



## Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
P. CRUZ VILLALÓN  
van 19 december 2012<sup>1</sup>

**Zaak C-216/11**

**Europese Commissie  
tegen**

**Franse Republiek**

„Beroep wegens niet-nakoming — Richtlijn 92/12/EEG — Artikelen 8 en 9 — Accijnsproducten — Tabaksproducten die zijn aangekocht in de ene lidstaat en worden vervoerd naar een andere — Criteria voor de vaststelling van de drempels voor het vervoer van accijnsgoederen — Vrij verkeer van goederen — Artikel 34 VWEU — Verhouding tussen de fundamentele vrijheid en de bepalingen van afgeleid recht — Achtereenvolgens beroep op bepalingen van afgeleid recht en een fundamentele vrijheid”

1. In de onderhavige niet-nakomingsprocedure verzoekt de Europese Commissie het Hof vast te stellen dat de Franse Republiek de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens, ten eerste, de artikelen 8 en 9 van richtlijn 92/12/EEG<sup>2</sup> betreffende de algemene regeling voor accijnsproducten, het voorhanden hebben en het verkeer daarvan en de controles daarop, en, ten tweede, artikel 34 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. De Franse Republiek concludeert tot verwerping van het beroep van de Commissie.

2. Deze zaak stelt een interessante kwestie aan de orde die in het algemeen speelt bij beroepen wegens niet-nakoming waarin achtereenvolgens bepalingen van afgeleid recht en fundamentele vrijheden worden ingeroepen. In haar verzoekschrift verwijt de Commissie de Franse Republiek schending van zowel de artikelen 8 en 9 van richtlijn 92/12 als de vrijheid van verkeer van goederen van artikel 34 VWEU. Volgens vaste rechtspraak van het Hof *treedt* het afgeleide recht dat uitwerking geeft aan de vrijheden van verkeer, *processueel in de plaats* van die vrijheden en is het in beginsel het enige toetsingscriterium. Dat het verwijt van de Commissie in het kader van een niet-nakomingsprocedure is gemaakt, doet een niet onaanzienlijk procedureel probleem rijzen dat ik in deze conclusie zal onderzoeken.

<sup>1</sup> — Oorspronkelijke taal: Spaans.

<sup>2</sup> — Richtlijn van de Raad van 25 februari 1992 (PB L 76, blz. 1), ingetrokken bij richtlijn 2008/118/EG van de Raad van 16 december 2008 houdende een algemene regeling inzake accijns (PB L 9, blz. 12).

## I – Rechtskader

### A – Unierecht

3. De artikelen 34 VWEU en 36 VWEU luiden als volgt:

#### *„Artikel 34*

Kwantitatieve uitvoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking zijn tussen de lidstaten verboden.

[...]

#### *Artikel 36*

De bepalingen van de artikelen 34 en 35 vormen geen beletsel voor verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit of uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom. Deze verboden of beperkingen mogen echter geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen.”

4. Richtlijn 92/12 voorziet in harmonisatie van de regeling voor accijnsproducten, het voorhanden hebben en het verkeer daarvan en de controles daarop, waaronder tabak en alcoholhoudende dranken.

5. In de zevende alinea van de considerans van de richtlijn wordt aangegeven „dat de lidstaten met een aantal criteria rekening moeten houden ten einde te kunnen bepalen dat accijnsproducten niet voor eigen gebruik maar voor handelsdoeleinden voorhanden worden gehouden”.

6. De in deze alinea bedoelde criteria zijn vermeld in de artikelen 8 en 9 van de richtlijn, die luiden:

#### *„Artikel 8*

Voor door particulieren voor eigen behoefte verkregen en door hen zelf vervoerde producten moet de accijns volgens het voor de interne markt geldende beginsel in de lidstaat van verkrijging worden geheven.

#### *Artikel 9*

1. Onverminderd de artikelen 6, 7 en 8, wordt de accijns verschuldigd wanneer de in een lidstaat tot verbruik uitgeslagen producten in een andere lidstaat voor commerciële doeleinden voorhanden worden gehouden.

In dat geval moet de accijns worden betaald in de lidstaat op het grondgebied waarvan de producten zich bevinden en wordt hij verschuldigd door degene die de producten voorhanden heeft.

2. Om vast te stellen of de in artikel 8 bedoelde producten voor commerciële doeleinden bestemd zijn, moeten de lidstaten onder andere rekening houden met de volgende punten:

— de commerciële status en de beweegredenen van degene die de producten voorhanden heeft;

- de plaats waar deze producten zich bevinden of, in voorkomend geval, de gebruikte wijze van vervoer;
- elk document betreffende deze producten;
- de aard van deze producten;
- de hoeveelheid van deze producten.

Voor de toepassing van de eerste alinea, vijfde streepje, kunnen de lidstaten, uitsluitend als bewijselement, indicatieve niveaus vaststellen. Deze indicatieve niveaus mogen niet lager zijn dan:

a) Tabaksproducten:

sigaretten 800 stuks

cigarillo's (sigaren met een maximumgewicht van 3 g/stuk) 400 stuks

sigaren 200 stuks

rooktabak 1,0 kg

[...]"

7. Richtlijn 92/12 is per 1 april 2010 door richtlijn 2008/118/EG ingetrokken en vervangen. De in het met redenen omkleed advies van de Commissie gestelde termijn eindigde echter op 23 januari 2010. In de onderhavige procedure dient derhalve uitlegging te worden gegeven aan richtlijn 92/12, waarvan de inhoud wat de criteria voor de vaststelling van het eigen verbruik betreft overigens niet noemenswaardig verschilt.

*B – Nationaal recht*

8. De Franse Code général des impôts (algemeen wetboek van belastingen; hierna: „CGI”) bevat een aantal bepalingen betreffende de toepassing van accijnzen op bepaalde producten, waaronder tabak, waarvan met name de volgende in het kader van de onderhavige procedure relevant zijn:

„Artikel 302 D I

1. De belasting wordt verschuldigd:

[...]

