

Rechtspraak

Botsende vrijheden op de Brenner

Mr. B.J. Drijber

Het Hof aanvaardt voor het eerst een beroep op fundamentele rechten als rechtvaardiging voor een inbreuk op het vrij verkeer van goederen.

Arrest van 12 juni 2003, zaak C-112/00, Eugen Schmidberger/Republiek Oostenrijk, n.n.g. (zie www.curia.eu.int)

Feiten

Van vrijdagochtend 12 juni 1998, 11:00 uur, tot zaterdagmiddag 13 juni, 15:00 uur, was de Brenner-autoweg afgesloten voor alle autoverkeer wegens een protestbijeenkomst die met toestemming van de Oostenrijkse autoriteiten was georganiseerd door een milieuvereniging. De wegafsluiting was van tevoren aangekondigd (ook via de buitenlandse media) en de samenkomst verliep geheel volgens de regels.

Schmidberger is een Duitse transportonderneming die veelvuldig tussen Duitsland en Italië op en neer pendelt en daarbij van de Brenner gebruikmaakt. Deze firma stelde een schadevergoedingsactie in tegen de Oostenrijkse Staat. De wegblokkade had, in combinatie met het gebruikelijke rijverbod op feestdagen (11 juni was een feestdag) en tijdens het weekend, tot gevolg gehad dat zij vijf van haar zes vrachtauto's vier dagen aaneengesloten aan de kant had moeten houden.

Het *Landesgericht* Innsbruck wijst de vordering af wegens – kort gezegd – gebrek aan bewijs. Het *Oberlandesgericht* onderzoekt minutieus of aan de *Francoovich*-voorwaarden is voldaan. Daarbij rijzen twijfels over de verenigbaarheid van de Oostenrijkse wetgeving met het Gemeenschapsrecht. De prejudiciële vragen en de daaraan ten grondslag liggende overwegingen getuigen van een sterk communautaire gezindheid bij deze appèlrechter.

Beslissing

Allereerst onderzoekt het Hof of de toestemming voor de samenkomst kan worden aangemerkt als een maatregel van gelijke werking met kwantitatieve invoerbepalingen. Het Hof herinnert aan het *Spaanse aardbeien*-arrest,¹ waarin het oordeelde dat artikel 28 EG (destijds artikel 30) 'ook van toepassing kan zijn wanneer een lidstaat

niet de vereiste maatregelen heeft getroffen ter opheffing van belemmeringen van het vrije goederenverkeer waarvan de oorzaak buiten de sfeer van de overheid ligt', zoals acties van particulieren. De Brenner-autoweg is een zeer belangrijke verbindingsweg en de duur van de afsluiting was ook niet verwaarloosbaar kort. Daarom moest de toestemming van de Oostenrijkse autoriteiten voor de protestbijeenkomst als een maatregel van gelijke werking worden beschouwd. Artikel 28 EG ook kan zijn geschonden als de *doorvoer* van goederen tussen lidstaten nadelig wordt beïnvloed.²

Vervolgens onderzoekt het Hof de rechtvaardiging van de belemmering. Vertrekpunt van de analyse is het doel dat de nationale autoriteiten voor ogen stond bij het geven van hun toestemming (eerbiediging van de vrijheid van meningsuiting en het recht op vergadering), en niet het doel van de bijeenkomst zelf (aandacht vragen voor milieuvervuiling en verkeersoverlast). Het Hof herinnert aan zijn vaste rechtspraak volgens welke de grondrechten integrerend onderdeel uitmaken van de algemene rechtsbeginselen, waarbij aan het EVRM een bijzondere plaats toekomt, en wijst verder op artikel 6 lid 2 EU. Het overweegt dat 'in de Gemeenschap [...] geen maatregelen toelaatbaar (zijn) die zich niet verdragen met de eerbiediging van de rechten van de mens' en laat daarop volgen (punt 74): 'Aangezien zowel de Gemeenschap als de lidstaten gehouden zijn de grondrechten te eerbiedigen, vormt de bescherming van die rechten een legitiem belang, dat in beginsel een rechtvaardiging vormt voor een beperking van verplichtingen krachtens het gemeenschapsrecht, zelfs uit hoofde van een door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheid zoals het vrije verkeer van goederen'.

