CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. TESAURO

van 27 oktober 1993 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Is artikel 30 van het EEG-Verdrag een bepaling ter liberalisering van de intracommunautaire handel of een bepaling, die meer in het algemeen is bedoeld ter bevordering van de vrije uitoefening van handelsactiviteiten in iedere Lid-Staat?

Onderhavige procedure biedt ons de gelegenheid om een duidelijke stelling in te nemen ten aanzien van de draagwijdte van één van de fundamentele bepalingen van het Verdrag. In deze procedure wordt met name het vraagstuk van de verenigbaarheid met de artikelen 30 en 36 van het EEG-Verdrag aan de orde gesteld van de bepaling van een deontologische code, die apothekers verbiedt buiten hun apotheek reclame te maken voor niet-farmaceutische produkten die (onder meer dan wel uitsluitend) in apotheken worden verkocht.

2. § 10, punt 15, van de deontologische code (Berufsordnung) [1], vastgesteld overeenkomstig de wet op de beroepsvereniging door de Landesapothekerkammer Baden-Württemberg (beroepsvereniging van apothekers in het Land Baden-Württemberg), verbiedt namelijk „buitensporige reclame" voor andere produkten dan geneesmiddelen, die overeenkomstig artikel 25 van de Apothekenbetriebsordnung [2] van 9 februari 1987 ook in apotheken mogen worden verkocht [3] voor zover zij geen belemmering vormen voor de goede werking van de apotheek (artikel 2, lid 4, van de Apothekenbetriebsordnung). In wezen komt de litigieuze bepaling neer op een verbod van iedere vorm van reclame buiten de apotheek.

Voorts dient te worden gepreciseerd, dat de Landesapothekerkammer Baden-Württemberg, die in het bijzonder is belast met het toezicht op de naleving door de apothekers van hun beroepsplichten, een publiekrechtelijk orgaan met rechtspersoonlijkheid is, dat aan overheidstoezicht is onderworpen. Ten overvloede zij tenslotte nog vermeld, dat alle apothekers die hun beroep in het betrokken Land uitoefenen, verplicht zijn zich bij genoemde beroepsvereniging aan te sluiten en aldus aan het litigieuze verbod zijn onderworpen.

3. De feiten die aan de onderhavige procedure ten grondslag liggen, worden hierna kort samengevat. R. Hünermund en twaalf andere verzoekers in het hoofdgeding, allen eigenaar van een apotheek in het Land Baden-Württemberg waarin niet-farmaceutische produkten worden verkocht, hebben voor de betrokken produkten reclame gemaakt en zijn voornemens dit ook in de toekomst te doen. In verband hiermee hebben zij bij het Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg beroep ingesteld, waarbij zij zich beroepen op de onverenigbaar-

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

1 — Berufsordnung van 22 november 1955, in de versie van 9 april 1986.

2 — Bundesgesetzblatt I, blz. 547.

3 — Het gaat in het bijzonder om produkten en voorwerpen ten behoeve van de verzorging van zuigelingen en zieken, dieetprodukten, produkten voor lichaamsverzorging en cosmeticaprodukten, verdelgingsmiddelen en fytosanitaire produkten alsmede produkten voor diervoeding.

heid met het gemeenschapsrecht, in het bijzonder met de artikelen 30 en 36 van het Verdrag, van § 10, punt 15, van de betrokken deontologische code.

Zoals uit de verwijzingsbeschikking blijkt, is de nationale rechter op grond van de relevante gemeenschapsrechtspraak van oordeel, dat de bestreden bepaling in principe moet worden beschouwd als een bij artikel 30 verboden maatregel van gelijke werking. Hij vond het echter nodig het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken over de vraag of een dergelijke maatregel gerechtvaardigd is in het licht van de bepalingen van de artikelen 30 en 36 van het Verdrag.

4. Alvorens op de zaak ten gronde in te gaan, is het nodig kort stil te staan bij een aantal inleidende punten die door de Landesapothekerkammer naar voren zijn gebracht.

De Landesapothekerkammer beroept zich namelijk op de niet-ontvankelijkheid van de prejudiciële vraag, stellende dat het Hof niet bevoegd is zich uit te spreken over de geldigheid van een nationale bepaling in het licht van het gemeenschapsrecht. Bovendien is zij van mening, dat deze vraag hoe dan ook betrekking heeft op een hypothetisch vraagstuk en feitelijk dus neerkomt op een louter verzoek om advies. In plaats van de noodzaak van de prejudiciële verwijzing aan te tonen heeft de nationale rechter zich namelijk beperkt tot de opmerking, dat het niet uitgesloten moet worden geacht, dat het Hof de reclamebeperkingen vanuit het oogpunt van het vrije verkeer van goederen ongerechtvaardigd zal achten.

Ten aanzien van het eerste punt kan worden volstaan met een verwijzing naar de vaste rechtspraak, krachtens welke het Hof weliswaar in het kader van artikel 177 geen uitspraak mag doen over de geldigheid van bepalingen van intern recht, doch „de nationale rechter wel de gemeenschapsrechtelijke uitleggingselementen kan verschaffen die deze in staat moeten stellen het hem voorgelegde rechtsprobleem op te lossen." [4] Ten aanzien van het tweede punt volsta ik met de opmerking, dat uit de verwijzingsbeschikking voldoende duidelijk blijkt, dat de uitlegging van de artikelen 30 en 36 voor de nationale rechter noodzakelijk is om het bij hem aanhangige geschil te kunnen oplossen: dat wil zeggen om te beslissen of de apothekers al dan niet mogen doorgaan met het maken van reclame voor de betrokken produkten.

5. Verweerster in het hoofdgeding brengt eveneens naar voren, dat in casu niet aan alle toepassingscriteria van artikel 30 is voldaan, aangezien de deontologische regel in kwestie niet kan worden beschouwd als een overheidsmaatregel in de zin van artikel 30. Hieraan doet volgens haar niet af, dat het Hof in het arrest Royal Pharmaceutical Society of Great Britain [5] een door een beroepsorganisatie vastgestelde bepaling als overheidsmaatregel heeft erkend, want de Royal Pharmaceutical Society had de bevoegdheid om tuchtmaatregelen, met inbegrip van het verbod van beroepsuitoefening, op te leggen, terwijl in het Duitse systeem slechts tot deze sanctie kan worden besloten door de bevoegde autoriteiten van het Land.

Te dien aanzien wijs ik er in de eerste plaats op, dat er in casu geen enkel wezenlijk verschil bestaat met de hierboven aangehaalde zaak, nu overtredingen van de regels van de deontologische code, die door de bij de beroepsvereniging ingeschreven personen

4 — Zie, bij voorbeeld, het arrest van 18 mei 1977, zaak 111/76, Van den Hazel, Jurispr. 1977, blz. 901, r. o. 4).

5 — Arrest van 18 mei 1989, gevoegde zaken 266/87 en 267/87, Jurispr. 1989, blz. 1295, r. o. 14.

worden begaan, tot de competentie behoren van de tuchtcommissies van die vereniging, die ermee belast zijn tuchtrechtelijke maatregelen op te leggen. Op de tweede plaats gaat het er hier hoe dan ook om, dat de litigieuze maatregel weliswaar deel uitmaakt van de gedragsvoorschriften die door een beroepsorganisatie zijn vastgesteld, maar dan wel op last van de overheid en onder haar toezicht. Men kan dus niet ontkennen, dat de bedoelde maatregel het karakter van overheidsmaatregel heeft, te meer wanneer men bedenkt, dat de Landesapothekerkammer, in tegenstelling tot de Royal Pharmaceutical Society, een publiekrechtelijk orgaan is.

