CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL F. G. JACOBS

van 26 januari 1995 *

1. Het Nederlandse College van Beroep voor het Bedrijfsleven heeft in deze zaak een aantal vragen gesteld over de uitlegging van artikel 59 van het Verdrag. De verwijzende rechter wenst in wezen te vernemen, of het bij de Nederlandse Wet Effectenhandel van 30 oktober 1985 uitgevaardigde verbod van de als „cold calling" bekend staande verkoopmethode verenigbaar is met de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van diensten, voor zover het een in Nederland gevestigde onderneming belet in andere Lid-Staten gevestigde potentiële cliënten te benaderen.

2. Alpine Investments BV (hierna: „Alpine"), een in Nederland gevestigde onderneming, verricht financiële diensten en is gespecialiseerd in de goederentermijnhandel. Zij treedt op als remisier, dat wil zeggen dat zij opdrachten van cliënten met betrekking tot transacties op de goederentermijnmarkten ter uitvoering doorgeeft aan op die markten binnen en buiten de Gemeenschap werkzame commissionairs. Zij biedt haar cliënten drie soorten rekeningen aan: „managed accounts", „semi-managed accounts", en „non-managed accounts". Bij een „managed account" machtigt de cliënt de onderneming om in zijn naam naar eigen goeddunken transacties op de goederentermijnmarkt te verrichten. In het geval van een „semi-managed account" licht de onderneming de cliënt in over verschillende mogelijkheden om te beleggen op de goederentermijnmarkt, en beslist de cliënt zelf of hij al dan niet investeert. Bij een „non-managed account" geeft de onderneming geen beleggingsadvies, maar voert zij enkel de opdrachten van de cliënt uit.

3. Op het relevante tijdstip gold in Nederland voor financiële diensten de Wet Effectenhandel van 30 oktober 1985 (hierna: „WEH"). [1] Krachtens artikel 6, lid 1, van die wet was het verboden zonder vergunning bemiddeling bij effectentransacties aan te bieden. In artikel 6, leden 2 en 3, was bepaald, aan welke voorwaarden men moest voldoen om een vergunning te krijgen. Krachtens artikel 8, lid 1, kon de minister van Financiën (hierna: „de minister") in bijzondere gevallen ontheffing verlenen van het verbod van artikel 6, lid 1. Luidens artikel 8, lid 2, konden

* Oorspronkelijke taal: Engels.

1 — Stb. 1985, 570. Die wet is op 15 juni 1992 ingetrokken en vervangen door de Wet Toezicht Effectenverkeer (WTE), Stb. 1991, 141.

aan een ontheffing voorwaarden worden verbonden met het oog op het tegengaan van ongewenste ontwikkelingen bij de handel in effecten.

4. Op 6 september 1991 verleende de minister Alpine krachtens artikel 8 WEH een ontheffing, op grond waarvan Alpine orders kon aanbrengen bij Merill Lynch Inc. Bij beschikking van 12 november 1991 verbond de minister aan deze ontheffing een nadere voorwaarde waardoor Alpine een feitelijk verbod van „cold calling" werd opgelegd, het telefonisch of in persoon benaderen van een potentiële cliënt, tenzij deze daarmee vooraf uitdrukkelijk en schriftelijk had ingestemd. Volgens die voorwaarde mocht Alpine potentiële cliënten slechts telefonisch of in persoon benaderen, wanneer zij daarmee vooraf uitdrukkelijk en schriftelijk hadden ingestemd en zolang die instemming niet per aangetekende brief was ingetrokken. Die instemming moest blijken uit een door de cliënt ondertekende en gedateerde verklaring die bij Alpine moest worden bewaard. De verklaring moest worden bewaard gedurende vijf jaar na de laatste transactie of nadat de relatie tussen Alpine en de cliënt was beëindigd.

5. Alpine diende een bezwaarschrift in tegen de beschikking van de minister van 12 november 1991, maar op 14 januari 1992 trok de minister de ontheffing in en verleende Alpine een nieuwe ontheffing op grond waarvan zij orders mocht aanbrengen bij Rodman & Renshaw Inc. Aan die ontheffing was wederom de voorwaarde verbonden, dat Alpine potentiële cliënten slechts telefonisch of in persoon mocht benaderen wanneer zij daarmee uitdrukkelijk en schriftelijk hadden ingestemd. Op 13 februari 1992 diende Alpine een bezwaarschrift in tegen de beschikking van de minister van 14 januari 1992.

6. Kennelijk was aan alle ontheffingen die na 1 oktober 1991 op grond van artikel 8 WEH werden verleend, een verbod van cold calling verbonden, vergelijkbaar met de voorwaarde die aan Alpine werd opgelegd. In de loop van 1991 ontving de minister vele klachten van beleggers die stelden dat zij ten gevolge van cold calling transacties hadden gedaan die zij naderhand betreurden. Als gevolg daarvan besloot de minister tot een algeheel verbod van cold calling; hij maakte dat besluit bekend in een persbericht van 1 oktober 1991.

7. Bij beschikking van 29 april 1992 verwierp de minister de bezwaarschriften van Alpine, die daartegen beroep instelde bij de verwijzende rechter. In het hoofdgeding stelt Alpine onder meer, dat het verbod van cold calling in strijd is met artikel 59 van het Verdrag. Het verbod belet Alpine potentiële cliënten in andere Lid-Staten te benaderen en levert een beperking op van de vrijheid van

dienstverrichting die niet is gerechtvaardigd uit hoofde van de bescherming van de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid. Op grond van die argumenten werden aan het Hof de volgende vragen gesteld:

„1) Dient het bepaalde bij artikel 59 EEG-Verdrag aldus te worden uitgelegd dat het zich mede uitstrekt tot diensten, die de dienstverrichter vanuit de Lid-Staat van zijn vestiging telefonisch aanbiedt aan (potentiële) opdrachtgevers, gevestigd in een andere Lid-Staat, en vervolgens ook vanuit die Lid-Staat verricht?

2) Zien de bepalingen van voormeld artikel mede op de voorschriften en/of beperkingen, die in de Lid-Staat van vestiging van de dienstverrichter de rechtmatige uitoefening van het betrokken beroep of bedrijf beheersen, doch niet, althans niet op dezelfde wijze en in dezelfde mate, gelden voor de uitoefening van bedoeld beroep of bedrijf in de Lid-Staat van vestiging van (potentiële) ontvangers van de betrokken dienst en derhalve voor de dienstverrichter bij het aanbieden van zijn diensten aan (potentiële) opdrachtgevers, gevestigd in een andere Lid-Staat, belemmeringen kunnen opleveren, die niet gelden voor in die andere Lid-Staat gevestigde verrichters van gelijksoortige diensten?

Bij bevestigende beantwoording van de onder 2, gestelde vraag:

3) a) Kunnen de aan een voorschrift, dat beoogt ongewenste ontwikkelingen bij de handel in effecten tegen te gaan, ten grondslag gelegde belangen inzake bescherming van de consument en bescherming van de reputatie van de Nederlandse financiële dienstverlening, worden aangemerkt als dwingende redenen van algemeen belang, die een belemmering, als in voormelde vraag bedoeld, rechtvaardigen?

b) Is een ontheffingsvoorschrift, dat zogenoemd cold calling verbiedt, aan te merken als objectief noodzakelijk ter bescherming van bedoelde belangen en evenredig aan het beoogde doel?"

8. Alpine, de Nederlandse, de Griekse en de Britse regering, alsmede de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Ter

terechtzitting heeft ook de Belgische regering opmerkingen gemaakt.

9. Het lijdt geen twijfel, dat de activiteiten van Alpine binnen de werkingssfeer van artikel 60 vallen. Dat artikel omschrijft diensten als dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voor zover de bepalingen betreffende het vrij verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn. Alpine biedt financiële diensten aan. Zoals ik al zei, bestaan die onder meer in het uitvoeren van de opdrachten van cliënten, het adviseren van de cliënten en het beheer van hun rekeningen.