Het Hof diende aldus een afweging te maken tussen beide vrijheden. Daartoe merkt het allereerst op dat zowel de fundamentele vrijheid van artikel 28 EG als de vrijheid van meningsuiting en van vreedza-

¹ Arrest van 9 december 1997, zaak C-265/95, Commissie/Frankrijk, Jur. p. I-6959. Voor een bespreking zie K.J.M. Mortelmans, *Ars Aequi* 1998, p. 204; B.J. Drijber, *NTER* 1998, p. 101; J.S. van den Oosterkamp, *SEW* 1998, p. 394; en M. Jarvis, *CMLRev.* 1998, p. 1371.

² Punten 60 tot en met 62.

me vergadering aan beperkingen kunnen worden onderworpen. Het vervolgt (punt 82): *'De bevoegde [nationale] autoriteiten beschikken daarbij over een ruime beoordelingsbevoegdheid. Niettemin moet worden nagegaan of de beperkingen op het intracommunautaire handelsverkeer evenredig zijn aan de nagestreefde legitieme doelstelling, in casu de bescherming van de grondrechten.'* De proportionaliteitstoets die dan volgt, valt in het voordeel van Oostenrijk uit. Het Hof baseert zich daarbij op een vergelijking met de Franse zaak. De in het oog springende verschillen,³ die niet belangrijk genoeg waren om de Oostenrijkse maatregel buiten artikel 28 te houden, waren wel ruimschoots voldoende om die maatregel door de proportionaliteitstoets heen te slepen. Uitvoerig motiveert het Hof waarom de Oostenrijkse autoriteiten geen minder vergaande alternatieven ter beschikking hadden gestaan. Iets anders dan een wegafsluiting zou volgens Oostenrijk moeilijker te controleren zijn geweest. Het Hof concludeert (punt 93): *'Bij gevolg konden de nationale autoriteiten, gelet op de ruime beoordelingsvrijheid waarover zij op het onderhavige gebied beschikken, redelijkerwijze van oordeel zijn dat de door de samenkomst legitieme nagestreefde doelstelling in casu niet kon worden bereikt door middelen die het intracommunautaire handelsverkeer minder beperkten.'*⁴

Algemene opmerkingen

In de regel zullen de verschillende vrijheden uit het EG-Verdrag en die van het EVRM dezelfde kant op wijzen. Een voor de hand liggend voorbeeld is de vrijheid van dienstverlening via televisie of internet, die immers perfect strookt met de vrijheid van meningsuiting. Diverse malen heeft het Hof bepaald dat een lidstaat niet een inbreuk op het vrije verkeer kan rechtvaardigen op een grond die zelf onver-

enigbaar is met het EVRM.⁵ Het aardige van het hier besproken arrest is dat de tegenovergestelde situatie zich voordeed: de lidstaat beriep zich op het EVRM ter rechtvaardiging van een inbreuk op het vrije verkeer. Deze rechtvaardigingsgrond werd door het Hof aanvaard. Dat kon ook moeilijk anders.

Bij de toepassing van de rechtvaardigingsgrond op het concrete geval diende het Hof een balans aan te brengen tussen twee verplichtingen van de Oostenrijkse Staat, waarvan de één de tegenhanger was van een recht van Schmidberger en de ander de tegenhanger was van de rechten van de organiserende milieuorganisatie en haar leden.

Ten slotte valt op dat Schmidbergers schadevergoedingsactie mede was gesteund op het gegeven dat de afsluiting viel tussen twee tijdvakken waarin vrachtauto's boven de 7,5 ton op grond van het normale rijtijdenregime niet mochten rijden, maar zij niet de verenigbaarheid van dat (algemene) regime met het vrije verkeer van goederen ter discussie had gesteld. Mogelijk werd echter het Brenner-incident gebruikt als eerste stap in een poging de Oostenrijkse rijtijdenregeling Europeesrechtelijk onderuit te halen.

De Brenner als speciale bron van Europees recht

De Brenner is de belangrijkste verkeersader tussen Europa *cis-alpina* en Europa *trans-alpina* en neemt daarom een bijzondere positie in. Speciaal voor de Brenner werd het systeem van ecopunten ontworpen bij de toetreding van Oostenrijk. Een ecopunt is een transitorecht waarvan de verdeling over de lidstaten onder meer afhangt van de uitstoot van NOx. De herverdeling van de ecopunten kon in 2000 in Raadskader alleen maar via een nachtelijke biechtstoelprocedure⁶ tot een goed einde worden gebracht, wat tekenend is voor de complexiteit en de gevoeligheid van het dossier.⁷

Ook het Hof heeft het druk met de Brenner. In 2000 moest het de staf breken over de verhoging van het toltarief, waardoor gebruikers van het gehele transitotraject werden benadeeld ten opzichte van gebruikers van een gedeelte daarvan.⁸ Onlangs schorstte de President van het Hof, in een interlocutoire maatregel, een nieuw selectief rijverbod op, dat vrachtauto's boven de 7,5 ton en vrachtauto's met een bepaalde lading treft.⁹

Vrij verkeer van goederen of vrij verkeer van transportdiensten?

