

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

S. ALBER

van 8 april 2003¹

I — Inleiding

II — Rechtskader

A — *Richtlijn 84/450 EEG van de Raad van 10 september 1984 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame*^{2,3}

2. Artikel 1

1. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing heeft betrekking op de verenigbaarheid van een nationaal reclameverbod met de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van goederen en eventueel de vrijheid van dienstverrichting. Naar Oostenrijks recht is het verboden in een reclameboodschap te vermelden dat de goederen die ten verkoop worden aangeboden afkomstig zijn uit een failliete boedel wanneer die goederen op dat tijdstip geen deel meer uitmaken van die failliete boedel.

„Deze richtlijn beoogt de consumenten en degenen die een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of een vrij beroep uitoefenen, alsmede de belangen van het publiek in het algemeen, te beschermen tegen misleidende reclame en de onbillijke gevolgen daarvan, en de voorwaarden vast te stellen waaronder vergelijkende reclame is geoorloofd.”⁴

2 — Aldus de titel zoals gewijzigd bij richtlijn 97/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame teneinde ook vergelijkende reclame te regelen (PB L 290, blz. 18, hierna: „richtlijn 97/55”).

3 — PB L 250, blz. 17.

4 — Tekst zoals gewijzigd bij richtlijn 97/55.

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

3. Artikel 2, punt 2

- a) de kenmerken van de goederen of diensten, zoals beschikbaarheid, aard, uitvoering, samenstelling, procédé en datum van fabricage of levering, geschiktheid voor het gebruik, de gebruiksmogelijkheden, hoeveelheid, specificatie, geografische of commerciële oorsprong of van het gebruik te verwachten resultaten, of de uitslagen en essentiële uitkomsten van onderzoek van de goederen of diensten;

„In deze richtlijn

[...]

[...]”

wordt onder misleidende reclame verstaan elke vorm van reclame die op enigerlei wijze, daaronder begrepen haar opmaak, de personen tot wie zij zich richt of die zij bereikt, misleidt of kan misleiden en die door haar misleidende karakter hun economische gedrag kan beïnvloeden, of die om die redenen een concurrent schade toebrengt of kan toebrengen; [...]"

5. Artikel 7

„1. Deze richtlijn belet de lidstaten niet voorschriften te handhaven of aan te nemen met het oog op een verdergaande bescherming, op het gebied van misleidende reclame, van de consument, van personen die een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of een vrij beroep uitoefenen, en van het publiek in het algemeen.

4. Artikel 3

„Bij de beoordeling van de vraag of een bepaalde reclame misleidend is, moeten alle bestanddelen, in het bijzonder de daarin voorkomende mededelingen omtrent de volgende punten, in aanmerking worden genomen:

[...]”⁵.

⁵ — Tekst zoals gewijzigd bij richtlijn 97/55.

B — *Het Oostenrijkse Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 (wet tegen oneerlijke concurrentie, hierna: „UWG”)*⁶ 7. § 30, lid 1

„Verbod om bij de verkoop van goederen naar een failliete boedel te verwijzen

6. § 2, lid 1

„Misleiding

Wanneer in openbare bekendmakingen of in mededelingen die bestemd zijn voor een ruime kring van personen, de verkoop wordt aangekondigd van goederen die uit een failliete boedel afkomstig zijn, maar niet meer tot die failliete boedel behoren, is het verboden te vermelden dat de goederen uit een failliete boedel afkomstig zijn.”

Degene die in het handelsverkeer en met het oog op de mededinging misleidende mededelingen doet over commerciële aspecten, met name over de aard, de herkomst, de fabricagemethode of de prijsberekening van bepaalde goederen of diensten of van het volledige aanbod, over prijslijsten, over de wijze van aankoop of de leveranciers van goederen, over de verkregen onderscheidingen, over de redenen of het doel van de verkoop of over de omvang van de voorraden, kan worden veroordeeld zich van die mededelingen te onthouden en, indien hij wist of moest weten dat die mededelingen het publiek konden misleiden, tot betaling van schadevergoeding.”

III — Feiten

8. Partijen in het hoofdgeding houden zich bezig met de aan- en verkoop van vermogensbestanddelen van ondernemingen in liquidatie. Zij hadden beide belangstelling getoond voor het opkopen van de roerende activa van een in staat van faillissement verklaarde bouwonderneming. Op 26 maart 2001 verwierf verweerster in het hoofdgeding (hierna: „Troostwijk”) met toestemming van de rechter-commissaris, machines, voertuigen en bouwmaterialen van de gefailleerde. Zij was voornemens deze goederen uit de failliete boedel op 14 mei 2001 in het kader van een veiling te

⁶ — BGBl. nr. 448/1984, laatstelijk gewijzigd bij BGBl. I nr. 136/2001.

verkopen. Troostwijk maakte deze veiling als volgt bekend:

9. De veiling werd aangekondigd in een verkoopcatalogus alsmede in een advertentie. De advertentie werd ook gepubliceerd op de website <http://www.troostwijkauctions.com/>.

„GROTE FAILLISSEMENTSVEILING

van machines, bouwmaterialen en het wagenpark

10. Op vordering van verzoekster in het hoofdgeding (hierna: „Karner”) wees het Handelsgericht Wien (Oostenrijk) een vonnis in kort geding waarbij Troostwijk werd gelast:

uit de FAILLIETE BOEDEL van de vennootschap

OP MAANDAG 14 MEI 2001

vanaf 10 uur ...

TROOSTWIJK Gesellschaft m.b.H.

„om met onmiddellijke ingang, en tot in de bodemprocedure onherroepelijk uitspraak is gedaan, in het handelsverkeer en met het oog op de mededinging in openbare bekendmakingen of in mededelingen die voor een ruime kring van personen zijn bestemd, de aankondiging van de verkoop van goederen onder vermelding van het feit dat zij uit een faillissementsboedel afkomstig zijn, te staken, voorzover die goederen geen deel meer van die boedel uitmaken;

EXPERTISES — VEILINGEN — LIQUIDATIES ...

bij de openbare veiling van 14 mei 2001 jegens de potentiële kopers publiekelijk te verklaren dat zij de goederen van de curator heeft gekocht en dat de veiling niet namens en in opdracht van de curator plaatsvindt,

[http://www.troostwijkauctions.com/.](http://www.troostwijkauctions.com/)”

maar voor haar eigen rekening, zodat er geen sprake is van een faillissementsveiling.”

11. Het Oberlandesgericht Wien (Oostenrijk) bekrachtigde het op § 30 UWG gebaseerde stakingsbevel en verwierp het beroep tegen de verplichting tot het afleggen van de betrokken verklaring wegens het ontbreken van een belang. Troostwijk stelde hiertegen hogere voorziening in bij het Oberste Gerichtshof (Oostenrijk).

12. Het Oberste Gerichtshof betwijfelt of het verbod van § 30, lid 1, UWG verenigbaar is met artikel 28 EG. Het zet uiteen dat de wetgever bij de vaststelling van het voorschrift ervan is uitgegaan „dat consumenten bij voorkeur goederen kopen die door een curator in een faillissement worden verkocht, in de veronderstelling die goederen voordelig te kunnen kopen, maar dat zij met betrekking tot een aankondiging van de verkoop van goederen uit een failliete boedel niet onderscheiden of de verkoop uitgaat van de curator dan wel van een derde die de goederen uit een failliete boedel heeft verworven. Voorkomen moet worden dat derden die de goederen uit de failliete boedel hebben verworven, deze neiging van het publiek uitbuiten.”

13. Dit verbod geldt derhalve, ongeacht of in het concrete geval daadwerkelijk gevaar van misleiding bestaat en of dit gevaar door adequate informatieverstrekking is uitgesloten. Het voorschrift geldt ook wanneer er in de reclame op wordt gewezen dat de reclamemaker de goederen van de curator heeft verworven en zelfs wanneer ondanks de winstmarge van de reclamemaker nog steeds sprake is van een aanzienlijk prijsverschil. Ook dan wordt aan de consument juiste en nuttige informatie onthouden.

14. Daarentegen heeft het algemene misleidingsverbod van § 2 UWG enkel betrekking op mededelingen die daadwerkelijk kunnen misleiden. In die zin is de werkingssfeer van deze bepaling dus beperkter dan die van de bijzondere bepaling van § 30 UWG.