10. Hoewel het litigieuze verbod van cold calling Alpine belet cliënten telefonisch en in persoon te benaderen tenzij zij daarmee vooraf schriftelijk hebben ingestemd, blijkt uit de verwijzingsbeschikking en uit de eerste vraag, dat het de nationale rechter vooral gaat om het verbod van het telefonisch benaderen van cliënten.

11. Kennelijk gebruikt Alpine cold calling om haar diensten aan te bieden. Zij belt in het bijzonder potentiële cliënten in andere Lid-Staten op, om hen te vragen of zij geïnteresseerd zijn in toezending van aanvullende informatie of om hen uit te nodigen voor een seminar waar de door haar aangeboden diensten worden toegelicht. Zij stelt, dat er geen klachten zijn over de wijze waarop zij haar diensten aanbiedt.

12. Alvorens ik de prejudiciële vragen behandel, is het wellicht nuttig in het kort de gemeenschapsrechtelijke regeling te onderzoeken die in verband met cold calling relevant kan zijn.

13. Richtlijn 93/22/EEG van de Raad betreffende het verrichten van diensten op het gebied van beleggingen in effecten [2] wil de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting voor beleggingsondernemingen bevorderen.

14. Deze richtlijn is, ook al is zij ratione materiae van toepassing, niet van toepassing op de onderhavige zaak, aangezien zij op het relevante tijdstip nog niet was vastgesteld. Zij is evenwel van belang omdat zij aantoont, welk rechtskader de Gemeenschap heeft gecreëerd om de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting voor beleggingsondernemingen te bevorderen. Opgemerkt moet worden, dat de richtlijn de

2 — PB 1993, L 141, blz. 27.

regelingen van de Lid-Staten over het aanbieden van beleggingen niet harmoniseert.

15. Krachtens de richtlijn mag een beleggingsonderneming geen beleggingsactiviteiten uitoefenen wanneer zij daarvoor geen vergunning heeft van de bevoegde autoriteiten van de Lid-Staat van herkomst. [3] Wanneer zij die vergunning heeft ontvangen, mag zij die activiteiten overal in de Gemeenschap uitoefenen, door een bijkantoor te vestigen, of door het recht uit te oefenen om in de gehele Gemeenschap diensten te verrichten. De Lid-Staat van ontvangst mag de uitoefening van beleggingsactiviteiten op zijn grondgebied niet afhankelijk stellen van een vergunning, noch onderwerpen aan de verplichting eigen kapitaal te verschaffen of aan maatregelen van gelijke werking. [4]

16. De Lid-Staat van herkomst moet ervoor zorgen, dat een onderneming te allen tijde voldoet aan de voorwaarden om een vergunning te krijgen. [5] De Lid-Staat van herkomst moet prudentiële regels opstellen die bij voortduring door de beleggingsonderneming moeten worden nageleefd. De algemene beginselen daarvan staan in de richtlijn. [6] Het prudentieel toezicht op een beleggingsonderneming berust bij de Lid-Staat van herkomst. [7]

17. De Lid-Staten moeten gedragsregels opstellen die bij voortduring door de beleggingsondernemingen moeten worden nageleefd. De inhoud van die regels is in de richtlijn geformuleerd in algemene termen. [8] Artikel 11, lid 2, luidt als volgt:

„Onverminderd de in het kader van een harmonisatie van de gedragsregels te nemen besluiten blijven de tenuitvoerlegging en het toezicht op de naleving van deze regels onder de bevoegdheid vallen van de Lid-Staat waar de dienst wordt verricht."

18. Volgens artikel 13 beletten de bepalingen van de richtlijn beleggingsondernemingen waaraan in een andere Lid-Staat vergunning is verleend, niet voor hun diensten met alle beschikbare communicatiemiddelen te adverteren in de Lid-Staat van ontvangst, mits zij alle voorschriften inzake de vorm en de inhoud van dit adverteren in acht nemen die zijn vastgesteld om redenen van algemeen belang.

19. Uit de richtlijn blijkt evenwel niet duidelijk hoe de verantwoordelijkheid is verdeeld tussen de autoriteiten van de Lid-Staat van herkomst en de autoriteiten van de Lid-Staat van ontvangst. In ieder geval is het mogelijk

3 — Artikel 3, lid 1.
4 — Artikel 14, leden 1 en 2.
5 — Artikel 8, leden 1 en 2.
6 — Artikel 10.
7 — Artikel 8, lid 3.

8 — Artikel 11, lid 1.

dat in een concreet geval niet altijd duidelijkis, waar een bepaalde dienst wordt verricht.

20. Op 20 december 1985 stelde de Raad richtlijn 85/577/EEG betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten vast. [9] Deze richtlijn heeft tot doel, de consument te beschermen tegen oneerlijke handelspraktijken bij de huis-aan-huisverkoop. [10] De richtlijn is niet van toepassing op telefonisch gesloten overeenkomsten of op „overeenkomsten betreffende effecten". [11] Ten aanzien van de binnen haar werkingssfeer vallende overeenkomsten bevat de richtlijn geen verbod van wat men „huis-aan-huis cold calling" zou kunnen noemen; zij bepaalt wel, dat de consument het recht heeft om van de overeenkomst af te zien. De richtlijn staat de Lid-Staten toe, strengere eisen te stellen met het oog op de bescherming van de consument. [12]

21. In oktober 1993 diende de Commissie een gewijzigd voorstel in voor een richtlijn van de Raad betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten. [13] De voorgestelde richtlijn heeft tot doel de wettelijke bepalingen van de Lid-Staten inzake „tussen consumenten en leveranciers op afstand gesloten overeenkomsten alsmede inzake de aanbiedingen en de voorbereidende handelingen voor dergelijke overeenkomsten" nader tot elkaar te brengen. [14]

22. Krachtens artikel 4 zouden de Lid-Staten de nodige maatregelen moeten nemen om de consument die te kennen heeft gegeven niet benaderd te willen worden, tegen dergelijke aanbiedingen te beschermen. Artikel 4, tweede alinea, luidt als volgt:

„Voor het gebruik van de volgende technieken is de voorafgaande toestemming van de consument vereist:

— telefax

— elektronische post

— telefoon

— oproepautomaten."

9 — PB 1985, L 372, blz. 31.

10 — Derde overweging van de considerans.

11 — Artikel 3, lid 2, sub c.

12 — Artikel 8.

13 — COM(93) 396 (PB 1993, C 308, blz. 18). Het oorspronkelijke voorstel COM(92) 11 werd gepubliceerd in PB 1992, C 156, blz. 14.

14 — Artikel 1.

In de huidige versie verbiedt de voorgestelde richtlijn dus cold calling per telefoon. De voorgestelde richtlijn is kennelijk van toepassing op overeenkomsten voor het verrichten van financiële diensten, met inbegrip van het soort diensten dat door Alpine wordt aangeboden. [15]

23. Zoals de Commissie opmerkt, blijkt uit het bovenstaande overzicht, dat het gemeenschapsrecht cold calling per telefoon of in persoon momenteel niet verbiedt en de Lid-Staten evenmin belet het te verbieden.

24. Ik kom thans tot de prejudiciële vragen.

De eerste vraag

25. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, of artikel 59 van toepassing is op diensten die iemand vanuit de Lid-Staat waar hij is gevestigd, verricht ten behoeve van in andere Lid-Staten gevestigde personen. Mijns inziens lijdt het geen twijfel dat die vraag bevestigend moet worden beantwoord.

15 — Zie de artikelen 1, 2 en 12 van het voorstel.

26. Aangezien artikel 59 tot doel heeft, beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap op te heffen, veronderstelt de toepassing ervan het bestaan van een grensoverschrijdend element. Zoals het Hof overwoog, moeten de betrokken diensten „een grensoverschrijdend karakter hebben". [16] Artikel 59 is niet van toepassing wanneer de betrokken activiteit zich in al zijn aspecten binnen één enkele Lid-Staat afspeelt. [17]

27. Er is een grensoverschrijdend element aanwezig wanneer de dienstverrichter en de dienstontvanger in verschillende Lid-Staten gevestigd zijn. [18] Wanneer dat het geval is, is artikel 59 van toepassing, ongeacht in welke Lid-Staat de diensten worden verricht. Die uitlegging vindt steun in de tekst van artikel 59, eerste alinea, die voorziet in de opheffing van de beperkingen op het vrij verrichten van diensten „ten aanzien van de onderdanen der Lid-Staten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht".

