BIJLAGE

Behorend bij Kamerbrief KGG/ 95729698 appreciatie wetenschappelijke artikelen fossiele reclames

Samenvatting artikelen

Artikel Kaupa
In dit artikel bekijkt de auteur de mogelijkheden voor een verbod op reclame voor fossiele brandstoffen en andere koolstof intensieve producten (kortweg: fossiele reclame) aan de hand van parallellen met het verbod op tabaksreclame. Omdat volgens de auteur met het bestaande klimaatbeleid de afgesproken doelen niet gehaald zullen worden, komt ingrijpen aan de vraagzijde naar fossiele producten meer in beeld als politiek instrument. Hierbij doet de auteur een aantal aanbevelingen en constateringen:

- Tabaksreclameverboden en verboden voor fossiele reclame zijn vergelijkbaar omdat in beide gevallen de te reguleren reclame een aanzienlijke rol speelt in het verergeren van de schade die wordt veroorzaakt. De tabaksreclameregulering is daarom een plausibel model voor het vormgeven van een verbod op fossiele reclame.
- Een reclameverbod dient meerdere wetgevingsdoelen, namelijk bescherming van gezondheid, milieu, consumenten en democratisch proces. Het tabaksreclamevoorbeeld laat zien dat een reclameverbod zo uitgebreid mogelijk moet zijn, anders is het makkelijk te omzeilen.
- Op dit moment zijn zowel de EU als de lidstaten bevoegd een verbod op fossiele reclame uit te vaardigen. Hier ligt dus in principe geen obstakel.
- Een dergelijk verbod zal vermoedelijk de vrijheid van meningsuiting beperken (artikel 10 EVRM), alsmede de vrijheid van ondernemerschap (artikel 17 EU-Handvest) en de interne markt vrijheden. Deze beperkingen kunnen volgens de auteur gerechtvaardigd worden, ook omdat de verdragen een hoog niveau van bescherming van gezondheid, milieu en consumenten eisen.
- Om de beperkingen te rechtvaardigen, moet een verbod proportioneel zijn, een *fair balance* realiseren tussen de geraakte belangen, op een consistente manier ontworpen zijn en gebaseerd zijn op de best beschikbare wetenschappelijke kennis. Ook hier is modellering naar het voorbeeld van de tabaksreclameverbod zinvol omdat dit verbod voldoet aan deze Europeesrechtelijke vereisten, aldus de auteur.

Artikel Venzke en Ankersmit
De auteurs betogen dat een verbod op fossiele reclame rechtmatig is, gelet op het EU-recht en de vrijheid van meningsuiting van het EVRM. Hierbij wijzen zij op de volgende aspecten:

- Omdat er geen geharmoniseerde EU-regelgeving bestaat is er ruimte voor een lidstaat om het gewenste niveau van bescherming en de best passende maatregel daarvoor te kiezen.
- Als een verbod op fossiele reclame al leidt tot een beperking van het vrije verkeer kan deze beperking worden gerechtvaardigd in het belang van het leven, de gezondheid of het milieu, mits de overheid kan aantonen dat een reclameverbod een evenredige maatregel is om een algemeen belang te realiseren. Klimaatverandering kan zo'n belang zijn. Zij wijzen er ook op dat het HvJ EU geneigd is om maatregelen van lidstaten minder indringend te toetsen als deze hetzelfde doel beogen als de EU, zoals het tegengaan van klimaatverandering.
- De auteurs stellen dat een verbod op fossiele reclame een beperking van de vrijheid van meningsuiting van artikel 10 EVRM is. Deze beperking kan gerechtvaardigd worden als de beperking een wettelijke grondslag heeft. Deze wettelijke grondslag moet voldoen aan twee voorwaarden: de wet moet toegankelijk zijn en voorzienbaar. Dit betekent dat de wet moet identificeren welke reclame er onder valt om willekeurige beslissingen te voorkomen. De auteurs achten het mogelijk een verbod te relateren aan de fossiele brandstofintensiteit van een product, maar geven ook aan dat een duidelijker en juridisch meer verantwoorde optie waarschijnlijk betekent dat het soort producten en diensten waarvoor reclame verboden is nauwkeurig zal moeten worden gespecificeerd.

