van toepassing is op alle overeenkomsten die een collectieve regeling van arbeid in loondienst inhouden (zie in die zin arrest van 8 april 1976, Defrenne, 43/75, Jurispr. blz. 455, punten 31 en 39).
>
> 59 Dergelijke overwegingen moeten tevens gelden voor artikel 43 EG, waarin een fundamentele vrijheid is neergelegd.'

Het arrest *Bosman* (zie par. 5.3.1) maakte al duidelijk dat de directe horizontale werking van art. 45 VWEU niet verschilt naargelang zijn concrete toepassingsvorm (discriminatie- of beperkingsverbod). In *Viking* trekt het Hof deze lijn door naar art. 49 en 56 VWEU: onder verwijzing naar rechtspraak over zowel (één van) de discriminatieverboden (*Walrave en Koch*, *Donà* en *Angonese*) als over (twee van) de beperkingsverboden (*Bosman*, *Deliège*, *Wouters*) herhaalt het dat de personen- en dienstenvrijheden als zodanig directe horizontale werking bezitten. Dat het Hof nu (ook) de verwijzing naar *Defrenne II* uit de kast haalt, wekt dan geen verbazing. Fungeerde zij in de arresten *Angonese* (zie par. 5.2.5) en *Raccanelli* (zie par. 5.2.6) nog ter ondersteuning van het standpunt dat het *discriminatie*verbod van art. 45 VWEU van toepassing is op collectieve én individuele overeenkomsten tussen particulieren, in *Viking* dient de referte als argument voor de toepasselijkheid van het *beperkings*verbod van art. 49 VWEU op vakbondsacties (*feitelijke* handelingen die 'onlosmakelijk verbonden' zijn met het sluiten van een collectieve overeenkomst).[95]

5.3.6 Laval (2007)

83. Laval un Partneri Ltd (hierna: Laval) – een vennootschap naar Lets recht – stelt voor de uitvoering van een bouwproject te Vaxholm (regio Stockholm) enkele tientallen Letse werknemers ter beschikking aan haar Zweedse dochtermaatschappij L&P Baltic Bygg AB (hierna: Baltic Bygg). Medio 2004 – de werkzaamheden zijn dan reeds begonnen – treedt Laval in onderhandeling met de (lokale) vakorganisatie over aansluiting bij de Zweedse bouw-cao; als Letse onderneming is zij daar niet automatisch aan gebonden (en bovendien is het gedetacheerde personeel geen lid van een Zweedse vakbond). Wanneer de onderhandelingen op niets uitlopen, kondigt de vakorganisatie collectieve acties aan. Op 2 november 2004 voegt zij de daad bij het woord: een blokkade van het bouwterrein te Vaxholm legt de werkzaamheden aldaar stil, en luidt feitelijk het faillissement in van Baltic Bygg. In de daaropvolgende maanden intensiveren de collectieve acties tegen Laval. Een boycot van al haar bouwterreinen in Zweden betekent dat zij niet meer in staat is om activiteiten in deze lidstaat uit te oefenen.

Op 7 december 2004 initieert Laval een procedure tegen de Zweedse vakorganisatie(s). Daarin vordert zij i) een verklaring voor recht dat de blokkade van haar bouwterreinen onrechtmatig is, ii) een gebod de collectieve acties te beëindigen, en iii) vergoeding van de geleden schade.

95 *Ibid.*, r.o. 36 en 37.

Het is tegen deze achtergrond dat de Zweedse rechter aan het Hof van Justitie vraagt of

> '(…) het verenigbaar (is) met de bepalingen van het EG-Verdrag inzake het vrij verrichten van diensten (…) dat vakbondsorganisaties via collectieve acties in de vorm van een blokkade een buitenlandse dienstverrichter proberen te bewegen in het ontvangende land een collectieve overeenkomst inzake de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden te sluiten (…)?' [96]

84. Advocaat-Generaal Mengozzi benadrukt in zijn antwoord dat collectieve acties niet *a priori* buiten de werkingssfeer van de vrijverkeerbepalingen vallen. Het (fundamentele) recht op collectieve actie behoort tot de algemene beginselen van Unierecht, en staat in rang gelijk aan andere (on)geschreven regels van primair Unierecht. 'De toepassing van de in het Verdrag voorziene fundamentele vrijheden van verkeer moet in casu dus niet worden uitgesloten, maar uiteindelijk in evenwicht worden gebracht met de uitoefening van een grondrecht.' [97]

Over de personele reikwijdte van art. 56 VWEU (destijds art. 49 EG) merkt de A-G in punt 156 van zijn conclusie op dat het in deze bepaling neergelegde *discriminatie*verbod 'niet alleen geldt voor het optreden van de overheid, maar ook voor niet-publiekrechtelijke regelingen die op collectieve wijze de werkzaamheid als zelfstandige en het verrichten van diensten beogen te organiseren'. Wederom heet het dat '(d)e opheffing tussen de lidstaten van de belemmeringen voor het vrije verkeer van personen en het vrij verrichten van diensten (…) in gevaar (zou) worden gebracht, indien de opheffing van door de staten gestelde belemmeringen kon worden ontkracht door belemmeringen die voortvloeien uit handelingen die door niet onder het publiekrecht vallende verenigingen of lichamen krachtens hun eigen rechtsbevoegdheid worden verricht'. Een beperking van het discriminatieverbod tot het optreden van de overheid zou bovendien ongelijkheden in zijn toepassing kunnen doen ontstaan, daar de arbeidsvoorwaarden in de verschillende lidstaten 'nu eens worden beheerst door bepalingen van wet of verordening, dan weer door overeenkomsten en andere rechtshandelingen van privaatrechtelijke aard'.[98] Art. 56 VWEU behelst echter meer dan een discriminatieverbod; het staat tevens in de weg aan niet-discriminerende beperkingen van het

96 HvJ EG 18 december 2007, C-341/05, *Jurispr.* 2007, p. I-11767, *NJ* 2008/150, m.nt. M.R. Mok (Laval), r.o. 40.
97 Conclusie A-G Mengozzi voor HvJ EG 18 december 2007, C-341/05, *Jurispr.* 2007, p. I-11767, *NJ* 2008/150, m.nt. M.R. Mok (Laval), punt 85.
98 *Ibid.*, punt 157.

vrije dienstenverkeer. Ook in die kwaliteit bezit het artikel volgens de A-G directe horizontale werking.[99] De fundamentele aard van deze verdragsvrijheid maakt het volgens hem overigens ook

> 'moeilijk de horizontale draagwijdte van de verplichting die zij oplegt te willen afbakenen naar gelang van de al dan niet discriminerende aard van de daartegen opgeworpen belemmeringen. Indien een dergelijke afbakening zou moeten worden aanvaard, zou dat tot ingewikkelde discussies leiden over de vraag of een dergelijke door particulieren vastgestelde actie of regeling moet worden beschouwd als een indirecte discriminatie op grond van nationaliteit, een beperking, een belemmering van de vrije dienstverrichting of een ontmoediging om daarvan gebruik te maken. Zoals de rechtspraak reeds illustreert, zou recht doen aan een dergelijke afbakening van de horizontale draagwijdte van artikel 49 EG, omdat de scheidslijn tussen deze verschillende kwalificaties in de praktijk allerminst volkomen duidelijk is, de rechtszekerheid van de marktdeelnemers aantasten.'[100]

85. De fundamentele aard van het recht om collectieve actie te voeren impliceert volgens het Hof van Justitie niet 'dat dergelijke acties, indien zij worden gevoerd tegen een in een andere lidstaat gevestigde onderneming die werknemers ter beschikking stelt in het kader van een grensoverschrijdende dienstverrichting', buiten de werkingssfeer van het Unierecht vallen.[101] De uitoefening van het onderhavige grondrecht moet worden verzoend met de vereisten die voortvloeien uit de door art. 56 VWEU beschermde rechten, aldus het Hof.[102] Die verzoening vindt plaats binnen het stelsel van de rechtvaardigingsgronden.

In het vervolg herinnert het Hof aan het feit dat art. 56 VWEU 'voor particulieren *rechten* doet ontstaan, welke zij in rechte geldend kunnen maken en welke de nationale rechter dient te handhaven'.[103] Kortom: het heeft directe werking (vgl. nr. 11 en 12). Het voegt daar in r.o. 98 aan toe

> 'dat de naleving van artikel 49 EG zich ook uitstrekt tot niet-publiekrechtelijke regelingen die op collectieve wijze de verrichting van diensten beogen te regelen. Immers, de opheffing tussen de lidstaten van belemmeringen voor het vrij verrichten van diensten zou in gevaar worden gebracht, indien de opheffing

99 *Ibid.*, punt 224-227.
100 *Ibid.*, punt 228.
101 HvJ EG 18 december 2007, C-341/05, *Jurispr.* 2007, p. I-11767, *NJ* 2008/150, m.nt. M.R. Mok (Laval), r.o. 95.
102 *Ibid.*, r.o. 94.
103 HvJ EG 18 december 2007, C-341/05, *Jurispr.* 2007, p. I-11767, *NJ* 2008/150, m.nt. M.R. Mok (Laval), r.o. 97. Cursivering toegevoegd.

> van door de staten gestelde belemmeringen kon worden ontkracht door belemmeringen die voortvloeien uit handelingen die door niet onder het publiekrecht vallende verenigingen of lichamen krachtens hun eigen rechtsbevoegdheid worden verricht (zie arresten van 12 december 1974, Walrave en Koch, 36/74, Jurispr. blz. 1405, punten 17 en 18; 15 december 1995, Bosman, C-415/93, Jurispr. blz. I-4921, punten 83 en 84, en 19 februari 2002, Wouters e.a., C-309/99, Jurispr. blz. I-1577, punt 120).'[104]

Omdat art. 56 VWEU voor particulieren ook *verplichtingen* in het leven roept, bezit het directe horizontale werking: hun collectieve rechtshandelingen kunnen rechtstreeks aan deze verdragsbepaling worden getoetst. In het onderhavige geval stonden (net als in het arrest *Viking*) echter *feitelijke* handelingen van particulieren ter discussie. Voor het Hof maakt dat kennelijk geen verschil omdat de vakbondsacties in kwestie 'onlosmakelijk verbonden' zijn met het sluiten van een collectieve regeling.[105]

5.3.7 Bernard (2010)

86. Olivier Bernard is een Frans voetbaltalent dat in 1997 een driejarig beloftecontract tekent bij Olympique Lyon. De ontstane arbeidsrelatie wordt mede beheerst door het *Charte du football professionnel* van de nationale voetbalbond, een collectieve regeling die o.a. bepaalt dat de club 'bij het normale einde van het contract (…) het recht (heeft) van de wederpartij te verlangen dat zij een contract als beroepsspeler tekent'.[106] Vóór het verstrijken van het beloftecontract (in 2000) biedt Olympique Lyon zijn speler een profcontract aan. Bernard gaat echter niet op het aanbod in, en sluit later dat jaar een overeenkomst met het Engelse Newcastle United. Hij wordt vervolgens door de Franse club aangesproken tot schadevergoeding wegens niet-nakoming van zijn contractuele verplichtingen.[107] De rechter in eerste aanleg wijst de vordering toe, doch in hoger beroep houdt het veroordelende vonnis geen stand. Uiteindelijk komt de zaak voor het Franse Hof van Cassatie, dat twijfelt of het *Charte* verenigbaar is met art. 45 VWEU (ex art. 39 EG). Weliswaar verbiedt het een beloftespeler niet om een contract te sluiten met een club uit een andere lidstaat, het kan hem daar wel van weerhouden doordat

104 *Ibid.*, r.o. 98.
105 *Ibid.*, r.o. 99.
106 Aldus art. 23 van het *Charte*.
107 Het gevorderde schadebedrag is – merkwaardig genoeg – gelijk aan het salaris dat Bernard gedurende een jaar zou hebben ontvangen indien hij het door Olympique Lyon aangeboden contract had ondertekend. Overigens spreekt Olympique Lyon ook Newcastle United aan tot (hoofdelijke) betaling van dit bedrag.

zo'n contractsluiting hem mogelijk verplicht tot vergoeding van schade. Aan de andere kant, zo merkt het Hof van Cassatie op, zou een verplichting tot schadevergoeding gerechtvaardigd kunnen worden door het belang van een club om zelf opgeleide spelers te behouden. Voornoemde twijfel resulteert in een tweetal prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie, waarvan ik alleen de eerste behandel:

> 'Verzet het in artikel 39 EG neergelegde beginsel van het vrije verkeer van werknemers zich tegen een bepaling van nationaal recht op grond waarvan een speler van de categorie 'beloften' die bij afloop van zijn opleidingsperiode een contract als beroepsspeler tekent bij een club uit een andere lidstaat van de Europese Unie, kan worden gelast schadevergoeding te betalen?' [108]

87. Advocaat-Generaal Sharpston beantwoordt deze vraag kort en simpel: een regel met de beschreven strekking is (in beginsel) in strijd met het vrije verkeer van werknemers.[109] Art. 45 VWEU geldt immers niet alleen voor maatregelen van de overheid, maar ook voor bepalingen van andere aard, strekkende tot collectieve regeling van arbeid in loondienst.[110] Anders dan Olympique Lyon, is de A-G van mening dat art. 45 VWEU niet alleen ziet op nationaliteitsdiscriminaties, maar ook op 'beperkingen van de contractsvrijheid in de context van wederkerige bezwarende verplichtingen'.[111] Onder verwijzing naar o.a. *Bosman* en *Lehtonen* stelt Sharpston dat '(r)egels (…) het vrije verkeer van werknemers (kunnen) belemmeren indien zij een onderdaan van een (…) lidstaat beletten of ervan weerhouden zijn recht van vrij verkeer uit te oefenen in een andere lidstaat, zelfs wanneer zij onafhankelijk van de nationaliteit van de betrokken werknemers van toepassing zijn, tenzij de eventuele belemmering van de uitoefening van het recht op vrij verkeer te onzeker en te indirect is'.[112] Van zo'n onzekere en/of indirecte belemmering is in casu geen sprake; de verplichte betaling van een schadebedrag vormt een directe en belangrijke overweging voor een werknemer die erover denkt een aanbod van zijn werkgever af te wijzen teneinde een ander aanbod te aanvaarden.[113]

---

108 Luidt het antwoord op deze vraag bevestigend, dan wenst het Hof van Cassatie voorts te vernemen of 'de noodzaak om de indienstneming en opleiding van jonge beroepsspelers aan te moedigen, een legitieme doelstelling of een dwingende reden van algemeen belang (vormt) die een dergelijke beperking kan rechtvaardigen'. Ik kom hier later, in par. 9.5.4, nog uitgebreid over te spreken.

109 Conclusie A-G Sharpston voor HvJ EG 16 maart 2010, C-325/08, *Jurispr.* 2010, p. I-2177, *NJ* 2010/348 (Bernard), punt 35.

110 *Ibid.*, punt 37.

111 *Ibid.*, punt 42 en 43.

112 *Ibid.*, punt 39.

113 *Ibid.*, punt 41.

88. Het Hof van Justitie brengt in zijn arrest allereerst in herinnering dat art. 45 VWEU ook geldt voor niet-publiekrechtelijke bepalingen die strekken tot collectieve regeling van arbeid in loondienst.[114] Het argument is bekend: 'Aangezien de arbeidsvoorwaarden in de verschillende lidstaten nu eens worden beheerst door wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, dan weer door collectieve arbeidsovereenkomsten en andere rechtshandelingen van privaatrechtelijke aard, zou een beperking van de verboden van art. 45 VWEU tot handelingen van de overheid het gevaar inhouden van het ontstaan van ongelijkheden bij de toepassing ervan'.[115] Wat dan (dus) volgt is een toetsing van de bepaling uit het *Charte* aan art. 45 VWEU. Daarover kan ik kort zijn. Het Hof wijst er in r.o. 33 op dat 'de bepalingen inzake het vrije verkeer van personen in hun geheel beogen het de onderdanen van de lidstaten gemakkelijker te maken, op het grondgebied van de Unie om het even welk beroep uit te oefenen, en in de weg staan van regelingen die deze onderdanen zouden kunnen benadelen wanneer zij op het grondgebied van een andere lidstaat een economische activiteit willen verrichten'. Nationale bepalingen die een werknemer uit een lidstaat beletten of ervan weerhouden om zijn recht van vrij verkeer uit te oefenen, leveren dus een beperking van die vrijheid op, zelfs wanneer zij niet-discriminerend van aard zijn.[116] Een regeling als de onderhavige vormt zo'n (in beginsel) verboden beperking, omdat zij een beloftespeler als Bernard 'ervan kan weerhouden zijn recht van vrij verkeer uit te oefenen'.[117] Hoewel de regeling hem formeel niet verbiedt om een profcontract te tekenen bij een club uit een andere lidstaat, maakt zij de uitoefening van dit recht toch minder aantrekkelijk.

5.3.8 Casteels (2011)

89. Maurits Casteels, een Belgische vliegtuigmechanicien, werkt sinds 1 juli 1974 onafgebroken bij (exploitatiezetels van) luchtvaartmaatschappij British Airways in België (1974-1988), Duitsland (1988-1991), Frankrijk (1991-1996) en – wederom – België (1996-heden). In de tussen partijen

114 HvJ EG 16 maart 2010, C-325/08, *Jurispr.* 2010, p. I-2177, *NJ* 2010/348 (Bernard), r.o. 30. Het refereert in dit verband aan r.o. 82 van het arrest *Bosman* (en het op die plaats aangehaalde arrest *Walrave en Koch*).

115 *Ibid.*, r.o. 31. Het andere, vaak terugkerende argument – handelingen van particulieren kunnen de opheffing van publieke belemmeringen van het vrije verkeer (deels) ontkrachten – wordt in casu niet gebezigd.

116 *Ibid.*, r.o. 34.

117 *Ibid.*, r.o. 35. Op de eventuele rechtvaardiging van de beperking wordt in nr. 139 ingegaan.

gesloten arbeidsovereenkomst is o.a. bepaald dat steeds de bedrijfspensioenregeling van Casteels' (wisselende) standplaats geldt. Ook verklaart zij dat als aanvangsdatum van de tewerkstelling in elk opzicht 1 juli 1974 zal worden aangehouden.

In de periode dat Casteels in Duitsland werkte (en pensioenpremies betaalde), was op zijn arbeidsverhouding een tussen British Airways Duitsland en de vakvereniging ÖTV (Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr) gesloten collectieve overeenkomst van toepassing op grond waarvan zijn aansluiting bij de relevante pensioenregeling pas kon ingaan op het moment van indiensttreding bij de Duitse vestiging van British Airways. De cao bepaalde voorts (in par. 7) dat een werknemer die ná 1977 door British Airways Duitsland was geworven, en de onderneming vóór het verstrijken van een vastgelegde minimumperiode vrijwillig verliet (bijv. omdat hij instemde met een overplaatsing naar een vestiging in een andere lidstaat), slechts aanspraak kon maken op terugbetaling van hun eigen bijdragen (en dus niet op een aanvullend pensioen).

Het onderhavige geschil spitst zich toe op de vraag of Casteels voor zijn 'Duitse' periode aanspraak kan maken op een aanvullende pensioenuitkering. British Airways meent van niet, en beroept zich daartoe op par. 7 van de cao. De nationale rechter (het Arbeidshof te Brussel) twijfelt echter of deze bepaling verenigbaar is met art. 45 VWEU, en vraagt het Hof van Justitie om opheldering. Zijn antwoord opent (weinig onverwacht) met de overweging dat 'artikel 45 VWEU niet alleen geldt voor het optreden van de overheid, maar ook voor bepalingen van andere aard die strekken tot collectieve regeling van arbeid in loondienst', en dus ook van toepassing is op de litigieuze bepaling.[118] Na te hebben herhaald dat het als beperkingsverbod (ook) in de weg staat aan niet-discriminerende maatregelen die de uitoefening van het vrije verkeer van werknemers door Unieburgers kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk maken,[119] constateert het Hof dat de cao-bepaling in strijd is met art. 45 VWEU omdat zij voorschrijft dat 'de door een werknemer van BA in een exploitatiezetel van deze werkgever in een andere lidstaat vervulde diensttijd niet wordt meegeteld en de overplaatsing van een werknemer van BA met zijn instemming naar een exploitatiezetel van deze werkgever in een andere lidstaat wordt gelijkgesteld met zijn vrijwillig vertrek (…)'.[120] Aldus benadeelt de bepaling werknemers die hun recht van vrij

118 HvJ EU 10 maart 2011, C-379/09, *Jurispr.* 2011, p. I-1379, *NJ* 2011/362, m.nt. M.R. Mok (Casteels), r.o. 19 en 20. Zie ook de conclusie van A-G Kokott, punt 39.
119 *Ibid.*, r.o. 22.
120 *Ibid.*, r.o. 29.

verkeer binnen de Unie hebben uitgeoefend ten opzichte van werknemers die van dit recht geen gebruik hebben gemaakt.[121]

5.4 Directe horizontale werking van art. 45, 49 en 56 VWEU: in de rechtspraak gebezigde argumenten

90. Deze paragraaf bespreekt de gronden waarop de gebondenheid van particulieren aan de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting berust. Allereerst komt aan bod het argument dat we (logischerwijs) alleen zien in de rechtspraak over de directe horizontale werking van de *discriminatie*verboden van art. 45, 49 en 56 VWEU: de nauwe verbondenheid van deze *leges speciales* met het algemene discriminatieverbod van art. 18 VWEU (par. 5.4.1). Daarna is er aandacht voor de argumenten die óók aan de directe horizontale werking van de *beperkings*verboden van art. 45, 49 en 56 VWEU ten grondslag liggen: de algemene bewoordingen waarin de verdragsbepalingen zijn gesteld (par. 5.4.2), de uit het effectiviteitsbeginsel voortvloeiende gedachte dat de volle werking van deze verboden moet worden verzekerd (par. 5.4.3), en de analogie met het (eveneens) dwingendrechtelijke en fundamentele art. 157 VWEU (par. 5.4.4).[122]

5.4.1 De genus-species-verhouding tussen het discriminatieverbod van art. 18 VWEU en de discriminatieverboden van art. 45, 49 en 56 VWEU

91. De discriminatieverboden van art. 45, 49 en 56 VWEU vormen een 'uitwerking',[123] 'concretisering',[124] dan wel 'specifieke toepassing'[125] van

121 In r.o. 33-35 legt het Hof vervolgens uit op welke wijze de nationale rechter de (niet-gerechtvaardigde) cao-bepaling in overeenstemming met art. 45 VWEU kan uitleggen en toepassen.

122 Bij de uitleg van het Verdrag hanteert het Hof doorgaans drie uitlegmethoden: de teleologische, de grammaticale en de systematische. De historische methode heeft geen betekenisvolle rol, omdat de aan het Verdrag ten grondslag liggende documenten niet toegankelijk zijn. Vgl. Asser/Hartkamp 3-I* 2011/98. Uitgebreide verhandelingen over 's Hofs uitlegmethoden treft men o.a. in Preedy 2005, p. 71-93; Löwisch 2009, p. 95-112; Lengauer 2011, p. 41-80.

123 HvJ EG 12 december 1974, 36/74, *Jurispr.* 1974, p. 1405, *NJ* 1975/148 (Walrave en Koch), r.o. 32.

124 HvJ EG 13 december 1984, 251/83, *Jurispr.* 1984, p. 4277 (Haug-Adrion), r.o. 14.

125 HvJ EG 6 juni 2000, C-281/98, *Jurispr.* 2000, p. I-4139, *NJ* 2000/710 (Angonese), r.o. 35; HvJ EG 17 juli 2008, C-94/07, *Jurispr.* 2008, p. I-5939, *NJ* 2009/47 (Raccanelli), r.o. 45.

het in art. 18, eerste alinea, VWEU gepostuleerde algemene discriminatieverbod:

> 'Binnen de werkingssfeer van de Verdragen en *onverminderd de bijzondere bepalingen*, daarin gesteld, is elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden.' [126]

Uit de door mij gecursiveerde woorden volgt dat art. 18 VWEU een residuair karakter heeft: het is slechts autonoom van toepassing op Unierechtelijke situaties die buiten de werkingssfeer van de bijzondere verboden (art. 45, 49 of 56 VWEU) vallen.[127]

Vormt de nauwe verbondenheid met art. 18 VWEU (voor het Hof van Justitie) een (bepalend) argument ten faveure van de directe horizontale werking van de in art. 45, 49 en 56 VWEU neergelegde discriminatieverboden? Het antwoord op deze vraag kan m.i. slechts bevestigend luiden wanneer i) (ook) het algemene discriminatieverbod bindend is voor particulieren, en ii) de genoemde genus-species-relatie (voor het Hof) voldoende reden vormt om directe horizontale werking toe te kennen aan de inhoudelijk vergelijkbare discriminatieverboden van art. 45, 49 en 56 VWEU.[128] Om met het eerste te beginnen: in de rechtsgeleerde literatuur wordt in meerderheid aangenomen dat art. 18 VWEU ook van

126 Hoewel het VWEU geen uitzonderingen op art. 18 formuleert, volgt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie dat het algemene discriminatieverbod zich niet verzet tegen (in)direct discriminerende handelingen die gerechtvaardigd kunnen worden 'door objectieve overwegingen die losstaan van de nationaliteit van de betrokken personen en evenredig zijn aan de legitieme doelstelling van het nationale recht'. Zie bijv. HvJ EG 23 januari 1997, C-29/95, *Jurispr*. 1997, p. I-285 (Pastoors); HvJ EG 20 maart 1997, C-323/95, *Jurispr.* 1997, p. I-1711 (Hayes). Vgl. ook Tridimas 2006, p. 121: 'Article (18) does not provide for any express derogations. This is not to say, however, that no derogations are permitted. If that were the case, it would follow that the residual content of Article (18) would be wider than the specific provisions of the Treaty prohibiting discriminations on grounds of nationality, since those provisions do recognize express derogations. Such a difference is not justified by the intrinsic importance of the rights protected. (…) Consequently, it should be accepted that where Article (18) applies autonomously, it is at the very least subject to derogations analogous to those specified in the provisions of the Treaty on free movement.' Ik ken geen uitspraken waarin het Hof zich voor of tegen zo'n analoge toepassing heeft uitgesproken.

127 Zie o.a. HvJ EG 30 mei 1989, 305/87, *Jurispr.* 1989, p. 1461 (Commissie/Griekenland), r.o. 13; HvJ EG 10 december 1991, C-179/90, *Jurispr.* 1991, p. I-5889, *NJ* 1994/402 (Merci convenzionali porto di Genova), r.o. 11; HvJ EG 13 april 2000, C-176/96, *Jurispr.* 2000, p. I-2681, *NJ* 2000/543 (Lehtonen), r.o. 37; HvJ EG 3 oktober 2000, C-411/98, *Jurispr.* 2000, p. I-8126 (Ferlini), r.o. 39.

128 Vgl. Preedy 2005, p. 114; Löwisch 2009, p. 119.

toepassing is op (rechts)handelingen van particulieren.[129] Steun voor deze opvatting vindt men niet alleen in het feit dat het 'elke discriminatie' verbiedt en dus geen onderscheid maakt naar de (publieke of private) oorsprong van een discriminerende handeling, maar ook in zijn positionering in het Eerste Deel van het Verdrag ('De Beginselen'): als *Leitmotiv* van het Verdrag zou het namelijk eenieder (moeten) binden.[130] Uit de arresten *Walrave en Koch* (zie nr. 57-59) en *Haug-Adrion* (zie nr. 62) zou men kunnen afleiden dat het Hof van Justitie dezelfde mening is toegedaan. In beide overwoog het immers dat de (algemene) non-discriminatieregel (wegens zijn dwingende aard) geldt bij de beoordeling van *alle* rechtsbetrekkingen.[131] De omstandigheid dat (het subsidiaire) art. 18 VWEU in beide zaken werd 'gekoppeld' aan (de toepasselijke) art. 45 en 56 VWEU rechtvaardigt echter niet de conclusie dat het Hof de nauwe band met het (direct horizontaal werkende) algemene discriminatieverbod als (doorslaggevend) argument hanteert vóór de gebondenheid van particulieren aan de bijzondere discriminatieverboden. De referte aan de genus-species-relatie tussen art. 18 VWEU enerzijds en art. 45 en 56 VWEU anderzijds impliceert naar mijn mening slechts dat de (gelijktijdige) toekenning van directe horizontale werking aan de (algemene en bijzondere) non-discriminatieregel berust op dezelfde argumenten. Steun voor deze gedachte biedt de rechtspraak waarin het Hof de gebondenheid van particulieren aan de beperkingsverboden van art. 45, 49 en 56 VWEU aanvaardde zonder een beroep te (kunnen) doen op hun nauwe band met art. 18 VWEU.[132]

---

129 Zie o.a. Ipsen 1972, p. 597 e.v.; Schaefer 1987, p. 69; Jaensch 1997, p. 254-255; Ganten 2000, p. 98-101; Asser/Hartkamp 3-I* 2011/54; Lenaerts & Van Nuffel 2011, p. 158; Barents & Brinkhorst 2012, nr. 712. Deze heersende opvatting wordt ook gedeeld door auteurs die de gebondenheid van particulieren aan de discriminatieverboden van art. 45, 49 en 56 VWEU afwijzen. Zie bijv. Roth 1995, p. 1245; Jaensch 1997, p. 262. Directe horizontale werking van art. 18 VWEU wordt afgewezen door o.a. Meier 1969, p. 89-96, en Körber 2004, p. 736-737.

130 Vgl. Jaensch 1997, 254-255; Ganten 2000, p. 98-101; Preedy 2005, p. 115-118; Löwisch 2009, p. 124-125.

131 HvJ EG 12 december 1974, 36/74, *Jurispr.* 1974, p. 1405, *NJ* 1975/148 (Walrave en Koch), r.o. 28; HvJ EG 13 december 1984, 251/83, *Jurispr.* 1984, p. 4277 (Haug-Adrion), r.o. 14. In HvJ EG 3 oktober 2000, C-411/98, *Jurispr.* 2000, p. I-8126 (Ferlini), werd art. 18 VWEU *autonoom* toegepast op een rechtsverhouding tussen particulieren. Onder verwijzing naar o.a. *Walrave en Koch* en *Defrenne II* overwoog het Hof (in r.o. 50) dat het algemene verbod van discriminatie op grond van nationaliteit 'ook van toepassing is in gevallen waarin een groep of organisatie (…) een zekere macht uitoefent over particulieren en in staat is hun voorwaarden op te leggen waardoor de uitoefening van de door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden wordt bemoeilijkt'. Aldus konden de door Luxemburgse ziekenhuizen (particuliere organisaties) opgestelde discriminerende behandelingstarieven rechtstreeks worden getoetst aan art. 18 VWEU.

132 Aldus ook Körber 2004, p. 738.

5.4.2 De algemene bewoordingen waarin art. 45, 49 en 56 VWEU zijn gesteld

92. In een aantal van de arresten waarin het Hof de directe horizontale werking van 45, 49 en 56 VWEU (her)bevestigde, wees het op de algemene bewoordingen waarin deze verboden zijn gesteld.[133] Met recht, want ondanks dat de personen- en dienstenvrijheden in de opzet van het Verdrag waren bedoeld als tot de lidstaten gerichte verboden, hebben art. 45, 49 en 56 VWEU geen expliciete adressaat.[134] Behalve voor de lidstaten zouden de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting dus ook voor particulieren verplichtingen kunnen scheppen. Tekstueel gezien is directe horizontale werking van art. 45, 49 en 56 VWEU derhalve niet uitgesloten. De heersende mening is echter óók dat de gebondenheid van particulieren aan deze verdragsbepalingen niet dwingend uit de neutrale tekstformuleringen kan worden afgeleid.[135]

---

133 Vgl. HvJ EG 12 december 1974, 36/74, *Jurispr.* 1974, p. 1405, *NJ* 1975/148 (Walrave en Koch), r.o. 20 ('de algemene bewoordingen van artikel 59 [thans 56; *RvL*]'); HvJ EG 6 juni 2000, C-281/98, *Jurispr.* 2000, p. I-4139, *NJ* 2000/710 (Angonese), r.o. 30 ('Het in artikel 48 [thans 45; *RvL*] geformuleerde non-discriminatiebeginsel is in algemene bewoordingen gesteld en niet in het bijzonder tot de lidstaten gericht.'); HvJ EG 17 juli 2008, C-94/07, *Jurispr.* 2008, p. I-5939, *NJ* 2009/47 (Raccanelli), r.o. 42 ('Voorts is het non-discriminatiebeginsel in artikel 39 EG [thans 45 VWEU; *RvL*] in algemene termen gesteld en is het niet specifiek gericht aan lidstaten of publiekrechtelijke organen.'). In de rechtspraak m.b.t. de directe horizontale werking van de beperkingsverboden van art. 45, 49 en 56 VWEU refereert het Hof er (vreemd genoeg) niet aan.

134 In tegenstelling tot art. 45, 49 en 56 VWEU, richt een aantal begeleidende verdragsregels (art. 47, 55 en 60 VWEU) zich wel expliciet tot de lidstaten. Om die reden menen sommige auteurs (Roth 1995, p. 1241; Jaensch 1997, p. 89-93) dat ook de genoemde vrijverkeerbepalingen alleen verplichtingen voor de lidstaten doen ontstaan. Het Hof is echter een andere mening toegedaan: de omstandigheid dat deze begeleidende voorschriften een specifieke lidstatelijke verplichting concretiseren, doet geen afbreuk aan de algemene bewoordingen waarin art. 45, 49 en 56 VWEU zijn gesteld (vgl. HvJ EG 12 december 1974, 36/74, *Jurispr.* 1974, p. 1405, *NJ* 1975/148 (Walrave en Koch), r.o. 20). Zie hierover o.a. Körber 2004, p. 724; Preedy 2005, p. 96-97; Löwisch 2009, p. 137-139.

135 Jaensch 1997, p. 85-86; Ganten 2000, p. 56-58; Graber 2002, p. 57-58; Körber 2004, p. 723; Förster 2007, p. 55; Löwisch 2009, p. 114-115. Meier 1969, p. 93, benut het ontbreken van een expliciete adressering juist om iedere gebondenheid van particulieren aan de discriminatieverboden categorisch uit te sluiten. Van directe horizontale werking zou slechts sprake kunnen zijn wanneer een verdragsbepaling – hij wijst op art. 101 en 102 VWEU – zich uitdrukkelijk tot (bepaalde) particulieren richt.

5.4.3 Het (teleologische) effet utile-argument

93. De Europese Unie brengt een interne markt tot stand, dat wil zeggen een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd.[136] Het streven naar een volledige mobiliteit van productiefactoren weerspiegelt zich in's Hofs 'effectieve' uitleg van de personele werkingssfeer van art. 45, 49 en 56 VWEU. Illustratief hiervoor is de vaak terugkerende overweging dat 'de opheffing tussen de lidstaten van belemmeringen voor het vrije verkeer van personen en het vrij verrichten van diensten – fundamentele doelstellingen van de Gemeenschap (…) – in gevaar zou worden gebracht, indien de opheffing van door de staten gestelde belemmeringen kon worden ontkracht door belemmeringen voortvloeiend uit handelingen, krachtens hun eigen rechtsbevoegdheid verricht door niet onder het publiekrecht vallende verenigingen of lichamen.'[137] De verboden van art. 45, 49 en 56 VWEU verliezen volgens het Hof aan praktische betekenis ('nuttig effect') wanneer zij slechts de lidstaten binden; beperkingen van het vrije personen- en dienstenverkeer kunnen hun oorsprong immers evenzeer hebben in (rechts)handelingen van particulieren. Teneinde recht te doen aan de internemarktdoelstelling, interpreteert het Hof art. 45, 49 en 56 VWEU aldus dat zij directe verticale én horizontale werking bezitten. Het komt derhalve niet aan op de (publieke of private) oorsprong van een (rechts) handeling, maar op haar effect op het functioneren van de interne markt.[138] Daarbij speelt tevens een rol dat bepaalde materie in de ene lidstaat wordt beheerst door bepalingen van wet of verordening, terwijl haar regeling in andere lidstaten volledig aan particulieren wordt overgelaten. Een beperking van de discriminatie- en beperkingsverboden tot

136 Vgl. art. 3 lid 3 VEU jo. art. 26 lid 2 VWEU.

137 Zie HvJ EG 12 december 1974, 36/74, *Jurispr.* 1974, p. 1405, *NJ* 1975/148 (Walrave en Koch), r.o. 18; HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, *Jurispr.* 1995, p. I-4921, *NJ* 1996/637 (Bosman), r.o. 83; HvJ EG 11 april 2000, C-51/96 en C-191/97, *Jurispr.* 2000, p. I-2549, *NJ* 2000/542 (Deliège), r.o. 47; HvJ EG 13 april 2000, C-176/96, *Jurispr.* 2000, p. I-2681, *NJ* 2000/543 (Lehtonen); HvJ EG 6 juni 2000, C-281/98, *Jurispr.* 2000, p. I-4139, *NJ* 2000/710 (Angonese), r.o. 32; HvJ EG 19 februari 2002, C-309/99, *Jurispr.* 2002, p. I-01577, *NJ* 2002/425 (Wouters), r.o. 120; HvJ EG 11 december 2007, C-438/05, *Jurispr.* 2007, p. I-10779, *NJ* 2008/149, m.nt. M.R. Mok (Viking), r.o. 57; HvJ EG 18 december 2007, C-341/05, *Jurispr.* 2007, p. I-11767, *NJ* 2008/150, m.nt. M.R. Mok (Laval), r.o. 98; HvJ EG 17 juli 2008, C-94/07, *Jurispr.* 2008, p. I-5939, *NJ* 2009/47 (Raccanelli), r.o. 44.

138 Vgl. Körber 2004, p. 723; Löwisch 2009, p. 198; Karayigit 2011, p. 318; De Vries & Van Mastrigt 2013, p. 264; Van Leuken 2014a, nr. 4.

het overheidsoptreden zou 'ongelijkheid in de toepassing ervan doen ontstaan',[139] en zo afbreuk doen aan hun effectieve werking.

94. Hoewel het *effet utile*-argument op voldoende rechtswetenschappelijke bijval mag rekenen,[140] ontbreekt het in de literatuur niet aan kritische geluiden: directe horizontale werking van art. 45, 49 en 56 VWEU zou niet noodzakelijk zijn, omdat door particulieren veroorzaakte belemmeringen van het vrije verkeer van werknemers, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting al op effectieve wijze kunnen worden bestreden door de mededingingsvoorschriften en/of de direct verticaal werkende (personen- en diensten)vrijheden, in samenhang met het in art. 4 lid 3 VEU geformuleerde beginsel van loyale samenwerking.[141] Op deze kritiek valt het nodige af te dingen.

95. Stel: een particulier verricht een (rechts)handeling die het vrije personen- of dienstenverkeer beperkt. Bezitten art. 45, 49 en 56 VWEU directe horizontale werking, dan kan zijn handelen (in ieder geval) rechtstreeks aan die verdragsbepalingen worden getoetst. Onzeker is of zijn (rechts) handeling óók direct is onderworpen aan de (eveneens) direct horizontaal werkende mededingingsvoorschriften. Art. 101 en 102 VWEU zijn namelijk slechts van toepassing indien i) de particulier in kwestie als onderneming (of ondernemersvereniging) kan worden aangemerkt,[142] ii) de litigieuze (rechts)handeling hetzij als een door art. 101 lid 1 VWEU verboden overeenkomst, besluit van een ondernemersvereniging of onderling afgestemde feitelijke gedraging kan worden gekwalificeerd, hetzij moet worden aangemerkt als misbruik van een economische machtspositie,[143] en iii) sprake is van een merkbare ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten.[144] Omdat de (personele) werkings-

139 HvJ EG 12 december 1974, 36/74, *Jurispr.* 1974, p. 1405, *NJ* 1975/148 (Walrave en Koch), r.o. 19; HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, *Jurispr.* 1995, p. I-4921, *NJ* 1996/637 (Bosman), r.o. 84; HvJ EG 6 juni 2000, C-281/98, *Jurispr.* 2000, p. I-4139, *NJ* 2000/710 (Angonese), r.o. 33; HvJ EG 11 december 2007, C-438/05, *Jurispr.* 2007, p. I-10779, *NJ* 2008/149, m.nt. M.R. Mok (Viking), r.o. 57, r.o. 34; HvJ EU 16 maart 2010, C-325/08, *Jurispr.* 2010, p. I-2177, *NJ* 2010/348 (Bernard), r.o. 31.

140 Zie o.a. Preedy 2005, p. 123-126; Löwisch 2009, p. 196-215.

141 Vgl. o.a. Van den Bogaert 2002, p. 139-140; Körber 2004, p. 777-787.

142 Körber 2004, p. 748-750; Förster 2007, p. 74-75; Löwisch 2009, p. 150.

143 Körber 2004, p. 750; Förster 2007, p. 75; Löwisch 2009, p. 150.

144 Van den Bogaert 2002, p. 140; Förster 2007, p. 77; Körber 2004, p. 752-753. In haar *de minimis*-bekendmaking (Pb 2001/C 368/07) heeft de Commissie met behulp van marktaandeeldrempels gekwantificeerd wat geen merkbare beperking van de mededinging in de zin van art. 101 lid 1 VWEU is. Zo stelt zij (in punt 7 onder a van de bekendmaking) bijvoorbeeld dat een overeenkomst tussen ondernemingen die de

sfeer van art. 101 en 102 VWEU niet dezelfde is als die van de direct horizontaal werkende art. 45, 49 en 56 VWEU, bieden de mededingingsvoorschriften dus niet steeds een alternatief voor de benadeelde particulier.[145] Art. 101 en 102 VWEU stellen de gelaedeerde bovendien voor (relatief) grote bewijsproblemen. Terwijl hij voor het aantonen van een inbreuk op de mededingingsvoorschriften tal van feitelijke en juridische hindernissen moet nemen, kunnen doorwrochte economische analyses bij een beroep op art. 45, 49 en 56 VWEU achterwege blijven: de benadeelde kan (kort en eenvoudig gezegd) volstaan met de stelling dat zijn recht op vrij verkeer door een andere particulier is geschonden.[146] Ook in dat opzicht vormen de mededingingsvoorschriften voor hem niet noodzakelijk een instrument dat even effectief is als de vrijverkeerbepalingen in kwestie.[147] Kan een schending van art. 101 of 102 VWEU worden aangetoond (bijv. omdat de Commissie de inbreuk reeds heeft vastgesteld), en is de in rechte bestreden (rechts)handeling tevens in strijd met art. 45, 49 of 56 VWEU, dan valt ten slotte niet in te zien waarom de benadeelde particulier zich niet op *beide* verdragsbepalingen (met hun onderscheiden toepassingsbereik) zou kunnen beroepen. Terecht past het Hof van Justitie in zulke horizontale gevallen dan ook het beginsel van samenloop toe.[148]

---

handel tussen lidstaten ongunstig beïnvloedt de mededinging niet merkbaar beperkt 'indien het gezamenlijke marktaandeel van de partijen bij de overeenkomst op geen van de relevante markten waarop de overeenkomst van invloed is, groter is dan 10%, voor zover de overeenkomst is gesloten tussen ondernemingen die daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn op één of meer van deze markten (overeenkomsten tussen concurrenten)'. Bij overeenkomsten tussen niet-concurrenten geldt dat het afzonderlijke marktaandeel van de partijen op geen van de relevante markten groter mag zijn dan 15% (punt 7 onder b).

145 Zo blijkt uit HvJ EG 11 december 2007, C-438/05, *Jurispr.* 2007, p. I-10779, *NJ* 2008, 149, m.nt. M.R. Mok (Viking), dat een tussen sociale partners gesloten collectieve arbeidsovereenkomst wegens haar aard en doel is uitgesloten van de werkingssfeer van art. 101 VWEU (vgl. HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, *Jurispr.* 1999, p. I-5751 (Albany)), maar wel binnen het bereik art. 45, 49 en 56 VWEU valt. Vgl. daarover o.a. Van Hoek & Houwerzijl 2008, p. 196; Prechal & De Vries 2008, p. 427-428; Reich 2008, p. 133.

146 Vgl. HvJ EG 11 april 2000, C-51/96 en C-191/97, *Jurispr.* 2000, p. I-2549, *NJ* 2000/542 (Deliège); HvJ EG 13 april 2000, C-176/96, *Jurispr.* 2000, p. I-2681, *NJ* 2000/543 (Lehtonen). In beide zaken verschafte de nationale rechter voldoende informatie ter beantwoording van de prejudiciële vragen over art. 56 resp. 45 VWEU, maar bleek de (op het nationale procesdossier gebaseerde) verwijzingsbeschikking onvoldoende gegevens te bevatten voor een onderzoek naar de verenigbaarheid van de betreffende sportreglementen met art. 101 VWEU.

147 Asser/Hartkamp 3-I* 2011/68.

148 Zie HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, *Jurispr.* 1995, p. I-4921, *NJ* 1996/637 (Bosman); HvJ EG 19 februari 2002, C-309/99, *Jurispr.* 2002, p. I-01577, *NJ* 2002/25

96. Is *directe* horizontale werking van art. 45, 49 en 56 VWEU dan wellicht overbodig omdat zij reeds op andere, *indirecte* wijzen voldoende effect sorteren in rechtsverhoudingen tussen particulieren? Hiervóór, in nr. 17, kwam ter sprake dat de (direct verticaal werkende) vrijverkeerbepalingen voor de lidstaten niet alleen een negatieve (onthoudings)plicht behelzen, maar hen tevens verplicht het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal op het eigen grondgebied te verzekeren door noodzakelijke en passende maatregelen te treffen tegen belemmeringen die te wijten zijn aan (rechts)handelingen van particulieren.[149] Aldus kan de ferrymaatschappij (Viking) of bouwonderneming (Laval) die wordt geconfronteerd met (dreigende) collectieve acties van vakbonden de nationale autoriteiten verzoeken (preventief) op te treden. Laat een lidstaat dit na, dan is hij onder omstandigheden verplicht tot betaling van schadevergoeding aan de benadeelde particulier. Hem zal echter niet snel een verwijt treffen: de uitoefening van een (eventuele) bevoegdheid tot het treffen van maatregelen gaat namelijk gepaard met een aanzienlijke beleids- en beoordelingsvrijheid. Kan een gelaedeerde zich jegens de laedens *rechtstreeks* op de geschonden vrijverkeerbepaling beroepen, dan worden deze complicaties vermeden: niet het nalaten van de overheid staat dan namelijk centraal, maar het gedrag van de inbreukmakende particulier zélf.[150] Mits de laatste zich in zo'n geval kan terugvallen op een adequaat ('privaatrechtelijk') stelsel van excepties (zie daarover Deel III), verdient directe horizontale werking vanuit het oogpunt van rechtshandhaving dan ook de voorkeur boven de minder krachtige figuur van de positieve verplichting.[151]

(Wouters); HvJ EG 18 juli 2006, C-519/04 P, *Jurispr.* 2006, p. I-6991 (Meca-Medina). In het eerste geval werd de samenloop van art. 45 en 101 VWEU erkend (nadat A-G Lenz in punt 253 van zijn conclusie al had opgemerkt dat art. 45 VWEU en de mededingingsvoorschriften in beginsel voor één en dezelfde situatie kunnen gelden), in het tweede de samenloop van art. 49, 56 en 101 VWEU, en in het derde de samenloop van art. 45, 49 en 101 VWEU. Ten slotte zij nog gewezen op HvJ EG 3 oktober 2000, C-411/98, *Jurispr*. 2000, p. I-8126 (Ferlini), waarin art. 18 en 101 VWEU naast elkaar van toepassing waren.

149 Vgl. HvJ EG 9 december 1997, C-265/95, *Jurispr.* 1997, p. I-6959, *NJ* 1999/23 (Commissie/Frankrijk ('Spaanse aardbeien')), r.o. 32; HvJ EG 12 juni 2003, C-112/00, *Jurispr.* 2003, p. I-5659, *NJ* 2004/56 (Schmidberger), r.o. 60.