28. Die uitlegging wordt ook bevestigd door de rechtspraak van het Hof, volgens welke de verdragsbepalingen inzake het vrij verrichten van diensten toepassing vinden in de volgende gevallen: de dienstverrichter begeeft

16 — Arrest van 26 april 1988, zaak 352/85, Bond van Adverteerders e. a., Jurispr. 1988, blz. 2085, r. o. 13.

17 — Arresten van 26 februari 1991 (zaak C-198/89, Commissie/Griekenland, Jurispr. 1991, blz. I-727, r. o. 9); 18 maart 1980 (zaak 52/79, Debauve, Jurispr. 1980, blz. 833, r. o. 9), en 23 april 1991 (zaak C-41/90, Höfner en Elser, Jurispr. 1991, blz. I-1979, r. o. 37-39).

18 — Zie arrest van 4 mei 1993, zaak C-17/92, Distribuidores Cinematográficos, Jurispr. 1993, blz. I-2239, r. o. 11.

zich naar een andere Lid-Staat om daar diensten te verrichten [19]; de dienstontvanger begeeft zich naar een andere Lid-Staat om er diensten te ontvangen [20]; zowel de dienstverrichter als de dienstontvanger zijn in dezelfde Lid-Staat gevestigd, maar de dienstverrichter begeeft zich naar een andere Lid-Staat om er zijn diensten aan te bieden [21]; de dienstverrichter noch de dienstontvanger verplaatst zich en de diensten worden verricht via post of telecommunicatiemiddelen, zoals telefoon, telefax of elektronische post. [22]

29. Alpine betoogt, dat de onderhavige diensten tot deze laatste categorie behoren. In deze zaak behoeft mijns inziens niet te worden uitgemaakt waar de diensten precies worden verricht. Er is sprake van een grensoverschrijdend element, daar de dienstverrichter en de dienstontvanger in verschillende Lid-Staten zijn gevestigd.

30. De Nederlandse regering stelt, dat het litigieuze verbod van cold calling een zuiver binnenlandse situatie betreft. Dat is een drogreden. De onderhavige zaak heeft betrekking op het verbod van cold calling voor zover het Alpine belet contact op te nemen met potentiële cliënten in andere Lid-Staten. In haar opmerkingen betreffende de tweede vraag erkent de Nederlandse regering trouwens, dat het verbod ook geldt voor het vanuit Nederland telefonisch benaderen van in andere Lid-Staten gevestigde personen.

31. Voorts stelt zij, dat de goederentermijntransacties voor het overgrote deel plaatsvinden op de goederentermijnmarkt van Chicago, dus buiten het grondgebied van de Gemeenschap. Dat betekent evenwel niet, dat artikel 59 niet van toepassing zou zijn in deze zaak, waarin het gebruik van een verkoopmethode in de Gemeenschap wordt verboden en een persoon die in een Lid-Staat is gevestigd, wordt verhinderd diensten te verrichten ten behoeve van een cliënt in een andere Lid-Staat.

32. Onder verwijzing naar het arrest Keck en Mithouard [23] stellen de Nederlandse en de Britse regering, dat de door het Hof in die

19 — Zie bij voorbeeld arrest van 10 februari 1982, zaak 76/81, Transporoute, Jurispr. 1982, blz. 417.

20 — Arrest van 31 januari 1984, gevoegde zaken 286/82 en 26/83, Luisi en Carbone, Jurispr. 1984, blz. 377.

21 — Zie de arresten van 26 februari 1991 inzake toeristengidsen: zaak C-154/89, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1991, blz. I-659, zaak C-180/89, Commissie/Italië, Jurispr. 1991, blz. I-709, en zaak C-198/89, Commissie/Griekenland, aangehaald in voetnoot 17.

22 — Zie bij voorbeeld arrest van 25 juli 1991, zaak C-76/90, Säger, Jurispr. 1991, blz. I-4221. Zie ook de zaken in verband met de Mediawet: arresten van 25 juli 1991 (zaken C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda, Jurispr. 1991, blz. I-4007, en C-353/89, Commissie/Nederland, Jurispr. 1991, blz. I-4069) en 5 oktober 1994 (zaak C-23/93, TV10 SA, Jurispr. 1994, blz. I-4795).

23 — Arrest van 24 november 1993, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, Jurispr. 1993, blz. I-6097.

zaak aan artikel 30 gegeven uitlegging ook voor artikel 59 moet gelden. Zij betogen, dat het litigieuze verbod van cold calling dan geen beperking op het vrij verrichten van diensten zou opleveren, en zij concluderen dat op de eerste vraag moet worden geantwoord, dat artikel 59 in deze zaak niet van toepassing is.

33. Mij dunkt, dat deze redenering uitgaat van een verkeerd begrip van de eerste vraag. Zoals ik al zei, vraagt de verwijzende rechter daarin enkel, of artikel 59 van toepassing is op diensten die de dienstverrichter vanuit de Lid-Staat waar hij is gevestigd, verricht ten behoeve van in andere Lid-Staten gevestigde personen. Hij vraagt niet, of het litigieuze verbod van cold calling een beperking op het vrij verrichten van diensten is. Dat is het onderwerp van de tweede vraag. De argumenten van de Nederlandse en de Britse regering moeten dan ook in het kader van die vraag worden onderzocht.

34. Ik concludeer, dat de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord.

De tweede vraag

35. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, of het litigieuze verbod van cold calling een beperking op het vrij verrichten van diensten in de zin van artikel 59 is.

36. Uit de verwijzingsbeschikking blijkt meer bepaald, dat de verwijzende rechter over twee punten opheldering verlangt. In de eerste plaats wenst hij te vernemen, of het feit dat het litigieuze verbod is uitgevaardigd door de Lid-Staat waar de dienstverrichter is gevestigd, belet dat artikel 59 toepassing vindt. In de tweede plaats wenst hij te vernemen, of dat verbod een beperking in de zin van artikel 59 is, daar de Lid-Staten waar de dienstontvangers zijn gevestigd het verbod niet of althans niet in dezelfde mate opleggen aan op hun grondgebied gevestigde dienstverrichters.

37. Wat het eerste punt betreft, moet worden opgemerkt, dat de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van dienstverrichting niet enkel verplichtingen opleggen aan de Lid-Staat van bestemming, maar ook aan de Lid-Staat van herkomst. Het Hof heeft geoordeeld, dat de

vrijheid van dienstverrichting door een onderneming kan worden ingeroepen tegenover de staat waar zij is gevestigd, wanneer de diensten worden verricht ten behoeve van in een andere Lid-Staat gevestigde personen. [24] Het litigieuze verbod valt dus niet buiten de werkingssfeer van artikel 59, op grond dat het is uitgevaardigd door de staat waar de dienstverrichter is gevestigd.

38. Wat het tweede punt betreft, moet vooraf worden opgemerkt dat het litigieuze verbod niet discriminerend is. Het is zonder onderscheid van toepassing op alle in Nederland gevestigde dienstverrichters. Het maakt geen onderscheid naargelang de potentiële cliënten van Alpine in Nederland of in andere Lid-Staten zijn gevestigd. Het discrimineert dus niet tussen de dienstontvangers.

39. Dat verschillende Lid-Staten verschillende beperkingen opleggen, levert geen discriminatie op, noch een met het Verdrag onverenigbare situatie. Het verbod van cold calling, dat is opgelegd door de Nederlandse wettelijke regeling, die gelijkelijk van toepassing is op een ieder die daaronder valt, kan niet in strijd met het Verdrag zijn op de enkele grond dat andere Lid-Staten minder strikte bepalingen zouden toepassen op dienstverrichters die op hun grondgebied zijn gevestigd. [25]

40. Het blijft evenwel de vraag, of het litigieuze verbod een beperking op de vrijheid van dienstverrichting is, als bedoeld in artikel 59. Alpine en de Commissie stellen, dat die vraag bevestigend moet worden beantwoord; de Britse en de Nederlandse regering zijn de tegengestelde mening toegedaan.

