CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL D. RUIZ-JARABO COLOMER

van 12 december 2000 [1]

1. De Hoge Raad der Nederlanden heeft het Hof krachtens artikel 234 EG verzocht om uitlegging van richtlijn 83/189/EEG van de Raad van 28 maart 1983 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften. [2] Het verzoek betreft vooral artikel 1 van de richtlijn, waarin de begrippen „technische specificatie" en „technisch voorschrift" worden gedefinieerd.

I — De nationale wetgeving inzake radio-elektrische inrichtingen

2. Op grond van artikel 17, lid 1, van de Wet op de Telecommunicatievoorzieningen is het anders dan krachtens concessie verboden radio-elektrische inrichtingen aan te leggen, aanwezig te hebben of te gebruiken, tenzij met machtiging van de minister. In het machtigingsstelsel wordt onderscheid gemaakt tussen machtigingen voor aanleg en gebruik, die slechts worden afgegeven voor typetoegelaten zendinrichtingen, en machtigingen voor de aanwezigheid van zendinrichtingen.

Ondernemers die gespecialiseerd zijn in de handel in radio-elektrische inrichtingen kunnen een machtiging krijgen voor de vervaardiging, de handel, de reparatie en de installatie van zendinrichtingen. De machtiging geldt voor verschillende categorieën zendinrichtingen die verdeeld zijn in drie klassen. Klasse I en II hebben betrekking op typetoegelaten zendinrichtingen. De machtiging voor klasse III, waartoe de niet-typetoegelaten zendinrichtingen behoren, wordt uitsluitend verleend voor het aanwezig hebben, niet voor het gebruik. Het gebruik van niet-typetoegelaten zendinrichtingen is niet toegestaan in Nederland en de handel daarin is aan strenge regels gebonden, teneinde verstoring van de etherorde te beperken. De ondernemers die op dit gebied werkzaam zijn, moeten een register bijhouden van de door hen vervaardigde, ontvangen en afgeleverde zendinrichtingen. Op grond van artikel D.1.4 van het Besluit radio-elektrische inrichtingen mogen deze ondernemers klasse III-zendinrichtingen niet op een voor het publiek toegankelijke plaats aanwezig hebben.

Met zendinrichting moet worden gelijkgesteld een radiofrequente vermogensverster-

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.
2 — PB L 109, blz. 8.

ker die geschikt is voor gebruik tezamen met een zendinrichting. Voor niet-typetoegelaten zendinrichtingen worden geen gebruiksmachtigingen afgegeven.

Ingevolge artikel C.11.1 van dit Besluit is het verboden handelsreclame te maken voor zendinrichtingen die niet van een toegelaten type zijn. De Nederlandse regering verklaart in haar opmerkingen, dat dit verbod, waarmee wordt beoogd te voorkomen dat dit soort zendinrichtingen een ruime verspreiding krijgt en onoordeelkundig wordt gebruikt, gericht is op de voor het algemene publiek bestemde reclame, daar reclame die wordt gemaakt in voor de gespecialiseerde handel bestemde catalogi, wel geoorloofd is.

Overtreding van dit artikel is een strafbaar feit.

II — De feiten van het hoofdgeding

3. In januari 1994 liet G. van der Burg in een maandblad voor radioamateurs advertenties plaatsen voor radiofrequente vermogensversterkers met een vermogen van 1 000 en/of 1 500 watt. Die vermogensversterkers zijn elektronisch actieve componenten waarmee het vermogen van een uitgezonden signaal kan worden versterkt. Het ging om niet-typetoegelaten zendinrichtingen.

Van der Burg werd strafrechtelijk vervolgd omdat het volgens het Besluit radio-elektrische inrichtingen verboden is reclame te maken voor dat soort vermogensversterkers. De kantonrechter te Brielle wees in mei 1995 vonnis bij verstek. In hoger beroep vernietigde de rechtbank te Rotterdam het vonnis en veroordeelde hij verdachte tot een geldboete van 600 NLG, subsidiair twaalf dagen hechtenis. Tegen deze uitspraak stelde Van der Burg beroep in cassatie in. Hij stelt, dat het op hem toegepaste nationale voorschrift in strijd is met het gemeenschapsrecht omdat het een technisch voorschrift is in de zin van richtlijn 83/189, dat niet bij de Commissie is aangemeld.