4. Onverminderd het bepaalde in punt 9 van artikel 458 en de artikelen 575 G en 575 H, bij het constateren van het bezit in Frankrijk van alcohol, alcoholhoudende dranken en tabaksfabrikaten voor commerciële doeleinden, waarvan de bezitter niet door overlegging van een begeleidend document, een factuur of een kassabon, naargelang van het geval, kan aantonen dat zij onder een schorsingsregeling in het verkeer zijn dan wel de belasting in Frankrijk is betaald of aldaar is gegarandeerd overeenkomstig artikel 302 U.

Om vast te stellen of die producten in Frankrijk voor commerciële doeleinden voorhanden worden gehouden, houdt de administratie rekening met de volgende punten:

- a) de beroepsactiviteit van degene die de producten voorhanden heeft;

- b) de plaats waar deze producten zich bevinden, de gebruikte wijze van vervoer of de documenten betreffende de betrokken producten;
- c) de aard van deze producten;
- d) de hoeveelheden van deze producten, met name wanneer zij de in artikel 9, lid 2, van richtlijn 92/12 [...] vastgestelde indicatieve drempels overschrijden

[...]"

#### Artikel 575 G

„Tabaksfabrikaten verkocht via de detailhandel mogen niet in een hoeveelheid groter dan 1 kg in het verkeer worden gebracht zonder het in artikel II van artikel 302 M bedoelde document.”

#### Artikel 575 H

„Met uitzondering van de leveranciers in magazijnen, de handelaren in de verkooppunten, de personen genoemd in artikel 565, lid 3, de kopers-wederverkopers genoemd in artikel 568, vierde alinea, of, voor de bij besluit van de minister van Begroting vastgestelde hoeveelheden, de in de eerste alinea van dat artikel genoemde wederverkopers, mag niemand meer dan 2 kg tabaksproducten voorhanden hebben in magazijnen, in bedrijfsruimten of aan boord van vervoermiddelen.”

9. Bij het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn stond op de website van het Franse ministerie van Financiën allerlei praktische informatie voor de kopers van accijnsproducten die hun recht van vrij verkeer tussen Frankrijk en andere lidstaten uitoefenen. Volgens het verzoekschrift van de Commissie werd door het ministerie van Financiën onder meer de volgende informatie verschaft:

#### „Algemene inlichtingen

Voor producten die u voor of tijdens reizen in andere landen van de Unie voor persoonlijk verbruik hebt gekocht, hoeft u bij het uit- of inreizen van Frankrijk geen aangifte in te vullen en geen rechten of belastingen te betalen.

U dient de belasting over de toegevoegde waarde (btw) rechtstreeks te voldoen in het land van aankoop en volgens het aldaar geldende belastingtarief. Koopt u alcoholhoudende dranken en tabak, dan gelden de in de gemeenschapsregeling vastgestelde indicatieve drempels voor de aankoop door particulieren.

Boven de hierna vermelde drempels voor tabak en alcohol en afhankelijk van andere criteria kunnen uw aankopen door de Franse douanediens worden aangemerkt als bestemd voor commercieel gebruik. In dat geval dient u de in Frankrijk voor elk van die producten verschuldigde rechten en belastingen te voldoen. Deze drempels zijn eveneens van toepassing bij vertrek uit Frankrijk naar een andere lidstaat van de Europese Unie.

#### Tabak

Gelet op het bepaalde in de artikelen 575 G en 575 H van de Code général des impôts, gewijzigd bij de wet inzake de financiering van de sociale zekerheid voor het jaar 2006, zijn met ingang van 1 januari 2006 de navolgende bepalingen van toepassing op de aankoop van tabak door particulieren in een andere lidstaat van de Europese Unie, met uitzondering van de tien nieuwe lidstaten:

- U mag 5 sloffen sigaretten vervoeren (dit wil zeggen, 1 kg tabak) zonder in het bezit te zijn van een vervoerbewijs.

Nota bene: deze drempel wordt toegepast op elk individueel vervoermiddel of op iedere persoon ouder dan zeventien jaar in het geval van collectief vervoer (daaronder wordt verstaan, elk vervoer van meer dan negen inzittenden, met inbegrip van de chauffeur).

- Bij 6 tot en met 10 sloffen moet u een vereenvoudigd geleidedocument (hierna: ‚VGD’) overleggen. De reiziger die bij een controle niet over een VGD beschikt, riskeert inbeslagneming van de tabak alsmede een sanctie. Hij kan afstand doen van de goederen. In dat geval worden geen maatregelen tegen hem genomen.
- Dit document is te verkrijgen bij het dichtstbijzijnde Franse douanekantoor aan de grens.
- Het binnenbrengen in Frankrijk van meer dan 10 sloffen sigaretten (of 2 kg tabak) is in alle overige gevallen verboden. Bij een controle loopt de reiziger het risico dat hem de hiervoor genoemde maatregelen worden opgelegd (inbeslagneming van de tabak en een sanctie).

Bij collectieve vervoermiddelen (vliegtuig, boot, bus, trein) worden deze bepalingen individueel per passagier toegepast.”

## **II – Precontentieuze procedure**

10. Op 20 november 2006 heeft de Commissie de Franse Republiek een verzoek om informatie gestuurd betreffende de bepalingen en administratieve praktijken inzake de invoer van tabak uit andere lidstaten. In reactie op de door de Franse autoriteiten verstrekte informatie deed de Commissie hun op 23 oktober 2007 een aanmaningsbrief toekomen, waarin zij de betrokken lidstaat schending van de artikelen 8 en 9 van richtlijn 92/12 alsmede van het toenmalige artikel 28 EG (thans artikel 34 VWEU) verwijt.