41. Alpine stelt, dat aangezien het litigieuze verbod van toepassing is op het benaderen van potentiële cliënten buiten Nederland, het haar vrijheid om diensten te verrichten beperkt. Op de tweede vraag zou dan ook moeten worden geantwoord, dat artikel 59 in de weg staat aan voorschriften van de Lid-Staat waar de dienstverrichter is gevestigd, die bepalen hoe diensten moeten worden verricht in andere Lid-Staten, voor zover die voorschriften de grensoverschrijdende dienstverrichting belemmeren.

42. De Britse regering betoogt, dat het litigieuze verbod de vrijheid van dienstverrichting niet beperkt, daar het algemeen toepasselijk en niet discriminerend is en niet tot doel of ten gevolge heeft, dat de nationale markt wordt bevoordeeld tegenover dienstverrichters uit andere Lid-Staten. De Nederlandse regering volgt dezelfde redenering.

43. De meeste arresten inzake dienstverrichting die het Hof tot dusver heeft gewezen,

24 — Arresten van 17 mei 1994 (zaak C-18/93, Corsica Ferries, Jurispr. 1994, blz. I-1783, r. o. 30); 14 juli 1994 (zaak C-379/92, Peralta, Jurispr. 1994, blz. I-3453, r. o. 40), en 5 oktober 1994 (zaak C-381/93, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1994, blz. I-5145, r. o. 14).

25 — Zie arrest Peralta, reeds aangehaald in voetnoot 24, r. o. 48. Zie ook arresten van 3 juli 1979 (gevoegde zaken 185/78-204/78, Van Dam, Jurispr. 1979, blz. 2345, r. o. 10) en 19 januari 1988 (zaak 223/86, Pesca Valentia, Jurispr. 1988, blz. 83, r. o. 18).

betreffen beperkingen die zijn opgelegd door de Lid-Staat van bestemming. Dienaangaande blijkt uit de rechtspraak van het Hof, dat artikel 59 niet enkel slaat op discriminerende beperkingen, dus beperkingen die de dienstverrichter discrimineren op grond van zijn nationaliteit of van het feit dat hij is gevestigd in een andere Lid-Staat dan die waar de dienst wordt verricht, maar dat artikel 59 ook ziet op niet-discriminerende beperkingen. Dat blijkt duidelijk uit het arrest Säger, waarin het Hof overwoog [26],

„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 Lid-Staten — die de werkzaamheden van de dienstverrichter die in een andere Lid-Staat is gevestigd en aldaar rechtmatig gelijksoortige diensten verricht, verbiedt of anderszins belemmert.

Met name mag een Lid-Staat de verrichting van diensten op zijn grondgebied niet afhankelijk stellen van de inachtneming van alle voorwaarden die voor vestiging gelden, omdat hij daarmee de verdragsbepalingen die het vrij verrichten van diensten moeten verzekeren, ieder nuttig effect zou ontnemen. Een dergelijke beperking is te minder toelaatbaar wanneer (...) de dienst, anders dan in de in artikel 60, laatste alinea, EEG-Verdrag bedoelde situatie, wordt verricht zonder dat de dienstverrichter zich hoeft te begeven naar het grondgebied van de Lid-Staat waarin de dienst wordt verricht."

44. In het arrest Schindler [27] bevestigde het Hof, dat artikel 59 ook geldt voor niet-discriminerende beperkingen.

45. Mijns inziens gelden voor beperkingen op de vrijheid van dienstverrichting die worden opgelegd door de Lid-Staat waar de dienstverrichter is gevestigd, vergelijkbare beginselen. Niet-discriminerende regelingen van die staat, dat wil zeggen regelingen die op alle op zijn grondgebied gevestigde dienstverrichters en zonder onderscheid op binnenlandse of intracommunautaire diensten van toepassing zijn, kunnen onder bepaalde omstandigheden beperkingen in de zin van artikel 59 opleveren.

46. Zoals Alpine opmerkt, spreekt artikel 59 over de opheffing van alle beperkingen op het vrij verrichten van diensten, zonder onderscheid te maken tussen discriminerende en niet-discriminerende beperkingen. Zoals

26 — Arrest Säger, reeds aangehaald in voetnoot 22, r. o. 12 en 13. Zie ook de arresten Collectieve Antennevoorziening Gouda en Commissie/Nederland, reeds aangehaald in voetnoot 22.

27 — Arrest van 24 maart 1994 (zaak C-275/92, Jurispr. 1994, blz. I-1039).

ik al zei, blijkt uit de rechtspraak van het Hof ook, dat artikel 59 zelfs door de Lid-Staat van bestemming opgelegde niet-discriminerende beperkingen verbiedt. Het zou onlogisch zijn om ten aanzien van door de Lid-Staat van herkomst opgelegde beperkingen een ander standpunt in te nemen. Voor zover mogelijk moeten dezelfde beginselen gelden voor alle beperkingen op de dienstverrichting, ongeacht of zij worden opgelegd door de Lid-Staat van herkomst, de Lid-Staat van de dienstontvanger, of zelfs een derde Lid-Staat die noch die is van de dienstverrichter noch van de dienstontvanger, indien de dienst aldaar wordt verricht.

47. Of een bepaling van de Lid-Staat van herkomst een beperking op het vrij verrichten van diensten oplevert, moet worden beoordeeld aan de hand van een functioneel criterium: vormt het voor de op zijn grondgebied gevestigde personen een wezenlijke belemmering voor het verrichten van intracommunautaire diensten? Mijns inziens strookt dat criterium met het begrip interne markt en is het geschikter dan het criterium discriminatie.

48. Vanuit het perspectief van de verwezenlijking van de interne markt is niet van belang, of de regeling van een Lid-Staat discriminerend is, maar of zij de totstandbrenging of werking van die markt bemoeilijkt. Het Hof heeft overwogen, dat het begrip gemeenschappelijke markt ziet op de afschaffing van alle belemmeringen van het intracommunautaire handelsverkeer „teneinde de nationale markten te verenigen tot één enkele markt die de omstandigheden van een binnenlandse markt zoveel mogelijk benadert". [28] Nationale bepalingen van de Lid-Staat van „invoer" of van „uitvoer", die de uitoefening van de vrijheid van dienstverrichting wezenlijk belemmeren, bemoeilijken de totstandbrenging en werking van de interne markt en vallen dan ook binnen de werkingssfeer van het Verdrag.

49. Deze opvatting vindt steun in het recente arrest van het Hof van 5 oktober 1994. [29] In dat arrest overwoog het Hof, dat de vrijheid van dienstverrichting zich verzet tegen de toepassing van een nationale regeling die ertoe leidt, dat het verrichten van diensten tussen Lid-Staten moeilijker wordt dan het verrichten van diensten binnen een enkele Lid-Staat. Het Hof stelde evenwel niet, dat nationale bepalingen de vrijheid van dienstverrichting slechts belemmeren wanneer zij het verrichten van binnenlandse diensten gemakkelijker maken dan het verrichten van intracommunautaire diensten. Het Hof overwoog integendeel in algemene bewoordingen, dat artikel 59 „in de weg staat aan de toepassing van een nationale regeling die de mogelijkheid voor een dienstverrichter om daadwerkelijk van die vrijheid gebruik te maken, zonder objectieve rechtvaardiging beperkt". [30] Het voegde daaraan toe, dat de vrijheid van dienstverrichting moet worden beschouwd in „de optiek van de interne markt en om de verwezenlijking van de doelstellingen daarvan mogelijk te maken". [31]

28 — Arrest van 5 mei 1982 (zaak 15/81, Schul, Jurispr. 1982, blz. 1409, r. o. 33).

29 — Arrest Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald in voetnoot 24.

30 — R. o. 16.

31 — R. o. 17.