Het belang van de transportsector is het kunnen verrichten van *transportdiensten*. Ik zou menen dat ook het belang van de firma Schmidberger daar lag. Het arrest is echter geheel gebaseerd op het vrije verkeer van goederen. De verklaring daarvoor lijkt te zijn, dat daar een precedent lag in de vorm van de *Spaanse aardbeien*-zaak. Toch is er geen goede reden aan te nemen dat de regel, volgens welke een lidstaat verantwoordelijk wordt gehouden voor het niet-optreden tegen handelen van particulieren, niet ook voor een blokkade van het dienstenverkeer zou gelden. Het moet dan wel gaan om acties die speciaal tegen buitenlandse aanbieders gericht zijn (vergelijk *Spaanse aardbeien*) of om acties die een hoofdadere lam leggen (vergelijk *Schmidberger*).¹⁰

De uitleg van artikel 28 EG

Voor het Hof was betoogd dat de Franse zaak veel 'erger' was: het ging daar om ongeregeld en gewelddadig optreden van Franse boe-

- 3 Slechts één route was één keer gedurende niet meer dan 30 uur afgesloten. De actie was niet gericht tegen ingevoerde producten en schiep geen klimaat van onveiligheid. De organisatie rond de manifestatie was uiterst zorgvuldig: het publiek was tijdig geïnformeerd, omleidingen waren uitgesteld enzovoorts.
- 4 Het arrest stemt overeen met de conclusie van A-G Jacobs, die echter zijn analyse plaatste in het kader van de drie Francovich-voorwaarden.
- 5 Arrest van 18 juni 1991, ERT, zaak C-260/89, *Jur.* p. I-2925, punt 41, en arrest van 29 mei 1997, Kremzow, zaak C-299/95, *Jur.* p. I-2629, punt 14.
- 6 Procedure waarbij het Raadsvoorzitterschap, doorgaans in het bijzijn van de Commissie, iedere Raadsdelegatie apart neemt om af te tasten wat hun bottom line is, en tegelijkertijd druk uitoefent om inschikkelijkheid af te dwingen.
- 7 Verordening 2012/2000, *Pb.EG* 2000, L 241/18. Op verzoek van Oostenrijk werd die verordening gedeeltelijk opgeschort. Zie beschikking van de President van het Hof van 23 februari 2001, zaak C-445/00 R, Oostenrijk/Raad, *Jur.* p. I-1461.
- 8 Arrest van 26 september 2000, zaak C-205/98, Commissie/Oostenrijk, *Jur.* p. I-7367.
- 9 Beschikking van 30 juli 2003, zaak C-320/03 R, Commissie/Oostenrijk, n.n.g.
- 10 Het zou niet moeten voorkomen, maar wellicht moet ook worden gedacht aan gevallen waarin vitale elektronische verbindingen door toedoen van particulieren worden geblokkeerd, zonder dat de overheid daartegen in het geweer komt. Daarbij denk ik uiteraard niet aan de situatie dat de rechter op verzoek van een particulier gelast een bepaalde website ontoegankelijk te maken.

ren tegen de invoer en doorvoer van Spaanse landbouwproducten gedurende een periode van bijna 10 jaar. Daarmee vergeleken was de kortstondige bijeenkomst op de Brenner inderdaad een toonebeeld van netheid en bescheidenheid. Toch bracht het Hof het handelen van de Oostenrijkse autoriteiten onder artikel 28 EG, wat beslist ver gaat.

Betekent dat nu dat een blokkade van bijvoorbeeld de Afsluitdijk daar ook onder valt? Veel hangt af van de concrete omstandigheden, maar de Afsluitdijk kan moeilijk met een hoofdader als de Brennerautoweg over één kam geschoren worden. Het is immers geen internationale transitoverbinding. Mij dunkt dat het (veronderstelde) niet-optreden tegen een blokkade van de Afsluitdijk in een te ver verwijderd en onzeker verband van het vrij verkeer van goederen staat om als een 'belemmering' te kunnen worden aangemerkt.¹¹ In de Nederlandse context zal vermoedelijk een blokkade van de grote rivieren nog het snelst aanleiding kunnen zijn voor toepassing van de hier besproken jurisprudentie.

