

NLF-W 2022/19

Over markttoegang en de zoektocht naar de dispariteit

mr. dr. E.W. Ros

In de arresten Van der Weegen-Pot en Dekka heeft het HvJ de-factobelemmeringen op fiscaal terrein onderkend. Deze arresten laten zien dat het HvJ zijn jurisprudentie op fiscaal terrein in lijn heeft gebracht met zijn markttoegangsjurisprudentie binnen andere rechtsgebieden. De de-factobelemmering ziet op verboden nationale zonderonderscheidmaatregelen. Bij deze nationale maatregelen wordt geen direct noch indirect onderscheid gemaakt naar nationaliteit, maar werkt de betreffende maatregel de facto nadelig in grensoverschrijdende situaties. Ook deze zonderonderscheidmaatregelen kunnen een verboden beperking van het vrije verkeer binnen de EU inhouden. In dit artikel bespreekt Erik Ros de markttoegangsjurisprudentie en gaat hij in op de vraag of de markttoegangstest onderscheidend vermogen heeft om te bepalen welke nationale regels wél of niet onder de reikwijdte van de vrijverkeersbepalingen vallen. Het antwoord op deze vraag gaat in de kern over de bevoegdheidsverdeling tussen de EU en lidstaten.

1. Inleiding

Het heffen van directe belasting is een soeverein recht van elke lidstaat van de EU. Lidstaten moeten deze bevoegdheden in overeenstemming met het Unierecht uitoefenen. De eerste beperking voor lidstaten brengt mee dat zij deze bevoegdheden niet mogen uitoefenen op een manier die negatief¹ of positief² discrimineert. De tweede beperking voor lidstaten is dat zij deze bevoegdheden moeten uitoefenen in lijn met gerealiseerde positieve harmonisatie binnen de EU.³ In deze bijdrage ligt de focus op de onder het in de eerste beperking genoemde verbod op negatieve discriminatie. Lidstaten mogen bij de uitoefening van hun fiscale bevoegdheden niet in strijd met de verkeersvrijheden handelen.

Fiscale maatregelen van lidstaten die een (in)direct onderscheid naar nationaliteit maken, zijn in beginsel verboden onder de verkeersvrijheden. Bij directe discriminatie is sprake van voorwaarden die een direct onderscheid naar nationaliteit bevatten. Bij indirecte discriminatie wordt een onderscheid gemaakt tussen een binnenlandse en grensoverschrijdende situatie niet direct op basis van nationaliteit,

1 Onder negatieve discriminatie versta ik lidstatelijke maatregelen die in beginsel verboden zijn onder de vrijverkeersbepalingen over het vrije verkeer van personen, diensten, kapitaal en goederen.

2 Onder positieve discriminatie versta ik lidstatelijke maatregelen die in beginsel verboden staatssteun zijn.

3 Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de Moeder-dochterrichtlijn. Zie H. Vermeulen, 'Het HvJ EU arrest Dekka, niet alles is hoe het lijkt', WFR 2020/72.

maar door een ander neutraler criterium, zoals woonplaats.⁴ Dit onderscheid treft vooral degenen met een nationaliteit van andere lidstaat, omdat hen een voordeel wordt onthouden.⁵ Ik schaar deze onderscheidmaatregelen in het vervolg van deze bijdrage onder het ‘non-discriminatiemodel’.

Daarnaast heeft het HvJ nationale ‘zonderonderscheidmaatregelen’ onder de werkingssfeer van de verkeersvrijheden gebracht. Bij deze nationale maatregelen wordt geen direct noch indirect onderscheid gemaakt naar nationaliteit, maar werkt de betreffende maatregel de facto nadelig in grensoverschrijdende situaties. Ook deze zonderonderscheidmaatregelen kunnen een verboden beperking van het vrije verkeer binnen de EU inhouden. In de arresten Van der Weegen-Pot en Deka heeft het HvJ de-factobelemmeringen op fiscaal terrein onderkend.⁶ Deze arresten laten zien dat het HvJ zijn jurisprudentie op fiscaal terrein in lijn heeft gebracht met zijn markttoegangsjurisprudentie binnen andere rechtsgebieden. In dit artikel bespreek ik de markttoegangsjurisprudentie van het HvJ die mijns inziens ten grondslag ligt aan de de-factobelemmering. Ik ga daarbij in op de vraag of de

-
- 4 Het arrest Tesco is een voorbeeld van een zaak waar de vraag of sprake was van indirecte discriminatie centraal stond. Het betreft de belastingheffing van de Britse supermarktketen Tesco in Hongarije. Naar aanleiding van een controle van de Hongaarse belastingdienst wordt een belastingaanslag opgelegd aan Tesco. Het betreft de bijzondere belasting voor detailhandelsactiviteiten in winkels. Tesco betoogt dat het sterk progressieve karakter van de bijzondere belasting als zodanig tot gevolg heeft dat Hongaarse belastingplichtigen die in handen zijn van Hongaarse natuurlijke of rechtspersonen, worden bevoordeeld ten opzichte van Hongaarse belastingplichtigen die in handen zijn van natuurlijke of rechtspersonen uit andere lidstaten (zoals Tesco). In dit verband is niet alleen zichtbare discriminatie op grond van de plaats van de zetel van vennootschappen verboden, maar ook alle verkapte vormen van discriminatie die door toepassing van andere onderscheidingscriteria in feite tot hetzelfde resultaat leiden. Hoewel de Hongaarse wet formeel geen onderscheid maakt tussen ondernemingen in binnen- en buitenlandse handen, voert Tesco aan dat de wet in feite (zelfstandige) Hongaarse ondernemingen bevoordeelt. Volgens Tesco is deze belasting in strijd met het EU-recht, omdat de effectieve belastingdruk hoofdzakelijk komt te rusten op belastingplichtigen die in buitenlandse handen zijn (Tesco). Het HvJ oordeelt dat de Hongaarse bijzondere belasting voor detailhandelsactiviteiten in winkels niet in strijd met het EU-recht is. Dat de effectieve last van deze sterk progressieve belasting over de omzet hoofdzakelijk wordt gedragen door niet-ingezeten ondernemingen, is niet van belang. Die ondernemingen behalen op de markt in kwestie namelijk de grootste omzetten. Zie HvJ 3 maart 2020, C-323/18 (Tesco), ECLI:EU:C:2020:140, NLF 2020/1072, met noot van Van Gennip, r.o. 72-74. Het HvJ merkt hierover in r.o. 72 op (*ER: cursivering*): ‘De omstandigheid dat het grootste gedeelte van die bijzondere belasting wordt gedragen door belastingplichtigen die in handen zijn van natuurlijke of rechtspersonen uit andere lidstaten, kan op zichzelf beschouwd geen discriminatie vormen. Zoals de advocaat-generaal met name in de punten 62, 65 en 78 van haar conclusie heeft opgemerkt, wordt deze omstandigheid namelijk verklaard door het feit dat de Hongaarse markt van de detailhandel in winkels wordt gedomineerd door dergelijke belastingplichtigen, die op deze markt de grootste omzetten behalen. Die omstandigheid vormt dan ook een contingente zelfs aleatoire indicator die mogelijkerwijs – overigens ook in een evenredig belastingstelsel – aanwezig is telkens wanneer de markt in kwestie wordt gedomineerd door ondernemingen uit andere lidstaten of uit derde landen, dan wel door nationale ondernemingen die in handen zijn van natuurlijke of rechtspersonen uit andere lidstaten of uit derde landen.’
- 5 H. Vermeulen, ‘Het HvJ EU arrest Deka, niet alles is hoe het lijkt’, WFR 2020/72, par. 2 en D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht Europees Belastingrecht*, hoofdstuk V, Wolters Kluwer, Deventer.
- 6 HvJ 8 juni 2017, C-580/15 (Van der Weegen e.a.), ECLI:EU:C:2017:429, NLF 2017/1488, met noot van Korving en HvJ 30 januari 2020, C-156/17 (Köln-Aktiefonds Deka), ECLI:EU:C:2020:51, NLF 2020/0316, met noot van De Haan.

markttoegangstest onderscheidend vermogen heeft om te bepalen welke nationale regels wél of niet onder de reikwijdte van de vrijverkeersbepalingen vallen. Het antwoord op deze vraag gaat in de kern over de bevoegdheidsverdeling tussen de EU en lidstaten.

In paragraaf 2 introduceer ik het non-discriminatiemodel en het markttoegangsmodel. In paragraaf 3 tot en met 5 bespreek ik hoe het HvJ bij de uitleg van de verkeersvrijheden het markttoegangsmodel heeft toegepast. Ik ga daarbij ten aanzien van het vrije verkeer van goederen ook in op de conclusie in de zaak Leclerc-Siplec waarin A-G Jacobs naar aanleiding van het arrest Keck voorstelt om tot een meer nauwkeurige beschrijving van het begrip markttoegang te komen. In paragraaf 6 komt fiscale jurisprudentie aan de orde waarin het HvJ de markttoegangstest heeft toegepast. In paragraaf 7 bespreek ik de voor- en nadelen van het markttoegangsmodel. Vervolgens ga ik in paragraaf 8 in op de vraag of het non-discriminatiemodel en de markttoegangsbenadering de enige concepten zijn die aan de jurisprudentie van het HvJ over de verkeersvrijheden ten grondslag liggen. Ik sluit deze bijdrage in paragraaf 9 af met een conclusie.