50. De opvatting dat artikel 59 van toepassing is op niet-discriminerende beperkingen strookt met de doelstellingen van het Verdrag; zij gaat ook niet in tegen de gewettigde belangen van de Lid-Staten, daar het feit dat een nationale bepaling de vrijheid van dienstverrichting beperkt, niet betekent dat zij onverenigbaar is met het Verdrag. Dat is enkel het geval indien het niet voldoet aan bepaalde voorwaarden, die volgens de rechtspraak van het Hof strenger zijn voor discriminerende maatregelen dan voor niet-discriminerende.

51. In casu is het litigieuze verbod een beperking in de zin van artikel 59, daar het niet enkel geldt voor het verrichten van diensten op Nederlands grondgebied, maar ook voor het verrichten van intracommunautaire diensten. Een Lid-Staat mag het aanbieden van diensten op zijn grondgebied door in die staat gevestigde personen regelen. Zijn vrijheid om het aanbieden van die diensten in andere Lid-Staten te regelen, is echter niet onbeperkt. Bepalingen van een Lid-Staat die het aanbieden van diensten door in die staat gevestigde personen in andere Lid-Staten beperken, vallen binnen de werkingssfeer van artikel 59 en zijn niet verenigbaar met het gemeenschapsrecht, tenzij zij gerechtvaardigd zijn.

52. Er wordt evenwel gesuggereerd, dat de rechtspraak van het Hof betreffende het vrij verkeer van goederen analoog moet worden toegepast en dat volgens die rechtspraak in het geval van een „uitvoerende" Lid-Staat enkel discriminerende beperkingen onder het Verdrag zouden vallen.

53. Het Hof heeft met betrekking tot goederen het begrip uitvoerbeperkingen in artikel 34 van het Verdrag inderdaad restrictiever uitgelegd dan het begrip invoerbeperkingen in artikel 30. Terwijl ook niet-discriminerende regelingen onder artikel 30 kunnen vallen, is voor de toepassing van artikel 34 juridische of feitelijke discriminatie vereist. In het arrest Groenveld [32] overwoog het Hof, dat het in artikel 34 gaat

„om nationale maatregelen die een specifieke beperking van het uitgaand goederenverkeer tot doel of tot gevolg hebben en aldus tot een ongelijke behandeling van de binnenlandse handel en de uitvoerhandel van een Lid-Staat leiden, waardoor aan de nationale produktie of de binnenlandse markt van de betrokken Lid-Staat ten koste van de produktie of de handel van andere Lid-Staten een bijzonder voordeel wordt verzekerd."

54. Deze formulering is in latere arresten herhaald. [33] In het arrest Oebel [34] overwoog

32 — Arrest van 8 november 1979 (zaak 15/79, Jurispr. 1979, blz. 3409, r. o. 7).

33 — Zie arresten van 14 juli 1981 (zaak 155/80, Oebel, Jurispr. 1981, blz. 1993, r. o. 15); 10 maart 1983 (zaak 172/82, Inter-Huiles, Jurispr. 1983, blz. 555, r. o. 12), en 9 juni 1992 (zaak C-47/90, Delhaize, Jurispr. 1992, blz. I-3669, r. o. 12).

34 — Reeds aangehaald in de vorige voetnoot, r. o. 16.

het Hof, dat artikel 34 niet van toepassing is op

„een — in het kader van het sociaal-economisch beleid vastgestelde — regeling (...) voor welker toepasselijkheid objectieve criteria gelden die van toepassing zijn op alle tot een bepaalde sector behorende en op het nationale grondgebied gevestigde ondernemingen, terwijl er in geen enkel opzicht naar de nationaliteit der ondernemers wordt gedifferentieerd en er tussen de binnenlandse handel en de uitvoerhandel van de betrokken Lid-Staat niet wordt onderscheiden".

55. Het is evenwel twijfelachtig of de rechtspraak van het Hof met betrekking tot artikel 34 ook geldt voor bepalingen van de Lid-Staat van uitvoer betreffende het in de handel brengen van goederen. Een Lid-Staat mag op zijn grondgebied gevestigde handelaars verbieden om bij de verkoop van hun produkten in die staat een bepaalde verkoopmethode te hanteren. Daaruit volgt evenwel niet, dat hij hen mag verbieden die verkoopmethode te gebruiken om hun produkten in andere Lid-Staten te verkopen. Het is evident, dat de Lid-Staat van uitvoer een handelaar niet kan verplichten, in een andere Lid-Staat een vorm van reclame die in de staat van uitvoer verboden is, maar die in de andere Lid-Staat is toegestaan, niet te gebruiken om aldaar zijn produkten te verkopen, tenzij er een gegronde reden is voor het verbod.

56. Hoe de situatie met betrekking tot goederen ook moge zijn krachtens artikel 34, een beperking op het aanbieden van diensten in een andere Lid-Staat moet hoe dan ook als een beperking op het vrij verrichten van diensten worden beschouwd. Zoals ik al zei, is het litigieuze verbod in deze zaak een beperking die onder artikel 59 valt, omdat het niet enkel geldt voor cliënten in Nederland, maar ook voor cliënten in andere Lid-Staten.

57. Dit standpunt wordt niet tegengesproken door het recente arrest Peralta. [35] In die zaak kreeg het Hof te maken met Italiaanse bepalingen op grond waarvan het alle vaartuigen zonder onderscheid naar nationaliteit verboden was, binnen de Italiaanse territoriale wateren en binnenwateren voor het zeemilieu schadelijke stoffen te lozen. Onder Italiaanse vlag varende vaartuigen was het eveneens verboden die stoffen buiten de Italiaanse territoriale wateren te lozen. Peralta, die de Italiaanse nationaliteit had, was gezagvoerder van een onder Italiaanse vlag varend tankschip dat speciaal was uitgerust voor het vervoer van chemicaliën. Hij werd ervan beschuldigd opdracht te hebben gegeven, water dat was gebruikt voor het reinigen van tanks en dat natriumhydroxyde bevatte, in zee te lozen terwijl het vaartuig zich buiten de Italiaanse territoriale zee bevond. Het Hof verwierp het argument, dat het verschil in behandeling van vaartuigen die onder Italiaanse vlag varen en vaartuigen die onder de vlag van andere Lid-Staten varen, een door

35 — Reeds aangehaald in voetnoot 24.

het Verdrag verboden discriminatie oplevert. Daarna onderzocht het Hof het argument, dat de betrokken Italiaanse wettelijke regeling, ofschoon zij niet discriminerend kon worden geacht, het vrij verrichten van diensten inzake zeevervoer naar de andere Lid-Staten beperkte. Het Hof verwierp dat argument. Immers,

„een wettelijke regeling als de Italiaanse, die de lozing in zee van schadelijke chemicaliën verbiedt, is objectief gezien van toepassing op alle vaartuigen zonder onderscheid, ongeacht of zij vracht vervoeren binnen Italië of naar andere Lid-Staten. Zij maakt geen onderscheid tussen uitgevoerde produkten en produkten die in Italië in de handel zijn gebracht. Zij voorziet niet in enig specifiek voordeel voor de Italiaanse binnenlandse markt, de Italiaanse vervoersondernemingen of de Italiaanse produkten." [36]

58. Het arrest Peralta impliceert niet, dat de bepalingen van een Lid-Staat die zonder onderscheid gelden voor alle op zijn grondgebied gevestigde dienstverrichters en ongeacht of de diensten op zijn grondgebied of in andere Lid-Staten worden verricht, nooit als een beperking in de zin van artikel 59 kunnen worden beschouwd. De bepalingen die in de zaak Peralta aan de orde waren, verschillen zowel qua onderwerp als qua gevolgen van die in de onderhavige zaak. De bepalingen in de zaak Peralta regelden niet het verrichten of het aanbieden van diensten. In deze zaak daarentegen beperkt het litigieuze verbod het aanbieden van intracommunautaire diensten wel. In de zaak Peralta was de invloed van de bepalingen van de Lid-Staat van herkomst op de vrijheid van dienstverrichting bovendien zo onbeduidend, gering en indirect, dat zij nauwelijks een beperking in de zin van artikel 59 vormden. Dat is niet het geval in deze zaak, waar het litigieuze verbod de mogelijkheden van Alpine om zaken te doen in andere Lid-Staten rechtstreeks beperkt.

