

Nog geen horizontale rechtstreekse werking van het vrije verkeer van goederen?

Mr. dr. H.J. van Harten en mr. T. Nauta*

In brede kring wordt aangenomen dat het vrij verkeer van diensten, werknemers en vestiging onder omstandigheden rechtstreeks doorwerken in horizontale relaties. In de zaak *Fra.bo* past het Hof van Justitie het leerstuk van de horizontale rechtstreekse werking niet expliciet toe op het vrije goederenverkeer. Zaakspecifiek maakt het Hof van Justitie echter duidelijk dat onder omstandigheden ook een particuliere organisatie als gedaante van ‘publieke macht’ kan worden aangemerkt waarmee haar activiteiten en voorschriften binnen de reikwijdte van het recht betreffende het vrije goederenverkeer vallen. Het Hof van Justitie lijkt hiermee impliciet aan te sluiten bij zijn collectiviteitsredenering inzake het vrij verkeer van diensten, werknemers en de vestigingsvrijheid.

HvJ EU 12 juli 2011, zaak C-171/11, Fra.bo SpA/Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV (DVGW) – Technisch-Wissenschaftlicher Verein, n.n.g., zie <www.curia.eu>

Inleiding

In 2013 is het vijftig jaar geleden dat het arrest *Van Gend & Loos* werd gewezen en het Hof van Justitie met de erkenning van de verticale rechtstreekse werking een (enorme) ontwikkeling inluidde van het recht betreffende het vrije goederenverkeer en in bredere zin van het Europees recht. Bijna vijftig jaar later lijken het toetsingsregime en de algemene principes van het vrije goederenverkeer grotendeels te zijn uitontwikkeld. Toch voltrekt zich zo nu en dan een rechtspraakontwikkeling die ertoe leidt de algemene leerstukken met betrekking tot het vrije goederenverkeer opnieuw voor

het voetlicht te brengen, zoals De Vries eerder in dit tijdschrift terecht duidelijk maakte.¹

De zaak *Fra.bo* bevat een dergelijke aanleiding tot heroriëntatie.² Na de conclusie van advocaat-generaal Trstenjak begin dit jaar werd in de kring van *court-watchers* met belangstelling uitgekeken naar hoe het Hof van Justitie deze zaak zou oplossen. Waarom? Kort gezegd, omdat de advocaat-generaal in haar conclusie een lans breekt voor toepassing van het leerstuk van horizontale rechtstreekse werking in het kader van het vrije goederenverkeer. Iets wat het vrije goederenverkeer tot op heden nog steeds ontbeerde: in geschillen tussen particulieren kan het recht betreffende het vrije goederenverkeer niet worden ingeroepen.³ In haar conclusie behandelde de advocaat-generaal expliciet de mogelijkheid om ook in het kader van het vrije goederenverkeer het leerstuk van de horizontale rechtstreekse werking van toepassing te verklaren. De vraag was welke kant het oordeel van het Hof van Justitie zou opgaan:

- revolutie (horizontale rechtstreekse werking toekennen);
- evolutie (geen horizontale rechtstreekse werking; wel toepasselijkheid van het vrije goederenverkeer in dit specifieke geval); of
- afwijzing (het vrije goederenverkeer is niet van toepassing in dit geval)?

Het heeft er alle schijn van dat het Hof van Justitie voor de middenweg gekozen heeft. In zijn bondige arrest van 12 juli 2012 verklaart het Hof van Justitie voor recht dat

‘Artikel 28 EG moet aldus worden uitgelegd dat het 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

* Herman van Harten is verbonden aan het Europa Instituut, Universiteit Utrecht. Thomas Nauta is werkzaam bij het Ministerie van Buitenlandse zaken en schrijft deze bijdrage op persoonlijke titel.

1. Zie: S.A. de Vries, ‘Goods Revisited. Nieuwe inzichten in de rechtspraak over het vrije verkeer van goederen’, *NTER* 2009/4, p. 121-130.
2. Zie over deze uitspraak ook N. Nic Shuibhne, ‘The Treaty is coming to get you’, *European Law Review* 2012, p. 367-368.
3. Zie o.a. HvJ EG 6 juni 2002, zaak C-159/00, *Sapod Audic, Jur.* 2002, p. I-05031.

verhandeling van producten die door deze organisatie niet zijn gecertificeerd, bemoeilijkt.⁴

Is daarmee alles gezegd? Nee, want het arrest is zeker niet volkomen zonder vernieuwing. Daarnaast is het arrest van betekenis gezien de toenemende maatschappelijke relevantie van normerings- en certificeringsactiviteiten via *private governance* op nationaal en transnationaal niveau. Bovendien laat het arrest toch ook verschillende dogmatische vraagpunten open. In deze bijdrage plaatsen we dit arrest in de bredere context van het vrijverkeerrecht, het leerstuk van de horizontale rechtstreekse werking en de mogelijke consequenties voor normerings- en certificeringsactiviteiten.