2. Het non-discriminatiemodel en het markttoegangsmodel

Voorstanders van het non-discriminatiemodel stellen dat de interne markt tot stand moet worden gebracht door goederen, personen, diensten en kapitaal vrij te laten bewegen binnen de EU. Het doel van het non-discriminatiemodel is ervoor te zorgen dat ingevoerde goederen, migranten, diensten en kapitaal voldoen aan de regels die zijn vastgesteld door de lidstaat van ontvangst op voorwaarde dat die regels gelijkelijk van toepassing zijn in binnenlandse situaties. Vrij verkeer binnen de EU kan alleen worden bereikt als binnenlandse en buitenlandse situaties zowel naar vorm als inhoud gelijk worden behandeld. Dat brengt mee dat zowel binnenlandse als buitenlandse situaties slechts aan één set van regels zijn onderworpen. Dit wordt het principe van wederzijdse erkenning genoemd.⁷ Voorstanders van het non-discriminatiemodel stellen dat het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) alleen gaat over gelijke behandeling en het uitbannen van protectionisme. Dientengevolge zou de toetsing van het HvJ alleen moeten uitstrekken tot negatieve integratie. In deze visie zou het HvJ verder gaan dan voorzien in het VWEU en een inbreuk maken op lidstatelijke autonomie als het ook niet-discriminerende nationale regels zou toetsen aan de verkeersvrijheden.⁸ Er kan overigens niet altijd worden geconcludeerd dat maatregelen die een onderscheid maken tussen een binnenlandse en een buitenlandse situatie (in)direct discrimineren. Een fiscaal voorbeeld daarvan is de emigratieheffing die aan de orde was in het arrest De Lasteyrie. Deze regeling discrimineerde niet naar nationaliteit, maar vormde wel een belemmering van het vrije verkeer. De regeling maakte een onderscheid tussen een binnenlandse verplaatsing van de woonplaats (geen heffing) en een verplaatsing van de woonplaats

7 HvJ 20 februari 1979, 120/78 (Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), ECLI:EU:C:1979:42 (hierna: Cassis de Dijon).

8 Zie in dit kader bijvoorbeeld N. Bernard, 'Discrimination and Free Movement in EC Law', *International and Comparative Law Quarterly* 1996 (Vol. 45), No. 1, p. 82 and G. Davies, *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, Kluwer Law International, The Hague 2003.

over de grens (wel heffing).⁹ Ook deze 'onderscheidmaatregelen' zijn in beginsel verboden onder de verkeersvrijheden en kunnen met een beroep op de rechtvaardigingsgronden worden gerechtvaardigd. Ik typeer deze maatregelen als discriminerende belemmeringen. Daarmee vallen zij strikt genomen niet onder het non-discriminatiemodel.

Het non-discriminatiemodel weerspiegelt de huidige stand van de jurisprudentie van het HvJ onvoldoende, omdat ook niet-discriminerende regels binnen de reikwijdte van de verkeersvrijheden zijn gebracht. Andere commentatoren stellen in dat kader dat de grondgedachte achter de interne markt en het vrije verkeer erin bestaat marktdeelnemers het recht te verlenen om een economische activiteit in een andere lidstaat of zelfs in de eigen lidstaat uit te oefenen. In dat verband wordt in de literatuur betoogd dat een bredere markttoegangstoets moet worden toegepast.¹⁰ Het doel van de markttoegangstest is om te kunnen bepalen welke nationale maatregelen toegang tot de interne markt belemmeren en daarmee in beginsel verboden zijn onder het EU-recht. Problematisch is dat een precieze definitie van het markttoegangsmodel / de markttoegangstoets ontbreekt in de jurisprudentie van het HvJ en de literatuur daarvoor allerlei tussenvormen geeft. Als gevolg kunnen potentieel veel nationale regels die een economische activiteit reguleren onder de verkeersvrijheden en daarmee de invloedssfeer van het HvJ worden gebracht.

3. Vrij verkeer van goederen

Artikel 34 VWEU bepaalt dat ten aanzien van het vrije verkeer van goederen kwantitatieve beperkingen en alle maatregelen van gelijke werking (hierna: MGW) tussen lidstaten verboden zijn. Voor uitleg van de term MGW spelen de arresten *Dassonville*,¹¹ *Cassis de Dijon*¹² en *Keck*¹³ een belangrijke rol. In het arrest *Dassonville* oordeelde het HvJ dat 'iedere handelsregeling der lidstaten die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren, als een (*ER: MGW*) als kwantitatieve beperkingen is te beschouwen'¹⁴ en daarmee verboden is onder artikel 34 VWEU. Het HvJ gaf in het arrest *Dassonville* een ruime uitleg aan de term MGW waardoor

9 D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht Europees Belastingrecht*, onderdeel EBR.5.0.8, Wolters Kluwer, Deventer. Bij deze verwijzing moet opgemerkt worden dat in de fiscale literatuur discriminerende belemmeringen nogal eens verward worden met belemmerende maatregelen zonder onderscheid. De opvatting dat een maatregel die belemmert maar niet (in)direct discrimineert naar nationaliteit altijd een maatregel zonder onderscheid is, onjuist is. Zie hierover D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht Europees Belastingrecht*, onderdeel EBR.5.0.9.C, Wolters Kluwer, Deventer.

10 C. Barnard, *The Substantive law of the EU, The four freedoms*, fourth edition, Oxford University Press, Oxford 2013, p. 18-25. Voorstanders van deze benadering zijn A-G Jacobs in zijn conclusie van 24 november 1994 in zaak C-412/93 (*Leclerc-Siplec*); S. Weatherill, 'After Keck: Some Thoughts on how to Clarify the Clarification', *Common Market Law Review* 1996 (Vol. 33), No. 5, p. 885 en C. Barnard, 'Fitting the Remaining Pieces into the Goods and Persons Jigsaw', *European Law Review* 2001 (Vol. 26), No. 35, p. 26-35.

11 HvJ 11 juli 1974, 8/74 (*Dassonville*), ECLI:EU:C:1974:82.

12 HvJ 20 februari 1979, 120/78 (*Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*), ECLI:EU:C:1979:42.

13 HvJ 24 november 1993, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91 (*Keck en Mithouard*), ECLI:EU:C:1993:905.

14 HvJ 11 juli 1974, 8/74 (*Dassonville*), ECLI:EU:C:1974:82, r.o. 5.

potentieel veel nationale regelingen onder de reikwijdte vielen.¹⁵ De ruime uitleg in het arrest Dassonville bracht mee dat niet alleen rechtstreeks discriminerende regels als MGW waren aan te merken, maar ook zonderonderscheidmaatregelen die van toepassing waren op nationale en ingevoerde producten waarbij in feite een bijzondere last werd opgelegd aan de laatste categorie.¹⁶

In het arrest Cassis de Dijon oordeelde het HvJ dat ook als MGW zijn 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 lidstaten, waar zij rechtmatig zijn vervaardigd en in de handel gebracht, van voorschriften betreffende de voorwaarden waaraan die goederen moeten voldoen ook indien die voorschriften zonder onderscheid op alle produkten van toepassing zijn, (...)'.¹⁷ Het HvJ paste hier het beginsel van wederzijdse erkenning toe. Dit beginsel volgt een markttoegangsgedachte. Een product dat in een lidstaat rechtmatig in de handel is gebracht, mag in beginsel in een andere lidstaat worden verkocht, ongeacht of het product voldoet aan de nationale technische voorschriften van de lidstaat van ontvangst. In de nasleep van het arrest Cassis de Dijon is daarmee de vraag of een nationale regel importen discrimineert, minder nadrukkelijk onderdeel geworden van de analyse van het HvJ.¹⁸

De ruime uitleg van MGW en het beginsel van de wederzijdse erkenning hadden tot gevolg dat allerlei nationale regels die op de een of andere manier commerciële vrijheid van economisch actieven beperkten, werden aangevochten. Dat gold ook wanneer die nationale regels niet direct van toepassing waren op producten uit andere lidstaten. Het ging daarbij, bijvoorbeeld, om regels die zagen op de voorwaarden waaronder producten verkocht mochten worden. Deze regels waren niet zozeer van toepassing op de producenten en importeurs van producten als wel op de wederverkopers van die producten. Het uiteindelijke gevolg was dat belanghebbenden in veel rechtszaken voor het HvJ de arresten Dassonville en Cassis de Dijon niet inriepen om belemmeringen van interstatelijke handel te bestrijden, maar vooral om zich meer geliberaliseerde nationale marktomstandigheden voor hun handel toe te eigenen.¹⁹ De vraag kwam op of de term MGW daarmee niet een te ruime uitleg had gekregen, nu ook nationale maatregelen die slechts een indirecte invloed hadden op het vrije goederenverkeer voor het HvJ bestreden konden worden. In het arrest Keck herzag het HvJ deze rechtspraak en probeerde het meer rechtszekerheid te scheppen.

15 Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan maatregelen die de import en distributie van een product reguleren of bepalingen die zien op prijs, samenstelling en/of etikettering van producten.

16 Zie in dit kader K. Lenaerts, 'Ontwikkelingen in het vrije verkeer van goederen', SEW 2015/179, p. 497.

17 HvJ 24 november 1993, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91 (Keck en Mithouard), r.o. 15, ECLI:EU:C:1993:905. Dit is een herformulering van r.o.'s 6, 14 en 15 van HvJ 20 februari 1979, 120/78, ECLI:EU:C:1979:42.

18 Zie in dit kader K. Lenaerts, 'Ontwikkelingen in het vrije verkeer van goederen', SEW 2015/179, p. 497.

19 Zie E.W. Ros, EU Citizenship and Direct Taxation, part. 8.3.2., EUCOTAX 2017 (Vol. 54), Wolters Kluwer. Daarin wordt in dit kader een aantal omstreden uitspraken van het HvJ besproken waarin met een beroep op de ruime uitleg van MGW belanghebbenden onder andere nationale regelingen voor zondagssluiting van winkels en nationale regelingen over het tijdsbestek tussen het vertonen van een film in de bioscoop en het uitkomen van de film op video succesvol aanvochten.

