

## III Rechtspraak

### Het accent verschuift naar markttoegang

Mr. E.R. Vollebregt

- 1 R.o. 18.
- 2 R.o. 19.
- 3 R.o. 21.
- 4 R.o. 22.
- 5 R.o. 23.
- 6 R.o. 27.

**Met het Gourmet International Products-arrest verduidelijkt het HvJ EG de Keck-rechtspraak weer iets verder door te concentreren op markttoegang onder gelijke voorwaarden. Tevens zet het HvJ EG de trend voort waarbij aan de nationale rechter de uiteindelijke beoordeling van de proportionaliteit van de bestreden maatregel wordt overgelaten. Wat betreft reclameverboden bevestigt het HvJ EG de met het De Agostini-arrest in gezette afwijking van het Leclerc-Siplec-arrest.**

*HvJ EG 8 maart 2001, Konsumentombudsmannen en Gourmet International Products, C-405/98, n.n.g.; signalering in Jurisprudentie EG, SEW 2001, 4, p. 13.*

#### Feiten

Gourmet International Products (GIP) geeft een tijdschrift uit, getiteld Gourmet, waarvan een nummer van de voor de abonnees bestemde editie bevatte drie bladzijden reclame voor alcoholhoudende dranken: een voor rode wijn en twee voor whisky. Deze bladzijden kwamen niet voor in de editie die los werd verkocht. 90 procent van de 9.300 abonnees van het tijdschrift waren bedrijven – producenten of handelaars – en 10 procent particulieren. De Konsumentombudsmannen (Ombudsman) meende dat dit in strijd was met de Zweedse regels met betrekking tot reclame voor alcoholhoudende dranken en vorderde voor het Stockholms Tingsrätt dat GIP op straffe van een geldboete werd verboden door middel van dergelijke advertenties de verkoop van alcoholhoudende dranken aan consumenten te bevorderen.

De nationale rechter vroeg zich af of nationale maatregelen die voor bepaalde reclameadvertenties een absoluut verbod opleggen, als maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen in de zin van artikel 30 van het Verdrag dan wel als beperkingen van het vrij verkeer van diensten zouden kunnen worden beschouwd. Verder onderzocht de nationale rechter of deze maatregelen eventueel, gelet op hun voorwerp, krachtens artikel 36 respectievelijk 56 van het Verdrag gerechtvaardigd zouden kunnen zijn en besloot hieromtrent prejudiciële vragen aan het HvJ EG te stellen.

#### Arrest van het HvJ EG

Het arrest van het HvJ EG is opgebouwd uit een gedeelte met betrekking tot het vrij verkeer van goederen en een gedeelte met betrekking tot het vrij verkeer van diensten.

#### Goederen

Het HvJ EG verwees naar het arrest Keck en Mithouard, om in herinnering te roepen dat nationale bepalingen die bepaalde verkoopmodaliteiten aan banden leggen of verbieden, buiten de werkings-sfeer van artikel 30 van het Verdrag vallen, indien zij de toegang tot de markt voor producten uit een andere lidstaat niet verhinderen of meer bemoeilijken dan voor nationale producten het geval is.<sup>1</sup> Verder verwees het HvJ EG naar *De Agostini*, waarin bepaald werd dat niet kan worden uitgesloten dat een algemeen verbod in een lidstaat op een bepaalde vorm van reclame voor een product dat daar rechtmatig wordt verkocht, grotere gevolgen heeft voor producten afkomstig uit andere lidstaten.<sup>2</sup>

Het HvJ EG oordeelde dat het zonder dat een nauwkeurige analyse van de feitelijke omstandigheden die de Zweedse situatie kenmerken, die overigens door de nationale rechter moet worden verricht, dat voor producten zoals alcoholhoudende dranken, waarvan de consumptie verbonden is met traditionele sociale gebruiken en lokale gewoonten, een verbod op alle voor consumenten bestemde reclame door middel van advertenties in de pers en op radio en televisie, door het ongevraagd rechtstreeks toezenden van materiaal of door aanplakking op de openbare weg de toegang tot de markt van producten uit andere lidstaten sterker zal bemoeilijken dan van nationale producten, waarmee de consument natuurlijk meer vertrouwd is.<sup>3</sup> Daarenboven stelde het HvJ EG vast dat de overheidsmonopolist op het gebied van alcoholverkoop in de verkooppunten alleen haar eigen tijdschrift verspreidde<sup>4</sup> en dat Zweedse producenten vanwege culturele redenen gemakkelijker toegang hadden tot de mogelijkheden voor redactionele reclame voor alcohol, die wel was toegestaan in Zweden.<sup>5</sup>