- Daarnaast moet een beperking proportioneel zijn, dat wil zeggen noodzakelijk en geschikt zijn. Waar het gaat om de noodzakelijkheid van de beperkende maatregel hanteert het EHRM de voorwaarde dat er een *pressing social need* moet bestaan. De auteurs stellen dat deze voorwaarde wordt vervuld vanwege de positieve verplichtingen van de staat ten aanzien van het terugdringen van broeikasgasemissies waar het gaat om het recht op leven (artikel 2 EVRM) en het recht op respect voor privé- en familieleven (artikel 8 EVRM), zoals die blijken uit het Urgenda arrest. Gelet op IPCC rapporten en omdat uit onderzoek blijkt dat reclame bijdraagt aan niet duurzame consumptie, achten zij de maatregel proportioneel gelet op het belang van bescherming van menselijk leven, de volksgezondheid en het milieu tegen de gevolgen van mondiale temperatuurstijging.
- De auteurs zien geen beperking van het eigendomsrecht, omdat het gebruik van reclameruimte al is onderworpen aan bestaande reclameregelgeving.
- De auteurs concluderen dat een fossiel reclameverbod een noodzakelijke, zij het onvoldoende, maar rechtmatige maatregel is om klimaatverandering tegen te gaan. Sterker zelfs, een verbod is gericht op dezelfde positieve verplichtingen als de EU en Nederland nastreven.

Overzicht juridische kaders
Hieronder worden de belangrijkste algemene juridische kaders beschreven die relevant zijn voor een eventueel nationaal verbod op fossiele reclame. Afhankelijk van de reikwijdte van een verbod kunnen meer van deze juridische kaders van toepassing zijn. Hoe deze kaders uitpakken hangt af van hoe een verbod eruit komt te zien en wat de onderbouwing ervan is. Van belang hierbij is ook dat nog geen rechtspraak bekend is over de juridische mogelijkheden van een nationaal verbod op fossiele reclame.

<u>Vrijheid van meningsuiting van artikel 7 van de Grondwet</u>
Artikel 7 van de Grondwet beschermt de vrijheid van meningsuiting. Op grond van dit artikel mogen beperkingen op de vrijheid van meningsuiting alleen gesteld worden bij formele wet. Artikel 7, eerste lid, verbiedt preventief toezicht op de inhoud van een uiting door middel van drukpers (allerlei vormen van tekst en afbeeldingen). Het tweede lid verbiedt preventief toezicht op radio- en televisie-uitzendingen. Andere audiovisuele uitingen en uitingen op internet vallen onder de bescherming van het derde lid. Het vierde lid bepaalt dat de voorgaande leden niet van toepassing zijn op het maken van handelsreclame.

Deze uitzondering voor handelsreclame betekent dat artikel 7 van de Grondwet geen belemmeringen of formele vereisten bevat voor zowel de nationale als de decentrale wetgever om inhoudelijke beperkingen op te leggen aan handelsreclame. Onder handelsreclame wordt verstaan iedere vorm van openbare aanprijzing van goederen en diensten voor commerciële doeleinden. De afbakening tussen handelsreclame en ideële reclame is niet zonder problemen. Propaganda voor ideële doeleinden valt niet onder handelsreclame. Ook reclame-uitingen met een ideëel aspect vallen onder de bescherming van artikel 7 Grondwet. Dat handelsreclame niet door artikel 7 van de Grondwet wordt beschermd, betekent niet dat zij geen enkele bescherming geniet. Handelsreclame valt binnen de beschermingssfeer van artikel 10 van het EVRM.[1]

<u>Vrijheid van meningsuiting van artikel 10 van het EVRM</u>
Artikel 10 EVRM beschermt de vrijheid van meningsuiting. Deze bescherming is niet beperkt tot bepaalde informatie of specifieke uitingen. Uit vaste jurisprudentie van het EHRM volgt dat deze bescherming bijvoorbeeld ook ziet op commerciële en reclame uitingen.[2]
Over de toelaatbaarheid van een nationaal verbod op fossiele reclame heeft het EHRM nog niet geoordeeld. Dus hierover bestaat nog geen rechtspraak.