Het HvJ gaf in het arrest Keck een op het oog eenvoudige regel voor het antwoord op de vraag welke nationale regels binnen dan wel buiten de werkingssfeer van artikel 34 VWEU vielen. Het HvJ maakte onderscheid tussen verkoopmodaliteiten en producteisen. Het HvJ oordeelde dat de nationale wetgeving die aan de orde was in het arrest Keck niet gericht was op het reguleren van de handel in goederen tussen lidstaten.^{20 21} Het HvJ overwoog dat de toepassing van nationale bepalingen die bepaalde verkoopmodaliteiten beperken of verbieden voor producten uit andere lidstaten niet van dien aard zijn dat daarmee de handel tussen lidstaten aan banden wordt gelegd of wordt verboden, mits aan twee voorwaarden is voldaan. Ten eerste moesten deze bepalingen van toepassing zijn op alle betrokken handelaren die op het nationale grondgebied actief zijn. Ten tweede moesten deze bepalingen zowel rechtens als feitelijk op dezelfde wijze gevolgen hebben voor het in de handel brengen van binnenlandse producten en producten uit andere lidstaten. Wanneer aan deze voorwaarden is voldaan, aldus het HvJ, beperkt de nationale regeling niet zodanig dat de toegang van buitenlandse goederen tot de markt wordt belemmerd of de toegang tot de markt niet méér wordt belemmerd dan voor binnenlandse producten.²² Niet-discriminerende nationale beperkingen op verkoopmodaliteiten waren dus in het geheel niet in strijd met artikel 34 VWEU. Nationale regels die zagen op producteisen²³ die aan goederen werden gesteld waren daarentegen aan te merken als MGW, ook als die voorschriften 'zonder onderscheid' op alle producten van toepassing waren.²⁴ Nationale producteisen belemmeren meestal de toegang tot de markt en bleven daarmee vallen onder de Dassonville- en Cassis de Dijon-rechtspraak.²⁵

In de jaren na het arrest Keck heeft het HvJ dit arrest meermaals toegepast op zaken die betrekking hadden op regels die één stap verwijderd waren van de feitelijke importeur van het product en voornamelijk zagen op verkoopmodaliteiten. Er ontstond echter controverse over de toepassing van de Keck-regel op dynamische situaties.²⁶ Deze situaties sluiten nauwer aan bij de activiteiten van de eigenlijke producent. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een producent die geen reclame mag maken voor zijn product in een andere lidstaat volgens de in die lidstaat geldende regels. Pre-Keck-zaken hadden uitgewezen dat dergelijke nationale regels in het bijzonder nadelig konden werken voor nieuwe en buitenlandse goederen die toegang tot de markt moesten krijgen.²⁷ In post-Keck-zaken over dynamische situaties oordeelde het HvJ echter simpelweg dat aan de vereisten van het arrest Keck was

20 Het betrof wetgeving die zag op het opleggen van een algemeen verbod op doorverkoop met verlies.

21 HvJ 24 november 1993, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91 (Keck en Mithouard), ECLI:EU:C:1993:905, r.o. 12-13.

22 HvJ 24 november 1993, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91 (Keck en Mithouard), ECLI:EU:C:1993:905, r.o. 16-17.

23 Daarbij kan onder andere gedacht worden aan voorschriften over benaming van het product, vorm, afmeting, gewicht en samenstelling.

24 HvJ 24 november 1993, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91 (Keck en Mithouard), ECLI:EU:C:1993:905, r.o.'s 16-17.

25 Zie in dit kader K. Lenaerts, 'Ontwikkelingen in het vrije verkeer van goederen', SEW 2015/179, p. 498.

26 Zie over het verschil tussen vaste en dynamische situaties in dit kader Mortelmans, 'Article 30 of the E.E.C. Treaty and Legislation Relating to Market Circumstances: Time to Consider a New Definition?', *Common Market Law Review* 1991 (Vol. 28), No. 1, p. 115.

27 HvJ 15 december 1982, 286/81 (Oosthoek), ECLI:EU:C:1982:438; HvJ 16 mei 1989, 382/87 (Buet e.a./Ministère public), ECLI:EU:C:1989:198 en HvJ 21 maart 1991, C-369/88 (Delattre), ECLI:EU:C:1991:137.

voldaan en geen sprake was van schending van artikel 34 VWEU.²⁸ Deze jurisprudentie liet zien dat het HvJ alle regels met betrekking tot bepaalde verkoopmodaliteiten op voorhand niet-discriminerend vond en de toepassing van artikel 34 VWEU daarmee was uitgesloten. Er werd geen aandacht besteed aan de vraag of deze beperkingen op bepaalde dynamische verkoopmodaliteiten feitelijk een last waren op ingevoerde goederen. Het arrest Keck gaf aanleiding tot veel kritiek. Er werd met name aangevoerd dat het arrest Keck te veel nadruk legde op feitelijke en juridische gelijkheid ten koste van markttoegang.²⁹

In de latere arresten *Commissie/ Italië*³⁰ en *Mickelsson en Roos*³¹ werd het HvJ geconfronteerd met nationale maatregelen die op het eerste gezicht niet konden worden aangemerkt als verkoopmodaliteiten of productvoorschriften. In het arrest *Commissie/Italië* stond een Italiaanse wetsbepaling centraal die het voorttrekken van aanhangwagens door motorfietsen verbood. Het arrest *Mickelsson en Roos* betrof een strafvervolging in Zweden vanwege het overtreden van het Zweedse verbod om buiten de openbare vaarwegen en in bepaalde aan te wijzen watergebieden gebruik te maken van waterscooters. Ten tijde van de overtreding waren nog geen watergebieden aangewezen, al bevatte de overtreden Zweedse verordening wel een verplichting hiertoe voor bepaalde wateren. De reële mogelijkheden om in Zweden gebruik te maken van waterscooters waren daarom marginaal, mede omdat de openbare vaarwegen bestemd zijn voor zware commerciële scheepvaart en daarmee gevaarlijk voor waterscooters. In beide zaken verwijzde het HvJ het arrest Keck en werden de betreffende nationale maatregelen aangemerkt als niet-discriminerende gebruiksmodaliteiten die ook binnen de werkingssfeer van artikel 34 VWEU vallen.

In beide arresten bevestigde het HvJ overigens wel de verenigbaarheid van de nationale maatregel met het EU-recht. In het arrest *Commissie/Italië* oordeelde het HvJ dat minder restrictieve maatregelen denkbaar zijn, maar dat lidstaten niettemin gerechtigd zijn met het oog op het verzekeren van de verkeersveiligheid om een algemene en eenvoudige regel op te leggen die bestuurders makkelijk kunnen begrijpen en die zonder moeilijkheden kan worden gehandhaafd en gecontroleerd. In arrest *Mickelsson en Roos* oordeelde het HvJ dat een algemeen verbod om waterscooters buiten de openbare vaarwegen te gebruiken een maatregel is die verder gaat dan noodzakelijk is om het doel van milieubescherming te bereiken. De Zweedse regeling kan echter in beginsel als evenredig worden

28 Zie in dit kader HvJ 15 december 1993, C-292/92 (*Hünernmund e.a./Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*), ECLI:EU:C:1993:932; HvJ 9 februari 1995, C-412/93 (*Leclerc-Siplec/TF1 en M6*), ECLI:EU:C:1995:26; HvJ 29 juni 1995, C-391/92 (*Commissie/Griekenland*), ECLI:EU:C:1995:199 en HvJ 14 december 1995, C-387/93 (*Banchero*), ECLI:EU:C:1995:439. Zie C. Barnard, 'Fitting the Remaining Pieces into the Goods and Persons Jigsaw', *European Law Review* 2001 (Vol. 26), No. 35, p. 42-43.

29 N. Reich, 'The November Revolution of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi Revisited', *Common Market Law Review* 1994 (Vol. 31), No. 3, p. 459; D. Chalmers, 'Repacking the Internal Market – The Ramifications of the Keck judgment', *European Law Review* 1994, p. 385; L. Gormley, 'Reasoning Renounced? The Remarkable Judgment in Keck & Mithouard', *EBLRev* 1994 (Vol. 63), No. 5; S. Weatherill, 'After Keck: Some Thoughts on how to Clarify the Clarification', *Common Market Law Review* 1996 (Vol. 33), No. 5, p. 885 en C. Barnard, 'Fitting the Remaining Pieces into the Goods and Persons Jigsaw', *European Law Review* 2001 (Vol. 26), No. 35, p. 35.

30 HvJ 10 februari 2009, C-110/05 (*Commissie/Italië*), ECLI:EU:C:2009:66.

31 HvJ 4 juni 2009, C-142/05 (*Mickelsson en Roos*), ECLI:EU:C:2009:336.

beschouwd op voorwaarde, in de eerste plaats, dat de bevoegde nationale autoriteiten verplicht zijn dergelijke uitvoeringsmaatregelen te nemen, vervolgens, dat die autoriteiten de hun op dit punt verleende bevoegdheid daadwerkelijk hebben uitgeoefend en de gebieden hebben aangewezen die aan de voorwaarden van de nationale verordening voldoen en, ten slotte, dat dergelijke maatregelen zijn vastgesteld binnen een redelijke termijn na de inwerkingtreding van die verordening. Bijgevolg kan de nationale regeling door het doel van milieubescherming worden gerechtvaardigd indien genoemde voorwaarden in acht zijn genomen. Het HvJ geeft de verwijzende rechter mee om na te gaan of aan die voorwaarden is voldaan.