Achtergrond en procesverloop

De juridische strijd in de zaak *Fra.bo* gaat in essentie over de werkingssfeer van de verbodsnorm voor importbelemmeringen onder het vrije goederenverkeer. Zoals de lezer niet onbekend zal zijn verbiedt artikel 34 VWEU ‘kwantitatieve invoerbepalingen en alle maatregelen van gelijke werking tussen de lidstaten.’ De vraag naar de precieze reikwijdte van deze verbodsnorm is opgekomen in een geschil voor een Duitse civiele rechter tussen de Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches e.V. (hierna: DVGW) en *Fra.bo*.

DVGW is een privaatrechtelijke organisatie, zonder winstoogmerk, die technische normen vaststelt voor producten op het gebied van de drinkwatervoorziening in Duitsland. Daarnaast certificeert DVGW producten aan de hand van die normen. Soms besteedt DVGW deze certificatie uit. Aan deze gecertificeerde producten is het wettelijk vermoeden verbonden dat zij beantwoorden aan de vereisten die gelden voor de op het gebied van de drinkwatervoorziening gebruikte producten. Naar Duits recht is DVGW erkend als instelling van ‘openbaar nut’, een fiscale status voor organisaties ‘waarvan de activiteit tot doel heeft de gemeenschap op materieel, spiritueel of moreel gebied belangeloos te helpen.’⁵

Fra.bo is een in Italië gevestigde vennootschap die koperfittings voor water- of gasbuizen produceert en verhandelt. In 1999 diende *Fra.bo* een aanvraag tot certificering van de in het hoofdgeding betrokken koperfitting in bij DVGW. Nadat deze aanvraag in eerste instantie werd gehonoreerd, werd het aan *Fra.bo* verleende conformiteitsattest in 2005 ingetrokken omdat *Fra.bo* niet kon aantonen dat de betrokken koperfitting voldeed aan de, inmiddels aangescherpte, normen. Hierop startte *Fra.bo* een procedure bij het Landgericht Köln tegen DVGW stellend dat de intrekking van haar conformiteitsattest en de weigering tot verlening daarvan in strijd zou zijn met het vrije verkeer van goederen. Het Landgericht Köln verwerpt dit beroep met als

4. Dictum *Fra.bo*.

5. Ingevolge art. 51 Abgabenordnung, zie uitspraak r.o. 7.

voornaamste argument dat DVGW de voorwaarden waaronder een conformiteitsattest wordt afgegeven vrij kon bepalen.

Daartegen gaat *Fra.bo* in hoger beroep bij het Oberlandesgericht Düsseldorf. Dat besluit de behandeling van de zaak te schorsen en prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie voor te leggen, omdat het betwijfelde of het Europese vrijverkeer- en mededingingsrecht in dit geval zou kunnen worden toegepast.

De eerste prejudiciële vraag ziet in het bijzonder op de reikwijdte van artikel 34 VWEU in mogelijke relatie tot artikel 106 lid 2 VWEU: is deze verbodsnorm van toepassing 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? En mocht die vraag ontkennend worden beantwoord, dan vraagt de verwijzende rechter aan het Hof van Justitie om uitleg te geven over de toepasselijkheid van artikel 101 VWEU op handelingen van een privaatrechtelijke conformiteitsbeoordelingsinstantie als het DVGW.

Arrest van het Hof van Justitie

Allereerst stelt het Hof van Justitie vast dat de koperfittings in het hoofdgeding weliswaar moeten worden aangemerkt als vallend onder de Europese harmonisatie voorkomende categorie van ‘voor de bouw bestemde producten’, maar dat daarvoor “geen geharmoniseerde norm of Europese technische goedkeuring geldt, en evenmin een op het niveau van de Unie erkende nationale technische specificatie”.⁶ In de toepasselijke Europese harmonisatie wordt de ruimte gelaten aan de lidstaten om in dit geval toestemming te geven voor het op hun grondgebied in de handel brengen van producten, zolang de nationale bepalingen Unierechtelijkconform zijn en dus ook voldoen aan de eisen van primairrechtelijk vrij verkeer van goederen.

Daarop verwijst het Hof van Justitie naar de klassieke *Dassonville*-formule door in herinnering te brengen 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 artikel 34 VWEU verboden maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking.⁷ Het

6. R.o. 18. Het Hof van Justitie verwijst daarbij naar Richtlijn 89/106/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake voor de bouw bestemde producten (*Pb. EG* 1989, L 40/12), zoals gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1882/2003 van het Europees Parlement en de Raad van 29 september 2003 (*Pb. EU* 2003, L 284/1) (Verordening 2003/1882/EG).

7. R.o. 22, onder verwijzing naar HvJ EG 11 juli 1974, zaak 8/74, *Dassonville*, *Jur.* 1974, p. 837, HvJ EG 5 februari 2004, zaak C-270/02, *Commissie/Italië*, *Jur.* 2004, p. I-1559, HvJ EG 13 maart 2008, zaak C-227/06, *Commissie/België*, *Jur.* 2008, p. 34.