6. En hiermee kom ik bij het voorwerp van de aan het Hof voorgelegde vraag, die er blijkens de formulering daarvan uitsluitend toe strekt te vernemen of de bestreden maatregel gerechtvaardigd is op grond van artikel 36 of op grond van dwingende vereisten: voor de nationale rechter staat het namelijk buiten twijfel, dat het om een maatregel gaat die in principe onverenigbaar is met artikel 30. [6] Vaststaat echter, dat op de eerste plaats en in ieder geval moet worden onderzocht of de betrokken bepaling alle kenmerken vertoont van een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking, in die zin dat zij, volgens de welbekende formule uit het Dassonville-arrest, „de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren." [7]

7. De litigieuze maatregel, die zonder onderscheid van toepassing is en volstrekt neutraal is ten opzichte van nationale en ingevoerde produkten, legt een bepaalde categorie marktdeelnemers, te weten apothekers, verbod op reclame te maken voor een bepaalde categorie produkten, andere dan geneesmiddelen, die ook in apotheken kunnen worden verkocht. De andere betrokken marktdeelnemers, namelijk producenten, importeurs en andere detailhandelaren dan apothekers, zijn echter volkomen vrij om voor deze produkten reclame te maken.

In deze omstandigheden zou men redelijkerwijze kunnen oordelen, dat de afschaffing van de betrokken maatregel (eventueel en uitsluitend) tot een wijziging leidt van de verhouding tussen de omzet van apotheken en die van andere verkooppunten, dat wil zeggen tot een andere verdeling van de omzet tussen de verschillende verkooppunten. [8] A priori kan echter niet worden uitgesloten, dat het aan apothekers opgelegde verbod om bepaalde initiatieven op het gebied van reclame te ontwikkelen, de verkoopmogelijkheden van de betrokken produkten beperkt en, alleen reeds door deze maatregel, ook van de ingevoerde produkten.

Met andere woorden, een dergelijke maatregel kan weliswaar van zekere weerslag hebben op de invoer, doch alleen doordat de opgelegde reclamebeperkingen een negatieve invloed hebben op de vraag naar de produkten waarvoor die maatregel geldt, waardoor hij dus (eventueel) een afname van het

6 — Zie blz. 5 en 6 van de verwijzingsbeschikking.

7 — Arrest van 11 juli 1974, zaak 8/74, Dassonville, Jurispr. 1974, blz. 837, r. o. 5.

8 — De nationale rechter heeft geoordeeld, dat het „er weinig toe doet of de onderzochte regelgeving tot uiting komt in een afname van het invoervolume van de betrokken produkten of slechts in een verplaatsing van de verkoop van de apotheken naar de andere verkooppunten", voor zover „niet alleen een negatieve invloed op de invoer in de vorm van een algemene vermindering van het invoervolume van bepaalde produkten verhinderd moet worden, maar ook een wijziging in de handelsstromen of een kanalisering van de invoer via een beperking van de handelsvrijheid van bepaalde ondernemingen" (blz. 15 van het origineel van de verwijzingsbeschikking).

verkoopvolume en dus uiteindelijk ook van de invoer teweegbrengt. [9]

8. Is deze beperking van de handel — die niet zeer waarschijnlijk is, doch indirect, eventueel en hoe dan ook slechts hypothetisch — voldoende om de maatregel onder artikel 30 te doen vallen?

Het probleem dat aan de orde is, is niet nieuw en maakt vooral de laatste jaren het voorwerp uit van een open en zeer levendig debat. [10] Wij staan namelijk tegenover

het tegenwoordig veelvuldig voorkomende geval van een potentiële afname van de invoer, die niet te wijten is aan een verschillend stelsel voor ingevoerde en nationale produkten, en ook niet aan een eventueel verschil in wetgeving op het gebied van de samenstelling en de uiterlijke verschijningsvorm van het bedoelde produkt (zaak „Cassis de Dijon"). De eventuele restrictieve gevolgen voor de invoer vloeien namelijk voort uit het bestaan zelf van de betrokken regelgeving, zonder dat, althans in beginsel, een eventueel verschil in wetgeving van het land van herkomst van het produkt hierbij een rol speelt: de eventuele afname van de verkoop zou zich ook hebben voorgedaan, indien de betrokken wetgevingen volledig identiek waren geweest.

9. De vraag is, of maatregelen die de wijze van het in de handel brengen regelen (wie, waar, wanneer, hoe [11]) en die, alleen al omdat zij van invloed zijn op het aanbod (bijvoorbeeld via een kanalisering van de verkoop) of op de vraag (door middel van de beperking van de mogelijkheden om reclame te maken) naar de betrokken produkten, met inbegrip van ingevoerde produkten, tot een afname van de verkoop kunnen leiden, hoe dan ook binnen het toepassingsbereik van artikel 30 vallen. En wel ongeacht of er sprake is van een feitelijke afname van de invoer dan wel, a contrario, of, en zo ja in welke mate, de afschaffing van de bestreden maatregel positieve gevolgen kan hebben voor de verkoop en dus voor de invoer.

Om de nationale rechter een antwoord te kunnen geven, moet men zich dus vooraf afvragen of het ten aanzien van het begrip maatregel van gelijke werking althans in beginsel volstaat, dat niet kan worden uitgesloten, dat de maatregelen bepaalde gevolgen, hoe gering en indirect ook, voor de invoer hebben; dan wel of het causale verband tussen de maatregelen en de invoer integendeel van dien aard moet zijn, dat de eventuele restrictieve gevolgen voor de handel voldoende waarschijnlijk en uitgesproken worden geacht: dat wil zeggen, dat de maatregel in kwestie de intracommunautaire handel kan

9 — Dezelfde opmerkingen gelden in feite voor alle beperkingen die zonder onderscheid van toepassing zijn op de mogelijkheid om reclame voor bepaalde produkten te maken. Immers, beperkingen van deze soort, met uitzondering van het geval dat zij van dien aard zijn dat zij ingevoerde produkten benadelen, waardoor zij dus een feitelijke discriminatie inhouden (zie in die zin het arrest van 10 juli 1980, zaak 152/78, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1980, blz. 2299), hebben exact hetzelfde gevolg voor de verkoopmogelijkheden van de betrokken produkten, ongeacht of het om nationale of ingevoerde produkten gaat.

10 — Zie Marenco, Pour une interprétation traditionnelle de mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative, in CDE, 1984, blz. 291 e. v. en White, In search of limits to article 30 of the EEC treaty, in CMLRev, 1989, blz. 234 e. v.; tussen de meest recente en belangrijkste bijdragen op dit gebied, Gormely in CMLRev, 1990, blz. 141 e. v.; Mortelmans, Article 30 of the EEC treaty and legislation relating to market circumstances: time to consider a new definition? in CMLRev, 1991, blz. 115 e. v.; Steiner, Drawing the line: Uses and abuses of article 30 EEC, in CMLRev, 1992, blz. 749 e. v.; (Chalmers, Free movement of goods within the European Community: an unhealthy addiction to scotch whisky, in International and Comparative Law Quarterly, 1993, blz. 269 e. v.

11 — In werkelijkheid kan een maatregel betreffende de reclame voor goederen terecht worden ingedeeld onder de maatregelen met betrekking tot het „hoe". Het is namelijk duidelijk, dat de reclame, als aanmoediging tot consumptie, de meest doeltreffende methode vormt om de verkoop te bevorderen en dat zij juist daarom de vraag en dus de verkoop wezenlijk kan beïnvloeden.

„belemmeren", ook al is het alleen maar potentieel.