11. Na een op 4 juni 2008 aan de Franse autoriteiten gericht verzoek om aanvullende informatie heeft de Commissie op 23 november 2009 haar met redenen omkleed advies uitgebracht. Hierin werd de Franse Republiek verzocht de nodige maatregelen te nemen om haar wetgeving en nationale praktijk binnen twee maanden na ontvangst ervan aan te passen. Vervolgens heeft tweemaal overleg plaatsgevonden tussen de Commissie en de Franse autoriteiten over het te volgen tijdschema en de wijze van aanpassing van de Franse wetgeving en praktijk aan het recht van de Unie. Bij brief van 15 juli 2010 hebben de Franse autoriteiten de Commissie het ontwerp toegezonden van de wijzigingsbepalingen van de nationale regeling die de Franse rechtsorde in overeenstemming moesten brengen met het recht van de Unie.

12. In november 2010 is het ontwerp van een financiële wet houdende wijziging van de door de Commissie bekritiseerde bepalingen ingediend bij de Franse Nationale Vergadering. Op 21 december van dat jaar heeft de Nationale Vergadering het wetsontwerp evenwel verworpen en de door de Commissie onrechtmatig geachte bepalingen gehandhaafd.

13. Naar aanleiding van de verwerping van het wetsontwerp door de Nationale Vergadering heeft de Commissie het onderhavige niet-nakomingsberoep ingesteld.

### III – Het beroep

#### A – Argumenten van partijen

14. De Commissie stelt allereerst dat de Franse Republiek de artikelen 8 en 9 van richtlijn 92/12 heeft geschonden. Zij voert hiertoe aan dat:

- de Franse wettelijke regeling ten onrechte voorziet in *objectieve* en *rigide* criteria om te bepalen of de aankoop van tabak in een andere lidstaat voor persoonlijk of commercieel gebruik bestemd is;
- de Franse wettelijke regeling het objectieve en rigide criterium toepast op *alle* verworven producten en niet op elke productsoort afzonderlijk;
- de Franse wettelijke regeling in het geval dat de belastingplichtige zich met een voertuig verplaatst, het objectieve en rigide criterium toepast op *elk voertuig*, en niet op elke persoon afzonderlijk;
- de Franse wettelijke regeling, na toepassing van het criterium en de vaststelling van commercieel gebruik, voorziet in *disproportionele sancties*, aangezien tot „systematische” inbeslagneming wordt overgegaan bij een hoeveelheid tabak van meer dan twee kg per voertuig. Deze maatregel wordt alleen buiten toepassing gelaten bij kennelijke „goede trouw”, een notie die volgens de Commissie niet in de nationale wetgeving wordt gedefinieerd, waardoor rechtsonzekerheid in de hand wordt gewerkt. De Commissie zet ook vraagtekens bij de regeling van de „afstand” van de goederen; van een duidelijke afbakening ervan met de inbeslagnemingsbevoegdheid zou volgens haar geen sprake zijn.

15. De Commissie stelt in de tweede plaats dat de Franse Republiek artikel 34 VWEU heeft geschonden door vast te stellen dat hoeveelheden van meer dan twee kg tabak of tien sloffen sigaretten automatisch aan accijns zijn onderworpen, ongeacht of wordt aangetoond dat zij voor persoonlijk gebruik bestemd zijn. Ter ondersteuning betoogt de Commissie met name dat artikel 575 H CGI weliswaar ziet op het bezit van tabak ongeacht waar deze is gekocht, maar de facto de aankoop van tabak in andere lidstaten bemoeilijkt en derhalve het vrije verkeer van goederen beperkt. Ten bewijze daarvan voert zij aan dat de controles bedoeld om de toepassing van deze bepaling te verzekeren, uitsluitend worden verricht bij grensovergangen. Verder hebben de Franse autoriteiten er ook nooit een geheim van gemaakt dat deze bepalingen niet op de aankoop van tabaksproducten op Frans grondgebied, maar in andere lidstaten zijn gericht, teneinde een halt toe te roepen aan wat door hen als „fiscaal toerisme” wordt bestempeld.

16. Volgens de Franse regering, en in antwoord op de eerste grief van de Commissie, maken de nationale rechtsorde en de bestuurspraktijk geen inbreuk op richtlijn 92/12, om de volgende redenen:

- De artikelen 575 G en H zijn geen regels inzake de accijns op tabak, maar regels betreffende het bezit van tabak. De door de Commissie ter discussie gestelde bepalingen vallen derhalve niet onder richtlijn 92/12 en kunnen niet in het licht van die richtlijn worden beoordeeld.
- Indien richtlijn 92/12 op de litigieuze regeling wordt toegepast, vereist deze tevens dat andere factoren in aanmerking worden genomen, zoals de beroepsactiviteit van de koper, het vervoermiddel of de aard van het product. Het feit dat de bestuurspraktijk een enkel criterium toepast, doet niet af aan de verenigbaarheid van de artikelen 575 G en H met richtlijn 92/12.
- Wat het criterium betreft ter zake van de inaanmerkingneming van alle producten die de persoon voorhanden heeft en niet elke productsoort afzonderlijk, voegt artikel 9 van richtlijn 92/12 in dit verband niets toe. Bij gebreke van specificatie op dit punt, kan niet worden gesteld dat de Franse regeling deze bepaling schendt.



- Met betrekking tot de onevenredigheid van de regeling wijst de Franse regering erop dat de sancties niet „systematisch” worden toegepast en haars inziens ook niet onevenredig zijn.

17. De Franse regering verweert zich eveneens tegen de tweede grief, betreffende artikel 34 VWEU, en voert daartoe de volgende argumenten aan:

- De Franse regering erkent weliswaar openlijk dat de in artikel 575 H voorziene beperking een kwantitatieve invoerbeperking vormt, maar stelt ook dat de maatregel gerechtvaardigd is, aangezien hij strekt tot bescherming van de gezondheid en het leven van de mens, zoals vastgelegd in artikel 36 VWEU.
- De bescherming van de gezondheid en het leven van de mens, zoals gestalte gegeven in de bepalingen van nationaal recht, leidt niet tot een willekeurig verschil in behandeling en is ook geen onevenredige maatregel.