15. Volgens de verwijzende rechter lijkt het reclameverbod van § 30 UWG de intracommunautaire handel ongunstig te kunnen beïnvloeden. Indien het een ondernemer verboden is waarheidsgetrouw mee te delen dat hij goederen tegen een bijzonder lage prijs aanbiedt, omdat hij deze (nog voordeliger) van een curator heeft verworven, wordt de consumenten dergelijke informatie onthouden. Degene die goederen uit een failliete boedel verwerft, moet bovendien in zijn reclame rekening houden met de verschillende rechtsnormen

in de afzonderlijke lidstaten van de Gemeenschap. IV — Argumenten van partijen

16. In de verwijzingsbeschikking wordt betwijfeld of § 30 UWG als een verkoopmodaliteit in de zin van het arrest Keck en Mithouard⁷ kan worden beschouwd, zonder dat dit punt evenwel verder wordt uitgewerkt.

17. Het Oberste Gerichtshof betwijfelt eveneens of de bepalingen uit hoofde van de consumentenbescherming kunnen worden gerechtvaardigd. Het acht de regeling onevenredig, omdat ook nuttige en niet-misleidende informatie wordt verboden. Het heeft daarom het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Moet artikel 28 EG aldus worden uitgelegd, dat het in de weg staat aan een nationale regeling die verbiedt om, los van het waarheidsgehalte van de mededeling, te vermelden dat goederen uit een failliete boedel afkomstig zijn, wanneer in openbare aankondigingen of in mededelingen die voor een ruime kring van personen zijn bedoeld, de verkoop wordt aangekondigd van goederen die uit een failliete boedel afkomstig zijn, maar daarvan geen deel meer uitmaken?”

A — *De ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing*

18. Karner is van mening dat het verzoek om een prejudiciële beslissing niet-ontvankelijk is. De feiten die aan het hoofdgeding ten grondslag liggen hebben geen betrekking op een grensoverschrijdende situatie. § 30 UWG gaat over reclame in Oostenrijk. Het in het hoofdgeding bestreden stakingsvonnis betreft een reclame in Oostenrijk voor de verkoop in Oostenrijk van goederen die uit een Oostenrijkse failliete boedel zijn verworven. Partijen in het hoofdgeding zijn beide in Oostenrijk gevestigd.

19. Alleen Troostwijk gaat op dit argument in. Zij is van mening dat het buitenlandse element in casu voortvloeit uit het feit dat de reclame op Internet is gepubliceerd.

B — *Beperking van het vrij verkeer van goederen*

20. Troostwijk is van mening dat § 30 UWG het vrij verkeer van goederen beperkt. Dit voorschrift verbiedt de ver-

⁷ — Arrest van 24 november 1993 (C-267/91 en C-268/91, Jurispr. blz. I-6097, punten 16 e.v.).

spreiding van waarheidsgetrouwe informatie. Deze informatie is echter voor de potentiële koper niet alleen interessant, maar eveneens van belang voor zijn besluit al dan niet tot aankoop over te gaan. Daarom belemmert de regeling de verkoop van de goederen.

21. Aangezien de advertentie op Internet is gepubliceerd, is zij uiteraard niet tot één lidstaat beperkt. Een met § 30 UWG vergelijkbare bepaling bestaat alleen in Duitsland, namelijk § 6 van de Duitse wet inzake oneerlijke concurrentie. In andere lidstaten, zoals bijvoorbeeld België, Frankrijk en Zweden, is een dergelijke reclame daarentegen wél toegestaan (de Zweedse regering betwist deze stelling onder verwijzing naar § 9, sub i, van de Zweedse wet betreffende handelspraktijken, die een vergelijkbaar voorschrift zou bevatten).

22. Volgens Troostwijk heeft het feit dat de rechtssituatie per lidstaat verschilt tot gevolg, dat voor goederen die uit een failliete boedel afkomstig zijn, op verschillende wijze reclame moet worden gemaakt. Daaraan zijn aanzienlijke kosten verbonden en het is gedeeltelijk ook onuitvoerbaar. Op Internet is een differentiatie niet mogelijk, omdat de reclame via dit medium niet tot één regio kan worden beperkt.

23. Troostwijk meent dat de regeling van § 30 UWG product-gerelateerd is. De

informatie over de herkomst van een product heeft betrekking op de hoedanigheid daarvan. Het betreft dus niet een verkoopmodaliteit in de zin van het Keck en Mithouard arrest.

24. Daarentegen zijn Karner, de Oostenrijkse en de Zweedse regering, evenals de Commissie, van mening dat de regeling in § 30 UWG niet het goederenverkeer beoogt te regelen. Zij vormt veeleer een verkoopmodaliteit, zodat artikel 28 EG hierop niet van toepassing is.

25. Het verbod is volgens hen niet product-gerelateerd. Er worden geen eisen gesteld aan de benaming van de goederen, hun vorm, hun afmetingen, hun gewicht, hun samenstelling, hun opmaak, hun etikettering of hun verpakking. Er is daarentegen sprake van een verkoop-gerelateerde regeling, die voorschriften bevat over de wijze van commercialisering. Reclame is de meest effectieve methode van verkoopbevordering. Ter onderbouwing van hun opvatting verwijzen zij naar de arresten in de zaken Hünernund e.a.⁸, Leclerc-Siplec⁹, De Agostini¹⁰ en Gourmet International Products¹¹, waarin het Hof reclame als een verkoopmodaliteit heeft gekwalificeerd.

8 — Arrest van 15 december 1993 (C-292/92, Jurispr. blz. I-6787).

9 — Arrest van 9 februari 1995 (C-412/93, Jurispr. blz. I-179).

10 — Arrest van 9 juli 1997 (C-34/95-C-36/95, Jurispr. blz. I-3843).

11 — Arrest van 8 maart 2001 (C-405/98, Jurispr. blz. I-1795).

26. Het verbod van § 30 UWG heeft evenzeer betrekking op nationale als op buitenlandse goederen en marktdeelnemers. De toegang tot de markt wordt hierdoor voor buitenlandse goederen niet beperkt. Daarom is voldaan aan de in de rechtspraak gestelde eisen aan de rechtmatigheid van een verkoopmodaliteit.

27. De Commissie wijst er bovendien op dat in het gemeenschapsrecht alleen een volledig verbod ongeoorloofd is, omdat dit tot gevolg heeft dat de gewoonten van nationale consumenten vaste gewoonten worden. § 30 UWG beperkt de reclame echter alleen ten aanzien van zeer specifieke informatie, namelijk dat de geadverteerde goederen uit een faillissement afkomstig zijn.

C — De rechtvaardiging van de beperking op grond van dwingende redenen van algemeen belang

28. Troostwijk is van mening dat de uit § 30 UWG voortvloeiende beperking van het vrij verkeer van goederen niet gerechtvaardigd is. De bepaling voldoet niet aan de in artikel 7, lid 1, van richtlijn 84/450 gestelde eisen, omdat zij, voorzover het om de verspreiding van waarheidsgetrouwe informatie gaat, niet noodzakelijk is ter

bescherming van de consument. Zij verwijst in dit verband naar het arrest GB-INNO-BM.¹² In zoverre maakt § 30 UWG ook inbreuk op richtlijn 84/450.

29. Wanneer men, zoals in de rechtspraak wordt gedaan, uitgaat van het model van de redelijk goed geïnformeerde, opmerkzame en voorzichtige consument, behoort alleen bescherming te worden geboden tegen informatie die de consument in concreto kan misleiden. Daarin wordt al door § 2 UWG voorzien. Daarentegen bestaat geen behoefte aan voorschriften zoals § 30 UWG die bescherming bieden tegen een abstract misleidingsgevaar.

30. Ten slotte verwijst Troostwijk nog naar de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens, dat artikel 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM”) ook de verspreiding van reclameboodschappen beschermt.¹³ Het verbod van verspreiding van waarheidsgetrouwe informatie is niet noodzakelijk voor de bescherming van de openbare orde in een democratische samenleving. Bijgevolg maakt het verbod van § 30 UWG eveneens inbreuk op artikel 10 EVRM en is het derhalve in strijd met het gemeenschapsrecht.