150 Hartkamp 2009, nr. 18. Het belang van directe werking in *verticale* situaties kwam reeds in nr. 12 ter sprake.

151 Hartkamp 2009, nr. 19; Löwisch 2009, p. 208-209. Hetzelfde geldt overigens ten aanzien van het in nr. 18 besproken indirecte doorwerkingsmechanisme van de verdragsconforme interpretatie. Omdat er (nog) geen *verplichting* bestaat om het nationale (privaat)recht te interpreteren in het licht van een direct verticaal

5.4.4 *De analogie met art. 157 VWEU (het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen)*

97. In *Angonese* en *Viking* onderbouwde het Hof van Justitie de directe horizontale werking van art. 45 VWEU (als discriminatieverbod) en 49 VWEU (als beperkingsverbod) o.a. met een verwijzing naar art. 157 VWEU.[152] Daarvan had het in het arrest *Defrenne II* geoordeeld dat het vanwege zijn dwingende karakter ook van toepassing is op overeenkomsten tussen particulieren.[153]

98. Gabrielle Defrenne was tussen 1951 en 1968 als stewardess werkzaam bij de Belgische luchtvaartmaatschappij Sabena. Omdat zij tot 1 februari 1966 (de datum waarop de salarisschalen voor stewards en stewardessen door Sabena gelijk werden getrokken) minder had verdiend dan haar mannelijke collega's met dezelfde anciënniteit, sprak de Belgische haar (inmiddels) ex-werkgever eind jaren '60 van de twintigste eeuw aan tot schadevergoeding wegens schending van art. 119 EEG (nu art. 157 VWEU). Het eerste lid van deze bepaling luidde toen als volgt:

> 'Iedere lidstaat verzekert gedurende de eerste etappe en handhaaft vervolgens de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid.' [154]

De prejudiciële vraag die het Hof van Justitie diende te beantwoorden was of een particulier zich jegens een andere particulier rechtstreeks kon beroepen op art. 119 EEG.

99. Advocaat-Generaal Trabucchi constateerde in zijn conclusie dat het artikel 'naar zijn aard en inhoud, en gezien in zijn context en in de geest van het Verdrag' voldoet aan de criteria voor directe werking, en derhalve

---

werkende verdragsbepaling, is een particulier voor de verwezenlijking van zijn recht jegens een andere particulier afhankelijk van de wijze waarop de nationale rechter open normen als (bijv.) de openbare orde of maatschappelijk zorgvuldigheid (al dan niet aan de hand van die verdragsbepaling) inkleurt.

152 HvJ EG 6 juni 2000, C-281/98, *Jurispr.* 2000, p. I-4139, *NJ* 2000/710 (Angonese), r.o. 34 en 35; HvJ EG 11 december 2007, C-438/05, *Jurispr.* 2007, p. I-10779, *NJ* 2008, 149, m.nt. M.R. Mok (Viking), r.o. 58 en 59.

153 HvJ EG 8 april 1976, 43/75, *Jurispr.* 1976, p. 455, *NJ* 1976/510 (Defrenne II).

154 De eerste etappe waarover het artikel spreekt eindigde op 1 januari 1962. Art. 157 lid 1 VWEU luidt thans: 'Iedere lidstaat draagt er zorg voor dat het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid wordt toegepast.'

inroepbaar is voor de nationale rechter.[155] Vervolgens ging hij na voor wie art. 119 EEG een rechtstreekse bron van verplichtingen vormt. In dit verband merkte de A-G op dat het artikel, ondanks dat het slechts de lidstaten tot iets verplicht, primair gevolgen heeft voor rechtsrelaties tussen particulieren: de discriminatie waartegen art. 119 EEG zich richt, doet zich namelijk vooral voor in privaatrechtelijke verhoudingen.[156] Bij de vraag welke werking (verticaal en/of horizontaal) art. 119 EEG heeft, geldt volgens Trabucchi dan ook 'als het belangrijkste criterium niet de adressaat, maar veeleer de aard van de betrokken bepaling'.[157] Na te hebben vastgesteld dat art. 119 EEG de afschaffing van *elke* loondiscriminatie beoogde, concludeerde hij dat

> 'niet slechts de staten gehouden zijn het gelijkheidsbeginsel te eerbiedigen bij de salariëring van werknemers in de overheidssector, maar als het in de norm vervatte gebod voldoende concreet is en een duidelijke strekking heeft zodat het ook ten aanzien van derden kan werken, (…) het ook (geldt) voor i*ndividuele* en *collectieve* arbeidsovereenkomsten die door vakbonden en particulieren worden afgesloten.'[158]

100. Het Hof van Justitie opende zijn betoog met de vaststelling dat art. 119 EEG zowel een economisch als sociaal doel heeft:

> '9 (D)at (…) artikel 119 enerzijds moet voorkomen dat wat de mededinging binnen de Gemeenschap betreft, ondernemingen in staten die het beginsel van gelijke beloning metterdaad toepassen, in een ongunstige concurrentiepositie geraken ten opzichte van ondernemingen in staten die de loondiscriminatie ten nadele van vrouwelijke werknemers nog niet hebben afgeschaft;
>
> 10 dat anderzijds deze bepaling de uitdrukking is van de sociale doelstellingen van de Gemeenschap, die immers niet slechts een economische unie is, maar tevens overeenkomstig de preambule van het Verdrag door gemeenschappelijk optreden de sociale vooruitgang en een voortdurende verbetering van de omstandigheden waaronder de volkeren van Europa leven en werken, moet verzekeren.'

155 Conclusie A-G Trabucchi van 10 maart 1976 voor HvJ EG 8 april 1976, 43/75, *Jurispr.* 1976, p. 455, *NJ* 1976/510 (Defrenne II), punt 3 t/m 5.
156 *Ibid.*, punt 6.
157 *Ibid.*, punt 6.
158 *Ibid.*, punt 6. Cursivering toegevoegd. In punt 7 overwoog de A-G ten slotte dat de nationale rechter iedere rechtshandeling die in strijd is met het direct werkende beginsel van gelijke beloning 'volstrekt nietig' moet verklaren. Gevolg daarvan is, aldus Trabucchi, 'dat het hogere loon van mannelijke werknemers automatisch in de plaats treedt van het loon dat op grond van de nietige contractuele bepaling verschuldigd is'.

Uit dit dubbele doel blijkt volgens het Hof dat het beginsel van gelijke beloning 'een der grondslagen van de Gemeenschap' is.[159] Alvorens hieraan een conclusie te verbinden, onderscheidde het tussen directe en indirecte discriminaties. De eerste zijn

> 'reeds met behulp van de criteria van art. 119 EEG vast te stellen, en vinden met name hun oorsprong in wettelijke bepalingen of collectieve arbeidsovereenkomsten, aangezien men zodanige discriminaties door zuiver juridische analyse op het spoor kan komen.' [160]

Dit geldt eveneens, aldus het Hof in r.o. 22, bij ongelijke beloning van mannen en vrouwen voor gelijke arbeid die in een zelfde, openbare of particuliere, onderneming of dienst wordt verricht. Ook in zo'n geval is de nationale rechter namelijk 'in staat alle feiten vast te stellen aan de hand waarvan hij kan beoordelen of een vrouwelijke werknemer minder loon ontvangt dan een man die hetzelfde werk verricht'.[161] Aldus concludeerde het in r.o. 24 van zijn arrest dat

> 'in zodanige omstandigheden artikel 119 rechtstreeks toepasselijk kan zijn en derhalve de justitiabelen rechten kan verlenen die de rechterlijke instanties dienen te handhaven.'

Het feit dat art. 119 EEG zich slechts expliciet tot de lidstaten richt, doet niet ter zake:

> '31 (D)at immers, zoals het Hof reeds in ander verband heeft vastgesteld, de omstandigheid dat sommige bepalingen van het Verdrag formeel tot de lidstaten zijn gericht, niet verhindert dat daardoor tezelfdertijd rechten kunnen worden toegekend aan particulieren die bij de nakoming van de aldus omschreven verplichtingen belang hebben.' [162]

De overwegingen 24 en 31 verduidelijken dat particulieren aan art. 119 EEG *rechten* kunnen ontlenen (vgl. hiervóór nr. 11 en 12). Zij verschaffen

---

159 HvJ EG 8 april 1976, 43/75, *Jurispr.* 1976, p. 455, *NJ* 1976/510 (Defrenne II), r.o. 12.

160 *Ibid.*, r.o. 21. Indirecte discriminaties kunnen volgens het Hof (zie r.o. 18) slechts met behulp van verduidelijkende nationale of Europese toepassingsbepalingen worden opgespoord.

161 *Ibid.*, r.o. 23.

162 Het betreft hier een evidente verwijzing naar het in par. 2.2 besproken arrest *Van Gend & Loos* (HvJ EG 5 februari 1963, 26/62, *Jurispr*. 1963, p. 5, *AA* 1963/64, p. 12, m.nt. W.F. Prins). Onjuist is de stelling van Mortelmans 2010, p. 106, dat de woorden 'zoals het Hof reeds in een ander verband heeft vastgesteld' verwijzen naar het arrest *Walrave en Koch*; de passage treft men daarin niet aan.

echter geen antwoord op de vraag of het artikel voor hen ook *verplichtingen* doet ontstaan (vgl. nr. 15). Het bevestigende antwoord dat r.o. 22 reeds lijkt te impliceren, wordt in r.o. 39 op ondubbelzinnige wijze herhaald:

> '(A)rtikel 119 (is) dwingend recht, zodat het verbod van discriminatie tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers niet slechts geldt voor overheidshandelingen, doch eveneens van toepassing is op alle overeenkomsten die een collectieve regeling van arbeid in loondienst inhouden, alsmede op contracten tussen particulieren.'

101. Het arrest *Defrenne II* leidde tot kritische reacties in de rechtsliteratuur.[163] Met de toekenning van directe horizontale werking zou het Hof zich volgens sommige auteurs zelfs schuldig hebben gemaakt aan een *contra legem*-interpretatie van het expliciet tot de lidstaten gerichte art. 119 EEG.[164] Dat standpunt deel ik niet: het feit dat een bepaling tot de lidstaten (en/of Unie-instellingen) is gericht sluit geenszins uit dat zij ook nog andere adressaten (particulieren) kan hebben.[165] Niettemin had het Hof er m.i. beter aan gedaan om een duidelijk onderscheid te maken tussen art. 119 EEG en het beginsel van gelijke beloning (of zo men wil: het verbod van discriminatie tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers). In *Defrenne II* worden beide vereenzelvigd: *art. 119 EEG* heeft directe horizontale werking omdat het dwingendrechtelijke *gelijkheidsbeginsel* één

163 Zie bijv. Crisham 1977; VerLoren van Themaat 1977.

164 Roth 1995, p. 1240; Van den Bogaert 2002, p. 138; Körber 2004, p. 730-731.

165 Terwijl de tekst van art. 157 VWEU in *Defrenne II* géén beletsel blijkt voor het aannemen van de directe horizontale werking van deze *verdrags*bepaling, vormt het feit dat art. 288 lid 3 VWEU (toen art. 189 lid 3 EEG) bepaalt dat een *richtlijn* 'verbindend is (…) voor de lidstaat waarvoor zij bestemd is' voor het Hof in *Marshall* (152/84, *Jurispr.* 1986, p. 723, r.o. 48) juist reden vast te stellen 'dat een richtlijn uit zichzelf geen verplichtingen aan particulieren kan opleggen [d.w.z. geen directe horizontale werking kan hebben; *RvL*], en dat een bepaling van een richtlijn als zodanig niet tegenover een particulier kan worden ingeroepen [inhoudende dat een particulier niet door een beroep op een richtlijnbepaling jegens een andere particulier kan bewerkstelligen dat een met die bepaling strijdig nationaal voorschrift buiten toepassing wordt verklaard; *RvL*]'. Op deze vaste rechtspraak – waarop in de afgelopen decennia tal van uitzonderingen en beperkingen zijn aanvaard (zie voor een kort overzicht De Waele en Kieft 2010, p. 171-172) – bestaat kritiek: het taalkundige argument overtuigt niet omdat art. 288 lid 3 VWEU i) niet bepaalt dat een richtlijn *alleen* de lidstaten bindt, en ii) betrekking heeft op de kwestie voor welke lidstaten de richtlijn bindend is ten aanzien van het te bereiken resultaat en (dus) niet op de vraag welke subjecten in de lidstaten eraan zijn gebonden. In dezelfde zin o.a. Craig 2009, p. 351-352. Voor meer uitgebreide verhandelingen over het onderwerp zij verwezen naar de literatuur die wordt aangehaald in voetnoot 1 van laatstgenoemde bijdrage.

der grondslagen van de Unie is. Naar de letter genomen verplicht het artikel de lidstaten echter alleen om de *toepassing* van het gelijkheidsbeginsel te verzekeren: het zegt dus niet voor wie dat beginsel geldt (m.a.w. in welke gevallen een lidstaat – bijvoorbeeld de nationale rechter – het in de praktijk moet brengen). Het Hof had er derhalve ook voor kunnen kiezen om alleen aan het dwingende beginsel directe horizontale werking toe te kennen, en art. 119 EEG (art. 157 VWEU) slechts bindend te achten voor de lidstaten.[166] Deze zienswijze tast de zeggingskracht van de analogie met het arrest *Defrenne II* niet aan. Het cruciale element – de dwingende aard van een verdragsbepaling/algemeen beginsel van Unierecht impliceert haar/zijn directe horizontale werking – blijft overeind, en kan op de (eveneens dwingende) discriminatie- en beperkingsverboden van art. 45, 49 en 56 VWEU worden overgedragen.

5.5 Verwachtingen omtrent de toekomstige ontwikkeling van de rechtspraak inzake de directe horizontale werking van art. 45, 49 en 56 VWEU

102. De verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting zijn rechtstreeks van toepassing op *collectieve* (rechts)handelingen van particulieren, zoveel is duidelijk. Uit de arresten *Angonese* (par. 5.2.5), *Raccanelli* (par. 5.2.6) en *Erny* (par. 5.2.7) volgt bovendien dat het in art. 45 VWEU neergelegde *discriminatie*verbod ook geldt voor *individuele* (rechts)handelingen van particulieren. Hoewel het Hof de directe horizontale werking van de discriminatieverboden van art. 49 en 56 VWEU nog niet expliciet tot dat niveau heeft opgetrokken (zie voor de dienstenvrijheid echter het in par. 5.2.4 besproken arrest *Haug-Adrion*), valt een ontwikkeling in die richting wel te verwachten. Het lijdt m.i. namelijk geen twijfel dat de twee kernargumenten waarop's Hofs oordeel in (o.a.) *Angonese* berust (*effet*

166 Dat een algemeen beginsel van Unierecht *indirect* kan doorwerken in rechtsverhoudingen tussen particulieren volgt uit HvJ EG 22 november 2005, C-144/04, *Jurispr.* 2005, p. I-9981, *NJ* 2006/227 (Mangold), m.nt. M.R. Mok en HvJ EG 19 januari 2010, C-555/07, *Jurispr.* 2010, p. I-365, *NJ* 2010/356 (Kücükdeveci). Het Hof heeft nog niet beslist of zo'n beginsel ook *directe* horizontale werking kan hebben. Onder verwijzing naar Asser/Hartkamp 3-I* 2011/147 zou ik deze vraag bevestigend willen beantwoorden. Het valt immers niet in te zien waarom op dit punt een verschil moet worden gemaakt tussen strijdigheid van een particuliere (rechts)handeling met een verdragsbepaling die discriminatie verbiedt (zoals bijvoorbeeld art. 45, 49 of 56 VWEU) of met een algemeen beginsel van Unierecht dat discriminatie verbiedt.

utile, dwingendrechtelijke aard van de relevante vrijverkeerbepaling) ook kunnen (en zullen) worden gebruikt om een verdergaande gebondenheid van particulieren aan de in art. 49 en 56 VWEU vervatte discriminatieverboden aan te nemen. Accepteert men namelijk dat individuele overeenkomsten van particulieren aan het discriminatieverbod van art. 45 VWEU kunnen worden getoetst omdat anders de effectiviteit van dit fundamentele (en dwingende) verbod in het geding komt, dan ligt het in de rede dat ook de in art. 49 en 56 VWEU neergelegde fundamentele discriminatieverboden als dwingende toetsingsnorm voor zulke rechtshandelingen kunnen fungeren.[167] Het discriminatieverbod van art. 49 VWEU zal dan (bijv.) ook gelden voor de particuliere vastgoedondernemer die zijn gewilde onroerend goed in de Brainport Regio Eindhoven alleen wenst te verkopen of verhuren aan Nederlandse (Brabantse) ictbedrijven,[168] terwijl het in art. 56 VWEU vervatte discriminatieverbod (o.a.) zal kunnen worden toegepast op de particuliere aanbesteder die voorwaarden stelt waaraan buitenlandse dienstverleners niet of minder gemakkelijk aan kunnen voldoen.[169]

103. Uit de in par. 5.3 besproken rechtspraak volgt niet expliciet dat (ook) de *beperkings*verboden van art. 45, 49 en 56 VWEU van toepassing zijn op individuele rechtshandelingen van particulieren. Ik acht het echter aannemelijk dat hun directe horizontale werking in de toekomst tot dit niveau zal worden opgerekt, daar het Hof van Justitie bij de vaststelling van de personele reikwijdte van de verdragsbepalingen inzake het vrije personen- en dienstenverkeer niet onderscheidt tussen de daarin neergelegde discriminatie- en beperkingsverboden: art. 45, 49 en 56 VWEU bezitten *als zodanig* directe horizontale werking. Teneinde de effectiviteit van deze fundamentele verdragsvrijheden te waarborgen, zal het derhalve ook niet-discriminerende, individuele rechtshandelingen die voor andere particulieren de toegang tot de markt beperken (in beginsel) als strijdig met de dwingendrechtelijke art. 45, 49 en 56 VWEU aanmerken. Het feit dat voor het Hof niet de oorsprong maar het effect van een maatregel beslissend is (en blijft), maakt dat de vraag naar de toepasselijkheid van de beperkingsverboden van art. 45, 49 en 56 VWEU op een individuele rechtshandeling

167 In dezelfde zin o.a. Stuyck in zijn noot onder het arrest *Angonese* (*SEW* 2001, p. 116).

168 Vgl. Ganten 2000, p. 123; Löwisch 2009, p. 26. Het voorbeeld is tevens geïnspireerd op HvJ EU 8 mei 2013, C-197/11 en C-203/11, *NJ* 2013/460 (Libert), hiervóór besproken in nr. 55.

169 Löwisch 2009, p. 26. Vgl. ook HvJ EG 6 juni 2000, C-281/98, *Jurispr.* 2000, p. I-4139, *NJ* 2000/710 (Angonese).

uiteindelijk van puur materiële aard is: beperkt de niet-discriminerende private (rechts)handeling voor een andere particulier de toegang tot de markt in andere lidstaten? Dat het antwoord in een concreet geval positief luidt, is bepaald niet ondenkbaar. Neem bijvoorbeeld het beding in een individuele arbeidsovereenkomst op grond waarvan een werknemer verplicht is tot terugbetaling van (een deel van) de studie- en opleidingskosten aan zijn (voormalige) werkgever indien hij de arbeidsrelatie voortijdig beëindigt. Een dergelijk studiekostenbeding kan hem ervan weerhouden om tijdelijk dan wel permanent als (on)zelfstandige in een andere lidstaat neer te strijken, en is dus (in beginsel) strijdig met art. 45, 49 of 56 VWEU.[170] Hetzelfde geldt voor een contractueel beding dat een werknemer verbiedt om binnen een vastgestelde periode na beëindiging van het dienstverband in of vanuit een andere lidstaat als (on)zelfstandige rechtstreeks met zijn voormalige werkgever te concurreren.[171] En wat ten slotte te denken van een contractueel beding dat een particulier verbiedt om een schotelantenne te bevestigen op/aan het pand dat hij van een private woningcorporatie huurt?[172] Dat beperkt hem in de ontvangst van (televisie)diensten uit andere lidstaten,[173] en is dus (in beginsel) strijdig met art. 56 VWEU.

104. De Europese rechtspraak over de directe horizontale werking van art. 45, 49 en 56 VWEU heeft – zo zagen we in par. 5.2 en 5.3 – hoofdzakelijk betrekking op (collectieve) *recht*shandelingen van particulieren. Een uitzondering vormen de arresten *Viking* (par. 5.3.5) en *Laval* (par. 5.3.6) die handelden over de vraag of *feitelijke* handeling van particulieren (stakingsacties) aan de beperkingsverboden van art. 49 resp. 56 VWEU kunnen worden getoetst. Zijn bevestigende antwoord motiveerde het Hof met de vertrouwde woorden dat art. 45, 49 en 56 VWEU ook gelden voor 'bepalingen' (*Viking*, r.o. 33) of 'regelingen' (*Laval*, r.o. 98) van collectieve aard. De reden waarom het de stakingsacties in *Viking* en *Laval* toch binnen de werkingssfeer van art. 49 en 56 VWEU plaatste, lijkt te zijn gelegen in hun onlosmakelijke verbondenheid met het sluiten van een collectieve overeenkomst. Die constructie overtuigt echter niet. Wat als een stakings- of protestactie van particulieren een ander oogmerk heeft? Valt zij dan buiten het bereik van de personen- en dienstenvrijheden? Ik zou

170 Vgl. HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, *Jurispr.* 1995, p. I-4921, *NJ* 1996, 637 (Bosman); HvJ EU 16 maart 2010, C-325/08, *Jurispr.* 2010, p. I-2177, *NJ* 2010, 348 (Bernard).
171 Vgl. Jaensch 1997, p. 111; Löwisch 2009, p. 27.
172 Vgl. HR 1 februari 2013, *RvdW* 2013/229 (X/Stichting Volkshuisvesting Arnhem).
173 Vgl. Van Harten & Van Hees 2013, p. 23-24, en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

menen van niet: art. 45, 49 en 56 VWEU behoren ook voor zulke acties te gelden. Een andersluidend oordeel zou zich niet verdragen met de jurisprudentiële benadering waarin het effect (en niet de oorsprong of het doel) van een handeling op het vrije verkeer leidend is. Het Hof is zich daar kennelijk ook van bewust: onder verwijzing naar de arresten *Commissie/Frankrijk ('Spaanse aardbeien')* en *Schmidberger* – in beide ging het om handelsbelemmerende protestacties van particulieren die niet waren gericht op de totstandkoming van een collectieve overeenkomst – overwoog het in r.o. 62 van het arrest *Viking* namelijk dat de rechtstreekse inroepbaarheid van art. 49 VWEU tegen een vakbond 'wordt bevestigd door de rechtspraak met betrekking tot de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen, waaruit blijkt dat beperkingen kunnen bestaan uit andere dan overheidsmaatregelen en het gevolg kunnen zijn van handelingen van particulieren of van groeperingen van dergelijke personen'. Bovendien zij eraan herinnerd dat één van de dragende argumenten vóór de directe horizontale werking van art. 45, 49 en 56 VWEU gelegen is in het feit dat de opheffing van de belemmeringen van het vrije verkeer van personen en diensten in gevaar zou worden gebracht, indien de opheffing van de door de staten gestelde belemmeringen kon worden geneutraliseerd door belemmeringen die voortvloeien uit 'handelingen' van particulieren. Er is derhalve geen reden aan te nemen dat de toepasselijkheid van art. 45, 49 en 56 VWEU op feitelijke handelingen van particulieren is beperkt tot (collectieve) acties die onlosmakelijk verbonden zijn met het sluiten van een collectieve overeenkomst. Genoemde verboden zouden aldus ook van toepassing kunnen zijn op (bijv.) een boycot van Nederlandse werknemers en dienstverrichters waartoe Poolse media hebben opgeroepen naar aanleiding van het door de PVV ingestelde meldpunt voor overlast van Midden- en Oost-Europeanen.

HOOFDSTUK 6

RECHTSPRAAK OVER DE DIRECTE HORIZONTALE WERKING VAN ART. 34 EN 35 VWEU

6.1 Inleiding

105. Hiervóór, in hoofdstuk 4, werd reeds duidelijk dat handelingen van de *lidstaten* rechtstreeks kunnen worden getoetst aan de direct *verticaal* werkende verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen. Dit hoofdstuk onderzoekt of art. 34 en 35 VWEU ook rechtstreeks van toepassing zijn of op enig moment van toepassing zullen zijn op (rechts) handelingen van *particulieren*. Paragraaf 6.2 analyseert de arresten van het Hof van Justitie waarin de vraag naar hun directe horizontale werking aan de orde kwam. Het resultaat daarvan wordt in paragraaf 6.3 samengevat en aangevuld met opmerkingen omtrent de verwachte evolutie van's Hofs rechtspraak.

6.2 Rechtspraak: chronologisch overzicht

106. Deze paragraaf inventariseert de arresten waarin het Hof van Justitie zich (beweerdelijk) heeft uitgelaten over de vraag of de verdragsbepalingen betreffende het vrije goederenverkeer directe horizontale werking hebben.

6.2.1 Rechtspraak m.b.t. (de uitoefening van) intellectuele eigendomsrechten

107. Rechten van intellectuele eigendom kunnen het vrije verkeer van goederen frustreren. Het arrest *Deutsche Grammophon* biedt een treffend voorbeeld.[1] Een Duitse producent van grammofoonplaten (DGG) levert in eigen land slechts aan detaillisten en grossiers die zich hebben gecommitteerd aan de door hem vastgestelde consumentenprijs. Metro – een Duitse groothandel – omzeilt deze verplichting door zich via het Franse Polydor (een dochtervennootschap van DGG) te bevoorraden. DGG vordert een importverbod, zich daarbij beroepend op een exclusief, door de wet erkend recht tot verbreiding van de beschermde voortbrengselen

1 HvJ EG 8 juni 1971, 78/70, *Jurispr.* 1971, p. 487 (Deutsche Grammophon).

(*Verbreitungsrecht*; een aan het auteursrecht naburig recht). De nationale kortgedingrechter wijst de vordering toe. In appel rijst de vraag of de nationale wetgeving, op grond waarvan het intellectuele eigendomsrecht door DGG kan worden ingeroepen, verenigbaar is met (o.a.) art. 34 VWEU. Het Hof van Justitie verschaft duidelijkheid:

> '11 Overwegende dat artikel 36, met betrekking tot de aldaar geoorloofd verklaarde verboden of beperkingen van het vrije verkeer van goederen, onder meer naar de industriële en commerciële eigendom verwijst;
>
> dat, wanneer men aanneemt dat deze bepalingen een aan het auteursrecht verwant recht kunnen betreffen, uit dit artikel nochtans blijkt dat het Verdrag weliswaar aan het bestaan der in de wettelijke regeling van een Lid-Staat op het stuk van de industriële en commerciële eigendom erkende rechten geen afbreuk doet, doch dat de uitoefening dier rechten onder de verboden van het Verdrag kan vallen;
>
> dat artikel 36 weliswaar verboden of beperkingen van het vrije verkeer van goederen toestaat die uit hoofde van bescherming van de industriële of commerciële eigendom gerechtvaardigd zijn, doch inbreuken op bedoelde vrijheden slechts gedoogt voor zover die hun rechtvaardiging vinden in het waarborgen van de rechten welke het specifieke voorwerp van deze eigendom vormen.'

Hoewel het Unierecht volgens het Hof dus geen afbreuk doet aan het *bestaan* van intellectuele eigendomsrechten, kan de *uitoefening* ervan strijdig zijn met art. 34 (en 35) VWEU. Een eventuele inbreuk op die bepalingen kan echter op grond van art. 36 VWEU gerechtvaardigd zijn ter bescherming van (o.a.) de industriële en commerciële eigendom, zo verduidelijkt het. In casu biedt art. 36 VWEU evenwel geen soelaas:

> '12 Overwegende dat wanneer een aan het auteursrecht verwant recht wordt ingeroepen teneinde het verhandelen in een Lid-Staat te verbieden van voortbrengselen welke door – of met toestemming van – de rechthebbende op het grondgebied van een andere Lid-Staat zijn verbreid, en wel zulks alleen omdat deze verbreiding niet op het nationaal grondgebied heeft plaatsgevonden, zodanig verbod, dat een bekrachtiging van het isolement der nationale markten inhoudt, afstuit op het wezenlijke doel van het Verdrag, namelijk de versmelting der nationale markten tot één enkele markt;
>
> dat dit doel niet kan worden bereikt, wanneer de onderdanen der Lid-Staten aan de onderscheiden rechtsstelsels dier Staten de mogelijkheid ontlenen de markt op te delen en te komen tot willekeurige discriminatie of verkapte beperking van de handel tussen de Lid-Staten;

> dat het dan ook strijdig is met de regelen inzake het vrije verkeer van goederen binnen de gemeenschappelijke markt, indien een fabrikant van dragers als voormeld zijn op de wettelijke regeling van een lidstaat berustend uitsluitend recht de beschermde voortbrengselen te verbreiden zou kunnen uitoefenen om de verhandeling in die staat van producten welke door hemzelf of met zijn toestemming in een andere Lid-Staat zijn verkocht, te verbieden, alleen omdat bedoelde verbreiding niet op het grondgebied van die Lid-Staat heeft plaatsgevonden.'

In bovenstaande overweging weerklinkt het *effet utile*-argument waarop het Hof enige jaren later, in het arrest *Walrave en Koch*,[2] de directe horizontale werking van de personen- en dienstenvrijheden zou baseren.[3] Zij zou (mede) daarom kunnen impliceren dat particulieren bij de uitoefening van hun intellectuele eigendomsrechten gebonden zijn aan de verdragsbepalingen inzake het vrije goederenverkeer.[4] Toegegeven moet worden dat het initiatief van de rechthebbende (d.w.z. de rechtsuitoefening) hier – en in enkele latere arresten – voorop lijkt te staan.[5] Men stuit echter ook op arresten waarin het Hof zich uitdrukkelijk richt tot de nationale wetgever (die het intellectuele eigendomsrecht heeft verschaft) of de nationale rechter (die het in een concreet geval moet toepassen).[6] Conform deze laatste rechtspraaklijn concludeert een meerderheid van auteurs dat het Hof zich in wezen tot de lidstaten (wetgever, rechter) richt.[7] Die bepalen immers de (concrete) inhoud van het intellectuele eigendomsrecht; een rechthebbende kan het slechts inroepen.

Inmiddels heeft het Hof deze verwarrende terminologie verlaten. Sinds het midden van de jaren tachtig van de twintigste eeuw wordt niet de rechtsuitoefening, maar de toepassing van de nationale wetgeving aan

---

2 HvJ EG 12 december 1974, 36/74, *Jurispr.* 1974, p. 1405, *NJ* 1975/148 (Walrave en Koch). Zie par. 5.2.1.

3 Körber 2004, p. 696.

4 Vgl. o.a. Waelbroeck 1987, p. 782-786; Roth 1995, p. 1233-1234; Asser/Hartkamp 3-I* 2011/91.

5 Zie met name HvJ EG 22 juni 1976, 119/75, *Jurispr.* 1976, p. 1039, *NJ* 1977/159 (Terrapin); HvJ EG 10 oktober 1978, 3/78, *Jurispr.* 1978, p. 1823 (Centrafarm). Vgl. ook Krenn 2012, p. 180.

6 Zie o.a. HvJ EG 20 januari 1981, 55/80 en 57/80, *Jurispr.* 1981, p. 147, *NJ* 1982/111 (Musik-Vertrieb membran/GEMA); HvJ EG 3 maart 1988, 434/85, *Jurispr.* 1988, p. 1245 (Allen & Hanburys/Generics (UK)).

7 Zie bijv. Lecrenier 1985, p. 17; Schaefer 1987, p. 84-88; Jaensch 1997, p. 57-58; Baquero Cruz 1999, p. 604; Ganten 2000, p. 44-45; Snell 2003, p. 216; Förster 2007, p. 50-51; Mon. BW A30 (Keus), p. 18.

de verdragsbepalingen inzake het vrije goederenverkeer getoetst.[8] In dit opzicht impliceert de rechtspraak over (de uitoefening van) intellectuele eigendomsrechten derhalve niet (langer) dat art. 34 en 35 VWEU bindend zijn voor particulieren.

6.2.2 *Dansk Supermarked (1981)*

108. De Deense vennootschap Imerco laat ter gelegenheid van haar 50-jarig bestaan een partij aardewerk serviezen vervaardigen, die zij in eigen land alleen door haar aandeelhouders (winkeliers in ijzerwaren en huishoudelijke artikelen) wil laten verhandelen. Met de Britse fabrikant (Broadhurst) wordt overeengekomen dat hij de tweede keus – circa 20% van de productie – mag verkopen, doch niet naar Denemarken mag exporteren. Broadhurst slijt de gebrekkige serviezen aan Britse groothandelaren, met een verbod van doorverkoop naar Denemarken. Een Deense supermarktketen (Dansk Supermarked) bemachtigt niettemin een aantal tweedekeusstukken, die zij in haar thuisland tegen een relatief lage prijs te koop aanbiedt. Imerco eist een verkoopverbod wegens (o.a.) inbreuk op de Deense wet op de handelspraktijken. Dansk Supermarked verweert zich met een beroep op het in art. 34 VWEU (ex art. 30 EEG) vervatte beginsel van wederzijdse erkenning (vgl. nr. 37), reden waarom de nationale rechter van het Hof van Justitie wenst te vernemen

> 'of het in Denemarken ten verkoop aanbieden van een waar die in een andere Lid-Staat met toestemming van een Deense onderneming in het verkeer is gebracht op voorwaarde dat zij niet naar Denemarken wordt uitgevoerd waar zij een exclusief door de betrokken onderneming in de handel gebrachte waar concurrentie zou aandoen, in strijd is te achten met de regelmatige handelspraktijk.'[9]

In casu staat de *indirecte* horizontale werking van art. 34 VWEU centraal: een handeling van een particulier (Dansk Supermarked) wordt getoetst aan een mede door deze verdragsbepaling ingekleurde open norm van nationaal recht (die ondernemingen verplicht om bij hun activiteiten 'de eisen van een regelmatige handelspraktijk' in acht te nemen).[10] Zowel de

8 Zie o.a. HvJ EG 9 april 1987, 402/85, *Jurispr.* 1987, p. 1747 (Basset/SACEM), r.o. 17; HvJ EG 17 oktober 1990, C-10/89, *Jurispr.* 1990, p. 3711 (HAG GF), r.o. 20; HvJ EG 22 juni 1994, C-9/93, *Jurispr.* 1994, p. I-2789, *NJ* 1995/480 (IHT/Ideal-Standard), r.o. 34.

9 HvJ EG 22 januari 1981, 58/80, *Jurispr.* 1981, p. 181, *NJ* 1982/120 (Dansk Supermarked), r.o. 14.

10 Vgl. hiervóór nr. 18.

conclusie van A-G Capotorti als het arrest van het Hof geeft echter aanleiding tot een aantal observaties ten aanzien van de *directe* horizontale werking van de verdragsbepalingen inzake het vrije goederenverkeer.

109. De verkoop van een product dat reeds op regelmatige wijze in een andere lidstaat in het verkeer is gebracht, kan op zichzelf niet als een onregelmatige handelspraktijk worden aangemerkt, zo oordeelt de A-G. Dat neemt volgens hem echter niet weg dat de opdrachtgever (Imerco) schadevergoeding kan vorderen 'indien er sprake is van wanprestatie bij de fabrikant of zijn rechtsopvolgers die een territoriale beperking voor de verkoop van het product hebben aanvaard, en aangenomen dat een dergelijke overeenkomst niet onverenigbaar blijkt met art. 85, lid 1, EEG-Verdrag [thans art. 101 lid 1 VWEU; *RvL*].'[11] Het citaat maakt (impliciet) duidelijk dat Capotorti art. 34 (en 35) VWEU niet rechtstreeks bindend acht voor particulieren. Schending van een territoriale verkoopbeperking kan volgens hem resulteren in aansprakelijkheid uit hoofde van wanprestatie, tenzij het contractsbeding nietig is wegens strijd met het kartelverbod. De verdragsbepalingen inzake het vrije goederenverkeer spelen in zijn optiek dus kennelijk geen rol bij de beoordeling van de geldigheid van een dergelijke afspraak tussen particulieren: het contractuele beding is geldig, ondanks zijn handelsbelemmerende effect.

110. Het Hof van Justitie stelt in zijn arrest voorop dat het Unierecht zich in beginsel niet verzet tegen de toepassing van de Deense wet op de handelspraktijken. Het voegt daar echter onmiddellijk aan toe dat de verkoop (in Denemarken) van goederen die in een andere lidstaat (Verenigd Koninkrijk) op regelmatige wijze in de handel zijn gebracht, op zichzelf niet als een oneerlijke – en dus verboden – handelspraktijk kan worden beschouwd. Een dergelijk oordeel kan volgens het Hof slechts worden gebaseerd op omstandigheden die los staan van de eigenlijke invoer.[12] Het vervolgt (in r.o. 17):

---

11 Conclusie A-G Capotorti voor HvJ EG 22 januari 1981, 58/80, *Jurispr.* 1981, p. 181, *NJ* 1982/120 (Dansk Supermarked), punt 2. Van wanprestatie van de fabrikant (Broadhurst) is in het onderhavige geval geen sprake: hij voldoet immers keurig aan zijn contractuele verplichtingen jegens Imerco. De Britse grossier(s) die de gebrekkige serviezen heeft (hebben) verkocht aan Dansk Supermarked pleegt (plegen) echter wel wanprestatie jegens Broadhurst én – indien het verbod van doorverkoop kan worden gekwalificeerd als een derdenbeding – jegens Imerco. Onder bepaalde voorwaarden zou laatstgenoemde de Britse verkoper(s) (ook) kunnen aanspreken o.g.v. onrechtmatige daad.

12 HvJ EG 22 januari 1981, 58/80, *Jurispr.* 1981, p. 181, *NJ* 1982/120 (Dansk Supermarked), r.o. 15 en 16.

> '*Verder dient te worden opgemerkt dat overeenkomsten tussen particulieren nooit kunnen derogeren aan de dwingende verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen*. Hieruit volgt dat een overeenkomst die een verbod bevat om een waar die op rechtmatige wijze in een lidstaat in de handel is gebracht, in een andere lidstaat te importeren, niet kan worden aangevoerd of in aanmerking kan worden genomen om de verkoop van die waar als een onregelmatige of oneerlijke handelspraktijk te kwalificeren.' [13]

Een tussen particulieren overeengekomen importverbod kan volgens het Hof niet als zo'n 'externe', van de eigenlijke invoer losstaande omstandigheid worden aangemerkt, omdat overeenkomsten tussen particulieren nooit kunnen derogeren aan de bepalingen inzake het vrije goederenverkeer. Op basis van een geïsoleerde lezing van r.o. 17 (eerste zin) zou men tot een erkenning van directe horizontale werking van de verdragsbepalingen inzake het vrije goederenverkeer kunnen concluderen.[14] Een aantal auteurs spreekt zich ook in deze zin uit.[15] Omdat de onderhavige zaak primair handelt over de vraag of Dansk Supermarked *buiten*contractueel aansprakelijk is jegens Imerco, leest het gros der auteurs in het voorliggende arrest – r.o. 17, eerste zin, in het bijzonder – echter geen erkenning van directe horizontale werking van de verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen.[16]

6.2.3 Van de Haar (1984)

111. Een Nederlandse vennootschap (Kaveka De Meern BV) en haar voormalig bedrijfsleider (Jan van de Haar) worden strafrechtelijk vervolgd wegens overtreding van de Wet op de accijns van tabaksfabrikaten 1964. Als verweer voeren zij aan dat de geschonden wettelijke norm ('Tabaksfabrikaten mogen aan anderen dan wederverkopers niet worden verkocht, te koop aangeboden of afgeleverd voor een lagere prijs dan die vermeld

---

13 Cursivering toegevoegd.

14 Vgl. Ganten 2000, p. 35; Körber, 2004, p. 698; Löwisch 2009, p. 37; Gebauer & Wiedmann 2010, p. 83 (Wiedmann); Asser/Hartkamp 3-I* 2011/59.

15 Zie o.a. Pescatore 1983, p. 163; Schaefer 1987, p. 102-104; Waelbroeck 1987, p. 785; Steindorff 1996, p. 282. In zijn conclusie voor HvJ EG 17 september 2002, C-253/00, *Jurispr.* 2002, p. I-7289, *NJ* 2003/702 (Munõz), punt 44, plaatst A-G Geelhoed het onderhavige arrest op één lijn met de arresten *Walrave en Koch* (zie par. 5.2.1), *Angonese* (zie par. 5.2.5) en *Bosman* (zie par. 5.3.1): 'Via deze rechtspraak legt het Hof vast dat het EG-recht, ook los van de mededingingsbepalingen, rechtstreeks ingrijpt in private rechtsverhoudingen.'

16 Zie o.a. Jaensch 1997, p. 59-60; Ganten 2000, p. 35-36; Van den Bogaert 2002, p. 130-131; Preedy 2005, p. 27-28; Löwisch 2009, p. 37-38; Asser/Hartkamp 3-I* 2011/59 (waarin overigens terecht wordt opgemerkt dat 'nietigheid van het beding bevorderlijk zou zijn voor het oordeel dat die handelwijze niet onrechtmatig is').

op de aangebrachte accijnszegels.') in strijd is met art. 30 EEG (thans art. 34 VWEU) en art. 85 jo. art. 5 EEG (thans art. 101 VWEU jo. art. 4 lid 3 VEU).[17] Tegen deze achtergrond stelt de rechtbank te Utrecht o.a. de volgende prejudiciële vraag:

> 'Indien de nationale rechter moet beoordelen of een wettelijke regeling van een Lid-Staat, welke zonder onderscheid van toepassing is op ingevoerde en op nationale produkten, een maatregel van gelijke werking vormt in de zin van artikel 30 EEG-Verdrag, dient hij dan in zijn oordeel uw rechtspraak over artikel 85 EEG-Verdrag te betrekken (…)?'[18]

Het (ontkennende) antwoord van het Hof opent met een verwijzing naar de context waarin art. 34 en 101 VWEU zijn geplaatst:

> '11 (…) Artikel 85 EEG-Verdrag behoort tot de mededingingsregels, die zijn gericht tot de *ondernemingen* en *ondernemersverenigingen* en strekken tot handhaving van een doeltreffende mededinging op de gemeenschappelijke markt. (…)
>
> 12 Daarentegen is artikel 30 EEG-Verdrag een van de regels die het vrije verkeer van goederen beogen te verzekeren door opheffing van de nationale maatregelen der *Lid-Staten*, die dat verkeer op om het even welke wijze kunnen belemmeren. (…)'[19]

Het duidelijke onderscheid naar adressaat (het kartelverbod bindt ondernemingen, terwijl art. 34 VWEU zich tot de lidstaten richt) indiceert dat de verdragsbepalingen inzake het vrije goederenverkeer geen directe horizontale werking bezitten.[20]

---

17 Uit de samenhang van art. 101 (en 102) VWEU en art. 4 lid 3 VEU volgt naar vaste rechtspraak dat lidstaten geen maatregelen mogen nemen die het nuttig effect van de op ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken. Zie onder meer HvJ EG 16 november 1977, 13/77, *Jurispr.* 1977, p. 2115, *NJ* 1978/161 (INNO), r.o. 31; HvJ EG 21 september 1988, 267/86, *Jurispr.* 1988, p. 4769 (Van Eycke), r.o. 16.

18 HvJ EG 5 april 1984, 177/82 en 178/82, *Jurispr.* 1984, p. 1797 (Van de Haar), r.o. 7.

19 Cursivering toegevoegd. Vgl. ook de conclusie van A-G Reischl voor HvJ EG 5 april 1984, 177/82 en 178/82, *Jurispr.* 1984, p. 1797 (Van de Haar), punt 2. Zijn negatieve antwoord op de vraag of art. 34 VWEU – evenals art. 101 VWEU – een *de minimis*-regel kent, motiveert hij als volgt: 'Kennelijk spelen hier overwegingen een rol die verband houden met de contractsvrijheid van ondernemers – tot wie de bepalingen van art. 85 immers zijn gericht – en met problemen van administratieve aanpak van kartelrechtelijke situaties door de Commissie, die op dit gebied belangrijke taken heeft. Dergelijke overwegingen spelen vanzelfsprekend geen rol in geval van tot de lidstaten gerichte geboden die naar hun aard rechtstreekse werking hebben.'

20 Vgl. o.a. Körber 2004, p. 705; Oliver & Roth 2004, p. 422; Barnard 2013, p. 77; Krenn 2012, p. 182. Minder stellig o.a. Ganten 2000, p. 36-37; Löwisch 2009, p. 39-40.

6.2.4 Haug-Adrion (1984)

112. Zie par. 5.2.4 voor een meer uitgebreide bespreking van dit arrest. Kort gezegd handelt het over de verenigbaarheid van een (van overheidswege goedgekeurd) beding uit de algemene voorwaarden van een private verzekeraar met art. 18, 34, 35, 45, 56 VWEU. Na *het beding* te hebben getoetst aan de direct horizontaal werkende art. 18, 45 en 56 VWEU, onderzoekt het Hof of de verdragsbepalingen inzake het vrije goederenverkeer (met name art. 35 VWEU) zich verzetten tegen *de nationale regeling* die het beding in kwestie toelaat.[21] Opnieuw een aanwijzing dat het art. 34 en 35 VWEU niet bindend acht voor particulieren.[22]

6.2.5 Vereniging van Vlaamse Reisbureaus (1987)

113. Deze Belgische zaak gaat o.a. over de vraag of een netwerk van overeenkomsten (zowel tussen reisagenten onderling, als tussen reisagenten en touroperators) in strijd is met art. 34 en 35 VWEU (ex art. 30 en 34 EEG), omdat het reisagenten verplicht tot eerbiediging van de door de touroperators vastgestelde verkoopprijzen van reizen.

Advocaat-Generaal Lenz acht een antwoord op deze kwestie overbodig, 'daar het in casu niet om het vrije verkeer van goederen gaat'.[23] Het Hof van Justitie volgt dit oordeel: reizen zijn geen goederen maar diensten, en dus kan van een strijdigheid met art. 34 en 35 VWEU geen sprake zijn.[24] Hoewel deze overweging had volstaan, sluit het (eerder in zijn arrest) de toepasselijkheid van genoemde bepalingen ook om een andere reden uit:

> '*Daar de artikelen 30 en 34 enkel betrekking hebben op overheidsmaatregelen en niet op gedragingen van ondernemingen*, moet enkel worden onderzocht of nationale bepalingen als die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn, ermee verenigbaar zijn.'[25]

21 HvJ EG 13 december 1984, 251/83, *Jurispr.* 1984, p. 4277 (Haug-Adrion), r.o. 19-22.
22 Vgl. o.a. Förster 2007, p. 45; Löwisch 2009, p. 63; Asser/Hartkamp 3-I* 2011/57.
23 Conclusie A-G Lenz voor HvJ EG 1 oktober 1987, 311/85, *Jurispr.* 1987, p. 3801, *NJ* 1988/998 (Vereniging van Vlaamse Reisbureaus), punt 67.
24 HvJ EG 1 oktober 1987, 311/85, *Jurispr.* 1987, p. 3801, *NJ* 1988/998 (Vereniging van Vlaamse Reisbureaus), r.o. 32.
25 *Ibid.*, r.o. 30. Cursivering toegevoegd.

Aldus maakt het Hof (wederom) duidelijk dat art. 34 en 35 VWEU geen directe horizontale werking bezitten: alleen overheidsmaatregelen kunnen aan deze verdragsbepalingen worden getoetst.[26]

6.2.6 Süllhöfer (1988)

114. Voorwerp van deze procedure vormt een beding in een licentieovereenkomst, waarbij de licentienemers (de Duitse vennootschappen Bayer AG en Hennecke GmbH) toezeggen bepaalde industriële eigendomsrechten van de licentiegever (Süllhöfer) niet te zullen betwisten. Op verzoek van het Bundesgerichtshof dient het Hof van Justitie zich uit te spreken over de verenigbaarheid van het niet-betwistingsbeding met art. 34 en 101 VWEU (ex art. 30 en 85 EEG).

A-G Darmon heeft in zijn conclusie maar weinig woorden nodig om vast te stellen dat het contractuele beding niet aan art. 34 VWEU kan worden getoetst:

> 'Over de vraag of het beding geldig is in het licht van de artikelen 30 en volgende EEG-Verdrag, kan ik kort zijn. De industriële eigendomsrechten vallen immers onder deze bepalingen, wanneer de uitoefening daarvan overeenkomstig het nationale recht leidt tot in- of uitvoerbeperkingen. Het onderhavige beding gaat echter niet over de uitoefening van het octrooi, maar verbiedt de licentienemers, dit recht te betwisten. Overigens kan het op zich de handel tussen de Lid-Staten niet belemmeren. *En om met het belangrijkste te eindigen, omdat hier sprake is van een overeenkomst tussen particulieren, kan het beding niet op een lijn worden gesteld met een overheidsmaatregel, waarop art. 30 EEG-Verdrag uitdrukkelijk ziet.* De voorwaarden voor de toepassing van die bepaling op het onderhavige beding zijn bijgevolg niet vervuld.'[27]

Het Hof van Justitie valt zijn A-G bij. Zonder omwegen antwoordt het:

> '11 Met betrekking tot de vraag, of het beding om de geldigheid van bepaalde industriële eigendomsrechten niet te zullen betwisten, verenigbaar is met de artikelen 30 en volgende EEG-Verdrag, dient te worden opgemerkt, dat deze artikelen behoren tot de bepalingen die ten doel hebben, het vrije verkeer van goederen te verzekeren en daartoe de maatregelen van de Lid-Staten die dit verkeer op een of andere wijze kunnen belemmeren, uit te schakelen. *Overeenkomsten tussen ondernemingen worden daarentegen beheerst door de mededingingsbepalingen (…), die de handhaving van een doeltreffende mededinging binnen de gemeenschappelijke markt nastreven.*

---

26 Anders: Gebauer & Wiedmann 2010, p. 84 (Wiedmann).

27 Conclusie A-G Darmon voor HvJ EG 27 september 1988, 65/86, *Jurispr.* 1988, p. 5249, *NJ* 1991/61 (Süllhöfer), punt 4. Cursivering toegevoegd.