In algemene zin geldt dat beperking van de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting mogelijk is op grond van artikel 10, tweede lid, EVRM, mits de beperking:
1. voorzien is bij wet (legaliteitsvereiste),
2. een algemeen belang dient dat in het tweede lid wordt genoemd (legitiem doelvereiste), en
3. noodzakelijk is in een democratische samenleving.

[1] Kamerstukken II 1996-1997, 25000 VI, nr. 53, blz. 3.
[2] Onder andere EHRM 24 februari 1994, ECLI:CE:ECHR:1994:0224JUD001545089 (Casado Coca v. Spain), punten 35-36, en EHRM 30 april 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0130JUD006931714 (Sekmadienis Ltd. v. Lithuania).

Ad 1) Voorzien bij wet (legaliteitsvereiste)
Een maatregel die de vrijheid van meningsuiting beperkt, moet bij wet zijn voorzien. Het betreft hier een materieel wetsbegrip, wat betekent dat ook algemene maatregelen van bestuur, ministeriële regelingen en gemeentelijke verordeningen gelden als wettelijke voorschriften. Bij wet voorzien houdt in dat het moet gaan om een voldoende specifieke bepaling, die makkelijk kenbaar is en een voorzienbaar effect heeft.[3] De gevolgen die de maatregel met zich mee zou kunnen brengen, moeten in redelijke mate kunnen worden voorzien.

Ad 2) Algemeen belang genoemd in artikel 10, tweede lid (legitiem doelvereiste)
Daarnaast dient een beperking noodzakelijk te zijn in een democratische samenleving ter bescherming van belangen die limitatief zijn opgesomd in het tweede lid van artikel 10 EVRM. Het gaat dan om het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen. Deze opsomming is uitputtend.[4]

Bescherming van het leven of het milieu worden niet genoemd in artikel 10, tweede lid, van het EVRM als mogelijke rechtvaardigingsgrond voor een beperking van de vrijheid van meningsuiting. Bescherming van de volksgezondheid wordt wel genoemd in artikel 10, tweede lid, EVRM. Een verbod op tabaksreclame was gegrond op dit belang. Daarbij hechtte het EHRM aanzienlijke betekenis aan het feit dat er in Frankrijk en binnen de EU consensus bestond over regulering ervan.[5]

Het EHRM heeft inmiddels wel in de Zwitserse klimaatuitspraak geoordeeld dat er positieve verplichtingen op een overheid rusten ter bescherming van het recht op leven (artikel 2 EVRM) en het recht op eerbiediging van privé leven en familie- en gezinsleven (artikel 8 EVRM) tegen serieuze negatieve effecten op het leven, de menselijke gezondheid, welzijn en kwaliteit van leven veroorzaakt door schadelijke gevolgen en risico's van klimaatverandering.[6]
Deze uitspraak gaat niet over het beperken van de vrijheid van meningsuiting in het kader van artikel 10 EVRM, maar over het treffen van maatregelen als onderdeel van positieve verplichtingen ter eerbiediging van privé leven en familie- en gezinsleven onder artikel 8 EVRM.

Ad 3) Noodzakelijk in een democratische samenleving
Een beperking van de vrijheid van meningsuiting kan geoorloofd zijn als deze noodzakelijk is in een democratische samenleving. De staat heeft bij het bepalen van de noodzaak voor een beperking van de vrijheid van meningsuiting en de reikwijdte ervan een bepaalde beoordelingsruimte. De omvang van die beoordelingsruimte is van diverse factoren afhankelijk, waaronder de meningsuiting waar het om gaat. Waar het gaat om commerciële uitingen en advertenties hebben Staten een ruime beoordelingsmarge met betrekking tot zaken die raken aan persoonlijke overtuigingen op het gebied van de moraal of, vooral, de religie.[7]

De noodzakelijkheid van een beperking moet blijken uit twee punten:
- het bestaan van een dringende sociale behoefte (*pressing social need*) en
- de proportionaliteit van de maatregel, d.w.z. de beperking moet in evenredige verhouding staan tot het doel dat wordt nagestreefd.

Bij beide punten toetst het EHRM of de redenen die de nationale autoriteiten geven relevant en voldoende zijn. Als het gaat om een algemene maatregel, bekijkt het EHRM of er een zorgvuldig wetgevingsproces is geweest met een gedegen belangenafweging.