59. De Britse en de Nederlandse regering verwijzen eveneens naar het arrest Keck en Mithouard, wat de werkingssfeer van artikel 30 van het Verdrag aangaat, en betogen, dat in deze zaak met betrekking tot de werkingssfeer van artikel 59 een zelfde standpunt moet worden ingenomen. In het arrest Keck en Mithouard [37] overwoog het Hof, dat bepalingen van de invoerende staat die bepaalde verkoopmodaliteiten aan banden leggen of verbieden, niet binnen de werkingssfeer van artikel 30 vallen, mits zij van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooien, en mits zij zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale produkten en op die van produkten uit andere Lid-Staten. Gesteld wordt, dat evenzo artikel 59 niet van toepassing is op niet-discriminerende maatregelen die de wijze waarop diensten worden verricht beïnvloeden, zoals het onderhavige verbod van cold calling.

36 — R. o. 51.

37 — Aangehaald in voetnoot 23.

60. Ofschoon ik aanvaard dat bij de uitlegging van de artikelen 30 en 59 over het algemeen dezelfde beginselen moeten worden toegepast, acht ik in deze zaak de verwijzing naar het arrest Keck en Mithouard niet nuttig. In de eerste plaats is het zelfs moeilijk te bepalen, welke gevolgen het arrest Keck en Mithouard voor artikel 30 heeft. [38] Maar ook al zou hier worden aanvaard, dat een zekere analogie met de zaak Keck en Mithouard misschien juist is, er is een wezenlijk verschil tussen de zaak Keck en Mithouard en deze zaak. In de zaak Keck en Mithouard had het Hof te maken met bepalingen van de staat van invoer betreffende modaliteiten voor de verkoop van goederen op het grondgebied van die staat. In deze zaak eist de staat van uitvoer dat zijn eigen bepalingen inzake het aanbieden van de diensten niet enkel bij het verrichten van diensten op zijn grondgebied maar ook bij het verrichten van de diensten op het grondgebied van andere Lid-Staten worden nageleefd.

61. Er is nog een reden waarom het door het Hof in het arrest Keck en Mithouard geformuleerde beginsel hier niet moet worden toegepast. Indien zou worden aanvaard, dat dat beginsel geldt voor zowel door de Lid-Staat van uitvoer als door de Lid-Staat van invoer voorgeschreven bepalingen inzake verkoopmodaliteiten, dan zouden beide groepen bepalingen buiten de werkingssfeer van artikel 59 vallen, indien zij niet-discriminerend zijn. Degene die diensten exporteert zou dan beide groepen van bepalingen moeten naleven, ook al zijn zij niet objectief gerechtvaardigd. Dat zou de vrijheid van dienstverrichting waardeloos maken. Die bepalingen zouden bovendien zelfs tegenstrijdige eisen kunnen stellen.

62. Ik concludeer dan ook, dat het litigieuze verbod van cold calling een beperking is van de vrijheid van dienstverrichting als bedoeld in artikel 59.

De derde vraag

63. Alvorens de derde vraag te onderzoeken, moet ik eerst een ander onderwerp behandelen. Aangaande door de Lid-Staat van bestemming opgelegde beperkingen op de vrijheid van dienstverrichting maakt de rechtspraak van het Hof onderscheid tussen discriminerende en niet-discriminerende beperkingen.

64. Discriminerende beperkingen zijn slechts verenigbaar met het Verdrag indien zij binnen de werkingssfeer van een uitdrukkelijke afwijkende bepaling, zoals artikel 56, vallen. [39] Niet-discriminerende beperkingen kunnen verenigbaar zijn met het Verdrag, zelfs indien terzake niet een uitdrukkelijke afwijkende bepaling geldt. Het Hof aanvaardt, dat de vrijheid van dienstverrichting

38 — Zie mijn conclusie bij arrest van 9 februari 1995 (zaak C-412/93, Leclerc-Siplec, Jurispr. 1995, blz. I-179).

39 — Zie arrest Collectieve Antennevoorziening Gouda, reeds aangehaald in voetnoot 22, r. o. 10 en 11.

mag worden beperkt door niet-discriminerende bepalingen van de Lid-Staat waar de dienst wordt verricht, indien aan de volgende voorwaarden is voldaan: deze bepalingen zijn gerechtvaardigd uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang; dit algemeen belang kan door minder beperkende maatregelen niet adequaat worden gewaarborgd, en wordt ook niet adequaat gewaarborgd door de wettelijke regeling van de Lid-Staat waar de dienstverrichter is gevestigd. [40]

65. Of het litigieuze verbod wordt gerechtvaardigd uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang en of dat belang door minder beperkende bepalingen adequaat kan worden gewaarborgd, is het voorwerp van de derde vraag. In deze fase moet worden onderzocht, of kan worden gesteld, dat het betrokken belang adequaat kan worden gewaarborgd door de wettelijke regeling van de Lid-Staat waar de potentiële cliënt is gevestigd.

66. Alpine stelt, dat de minister haar niet mag verbieden potentiële cliënten in andere Lid-Staten via cold calling te benaderen. Wanneer zij contact opneemt met potentiële cliënten in andere Lid-Staten, moet zij de wettelijke regeling naleven van de staat waar de potentiële cliënt is gevestigd, en niet de Nederlandse regeling.

67. Dit argument kan mij niet overtuigen. Het is evident, dat de Lid-Staat waaruit wordt getelefoneerd, beter in staat is om cold calling te reglementeren dan de Lid-Staat van bestemming. Ook al verbiedt de Lid-Staat waarnaar wordt getelefoneerd cold calling, dan nog kan hij telefoongesprekken vanuit een andere Lid-Staat niet beletten zonder medewerking van de regelgevende instanties van die staat. Diensten die via telecommunicatiemiddelen worden verricht, kunnen gemakkelijker worden gecontroleerd in de Lid-Staat van uitvoer, waar toezicht op de dienstverrichter wordt uitgeoefend, dan in de Lid-Staat van invoer. In een geval als het onderhavige kan men dan ook niet stellen, dat beperkingen die worden opgelegd door de Lid-Staat waar de dienstverrichter is gevestigd, enkel verenigbaar zijn met het Verdrag indien het algemeen belang dat zij nastreven, niet adequaat kan worden gewaarborgd door de regeling van de Lid-Staat van bestemming. Zoals uit het antwoord op de derde vraag nog zal blijken, kan de eerstgenoemde Lid-Staat bovendien een gerechtvaardigd belang hebben bij een verbod van het verrichten van diensten in een andere Lid-Staat, los van enig belang van die laatste.

68. Ik kom nu tot de derde vraag, die uit twee delen bestaat. In het eerste deel wordt gevraagd, of de bescherming van de consument en de bescherming van de reputatie van de Nederlandse effectenmarkt, die aan het litigieuze verbod ten grondslag liggen, kunnen worden aangemerkt als dwingende redenen van algemeen belang die een belemmering op het vrij verrichten van diensten kunnen rechtvaardigen. In het tweede deel wordt gevraagd, of het litigieuze verbod van

40 — Zie arrest Säger, reeds aangehaald in voetnoot 22, r. o. 15, en de aldaar aangehaalde zaken.

cold calling als objectief noodzakelijk ter bescherming van de beleggers en van de integriteit van de financiële markten is aan te merken en of het evenredig is aan het nagestreefd doel. Ik zal de twee delen van de derde vraag een voor een onderzoeken.

69. Mijns inziens lijdt het geen twijfel, dat de bescherming van de consument en van de reputatie van de Nederlandse effectenmarkt het stellen van beperkingen op het vrij verrichten van diensten kan rechtvaardigen.