10. Als het probleem zo gesteld wordt, is het duidelijk, dat moet worden uitgesloten, dat de in casu onderzochte maatregel een *belemmering voor de handel tussen Lid-Staten* kan vormen, tenminste als men onder belemmering een obstakel verstaat, *een belemmering van de toegang tot de markt die van dien aard is, dat zij in het bijzonder nadelige gevolgen heeft voor de invoer:* dat wil zeggen een maatregel

die ongeacht op welke wijze — in elk geval door zijn ontmoedigend karakter — een „hindernis" vormt voor het vrije verkeer van goederen.

Duidelijk is ook, dat als het criterium van het Dassonville-arrest aldus wordt uitgelegd, dat iedere nationale maatregel, waarvan de afschaffing zou kunnen leiden tot een toename van de verkoop en daardoor ook van de invoer, in strijd met het gemeenschapsrecht is, tenzij die maatregel is gerechtvaardigd door dwingende vereisten of uit hoofde van artikel 36, ook de thans in het geding zijnde maatregel binnen de werkingssfeer van artikel 30 valt.

11. De beantwoording van deze vraag vergt vanzelfsprekend een meer algemene bezinning over de afbakening van de werkingssfeer van artikel 30 ten opzichte van regelgevingen zoals die waarover het thans gaat, met name ten aanzien van de criteria op grond waarvan een bepaalde nationale maatregel kan worden aangemerkt als een maatregel van gelijke werking. Anders gezegd — en daarbij tevens terugkomende op eerder uiteengezette standpunten — ben ik van mening, dat nagedacht moet worden over de vraag of artikel 30, en daarmee het Dassonville-criterium, aldus kan worden uitgelegd, dat het begrip maatregel van gelijke werking eveneens bepalingen omvat:

— die zonder onderscheid van toepassing zijn;

— die niet de *produkten* (samenstelling, etikettering, vorm, verpakking, benaming etc.), doch de *handelsactiviteit* (wie kan produkten verkopen, hoe, waar en wanneer) tot voorwerp hebben;

— die bovendien tot uiting komen in een veronderstelde en eventuele vermindering van de invoer, welke vermindering slechts *het gevolg is van een eventuele vermindering van de verkoop*;

— waarbij, als men goed ziet, de beweerdelijke vermindering *niet afhangt van het uiteenlopen van de nationale wetgevingen,* maar slechts van de omstandigheid, dat de nationale autoriteiten (van één, meerdere of alle landen van de EEG) een handelsregeling hebben vastgesteld, die minder *liberaal is* dan de betrokken ondernemers hoopten.

Uitgangspunt van een dergelijke bezinning kan alleen de geldende rechtspraak zijn, hoewel die rechtspraak zeker niet gemakkelijk systematisch uitgelegd kan worden. Zoals ik reeds in mijn conclusie bij de zaak Société Laboratoire de Prothèses Oculaires [12] opmerkte — waarbij ik overigens niet heb kunnen verhullen, dat een automatische toepassing van de Dassonville-formule op bepalingen van de onderhavige soort mij met enig onbehagen vervult — kan deze rechtspraak, zij het met enige moeilijkheden die te wijten

12 — Arrest van 25 mei 1993, zaak C-271/92, Jurispr. 1993, blz. I-2919.

zijn aan haar fragmentarisch karakter zoals ik zojuist heb uiteengezet, worden teruggebracht tot drie categorieën van oplossingen.

Het jurisprudentiële kader

12. In de eerste categorie kunnen de arresten worden ondergebracht waarin het Hof heeft geoordeeld, dat de betrokken regelgevingen geen enkele band hadden met de invoer en in geen geval een belemmering konden vormen voor de handel tussen de Lid-Staten. [13] Het Hof kwam tot dit resultaat door te benadrukken, dat de betrokken maatregelen niet onder de regeling van het handelsverkeer vielen, geen betrekking hadden op andere vormen van verhandeling van hetzelfde produkt, of hoe dan ook de mogelijkheid open lieten om de verkoop via andere kanalen plaats te laten vinden.

In de zaak Oebel bijvoorbeeld, die betrekking had op een bepaling die het bakken en verkopen van brood op bepaalde uren verbood, heeft het Hof beslist, dat het om een regelgeving ging die geen verband hield met de invoer, aangezien „de intracommunautaire handel te allen tijde mogelijk blijft, zolang er, wat betreft de aflevering aan verbruikers en detaillisten, aan alle producenten, waar ook gevestigd, dezelfde beperkingen worden gesteld." [14] In het arrest Blesgen heeft het Hof vervolgens geoordeeld, dat het verbod op de verkoop op bepaalde plaatsen van bepaalde sterke dranken voor consumptie ter plaatse, niet binnen het toepassingsgebied van artikel 30 viel, aangezien dit verbod niet zag op „de andere vormen van verhandeling" [15] van hetzelfde produkt.

Een zekere gelijkenis hiermee vertoont de motivering die ten grondslag ligt aan de arresten, waarin het Hof zich heeft uitgesproken over de bepalingen die de verkoop van pornografische produkten in winkels zonder vergunning verbieden. Het Hof heeft namelijk opgemerkt, dat deze bepalingen „in werkelijkheid geen verband houden met de handel tussen de Lid-Staten, daar de in die wettelijke regeling bedoelde produkten kunnen worden verhandeld in sekswinkels met een vergunning en ook langs andere wegen" en „dus de handel tussen de Lid-Staten niet kunnen belemmeren." [16]

13. In de zaken die ik hierboven heb aangehaald, heeft het Hof dus een eventuele vermindering van de invoer ten gevolge van een vermindering van de afzetmogelijkheden, die zowel betrekking heeft op nationale als op ingevoerde produkten, als irrelevant beschouwd voor de toepassing van artikel 30. Het spreekt inderdaad vanzelf, dat de verboden om ter plaatse sterke drank te nuttigen (Blesgen) of om pornografische produkten te verkopen in winkels zonder vergunning (Quietlynn) zeker van dien aard zijn, dat zij de vraag negatief beïnvloeden en dus daardoor van invloed zijn op het invoervolume, zonder dat het er (vanuit die optiek) op enigerlei wijze toe doet, dat het betrokken verbod geen betrekking heeft op andere vormen van verhandeling van hetzelfde produkt of dat de verkoop is toegestaan in winkels met vergunning.

13 — Zie in die zin de arresten van 14 juli 1981 (zaak 155/80, Oebel, Jurispr. 1981, blz. 1993); 31 maart 1982 (zaak 75/81, Blesgen, Jurispr. 1982, blz. 1211); 11 juli 1990 (zaak C-23/89, Quietlynn, Jurispr. 1990, blz. I-3059); 7 mei 1991 (zaak C-350/89, Sheptonhurst, Jurispr. 1991, blz. I-2387).

14 — Arrest van 14 juli 1981, reeds aangehaald, r. o. 20.

15 — Arrest van 31 maart 1982, reeds aangehaald, r. o. 9.

16 — Arrest van 11 juli 1990, Quietlynn, reeds aangehaald, r. o. 11. Zie in diezelfde zin het arrest Sheptonhurst van 7 mei 1991, reeds aangehaald.

Een dergelijke benadering blijft overigens niet beperkt tot de bepalingen inzake de verhandelingsvoorwaarden van produkten. Er zijn namelijk talloze gevallen, waarin het Hof de Dassonville-formule niet mechanisch heeft toegepast, te beginnen met de gecontroleerde prijsregelingen [17], en voorts allerlei maatregelen van verschillende aard, die als gemeenschappelijk kenmerk hebben, dat zij geen enkel verband, tenzij indirect en vaag, houden met de invoer en van gelijke invloed zijn op nationale en ingevoerde produkten. [18]

14. Een tweede groep wordt gevormd door de arresten, waarin het Hof de toepasselijkheid van het verbod van artikel 30 principieel ook heeft erkend ten aanzien van het type maatregelen dat thans in geding is, waarbij het zich evenwel heeft beperkt tot een min of meer „atypisch" onderzoek van het evenredige karakter van die maatregelen.