Beide arresten bevestigden ook dat het arrest Keck bleef gelden; niet-discriminerende verkoopmodaliteiten vielen niet onder de werkingssfeer van artikel 34 VWEU, omdat zij de toegang tot de markt niet verhinderden. Na de arresten Commissie/ Italië en Mickelsson en Roos zijn drie categorieën MGW te onderkennen:

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 regels) 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.³²

Nieuw is de introductie van de derde categorie door het HvJ. Die categorie omvat alle maatregelen die niet tot de eerste of tweede categorie behoren, maar toch de markttoegang voor producten uit andere lidstaten belemmeren. Dit markttoegangsperspectief ligt ook besloten in het arrest Keck waarin een onweerlegbaar vermoeden valt te onderkennen dat niet-discriminerende verkoopmodaliteiten de markttoegang niet verhinderen.³³ Uit de arresten Commissie/Italië en Mickelsson en Roos kan ook worden opgemaakt dat het onweerlegbaar vermoeden uit het arrest Keck niet opgaat voor niet-discriminerende maatregelen die niet kwalificeren als verkoopmodaliteiten of productvereisten. Het HvJ oordeelt namelijk dat maatregelen die (i) een totaal gebruiksverbod opleggen, of (ii) die tot gevolg hebben dat gebruikers van een goed dit niet kunnen gebruiken op een wijze die kenmerkend is voor of inherent is aan het gebruik van het goed of (iii) die als gevolg hebben het gebruik van een goed aanzienlijk te beperken, onder de werkingssfeer van artikel 34 VWEU vallen.³⁴ Wat beide arresten verder aantonen, is dat het HvJ bij de beoordeling of een nationale regel verenigbaar is met artikel 34 VWEU niet alleen oog heeft voor de gevolgen van de maatregel voor economische operatoren maar ook in de

32 Zie HvJ 10 februari 2009, C-110/05 (Commissie/Italië), ECLI:EU:C:2009:66, r.o. 37 en HvJ 4 juni 2009, C-142/05 (Mickelsson en Roos), ECLI:EU:C:2009:336, r.o. 24. Dit werd nogmaals bevestigd in HvJ 2 december 2010, C-108/09 (Ker-Optika), ECLI:EU:C:2010:725, r.o. 49-50.

33 Voor kritiek op deze benadering zie K.J.M. Mortelmans, 'De Keck-check', NtER 2005/11-12, p. 247.

34 HvJ 4 juni 2009, C-142/05 (Mickelsson en Roos), ECLI:EU:C:2009:336, r.o. 28.

afweging of markttoegang wordt verhinderd meeneemt of het verbod een aanzienlijke invloed heeft op consumentengedrag.³⁵

4. A-G Jacobs' test in Leclerc-Siplec

A-G Jacobs stelde in zijn conclusie in de zaak Leclerc-Siplec vast dat het arrest Keck een aantal belangrijke tekortkomingen had.³⁶ De A-G vond het onderscheid tussen verkoopmodaliteiten en bepaalde producteisen te rigide. Hij stelde dat de reclamebeperkingen (verkoopmodaliteiten) kunnen leiden tot een bijzonder ernstige bedreiging voor de marktintegratie.³⁷ De A-G verwees naar jurisprudentie van vóór het arrest Keck met betrekking tot beperkingen op reclame³⁸ en beperkingen op verkoopbevorderende activiteiten, zoals huis-aan-huisverkoop³⁹ (verkoopafspraken). In deze zaken oordeelde het HvJ dat deze beperkingen invoerbelemmeringen waren, MGW's vormden en gerechtvaardigd moesten worden. A-G Jacobs was in zijn conclusie in de zaak Leclerc-Siplec ook van mening dat de discriminatietoets die het HvJ aanlegde ten aanzien van verkoopmodaliteiten (met andere woorden alleen discriminerende verkoopmodaliteiten zijn verboden) marktfragmentatie niet tegenging. Hij merkte daarover op dat de toepassing van het discriminatiecriterium kan leiden tot versnippering van de gemeenschappelijke markt, doordat de handelaren zich zouden moeten schikken naar de in verschillende lidstaten bestaande verkoopmodaliteiten en daarmee hun eigen verkoopmodaliteiten dienovereenkomstig voor elke staat moeten aanpassen.⁴⁰

A-G Jacobs pleitte daarnaast voor een meer nauwkeurige beschrijving van het begrip markttoegang. De markttoegangstest van A-G Jacobs verwierp een pure non-discriminatiebenadering. De A-G voerde aan dat in principe alle ondernemingen die een legitieme economische activiteit uitoefenen vrije toegang tot de markt zouden moeten hebben.⁴¹ Als er een substantiële beperking van die toegang is, zou deze onder (nu) artikel 34 VWEU moeten vallen.⁴² Wanneer de maatregel gevolgen had voor de goederen zelf, dan werd aangenomen dat deze maatregel een substantiële impact op markttoegang had. Als de betreffende maatregel gevolgen had voor verkoopmodaliteiten en niet discriminerend was, hing de substantiële impact onder andere af van de vraag of de maatregel slechts voor sommige goederen dan wel voor de meeste of alle goederen gold, de aard van de beperking en of de gevolgen daarvan

35 Zie HvJ 10 februari 2009, C-110/05 (Commissie/Italië), ECLI:EU:C:2009:66, r.o. 56, besproken in K. Lenaerts, 'Ontwikkelingen in het vrije verkeer van goederen', SEW 2015/179, p. 500.

36 Conclusie A-G Jacobs 24 november 1994, C-412/93 (Leclerc-Siplec/TF1 en M6), ECLI:EU:C:1994:393.

37 Conclusie A-G Jacobs 24 november 1994, C-412/93 (Leclerc-Siplec/TF1 en M6), ECLI:EU:C:1994:393, punt 37.

38 HvJ 25 juli 1991, gevoegde zaken C-1/90 en C-176/90 (Aragonesa de Publicidad Exterior en Publivia/Departamento de Sanidad y Seguridad Social de Cataluña), ECLI:EU:C:1991:327 en HvJ 7 maart 1990, C-362/88 (GB-INNO-BM/Confédération du Commerce Luxembourgeois), ECLI:EU:C:1990:102.

39 HvJ 16 mei 1989, 382/87 (Buet e.a./Ministère public), ECLI:EU:C:1989:198 en HvJ 15 december 1982, 286/81 (Oosthoek), ECLI:EU:C:1982:438.

40 Conclusie A-G Jacobs 24 november 1994, C-412/93 (Leclerc-Siplec/TF1 en M6), ECLI:EU:C:1994:393, punt 40.

41 Conclusie A-G Jacobs 24 november 1994, C-412/93 (Leclerc-Siplec/TF1 en M6), ECLI:EU:C:1994:393, punt 41.

42 Conclusie A-G Jacobs 24 november 1994, C-412/93 (Leclerc-Siplec/TF1 en M6), ECLI:EU:C:1994:393, punt 42.

direct of indirect waren en de mate waarin andere verkoopregelingen beschikbaar waren. Als er geen substantiële impact was, of als het effect de minimis was, vielen dergelijke maatregelen niet binnen de reikwijdte van artikel 34 VWEU.⁴³ Daarom konden in de toets van A-G Jacobs alleen nationale maatregelen die een substantiële toegangsbepijking oplegden worden gerechtvaardigd met een beroep op dwingende reden van algemeen belang (rule of reason). De de-minimistoets was niet van toepassing op direct discriminerende regels, omdat de VWEU voor die gevallen in een expliciet verbod voorzag. Productvereisten hebben altijd een substantieel effect op de handel binnen de EU en moesten daarom altijd onder de loep worden genomen. Andere commentatoren hebben na A-G Jacobs gepleit voor de toepassing van een soortgelijke test.⁴⁴

5. Vrij verkeer van personen, diensten en kapitaal

In de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw gaf het HvJ een verschillende uitleg aan de marktvrijheden. De bepalingen over het vrije verkeer van goederen hadden betrekking op alle handelsregels die in staat waren de intracommunautaire handel direct of indirect, daadwerkelijk of potentieel te belemmeren, ongeacht of deze maatregelen wel of niet onderscheid maakten of wel of niet discriminerend waren (zie paragraaf 3). In die periode bleef non-discriminatie op grond van nationaliteit echter het uitgangspunt voor het vrije verkeer van personen, diensten en kapitaal. Een nationale maatregel die niet discrimineerde, was volgens het HvJ niet in strijd met deze verkeersvrijheden.⁴⁵ Vanaf het midden van de jaren negentig van de vorige eeuw kreeg het HvJ geleidelijk een andere kijk op wat belemmeringen vormden. Dit kwam voor het eerst naar voren in het arrest Säger over het vrije verkeer van diensten. Het HvJ besliste:

‘Allereerst moet worden opgemerkt, dat artikel 59 EEG-Verdrag niet alleen de afschaffing van iedere discriminatie van de dienstverrichter op grond van diens nationaliteit verlangt, 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.’⁴⁶

Dit standpunt werd herhaald in het arrest Alpine. In het arrest Alpine oordeelde het HvJ dat het verbod in de Nederlandse wetgeving om particulieren zonder hun voorafgaande schriftelijke toestemming telefonisch te benaderen om verschillende financiële diensten aan te bieden (‘cold calling’) binnen de materiële werkingssfeer van (nu) artikel 56 VWEU valt, omdat dit verbod ‘rechtstreeks van invloed (*ER: is*) op de toegang tot de dienstenmarkt in de andere Lid-Staten’.⁴⁷ Ook in het arrest Schindler oordeelde het

43 Conclusie A-G Jacobs 24 november 1994, C-412/93 (Leclerc-Siplec/TF1 en M6), ECLI:EU:C:1994:393, punt 45.

44 Zie bijvoorbeeld S. Weatherill, ‘After Keck: Some Thoughts on how to Clarify the Clarification’, *Common Market Law Review* 1996 (Vol. 33), No. 5, p. 896 en C. Barnard, ‘Fitting the Remaining Pieces into the Goods and Persons Jigsaw’, *European Law Review* 2001 (Vol. 26), No. 35.