12 — Arrest van 7 maart 1990 (C-362/88, Jurispr. blz. I-667, punt 18).

13 — Zij citeert het arrest van het Europees Hof voor de rechten van de mens van 20 november 1989 in de zaak Markt Intern Verlag GmbH en Klaus Beerman/Duitsland, serie A, nr. 165.

31. Karner, de Oostenrijkse en de Zweedse regering zijn daarentegen van mening dat het verbod van § 30 UWG gerechtvaardigd is uit hoofde van de bescherming van de consumenten en de eerlijkheid van de handelstransacties. De consument maakt geen verschil tussen goederen die door de curator zelf en goederen die door derden worden verkocht nadat zij deze uit de failliete boedel hebben verkregen. De aankondiging dat de goederen uit een failliete boedel afkomstig zijn dient om kopers te lokken. De consument veronderstelt in dergelijke gevallen ten onrechte dat het om een bijzonder voordelige aankoop gaat. Deze verwachting wordt beschaamd wanneer de goederen door de winstmarge van tussenpersonen duurder worden. Het verbod van § 30 UWG strekt ertoe een dergelijke teleurstelling te voorkomen.

33. De Zweedse regering wijst er nog op dat voor de verkoop door de curator doorgaans specifieke voorschriften bestaan, zoals bijvoorbeeld de afwikkeling van de verkoop van de goederen uit de failliete boedel binnen een bepaalde termijn. Deze voorschriften gelden niet voor de verkoop door derden, nadat deze de goederen uit de failliete boedel hebben verworven. Het is daarom misleidend om de doorverkoop van dergelijke goederen als een „faillissementsveiling” of een „faillissementsverkoop” of in soortgelijke bewoordingen aan te kondigen. De bescherming is niet alleen nodig ten behoeve van de consumenten doch ook om de eerlijkheid van de handelstransacties te waarborgen.

34. Ten slotte voeren Karner en de Zweedse regering nog aan, dat zij geen alternatieve maatregelen kennen die even effectief en minder ingrijpend zijn. Zij achten het verbod daarom eveneens evenredig.

32. De Oostenrijkse regering is daarenboven van mening dat de regeling strookt met artikel 7, lid 1, van richtlijn 84/450. Bij de beantwoording van de vraag of een reclame misleidend is, moeten volgens artikel 3 van deze richtlijn alle bestanddelen in aanmerking worden genomen, inzonderheid mededelingen over de oorsprong van de goederen. Aangezien de richtlijn slechts voorziet in een minimale bescherming, zijn de lidstaten krachtens artikel 7 bevoegd voorschriften vast te stellen met het oog op een verdergaande consumentenbescherming.

V — Beoordeling

A — *Richtlijn 84/450 betreffende misleidende reclame*

35. Met richtlijn 84/450 heeft de Europese wetgever de voorschriften van de lidstaten

inzake misleidende reclame nader tot elkaar willen brengen. Volgens de verwijzende rechter beoogt de litigieuze bepaling van § 30 UWG bescherming te bieden tegen misleidende reclame. Daarom rijst de vraag of het reclameverbod van § 30 UWG verenigbaar is met de bepalingen van deze richtlijn.

36. De richtlijn bevat geen uitdrukkelijke regeling inzake reclame voor de veiling van goederen die uit een failliete boedel afkomstig zijn. Het voorschrift in artikel 3 van de richtlijn, dat bij de beoordeling of een reclame misleidend is, alle bestanddelen in aanmerking moeten worden genomen, waaronder ook mededelingen over de kenmerken van de goederen, zoals hun commerciële oorsprong, lijkt alleen relevant te zijn voor het verbod van § 2 UWG, dat de vaststelling van gevaar van misleiding in het concrete geval vereist. Hieronder valt niet § 30 UWG, aangezien dit artikel strekt ter bestrijding van een abstract misleidingsgevaar. Het is niet nodig dat in een concreet geval wordt aangetoond dat er gevaar voor misleiding bestaat. Los van de concrete opmaak ervan en van de vraag of zij inderdaad in staat is te misleiden, mag de reclame niet de mededeling bevatten dat de goederen uit een failliete boedel afkomstig zijn wanneer deze daarvan geen deel meer uitmaken op het tijdstip dat de reclameboodschap wordt verspreid. De bestrijding van dergelijke abstracte risico's valt niet onder de bij richtlijn 84/450 doorgevoerde harmonisatie.

37. De richtlijn verbiedt dergelijke bepalingen echter evenmin. Uit de laatste overwe-

ging van de considerans en uit artikel 7, lid 1, ervan volgt duidelijk dat de richtlijn de lidstaten niet belet voorschriften te handhaven of vast te stellen waarin een verdergaande bescherming van de consumenten is voorzien. Daartoe kan ook de bestrijding van abstracte misleidingsgevaaren worden gerekend. Richtlijn 84/450 verzet zich bijgevolg niet tegen het verbod van § 30 UWG.

B — Maatregel van gelijke werking als een invoerbepaling (artikel 28 EG)

38. Aangezien het litigieuze verbod niet onder een harmonisatiemaatregel van de Gemeenschap valt, moet de door de verwijzende rechter gestelde vraag of de artikelen 28 EG en 30 EG aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een verbod als dat van § 30 UWG, worden onderzocht.

1. Het bezwaar betreffende ontvankelijkheid

39. Om te beginnen moet worden ingegaan op het bezwaar van Karner dat het hoofd-

geding betrekking heeft op een zuiver interne situatie en niet op het goederenverkeer tussen de lidstaten, zodat het verzoek om een prejudiciële beslissing niet-ontvankelijk is.

40. De toepassing van Oostenrijkse wettelijke bepalingen op een in Oostenrijk gepubliceerde advertentie voor een in Oostenrijk georganiseerde veiling van uit een Oostenrijkse failliete boedel door een in Oostenrijk gevestigde onderneming verworven goederen heeft a priori betrekking op binnenlandse feiten. Dit betekent evenwel niet dat het verzoek om een prejudiciële beslissing niet-ontvankelijk is. Het geschil is noch geconstrueerd noch hypothetisch in de zin van het Foglia-Novello arrest.¹⁴

41. De door Karner gestelde vraag komt er veeleer op neer of artikel 28 EG van toepassing is op een feitelijke situatie zoals die in het hoofdgeding. Karner acht § 30 UWG geenszins onverenigbaar met de verdragsregels inzake het vrij verkeer van goederen, omdat in casu de handel tussen de lidstaten niet wordt beïnvloed. De afbakening van de werkingsfeer van artikel 28 EG is echter een kwestie van materieel recht. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is derhalve ontvankelijk.

2. Het bestaan van een beperking van het vrij verkeer van goederen

42. Artikel 28 EG verbiedt kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking. Volgens de „Dassonville”-formule is als maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking te beschouwen elke maatregel die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren.¹⁵

43. De reclame die in het hoofdgeding aan de orde is, is op Internet gepubliceerd. Daardoor konden potentiële afnemers in andere lidstaten van de reclame kennisnemen en desgewenst goederen op de veiling kopen. Wanneer een dergelijke reclame op grond van § 30 UWG wordt verboden, wordt de handel tussen de lidstaten ten minste indirect en potentieel belemmerd, aangezien een dergelijke reclame onmogelijk wordt. Het is echter de vraag of dit volstaat om onder het verbod van artikel 28 EG te vallen en of dit probleem niet moet worden opgelost aan de hand van het nationale constitutionele recht.

14 — Arrest van 16 december 1981 (244/80, Jurispr. blz. 3045, punt 18). Zie eveneens arrest van 16 juli 1992, Meilicke (C-83/91, Jurispr. blz. 1-4871, punt 25).

15 — Arrest van 11 juli 1974, Dassonville (8/74, Jurispr. blz. 837, punt 5), en arrest Keck en Mithouard (aangehaald in voetnoot 7, punt 11).