[3] EHRM 16 juni 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0616JUD006456909 (Delfi v. Estonia), punt 120.
[4] EHRM 15 maart 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0315JUD000284010 (OOO Memo v Russia), punt 37.
[5] Bijvoorbeeld EHRM 5 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0305JUD002693505 (Société de conception de presse et d'édition and Ponson v France), punt 57.
[6] EHRM 9 april 2024, ECLI:CE:ECHR:2024:0409JUD005360020 (Verein Klimaseniorinnen Schweiz and others v. Switzerland Application), punt 544.
[7] Sekmadienis Ltd. v. Lithuania, punt 73; EHRM 20 november 1989, ECLI:CE:ECHR:1989:1120JUD001057283 (Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany), punt 33.

Eigendomsrecht van artikel 1 van het EP EVRM
Artikel 1 van het EP bij het EVRM omvat de bescherming van het eigendomsrecht. Het eigendomsbegrip ziet zowel op fysieke goederen als vermogensrechten. Er liggen drie hoofdregels besloten in artikel 1 EP:
(i) het beginsel van ongestoord genot van eigendom,
(ii) bescherming tegen de ontneming van eigendom, en
(iii) de mogelijkheid van regulering van eigendom.

Het EHRM kent een ruim eigendomsbegrip. Dit betekent dat naast fysieke goederen, rechten en belangen die een vermogenswaarde vertegenwoordigen onder het eigendomsbegrip vallen.

Overheidsingrijpen kan bestaan uit ontneming of regulering van eigendom. Beiden betreffen een inmenging in het eigendomsrecht. Een dergelijke inmenging in het eigendomsrecht is mogelijk, indien deze:
1. bij wet is voorzien (legaliteitsvereiste),
2. een algemeen belang dient of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren (legitimiteitsvereiste), en
3. evenredig is. De evenredigheidstoets vraagt om een beoordeling of met de maatregel sprake is van een rechtvaardig en evenwichtig resultaat, oftewel '*fair balance'*, tussen het algemeen belang en de belangen van het individu dat wordt geraakt door de inmenging in zijn eigendomsrecht.

Het EP EVRM geeft geen opsomming van algemene belangen die kunnen dienen als rechtvaardiging. Er is daarom een ruime beoordelingsmarge voor de staat.[8]
Het EHRM heeft in een aantal zaken geoordeeld dat het belang van het milieu als algemeen belang kan worden ingeroepen ter rechtvaardiging van een inmenging in het eigendomsrecht.[9]

EU-recht
Een verbod op fossiele reclame raakt, ten eerste, de reclamedienst zelf en, ten tweede, de onderliggende dienst of het onderliggende goed waarop deze reclame ziet. Daarmee raakt een vorm van een verbod op fossiele reclame aan meerdere beleidsterreinen, waaronder de interne markt, milieu, vervoer, en consumentenbescherming. Op deze terreinen hebben de EU en de lidstaten een gedeelde bevoegdheid om wetgevend op te treden en juridisch bindende handelingen vast te stellen (artikel 4, tweede lid, VWEU). Bij een gedeelde bevoegdheid zijn de lidstaten bevoegd nationale maatregelen vast te stellen over een onderwerp *voor zover* de EU haar bevoegdheid nog niet heeft uitgeoefend door regels vast te stellen over dit onderwerp. Op dit moment bestaat er nog geen EU-regelgeving die fossiele reclame reguleert of, voor zover bekend, een voornemen van de Europese Commissie om een voorstel in te dienen voor een verbod op fossiele reclame op EU-niveau.