In dit verband verwijs ik met name naar de arresten inzake de openingstijden van detailhandelszaken op zondag [19], waarin het Hof heeft bevestigd, dat een regelgeving die arbeid in loondienst (of handelsactiviteiten) op zondag verbiedt, niet tot doel heeft de handel te regelen, en waarin het vervolgde, dat zulks niet wegneemt, dat „ook al is het weinig waarschijnlijk, dat door de sluiting van sommige van die winkels op zondag de consumenten definitief zullen afzien van de aankoop van produkten die op de andere dagen van de week beschikbaar zijn", het betrokken verbod „toch beperkende gevolgen kan hebben voor het vrije verkeer van goederen", omdat het „negatieve gevolgen kan hebben voor de omvang van de verkoop en bijgevolg van de invoer". [20]

Deze beperkende gevolgen, ook al zijn zij slechts eventueel en niet bewezen, worden derhalve voldoende geacht om de betrokken maatregelen binnen de toepassingssfeer van artikel 30 te doen vallen. [21] Het Hof lijkt aldus te hebben erkend, dat het in het arrest Dassonville vastgelegde beginsel (automatisch) van toepassing is op nationale bepalingen van het onderhavige type, met als gevolg,

17 — Te dien aanzien beperkt het Hof zich namelijk tot de beoordeling van de vraag of de opgelegde prijzen de verkoop van de ingevoerde produkten niet onmogelijk of moeilijker maken, met andere woorden, of zij de invoer benadelen (zie onder andere de arresten van 2 juli 1987, zaak 188/86, Lefèvre, Jurispr. 1987, blz. 2963, en 13 december 1990, zaak C-347/88, Commissie/Griekenland, Jurispr. 1990, blz. I-4747, met betrekking tot stelsels van maximumprijzen, alsook de arresten van 13 november 1986, gevoegde zaken 80/85 en 159/80, Edah BV, Jurispr. 1986, blz. 3359, en 7 mei 1991, zaak C-287/89, Commissie/België, Jurispr. 1991, blz. I-2233, met betrekking tot stelsels van minimumprijzen). Het is daarentegen duidelijk, dat een automatische toepassing van de Dassonville-formule niet zou uitsluiten dat een stelsel van gecontroleerde prijzen, dat van invloed is op de voorwaarden van vraag en aanbod, een vermindering van de omzet en dus (ook) van het invoervolume met zich mee kan brengen.

18 — Zie het arrest Forest, dat betrekking had op een contingenteringsmaatregel voor de meelproduktie. Het Hof heeft hierin namelijk geoordeeld, dat „er feitelijk geen verband lijkt te bestaan tussen een dergelijke maatregel en de invoer van tarwe, en de handel tussen de Lid-Staten er niet door lijkt te worden belemmerd" En de reden hiervoor is, dat zelfs indien de beperking van de toegestane te malen hoeveelheden tarwe molenaars kan belemmeren tarwe te kopen, het elke molenaar vrij staat deels of geheel ingevoerde tarwe in te slaan (arrest van 25 november 1986, zaak 148/85, Jurispr. 1986, blz. 3449, r. o. 19). Zie bovendien arresten van 7 maart 1990 (zaak C-69/88, Krantz, Jurispr. 1990, blz. I-583, r. o. 11) en 13 oktober 1993 (zaak C-93/92, CMC Motorradcenter, Jurispr. 1993, blz. I-5018, r. o. 12), waarin het Hof heeft beslist, dat de eventuele restrictieve gevolgen van de betrokken nationale maatregelen op de invoer, te weten, de bevoegdheid van de fiscale administratie om met eigendomsvoorbehoud verkochte goederen in beslag te nemen, respectievelijk de precontractuele verplichting om de kopers van bromfietsen in te lichten over bepaalde aspecten met betrekking tot de garantie, te toevallig en te indirect waren om te kunnen worden aangemerkt als maatregelen die de handel tussen de Lid-Staten kunnen belemmeren.

19 — Arrest van 23 november 1989 (zaak C-145/88, Torfaen, Jurispr. 1989, blz. I-3851); arresten van 28 februari 1991 (zaak C-312/89, Conforama, Jurispr. 1991, blz. I-997, en zaak C-332/89, Marchandise, Jurispr. 1989, blz. I-1027), alsmede het arrest van 16 december 1992 (zaak C-169/91, Council of the City of Stoke-on-Trent, Jurispr. 1992, blz. I-6635).

20 — Arrest Conforama, reeds aangehaald, r. o. 8.

21 — De in de punten 12 en 13 onderzochte benadering (maatregelen die van nature niet onder artikel 30 vallen) kan niet als achterhaald worden beschouwd door een dergelijke ontwikkeling. Het arrest Quietlynn is namelijk van latere datum dan het eerste arrest inzake de opening van winkels op zondag en het arrest Sheptonhurst is van latere datum dan de arresten Conforama en Marchandise: de beide benaderingen overlappen elkaar in chronologische zin, wat de verwarring in de hand werkt.

dat hun verenigbaarheid met artikel 30 aan een dubbele voorwaarde is onderworpen: a) dat de betrokken regelgeving een doel nastreeft dat uit gemeenschapsrechtelijk oogpunt gerechtvaardigd is, en b) dat de regelgeving niet verder gaat dan noodzakelijk is om dit doel te bereiken, wat het geval is, wanneer de belemmeringen die hier voor de handel uit voortvloeien, „niet buiten de context treden van de eigen gevolgen van een handelsregeling".

15. Uitgaande van het rechtmatige karakter — in het licht van het gemeenschapsrecht — van de intentie om te voorzien in een verdeling van de arbeids- en rusturen die is aangepast aan de nationale of regionale socioculturele bijzonderheden, heeft het Hof zich in deze arresten er derhalve toe beperkt te verklaren, dat „de beperkende gevolgen voor het handelsverkeer, die eventueel uit een dergelijke regeling kunnen voortvloeien, niet buitensporig lijken in verhouding tot het nagestreefde doel" [22], waarbij het bovendien in het meest recente arrest op dit gebied heeft gepreciseerd, dat, om te kunnen beoordelen of de (eventuele) beperkende gevolgen van een dergelijke regeling niet verder gaan dan noodzakelijk is om het nagestreefde doel te bereiken, moet worden onderzocht of deze gevolgen „direct, indirect of slechts hypothetisch zijn, en of zij de verkoop van ingevoerde produkten niet meer bemoeilijken dan die van nationale produkten". [23]

Een dergelijke benadering lijkt dus *uitsluitend een marginale toetsing* van de betrokken bepalingen met zich mee te brengen, een toetsing van *het redelijke karakter* van de betrokken maatregel, en meer in het bijzonder van de vraag of de betrokken bepalingen passend zijn, gelet op de (eventuele) beperkende gevolgen. Anders gezegd, in plaats van over te gaan tot een „klassiek" onderzoek, bedoeld om na te gaan of de betrokken regeling aan dwingende vereisten beantwoordt en of de gekozen maatregelen evenredig zijn in verhouding tot het nagestreefde doel, lijkt het Hof te zoeken naar de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond met betrekking tot de *gevolgen* voor de handel tussen de Lid-Staten, die eventueel uit die bepaling zouden kunnen voortvloeien. Hierbij zij aangetekend, dat een dergelijke benadering, ook al wordt zij gekenmerkt door een veel gematigder of in elk geval een veel minder diepgaande beoordeling dan die welke normaal in het kader van de artikelen 30 en 36 wordt geëffectueerd, in tegenspraak is met de benadering, die sinds het arrest Oebels in zwang is.