Hof van Justitie illustreert vervolgens aan de hand van enkele precedents uit zijn rechtspraak dat wanneer een lidstaat, zonder geldige rechtvaardiging, marktdeelnemers aanspoort om nationale conformiteitsmerken te verkrijgen voor reeds in andere lidstaten rechtmatig vervaardigde en verhandelde bouwproducten of geen rekening houdt met door andere lidstaten afgegeven goedkeuringscertificaten, deze lidstaat zijn verplichtingen onder het vrije goederenverkeer niet nakomt.⁸

Dan onderzoekt het Hof van Justitie het karakter en functioneren van DVGW. Zelf is DVGW in de procedure van oordeel dat het vrije goederenverkeer niet van toepassing op haar is, gelet op haar aard als privaatrechtelijke organisatie. De ‘andere belanghebbenden’ zijn naar het oordeel van het Hof van Justitie ‘van mening dat privaatrechtelijke organisaties in bepaalde omstandigheden ertoe kunnen zijn gehouden het (...) vrije verkeer van goederen na te leven’.⁹ Het Hof van Justitie stelt vast dat DVGW een privaatrechtelijke organisatie zonder winstoogmerk is, waarvan de activiteiten niet worden gefinancierd door Duitsland. Bovendien is onbetwist dat deze lidstaat geen beslissende invloed uitoefent op de normerings- en certificeringsactiviteiten van DVGW, al zijn enkele leden ervan openbare instellingen.¹⁰ In rechtsoverweging 26 legt het Hof van Justitie het criterium vast voor toepasselijkheid van artikel 34 VWEU:

‘[er]moet worden nagegaan of de activiteit van een privaatrechtelijke organisatie als 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.’

Het Hof van Justitie ‘test’ vervolgens stapsgewijs of aan dit criterium is voldaan. Van belang in deze toets is dat als DVGW producten certificeert deze naar het oordeel van de Duitse wetgever in overeenstemming zijn met het nationale recht.¹¹ Onbetwist tussen partijen blijft dat DVGW voor de koperfittings naar Duits recht de enige organisatie is via welke een Duits conformiteitsattest te verkrijgen is.¹² Weliswaar noemen DVGW en de Duitse regering ook een mogelijkheid om een zelfstan-

dig deskundigenonderzoek te laten plaatsvinden om na te gaan of het product aan de technische voorschriften voldoet, maar uit de schriftelijke en mondelinge procedure voor het Hof van Justitie blijkt dat door administratieve moeilijkheden en onduidelijkheden alsmede bijkomende kosten deze werkwijze ‘weinig tot niet haalbaar is’.¹³

Uit het oordeel van de verwijzende rechter leidt het Hof van Justitie bovendien af dat het ontbreken van een certificering door DVGW de verhandeling van de betrokken producten op de Duitse markt in de praktijk aanzienlijk bemoeilijkt. Ook blijkt uit het dossier dat nagenoeg alle Duitse consumenten enkel door DVGW gecertificeerde koperfittings kopen.¹⁴ Deze omstandigheden leiden ertoe dat het Hof van Justitie tot het oordeel komt dat ‘een organisatie als DVGW in werkelijkheid, met name door haar bevoegdheid om producten te certificeren, de toegang tot de Duitse markt van producten als de in het hoofdgeding betrokken koperfittings kan regelen’.¹⁵ Met als slotsom dat het vrije goederenverkeer van toepassing is op de normerings- en certificeringsactiviteiten van een privaatrechtelijke organisatie als DVGW, wanneer (1) de nationale wetgeving de gecertificeerde producten als in overeenstemming met het nationale recht beschouwt en (2) dit de verhandeling van niet-gecertificeerde producten bemoeilijkt.

Omdat de verwijzende rechter de tweede prejudiciële vraag met betrekking tot het Europese kartelverbod slechts conditioneel stelde, dient zij, naar het oordeel van het Hof van Justitie, niet te worden beantwoord.¹⁶

Commentaar

Revolutie en stilzwijgende evolutie: is er een verschil?

Stel: DVGW was in formele zin een Duits overheidsorgaan. Dan had het Hof van Justitie deze zaak waarschijnlijk, op grond van artikel 104 lid 3 van het reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie, afgedaan als beschikking onder verwijzing naar eerdere rechtspraak.¹⁷ Het Duitse overheidsorgaan zou in dat geval door de eis van en aansporing tot het Duitse conformiteitsattest een belemmering begaan jegens Fra.bo en zijn verplichtingen onder het primaire vrije goederenverkeer niet zijn nagekomen, tenzij hiervoor een geldige rechtvaardiging bestond. De verhouding tussen Fra.bo (particulier) en DVGW (overheid) zou een ‘gewoon’ geval van verticale rechtstreekse werking van

8. R.o. 23, onder verwijzing naar HvJ EG 13 maart 2008, zaak C-227/06, *Commissie/België*, Jur. 2008, p. 34 en HvJ EG 10 november 2005, zaak C-432/03, *Commissie/Portugal*, Jur. 2005, p. I-9665.