Aldus stelde het HvJ EG vast dat het ging om een maatregel die binnen het toepassingsgebied van artikel 28 EG viel en bekeek of de maatregel gerechtvaardigd kon worden onder artikel 30 EG. Het HvJ EG oordeelde dat maatregelen die de mogelijkheden voor alcoholreclame beperken en aldus alcoholisme bestrijden, in overeenstemming zijn met het door artikel 30 EG gerechtvaardigde belang van bescherming van de volksgezondheid.<sup>6</sup> Verder oordeelde het HvJ EG dat de door de Zweedse regering aangevoerde redenen van volksgezondheid niet voor een ander doel zijn gebruikt of om goederen uit andere lidstaten te discrimineren of

7 R.o. 32.

8 R.o. 33.

9 R.o. 38.

10 R.o. 39.

11 R.o. 40-41.

12 Gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, Jur. 1993, p. I-6097; zie bijvoorbeeld René Joliet, *Der freie Warenverkehr: Das Urteil Keck und Mithouard und die Neuorientierung der Rechtsprechung*, GRUR Int. 1994, p. 979; Stephen Weatherhill, *After Keck: Some thoughts on how to clarify the clarification*, CMLR 1996, p. 885; Lawrence Gormley, *Two years after Keck*, Fordham International Law Journal 1996, p. 866; Norbert Reich, *The 'November Revolution' of the European Court of Justice: Keck, Men and Audi revisited*, CMLR 1994, p. 459; en Carl-Otto Lenz, *Ein undeutlicher Ton*, NJW 1994, p. 1633.

13 Gevoegde zaken C-34/1995, C-35/1995 en C-36/1995, De Agostini, Jur. 1997, p. I-3843 en C-254/98, TK Heimdienst, Jur. 2000, p. I-151.

14 Gevoegde zaken C-34/1995, C-35/1995 en C-36/1995, De Agostini, Jur. 1997, p. I-3843, par. 40-42; C-254/98, TK Heimdienst, Jur. 2000, p. I-151, par. 25-27.

15 Par. 31 van zijn conclusie in *Gourmet*.

16 Zie bijvoorbeeld de 'regulering van commercieel gedrag'-test (vergelijk Kabel, 'Non-paternalisme en de toekomst van het reclamerecht', IER 1996, p. 125) en de test die als onderscheidend criterium gebruikt of een maatregel gericht is op aanduidingen op het product zelf of niet (vergelijk Peter Oliver, *Free movement of goods in the European Community*, Sweet & Maxwell 1996, par. 6.56 e.v.).

17 Gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, Jur. 1993, p. I-6097, par. 16.

18 Zoals bepleit en gesignaleerd door Catherine Barnard, 'Fitting the remaining pieces in to the goods and persons jigsaw?', *European Law Review* 2001, p. 35 en verder.

beaalde nationale producties zindemings te bepalen.<sup>7</sup> Het HvJ EG verwees de beoordeling van de evenredigheid van het reclameverbod en meer in het bijzonder van de vraag of het nagestreefde doel zou kunnen worden bereikt door verbodsbepalingen of beperkingen die minder ver gaan of de handel tussen de lidstaten minder beperken, door naar de nationale rechter. Volgens het HvJ EG zou deze beter dan het HvJ EG zelf in staat zijn de juridische en feitelijke omstandigheden te analyseren, die kenmerkend zijn voor de situatie in de betrokken lidstaat te beoordelen.<sup>8</sup>

### Diensten

De vrijheid van dienstverrichting kan worden beperkt wanneer de wetgeving van een lidstaat het recht van op het grondgebied van deze lidstaat gevestigde persbedrijven om ruimte voor reclame in hun tijdschriften aan te bieden aan potentiële adverteerders in andere lidstaten beperkt. Dat was het geval in de onderhavige zaak<sup>9</sup>, gelet op het grensoverschrijdende aanbod van reclameruimte en internationale karakter van de reclamemarkt voor alcohol.<sup>10</sup> Ook wat het vrij verkeer van diensten betreft oordeelde het HvJ EG dat de maatregel inderdaad de volksgezondheid beschermde en verwees het HvJ EG de vraag naar evenredigheid onder artikel 56 EG door naar de nationale rechter op dezelfde gronden.<sup>11</sup>

### Commentaar

Het arrest verduidelijkt op drie punten eerder ingezette trends in de reclamerechtspraak van het HvJ EG, te weten de toepassing van het Keck-criterium en de tegenvoeter ervan in het vrij verkeer van diensten, de terugtreding van het HvJ EG op het feitelijk gebied in dit soort zaken en de wijze waarop het HvJ EG met een reclameverbod omgaat.