> 12 De prejudiciële vraag betreft de opneming van een niet-betwistingsbeding in een octrooilicentieovereenkomst. Zij heeft dus geen betrekking op de toepassing van een nationale wettelijke regeling inzake de uitoefening van een industrieel eigendomsrecht, die het vrije verkeer van goederen tussen de Lid-Staten zou kunnen belemmeren, maar op de geldigheid van een overeenkomst tussen ondernemingen, die een verhindering, beperking of vervalsing van de mededinging ten doel of tot gevolg zou kunnen hebben.
>
> 13 De prejudiciële vraag werpt dus niet een vraag op naar de uitlegging van de artikelen 30 en volgende, maar naar die van artikel 85 EEG-Verdrag.' [28]

Met het arrest *Süllhöfer* gaat het Hof voort op de weg die het in *Van de Haar* insloeg. Art. 34 (en 35) VWEU geldt (gelden) voor overheidshandelingen, terwijl art. 101 VWEU het gedrag van ondernemingen aan banden legt. Het arrest markeert ook een expliciete afwijking van de in *Dansk Supermarked* (zie par. 6.2.2) geponeerde stelling dat 'overeenkomsten tussen particulieren nooit kunnen derogeren aan de dwingende verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen'.[29]

6.2.7 Sapod Audic (2002)

115. Sapod Audic – een vennootschap naar Frans recht – brengt voorverpakte vleeswaren (gevogelte) op de markt. Omdat nationale wetgeving haar verplicht mee te werken aan de verwijdering en terugwinning van het verpakkingsafval, sluit zij een overeenkomst met Eco-Emballages SA, een in afvalverwerking gespecialiseerde (en ook als zodanig door de overheid erkende) private rechtspersoon. Tegen betaling van een jaarlijkse bijdrage verleent laatstgenoemde aan Sapod Audic een niet-exclusief gebruiksrecht op het logo 'Point vert' dat zij op al haar verpakkingen dient aan te brengen. Aldus vormt de overeenkomst een concrete uitwerking van de algemene wettelijke eis dat het door een erkende onderneming (zoals Eco-Emballages SA) te verwerken afvalmateriaal 'als zodanig herkenbaar' moet zijn. Wanneer Sapod Audic op enig moment haar betalingen staakt, wordt zij door Eco-Emballages in rechte aangesproken tot nakoming. Alvorens een definitief oordeel te vellen, wenst de Franse rechter (Cour de Cassation) o.a. van het Hof van Justitie te vernemen of genoemde nationale wetgeving verenigbaar is met art. 34 VWEU (ex art. 30 EEG). Dienaangaande overweegt het Hof in zijn arrest

28 Cursivering toegevoegd.
29 Körber 2004, p. 706.

dat de wettelijke identificatieverplichting moet worden aangemerkt als een verkoopmodaliteit, en dus buiten de werkingssfeer van art. 34 VWEU valt (mits de nationale rechter concludeert dat de bepaling voldoet aan de *Keck*-voorwaarden).[30] Daarnaast merkt het Hof op dat

> 'waar de strekking van de (…) algemene identificatieverplichting voor verpakkingen in concreto de vorm heeft aangenomen van een verplichting tot merken ten laste van Sapod, door het aanbrengen van het logo Point Vert, deze verplichting voortvloeit uit een particuliere overeenkomst tussen de partijen in het hoofdgeding. *Een dergelijke contractuele bepaling kan niet als een belemmering in de zin van artikel 30 van het Verdrag worden aangemerkt, aangezien zij niet is vastgesteld door een lidstaat maar tussen particulieren is overeengekomen* (zie in die zin met name arrest van 11 juli 1974, Dassonville, 8/74, Jurispr. blz. 837, punt 5 (…)).'[31]

Eens te meer maakt het Hof duidelijk dat (een beding in) een overeenkomst tussen particulieren niet aan art. 34 VWEU kan worden getoetst.[32] Daartoe wijst het op zijn oorspronkelijke definitie van het begrip 'maatregel van gelijke werking' die in het arrest *Dassonville* (zie nr. 36) nadrukkelijk is beperkt tot handelsbelemmeringen van de lidstaten.

6.2.8 Fra.bo (2012)

116. De vennootschap naar Italiaans recht Fra.bo SpA produceert verbindingsstukken voor waterleidingbuizen die zij in (o.a.) Duitsland wil verhandelen. Daartoe is evenwel vereist dat het product voldoet aan de door de Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches e.V. (hierna: DVGW) opgestelde technische productnormen.[33] In een geschil over (het niet verlengen van) haar productcertificaat rijst de vraag of de DVGW bij het opstellen c.q. toepassen van de technische normen is gebonden aan (o.a.) art. 34 VWEU. Het Hof van Justitie wordt om opheldering gevraagd.

117. Advocaat-Generaal Trstenjak vangt haar antwoord aan met een beknopt overzicht van's Hofs rechtspraak inzake de directe horizontale werking van de verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van

30 HvJ EG 6 juni 2002, C-159/00, *Jurispr.* 2002, p. I-5031, (Sapod Audic) r.o. 70-73.
31 *Ibid.*, r.o. 74. Cursivering toegevoegd.
32 Van een 'baanbrekend' arrest (vgl. Mortelmans 2002, p. 731-740) is dan ook geen sprake. 'The Court thus simply affirmed its view that such obstacles to the proper functioning of the Single Market will be regulated (if at all) by Community competition law', aldus Dougan 2002, p. 202.
33 De DVGW is een in 1859 opgerichte privaatrechtelijke organisatie zonder winstoogmerk met als statutaire doelstelling de promotie van de sector gas en water.

werknemers, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting.[34] Ze concludeert (kort gezegd) dat aan art. 45, 49 en 56 VWEU 'een beperkte horizontale rechtstreekse werking' toekomt: alleen in geval van een duidelijk afgebakende reguleringsactiviteit zouden genoemde vrijheden bindend zijn voor particulieren.[35] Aan *Angonese* en *Raccanelli* – beide arresten duiden op een meer omvangrijke gebondenheid van particulieren aan het discriminatieverbod van art. 45 VWEU (zie par. 5.2.5 en 5.2.6) – verbindt de A-G geen duidelijk oordeel.[36]

De aandacht wordt dan verlegd naar de normerings- en certificeringsactiviteit van de DVGW, die volgens Trstenjak niet aan de toepassing van de verdragsbepalingen inzake het vrije goederenverkeer kan ontsnappen. Ter ondersteuning van haar standpunt knoopt de A-G aan bij de argumentatie waarop het Hof de directe horizontale werking van art. 45, 49 en 56 VWEU baseerde:

> 'De toepasselijkheid van het vrije verkeer van werknemers, de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten op collectieve regelingen van niet-publiekrechtelijke aard die arbeid in loondienst, arbeid als zelfstandige en het verrichten van diensten tot voorwerp hebben, wordt door het Hof immers in wezen onderbouwd met een verwijzing naar de gevolgen van deze collectieve regelingen. Zo gezien zou het nogal onlogisch zijn wanneer de mogelijkheid van een rechtstreekse toepasselijkheid van het vrije verkeer van werknemers, de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten op collectieve regelingen van niet-publiekrechtelijke aard onder bepaalde voorwaarden wordt aanvaard, maar categorisch wordt afgewezen dat dit het geval kan zijn met het vrij verkeer van goederen en kapitaal.'[37]

De gebondenheid van particulieren aan art. 45, 49 en 56 VWEU berust volgens Trstenjak primair op het argument dat 'de opheffing van de belemmeringen voor het vrije verkeer (van personen) en het vrij verrichten van diensten tussen de lidstaten in gevaar zou worden gebracht, indien de opheffing van door de staten gestelde belemmeringen zou kunnen worden geneutraliseerd door belemmeringen voortvloeiend uit handelingen die niet onder het publiekrecht vallende verenigingen of lichamen verrichten in het kader van juridische autonomie'.[38] Deze 'op het *nuttig effect* van het Unierecht berustende overweging' kan naar de mening van de A-G ook

34 Conclusie A-G Trstenjak voor HvJ EU 12 juli 2012, C-171/11, *NJ* 2012/580 (Fra.bo), punt 29 t/m 35.
35 *Ibid.*, punt 34.
36 *Ibid.*, punt 35.
37 *Ibid.*, punt 44.
38 *Ibid.*, punt 46.

worden toegepast op de normerings- en certificeringsactiviteit van de DVGW: 'Zoals immers uit de verwijzingsbeslissing blijkt, kan de DVGW door de vaststelling van normen en de certificering van producten voor de aanleg, de uitbreiding, de wijziging en het onderhoud van drinkwaterinstallaties achter het aansluitpunt in de woning *feitelijk* bepalen welke producten toegang tot de Duitse markt krijgen. Hierdoor (is) de DVGW (…) zeer wel in staat om in het kader van de uitoefening van deze *feitelijke bevoegdheid* nieuwe hindernissen voor het vrij verkeer van goederen in de Europese Unie op te werpen.' [39]

Het tweede hoofdargument voor de directe horizontale werking is (volgens de A-G) dat, 'aangezien de arbeidsvoorwaarden in de verschillende lidstaten nu eens worden beheerst door wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen dan weer door collectieve arbeidsovereenkomsten en andere maatregelen van privaatrechtelijke aard, een beperking van de verboden (van art. 45, 49 en 56 VWEU) tot handelingen van de overheid het gevaar zou inhouden van het ontstaan van ongelijkheden bij de toepassing ervan'.[40] Ook die overweging kan naar de mening van Trstenjak worden toegepast op normerings- en certificeringsactiviteit van de DVGW: ontbreekt het de verdragsbepalingen betreffende het vrije goederenverkeer aan directe horizontale werking, dan hoeft een privaatrechtelijke vereniging als de DVGW zich immers niet om art. 34 (en 35) VWEU te bekommeren, terwijl de autoriteiten (in andere lidstaten) er wél acht op moeten slaan.[41]

118. Het Hof van Justitie gooit het in zijn arrest over een andere boeg. Onder verwijzing naar het (in nr. 36 besproken) arrest *Dassonville* brengt het allereerst in herinnering dat 'iedere regeling van de *lidstaten* die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren' moet worden beschouwd als een door art. 34 VWEU verboden maatregel van gelijke werking.[42] Hoewel deze overweging wellicht anders doet vermoeden, beschouwt het Hof de DVGW echter níet als een orgaan van de lidstaat (waarvoor het direct *verticaal* werkende art. 34 VWEU bindend is). Verderop, in r.o. 24, stelt het namelijk uitdrukkelijk vast dat de DVGW een privaatrechtelijke organisatie is wier normerings- en certificeringsactiviteit niet door de autoriteiten worden gefinancierd. En omdat de overheid ook geen beslissende invloed over die activiteiten uitoefent, is het volgens het Hof de vraag 'of de

39 *Ibid.*, punt 47.
40 *Ibid.*, punt 48.
41 *Ibid.*, punt 49.
42 HvJ EU 12 juli 2012, C-171/11, *NJ* 2012/580 (Fra.bo), r.o. 22. Cursivering toegevoegd.

activiteit van een privaatrechtelijke organisatie als de DVGW, rekening houdend met name met het wet - en regelgevingskader waarin zij wordt uitgeoefend, het vrije verkeer van goederen belemmert *op dezelfde wijze* als overheidsmaatregelen'.[43] Na in dit verband te hebben vastgesteld dat i) de Duitse wetgever de door de DVGW gecertificeerde producten in overeenstemming verklaart met nationale wetgeving, ii) de DVGW de enige organisatie is die koperfittingen kan certificeren, en iii) Duitse consumenten in de praktijk vrijwel uitsluitend door de DVGW gecertificeerde koperfittingen blijken te kopen,[44] luidt zijn antwoord dat, onder deze specifieke omstandigheden, 'een organisatie als de DVGW in werkelijkheid, met name door haar bevoegdheid om producten te certificeren, de toegang tot de Duitse markt van producten als de in het hoofdgeding betrokken koperfittingen kan regelen.'[45] 's Hofs conclusie is dan ook dat art. 34 VWEU 'van toepassing is op de normerings - en certificeringsactiviteiten van een privaatrechtelijke organisatie wanneer de nationale wetgeving de door deze organisatie gecertificeerde producten als in overeenstemming met het nationale recht beschouwt en dit de verhandeling van producten die door deze organisatie niet zijn gecertificeerd, bemoeilijkt'.[46]

43 *Ibid.*, r.o. 26. Cursivering toegevoegd.
44 *Ibid.*, r.o. 27-30.
45 *Ibid.*, r.o. 31.
46 *Ibid.*, r.o. 32. In het (nationale) vervolg merkte het Oberlandesgericht Düsseldorf de intrekking van het certificaat aan als een niet-gerechtvaardigde (en dus met art. 34 VWEU strijdige) beperking van het vrije goederenverkeer. 'Als Rechtsfolge dieses Befunds ist der vertragswidrige Entzug des Zertifikats für das Fach Wasser (…) im Wege des Schadenersatzes rückgängig zu machen (§ 280 Abs. 1 BGB) (und ist) das Zertifikat (…) von neuem zu erteilen', luidde het vervolgens (in r.o. 72). Interessant is ook r.o. 73, waarin de Duitse rechter uitlegt waarom de schending van art. 34 VWEU aan de DVGW kan worden toegerekend (in de zin van § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB): 'Es war für den Beklagten (…) erkennbar, dass er als privater Verein bei seiner Normungs- und Zertifizierungstätigkeit unter den Umständen wie den vorliegenden die unionsrechtliche Warenverkehrsfreiheit zu beachten hatte. Der Beklagte (…) hatte die Rechtslage und die höchstrichterliche Rechtsprechung insoweit sorgfältig zu prüfen und erforderlichenfalls rechtlichen Rat einzuholen. Das Urteil des Gerichtshofs vom 12. Juli 2012 in der vorliegenden Sache war im Übrigen keineswegs überraschend, sondern es lag, wie die Generalanwältin in den Schlussanträgen herausgearbeitet hat (Rn. 27 ff., 30 ff.), auf der Linie einer ganzen Reihe von früheren, bis zum Jahr 2005 ergangener Entscheidungen, die nicht nur ein weites Verständnis vom Eingriff in die Grundfreiheiten, vielmehr auch die Tendenz erkennen ließen, den Geltungsbereich der Grundfreiheiten auf das Handeln von Privaten zu erstrecken. Entweder hat sich der Beklagte (…) seine Rechtsmeinung zur Reichweite der Grundfreiheit des freien Warenverkehrs (einschließlich der Forderung nach einem Ozon-Test zu seinen Bedingungen) also nicht sorgfältig gebildet oder er hat die Augen davor verschlossen und in Kauf genommen, dass seine Normungs- und Zertifizierungspraxis unionsrechtswidrig war.'

Hoe verhoudt *Fra.bo* zich nu tot de rechtspraak waarin het Hof uitdrukkelijk bepaalde dat art. 34 en 35 VWEU géén directe horizontale werking toekomt? De meningen in de rechtsgeleerde literatuur lopen uiteen: terwijl sommige auteurs het arrest niet als een koerswijziging duiden,[47] menen andere juist dat het een (bedachtzame) breuk met het verleden inhoudt.[48] Ik sluit mij aan bij de laatste groep.[49] Ofschoon het Hof (anders dan zijn A-G) niet refereert aan de rechtspraak inzake de directe horizontale werking van art. 45, 49 en 56 VWEU, is de teneur van het arrest duidelijk: het effect van een particuliere (rechts)handeling op het handelsverkeer tussen de lidstaten bepaalt of zij onder het verbod van art. 34 VWEU valt. Dat haar (publieke of private) oorsprong er niet (meer) toe doet, bleek eigenlijk al uit het arrest *Viking*.[50] Na te hebben geconcludeerd dat het direct horizontaal werkende art. 49 VWEU (vrijheid van vestiging) ook kan worden ingeroepen tegen een vakbond, overwoog het namelijk in r.o. 62 dat

> '(d)eze uitlegging wordt bevestigd door de rechtspraak met betrekking tot de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen, *waaruit blijkt dat beperkingen kunnen bestaan uit andere dan overheidsmaatregelen en het gevolg kunnen zijn van handelingen van particulieren of van groeperingen van dergelijke personen* (zie arrest van 9 december 1997, Commissie/Frankrijk, C - 265/95, Jurispr. blz. I - 6959, punt 30, en arrest Schmidberger, reeds aangehaald, punten 57 en 62).'[51]

6.3 Conclusie en vooruitblik

119. Ofschoon het Hof van Justitie zich reeds in tal van arresten had uitgesproken vóór de directe horizontale werking van art. 45, 49 en 56 VWEU (zie hoofdstuk 5), hield het in (o.a.) *Vereniging van Vlaamse reisbureaus* (1987), *Süllhöfer* (1988) en *Sapod Audic* (2002) expliciet vast aan het standpunt dat private beperkingen van het vrije verkeer van goederen uitsluitend aan art. 101 en 102 VWEU kunnen worden getoetst. Dit (niet

47 Vgl. o.a. Amtenbrink & Vedder 2013, p. 270; Barnard 2013, p. 77; Van Gestel & Micklitz 2013, p. 159-160.
48 Zie o.a. Nic Shuibhne 2012, p. 367-368; Van Harten & Nauta 2013, p. 677 e.v.; Hartkamp 2013, par. 2.4; Perner 2013, p. 147; Schepel 2013, p. 1214; Schmahl & Jung 2013, p. 607 e.v.
49 Van Leuken 2014a, nr. 11.
50 HvJ EG 11 december 2007, C-438/05, *Jurispr.* 2007, p. I-10779, *NJ* 2008/149, m.nt. M.R. Mok (Viking), reeds besproken in par. 5.3.5.
51 Cursivering toegevoegd.

gemotiveerde) onderscheid is het Hof terecht op kritiek komen te staan.[52] Mede vanwege het feit dat de verkeersvrijheden elkaar inhoudelijk overlappen,[53] valt niet in te zien waarom een concurrentiebeperkende gedraging die het vrije goederenverkeer belemmert alleen aan de mededingingsregels zou mogen worden getoetst, terwijl het beroep op art. 101 of 102 VWEU blijkens's Hofs rechtspraak wél kan samenlopen met een beroep op de verdragsbepalingen inzake het vrije personen- en dienstenverkeer.[54]

Bij ontbreken van een overtuigende verklaring van het Hof, zijn in de literatuur alternatieve argumenten geopperd ten faveure van het onderscheid tussen art. 34 en 35 VWEU (géén directe horizontale werking) en art. 45, 49 en 56 VWEU (wél directe horizontale werking). Zo stuit men bijvoorbeeld op de stelling dat de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen niet rechtstreeks van toepassing zijn op handelingen van particulieren omdat zij – anders dan art. 45, 49 en 56 VWEU – geen uitwerking vormen van het algemene verbod van nationaliteitsdiscriminatie. Hiervóór, in nr. 91, bleek echter al dat de nauwe relatie met art. 18 VWEU geen beslissend argument is vóór de directe horizontale werking van art. 45, 49 en 56 VWEU (die immers ook als *beperkings*verboden bindend zijn voor particulieren).[55] Evenmin overtuigend is de opvatting dat de personen- en dienstenvrijheden (en dan met name art. 45 VWEU) een belangrijkere status hebben dan de goederenvrijheid, en wellicht om die reden een bredere personele werkingssfeer bezitten.[56] Noch het

52 Zie o.a. Snell 2002, p. 144; Körber 2004, p. 747; Oliver & Roth 2004, p. 422 e.v.; Asser/Hartkamp 3-I* 2011/68; Karayigit 2011, p. 327 e.v.; Verbruggen 2014, p. 210 e.v.

53 Verbruggen 2014, p. 210 e.v. toont bijvoorbeeld dat door de *servitisation of products* enerzijds, en de *commodification of services* anderzijds, de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen en diensten in bepaalde casus gelijktijdig van toepassing zijn (als voorbeeld worden o.a. genoemd HvJ EG 22 januari 2002, C-390/99, *Jurispr.* 2002, p. I-607, *NJ* 2002/313 (Canal Satélite Digital), en HvJ EG 9 juli 1997, C-34/95 t/m C-36/95, *Jurispr.* 1997, p. I-03843, *NJ* 1998/739 (De Agostini)).

54 Zie hiervóór nr. 95 (en de aldaar genoemde rechtspraak).

55 Onjuist is derhalve de stelling van Stuyck 2001, p. 116, dat '(n)u het hof de horizontale werking van artikel 39 [thans art. 45; *RvL*] beperkt tot het in dit artikel vervatte *discriminatie*verbod (…), de rechtspraak die elke horizontale werking van artikel 28 [nu art. 34; *RvL*] lijkt uit te sluiten onverlet (blijft).' Evenmin correct is zijn opvatting dat '(o)ok het ruimere verbod van niet-discriminerende belemmeringen dat het hof uit de artikelen 39, 43 en 48 heeft afgeleid (…) bijgevolg beperkt blijft tot overheidsmaatregelen'. In *Bosman* (par. 5.3.1), *Deliège* (par. 5.3.2) en *Lehtonen* (par. 5.3.3) had het namelijk al uitdrukkelijk beslist dat ook de beperkingsverboden van art. 45 en 56 VWEU bindend zijn voor particulieren.

56 Vgl. Baquero Cruz 2002, p. 115 en 124; Oliver & Roth 2004, p. 424; Prechal & De Vries 2009, p. 18.

Verdrag, noch de rechtspraak van het Hof suggereert m.i. echter het bestaan van zo'n hiërarchie.

120. Gelet op het bovenstaande was de (voorzichtige) koerswijziging van het Hof in *Fra.bo* (2012) noodzakelijk en onvermijdelijk. Thans kan (in ieder geval) art. 34 VWEU onder bepaalde omstandigheden bindend zijn voor particulieren. Toekomstige rechtspraak zal moeten verduidelijken hoever de directe horizontale werking van art. 34 VWEU reikt, en of aan art. 35 VWEU hetzelfde effect toekomt. Kon het Hof zich in *Fra.bo* nog verschuilen achter het feit dat het wet- en regelgevingskader de DVGW in staat stelde om de markttoegang voor bepaalde producten (koperfittingen) te reguleren, in de (nabije) toekomst zal zich ongetwijfeld een zaak aandienen waarin zo'n specifiek kader ontbreekt. Neem de in nr. 6 besproken stakingsacties van de Duitse sluiswachters. Hoe zou het in een dergelijke casus antwoorden op de (prejudiciële) vraag of Nederlandse binnenvaartschippers art. 34 VWEU kunnen inroepen tegen de organiserende vakbond (om bijv. schadevergoeding te verkrijgen)? Positief, zo schijnt mij toe: de aan het slot van het vorige nummer aangehaalde passage uit het arrest *Viking* biedt daarvoor een solide aanwijzing, te meer daar het onwaarschijnlijk (en onwenselijk) is dat de organiserende vakbond (ver.di) wél zou kunnen worden aangesproken door een particulier wiens recht op vrije dienstverrichting is geschonden (bijv. een rederij die in Duitsland riviercruises organiseert),[57] doch niet door particulieren die door dezelfde acties worden gehinderd in de uitoefening van hun recht op vrij verkeer van goederen (binnenvaartschippers).[58] Interessant(er) is te zien op welke argumenten het Hof de directe horizontale werking van art. 34 en 35 VWEU zal baseren. Voor de hand ligt een keuze voor de argumenten waarop de directe horizontale werking van art. 45, 49 en 56 VWEU steunt: de algemene bewoordingen waarin de verdragsbepalingen zijn gesteld, de uit het effectiviteitsbeginsel voortvloeiende gedachte dat de volle werking van deze verboden moet worden verzekerd, en het fundamentele (dwingendrechtelijke) karakter van de vrijheden in kwestie.[59] Om met het eerste te beginnen: art. 34 en 35 VWEU geven aan *wat* verboden is (kwantitatieve in- en uitvoerbeperkingen alsmede alle maatregelen van gelijke werking), maar niet voor *wie*. Zij

57 Vgl. HvJ EG 18 december 2007, C-341/05, *Jurispr.* 2007, p. I-11767, *NJ* 2008/150, m. nt. M.R. Mok (Laval), hiervóór besproken in par. 5.3.6.

58 Vgl. Hartkamp 2009, nr. 14.

59 Zie par. 5.4.2 t/m 5.4.4 voor een uitwerking van deze argumenten in relatie tot de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting.

hebben met andere woorden geen expliciete (laat staan een exclusieve) adressaat. Het feit dat het begrip 'maatregel van gelijke werking' oorspronkelijk slechts 'iedere handelsregeling der *lidstaten*' omvatte, maakt dit niet anders; in latere rechtspraak wordt het soms al (veel ruimer) omschreven als '*elke maatregel* die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren'.[60] Taalkundig is het toekennen van directe horizontale werking aan art. 34 en 35 VWEU derhalve niet onmogelijk. Dan het *effet utile*-argument. Evenals art. 45, 49 en 56 VWEU zouden art. 34 en 35 VWEU aan praktische betekenis ('nuttig effect') verliezen wanneer zij alleen de lidstaten binden. Beperkingen van het vrije goederenverkeer kunnen immers ook hun oorsprong hebben in (rechts)handelingen van particulieren. Illustratief zijn (bijv.) de gewelddadige protestacties van Franse boeren die de in- en doorvoer van Spaanse landbouwproducten belemmerden,[61] de door een Oostenrijkse milieorganisatie opgeworpen blokkade van de Brennerpas die (o.a.) verhinderde dat een Duitse transportondernemer zijn goederen tijdig bij Italiaanse klanten kon afleveren,[62] en de zojuist genoemde vakbondsacties die het (goederen)verkeer op het Duitse vaarwegennet volledig platlegden en voor (o.a.) Nederlandse binnenvaartschippers aanzienlijke schade veroorzaakten. Behalve uit zulke (collectieve) *feitelijke* handelingen kunnen beperkingen van het vrije goederenverkeer ook voortvloeien uit (individuele) *rechts*handelingen van particulieren. Men denke bijvoorbeeld aan het (fictieve) geval dat een Nederlandse supermarktketen (X) haar huismerkassortiment wil uitbreiden met een witbier, en met dat doel een overeenkomst sluit met een Belgische brouwer (Y) waarin is bepaald dat i) X driekwart van Y's productie zal afnemen, en ii) Y het resterende kwart zelf mag verkopen, doch niet op de Nederlandse thuismarkt van X. Een dergelijke contractuele afspraak vormt een kwantitatieve invoerbeperking, en zou derhalve in beginsel (behoudens een rechtvaardigingsgrond)[63] verboden zijn. Tot slot het argument dat de relevante vrijverkeerbepalingen (art. 45, 49 en 56 VWEU) vanwege hun fundamentele en dwingendrechtelijke aard van toepassing zijn op (rechts)handelingen van

60 Zie bijv. HvJ EG 24 november 1993, C-267/91 en C-268/91, *Jurispr.* 1993, p. I-6097, *NJ* 1994/470 (Keck), r.o. 11. Cursivering toegevoegd. Vgl. ook HvJ EG 12 juni 2003, C-112/00, *Jurispr.* 2003, p. I-5659, *NJ* 2004/56 (Schmidberger), r.o. 56.

61 HvJ EG 9 december 1997, C-265/95, *Jurispr.* 1997, p. I-6959, *NJ* 1999/23 (Commissie/Frankrijk ('Spaanse aardbeien')).

62 HvJ EG 12 juni 2003, C-112/00, *Jurispr.* 2003, p. I-5659, *NJ* 2004/56 (Schmidberger).

63 Zie hierna nr. 153-154.

particulieren. Aangezien het Hof meermaals heeft aangegeven dat (ook) art. 34 en 35 VWEU tot de fundamenten van de Europese rechtsorde behoren,[64] moet deze grond tevens kunnen worden aangevoerd ten faveure van de directe horizontale werking van de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen.

64 Vgl. o.a. HvJ EG 22 januari 1981, 58/80, *Jurispr.* 1981, p. 181 (Dansk Supermarked), r.o. 17; HvJ EG 9 december 1997, C-265/95, *Jurispr.* 1997, p. I-6959, *NJ* 1999/23 (Commissie/Frankrijk ('Spaanse aardbeien')), r.o. 27; HvJ EG 12 juni 2003, C-112/00, *Jurispr.* 2003, p. I-5659, *NJ* 2004/56 (Schmidberger), r.o. 51.

HOOFDSTUK 7

RECHTSPRAAK OVER DE DIRECTE HORIZONTALE WERKING VAN ART. 63 VWEU

7.1 Inleiding

121. Het Hof van Justitie heeft zich tot op heden niet uitgelaten over de vraag of art. 63 VWEU rechtstreeks van toepassing is op rechtsverhoudingen tussen particulieren, reden waarom in par. 7.2 wordt volstaan met een (korte) bespreking van twee arresten waarin de problematiek slechts zijdelings aan bod komt. Combineren en deduceren leidt in par. 7.3 evenwel tot de conclusie dat het Hof hoogstwaarschijnlijk (ook) aan art. 63 VWEU directe horizontale werking zal toekennen.

7.2 Rechtspraak

7.2.1 Commissie/België ('euro-obligatie') (2000)

122. Centraal in deze procedure staat een Belgische maatregel (Koninklijk Besluit d.d. 4 oktober 1994) die de Minister van Financiën machtigt tot het sluiten van een openbare euro-obligatielening ter grootte van één miljard Duitse mark. Zijn derde artikel luidt:

> 'Er wordt afgezien van de inning van de roerende voorheffing op de interesten betreffende deze lening.
>
> De inschrijving door Belgische verblijfhouders zal niet toegelaten worden, uitgezonderd door banken, financiële tussenpersonen en institutionele beleggers bedoeld in de overeenkomsten [die zullen worden gesloten met de betrokken financiële instellingen; *RvL*] en onder de voorwaarden die erin worden bepaald.
>
> De definitieve effecten zullen enkel aan de houders worden afgeleverd mits voorlegging van een certificaat dat bewijst dat deze houders niet-verblijfhouders zijn dan wel de voorwaarden in de vorige alinea vervullen.'[1]

1 Door in België gevestigde natuurlijke personen ('verblijfhouders') de mogelijkheid tot intekening op de uitgeschreven staatslening te ontzeggen, wordt volgens de autoriteiten vermeden dat zij de belasting zullen ontduiken door de ontvangen rente niet aan te geven.

Art. 3, tweede alinea, van het Koninklijk Besluit wordt als volgt uitgewerkt in de met de betrokken private bankinstellingen gesloten overeenkomsten:

> 'De obligaties mogen direct noch indirect worden aangeboden of verkocht aan Belgische ingezetenen, aan vennootschappen of andere rechtspersonen die in België hun zetel hebben. Hiervan zijn uitgezonderd, mits het aanbod of de verkoop geen aanbod aan het publiek in het Koninkrijk België is, i) een bank die in België is gevestigd of haar zetel heeft, ii) een makelaar, een soortgelijke tussenpersoon of instelling met een internationale reputatie die onder meer actief is in de effectenhandel of het beheer van fondsen van cliënten, die in België is gevestigd of daar zijn zetel heeft, en iii) een verzekeringsmaatschappij die in België is gevestigd of daar haar zetel heeft.'

De Europese Commissie is van mening dat art. 3, tweede alinea, van het Koninklijk Besluit een met art. 63 lid 1 VWEU strijdige (discriminerende) belemmering van het kapitaalverkeer vormt, daar het Belgische ingezetenen verbiedt in te tekenen op een in het buitenland uitgeschreven (staats)lening. De Belgische regering verweert zich met de stelling dat zij de litigieuze maatregel als private marktdeelnemer heeft genomen, en derhalve niet is gebonden aan art. 63 lid 1 VWEU. Zonder expliciet duidelijk te maken of genoemde verdragsbepaling inderdaad directe horizontale werking ontbeert, stelt het Hof van Justitie vast dat de bestreden maatregel door de Belgische Staat als overheid is genomen.[2] Daartoe overweegt het dat art. 3, tweede alinea, van het Koninklijk Besluit in een onlosmakelijk verband staat tot de (eerste) alinea waarin wordt afgezien van de inning van de roerende voorheffing. De gewraakte regel kan men volgens het Hof slechts tegen die fiscale achtergrond verklaren: hij dient te voorkomen dat Belgische ingezetenen geen belasting over de ontvangen rente zullen betalen. 'Bijgevolg is dit verbod een wezenlijk bestanddeel van de maatregelen die het Koninkrijk België heeft genomen ter regeling van de fiscale aspecten van de door de Minister van Financiën te sluiten lening.'[3]

7.2.2 Commissie/Duitsland ('Volkswagen I') (2007)

123. Voorwerp van deze inbreukprocedure is de Duitse Volkswagenwet die – in afwijking van het gemene vennootschapsrecht – het stemrecht van iedere aandeelhouder beperkt tot maximaal 20% van het maatschappelijk kapitaal van de vennootschap (Volkswagen AG), en voor bepaalde

2 HvJ EG 26 september 2000, C-478/98, *Jurispr.* 2000, p. I-7587 (Commissie/België ('euro-obligatie')), r.o. 25.
3 *Ibid.*, r.o. 24.

besluiten van de aandeelhoudersvergadering een meerderheidsdrempel van 80% (in plaats van 75%) eist. Bovendien verschaft de gewraakte wet aan de federale staat en de deelstaat Niedersachsen (de oorspronkelijke grootaandeelhouders) de bevoegdheid om – zolang zij aandeelhouder zijn – elk twee leden van de raad van commissarissen te benoemen. De vraag die voorligt is of de niet-discriminerende Volkswagenwet op deze punten in strijd is met art. 63 VWEU. De Duitse regering reageert (uiteraard) ontkennend, onder meer door te stellen dat de Volkswagenwet geen nationale maatregel vormt. Zij herinnert daartoe aan het feit dat de wet berust op een in 1959 gesloten compromis tussen vakbonden en werknemers enerzijds, en de federale staat en de deelstaat Niedersachsen anderzijds, waarbij eerstgenoemden – als tegenprestatie voor het laten vallen van hun eigendomsvordering – bescherming werd geboden tegen (eventuele) dominante aandeelhouders. Niet alleen mondde dit compromis uit in een overeenkomst tussen de federale staat en de deelstaat Niedersachsen, het vormde ook de basis voor de Volkswagenwet die – zo concludeert de Duitse regering – dus moet worden gelijkgesteld met een (private) aandeelhoudersovereenkomst (die buiten de werkingssfeer van art. 63 lid 1 VWEU zou vallen). Het Hof ging niet mee in deze gedachte:

> '26 Zelfs indien de Volkswagenwet, zoals de Bondsrepubliek Duitsland betoogt, slechts de weergave vormt van een overeenkomst die als privaatrechtelijk dient te worden beschouwd, dan nog moet worden vastgesteld dat de omstandigheid dat deze overeenkomst het voorwerp van een wet uitmaakt, volstaat om haar voor de toepassing van het vrije kapitaal als een nationale maatregel te beschouwen.
>
> 27 Het overheidsgezag vindt immers bij uitstek zijn uitdrukking in de uitoefening van wetgevende bevoegdheid door de hiertoe formeel bevoegde nationale autoriteiten.
>
> 28 Van belang is bovendien de vaststelling dat de betrokken wettelijke bepalingen niet meer kunnen worden gewijzigd door de loutere wilsuiting van de partijen bij de aanvankelijke overeenkomst, maar dat voor elke wijzing de goedkeuring van een nieuwe wet conform de procedures van het grondwettelijk recht van de Bondsrepubliek Duitsland is vereist.
>
> 29 In deze omstandigheden faalt het argument van de Bondsrepubliek Duitsland dat de Volkswagenwet voor de toepassing van het vrije kapitaalverkeer geen nationale maatregel is.'[4]

4 HvJ EG 23 oktober 2007, C-112/05, *Jurispr.* 2007, p. I-8995, *NJ* 2008/49, m.nt. M.R. Mok (Commissie/Duitsland ('Volkswagen I')).

Directe horizontale werking van art. 63 lid 1 VWEU wordt in het arrest *Volkswagen I* bevestigd noch ontkend: het Hof volstaat (terecht) met de constatering dat de Volkswagenwet een onvervalste overheidsmaatregel is.[5] Of (ook) de statuten van Volkswagen AG (waarin de gewraakte bepalingen uit de Volkswagenwet zijn overgenomen) in strijd zijn met art. 63 lid 1 VWEU, wordt nergens in het arrest onderzocht.[6]

7.3 Toekomstige ontwikkeling

124. Kon het Hof in *Commissie/België* en *Volkswagen I* de vraag naar de directe horizontale werking van art. 63 VWEU nog passeren, op termijn zal het zich er ongetwijfeld over moeten uitspreken. Laten we (als gedachte-experiment) nu eens aannemen dat de in nr. 5 besproken casus het Hof wél had bereikt. Centraal daarin stond het besluit van de aandeelhoudersvergadering van ThyssenKrupp AG om de statuten van de vennootschap aldus te wijzigen dat aan de Alfried Krupp von Bohlen und Halbach-Stiftung – op dat moment houdster van 25,1% van het aandelenkapitaal – het recht werd toegekend ten minste 1 lid, doch maximaal 3 leden te benoemen in de Raad van Commissarissen. Wat nu als het litigieuze besluit het voor directe investeerders uit andere lidstaten minder aantrekkelijk maakt om te investeren in het kapitaal van Thyssen-Krupp AG?[7] Zou het dan (net als in *Volkswagen I*) oordelen dat er sprake is van een door art. 63 VWEU verboden beperking van het vrije kapitaal-verkeer? Of zou het deze verdragsbepaling niet toepasselijk achten omdat de belemmering is veroorzaakt door particulieren? Het antwoord laat zich raden wanneer men acht slaat op de's Hofs rechtspraak inzake de directe horizontale werking van de overige vrijheden (in het bijzonder art. 45, 49

5 Anders kennelijk Barnard 2013, p. 587: 'If the Court had thought that Article 63 TFEU had horizontal direct effect, it could have dismissed Germany's argument on this basis.'

6 Vgl. HvJ EU 22 oktober 2013, C-95/12, *RvdW* 2013/1417 (Commissie/Duitsland ('Volkswagen II')), r.o. 23-25.

7 Of het Hof van Justitie in het onderhavige geval tot die conclusie zou zijn gekomen is allerminst zeker. Belangrijk verschil met de *Volkswagen I*-casus is dat het litigieuze benoemingsrecht i) géén afwijking vormt van het gemene Duitse vennootschapsrecht (dat toestaat dat bepaalde aandeelhouders tezamen *maximaal* drie vertegenwoordigers in de Raad van Commissarissen aanwijzen), en ii) is gekoppeld aan de omvang van de deelneming van de Alfried Krupp von Bohlen und Halbach-Stiftung in het kapitaal van ThyssenKrupp AG (het recht van de Duitse federale staat en de deelstaat Niedersachsen om elk twee leden in de Raad van Commissarissen van Volkswagen te benoemen was daarentegen niet gekoppeld aan de omvang van hun deelnemingen in het kapitaal van Volkswagen AG).

en 56 VWEU).[8] De daarin gebezigde kernargumenten (zie par. 5.4.2 t/m 5.4.4) laten zich ook op art. 63 VWEU toepassen. Allereerst het grammaticale. De kapitaalvrijheid heeft net als de personen- en dienstenvrijheden geen expliciete adressaat: zij bepaalt alleen *wat* verboden is (beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en lidstaten en derde landen). Haar algemene bewoordingen staan derhalve niet aan directe horizontale werking in de weg. Vervolgens het *effet utile*-argument. Art. 63 VWEU zou aan effectiviteit verliezen wanneer het slechts bindend is voor de lidstaten. Het is namelijk evident dat ook particulieren het vrije kapitaalverkeer kunnen belemmeren. Men denke (bijv.) aan de uitoefening door de Stichting Preferente Aandelen B KPN van een (statutair) toegekende call optie waarmee de overname van het Nederlandse telecombedrijf door het Mexicaanse América Móvil met succes werd verhinderd. In plaats van rechtstreekse toetsing aan art. 63 VWEU *a priori* uit te sluiten, dient m.i. van geval tot geval te worden bezien of een dergelijke beschermingsconstructie resulteert in een schending van het (direct horizontaal werkende) verbod van art. 63 VWEU, en zo ja, of de geconstateerde inbreuk wellicht kan worden gerechtvaardigd.[9] Dat geldt uiteraard ook in andere situaties waarin de belemmering van het kapitaalverkeer wordt veroorzaakt door een (rechts)handeling van particulieren. Neem het in nr. 102 gegeven voorbeeld van de Nederlandse vastgoedondernemer die zijn onroerend goed in de Brainport Regio Eindhoven alleen wenst te verkopen of verhuren aan Nederlandse ictbedrijven. Deze discriminerende conditie beperkt niet alleen de werknemers-, vestigings, en dienstenvrijheid, maar óók de kapitaalvrijheid: zij ontmoedigt namelijk onderdanen (vastgoedondernemingen) uit andere lidstaten te investeren in (regionaal) onroerend goed.[10] Niet valt in te zien waarom de toepasselijkheid van art. 63 VWEU in zo'n geval op voorhand moet worden uitgesloten: de discriminatoire voorwaarde kan immers wél aan de direct horizontaal werkende art. 45, 49 en 56 VWEU worden getoetst. Dit geldt te meer nu de kapitaalvrijheid (net als de personen- en dienstenvrijheden) één van de grondbeginselen van de Unie vormt.[11]

---

8 Vgl. A-G Trstenjak in haar conclusie voor HvJ EU 12 juli 2012, C-171/11, *NJ* 2012/580 (Fra.bo), punt 44.

9 Zie hierna par. 9.5.4.2. Anders Hondius & Van der Gronden 2009, p. 425, die het onwenselijk achten dat private beschermingsconstructies via de rechtspraak van het Hof (en niet d.m.v. Europese wetgeving) 'uit de weg worden geruimd'.

10 Vgl. HvJ EU 8 mei 2013, C-197/11 en C-203/11, *NJ* 2013/460 (Libert), hiervóór behandeld in nr. 55.

11 Vgl. o.a. HvJ EG 13 december 1989, C-49/89, *Jurispr.* 1989, p. I-4441 (Corsica Ferries France), r.o. 8; HvJ EG 4 juni 2002, C-367/98, *Jurispr.* 2002, p. I-4731 (Commissie/Portugal), r.o. 49; HvJ EU 17 oktober 2013, C-181/12 (Welte), r.o. 42.

DEEL III
RECHTVAARDIGINGSGRONDEN

HOOFDSTUK 8

HET STELSEL VAN (ON)GESCHREVEN RECHTVAARDIGINGSGRONDEN

8.1 Inleiding

125. Dit hoofdstuk bevat een bondig overzicht van het bestaande systeem van (on)geschreven rechtvaardigingsgronden. Aan de orde komen achtereenvolgens de verdragsrechtelijke excepties (par. 8.2), de jurisprudentiële uitzonderingen (par. 8.3) en de rechtvaardigingsgrond gelegen in de bescherming van fundamentele rechten (par. 8.4). Ook is er kort aandacht voor de belangrijke rol die het evenredigheidsbeginsel speelt bij de inhoudelijke beoordeling van het beroep op één van deze excepties (par. 8.5). Besloten wordt met een samenvattende conclusie (par. 8.6).

8.2 Verdragsrechtelijke excepties

126. De vrijverkeerbepalingen behelzen geen absoluut verbod; het Verdrag voorziet in uitzonderingen. Art. 36 VWEU, bijvoorbeeld, stelt dat de regels inzake het vrije goederenverkeer (art. 34 en 35 VWEU)

> 'geen beletsel (vormen) voor verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de openbare orde, openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit of uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom.' [1]

---

1 De tweede volzin van art. 36 VWEU voegt daaraan toe dat '(d)eze verboden of beperkingen (…) echter geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten (mogen) vormen.' Hij dient blijkens HvJ EG 31 januari 1984, 40/82, *Jurispr.* 1984, p. 283 (Commissie/Groot-Brittannië), r.o. 36, om 'te voorkomen dat van de beperkingen van het handelsverkeer, die op de in de eerste zin van dat artikel genoemde gronden zijn gebaseerd, een oneigenlijk gebruik wordt gemaakt, en wel dusdanig, dat goederen van oorsprong uit andere lidstaten worden gediscrimineerd of bepaalde nationale producties zijdelings worden beschermd'. Eerder (in HvJ EG 14 juli 1983, 174/82, *Jurispr.* 1983, p. 2445 (Sandoz), r.o. 18) had het Hof al verklaard dat de tweede volzin van art. 36 VWEU is ingegeven door het evenredigheidsbeginsel. In dezelfde zin: Körber 2004, p. 242; Van Gerven & Lierman 2010, nr. 213; Lenaerts & Van Nuffel 2011, p. 220; Craig 2012, p. 617. Anders: Ahlfeld 1997, p. 61.

De opsomming van art. 36 VWEU is limitatief: zij bevat alle *geschreven* gronden ter rechtvaardiging van maatregelen met en zonder onderscheid.[2] Minder uitgebreid, doch eveneens uitputtend is de lijst van uitzonderingen op de verboden van art. 45 VWEU.[3] Ingevolge het derde lid van genoemde bepaling kunnen discriminerende en niet-discriminerende beperkingen van het vrije werknemersverkeer gerechtvaardigd zijn

> 'uit hoofde van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid'.

Deze trits keert terug in art. 52 lid 1 VWEU, dat in relatie tot de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU) en het vrije verkeer van diensten (art. 56 VWEU)[4] het volgende stelt:

> 'De voorschriften van dit hoofdstuk en de maatregelen uit hoofde daarvan genomen doen niet af aan de toepasselijkheid van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen waarbij een bijzondere regeling is vastgesteld voor vreemdelingen welke bepalingen uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid gerechtvaardigd zijn.'[5]

Uitzonderingen op het vrije kapitaal- en betalingsverkeer vindt men ten slotte in art. 65 lid 1 VWEU:

> 'Het bepaalde in artikel 63 doet niets af aan het recht van de lidstaten:
>
> (…)
>
> b) alle nodige maatregelen te nemen om overtredingen van de nationale wetten en voorschriften tegen te gaan, met name op fiscaal gebied en met betrekking tot het bedrijfseconomisch toezicht op financiële instellingen, of te voorzien in procedures voor de kennisgeving van kapitaalbewegingen ter informatie van

2 Vgl. o.a. HvJ EG 25 januari 1977, 46/76, *Jurispr.* 1977, p. 5 (Bauhaus), r.o. 12; HvJ EG 17 juni 1981, 113/80, *Jurispr.* 1981, p. 1625 (Commissie/Ierland), r.o. 7.

3 Buiten beschouwing blijft de uitzondering van art. 45 lid 4 VWEU ('De bepalingen van dit artikel zijn niet van toepassing op de betrekkingen in overheidsdienst'). Zie daarover (bijv.) Craig & De Búrca 2011, p. 734-740; Lenaerts & Van Nuffel 2011, p. 253-255; Barnard 2013, p. 517-520.

4 Vgl. art. 62 VWEU. Op grond van deze schakelbepaling geldt ook de uitzondering voor werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag (art. 51 VWEU) met betrekking tot zowel de vrijheid van vestiging als het vrije verkeer van diensten. Zij blijft hier verder onbesproken. Voor meer informatie zie Craig & De Búrca 2011, p. 769; Lenaerts & Van Nuffel 2011, p. 255-256; Barnard 2013, p. 520-521.

5 Het limitatieve karakter van deze opsomming is bevestigd in o.a. HvJ EG 16 januari 2003, C-388/01, *Jurispr.* 2003, p. I-721 (Commissie/Italië), r.o. 20.

de overheid of voor statistische doeleinden, dan wel maatregelen te nemen die op grond van de openbare orde of de openbare veiligheid gerechtvaardigd zijn.'[6]

127. Hoewel het arsenaal per vrijheid verschilt, laten de geschreven uitzonderingen zich tot op zekere hoogte gezamenlijk karakteriseren. Om te beginnen dienen zij algemene, niet-economische belangen (zoals de protectie van de openbare orde en de bescherming van de openbare veiligheid, twee 'constanten' tussen het per vrijheid variërende aanbod van verdragsexcepties); zuiver economische doelstellingen worden dus niet beschermd.[7] De rechtvaardigingsgronden – afwijkingen van het fundamentele beginsel van vrij verkeer – zijn bovendien voorwerp van een restrictieve interpretatie.[8] Een exceptie uit hoofde van de openbare orde of openbare veiligheid kan bijvoorbeeld slechts worden aangevoerd in geval van 'een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging, die een fundamenteel belang van de samenleving aantast'.[9] Omdat de specifieke omstandigheden die een beroep op de openbare orde (of openbare veiligheid) rechtvaardigen naar land en tijdstip kunnen verschillen, komt aan de nationale autoriteiten echter een beoordelingsmarge toe (uiteraard binnen de door het Verdrag gestelde grenzen).[10] Tot besluit

---

6 Art. 65 lid 3 VWEU voegt toe dat de in het eerste lid bedoelde maatregelen en procedures geen middel tot willekeurige discriminatie mogen vormen, noch een verkapte beperking van het vrije kapitaal- en betalingsverkeer.