## B – Analyse

### 1. Eerste grief: schending van de artikelen 8 en 9 van richtlijn 92/12

18. De artikelen 8 en 9 van richtlijn 92/12 voorzien in een uitzondering op grond waarvan personen die de aan accijns onderworpen producten „voor eigen behoefte” verkrijgen, zijn vrijgesteld van de betaling van accijns. Artikel 9 vermeldt een aantal criteria waarmee de staten „rekening [moeten] houden”, waaronder de commerciële status, de plaats waar de producten zich bevinden of, in voorkomend geval, de gebruikte wijze van vervoer, de aard of de hoeveelheid van de producten.

19. Met betrekking tot dit laatste criterium, de hoeveelheid, verleent deze bepaling de staten de bevoegdheid „uitsluitend als bewijselement, indicatieve niveaus vast [te] stellen”. Vervolgens worden voor elk tabaksfabrikaat de minimumhoeveelheden vermeld die de lidstaten in acht moeten nemen in het geval dat zij een kwantitatief criterium als bewijselement gebruiken.

20. Richtlijn 92/12 heeft kortom een harmonisatie tot stand gebracht van de factoren die een lidstaat moet beoordelen voor het antwoord op de vraag of de verwerving van een accijnsproduct bestemd is voor persoonlijk of commercieel gebruik. Hoewel de richtlijn dus een harmonisatie-instrument is dat de lidstaten een ruime discretionaire bevoegdheid toekent, zoals het Hof reeds herhaaldelijk heeft benadrukt<sup>3</sup>, is het ook een feit dat die minima in specifieke gevallen de absolute norm kunnen worden.<sup>4</sup> Bij de beoordeling of een product voor het ene of het andere doel bestemd is beschikken de lidstaten derhalve over een zekere speelruimte, maar die beoordeling vindt plaats binnen de grenzen die worden getrokken door artikel 9 van richtlijn 92/12. Dat kader bakent de omvang van de discretionaire bevoegdheid van de staat af doordat het hem imperatief en limitatief verschillende beperkingen oplegt die als grens fungeren.

21. De eerste imperatieve en limitatieve beperking is de verplichting om bij de vaststelling van het gebruik van het product meer dan één criterium te hanteren. Artikel 9, lid 2, van richtlijn 92/12 is bijzonder duidelijk op dit punt, waar het bepaalt dat de lidstaten „*onder andere rekening [moeten] houden met*” de eerder genoemde factoren.<sup>5</sup> Elke nationale bepaling of praktijk die uitsluitend rekening houdt met, bijvoorbeeld, een kwantitatief criterium, overschrijdt het door artikel 9, lid 2, bepaalde kader.

3 — Zie bijvoorbeeld arresten van 15 juni 2006, Heintz van Landewijck (C-494/04, Jurispr. blz. I-5381, punt 41), en 13 december 2007, BATIG (C-374/06, Jurispr. blz. I-11271, punt 38).

4 — Zie onder meer arresten van 18 december 2008, Afton Chemical (C-517/07, Jurispr. blz. I-10427, punten 36 en 37), en 17 juni 2010, British American Tobacco (Germany) (C-550/08, Jurispr. blz. I-5515, punt 38).

5 — Mijn cursivering.

22. De tweede imperatieve en limitatieve beperking is gelegen in de voor het kwantitatieve criterium geldende indicatieve niveaus. Met betrekking tot dit aspect biedt artikel 9, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 92/12 de lidstaten de mogelijkheid kwantitatieve indicatieve niveaus vast te stellen, echter „uitsluitend als bewijselement”. Wanneer een lidstaat derhalve de betrokkene belet bewijsmateriaal over te leggen om zijn versie te onderbouwen ter weerlegging van hetgeen wellicht uit het wettelijke criterium volgt, gaat dit verder dan is voorzien in artikel 9, lid 2.

23. Vervolgens vloeit een derde imperatieve en limitatieve beperking voort uit een systematische en teleologische uitlegging van de artikelen 8 en 9 van richtlijn 92/12. Deze bepalingen verlangen van de lidstaten dat zij, wanneer zij kwantitatieve criteria toepassen, minimumdrempels hanteren om vast te stellen of het commercieel gebruik betreft. Deze minimumdrempels zijn opgesomd in artikel 9, lid 2, en verdeeld en onderverdeeld naargelang het product (tabaksfabrikaten en alcoholhoudende dranken, met de respectieve subcategorieën daarvan). De kwantitatieve drempels verwijzen niet expliciet naar degene die de producten voorhanden heeft, maar het is evident dat de richtlijn, door bijvoorbeeld de vermelding van een minimumdrempel van 800 stuks sigaretten, het oog heeft op een aantal sigaretten *per persoon*. Deze uitlegging wordt bevestigd door artikel 8, waarin sprake is van „door particulieren [...] verkregen” producten. Artikel 9, lid 1, van de richtlijn bepaalt bovendien door wie de accijns moet worden betaald wanneer de producten voor commercieel gebruik bestemd zijn, namelijk „degene die de producten voorhanden heeft”. De in deze bepaling van de richtlijn vermelde minimumdrempels zijn derhalve van toepassing op *iedere* persoon die de producten voorhanden heeft, dat wil zeggen: het zijn minimumcriteria die van toepassing zijn op elke persoon individueel.

24. Een vierde imperatieve en limitatieve beperking is ten slotte te vinden in de opsomming van de categorieën producten en de vaststelling van de kwantitatieve minimumdrempels. Artikel 9, lid 2, van richtlijn 92/12 stelt minima vast voor elke productcategorie. In het geval van tabaksfabrikaten gelden minima voor sigaretten, cigarillo's, sigaren en rooktabak. Voor elke categorie geldt een kwantitatieve minimumdrempel. Hoewel richtlijn 92/12 het niet met zoveel woorden aangeeft, moet een systematische uitlegging, in dezelfde zin als die welke ik in het vorige punt van deze conclusie heb gegeven, ons reden geven voor toepassing van die minima op elke productcategorie. Zo kan een persoon in het bezit zijn van 799 stuks sigaretten en 399 stuks cigarillo's zonder dat de totale hoeveelheid van al die producten tot de conclusie leidt dat het om commercieel gebruik gaat. Samenvattend zijn de minimumdrempels derhalve van toepassing *per persoon* en *per productcategorie*.