44. Achter het argument van Karner dat het een louter nationale situatie betreft, gaat een geheel andere en veel moeilijker te beantwoorden vraag schuil: is het doel van artikel 28 EG het waarborgen van de vrije uitoefening van commerciële activiteiten in de individuele lidstaten, of wil het slechts de handel tussen de lidstaten liberaliseren? Per slot van rekening zal het Troostwijk immers niet zozeer gaan om haar potentiële verkoopmogelijkheden in het buitenland als wel om het omzeilen van een hinderlijke reclamebeperking die haar beperkt in de uitoefening van haar commerciële activiteiten in het binnenland. Het is de vraag, of dit nog binnen de werkingssfeer van artikel 28 EG valt.

45. In de onderhavige procedure rijzen twee vragen aangaande de werkingssfeer van artikel 28 EG. Ten eerste de vraag, of het litigieuze reclameverbod wellicht een verkoopmodaliteit is, die sedert het arrest Keck en Mithouard in beginsel niet onder het verbod van artikel 28 EG valt. En ten tweede de vraag, of het voorschrift inzake de reclame moet worden getoetst aan de bepalingen inzake het vrij verkeer van goederen dan wel aan de bepalingen inzake de vrijheid van dienstverrichting.

46. Op grond van het subsidiaire karakter dat artikel 50, eerste alinea, EG aan de bepalingen inzake de vrijheid van dienst-

verrichting in verhouding tot de voorschriften inzake het vrij verkeer van goederen toekent, moet eerst worden onderzocht of de regeling van § 30 UWG binnen de werkingssfeer van artikel 28 EG valt.

3. De kwalificatie als verkoopmodaliteit

47. Volgens de oudere rechtspraak konden wettelijke voorschriften die bepaalde vormen van reclame of bepaalde methoden van verkoopbevordering beperken of verbieden, ofschoon zij het handelsverkeer niet rechtstreeks regelen, de omvang van het handelsverkeer beperken omdat zij de verkoopmogelijkheden ongunstig beïnvloeden.¹⁶ Op grond van deze analyse heeft het Hof in de zaken Oosthoek's Uitgeversmaatschappij¹⁷, GB-INNO-BM¹⁸, Aragonesa¹⁹ en Yves Rocher²⁰ geoordeeld, dat het vrij verkeer van goederen door een reclameverbod wordt beperkt.

48. In deze rechtspraak is echter sinds het arrest in de gevoegde zaken Keck en Mithouard een fundamentele kentering

16 — Arrest van 15 december 1982, Oosthoek's Uitgevermaatschappij (286/81, Jurispr. blz. 4575, punt 15); arresten GB-INNO-BM (aangehaald in voetnoot 12, punt 7) en Keck en Mithouard (aangehaald in voetnoot 7, punt 13).

17 — Arrest aangehaald in voetnoot 16.

18 — Arrest aangehaald in voetnoot 12.

19 — Arrest van 25 juli 1991 (C-1/90 en C-176/90, Jurispr. blz. I-4151).

20 — Arrest van 18 mei 1993 (C-126/91, Jurispr. blz. I-2361).

opgetreden. Daarin heeft het Hof onderscheid gemaakt tussen product-gerelateerde en verkoop-gerelateerde maatregelen en deze laatste in beginsel aan de werkingssfeer van artikel 28 EG onttrokken.

49. Volgens dit arrest kan de toepassing van nationale voorschriften die bepaalde verkoopmodaliteiten aan banden leggen of verbieden op producten uit andere lidstaten het handelsverkeer tussen de lidstaten niet rechtstreeks of indirect, daadwerkelijk of potentieel belemmeren in de zin van het arrest Dassonville. Dit gaat echter enkel op wanneer aan twee voorwaarden wordt voldaan, te weten dat die voorschriften van toepassing zijn op alle betrokken marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën, en dat zij zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere lidstaten. Wanneer aan die voorwaarden is voldaan, heeft de toepassing van dergelijke regelingen overeenkomstig de rechtspraak niet tot gevolg, dat voor producten uit andere lidstaten de toegang tot de markt wordt verhinderd of meer wordt bemoeilijkt dan voor nationale producten het geval is, zodat zij niet binnen de werkingssfeer van artikel 28 EG vallen.²¹ De omstandigheid dat nationale regelingen de omvang van de verkoop en, bijgevolg, die van de verkoop van producten uit andere lidstaten kunnen beperken, wordt dus niet meer voldoende geacht om deze regelingen als een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking te kunnen beschouwen.²²

50. Sinds deze ommekeer in de rechtspraak heeft het Hof beperkingen in de reclame voor de verkoop van bepaalde goederen in beginsel als een verkoop-gerelateerde regeling beschouwd, die niet onder het verbod van artikel 28 EG valt. Als voorbeeld noemt ik de arresten in de zaken Hünermund e.a.²³, Leclerc-Siplec²⁴ en De Agostini.²⁵ In de zaak Gourmet International Products²⁶ heeft het Hof daarentegen aangenomen dat sprake was van een beperking in het vrij verkeer van goederen, omdat het reclameverbod de commercialisering van ingevoerde goederen sterker beïnvloedde dan ten aanzien van binnenlandse goederen het geval was, het achtte de beperking echter in beginsel gerechtvaardigd op grond van de bescherming van de volksgezondheid, onder het voorbehoud dat het evenredigheidsbeginsel in acht werd genomen.

51. § 30 UWG betreft de reclame voor de verkoop van bepaalde goederen en is dus volgens de recente rechtspraak een verkoopmodaliteit. Op grond van deze rechtspraak moet in het onderhavige geval derhalve tot de conclusie worden gekomen, dat

21 — Arrest Keck en Mithouard (aangehaald in voetnoot 7, punten 16 e.v.).

22 — Arrest Keck en Mithouard (aangehaald in voetnoot 7, punt 13), en arrest van 20 juni 1996, Semeraro Casa (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 24).

23 — Arrest aangehaald in voetnoot 8, punt 22 (reclame buiten de apotheek voor farmaceutische producten).

24 — Arrest aangehaald in voetnoot 9, punt 22 (verbod van televisiereclame ten behoeve van de distributiesector).

25 — Arrest aangehaald in voetnoot 10, punt 44 (algeheel verbod van reclame die gericht is op kinderen onder de twaalf jaar of die misleidend is in de zin van de Zweedse wetgeving).

26 — Arrest aangehaald in voetnoot 11, punten 25 en 32.

het verbod van § 30 UWG niet binnen de werkingssfeer van artikel 28 EG valt.

niet op het product zelf, zijn samenstelling, zijn vorm, zijn afmetingen, zijn gewicht of zijn herkomst. Het verbod van § 30 UWG is derhalve een verkoop-gerelateerde maatregel.

52. Tegen de kwalificatie van § 30 UWG als verkoop-gerelateerde maatregel voert Troostwijk aan, dat de herkomst van een waar geen verband houdt met de verkoop, maar een kenmerk is van de waar. De verwijzing naar de herkomst van een waar acht zij product-gerelateerd.

55. Volgens de hiervoor aangehaalde rechtspraak vallen verkoopmodaliteiten echter uitsluitend buiten de werkingssfeer van artikel 28 EG wanneer zij van toepassing zijn op alle betrokken marktdeelnemers die hun activiteiten in het binnenland ontplooiën en wanneer zij zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten als op die van producten uit andere lidstaten.²⁷

53. Zoals reeds vermeld, wordt de herkomst van een waar in artikel 3, sub a, van richtlijn 84/450 één van de „kenmerken van de goederen” genoemd. Op grond hiervan valt heel goed te verdedigen dat de herkomst een hoedanigheid is die de goederen kenmerkt.

56. Het reclameverbod van § 30 UWG is van toepassing op alle marktdeelnemers die in Oostenrijk hun activiteiten ontplooiën. Aan de eerste voorwaarde is daarom voldaan.