16. In een derde categorie vindt men tenslotte de arresten, waarin het Hof heeft geoordeeld, dat de bepalingen inzake de verkoop hoe dan ook de handel tussen de Lid-Staten konden belemmeren — ondanks het feit dat de invoer hierdoor niet direct aan voorwaarden werd onderworpen — aangezien zij van invloed konden zijn op de distributiemogelijkheden van (onder meer) de ingevoerde produkten en dus tot een vermindering van het invoervolume konden leiden. Op die grondslag is het Hof vervolgens overgegaan tot het klassieke onderzoek, ten einde te beoordelen of de betrokken maatregelen enerzijds een doel van algemeen belang nastreefden, dat als zodanig door de communautaire rechtsorde is erkend (naar gelang van het geval, de bescherming van de consumenten, de bescherming van de gezondheid,

22 — Arresten Conforama en Marchandise, reeds aangehaald, r. o. 12, resp. 13.

23 — Arrest Council of the City of Stoke-on-Trent, reeds aangehaald, r. o. 15.

etc.), en of de gekozen maatregelen anderzijds evenredig waren ten opzichte van het nagestreefde (rechtmatige) doel. [24]

Niet toevallig heeft het merendeel van de aan die benadering onderworpen maatregelen betrekking op *methoden van verkoop of verkoopbevordering*. Het Hof heeft namelijk ten aanzien van een dergelijke categorie van maatregelen geoordeeld, dat „het feit dat de betrokken onderneming gedwongen is in de diverse Lid-Staten verschillende methoden van reclame of verkoopbevordering te hanteren of een door haar bijzonder doeltreffend geachte methode op te geven, een invoerbelemmering oplevert, ook indien een dergelijke regeling zonder onderscheid van toepassing is op nationale en ingevoerde produkten". [25]

Met andere woorden, ook wanneer zij ingevoerde produkten niet direct en specifiek benadeelt, kan een nationale regeling een maatregel van gelijke werking vormen, indien zij, door het gebruik van een bepaalde verkoopmethode, die in de Lid-Staat van herkomst wettig is toegestaan, te verbieden, van dien aard is, dat zij *de toegang tot de markt voor de ondernemingen uit de sector moeilijker en/of minder winstgevend maakt:* en dit te meer, zoals het Hof zelf heeft gesteld, indien de betrokken onderneming praktisch haar gehele omzet realiseert door middel van de betrokken verkoopmethode. [26] De mogelijke vermindering van het invoervolume lijkt dus, in gevallen zoals in de zaken Oosthoek (verkoop met premie), Buet (verkoop huis aan huis) en Boscher (verkoop ter veiling), direct verband te houden met de belemmeringen die voor één (enkele) onderneming uit de sector voortvloeien uit de regelingen in kwestie. [27]

17. Op dezelfde wijze heeft men sommige bepalingen, die de mogelijkheden om *reclame te maken voor bepaalde produkten* beperken, beschouwd als vallende onder artikel 30, omdat, zoals het Hof heeft benadrukt, niet kan worden uitgesloten, dat de omstandigheid dat de vorm of de inhoud van een reclamecampagne moet worden gewijzigd naar gelang van de Lid-Staat waarin de activiteit wordt uitgeoefend, een belemmering voor de invoer vormt, ook als de betrokken bepalingen zonder onderscheid van toepassing zijn op nationale en ingevoerde produkten. [28]

24 — Zie in die zin het arrest van 15 december 1982 (zaak 286/91, Oosthoek, Jurispr. 1982, blz. 4575), waarin de betrokken benadering voor de eerste keer werd toegepast op een regeling van het type waarover het thans gaat. Zie bovendien: arresten van 16 mei 1989 (zaak 382/87, Buet, Jurispr. 1989, blz. 1235); 21 maart 1991 (zaak C-369/88, Delattre, Jurispr. 1991, blz. I-1487 en zaak C-60/89, Monteil en Samanni, Jurispr. 1991, blz. I-1547); 30 april 1991 (zaak C-239/90, Boscher, Jurispr. 1991, blz. I-2023); en het reeds aangehaalde arrest van 25 mei 1993, Société de Protèses Oculaires. Volgens dezelfde redenering heeft het Hof vastgesteld, dat nationale maatregelen die een verbod of beperking inhielden van bepaalde reclamevormen, het invoervolume konden beperken. Zie in dat verband de arresten van 15 december 1982, Oosthoek, reeds aangehaald; 7 maart 1990 (zaak C-362/88, GB-INNO, Jurispr. 1990, blz. I-667); 12 december 1990 (zaak C-241/89, SARPP, Jurispr. 1990, blz. I-4695); 25 juli 1991 (zaak C-1/90 en C-176/90, Aragonesa de Publicidad, Jurispr. 1991, blz. I-4151); en 18 mei 1993 (zaak C-126/91, Yves Rocher, Jurispr. 1993, blz. I-2384).

25 — Arrest Oosthoek, reeds aangehaald, r. o. 15.

26 — Cf de arresten Buet, Delattre en Boscher, reeds aangehaald, resp. r. o. 8, 50 en 14.

27 — De betrokken verkoopmethoden waren in de zaken Delattre en Boscher, in tegenstelling tot de zaken Oosthoek en Buet, volledig toegestaan. De daarop betrekking hebbende regeling leidt echter tot een belemmering voor de handel, hetzij door de verkoper te verplichten zich vooraf in te schrijven in het handelsregister van de veilingplaats (Boscher), hetzij als gevolg van het feit, dat de soort van de betrokken produkten, die in een Lid-Staat wettig werden verkocht als voedingsmiddelen of cosmetica, in de Lid-Staat van invoer werden aangemerkt als geneesmiddelen, met als gevolg dat zij aan het monopolie van verkoop in de apotheek waren onderworpen en dus niet per post konden worden verkocht (Delattre). Dit laatste geval valt veeleer onder de rechtspraak „Cassis de Dijon", daar het nu juist om een verschil in wetgeving gaat, dat uiteindelijk gevolgen heeft voor de presentatie van het produkt.

28 — Zie r. o. 15 van het arrest Oosthoek; r. o. 29 van het arrest SARPP en r. o. 10 van het arrest Yves Rocher.

Aldus zijn strijdig met artikel 30 verklaard, het verbod van een bepaalde vorm van reclame, aangezien dit (ook) een keten van supermarkten raakte, die in een andere (aangrenzende) Lid-Staat was gevestigd, waar dit type van reclame volledig toegestaan was [29]; het verbod om bij een reclame voor een bepaald produkt een vermelding te gebruiken die aan het woord suiker herinnert, welk verbod de betrokken onderneming, gelet op de verscheidenheid van de ter zake geldende wetgevingen, verplichtte de inhoud van de reclame te wijzigen al naar gelang de Lid-Staat waarin het betrokken produkt werd verkocht (SARPP); en tenslotte het verbod om reclame te maken, waarbij naast de doorgehaalde oude prijs de nieuwe prijs in rood werd aangegeven, aangezien het hier om een vorm van reclame ging, die in de Lid-Staat van herkomst van de betrokken produkten volstrekt geoorloofd was (Yves Rocher).