Wel is EU-regelgeving over misleidende reclame over duurzaamheid vastgesteld. Richtlijn (EU) 2024/825 van het Europees Parlement en de Raad van 28 februari 2024 tot wijziging van de Richtlijnen 2005/29/EG en 2011/83/EU wat betreft het versterken van de positie van de consument voor de groene transitie door middel van betere informatie en door middel van bescherming tegen oneerlijke praktijken bevat specifieke voorschriften om oneerlijke handelspraktijken aan te pakken waarmee consumenten worden misleid en ervan worden weerhouden duurzame consumptiekeuzen te maken, zoals praktijken die verband houden met misleidende milieuclaims ("greenwashing"). Ook is een richtlijn in voorbereiding die gaat over de staving en het communiceren van uitdrukkelijke milieuclaims (richtlijn groene claims).[10] Dit richtlijnvoorstel stelt o.a. eisen aan ondernemingen om klimaatgerelateerde claims over compensatie en verwijdering te staven. Deze regelgeving kan er indirect toe leiden dat fossiele reclame gedeeltelijk wordt beperkt, maar bevat zelf geen verbod op reclame voor bepaalde producten, diensten of activiteiten die gepaard gaan met CO_2-emissie.

[8] EHRM 13 december 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1213JUD005308013 (Béláné Nagy/Hongarije), punt 113.
[9] Zie o.a. EHRM 27 februari 2008, ECLI:CE:ECHR:2007:1127JUD002186103 (Hamer/België), punt 79, EHRM 28 juni 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0628JUD000182806 (G.I.E.M. e.a./Italië), EHRM 18 januari 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0118JUD002723895 (Chapman/Verenigd Koninkrijk).
[10] Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de staving en het communiceren van uitdrukkelijke milieuclaims (richtlijn groene claims) (COM/2023/166 final).

Omdat bij de huidige stand van het EU-recht regels over fossiele reclame niet zijn geharmoniseerd, is de nationale wetgever in beginsel bevoegd een vorm van een verbod op fossiele reclame vast te stellen ter bescherming van een algemeen belang en daarbij het gewenste beschermingsniveau te bepalen. De nationale wetgever heeft bij de invulling hiervan een zekere beoordelingsruimte.

Nationale maatregelen moeten in overeenstemming zijn met primair en secundair EU-recht, zoals richtlijnen en verordeningen. De relevante primair EU-rechtelijke kaders voor een nationaal reclameverbod zijn het interne markt recht, met name het vrije verkeer van goederen en diensten en het EU-Handvest. Relevant secundair EU-recht is bijvoorbeeld de Dienstenrichtlijn[11], de Richtlijn betreffende diensten van de informatiemaatschappij[12] en de Richtlijn audiovisuele mediadiensten.[13] Een nationaal reclameverbod kan raken aan secundaire EU-regels die specifieke aspecten van producten of diensten harmoniseren[14], of kan indruisen tegen doelstellingen van secundair EU-recht.

Hieronder worden de kaders van primair EU-recht en de daarbij horende randvoorwaarden geschetst voor zover relevant voor een eventueel verbod op fossiele reclame.

Vrij verkeer van goederen
Het vrije verkeer van goederen is neergelegd in de artikelen 34 en 35 VWEU. Deze artikelen verbieden kwantitatieve in- en uitvoerbeperkingen door de lidstaten en alle maatregelen van gelijke werking. Een maatregel van gelijke werking is iedere regeling van een lidstaat die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren. Daarmee is de potentiële kans op een invoerbelemmering voldoende om een nationale regeling binnen het bereik van artikel 34 VWEU te laten komen.[15]

Rechtvaardiging
Een beperking van het vrije verkeer van goederen kan worden gerechtvaardigd wanneer deze strekt tot bescherming van één of meer van de belangen genoemd in artikel 36 VWEU, waaronder de openbare orde en de bescherming van de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, en mits deze geen middel tot willekeurige discriminatie of een verkapte handelsbeperking vormt. Milieu- en klimaatbescherming zijn niet genoemd in artikel 36 VWEU. Naast de expliciete verdragsrechtelijke rechtvaardigingsgronden bestaat de door het EU-Hof geformuleerde '*rule of reason*': beperkende maatregelen zijn geoorloofd wanneer zij worden toegepast met het oog op dwingende redenen van algemeen belang. Hieronder vallen in ieder geval milieubescherming en consumentenbescherming.

De voorwaarden die gelden voor een gerechtvaardigde beperking van het vrij verkeer van goederen zijn dat de maatregel:
1. noodzakelijk is wegens een dwingende reden van algemeen belang,
2. geschikt is voor het beoogde doel,
3. proportioneel, en
4. niet-discriminatoir is.