45 Voorbeelden hiervan zijn HvJ 12 februari 1987, 221/85 (Commissie/België), ECLI:EU:C:1987:81 en HvJ 18 maart 1980, 52/79 (Procureur du Roi/Debaue), ECLI:EU:C:1980:83.

46 HvJ 25 juli 1991, C-76/90 (Säger/Dennemeyer), ECLI:EU:C:1991:331, r.o. 12.

47 HvJ 10 mei 1995, C-384/93 (Alpine Investments/Minister van Financiën), ECLI:EU:C:1995:126, r.o. 38.

HvJ dat een algeheel verbod op loterijen in het Verenigd Koninkrijk onder de materiële werkingssfeer van het vrije verkeer van diensten valt, omdat dit verbod het in andere lidstaten gevestigde organisatoren van loterijen volstrekt onmogelijk maakt deelname aan hun loterijen te bevorderen en loten te verkopen op het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk.⁴⁸

De jurisprudentie over economisch actieve personen liet eveneens zien dat het HvJ geleidelijk in de richting van een markttoegangsbenadering bewoog.⁴⁹ In het arrest *Bosman* overwoog het HvJ dat de regels van het betwiste transfersysteem 'een rechtstreekse voorwaarde stellen voor de toegang van de spelers tot de arbeidsmarkt van de andere Lid-Staten en daardoor het vrije verkeer van werknemers kunnen belemmeren'.⁵⁰ Ook in het arrest *Graf*, overwoog het HvJ dat nationale maatregelen zonder grensoverschrijdende specificiteit inbreuk maakten op het Unierecht als die 'bepalingen evenwel van invloed zijn op de toegang van de werknemers van de arbeidsmarkt'.⁵¹ Het HvJ oordeelde overigens verder in dit arrest dat de mogelijkheid dat de heer *Graf* zijn arbeidsovereenkomst opzegt en bij een andere werkgever aan de slag gaat een 'te onzekere en indirecte omstandigheid is' om een regeling te kunnen beschouwen als een belemmering van het vrije verkeer van werknemers. De betreffende regeling verbond aan de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werknemer niet dezelfde gevolgen als aan een beëindiging waartoe de werknemer niet zelf het initiatief had genomen of die hem niet is toe te rekenen.⁵²

Het HvJ trekt de markttoegangstest door naar het vrije verkeer van kapitaal. Exemplarisch zijn in dat kader de arresten over gouden aandelen uit 2003. Deze zaken gingen over aandelen in geprivatiseerde bedrijven die een bijzonder vetorecht aan nationale overheden gaven. In het arrest *Commissie/Verenigd Koninkrijk* oordeelde het HvJ ten aanzien van nationale maatregelen die de verwerving van aandelen voorbij een bepaald niveau verbood dat:

'Hoewel de betrokken beperkingen op het gebied van investeringen zonder onderscheid van toepassing zijn op ingezetenen en niet-ingezetenen, moet in casu toch worden vastgesteld dat zij de situatie van de verkrijger van een participatie als dusdanig aantasten en de investeerders uit andere lidstaten dus afhouden van deze investeringen en derhalve de toegang tot de markt aan voorwaarden onderwerpen'.⁵³

Het Verenigd Koninkrijk voerde in deze zaak nog aan dat de betreffende maatregelen vergelijkbaar waren met regelingen over verkoopmodaliteiten en daardoor op grond van het arrest *Keck* de markttoegang niet belemmerden en daarmee buiten de werkingssfeer van (nu) artikel 63 VWEU vielen. Het HvJ ging

48 HvJ 24 maart 1994, C-275/92 (*H.M. Customs and Excise/Schindler*), ECLI:EU:C:1994:119, r.o. 43-45.

49 Zie in dit kader ook E.W. Ros, 'Europees burgerschap en fiscaliteit. Vrij verkeer van personen en de Schumacker-doctrine: voorbij de interne markt?', MBB 2018/10-37, par. 3.4.

50 HvJ 15 december 1995, C-415/93 (*Union royale belge des sociétés de football association e.a./Bosman e.a.*), ECLI:EU:C:1995:463, r.o. 103.

51 HvJ 27 januari 2000, C-190/98 (*Graf*), ECLI:EU:C:2000:49, r.o. 23.

52 HvJ 27 januari 2000, C-190/98 (*Graf*), ECLI:EU:C:2000:49, r.o. 25.

53 HvJ 13 mei 2003, C-98/01 (*Commissie/Verenigd Koninkrijk*), ECLI:EU:C:2003:273, r.o. 47.

hier niet in mee en oordeelde dat de betrokken maatregelen niet vergelijkbaar waren met de regelingen voor verkoopmodaliteiten zoals in het arrest Keck.⁵⁴

6. HvJ trekt been bij in fiscale jurisprudentie

Lidstaten stellen eenzijdig of door middel van belastingverdragen de aanknopingsfactoren voor heffingsbevoegdheden vast. Daarbij dienen lidstaten te zorgen dat het vrije verkeer niet wordt belemmerd. Verboden nationale zonderonderscheidmaatregelen zijn op fiscaal terrein niet nieuw.⁵⁵ Nadelen die voortvloeien uit de fiscale wetgeving van één lidstaat vallen onder de materiële werkingssfeer van de verkeersvrijheden. Uit het arrest Mobistar⁵⁶ (directe belastingen) en het arrest Viacom⁵⁷ (indirecte belastingen) blijkt dat het HvJ nationale fiscale maatregelen zonder grensoverschrijdende specificiteit (met andere woorden nationale maatregelen die feitelijke en rechtens grensoverschrijdende en binnenlandse situaties even zwaar belasten en dus geen nadeel opleveren) niet onder de materiële werkingssfeer van de verkeersvrijheden brengt.⁵⁸

Uit beide arresten blijkt dat het HvJ een zonderonderscheidmaatregel als een belemmering ziet als deze feitelijk dan wel rechtens ('de facto') grensoverschrijdende situaties zwaarder raakt. Zo kan een op het oog neutrale fiscale maatregel toch een verboden belemmering vormen als deze een rechtstreekse belemmering voor de toegang tot de markt vormt. Nadelen die daarentegen voortvloeien uit het bestaan binnen de EU van verschillende soorten belastingstelsels vallen in beginsel niet onder de werkingssfeer van de verkeersvrijheden. Deze nadelen zijn een onlosmakelijk gevolg van het autonome recht van lidstaten om directe belastingen te heffen (dispariteiten).⁵⁹ Ik schrijf 'in beginsel', omdat het HvJ recentelijk arresten heeft gewezen waarin een fiscale dispariteit wordt omgezet in een verboden zonderonderscheidmaatregel. In de arresten Van der Weegen-Pot en Deka heeft het HvJ de-factobelemmeringen op fiscaal terrein onderkend. In beide arresten ging het om nationale wettelijke voorwaarden waaraan feitelijk niet door niet-inwoners kon worden voldaan, omdat de voorwaarden eigen zijn aan de nationale markt. Deze arresten laten mijns inziens zien dat het HvJ zijn jurisprudentie op fiscaal terrein in lijn heeft gebracht met zijn markttoegangsjurisprudentie binnen andere rechtsgebieden.⁶⁰

54 HvJ 13 mei 2003, C-98/01 (Commissie/Verenigd Koninkrijk), ECLI:EU:C:2003:273, r.o. 45-46.

55 Voor een bespreking van verboden zonderonderscheidmaatregelen op onder andere fiscaal terrein verwijs ik naar D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht Europees Belastingrecht*, onderdeel EBR.5.1.0, Wolters Kluwer, Deventer.

56 HvJ 8 september 2005, gevoegde zaken C-544/03 en C-545/03 (Mobistar en Belgacom Mobile), ECLI:EU:C:2005:518.

57 HvJ 17 februari 2005, C-134/03 (Viacom Outdoor), ECLI:EU:C:2005:94.

58 D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht Europees Belastingrecht*, onderdeel EBR.5.1.0.C, Wolters Kluwer, Deventer.

59 Deze nadelen dienen eventueel te worden opgelost via positieve harmonisatie.

60 In dit artikel bespreek ik beide arresten alleen in relatie tot de markttoegangstest. Voor een uitgebreide bespreking van met name het arrest Deka verwijs ik naar de noot bij dit arrest van S.C.W. Douma in BNB 2020/81; H. Vermeulen, 'Het HvJ EU arrest Deka, niet alles is hoe het lijkt', WFR 2020/72; M.F. de Wilde, 'Als dispariteiten "voorwaardelijk belemmerende zonderonderscheidmaatregelen" worden...', *Opinie NTFR* 2020/725. Uiteindelijk heeft de Hoge Raad naar aanleiding van het arrest Deka op 23 oktober 2020 uitspraak gedaan en daarmee de vragen van Rechtbank Zeeland-West-Brabant beantwoord.