54. Dit betekent echter niet dat het verbod om reclame te maken aan de hand van de herkomst van de goederen uit een failliete boedel, een product-gerelateerde regeling is. § 30 UWG regelt niet of goederen uit een failliete boedel in Oostenrijk mogen worden verkocht, maar op welke wijze voor de verkoop van deze goederen reclame mag worden gemaakt, namelijk zonder erop te wijzen dat zij uit een failliete boedel afkomstig zijn. § 30 UWG verbiedt dus reclame die suggereert dat goederen wegens hun herkomst tegen een gunstige prijs kunnen worden verkregen. Dit neemt echter niet weg dat het voorschrift betrekking heeft op de reclame voor een product en

57. Het is daarentegen twijfelachtig, of ook aan de tweede voorwaarde is voldaan. Troostwijk betoogt dat in andere lidstaten reclame die verwijst naar de herkomst van

27 — Arrest Keck en Mithouard (aangehaald in voetnoot 7, punt 16).

de goederen uit een failliete boedel is toegestaan, en noemt als voorbeelden België, Frankrijk en Zweden. Het gebruik van het Internet maakt het onmogelijk om reclame in Oostenrijk te onderscheiden van reclame in de andere lidstaten. Derhalve belemmert de regeling het vrij verkeer van goederen voorzover § 30 UWG reclame die in andere lidstaten is toegestaan, aan banden legt.

58. De Zweedse regering bestrijdt de stellingen van Troostwijk en zet uiteen dat het Zweedse recht een met § 30 UWG vergelijkbare bepaling bevat. De Commissie acht het doorslaggevend, of de betrokken regeling de toegang tot de markt voor buitenlandse producten sterker belemmert of zelfs onmogelijk maakt. Alleen wanneer de nationale verkopers van de producten een concurrentievoordeel genieten, is sprake van ongunstige beïnvloeding van het vrij verkeer van goederen. Zij is van mening dat dit bij § 30 UWG niet het geval is.

59. De door Troostwijk opgeworpen vraag, of bij de verspreiding van reclame op het Internet onderscheid kan worden gemaakt tussen de verschillende lidstaten, is een feitelijke kwestie, die de verwijzende rechter dient te onderzoeken. Ongeacht het antwoord hierop blijft het echter een feit dat volgens verweerster in het hoofdgeding

niet in alle lidstaten een dergelijk verbod geldt, zodat de in Oostenrijk verboden reclame in enkele andere lidstaten wél is toegestaan.

60. Uniforme reclameontwerpen die in de gehele interne markt worden gebruikt, behoeven de bescherming van het gemeenschapsrecht tegen belemmeringen. Dit is door het Hof al in de zaken Yves Rocher en Mars beslist.²⁸ Het Internet opent nieuwe mogelijkheden voor de marktdeelnemers, die tot dusverre wegens het ontbreken van een gemeenschapsrechtelijke regeling niet volledig kunnen worden benut, omdat de wetgevingen in de lidstaten van elkaar verschillen. De daaruit voortvloeiende belemmeringen mogen niet in de weg staan aan de verwezenlijking van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden.

61. In hoeverre richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt („Richtlijn inzake elektronische handel”; hierna: „E-Commerce-richtlijn”)²⁹ dit probleem vermag op te lossen, is in casu niet relevant. Ten tijde van de feiten, in mei 2001, was zij

28 — Arrest Yves Rocher (aangehaald in voetnoot 20, punt 10) en arrest van 6 juli 1995, Mars (C-470/93, Jurispr. blz. I-1923, punt 13)

29 — PB L 178, blz. 1.

in Oostenrijk nog niet toepasselijk. De omzetting vond eerst plaats bij de Oostenrijkse E-Commerce-wet³⁰, die op 1 januari 2002 van kracht is geworden.

62. Het door Troostwijk aangevoerde argument dat rekening moet worden gehouden met de verschillende reclameregelingen in de lidstaten, waaruit de noodzaak voortvloeit om de reclame aan te passen, zou in zoverre een discriminatie van ingevoerde goederen kunnen vormen, omdat niet in Oostenrijk gevestigde ondernemingen daardoor gedwongen worden hun voor de gehele Gemeenschap opgezette reclamecampagne voor de Oostenrijkse markt aan te passen aan de regeling van § 30 UWG. Alleen al de kosten om te onderzoeken wat in de individuele lidstaten wettelijk is toegestaan, zijn aanzienlijk.³¹ Bijgevolg maakt de regeling van § 30 UWG reclame voor ingevoerde goederen duurder. Het is de vraag of deze bijkomende kosten op zich reeds volstaan om van een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking te kunnen spreken.

63. Het arrest Yves Rocher biedt weinig steun voor de beantwoording van deze vraag, omdat dit vóór het arrest Keck en Mithouard is geweest, waarbij het onder-

scheid tussen verkoop-gerelateerde en product-gerelateerde maatregelen is ingevoerd.

64. Alles overziende, moet deze vraag echter volgens de recente rechtspraak waarschijnlijk ontkennend worden beantwoord. Enerzijds hebben de extra kosten geen betrekking op de aanpassing van de in te voeren goederen doch op de aanpassing van de reclame, een aspect dus dat verkoop-gerelateerd is. Volgens het in het arrest Keck en Mithouard gemaakte onderscheid vallen dergelijke bijkomende kosten vermoedelijk niet onder artikel 28 EG.

65. Anderzijds heeft het Hof zich ook in zijn recente rechtspraak laten leiden door de overweging, of de litigieuze regeling de toegang tot de markt voor buitenlandse goederen bemoeilijkt. In de zaak Gourmet International Products heeft het deze vraag bevestigend beantwoord ten aanzien van een verbod op alle voor consumenten bestemde reclame door middel van advertenties in de pers, reclame-uitzendingen op radio en televisie, het ongevraagd rechtstreeks toezenden van materiaal of door aanplakking op de openbare weg³². Anders dan het geval was in die zaak, bevat § 30 UWG echter geen volledig reclameverbod voor de verkoop van goederen die uit een failliete boedel afkomstig zijn. Verboden

30 — Bundesgesetz mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt (E-Commerce-Gesetz — ECG) und das Signaturgesetz sowie die Zivilprozessordnung geändert werden, BGBl. I nr. 152/2001.

31 — Zie de considerans van het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde juridische aspecten van de elektronische handel in de interne markt (COM/98/0586 def. van 18 november 1998, blz. 9 e.v.).

32 — Arrest aangehaald in voetnoot 11, punt 21.

wordt alleen de reclame waarin op de herkomst van de goederen uit een faillissement wordt gewezen. Verder mag voor de op de markt gebrachte goederen op alle andere manieren vrijelijk reclame worden gemaakt, uiteraard met inachtneming van het specifieke misleidingsverbod van § 2 UWG. In zoverre belemmert de regeling de toegang tot de markt voor producten uit andere lidstaten dus niet meer dan voor binnenlandse producten, waarmee de consument uiteraard meer vertrouwd is. Partijen hebben ook niets aangevoerd waaruit blijkt dat § 30 UWG de toegang tot de Oostenrijkse markt voor goederen uit andere lidstaten moeilijker maakt.

66. Bijgevolg moet worden aangenomen dat § 30 UWG de verkoop van binnenlandse producten en van producten uit andere lidstaten zowel rechtens als feitelijk in gelijke mate beïnvloedt. Daarmee is aan de voorwaarden voldaan om te kunnen spreken van een niet onder de werkingssfeer van artikel 28 EG vallende verkoopmodaliteit.

67. Concluderend moet worden vastgesteld dat het reclameverbod in § 30 UWG als verkoop-gerelateerde maatregel (verkoop-modaliteit) niet binnen de werkingssfeer van artikel 28 EG valt.

4. De rechtvaardiging van de beperking op grond van dwingende redenen van algemeen belang

68. Voor het geval het Hof zich niet met deze analyse mocht kunnen verenigen, maar ervan mocht uitgaan dat § 30 UWG tot een beperking van het vrij verkeer van goederen leidt, dient de vraag te worden onderzocht of de regeling eventueel krachtens artikel 30 EG is gerechtvaardigd.

69. Volgens artikel 30 EG staat artikel 28 EG niet in de weg aan invoerbeperkingen welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek, historisch en archeologisch bezit of uit hoofde van de bescherming van de industriële en commerciële eigendom. Deze rechtvaardigingsgronden zijn in casu niet aanwezig.