Ad 1. Noodzakelijk ten behoeve van een dwingende reden van algemeen belang
Het tegengaan van klimaatverandering kan een dwingende reden van algemeen belang zijn. Het HvJ EU erkent het verminderen van de uitstoot van broeikasgassen als rechtvaardigingsgrond, omdat dit de milieubescherming ten goede komt. De uitstoot van broeikasgassen is immers een van de belangrijkste oorzaken van klimaatverandering, die de Unie en haar lidstaten hebben besloten tegen te gaan. Daarnaast heeft het HvJ EU overwogen dat het verhogen van het gebruik

[11] Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt.
[12] 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").
[13] Richtlijn 2010/13/EU van het Europees Parlement en de Raad van 10 maart 2010 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten.
[14] Richtlijn 98/70/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1998 betreffende de kwaliteit van benzine en van dieselbrandstof en tot wijziging van Richtlijn 93/12/EEG van de Raad stelt milieutechnische eisen aan benzine en diesel die in de handel wordt gebracht in de lidstaten. De lidstaten mogen het in de handel brengen van deze brandstoffen die met de voorschriften van deze richtlijn in overeenstemming zijn niet verbieden, beperken of beletten.
[15] Arrest van 11 juli 1974, 8/74, Dassonville, ECLI:EU:C:1974:82.

van hernieuwbare energiebronnen ook strekt tot bescherming van de gezondheid en het leven van personen en dieren of planten, doelstellingen die genoemd zijn in artikel 34.[16]

Ad 2. Geschikt
De beoogde regeling moet geschikt zijn in die zin dat zij een effectief middel is om de gestelde doelstelling te bereiken. Daarnaast volgt uit vaste rechtspraak van het HvJ EU dat een nationale beperkende regeling moet voldoen aan het coherentievereiste: een maatregel is alleen geschikt om de verwezenlijking van het beoogde doel te waarborgen, wanneer die verwezenlijking waarlijk coherent en systematisch wordt nagestreefd door de lidstaat.[17] Een rechter moet aan de hand van deugdelijk bewijs kunnen nagaan of de overheid redelijkerwijs kon besluiten dat de gekozen middelen geschikt zijn om de beoogde doelstellingen te bereiken en dat ze een coherent onderdeel zijn van een samenhangend pakket van beleid.

Ad 3. Proportioneel
De maatregel moet noodzakelijk zijn om het gestelde doel te bereiken en het doel kan niet worden bereikt met alternatieve, minder beperkende maatregelen. De maatregel moet niet verder gaan dan strikt genomen nodig is. Een nationaal verbod zal dus goed afgebakend en gericht moeten zijn. Uit jurisprudentie van het HvJ EU blijkt dat de overheid een maatregel moet baseren op relevant bewijs waaruit blijkt dat redelijkerwijs tot het oordeel kan leiden dat de gekozen middelen geschikt zijn om de beoogde doelstellingen te bereiken. De bewijslast is echter niet zo zwaar dat de lidstaat positief moet aantonen dat met geen enkele andere voorstelbare maatregel het bereiken van de doelstelling kan worden bereikt onder dezelfde omstandigheden.[18]

<u>Specifiek juridisch kader voor verkoopmodaliteiten van goederen</u>
Het HvJ EU heeft bepaald dat een nationale regeling die de wijze van verkopen van een product betreft en niet het product zelf, geen 'maatregel van gelijke werking' vormt die valt onder het verbod van artikel 34 VWEU.[19] Omdat het vrije verkeer niet wordt beperkt, hoeft dan ook geen rechtvaardiging te worden gevonden voor een beperking. Voorwaarde van het Hof is in de eerste plaats dat de regeling rechtens en feitelijk dezelfde invloed heeft op de verhandeling van nationale producten en producten uit andere lidstaten, en in de tweede plaats dat de regeling op dezelfde wijze van toepassing is op alle marktdeelnemers die binnen de lidstaat actief zijn. Dit betekent dat uitgesloten moet zijn dat een nationaal fossiel reclameverbod nadeligere gevolgen heeft voor producten uit andere lidstaten. Hierbij is van belang dat reclame juist voor buitenlandse marktpartijen een heel doeltreffend middel is om hun producten aan de man te brengen, of om een nieuwe markt te betreden.[20] Voor ingevoerde goederen is een reclameverbod dus feitelijk meer beperkend dan voor binnenlandse goederen. Is dat voor een bepaald product inderdaad het geval, dan wordt niet aan de voorwaarden van de rechtspraak van het HvJ EU voldaan en valt een reclameverbod wel onder het verbod van artikel 34 VWEU.