70. Het Hof heeft erkend, dat bescherming van de consument een dwingende reden van algemeen belang is. [41] Dat blijkt ook uit artikel 100 A, lid 3, van het Verdrag, volgens hetwelk de Commissie bij voorstellen voor maatregelen die de instelling en de werking van de interne markt betreffen op het gebied van de consumentenbescherming, moet uitgaan van een hoog beschermingsniveau.

71. Bijzondere overwegingen gelden voor de bescherming van personen die beleggen op de effecten- en goederenmarkt. Algemeen wordt erkend, dat de risicofactor bij beleggingen op die markten groot is, en dat die beleggingen vatbaar zijn voor misbruik. Door de aard van de belegging heeft de belegger weinig of geen invloed op de waarde ervan. Anders dan bij goederen is de reële waarde van de belegging niet afhankelijk van haar fysieke eigenschappen. Zij hangt veeleer af van een aantal externe factoren die de doorsneebelegger kan bepalen noch beïnvloeden. Dit geldt met name voor beleggingen op de goederenmarkten, die zeer speculatief zijn en voor de onervaren belegger bijzonder riskant worden geacht.

72. Wie belegt op de effecten- of goederenmarkt, is meer aangewezen op het advies van een tussenpersoon dan iemand die bij voorbeeld investeert in onroerend goed, en dat zowel voor de keuze van de belegging die aan zijn behoeften beantwoordt, als voor het geschikte tijdstip om te beleggen. Daarom hebben alle landen met een ontwikkelde financiële markt die markt willen regelen door niet alleen regels te stellen voor de emittenten van investeringen, maar ook voor tussenpersonen.

73. Zoals de Commissie opmerkt, hangt de noodzaak de integriteit van de effectenmarkt te waarborgen, nauw samen met de

41 — Zie de verzekeringszaken (arresten van 4 december 1986, zaak 205/84, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1986, blz. 3755, r. o. 30-33, en zaak 220/83, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1986, blz. 3663, r. o. 20) en de zaken betreffende de Mediawet (arresten van 25 juli 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda, reeds aangehaald in voetnoot 22, r. o. 14, en Commissie/Nederland, reeds aangehaald in voetnoot 22, r. o. 18).

noodzaak de beleggers te beschermen. Aangenomen mag worden, dat indien de wet de beleggers niet afdoende beschermt, zij hun vertrouwen in de financiële markten zullen verliezen en als gevolg daarvan alternatieve beleggingsvormen zullen zoeken. Het verband tussen de bescherming van de beleggers en de integriteit van de financiële markten blijkt goed uit de voorstukken van de WEH en het communautaire harmonisatieprogramma inzake financiële diensten.

74. Uit de voorstukken van de WEH blijkt, dat vóór de vaststelling van de WEH de markt van financiële diensten in Nederland minder gereglementeerd was dan in andere Lid-Staten, en dat een aantal buitenlandse ondernemingen zich in Nederland hadden gevestigd om van de soepele regeling aldaar te profiteren en frauduleuze activiteiten te ontplooien. Daarom mag de minister krachtens artikel 8 WEH aan de verlening van een ontheffing aan een tussenpersoon voorwaarden verbinden teneinde ongewenste ontwikkelingen bij de handel in effecten te voorkomen.

75. Bovendien zijn de noodzaak om de beleggers te beschermen en de noodzaak om de integriteit van de financiële markten te waarborgen verwante doelstellingen, zoals blijkt uit het communautaire harmonisatieprogramma in de sector van de financiële diensten.

76. Dat harmonisatieprogramma beoogt de normen voor de bescherming van beleggers in de hele Gemeenschap gelijkwaardig te maken, en daardoor de onderlinge vervlechting van de nationale effectenmarkten en uiteindelijk de totstandbrenging van een Europese kapitaalmarkt te vergemakkelijken. [42] Hoewel de harmonisatierichtlijnen minimumregels bevatten, beogen zij de belegger een hoog beschermingsniveau te waarborgen. Zij erkennen, dat het verzekeren van het vertrouwen van de beleggers in de effectenmarkt het goed functioneren van die markt bevordert. [43] Door een reglementair kader te scheppen, moedigen zij investeringen aan en stellen zij de effectenmarkten in staat hun economische rol te spelen, te weten de doelmatige allocatie van middelen. [44]

77. Alpine stelt, dat anders dan de bescherming van Nederlandse beleggers, de bescherming van beleggers uit andere Lid-Staten geen dwingende reden van algemeen belang is die het opleggen van beperkingen op het vrij verrichten van diensten door de Nederlandse instanties kan rechtvaardigen. Dit argument houdt geen steek, daar oneerlijke praktijken of misbruiken van in Nederland gevestigde makelaars tegenover buitenlandse beleggers zeer wel de integriteit van de Nederlandse financiële markten kunnen aantasten.

42 — Zie bij voorbeeld richtlijn 79/279/EEG van de Raad van 5 maart 1979 tot coördinatie van de voorwaarden voor de toelating van effecten tot de officiële notering aan een effectenbeurs (PB 1979, L 66, blz. 21), eerste overweging van de considerans.

43 — Zie bij voorbeeld richtlijn 89/592/EEG van de Raad van 13 november 1989 tot coördinatie van de voorschriften inzake transacties van ingewijden (PB 1989, L 334, blz. 30), eerste tot en met vierde overweging van de considerans.

44 — Zie aanbeveling 77/534/EEG van de Commissie van 25 juli 1977 betreffende een Europese gedragscode voor effectentransacties (PB 1977, L 212, blz. 37), toelichting.

78. Ik concludeer dan ook, dat de bescherming van de consument en van de integriteit van de Nederlandse effectenmarkt het opleggen van beperkingen op het vrij verrichten van financiële diensten kan rechtvaardigen.

79. Ik kom thans tot het tweede deel van de derde vraag, waarin, zoals ik al zei, de verwijzende rechter vraagt, of het litigieuze verbod van cold calling als objectief noodzakelijk voor de bescherming van de beleggers en van de integriteit van de Nederlandse financiële markt kan worden aangemerkt en evenredig is aan die doelstellingen.

80. Volgens de rechtspraak moeten de aan dienstverrichters gestelde eisen dienstig zijn ter bereiking van het gestelde doel en mogen zij niet verder gaan dan met het oog daarop noodzakelijk is. Met andere woorden, hetzelfde resultaat mag niet met minder beperkende voorschriften kunnen worden bereikt. [45]

81. Alpine stelt, dat het litigieuze verbod onevenredig is, daar hetzelfde resultaat met minder beperkende maatregelen kan worden bereikt. Zij verwijst naar minder vergaande verboden in het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten.

82. In het Verenigd Koninkrijk zijn financiële diensten met name onderworpen aan de regeling neergelegd in de Financial Services Act 1986. Krachtens die Act mag niemand een beleggingsonderneming exploiteren tenzij hij een vergunning heeft of daarvan is vrijgesteld. Men kan een vergunning krijgen door lid te worden van een erkende „self-regulating organization". Eén van die organisaties is de Securities and Futures Authority (SFA). Alpine verwijst naar de Conduct of Business Rules van de SFA, volgens welke een onderneming procedures ter controle van de naleving van deze bepalingen moet opzetten en handhaven, om te verzekeren dat al haar personeelsleden en vertegenwoordigers zich houden aan de regeling betreffende telefoongesprekken waarom privé-beleggers niet hebben gevraagd. Deze procedures moeten onder meer inhouden dat alle telefoongesprekken waarom de beleggers niet hebben gevraagd op de band worden opgenomen, en notities over die gesprekken worden opgesteld op het tijdstip dat zij worden gevoerd. Alpine concludeert daaruit, dat de beleggers kunnen worden beschermd door de telefoongesprekken op band op te nemen. Zij verwijst naar gelijksoortige bepalingen van de National Futures Association in de Verenigde Staten.