'Het interventiemechanisme'

Het wegtransport is in Nederland een bedrijfstak met een hoog Oranje gevoel.¹² Een aangekondigde wegblokkade, een dreigende tolheffing of een voorgestelde afschaffing van dieselaccijnsvoordelen – het zijn onderwerpen die de brancheorganisaties terstond in de hoogste versnelling doen schieten, waarbij zij zich doorgaans gesteund weten door politiek en diplomatiek Nederland. Dit verklaart onder meer waarom Nederland destijds groot voorstander was van wat toen nog enigszins hoogmoedig 'het interventiemechanisme' heette. Dit is de in onbruik geraakte naam van een verordening uit 1998,¹³ die je met een meer eigentijdse benaming als *rapid alert system* zou kunnen aanduiden.¹⁴

Deze verordening is van toepassing op handelen of niet-handelen van een lidstaat tegen belemmeringen die:

- a een ernstige verstoring van het vrije verkeer van goederen veroorzaken;
- b de benadeelde particulieren ernstige schade toebrengen; en
- c onmiddellijk optreden vereisen om eventuele voortdrijving of verergering van de schade te vermijden.

Voor dergelijke – zeldzame – gevallen is een procedure van wederzijdse informatie en consultatie geschapen. De lidstaat in kwestie dient 'alle noodzakelijke en evenredige maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat het vrije verkeer van goederen op zijn grondgebied is gewaarborgd'. De Commissie kan een lidstaat ook verzoeken dat te doen. De Commissie heeft echter geen specifieke bevoegdheden in te grijpen. Zij zal het, als het erop aankomt, moeten doen met de algemene inbreukprocedure, zo nodig met toepassing van verkorte antwoordtermijnen.

De verordening heeft een betrekkelijk slapend bestaan geleid.¹⁵ Op zichzelf is dat een goed teken. Zo veel wegblokkades zijn er (gelukkig) niet en lidstaten zullen er zonder verordening ook wel alles aan doen een blokkade opgeheven te krijgen. Wellicht helpt het als de overheid dan kan melden dat 'Brussel meekijkt', maar veel gewicht legt dat toch niet in de schaal. Doorgaans zal een actie voorbij zijn voordat de Commissie op grond van de verordening een verzoek tot de betrokken lidstaat kan richten.

Belangrijk is dat de verordening uitdrukkelijk bepaalt dat zij geen afbreuk doet aan de uitoefening van de grondrechten zoals die in de lidstaten erkend zijn, met inbegrip van het stakingsrecht of de

stakingsvrijheid¹⁶ – *ça va sans dire, mais ça va encore mieux en le distant [...]*. In elk geval is het hier besproken arrest daarmee volledig in lijn.

Een conflict van plichten: grondrechten als rechtvaardigingsgrond

De kern van het arrest is dat de eerbiediging van grondrechten door een lidstaat kan worden ingeroepen als rechtvaardiging voor een belemmering van het vrije verkeer van goederen. Mij dunkt dat deze regel voor alle vier de vrijheden geldt en in beginsel alle – qua onderwerp relevante – grondrechten en fundamentele vrijheden uit dien hoofde kunnen worden ingeroepen. Deze rechtvaardigingsgrond komt naast de geschreven excepties van artikel 30/46 EG en hoort ook niet thuis in het rijtje van dwingende algemene belangen dat door het Hof is erkend in het kader van de *rule of reason*. Het is een autonome rechtvaardigingsgrond, net zoals artikel 86 lid 2 EG dat bijvoorbeeld is.¹⁷

Wel is mijn inschatting dat het belang van dit arrest beperkt zal blijven tot vrij verkeerszaken. Ondernemingen moeten niet gaan proberen kartels te rechtvaardigen met een beroep op de vrijheid van vereniging. Ook voor (nieuw) secundair recht betekent dit arrest niets nieuws, omdat bij de totstandkoming daarvan ook nu al standaard wordt nagegaan of de tekst 'Handvest *proof*' is. De door de Europese Conventie voorgestelde incorporatie van het Handvest als deel II van de Grondwet voor Europa zal vermoedelijk ook weinig wijzigen voor de schaarse gevallen waarin zich een conflict voordoet tussen een fundamentele vrijheid uit 'het Verdrag' en een in het Handvest opgenomen fundamenteel recht.