7 'Het kan een lidstaat immers niet worden toegestaan, zich aan de gevolgen van de in het Verdrag voorziene maatregelen te onttrekken onder voorwendsel van economische moeilijkheden ten gevolge van de opheffing van de belemmeringen van het intracommunautaire handelsverkeer', aldus HvJ EG 10 juli 1984, 72/83, *Jurispr.* 1984, p. 2727, *NJ* 1986/153 (Campus Oil), r.o. 35. Deze overweging komt er volgens Ahlfeld 1997, p. 59 in de kern op neer 'daß den Mitgliedstaaten die Rechtfertigung handelsbeschränkender Maßnahmen verwehrt werden soll, wenn sie die Anpassung an den Strukturwandel verhindern sollen, der durch die Freiheit des Handelsverkehrs in der Gemeinschaft gerade erzwungen wird'. Overigens maakte het Hof in *Campus Oil* ook duidelijk dat zodra een beroep op één van de (on)geschreven uitzonderingen is gewettigd, het verder niet ter zake doet of met de betwiste maatregel eventueel ook doelstellingen van economische aard kunnen worden nagestreefd. Vgl. tevens HvJ EG 11 september 2008, C-141/07, *Jurispr.* 2008, p. I-6935, *NJ* 2009/49 (Commissie/Duitsland), r.o. 60; HvJ EU 22 oktober 2013, C-105/12 t/m C-107/12, *NJ* 2014/21, m.nt. M.R. Mok (Nederland/ Essent e. a.), r.o. 52.

8 Zie o.a. HvJ EG 19 januari 1999, C-348/96, *Jurispr.* 1999, p. I-11, *NJ* 1999/663 (Calfa), r.o. 23.

9 HvJ EG 14 maart 2000, C-54/99, *Jurispr.* 2000, p. I-1335, *NJ* 2000/506 (Eglise de scientologie), r.o. 17.

10 Vgl. o.a. HvJ EG 4 december 1974, 41/74, *Jurispr.* 1974, p. 1337 (Van Duyn), r.o. 18; HvJ EG 27 oktober 1977, 30/77, *Jurispr.* 1974, p. 1999, *NJ* 1978/430 (Bouchereau), r.o. 34; HvJ EG 14 oktober 2004, C-36/02, *Jurispr.* 2004, p. I-9606, *NJ* 2005/295 (Omega Spielhallen), r.o. 31.

van deze paragraaf wijs ik er nog op dat de mogelijkheid om een beroep te doen op een geschreven exceptie (logischerwijs) vervalt nadat de materie in kwestie volledig is geharmoniseerd.[11] Voor de hierna te bespreken ongeschreven rechtvaardigingsgronden geldt hetzelfde.[12]

8.3 *Rule of reason*-excepties

128. De jurisprudentiële verruiming van de materiële werkingssfeer van de vrijverkeerbepalingen[13] ging gepaard met de creatie en ontwikkeling van een nieuwe, zelfstandige catalogus van rechtvaardigingsgronden. Illustratief – en toonzettend – is het arrest *Cassis de Dijon* waarin het Hof niet alleen het beginsel van wederzijdse erkenning (zie nr. 37) introduceerde, maar bovendien bepaalde dat belemmeringen van het vrije goederenverkeer die het gevolg zijn van dispariteiten tussen nationale wetgeving (tevens) 'moeten worden aanvaard voor zover dringende behoeften, onder meer verband houdend met de doeltreffendheid der fiscale controles, de bescherming van de volksgezondheid, de eerlijkheid der handelstransacties en de bescherming van consumenten, ze noodzakelijk maken'.[14] Het arrest bleek de opmaat naar een per vrijheid

11 Zie o.a. HvJ EG 17 april 2007, C-470/03, *Jurispr.* 2007, p. I-2749, *NJ* 2007/404 (A.G. M.-COS.MET), r.o. 50: '(W)anneer op communautair niveau een volledige harmonisatie tot stand is gebracht voor een bepaalde materie, (moet) iedere daarop betrekking hebbende nationale maatregel aan die bepalingen van de handeling tot verwezenlijking van die harmonisatie en niet aan het primaire recht worden getoetst.' Een nationale norm die afwijkt van de harmonisatieregeling mag niet worden toegepast (zie echter art. 114 lid 6 VWEU). Heeft *minimum*harmonisatie plaatsgevonden, dan zal volgens Amtenbrink & Vedder 2013, p. 256 'het toetsingskader behalve uit de harmonisatienorm zelf ook bestaan uit het primaire Unierecht. Wanneer een lidstaat de minimumnormen niet naleeft, zal dit in strijd met de harmonisatieregel zijn. Strengere maatregelen zullen niet in strijd zijn met de harmonisatiemaatregel (die dit immers toestaat). In dit geval is de specifieke bepaling op grond waarvan de maatregel als minimumharmoniserend wordt aangemerkt, van belang. Veelal gaat minimumharmonisatie gepaard met de voorwaarde dat de strengere maatregelen "in overeenstemming met het Verdrag moeten zijn". In dat opzicht vormt het primaire Unierecht een "vangnettoetsingskader".'

12 Vgl. bijv. HvJ EG 13 juli 2004, C-429/02, *Jurispr.* 2004, p. I-6613, *NJ* 2005/179, m.nt. M.R. Mok (Bacardi France), r.o. 32; HvJ EG 14 oktober 2004, C-299/02, *Jurispr.* 2004, p. I-9761, *NJ* 2005/421, m.nt. M.R. Mok (Commissie/Nederland), r.o. 17.

13 Zie hoofdstuk 4 (nr. 37, 41, 45, 47, 51 en 54).

14 HvJ EG 20 februari 1979, 120/78, *Jurispr.* 1979, p. 649 (Cassis de Dijon), r.o. 8.

variërende,[15] open categorie van niet-economische[16] excepties (de zogenoemde 'dwingende eisen van algemeen belang' of '*rule of reason*-uitzonderingen') die – zo volgt uit de rechtspraak van het Hof – uitsluitend kunnen worden ingeroepen ter rechtvaardiging van maatregelen die geen onderscheid maken in de hoger bedoelde zin.[17] Aldus wordt miskend dat ook onderscheidmaatregelen (c.q. direct discriminerende maatregelen) noodzakelijk kunnen zijn ter bescherming van belangen die het Verdrag niet (expliciet) noemt.[18] Men bedenke daarbij dat de geschreven excepties stammen uit een tijd (de jaren '50 van de twintigste eeuw) die niet te vergelijken is met de hedendaagse. Belangen waar men toen niet of nauwelijks aan hechtte, hebben in de Europese Unie van de eenentwintigste eeuw grote betekenis. Waarom zouden deze 'nieuwe' algemene belangen (bijv. milieubescherming of de bescherming van de consument; beide *rule of reason*-excepties) niet tevens kunnen worden ingeroepen ter rechtvaardiging van een onderscheidmaatregel? Dit geldt te meer nu bepaalde ongeschreven uitzonderingen al zonder moeite onder één van de verdragsexcepties kunnen worden gebracht, en dus feitelijk reeds in staat zijn om een onderscheidmaatregel te rechtvaardigen.[19] Bovendien zij er in dit verband (nogmaals) aan herinnerd dat verdragsexcepties per vrijheid verschillen: wat bij de ene als een geschreven exceptie heeft te gelden, wordt in het kader van de andere als een *rule of reason*-uitzondering beschouwd. Daardoor doet zich de merkwaardige situatie voor dat (bijv.) een met art. 34 VWEU strijdige onderscheidmaatregel gerechtvaardigd kan zijn ter bescherming van de industriële en commerciële eigendom (art. 36 VWEU), maar een direct discriminerende beperking van het vrije dienstenverkeer niet gesauveerd kan worden middels een beroep op een identieke, doch

15 Voor een overzicht – inclusief verwijzingen naar relevante rechtspraak – zie Lenaerts & Van Nuffel 2011, p. 223 (vrij verkeer van goederen), 257-259 (vrij verkeer van personen), 280-282 (vrij verkeer van diensten) en 289-290 (vrij verkeer van kapitaal); Barnard 2013, p. 171-177 (vrij verkeer van goederen), 528-533 (vrij verkeer van personen en diensten), en 601-603 (vrij verkeer van kapitaal).

16 Naar vaste rechtspraak van het Hof kunnen 'zuiver economische doelstellingen geen dwingende redenen van algemeen belang (…) vormen die een belemmering van een door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheid rechtvaardigen'. Zie bijv. HvJ EG 16 januari 2001, C-388/01, *Jurispr.* 2003, p. I-721 (Commissie/Italië), r.o. 22.

17 Hoewel het Hof nooit expliciet afstand heeft genomen van dit standpunt, komt het steeds vaker voor dat een discriminerende maatregel aan een ongeschreven exceptie wordt getoetst. Zie (bijv.) HvJ EG 30 april 2009, C-531/07, *Jurispr.* 2009, p. I-3717, *NJ* 2009/374 (LIBRO).

18 Prechal & De Vries 2008, p. 436.

19 Oliver & Roth 2004, p. 435.

ongeschreven exceptie.[20] Om deze en andere gekunsteldheden te vermijden,[21] dient het Hof m.i. de geschreven en ongeschreven excepties op één lijn te plaatsen: ook de laatste zou men derhalve moeten kunnen inroepen ter rechtvaardiging van onderscheidmaatregelen.[22] Het al dan niet discriminerende karakter van een maatregel blijft uiteraard wel een factor bij de inhoudelijke beoordeling van het beroep op de (on)geschreven exceptie.[23]

8.4 Rechtvaardigingsgrond gelegen in de bescherming van grondrechten

129. Laat ik ter situering van dit deelonderwerp aanvangen met een korte blik op het verleden. Anders dan de huidige EU-Verdragen,[24] vestigde het EEG-Verdrag niet expliciet aandacht op (de bescherming van) fundamentele rechten. Niettemin verklaarde het Hof van Justitie al vroeg dat grondrechten 'een integrerend deel uitmaken van de algemene rechtsbeginselen welker eerbiediging het verzekert'.[25] Daarbij liet het zich niet alleen leiden door de 'gemeenschappelijke constitutionele tradities van de Lid-Staten', maar tevens door de aanwijzingen die te vinden zijn in de 'internationale wilsverklaringen inzake de bescherming van de rechten van de mens waaraan de Lid-Staten hebben medegewerkt of waarbij zij zich hebben aangesloten.'[26] Aan het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) kwam in dit verband bijzondere betekenis toe.[27] Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht (1993) werd deze rechtspraak gecodificeerd in art. 6 lid 2 VEU.[28] Van een eigen grondrechtencatalogus was op dat moment nog geen sprake; het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie werd immers pas zeven

20 Oliver & Roth 2004, p. 435.
21 Vgl. o.a. HvJ EG 2 februari 1989, 274/87, *Jurispr.* 1989, p. I-229 (Commissie/Duitsland); HvJ EG 9 juli 1992, C-2/90, *Jurispr.* 1992, p. I-4431, *NJ* 1994/664 (Commissie/België).
22 In dezelfde zin o.a. Oliver & Roth 2004, p. 436; Timmermans 2006, p. 473 e.v.; Prechal & De Vries 2008, p. 436; Craig & De Búrca 2011, p. 677-678.
23 Körber 2004, p. 243.
24 Vgl. art. 6 VEU, alsmede art. 67 en 151 VWEU.
25 HvJ EG 14 mei 1974, 4/73, *Jurispr.* 1974, p. 49 (Nold), r.o. 13. Zie ook HvJ EG 12 november 1969, 29/69, *Jurispr.* 1969, p. 419 (Stauder), r.o. 7; HvJ EG 17 december 1970, 11/70, *Jurispr.* 1970, p. 1126 (Internationale Handelsgesellschaft), r.o. 4.
26 HvJ EG 14 mei 1974, 4/73, *Jurispr.* 1974, p. 49 (Nold), r.o. 13.
27 Zie bijv. HvJ EG 18 juni 1991, C-260/89, *Jurispr.* 1991, p. I-2925, *NJ* 1993/712 (ERT), r.o. 41.
28 'De Unie eerbiedigt de grondrechten, zoals die worden gewaarborgd door het op

jaar later, op 7 december 2000, geproclameerd.[29] Hoewel aan zijn gevarieerde inhoud destijds geen bindende rechtskracht werd verleend, bleek het al vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon (op 1 december 2009) een inspiratiebron voor het Hof.[30] Over de status van het Handvest bestaan thans geen twijfels meer: uit art. 6 lid 1 VEU volgt dat het dezelfde juridische waarde heeft als de Verdragen.[31]

130. Op de Unie(-instellingen) en de (organen van de) lidstaten rust niet alleen de verplichting zich te onthouden van een inbreuk op de fundamentele rechten van (Unie)burgers, maar ook de plicht om op hun grondgebied de uitoefening van die rechten te waarborgen.[32] Grondrechten kunnen derhalve het doen en laten van overheden beperken. Zij kunnen het echter ook rechtvaardigen. De rechtspraak van het Hof van Justitie toont bijvoorbeeld dat fundamentele rechten kunnen worden

---

4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien, als algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht.'

29 *PbEG* 2000, C 364/01.

30 Zie o.a. de rechtspraak aangehaald in Lenaerts & Van Nuffel 2011, p. 833. Dat het Hof al vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon refereerde aan het Handvest is niet verwonderlijk: het bevat immers een verzameling van rechten en beginselen die reeds voortvloeien uit (o.a.) de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten, internationale verdragen (zoals het EVRM en het Europees Sociaal Handvest), en de eerdere rechtspraak van het Hof.

31 Art. 6 VEU verklaart bovendien dat de Unie toetreedt tot het EVRM (lid 2) en dat de grondrechten – zoals zij worden gewaarborgd door het EVRM en/of voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben – deel uitmaken van de algemene beginselen van Unierecht (lid 3). Aldus onderstreept het de grote importantie van grondrechtenbescherming in de Unie.

32 Art. 51 lid 1 Handvest verklaart dat zijn bepalingen slechts dan tot de lidstaten zijn gericht wanneer zij het recht van de Unie *ten uitvoer brengen*. Uit HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, *NJ* 2013/348, m.nt. M.R. Mok (Åkerberg Fransson), blijkt dat de door mij gecursiveerde woorden niet (te) strikt moeten worden opgevat. Onder verwijzing naar de (ruimer geformuleerde) toelichtingen bij art. 51 Handvest overweegt het Hof in r.o. 20 namelijk dat de verplichting tot eerbiediging van de in het kader van de Unie vastgestelde grondrechten geldt voor de lidstaten wanneer deze *optreden binnen het toepassingsgebied van het recht van de Unie*. Evenals de fundamentele rechten die als algemeen beginsel deel uitmaken van het Unierecht, zijn de in het Handvest neergelegde grondrechten dus van kracht in alle gevallen waarin het Unierecht toepasselijk is (en niet uitsluitend in de gevallen waarin een lidstaat (bijv.) een richtlijn implementeert of een verordening uitvoert). Vgl. Fierstra 2013, p. 199; Sarmiento 2013, p. 1277-1278. Zie voor een geval waarin het Handvest niet gold (omdat de bestreden Belgische winkelsluitingsregeling buiten het bereik van art. 34 en 35 VWEU viel, en haar gevolgen voor de vrijheid van dienstverrichting te onzeker en indirect waren om van een belemmering van die vrijheid te kunnen spreken) HvJ EU 8 mei 2014, C-483/12 (Pelckmans Turnhout).

ingeroepen ter rechtvaardiging van een handelen of nalaten in strijd met de vrijverkeerbepalingen.[33] In het belangrijke arrest *Schmidberger* (zie uitgebreid par. 9.5.1) oordeelde het Hof voor het eerst dat de bescherming van grondrechten een 'legitiem belang' vormt dat beperkingen van het vrije verkeer kan rechtvaardigen.[34] Een (nog) onbeantwoorde vraag is hoe deze rechtvaardigingsgrond moet worden gekwalificeerd. Het ontbreken van een verwijzing naar de verdragsuitzonderingen (art. 36 VWEU) en/of de *rule of reason*-excepties maakt aannemelijk dat de bescherming van grondrechten heeft te gelden als een ongeschreven uitzondering die óók kan worden ingeroepen ter rechtvaardiging van maatregelen die een onderscheid maken naar de nationaliteit van personen of naar de herkomst/bestemming van goederen, diensten en kapitaal.[35] Hoewel een dergelijke kwalificatie ook zonder meer de voorkeur verdient, plaatste het Hof in *Omega Spielhallen* (zie par. 9.5.2) de bescherming van grondrechten (in casu: de menselijke waardigheid) onder de geschreven openbare orde-exceptie.[36] En terwijl het in *Viking* het recht om collectieve actie te voeren bestempelde als een 'legitiem belang dat in beginsel een beperking van de (…) door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kan rechtvaardigen',[37] bracht het dit grondrecht uiteindelijk onder bij een al bestaande ongeschreven exceptie, te weten de bescherming van werknemers. Beide benaderingen acht ik onwenselijk, daar zij impliceren dat een fundamenteel recht slechts als rechtvaardiging kan dienen wanneer het binnen het bereik van een andere

33 Hiervan moet men onderscheiden de jurisprudentie waarin het Hof heeft bepaald dat de (on)geschreven rechtvaardigingsgronden in het licht van fundamentele rechten moeten worden uitgelegd. Zie daarover HvJ EG 18 juni 1991, C-260/89, *Jurispr.* 1991, p. I-2925 (ERT), r.o. 43; HvJ EG 26 juni 1997, C-368/95, *Jurispr.* 1997, p. I-3689 (Familiapress), r.o. 24; HvJ EU 30 april 2014, C-390/12, *NJ* 2014/354, m.nt. M.R. Mok (Pfleger).

34 HvJ EG 12 juni 2003, C-112/00, *Jurispr.* 2003, p. I-5659, *NJ* 2004/56 (Schmidberger), r.o. 74. Vgl. ook HvJ EG 14 februari 2008, C-244/06, *Jurispr.* 2008, p. I-505, *NJ* 2008/308 (Dynamic Medien).

35 Vgl. Brown 2003, p. 1503-1504; Bulterman & Kranenborg 2006, p. 95; De Vries 2013, p. 89.

36 HvJ EG 14 oktober 2004, C-36/02, *Jurispr.* 2004, p. I-9606, *NJ* 2005/295 (Omega Spielhallen), r.o. 32-34. Vgl. ook HvJ EU 22 december 2010, C-208/09, *Jurispr.* 2010, p. I-13693, *NJ* 2011/119, m.nt. M.R. Mok (Sayn-Wittgenstein). Oliver & Roth 2004, p. 439, merkten al eerder op dat 'the protection of fundamental rights must rank as one of the "fundamental interests of society "and can thus be regarded as a matter of public policy'.

37 HvJ EG 11 december 2007, C-438/05, *Jurispr.* 2007, p. I-10779, *NJ* 2008/149, m.nt. M.R. Mok (Viking), r.o. 77.

(on)geschreven exceptie valt.[38] Omdat de vrijverkeerbepalingen en grondrechten dezelfde status hebben (primair Unierecht), ligt het m.i. voor de hand dat grondrechten kunnen fungeren als een zelfstandige exceptie ter rechtvaardiging van maatregelen met en zonder onderscheid c.q. discriminerende en niet-discriminerende maatregelen die het vrije verkeer van goederen, personen, diensten of kapitaal beperken.[39]

8.5 De evenredigheidstoets

131. Tussen het inroepen (als rechtvaardigingsgrond) van een op zichzelf rechtmatig belang en het honoreren van een (on)geschreven exceptie staat een onderzoek naar de *geschiktheid*, *noodzakelijkheid* en *redelijkheid* van de litigieuze maatregel.[40] Het eerste onderdeel van deze drieledige evenredigheidstoets (die in wezen een gestructureerde belangenafweging behelst)[41] heeft betrekking op de relatie tussen het middel en het doel: is de inbreukmakende maatregel daadwerkelijk geschikt (*suitable*, *geeignet*) om het nagestreefde belang te beschermen?[42] De tweede component van de evenredigheidstoets houdt een onderzoek in naar de noodzakelijkheid (*necessity*, *Erforderlichkeit*) van de betwiste maatregel: is hij onmisbaar in de zin dat er geen alternatief bestaat dat hetzelfde nuttig effect heeft ten aanzien van het gestelde doel, doch minder nadelig is voor het vrije verkeer

38 Vgl. de conclusie van A-G Trstenjak voor HvJ EU 15 juli 2010, C-271/08, *Jurispr.* 2010, p. I-7091 (Commissie/Duitsland), punt 183 e.v. De aanpak in *Viking* wekt bovendien de suggestie dat onderscheidmaatregelen (direct discriminerende maatregelen) niet (of niet altijd) gerechtvaardigd kunnen worden met een beroep op een (sociaal) grondrecht. Er bestaat immers nog geen algemene (jurisprudentie)regel op grond waarvan de *rule of reason*-excepties ook kunnen worden ingeroepen ter rechtvaardiging van zonderonderscheidmaatregelen (indirect discriminerende of non-discriminatoire maatregelen).

39 In dezelfde zin Asser/Hartkamp 3-I* 2011/64; De Vries 2013, p. 90.

40 Vgl. o.a. Van Gerven 1991, p. 76-77; De Búrca 1994, p. 113; Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 546; Körber 2004, p. 242; Van Gerven & Lierman 2010, nr. 211; Aronstein 2011, p. 817; Craig & De Búrca 2011, p. 526; De Vries 2013, p. 79-80.

41 De Búrca 1994, p. 146. Vgl. ook Van Gerven 1991, p. 76, die o.a. daarom liever spreekt van een *evenwichtigheids*toets.

42 Volgens Ahlfeld 1997, p. 239 '(entspricht) das Kriterium der Eignung einer konkret vorliegenden Maßnahme zur Erreichung des Schutzziels (…) einer Kausalitäts- oder Wahrscheinlichkeitsprüfung dahingehend, ob die Maßnahme die Geschehensabläufe überhaupt in die gewünschte Richtung bewegen kann. Zumindest muss eine potentielle Möglichkeit der positiven Beeinflussung der Geschehensablaufe bestehen'. Vgl. ook Jans 2000, p. 270-271; Körber 2004, p. 244-245; Groussot & Petursson 2012, p. 46. Zie voor een geval waarin een maatregel ongeschikt werd geacht om het nagestreefde belang te beschermen HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, *Jurispr.* 1995, p. I-5040, *NJ* 1996/637 (Bosman), uitgewerkt in par. 9.4).

van goederen, personen, diensten of kapitaal?[43] Het derde element – evenredigheid in strikte zin (*proportionality stricto sensu*, *Angemessenheit*) – eist ten slotte dat de door de maatregel teweeggebrachte belemmering van het vrije verkeer in redelijke verhouding staat tot het legitieme doel dat zij nastreeft. Daartoe dienen de betrokken partijbelangen tegen elkaar te worden afgewogen, en moet aan de hand van alle omstandigheden van het concrete geval worden nagegaan of een juist evenwicht tussen die belangen is geëerbiedigd. Een dergelijke belangenafweging treft men in de Europese rechtspraak zelden expliciet aan;[44] het Hof toetst meestal alleen of de nationale maatregel die in strijd is met een vrijverkeerbepaling geschikt en noodzakelijk is om het gestelde rechtmatige doel te verwezenlijken.[45]

8.6 Conclusie

132. Hiervoor schetste ik de hoofdlijnen van het stelsel van (on)geschreven rechtvaardigingsgronden. Aan bod kwamen respectievelijk i) de in het Verdrag opgesomde excepties, ii) de jurisprudentiële uitzonderingen, en iii) de rechtvaardigingsgrond gelegen in de bescherming van fundamentele rechten. Hun toepassingsbereik lijkt (nog) te verschillen: terwijl de eerste kunnen worden ingeroepen ter rechtvaardiging van maatregelen met én zonder onderscheid (c.q. discriminerende en niet-discriminerende maatregelen), zijn de uitzonderingen van de tweede categorie slechts van toepassing op zonderonderscheidmaatregelen (c.q. indirect discriminerende en niet-discriminerende maatregelen). Met betrekking tot de status van de rechtvaardigingsgrond die is gelegen in de bescherming van grondrechten is de rechtspraak niet eenduidig. Aannemelijk (en wenselijk) is echter dat zijn bereik overeenkomt met dat van de verdragsexcepties.

---

43 Dit vereiste bleek een struikelblok in o.a. HvJ EG 11 december 2007, C-438/05, *Jurispr.* 2007, p. I-10779, *NJ* 2008/149, m.nt. M.R. Mok (Viking). Zie par. 9.5.3.

44 Zie bijv. de hierna (in par. 9.5.1 resp. 9.5.4.1) te bespreken arresten HvJ EG 12 juni 2003, C-112/00, *Jurispr.* 2003, p. I-5659, *NJ* 2004/56 (Schmidberger), en HvJ EU 22 januari 2013, C-283/11 (Sky Österreich). Andere voorbeelden zijn HvJ EG 20 september 1988, 302/86, *Jurispr.* 1988, p. 4607, *NJ* 1990/557 (Commissie/Denemarken), r.o. 21, en HvJ EG 16 december 1992, C-169/91, *Jurispr.* 1992, p. I-6635 (Stoke-on-Trent), r.o. 15. Vgl. ook Craig & De Búrca 2011, p. 526: 'There has been some doubt whether stage three is part of the ECJ's proportionality inquiry. The reality is that the ECJ will consider part three when an applicant addresses an argument concerning this stage of the inquiry. It may not do so where no such specific argument has been raised, more especially where the case can be resolved at one of the earlier stages.'

45 De beoordeling van de evenredigheid in strikte zin kan dan evenwel besloten liggen in de noodzakelijkheidstoets, aldus Van Gerven & Lierman 2010, nr. 211; Craig & De Búrca 2011, p. 526.

HOOFDSTUK 9

RECHTVAARDIGINGSGRONDEN IN PRIVATE VERHOUDINGEN

9.1 Inleiding

133. Of het nu een stakende vakbond is die door een ondernemer (sorganisatie) wordt aangesproken tot schadevergoeding wegens schending van art. 34, 49 of 56 VWEU (vgl. nr. 6, 80 en 83), dan wel een vereniging/vennootschap die wordt geconfronteerd met een vordering tot nietigverklaring van een (reglements)voorschrift of (aandeelhouders)besluit dat in strijd is met art. 45 resp. 63 VWEU (vgl. nr. 57 en 124): een particulier die wegens schending van een direct horizontaal werkende[1] vrijverkeerbepaling in rechte wordt betrokken, moet zich op een passende rechtvaardigingsgrond kunnen beroepen. Hoewel menigeen in dit verband het beginsel van partijautonomie van stal zal willen halen, volstaat een beroep daarop niet als rechtvaardiging (par. 9.2). Maar wat dan wel? Een onderzoek naar de privaatrechtelijke potentie van de verdragsexcepties (par. 9.3), de *rule of reason*-uitzonderingen (par. 9.4) en de rechtvaardigingsgrond gelegen in de bescherming van fundamentele rechten (par. 9.5) moet resulteren in een antwoord op deze belangrijke vraag (par. 9.6).

9.2 Vrijverkeerbepalingen en partijautonomie

134. Het op 25 maart 1957 te Rome ondertekende EEG-Verdrag markeerde het startpunt van een continu (economisch) integratieproces tussen (destijds: zes) Europese staten. Zijn belangrijkste oogmerk was de instelling van een *gemeenschappelijke markt*,[2] een begrip dat zag op 'de afschaffing van alle belemmeringen van het intracommunautaire handelsverkeer teneinde de nationale markten te verenigen tot één enkele markt die de

1 Van directe horizontale werking is sprake wanneer een (vrijverkeer)bepaling naast rechten ook verplichtingen voor particulieren in het leven roept en aldus leidt tot het ontstaan, de wijziging of het tenietgaan van verbintenissen in hun onderlinge verhouding. Vgl. Asser/Hartkamp 3-I* 2011/42 (zie tevens hiervóór nr. 2 en 15).

2 Vgl. HvJ EG 5 februari 1963, 26/62, *Jurispr*. 1963, p. 5 (Van Gend & Loos).

omstandigheden van een *interne markt* zoveel mogelijk benadert.'[3] 's Hofs referte aan de 'interne markt' kwam vóór de verdragsrechtelijke introductie van het begrip; pas op 1 juli 1987 – de Europese Akte trad toen in werking – verscheen het in het EEG-Verdrag naast de 'gemeenschappelijke markt' ten tonele.[4] Sinds 1 december 2009 (de datum waarop het Verdrag van Lissabon in werking trad) geeft alleen de term 'interne markt' nog uitdrukking aan de Unierechtelijke integratiedoelstelling van marktintegratie.

De interne markt omvat een territoriale ruimte waarbinnen volledige mobiliteit van productiefactoren heerst.[5] Aldus stelt zij particulieren in staat om grensoverschrijdend arbeid en kapitaal in te zetten, goederen te (ver)kopen, en diensten te ontvangen of te verrichten.[6] De vereiste samensmelting van (anno 2014: achtentwintig) nationale markten tot één Europese markt voltrekt zich langs twee complementaire wegen. Enerzijds voorziet het VWEU in de mogelijkheid tot harmonisatie van het (publieken privaat)recht der lidstaten (*positieve* integratie),[7] anderzijds bevat het voorschriften die (publieke en/of private) belemmeringen van het interstatelijke economische verkeer verbieden (*negatieve* integratie). Van het laatste zijn de vrijverkeerbepalingen het belangrijkste voorbeeld: art. 34, 35, 45, 49, 56 en 63 VWEU dienen ter bevordering van de open markt en (dus) van een (economisch) klimaat waarin de autonomie van marktpartijen kan worden geoptimaliseerd.[8]

135. Een particulier die wordt gehinderd in de uitoefening van zijn recht op vrij verkeer kan zich voor de nationale rechter op de toepasselijke vrijverkeerbepaling beroepen. De oorsprong van de beperking – zo zagen we in Deel II – speelt daarbij geen rol (althans, zal in de toekomst wellicht

3 HvJ EG 5 mei 1982, 15/81, *Jurispr.* 1982, p. 1409 (Schul), r.o. 33. Cursivering toegevoegd.
4 Van Leuken 2014b, p. 316.
5 Vgl. art. 26 lid 2 VWEU. Marktintegratie, zo luidt de economische theorie, leidt tot een (meer) efficiënte allocatie van productiefactoren, en resulteert op deze wijze in een toename van het welvaartsniveau binnen de Unie. Zie Van Leuken 2014b, p. 317 en de daar aangehaalde literatuur.
6 Lenaerts & Van Nuffel 2011, p. 196.
7 Art. 114 en 115 VWEU (voorheen art. 95 en 94 EG) dienen als basis voor secundaire wetgeving (verordeningen, richtlijnen) ter harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten 'die de instelling en werking van de interne markt betreffen' (art. 114 VWEU) resp. 'welke rechtstreeks van invloed zijn op de instelling of de werking van de interne markt' (art. 115 VWEU). Zie Asser/Hartkamp 3-I* 2011/235 e.v. voor een overzicht van privaatrechtelijke richtlijnen die op deze verdragsbepalingen zijn gebaseerd.
8 Davies 2013, p. 55; Comparato & Micklitz 2013, p. 126-128.

niet langer een factor van betekenis zijn), omdat de verdragsvrijheden ook bindend (kunnen) zijn voor autonoom handelende particulieren. In de literatuur omtrent de directe horizontale werking van de vrijverkeerbepalingen benadrukt men doorgaans slechts het laatste, autonomie*beperkende* aspect. Gevolg is dat het beginsel van partijautonomie (impliciet) wordt verheven tot vertrekpunt van een bipolair juridisch debat waarin het als hoofdregel *tegenover* het Unierechtelijke beginsel van vrij verkeer (de uitzondering) wordt geplaatst. Deze benadering gaat echter niet alleen voorbij aan het primaire doel van de (directe horizontale werking van de) vrijverkeerbepalingen (het bevorderen van een klimaat waarin de individuele handelingsvrijheid kan worden gemaximaliseerd), zij sluit ook niet aan bij het geldende privaatrecht. Dat stelt namelijk niet één beginsel voorop, maar veronderstelt een evenwichtig samenspel van *naast* elkaar staande beginselen.[9] Ter illustratie een (voor privatisten bekend) voorbeeld.

136. Wat verklaart de gebondenheid van partijen aan een overeenkomst? Voor het antwoord op deze vraag zal men in eerste instantie te rade gaan bij art. 3:33 BW, dat uitdrukking geeft aan de theorie van de verklaarde wil en aldus het autonomiebeginsel concretiseert. De totstandkoming van een overeenkomst blijkt dan het resultaat te zijn van in elkaar grijpende wilsverklaringen. Nu kan zich de situatie voordoen dat de vrijelijk gevormde wil van één der partijen niet strookt met diens in vrijheid geuite verklaring. Op grond van de 'hoofdregel' van art. 3:33 BW komt er dan geen overeenkomst tot stand: partijautonomie (en, in haar verlengde, contractsvrijheid) veronderstelt immers dat men niet wordt gebonden aan iets dat men niet wil. De wederpartij die er gerechtvaardigd op heeft vertrouwd dat de tot hem gerichte verklaring overeenstemt met de wil van degene die haar heeft afgelegd, kan echter zijn toevlucht nemen tot de in art. 3:35 BW neergelegde 'uitzondering', met als gevolg dat de ander contractueel wordt gebonden zonder dat zijn wil daarop was gericht.

Hoewel het denken in hoofdregel en uitzondering vaak inherent is aan de systematiek van (privaatrechtelijke) wetgeving, vormt het een onvolmaakte methode van rechtsvinding.[10] De maatschappelijke realiteit is niet steeds te vangen door beginselen tegenover elkaar te plaatsen. Want vormt het vertrouwensbeginsel nu werkelijk een beperking van het autonomiebeginsel? Niet noodzakelijk. Het eerste kan men ook als een

9 Vgl. o.a. Asser/Scholten (Algemeen deel*) 1974, p. 62-63; Nieuwenhuis 1979, p. 3-5; Asser/Vranken (Algemeen deel**) 1995/139; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/40 e.v.

10 Sieburgh 2004, p. 21-22.

voorwaarde voor het laatste beschouwen: wordt gerechtvaardigd vertrouwen niet beschermd, dan belemmert dat de (contracts)vrijheid van degene die afging op het handelen van de in vrijheid opererende wederpartij. Welk beginsel men als 'hoofdregel' aanmerkt, hangt derhalve af van het gekozen gezichtspunt. De onpartijdige rechter zal het concrete geval echter oplossen door beide beginselen in onderling verband te beschouwen, met elkaar te confronteren en tegen elkaar af te wegen.[11]

Partijautonomie staat *naast* de bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen. Hun samenspel kan het bestaan van een bindende overeenkomst echter slechts gedeeltelijk verklaren. Ook andere beginselen leveren een bijdrage. Vele daarvan hebben (eveneens) betrekking op de relatie tussen de contractspartijen onderling.[12] Een overeenkomst is echter niet slechts een zaak van de partijen die haar sloten. Ook de (nationale of 'Europese') samenleving is betrokken: zij stelt hen immers in de gelegenheid om in vrijheid (grensoverschrijdend) te contracteren. Aantasting van haar uitgangspunten ondermijnt dus (uiteindelijk) ook de partijautonomie. Het naar zelfontplooiing strevende individu is derhalve gebonden aan de beginselen die aan die samenleving ten grondslag liggen. Zo bezien veronderstelt het bestaan van een bindende overeenkomst dat zij wat betreft inhoud en strekking valt binnen de voor een bepaalde sociale orde aanvaarde uitgangspunten die in het objectieve recht worden weerspiegeld.[13] Van gebondenheid aan een overeenkomst die in strijd is met fundamentele waarden van de samenleving kan geen sprake zijn. Art. 3:40 BW geeft uitdrukking aan deze gedachte: het verklaart een rechtshandeling (ver)nietig(baar) indien zij in strijd is met de wet, openbare orde of goede zeden. De mate waarin dit beginsel van maatschappelijke aanvaardbaarheid tegenwicht biedt aan de partijautonomie (en contractsvrijheid), is niet voor alle tijden dezelfde en hangt samen met de ontwikkelingen in de samenleving. In recente tijden heeft het onder invloed van de voortschrijdende Europese integratie aan belang gewonnen.[14] Steeds

11 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/40.

12 Het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid, bijvoorbeeld, fungeert als basis voor een normatieve beoordeling van de overeenkomst. Is sprake van ongelijkwaardigheid tussen partijen, dan compenseert het de bestaande dispariteit door de zwakkere (via dwingende rechtsnormen) in bescherming te nemen; de overeenkomst verliest zo wellicht haar gelding of krijgt een andere, meer billijke inhoud. Zie o.a. Zweigert & Kötz 1998, p. 327-333; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/42. Ter illustratie zij voorts nog genoemd het beginsel van trouw aan het gegeven woord (*pacta sunt servanda*), dat aan het sluiten van een overeenkomst het gevolg verbindt dat de daarin vastgelegde afspraken moeten worden nakomen. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/43.

13 Sieburgh 2004, p. 21-22; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/43.

14 Zie daarover Sieburgh 2009, p. 190-194.

vaker drukt het EU-recht zijn stempel op private rechtsverhoudingen. In hoofdstuk 3 zagen we bijvoorbeeld al welke privaatrechtelijke gevolgen overtreding van het kartelverbod (art. 101 VWEU) of van het verbod op misbruik van een economische machtspositie (art. 102 VWEU) kan hebben. Welnu, de (mogelijke) directe horizontale werking van de (fundamentele)[15] vrijverkeerbepalingen heeft tot gevolg dat particulieren ook deze verboden in hun onderlinge verhouding (zullen) dienen te respecteren.

137. Wat betekent het bovenstaande nu voor de relatie tussen de (direct horizontaal werkende) verdragsverboden en de (on)geschreven rechtvaardigingsgronden? Hoewel het Verdrag ze als hoofdregel resp. uitzondering formuleert, acht ik het weinig zinvol om vanuit deze structuur te zoeken naar een concrete oplossing. Die vindt men namelijk slechts door alle betrokken beginselen op te sporen en tegen elkaar af te wegen. Een beroep op het beginsel van partijautonomie zal een inbreuk op één van de verkeersvrijheden derhalve nooit *a priori* kunnen rechtvaardigen. Los daarvan zal het bovendien per geval moeten worden geconcretiseerd. Zou een beroep op het autonomiebeginsel namelijk volstaan als rechtvaardigingsgrond, dan zou daarmee iedere private beperking van het vrije verkeer verantwoord kunnen worden. Directe horizontale werking van de vrijverkeerbepalingen zou dan geen praktisch belang meer hebben.[16] In de volgende paragrafen onderzoek ik of en, zo ja, op welke wijze het stelsel van excepties handen en voeten kan geven aan de hierboven geschetste privaatrechtelijke benadering.

9.3 Verdragsexcepties: toepassing in privaatrechtelijke verhoudingen

138. Het gesloten systeem van verdragsrechtelijke excepties heeft particulieren weinig te bieden. Neem art. 36 en 45 lid 3 VWEU. Terwijl eerstgenoemde bepaling de gronden opsomt die 'verboden of beperkingen' van invoer, uitvoer of doorvoer van goederen kunnen rechtvaardigen, erkent de tweede dat 'beperkingen' uit hoofde van de openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid gerechtvaardigd kunnen zijn. De algemene, neutrale formulering van art. 36 en 45 lid 3 VWEU biedt particulieren de mogelijkheid om zich op de daarin vervatte excepties te

15 Vgl. Oliver & Roth 2004, p. 407-411.
16 Aldus ook Sieburgh 2013a, p. 243.

beroepen. Twee arresten – beide over art. 45 VWEU – bevestigen deze zienswijze. In *Bosman* (zie par. 5.3.1) betoogde de Europese voetbalbond dat de toekenning van directe horizontale werking aan art. 45 VWEU tot gevolg heeft dat het 'strenger is voor particulieren dan voor de lidstaten, daar alleen deze laatste zich kunnen beroepen op beperkingen die gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid'.[17] Het Hof reageerde als volgt:

> '86 Dit betoog berust op een onjuiste premisse. Niets belet de particulieren immers de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid als rechtvaardigingsgrond aan te voeren. Of de betrokken regeling van publiekrechtelijke dan wel van privaatrechtelijke aard is, heeft immers geen enkel gevolg voor de draagwijdte of de inhoud van die rechtvaardigingsgronden.'[18]

Enige jaren later, in het arrest *Clean Car*,[19] herhaalde het Hof zijn standpunt. Onder verwijzing naar bovengenoemde passage overwoog het in r.o. 24

> 'dat op de in artikel 48, lid 3, van het Verdrag [thans art. 45 lid 3 VWEU; *RvL*] bedoelde rechtvaardigingsgronden uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid niet enkel door de lidstaten een beroep kan worden gedaan ter rechtvaardiging van beperkingen op het vrije verkeer van werknemers, die voortvloeien uit hun wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen, maar ook door particulieren, ter rechtvaardiging van dergelijke beperkingen voortvloeiend uit overeenkomsten en andere rechtshandelingen van privaatrechtelijke aard. (…).'

Ik lees in beide overwegingen echter niet meer dan een erkenning van de *theoretische* mogelijkheid voor particulieren om art. 45 lid 3 VWEU in te roepen ter rechtvaardiging van een inbreuk op het vrije werknemersverkeer. Het Hof rept met geen woord over de beperkte *praktische* mogelijkheden die het hun verschaft. Weliswaar is het niet uitgesloten dat een particulier een (rechts)handeling verricht ter bescherming van een algemeen belang (openbare orde, openbare veiligheid, volksgezondheid), maar hij zal doorgaans handelen in het eigen, individuele (economische) belang. Een beroep op art. 45 lid 3 VWEU zal hem dan ook zelden baten.[20] Omdat op privaatrechtelijke verhoudingen afgestemde verdragsexcepties

17 HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, *Jurispr.* 1995, p. I-5040, *NJ* 1996/637 (Bosman), r.o. 85.
18 Zie ook HvJ EU 28 juni 2012, C-172/11, *NJ* 2012/544 (Erny), r.o. 48.
19 HvJ EG 7 mei 1998, C-350/96, *Jurispr.* 1998, p. I-2521, *NJ* 1999/264 (Clean Car).
20 Vgl. Asser/Hartkamp 3-I* 2011/66.

ontbreken, is het verbod op direct discriminerende beperkingen van het werknemersverkeer *de facto* dus strenger voor particulieren dan voor lidstaten. Voor art. 36 VWEU en het verbod op in- en uitvoerbeperkende onderscheidmaatregelen (art. 34 resp. 35 VWEU) geldt hetzelfde.[21]

Dan art. 52 lid 1 en 65 VWEU. Het eerste bepaalt dat de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging en het vrije dienstenverkeer niet afdoen aan de toepasselijkheid van 'wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen' die uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid gerechtvaardigd zijn. En het tweede verklaart dat de vrijheid van kapitaal- en betalingsverkeer geen afbreuk doet aan 'het recht van de lidstaten' om maatregelen te nemen die hun rechtvaardiging vinden in de openbare orde of openbare veiligheid. Volgens sommige auteurs zou uit deze bewoordingen blijken dat particulieren zich niet kunnen beroepen op de in art. 52 lid 1 en 65 VWEU neergelegde rechtvaardigingsgronden.[22] Die opvatting is onjuist: uit de tekst van beide voorschriften volgt niet dat zij *uitsluitend* door de lidstaten kunnen worden ingeroepen. Probleem is hier echter (wederom) dat deze (op het algemeen belang gebaseerde) geschreven excepties particulieren in de praktijk weinig soelaas bieden, waardoor de discriminatieverboden van art. 49 en 56 VWEU feitelijk strenger zijn voor particulieren dan voor de lidstaten (althans, voor zover zij zich verzetten tegen directe discriminerende (rechts)handelingen).

Bij het voorgaande past één kanttekening. In het arrest *Omega Spielhallen* (te bespreken in par. 9.5.2) plaatste het Hof de bescherming van fundamentele rechten onder de geschreven openbare orde-exceptie (van art. 52 lid 1 VWEU).[23] Dat biedt particulieren enig perspectief: verschillende grondrechten kunnen namelijk in verband worden gebracht met argumenten die in het privaatrecht van belang zijn (zie hierna par. 9.5). Hoopgevend is evenwel niet dat de openbare orde-exceptie naar vaste rechtspraak (zie nr. 127) alleen kan worden aangevoerd indien

21 Een algemene jurisprudentieregel, op grond waarvan direct discriminerende (onderscheid makende) handelingen óók gerechtvaardigd kunnen zijn ter bescherming van belangen die niet (expliciet) in het Verdrag worden genoemd (*rule of reason*-uitzonderingen, grondrechtenexceptie), zou aan deze ongewenste situatie een einde kunnen maken. Vgl. hierna par. 9.4 en 9.5.

22 Jaensch 1997, p. 124; Ganten 2000, p. 169; Löwisch 2009, p. 141-142.

23 Zie ook HvJ EU 22 december 2010, C-208/09, *Jurispr.* 2010, p. I-13693, *NJ* 2011/119, m.nt. M.R. Mok (Sayn-Wittgenstein).

sprake is van 'een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging, die een fundamenteel belang van de samenleving aantast'.[24]

9.4 *Rule of reason*-excepties: toepassing in privaatrechtelijke verhoudingen

139. Dat particulieren (ook) een beroep kunnen doen op ongeschreven excepties staat buiten kijf. Neem het in par. 5.3.1 besproken arrest *Bosman*,[25] waarin het Hof van Justitie oordeelde dat de transferregels van de nationale en Europese voetbalbond een (in beginsel) verboden beperking van het vrije verkeer van werknemers vormden.[26] Teneinde deze regels te sauveren, voerden de KBVB en de UEFA aan dat zij hun rechtvaardiging vonden in het streven naar (een zekere mate van) financieel en sportief evenwicht tussen voetbalclubs. Het systeem van transfervergoedingen zou namelijk leiden tot een (her)verdeling van een belangrijke bron van inkomsten, en zo de concurrentie tussen clubs in stand houden. De litigieuze regels zouden bovendien gerechtvaardigd zijn omdat de transfersommen uitsluitend een vergoeding voor de opleidingskosten behelsden. Daardoor zouden zij clubs aanmoedigen om talentvolle voetballers te scouten en op te leiden. Onder expliciete verwijzing naar het grote maatschappelijke belang van sport (en voetbal in het bijzonder) erkende het Hof dat zowel de handhaving van een financieel en sportief evenwicht tussen de clubs als het bevorderen van de opleiding en indienstneming van jonge spelers een rechtmatige doelstelling vormt die een beperking van het vrije verkeer van werknemers kan rechtvaardigen.[27] Wat volgde

24 Jans 2005, p. 185-186, merkt echter (terecht) op dat het Hof in *Omega Spielhallen* eerst met de mond belijdt dat uitzonderingen op de vrijheid van dienstverrichting strikt moeten worden geïnterpreteerd, doch vervolgens de lidstaten een ruime beoordelingsruimte verschaft bij de bescherming van het fundamentele recht in kwestie (vgl. r.o. 37-39). Zie ook Van der Gronden & De Waele 2013, p. 190-191.

25 HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, *Jurispr.* 1995, p. I-5040, *NJ* 1996/637 (Bosman).

26 Deze regels bepaalden – kort gezegd – dat een beroepsvoetballer (Bosman) wiens arbeidsovereenkomst met de oude werkgever (Club Luik) is geëindigd, pas voor een in een andere lidstaat gevestigde club (US Duinkerken) mag uitkomen na betaling door laatstgenoemde van een transfervergoeding aan de voormalige werkgever.