III — De prejudiciële vragen

4. Voor een beslissing in dit geding heeft de Hoge Raad het Hof de volgende prejudiciele vragen gesteld:

„1) Moet artikel 1 van richtlijn 83/189 aldus worden uitgelegd, dat art. C.11.1, eerste lid, van het Besluit radio-elektrische inrichtingen, luidende: ‚Het is verboden handelsreclame te maken of te doen maken voor zendinrichtingen die niet van een toegelaten type zijn', [...], aangemerkt [dient te] worden als een technisch voorschrift in de zin van voormelde richtlijn?

2) Indien het antwoord op vraag 1 bevestigend luidt, leidt dit er dan toe dat een dergelijk voorschrift alleen dan niet toepasselijk is indien het in het concrete geval een belemmering oplevert voor het handelsverkeer of voor het vrije verkeer van goederen, of dient te worden geoordeeld dat een dergelijke bepaling reeds buiten toepassing moet blijven als het voorschrift in zijn algemeenheid, dus onafhankelijk van het concrete geval, handelsbelemmerend werkt dan wel kan werken?"

5. De Hoge Raad verzoekt het Hof, bij de beantwoording van de eerste vraag rekening te houden met het wettelijk kader waarvan het voorschrift deel uitmaakt, en met de relatie tussen de eisen waaraan zendinrichtingen moeten voldoen, en het verbod om reclame te maken.

In punt 6.11.1 van het verwijzingsarrest zet de Hoge Raad uiteen, dat het weliswaar lijkt, dat de bestreden bepaling niet kan worden aangemerkt als een technisch voorschrift in de zin van richtlijn 83/189, maar dat moet worden opgemerkt dat er een rechtstreekse relatie is tussen de eisen waaraan zendinrichtingen moeten voldoen, en het verbod om handelsreclame te maken, en dat de reikwijdte van dit verbod volledig wordt bepaald door de eisen welke worden gesteld om als toegelaten type te kunnen worden aangemerkt. Als een zendinrichting niet aan de voorgeschreven technische eisen voldoet, geldt zij dus als een niet-toegelaten type, hetgeen betekent, dat volgens artikel C.11.1, lid 1, van het Besluit radio-elektrische inrichtingen daarvoor geen handelsreclame mag worden gemaakt.

IV — De gemeenschapswetgeving

6. Artikel 1 van richtlijn 83/189 [3] geeft een definitie van „technische specificatie", „norm", „normalisatieprogramma", „ontwerp-norm", „technisch voorschrift", „ontwerp voor een technisch voorschrift" en „product". Uit de strekking van de prejudiciële vragen leid ik af, dat de gevraagde uitlegging enkel betrekking heeft op de leden 1 en 5 van dit artikel, waarin respectievelijk de betekenis van „technische specificatie" en „technisch voorschrift" wordt verduidelijkt:

Onder „technische specificatie" wordt verstaan, de „specificatie die voorkomt in een document ter omschrijving van de vereiste kenmerken van een product, zoals kwaliteitsniveaus, prestatie, veiligheid of afmetingen, met inbegrip van de voorschriften inzake terminologie, symbolen, proefnemingen en proefnemingsmethoden, verpakking, het merken of etiketteren, zoals die op het product van toepassing zijn".

3 — Zoals de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen terecht opmerkt, is op de feiten van het hoofdgeding de richtlijn in de versie van 1983 van toepassing. Het Besluit radio-elektrische inrichtingen werd op 5 december 1988 vastgesteld en had op dat tijdstip aan de Commissie moeten worden medegedeeld, indien het een technisch voorschrift is. Richtlijn 88/182/EEG van de Raad van 22 maart 1988 tot wijziging van richtlijn 83/189 (PB L 81, blz. 75), gunde de lidstaten een uitvoeringstermijn die op 1 januari 1989 verstreek.

Onder „technisch voorschrift" wordt verstaan, „de technische specificaties, met inbegrip van de hierop toepasselijke bestuursrechtelijke bepalingen die *de jure* of *de facto* moeten worden nageleefd voor het verhandelen of het gebruik in een lidstaat of in een groot deel van deze staat, met uitzondering van die welke door de plaatselijke overheid zijn vastgesteld".

7. Volgens artikel 8 van richtlijn 83/189 delen de lidstaten de Commissie onmiddellijk ieder ontwerp voor een technisch voorschrift mede, tenzij het een volledige omzetting van een internationale of Europese norm betreft, in welk geval met een eenvoudige vermelding kan worden volstaan.