¹¹ Zie bijvoorbeeld zaak C-266/96, *Corsica Ferries*, *Jur.* 1998, p. I-3949 (punt 31) en zaak C-44/98, *BASF*, *Jur.* 1999, p. I-6269 (punt 21). Een De Minimis-verweer heeft minder kans van slagen, omdat het Hof bij het vrije verkeer tot nu toe niet van een De Minimis-regel heeft willen weten. Mooi voorbeeld is zaak C-67/97, *Blühme*, *Jur.* 1998, p. I-8033. Zie ook de conclusie van A-G Jacobs in de onderhavige zaak, met name punt 65.

¹² Hoewel 'onze jongens' net als op de voetbalvelden steeds vaker van buiten de EU komen.

¹³ Verordening 2679/98 van de Raad van 7 december 1998 (*Pb.EG* 1998, L 337/8). Zie over de voorgeschiedenis mijn in noot 1 genoemde bijdrage in *NTER* 1998.

¹⁴ De verordening staat binnen de Commissie ook nog wel bekend als 'le règlement fraises', omdat zij in the aftermath van het Spaanse aardbeien arrest tot stand is gekomen.

¹⁵ Sporadisch wordt er naar verwezen in een persbericht van de Commissie, bijvoorbeeld naar aanleiding van asielzoekers die de Kanaaltunnel dreigen te blokkeren (memo/02/119 van 31 mei 2002). In september 2001 vond een enigszins plichtmatige evaluatie van het instrument plaats, die leidde tot conclusies van de Interne Marktraad van 27 september van dat jaar. De werkzaamheden van de Commissie zaten toen in het maken van een vademecum, standaardformulieren en een internetsite – kortom, ambtelijke bezigheidstherapie.

¹⁶ Artikel 2.

¹⁷ Zie bijvoorbeeld zaak C-157/94, *Commissie/ Nederland* (invoermonopolie elektriciteit), *Jur.* 1997, p. I-5699.

Wijze van toetsing

Uitgaande van de constatering dat de twee grondrechten in kwestie – anders dan bij een grondrecht als het recht op leven – binnen randvoorwaarden uitzonderingen dulden, gaat het Hof na of aan de proportionaliteitseis is voldaan. Het gaat daarbij uiterst zorgvuldig te werk, want het had heel wat overwegingen nodig om tot de voorspelbare conclusie te komen. Dat maakt de toetsing minder marginaal dan het Hof zelf suggereert. Er zijn voorbeelden van een *rule of reason*-toetsing waarin de proportionaliteitstoets aanzienlijk korter uitviel en erop neerkwam dat 'de lidstaat van oordeel kon zijn dat [...]'.¹⁸ Een nadeel van een zo uitvoerige toetsing is dat andere situaties zich makkelijk in negatieve zin zullen onderscheiden van de Oostenrijkse modelaanpak en er dan al gauw geroepen zal worden dat aan het proportionaliteitsvereiste 'dus' niet is voldaan.

Hoewel het in deze zaak nauwelijks een rol speelde, is ten slotte onvermijdelijk dat het Hof zelf een interpretatie geeft van het EVRM. Dergelijke 'verdragsconforme uitleg' is vereist, telkens wanneer een bepaling van Gemeenschapsrecht moet worden getoetst aan bin-

dende regels van internationaal recht. Wanneer het internationaal recht wel bindend is maar geen directe werking heeft, zal het Gemeenschapsrecht daaraan conform moeten worden uitgelegd. Het WTO-recht is daarvan een voorbeeld.¹⁹

Conclusie

In de onderhavige zaak stond de Brenner vanuit een bijzondere invalshoek centraal: moest – in naam van het Europa van Brussel – de vervuilende vrachtautostroom continu kunnen doordenderen of mocht – in naam van het Europa van Straatsburg – heel even een pauze worden ingelast? Het arrest toont aan dat er maar één Europa is. Dat is een geruststellende gedachte.

¹⁸ Zie bijvoorbeeld zaak C-3/95, *Reisebüro Broede*, *Jur.* 1996, p. I-6511 en zaak C-309/99, *Wouters*, *Jur.* 2002, p. I-1577, m.n. punt 107.

¹⁹ Vergelijk zaak C-53/96, *Hermès International*, *Jur.* 1998, p. I-3603.