27 HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, *Jurispr.* 1995, p. I-5040, *NJ* 1996/637 (Bosman), r.o. 106. Körber 2004, p. 235, wijst op het economische karakter van de eerste exceptie, maar voegt onmiddellijk toe dat 'dem *Bosman*-Fall eine private Handelsbehinderung zugrunde lag. Eine Berücksichtigung wirtschaftlicher Interessen war daher in diesem Fall geradezu geboten, nicht *obwohl*, sondern *weil* der Binnenmarkt auf privater wirtschaftlicher Initiative beruht (…).'

was een evenredigheidstoets waarvan de eerste horde onneembaar bleek. Het Hof achtte de transferregels ongeschikt om een financieel en sportief evenwicht tussen de clubs te verzekeren, omdat zij niet beletten dat 'de rijkste clubs de beste spelers in dienst nemen, noch dat de beschikbare geldmiddelen een beslissend element zijn in de sportcompetitie'.[28] En deze private regels vormden in zijn optiek evenmin een geschikt middel om het tweede doel (het stimuleren van de opleiding en indienstneming van jonge spelers) te verwezenlijken, daar de transfervergoedingen werden gekenmerkt door onzekerheid en volledig losstonden van de reële opleidingskosten.[29] De conclusie luidde dan ook dat art. 45 VWEU 'zich verzet tegen de toepassing van door sportverenigingen vastgestelde regels, volgens welke een beroepsvoetballer die onderdaan is van een Lid-Staat, bij het verstrijken van het contract dat hem aan een club bindt, door een club in een andere Lid-Staat slechts in dienst kan worden genomen, indien deze club aan de club van herkomst een transfer-, opleidings- of promotievergoeding heeft betaald.'[30]

Een vergelijkbare casus vindt men in het arrest *Bernard* (behandeld in par. 5.3.7).[31] Voorwerp van deze prejudiciële procedure was het *Charte du football professionnel* van de Franse voetbalbond dat een beloftespeler op straffe van schadevergoeding verplichtte zijn eerste profcontract te sluiten met de club die hem heeft opgeleid. Het Hof constateerde dat deze collectieve regeling een jeugdig talent ervan zou kunnen weerhouden om een overeenkomst als profvoetballer te sluiten met een club uit een andere lidstaat, en merkte haar om die reden aan als een beperking van het vrije verkeer van werknemers. Met referte aan het arrest *Bosman* erkende het echter 'dat gezien het grote maatschappelijke belang van

---

28 HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, *Jurispr.* 1995, p. I-5040, *NJ* 1996/637 (Bosman), r.o. 107. Vgl. ook de conclusie van A-G Lenz, punt 224 en 225.

29 HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, *Jurispr.* 1995, p. I-5040, *NJ* 1996/637 (Bosman), r.o. 109. Vgl. ook de conclusie van A-G Lenz, punt 224-225. Overigens merkte het Hof in r.o. 110 van zijn arrest ook nog op dat beide doelstellingen 'op zijn minst even doeltreffend worden verwezenlijkt met andere middelen, die het vrije verkeer van werknemers niet belemmeren'. De A-G identificeerde in punt 226 van zijn conclusie twee alternatieven: *'In de eerste plaats zou het mogelijk zijn in een collectieve arbeidsovereenkomst bepaalde limieten te stellen aan de door de clubs aan de spelers te betalen salarissen. (…) In de tweede plaats zou het denkbaar zijn, de inkomsten van de clubs onderling te verdelen.'*

30 HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, *Jurispr.* 1995, p. I-5040, *NJ* 1996/637 (Bosman), r.o. 114. Omdat Bosman en de KBVB een akkoord bereikten over de betaling van een schikkingsbedrag van ongeveer 16.000.000 BEF (circa € 400.000), hoefde de Belgische rechter nadien geen uitspraak te doen over de door de (ex-)voetballer geëiste schadevergoeding. Zie het bericht getiteld 'Akkoord tussen voetbalbond in België en Bosman' in *de Volkskrant* 23 december 1998.

31 HvJ EU 16 maart 2010, C-325/08, *Jurispr.* 2010, p. I-2177, *NJ* 2010/348 (Bernard).

sport en inzonderheid van voetbal in de Unie (…) de aanmoediging van de indienstneming en opleiding van jonge spelers een legitieme doelstelling is' die een inbreuk op art. 45 VWEU in beginsel rechtvaardigt.[32] De litigieuze maatregel strandde echter op het tweede vereiste van de evenredigheidstoets: het vooruitzicht om *schade*vergoeding (niet zijnde een *opleidings*vergoeding) te ontvangen ging volgens het Hof verder dan noodzakelijk om de indienstneming en opleiding van jonge spelers te stimuleren en/of te financieren.[33]

Bosman en *Bernard* tonen's Hofs bereidheid om bepaalde, door particulieren opgeworpen belangen toe te voegen aan zijn bestaande catalogus van ongeschreven rechtvaardigingsgronden. Hetzelfde geldt voor de arresten *Lehtonen* (het regelmatig verloop van sportwedstrijden),[34] *Wouters* (de deontologie van de advocatuur),[35] *Viking* en *Laval*

32 *Ibid.*, r.o. 39. Zie ook de conclusie van A-G Sharpston, punt 47-48. Van den Bogaert 2010, p. 268, wijst erop dat 'de Nederlandse regering (…) in haar schriftelijke opmerkingen (had aangegeven) dat deze zaak eigenlijk draaide om de algemene problematiek van werkgevers die weliswaar bereid zijn om in de opleiding van werknemers te investeren, maar er dan ook niet op zitten te wachten dat die werknemers er na verloop van tijd met de verworven vaardigheden vandoor gaan en deze ten dienste stellen van een concurrerende werkgever.' Omdat de Nederlandse regering vervolgens echter niet aanwezig was bij de Luxemburgse hoorzitting, en ook andere partijen nalieten op dit punt in te gaan, beperkte het Hof zijn uitspraak tot de specifieke context van het onderhavige geval. Met voornoemde auteur zie ik evenwel geen reden om de toepassing van de in *Bosman* en *Bernard* geformuleerde exceptie tot de sportsector te beperken; concurrentie om (jonge) werknemers zien we immers ook in andere economische sectoren (vgl. nr. 103).

33 HvJ EU 16 maart 2010, C-325/08, *Jurispr.* 2010, p. I-2177, *NJ* 2010/348 (Bernard), r.o. 46-48. De schadevergoeding werd namelijk niet berekend in verhouding tot de door de opleidingsclub gedragen opleidingskosten, maar aan de hand van de totale door deze club geleden schade (op grond van criteria die niet op voorhand vastlagen). De (op schending van het *Charte* gebaseerde) vordering tot schadevergoeding werd uiteindelijk dan ook afgewezen door de Franse cassatierechter. Zie Cour de Cassation, chambre social, 6 oktober 2010, N° 07-42023: 'Et attendu que l'article 23 de la charte du football professionnel interdit au joueur espoir de conclure un contrat de travail avec un autre club que celui qui l'a formé, sans prévoir la possibilité de se libérer de cette obligation par le versement d'une indemnité dont le montant soit en rapport avec le coût de la formation dispensée et fixée au moment de la signature de son contrat de formation; Que le joueur "espoir" est ainsi exposé à une demande de dommages et intérêts de son club formateur dont le montant est susceptible de le dissuader d'exercer son droit à la libre circulation et qui constitue une entrave à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union en vertu de l'article 45 TFUE; D'où il résulte que l'application de cette disposition conventionnelle doit être écartée et que le moyen n'est pas fondé.'

34 HvJ EG 13 april 2000, C-176/96, *Jurispr.* 2000, p. I-2681, *NJ* 2000/543 (Lehtonen), reeds besproken in par. 5.3.3.

35 HvJ EG 19 februari 2002, C-309/99, *Jurispr.* 2002, p. I-1577, *NJ* 2002/425 (Wouters), hiervóór behandeld in par. 5.3.4.

(bescherming van werknemers).[36] Van een wezenlijke uitbreiding in privaatrechtelijke richting is evenwel nog geen sprake.

9.5 Exceptie gelegen in de bescherming van grondrechten: toepassing in privaatrechtelijke verhoudingen

140. De op het algemeen belang georiënteerde verdrags- en *rule of reason*-uitzonderingen bieden geen maatwerk voor particulieren, daar zij onvoldoende oog hebben voor de individuele belangen die ten grondslag liggen aan private rechtsverhoudingen. Zulks kan echter niet worden gezegd van de exceptie die is gelegen in de bescherming van fundamentele rechten.[37] Weliswaar zijn ook (de in algemene rechtsbeginselen en/of het Handvest vervatte) grondrechten primair gericht op (de bescherming van) algemene belangen, doch zij bezitten voldoende 'privaatrechtelijke' flexibiliteit om (in aangepaste vorm) uitwerking te hebben in zuiver individuele belangen.

141. Dat grondrechten *als algemene beginselen van Unierecht* reeds *indirect* kunnen doorwerken in rechtsverhoudingen tussen particulieren blijkt (o.a.) uit de arresten *Mangold* en *Kücükdeveci*.[38] In beide gevallen werd in een procedure tussen private partijen (met succes) betoogd dat een nationale rechtsregel in strijd was met het Unierechtelijke beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd.[39] Dat ook in het *Handvest* neergelegde grondrechten van invloed kunnen zijn op particuliere rechtsrelaties volgt uit het arrest *Association de médiation sociale*.[40] Aan de orde

36 HvJ EG 11 december 2007, C-438/05, *Jurispr.* 2007, p. I-10779, *NJ* 2008/149, m.nt. M.R. Mok (Viking); HvJ EG 18 december 2007, C-341/05, *Jurispr.* 2007, p. I-11767, *NJ* 2008/150, m.nt. M.R. Mok (Laval). Zie par. 5.3.5 en 5.3.6. In beide arresten werd het (grond)recht op collectieve acties ondergebracht bij deze reeds erkende *rule of reason*-uitzondering.

37 Het betreft m.i. een *zelfstandige* exceptie die kan worden ingeroepen ter rechtvaardiging van discriminerende en niet-discriminerende maatregelen (maatregelen met en zonder onderscheid) die het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal beperken. Zie nr. 130.

38 HvJ EU 22 november 2005, C-144/04, *Jurispr.* 2005, p. I-9981, *NJ* 2006/227, m.nt. M.R. Mok (Mangold); HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07, *NJ* 2010/256, m.nt. M.R. Mok (Kücükdeveci).

39 Zie over deze rechtspraak Sieburgh 2014b, nr. 13-18.

40 HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12, *RvdW* 2014/457 (Association de médiation sociale).

was o.a. de vraag of art. 27 Handvest (recht op voorlichting en raadpleging van de werknemers binnen de onderneming) in een procedure tussen particulieren kon worden ingeroepen ten betoge dat een nationaal voorschrift daarmee in strijd was en (dus) buiten toepassing moest blijven. Hoewel het Hof ontkennend antwoordde (omdat art. 27 Handvest, anders dan het non-discriminatiebeginsel dat in *Mangold* en *Kücükdeveci* centraal stond, naar zijn mening onvoldoende nauwkeurig is en nadere uitwerking behoeft), impliceert het arrest dat een direct werkende Handvestbepaling (ook) in een procedure tussen particulieren kan worden aangevoerd ter beoordeling van de rechtmatigheid van een nationale regeling.[41] Nog niet beslist is of (in algemene beginselen en/of het Handvast tot uitdrukking komende) grondrechten *rechtstreeks* kunnen worden toegepast op (rechts)handelingen van particulieren. Sommige auteurs menen van niet; uit de bewoordingen van art. 51 lid 1 Handvest ('De bepalingen van dit Handvest zijn gericht aan de instellingen (…) van de Unie (…) alsmede (…) aan de lidstaten') leiden zij a contrario af dat de daarin vervatte grondrechten niet aan particulieren zijn gericht.[42] Ik deel die opvatting niet: de bepaling betreft de (constitutionele) kwestie wanneer de Unie-instellingen en de lidstaten aan het Handvest zijn gebonden, en zegt dus niets over de vraag of het particulieren rechtstreeks kan binden.[43]

142. Hierna, in de paragrafen 9.5.1 tot en met 9.5.4, zal aan de hand van verschillende casus worden geïllustreerd dat in het arsenaal van (al dan niet) gecodificeerde grondrechten privaatrechtelijke argumenten besloten liggen die een particulier kan benutten om de verplichtingen die voor hem voortvloeien uit een (direct horizontaal werkende) vrijverkeerbepaling te

41 De Mol 2014, p. 247-248; De Waele 2014, p. 161; Sieburgh 2015c, par. 2.2.

42 Zie bijv. Leczykiewicz 2013, p. 485-486; De Mol 2014, p. 221. Vgl. ook de conclusie van A-G Trstenjak (punt 80 en 83) voor HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, *NJ* 2012/154, m.nt. M.R. Mok (Dominguez).

43 Aldus ook o.a. A-G Cruz Villalón in zijn conclusie (punt 28 e.v.) voor HvJ EU 15 januari 2015, C-176/12, *RvdW* 2014/457 (Association de médiation sociale); Hartkamp 2014d, onder 3.1. Interessant in dit verband is de observatie van Sieburgh 2014c, par. 1 en 4.2, dat 'aan het aanvaarden van het mechanisme van directe horizontale werking voor bijvoorbeeld de Unierechtelijke verkeersvrijheden onlosmakelijk (is) verbonden dat ook voor grondrechten de mogelijkheid van directe horizontale werking moet worden aanvaard'. Naar haar mening dient het in een privaatrechtelijke verhouding namelijk mogelijk te zijn een grondrechtelijk argument in te brengen tegen een beroep op een direct horizontaal werkende bepaling van Unierecht. En omdat de rechtvaardigingsgrond 'wat betreft doorwerkingsmechanisme gelijke tred moet houden met het recht waarvan de beperking voor rechtvaardiging vatbaar moet zijn', zal de regel waarop de rechtvaardiging teruggaat dus eveneens directe horizontale werking moeten bezitten.

construeren of aan te passen op een wijze die recht doet aan het specifieke karakter van de private rechtsverhouding.

9.5.1 Casus 1: vrij verkeer van goederen versus vrijheid van meningsuiting en vergadering (arrest: Schmidberger)

143. Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge (hierna: Schmidberger) is een in Duitsland gevestigde onderneming wier voornaamste activiteit bestaat in het wegvervoer van goederen (staal, hout) van en naar Italië. Het genoemde transport geschiedt hoofdzakelijk via de Brennerpas. Aan de Oostenrijkse zijde van deze doorgang vindt medio 1998 een samenkomst plaats van Transitforum Austria Tirol. Deze vereniging, die de bescherming van het leefmilieu in het Alpengebied nastreeft, legt het verkeer op de autoweg ruim een etmaal (van vrijdag 12 juni, 9.00u tot zaterdag 13 juni, 15.30u) stil. Het voornemen daartoe was reeds op 15 mei kenbaar gemaakt aan de nationale autoriteiten; deze zagen echter geen aanleiding om de samenkomst te verbieden. Op dezelfde dag verstrekte de vereniging ook informatie aan de Duitse, Oostenrijke en Italiaanse media waarin werd gewaarschuwd voor de op handen zijnde blokkade; de Brenner-autoweg kon in de betreffende periode maar beter worden gemeden.

Schmidberger stelt in een procedure bij het Landsgericht Innsbruck dat zij ten gevolge van de wegversperring schade heeft geleden, omdat vijf van haar vrachtwagens gedurende enkele dagen geen gebruik hebben kunnen maken van de Brennerroute.[44] Het is echter niet de *milieuorganisatie* maar de *Oostenrijkse staat* die in rechte tot schadevergoeding wordt aangesproken. Door de bijeenkomst niet te verbieden zou laatstgenoemde namelijk inbreuk hebben gemaakt op Schmidberger's recht op vrij verkeer van goederen. De autoriteiten menen echter dat zij in het onderhavige geval terecht het aan Transitforum Austria Tirol toekomende recht van vrije meningsuiting (art. 10 EVRM) en het recht van vergadering (art. 11 EVRM) hebben laten prevaleren. De kwestie wordt voor een prejudiciële beslissing naar Luxemburg verwezen.

Het vrije verkeer van goederen vormt een fundamenteel beginsel van Unierecht dat wordt uitgewerkt in art. 34 en 35 VWEU.[45] In

---

44 De gestelde schade vloeit volgens Schmidberger voort uit i) de stilstand van haar vrachtwagens, ii) de vaste kosten voor de bestuurders, en iii) de winstderving ten gevolge van prijsverminderingen die het wegens aanzienlijke vertraging in (of niet-uitvoering van) het transport aan klanten heeft moeten toestaan.

45 HvJ EG 12 juni 2003, C-112/00, *Jurispr.* 2003, p. I-5659, *NJ* 2004/56 (Schmidberger), r.o. 51-54.

Dassonville, zo overweegt het Hof in r.o. 56 van zijn arrest, werd reeds duidelijk dat deze bepalingen 'de afschaffing beogen van alle al dan niet rechtstreekse, daadwerkelijke of potentiële belemmeringen van de handelsstromen in het intracommunautaire handelsverkeer'. Uit het recentere *Commissie/Frankrijk ('Spaanse aardbeien')* volgt bovendien dat art. 34 en 35 VWEU, in samenhang gelezen met het in art. 4 lid 3 VEU neergelegde beginsel van loyale samenwerking, lidstaten ook verplicht om alle noodzakelijke en passende maatregelen te treffen om de eerbiediging van die fundamentele vrijheid op hun grondgebied te verzekeren, teneinde elke belemmering te beletten die te wijten is aan handelingen van particulieren.[46] Deze rechtspraak brengt het Hof in het onderhavige geval tot de tussenconclusie dat 'het besluit van de bevoegde autoriteiten (…) om een samenkomst die een belangrijke verbindingsweg zoals de Brenner-autoweg gedurende bijna 30 uur zonder onderbreking heeft geblokkeerd, niet te verbieden, de (…) handel in goederen (tussen lidstaten) heeft beperkt en bijgevolg moet worden beschouwd als een maatregel van gelijke werking (…)', die in beginsel in strijd is met de gemelde verdragsbepalingen.[47]

144. Wat resteert is de zoektocht naar een rechtvaardigingsgrond. Ontkennend luidt het antwoord op de vraag van de nationale rechter of de doelstelling van de samenkomst de geconstateerde inbreuk kan rechtvaardigen. Hoewel het Hof erkent dat 'de bescherming van het milieu en de volksgezondheid (…) in bepaalde omstandigheden een legitieme doelstelling van algemeen belang (kan) vormen die een beperking van de door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden, waaronder het vrij verkeer van goederen, rechtvaardigt', oordeelt het dat de specifieke doelstellingen van genoemde samenkomst als zodanig niet doorslaggevend zijn in de context van de onderhavige vordering, die immers beoogt een lidstaat aansprakelijk te stellen omdat hij een belemmering van het verkeer op de Brenner-autoweg niet heeft verhinderd.[48] Naar de mening van het Hof behoeft daarom slechts rekening gehouden te worden met het doel dat de nationale autoriteiten voor ogen stond bij het verlenen van toestemming voor de samenkomst: de bescherming van de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van vergadering.[49]

46 *Ibid.*, r.o. 57-60.
47 *Ibid.*, r.o. 64.
48 *Ibid.*, r.o. 66.
49 *Ibid.*, r.o. 68. Uit de woorden van het Hof mag men echter niet afleiden dat het geen belang hecht aan het doel van de samenkomst. In het kader van de evenredigheidstoets slaat het daar immers wel degelijk acht op: zie r.o. 86 (kennelijk over het hoofd gezien door Brown 2003, p. 1503-1504).

De Unie eerbiedigt de grondrechten zoals die voortvloeien uit het EVRM, de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten, en de algemene beginselen van Unierecht.[50] Zij staat derhalve geen maatregelen toe die in strijd zijn met de aldus erkende rechten van de mens.[51] En omdat zowel de Unie als de lidstaten gehouden zijn deze grondrechten te respecteren, vormt hun bescherming volgens het Hof een legitiem belang, dat in beginsel zelfs een rechtvaardiging kan vormen voor een beperking van een door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheid (in casu: het vrije verkeer van goederen).[52] In deze zaak rijst daarom de vraag 'wat de draagwijdte is van de door de artikelen 10 en 11 van het EVRM gewaarborgde vrijheden van meningsuiting en vergadering, respectievelijk van het vrije verkeer van goederen, wanneer eerstgenoemde vrijheden worden aangevoerd ter rechtvaardiging van een beperking op laatstgenoemd beginsel'.[53] Dienaangaande stelt het Hof in r.o. 78 tot en met 80 vast dat noch het recht op vrij verkeer van goederen, noch het recht op vrije meningsuiting en vergadering een absoluut karakter draagt; beide kunnen in bepaalde omstandigheden aan beperkingen worden onderworpen.

> 'In die omstandigheid moeten de betrokken belangen tegen elkaar worden afgewogen en moet aan de hand van alle omstandigheden van elk afzonderlijk geval worden nagegaan of een juist evenwicht tussen die belangen is geëerbiedigd.'[54]

Hoewel de bevoegde autoriteiten daarbij beschikken over een ruime beoordelingsruimte, moet niettemin worden nagegaan of de beperking van het vrije goederenverkeer evenredig is aan de nagestreefde legitieme doelstelling (hier: de bescherming van grondrechten). Het – in dit concrete geval – positieve oordeel berust in belangrijke mate op een vergelijking van de thans voorliggende omstandigheden met die van het in nr. 17 (kort) besproken arrest *Commissie/Frankrijk*. Zij blijken aanzienlijk te verschillen. Om te beginnen heeft de samenkomst in *Schmidberger* plaatsgevonden na een op basis van het nationale recht ingediend verzoek om toestemming en nadat de bevoegde autoriteiten hadden besloten deze niet te verbieden.[55] De daaruit voortvloeiende beperking van het vrije

50 *Ibid.*, r.o. 72.
51 *Ibid.*, r.o. 73.
52 *Ibid.*, r.o. 74.
53 *Ibid.*, r.o. 77.
54 *Ibid.*, r.o. 81.
55 *Ibid.*, r.o. 84.

goederenverkeer is bovendien van geringere temporele en geografische omvang dan de onlusten in *Commissie/Frankrijk*.[56] Een derde belangrijk verschil is dat in het onderhavige geval vaststaat dat particulieren hun grondrechten hebben uitgeoefend door deel te nemen aan een betoging die, en dat wordt evenmin betwist, niet tot doel had het verkeer van goederen van welbepaalde aard of herkomst te belemmeren.[57] Voorts memoreert het Hof het feit dat de bevoegde autoriteiten in casu diverse maatregelen hebben getroffen om de verstoring van het wegverkeer zoveel mogelijk te beperken.[58] Een vijfde en laatste punt van onderscheid is dat de samenkomst van Transitforum Austria Tirol geen algemeen klimaat van onveiligheid heeft teweeggebracht dat schadelijk zou zijn geweest voor het gehele handelsverkeer tussen de lidstaten.[59] Ter afronding van zijn analyse legt het Hof dan nog uit waarom de nagestreefde doelstelling (bescherming van de vrijheid van meningsuiting en vergadering) niet kon worden bereikt door maatregelen die het vrije goederenverkeer minder zouden hebben beperkt.[60] Gegeven de ruime beoordelingsmarge waarover lidstaten beschikken, mochten de bevoegde autoriteiten in de omstandigheden van dit concrete geval van oordeel zijn dat een verbod van de betoging 'een ontoelaatbare inmenging zou zijn geweest in de grondrechten van de betogers om te vergaderen en in het openbaar vreedzaam hun mening te verkondingen'.[61] En ook de oplegging van striktere voorwaarden met betrekking tot de plaats en/of duur van de samenkomst had men volgens het Hof kunnen opvatten 'als een buitensporige beperking waardoor de betoging een wezenlijk deel van haar betekenis werd ontnomen'.[62] Naar onweersproken is gesteld hielden alle mogelijke alternatieven daarenboven het risico in van moeilijk te

56 *Ibid.*, r.o. 85.
57 *Ibid.*, r.o. 86.
58 *Ibid.*, r.o. 87.
59 *Ibid.*, r.o. 88.
60 Onjuist is dan ook de constatering van Bondi 2004, p. 59, dat '(t)he Court did not resort to testing whether the course of action taken by Austria was the only possible one and the least restrictive of free movement of goods'.
61 HvJ EG 12 juni 2003, C-112/00, *Jurispr.* 2003, p. I-5659, *NJ* 2004/56 (Schmidberger), r.o. 89.
62 *Ibid.*, r.o. 90. De toetsing aan het noodzakelijkheidsvereiste behelst hier dus in wezen een onderzoek naar de vraag of een verdergaande beperking van de vrijheid van meningsuiting en vergadering nog wel evenredig is aan het daarmee gediende belang (vrij verkeer van goederen). Vgl. De Vries 2013, p. 92-93; A-G Trstenjak in haar conclusie voor HvJ EU 15 juli 2010, C-271/08, *Jurispr.* 2010, p. I-7091 (Commissie/Duitsland), punt 194.

controleren reacties die andere, meer ernstige verstoringen van het handelsverkeer en de openbare orde hadden kunnen veroorzaken.[63]

145. Het arrest *Schmidberger* dateert uit een tijd waarin de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen nog geen directe horizontale werking bezaten. Schmidberger kon zich jegens Transitforum Austria Tirol derhalve niet rechtstreeks beroepen op art. 34 VWEU. Intussen is de Europese rechtspraak echter geëvolueerd. Om te beginnen zij gewezen op het arrest *Viking* (zie par. 5.3.5), waarin het Hof de directe horizontale werking van art. 49 VWEU (vrijheid van vestiging) bevestigde door (o.a.) te refereren aan 'de rechtspraak met betrekking tot het vrije verkeer van goederen [*Commissie/Frankrijk* en *Schmidberger*; *RvL*], waaruit blijkt dat beperkingen kunnen bestaan uit andere dan overheidsmaatregelen en het gevolg kunnen zijn van handelingen van particulieren of van groeperingen van dergelijke personen'.[64] Het vormde de opmaat naar de definitieve (doch voorzichtige) erkenning van de directe horizontale werking van art. 34 VWEU in het arrest *Fra.bo* (zie par. 6.2.8).[65] Deze jurisprudentiële ontwikkelingen maken het aannemelijk dat Schmidberger zich thans wel rechtstreeks op art. 34 VWEU had kunnen beroepen teneinde de particuliere milieuorganisatie aan te spreken tot schadevergoeding.[66] Transitforum Austria Tirol zou (ook) in dat geval hebben kunnen appelleren aan art. 10 EVRM (art. 11 Handvest; vrijheid van meningsuiting) en/of art. 11 EVRM (art. 12 Handvest; vrijheid van vergadering). Vervolgens zou het aan de nationale rechter zijn geweest om de betrokken belangen tegen elkaar af te wegen, en aan de hand van alle omstandigheden van het geval te beoordelen of sprake is van een juist evenwicht tussen Schmidberger's recht op vrij verkeer enerzijds, en het recht van vrije meningsuiting/vergadering van de particuliere milieuorganisatie anderzijds. Daarvoor zou hij dan niet alleen hebben moeten onderzoeken of de samenkomst geschikt en noodzakelijk is ter verwezenlijking van de nagestreefde doelstelling (nationale en Europese autoriteiten aansporen tot maatregelen de milieuvervuiling door het vrachtverkeer op de Brenner-autoweg moe-

63 HvJ EG 12 juni 2003, C-112/00, *Jurispr.* 2003, p. I-5659, *NJ* 2004/56 (Schmidberger), r.o. 92.

64 HvJ EG 11 december 2007, C-438/05, *Jurispr.* 2007, p. I-10779, *NJ* 2008/149, m.nt. M.R. Mok (Viking), r.o. 62.

65 HvJ EU 12 juli 2012, C-171/11, *NJ* 2012/580 (Fra.bo).

66 Zie nr. 120. Schmidberger had de (dreigende) schending van het direct horizontaal werkende art. 34 VWEU uiteraard ook kunnen aangrijpen om tegen de milieuorganisatie een verbodsactie in te stellen (alsmede te eisen dat de nationale autoriteiten, indien nodig, handhavend zouden optreden tegen de overtreding van het betogingsverbod).

ten beperken), maar ook of de daardoor veroorzaakte belemmering van het vrije goederenverkeer in redelijke verhouding staat tot het belang dat is gemoeid met de uitoefening van de fundamentele rechten in kwestie. In zijn poging de (financiële) belangen die achter Schmidberger's recht op vrij verkeer van goederen schuilgaan te verzoenen met de (ideologische) belangen die weerklank vinden in de door Transitforum Austria Tirol ingeroepen fundamentele rechten, zou de nationale rechter (o.a.) kunnen betrekken het doel en de (temporele, geografische) omvang van de samenkomst, de (al dan niet) getroffen maatregelen ter beperking van de verkeershinder waarin de protestactie resulteert, en het (al dan niet) bestaan van reële alternatieve uitoefeningswijzen van het recht op vrij verkeer resp. het recht van vrije meningsuiting/vergadering.

9.5.2 *Casus 2: vrijheid van dienstverrichting versus vrijheid van overtuiging (arrest: Omega Spielhallen)*

146. Het Duitse Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH (hierna: Omega) exploiteert sinds medio 1994 te Bonn een ruimte waarin lasergames worden gespeeld.[67] Pulsar Advanced Games Systems Ltd. (hierna: Pulsar) is een Britse vennootschap die dergelijke spelen (incl. bijbehorende uitrustingen) ontwikkelt. In mei 1997 komt tussen deze partijen een franchiseovereenkomst tot stand die het Omega toestaat om tegen betaling van een financiële vergoeding gebruik te maken van Pulsar's spelconcept (met al zijn toebehoren). Op dat moment heeft de lokale politieautoriteit echter al een verbod op de commerciële uitbating van het laserdrome uitgevaardigd, omdat er naar haar mening sprake is van een gevaar voor de openbare orde: het gesimuleerd doodschieten van mensen en de daarmee gepaard gaande bagatellisering van geweld druisen in tegen wat de publieke opinie als fundamentele waarden beschouwt. In de daaropvolgende bezwaar- en beroepsprocedure staat uiteindelijk de vraag centraal of het exploitatieverbod verenigbaar is met art. 34 en 56 VWEU. Terecht constateert de verwijzende nationale rechter (het Bundesverwaltungsgericht) namelijk dat het Pulsar belet om ten behoeve van haar Duitse klant (Omega) goederen en diensten te leveren die zij in de lidstaat van vestiging (Verenigd Koninkrijk) wel kan aanbieden. Maar tevens wijst hij erop dat de commerciële exploitatie van de

67 Voor de niet-ingewijden: een lasergame is volgens Van Dale een 'spel dat gespeeld wordt in een donkere ruimte door spelers die elkaar moeten treffen met een pistool dat een lichtstraal uitzendt waarop een sensor reageert die in de speciale kleding verwerkt is'.

lasergames in kwestie in strijd is met de menselijke waardigheid in de zin van art. 1 lid 1, eerste zin, van de Duitse grondwet (een rechtsovertuiging die – zo luidt zijn uitdrukkelijke toevoeging – niet in alle lidstaten leeft). Aan het Hof van Justitie wordt opheldering gevraagd. Zijn inhoudelijke beoordeling van de zaak opent met de vaststelling dat het litigieuze verbod een negatieve impact heeft op zowel het vrije verkeer van goederen (art. 34 VWEU) als de vrijheid van dienstverrichting (art. 56 VWEU).[68] Omdat het de goederenvrijheid in het onderhavige geval van ondergeschikte betekenis acht, spitst de rechtvaardigingskwestie zich daarna echter uitsluitend toe op art. 56 VWEU.[69]

Beperkingen van het vrije dienstenverkeer kunnen uit hoofde van (o.a.) de openbare orde gerechtvaardigd zijn (art. 52 lid 1 jo. 62 VWEU). Deze uitzonderingsgrond moet zoals bekend strikt worden geïnterpreteerd: men kan hem slechts aanvoeren in geval van een werkelijk en voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel maatschappelijk belang. De specifieke omstandigheden die het beroep op de openbare orde-exceptie doen slagen, kunnen evenwel naar land en tijd verschillen.[70] In r.o. 32 e.v. komt het Hof dan tot de kern van de zaak. Allereerst stelt het vast dat de verboden activiteit door zowel het lokale gezag als de aangezochte nationale rechters wordt beschouwd als een bedreiging voor de openbare orde, daar zij inbreuk maakt op een in de Duitse grondwet opgenomen fundamentele waarde (menselijke waardigheid). Vervolgens merkt het op dat ook de EU-rechtsorde de eerbied voor de menselijke waardigheid – een algemeen beginsel van Unierecht – beoogt te verzekeren.[71] Aldus lijdt het in 's Hofs

68 HvJ EG 14 oktober 2004, C-36/02, *Jurispr.* 2004, p. I-9606, *NJ* 2005/295 (Omega Spielhallen), r.o. 25.

69 *Ibid.*, r.o. 26: '(W)anneer een nationale maatregel zowel de vrijheid van dienstverrichting als het vrije verkeer van goederen beperkt, (onderzoekt) het Hof de maatregel in beginsel slechts uit het oogpunt van een van deze twee fundamentele vrijheden (…), indien uit de omstandigheden van de zaak blijkt dat een van de vrijheden volledig ondergeschikt is aan de andere en daarmee kan worden verbonden (…). In de omstandigheden van het hoofdgeding is de vrijheid van dienstverrichting belangrijker dan het vrije verkeer van goederen. De politieautoriteit van Bonn en de Commissie van de Europese Gemeenschappen hebben immers terecht benadrukt dat de bestreden beschikking slechts de invoer van goederen met betrekking tot de specifiek voor de verboden laserspelvariant ontworpen uitrusting beperkt, wat onvermijdelijk volgt uit de beperking van de door Pulsar verrichte diensten. Zoals de advocaat-generaal in punt 32 van haar conclusie heeft gesteld, dient de verenigbaarheid van deze beschikking met de verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen, dus niet afzonderlijk te worden onderzocht.' Zie over deze uitzondering op het beginsel dat de vrijverkeerbepalingen kunnen samenlopen nr. 55.

70 Zie hiervóór nr. 127.

71 Zie thans ook art. 1 Handvest.

optiek geen twijfel dat het doel van bescherming van de menselijke waardigheid verenigbaar is met het Unierecht, en wel ongeacht het feit dat het beginsel in Duitsland een bijzondere status als autonoom grondrecht geniet.[72] Daarna overweegt het (onder verwijzing naar r.o. 74 van het arrest *Schmidberger*) dat grondrechtenbescherming een rechtmatig belang vormt dat in beginsel als rechtvaardiging kan dienen voor een beperking van de vrijheid van dienstverrichting.[73] In casu past het Hof de bescherming van de menselijke waardigheid echter niet toe als een zelfstandige exceptie: het plaatst haar onder de geschreven openbare orde-uitzondering van art. 52 lid 1 VWEU, en gaat dan snel voort met een onderzoek naar de noodzakelijkheid van het betwiste verbod (de overige aspecten van de evenredigheidstoets laat het buiten beschouwing).[74] Interessant is vooral r.o. 38, waarin het aangeeft dat 'de enkele omstandigheid dat een lidstaat een ander stelsel van bescherming heeft gekozen dan een andere lidstaat, niet uit(sluit) dat de betrokken maatregelen noodzakelijk en evenredig zijn'. Op deze wijze wordt aan (in dit geval) de Duitse autoriteiten de mogelijkheid geboden om maatregelen te nemen die passen bij het hoge(re) nationale beschermingsniveau van het fundamentele beginsel van de menselijke waardigheid.[75] Het verbod in kwestie gaat volgens het Hof ook niet verder dan noodzakelijk, omdat het uitsluitend betrekking heeft op de laserspelvariant waarbij het doden van mensen wordt gesimuleerd.[76] Een en ander leidt tot de slotsom dat de bestreden maatregel geen ongerechtvaardigde inbreuk maakt op art. 56 VWEU.

Veronderstel nu eens dat er in Duitsland géén verbod op de commerciële exploitatie van lasergames bestaat, en dat Pulsar derhalve niet van overheidswege wordt gehinderd in de uitoefening van zijn recht van vrije dienstverrichting. In dit hypothetische geval doemt evenwel een ander, 'privaat' obstakel op: laten we aannemen dat Duitse ondernemingen met elkaar hebben afgesproken om het spelconcept (incl. de daarvoor benodigde uitrustingen) niet te vermarkten omdat het naar hun overtuiging in strijd is met de menselijke waardigheid.[77] Wanneer deze afspraak het voor Pulsar onmogelijk of uiterst moeilijk maakt om in Duitsland haar

72 HvJ EG 14 oktober 2004, C-36/02, *Jurispr.* 2004, p. I-9606, *NJ* 2005/295 (Omega Spielhallen), r.o. 34.
73 *Ibid.*, r.o. 35.
74 Over de geschiktheid van de maatregel merkt A-G Stix-Hackl in haar conclusie (punt 111) op dat zij 'noch in de schriftelijke procedure noch op de terechtzitting in twijfel (is) getrokken'.
75 De Vries 2013, p. 65.
76 HvJ EG 14 oktober 2004, C-36/02, *Jurispr.* 2004, p. I-9606, *NJ* 2005/295 (Omega Spielhallen), r.o. 39.
77 Voorbeeld ontleend aan Sieburgh 2013a, p. 243.

diensten aan te bieden, zou zij de betreffende ondernemingen kunnen aanspreken wegens schending van het direct horizontaal werkende art. 56 VWEU.[78] Indien laatstgenoemden zich vervolgens ter rechtvaardiging beroepen op art. 10 Handvest (vrijheid van gedachten, geweten en godsdienst), is het aan de nationale rechter om in het concrete geval te beoordelen of sprake is van een juist evenwicht tussen enerzijds Pulsar's recht op vrije dienstverrichting, en anderzijds het recht van de Duitse ondernemingen om hun overtuiging uit te dragen dat lasergames in strijd zijn met de menselijke waardigheid.[79] Met dat doel zal hij moeten onderzoeken of de litigieuze overeenkomst geschikt en noodzakelijk is om het nagestreefde doel (bescherming van de menselijke waardigheid) te bereiken, maar ook of de door haar veroorzaakte beperking van het vrije dienstenverkeer in redelijke verhouding staat tot het belang dat zij beoogt te beschermen.

9.5.3 Casus 3: vrijheid van vestiging versus het recht op collectieve actie (arrest: Viking)

147. Illustratief voor de soms gecompliceerde relatie tussen vrijverkeerbepalingen en grondrechten is het arrest *Viking*.[80] Eerder, in par. 5.3.5, zagen we dat het Hof daarin concludeerde dat art. 49 VWEU ook rechtstreeks van toepassing is op collectieve acties van vakbonden. Een onderneming (Viking) die door zulke handelingen wordt beperkt in de uitoefening van haar recht op vrije vestiging kan zich aldus jegens de betreffende vakorganisaties (FSU, ITF) op deze direct horizontaal werkende verdragsbepaling beroepen teneinde een verbod en/of schadevergoeding te vorderen. Wanneer de vakorganisaties zich hunnerzijds beroepen op het recht om collectieve actie te voeren (thans neergelegd in art. 28 Handvest), rijst de vraag of de geconstateerde schending van art. 49 VWEU kan worden gerechtvaardigd met een beroep op dit (sociale) grondrecht.

Onder verwijzing naar het arrest *Schmidberger* antwoordt het Hof in *Viking* dat 'het recht om collectieve actie te voeren die de bescherming van

78 Wellicht is de afspraak ook in strijd met het kartelverbod. Het beroep op art. 56 VWEU kan in dat geval samenlopen met een beroep op het (eveneens) direct horizontaal werkende art. 101 lid 1 VWEU. Vgl. hiervóór nr. 95.

79 Art. 10 Handvest kan wellicht ook worden ingeroepen ter rechtvaardiging van de inbreuk op art. 101 lid 1 VWEU. Barents & Brinkhorst 2012, nr. 1010, merken dienaangaande op dat uit de beschikkingpraktijk van de Commissie en de daarop gebaseerde rechtspraak van het Hof blijkt dat aan de hand van de in art. 101 lid 3 VWEU genoemde criteria het belang van de onvervalste concurrentie kan worden verzoend met bepaalde maatschappelijke belangen van niet-economische aard.

80 HvJ EG 11 december 2007, C-438/05, *Jurispr.* 2007, p. I-10779, *NJ* 2008/149, m.nt. M.R. Mok (Viking).

werknemers tot doel heeft' een legitiem belang vormt dat in beginsel een beperking van een door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheid kan rechtvaardigen. Daarnaast herinnert het aan eerdere rechtspraak waarin het de bescherming van werknemers reeds als een dwingende reden van algemeen belang had erkend.[81] In de daaropvolgende rechtsoverweging wijst het ten slotte op het feit dat de Unie niet alleen de totstandbrenging van een interne markt beoogt, doch ook een sociaal beleid nastreeft.[82] Haar tweeledige doelstelling maakt volgens het Hof dat

> 'de uit het (Verdrag) voortvloeiende rechten met betrekking tot het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal (dienen) te worden afgewogen tegen de doelen van de sociale politiek (…).'[83]

148. Wat betekent dit nu voor het concrete geval? Met betrekking tot de (dreigende) collectieve acties van de FSU dient de verwijzende rechter eerst uit te maken of de arbeidsplaatsen en -voorwaarden van de vakbondsleden daadwerkelijk op het spel staan of ernstig in gevaar zijn. In dit onderzoek zal hij met name moeten betrekken de belofte van Viking dat het dienstverband van geen van haar vaste arbeidskrachten wegens het omvlaggen zal worden beëindigd. Is deze toezegging namelijk 'juridisch even bindend als de bepalingen van een collectieve arbeidsovereenkomst', en biedt zij de waarborg aan de werknemers 'dat de wettelijke bepalingen worden geëerbiedigd en de bepalingen van de op hun arbeidsverhouding toepasselijke collectieve overeenkomst worden gehandhaafd', dan bestaat er volgens het Hof geen gevaar voor de betrokken arbeidsplaatsen en arbeidsvoorwaarden. Gevolg daarvan zou zijn dat de litigieuze acties niet onder de doelstelling van werknemersbescherming vallen (en dus niet uit dien hoofde gerechtvaardigd zijn).[84]

Blijkt dat de arbeidsplaatsen en -voorwaarden in het onderhavige geval inderdaad op het spel staan, dan zal de nationale rechter vervolgens moeten nagaan of de (dreigende) acties van de FSU geschikt en noodzakelijk zijn om het nagestreefde doel (werknemersbescherming) te realiseren.[85] Aangaande de geschiktheid van de FSU-acties stelt het Hof in r.o. 86 dat 'collectieve acties, evenals collectieve onderhandelingen en collectieve overeenkomsten, voor de vakverenigingen in de bijzondere omstandighe-

81 *Ibid.*, r.o. 77.
82 Zulks onder verwijzing naar art. 2 en 3 lid 1, sub c en j, van het EG-Verdrag.
83 HvJ EG 11 december 2007, C-438/05, *Jurispr.* 2007, p. I-10779, *NJ* 2008/149, m.nt. M.R. Mok (Viking), r.o. 79.
84 *Ibid.*, r.o. 81-83.
85 *Ibid.*, r.o. 84.

den van een zaak een van de voornaamste middelen kunnen zijn om de belangen van hun leden te beschermen (…)'. De eerste horde wordt dus vrij eenvoudig genomen. Moeilijker blijkt het om ook de tweede te nemen. Of de acties van de FSU niet verder gaan dan noodzakelijk ter bereiking van het doel moet de nationale rechter onderzoeken of 'enerzijds, krachtens de nationale wetgeving en het recht inzake collectieve overeenkomsten dat op deze actie van toepassing is, de FSU niet over andere, de vrijheid van vestiging minder beperkende middelen beschikte om de collectieve onderhandeling met Viking tot een goed einde te brengen, en, anderzijds, of de FSU deze middelen had uitgeput alvorens deze actie te beginnen'.[86] Ik merk daarover het volgende op. Een vakorganisatie als de FSU kan de belangen van haar leden op verschillende wijzen verdedigen. In geval van een (potentieel) arbeidsconflict kan (en zal) zij uiteraard eerst de dialoog zoeken met de betrokken werkgever. Dreigt een impasse, of wil zij simpelweg haar onderhandelingspositie (extra) versterken, dan kan de vakbeweging de druk opvoeren door middel van (bijv.) een flyer-campagne, een vreedzame betoging of het weigeren van overwerk.[87] Het effect van zulke acties zal voor de werkgever doorgaans minder nadelig zijn dan een goed georganiseerde stakingsactie die alle ondernemingsactiviteiten stillegt. Juist om die reden vormt het laatstgenoemde instrument voor werknemers(organisaties) zo'n effectief pressiemiddel in het kader van collectieve onderhandelingen, en rijst de vraag of de genoemde alternatieven eenzelfde nuttig effect kunnen sorteren. Had de FSU zich even effectief kunnen verzetten tegen de voorgenomen omvlagging wanneer het zich had bediend van één of meer alternatieve instrumenten die de vestigingsvrijheid van Viking niet (of minder) beperken? Een ontkennend antwoord betekent weliswaar dat aan het noodzakelijkheidsvereiste is voldaan, maar daarmee is nog niet gezegd dat de litigieuze stakingsacties een gerechtvaardigde inbreuk op art. 49 VWEU vormen. Tot die conclusie kan de nationale rechter m.i. pas komen nadat hij heeft vastgesteld dat de door de (dreigende) collectieve acties teweeggebrachte beperking van de vrijheid van vestiging in redelijke verhouding staat tot het doel dat ermee wordt nagestreefd (bescherming van werknemers). Daartoe zal hij de betrokken partijbelangen tegen elkaar moeten afwegen, en aan de hand van alle omstandigheden van het concrete geval dienen te onderzoeken of een juist evenwicht tussen die belangen is geëerbiedigd.[88] Relevante factoren in dit verband zijn (o.a.) de hoogte

86 *Ibid.*, r.o. 87.
87 Davies 2008, p. 143.
88 Vgl. nr. 129.

van het exploitatieverlies dat Viking lijdt, de mate waarin dat verlies d.m.v. het omvlaggen kan worden teruggedrongen, de eventuele mogelijkheid hetzelfde resultaat langs andere weg(en) te bereiken, het banenverlies waartoe de omvlagging leidt, en de negatieve impact die de vestiging in Estland heeft op de arbeidsvoorwaarden van haar werknemers.

Over de collectieve acties ter uitvoering van het anti-goedkopevlaggenbeleid van de ITF is het Hof kritisch: '(V)oor zover dit beleid reders belet om hun schepen te registreren in een andere staat dan die waarvan de uiteindelijke gerechtigden op deze schepen onderdaan zijn, (kunnen) de uit dergelijke acties voortvloeiende beperkingen van de vrijheid van vestiging niet objectief gerechtvaardigd (…) zijn.'[89] Daar de verplichting tot het starten van solidariteitsacties geheel losstaat van de vraag of de uitoefening van de vestigingsvrijheid in het concrete geval schadelijke gevolgen kan hebben voor de werknemers, gaat het anti-goedkopevlaggenbeleid immers verder dan noodzakelijk om het gestelde doel (werknemersbescherming) te bereiken.[90] Begrijp ik het Hof goed, dan acht het solidariteitsacties echter niet principieel ontoelaatbaar wanneer zij een reactie vormen op een daadwerkelijke bedreiging van de arbeidsplaatsen - en voorwaarden.[91] Uiteraard zal de beperking van de vestigingsvrijheid dan ook nog in redelijke verhouding moeten staan tot het met de acties nagestreefde doel. Of daarvan sprake is zal mede aan de hand van de reeds genoemde omstandigheden moeten worden vastgesteld.

149. Botste het aan vakbonden toekomende (fundamentele) stakingsrecht in *Viking* met de vestigingsvrijheid van een Finse ferrymaatschappij, in *Laval* conflicteerde het met het recht op vrije dienstverrichting van een Lets

89 HvJ EG 11 december 2007, (Viking) C-438/05, *Jurispr.* 2007, p. I-10779, *NJ* 2008/149, m.nt. M.R. Mok, r.o. 88.

90 Vgl. *ibid.*, r.o. 89. Reich 2008, p. 159, acht deze redenering van het Hof bijzonder problematisch 'because it implies that labour unions and their head associations can take social action only for the concrete purpose of protecting workers, not to support policies which in the long run may improve the social well-being of their members, or avoid a "social dumping" by indirect means of action by undertakings, in particular via outsourcing.'

91 Van Hoek & Houwerzijl 2008, p. 203. Volgens beide auteurs biedt dat 'enige hoop voor de toekomst – zelfs in de onderhavige procedure. Het zal zaak zijn om in de vervolgprocedure voor de nationale (Engelse) rechter aan te tonen dat deze actie wel degelijk bijdroeg aan de bescherming van werknemers.' Die procedure (bij de Court of Appeal) werd echter kort na 's Hofs arrest gestaakt: op 3 maart 2008 maakten de betrokken partijen wereldkundig dat zij een schikking hadden getroffen (zie voor het persbericht de website van de ITF: https://itfglobal.org).

aannemersbedrijf.[92] In die zaak werd het pleit in het voordeel van de vrijverkeerbepaling in kwestie beslecht: Byggnads, de Zweedse vakbeweging, kon de door het Hof van Justitie vastgestelde inbreuk op art. 56 VWEU niet rechtvaardigen met een beroep op het haar toekomende stakingsrecht.[93] Onzeker is of de in nr. 6 genoemde acties van Duitse sluiswachters (die gericht waren tegen een ingrijpende reorganisatie bij de nationale vaarwegendienst) de toets aan het evenredigheidsbeginsel kunnen doorstaan. Het belang van de vakbond is weliswaar bepaald niet gering (de reorganisatie zou leiden tot een verlies van 3.000 banen), doch de economische belangen van het binnenvaartverkeer zijn dat evenmin (alleen voor Nederlandse schippers zou de schade al vier à vijf miljoen euro per dag bedragen).[94] Duur (twee maanden) en intensiteit (eerst lokaal, daarna landelijk) van de stakingen zijn in deze context belangrijk: naarmate de acties langer voortduren en grootschaliger worden, zal het nadeel voor de binnenvaart toenemen. Gaandeweg bereikt men dan het punt waarop de beperking van het vrije goederenverkeer niet meer in een redelijke verhouding staat tot het doel dat met de stakingen wordt nagestreefd. Alsdan kunnen de collectieve acties hun rechtmatige karakter verliezen.