V — De procedure voor het Hof

8. Binnen de in artikel 20 van 's Hofs Statuut-EG gestelde termijn zijn in deze zaak schriftelijke opmerkingen ingediend door de Franse, de Belgische en de Nederlandse regering, alsmede door de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie. Daar geen van de belanghebbenden heeft verzocht om in zijn mondelinge opmerkingen te worden gehoord, heeft het Hof overeenkomstig artikel 104, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering besloten geen mondelinge behandeling te organiseren.

VI — Onderzoek van de prejudiciële vragen

A — *De eerste vraag*

9. Uit de formulering van de eerste vraag maak ik op, dat de nationale rechterlijke instantie in wezen wenst te vernemen, of het bepaalde in artikel C.11.1, lid 1, van het Besluit radio-elektrische inrichtingen, volgens hetwelk het verboden is handelsreclame te maken of te doen maken voor zendinrichtingen die niet van een toegelaten type zijn, een technisch voorschrift is in de zin van richtlijn 83/189.

10. Ik deel de opvatting van degenen die in deze prejudiciële procedure opmerkingen hebben ingediend, dat deze vraag ontkennend dient te worden beantwoord.

11. Zoals het Hof heeft beklemtoond, beoogt richtlijn 83/189 door middel van een preventieve controle het vrije verkeer van goederen te beschermen, dat een van de grondslagen van de Gemeenschap vormt. Het nut van deze controle bestaat hierin, dat onder de richtlijn vallende technische voorschriften een belemmering kunnen vormen voor het vrije verkeer van goederen tussen lidstaten, en deze belemmeringen

enkel kunnen worden toegestaan, indien zij noodzakelijk zijn om te voldoen aan dwingende eisen verband houdend met een doelstelling van algemeen belang. [4]

12. Zoals de Commissie terecht opmerkt, kan het bestreden nationale voorschrift niet als een technische specificatie noch als een technisch voorschrift in de zin van richtlijn 83/189 worden beschouwd, omdat het reclameverbod geen specificatie is die de kenmerken van de zendinrichting omschrijft, maar een gedragsregel indien een zendinrichting niet is toegelaten, en omdat het voorschrift niet behoeft te worden nageleefd voor de verhandeling noch voor het gebruik van zendinrichtingen in Nederland.

13. Er zijn echter andere argumenten die voor dezelfde uitlegging pleiten. In de eerste plaats is reclame een dienst en niet een product, waardoor deze buiten de werkingssfeer valt van artikel 30 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 28 EG) en van richtlijn 83/189, die beoogt de belemmeringen voor het vrije verkeer van goederen te voorkomen. Volgens de rechtspraak van het Hof zijn technische voorschriften in de zin van richtlijn 83/189 specificaties ter omschrijving van de kenmerken van producten. [5] Daar deze bepaling geen vereist kenmerk van een product vastlegt, valt zij a priori niet onder de definitie van een technische specificatie en kan zij derhalve niet als een technisch voorschrift worden beschouwd, dat overeenkomstig artikel 8, lid 1, eerste alinea, van de richtlijn aan de Commissie moet worden medegedeeld. [6] Derhalve geldt de in richtlijn 83/189 voorziene mededelingsplicht niet voor een nationale regeling waarin niet de vereiste kenmerken van een product worden geregeld. [7]

14. In de tweede plaats verwijst de in artikel 1, lid 1, van richtlijn 83/189 gegeven omschrijving van „technische specificatie" naar de kenmerken van een product, maar noemt zij niet de reclame noch de methoden van verkoopbevordering. Hoe dit ook zij, het is een aanvullende regel, waarin direct noch indirect de kenmerken worden geregeld die de zendinrichtingen dienen te bezitten om te kunnen worden verhandeld en gebruikt, en waarvan de toepassing afhangt van de omstandigheid of de overheid de zendinrichting al dan niet heeft toegelaten. Het Hof heeft overwogen, dat de verplichting om informatie in een bepaalde taal te stellen, op zichzelf geen „technisch voorschrift" vormt in de zin van richtlijn 83/189, maar een aanvullende regel is die noodzakelijk is om de informatie werkelijk te doen overkomen. [8]

4 — Arresten van 30 april 1996, CIA Security International (C-194/94, Jurispr. blz. I-2201, punt 40); 20 maart 1997, Bic Benelux (C-13/96, Jurispr. blz. I-1753, punt 19); 3 juni 1999, Colim (C-33/97, Jurispr. blz. I-3175, punt 22), en 26 september 2000, Unilever (C-443/98, Jurispr. blz. I-7535, punt 40).

5 — Arrest CIA Security International, aangehaald in voetnoot 4 supra, punt 25.