9. R.o. 25. Uit het arrest blijkt niet duidelijk wie deze categorie van ‘de andere belanghebbenden’ zijn: vanzelfsprekend zal hiermee Fra.bo bedoeld zijn, maar worden hier ook bedoeld de Duitse, Tsjechische, Nederlandse regering alsmede de Europese Commissie die alle opmerkingen in de zaak hebben gemaakt? Uit de conclusie van A-G Trstenjak blijkt evenwel dat Duitsland, Nederland, Tsjechië, de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA en de Europese Commissie ‘uiteindelijk van mening’ zijn dat DVGW het vrije goederenverkeer in acht moet nemen. De Duitse regering wijst echter op de mogelijkheden een eventuele beperking te rechtvaardigen op grond van de bescherming van de gezondheid in de zin van art. 36 VWEU en op de noodzaak hier over een ruime beoordelingsvrijheid te beschikken.

10. R.o. 24.

11. R.o. 27.

12. R.o. 28, ingevolge par. 12 lid 4 Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser.

13. R.o. 29.

14. R.o. 30.

15. R.o. 31.

16. R.o. 33. Hierbij volgt het Hof van Justitie zijn A-G. Overigens was, interessant genoeg, de Commissie in deze procedure wel van oordeel dat aan de bestanddelen van art. 101 VWEU was voldaan. Dit blijkt uit overweging 16 van de conclusie van A-G Trstenjak.

17. Zoals bijv. de arresten HvJ EG 13 maart 2008, zaak C-227/06, *Commissie/België*, Jur. 2008, p. 34, HvJ EG 10 november 2005, zaak C-432/03, *Commissie/Portugal*, Jur. 2005, p. I-9665 en HvJ EG 24 april 2008, zaak C-286/07, *Commissie/Luxemburg*, Jur. 2008, p. I-00063.

het vrije goederenverkeer zijn geweest: een rechtsverhouding à la *Van Gend & Loos*. Misschien had de verwijzende rechter de zaak niet eens aangebracht bij het Hof van Justitie?

Toch is deze zaak een volwaardig arrest geworden en dat heeft ongetwijfeld van doen met de diametraal tegenovergestelde standpunten tussen de partijen in het hoofdgeding en de twijfel die dit allereerst opleverde bij de verwijzende rechter: Fra.bo acht zich belemmerd in het vrije verkeer van koperfittingen door het optreden van DVGW, DVGW voelt zich gezien haar privaatrechtelijke statutaire aard daarentegen in het geheel niet gebonden aan het verbod op beperkingen van het vrije goederenverkeer.

Advocaat-generaal Trstenjak zag vervolgens haar kans schoon om met deze zaak de juridische discussie omtrent de horizontale rechtstreekse werking van het vrije goederenverkeer en de convergentie in de toetsingssystematiek van de vrijheden aan te kaarten bij het Hof van Justitie. Immers, in de eerste opmerking in haar conclusie maakt ze direct duidelijk dat 'de verwijzende rechter de omstreden vraag aan[snijdt] naar de horizontale rechtstreekse werking van de fundamentele vrijheden in het algemeen en van het vrije verkeer in het bijzonder.'¹⁸ In het licht van die lezing wordt in de conclusie bij dit arrest zeer uitvoerig stilgestaan bij de horizontale rechtstreekse werking van de fundamentele vrijheden.¹⁹ Naar oordeel van de advocaat-generaal kunnen de normerings- en certificeringsactiviteiten van DVGW niet van de werkingssfeer van het vrije goederenverkeer worden uitgesloten en dat betekent volgens haar automatisch acceptatie van horizontale rechtstreekse werking. Wezenlijke sleutel daarvoor ligt in de convergentie van de vrijheden, in de woorden van de advocaat-generaal:

'43. Deze horizontale rechtstreekse werking van het vrije verkeer van goederen kan worden onderbouwd met een analoge toepassing van de door het Hof ontwikkelde argumentatie met betrekking tot de toepasselijkheid van de artikelen 45 VWEU, 49 VWEU en 56 VWEU op andersoortige collectieve regelingen voor werknemers, zelfstandigen en dienstverleners.
(...)

45. Tegen deze achtergrond zijn er geen principiële bezwaren tegen de toepassing van de in de rechtspraak met betrekking tot de beperkte horizontale rechtstreekse werking van het vrije verkeer van werknemers, de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten ontwikkelde argumentatie op een geval als het onderhavige, waarin het gaat om de toepasselijkheid van het vrije verkeer van goederen op een privaatrechtelijke vereniging met een feitelijke regelgevende bevoegdheid.
(...)

18. Conclusie A-G Trstenjak, overweging 1.

19. Zie overwegingen 27 tot en met 50 van de conclusie, met aandacht voor de (mogelijke) rechtsgevolgen van gebondenheid aan het vrije verkeer van goederen in overweging 51 tot en met 60.

50. Gelet op het voorgaande kom ik tot de slotsom dat op de eerste prejudiciële vraag moet worden geantwoord dat artikel 34 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat privaatrechtelijke organisaties die in het leven zijn geroepen voor de vaststelling van technische normen op een bepaald gebied en voor de certificering van producten aan de hand van deze technische normen, bij de uitoefening van deze normerings- en certificeringsactiviteit gebonden zijn aan artikel 34 VWEU, wanneer de nationale wetgever de met een certificaat van deze privaatrechtelijke organisaties voorziene producten uitdrukkelijk als in overeenstemming met de wet aanmerkt en bijgevolg de verhandeling van producten zonder dergelijk certificaat in de praktijk nauwelijks mogelijk is.'