Het arrest Van der Weegen-Pot had betrekking op een Belgische nationale belastingvrijstelling voor ontvangen rente op spaardeposito's. Deze belastingvrijstelling stond ook open voor niet-ingezetenen banken.⁶¹ Toch verleende de Belgische belastingdienst in deze zaak de belastingvrijstelling niet voor aangehouden buitenlandse spaarrekeningen. Er kon niet worden aangetoond dat deze buitenlandse spaarrekeningen voldeden aan de voorwaarden die golden voor de Belgische spaardeposito's. De belastingvrijstelling stond de facto alleen open voor inkomsten uit spaardeposito's bij banken die voldeden aan de specifieke Belgische voorwaarden. Het HvJ oordeelt hierover in het kader van de vrijheid van dienstverrichting (*ER: cursivering*):

'Niettemin kan zelfs een nationale wettelijke regeling die – ongeacht de plaats waar de dienstverrichter is gevestigd – *zonder onderscheid* geldt voor alle diensten, een beperking van de vrijheid van dienstverrichting vormen, wanneer op grond van die regeling een voordeel wordt voorbehouden aan gebruikers van diensten die voldoen aan bepaalde voorwaarden die *de facto* eigen zijn aan de nationale markt en dat voordeel derhalve wordt ontzegd aan gebruikers van andere in wezen soortgelijke diensten die niet voldoen aan de in die wettelijke regeling gestelde bijzondere voorwaarden. Een dergelijke wettelijke regeling tast immers de situatie van de gebruikers van de diensten als zodanig aan en kan hen dus ervan weerhouden de diensten van bepaalde dienstverrichters te gebruiken wanneer de door die dienstverrichters aangeboden diensten niet voldoen aan de in die wettelijke regeling gestelde voorwaarden, en kan bijgevolg de *toegang tot de markt* aan voorwaarden onderwerpen.'⁶²

Het arrest Deka ging over de vraag of een Duitse beleggingsinstelling op dezelfde voet aanspraak kon maken op de teruggaaf van dividendbelasting als een Nederlandse beleggingsinstelling met fbi-status.⁶³ Het ging daarbij onder andere om de vraag of de door artikel 28 Wet Vpb 1969 gestelde aandeelhouderseis een niet-ingezetenen beleggingsfonds er van kon weerhouden om in Nederland te beleggen. Het HvJ overwoog in het kader van de vrijheid van kapitaalverkeer (*ER: cursivering*):

'Een nationale wettelijke regeling die *zonder onderscheid* geldt voor ingezetenen en niet-ingezetenen marktdeelnemers kan evenwel een beperking van het vrije verkeer van kapitaal inhouden. Uit de rechtspraak van het Hof volgt immers dat zelfs een op objectieve criteria berustend onderscheid grensoverschrijdende situaties *de facto* kan benadelen.

Dat is het geval wanneer een belastingvoordeel op grond van een nationale wettelijke regeling die zonder onderscheid geldt voor ingezetenen marktdeelnemers en niet-ingezetenen marktdeelnemers, uitsluitend wordt

Zie HR 23 oktober 2020, 16/03954, 17/02428 en 19/01141, ECLI:NL:HR:2020:1674, NLF 2020/2372, met noot van De Haan. Een uitvoerige bespreking van het arrest van de Hoge Raad gaat de scope van deze bijdrage te buiten. Voor kritische reflecties op het arrest van de Hoge Raad verwijs ik naar de noot van S.C.W. Douma in BNB 2021/73 en het commentaar van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs van 8 december 2020.

61 In HvJ 6 juni 2013, C-383/10 (Commissie/België), ECLI:EU:C:2013:364 oordeelde het HvJ eerder dat de Belgische belastingregeling een belemmering vormde. Naar aanleiding van dit arrest heeft België de regeling aangepast waardoor ook niet-ingezetenen banken recht hebben op de regeling. Zie in dit kader H. Vermeulen, 'Het HvJ EU arrest Deka, niet alles is hoe het lijkt', WFR 2020/72, par. 2.4.

62 HvJ 8 juni 2017, C-580/15 (Van der Weegen e.a.), ECLI:EU:C:2017:429, NLF 2017/1488, met noot van Korving, r.o. 29.

63 Het verzoek om de teruggaaf van dividendbelasting in deze zaak is gebaseerd op artikel 10, lid 2, Wet DB 1965 (oud). Thans geldt ex artikel 11a Wet DB 1965 een afdrachtvermindering.

toegekend in situaties waarin een marktdeelnemer voldoet aan voorwaarden of verplichtingen die per definitie *of de facto eigen zijn aan de nationale markt waardoor alleen op de nationale markt aanwezige marktdeelnemers aan die voorwaarden of verplichtingen kunnen voldoen en de vergelijkbare niet-ingezeten marktdeelnemers daaraan over het algemeen niet voldoen*.⁶⁴

In beide arresten maakte de betreffende nationale fiscale maatregel formeel geen onderscheid. De maatregelen leken gebaseerd te zijn op objectieve criteria. Toch pakten de betreffende fiscale maatregelen nadelig uit, omdat de 'eigenheid' van deze nationale maatregelen het voor ingezeten marktdeelnemers eenvoudiger maakte om aan die voorwaarden te voldoen. In beide arresten was voor niet-ingezeten de nationale markt de facto minder toegankelijk door de eigenheid van nationale fiscale maatregelen. Daarmee kunnen mogelijk in de toekomst veel voorwaarden van nationale fiscale maatregelen onder de materiële werkingssfeer van de marktvrijheden worden gebracht en aan een EU-rechtelijke toets van het HvJ worden onderworpen.⁶⁵ Daarmee wordt de lidstatelijke fiscale autonomie om via een afgewogen democratisch wetgevingsproces te reguleren mogelijk ingeperkt.

7. Voor- en nadelen van markttoegangsmodel

Het doel van de markttoegangstest is om te kunnen bepalen welke nationale maatregelen toegang tot de interne markt belemmeren en daarmee in beginsel verboden zijn onder het EU-recht. Barnard merkt op dat er vijf argumenten vóór een globale markttoegangstest zijn. Ten eerste stelt ze dat deze test eenvoudig is. Het markttoegangsmodel laat het buitensporige formalisme los dat door de categorie 'verkoopmodaliteiten' in het arrest Keck werd geïntroduceerd. Er zou slechts één uniforme regel zijn die voor de vier vrijheden zou gelden. Ten tweede schaft het de noodzaak af om de nationale maatregel te classificeren als een maatregel mét of zónder onderscheid of als een (niet-)discriminerende maatregel. Barnard beweert dat dit proces al lang controversieel is en dat het lijkt alsof het HvJ langzamerhand begonnen is dit formele classificatieproces op te geven.⁶⁶ Het derde voordeel van het voorgestelde markttoegangsmodel is dat het onderscheid tussen de uitdrukkelijke rechtvaardigingsgronden in het VWEU en de dwingende reden van algemeen belang (rule of reason) wegvalt; een mening die ook door andere commentatoren wordt ondersteund. Zo stelt Oliver dat het eenvoudiger en logischer zou zijn om de dwingende reden van algemeen belang te behandelen als aanvullingen op de afwijkingen in artikel 42 VWEU.⁶⁷ Het vierde voordeel is dat een algemene toets op basis van markttoegang beter aansluit bij de algemene doelstelling om een interne markt tot stand te brengen en in stand te houden. Zoals A-G Jacobs in de Leclerc-Siplec-zaak heeft gesteld, lijkt een discriminatietest ongepast. Het feit dat een

64 HvJ 30 januari 2020, C-156/17 (Köln-Aktiefonds Deka), ECLI:EU:C:2020:51, NLF 2020/0316, met noot van De Haan, r.o. 55-56. Het HvJ heeft deze zienswijze recentelijk bevestigd in HvJ 16 december 2021, C-478/19 (UBS Real Estate), ECLI:EU:C:2021:1015, NLF 2022/0159, met noot van Van Gennip, r.o. 40 en HvJ 7 april 2022, C-342/20 (A SCPI), ECLI:EU:C:2022:276, NLF 2022/0831, met noot van Mengelers, r.o. 54-55.

65 A. Tryfonidou, *The Impact of Union Citizenship on the EU's Market Freedoms*, Hart Publishing, Oxford 2016, p. 100.

66 In dit kader verwijst Barnard naar HvJ 28 april 1998, C-120/95 (Decker/Caisse de maladie des employés privés) ECLI:EU:C:1998:167 en HvJ 28 april 1998, C-158/96 (Kohll/Union des caisses de maladie) ECLI:EU:C:1998:171.

67 P. Oliver, 'Some further reflections on the scope of Article 28–30 (ex 30-36) EC', *Common Market Law Review* 1999 (Vol. 36), p. 804.

nationale maatregel gelijkelijk van toepassing is op zowel binnenlandse als geïmporteerde goederen of migranten maakt het niet minder een belemmering voor de werking van de interne markt.⁶⁸ Ten slotte zorgt een algemene toetsing op basis van markttoegang ervoor dat de concurrentie tussen lidstaten optimaal kan functioneren. Zoals Barnard het zegt:

'According to the theory [of regulatory competition], the role of the federal government is to create a legal framework and conditions in which this competition becomes possible, by allowing people and capital to move freely between states, especially by removing any discrimination based on nationality, allowing access to the market and applying the principle of mutual recognition. In respect of those areas of regulation which do not substantially prevent or hinder access to the market, Member States can regulate freely, constrained only by the risk that this might prompt capital flight to more favourable regulatory regimes. In respect of those areas of regulation which do substantially prevent or hinder access to the market the presumption would be that such rules breach Community law, due to the application of mutual recognition, unless the Member States could justify the restriction.'⁶⁹

Het markttoegangsmodel is echter niet zonder bezwaren. Het markttoegangsmodel creëert een test die een probleem kan vormen voor het HvJ. Toepassing van het markttoegangsmodel vereist dat het HvJ een economische toets toepast voor antwoord op de vraag of sprake is van een directe en substantiële belemmering van markttoegang in plaats van een juridische kwalificatie van de maatregel als een maatregel mét of zónder onderscheid of als een (niet-)discriminerende maatregel. Ten tweede introduceert de term 'directe en substantiële belemmering van markttoegang' een 'rule of remoteness' in het EU-recht. Deze toets geeft het HvJ niet veel houvast om te bepalen wat binnen en buiten de reikwijdte van de vrijverkeersbepalingen valt. Ten derde is er een argument tegen een globale benadering die de verkeersvrijheden op dezelfde manier behandelt, omdat ze betrekking hebben op zeer verschillende technologische, economische en sociale situaties.⁷⁰