18. Kortom, het Hof heeft aan de artikelen 30 en 36 getoetst de maatregelen met betrekking tot de verkoop die, doordat zij een verbod opleggen om een bepaalde verkoopmethode of een bepaalde reclamevorm te hanteren, van dien aard zijn (of kunnen zijn), dat zij *de toegang tot de markt moeilijker* maken voor de betrokken ondernemingen, doordat zij verplicht worden *af te zien van een methode waarvan zij in de Lid-Staat van herkomst op regelmatige wijze gebruik maken.*

In soortgelijke zaken heeft het Hof echter altijd het accent gelegd op de *verscheidenheid van de nationale wetgevingen,* voor zover deze verscheidenheid een „belemmering" vormt voor de betrokken onderneming en daardoor in laatste instantie ook voor het produkt dat door die onderneming wordt verkocht. Het verschil in benadering met de in de punten 12 tot en met 15 onderzochte maatregelen zou in dergelijke gevallen dus te wijten zijn aan de rol die wordt gespeeld door de uiteenlopende nationale wetgevingen, althans in de redenering van de rechtspraak Cassis de Dijon.

19. Het Hof is echter tot hetzelfde resultaat gekomen (principiële onverenigbaarheid, onder voorbehoud van toetsing aan artikel 36 of dwingende vereisten), ten aanzien van regelingen, waarbij een eventuele discrepantie tussen de wetgevingen zonder enig belang is: noch voor het produkt als zodanig, noch voor de onderneming die het verhandelt.

Zulks is met name het geval bij bepalingen die de verkoop van bepaalde categorieën goederen (geneesmiddelen, contactlenzen) voorbehouden aan één categorie ondernemingen (apotheken, opticiens), waardoor de verkoop van deze produkten buiten de in de wet bedoelde distributiekanalen onmogelijk wordt gemaakt en waardoor dus een formele kanalisering van de verkoop plaats vindt. [30] Zulks is eveneens het geval bij een reclameverbod, dat op een deel van het grondgebied van een Lid-Staat en in bepaalde omstandigheden geldt voor alcoholhoudende drank met een alcoholpercentage hoger dan 23 graden [31]: de enige invloed op de invoer zou hier namelijk kunnen zijn, dat het verbod meer in het algemeen tot een afname van de verkoop leidt, welke afname zelf te wijten is aan de invloed van het betrokken verbod op de vraag naar de bedoelde produkten.

29 — Arrest GB-INNO, reeds aangehaald. In dit arrest heeft het Hof in het bijzonder benadrukt, dat de vrijheid van de consument in het gedrang zou komen, wanneer hij geen kennis kon nemen van de reclame in het land van aankoop (r. o. 8).

30 — Zie arrest van 21 maart 1991 (zaak C-60/89, Monteil en Samanni, Jurispr. 1991, blz. I-1547) en het reeds aangehaalde arrest Delattre (beide met betrekking tot het monopolie van apothekers), alsook het meest recente arrest van 25 mei 1993, Société Laboratoire de Prothèses Oculaires, reeds aangehaald, met betrekking tot het monopolie van opticiens.

31 — Arrest van 25 juli 1991, Aragonesa, reeds aangehaald.

Algemene beschouwingen over de rechtspraak

20. Dit is dus het jurisprudentiële kader. Zo men hieruit conclusies wenst te trekken, kan worden gesteld, dat het Hof op één en dezelfde vraag, namelijk of algemene maatregelen die *betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de handelsactiviteit wordt uitgeoefend* (wie verkoopt wat; wanneer, waar en hoe kan men verkopen) en waarvan het verband met de invoer bijgevolg slechts indirect is, toch onder artikel 30 vallen als zijnde maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperkingen, in wezen drie verschillende antwoorden heeft gegeven:

a) deze maatregelen zijn geen maatregelen van gelijke werking, omdat zij de handel tussen Lid-Staten niet kunnen belemmeren;

b) zij zijn geen maatregelen van gelijke werking, omdat de hieruit voor de handel voortvloeiende beperkingen het kader van de eigenlijke gevolgen van een handelsregeling niet te buiten gaan;

c) zij zijn maatregelen van gelijke werking, tenzij zij worden gerechtvaardigd door dwingende vereisten of door artikel 36.

Kan een dergelijke verscheidenheid aan oplossingen worden verklaard door de verschillende gevolgen die de betrokken maatregelen voor de invoer kunnen hebben? Het komt mij voor, dat de essentiële elementen in alle onderzochte gevallen dezelfde zijn: de beperkende gevolgen voor de invoer zijn slechts eventueel en in elk geval van zodanige aard, dat zij op dezelfde wijze van toepassing zijn op nationale en ingevoerde produkten: voor zover dergelijke gevolgen zich voordoen, vloeien zij uitsluitend voort uit de vermindering van de omzet en niet uit een discrepantie tussen de wetgevingen op dat gebied.

21. Zeker zou men kunnen oordelen, dat de verschillende antwoorden zijn gegeven in relatie tot de omvang van de (eventuele) gevolgen, alsof een *de minimis*-criterium was toegepast; dit wordt echter weerlegd door de rechtspraak van het Hof, volgens welke „een nationale maatregel niet aan het verbod van artikel 30 ontsnapt, vanwege het uitsluitende feit, dat de belemmering van geringe omvang is en er andere afzetmogelijkheden voor de ingevoerde produkten bestaan". [32]. Zeer recentelijk heeft het Hof overigens opnieuw bevestigd, dat, met uitzondering van de regels die puur hypothetische gevolgen voor de handel tussen Lid-Staten hebben, vaststaat, dat artikel 30 geen onderscheid maakt naar de omvang van de gevolgen op de handel binnen de Gemeenschap van maatregelen, die als maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen kunnen worden aangemerkt. [33]

Volgens het Hof vallen dus alleen de maatregelen, waarvan de gevolgen puur hypothetisch zijn, buiten de werkingssfeer van artikel 30; niet duidelijk is evenwel, of op het eerste gezicht moet blijken of deze hypothetische gevolgen van gering belang zijn (gesteld dat zij zich zouden concretiseren). Hoe dan ook, in dit verband kan worden volstaan met de opmerking, dat de toepassing van een *de minimis*-regel op het gebied van het handelsverkeer, ook binnen bepaalde grenzen, zeer moeilijk, zo niet volstrekt onmogelijk lijkt, alleen al omdat het bewijs

32 — Arresten van 5 april 1984 (gevoegde zaken 177/82 en 178/82, van de Haar, Jurispr. 1984, blz. 1797, r. o. 13) en 5 juni 1986 (zaak 103/84, Commissie/Italië, Jurispr. 1986, blz. 1759, r. o. 18).

33 — Arrest van 18 mei 1993, Yves Rocher, reeds aangehaald, r. o. 21.

van de omvang van hypothetische gevolgen veel weg heeft van een *probatio diabolica.*

22. In elk geval kan het onderhavige probleem volgens mij niet worden gedefinieerd en opgelost aan de hand van het belang en/of de hypothetische aard van de gevolgen; veeleer dient dit te geschieden in relatie tot hun specificiteit, die welbeschouwd slechts kan worden bepaald door een discrepantie tussen de betrokken wetgevingen.

Vanuit die optiek ben ik van mening, dat te midden van de bedoelde maatregelen alleen die maatregelen *onder bepaalde omstandigheden* een bijzondere beoordeling verdienen, die betrekking hebben op de methoden van verkoop of verkoopbevordering, voor zover deze maatregelen in feite meer uitgesproken en specifieke gevolgen voor de invoer kunnen hebben. Ook al worden de ingevoerde produkten namelijk niet benadeeld door het verbod van een bepaalde verkoopmethode, zoals bijvoorbeeld huis aan huis-verkoop, en al wordt hierdoor de toegang tot de markt voor de produkten als zodanig niet bemoeilijkt [34], toch neemt dit niet weg, dat een dergelijk verbod de betrokken onderneming kan verplichten *een verkoopstrategie te wijzigen, die in de Lid-Staat van herkomst wettig wordt toegepast,* [35] *zodat de toegang tot de markt* van de Lid-Staat waarin het verbod geldt *minder aantrekkelijk* wordt en dit verbod dus een *„belemmering" voor het handelsverkeer binnen de Gemeenschap van die produkten* vormt.