#### Markttoegang onder gelijke voorwaarden

De interpretatie van het Keck & Mithouard-arrest heeft in de literatuur veel pennen in beweging gebracht.<sup>12</sup> In *Gourmet* zet het HvJ EG de lijn van rechtspraak voort die ingezet werd met *De Agostini* en later bevestigd werd in *TK Heimdienst*.<sup>13</sup> In deze beide uitspraken werd het gedeelte van het Keck-criterium 'zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben' geïnterpreteerd in termen van markttoegang op gelijke voorwaarden.<sup>14</sup> A-G Jacobs verwoordde het nog duidelijker:

*'as the Court has consistently recognised since its Dassonville judgment, the actual or potential impact on market access in fact is crucial for the application of Article 30 of the EC Treaty.'*<sup>15</sup>

Hiermee lijken andere methoden voor het bepalen of sprake is van het soort verkoopmodaliteiten die

naar van aard het vrije verkeer van goederen beperken op de achtergrond te raken.<sup>16</sup> Hiermee kan ook de nadruk in de discussie in de doctrine of een bepaalde maatregel als zodanig een verkoopmodaliteit is of niet verminderen, omdat hiermee nog niet gegeven is dat de Keck-rechtspraak van toepassing is. In Keck oordeelde het HvJ EG dat *bepaalde* verkoopmodaliteiten naar hun aard het vrij verkeer van goederen niet beperken.<sup>17</sup> Door de duidelijke stellingname voor markttoegang onder gelijke voorwaarden, geeft het HvJ EG – zonder het begrip verkoopmodaliteit als zodanig duidelijker te definiëren – wel duidelijker aan welke maatregelen die als verkoopmodaliteit zouden kunnen kwalificeren, wel het vrij verkeer van goederen beperken. Een en ander zou misschien zelfs kunnen leiden tot een unitair criterium voor alle vrijverkeerbepalingen.<sup>18</sup>

Hoewel het HvJ EG het accent legt op markttoegang onder artikel 28 EG, wil dit niet zeggen dat onderscheid tussen maatregelen die gericht op de commerciële communicatie voor het product en maatregelen gericht op aanduidingen op het product zelf overbodig geworden is. In de onderhavige zaak ging het weliswaar duidelijk om reclame voor het product zelf, maar in zaken waarin de verwijzingsbeschikking van de nationale rechter niet duidelijk is wat betreft de feiten op dit punt, zal het HvJ EG geen antwoord geven op de prejudiciële vraag.<sup>19</sup> Productgerelateerde maatregelen vallen immers buiten de definitie van verkoopmodaliteiten in de zin van het Keck-arrest.<sup>20</sup>

#### Taak nationale rechter

Men zou kunnen betogen dat dit arrest de trend voortzet die het HvJ EG is ingeslagen met de arresten *Familiapress*<sup>21</sup> en *De Agostini*.<sup>22</sup> In deze arresten liet het HvJ EG op het gebied van reclame het aan de nationale rechter over om feitelijk vast te stellen of de door het HvJ EG gesignaleerde beperkingen op het vrij verkeer van goederen of diensten proportioneel en noodzakelijk waren om het nagestreefde doel te bereiken.<sup>23</sup>

Door hen de proportionaliteitsbeoordeling te laten uitvoeren, worden de nationale rechters op dit punt weer een beetje meer Europese rechters. Of dit voor de partij die zich op het vrij verkeer van goederen of diensten beroept voordelig is, kan betwijfeld worden. De kans dat een nationale rechter wat proportionaliteit en noodzakelijkheid betreft een hele andere kijk heeft op de wetgeving waar hij vertrouwd mee is, lijkt niet verwaarloosbaar klein.<sup>24</sup> De kans dat de nationale rechter de principes voor beoordeling van de proportionaliteit van reclamemaatregelen zal volgen die de Commissie uiteen heeft gezet in het Groenboek *Commerciële Communicatie* en de *Follow-Up* daarop<sup>25</sup> lijkt echter wel klein. Hoewel het HvJ EG met zijn interpretatie van artikel 28 EG dichter bij het beleid van de Commissie gaat zitten, geeft het HvJ EG de hierdoor te win-

19 C-123/00 Bellamy, n.n.g., par. 26-27.

20 Vergelijk bijvoorbeeld Zaak C-236/89, Pall. Jur. 1990, p. 1-4827 en zaak C-470/93, Mars. Jur. 1995, p. 1-1923.

21 Zaak C-368/95, Jur. 1997, p. 1-3689.

22 Gevoegde zaken C-34/1995, C-35/1995 en C-36/1995, Jur. 1997, p. 1-3843.

23 Aan de andere kant hield het HvJ EG in zaak C-254/98, Schutzverband/TK-Heimdienst, Jur. 2000, p. 1-1511 deze beoordelingen wel aan zich, waarschijnlijk omdat de nationale bepalingen in dat geval a priori niet evenredig en noodzakelijk waren; zie r.o. 32 e.v. van dat arrest.