25. Gelet op al het voorgaande is het duidelijk dat de wettelijke regeling en de praktijk van de Franse Republiek niet voldoen aan de criteria van richtlijn 92/12.

26. In de eerste plaats kan het argument van de Franse Republiek dat de artikelen 575 G en H CGI geen bepalingen tot regeling van de accijns op tabak zijn, maar regels betreffende het bezit van tabak, de toets van richtlijn 92/12 niet doorstaan. Wat ook formeel het doel van de litigieuze bepalingen moge zijn, het Hof heeft uit te gaan van hun inhoud en gevolgen, omdat deze, zoals reeds uiteengezet, de rechtsgrondslag vormen voor de bestuurspraktijk van de Franse overheid. Bovendien introduceert artikel 575 H CGI geen criterium maar een kwantitatieve minimumdrempel van 2 kg tabaksfabrikaat per vervoermiddel, waarboven de accijns verschuldigd wordt. Het is derhalve volstrekt duidelijk dat beide bepalingen van de CGI regels bevatten die wezenlijk zijn voor de regeling van de accijns op tabak, een door richtlijn 92/12 geharmoniseerde belasting.

27. De Franse Republiek stelt in de tweede plaats dat het geoorloofd is om maar één criterium te gebruiken ter bepaling van het doel van de verwerving van het product. Zoals reeds in punt 21 van deze conclusie is uiteengezet, geeft artikel 9, lid 2, waarvan de inhoud uiterst helder is, aan dat de lidstaten „*onder andere rekening [moeten] houden met*” bepaalde factoren, waaronder de commerciële status van degene die het product voorhanden heeft, en de aard of de hoeveelheid van het product.<sup>6</sup>

6 — Mijn cursivering.



Een nationale regeling zoals de Franse, waarin als enig criterium voor de vaststelling van het doel van de verwerving een kwantitatief criterium wordt gehanteerd, is duidelijk in strijd met het bepaalde in artikel 9, lid 2, van richtlijn 92/12. De Franse Republiek heeft verschillende keren toegegeven dat de Franse autoriteiten in hun praktijk maar een enkel – het kwantitatieve – criterium toepassen. Volgens vaste rechtspraak van het Hof vormen administratieve praktijken die in strijd zijn met het Unierecht, ook al vinden zij plaats in een nationaal rechtskader dat formeel in overeenstemming is met het Unierecht, een genoegzame grond voor de vaststelling van een niet-nakoming.<sup>7</sup> Voor zover de Franse Republiek het bestaan heeft erkend van een administratieve praktijk die onverenigbaar is met het bepaalde in artikel 9, lid 2, van richtlijn 92/12, moet ook haar tweede argument worden verworpen.

28. In de derde plaats verdedigt de Franse Republiek een berekeningssysteem dat is gebaseerd op het gebruikte vervoermiddel (en niet op de individuele bezitter van goederen) en op een totale hoeveelheid product naar gewicht (en niet op aantal stuks per productklasse). In de punten 23 en 24 van deze conclusie heb ik, in het licht van een letterlijke en systematische uitlegging van richtlijn 92/12, uiteengezet dat deze richtlijn kwantitatieve minimumdrempels per persoon en per productcategorie heeft vastgesteld, juist om te voorkomen dat nationale criteria werden ingevoerd die het vrije verkeer van goederen, in het onderhavige geval van tabak en alcoholhoudende dranken, te sterk zouden beperken. Het gebruik van een criterium – zowel in de wettelijke regeling als in de bestuurspraktijk – dat is gebaseerd op de voertuigen en niet op het aantal personen, alsmede op het totale gewicht van het product en niet op het aantal stuks van elke categorie, is niet verenigbaar met de artikelen 8 en 9 van richtlijn 92/12.

29. Met betrekking tot de sanctieregeling volstaat een verwijzing naar de onrechtmatigheid van de regels inzake de toepassing van sancties, voor de conclusie dat de Franse Republiek ook met het vaststellen van de hiervoor beschreven sanctieregeling inbreuk heeft gemaakt op de artikelen 8 en 9 van richtlijn 92/12.

30. Op grond van het voorgaande geef ik het Hof in overweging de eerste grief van de Commissie gegrond te verklaren.

## 2. Tweede grief: schending van artikel 34 VWEU

31. De Commissie is voorts van mening dat de Franse Republiek, door de vaststelling van een bepaling als artikel 575 H CGI en de toepassing ervan op zodanige wijze dat zij het vrije verkeer van goederen beperkt, de uit hoofde van artikel 34 VWEU op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen. Hoewel die Franse bepaling betrekking heeft op het bezit van tabak, los van de plaats waar deze is gekocht, bemoeilijkt zij volgens de Commissie het kopen van tabak in andere lidstaten en beperkt zij derhalve het vrije verkeer van goederen. Ten bewijze daarvan voert zij aan dat de door de Franse autoriteiten verrichte controles om de toepassing van deze bepaling te verzekeren, uitsluitend worden verricht bij de grensovergangen tussen Frankrijk en zijn buurlanden.

32. De Franse Republiek, die niet ontkent dat de litigieuze maatregelen beperkend van aard zijn, meent echter dat artikel 36 VWEU van toepassing is, en meer bepaald de op de bescherming van de volksgezondheid gebaseerde rechtvaardigingsgrond. Volgens de verwerende staat zouden de maatregelen een volksgezondheidsdoel dienen, geen willekeurige discriminatie vormen en ook niet onevenredig zijn ten opzichte van het nagestreefde doel.