Het Hof van Justitie spreekt daarentegen met geen woord over horizontale rechtstreekse werking, noch wordt verwezen naar een van de arresten waarin het Hof van Justitie eerder de artikelen 45, 49 en 56 VWEU van toepassing verklaarde op private partijen die collectieve regelingen arrangeerden. Rechtstreekse werking komt als concept in het geheel niet in het arrest aan de orde. Zouden we alleen het arrest lezen dan komt de vraag op: *does direct effect still matter?* Waar de advocaat-generaal in wezen revolutie predikt, blijkt het Hof van Justitie des te stilzwijgender te evolueren in een sterk op de omstandigheden van het geval georiënteerd oordeel. Het lijkt daarmee een boodschap te willen uitdragen van: ja, in dit specifieke geval, waarin DVGW feitelijk zo dicht tegen 'publieke macht' of collectiviteit aanschuurt, kunnen we niet anders dan de verbodsnorm van het vrije goederenverkeer van toepassing te verklaren, maar verwacht hier verder beslist niet teveel van. Niets meer en niets minder! Alsof het Hof van Justitie er bewust voor kiest om de betekenis van dit arrest bij voorbaat al terug te willen schroeven. Tegelijkertijd vragen wij ons af of het weglaten van de term 'horizontale rechtstreekse werking' er wel echt wel toe doet. Materieel gezien is er namelijk weinig licht tussen de conclusie van de advocaat-generaal (zie overweging 50) en het Hof van Justitie (zie dictum hierboven). Ofwel, in beide gevallen wordt een particuliere organisatie *de facto* gebonden door artikel 34 VWEU.

De context van horizontale rechtstreekse werking en eerdere rechtspraak

Zoals advocaat-generaal Trstenjak ook al aangeeft, zijn in de rechtspraak van het Hof van Justitie verschillende voorbeelden te vinden waarin de horizontale rechtstreekse werking van het vrije werknemersverkeer, diensten en vestiging onder omstandigheden is geaccepteerd. Het betreft hier specifiek de toepassing op col-

lectieve regelingen van niet-publiekrechtelijke aard.²⁰ Voor het vrije goederenverkeer speelde deze rechtsvraag naar de horizontale rechtstreekse werking eerder in het arrest *Sapod Audic*. In deze zaak maakte het Hof van Justitie nog onverkort duidelijk dat

‘waar 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 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, en arrest *Colim*, reeds aangehaald, punt 36).²¹

Deze zaak betrof een geschil tussen Sapod Audic en Eco-emballages over de bijdrage die Eco-emballages vorderde op basis van een contract waarbij Sapod – om te voldoen aan bepaalde Franse wettelijke verplichtingen – zich aansloot bij het door Eco-emballages opgezette systeem voor de verwijdering van afvalstoffen. Ten tijde van deze zaak was Eco-emballages de enige onderneming die door de Franse overheid was erkend om verpakkingen van producten goed te keuren of het logo *point vert* aan te brengen. Toch zag het Hof van Justitie destijds geen ruimte of reden om het vrije goederenverkeer van toepassing te verklaren.

Ook in de zaken *Spaanse aardbeien* en *Schmidberger* verklaarde het Hof van Justitie het vrije goederenverkeer niet direct van toepassing op particuliere handelingen.²² Het waren immers niet de boze Franse boeren en de milieudemonstranten op de Oostenrijkse snelweg die verantwoordelijk werden gehouden voor een belemmering van het vrije goederenverkeer, maar het was de lidstaat wiens handelen of nalaten via de band van gemeenschapstrouw in strijd werd geacht met Unierecht.

In de zaak *Fra.bo* is het de particuliere organisatie zelf wier handelen in strijd wordt geacht met artikel 34 VWEU. Mortelmans vroeg zich in zijn commentaar bij *Sapod Audic* af of het voltallige Hof van Justitie de daar ingezette lijn zou volgen: ‘over enkele jaren zullen we weten of de Vijfde Kamer baanbrekend werk verricht heeft, dan wel een arrest heeft uitgesproken dat thuis-

hoort bij de rechterlijke curiosa.²³ Het heeft wat langer geduurd, maar tien jaar later verklaart – ditmaal – de Vierde Kamer het vrije goederenverkeer wel van toepassing in een geschil tussen twee particuliere organisaties, waarmee *Sapod Audic* lijkt thuis te horen bij de categorie van rechterlijke curiosa. Daarmee is er volgens ons sprake van een nieuwe evolutie voor de werkingssfeer van het recht betreffende het vrije goederenverkeer. Immers, waar in *Spaanse aardbeien* en *Schmidberger* de bal via de band van gemeenschapstrouw bij de lidstaat werd gelegd, is het nu de particuliere partij met weliswaar een zekere publieke macht die het vrije goederenverkeer schendt. Het Hof van Justitie had wellicht in onderhavig geval à la *Spaanse aardbeien* en *Schmidberger* kunnen beslissen door primair Duitsland verantwoordelijk te houden voor de positie die DVGW kon uitoefenen, ware het niet dat Duitsland geen procespartij is in het hoofdgeding. Dit verklaart onzes inziens ook waarom het beginsel van loyale samenwerking, dat Frankrijk en Oostenrijk in respectievelijk *Spaanse aardbeien* en *Schmidberger* werd tegengeworpen, geen rol speelt in onderhavige zaak.