<u>Specifiek juridisch kader voor detailhandel in goederen</u>
Het HvJ EU heeft geoordeeld dat detailhandel in goederen, zoals schoenen en kleding, kwalificeert als een dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn. Volgens het HvJ EU kan detailhandel in deze goederen als dienstverlening worden gezien wegens de andere activiteiten die daarmee samenhangen, zoals het advies geven aan de consument en het bieden van klantenservice.[21]
Bij een reclameverbod voor dit soort goederen is de Dienstenrichtlijn dus relevant en niet het vrije verkeer van goederen.

[16] Arrest van 11 september 2014, Essent Belgium, C-204/12–C-208/12, EU:C:2014:2192, punt 91 e.v. en aldaar aangehaalde rechtspraak.
[17] Arrest van 23 december 2015, Gebhart Hiebler/Walter Schlagbauer, C-293/14, ECLI:EU:C:2015:843, arrest van 10 maart 2009, Hartlauer Handelsgesellschaft mbH, C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141, arrest van 23 december 2015, Scotch Whisky Association, C-333/14, ECLI:EU:C:2015:845, arrest van 3 maart 2011, Kakavetsos-Fragkopoulos, C-161/09, EU:C:2011:110, punt 42, en naar analogie arrest van 11 juni 2015, Berlington Hungary e.a., C-98/14, EU:C:2015:386, punt 64.
[18] Arrest van 23 december 2015, Scotch Whisky Association, C-333/14, ECLI:EU:C:2015:845, punt 56 en arrest van 10 februari 2009, Commissie/Italië, C-110/05, ECLI:EU:C:2009:66, punt 66.
[19] Arrest van 24 november 1993, Keck en Mithouard, C-267/91,ECLI:EU:C:1993:905.
[20] Zie bijvoorbeeld gevoegde zaken van 9 juli 1997, Konsumentombudsmannen (KO), De Agostini (Svenska) Förlag AB en TV-Shop i Sverige AB, C-34/95, C-35/95 en C-36/95, ECLI:EU:C:1997:344 en arrest van 8 maart 2001, Konsumentombudsmannen (KO) tegen Gourmet International Products AB, C-405/98, ECLI:EU:C:2001:135.
[21] Arrest van 30 januari 2018, Visser Vastgoed gevoegde zaken C 360/15 en C-31/16, X, ECLI:EU:C:2018:44.

Vrij verkeer van diensten

Het vrije verkeer van diensten is neergelegd in artikel 56 VWEU. Artikel 57 VWEU geeft de definitie van een dienst: er moet sprake zijn van dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden. Daarnaast voorziet de Dienstenrichtlijn in onder andere algemene bepalingen voor het vrije verkeer van diensten.

Rechtvaardiging

Voor een gerechtvaardigde beperking op het vrije verkeer van diensten, gelden dezelfde voorwaarden als voor het vrije verkeer van goederen. Zo is een beperking geoorloofd ter bescherming van de openbare orde, openbare veiligheid en de volksgezondheid (artikel 56 en artikel 62 bezien in samenhang met artikel 52 VWEU). Ook gelden de dwingende redenen van algemeen belang, zoals bescherming van het milieu (*rule of reason*).

De maatregel moet noodzakelijk zijn wegens een dwingende reden van *algemeen belang*, *geschikt* zijn voor het beoogde doel, *proportioneel en niet-discriminatoir*. Daarbij toetst het HvJ EU, net als bij het vrije verkeer van goederen, of een reclameverbod eerder dienstverrichters uit andere lidstaten treft door hun een doeltreffend middel tot penetratie van de betrokken nationale markt te ontnemen.[22]

Een breed nationaal verbod op fossiele reclame zal effect hebben op het vrije verkeer van de diensten. Een dergelijk breed verbod zou ook vervoersdiensten kunnen raken, waarvoor titel VI van het VWEU over het gemeenschappelijk vervoerbeleid geldt. Naast de vraag hoe onderbouwd kan worden dat een verbod een algemeen belang beoogt en zo ja, welk algemeen belang, moet worden voldaan aan het proportionaliteitsvereiste.