<sup>7</sup> — Zie onder meer, arresten van 13 maart 1997, Commissie/Frankrijk (C-197/96, Jurispr. blz. I-1489, punt 14); 9 maart 2000, Commissie/Italië (C-358/98, Jurispr. blz. I-1255, punt 17), en 10 maart 2005, Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-33/03, Jurispr. blz. I-1865, punt 25).

33. Zoals hiervoor uiteengezet, stelt de Commissie met deze tweede grief, ten gevolge op het verwijt aan de Franse Republiek inzake de schending van de richtlijn, schending van artikel 34 VWEU. Terwijl de eerste grief is gericht tegen meerdere nationale bepalingen en bestuurspraktijken, richt de tweede zich tegen een van die bepalingen, namelijk artikel 575 H CGI, en sommige van de eerder genoemde praktijken.

34. De Commissie gaat er in ieder geval vanuit dat de artikelen 8 en 9 van richtlijn 92/12 en artikel 34 VWEU achtereenvolgens kunnen worden ingeroepen, althans wat die onderdelen van het voorwerp van het geding betreft waarop beide grieven betrekking hebben. Een dergelijke aanpak is echter, zoals ik hierna zal uiteenzetten, uiterst problematisch.

35. Volgens vaste rechtspraak van het Hof „[moet] een nationale regeling in een materie die op communautair niveau uitputtend is geharmoniseerd, aan de bepalingen van de harmonisatiemaatregel [...] worden getoetst en niet aan die van primair recht”.<sup>8</sup> Met andere woorden, als gevolg van een wetgevingshandeling van de Unie vindt een soort processuele verdringing of „aantrekking” plaats, zodat, voor de beslechting van het geding, het Verdrag als noodzakelijk toetsingscriterium plaats maakt voor de bepaling van afgeleid recht van de Unie. Dit gevolg doet zich logischerwijze uitsluitend voor wanneer de normatieve handeling van de Unie een materie uitputtend regelt, hetzij in het algemeen en voor een gehele sector hetzij in het bijzonder en slechts met betrekking tot specifieke aspecten.

36. Er zij nadrukkelijk op gewezen dat die „verdringing”, zoals ik hierna zal uiteenzetten, strikt *processueel* is, aangezien het Verdrag en de richtlijn, vanuit het perspectief van het naast elkaar bestaan van bepalingen, hun algemene gelding en toepasselijkheid volledig behouden.

37. De rechtspraak is in haar overwegingen over de verhouding tussen de fundamentele vrijheden en de bepalingen van afgeleid recht echter niet altijd zo duidelijk geweest als wenselijk. Een eerste onderzoek zou de indruk kunnen geven dat het gaat om een op de toepasselijkheid gebaseerde verhouding, in de zin dat het bestaan van een bepaling van afgeleid recht verlangt dat de in het Verdrag neergelegde fundamentele vrijheid buiten toepassing blijft. Dat lijkt te worden bevestigd door bepaalde formuleringen van het Hof, waarin men zou kunnen lezen dat er een *zelfstandig* criterium is waarmee de toepasselijkheid van de regels van het Unierecht wordt vastgesteld, in casu van de handelingen ter ontwikkeling van de vrijheden en de regels van het Verdrag inzake deze vrijheden.<sup>9</sup>

38. Dit is evenwel niet zo en kan dat ook in geen enkel geval zijn.

39. De processuele situatie die in gevallen als het onderhavige ontstaat, kan mijns inziens niet worden begrepen in termen van „toepasselijkheid”, omdat er anders sprake zou zijn van een soort omkering van de hiërarchie in het rechtsbronnensysteem van de Unie. De „toepassing” van de door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kan niet door het secundaire Unierecht worden uitgesloten.

40. De uitsluiting van de toepassing van het primaire recht – die lijkt te kunnen worden afgeleid uit sommige formuleringen zoals de hiervoor aangehaalde – zou rechtstreeks ingaan tegen de toetsing van de geldigheid van de bepalingen van afgeleid recht aan het recht van de Unie. Handelingen ter ontwikkeling van de fundamentele vrijheden, daaronder begrepen maatregelen tot volledige harmonisatie, zijn in de juiste context altijd vatbaar voor toetsing van hun formele en materiële verenigbaarheid met de verdragen, met inbegrip van de fundamentele vrijheden. Het Hof heeft

8 — Reeds impliciet in de rechtspraak, maar expliciet geformuleerd in het arrest van 12 oktober 1993, Vanacker en Lesage (C-37/92, Jurispr. blz. I-4947, punt 9), en bevestigd in een lange reeks uitspraken van het Hof, zoals onder meer arresten van 13 december 2001, DaimlerChrysler (C-324/99, Jurispr. blz. I-9897, punt 32); 11 december 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Jurispr. blz. I-14887, punt 64), en 14 december 2004, Radlberger Getränkegesellschaft en S. Spitz (C-309/02, Jurispr. blz. I-11763, punt 53).

9 — Zie bijvoorbeeld arrest van 15 november 2007, Commissie/Duitsland (C-319/05, Jurispr. blz. I-9811, punt 35), waarin het Hof vaststelt dat, wanneer een nationale maatregel binnen de werkingssfeer valt van een richtlijn, deze maatregel „hoe dan ook geen door artikel 28 EG verboden beperking van het intracommunautaire handelsverkeer [kan] vormen” (mijn cursivering).

immers bij herhaling vastgesteld dat „het in artikel [34 VWEU] gestelde verbod van kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking niet enkel voor nationale maatregelen geldt, maar evenzeer voor maatregelen die van de [...] instellingen [van de Unie] uitgaan”<sup>10</sup>, daaronder vanzelfsprekend begrepen de harmonisatierichtlijnen.

41. Dit vermeende gevolg van uitsluiting van de toepassing zou ook in strijd zijn met de grondregel dat het afgeleide recht moet worden uitgelegd in het licht van het primaire recht. Dit vereiste, dat voortvloeit uit het niet louter bindende maar ook inspirerende karakter van de bepalingen van het Verdrag en van andere bepalingen van primair recht, met name het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, staat elke poging in de weg om de verkeersvrijheden van hun toepasselijkheid te ontdoen.