In het licht van de eerdere uitspraken met betrekking tot de andere verkeersvrijheden in horizontale rechtsverhoudingen past de uitspraak in *Fra.bo* in de lijn van ‘collectiviteits’-uitspraken, die in essentie teruggaan op de zaak *Walrave Koch*. Daarin overwoog het Hof van Justitie:

‘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.²⁴

In de rechtspraak van het Hof van Justitie werd nadien duidelijk dat regels of handelingen van sportfederaties, beroepsorganisaties of vakbonden het karakter van collectiviteit of publieke macht (kunnen) krijgen en daarmee gebonden zijn aan de fundamentele vrijheden.²⁵ Die lijn was met arresten als in *Sapod Audic* nog niet doorgetrokken naar het vrije goederenverkeer. Met *Fra.bo* wordt deze lijn wel doorgetrokken en is een coherent, convergerend toetsingskader voor de vrijheden weer een stukje dichterbij gekomen. Immers, het Hof van Justitie past het vrije goederenverkeer in onderhavig geding toe omdat het private DVGW bij de normstelling en beoordeling van conformiteitsattesten het vrije goederenverkeer kan belemmeren op een vergelijkbare wijze als ‘echte’ overheidsmaatregelen. Ofwel, omdat DVGW publieke macht heeft: de macht om als privaatrechtelijke organisatie collectieve zaken te regelen. Door

20. Zie bijv. reeds HvJ EG 12 december 1974, zaak 36/74, *Walrave Koch*, *Jur.* 1974, 1405; HvJ EG 15 december 1995, zaak C-415/93, *Bosman*, *Jur.* 1995, p. I-4921; HvJ EG 11 april 2000, gevoegde zaken C-51/96, *Deliège*, *Jur.* 2000, p. I-2549; HvJ EG 6 juni 2000, zaak C-281/98, *Angonese*, *Jur.* 2000, p. I-4139; HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99, *Wouters*, *Jur.* 2002, p. I-1577; HvJ EG 11 december 2007, zaak C-438/05, *Viking Line*, *Jur.* 2007, p. I-10779; HvJ EG 17 juli 2008, zaak C-94/07, *Raccanelli*, *Jur.* 2008, p. I-5939; HvJ EU 16 maart 2010, zaak C-325/08, *Olympique Lyonnais*, *Jur.* 2010, p. I-2177.

21. HvJ EG 6 juni 2002, zaak C-159/00, *Sapod Audic*, *Jur.* 2002, p. I-05031, r.o. 74.

22. HvJ EG 9 december 1997, zaak C-265/95, *Commissie/Frankrijk (Spaanse aardbeien)*, *Jur.* 1997, p. I-6959; HvJ EG 12 juni 2003, zaak C-112/00, *Schmidberger*, *Jur.* 2003, p. I-5659.

23. Zie over dit arrest K.J.M. Mortelmans, ‘De horizontale werking van de vrijverkeerbepalingen inzake goederen. Een baanbrekende uitspraak van (de Vijfde Kamer van) het Hof van Justitie?’, in: AA 2002, p. 731-740 op p. 739.

24. HvJ EG 12 december 1974, zaak 36/74, *Walrave Koch*, *Jur.* 1974, 1405, r.o. 17.

25. Zie ook S. Prechal en S.A. de Vries, ‘Viking/Laval en de grondslagen van het internemarktrecht’, *SEW* 2008, vol. 56, nr. 11, p. 429-430 en Nic Shuibhne 2012.

het vrije goederenverkeer van toepassing te verklaren in *Fra.bo* creëert het Hof van Justitie in wezen een vergelijkbaar precedent als in de zaken *Bosman*, *Angonese*, *Viking* en *Laval*,²⁶ een stap die ook door zijn advocaat-generaal expliciet wordt bepleit.²⁷

Het Hof van Justitie legt hierbij veel nadruk op het effect en functioneren van DVGW in de context van het Duitse recht en zijn wezenlijke positie ten aanzien van de markttoegang, want het alternatief is ‘weinig tot niet haalbaar’ (r.o. 29). Ondersteunend zijn ook nog eens de consumentenvoorkeuren (uit het dossier blijkt kennelijk dat er in Duitsland nauwelijks tot geen markt is voor niet door DVGW gecertificeerde producten). De taal die het Hof van Justitie hanteert spreekt over ‘in de praktijk’ (r.o. 30) en ‘in werkelijkheid’ (r.o. 32): zijn dit stappen naar een ontwikkeling van een strikt effect-georiënteerde benadering om een belemmering van het vrije goederenverkeer vast te stellen, geheel los van de privaatrechtelijke of publieke aard van de organisatie? Natuurlijk spreken ook al de *evergreens* van de jurisprudentie over het vrije goederenverkeer, *Dassonville* en *Keck*,²⁸ expliciet over ‘reëel’ en ‘in feite of in rechte’. Toch is het volgens ons opvallend hoeveel nadruk het Hof van Justitie in onderhavig geding legt op de praktijk en het functioneren van het Duitse reguleringskader om tot de vaststelling te komen dat er een belemmering in de zin van artikel 34 VWEU aanwezig is.