Met andere woorden, ook al hebben zij betrekking op produkten ongeacht hun herkomst, dan nog kunnen regelingen van dit type een belemmering vormen voor de handel, doordat zij de ondernemingen verplichten de „commerciële look" (de marketing) van de ingevoerde produkten te wijzigen, ten einde deze overeen te doen stemmen met de regels van het land van bestemming. Wat in dat geval dus telt, is de *verscheidenheid van de nationale wetgevingen,* in zoverre die van negatieve invloed kan zijn op de betrokken onderneming(en); in dat geval treedt men in wezen het logische en juridische denkraam binnen van het beginsel van de wederzijdse erkenning (rechtspraak „Cassis de Dijon"). En vanuit dat gezichtspunt kan men nu juist de rechtspraak van het Hof inzake de methoden van verkoop en verkoopbevordering uitleggen. [36]

23. Afgezien van bovengenoemde stelling — die hoe dan ook van geval tot geval moet worden getoetst — moet ik toegeven, dat ik niet het minste element kan vinden waaruit blijkt waarom het Hof in de eerst onderzochte arresten een verschillende benadering heeft toegepast. Zowel het verbod van pornografische artikelen in winkels zonder vergunning als het verbod om geneesmiddelen buiten apotheken te verkopen, leidt namelijk tot een kanalisering van de verkoop. Zo ook leiden zowel de in de zaak Oebel bestreden maatregel als de maatregelen waarop de arresten inzake de opening van winkels op zondag betrekking hadden, tot de onmogelijkheid om op bepaalde uren (of op bepaalde dagen) goederen te verkopen.

34 — Vanuit dit gezichtspunt is het inderdaad duidelijk, dat bepalingen van dit type ten hoogste ten gevolge hebben, dat de verkoop wordt gekanaliseerd, in die zin dat een produkt X slechts in handelszaken mag worden verkocht en niet via andere technieken.

35 — In werkelijkheid preciseert de rechtspraak van het Hof niet expliciet of het gaat om de Lid-Staat van herkomst van het produkt of om de Lid-Staat van de betrokken onderneming. Het is eveneens duidelijk, dat de aard van het probleem verschilt al naar gelang van de hypothese.

36 — Zie punten 16 tot en met 18.

Zeker kan niet ontkend worden, dat de koers van de arresten Oebel tot Sheptonhurst en die van het arrest inzake de opening van winkels op zondagen niet zo ver uit elkaar liggen — en dan bedoel ik niet alleen ten aanzien van het bereikte resultaat. In beide gevallen impliceert het antwoord van het Hof namelijk slechts een marginale toetsing, een onderzoek *prima facie* dat zich richt op het redelijke karakter van de betrokken maatregel, waarbij met name rekening wordt gehouden met de aard van het verband (uitsluitend indirect en vaag) tussen de maatregel en de invoer alsmede met de eventuele beperkende gevolgen van die maatregel op de invoer. Afgezien van de verscheidenheid van de gebruikte formuleringen en het bereikte eindresultaat blijft het echter een feit, dat in het ene geval werd geoordeeld, dat de betrokken maatregelen op zich geen maatregelen van gelijke werking vormden, terwijl zij in het andere geval in principe onder artikel 30 vielen.

24. Nog minder begrijpt men het verschil in benadering tussen enerzijds de zaken met betrekking tot de opening van winkels op zondagen, en anderzijds de zaken met betrekking tot het monopolie van apothekers en opticiens en het verbod om reclame te maken (Aragonesa). Op basis van hetzelfde vertrekpunt (maatregelen die de omvang van de verkoop en bijgevolg van de invoer kunnen verminderen in situaties waarin een eventuele discrepantie tussen de wetgevingen geen rol speelt), is het Hof namelijk tot fundamenteel verschillende uitkomsten gekomen: in het eerste geval kwam het, zoals wij hebben gezien, tot een onderzoek gericht op het redelijke karakter van de betrokken maatregel, waarbij rekening werd gehouden met de gevolgen die zij voor de invoer zou kunnen hebben; in het tweede geval tot een „klassieke" toetsing aan artikel 36.

Mijns inzien moeten wij alle oefeningen in dialektiek hier achterwege laten en alle nationale maatregelen, die niets te maken hebben met de handel, en nog minder met de integratie der markten, aan de werkingssfeer van artikel 30 onttrekken.

De beperkingen van het begrip maatregelen van gelijke werking

25. De aldus gebleken inconsistentie en tegenstellingen wijzen op een grote behoefte aan verduidelijking, in de vorm van zo duidelijk en eenduidig mogelijke criteria en vooral van een bewuste en nadrukkelijke fundamentele keus ten aanzien van de noodzaak (of opportuniteit) van een toetsing van het betrokken type maatregelen aan artikel 30. Overigens wordt hierdoor ook verwarring bij de betrokken ondernemingen voorkomen, omdat zij in de huidige situatie worden aangemoedigd de meest uiteenlopende maatregelen (voor zover zij hun handelsvrijheid beperken) op de grondslag van artikel 30 te bestrijden, alleen omdat niet vooraf kan worden uitgesloten, dat zij de invoer op enigerlei wijze beïnvloeden.

Mijns inziens kan het in het arrest Dassonville geformuleerde criterium niet in die zin worden uitgelegd, dat een potentiële afname van de invoer, die uitsluitend en alleen afhangt van een meer algemene (en eventuele) afname van de verkoop, een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking kan vormen.

Ik vind namelijk, dat maatregelen, die de modaliteiten van de uitoefening van de handelsactiviteit tot onderwerp hebben, principieel moeten worden geacht buiten de werkingssfeer van artikel 30 te vallen, omdat zij niet bestemd zijn om de handel te regelen, er geen enkele relatie tussen deze maatregelen en het uiteenlopen of overeenstemmen van de betrokken nationale wetgevingen bestaat, en zij evenmin van dien aard zijn,

dat zij de toegang tot de markt minder winstgevend maken voor de betrokken ondernemingen en daarmee de toegang voor de bedoelde produkten indirect bemoeilijken. Deze zienswijze, die gebaseerd is op het beginsel van de wederzijdse erkenning, is een weerspiegeling van de logica die ten grondslag ligt aan de benadering „Cassis de Dijon"; het streven naar integratie waarop die benadering is gebaseerd, wordt hierdoor geenszins opnieuw ter discussie gesteld.

26. Zeker, een dergelijke uitleg betekent, in elk geval deels, een ommekeer in mijn denkwijze ten opzichte van de eerder door mij op dat punt verkondigde stellingen (conclusies bij de arresten Buet, Delattre, Monteil en Samanni, SARPP, Boscher en Société de Laboratoire de Prothèses Oculaires).

Vandaag nodig ik het Hof echter uit dezelfde stap te zetten en wel duidelijk en nadrukkelijk, zodat het ook een zinvolle en nuttige stap wordt.

En ik ben mij ervan bewust, dat de door mij thans voorgestelde uitlegging betekent, dat sommige arresten, waaronder niet de minste, „overruled" zullen zijn [37]; deze ommezwaai is echter zeker geen stap terug ten opzichte van de redelijke ontwikkeling sedert het arrest Cassis de Dijon, doch hierdoor krijgt artikel 30, zoals in het arrest Dassonville uitgelegd, zijn natuurlijke functie terug en wordt een naar mijn mening volstrekt oneigenlijk gebruik van dit artikel tegengegaan.