42. Kortom, al biedt de rechtspraak wellicht enige aanwijzingen die op een soort uitsluiting of zelfs opschorting van de toepassing van het primaire recht zouden kunnen wijzen, feit is dat het verschijnsel van verdringing van de verdragsregels inzake het vrije verkeer door het afgeleide recht in het onderhavige geval van strikt processuele aard is.

43. Wanneer de Uniewetgever met instrumenten van afgeleid recht regelgevend optreedt ten aanzien van een vrijheid van verkeer, maakt hij in feite een afweging tussen de belangen van de lidstaten, de betrokken particulieren en de integratiedoelstellingen. De regeling van afgeleid recht bakent aldus het rechtskader af van een specifieke markt met een Europese dimensie. Die regeling treedt dus niet in de plaats van de vrijheid, maar transposeert eenvoudigweg de vereisten die voortvloeien uit de door het Verdrag gewaarborgde vrijheid naar het rechtskader van een specifieke markt. Daarom geldt voor de regeling van afgeleid recht niet slechts een presumptie van verdragsconformiteit, maar tevens van trouw aan de op een specifieke markt toegepaste integratiedoelstellingen. Er is dus absoluut geen sprake van uitsluiting van de toepassing, aangezien de regeling van afgeleid recht, zoals hiervoor reeds uiteengezet, strikt onderworpen blijft aan de inhoud van de verdragen, met inbegrip van de fundamentele vrijheden.

44. De regeling van afgeleid recht leidt derhalve tot een *processuele verdringing* van de vrijheid, die slechts haar relevantie verliest waar het gaat om het „toetsen” van de overeenstemming van een bepaalde nationale maatregel aan het recht van de Unie. Het werkwoord „toetsen” wordt in de rechtspraak van het Hof in die zin frequent gebruikt met betrekking tot dit gevolg.<sup>11</sup> Het weerspiegelt scherp het processuele karakter van de verdringing van de vrijheid ten gunste van de bepaling van afgeleid recht. Het Hof stelt niet vast dat de vrijheid niet van toepassing is op het concrete geval, maar beperkt zich daarentegen slechts tot de vaststelling dat de toetsing ervan niet nodig is voor de beslechting van het geding, noch, zoals ik hierna duidelijk zal maken, in een prejudiciële procedure, noch in een inbreukprocedure.

45. In de zaak Parfumerie-Fabrik 4711<sup>12</sup> vroeg de nationale rechter het Hof of een nationale regeling in overeenstemming was met een richtlijn die in een volledige harmonisatie voorzag en met artikel 34 VWEU. Het Hof stelde vast dat die richtlijn van toepassing was en voegde daaraan toe dat „[niet] behoeft [...] te worden geantwoord op de door de verwijzende rechter gestelde vraag over de uitlegging van artikel [34 VWEU]”.<sup>13</sup> Tot hetzelfde oordeel kwam het Hof in het arrest

10 — Zie onder meer, arresten van 17 mei 1984, Denavit Nederland (15/83, Jurispr. blz. 2171, punt 15); 9 augustus 1994, Meyhui (C-51/93, Jurispr. blz. I-3879, punt 11), en 25 juni 1997, Kieffer en Thill (C-114/96, Jurispr. blz. I-3629, punt 27).

11 — Zie onder veel meer, arrest DaimlerChrysler, reeds aangehaald, punt 32; arresten van 24 oktober 2002, Linhart en Biffi (C-99/01, Jurispr. blz. I-9375, punt 18); 23 januari 2003, Commissie/Oostenrijk (C-221/00, Jurispr. blz. I-1007, punt 42), en van dezelfde datum, Sterbenz en Haug (C-421/00, C-426/00 en C-16/01, Jurispr. blz. I-1065, punt 24).

12 — Arrest van 23 november 1989 (C-150/88, Jurispr. blz. I-3891).

13 — Ibidem, punt 28.

DaimlerChrysler<sup>14</sup>, eveneens een prejudiciële procedure, waar het in het dictum zelf van het arrest vaststelt dat, wanneer is komen vast te staan dat een richtlijn van toepassing is, „niet ook nog afzonderlijk [hoeft] te worden getoetst of [de] nationale maatregel in overeenstemming is met de artikelen 34 en 36 [VWEU]”<sup>15</sup>.

46. Met andere woorden, in het kader van een prejudicieel verzoek is er noodzaak verder te gaan wanneer is vastgesteld dat de litigieuze nationale maatregel in strijd is met het recht van de Unie. Vanuit het perspectief van de bevoegdheid van het Hof om kennis te nemen van het geding, kan en zelfs „moet [het Hof zich] beperken tot de uitlegging” van de uitvoeringsregeling.<sup>16</sup> Dit is een op processueel vlak werkende beperking ter afbakening van de toetsingsbevoegdheid van de rechter, aangezien immers, zoals ik reeds heb opgemerkt, de coëxistentie en ook de hiërarchische verhouding tussen de vrijheid en de normatieve uitvoeringsbepaling volledig in stand blijven in gevallen als het onderhavige. De uitleggingstaak van het Hof bereikt zijn grens met de beslissing over de gestelde schending van de uitvoeringsbepaling.

47. Het Hof heeft de formulering in het kader van een niet-nakomingsberoep aangepast om het processuele karakter van de verdringing nog duidelijker te benadrukken. Zo oordeelde het in de zaak Commissie/Duitsland<sup>17</sup> dat de vaststelling van een schending van een uitvoeringsbepaling „uitsluit dat de nationale regeling aan artikel [34 VWEU] wordt getoetst”.<sup>18</sup> Dit „wordt getoetst” bevestigt derhalve dat de beperking uitsluitend de rechterlijke en niet de materiële dimensie betreft.