70. Naast de norm van artikel 30 EG moeten volgens vaste rechtspraak op de gebieden waarvoor geen gemeenschapsrechtelijke harmonisatie bestaat, belemmeringen van het intracommunautaire handelsverkeer als gevolg van dispariteiten van de nationale wettelijke regelingen worden aanvaard, voorzover die wettelijke regelingen zonder onderscheid van toepassing zijn

op nationale en ingevoerde producten en kunnen worden gerechtvaardigd doordat dwingende eisen, onder meer verband houdend met de bescherming van de consumenten, deze noodzakelijk maken. Om aanvaardbaar te zijn, moeten die regelingen evenwel evenredig zijn aan het nagestreefde doel en moet dit doel niet kunnen worden bereikt door maatregelen die het intracomunitaire handelsverkeer minder belemmeren.³³

71. Zoals hiervoor uiteengezet, geeft richtlijn 84/450 geen regels ten aanzien van de beperking van reclame door middel van een volledig verbod op grond van een abstract misleidingsgevaar. De in casu relevante situatie is dus gemeenschapsrechtelijk niet geharmoniseerd. Bovendien geldt § 30 UWG in gelijke mate zowel voor binnenlandse als voor ingevoerde goederen. Aan de eerste twee voorwaarden is dus voldaan. Vastgesteld moet nog worden of de regeling noodzakelijk is uit hoofde van de bescherming van de consumenten en de eerlijkheid van de handelstransacties, om welke redenen de Oostenrijkse wetgever haar heeft vastgesteld, zoals de verwijzende rechter uiteenzet, en of zij voorts evenredig is.

72. De bescherming van de consument en de eerlijkheid van de handelstransacties

worden in de rechtspraak als dwingende vereisten van algemeen belang beschouwd, die in beginsel belemmeringen van het vrije verkeer van goederen kunnen rechtvaardigen.³⁴

73. Troostwijk verweert zich tegen deze rechtvaardiging van de reclamebeperking met een beroep op het recht van vrije meningsuiting, zoals dit in artikel 10 EVRM is vastgelegd. Weliswaar kan dit recht worden beperkt, maar voor de handhaving van de democratische rechtsorde is het niet nodig waarheidsgetrouwe mededelingen aan banden te leggen.

74. Zeker, het Hof toetst nationale regelingen die niet in het kader van het gemeenschapsrecht zijn vastgesteld, niet aan het EVRM. Zodra daarentegen een dergelijke wettelijke regeling binnen het toepassingsgebied van het gemeenschapsrecht komt, moet het Hof, ingeval het om een prejudiciële beslissing wordt verzocht, alle uitlegingsgegevens verschaffen die de nationale rechter nodig heeft om de verenigbaarheid te kunnen beoordelen van deze regeling met de fundamentele rechten waarvan het Hof de eerbiediging verzekert, in het bijzonder die welke in het EVRM zijn neergelegd. In het bijzonder wanneer een lidstaat zich beroept op een bepaling die beperkingen van de fundamentele vrijheden toestaat, ter

33 — Arresten van 26 november 1996, *Graffione* (C-313/94, *Jurispr.* blz. I-6039, punt 17), en 12 oktober 2000, *Ruwet* (C-3/99, *Jurispr.* blz. I-8749, punt 50).

34 — Arresten *Ruwet* (aangehaald in voetnoot 33, punt 50) en *De Agostini* (aangehaald in voetnoot 10, punt 46).

rechtvaardiging van een regeling die de uitoefening van de fundamentele vrijheden kan belemmeren, moet deze door het gemeenschapsrecht geboden rechtvaardigingsgrond worden uitgelegd in het licht van de algemene rechtsbeginselen en met name de fundamentele rechten. Aldus kan de betrokken nationale regeling slechts in aanmerking komen voor de in het gemeenschapsrecht voorziene uitzonderingen, wanneer zij in overeenstemming is met de fundamentele rechten waarvan het Hof de eerbiediging heeft te verzekeren. Daaruit volgt dat de nationale rechter, en in voorkomend geval het Hof, in een dergelijk geval de toepassing van die bepalingen dient te toetsen aan alle regels van het gemeenschapsrecht, daaronder begrepen de in artikel 10 EVRM neergelegde vrijheid van meningsuiting, dat een algemeen rechtsbeginsel is waarvan het Hof de eerbiediging verzekert.³⁵

75. Volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens verdienen alle vormen van meningsuiting bescherming krachtens artikel 10, lid 1, EVRM. Daartoe behoren ook commerciële mededelingen³⁶, dat wil zeggen het verstrekken van inlichtingen, het tot uitdrukking brengen van ideeën of het tonen van beelden als onderdeel van de bevordering van een economische activiteit en het overeenkomstige bijbehorende recht om dergelijke informatie te ontvangen. Advo-

caat-generaal Fennelly heeft zich er in zijn conclusie in de procedure inzake de reclamrichtlijn voor tabak eveneens voorstander van getoond, reclame in gemeenschapsrechtelijk kader als onderdeel van de vrije meningsuiting te beschouwen.³⁷

76. Indien men zich bij dit standpunt aansluit, moet worden vastgesteld dat het reclameverbod van § 30 UWG de vrijheid van meningsuiting aan banden legt. Deze beperking is des te ernstiger, aangezien het verbod de verspreiding van ware feiten treft.

77. Derhalve rijst de vraag of de beperking gerechtvaardigd is. Artikel 10 EVRM bevat in lid 2 een uitdrukkelijk voorbehoud: de vrijheid van meningsuiting kan worden beperkt voorzover dit wettelijk voorzien en noodzakelijk is. Het Europees Hof voor de rechten van de mens heeft herhaaldelijk bevestigd dat met name reclame aan beperkingen en verbodsbepalingen kan worden onderworpen. In het arrest Markt Intern heeft het beperkingen toelaatbaar geacht die waren vastgesteld ter bescherming van

35 — Arrest van 18 juni 1991, ERT (C-260/89, Jurispr. blz. I-2925, punten 43 e.v. inzake de vrijheid van dienstverrichting en de rechtvaardigingsgronden bedoeld in artikel 46 EG). Zie in dezelfde zin arrest van 26 juni 1997, Familypress (C-368/95, Jurispr. blz. I-3689, punten 26-28, inzake het vrij verkeer van goederen en de rechtvaardigingsgronden bedoeld in artikel 30 EG).

36 — Arrest EHRM, aangehaald in voetnoot 13, punten 25 e.v.; zie eveneens het arrest van 24 februari 1994, Casado Coca/ Spanje, serie A nr. 285, punten 35 e.v.

37 — Gevoegde conclusies van advocaat-generaal Fennelly van 15 juni 2000 in de zaken Duitsland/Parlement en Raad (arrest van 5 oktober 2000, C-376/98, Jurispr. blz. I-8419, punt 153) en Imperial Tobacco e.a. (arrest van 5 oktober 2000, C-74/99, Jurispr. blz. I-8599).

de reputatie en de rechten van derden.³⁸ In de zaak *Casado Coca* heeft het erkend dat beroepsvoorschriften een rechtmatig doel in de zin van lid 2 nastreven en derhalve een beperking van de reclamemogelijkheden kunnen rechtvaardigen.³⁹ De Europese Commissie voor de rechten van de mens is van mening dat reclame aan verdergaande beperkingen kan worden onderworpen dan de verkondiging van politieke ideeën.⁴⁰

78. Advocaat-generaal Fennelly heeft in zijn reeds genoemde conclusie in de zaak van de reclamerichtlijn voor tabak met een beroep op het arrest *Markt Intern* bepleit om beperkingen aanvaardbaar te achten wanneer de bevoegde autoriteiten deze op redelijke gronden noodzakelijk achten. Economische mededelingen hebben doorgaans geen andere maatschappelijke functie van enige betekenis dan de bevordering van de economische activiteit, ten aanzien waarvan de wetgever terecht over een ruime beoordelingsmarge beschikt om beperkingen in het algemeen belang op te leggen.⁴¹

38 — Arrest aangehaald in voetnoot 13, punt 31.

39 — Arrest *Casado Coca*/Spanje (aangehaald in voetnoot 36, punt 46).

40 — Beslissing van 5 mei 1979 in de procedure 7805/77, *X en Church of Scientology/Zweden, D.R.*, 16 (1979), blz. 68, 73. Frowein in Frowein-Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention* (1985), artikel 10, punt 9, met verdere verwijzingen. Van Dijk-van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (tweede druk), artikel 10, punt 8, blz. 425.

41 — Gevoegde conclusies aangehaald in voetnoot 37, punt 159.