24 Zowel in Familiapress (OGH 25 maar 1999, 4 Ob 279/985) als in De Agostini kwam de nationale rechter tot de conclusie dat de nationale regels voldeden aan de eisen van Europees-rechtelijke eisen van proportionaliteit en noodzakelijkheid.

25 Zie de documenten COM (96) 192 en COM (98) 121.

26 Deze laatste mogelijkheid wordt wat mededingingszaken betreft voorgesteld in het Witboek inzake

nen uniformiteit weg door de nationale rechter de evenredigheidsafweging te laten maken. Mogelijkheden om versnippering van een uniform commercieel communicatiebeleid tegen te gaan, zou zijn dat het HvJ EG in een *obiter dictum* de nationale rechter een handreiking geeft, of dat de Commissie bevoegdheden worden toebedeeld om zich als *amicus curiae* na de prejudiciële beslissing in de nationale procedure te voegen indien zij dat opportuun acht.<sup>26</sup>

### Reclameverbod

De wijze waarmee het HvJ EG omgaat met het reclameverbod in *Gourmet*, bevestigt *De Agostini* zodat de wijze waarop het HvJ EG in *Leclerc-Siplec* met een soortgelijk reclameverbod omging, achterhaald is. Hierdoor wordt de verschuiving van de waardering van het HvJ EG naar een daadwerkelijke beoordeling van de invloed van de beperking op de betrokken markt onderstreept. Het HvJ EG blijkt bereid de randvoorwaarden van het Keck-criterium ruimer toe te passen. Zowel in *Leclerc-Siplec* als in *De Agostini* als in *Gourmet* ging het om een algemeen verbod op een bepaalde vorm van reclame voor een product dat in andere lidstaten rechtmatig wordt

de modernisering van de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag, Programma van de Commissie 99/027, par. 107. In de Follow-Up op het Groenboek beveelt de Commissie nationale autoriteiten aan haar gestroomlijnde proportionaliteitsbeoordeling over

te nemen (p. 14), maar vermeldt zij tegelijkertijd dat er nog geen reden is om bindende regels daartoe voor te stellen. Een *amicus curiae* mogelijkheid zou een goede tussenoplossing zijn. Gezien het grote gebrek aan mankracht bij het Interne Markt DG (zie Vollebregt,

De Follow-Up op het Groenboek Commerciële Communicatie in de interne markt: tijd voor een nieuw beleid?, IER 1998, 5, p. 187) lijkt een dergelijke mogelijkheid geen reële optie.

27 Zie zaak C-412/93, *Leclerc-Siplec*, Jur. 1995, p. 1-179, par. 22; Gevoegde zaken C-34/1995, C-35/1995 en C-36/1995 *De Agostini*, Jur. 1997, p. 1-3843, par. 42; *Gourmet*, par. 19.

28 Zaak C-412/93, *Leclerc-Siplec*, Jur. 1995, p. 1-179, par. 23.

29 *Gourmet*, par. 19.

30 *Gourmet*, par. 24.

31 *Gourmet*, par. 25.

verkocht.<sup>27</sup> In *Leclerc-Siplec* overwoog het HvJ EG nog dat de invloed van de maatregel gelijk was op nationale als geïmporteerde producten omdat de maatregel gelijk van toepassing was op nationale en buitenlandse handelaren.<sup>28</sup> In *De Agostini* en *Gourmet* echter slaat het HvJ EG een meer economische weg in en oordeelt dat

'niet kan worden uitgesloten dat een algemeen verbod in een lidstaat op een bepaalde vorm van reclame voor een product dat daar rechtmatig wordt verkocht, grotere gevolgen heeft voor producten afkomstig uit andere lidstaten.'<sup>29</sup>

Hierdoor hebben de nationale producten, waarmee de consument meer vertrouwd is, een niet onbelangrijke voorsprong op producten geïmporteerd uit andere lidstaten en ontstaat een 'gebrek aan evenwicht dat inherent is aan een absoluut verbod'.<sup>30</sup> Daaruit volgt dat sprake is van een maatregel die de handel in producten uit andere lidstaten sterker beïnvloedt dan de handel in nationale producten en derhalve van een belemmering van de interstatelijke handel.<sup>31</sup> Ten opzichte van *Leclerc-Siplec* is de reclameverbodenrechtspraak onder artikel 28 EG duidelijk in beweging.