48. Degene die achtereenvolgens schending van een bepaling van afgeleid recht en van een fundamentele vrijheid stelt, moet kortom niet alleen aantonen dat de aangevochten nationale maatregel niet uitsluitend binnen de werkingssfeer van die bepaling valt, maar bovendien een daarbuiten liggend gebied bestrijkt waarop de fundamentele vrijheid van toepassing is. In alle andere gevallen moet de rechter „zich beperken” tot de toetsing van de nationale maatregel, zoals het Hof eist, „aan de bepalingen van de harmonisatiemaatregel [...] en niet aan die van primair recht”.

49. Met betrekking tot de specifieke omstandigheden van de onderhavige zaak wil ik er reeds aanstonds op wijzen dat richtlijn 92/12 een minimumharmonisatie op het gebied van de belastingen tot stand heeft gebracht, maar daarbij wel enkele uiterste grenzen voor de lidstaten heeft vastgesteld. Voor zover deze grenzen een gebied afbakenen dat aan nationaal optreden is onttrokken, kunnen zij als specifieke aspecten van volledige harmonisatie worden aangemerkt. Dit is het geval met de artikelen 8 en 9 van richtlijn 92/12 en in het bijzonder met de in de punten 21 en 24 van deze conclusie beschreven aspecten, omdat zij limitatief het kader aangeven waarbinnen moet worden beoordeeld of het bezit van tabak een commercieel of persoonlijk doel heeft. Met betrekking tot deze vraag blijkt uit de genoemde bepalingen dat de lidstaten geen objectieve criteria mogen vaststellen die de particulier de mogelijkheid ontnemen het bewijs van het tegendeel te leveren. Die criteria moeten bovendien per persoon worden toegepast en in het geval van kwantitatieve criteria met inachtneming van de in artikel 9, lid 2, tweede alinea, genoemde minimumdrempels.

14 — Arrest reeds aangehaald.

15 — Ibidem, punt 46. Zie in dezelfde zin met betrekking tot het *ontbreken van de noodzaak* een uitspraak te doen, arrest van 14 december 2004, *Swedish Match* (C-210/03, Jurispr. blz. I-11893, punt 83).

16 — Die formulering gebruikt het Hof onder andere in de arresten *Linhart en Biffl*, reeds aangehaald, punt 21; *Sterbenz en Haug*, reeds aangehaald, punt 26; arresten van 24 januari 2008, *Roby Profumi* (C-257/06, Jurispr. blz. I-189, punt 15), en 1 oktober 2009, *HSBC Holdings en Vidacos Nominees* (C-569/07, Jurispr. blz. I-9047, punt 27).

17 — Arrest van 14 december 2004, *Commissie/Duitsland* (C-463/01, Jurispr. blz. I-11705).

18 — Ibidem, punt 36.

50. Aangezien de Franse Republiek derhalve, zoals ik in de punten 26 tot en met 29 van deze conclusie heb betoogd, bepalingen van richtlijn 92/12 die strekken tot een volledige harmonisatie heeft geschonden, hoeft niet te worden onderzocht of ook artikel 34 VWEU is geschonden, omdat dit artikel met betrekking tot de specifiek geanalyseerde feiten en maatregelen in de onderhavige procedure een door de werking van de artikelen 8 en 9 van richtlijn 92/12 terzijde geschoven bepaling is.

51. De Commissie heeft zich in feite in al haar in deze procedure ingediende memories beperkt tot de onverenigbaarheid van artikel 575 H en de nationale administratieve praktijken met artikel 34 VWEU. Het voorwerp van deze tweede grief valt samen met dat van de eerste, maar door verzoekster is in het geheel niet onderbouwd in hoeverre de verweten gedraging zich uitstrekt tot buiten de werkingssfeer van richtlijn 92/12. Voor zover de artikelen 8 en 9 voorzien in een volledige harmonisatie van de materie, kan het Hof de tweede grief uitsluitend onderzoeken naar aanleiding van een Frans optreden dat niet binnen de materiële werkingssfeer van deze richtlijn valt. De Commissie heeft echter niets aangedragen dat strekt tot bewijs van een gedraging van de Franse Republiek die buiten richtlijn 92/12 valt en derhalve onderworpen is aan artikel 34 VWEU.

52. Het beroep op het Verdrag in een context waarin er sprake is van wat ik een processuele verdringing van het Verdrag heb genoemd, kan derhalve slechts leiden tot de niet-ontvankelijkheid van de tweede grief. Anders geformuleerd, het beroep op het Verdrag als autonome maar successieve grief ter zake van een niet-nakoming kan slechts als een grond voor niet-ontvankelijkheid worden aangemerkt. Met haar tweede grief heeft de Commissie kortom een beweerdelijke schending in het geding aan de orde gesteld, die overbodig is en niet met een minimum aan zelfstandigheid als toetsingscriterium kan gelden voor de nationale maatregelen die het voorwerp van de onderhavige procedure vormen.

53. Overeenkomstig artikel 120, sub c, van het Reglement voor de procesvoering geef ik het Hof derhalve in overweging de tweede grief niet-ontvankelijk te verklaren.

#### **IV – Kosten**

54. Volgens artikel 138, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering dragen partijen die op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld hun eigen kosten.

#### **V – Conclusie**

55. Ik geef het Hof bijgevolg in overweging, te beslissen als volgt:

- 1) vast te stellen dat de Franse Republiek, door de maatregelen van de artikelen 575 G en H van de Code général des impôts vast te stellen en een vaste administratieve praktijk toe te passen op grond waarvan de kwantitatieve criteria voor het bepalen van het gebruik van tabak, de enige waarin de nationale autoriteiten voorzien, worden toegepast per voertuig en per algemene productcategorie en niet per persoon en per specifieke productcategorie, de op haar rustende verplichtingen krachtens richtlijn 92/12/EEG van de Raad van 25 februari 1992 betreffende de algemene regeling voor accijnsproducten, het voorhanden hebben en het verkeer daarvan en de controles daarop, niet is nagekomen;
- 2) de tweede grief niet-ontvankelijk te verklaren;
- 3) elk der partijen in de eigen kosten te verwijzen.