79. Op grond van dit criterium kan een beperking van reclame uit hoofde van de bescherming van de consumenten en de eerlijkheid van de handelstransacties, zoals door § 30 UWG bewerkstelligd, in beginsel geacht worden met artikel 10 EVRM verenigbaar te zijn, mits er geen gelijkwaardig middel ter verwezenlijking van dit doel bestaat dat het fundamentele recht op vrije meningsuiting minder beperkt.

80. Thans moet derhalve worden onderzocht, of het verbod van § 30 UWG evenredig is. Het is de vraag of het reclameverbod noodzakelijk is. Bij de beantwoording van deze vraag moet in aanmerking worden genomen dat het verbod betrekking heeft op de mededeling van ware feiten. De goederen die ter veiling worden aangeboden, zijn inderdaad uit een faillissement afkomstig. Wél maken zij ten tijde van de veiling al geen deel meer uit van de faillissementsboedel.

81. Zoals de Zweedse regering terecht betoogt, wordt een verkoop door een curator doorgaans gekenmerkt door de noodzaak de goederen zo snel mogelijk te verkopen en door de inachtneming van bepaalde wettelijke voorschriften. Deze omstandigheden beïnvloeden de prijs die voor de aangeboden goederen kan worden gevraagd. Van dergelijke omstandigheden is bij een veiling waarvoor verweerster in het hoofdgeding reclame maakt, geen

sprake. Bij haar veilingen behoeft zij niet de voorschriften in acht te nemen die voor een curator gelden. Evenmin staat zij onder druk de goederen zo snel mogelijk te verkopen. Op grond van deze verschillen is het gerechtvaardigd een duidelijk onderscheid te maken tussen de reclame voor een door verweerster in het hoofdgeding georganiseerde veiling en de reclame die wordt gemaakt voor een door de curator georganiseerde veiling.

82. Het opschrift van de litigieuze reclame „faillissementsveiling”, en de mededeling dat de te veilen goederen afkomstig zijn „uit de failliete boedel”, kunnen deze verschillen verdoezelen. In zoverre kan worden geconstateerd dat een verbod van reclame waarin wordt meegedeeld dat de goederen uit een failliete boedel afkomstig zijn, noodzakelijk is voor de bescherming van de consumenten en de eerlijkheid van de handelstransacties .

83. Thans moet nog worden onderzocht of het verbod evenredig is. Het is zeker geschikt om misleiding van de consumenten te voorkomen. In hoeverre er een minder vérgaande methode bestaat waarmee het nagestreefde doel eveneens kan worden verwezenlijkt, is evenwel twijfelachtig. Als minder ingrijpende maatregel zou in aanmerking kunnen komen een in de reclame opgenomen mededeling waaruit duidelijk blijkt dat de veiling niet door de curator of

voor zijn rekening wordt georganiseerd en dat de te veilen goederen ten tijde van de veiling reeds geen deel meer uitmaken van de failliete boedel.

84. In deze richting gaat ook het vonnis in kort geding van het Handelsgericht Wien, waarbij Troostwijk werd gelast om bij de openbare veiling van 14 mei 2001 tegenover de potentiële kopers te verklaren dat zij de goederen van de curator had verworven en dat de veiling niet op naam en in opdracht van de curator maar voor rekening van Troostwijk zelf plaatsvond, zodat van een faillissementsveiling geen sprake was.⁴² Door deze mededelingen worden de twee bovengenoemde verschillen tussen de beide types van veiling duidelijk zichtbaar in de daarvoor gemaakte reclame. De bescherming van de consumenten en de eerlijkheid van de handelstransacties kunnen op deze wijze worden verzekerd zonder dat het nodig is de waarheidsgetrouwe mededeling over de herkomst van de goederen te verbieden.

85. Ook in het arrest Yves Rocher heeft het Hof een dergelijke informatie aan de consumenten als een minder vérgaand middel beschouwd dan het verbod van waarheidsgetrouwe informatie⁴³, zodat de in casu

42 — Zie de tekst van het in de verwijzingsbeschikking weergegeven tweede gedeelte van de vorderingen in kort geding.

43 — Arrest aangehaald in voetnoot 20, punten 16-18.

door mij voorgestelde oplossing ook steun vindt in dat arrest.

geval indirect en potentieel de verkoop van in Oostenrijk geveilde goederen aan afnemers in andere lidstaten beïnvloeden.

86. Mitsdien moet worden geconcludeerd dat een volledig verbod van reclame waarin wordt meegedeeld dat de goederen uit een failliete boedel afkomstig zijn, verder gaat dan voor de bescherming van de consumenten en de eerlijkheid van de handelstransacties noodzakelijk is en dus onevenredig is. Het verbod kan derhalve niet worden gerechtvaardigd met een beroep op artikel 30 EG of op dwingende redenen van algemeen belang.

88. De verwijzingsbeschikking is weliswaar uitdrukkelijk beperkt tot de vraag naar de uitlegging van artikel 28 EG, maar het Hof heeft reeds herhaaldelijk verklaard dat het aan hem staat om uit de door de nationale rechter verschaft gegevens de elementen van het gemeenschapsrecht te putten die, mede gelet op het voorwerp van het geschil, uitlegging vereisen.⁴⁴ De verwijzingsbeschikking staat er daarom niet aan in de weg dat ook andere bepalingen van het Verdrag bij de juridische beoordeling worden betrokken.

C — Maatregel van gelijke werking als een uitvoerbeperking (artikel 29 EG)

87. De stelling van Troostwijk dat het verbod van § 30 UWG ertoe leidt dat in andere lidstaten toegestane reclame niet kan worden gebruikt voor een in Oostenrijk georganiseerde veiling, omdat de reclame niet per lidstaat kan worden aangepast, werpt de vraag op of § 30 UWG een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve uitvoerbeperking in de zin van artikel 29 EG vormt. Wanneer een in andere lidstaten geoorloofde reclame door de regeling van § 30 UWG op het Internet onmogelijk wordt gemaakt, kan dit in elk

89. Volgens vaste rechtspraak verbiedt artikel 29 EG evenwel slechts nationale maatregelen die een specifieke beperking van het uitgaand goederenverkeer tot doel of gevolg hebben en aldus tot een ongelijke behandeling van de binnenlandse handel en de uitvoerhandel van een lidstaat leiden, waardoor aan de nationale productie of aan de binnenlandse markt van de betrokken lidstaat een bijzonder voordeel wordt verzekerd.⁴⁵ Volgens de verwijzende rechter heeft het reclameverbod echter niet de regeling van het goederenverkeer tot doel maar de bescherming van de consumenten en de eerlijkheid van de handelstransacties.

44 — Arrest van 8 december 1987, *Gauchard* (20/87, Jurispr. blz. 4879, punt 7, met verdere verwijzingen).

45 — Arresten van 7 februari 1984, *Duphar e.a.* (238/82, Jurispr. blz. 523, punt 25); 10 maart 1983, *Inter-Huiles e.a.* (172/82, Jurispr. blz. 555, punt 12), en 23 mei 2000, *Sydhavnens Sten & Grus* (C-209/98, Jurispr. blz. I-3743, punt 34).

Aangezien de regeling de uitvoer niet specifiek beperkt, valt zij derhalve niet binnen de werkingssfeer van artikel 29 EG.

de verenigbaarheid van het verbod van § 30 UWG met de bepalingen inzake de vrijheid van dienstverrichting.

D — *De vrijheid van dienstverrichting*
(artikel 49 EG)

90. Indien het Hof mijn standpunt volgt en het verbod van § 30 UWG als een verkoopmodaliteit kwalificeert die niet binnen de werkingssfeer van artikel 28 EG valt, rijst de vraag of de regeling binnen de werkingssfeer van de bepalingen inzake de vrijheid van dienstverrichting valt, en zo ja, in hoeverre zij met deze bepalingen verenigbaar is.