In het licht van *Fra.bo* gaat het er dus duidelijk om of een organisatie, onafhankelijk van zijn publieke of privaatrechtelijke aard, in de context van het nationale recht capabel is om de toegang tot de markt te belemmeren. Dat is nog geen volle erkenning van horizontale rechtstreekse werking, hetgeen ook nog niet het geval is voor de overige fundamentele vrijheden, maar het kan in concrete gevallen (zoals het onderhavige) wel tot toepassing van het verbod op belemmeringen van het vrije goederenverkeer op private partijen leiden. Deze stap is van belang voor allerlei situaties waarin de overheid certificerings- of conformiteitsbeoordelingen van producten uitbesteedt aan private organisaties of zelfs private gezaghebbende organisaties die tot normstelling overgaan: die dienen, zolang er geen Europese harmonisatie bestaat, naast het Europese mededingingsrecht ook voortaan rekening te houden met de regels betreffende het vrije goederenverkeer.

Hoe zit het met de rechtvaardiging van deze belemmering en toerekenbaarheid?

Het Hof van Justitie spreekt zich in het arrest alleen uit over de toepasselijkheid van de verbodsnorm onder het vrije goederenverkeer. De benadering van het Hof van Justitie met de gekozen benadering laat meerdere ver-

volgvragen open: hoe zit het met rechtvaardigingsmogelijkheden en hoe met (staats)aansprakelijkheden? Op deze twee punten willen we kort nadere aandacht vestigen.

In de eerste plaats de rechtvaardigingsmogelijkheden van de belemmering op het vrije goederenverkeer, door de advocaat-generaal in haar conclusie aangestipt als ‘probleempunt’. Saillant detail hierbij is dat de verwijzende Duitse rechter heeft aangegeven dat, en in tegenstelling overigens tot de opmerkingen van de Duitse regering voor het Hof van Justitie, de mogelijke belemmering van het vrije goederenverkeer niet kan worden gerechtvaardigd met een van de geschreven gronden van artikel 36 VWEU.²⁹ De advocaat-generaal oppert in dit verband de mogelijkheid dat, mocht DVGW geen in de rechtspraak erkende ongeschreven rechtvaardigingsgrond uit het oogpunt van publiek belang kunnen aantonen, zij zou kunnen proberen om zich te beroepen op ‘bijzondere redenen van particulier belang.’³⁰ Ook zou DVGW wellicht, zo stelt Trstenjak, onder verwijzing naar het arrest *Angonese*, objectieve overwegingen ter rechtvaardiging van de litigieuze beperking kunnen aanvoeren.

Het Hof van Justitie laat deze moeilijke vragen buiten beschouwing. Natuurlijk kan dat verdedigd worden met het feit dat de prejudiciële vragen daar ook niet op zagen. Toch blijkt uit zijn rechtspraak nog allerminst een ondubbelzinnig antwoord op de vraag of particuliere dan wel publieke belangen als rechtvaardigingsgrond kunnen worden ingeroepen bij een schending van een fundamentele vrijheid door een particulier. Dit zal nu ongetwijfeld voor de Duitse rechter ter beoordeling opkomen. In de context van dit geval is het aannemelijk dat, gezien het ‘publieke’ karakter van de certificerings- en normeringsactiviteiten, het in beginsel mogelijk zou moeten zijn deze ten minste op grond van publieke belangen te rechtvaardigen. Het zou immers opmerkelijk zijn als deze ruimte er niet zou bestaan enkel en alleen omdat DVGW privaat georganiseerd is. Met betrekking tot het inroepen van ‘bijzondere redenen van particulier belang’ moet worden opgemerkt dat een dergelijke rechtvaardiging in de vrijverkeerscontext tot nu toe enkel succesvol is ingeroepen met betrekking tot arbeidsvoorwaarden of -omstandigheden.³¹ De discussie naar het inroepen van bijzondere redenen van particulier belang in de context van het vrij verkeer staat nog in de kinderschoenen. Een dergelijke rechtvaardiging in de vrijverkeercontext is tot nu toe enkel succesvol ingeroepen in de zaak *Angonese*.³² Daarmee lijkt het inroepen van particuliere belangen als rechtvaardigingsgrond door een private partij niet per definitie uitgesloten. In *Angonese* was er, anders dan in onderhavige zaak, echter geen sprake van het uitvoeren van overheidsmaatregelen door een private partij. Auteurs zijn in dat licht van oordeel dat, gelet op het publieke karakter van de certifice-

26. HvJ EG 15 december 1995, zaak 117/91, *Bosman*, *Jur.* 1995, p. I-4921; HvJ EG 6 juni 2000, zaak C-281/98, *Angonese*, *Jur.* 2000, p. I-4139; HvJ EU 11 december 2007, zaak C-438/05, *Viking Line*, *Jur.* 2007, p. I-10779; HvJ EU 18 december 2007, zaak C-341/05, *Laval*, *Jur.* 2007, p. I-11767.