27. Want anders zou artikel 30 uiteindelijk worden ingeroepen en gebruikt, niet voor de doeleinden die aan dit artikel eigen zijn, doch om bepaalde ondernemingen in de gelegenheid te stellen zich te onttrekken aan de toepassing van *nationale bepalingen* die, doordat zij een bepaalde activiteit regelen, *de handelsvrijheid beperken:* door ofwel aan de betrokken winkels openingstijden op te leggen, ofwel een voorafgaande vergunning voor de uitoefening van een bepaalde activiteit (en waarom niet, zelfs een eenvoudige handelsvergunning), ofwel beroepsvoorwaarden (soms ook technische voorwaarden) aan de persoon die een bepaald type goederen wenst te verkopen.

Een dergelijk gebruik van artikel 30 zou er uiteindelijk toe leiden, dat de verdragsbepalingen inzake het verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging inhoudsloos worden of in elk geval aan belang inboeten. De handelaar, die ook op maken voor zondagen wil verkopen of de apotheker die reclame wil maken voor niet-farmaceutische produkten doen een beroep op niets meer of minder dan het *recht tot vrije uitoefening van hun handelsactiviteit:* en het is derhalve alleen om zich te onttrekken aan bepaalde verplichtingen, dat zij de onverenigbaarheid daarvan met de bepalingen inzake het verkeer van goederen inroepen. Als men echter goed kijkt, gaat het om verplichtingen die eerder verband houden met de diensten en de vestiging, dat wil zeggen om regels, waarop die ondernemingen geen beroep kunnen doen om de simpele reden, dat sprake is van een puur interne situatie.

Een goede illustratie hiervan is de zaak Gauchard. [38] Hierin ging het om een regeling, die de opening of uitbreiding van handelsruimte boven een bepaalde oppervlakte onderwierp aan voorafgaande toe-

37 — Ik verwijs, naast de arresten inzake de opening van winkels op zondag, naar de arresten Delattre en Monteil en Samanni voor wat betreft het monopolie-aspect van de verkoop van geneesmiddelen; naar het arrest LPO over het monopolie van opticiens; en naar het arrest Aragonesa. Ten aanzien van de reeks arresten inzake de methoden van verkoopbevordering verwijs ik echter naar hetgeen ik in noot 35 heb uiteengezet.

38 — Arrest van 8 december 1987 (zaak 20/87, Jurispr. 1987, blz. 4879). Zie in diezelfde zin ook het arrest van 20 april 1988 (zaak 204/87, Bekaert, Jurispr. 1988, blz. 2029).

stemming. Het Hof heeft zich terecht zelfs niet uitgesproken over de eventuele onverenigbaarheid van deze regeling met artikel 30 (en dit ondanks het feit, dat de advocaat-generaal in zijn conclusie uitvoerig op dit aspect was ingegaan); het was daarentegen van oordeel, dat deze regeling onderzocht moest worden in het licht van de bepalingen op het gebied van de vestiging en concludeerde, dat deze bepalingen niet toepasselijk waren, omdat het om een puur interne situatie ging.

28. Ik ben er dus van overtuigd, dat het criterium van het arrest Dassonville niet kan en niet mag worden uitgelegd in die zin, dat onder het begrip maatregel van gelijke werking eveneens vallen de nationale maatregelen, die vanwege het feit, dat zij van invloed zijn op het aanbod en/of de vraag en dus — doch uitsluitend daardoor — op de omvang van de verkoop, tot een vermindering van het invoervolume kunnen leiden, doch zonder dat er sprake is van enige belemmering van het verkeer van de bedoelde produkten binnen de Gemeenschap en zonder dat er enig verband bestaat met verschillen tussen de betrokken wetgevingen.

Ik ben namelijk van mening, dat artikel 30 tot doel heeft het vrije verkeer van goederen te verzekeren, ten einde een gemeenschappelijke en geïntegreerde markt tot stand te brengen, door de afschaffing dus van nationale maatregelen die op enigerlei wijze een hindernis of gewoonweg moeilijkheden bij het verkeer van produkten creëren; artikel 30 heeft niet tot doel het verbieden van de meest uiteenlopende maatregelen, teneinde uiteindelijke en maximale expansie van de handel te verzekeren. Te dien aanzien is het veelbetekenend, dat de apothekers, die het recht opeisen om reclame te mogen maken voor de betrokken produkten, zich in casu niet beroepen op een belemmering van de invoer, doch op de omstandigheid, dat zij hierdoor worden benadeeld ten opzichte van *andere verkooppunten* die dezelfde produkten verkopen.

29. Terugkomende op de in casu bestreden maatregel, hoeft in het licht van de voorgaande overwegingen alleen nog maar te worden geconstateerd, dat deze maatregel:

a) betrekking heeft op de door een bepaalde categorie winkels voor bepaalde produkten gemaakte reclame;

b) zonder onderscheid van toepassing is;

c) de toegang tot de markt niet duurder of moeilijker maakt, en de verkoop van ingevoerde produkten niet moeilijker maakt ten opzichte van die van nationale produkten;

d) eventueel een daling van de invoer teweegbrengt, die slechts een gevolg is van een eventuele daling van de verkoop;

e) hoe dan ook dit gevolg zou hebben, ook indien een soortgelijke maatregel gold in het land van herkomst van de betrokken produkten.

Op grond van al deze elementen moet de in casu onderzochte maatregel worden geacht niet onder artikel 30 te vallen, aangezien hij geen belemmering vormt voor de handel in de zin van deze bepaling.

30. Zou het Hof daarentegen van oordeel zijn, dat de litigieuze maatregel wel degelijk een belemmering voor de handel kan vormen in de zin van artikel 30, dan zou deze maatregel noch door dwingende vereisten noch door één van de in artikel 36 bedoelde afwijkingen kunnen worden gerechtvaardigd. De

noodzaak om de gezondheid van mensen te beschermen — de rechtvaardigingsgrond waarop in casu een beroep wordt gedaan — blijkt in werkelijkheid volstrekt ongegrond te zijn.

Het komt mij niet voor, dat de stelling van de Landesapothekerkammer kan worden aanvaard, dat het betrokken reclameverbod onontbeerlijk zou zijn om de regelmatige voorziening van geneesmiddelen te verzekeren en te vermijden, dat het imago van de apotheker niet langer overeenstemt met zijn beroepsactiviteiten.

31. Het is daarentegen duidelijk, dat een dergelijk verbod op zijn minst onevenredig is ten opzichte van het nagestreefde doel wanneer men bedenkt dat — zoals ook uit het dossier blijkt — de verkoop van de betrokken produkten alleen is toegestaan op voorwaarde, dat de goede werking van de apotheek er niet door wordt belemmerd. Dit doel zou echter eveneens kunnen worden bereikt door bijvoorbeeld een plafond vast te stellen voor de verkoop van niet-farmaceutische produkten of door tuchtrechtelijke maatregelen te nemen tegen apothekers die zich op de verkoop van deze produkten concentreren.

Vanuit die optiek kan het resultaat dan ook niet anders zijn dan dat de bestreden maatregel onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht.

Een andere oplossing zou zijn, dat de betrokken maatregel wordt gerechtvaardigd met een beroep op apodictische formules, die ook in sommige van de aangehaalde arresten kunnen worden teruggevonden: zoals duidelijk blijkt uit de overwegingen die ik hierboven uiteen heb gezet, voel ik daar echter weinig voor.

32. Bijgevolg geef ik het Hof in overweging de door het Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg gestelde prejudiciële vraag als volgt te beantwoorden:

„Artikel 30 van het Verdrag moet aldus worden uitgelegd, dat een nationale bepaling die apothekers verbiedt buiten de apotheek reclame te maken voor niet-farmaceutische produkten, geen maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking is."