6 — Arrest van 16 september 1997, Commissie/Italië (C-279/94, Jurispr. blz. I-4743, punt 34).

7 — Arrest van 20 juni 1996, Semeraro Casa Uno e.a. (C-418/93—C-421/93, C-460/93—C-462/93, C-464/93, C-9/94—C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 en C-332/94, Jurispr. blz. I-2975, punt 38).

8 — Arrest Colim, aangehaald in voetnoot 4 supra, punt 29.

15. In de derde plaats regelt het bestreden voorschrift de reclame, die een te geringe en niet voldoende rechtstreekse band heeft met de vervaardiging en de verhandeling van een product. Het Hof heeft dienaangaande verklaard, dat er bepalingen kunnen bestaan die voor een product, wanneer dit voor een bepaalde gebruikersgroep bestemd is, technische specificaties voorschrijven waarvan de inhoud wordt bepaald door de specifieke doelstelling van die groep en die onvoldoende verband houden met de productie en de verhandeling van het product om als technische voorschriften in de zin van richtlijn 83/189 te kunnen worden aangemerkt. [9]

16. Ten slotte betekent het reclameverbod evenmin, dat het ongeoorloofd is zendinrichtingen van een niet-toegelaten type in de handel te brengen.

17. De Commissie oppert in haar opmerkingen, dat indien de nationale rechterlijke instanties het verbod van artikel C.11.1, lid 1, van het Besluit radio-elektrische inrichtingen uiteindelijk uitleggen als een verbod dat ook kan worden toegepast op communicatiemiddelen in ruime zin (zoals tijdschriften of de radio) die reclame verspreiden van niet-typetoegelaten zendinrichtingen, dit artikel een technisch voorschrift zou zijn.

Mijns inziens behoeft het Hof deze suggestie niet in het kader van de prejudiciële vraag te onderzoeken, daar die situatie, zoals de Commissie erkent, niets van doen heeft met die van de zaak tegen Van der Burg, die een handelaar in zendinrichtingen is en niet in communicatiemiddelen.

18. Gelet op het voorgaande, kan het verbod van artikel C.11.1, lid 1, van het Besluit radio-elektrische inrichtingen om reclame te maken voor zendinrichtingen van een niet-toegelaten type volgens mij niet als een technisch voorschrift in de zin van richtlijn 83/189 worden aangemerkt.

Aan deze beoordeling kan niet worden afgedaan door het feit dat er sprake is van een rechtstreeks verband tussen de eisen waaraan zendinrichtingen voor toelating moeten voldoen, en het verbod om handelsreclame te maken voor niet-toegelaten zendinrichtingen, daar dit verbod enkel geldt wanneer een machtiging vereist is maar niet is verkregen.

19. Gezien mijn antwoord op de eerste vraag, behoeft de tweede vraag mijns inziens geen beantwoording. Ik zal er echter op ingaan voor het geval dat het Hof mijn opvatting niet deelt.

9 — Arrest van 16 juni 1998, Lemmens (C-226/97, Jurispr. blz. I-3711, punt 24).

B — *De tweede vraag*

20. Met de tweede vraag, die subsidiair wordt gesteld voor het geval dat het antwoord op de eerste vraag bevestigend luidt, wenst de nationale rechterlijke instantie te vernemen, of voor de niet-toepasselijkheid van het niet-aangemelde technische voorschrift als voorwaarde geldt dat dit voorschrift in het concrete geval een belemmering voor het vrije verkeer van goederen oplevert, dan wel of het volstaat dat het het handelsverkeer in het algemeen kan verstoren.

21. Zowel de Franse als de Nederlandse regering is van mening, dat per geval met inaanmerkingneming van het door richtlijn 83/189 nagestreefde doel moet worden beoordeeld, of een niet-aangemeld technisch voorschrift buiten toepassing moet worden gelaten, en dat zulks enkel geoorloofd is, indien aan geen van een van de in artikel 36 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 30 EG) geformuleerde rechtvaardigingsgronden is voldaan.

In het onderhavige geval echter is het bestreden voorschrift noodzakelijk ter bescherming van de etherorde en is het uit dien hoofde gerechtvaardigd. De noodzaak van het verbod op voor het algemene publiek bestemde reclame voor niet-typetoegelaten zendinrichtingen, terwijl de voor de gespecialiseerde handel bestemde reclame geoorloofd is, is immers gelegen in de ernstige storingen in het communicatieverkeer die het gebruik van deze apparaten kan veroorzaken, en in de storende invloed die het gebruik kan hebben op het etherverkeer ten behoeve van ambulances, politie, radio- en televisieomroep, luchtverkeersleiding, scheepvaart en defensie.