9.5.4 Casus 4 en 5: Vrij verkeer van goederen c.q. kapitaal versus de vrijheid van ondernemerschap

150. Artikel 16 van het EU-Grondrechtenhandvest bepaalt dat '(d)e vrijheid van ondernemerschap wordt erkend overeenkomstig het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken'.[95] Blijkens de toelichtingen beschermt het i) de vrijheid om een economische activiteit of handelsactiviteit uit te oefenen, ii) de contractsvrijheid, en iii) de vrije

92 HvJ EG 18 december 2007, C-341/05, *Jurispr.* 2007, p. I-11767, *NJ* 2008/150, m.nt. M.R. Mok (Laval). Zie nr. 83 voor het feitenrelaas.

93 Zie daarover o.a. Van Hoek & Houwerzijl 2008, p. 201-203; Prechal & De Vries 2008, p. 436-438; Reich 2008, p. 137-147. In de nationale vervolgprocedure werd Byggnads uiteindelijk veroordeeld tot betaling van *exemplary damages* aan Laval wegens schending van art. 56 VWEU. Zoals uitgebreid beschreven door Bernitz & Reich 2011, p. 608 e.v., ging het Zweedse Arbeidshof daarbij niet over één nacht ijs. Onder verwijzing naar o.a. de arresten *Courage/Crehan* (zie nr. 25) en *Raccanelli* (zie nr. 66) concludeerde het tot het bestaan van een algemeen beginsel van Unierecht, op grond waarvan particulieren elkaar kunnen aanspreken tot vergoeding van schade die het gevolg is van een schending van een direct horizontaal werkende verdragsbepaling (zoals in casu art. 56 VWEU).

94 *De Volkskrant* 9 september 2013 ('Duitse sluiswachters staken landelijk').

95 Een beknopte, instructieve verhandeling over het artikel treft men aan in Oliver 2013.

mededinging.[96] Ten aanzien van het laatste aspect van de ondernemingsvrijheid volsta ik met het noemen van zijn oorsprong: art. 119 VWEU, dat in het eerste lid (o.a.) gewag maakt van het beginsel van een openmarkteconomie met vrije mededinging. De twee eerstgenoemde aspecten zijn daarentegen gebaseerd op de rechtspraak van het Hof van Justitie. Bestudering van het relevante materiaal leert ons echter slechts dat de vrijheid om een economische activiteit te verrichten tot de algemene beginselen van het Unierecht behoort;[97] naar een begripsomschrijving zal men tevergeefs zoeken. Hoewel het beginsel van contractsvrijheid in de jurisprudentie evenmin wordt gedefinieerd, heeft het Hof terloops wel een aantal van zijn wezenskenmerken benoemd.[98]

Blijkt uit het voorgaande reeds dat art. 16 Handvest 'privaatrechtelijk' potentieel bezit, in het navolgende zal aan de hand van twee voorbeelden worden getoond op welke wijze particulieren dat kunnen benutten wanneer zij worden geconfronteerd met een vordering die teruggaat op een direct horizontaal werkende vrijverkeerbepaling. Het eerste wordt ingeleid met een bespreking van het arrest *Sky Österreich*,[99] en betreft een situatie waarin een (bepaling uit een) overeenkomst tussen particulieren in strijd is met art. 34 VWEU. Bezien wordt of en, zo ja, wanneer zij kan worden gesauveerd met een beroep op de contractsvrijheid (par. 9.5.4.1). Het tweede ziet op een geval waarin een besluit van een (orgaan van een) private vennootschap strijdig is met de kapitaalvrijheid (art. 63 VWEU). Onderzocht wordt in welke omstandigheden zo'n particuliere rechtshandeling haar rechtvaardiging kan vinden in argumenten

96 Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten (2007/C 303/02), *PbEU* 2007, C 303/17.

97 Aldus HvJ EG 12 juli 2005, C-154/04 en C-155/04, *Jurispr.* 2005, p. I-6451, *NJ* 2006/146, m.nt. M.R. Mok (Alliance for Natural Health), r.o. 126. Vgl. ook de vroege rechtspraak: HvJ EG 14 mei 1974, 4/73, *Jurispr.* 1974, p. 491 (Nold), r.o. 14; HvJ EG 27 september 1979, 230/78, *Jurispr.* 1979, p. 2749 (Eridania), r.o. 20.

98 Zie bijv. HvJ EG 5 oktober 1999, C-240/97, *Jurispr.* 1999, p-I-6571 (Spanje/Commissie), r.o. 99: '(H)et recht van de partijen om door hen gesloten contracten te wijzigen, (is) gebaseerd op het beginsel van de contractvrijheid (…).' Een ander voorbeeld biedt HvJ EG 22 maart 2007, C-437/04, *Jurispr.* 2007, p. I-2513 (Commissie/België), r.o. 51: 'Vindt deze afwenteling [van een regionale belasting op onroerende zaken; *RvL*] door middel van een beding in de huurovereenkomst plaats, dan is zij (…) noodzakelijkerwijs in overeenstemming met de wil van de contractpartijen, daar deze op grond van hun contractvrijheid beslissen een dergelijk beding al dan niet op te nemen. De afwenteling van de gewestbelasting valt echter ook dan onder de contractvrijheid van de partijen, wanneer dat in de vorm van een huurverhoging gebeurt, omdat de inhoud van de overeenkomst, met inbegrip van een contractueel bestanddeel als de huurprijs, enkel met de instemming van de contractpartijen kan worden vastgesteld.'

99 HvJ EU 22 januari 2013, C-283/11 (Sky Österreich).

gebaseerd op de door art. 16 Handvest beschermde vrijheid om een economische activiteit te verrichten (par. 9.5.4.2).

9.5.4.1 Casus 4: Vrije verkeer van goederen versus contractsvrijheid

151. Sky Österreich GmbH (hierna: Sky) verwerft medio 2009 het exclusieve recht om gedurende drie seizoenen – 2009/2010 tot en met 2011/2012 – de wedstrijden van de Europa League uit te zenden op Oostenrijks grondgebied. Om de aanzienlijke licentie- en productiekosten (enige miljoenen euro's op jaarbasis, naar verluidt) gedeeltelijk terug te verdienen, sluit zij in september 2009 een overeenkomst met de Österreichische Rundfunk (hierna: ORF) krachtens welke het laatstgenoemde wordt toegestaan om tegen betaling van een vast bedrag per tijdseenheid – € 700 per minuut – korte nieuwsverslagen van deze wedstrijden te verzorgen. Eind 2010 bepaalt de nationale reguleringsinstantie voor de media (KommAustria) evenwel dat Sky jegens ORF slechts aanspraak kan maken op een vergoeding van de extra – in casu: non-existente – kosten die rechtstreeks voortvloeien uit het verlenen van toegang tot haar satellietsignaal. Het besluit van KommAustria berust op nationale wetgeving die een (correcte) implementatie vormt van zowel de op 19 december 2007 in werking getreden richtlijn 2007/65/EG als haar opvolgster, richtlijn 2010/13/EU.[100] In de considerans van deze laatste valt (in punt 55) het volgende te lezen:

> 'Teneinde het fundamentele recht op het vergaren van informatie te waarborgen en de belangen van de kijkers in de Unie volledig en afdoende te beschermen, dienen zij die de exclusieve televisieomroeprechten uitoefenen op de uitzending van het verslag van een evenement van groot belang voor het publiek andere omroeporganisaties het recht te geven korte fragmenten van dat verslag te gebruiken voor hun algemene nieuwsprogramma's op basis van eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden, zij het met inachtneming van die exclusieve rechten. (…) Dergelijke korte fragmenten mogen door alle netten, met inbegrip van aan sport gewijde netten, worden gebruikt voor uitzendingen in de gehele Europese Unie, en dienen (…) niet langer te zijn dan 90 seconden.'

100 Richtlijn 2007/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van Richtlijn 89/552/EEG van de Raad betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten (*PbEU* 2007, L 332/27); Richtlijn 2010/13/EU van het Europees Parlement en de Raad van 10 maart 2010 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten (*PbEU* 2010, L 95/1). Richtlijn 89/552/EEG, zoals gewijzigd bij Richtlijn 2007/65/EG, is ingetrokken bij art. 34, eerste alinea, van richtlijn 2010/13/EU.

Art. 15 van richtlijn 2010/13/EU werkt een en ander uit. Lid 1 en 6 luiden als volgt:

> '1. De lidstaten zorgen ervoor dat, met het oog op korte nieuwsverslagen, alle in de Unie gevestigde omroeporganisaties op billijke, redelijke en niet-discriminerende basis toegang hebben tot evenementen van groot belang voor het publiek die op basis van exclusiviteit door een onder hun rechtsbevoegdheid vallende omroeporganisatie worden uitgezonden.
>
> (…)
>
> 6. Onverminderd de leden 1 tot en met 5 zorgen de lidstaten, overeenkomstig hun rechtsstelsel en –praktijk ervoor dat de wijze van en de voorwaarden voor het aanbieden van dergelijke korte fragmenten worden gedefinieerd, met name wat betreft de compensatieregelingen, de maximale duur van de korte fragmenten en de termijnen voor de transmissie ervan. Eventuele compensatie overschrijdt niet de extra kosten die rechtstreeks voortkomen uit het verschaffen van toegang.'

In de beroepsprocedure tegen het besluit van KommAustria rijst o.a. de vraag of art. 15 lid 6 van richtlijn 2010/13/EU verenigbaar is met art. 16 Handvest. Aan het Hof van Justitie de schone taak om klaarheid te scheppen. Zijn antwoord opent met een korte recapitulatie van de vrijheid van ondernemerschap.[101] Eén van haar aspecten – de contractsvrijheid – is hier in het nauw: de litigieuze richtlijnbepaling heeft namelijk tot gevolg dat de houder van exclusieve uitzendrechten (Sky) niet vrij kan kiezen met welke omroeporganisaties hij een overeenkomst sluit over de toegang tot zijn satellietsignaal. En door hem te beletten zelf de prijs te bepalen waartegen hij het signaal wenst open te stellen, blokkeert zij bovendien de mogelijkheid om andere televisieomroepen te laten bijdragen in de aanschafkosten van deze exclusieve rechten. In die omstandigheden, zo oordeelt het Hof in r.o. 44, vormt art. 15 (lid 6) van de richtlijn een inmenging in de vrijheid van ondernemerschap van de houders van exclusieve uitzendrechten.

Absolute gelding heeft de door art. 16 Handvest gewaarborgde vrijheid niet. Haar uitoefening kan worden onderworpen aan beperkingen die i) bij wet zijn gesteld, ii) de wezenlijke inhoud van deze vrijheid eerbiedigen, iii) beantwoorden aan door de Unie erkende doelstelling van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van rechten en

101 HvJ EU 22 januari 2013, C-283/11 (Sky Österreich), r.o. 41-43.

vrijheden van anderen, en iv) de evenredigheidstoets doorstaan.[102] Het eerste vereiste levert geen problemen op; de beperking is immers bij wet (richtlijn) gesteld. Ook het tweede schept geen moeilijkheden. Art. 15 lid 6 van richtlijn 2010/13/EU tornt volgens het Hof niet aan de wezenlijke inhoud van de vrijheid van ondernemerschap, daar het de uitoefening van Sky's ondernemersactiviteit niet als zodanig belet. Bovendien laat het ruimte aan de houder om zijn exclusieve recht te benutten door zelf, tegen betaling, de uitzending van het betreffende evenement te verzorgen, of door dat recht, eveneens tegen betaling, over te dragen aan een andere omroeporganisatie.[103] Het derde vereiste leidt evenmin tot complicaties: art. 15 lid 6 van de richtlijn streeft een doelstelling van algemeen belang na, te weten de bescherming van de in art. 11 Handvest neergelegde vrijheid van meningsuiting en informatie – vergelijk de considerans van richtlijn 2010/13/EU, punt 55. Vervolgens komt het Hof toe aan de evenredigheidstoets. Het acht de richtlijnbepaling geschikt om het nagestreefde doel te verwezenlijken, omdat zij iedere omroeporganisatie toegang garandeert tot bepaalde, exclusief gecommercialiseerde evenementen.[104] Noodzakelijk is zij in's Hofs optiek evenzeer. Dienaangaande merkt het in r.o. 54 en 55 op 'dat het inderdaad een minder belastende maatregel zou zijn geweest om te voorzien in een financiële compensatie voor de houders van de exclusieve televisie-uitzendrechten die de rechtstreeks uit het verschaffen van toegang tot het signaal voortkomende extra kosten overschrijdt', doch 'dat met een dergelijke minder belastende regeling de doelstelling van artikel 15, lid 6, van richtlijn 2010/13/EU niet even doeltreffend zou worden verwezenlijkt als met de toepassing van deze bepaling'. Een plicht tot bijdragen in de kosten van de verwerving van het exclusieve uitzendrecht zou bepaalde omroeporganisaties er namelijk van kunnen weerhouden (of zelfs kunnen beletten) toegang tot het signaal te vragen, hetgeen de vrijheid van het publiek om informatie te ontvangen aanzienlijk zou beperken. Tot slot de evenredigheid *stricto sensu*: is art. 15 lid 6 van de richtlijn het resultaat van een evenwichtige afweging tussen de vereisten die voortvloeien uit de fundamentele vrijheid om informatie te vergaren en de vereisten van de vrijheid van ondernemerschap?[105] Het Hof meent van wel. In zijn optiek heeft de Uniewetgever de omvang van de inmenging in de vrijheid van ondernemerschap nauwkeurig afgebakend door eisen te stellen aan het

102 *Ibid.*, r.o. 48 (onder verwijzing naar art. 52 lid 1 Handvest).
103 *Ibid.*, r.o. 49.
104 *Ibid.*, r.o. 53.
105 *Ibid.*, r.o. 58-60.

gebruik van de fragmenten: zij mogen slechts (met vermelding van bron) in nieuwsprogramma's worden vertoond, en maximaal negentig seconden duren.[106] De rechten en belangen die art. 15 van richtlijn 2010/13/EU beoogt te beschermen (vrijheid van informatie, pluriformiteit van de media), daarentegen, kunnen volgens het Hof aanzienlijk worden beperkt door de toenemende, op exclusiviteit gebaseerde commercialisering van grote publieksevenementen. Om die reden concludeert het dat het de Uniewetgever vrijstond 'om regels vast te stellen zoals die van artikel 15 van richtlijn 2010/13, waarin beperkingen aan de vrijheid van ondernemerschap worden gesteld maar waarin tegelijkertijd, vanuit het oogpunt van de noodzakelijke afweging van de betrokken rechten en belangen, voorrang wordt gegeven aan de toegang van het publiek tot informatie boven de contractsvrijheid'.[107]

152. Behalve dat een particulier zich op art. 16 Handvest kan beroepen ter bestrijding van een Unierechtelijk voorschrift dat (de vrijheid van informatie en de pluriformiteit van de media garandeert maar) zijn contractsvrijheid beperkt, zou hij er ook privaatrechtelijke argumenten aan kunnen ontlenen ter rechtvaardiging van een (rechts)handeling die inbreuk maakt op één van de vrijverkeerbepalingen.[108] Een (fictieve) casus moge dit illustreren.

153. Een Nederlandse supermarktketen (X) wil haar huismerkassortiment uitbreiden met een door de Belgische brouwer Y geproduceerd witbier. Partijen spreken af dat X driekwart van Y's productie zal afnemen. Het kwart dat resteert mag Y zelf verkopen, doch niet op de (Nederlandse) thuismarkt van X. Voor Y blijkt het evenwel moeilijk om de resterende 25% te slijten aan (o.a.) Belgische en Duitse afnemers: in het eerste jaar van de overeenkomst blijft hij zitten met zo'n 10% van de totale productie. Gelukkig (voor hem) weet hij de gehele restantvoorraad met korting te

106 *Ibid.*, r.o. 63. De daaropvolgende overweging voegt toe: 'Bovendien sluit artikel 15 van richtlijn 2010/13 niet uit dat de houders van de exclusieve televisie-uitzendrechten, zoals in punt 49 van het onderhavige arrest is vastgesteld, hun rechten tegen betaling kunnen exploiteren. Daarnaast kan met het feit dat herfinanciering middels compensatie niet mogelijk is, en met een eventuele vermindering van de handelswaarde van deze exclusieve televisie-uitzendrechten, in de praktijk rekening worden gehouden bij de contractuele onderhandelingen over de verwerving van de betrokken rechten en kunnen die factoren hun weerslag vinden in de voor die verwerving betaalde prijs.'

107 HvJ EU 22 januari 2013, C-283/11 (Sky Österreich), r.o. 66.

108 In beide situaties dient het beroep op art. 16 Handvest hetzelfde doel, te weten de bescherming van hun vrijheid van ondernemerschap/contractsvrijheid.

verkopen aan een Nederlandse onderneming (Z) die het witbier tegen een relatief lage prijs inkoopt en verhandelt. De prijsbewuste ('Hollandse') consument slaat uiteraard zijn slag, en dat leidt voor X tot een aanzienlijk af- en omzetverlies. Kan X deze schade op grond van art. 6:74 BW verhalen op Y? Een bevestigend antwoord vereist op z'n minst dat de contractuele afspraken tussen X en Y geldig zijn, en geen schending van (het direct horizontaal werkende) art. 34 VWEU inhouden.[109] Y's recht op vrij verkeer van goederen wordt door de overeenkomst echter op twee manieren beperkt: hij mag een bepaald deel (25%) van de geproduceerde goederen niet in Nederland verkopen, terwijl het andere deel (75%) niet door hem zelf op de Europese markt mag worden verhandeld. Van een (partiële) nietigheid van de overeenkomst (o.g.v. art. 3:40 BW) is evenwel pas sprake wanneer de inbreuk op art. 34 VWEU ongerechtvaardigd is. Is dat inderdaad het geval, of kan X in casu wellicht een rechtvaardigingsgrond ontlenen aan het in art. 16 Handvest gepostuleerde beginsel van contractsvrijheid?

154. Laat ik beginnen met de opmerking dat de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal een klimaat bevorderen waarin de autonomie van particulieren kan worden geoptimaliseerd. Voor marktpartijen zoals de Nederlandse supermarktketen X en de Belgische bierbrouwer Y creëren zij het (economische) speelveld dat hun de mogelijkheid biedt met elkaar (grensoverschrijdend) te contracteren.[110] Uit de rechtspraak van het Hof blijkt echter dat diezelfde vrijverkeerbepalingen ook negatief van invloed kunnen zijn op overeenkomsten tussen particulieren: als toetsingskader voor private (rechts)handelingen kunnen zij immers de autonomie (contractsvrijheid) van partijen (X en Y) begrenzen.[111] Vraag is of en, zo ja, in welke gevallen dat wenselijk is. Wil men, zoals de opstellers van het Verdrag, de open markt faciliteren, dan zal men moeten toestaan dat die markt zich tot op zekere hoogte naar eigen inzicht vormt. Een (te) indringende invloed van de vrijverkeerbepalingen op rechtsbetrekkingen tussen particulieren zou de (door die vrijheden gewaarborgde) partijautonomie – en daarmee uiteindelijk ook de marktintegratie – te zeer beperken. Private partijen moet daarom tot op zekere hoogte worden toegestaan zelf de voorwaarden te bepalen waaronder zij met elkaar contracteren. De grens van het

109 Ook het direct horizontaal werkende art. 101 lid 1 VWEU kan uiteraard van toepassing zijn op (het beding in) de overeenkomst.
110 Vgl. Davies 2013, p. 855.
111 Zie nr. 135 en 136.

toelaatbare is niet in abstracto trekken; in het concrete geval zal men hem moeten vinden door alle relevante beginselen in onderling verband te beschouwen, met elkaar te confronteren en tegen elkaar af te wegen.[112] Neem de onderhavige casus, waarin twee private partijen (X en Y) een overeenkomst hebben gesloten die één van hen beperkt in de uitoefening van zijn recht op vrij verkeer. De beweegredenen van X zijn bekend: zij wil het door Y geproduceerde witbier exclusief in haar Nederlandse winkels verkopen. Maar wat heeft Y ertoe gebracht onder deze voorwaarden te contracteren? Voorstelbaar is dat de overeenkomst als geheel destijds zijn goedkeuring kon wegdragen omdat zij hem i) verzekerde van een bepaalde afname door X (75% van de totale productie, een niet geringe hoeveelheid), en ii) toeliet zelf de resterende – en, zo nam hij wellicht aan, makkelijk verhandelbare – hoeveelheid buiten Nederland te vermarkten. Behelst de overeenkomst inderdaad een zorgvuldige afspiegeling van de belangen van twee gelijkwaardige partijen, dan vindt men in de beginselen van partijautonomie (contractsvrijheid) en *pacta sunt servanda* argumenten vóór de bindende kracht daarvan.[113] Anders ligt het wanneer Y geen of slechts een beperkte invloed heeft kunnen uitoefenen op de inhoud van de overeenkomst; X bezat misschien een (machts)overwicht dat hem in de gegeven omstandigheden in staat stelde zijn wil aan Y op te leggen. In dat geval zou het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid tegen Y's contractuele gebondenheid kunnen pleiten.[114] Een beginsel dat in beide situaties kan worden aangevoerd tegen de bindende kracht van de overeenkomst is dat van de maatschappelijke aanvaardbaarheid: de afspraak tussen X en Y schendt één van de fundamentele beginselen van de Europese samenleving, te weten het vrije verkeer van goederen.[115] Het uiteindelijke oordeel is aan de nationale rechter: binnen het stramien van de vrijverkeerbepalingen (in casu art. 34 VWEU) moet hij de relevante beginselen een feitelijke inkleuring geven, en ze vervolgens naast elkaar te leggen om in het concrete geval te bepalen of de betwiste overeenkomst bindend is. Derhalve zal hij, na te hebben vastgesteld dat de tussen X en Y gemaakte contractuele afspraak in strijd is met art. 34 VWEU, in het kader van de evenredigheidstoets moeten beoordelen of de door art. 16 Handvest beschermde contractsvrijheid daarvoor een rechtvaardiging vormt. Een positief oordeel kan niet alleen berusten op het argument dat partijen nu eenmaal hebben afgesproken dat Y het door hem geproduceerde bier

112 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/40.
113 Vgl. hiervóór nr. 136.
114 *Ibid.*
115 *Ibid.*

niet zelf zal aanbieden op (delen van) de interne markt. Het zijn de feiten waarmee de nationale rechter de zojuist genoemde beginselen van privaatrecht heeft ingekleurd die bepalen of de contractuele beperking van het vrije goederenverkeer daadwerkelijk geschikt en noodzakelijk is ter bescherming van X's belang (exclusiviteit op de Nederlandse markt), en of zijn belang in redelijke verhouding staat tot de belangen van Y. Tot de relevante beoordelingsfactoren kunnen (o.a.) behoren de identiteit van partijen (grootte, marktpositie, financiële staat etc.), de inhoud van de overeenkomst (Welke voordelen heeft zij voor partijen? Waartoe verplicht zij hen? Hoe verhouden de contractuele rechten en plichten van partijen zich tot elkaar?), en de aard/oorzaak/oplossing van eventuele problemen die na de contractssluiting zijn ontstaan (Waarom is Y er aanvankelijk niet in geslaagd de restanthoeveelheid te vermarkten? Heeft dat tot financiële moeilijkheden geleid? Had hij tot een oplossing kunnen komen zonder de afspraak met X te schenden?). Ofschoon de uitkomst van deze belangenafweging niet wezenlijk zal verschillen van het resultaat dat men verkrijgt door het nationaalrechtelijke begrip 'openbare orde' (art. 3:40 BW) te interpreteren in het licht van art. 34 VWEU (indirecte horizontale werking),[116] bestaat er wel een belangrijk inhoudelijk verschil tussen beide doorwerkingsvormen: terwijl de nationale rechter in geval van *directe* horizontale werking (ambtshalve)[117] móet onderzoeken of de overeenkomst verenigbaar is met art. 34 VWEU, rust op hem géén verplichting tot verdragsconforme interpretatie van de private rechtsverhouding. Vanuit het perspectief van rechtshandhaving verdient de directe horizontale werking dan ook de voorkeur boven de indirecte horizontale werking.[118]

9.5.4.2 Casus 5: vrij verkeer van kapitaal versus het recht om een economische activiteit te verrichten

155. De vrijheid van ondernemerschap omvat (naast de contractsvrijheid) tevens de vrijheid om een economische of handelsactiviteit uit te oefenen. Art. 16 Handvest biedt derhalve bescherming aan een ieder die zich als ondernemer wenst te ontplooien. Over de inhoud van dit specifieke aspect van het grondrecht is nog maar weinig bekend; de Europese rechtspraak heeft er nog geen handen en voeten aan gegeven. Het is echter allerminst gewaagd te stellen dat vrij ondernemerschap (bijv.) impliceert dat een ondernemer/onderneming het recht heeft vrijelijk te kiezen voor een

116 Vgl. nr. 18.
117 Vgl. Hoyer 2013, p. 346-347.
118 Hartkamp 2009, nr. 19. Zie ook hiervóór nr. 96.

bepaalde rechtsvorm, en bovendien de vrijheid heeft om de organisatie- en besluitvormingsstructuur in te richten op een wijze die de continuïteit van haar economische activiteit het beste waarborgt.[119] Zo bezien liggen in art. 16 Handvest (ook) argumenten besloten die private rechtspersonen kunnen aanvoeren ter rechtvaardiging van bepaalde vennootschapsrechtelijke privileges en/of constructies die het vrije kapitaalverkeer beperken.

156. Ter illustratie keer ik om te beginnen terug naar de in nrs. 5 en 124 behandelde casus over het besluit (d.d. 19 januari 2007) van de aandeelhoudersvergadering van ThyssenKrupp AG om de statuten van de vennootschap aldus te wijzigen dat aan de Alfried Krupp von Bohlen und Halbach-Stiftung het recht werd toegekend ten minste 1 lid, doch maximaal 3 leden te benoemen in de Raad van Commissarissen. Veronderstellen we gemakshalve dat sprake is van een schending van het direct horizontaal werkende art. 63 VWEU, dan rijst de vraag of de geconstateerde inbreuk kan worden gerechtvaardigd. Een bevestigend antwoord zou m.i. kunnen steunen op de volgende redenering.

De Raad van Commissarissen van ThyssenKrupp AG bestaat uit twintig leden, waarvan er vóór de statutenwijziging tien werden benoemd door (vertegenwoordigers van de) werknemers, en tien door de algemene vergadering van aandeelhouders. Het autonome (en met een meerderheid van 78,91% aangenomen) besluit van de algemene vergadering resulteerde derhalve in een beperking van haar eigen benoemingsrecht ten gunste van de Alfred von Bohlen und Halbach-Stiftung (destijds houder van 25,1% van de aandelen).[120] Over die stichting merkte de rechter in eerste aanleg het volgende op:

> 'Nach ihrer Satzung hat die Stiftung auf die Einheit der Aktiengesellschaft, auf den Erhalt des Unternehmens hinzuwirken. Sie ist daher mehr als jeder andere Aktionär dem Wohl der Aktiengesellschaft verpflichtet. Die Stiftung vertritt insbesondere keine Partikularinteressen, sondern steht, wie ein Unternehmer, für die wirtschaftliche Förderung der Aktiengesellschaft.'[121]

Het doel van de Alfred von Bohlen und Halbach-Stiftung (bevordering van de economische ontwikkeling van de onderneming) blijkt nauw verwant aan één van de aspecten van de vrijheid van ondernemerschap.

---

119 Vgl. Pitlo/Raaijmakers 2006, p. 9.

120 Ten tijde van het besluit in kwestie hield de vennootschap zelf zo'n 5% van de aandelen. Het resterende deel – ongeveer 70% – was op dat moment in handen van private beleggers/investeerders.

121 LG Essen 29 juni 2007, Az. 45 O 15/07.

Dat biedt de vennootschap een aanknopingspunt: onder verwijzing naar art. 16 Handvest kan hij betogen dat het litigieuze besluit gerechtvaardigd is omdat het de continuïteit van de ondernemingsactiviteiten van ThyssenKrupp waarborgt. Uiteraard zal zij dan ook nog de geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid van het besluit moeten aantonen. Feiten en omstandigheden die hem daarbij kunnen helpen zijn o.a. de ruime meerderheid waarmee het besluit door de algemene vergadering is aangenomen, en de koppeling van het benoemingsrecht aan de omvang van de kapitaaldeelneming.[122]

157. Een tweede (en laatste) voorbeeld is gebaseerd op de overnameperikelen rond KPN. Kort de feiten. América Móvil, een Mexicaans telecombedrijf, kondigt op 9 augustus 2013 aan dat zij KPN wil overnemen. Voor de Nederlandse onderneming komt het nieuws onverwacht; América Móvil (op dat moment reeds houder van 29,77% van de aandelen) heeft haar niet geconsulteerd. Omdat de intenties van het Mexicaanse bedrijf verder onduidelijk blijven, werpt de Stichting Preferente Aandelen B KPN op 29 augustus 2013 een beschermingswal op: door de uitoefening van een (in 1994) toegekende call optie verkrijgt zij bijna 50% van de stemmen in de algemene vergadering van KPN. Een overname is daarmee (voorlopig) van de baan. Stel dat – in afwijking van de realiteit – América Movil naar de Nederlandse rechter stapt en opheffing van deze beschermingsconstructie eist. Grondslag voor de vordering is het direct horizontaal werkende art. 63 VWEU, dat zich verzet tegen (rechts)handelingen die het voor investeerders uit andere lidstaten én derde landen minder aantrekkelijk maken om te participeren in het kapitaal van een vennootschap.[123] Beroept (de Stichting Preferente Aandelen B) KPN zich ter rechtvaardiging op argumenten die zijn te herleiden tot art. 16 Handvest (bescherming van de continuïteit van de onderneming), dan zal de

122 Vgl. LG Essen 29 juni 2007, Az. 45 O 15/07: 'Das Sonderrecht führt auch nicht zu einer unangemessenen Bevorzugung der Stiftung. Der Umfang des Entsenderechtes entspricht zwar nicht rein rechnerisch dem Kapitalanteil der Stiftung. 25,1% Kapitalanteil entsprechen 2,51 Aufsichtsratsmitgliedern. Erst ein 30 prozentiger Kapitalanteil würde der Anzahl von 3 Aufsichtsmitgliedern entsprechen. Dieses Zahlenbeispiel macht deutlich, dass das der Stiftung eingeräumte Sonderrecht nur geringfügig vom Verhältnis Kapitalanteil – Mitgliederanzahl abweicht.'

123 Hoewel beschermingsconstructies zowel de vestigingsvrijheid als de kapitaalvrijheid kunnen beperken, toetst het Hof ze doorgaans slechts aan art. 63 VWEU. Zie bijv. HvJ EG 4 juni 2002, C-367/98, *Jurispr.* 2002, p. I-4731 (Commissie/Portugal); HvJ EG 13 mei 2003, C-98/01, *Jurispr.* 2003, p. I-4641 (Commissie/Verenigd Koninkrijk), r.o. 52. In het onderhavige geval zou art. 49 VWEU overigens ook niet van toepassing zijn omdat América Móvil een (Mexicaanse) vennootschap is die niet voldoet aan de criteria van art. 54 VWEU.

Nederlandse rechter in het licht van alle concrete omstandigheden de geschiktheid, noodzakelijkheid en redelijkheid van de beschermingsconstructie moeten beoordelen. Op zichzelf is dat niet verrassend of nieuw: naar nationaal recht zou hij eveneens aan de hand van de omstandigheden van het geval hebben moeten onderzoeken of de beschermingsmaatregel geoorloofd is.[124] Art. 63 VWEU noopt hem echter wel tot andere opbouw van zijn redering. Is naar Nederlands recht het gebruik van een beschermingsconstructie in beginsel geoorloofd (mits noodzakelijk met het oog op o.a. 'de continuïteit van (het beleid van) de vennootschap en de belangen van degenen die daarbij betrokken zijn'),[125] naar Europees recht geldt juist dat het treffen en handhaven ervan in principe is verboden (tenzij objectief gerechtvaardigd). Gevolg is dat wellicht minder snel geoordeeld kan worden dat een met art. 63 VWEU strijdige beschermingsconstructies is toegestaan.[126] Wat daar verder ook van zij, de rechter die de (in beginsel) verboden beschermingsmaatregel van KPN's beschermingsstichting moet toetsen aan het Europeesrechtelijke evenredigheidsbeginsel, kan inspiratie putten uit de RNA-beschikking waarin de Hoge Raad bepaalde dat bij de beantwoording van de vraag of het *treffen* van een beschermingsmaatregel gerechtvaardigd is 'met name (zal) moeten worden afgewogen of het bestuur van de vennootschap die doelwit is van een poging tot overname, in redelijkheid heeft kunnen oordelen dat het nemen van de beschermingsmaatregel noodzakelijk was teneinde in afwachting van de uitkomst van verder overleg met de partij die de zeggenschap poogt over te nemen, en met andere betrokkenen de status quo te handhaven en aldus te voorkomen dat – zonder voldoende overleg – wijzigingen worden gebracht in de samenstelling van het bestuur of in het tot dan toe gevoerde beleid van de onderneming, welke wijzigingen naar het oordeel van het bestuur van de vennootschap [of, in dit geval, de beschermingsstichting; *RvL*] niet in het belang zouden zijn van de onderneming of van degenen die bij de onderneming betrokken zijn'.[127] Naar Nederlands recht mag een beschermingsconstructie derhalve in twee situaties worden getroffen: indien de overnemer geen of onvoldoende gelegenheid tot overleg heeft geboden (alsdan vormt zij een instrument om overleg te realiseren), en wanneer aannemelijk is dat de overnemer de belangen van de ondernemer ernstig zal schaden.[128] Uit de RNA-beschikking volgt ook dat voor de beantwoording van de vraag of het vooralsnog *handhaven* van een

124 Vgl. HR 18 april 2003, *NJ* 2003/286, m.nt. J.M.M. Maeijer (RNA), r.o. 3.7.
125 *Ibid.*
126 Vgl. Sieburgh 2011, p. 220-221.
127 HR 18 april 2003, *NJ* 2003/286, m.nt. J.M.M. Maeijer (RNA), r.o. 3.7.
128 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/635.

beschermingsmaatregel als de onderhavige gerechtvaardigd is 'als maatstaf (zal) moeten gelden of deze maatregel in de gegeven omstandigheden bij een redelijke afweging van de in het geding zijnde belangen (nog) valt binnen de marges van een adequate en proportionele reactie op het dreigende gevaar van een ongewenste overname'.[129] Volgens de Hoge Raad moet daarbij als uitgangspunt worden genomen dat het gedurende een onbepaalde tijd handhaven van een tijdelijke beschermingsconstructie in het algemeen niet gerechtvaardigd zal zijn. Naarmate de tijd verstrijkt zullen de argumenten van het bestuur van de doelvennootschap (of de beschermingsstichting) derhalve van groter gewicht moeten zijn om handhaving van de bescherming te rechtvaardigen.[130]

Het zojuist geschetste nationaalrechtelijke beoordelingskader zal in casu nog moeten worden vertaald naar de Europese context (art. 63 VWEU). Van de nationale rechter die te dezer zake prejudiciële vragen stelt aan het Hof van Justitie mag worden verwacht dat hij (de relevante onderdelen van) zijn nationale (vennootschaps)recht toelicht en aangeeft op welk(e) punt(en) art. 63 VWEU daarmee conflicteert en/of hoe het nationale en Europese recht met elkaar kunnen worden verzoend.[131] Concreet zal hij derhalve eerst moeten signaleren dat private beschermingsconstructies naar nationaal recht gerechtvaardigd kunnen zijn om redenen die in verband kunnen worden gebracht met de door art. 16 Handvest beschermde vrijheid van ondernemerschap, om daarna van het Hof te vernemen of dezelfde argumenten ook kunnen worden aangevoerd ter rechtvaardiging van beschermingsmaatregelen die in strijd zijn met het direct horizontaal werkende art. 63 VWEU.

9.6 Conclusie

158. Een particulier die wordt geconfronteerd met een vordering die haar oorsprong vindt in de directe horizontale werking van een vrijverkeerbepaling moet zich op een passende rechtvaardigingsgrond kunnen beroepen. De verdragsexcepties hebben hem echter weinig te bieden: zij blijken niet (of onvoldoende) toegespitst om in privaatrechtelijke verhoudingen te opereren (par. 9.3). Hetzelfde geldt ook voor de zogenoemde *rule of reason*-excepties (par. 9.4). De (zelfstandige) rechtvaardigingsgrond gelegen in de bescherming van grondrechten biedt daarentegen wél

129 HR 18 april 2003, *NJ* 2003/286, m.nt. J.M.M. Maeijer (RNA), r.o. 3.7.
130 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/635.
131 Vgl. Sieburgh 2009, p. 228-229.

perspectief (par. 9.5). Verschillende grondrechten – denk naast de vrijheid van meningsuiting en vergadering (par. 9.5.1), de vrijheid van overtuiging (par. 9.5.2), het recht op collectieve actie (par. 9.5.3), de contractsvrijheid (par. 9.5.4.1), en de vrijheid om een economische activiteit te verrichten (par. 9.5.4.2) ook nog aan bijvoorbeeld het recht op eigendom (art. 17 Handvest) – laten zich namelijk goed toesnijden op privaatrechtelijke verhoudingen. Een dergelijke afstemming impliceert dat een particulier de schending van een direct horizontaal werkende vrijverkeerbepaling niet kan rechtvaardigen door simpelweg te stellen dat de verdragsinbreuk het gevolg is van de uitoefening van zijn (in fundamentele rechten geconcretiseerde) autonomie: net zoals bijvoorbeeld een met art. 34 VWEU strijdige overeenkomst tussen particulieren niet reeds is geoorloofd omdat zij voortvloeit uit de aanwending van de contractsvrijheid, is een private beschermingsconstructie die in strijd is met art. 63 VWEU niet toelaatbaar op de uitsluitende grond dat zij berust op een autonoom besluit van het bestuur of de algemene vergadering van de vennootschap. Het argument dat een private partij aan een grondrecht kan ontlenen, zal in het concrete geval moeten worden geplaatst naast de argumenten die hun oorsprong vinden in andere relevante privaatrechtelijke en/of Europeesrechtelijke uitgangspunten (bijv. het fundamentele beginsel van vrij verkeer). De daaropvolgende zoektocht naar het juiste evenwicht tussen de betrokken grondprincipes heeft plaats in het kader van de evenredigheidstoets.

HOOFDSTUK 10

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

10.1 Inleiding

159. De Europese Unie brengt een interne markt tot stand, dat wil zeggen een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd. Om deze in art. 26 VWEU geformuleerde doelstelling te verwezenlijken bevat het EU-Werkingsverdrag (onder andere) een aantal fundamentele verboden waarvan oorspronkelijk werd aangenomen dat zij slechts bindend waren voor de lidstaten (d.w.z. publiekrechtelijke instanties, alsmede privaatrechtelijke organisaties wier inrichting en/of handelen door de overheid wordt gecontroleerd): de vrijverkeerbepalingen (art. 34 en 35 VWEU, vrij verkeer van goederen; art. 45 VWEU, vrij verkeer van werknemers; art. 49 VWEU, vrijheid van vestiging; art. 56 VWEU, vrijheid van dienstverrichting; art. 63 VWEU, vrij verkeer van kapitaal). Sinds het arrest *Walrave en Koch* (1974) weten we dat die aanname (deels) incorrect is: de verkeersvrijheden (althans, een aantal ervan) zijn thans ook rechtstreeks van toepassing op bepaalde handelingen van particulieren. Deze dissertatie behelst een jurisprudentie- en literatuuronderzoek naar de uiterste consequenties van deze zogeheten *directe horizontale werking* van de vrijverkeerbepalingen.

10.2 Directe horizontale werking: concept en toepassing in het mededingingsrecht (Deel I)

160. De vrijverkeerbepalingen bezitten directe *verticale* werking, en verlenen (dus) rechten aan particulieren die zij voor de nationale rechter geldend kunnen maken jegens de lidstaten. Klassiek is het geval waarin een burger zich in een procedure tegen de nationale overheid op het standpunt stelt dat een door die overheid uitgevaardigde rechtsregel in strijd is met één van de vrijverkeerbepalingen en dus (gelet op het Europeesrechtelijke beginsel van voorrang) niet kan worden toegepast. Een dergelijke rechtmatigheidstoetsing kan ook plaatsvinden in een geding tussen particulieren, bijvoorbeeld wanneer contractspartijen twisten over de vraag of een nationale regel, die één van beide hindert in de nakoming van zijn verbintenis, verenigbaar is met een verdragsvrijheid

(zie nr. 16). Moet het nationale voorschrift buiten toepassing blijven wegens strijd met de vrijverkeerbepaling in kwestie, dan staat het niet langer aan een succesvolle vordering tot nakoming (of schadevergoeding) in de weg. Aldus werkt de relevante verkeersvrijheid *indirect* door in de private ('horizontale') rechtsverhouding.

De direct verticaal werkende vrijverkeerbepalingen verplichten de lidstaten primair om zelf geen maatregelen te nemen die in strijd zijn met de daarin neergelegde verboden (negatieve plicht). Leest men de verkeersvrijheden in verband met het in art. 4 lid 3 VEU gepostuleerde beginsel van loyale samenwerking, dan houden zij voor de nationale autoriteiten onder omstandigheden tevens de plicht in op te treden tegen door anderen (d.w.z. particulieren) veroorzaakte belemmeringen van het vrije verkeer (zie nr. 17). Ook via deze positieve verplichting kunnen de vrijverkeerbepalingen *indirect* doorwerken in private rechtsverhoudingen.

Een laatste voorbeeld van *indirecte* beïnvloeding is dat waarin een vrijverkeerbepaling (mede) de nationale rechtsregel (bijv. art. 3:40 of 6:162 BW) inkleurt die op de privaatrechtelijke relatie van toepassing is (zie nr. 18).

161. De drie voornoemde gevallen moeten worden onderscheiden van de situatie waarin een vrijverkeerbepaling *rechtstreeks* van toepassing is op een private rechtsverhouding, en aldus leidt tot het ontstaan, de wijziging of het tenietgaan van verbintenissen tussen particulieren (zie nr. 15). Aan de hand van (rechtspraak over) art. 101 en 102 VWEU toont hoofdstuk 3 dat deze zogeheten *directe horizontale werking* van een verdragsbepaling kan leiden tot de nietigheid van rechtshandelingen (nr. 21 en 22), aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad (nr. 23-26), een actie uit onverschuldigde betaling (nr. 27-29) en/of een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking (nr. 30 en 31).

10.3 Directe horizontale werking: interne markt (Deel II)

162. Het tweede deel van deze studie bevat een systematische jurisprudentieanalyse op basis waarvan in de hoofdstukken 5 tot en met 7 is gecalculeerd hoever de directe horizontale werking van de vrijverkeerbepalingen zou *kunnen* reiken (en níet hoever zij zou *moeten* reiken). Het doel daarvan is de privatist meer bewust te maken van de mogelijke evolutie van de Europese rechtspraak, zodat hij daar in zijn hoedanigheid van wetenschapper, advocaat of rechter beter op kan anticiperen.

163. Allereerst is er aandacht voor de jurisprudentie over de directe horizontale werking van art. 45, 49 en 56 VWEU (hoofdstuk 5). Daaruit volgt dat de in die bepalingen vervatte *discriminatie*verboden van toepassing zijn op *collectieve* handelingen van particulieren (zoals regels van sport -en beroepsorganisaties, cao's, stakingsacties). Hun directe horizontale werking steunt op een drietal argumenten, zo blijkt (o.a.) uit het toonaangevende arrest *Walrave en Koch* (zie par. 5.2.1).

Om met het taalkundige te beginnen: de genoemde verboden zijn in algemene bewoordingen gesteld, en richten zich (dus) niet alleen tot de lidstaten (nr. 92). Belangrijker is echter het *effet utile*-argument (vgl. nr. 93-95). De discriminatieverboden van art. 45, 49 en 56 VWEU verliezen aan nuttige werking wanneer zij slechts bindend zouden zijn voor de lidstaten; restricties van het vrije personen- en dienstenverkeer kunnen namelijk ook voortvloeien uit (rechts)handelingen van particulieren. Wat daarbij tevens een rol speelt is dat bepaalde materie in de ene lidstaat wordt beheerst door bepalingen van wet of verordening, terwijl haar regeling in andere lidstaten volledig aan particulieren wordt overgelaten. Een beperking van de discriminatieverboden tot het overheidsoptreden zou ongelijkheid in de toepassing ervan doen ontstaan, en zo afbreuk doen aan hun effectiviteit. Niet de (publieke of private) oorsprong van een (rechts)handeling, maar haar effect op het functioneren van de interne markt is om die redenen doorslaggevend. Ten slotte het derde argument: de in art. 45, 49 en 56 VWEU neergelegde non-discriminatieregel heeft een fundamenteel (dwingend) karakter, en geldt om die reden ook voor collectieve regelingen van particulieren (vgl. nr. 97-101).

In (o.a.) het arrest *Angonese* (zie par. 5.2.5) oordeelde het Hof dat de non-discriminatieregel van art. 45 VWEU ook van toepassing is op *niet-collectieve* (individuele) handelingen van particulieren. Omdat het zich daarbij baseerde op de drie voornoemde argumenten, ligt het voor de hand dat ook de discriminatieverboden van art. 49 en 56 VWEU een dergelijke 'horizontaal' bereik (zullen) bezitten (vgl. nr. 102).

De personen- en dienstenvrijheden zijn in de loop der jaren uitgegroeid van *discriminatie*verboden tot algemene *beperkings*verboden (zie nr. 45, 47 en 51). In die laatste hoedanigheid gelden zij in ieder geval voor *collectieve* handelingen van particulieren. Nog niet beslist is of ook *individuele* (rechts)handelingen van particulieren aan de beperkingsverboden van art. 45, 49 en 56 VWEU kunnen worden getoetst. Nu het Hof bij de vaststelling van de personele reikwijdte van de personen- en dienstenvrijheden geen onderscheid maakt tussen de daarin neergelegde discriminatie- en beperkingsverboden (zie met name het in par. 5.3.1 besproken arrest *Bosman*), valt een ontwikkeling in die richting wel te verwachten

(vgl. nr. 103). Een dergelijke uitbreiding van de directe horizontale werking van art. 45, 49 en 56 VWEU zal het kunnen baseren op de bestaande kernargumenten (vgl. het in par. 5.3.5 behandelde arrest *Viking*, waarin de toepasselijkheid van het *beperkings*verbod van art. 49 VWEU op *collectieve* acties werd onderbouwd met het drietal argumenten op basis waarvan in *Angonese* werd aangenomen dat het *discriminatie*verbod van art. 45 VWEU (ook) van toepassing is op *individuele* overeenkomsten tussen particulieren).

164. Dan de rechtspraak over de verdragsbepalingen inzake het vrije goederenverkeer (hoofdstuk 6). Tot voor kort ontzegde het Hof directe horizontale werking aan art. 34 en 35 VWEU: (rechts)handelingen van particulieren konden naar zijn mening alleen aan de mededingingsvoorschriften worden getoetst. Zie o.a. de arresten *Van de Haar* (par. 6.2.3), *Vereniging van Vlaamse reisbureaus* (par. 6.2.5) en *Sapod Audic* (par. 6.2.7). Aldus maakte het een weinig overtuigend (en niet gemotiveerd) onderscheid tussen deze verdragsbepalingen en de personen- en dienstenvrijheden (die in 'horizontale' gevallen immers wél kunnen samenlopen met de mededingingsvoorschriften). Het arrest *Fra.bo* (zie par. 6.2.8) markeert echter een voorzichtige koerswijziging: niet de oorsprong maar het effect van een private (rechts)handeling lijkt voortaan te bepalen of zij onder de verboden van art. 34 en 35 VWEU valt. Naar verwachting zal het Hof zich bij volgende gelegenheden expliciet bedienen van de argumenten waarop het de directe horizontale werking van art. 45, 49 en 56 VWEU heeft aanvaard (zie nr. 120).