Het meest prominente probleem van een markttoegangstest is dat een precieze definitie ontbreekt. Er zijn drie mogelijke perspectieven wat voor soort nationale regels markttoegang belemmeren of verhinderen. Een uiterst perspectief op het spectrum over de reikwijdte van markttoegang gaat uit van het idee dat markttoegang wordt beperkt als een economische actor niet in staat is om op voet van gelijkheid met andere economische actoren toegang tot de markt te krijgen, hetzij feitelijk, hetzij door regelgeving. Markttoegang wordt gezien als een toetredingsdrempel. Het andere en veel bredere perspectief op het spectrum ziet elke nationale regel die nalevingskosten met zich meebrengt als een beperking van de markttoegang. Dit betekent dat de reikwijdte van de markttoegangstest mogelijk iedere nationale maatregel zou kunnen omvatten en daardoor stevig ingrijpt in nationale regelgevende autonomie. Het zwaartepunt van dit tweede perspectief gaat dan over de vraag of de nationale regel gerechtvaardigd kan worden en niet of die maatregel een belemmering vormt voor markttoegang. Een nationale regel die geen belang nastreeft dat overeenstemt met het EU-recht en niet noodzakelijk of

68 Conclusie A-G Jacobs 24 november 1994, C-412/93 (Leclerc-Siplec/TF1 en M6), ECLI:EU:C:1994:393, punt 39.

69 C. Barnard, 'Fitting the Remaining Pieces into the Goods and Persons Jigsaw', *European Law Review* 2001 (Vol. 26), No. 35, p. 53-55.

70 L. Daniele, 'Non-discriminatory restrictions on the free movement of persons', *European Law Review* 1997 (Vol. 22), p. 191, 195.

evenredig is, zal worden beschouwd als een ongerechtvaardigde beperking van de markttoegang. Als de laatstgenoemde visie op markttoegang wordt aanvaard, verliest de markttoegangsstoets aan betekenis voor het antwoord op de vraag welke nationale regels binnen de reikwijdte van het EU-recht vallen en welke nationale regels niet.

De leidende juridische en academische meningen over de precieze reikwijdte van het begrip markttoegang bevinden zich ergens tussen de twee genoemde perspectieven. Spaventa beschrijft deze perspectieven als 'intuïtieve' benaderingen van markttoegang. Deze intuïtieve benaderingen wijzen een puur non-discriminatiebeoordeling af, maar proberen een toets te bieden die het mogelijk maakt onderscheid te maken tussen regels die door het HvJ moeten worden getoetst en regels die buiten de reikwijdte van de vrijverkeersbepalingen vallen. Spaventa merkt op dat er geen indicatie is welke nationale regels precies moeten worden beschouwd als geen belemmering voor markttoegang. Vertrouwen op begrippen als 'directe en substantiële belemmering', zoals gepropageerd door A-G Jacobs in de Leclerc-Siplec-zaak, geeft weinig houvast om te bepalen welke nationale regels buiten de reikwijdte van de vrijverkeersbepalingen vallen. Spaventa merkt ook op dat deze intuïtieve benaderingen niet duidelijk maken waarom bepaalde regels geen invloed hebben op de markttoegang en andere wel. Deze 'intuïtieve' benaderingen kunnen nuttig zijn in het geval van goederen en diensten waarbij de situatie dynamisch van aard is en een belemmering voor markttoegang dus heel goed kan leiden tot een belemmering van het vrije verkeer. Deze intuïtieve benaderingen zijn beperkt wanneer ze worden gebruikt in de context van niet-discriminerende belemmeringen voor de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van werknemers. In die context is mogelijk geen grensoverschrijdende specificiteit aanwezig om vast te stellen welke regels wel of niet binnen de reikwijdte van de toetsing van het HvJ vallen. Met andere woorden, de redenering achter de interne markt om vrijelijk door de EU te bewegen, rechtvaardigt dan niet langer het aanvechten van nationale regels.⁷¹

8. Niet alles wat blinkt is goud

NB. Deze paragraaf is tot op zekere hoogte ontleend aan E.W. Ros, Europees burgerschap en fiscaliteit Vrij verkeer van personen en de Schumacker-doctrine: voorbij de interne markt?, MBB 2018/10-37, par. 4.

Niet alle jurisprudentie van het HvJ over de verkeersvrijheden kan worden verklaard door het non-discriminatiemodel en de brede markttoegangsbenadering. Het arrest Gourmet, bijvoorbeeld, kan niet vanuit een markttoegangsbenadering worden verklaard, omdat de Zweedse maatregel de reclame voor alcoholhoudende drank in zijn geheel verbiedt en geen invloed heeft op toegang tot de markt in een andere lidstaat.⁷² Het HvJ brengt de situatie toch onder de werkingssfeer van het vrije verkeer van diensten door gekunsteld te overwegen dat sommige klanten van het Zweedse bedrijf misschien in een andere lidstaat gevestigd kunnen zijn en geeft daarmee de betreffende nationale maatregel een 'ingelezen' grensoverschrijdend element. Ook in het arrest Freskot brengt het HvJ nationale maatregelen in de lidstaat van vestiging onder de materiële werkingssfeer van het vrije verkeer van diensten op basis van de hypothetische omstandigheid dat de onderneming gedreven door een niet-natuurlijke persoon

71 E. Spaventa, Free Movement of Persons in the European Union, Barriers to Movement in their Constitutional Context, Kluwer Law International, The Netherlands 2007, p. 94.

72 HvJ 8 maart 2001, C-405/98 (Gourmet International Products), ECLI:EU:C:2001:135.

in kwestie misschien het risico op natuurrampen had willen verzekeren en daarvoor misschien een verzekeraar uit een andere lidstaat had gekozen, als Griekenland niet een verplichte verzekering had ingevoerd.⁷³ In beide uitspraken creëert het HvJ op grond van hypothetische omstandigheden een grensoverschrijdend element om de betreffende nationale maatregel, waarin geen direct te onderkennen grensoverschrijdende specificiteit aanwezig is en die markttoegang niet belemmert, onder de materiële werkingssfeer van de marktvrijheden te brengen.

In het arrest *Carpenter* beslist het HvJ dat *Carpenter* (echtgenoot) gebruikmaakt van zijn recht om vrij diensten te kunnen leveren ex artikel 49 EG-Verdrag (artikel 56 VWEU) en dat dit recht, in samenhang met het in artikel 8 EVRM vervatte principe van recht op 'family life', meebrengt dat het Verenigd Koninkrijk mevrouw *Carpenter* (Filipijnse nationaliteit) niet het recht mag onthouden in het Verenigd Koninkrijk te verblijven.⁷⁴ Het arrest *Carpenter* kan niet in de verste verte verklaard worden vanuit een markttoegangsbenadering. Het arrest *Cowan* gaat over een Britse toerist die wordt beroofd in Parijs. In Frankrijk wonende personen met de Franse nationaliteit kunnen een beroep doen op een Franse nationale regeling voor schadeloosstelling bij een vergelijkbaar misdrijf. Het HvJ beslist dat toeristen, als ontvangers van diensten, op grond van het non-discriminatiebeginsel eveneens een beroep kunnen doen op de Franse regeling voor schadeloosstelling.⁷⁵ Ook in dit arrest is de economische dimensie waarmee het HvJ de zaak onder de werkingssfeer van een vrijverkeersbepaling brengt zwak.⁷⁶

Een ander belangrijk arrest over de reikwijdte van de vrijverkeersbepalingen is het arrest *Gebhard*.⁷⁷ De regels in de zaak *Gebhard* hadden betrekking op de vereiste inschrijving van advocaten bij de Italiaanse balie om de titel 'avvocato' te mogen voeren. De regels raakten meneer *Gebhard* (Duitse nationaliteit) in dezelfde mate als Italiaanse advocaten. Het HvJ staat de heer *Gebhard* toe deze regels ter discussie te stellen. Daarmee verwatert de grens tussen de nationale regel in kwestie en het specifieke effect van die nationale regel op het vrije verkeer. Het lijkt erop dat de intra-EU-specificiteit van een nationale regel niet langer relevant is om de nationale regel onder de werkingssfeer van het EU-recht te brengen. De vermeende belemmering in de zaak-*Gebhard* vloeide alleen voort uit het bestaan van de Italiaanse regel. De Italiaanse registratieplicht vormde de barrière voor de vrijheid van de heer *Gebhard* om zich in Italië te vestigen.

De vraag komt op of de markttoegangstoets het arrest *Gebhard* kan verklaren en duidelijkheid kan geven over de materiële reikwijdte van de verkeersvrijheden. Na het arrest *Gebhard* lijkt het erop dat

73 HvJ 22 mei 2003, C-355/00 (*Freskot*), ECLI:EU:C:2003:298. Zie in dit kader ook E. Spaventa, *Free Movement of Persons in the European Union, Barriers to Movement in their Constitutional Context*, Kluwer Law International, The Netherlands 2007, p. 48.