91. Hier doet zich het, hiervoor reeds aangestipte probleem voor van de afbakening tussen de werkingssfeer van de artikelen 28 EG en 49 EG. Het litigieuze verbod betreft reclame. Wanneer men reclame slechts opvat als een onderdeel van het algemene handelsproces van de verkoop van goederen, moet de regeling uitsluitend vanuit het oogpunt van het vrij verkeer van goederen worden onderzocht. Wanneer men reclame daarentegen als een zelfstandige activiteit beschouwt, rijst de vraag naar

92. Hoe moeilijk die afbakening in een concreet geval kan zijn, blijkt uit de arresten in de zaken GB-INNO-BM en Schindler. Beide hadden betrekking op de distributie van reclamemateriaal. In het arrest GB-INNO-BM onderzocht het Hof de verspreiding van reclamefolders uitsluitend vanuit het oogpunt van het vrij verkeer van goederen.⁴⁶ In de zaak Schindler daarentegen werd de verzending van reclamemateriaal betreffende een buitenlandse loterij als dienstverrichting gekwalificeerd.⁴⁷

93. Hieruit blijkt dat deze vraag niet in abstracto maar op grond van de concrete omstandigheden van elk individueel geval moet worden beantwoord. Wanneer bijvoorbeeld de reclame door de verkoper zelf wordt ontworpen en gepubliceerd, ligt het voor de hand deze als een onderdeel van de verkoop van de goederen te beschouwen. Dit zou bijvoorbeeld kunnen gelden voor een bord dat in een winkel is opgesteld en door de verkoper zelf wordt beschreven. De beslissing zou vermoedelijk anders zijn wanneer de reclame door een derde wordt ontworpen en gepubliceerd, bijvoorbeeld

46 — Arrest GB-INNO-BM (aangehaald in voetnoot 12, punten 7 e.v.).

47 — Arrest van 24 maart 1994, Schindler (C-275/92, Jurispr. blz. I-1039, punten 20-25).

door een zelfstandig reclamebureau. Deze activiteit zou in beginsel binnen de werkingssfeer van artikel 49 EG moeten vallen.

94. De verwijzingsbeschikking bevat geen informatie over de feitelijke omstandigheden rond de reclame op het Internet. De thans volgende uiteenzettingen kunnen daarom alleen nuttige aanwijzingen verschaffen voor de wijze waarop de verwijzende rechter de feiten dient te toetsen aan het gemeenschapsrecht, voorzover hij mocht vaststellen dat de onderhavige reclame door een derde op het Internet is gepubliceerd.

95. In het hoofdgeding gaat het om reclame die onder meer op de website „<http://www.troostwijkauktions.com/>” is gepubliceerd. De verwijzende rechter zal om te beginnen moeten vaststellen, of verweerster in het hoofdgeding deze reclame zelf op het Internet heeft geplaatst of dat dit door derden is gedaan. In het eerste geval moeten de feiten alleen in het kader van het vrij verkeer van goederen worden beoordeeld, in het tweede geval moet het verbod van § 30 UWG ook op zijn verenigbaarheid met de vrijheid van dienstverrichting worden onderzocht.

96. Troostwijk heeft ter terechtzitting op de vraag van het Hof geantwoord dat zij

geen reclamebureau heeft ingeschakeld, maar de advertentie zelf op het Internet heeft geplaatst. Dit sluit evenwel de toepassing van de bepalingen inzake de vrijheid van dienstverrichting niet uit. De litigieuze advertentie, zoals weergegeven in de verwijzingsbeschikking, vermeldt namelijk het Internetadres „www.troostwijkauktions.com”. Dit is de homepage van de in Nederland gevestigde moederverenootschap van verweerster in het hoofdgeding. Deze Internetsite bevat op dit moment een lijst van data van veilingen die in heel Europa plaatsvinden, met inbegrip van reclameadvertenties die vergelijkbaar zijn met die van verweerster in het hoofdgeding, alsmede catalogi betreffende de goederen die ten verkoop worden aangeboden. Het ligt dus voor de hand dat de in geheel Europa actieve, in Nederland gevestigde moederverenootschap de litigieuze advertentie op het Internet heeft geplaatst. Voor het geval het om twee verschillende rechtspersonen mocht gaan, moet de nationale rechter beslissen of § 30 UWG verenigbaar is met de bepalingen inzake de vrijheid van dienstverrichting.

97. De vrijheid van dienstverrichting zou op twee manieren kunnen zijn beperkt. Wanneer de reclame op het Internet is gepubliceerd door een in een andere lidstaat gevestigde derde, waaronder een juridisch zelfstandige moederverenootschap, zou sprake kunnen zijn van een beperking van de vrijheid van dienstverrichting, omdat de verspreiding van de reclame in Oostenrijk krachtens § 30 UWG volledig is verboden. De betrokken dienst mag dan niet ten

behoefte van de Oostenrijkse vennootschap Troostwijk worden verricht.

meen belang, of zij evenredig is aan dit doel en of deze doelstellingen of dwingende redenen niet door minder ingrijpende maatregelen kunnen worden verwezenlijkt.

98. Indien de derde daarentegen eveneens in Oostenrijk is gevestigd, zou de vrijheid van dienstverrichting ongunstig beïnvloed kunnen zijn doordat de reclame niet via het Internet mag worden verspreid in andere lidstaten waar een dergelijke reclame in beginsel wél is toegestaan. Zoals Troostwijk onweersproken heeft gesteld, is het niet mogelijk de verspreiding van de reclame per lidstaat te differentiëren. In dat geval zou § 30 UWG alleen nog in acht kunnen worden genomen door geen reclame op het Internet te publiceren. Dit strookt ook met het herkomstlandbeginsel. Volgens dit beginsel moeten steeds de bepalingen van die lidstaat in acht worden genomen van waaruit de betrokken boodschap is verspreid. Dit beginsel is onder meer vastgelegd in artikel 3, lid 1, van de E-Commerce-richtlijn en door het Hof gehanteerd in het kader van de uitzending van televisiereclame.⁴⁸

99. De verwijzende rechter zou in deze gevallen moeten onderzoeken, of de uit § 30 UWG voortvloeiende beperking noodzakelijk is ter verwezenlijking van een van de in artikel 46 EG genoemde doelstellingen dan wel om dwingende redenen van alge-

100. De in artikel 46 EG opgesomde rechtvaardigingsgronden lijken in het hoofdgeding niet relevant. Volgens vaste rechtspraak echter vormen de bescherming van de consumenten en de eerlijkheid van de handelstransacties in beginsel dwingende redenen van algemeen belang die belemmeringen van de vrijheid van dienstverrichting kunnen rechtvaardigen.⁴⁹ Weliswaar heeft § 30 UWG de bescherming van de consumenten en de eerlijkheid van de handelstransacties tot doel, maar om de redenen vermeld in het kader van het onderzoek van de bepalingen inzake het vrij verkeer van goederen, moet de regeling ook in dit verband onevenredig worden geacht. Indien in de reclame een duidelijk onderscheid wordt gemaakt ten opzichte van de reclame voor een veiling van goederen uit een failliete boedel door de curator, waarborgt dit de bescherming van de consumenten en de eerlijkheid van de handelstransacties net zo doeltreffend als het volledige verbod van § 30 UWG. Een eventuele beperking van de vrijheid van dienstverrichting is derhalve niet gerechtvaardigd.

48 — Arrest De Agostini (aangehaald in voetnoot 10, punt 51).

49 — Arrest van 25 juli 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Jurispr. blz. I-4007, punt 14), en arrest De Agostini (aangehaald in voetnoot 10, punt 53).

VI — Conclusie

101. Mitsdien moet worden geconcludeerd dat § 30 UWG niet binnen de werkingssfeer van de artikelen 28 EG en 29 EG valt. Wat de vrijheid van dienstverrichting betreft, dient de verwijzende rechter eerst de feiten nader te onderzoeken, alvorens uitspraak te kunnen doen over een eventuele onverenigbaarheid van § 30 UWG met artikel 49 EG. Een rechtvaardiging op grond van dwingende redenen van algemeen belang stuit af op de onevenredigheid van de maatregel.

102. Ik stel derhalve voor, de prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

„Artikel 28 EG moet aldus worden uitgelegd, dat het niet in de weg staat aan een nationale regeling die verbiedt om, los van het waarheidsgehalte van de mededeling, te vermelden dat goederen uit een failliete boedel afkomstig zijn, wanneer in openbare aankondigingen of in mededelingen die voor een ruime kring van personen zijn bedoeld, de verkoop wordt aangekondigd van goederen die uit een failliete boedel afkomstig zijn, maar daarvan geen deel meer uitmaken.”