165. Ten slotte de kapitaalvrijheid (hoofdstuk 7). Of art. 63 VWEU directe horizontale werking bezit is onduidelijk; een rechterlijke uitspraak ontbreekt vooralsnog. Wordt het Hof daar in de (nabije) toekomst toe uitgenodigd, dan zal het – indien consequent – de gebondenheid van particulieren aan deze vrijheid aannemen op basis van de argumenten waarop ook de directe horizontale werking van de personen- en dienstenvrijheden (en waarschijnlijk ook de goederenvrijheid) steunt (zie nr. 124).

10.4 Rechtvaardigingsgronden (Deel III)

166. De toekenning van directe horizontale werking aan de vrijverkeerbepalingen bevordert de totstandbrenging van de interne markt. Zij leidt echter ook tot een begrenzing van de partijautonomie: particulieren mogen deze vrijheden in hun rechtsverhouding tot elkaar niet belemme-

ren. Althans in beginsel. De vrijverkeerbepalingen behelzen namelijk geen absoluut verbod; het Verdrag en de rechtspraak voorzien in uitzonderingen. Problematisch is echter dat de (gesloten) categorie van verdragsuitzonderingen en de (open) catalogus van *rule of reason*-excepties zijn toegesneden op de bescherming van het algemeen belang (zie par. 8.2 en 8.3), en (vooralsnog) weinig 'privaatrechtelijke' manoeuvreerruimte bieden (zie par. 9.3 en 9.4). De (naar mijn mening) zelfstandige uitzondering gelegen in de bescherming van fundamentele rechten ((zie par. 8.4) heeft wél het potentieel om (ook) in private rechtsverhoudingen een rol van betekenis te spelen. Zoals in par. 9.5 aan de hand van diverse casus werd getoond liggen in het arsenaal van grondrechten namelijk (aan de partijautonomie gerelateerde) argumenten besloten die een particulier kan aanwenden om de verplichtingen die voor hem voortvloeien uit een (direct horizontaal werkende) vrijverkeerbepaling te construeren of aan te passen op een wijze die recht doet aan het specifieke karakter van de private rechtsverhouding. Neem art. 28 Handvest: een vakorganisatie wier stakingsacties resulteren in een beperking van de vestigings- of dienstenvrijheid vindt in deze bepaling een argument waarmee zij de inbreuk op art. 49 en 56 VWEU kan rechtvaardigen (zie par. 9.5.3). Of kijk naar art. 16 Handvest, dat o.a. de contractsvrijheid beschermt. Private ondernemingen kunnen aan deze bepaling een argument ontlenen ter rechtvaardiging van een overeenkomst die in strijd is met een of meerdere (direct horizontaal werkende) vrijverkeerbepalingen (zie par. 9.5.4.1). Benadrukt zij evenwel dat het beroep op een grondrecht de schending van een verkeersvrijheid nooit *a priori* kan sauveren: de gebondenheid van particulieren aan de verkeersvrijheden zou dan immers verworden tot een lege huls. Of het kans van slagen heeft, moet (dus) worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Die beoordeling wordt (normaliter) verricht door de nationale rechter, en vindt plaats binnen het kader van de drieledige evenredigheidstoets: het autonome handelen van een particulier moet geschikt en noodzakelijk zijn om het nagestreefde individuele belang te bereiken, en dat (in een grondrecht weerspiegeld) belang dient in redelijke verhouding te staan tot de aangetaste (door de vrijverkeerbepalingen beschermde) belangen van anderen. Factoren die daarbij een rol kunnen spelen zijn o.a. de hoedanigheid van en de verhouding tussen partijen (incl. derden), de aard en omvang van de betrokken belangen, en de (on)mogelijkheid om deze belangen te behartigen op een wijze die even effectief doch minder nadelig is voor anderen.

10.5 Tot besluit

167. De vrijverkeerbepalingen stellen de privatist voor nieuwe uitdagingen. Hun vermogen om rechtstreeks – en op steeds grotere schaal – door te werken in rechtsverhoudingen tussen particulieren kan niet langer worden genegeerd (zie Deel II). Ook voor de beoefenaar van het EU-recht noopt de directe horizontale werking van de verkeersvrijheden tot een verruiming van het blikveld. Hij zal zich moeten realiseren dat de bestaande (on)geschreven rechtvaardigingsgronden te weinig zijn toegesneden op privaatrechtelijke verhoudingen, en dat grondrechten in dat verband een belangrijkere rol moeten krijgen toebedeeld (zie Deel III). Hoewel beide groepen zich wellicht niet comfortabel voelen bij die boodschap, zullen zij met elkaar in dialoog moeten treden over de wijze waarop de eisen die voortvloeien uit de Unierechtelijke verkeersvrijheden kunnen worden afgestemd en verzoend met de elementaire beginselen van het privaatrecht. Dit proefschrift biedt daartoe een aanzet.

SUMMARY

Introduction

The European Union has brought about an internal market, that is, an area without internal frontiers, in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured (cf. Article 26(2) TFEU). To accomplish this objective, the TFEU includes, *inter alia*, several prohibitions which were originally assumed to only be binding on the Member States (i.e. public bodies, as well as private organisations whose set-up and/or conduct are controlled by the government): the fundamental freedoms (Articles 34 and 35 TFEU, free movement of goods; Article 45 TFEU, free movement of workers; Article 49 TFEU, freedom of establishment; Article 56 TFEU, free movement of services; Article 63 TFEU, free movement of capital). Since the judgment in *Walrave and Koch* (1974), we know that this assumption is (partly) mistaken: the free movement provisions (or at least some of them) apply directly to certain acts of private parties, too. The dissertation at hand explores the utmost consequences of this *direct horizontal effec*t of the fundamental freedoms.

Direct horizontal effect: concept and application in competition law (Part I)

The Treaty provisions on free movement have direct *vertical* effect and therefore grant rights to private individuals which they can enforce against the Member States before the national courts. The classic situation is that of a citizen who, in proceedings against the national government, asserts that a legal rule promulgated by that government is contrary to one of the free movement provisions and, hence, in light of the European-law supremacy principle, cannot be applied. Such a legality review can also occur in proceedings between private parties, say, if contracting parties disagree about whether a national rule, which precludes one of the two parties from fulfilling its obligation, is consistent with a Treaty freedom (see No. 16). If the national rule cannot be applied because it is at odds with the free movement provision in question, it will no longer thwart a claim for specific performance (or damages). In this way, then, the relevant

fundamental freedom *indirectly* impacts the private ('horizontal') legal relationship.

The directly vertically effective Treaty provisions on free movement primarily oblige the Member States not to take measures which conflict with the prohibitions laid down in these provisions (negative obligation). If the fundamental freedoms are read in conjunction with the principle of sincere cooperation posited in Article 4(3) TEU, then they likewise oblige the national authorities to take action under certain circumstances against impediments to free movement caused by others (that is, private persons) (see No. 17). Through this positive obligation, the free movement provisions can *indirectly* affect private legal relationships.

A final example of *indirect* influence occurs when a free movement provision partly fleshes out the national legal rule (for instance, Article 3:40 or 6:162 of the Dutch Civil Code) applicable to the private-law relationship (see No. 18).

The three situations mentioned above must be distinguished from the situation in which a free movement provision *directly* applies to a private-law relationship and consequently results in obligations between individuals being created, modified or nullified (see No. 15). Based on the case law concerning Articles 101 and 102 TFEU, Chapter 3 shows that this so-called direct horizontal effect of a Treaty provision can cause legal acts to be void (No. 21 and 22), create liability under tort (No. 23-26), and give rise to an action for undue payment (No. 27-29) and/or a claim for unjust enrichment (No. 30 and 31).

Direct horizontal effect: internal market (Part II)

The second part of this studie contains a systematic analysis of the jurisprudence of the European Court of Justice (ECJ), on the basis of which it is calculated (in Chapters 5, 6 and 7) how far the direct horizontal effect of the fundamental freedoms *could* reach (not how far it *should* reach). If practitioners of private law are more aware of the possible evolution of the European case law, they will better be able to anticipate to future developments (whether as a scholar, a lawyer or a magistrate).

Chapter 5 investigates the direct horizontal effect of Articles 45, 49 and 56 TFEU. From the relevant case law of the ECJ it follows that the prohibitions on *discrimination* contained in those provisions apply to *collective* acts by private individuals (such as the rules of professional (sports) organisations,

collective bargaining agreements and strike actions). Their direct horizontal effect is based on three arguments, as is evident from, *inter alia*, the leading decision *Walrave and Koch* (see Section 5.2.1).

First the linguistic aspect: the aforementioned prohibitions are stated in general words and are thus not solely directed at the Member States (No. 92). The '*effet utile*' argument is more important, though (cf. No. 93-95). The discrimination prohibitions in Articles 45, 49 and 56 TFEU would lose their ´useful effect' if they were merely binding on the Member States, since restrictions on the free movement of persons and services can also come about from (legal) acts of private parties. Another factor in this respect is that certain subject matter may be governed by provisions under laws or regulations in the one Member State, while, in other Member States, this may be left entirely to private individuals. Limiting the discrimination prohibitions to government action would result in dissimilar application of these prohibitions, thereby undermining their effectiveness. For this reason, it is not the public or private origin of an act that is decisive, but rather, its effect on the internal market's operation. The final, third argument is that the non-discrimination rule laid down in Articles 45, 49 and 56 TFEU is of a mandatory nature, and, for this reason, applies to collective acts of private persons as well (cf. No. 97-101).

In its *Angonese* judgment (see Section 5.2.5), the ECJ held that the non-discrimination rule enshrined in Article 45 TFEU also applies to *non-collective* (individual) acts of private parties. Because the Court relied on the three arguments mentioned above, it seems logical that the discrimination prohibitions in Articles 49 and 56 TFEU will have such a broad 'horizontal´ scope, too (see No. 102).

Over the years, the Treaty provisions on the free movement of persons and services have developed from prohibitions on *discrimination* to general prohibitions on *restrictions* (see No. 45, 47 and 51). In their latter quality, the prohibitions in any event apply to *collective* acts of private parties. It has not explicitly been decided yet whether *individual* acts can be reviewed against the restriction prohibitions set forth in Articles 45, 49 and 56 TFEU. Since the Court, in determining the personal scope of the freedoms of persons and of services, has not distinguished between the discrimination and restriction prohibitions set out in these Articles (see, in particular, the *Bosman* decision discussed in Section 5.3.1), a move in that direction is likely (see No. 103). It might base such an expansion of the direct horizontal effect of Articles 45, 49 and 56 TFEU on the existing key arguments (cf. the *Viking* judgment analysed in Section 5.3.5, in which the application of Article 49 TFEU's *restriction* prohibition to *collective* actions was supported by the three arguments underlying the assumption in

Angonese that Article 4 TFEU's *discrimination* prohibition also applied to *individual* agreements between private persons).

In Chapter 6, the case law on the Treaty provisions concerning the free movement of goods was analysed. Until recently, the ECJ had ruled that Articles 34 and 35 TFEU did not produce direct horizontal effect; acts by private individuals could, in its view, only be reviewed against the competition rules. See, for example, *Van de Haar* (Section 6.2.3), *Vereniging van Vlaamse reisbureaus* (Section 6.2.5) and *Sapod Audic* (Section 6.2.7). Accordingly, the Court made an unconvincing (and unsubstantiated) distinction between these Treaty provisions and the prohibitions laid down in Articles 45, 49 and 56 TFEU (which, after all, in 'horizontal' cases, *can* converge with the competition rules). *Fra.bo* (see Section 6.2.8), though, represented a cautious change in direction: from now on, it is probably not the origin, but the effect, of a private act which determines whether it falls under the prohibitions in Articles 34 and 35 TFEU. The expectation is that, on some future occasion, the Court will explicitly make use of the arguments on which the direct horizontal effect of Articles 45, 49 and 56 TFEU has been accepted (see no. 120).

Finally, attention was paid to the Treaty provision on the free movement of capital (Chapter 7). Whether Article 63 TFEU has direct horizontal effect is unclear, as there has been no ECJ decision on this yet. If the Court is invited to take up this issue in the future, it will likely find that private individuals are bound by this freedom, based on the arguments on which the direct horizontal effect of the Treaty provisions on the free movement of persons and services (and probably freedom of goods as well) is predicated (see No. 124).

Justification grounds (Part III)

When direct horizontal effect is accorded to the fundamental freedoms, this will boost the formation of the internal market. Yet it will also limit party autonomy: private parties will no longer be able to curtail these freedoms in their legal relationships with each other – at least not in principle. Specifically, the free movement provisions do not entail an absolute prohibition; the Treaty and the case law provide for exceptions. A problem, though, is that the closed category of Treaty exceptions and the open catalogue of rule of reason-exceptions are tailored to protecting the public interest (see Sections 8.2 and 8.3) and, at this point, do not offer

much 'private-law' manoeuvring room (see Sections 9.3 and 9.4). The – from my standpoint – independent exception pertaining to protecting fundamental rights (see Section 8.4) *does* have the potential to play a significant role in private legal relationships. As demonstrated in Section 9.5 through several different examples, arguments (relating to party autonomy) can be plucked out of the arsenal of fundamental rights which a private person can utilise to construe or modify the obligations ensuing for him from a fundamental freedom (with direct horizontal effect) in a way which does justice to the specific nature of the private legal relationship. Take, for instance, Article 28 of the Charter; a trade union whose strike actions curtail the freedom of establishment or services can tease out an argument from this provision to justify its infringement of Articles 49 and 56 TFEU (see Section 9.5.3). Or consider Article 16 of the Charter, which protects, *inter alia*, freedom of contract. Private individuals (undertakings) can derive an argument from this provision to justify an agreement that is inconsistent with one or more free movement provisions having direct horizontal effect (see Section 9.5.4.1). It should be emphasised, however, that the invocation of a fundamental right can never *a priori* legitimise the infringement of a particular freedom, since the obligation of private individuals to respect the freedoms would then be reduced to an empty shell. Whether the invocation of a fundamental right has a chance of succeeding must therefore be assessed based on all the circumstances of the case. Typically, this assessment will be performed by the national court and will take place within the context of the three-part proportionality test: the autonomous conduct of a private party must be suitable and necessary to achieve the desired individual interest, and this interest (reflected in a fundamental right) must be proportional (*stricto sensu*) to the affected interests of others (which are protected by the free movement provisions). Among the factors which may come into play here are the capacity of and the relationship between parties (including third parties), the nature and scope of the interests concerned, and the (im)possibility of promoting these interests in a manner which is equally effective for yet less detrimental to others.

Final remark

The fundamental freedoms confront practitioners of civil law with new challenges, as the ability of these Treaty provisions to directly (and increasingly) impact private-law relationships can no longer be ignored (cf. Part II). Practitioners of EU law have to broaden their perspective too: not only do they have to acknowledge that the existing (un)written

justification grounds are not (sufficiently) tailored to private-law relationships, they should also realise that fundamental rights must therefore play a more important role in this respect (cf. Part III). Although both groups will probably not feel very comfortable with this message, they must join forces to find a way in which the requirements ensuing from the Treaty provisions on free movement can be geared to and reconciled with elementary principles of private law. This dissertation instigates such an interdisciplinary dialogue.

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Ahlfeld 1997

M. Ahlfeld, *Zwingende Erfordernisse im Sinne der Cassis-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 30 EGV. Anwedungsbereiche – Einzelstaaliche Regelungsspielräume – Quellen*, Baden-Baden: Nomos 1997.

Ambtenbrink & Vedder 2013

F. Ambtenbrink, H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Aronstein 2011

I.V. Aronstein, 'De rol van het evenredigheidsbeginsel in Europees en Nederlands privaatrecht', *WPNR* 2011, p. 816-822.

Asser/Hartkamp 3-I* 2011

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2010

A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014

A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011

A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2011.

Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009
J.M.M. Maeijer, G. Van Solinge, M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel II. De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser/Scholten 1974 (Algemeen deel*)
P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

Asser/Vranken 1995 (Algemeen deel)**
J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Baquero Cruz 1999
J. Baquero Cruz, 'Free Movement and Private Autonomy', *ELR* 1999, p. 603-620.

Baquero Cruz 2002
J. Baquero Cruz, *Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Community*, Oxford: Hart Publishing 2002.

Barents 2009
R. Barents, 'De voorrang van unierecht in het perspectief van constitutioneel pluralisme', *SEW* 2009, p. 44-53.

Barents 2010
R. Barents, 'Van Gend & Loos en Costa/ENEL', in: T.W.B. Beukers, H.J. van Harten, S. Prechal (red.), *Het recht van de Europese Unie in 50 klassieke arresten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 22-28.

Barents & Brinkhorst 2012
R. Barents, L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2012.

Barnard 2001
C. Barnard, 'Fitting the Remaining Pieces into the Goods and Persons Jigsaw?', *ELR* 2001, p. 35-59.

Barnard 2009
C. Barnard, 'Trailing a New Approach to Free Movement of Goods?', *CLJ* 2009, p. 288-290.

Barnard 2013
C. Barnard, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford: Oxford University Press 2013.

Bernitz & Reich 2011
U. Bernitz, N. Reich, 'Case No. A 268/04, The Labour Court, Sweden (Arbetsdomstolen) Judgment No. 89/09 of 2 December 2009, *Laval un Partneri Ltd.* v. *Svenska Bygggnadsarbetareforbundet et al.*', *CMLR* 2011, p. 603-623.

Van den Bogaert 2000
S.C.G. van den Bogaert, 'The Court of Justice on the Tatami: Ippon, Waza-Ari or Koka?', *ELR* 2000, p. 558.

Van den Bogaert 2002
S.C.G. van den Bogaert, 'Horizontality: The Court Attacks?', in: C. Barnard & J. Scott (red.), *The Legal Foundations of the Single market: Unpacking the Premises*, Oxford: Hart 2002, p. 123-152.

Van den Bogaert 2010a
S.C.G. van den Bogaert, 'Bosman: The Genesis of European Sports Law', in: M. Poiares Maduro, L. Azoulai (red.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford: Hart 2010, p. 488-497.

Van den Bogaert 2010b
S.C.G. van den Bogaert, 'De zaak Bernard: het Hof van Justitie laat opleidingsvergoedingen toe in het voetbal', *NtEr* 2010, p. 265-272.

Bondi 2004
A. Bondi, 'Free trade, a mountain road and the right to protest: European economic freedoms and fundamental individual rights', *EHRLR* 2004, p. 51-61.

Van den Bossche 2007
A. van den Bossche, 'De privaatrechtelijke handhaving van Europese mededingingsregels', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, *deel 42-I*, Deventer: Kluwer 2007, p. 211-241.

Bronkhorst 1976
H.J. Bronkhorst, 'De ontwikkelingen op het gebied van het vestigingsrecht en het vrij verrichten van diensten in de Europese Gemeenschap', *SEW* 1976, p. 330-346.

Brown 2003
C. Brown, 'Case C-112/00, 'Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge/Oostenrijk. Judgment of 12 June 2003, Full Court', *CMLR* 2003, p. 1499-1510.

Bulterman & Kranenborg 2006
M.K. Bulterman, H.R. Kranenborg, 'What if rules on free movement and human rights collide? About laser games and human dignity: the Omega case (Case Comment)', *ELR* 2006, p. 93-101.

De Búrca 1994
G. de Búrca, 'The Principle of Proportionality and its Application in EC Law', in: A. Barav, D.A. Wyatt (red.), *Yearbook of European Law 1993*, Oxford: Clarendon Press 1994, p. 105-150.

Cartabia 2013
M. Cartabia, 'Fundamental Rights and the Relationship among the Court of Justice, the National Supreme Courts and the Strasbourg Court', in: *Actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, Luxemburg: Office des publications de l'Union européenne 2013, p. 155-168.

Chalmers 1994
D. Chalmers, 'Repackaging the Internal Market - The Ramifications of the Keck Judgment', *ELR* 1994, p. 385-403.

Comparato & Micklitz 2013
G. Comparato, H.-W. Micklitz, 'Regulated Autonomy between Market Freedoms and Fundamental Rights in the Case Law of the CJEU', in: U. Bernitz, X. Groussot, F. Schulyok (red.), *General*

Principles of EU Law and European Private Law, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2013, p. 121-153.

Craig 1992
P.P. Craig, 'Once upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law', *OJLS* 1992, p. 453-479.

Craig 2009
P.P. Craig, 'The legal effect of Directives: policy, rules and exceptions', *ELR* 2009, p. 349-377.

Craig & De Búrca 2011
P.P. Craig, G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2011.

Craig 2012
P.P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press 2012.

Crisham 1977
C.A. Crisham, 'Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, Case No. 43/75. Preliminary ruling of April 8, 1976, on request of the Cour du Travail, Brussels (1976) E.C.R, 455', *CMLR* 1977, p. 108-118.

Van Damme & Janssens 1977
J.A. van Damme, Th. Janssens, 'Zaak 90/76 S.R.L. Ufficio Van Ameyde en S.R.L. Ufficio Centrale Italiano di Assistenza assicurativa automobilisti in circolazione internazionale (U.C.I.)', *SEW* 1977, p. 882-889.

Davies 2008
A.C.L. Davies, 'One Step Forward, Two steps Back? The *Viking* and *Laval* Cases in the ECJ', *ILJ* 2008, p. 126-148.

Davies 2013
G. Davies, 'Freedom of Contract and the Horizontal Effect of Free Movement Law', in: D. Leczykiewicz, S. Weatherill, *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford: Hart 2013, p. 53-69.

Dawes 2009
A. Dawes, 'A freedom reborn? The new yet unclear scope of art. 29 EC', *ELR* 2009, p. 639-649.

Delannay 1976
P. Delannay, 'Observations sur l'affaire "Union Cycliste International"', *CDE* 1976, p. 209-226.

Devroe 2007
W. Devroe, 'Impact van door het Europees Hof van Justitie ontwikkelde algemene beginselen op privaatrechtelijke verhoudingen', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, *deel 42-I*, Deventer: Kluwer 2007, p. 133-189.

Devroe & Stuyck 2011
W. Devroe, J.Stuyck, 'De horizontale werking van het (primaire) recht van de Europese Unie en het Belgische vermogensrecht', in: *Preadviezen 2011 Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 241-303.

Dougan 2003
M. Dougan, 'Case C-390/99, Canal Sat´elite Digital, Judgment of the Court of Justice of 22 January 2002, (not yet reported). Full Court. Case C-159/00, Sapod Audic v. Eco-Emballages, Judgment of the Court of Justice of 6 June 2002, (not yet reported). Fifth Chamber', *CMLR* 2003, p. 193-218.

Edward 1998
D. Edward, 'Direct Effect, the Separation of Powers and the Judicial Enforcement of Obligations', in: *Scritti in Onore di Giuseppe Federico Mancini, II, Diritto dell'Unione Europea*, Milaan: Giuffrè 1998, p. 423-443.

Fierstra 2013
M.A. Fierstra, 'Åkerberg Fransson: ruim toepassingsgebied van Handvest op handelingen van lidstaten', *NtEr* 2013, p. 197-205.

Fleuren 2004

J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Förster 2007

P. Förster, *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten. Zur Dogmatik des Adressatenkreises von Pflichten aus EG-Grundfreiheiten*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2007.

Ganten 2000

T.O. Ganten, *Die Drittwirkung der Grundfreiheiten*, Berlijn: Duncker & Humblot 2000.

Gebauer & Wiedmann 2010

M. Gebauer, Th. Wiedmann (red.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss. Die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze Kommentierung der wichtigsten EU-Verordnungen*, Stuttgart: Boorberg 2010.

Gerards & Sieburgh 2013

J.H. Gerards, C.H. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013.

Van Gerven 1991

W. van Gerven, 'Het evenredigheidsbeginsel: een beginsel met een groot verleden en een grote toekomst', in: B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), *In het nu, wat worden zal* (Schoordijk-bundel), Deventer: Kluwer 1991.

Van Gerven 2000

W. van Gerven, 'Of Rights, Remedies and Procedures', *CMLR* 2000, p. 501–536.

Van Gerven & Lierman 2010

W. van Gerven, S. Lierman, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht I. Algemeen Deel. Veertig jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen: Kluwer 2010.

Van Gestel & Micklitz 2013
R. van Gestel, H.-W. Micklitz, 'European integration through standardization: How judicial review is breaking down the club house of private standardization bodies', *CMLR* 2013, p. 145–181.

Gori 2013
P. Gori, 'Souvenirs d'un survivant', in: *Actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, Luxemburg: Office des publications de l'Union européenne 2013, p. 29-35.

Graber 2002
R. Graber, *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten. Eine Untersuchung anhand einer Auslegung des EG-Vertrages, der Rechtsprechung des Gerichtshofes und der Folgen einer angenommenen unmittelbaren Drittwirkung*, München: VVF 2002.

Van der Gronden & Mortelmans 2002
J.W. van der Gronden, K.J.M. Mortelmans, 'Wouters: is het beroep van advocaat een aparte tak van sport?', *AA* 2002, p. 441-465.

Van der Gronden & De Waele 2013
J.W. van der Gronden, H.C.F.J.A. de Waele, 'De wisselwerking tussen vrij verkeer en grondrechten in de EU', in: J.H. Gerards, C.H. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 177-214.

Groussot & Petursson 2012
X. Groussot, G.T. Petursson, 'Balancing as a Judicial Methodology of EU Constitutional Adjudication', in: Mattias Derlén, Johan Lindholm (red.), *Festskrift till Pär Hallström: Volume in Honor of Pär Hallström*, Uppsala: Iustus Förlag 2012, p. 151-183.

Van Harten & Van Hees 2013
H.J. van Harten, S.R.W. van Hees, 'Twisten tussen woningcorporatie en huurder: garandeert het Unierecht een recht op schotelantennes?', *NtEr* 2013, p. 17-24.

Van Harten & Nauta 2013
H. van Harten, T. Nauta, 'Towards horizontal direct effect for the free movement of goods? Comment on Fra.bo', *ELR* 2013, p. 677-694.

Hartkamp 2009
A.S. Hartkamp, 'De werking van het EG-Verdrag in privaatrechtelijke verhoudingen. Opmerkingen over directe en indirecte horizontale werking van het primaire gemeenschapsrecht', *WPNR* 2009, p. 251-264.

Hartkamp 2011a
A.S. Hartkamp, 'The General Principles of EU Law and Private Law', *RabelsZ* 2011, p. 241-259.

Hartkamp 2011b
A.S. Hartkamp, 'De horizontale werking van het (primaire) recht van de Europese Unie in het Nederlandse vermogensrecht', in: *Preadviezen 2011 Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 305-361.

Hartkamp 2011c
A.S. Hartkamp, 'Samenloop in het Europese privaatrecht', in: Th.M. de Boer (red.), *Strikwerda's conclusies. Opstellen aangeboden aan mr. L. Strikwerda ter gelegenheid van zijn afscheid als advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden*, Deventer: Kluwer 2011, p. 153-169.

Hartkamp 2013
A.S. Hartkamp, 'Ontwikkelingen: Het EU-recht en het algemeen deel van het privaatrecht (2012)', *WPNR* 2013, p. 839-844.

Hartkamp 2014a
A.S. Hartkamp, '"Horizontal Effects" (or "Effects in Relationships between Individuals") of EU Law', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, J.S. Kortmann (red.), *The Influence of EU law on Private Law, Volume 81-I*, Deventer: Kluwer 2014, p. 57-71.

Hartkamp 2014b
A.S. Hartkamp, 'EU Law and General Contract Law', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, J.S. Kortmann (red.), *The Influence of EU law on Private Law, Volume 81-I*, Deventer: Kluwer 2014, p. 401-464.

Hartkamp 2014c
A.S. Hartkamp, 'Unjustified enrichment and condictio indebiti in European Union law', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, J.S. Kortmann (red.), *The Influence of EU law on Private Law, Volume 81-I*, Deventer: Kluwer 2014, p. 567-588.

Hartkamp 2014d
A.S. Hartkamp, 'De invloed van het EU Handvest van de grondrechten op het privaatrecht', *WPNR* 2014, p. 961-966.

Hartkamp, Sieburgh & Keus 2007
A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, *deel 42-I*, Deventer: Kluwer 2007.

Hartkamp, Sieburgh, Keus & Kortmann 2014
A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, J.S. Kortmann (red.), *The Influence of EU law on Private Law, Volume 81-I*, Deventer: Kluwer 2014.

Hatzopoulos 1995
V. Hatzopoulos, 'Case C-384/93, Alpine Investments BV v. Minister van Financiën, Judgment of 10 May 1995', *CMLR* 1995, p. 1427-1445.

Van Hoek & Houwerzijl 2008
A.A.H. van Hoek, M.S. Houwerzijl, 'Loonconcurrentie als motor van de interne markt? Een tweeluik – Deel 1: De arresten Viking, laval en Rüffert, verdragsaspecten', *NtEr* 2008, p. 190-205.

Van Holland, *NRC* 13 december 2010
G. van Holland, 'Slim, tactisch en populair bij stayers. Norbert Koch (1932-2010), wielrenner en gangmaker', *NRC* 13 december 2010.

Hondius & Van der Gronden 2009
E.H. Hondius, J.W. van der Gronden, 'Europa verovert het privaatrecht. Boekbespreking Europees privaatrecht', *AA* 2009, p. 424-426.

Hoyer 2013
T.S. Hoyer, 'Directe horizontale werking van primair Unierecht in de praktijk. Een illustratie aan de hand van de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen', *MvV* 2013, p. 340-348.

Ipsen 1972
H.P. Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 1972.

Jaensch 1997
M. Jaensch, *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten. Untersuchung der Verplichtung von Privatpersonen durch Art. 30, 48, 52, 59, 73b EGV*, Baden-Baden: Nomos 1997.

Jans 2000
J.H. Jans, 'Evenredigheid Revisited', *SEW* 2000, p. 270-282.

Jansson & Kalimo 2014
M.S. Jansson, H. Kalimo, 'De minimis meets "market access": Transformations in the substance – and the syntax – of EU free movement law?', *CMLR* 2014, p. 523-558.

Jones 2000
A. Jones, *Restitution and European Community Law*, Londen: Mansfield Press 2000.

Jones & Sufrin 2014
A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2014.

Kapteyn & Verloren van Themaat 2003
P.J.G. Kapteyn, P. Verloren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003.

Karayigit 2011
M.T. Karayigit, 'The horizontal effect of the free movement provisions', *MJ* 2001, p. 303-335.

Kooijmans 2008
P.H. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht in vogelvlucht*, Deventer: Kluwer 2008.

Körber 2004
T. Körber, *Grundfreiheiten und Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2004.

Kortmann 2012
C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2012.

Krenn 2012
C. Krenn, 'A Missing Piece in the Horizontal Effect "Jigsaw": Horizontal Direct Effect and the Free Movement of Goods', *CMLR* 2012, p. 177-216.

Lane & Nic Shuibhne 2000
R. Lane, N. Nic Shuibhne, 'Case C-281/98, Roman Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA, Judgment of 6 June 2000, not yet reported', *CMLR* 2000, p. 1237-1247.

Lauwaars & Timmermans 2003
R.H. Lauwaars, C.W.A. Timmermans, *Europees recht in kort bestek*, Deventer: Kluwer 2003.

Lecrenier 1985
S. Lecrenier, 'Les articles 30 et suivants CEE et les procédures de controle prévues par la directive 83/189/EEC', *RMC* 1985, p. 6-23.

Leczykiewicz 2013
D. Leczykiewicz, 'Horizontal application of the Charter of Fundamental rights', *ELR* 2013, p. 479-497.

Lenaerts & Van Nuffel 2011
K. Lenaerts, P. Van Nuffel, *European Union Law*, Londen: Sweet & Maxwell 2011.

Lengauer 2011
A. Lengauer, *Drittwirkung von Grundfreiheiten. Ein Beitrag zu dem Konzept des Normadressaten im Gemeinschaftsrecht*, Wenen: Springer 2011.

Van Leuken 2007
R.W.E. van Leuken, 'Zo. Nu eerst een …… passing-on verweer?', *WPNR* 2007, p. 1024-1031 en 1048-1054.

Van Leuken 2009
R.W.E. van Leuken, 'Het verrijkingsbeginsel als grondslag voor een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking tegen de Gemeenschap', *WPNR* 2009, p. 271-272.

Van Leuken 2014a
R.W.E. van Leuken, 'Direct Horizontal Effect of the Fundamental Freedoms' in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, J.S. Kortmann (red.), *The Influence of EU law on Private Law, Volume 81-I*, Deventer: Kluwer 2014, p. 73-93.

Van Leuken 2014b
R.W.E. van Leuken, 'The Internal Market Principle and Private Law', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, J.S. Kortmann (red.), *The Influence of EU law on Private Law, Volume 81-I*, Deventer: Kluwer 2014, p. 315-322.

Ligteringen 2009
I.P.M. Ligteringen, 'Privaatrechtelijke rechtsgevolgen van het Europese kartelverbod voor voortbordurende rechtshandelingen', *WPNR* 2009, p. 76-87.

Löwisch 2009
S. Löwisch, *Die horizontale Direktwirkung der Europaïschen Grundfreiheiten. Zur Frage der unmittelbaren Verplichtung Privater durch die Grundfreiheiten des EG-Vertrages*, Baden-Baden: Nomos 2009.

Luijendijk & Mortelmans 2000
J. Luijendijk, K.J.M. Mortelmans, 'Taaleis in provincie Bolzano wordt discriminerend obstakel voor het vrije verkeer van werknemers', *AA* 2000, p. 804-810.

MacGowan & Quinn 1987
N. MacGowan, M. Quinn, 'Could Article 30 impose obligations on individuals?', *ELR* 1987, p. 163-178.

Marenco 1987
G. Marenco, 'Competition between national economies and competition between businesses – a response to Judge Pescatore', *FordhamIntlLJ* 1987, p. 420-443.

Maresceau 1978
M. Maresceau, *De directe werking van het Europese Gemeenschapsrecht*, Kluwer: Deventer 1978.

Maresceau 1982
M. Maresceau, 'De toepasbaarheid van het Europese recht voor de nationale rechterlijke instanties', *TvPr.* 1982, p. 41-69.

Mattera 1994
A. Mattera, 'De l'arrêt "Dassonville" à l'arrêt "Keck": l'obscure clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions', *RMUE* 1994, p. 117-160.

Meier 1970
G. Meier, 'Der Schutz des Marktbürgers durch das Diskriminierungsverbot des Art. 7 Abs. 1 EWGV', *ZHW* 1970, p. 61-99.

Mertens de Wilmars 1969
J. Mertens de Wilmars, 'De directe werking van het Europese recht', *SEW* 1969, p. 62-81.

Mok 2007
M.R. Mok, 'Regels betreffende de mededinging. Kartelrecht en bepalingen over staatssteun', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, *deel 42-I*, Deventer: Kluwer 2007, p. 561-600.

De Mol 2014
M. de Mol, *De directe werking van de grondrechten van de Europese Unie* (diss. Maastricht), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014.

Mon. BW A30 (Keus)
L.A.D. Keus, *Europees privaatrecht*, Monografieën BW A30, Deventer: Kluwer 2010.

Mon. Nieuw BW A21 (Boukema)
C.A. Boukema, *Samenloop*, Monografieën Nieuw BW A21, Deventer: Kluwer 1992.

Van de Moosdijk 2013
M.M.C. van de Moosdijk, 'Het verrijkingsbeginsel en de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Europese Unie', *WPNR* 2013, p. 420-427.

Mortelmans 1991
K.J.M. Mortelmans, 'Article 30 of the EEC Treaty and legislation relating to market circumstances: time to consider a new definition?' *CMLR* 1991, p. 115-136.

Mortelmans 1996
K.J.M. Mortelmans, 'Annotatie van Zaak C-415/93, KBVB, Royal Club Liégeois, UEFA t. Bosman', *SEW* 1996, p. 141-149.

Mortelmans 2002
K.J.M. Mortelmans, 'De horizontale werking van de vrijverkeersbepalingen inzake goederen. Een baanbrekende uitspraak van (de Vijfde Kamer van) het Hof van Justitie?', *AA* 2002, p. 731-740.

Mortelmans 2010
K.J.M. Mortelmans, 'Annotatie bij het arrest Walrave Koch', in: T.W.B. Beukers, H.J. van Harten, S. Prechal (red.), *Het recht van de Europese Unie in 50 klassieke arresten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 103-107.

Nic Shuibhne 2010
N. Nic Shuibhne, 'Settling dust? Reflections on the Judgments in Viking and Laval', *EBLR* 2010, p. 681-703.

Nic Shuibhne 2012
N. Nic Shuibhne, 'The Treaty is coming to get you…', *ELR* 2012, p. 367-368.

Nicolai, *Die Welt* 23 augustus 2013
B. Nicolai, 'Schleusenwärter wollen historischen Streik beenden', *Die Welt* 23 augustus 2013.

Nieuwenhuis 1979
J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979.

Van Nuffel 1996
P. van Nuffel, 'Case Law: Bosman', *CJEL* 1996, p. 345-359.

O'Keeffe & Osborne 1996
D. O'Keeffe, P. Osborne, L'affaire Bosman: un arrêt important pour le bon fonctionnement du Marché unique européen, *RMUE* 1996, p. 17-44.

Oliver 2013
P.J. Oliver, 'What Purpose Does Article 16 of the Charter Serve?' in: U. Bernitz, X. Groussot, F. Schulyok (red.), *General Principles of EU Law and European Private Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2013, p. 281-300.

Oliver e.a. 2010
P.J. Oliver, S. Enchelmaier, M. Jarvis, A. Johnston, S. Norberg, C Stothers, S. Weatherill, *Oliver on Free Movement of Goods in the European Union*, Oxford: Hart 2010.

Oliver & Roth 2004
P.J. Oliver, W.-H. Roth, 'The Internal Market and the Four Freedoms', *CMLR* 2004, p. 407-441.

Oliver & Enchelmaier 2007
P.J. Oliver, S. Enchelmaier, 'Free movement of goods: Recent developments in the case law', *CMLR* 2007, p. 649-704.

Perner 2013
S. Perner, *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2013.

Pescatore 1981
P. Pescatore, 'Aspects judiciaires de l'«acquis communautaire»', *RTDE* 1981, p. 617-651.

Pescatore 1983
P. Pescatore, 'The Doctrine of "Direct Effect": An Infant Disease of Community Law', *ELR* 1983, p. 155-177.

Pescatore 2010
P. Pescatore, 'Van Gend en Loos, 3 February 1963 – A View from Within', in: M. Poiares Maduro, L. Azoulai (red.), *The Past and Future of EU Alw. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford: Hart 2010, p. 3-8.

Picod 1998
F. Picod, 'La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges', *RTDE* 1998, p. 169-189.

Pitlo/Raaijmakers 2006
M.J.G.C. Raaijmakers, *Pitlo, Het Nederlands burgerlijk recht, deel 2, Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Poiares Maduro 1998
M. Poiares Maduro, *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford: Hart 1998.

Poiares Maduro & Azoulai 2010
M. Poiares Maduro, L. Azoulai (red.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford: Hart 2010.

Prechal 2000
S. Prechal, 'Does Direct Effect Still Matter?', *CMLR* 2000, p. 1047-1069.

Prechal & De Vries 2008
S. Prechal, S.A. de Vries, 'Viking/Laval en de grondslagen van het internemarktrecht', *SEW* 2008, p. 425-440.

Preedy 2005
K. Preedy, *Die Bindung Privater an die europaïschen Grundfreiheiten. Zur sogenannten Drittwirkung im Europarecht*, Berlijn: Duncker & Humblot 2005.

Rasmussen 2012
M. Rasmussen, 'Establishing a Constitutional Practice of European Law: The History of the Legal Service of the European Executive, 1952–65', *CEH* 2012, p. 375-397.

Reich 1994
N. Reich, 'The "November Revolution" of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi Revisited', *CMLR* 1994, p.459-492.

Reich 2008
N. Reich, 'Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union – the Laval and Viking Cases before the ECJ', *GLJ* 2008, p. 125-161.

Roth 1995
W.-H. Roth, 'Drittwirkung der Grundfreiheiten?', in: O. Due, M. Lutter, J. Schwarze (red.), *Festschrift für Ulrich Everling*, Baden-Baden: Nomos 1995, p. 1231-1247.

Roth 2010
W.-H. Roth, 'Case-205/07, Lodewijk Gijsbrechts, Santurel Inter BVBA, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 16 December 2008, not yet reported', *CMLR* 2010, p. 509-520.

Sarmiento 2013
D. Sarmiento, 'Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe', *CMLR* 2013, p. 1267-1304.

Schaefer 1987
D. Schaefer, *Die unmittelbare Wirkung des Verbots der nichttarifären Handelshemmnisse (Art. 30 EWGV) in den Rechtsbeziehungen zwischen Privaten*, Frankfurt am Main: Peter Lang 1987.

Schepel 2013
H. Schepel, 'Freedom of Contract in Free Movement Law: Balancing Rights and Principles in European Public and Private Law', *ERPL* 2013, p. 1211-1230.

Schmahl & Jung 2013
S. Schmahl, F. Jung, 'Horizontale Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit?', *NVwZ* 2013, p. 607-612.

Sieburgh 2004
C.H. Sieburgh, *Tertium datur. De niet uitgesloten derde in het burgerlijk recht* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004.

Sieburgh 2009
C.H. Sieburgh, 'Western Law of Contract', in: M. Bussani, F. Werro (red.), *European Private law. A Handbook, Volume I*, Bern: Stämpfli 2009, p. 161-201.

Sieburgh 2011
C.H. Sieburgh, 'Legitimiteit van de confrontatie van Europees recht en burgerlijk recht van nationale origine', in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2011-1), Deventer: Kluwer 2011, p. 187-242.

Sieburgh 2012
C.H. Sieburgh, 'Principles in Private Law: From Luxury to Necessity – Multi-layered Legal Systems and the Generative Force of Principles', *ERPL* 2012, p. 295-312.

Sieburgh 2013a
C.H. Sieburgh, 'General principles and the Charter in private law relationships. Constructive and critical input from private law', in: U. Bernitz, X. Groussot, F. Schulyok (red.), *General Principles of EU Law and European Private Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2013, p. 233-247.

Sieburgh 2013b
C.H. Sieburgh, 'A Method to Substantively Guide the Involvement of EU Law in Private Law Matters', *ERPL* 2013, p. 1165-1188.

Sieburgh 2014a
C.H. Sieburgh, 'EU Law and Non-Contractual Liability of the Union, Member States and Individuals', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, J.S. Kortmann (red.), *The Influence of EU law on Private Law', Volume 81-I*, Deventer: Kluwer 2014, p. 465-542.

Sieburgh 2014b
C.H. Sieburgh, 'The Union-Law Principle of Equality and Its Effect on Private Law', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, J.S. Kortmann (red.), *The Influence of EU law on Private Law, Volume 81-I*, Deventer: Kluwer 2014, p. 275-291.

Sieburgh 2015
C.H. Sieburgh, 'De invloed van grondrechten op het privaatrecht aangejaagd en versterkt in het kielzog van Unierechtelijke doorwerkingstechnieken', te verschijnen in RMThemis 2015, nr. 1.

Snell 2002
J. Snell, *Goods and Services in EC Law: A Study of the Relationship Between the Freedoms*, Oxford: Oxford University Press 2002.

Snell 2003
J. Snell, 'Private Parties and the Free Movement of Goods and Services', in: M. Andenas en W.-H. Roth (red.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2003, p. 211-243.

Snell 2010
J. Snell, 'The Notion of Market Access: A Concept or a Slogan?', *CMLR* 2010, p. 437-472.

Snell 2011
J. Snell, 'Free Movement of Capital: Evolution as a Non-Linear Process', in: P.P. Craig en G. De Búrca (red.), *The Evolution of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 547-574.

Spaventa 2009
E. Spaventa, 'Leaving Keck behind? The free movement of goods after the rulings in Commission v Italy and Mickelsson and Roos', *ELR* 2009, p. 914-932.

Van der Steen 2001
I. van der Steen, 'Horizontale werking van de vier vrijheden en van het discriminatieverbod van artikel 12 EG', *NtEr* 2001, p. 4-9.

Steindorff 1996
E. Steindorff, *EG-Vertrag und Privatrecht*, Baden-Baden: Nomos 1996.

Strikwerda 2012
L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

Stuyck 2001
J. Stuyck, 'Noot onder zaak C-281/98, R. Angonese t. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA', *SEW* 2001, p. 112-118.

Szydło 2009
M. Szydło, 'Case C-210/06, CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt, Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 16 December 2008, not yet reported', *CMLR* 2009, p. 703-722.

Timmermans 1996
C.W.A. Timmermans, 'Noot onder zaak C-384/93, Alpine Investments t. Minister van Financiën', *SEW* 1996, p. 244-246.

Timmermans 2006
C.W.A. Timmermans, 'Creative Homogeneity', in: M. Johansson, N. Wahl, U. Bernitz (red.), *Liber Amicorum in Honour of Sven Norberg. A European for all seasons*, Brussel: Bruylant 2006, p. 471-484.

Tridimas 2006
T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2006.

Tryfonidou 2010
A. Tryfonidou, 'Further Steps on the Road to Convergence among the Market Freedoms', *ELR* 2010, p. 36-56.

Veldhoen 2013
F. Veldhoen, 'Samenloop in het Europese privaatrecht', *WPNR* 2013, p. 367-374.

Verbruggen 2014
P.W.J. Verbruggen, 'The Impact of Primary EU Law on Private Law Relationships: Horizontal Direct Effect under the Free Movement of Goods and Services', *ERPL* 2014, p. 201-216.

Verloren van Themaat 1967
P. Verloren van Themaat, 'Bevat artikel 30 van het EEG-Verdrag slechts een non-discriminatie-beginsel ten aanzien van invoerbeperkingen?', *SEW* 1967, p. 632-643.

Verloren van Themaat 1977
P. VerLoren van Themaat, 'Nogmaals het Defrenne-arrest: een juiste sprongmutatie in de rechtspraak?', *SEW*, 1977, p. 90-96.

Vossestein 2002
A.J. Vossestein, 'Case C-35/99, Arduino, judgment of 19 February 2000, Full Court; Case C-309/99, Wouters et al. v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, judgment of 19 February 2002, Full Court; not yet reported', *CMLR* 2002, p. 841-863.

Vossestein 2009
G.-J. Vossestein, 'Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting van venootschappen', *NtEr* 2009, p. 184-190.

De Vries 2009
S.A. de Vries, 'Goods revisited', *NtEr* 2009, p. 121-130.

De Vries 2010
S.A. de Vries, 'Over Schotse whisky, Franse likeur en … koffie', in: T.W.B. Beukers, H.J. van Harten, S. Prechal (red.), *Het recht van de Europese Unie in 50 klassieke arresten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 90-97.

De Vries 2013
S.A. de Vries, 'The Protection of Fundamental Rights within Europe's Internal Market after Lisbon – An Endeavour for More Harmony', in: SA. de Vries, U. Bernitz, S. Weatherill (red.), *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon*, Oxford: Hart 2013, p. 59-94.

De Vries & Van Mastrigt 2013
S.A. de Vries, R. van Mastrigt, 'The Horizontal Direct Effect of the Four Freedoms: From a Hodgepodge of Cases to a Seamless Web of Judicial Protection in the EU Single Market?', in: U. Bernitz, X. Groussot, F. Schulyok (red.), *General Principles of EU Law and European Private Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2013, p. 249-280.

Waelbroeck 1987
M. Waelbroeck, 'Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE', in: F. Capotorti, C. Ehlermann, J. Frowein, R. Kovar (red.), *Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden: Nomos 1987, p. 781-803.

Waelbroeck 1994
D. Waelbroeck, 'L'arrêt Keck et Mithouard: Les conséquences pratiques', *JTDE* 1994, p. 161-166.

De Waele 2009
H.C.F.J.A. de Waele, *Rechterlijk activisme en het Europees Hof van Justitie* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

De Waele 2014
H.C.F.J.A. de Waele, 'Horizontale werking van het EU-Grondrechtenhandvest: de kogel lijkt door de kerk', *NtEr* 2014, p. 158-164.

De Waele & Kieft 2010
H.C.F.J.A. de Waele, I. Kieft, 'De doorwerking van richtlijnen en algemene beginselen van EU-recht', *NtEr* 2010, p. 170-178.

Weatherill 1996a
S. Weatherill, 'After Keck: Some Thoughts on How to Clarify the Clarification', *CMLR* 1996, p. 885-906.

Weatherill 1996b
S. Weatherill, 'Union Royale Belge des Sociétés de Football Association ASBL v. Jean-Marc Bosman; Royal Club Liégeois SA v. Jean-Marc Bosman, SA d'Economie Mixte Sportive de l'Union Sportive du Littoral de Dunkerque, Union Royale Belge des Sociétés de Football Association ASBL, Union des Associations Européennes de Football; Union des Associations Européennes de Football v. Jean-Marc Bosman. Article 177 reference by the Cour d'Appel, Liège, on the interpretation of Articles 48, 85 and 86 EC. Judgment of the European Court of Justice of 15 December 1995', *CMLR* 1996, p. 991-1033.