74 HvJ 11 juli 2002, C-60/00 (*Carpenter*), ECLI:EU:C:2002:434.

75 HvJ 2 februari 1989, 186/87 (*Cowan/Trésor public*), ECLI:EU:C:1989:47.

76 Opmerkelijk aan deze uitspraak is verder dat het HvJ de zaak binnen de werkingssfeer van het vrijdienstenverkeer brengt en daarmee een beroep op het algemene non-discriminatiebeginsel rechtvaardigt. Een beroep op het algemene non-discriminatiebeginsel lijkt echter overbodig op het moment dat de discriminatie binnen de werkingssfeer van het vrije dienstenverkeer valt.

77 HvJ 30 november 1995, C-55/94 (*Gebhard/Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*), ECLI:EU:C:1995:411.

elke nationale regel die een economische activiteit reguleert onder de werkingssfeer van het EU-recht kan worden gebracht. Dit standpunt wordt ook ondersteund door het arrest Gourmet en het arrest Freskot, waarin de zaken binnen de werkingssfeer van het EU-recht werden gebracht op hypothetische gronden of bij het ontbreken van een specifiek grensoverschrijdend effect van de betrokken regel. De nationale regels in het arrest Gourmet stonden de toegang tot de Zweedse markt niet in de weg; zij verhinderden het bestaan van de nationale Zweedse markt in zijn geheel. De markttoegangstoets heeft in deze arresten geen onderscheidend vermogen om duidelijk te maken welke nationale regels binnen de werkingssfeer van het EU-recht vallen en welke nationale regels niet. Het lijkt er in deze arresten op dat de belemmeringen voortkomen uit het enkele bestaan van deze nationale regels. Daarmee kunnen potentieel alle nationale regels die een economische activiteit reguleren onder de werkingssfeer van de verkeersvrijheden vallen. Het zwaartepunt verschuift daarmee naar de vraag of een nationale maatregel onder het EU-recht gerechtvaardigd kan worden door het HvJ in plaats van of de nationale maatregel markttoegang belemmert/verhindert.

Spaventa merkt op dat de onderliggende gedachte van deze jurisprudentie is dat degenen die gebruik hebben gemaakt van hun recht om zich te verplaatsen niet onderworpen mogen worden aan onnodige regelgeving en daardoor een onevenredige inmenging ondervinden in hun recht om een economische activiteit uit te oefenen binnen de EU. Spaventa erkent dat haar opvatting niet helpt bij het afbakenen van de grenzen van de vrijverkeersbepalingen en niet wezenlijk verschilt van de markttoegangstoets. Zij benadrukt dat haar standpunt de jurisprudentie van het HvJ wel nauwkeuriger verklaart. De opvatting van Spaventa benadrukt het feit dat de vrijverkeersbepalingen zich hebben ontwikkeld tot een ruimer, haast constitutioneel, recht waarbij een persoon niet zonder goede reden gehinderd mag worden in de uitoefening van een economische activiteit.⁷⁸ Ze stelt voor dat de reikwijdte van de vrijverkeersbepalingen het recht zou moeten omvatten om een economische activiteit in een andere lidstaat uit te oefenen, in plaats van een recht op markttoegang. In deze optiek wordt de reikwijdte van een interne situatie tot een minimum beperkt. De interne-situatiereguleer, op grond waarvan het EU-recht niet van toepassing is, mag alleen worden voorbehouden aan gevallen waarin het verband tussen een nationale regel en de uitoefening van een economische activiteit te onzeker en indirect is.⁷⁹ De arresten Gebhard, Gourmet en Freskot kunnen in dit licht worden verklaard. In dit perspectief kunnen de vrijverkeersbepalingen worden gezien als een wapen om de regelgevende bevoegdheid van de lidstaten aan te vechten.⁸⁰

78 E. Spaventa, *Free Movement of Persons in the European Union, Barriers to Movement in their Constitutional Context*, Kluwer Law International, The Netherlands 2007, hoofdstuk 5.

79 E. Spaventa, *Free Movement of Persons in the European Union, Barriers to Movement in their Constitutional Context*, Kluwer Law International, The Netherlands 2007, p. 153.

80 Spaventa's perspectief is ook terug te vinden in het arrest Cowan. Dit arrest ging over een Britse toerist die in Parijs werd beroofd, maar op grond van een compensatieregeling werd gediscrimineerd door de Franse autoriteiten. Het HvJ merkte op dat de heer Cowan als toerist een ontvanger van diensten was en daardoor binnen de reikwijdte van (nu) artikel 56 VWEU viel. Het HvJ oordeelde ook dat gelijke bescherming tegen schade een uitvloeisel was van het vrije verkeer van diensten en dat discriminatie met betrekking tot de compensatieregeling die vrijheid daarom beperkte. Zie HvJ 2 februari 1989, C-186/87 (Cowan/Trésor public), ECLI:EU:C:1989:47.

Een verklaring voor deze ruime interpretatie door het HvJ kan worden gevonden in de opvatting dat het HvJ bezig is de verkeersvrijheden opnieuw vorm te geven als onderdeel van een breder recht voor alle economisch actieve EU-burgers; het recht om een economische activiteit uit te oefenen in een grensoverschrijdende situatie ongeacht of de economisch actieve EU-burger bijdraagt aan de doelstellingen van de interne markt. Deze voorkeur voor het individu verklaart jurisprudentie waarin er geen sprake is van een belemmering of waar de economische dimensie erg zwak is. De normatieve rechtvaardiging die ten grondslag ligt aan Spaventa's reikwijdte van het vrije verkeer van personen is te vinden in de introductie van het burgerschap van de Unie.⁸¹ Met deze uitleg zijn de personele marktvrijheden⁸² niet langer instrumentele vrijheden voor de totstandkoming en instandhouding van de interne markt, maar vrijheden die op eigen merites aan burgers van de Unie worden toegekend en daarmee als fundamentele economische rechten gezien kunnen worden. Spaventa merkt op:

'[n]ot only Europe has progressed towards an integrated economy, but the European project has evolved to create a new constitutional dimension which puts the individual at the heart of its activities. The Union citizen is then not merely instrumental to the economic welfare of the Community – rather, she achieves an additional status, and with that, an additional layer of fundamental rights protection.'⁸³

A-G Poiares Maduro merkt op:

'It is important that the freedoms of movement fit into a broader framework of the objectives of the internal market and European citizenship. At present, the freedoms of movement must be understood to be one of the essential elements of the fundamental status of nationals of the Member States.'⁸⁴

De uitleg dat de personele marktvrijheden door de invloed van het burgerschap van de Unie niet alleen maar als instrumentele vrijheden worden gezien, kan geplaatst worden in ontwikkelingen vanaf de inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht. De introductie van het burgerschap van de Unie illustreert dat de interne markt niet de enige en belangrijkste doelstelling van de EU is. Na het Verdrag van Maastricht staan andere EU-doelstellingen, zoals de ontwikkeling van het burgerschap van de Unie, de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht en de ontwikkeling van een concurrerende sociale markteconomie gericht op volledige werkgelegenheid, even hoog op de agenda van de EU en moet de doelstelling van de interne markt met deze doelstellingen worden verenigd.⁸⁵

81 E. Spaventa, *Free Movement of Persons in the European Union, Barriers to Movement in their Constitutional Context*, Kluwer Law International, The Netherlands 2007, hoofdstuk 5.

82 Onder de personele marktvrijheden versta ik de vrijheden zoals neergelegd in artikel 45, 49 en 56 VWEU.

83 E. Spaventa, *Free Movement of Persons in the European Union, Barriers to Movement in their Constitutional Context*, Kluwer Law International, The Netherlands 2007, XV.

84 Conclusie A-G Poiares Maduro 30 maart 2006, gevoegde zaken C-158/04 (Alfa Vita Vassilopoulos) en C-159/04 (Carrefour - Marinopoulos), ECLI:EU:C:2006:212, punt 40.

85 E.W. Ros, 'Europees burgerschap en fiscaliteit Vrij verkeer van personen en de Schumacker-doctrine: voorbij de interne markt?', MBB 2018/10-37.

9. Conclusie

De jurisprudentie van het HvJ over de verkeersvrijheden geeft duidelijk aan dat het non-discriminatiemodel de huidige stand van de jurisprudentie onvoldoende weerspiegelt. Het HvJ heeft ook zonderonderscheidmaatregelen binnen de reikwijdte van de verkeersvrijheden gebracht. De de-factobelemming ziet op verboden nationale zonderonderscheidmaatregelen. Bij deze nationale regels wordt geen direct noch indirect onderscheid gemaakt naar nationaliteit, maar werkt de betreffende maatregel de facto nadelig in grensoverschrijdende situaties. Aan de jurisprudentie van het HvJ over de de-factobelemming ligt het concept 'markttoegang' ten grondslag. De besproken jurisprudentie laat zien dat de markttoegangstest geen duidelijk onderscheidend vermogen heeft om te bepalen welke nationale regels wél of niet onder de reikwijdte van de vrijverkeersbepalingen vallen. Als gevolg van de brede markttoegangstest kan het HvJ potentieel een toenemend aantal nationale regels binnen de reikwijdte van de verkeersvrijheden brengen.

In de recente arresten Van der Weegen-Pot en Deka heeft het HvJ dit been ook op fiscaal terrein verder bijgetrokken. Het zwaartepunt van de markttoegangstest verschuift steeds meer naar de vraag of de nationale regel gerechtvaardigd kan worden en niet of die maatregel een belemmering vormt voor markttoegang. Ook is gebleken dat het non-discriminatiemodel en de brede markttoegangsbenadering voor EU-burgers misschien niet de enige concepten zijn die aan de jurisprudentie over de verkeersvrijheden ten grondslag liggen. Met een brede markttoegangstest wordt de competentie van het HvJ om te beoordelen of een nationale regel onder de verkeersvrijheden valt verruimd met alle gevolgen van dien voor de lidstatelijke (fiscale) autonomie.

mr. dr. E.W. Ros
ESL