22. Het Hof heeft zich reeds uitgesproken over de rechtsgevolgen van het verzuim van een lidstaat om een technisch voorschrift aan de Commissie mede te delen. Te dien aanzien was het Hof van oordeel, dat richtlijn 83/189 ertoe strekt via een preventieve controle het vrije verkeer van goederen te waarborgen, en dat de kennisgevingsplicht een essentieel middel vormt om deze communautaire controle mogelijk te maken. Tot de doeltreffendheid van de controle zal bijdragen dat de richtlijn aldus wordt uitgelegd, dat het verzuim van de kennisgevingsplicht een schending van een wezenlijk vormvoorschrift is, die tot gevolg heeft dat de niet-aangemelde technische voorschriften niet van toepassing zijn op particulieren. [10]

23. Ik ben het eens met de opmerking van de Commissie, dat de werkingssfeer van richtlijn 83/189 en die van artikel 30 van het Verdrag elkaar slechts gedeeltelijk overlappen [11], en met haar argument dat de sanctie van niet-toepasselijkheid van het technisch voorschrift, die moet bijdragen tot de doeltreffendheid van de preventieve controle in het kader van richtlijn 83/189, begrensd dient te worden door de materiële werkingssfeer daarvan. Bijgevolg moet een

10 — Arrest CIA Security International, aangehaald in voetnoot 4 supra, punt 48.

11 — De Commissie geeft hierbij als voorbeeld dat de taalvereisten die de lidstaten inzake etikettering stellen, geen technische voorschriften zijn, maar een handelsbelemmering, terwijl productievoorschriften die geen weerslag hebben op het handelsverkeer tussen de lidstaten, wel als technische voorschriften kunnen worden aangemerkt, maar niet binnen de werkingssfeer van artikel 30 van het Verdrag vallen.

niet-aangemeld technisch voorschrift enkel buiten toepassing worden gelaten, voorzover toepassing daarvan een belemmering van het gebruik of de verhandeling van het specifieke product tot gevolg kan hebben, hetgeen door de nationale rechter moet worden beoordeeld.

Naar mijn mening belemmert het verbod van artikel C.11.1, lid 1, van het Besluit radio-elektrische inrichtingen niet het gebruik noch de verhandeling van de zendinrichtingen. Daarom kan de nationale rechter dit artikel in de bij hem aanhangige zaak niet buiten toepassing laten, zelfs indien het Hof mocht oordelen, dat het een technisch voorschrift in de zin van richtlijn 83/189 betreft.

24. Voor het geval dat het Hof meent deze vraag te moeten beantwoorden, ben ik van mening, dat een niet-aangemeld technisch voorschrift enkel buiten toepassing dient te worden gelaten, indien zulks een belemmering van het gebruik of de verhandeling van het bestreden product tot gevolg kan hebben. Aangezien artikel C.11.1, lid 1, van het Besluit radio-elektrische inrichtingen het gebruik noch de verhandeling van de zendinrichtingen belemmert, kan de Hoge Raad dit artikel in het hoofdgeding niet buiten toepassing laten.

VII — Conclusie

25. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging, de vragen van de Hoge Raad te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel C.11.1, lid 1, van het Besluit radio-elektrische inrichtingen, volgens hetwelk het verboden is reclame te maken voor zendinrichtingen van een niet-toegelaten type, kan niet worden aangemerkt als een technisch voorschrift in de zin van richtlijn 83/189/EEG van de Raad van 28 maart 1983 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschrif-

ten. Aan deze beoordeling kan niet worden afgedaan door het feit dat er sprake is van een rechtstreeks verband tussen de eisen waaraan zendinrichtingen voor toelating moeten voldoen, en het verbod om handelsreclame te maken voor niet-toegelaten zendinrichtingen, daar dit verbod enkel geldt wanneer de vereiste machtiging niet is verkregen.

2) Een niet-aangemeld technisch voorschrift dient enkel buiten toepassing te worden gelaten, indien het een belemmering van het gebruik of de verhandeling van het betrokken product tot gevolg kan hebben. Aangezien artikel C.11.1, lid 1, van het Besluit radio-elektrische inrichtingen het gebruik noch de verhandeling van de zendinrichtingen belemmert, kan de Hoge Raad dit artikel in het hoofdgeding niet buiten toepassing laten."