27. Zie conclusie A-G Trstenjak, overweging 44.

28. HvJ EG 11 juli 1974, zaak 8/74, *Dassonville*, *Jur.* 1974, p. 837; HvJ EG 24 november 1993, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, *Keck*, *Jur.* 1993, p. I-06097.

29. Zie conclusie A-G Trstenjak, overweging 54.

30. Zie conclusie A-G Trstenjak, overweging 38.

31. HvJ EG 6 juni 2000, zaak C-281/98, *Angonese*, *Jur.* 2000, p. I-4139.

32. HvJ EG 6 juni 2000, zaak C-281/98, *Angonese*, *Jur.* 2000, p. I-4139.

rings- en normeringsactiviteiten van DVGW, het niet voor de hand ligt dat DVGW meer rechtvaardigingsgronden zou kunnen inroepen dan wanneer deze activiteiten zouden zijn verricht door de lidstaat. De discussie over de inroepbaarheid van particuliere belangen als rechtvaardigingsgrond legt de vraag bloot waar de grens ligt tussen publiek en privaatbelang en wie hoeder van rechtvaardigende publieke belangen is en/of kan zijn in het vrijverkeerrecht. Vervolgvraag die daar nauw mee samenhangt, is hoe de evenredigheid van de maatregel in dit soort gevallen moet worden bepleit en wie dat zou moeten doen. En wie heeft het laatste woord?

Een tweede punt waarop we aandacht willen vestigen, betreft de vraag inzake de toerekenbaarheid van een mogelijke ongerechtvaardigde belemmering van het vrije goederenverkeer. Stel dat DVGW inderdaad het vrije goederenverkeer heeft geschonden, kan zij dan onder het Unierecht aansprakelijk worden gesteld? Tot op heden ging het steeds om een *staatsaansprakelijkheid* voor schending van het Unierecht. Deze vraag is van belang voor mogelijke (*follow up*) aansprakelijkheidskwesties. Waar in *Spaanse aardbeien* en *Schmidberger* het enkel de lidstaat was die voor de nationale rechter aansprakelijk gesteld werd voor een voldoende gekwalificeerde schending van Unierecht, kan *Fra.bo* waarschijnlijk DVGW voor de nationale rechter aansprakelijk stellen wanneer de schending van Unierecht ook voldoende gekwalificeerd en aan hem toe te rekenen is. Zekerheid daarover geeft de jurisprudentie van het Hof van Justitie overigens niet. Dit laat overigens onverlet dat *Fra.bo* waarschijnlijk, gesteld dat het inderdaad uitmond in strijd met het vrije goederenverkeer, ook een procedure tegen Duitsland zou kunnen opstarten. Het is immers de Duitse wetgever geweest die DVGW in haar positie met publieke macht heeft gebracht.

Tot slot: wat als...

Het Hof van Justitie is van oordeel dat in het concrete geval van *Fra.bo* artikel 34 VWEU wel toegepast zou moeten worden in een geding tussen particulieren maar heeft niet expliciet vastgesteld dat het verbod op beperkingen van het vrije goederenverkeer onverkort geldt in horizontale situaties. Het Hof van Justitie sluit daarmee in wezen aan bij de bestaande collectiviteitsarresten met betrekking tot het vrij verkeer van werknemers, diensten en vestiging. Dit komt neer op een evolutie voor het recht betreffende het vrije goederenverkeer. Toch, als illustratie en klein gedachte-experiment: wat als het Hof van Justitie het leerstuk van de horizontale rechtstreekse werking expliciet had genoemd en onverkort, los van het bestaan van publieke macht, zou toepassen? Wat als de sluis werkelijk open was gezet voor horizontale rechtstreekse werking van het vrije goederenverkeer? Dat zou betekenen dat er een schat aan situaties onder de reikwijdte van het vrije goederenverkeer zou worden gebracht. Om maar enkele voorbeelden te noemen: de maximumbagagenorm voor particulieren die een vlieg-

maatschappij op Europese lijnvluchten aanhoudt, zou dan kunnen worden aangevallen omdat deze het vrije goederenverkeer belemmert. Of een supermarktaanbieding die een maximumaantal afnames stelt bij een bijzondere aanbieding. Zo ver is het nog niet (overigens ook niet voor werkgevers, zelfstandigen en dienstverrichters die geen collectieve regels kunnen vastleggen). In zijn annotatie bij het arrest *Sapod-Audic*, waarin het gaat over het gebruik van het logo *Point vert*, zette Mortelmans bij dit arrest een rode punt: belangrijk, maar met de toevoeging '*à suivre*', want enkele punten die werden aangestipt door het Hof van Justitie zijn nog niet onomstotelijk duidelijk.³³ Na *Fra.bo* staat het stoplicht op groen voor nadere rechtsontwikkeling, maar is de weg vooruit nog vol gaten en hobbels.

33. Mortelmans 2002, p. 740.