83. Alpine stelt ook, dat aangezien het verbod van cold calling voor alle ondernemingen geldt, bij het opleggen van het verbod geen rekening wordt gehouden met het

45 — Arrest Collectieve Antennevoorziening Gouda, reeds aangehaald in voetnoot 22, r. o. 15; arresten van 26 februari 1991, zaak C-154/89, Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald in voetnoot 21, r. o. 15, en zaak C-198/89, Commissie/Griekenland, reeds aangehaald in voetnoot 17, r. o. 19.

gedrag van elke onderneming afzonderlijk. Het verbod is dus zonder onderscheid van toepassing en betekent voor de ondernemingen die rechtmatige activiteiten uitoefenen, een onnodige last.

84. Deze argumenten kunnen mij niet overtuigen. De redenen waarom de minister het litigieuze verbod heeft ingesteld, zijn in de verwijzingsbeschikking uiteengezet. In 1991 ontving de minister vele klachten van personen die ten gevolge van cold calling transacties hadden verricht die zij later betreurden. Bijgevolg oordeelde de minister dat cold calling onwenselijk was en nam hij de beleidsbeslissing het te verbieden. Overeenkomstig dat beleid ging elke vrijstelling die na oktober 1991 krachtens artikel 8 WEH werd verleend, gepaard met een gelijksoortig verbod als aan Alpine was opgelegd.

85. Gelet op de redenen die eraan ten grondslag liggen, is het besluit om cold calling te verbieden, mijns inziens niet onevenredig. Hoewel het verbod zonder onderscheid geldt voor alle ondernemingen, ongeacht hun individuele gedrag, is het doel ervan het vertrouwen van de beleggers in de effectenmarkt te herstellen en te handhaven, hetgeen uiteindelijk ten goede komt aan allen die op die markt diensten verrichten. Indien de minister enkel bepaalde ondernemingen een verbod zou opleggen, afhankelijk van hun gedrag in het verleden, zou dat bovendien moeilijker en duurder zijn toe te passen, ongelijkheden kunnen creëren en ondoeltreffend kunnen blijken.

86. Het is evenmin juist, dat het verbod van cold calling onevenredige gevolgen heeft. Alpine wordt geenszins belet, haar diensten aan te bieden. Het is haar enkel verboden potentiële cliënten telefonisch of in persoon te benaderen zonder hun uitdrukkelijke, voorafgaande en schriftelijke toestemming. Dat is geen overdreven beperkende verplichting. In de eerste plaats geldt zij enkel voor nieuwe cliënten van Alpine, daar degenen die reeds cliënt zijn, uiteraard de mogelijkheid hebben om schriftelijk in te stemmen met toekomstige contacten. Als ik het goed begrijp, moet Alpine potentiële cliënten in de tweede plaats slechts per post vragen schriftelijk te antwoorden, of zij willen dat in de toekomst contact met hen wordt opgenomen. Dat lijkt mij een verkooptechniek die voor de dienstverrichter niet duur is en voor de potentiële cliënt eenvoudig en niet opdringerig.

87. Voor de potentiële cliënt biedt het verbod van cold calling twee extra waarborgen. Daar de dienstverrichter potentiële cliënten schriftelijk moet benaderen, zal hij wellicht meer gedetailleerd en duidelijker uiteenzetten welke diensten hij aanbiedt. De potentiële cliënt heeft ook meer tijd om over de verstrekte informatie na te denken en hoeft niet snel te beslissen op een ogenblik dat hij daar niet op voorbereid is, zoals het geval zou zijn als hij aan de telefoon zou moeten antwoorden. Ik zie niet in, hoe iemand die ernstig overweegt te beleggen op de goederenmarkt en die gebruik wil maken van de diensten van Alpine, geschaad wordt doordat

Alpine hem niet zonder zijn voorafgaande toestemming in persoon of telefonisch mag benaderen.

88. Het argument van Alpine, dat de Conduct of Business Rules van de SFA in het Verenigd Koninkrijk een minder vergaand verbod bevatten, overtuigt mij evenmin. Dat *in een andere Lid-Staat minder strikte* bepalingen gelden, betekent nog niet dat de Nederlandse bepalingen het evenredigheidsbeginsel schenden. Dat blijkt duidelijk uit het feit, dat harmonisatierichtlijnen inzake consumentenbescherming de Lid-Staten gewoonlijk toestaan strengere of aanvullende eisen te stellen. A fortiori kan, indien geen harmonisatiemaatregelen zijn vastgesteld, de regeling van een Lid-Staat niet in strijd met het evenredigheidsbeginsel worden geacht op de enkele grond dat in een andere Lid-Staat een minder strenge regeling geldt. Dit wordt bevestigd door het arrest Oosthoek's Uitgeversmaatschappij. [46] In die zaak verbood de Nederlandse wettelijke regeling het geven van geschenken om de verkoop te bevorderen, tenzij de consumptie of het gebruik van het geschenk in verband stond met het produkt bij de aankoop waarvan het geschenk werd gegeven. Het Hof oordeelde, dat ofschoon het criterium van consumptieverwantschap niet voorkomt in de wettelijke regeling van andere Lid-Staten, het niet verder ging dan noodzakelijk was voor het bereiken van de betrokken doelstellingen.

89. Zoals ik al zei, worden de nationale regelingen inzake het op de markt brengen van beleggingen door de richtlijn betreffende het verrichten van diensten op het gebied van beleggingen niet geharmoniseerd. De considerans van de richtlijn vermeldt uitdrukkelijk dat „de effectencolportage en- leurhandel niet onder deze richtlijn dienen te vallen en de regulering daarvan onder de nationale wetgeving moet ressorteren". [47]

90. Het is dan ook duidelijk, dat bij gebreke van harmonisatiebepalingen elke Lid-Staat een zekere marge heeft om het niveau van de bescherming van beleggers op zijn grondgebied vast te stellen. Ware dit niet zo, dan zouden de Lid-Staten bij gebreke van harmonisatie hun wettelijke regeling moeten afstemmen op die van de Lid-Staat die de minst strenge eisen stelt. Dat zou het vertrouwen van de beleggers wellicht eerder ondermijnen dan bevorderen.

91. Of nationaalrechtelijke beperkingen op het gebruik van een verkoopmethode de evenredigheidstoets doorstaan, moet onder meer worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden op de nationale markt en de redenen die aan die beperkingen ten

46 — Arrest van 15 december 1982 (zaak 286/81, Jurispr. 1982, blz. 4575). Zie ook het arrest van 25 juli 1991 (gevoegde zaken C-1/90 en C-176/90, Aragonesa de Publicidad Exterior en Publivía, Jurispr. 1991, blz. I-4151, r. o. 16 en 17).

47 — Achtste overweging van de considerans.

grondslag liggen. Mijns inziens schendt het litigieuze verbod het evenredigheidsbeginsel niet. Het is uitgevaardigd in reactie op misbruiken ten gevolge waarvan beleggers geld hadden verloren; gelet op het doel, beleggers te beschermen op markten waar zij bijzonder kwetsbaar zijn, was dit een redelijke reactie en het belet ondernemingen als Alpine niet hun diensten aan te bieden, maar enkel om een bepaalde verkooptechniek te hanteren.

Conclusie

92. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, de vragen van de nationale rechter te beantwoorden als volgt:

1) Artikel 59 moet aldus worden uitgelegd, dat het van toepassing is wanneer een in een Lid-Staat gevestigd persoon per telefoon potentiële cliënten in andere Lid-Staten aanbiedt om voor hen diensten te verrichten.

2) De wettelijke regeling van een Lid-Staat die op zijn grondgebied gevestigde personen verbiedt potentiële cliënten in andere Lid-Staten op te bellen om, zonder dat zij daarom hebben gevraagd, hun diensten aan te bieden is een beperking op het vrij verrichten van diensten.

3) a) De bescherming van de beleggers en van de integriteit van de financiële markten kan een belang zijn dat het opleggen van beperkingen op het vrij verrichten van diensten rechtvaardigt.

3) b) Artikel 59 staat niet in de weg aan een wettelijke regeling die, teneinde misbruiken te verhinderen die beleggers kunnen schaden, verbiedt om potentiële cliënten in andere Lid-Staten zonder dat zij daarom hebben gevraagd, op te bellen om aan hen diensten betreffende beleggingen in effecten en goederen aan te bieden.