Weiler 2013
J.H.H. Weiler, 'Revisiting Van Gend en Loos: Subjectifying and Objectifying the Individual', in: *Actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, Luxemburg: Office des publications de l'Union européenne 2013, p. 11-21.

White 1989
E.L. White, 'In Search of the Limits to Article 30 of the EEC Treaty', *CMLR* 1989, p. 235-280.

De Witte 2011
B. de Witte, 'Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order', in: P.P. Craig, G. de Búrca (red.), *The Evolution of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 323-362.

Zandbergen, *de Volkskrant* 27 januari 2001
G. Zandbergen, 'Motoren uit de baan', *de Volkskrant* 27 januari 2001.

Zippro 2009
E.J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009.

Zweigert & Kötz 1998
K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford: Clarendon Press 1998.

JURISPRUDENTIEREGISTER

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HvJ EG 5 februari 1963, 26/62, *Jurispr.* 1963, p. 5, *AA* 1963/64, p. 12, m.nt. W.F. Prins (Van Gend & Loos)
HvJ EG 15 juli 1964, 6/64, *Jurispr.* 1964, p. 1203 (Costa/ENEL)
HvJ EG 3 april 1968, 28/67, *Jurispr.* 1968, p. 204 (Mölkerei-Zentrale Westfalen)
HvJ EG 10 december 1968, 7/68, *Jurispr.* 1968, p. 590 (Commissie/Italië)
HvJ EG 13 februari 1969, 14/68, *Jurispr.* 1969, p. 1 (Walt Wilhelm)
HvJ EG 12 november 1969, 29/69, *Jurispr.* 1969, p. 419 (Stauder)
HvJ EG 17 december 1970, 11/70, *Jurispr.* 1970, p. 1126 (Internationale Handelsgesellschaft)
HvJ EG 8 juni 1971, 78/70, *Jurispr.* 1971, p. 487 (Deutsche Grammophon)
HvJ EG 25 november 1971, 22/71, *Jurispr.* 1971, p. 949 (Béguelin)
HvJ EG 12 juli 1973, 2/73, *Jurispr.* 1973, p. 865 (Geddo)
HvJ EG 12 februari 1974, 152/73, *Jurispr.* 1974, p. 153 (Sotgiu)
HvJ EG 14 mei 1974, 4/73, *Jurispr.* 1974, p. 49 (Nold)
HvJ EG 21 juni 1974, 2/74, *Jurispr.* 1974, p. 631, *NJ* 1974/434 (Reyners)
HvJ EG 11 juli 1974, 8/74, *Jurispr.* 1974, p. 837 (Dassonville)
HvJ EG 3 december 1974, 33/74, *Jurispr.* 1974, p. 1299, *NJ* 1975/129 (Van Binsbergen)
HvJ EG 4 december 1974, 41/74, *Jurispr.* 1974, p. 1337 (Van Duyn)
HvJ EG 4 december 1974, 36/74, *Jurispr.* 1974, p. 1405, *NJ* 1975/148 (Walrave en Koch)
HvJ EG 8 april 1976, 43/75, *Jurispr.* 1976, p. 455, *NJ* 1976/510 (Defrenne II)
HvJ EG 22 juni 1976, 119/75, *Jurispr.* 1976, p. 1039, *NJ* 1977/159 (Terrapin)
HvJ EG 14 juli 1976, 13/76, *Jurispr.* 1976, p. 1333, *NJ* 1977/139 (Donà)
HvJ EG 25 januari 1977, 46/76, *Jurispr.* 1977, p. 5 (Bauhaus)
HvJ EG 3 februari 1977, 53/76, *Jurispr.* 1977, p. 197 (Bouhelier)
HvJ EG 22 maart 1977, 74/76, *Jurispr.* 1977, p. 557 (Iannelli & Volpi/ Meroni)
HvJ EG 9 juni 1977, 90/76, *Jurispr.* 1977, p. 1091 (Van Ameyde)
HvJ EG 27 oktober 1977, 30/77, *Jurispr.* 1977, p. 1999, *NJ* 1978/430 (Bouchereau)
HvJ EG 16 november 1977, 13/77, *Jurispr.* 1977, p. 2115, *NJ* 1978/161 (INNO)
HvJ EG 16 februari 1978, 61/77, *Jurispr.* 1978, p. 417 (Commissie/Ierland)

HvJ EG 9 maart 1978, 106/77, *Jurispr.* 1978, p. 629, *NJ* 1978/656 (Simmenthal)
HvJ EG 10 oktober 1978, 3/78, *Jurispr.* 1978, p. 1823 (Centrafarm)
HvJ EG 23 november 1978, 7/78, *Jurispr.* 1978, p. 2247, *NJ* 1979/440 (Thompson)
HvJ EG 29 november 1978, 83/78, *Jurispr.* 1978, p. 2347 (Pigs Marketing Board/Redmond)
HvJ EG 20 februari 1979, 120/78, *Jurispr.* 1979, p. 649 (Cassis de Dijon)
HvJ EG 27 september 1979, 230/78, *Jurispr.* 1979, p. 2749 (Eridania)
HvJ EG 8 november 1979, 251/78, *Jurispr.* 1979, p. 3369 (Denkavit)
HvJ EG 8 november 1979, 15/79, *Jurispr.* 1979, p. 3409, *NJ* 1980/470 (Groenveld)
HvJ EG 14 december 1979, 34/79, *Jurispr.* 1979, p. 3795 (Henn en Darby)
HvJ EG 16 oktober 1980, 147/79, *Jurispr.* 1980, p. 3005 (Hochstrass)
HvJ EG 29 oktober 1980, 22/80, *Jurispr.* 1980, p. 3427 (Boussac)
HvJ EG 20 januari 1981, 55/80 en 57/80, *Jurispr.* 1981, p. 147, *NJ* 1982/111 (Musik-Vertrieb membran/GEMA)
HvJ EG 22 januari 1981, 58/80, *Jurispr.* 1981, p. 181, *NJ* 1982/120 (Dansk Supermarked)
HvJ EG 17 juni 1981, 113/80, *Jurispr.* 1981, p. 1625 (Commissie/Ierland)
HvJ EG 14 juli 1981, 155/80, *Jurispr.* 1981, p. 1993, *NJ* 1982/594 (Oebel)
HvJ EG 11 november 1981, 203/80, *Jurispr.* 1981, p. 2595 (Casati)
HvJ EG 23 maart 1982, 53/81, *Jurispr.* 1982, p. 1035 (Levin)
HvJ EG 5 mei 1982, 15/81, *Jurispr.* 1982, p. 1409 (Schul)
HvJ EG 10 november 1982, 261/81, *Jurispr.* 1982, p. 3961 (Rau)
HvJ EG 24 november 1982, 249/81, *Jurispr.* 1982, p. 4005 (Commissie/ Ierland (Buy Irish).
HvJ EG 16 maart 1983, 266/81, *Jurispr.* 1983, p. 731 (SIOT)
HvJ EG 14 juli 1983, 174/82, *Jurispr.* 1983, p. 2445 (Sandoz)
HvJ EG 13 december 1983, 222/82, *Jurispr.* 1983, p. 4083, *NJ* 1985/398 (Apple and Pear Development Council).
HvJ EG 14 december 1983, 319/82, *Jurispr.* 1983, p. 4173 (Société de Vente/ Kerpen)
HvJ EG 31 januari 1984, 40/82, *Jurispr.* 1984, p. 283 (Commissie/Groot-Brittannië)
HvJ EG 31 januari 1984, 286/82 en 26/83, *Jurispr.* 1984, p. 377, *NJ* 1985/187 (Luisi en Carbone)
HvJ EG 13 maart 1984, 16/83, *Jurispr.* 1984, p. 1299, *NJ* 1986/820 (Prantl)
HvJ EG 5 april 1984, 177/82 en 178/82, *Jurispr.* 1984, p. 1797 (Van de Haar)
HvJ EG 10 juli 1984, 72/83, *Jurispr.* 1984, p. 2727, *NJ* 1986/153 (Campus Oil)

HvJ EG 13 december 1984, 251/83, *Jurispr.* 1984, p. 4277 (Haug-Adrion)
HvJ EG 3 juli 1986, 66/85, *Jurispr.* 1986, p. 2121 (Lawrie-Blum)
HvJ EG 18 december 1986, 10/86, *Jurispr.* 1986, p. 4071 (VAG France)
HvJ EG 9 april 1987, 402/85, *Jurispr.* 1987, p. 1747, (Basset/(SACEM)
HvJ EG 1 oktober 1987, 311/85, *Jurispr.* 1987, p. 3801, *NJ* 1988/998 (Vereniging van Vlaamse Reisbureaus)
HvJ EG 15 oktober 1987, 222/96, *Jurispr.* 1987, p. 4097 (Heylens)
HvJ EG 3 maart 1988, 434/85, *Jurispr.* 1988, p. 1245 (Allen & Hanburys/ Generics (UK))
HvJ EG 19 maart 1988, C-1/96, *Jurispr.* 1988, p. I-1251 (Compassion in World Farming)
HvJ EG 20 september 1988, 302/86, *Jurispr.* 1988, p. 4607, *NJ* 1990/557 (Commissie/Denemarken)
HvJ EG 20 september 1988, 190/87, *Jurispr.* 1988, p. 4689 (Moormann)
HvJ EG 21 september 1988, 267/86, *Jurispr.* 1988, p. 4769 (Van Eycke)
HvJ EG 27 september 1988, 65/86, *Jurispr.* 1988, p. 5249, *NJ* 1991/61 (Süllhöfer)
HvJ EG 2 februari 1989, 186/87, *Jurispr.* 1989, p. 195, *NJ* 1991/108 (Cowan)
HvJ EG 2 februari 1989, 274/87, *Jurispr.* 1989, p. I-229 (Commissie/ Duitsland)
HvJ EG 30 mei 1989, 305/87, *Jurispr.* 1989, p. 1461 (Commissie/ Griekenland)
HvJ EG 23 november 1989, C-145/88, *Jurispr.* 1989, p. 3851 (Torfaen Borough Council)
HvJ EG 13 december 1989, C-49/89, *Jurispr.* 1989, p. I-4441 (Corsica Ferries France)
HvJ EG 14 december 1989, C-3/87, *Jurispr.* 1989, p. 4459 (Agegate)
HvJ EG 7 maart 1990, C-69/88, *Jurispr.* 1990, p. I-583, *NJ* 1990/762 (Krantz)
HvJ EG 17 maart 1990, C-9/89, *Jurispr.* 1990, p. I-1405 (Spanje/Raad)
HvJ EG 8 mei 1990, C-175/88, *Jurispr.* 1990, p. I-1779 (Biehl)
HvJ EG 17 oktober 1990, C-10/89, *Jurispr.* 1990, p. 3711 (HAG GF).
HvJ EG 28 februari 1991, C-332/89, *Jurispr.* 1991, p. I-1027 (Marchandise)
HvJ EG 23 april 1991, C-41-90, *Jurispr.* 1991, p. I-1979 (Höfner)
HvJ EG 7 mei 1991, C-340/89, *Jurispr.* 1991, p. I-2357 (Vlassopoulou)
HvJ EG 18 juni 1991, C-260/89, *Jurispr.* 1991, p. I-2925, *NJ* 1993/712 (ERT)
HvJ EG 25 juli 1991, C-288/89, *Jurispr.* 1991, p. I-4007 (Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda)
HvJ EG 25 juli 1991, C-76/90, *Jurispr.* 1991, p. I-4221, *NJ* 1994/224 (Säger)
HvJ EG 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, *Jurispr.* 1991, p. I-5357, *NJ* 1994/2 (Francovich)

HvJ EG 10 december 1991, C-179/90, *Jurispr.* 1991, p. I-5889, *NJ* 1994/402 (Merci convenzionali porto di Genova)
HvJ EG 26 februari 1992, C-357/89, *Jurispr.* 1992, p. I-1027 (Raulin)
HvJ EG 9 juni 1992, C-47/90, *Jurispr.* 1992, p. I-3669, *NJ* 1994/588 (Delhaize)
HvJ EG 9 juli 1992, C-2/90, *Jurispr.* 1992, p. I-4431, *NJ* 1994/664 (Commissie/België)
HvJ EG 10 november 1992, C-3/91, *Jurispr.* 1992, p. I-5529 (Exportur)
HvJ EG 16 december 1992, C-169/91, *Jurispr.* 1992, p. I-6635 (Stoke-on-Trent)
HvJ EG 31 maart 1993, C-19/92, *Jurispr.* 1993, p. I-1663 (Kraus)
HvJ EG 24 november 1993, C-267/91 en C-268/91, *Jurispr.* 1993, p. I-6097, *NJ* 1994/470 (Keck)
HvJ EG 15 december 1993, C-292/92, *Jurispr.* 1993, p. I-6787 (Hünermund)
HvJ EG 13 april 1994, C-128/92, *Jurispr.* 1994, p. I-1209, *NJ* 1995/148 (Banks)
HvJ EG 22 juni 1994, C-9/93, *Jurispr.* 1994, p. I-2789, *NJ* 1995/480 (IHT/Ideal-Standard)
HvJ EG 14 juli 1994, C-379/92, *Jurispr.* 1994, p. I-3453 (Peralta)
HvJ EG 9 februari 1995, C-412/93, *Jurispr.* 1995, p. I-179, *NJ* 1996/82 (Leclerc-Siplec)
HvJ EG 10 mei 1995, C-384/93, *Jurispr.* 1995, p. I-1141, *NJ* 1995/703 (Alpine Investments)
HvJ EG 11 augustus 1995, C-16/94, *Jurispr.* 1995, p. I-2421 (Dubois)
HvJ EG 30 november 1995, C-55/94, *Jurispr.* 1995, p. I-04165 (Gebhard)
HvJ 14 december 1995, C-163/94, C-165/94 en C-250/94, *Jurispr.* 1995, p. I-4821, *NJ* 1997/35 (Sanz de Lera).
HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, *Jurispr.* 1995, p. I-4921, *NJ* 1996/637 (Bosman)
HvJ EG 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, *Jurispr.* 1996, p. I-1029, *NJ* 1997/145 (Brasserie du Pêcheur)
HvJ EG 20 juni 1996, C-418/93, C-419/93, C-420/93, C-421/93, C-460/93, C-461/93, C-462/93, C-464/93, C-9/94, C-10/94, C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 en C-332/94, *Jurispr.* 1996, p. I-2975 (Semeraro Casa Uno)
HvJ EG 23 januari 1997, C-29/95, *Jurispr.* 1997, p. I-285 (Pastoors)
HvJ EG 20 maart 1997, C-323/95, *Jurispr.* 1997, p. I-1711 (Hayes)
HvJ EG 26 juni 1997, C-368/95, *Jurispr.* 1997, p. I-3689, *NJ* 1998/703 (Familiapress)

HvJ EG 9 juli 1997, C-34/95 t/m C-36/95, *Jurispr.* 1997, p. I-03843, *NJ* 1998/739 (De Agostini)
HvJ EG 9 december 1997, C-265/95, *Jurispr.* 1997, p. I-6959, *NJ* 1999/23 (Commissie/Frankrijk ('Spaanse aardbeien'))
HvJ EG 30 april 1998, C-230/96, *Jurispr.* 1998, p. I-2055 (Cabour)
HvJ EG 7 mei 1998, C-350/96, *Jurispr.* 1998, p. I-2521, *NJ* 1999/264 (Clean Car)
HvJ EG 25 juni 1998, C-203/96, *Jurispr.* 1998, p. I-4075 (Dusseldorp)
HvJ EG 19 januari 1999, C-348/96, *Jurispr.* 1999, p. I-11, *NJ* 1999/663 (Calfa)
HvJ EG 9 maart 1999, C-212/97, *Jurispr.* 1999, p. I-1459, *NJ* 2000/48 (Centros)
HvJ EG 16 maart 1999, C-222/97, *Jurispr.* 1999, p. I-1661, *NJ* 1997/714 (Trummer en Mayer)
HvJ EG 1 juni 1999, C-126/97, *Jurispr.* 1999, p-I-3055, *NJ* 2000/339, m.nt. H.J. Snijders (Eco Swiss/Benetton)
HvJ EG 1 juni 1999, C-302/97, *Jurispr.* 1999, p. I-3099, *NJ* 1999/766 (Konle)
HvJ EG 8 juni 1999, C-337/97, *Jurispr.* 1999, p. I-3289 (Meeusen)
HvJ EG 5 oktober 1999, C-240/97, *Jurispr.* 1999, p-I-6571 (Spanje/Commissie)
HvJ EG 13 januari 2000, C-254/98, *Jurispr.* 2000, p. I-151, *NJ* 2000/302 (Heimdienst)
HvJ EG 27 januari 2000, C-190/98, *Jurispr*. I-493, *NJ* 2000/304 (Graf)
HvJ EG 14 maart 2000, C-54/99, *Jurispr.* 2000, p. I-1335, *NJ* 2000/506 (Eglise de scientology)
HvJ EG 11 april 2000, C-51/96 en C-191/97, *Jurispr.* 2000, p. I-2549, *NJ* 2000/542 (Deliège)
HvJ EG 13 april 2000, C-176/96, *Jurispr.* 2000, p. I-2681, *NJ* 2000/543 (Lehtonen)
HvJ EG 16 mei 2000, C-388/95, *Jurispr.* 2000, p. I-3123 (België/Spanje)
HvJ EG 6 juni 2000, C-281/98, *Jurispr.* 2000, p. I-4139, *NJ* 2000/710 (Angonese)
HvJ EG 13 juli 2000, C-423/98, *Jurispr.* 2000, p. I-5965 (Albore)
HvJ EG 26 september 2000, C-478/98, *Jurispr.* 2000, p. I-7587 (Commissie/België ('euro-obligatie'))
HvJ EG 3 oktober 2000, C-411/98, *Jurispr.* 2000, p. I-8126 (Ferlini)
HvJ EG 23 november 2000, C-421/98, *Jurispr.* 2000, p. I-10375 (Commissie/Spanje)

HvJ EG 16 januari 2001, C-388/01, *Jurispr.* 2003, p. I-721 (Commissie/Italië)
HvJ EG 1 februari 2001, C-108/96, *Jurispr.* 2001, p. I-837 (MacQuen)
HvJ EG 8 maart 2001, C-405/98, *Jurispr.* 2001, p. I-1795, *NJ* 2001/474 (Gourmet)
HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, *Jurispr.* 2001, p. I-6297, *NJ* 2002/43 (Courage/Crehan)
HvJ EG 22 januari 2002, C-390/99, *Jurispr.* 2002, p. I-607, *NJ* 2002/313 (Canal Satélite Digital)
HvJ EG 19 februari 2002, C-309/99, *Jurispr.* 2002, p. I-01577, *NJ* 2002/425 (Wouters)
HvJ EG 4 juni 2002, C-367/98, *Jurispr.* 2002, p. I-4731 (Commissie/Portugal)
HvJ EG 4 juni 2002, C-483/99, *Jurispr.* 2002, p. I-4781, *NJ* 2003/108 (Commissie/Frankrijk)
HvJ EG 6 juni 2002, C-159/00, *Jurispr.* 2002, p. I-5031 (Sapod Audic)
HvJ EG 17 september 2002, C-413/99, *Jurispr.* 2002, p. I-7091, *NJ* 2003/93 (Baumbast)
HvJ EG 16 januari 2003, C-388/01, *Jurispr.* 2003, p. I-721 (Commissie/Italië)
HvJ EG 13 mei 2003, C-463/00, *Jurispr.* 2003, p. I-4581 (Commissie/Spanje)
HvJ EG 13 mei 2003, C-98/01, *Jurispr.* 2003, p. I-4641 (Commissie/Verenigd Koninkrijk)
HvJ EG 12 juni 2003, C-112/00, *Jurispr.* 2003, p. I-5659, *NJ* 2004/56 (Schmidberger)
HvJ EG 30 september 2003, C-167/01, *Jurispr.* 2003, p. I-10155, *NJ* 2004/394 (Inspire Art)
HvJ EG 2 oktober 2003, C-12/02, *Jurispr.* 2003, p. I-11585 (Grilli)
HvJ EG 11 december 2003, C-322/01, *Jurispr.* 2003, p. I-14887, *NJ* 2004/278 (Doc Morris)
HvJ EG 23 maart 2004, C-138/02, *Jurispr.* 2004, p. I-2703, *NJ* 2005/49 (Collins)
HvJ EG 25 maart 2004, C-71/02, *Jurispr.* 2004, p. I-3025, *NJ* 2004/565 (Karner)
HvJ EG 13 juli 2004, C-429/02, *Jurispr.* 2004, p. I-6613 (Bacardi France)
HvJ EG 14 oktober 2004, C-299/02, *Jurispr.* 2004, p. I-9761 (Commissie/Nederland)
HvJ EG 14 oktober 2004, C-36/02, *Jurispr.* 2004, p. I-9609, *NJ* 2005/295 (Omega Spielhallen)

HvJ EG 2 juni 2005, C-174/04, *Jurispr.* 2005, p. I-4933 (Commissie/Italië)
HvJ EG 12 juli 2005, C-154/04 en C-155/04, *Jurispr.* 2005, p. I-6451, *NJ* 2006/146, m.nt. M.R. Mok (Alliance for Natural Health)
HvJ EG 15 november 2005, C-320/03, *Jurispr.* 2005, p. I-9871, *NJ* 2006/515 (Commissie/Oostenrijk)
HvJ EG 22 november 2005, C-144/04, *Jurispr.* 2005, p. I-9981, *NJ* 2006/227, m.nt. M.R. Mok (Mangold)
HvJ EG 30 maart 2006, C-451/03, *Jurispr.* 2006, p. I-2941, *NJ* 2006/477 (Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti)
HvJ EG 30 maart 2006, C-10/05, *Jurispr.* 2006, p. I-3145, *NJ* 2007/479 (Mattern en Cikotic)
HvJ EG 13 juli 2006, C-295/04 t/m C-298/04, *Jurispr.* 2006, p. I-6619, *NJ* 2007/34, m.nt. M.R. Mok (Manfredi)
HvJ EG 18 juli 2006, C-519/04 P, *Jurispr.* 2006, p. I-06991 (Meca-Medina)
HvJ EG 12 september 2006, C-196/04, *Jurispr.* 2006, p. I-7995, *NJ* 2007/186 (Cadbury Schweppes)
HvJ EG 22 maart 2007, C-437/04, *Jurispr.* 2007, p. I-2513 (Commissie/België)
HvJ EG 17 april 2007, C-470/03, *Jurispr.* 2007, p. I-2749, *NJ* 2007/404 (A.G.M.-COS.MET)
HvJ EG 23 oktober 2007, C-112/05, *Jurispr.* 2007, p. I-8995, *NJ* 2008/49, m.nt. M.R. Mok (Commissie/Duitsland ('Volkswagen I'))
HvJ EG 11 december 2007, C-438/05, *Jurispr.* 2007, p. I-10779, *NJ* 2008/149, m.nt. M.R. Mok (Viking)
HvJ EG 18 december 2007, C-341/05, *Jurispr.* 2007, p. I-11767, *NJ* 2008/150, m.nt. M.R. Mok (Laval)
HvJ EG 14 februari 2008, C-244/06, *Jurispr.* 2008, p. I-505, *NJ* 2008/308 (Dynamic Medien)
HvJ EG 1 april 2008, C-212/06, *Jurispr.* 2008, p. I-1683, *NJ* 2008/391 (Regering van Franse Gemeenschap en Waalse regering/Vlaamse regering)
HvJ EG 17 juli 2008, C-94/07, *Jurispr.* 2008, p. I-5939, *NJ* 2009/47 (Raccanelli)
HvJ EG 11 september 2008, C-279/06, *Jurispr.* 2008, p. I-6681, *NJ* 2008/619, m.nt. M.R. Mok (Cepsa/Tobar)
HvJ EG 11 september 2008, C-141/07, *Jurispr.* 2008, p. I-6935, *NJ* 2009/49 (Commissie/Duitsland)
HvJ EG 16 december 2008, C-210/06, *Jurispr.* 2008, p. I-9641, *NJ* 2009/202, m.nt. P. Vlas (Cartesio)

HvJ EU 16 december 2008, C-205/07, *Jurispr.* 2008, p. I-9947, *NJ* 2009/216, m.nt. M.R. Mok (Gysbrechts).
HvJ EG 10 februari 2009, C-110/05, *Jurispr.* 2009, p. I-519, *NJ* 2009/301 (Commissie/Italië)
HvJ EG 28 april 2009, C-518/06, *Jurispr.* 2009, p. I-3491, *NJ* 2009/415 (Commissie/Italië)
HvJ EG 30 april 2009, C-531/07, *Jurispr.* 2009, p. I-3717, *NJ* 2009/374 (LIBRO)
HvJ EG 4 juni 2009, C-142/05, *Jurispr.* 2009, p. I-4273 (Mickelsson en Roos)
HvJ EG 4 juni 2009, C-8/08, *Jurispr.* 2009, p. I-4529, *NJ* 2009/432, m.nt. M.R. Mok (T-Mobile)

Hof van Justitie (van de Europese Unie)
HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07, *Jurispr.* 2010, p. I-365, *NJ* 2010/256, m.nt. M.R. Mok (Kücükdeveci)
HvJ EU 16 maart 2010, C-325/08, *Jurispr.* 2010, p. I-2177, *NJ* 2010/348 (Bernard)
HvJ EU 15 juli 2010, C-271/08, *Jurispr.* 2010, p. I-7091 (Commissie/ Duitsland)
HvJ EU 2 december 2010, C-108/09, *Jurispr.* 2010, p. I-12213 (Ker-Optika)
HvJ EU 22 december 2010, C-208/09, *Jurispr.* 2010, p. I-13693, *NJ* 2011/119 (Sayn-Wittgenstein)
HvJ EU 3 maart 2011, C-161/09, *Jurispr.* 2011, p. I-915 (Fragkopoulos)
HvJ EU 10 maart 2011, C-379/09, *Jurispr.* 2011, p. I-1379, *NJ* 2011/362, m.nt. M.R. Mok (Casteels)
HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, *NJ* 2012/154, m.nt. M.R. Mok (Dominguez)
HvJ EU 26 april 2012, C-456/10 (ANETT)
HvJ EU 12 juni 2012, C-602/10, *NJ* 2012/600 (Volksbank România/CJPC)
HvJ EU 28 juni 2012, C-172/11, *NJ* 2012/544 (Erny)
HvJ EU 12 juli 2012, C-171/11, *NJ* 2012/580 (Fra.bo)
HvJ EU 12 juli 2012, C-378/10, *NJ* 2012/581 (Vale)
HvJ EU 6 november 2012, C-199/11, NJ 2013/168, m.nt. M.R. Mok (Otis)
HvJ EU 22 januari 2013, C-283/11 (Sky Österreich)
HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, *NJ* 2013/348, m.nt. M.R. Mok (Åkerberg Fransson)
HvJ EU 16 april 2013, C-202/11, *NJ* 2013/379 (Las/PSA Antwerp)
HvJ EU 8 mei 2013, C-197/11 en C-203/11, *NJ* 2013/460 (Libert)
HvJ EU 18 juli 2013, C-426/11, *NJ* 2013/569, m.nt. M.R. Mok (Alemo-Herron)
HvJ EU 17 oktober 2013, C-181/12 (Welte)

HvJ EU 22 oktober 2013, C-95/12, *RvdW* 2013/1417 (Commissie/ Duitsland ('Volkswagen II'))
HvJ EU 22 oktober 2013, C-105/12 t/m C-107/12, *NJ* 2014/21, m.nt. M.R. Mok (Nederland/Essent e.a.)
HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12, *RvdW* 2014/457 (Association de médiation sociale)
HvJ EU 30 april 2014, C-390/12 (Pfleger)
HvJ EU 8 mei 2014, C-483/12 (Pelckmans Turnhout)
HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12 *RvdW* 2014/1004 (Kone)

Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen
GvEA EG 16 november 2006, T-333/03, *Jurispr*. 2006, p. II-4377 (Masdar)

Nederland
HR 3 maart 1919, *NJ* 1919, p. 371 (Grenstractaat Aken)
HR 1 februari 2013, *RvdW* 2013/229 (X/Stichting Volkshuisvesting Arnhem)

Duitsland
LG Essen 29 juni 2007, Az. 45 O 15/07
OLG Hamm 31 maart 2008, Az. 8 U 222/07
BGH 8 juni 2009, II ZR 111/08
OLG Düsseldorf 14 augustus 2013, VI-2 U (Kart) 15/08

Frankrijk
Cour de Cassation, chambre social, 6 oktober 2010, N° 07-42023

Italië
Corte di cassazione, sez. lav., 11 oktober 2004, n. 20116

TREFWOORDENREGISTER

(Verwezen wordt naar de randnummers. Slechts de belangrijkste vindplaatsen zijn opgenomen.)

A

Aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking 30, 31
Aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad 23-26
Algemene verbod van nationaliteitsdiscriminatie
- rechtstreekse toepassing op *collectieve* (rechts)handelingen van particulieren 59, 60, 61, 91
- rechtstreekse toepassing op *individuele* (rechts)handelingen van particulieren 59, 62, 91
- relatie tot de discriminatieverboden van art. 45, 49 en 56 VWEU 91

Angonese 63-66, 79, 81, 82, 102, 117

B

Beginsel van wederzijdse erkenning 37, 108
Bekrachtiging 21, 22
Bernard 86-88
Betalingsverkeer (begrip) 53
Bosman 45, 69-71, 79, 81, 82, 87, 88, 95

C

Cassis de Dijon 37, 128
Casteels 89
Commissie/België ('euro-obligatie') 122
Commissie/Frankrijk ('Spaanse aardbeien') 6, 17
Commissie/Italië ('Italiaanse aanhangers') 40
Contractsvrijheid (art. 16 Handvest) 150-154
Conversie 21, 22
Costa/ENEL 13
Courage/Crehan 25, 28

D
Dansk Supermarked 108-110, 114
Dassonville(-formule) 36, 41, 115, 118
Defrenne II 65, 66, 97-100
Deliège 72-74
De minimis 36
Dienst (begrip) 50
Dienstenvrijheid als beperkingsverbod 51, 70
  rechtstreekse toepassing op *collectieve* (rechts)handelingen van particulieren 73, 74
  rechtstreekse toepassing op *individuele* (rechts)handelingen van particulieren 103, 104
Dienstenvrijheid als discriminatieverbod 51
  rechtstreekse toepassing op *collectieve* (rechts)handelingen van particulieren 59-61
  rechtstreekse toepassing op *individuele* (rechts)handelingen van particulieren 59, 62, 102, 104
Directe (nationaliteits)discriminatie 44, 47, 51, 54
Directe horizontale werking (begrip) 2, 14, 15
  privaatrechtelijke gevolgen van - 20-32
Directe verticale werking (begrip) 15
Directe werking
  oorsprong 9, 10
  voorwaarden 11
  doel en belang 12
Donà 60
Dualisme 10

E
Effectiviteitsbeginsel 26
'Effet utile'-argument 5, 93-96, 117
Erny 67, 71

F
Fra.bo 4, 116-118

G
Gelijkwaardigheidsbeginsel 26
Goed (begrip) 34
Goederenvrijheid
  en onderscheidmaatregelen 36, 37

en zonderonderscheidmaatregelen 37
ontzegging van directe horizontale werking aan de - 62, 111-115
(vermeende) toekenning van directe horizontale werking aan de – 107
Groenveld 41
Gysbrechts 41

H
Haug-Adrion 62, 112

I
Indirecte horizontale werking 16-18
rechtmatigheidstoetsing in een geding tussen particulieren 16
positieve verdragsverplichting 17, 96
verdragsconforme interpretatie van nationaal (privaat)recht 18, 96
Indirecte (nationaliteits)discriminatie 44, 47, 51, 54
Interne markt 5, 93

K
Kapitaalverkeer (begrip) 53
Kapitaalvrijheid
als discriminatieverbod 54
als beperkingsverbod 54
directe horizontale werking van de - 121-124
Kartelverbod 21
Keck 38, 39, 45, 52, 73, 76, 115
Kwantitatieve invoerbeperking 35
Kwantitatieve uitvoerbeperking 41

L
Laval 6, 83-85, 104, 120
Lehtonen 75-77
Lidstaat (begrip) 1

M
Maatregel met onderscheid 37
Maatregel zonder onderscheid 37

Maatregel van gelijke werking
als een kwantitatieve invoerbeperking/als een kwantitatieve uitvoerbeperking 36, 41
Markttoegangscriterium 39-41
Monisme 10

N
Nietigheid 21, 22

O
Omega Spielhallen 130, 138, 146
Onverschuldigde betaling 27-29
Ongerechtvaardigde verrijking, *zie aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking*
Onrechtmatige daad, *zie aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad*

P
Particulier (begrip) 1
Partijautonomie 5, 133-137, 154, 166
Partiële nietigheid 21, 22
Positieve verdragsverplichting 17, 96
Producteisen 39

R
Raccanelli 66
Recht om een economische activiteit te verrichten (art. 16 Handvest) 155-157
Recht op collectieve actie (art. 28 Handvest) 147-149
Rechtvaardigingsgrond gelegen in de bescherming van grondrechten
karakterisering 129, 130
toepassing in privaatrechtelijke verhoudingen 140 e.v.
Rule of reason-uitzonderingen
karakterisering 128
toepassing in privaatrechtelijke verhoudingen 139

S
Samenloop
– tussen de vrijkeerbepalingen onderling 55

– tussen de vrijverkeerbepalingen
en de mededingingsregels
Schmidberger 6, 104, 130, 143-145
Süllhöfer 114

V
Van Ameyde 61
Van de Haar 111
Van Gend & Loos 9-12
Verbod op misbruik van een
economische machtspositie 22
Verdragsinbreukprocedures 9
Verdragsrechtelijke excepties
karakterisering 126, 127
toepassing in privaatrechtelijke verhoudingen 138
Vereniging van Vlaamse Reisbureaus 113
Verkoopmodaliteiten 39, 47, 115
Verrijkingsbeginsel 30
Vestigingsvrijheid (begrip) 46
primaire - 46, 48
secundaire - 46, 49
– van natuurlijke personen 47
– van rechtspersonen 48, 49
Vestigingsvrijheid als beperkingsverbod 47
rechtstreekse toepassing op *collectieve*
(rechts)handelingen van particulieren 71, 77, 79
rechtstreekse toepassing op *individuele*
(rechts)handelingen van particulieren 103, 104
Vestigingsvrijheid als discriminatieverbod 47, 74
rechtstreekse toepassing op *collectieve*
(rechts)handelingen van particulieren 61
rechtstreekse toepassing op *individuele*
(rechts)handelingen van particulieren 102, 104
Viking 6, 80-82, 104, 118, 120, 147-149
Volkswagen 5, 123
Voorrang 13
Vrijheid van dienstverrichting (art. 56 VWEU),
zie dienstenvrijheid
Vrijheid van meningsuiting (art. 11 Handvest) 144, 145
Vrijheid van ondernemerschap (art. 16 Handvest) 150-157
Vrijheid van overtuiging (art. 10 Handvest) 146

Vrijheid van vergadering (art. 12 Handvest) 145
Vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU),
zie vestigingsvrijheid
Vrij verkeer van goederen (art. 34 en 35 VWEU),
zie goederenvrijheid
Vrij verkeer van werknemers (art. 45 VWEU),
zie werknemersvrijheid

W
Walrave en Koch 1, 57-59, 65, 79, 107
Werknemer (begrip) 43
Werknemersvrijheid als *beperkings*verbod 45, 70, 71
rechtstreekse toepassing op *collectieve* (rechts)handelingen van particulieren 70, 71, 74, 77
rechtstreekse toepassing op *individuele* (rechts)handelingen van particulieren 103, 104
Werknemersvrijheid als *discriminatie*verbod 44
rechtstreekse toepassing op *collectieve* (rechts)handelingen van particulieren 59, 60
rechtstreekse toepassing op *individuele* (rechts)handelingen van particulieren 59, 62, 64, 65, 66, 67, 102
Wouters 78, 79

Z
Zonderonderscheidmaatregel, *zie maatregel zonder onderscheid*

CURRICULUM VITAE

Roel Wilhelmus Elisabeth van Leuken (Budel, 25 oktober 1979) behaalde in 1998 zijn VWO-diploma aan het Bisschoppelijk College te Weert. Aansluitend studeerde hij (beleidsgerichte) economie aan de Faculteit der Beleidswetenschappen (nu: Faculteit der Managementwetenschappen) van de Katholieke Universiteit Nijmegen (sinds 1 september 2004: Radboud Universiteit Nijmegen), en voltooide hij aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van dezelfde universiteit de bacheloropleiding Internationaal & Europees Recht (thans: European Law School) en de Onderzoeksmaster Onderneming & Recht. Medio 2007 trad hij als advocaat in dienst bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn te Den Haag. Sinds 1 december 2008 is hij werkzaam als docent en onderzoeker bij de vaksectie Burgerlijk Recht van de Nijmeegse rechtenfaculteit.

SERIE ONDERNEMING EN RECHT

In de Serie Onderneming en Recht zijn de volgende delen verschenen:

0. W.C.L. van der Grinten, S.C.J.J. Kortmann, A.J.M. Nuytinck, H. Wammes *(red.)*,
Onderneming en Nieuw Burgerlijk Recht, Zwolle 1991.

1. S.C.J.J. Kortmann, P.J. Dortmond, A.W. Kist, N.E.D. Faber, A. van Hees, F.J.P. van den Ingh, A.J.M. Nuytinck *(red.)*,
Financiering en Aansprakelijkheid, Zwolle 1994.

2. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber *(red.)*,
Geschiedenis van de Faillissementswet,
Deel 2-I Heruitgave Van der Feltz, I, Zwolle 1994.
Deel 2-II Heruitgave Van der Feltz, II, Zwolle 1994.
Deel 2-III Wetswijzigingen, Zwolle 1995.
Deel 2-IV Voorontwerp Insolventiewet, Deventer 2007.

3. A.G. van Solinge,
Leeuwe- en andere delen, Enkele gedachten over winstverdeling bij personen- en kapitaalvennootschappen, Zwolle 1995.

4. J. Beuving,
Factoring, Zwolle 1996.

5. D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann, A.J.M. Nuytinck, A.V.M. Struycken, N.E.D. Faber *(red.)*,
Vertrouwd met de Trust, Trust and Trust-like Arrangements, Deventer 1996.

6. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, J.J. van Hees, S.H. de Ranitz *(red.)*,
De curator, een octopus, Deventer 1996.

7. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, A.A. van Rossum, H.L.E. Verhagen (*red.)*,
Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, Deventer 1997.

8. J.J. van Hees,
Leasing, Deventer 1997.

9. G.A.J. Boekraad,
Afwikkeling van de faillissementsboedel, Deventer 1997.

10. S.C.J.J. Kortmann, F.J. Oranje, A.A. van Rossum, J.W.H. van Wijk (*red.)*,
Overheid en onderneming, Deventer 1998.

11. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, E. Loesberg *(red.)*,
Corporate Governance *in perspectief*, Deventer 1998.

12. W.A.K. Rank,
De (on)hanteerbaarheid van het Nederlandse recht voor de moderne financiële praktijk, Deventer 1998.

13. S.C.J.J. Kortmann, W.A.K. Rank, M.H.E. Rongen, G. van Solinge, H.L.E. Verhagen *(red.)*,
Onderneming en Effecten, Deventer 1998.

14. R.E. van Esch,
Electronic Data Interchange (EDI) en het vermogensrecht, Deventer 1999.

15. C.M. Hilverda,
Faillissementsfraude, Deventer 1999.

16. Gerard van Solinge, M.P. Nieuwe Weme,
Gedragsregels inzake een openbaar bod op aandelen, Deventer 1999.

17. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, J.A.M. Strens-Meulemeester *(red.)*,
Vertegenwoordiging en Tussenpersonen, Deventer 1999.

18. J. Stuyck, M. Waelbroeck, B.L.P. van Reeken, S.B. Noë, F.O.W. Vogelaar *(red.)*,
Competition law in the EU and the Netherlands. A practical guide, Deventer 2000.

19. S.O.H. Bakkerus,
Bancaire aansprakelijkheid, Deventer 2000.

20. C.J.M. Klaassen,
Schadeveroorzakend handelen in functie, Deventer 2000.

21. J.M.A. Berkvens, N.E.D. Faber, S.C.J.J. Kortmann, A. Oskamp *(red.)*,
Onderneming en ICT, Deventer 2000.

22. I.P. Asscher-Vonk, N.E.D. Faber, S.C.J.J. Kortmann, E. Loesberg *(red.)*,
Onderneming en Werknemer, Deventer 2001.

23. J.J. Dammingh,
Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken, Deventer 2002.

24. S.C.J.J. Kortmann, C.J.H. Jansen, G. van Solinge, N.E.D. Faber *(red.)*,
Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht, Deventer 2002.

25. C.J.M. Klaassen, R.J.N. Schlössels, G. van Solinge, L. Timmerman (*red.*),
Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt, Deventer 2003.

26. Th.C.J.A. van Engelen,
Onverkoopbare vermogensrechten. Artikel 3:83(3) BW nader beschouwd, Deventer 2003.

27. R.H. Maatman,
Het pensioenfonds als vermogensbeheerder, Deventer 2004.

28. Ewan McKendrick,
The Creation of a European Law of Contract, Deventer 2004.

29. D.W. Aertsen,
De Trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht, Deventer 2004.

30. C.G. van der Plas,
De taak van de rechter en het IPR, Deventer 2005.

31. A. Steneker,
Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen, Deventer 2005.

32. B.P.M. van Ravels,
Grenzen van voorzienbaarheid, Deventer 2005.

33. N.E.D. Faber,
Verrekening, Deventer 2005.

34. D.R. Doorenbos, S.C.J.J. Kortmann, M.P. Nieuwe Weme (*red*.),
Marktmisbruik, Deventer 2006.
Handboek Marktmisbruik, Deventer 2008 (*tweede druk*).

35. R.H. Maatman,
"Het belangrijkste financiële product", Deventer 2006.

36. B.F.L.M. Schim,
Giraal effectenverkeer en goederenrecht, Deventer 2006.

37. T.H.D. Struycken,
De numerus clausus in het goederenrecht, Deventer 2007.

38. D.R. Doorenbos,
Naming & Shaming, Deventer 2007.

39. I.P. Asscher-Vonk, A. van Hees, R.H. Maatman, B.J. Schoordijk (*red*.),
Onderneming en integriteit, Deventer 2007.

40. D. Busch, D.R. Doorenbos, N. Lemmers, R.H. Maatman, M.P. Nieuwe Weme, W.A.K. Rank (*red*.),
Onderneming en financieel toezicht, Deventer 2007.

41. N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen, N.S.G.J. Vermunt (*red*.),
Fiduciaire verhoudingen «Libellus amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann»,
Deventer 2007.

42. A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus (*red.*),
De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht, Deventer 2007.
Deel 42-I Algemeen deel
Deel 42-II Bijzonder deel

43. A.J. Verdaas,
Stil pandrecht op vorderingen op naam, Deventer 2008.

44. N.E.D. Faber, J.J. van Hees, S.C.J.J. Kortmann, N.S.G.J. Vermunt, Ch.A.M. Domingus-Schwencke (*red.*),
De bewindvoerder, een octopus, Deventer 2008.

45. L.G. Verburg,
De Koers van de bestuurder, Deventer 2008.

46. M.P. Nieuwe Weme, G. van Solinge (*red.*),
Handboek Openbaar Bod, Deventer 2008.

47. J.W.P.M. van der Velden,
Beleggingsfondsen naar burgerlijk recht, Deventer 2008.

48. H. Verschueren, M.S. Houwerzijl (*red.*),
Arbeidsrecht over de grenzen heen: België, Nederland, Europa, de wereld, Deventer 2009.

49. N.E.D. Faber, H.W. Heyman, C.J.M. Klaassen, Ch.A.M. Domingus-Schwencke, C. Rijckenberg (*red.*),
Knelpunten bij beslag en executie, Deventer 2009.

50. M.S. Houwerzijl, S.S.M. Peters (*red.*),
Exit. Onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking, Deventer 2009.

51. D. Busch, C.M. Grundmann-van de Krol *(red.)*,
Handboek Beleggingsondernemingen, Deventer 2009.

52. J.C.A. Houdijk,
Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen, Deventer 2009.

53. C.M. Hilverda,
Faillissementsfraude (*derde druk*), Deventer 2009.

54. N.E.D. Faber, C.M. Grundmann-van de Krol, F.E.J. Beekhoven van den Boezem, N.S.G.J. Vermunt *(red.)*,
De Kredietcrisis, Deventer 2010.

55. J.B. Spath,
Zaaksvervanging, Deventer 2010.

56. F.E.J. Beekhoven van den Boezem,
Credit Claims, Deventer 2010.

57. D. Busch, D.R. Doorenbos, C.M. Grundmann-van de Krol, R.H. Maatman, M.P. Nieuwe Weme, W.A.K. Rank (*red.*),
Onderneming en financieel toezicht, Deventer 2010.

58. N.E.D. Faber, H.J. Damkot, N.S.G.J. Vermunt, Ch.A.M. Domingus (*red.*),
Bancaire zekerheid, Liber amicorum mr. J.H.S.G.K. Timmermans, Deventer 2010.

59. L.G. Verburg,
Het Nederlands ontslagrecht en het BBA-Carcinoom, Deventer 2010.

60. A.D.W. Soedira,
Het akkoord, Deventer 2011.

61. D. Busch,
Naar een beperkte aansprakelijkheid van financiële toezichthouders?,
Deventer 2011.

62. A.J. Tekstra,
Verrekening door de fiscus, Deventer 2011.

63. S.E. Bartels, A.J. Verdaas, R.J. van der Weijden (*red.*),
Effecten en vermogensrecht, Deventer 2011.

64. R.H. Maatman, R.M.M.J. Bauer, D. Busch, L.G. Verburg (*red.*),
Onderneming en pensioen, Deventer 2011.

65. J.W.A. Biemans,
Rechtsgevolgen van stille Cessie, Deventer 2011.

66. C.J.M. Klaassen, G. van Solinge, H.M. de Mol van Otterloo, P.E. Ernste (*red.*),
Onderneming en ADR, Deventer 2011.

67. N. van Tiggele-van der Velde, R.G.L. Gerrits, P. Soeteman, J.H. Wansink (*red.*),
"Verzekering ter beurze". Coassurantie in theorie en praktijk, Deventer 2011.

68. B. Bierens, C.M. Grundmann-van de Krol, D.J.R. Lemstra en T.M. Stevens (*red.*),
Handboek Beursgang, Deventer 2011.

69. P.J. van der Korst, R. Abma, G.T.M.J. Raaijmakers (*red.*),
Handboek onderneming en aandeelhouder, Deventer 2012.

70. M.H.E. Rongen,
Cessie, Deventer 2012.

71. V.P.G. de Serière,
Als de (stille?) noodklok luidt… Overheidsingrijpen in privaatrechtelijke verhoudingen ten behoeve van stabiliteit in de financiële sector, Deventer 2012.

72. N.E.D. Faber, J.J. van Hees, N.S.G.J. Vermunt (*red.*),
Overeenkomsten en insolventie, Deventer 2012.

73. C.M. Hilverda, De bestrijding van faillissementsfraude: waar een wil is .. … …,
Deventer 2012.

74. P.E. Ernste,
Bindend advies, Deventer 2012.

75. R.J. van der Weijden,
De faillissementspauliana, Deventer 2012.

76. D.R. Doorenbos, M.J.C. Somsen, G.V. Naber (*red.*),
Onderneming en sanctierecht, Deventer 2013.

77. P.T.J. Wolters,
Alle omstandigheden van het geval, Deventer 2013.

78. D. Busch, C.J.M. Klaassen, Mr. T.M.C. Arons (*red.*),
Aansprakelijkheid in de financiële sector, Deventer 2013.

79. D. Busch, M.P. Nieuwe Weme (*red.*),
Christels koers, Liber amicorum prof. mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol,
Deventer 2013.

80. S.R. Damminga,
Ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling als bronnen van verbintenissen,
Deventer 2013.

81. A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, J.S. Kortmann (*red.*),
The Influence of EU Law on National Private Law, Deventer 2014.
Volume 81-I General Part
De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht, Deventer 2014.
Deel 81-II Bijzonder deel

82. C.J.H. Jansen, L.G. Verburg (*red.*),
Onderneming en beloning, Deventer 2014.

83. C.J.M. Klaassen, N. van Tiggele-van der Velde, P.E. Ernste, A.Ch.H. Franken (*red.*),
Verzekering en ADR, Deventer 2014.

84. G.J.L. Bergervoet,
Borgtocht, Deventer 2014.

85. R.W.E. van Leuken,
Rechtsverhoudingen tussen particulieren en de verdragsrechtelijke verkeersvrijheden, Deventer 2015.