Specifiek juridisch kader voor diensten op het gebied van vervoer

Voor diensten op het gebied van vervoer geldt een bijzondere regeling. Deze vallen niet onder de werkingssfeer van de algemene verdragsbepalingen inzake het vrije dienstenverkeer en de regels in de Dienstenrichtlijn[23], maar worden geregeld door de vervoerstitel VI van het VWEU (artikel 58 VWEU). Om de interne vervoersmarkt tot stand te brengen, heeft de Uniewetgever voor verschillende vervoerssectoren secundaire regels vastgesteld op grondslag van de vervoerstitel. Wanneer echter geen geharmoniseerde regels zijn vastgesteld voor een bepaalde vervoerssector, of voor een bepaald aspect van een vervoersdienst, dan zijn lidstaten in beginsel vrij om deze sector of dit niet-geharmoniseerde aspect te reguleren. Zij moeten hierbij wel de algemene regels van het VWEU in acht nemen, waaronder de bepalingen inzake non-discriminatie. Voor vervoer over de weg, per spoor en over de binnenwateren is dit specifiek neergelegd in artikel 92 VWEU. Deze bepaling verbiedt alle nationale maatregelen die direct of indirect een minder gunstige uitwerking hebben op buitenlandse vervoerondernemers ten opzichte van nationale vervoerondernemers. Voor zee- en luchtvervoer geldt altijd nog het algemene non-discriminatiebeginsel neergelegd in artikel 18 VWEU. Dit alles brengt mee dat wanneer een fossiel reclameverbod betrekking heeft op vervoersdiensten, dit de markttoegang voor buitenlandse vervoerondernemers niet mag belemmeren, tenzij de lidstaat dit kan rechtvaardigen.

Niet alle diensten die in brede zin betrekking hebben op vervoer vallen onder het begrip vervoersdienst. Een 'vervoersdienst' in de zin van het VWEU is een dienst die bestaat uit de fysieke verplaatsing van personen of goederen van de ene naar de andere plaats door middel van een voertuig. Daarnaast heeft het HvJ EU bepaald dat het begrip 'vervoersdienst' niet alleen vervoersdiensten als zodanig omvat, maar ook elke dienst die inherent is verbonden aan de fysieke activiteit van het verplaatsen van personen of goederen van de ene naar de andere plaats door middel van een voertuig. Een reclamedienst kan niet worden geacht inherent verbonden te zijn aan de betrokken vervoersdienst. Het kan wel zo zijn dat er sprake is van een dienst waarbij vervoer het hoofdbestanddeel vormt, maar reclame ook onderdeel is van het dienstenpakket. In dat geval is reclame onderdeel van de vervoersdienst.[24]

[22] Arrest van 5 april 2011, Société fiduciaire nationale d'expertise comptable tegen Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique, C-119/09, ECLI:EU:C:2011:208, punten 43 e.v..

[23] Artikel 2, tweede lid, onder d), van de Dienstenrichtlijn.

[24] Een dienst die inherent verbonden is aan een vervoersdienst is bijvoorbeeld de noodzakelijke periodieke technische controle van voertuigen. Verder is mogelijk dat een dienst naast vervoer één of meerdere andere bestanddelen omvat die een economisch aspect inhouden. Uit de rechtspraak volgt dat een dienst als vervoersdienst kwalificeert als vervoer het hoofdbestanddeel vormt. Zo creëert de

Bij reclame die ziet op een vervoersactiviteit moet dus onderscheid gemaakt worden tussen reclame als onderdeel van de uitoefening van de vervoersdienst (waarop de vervoerstitel in het VWEU en de op grond daarvan vastgestelde geharmoniseerde regels van toepassing zijn) en reclamediensten die losstaan van de vervoersdienst. Op de dienstverrichters van de reclamedienst, zoals online platforms die diensten voor het online boeken van vluchten leveren en in dit kader reclame maken voor vliegtickets[25], blijven de vrijverkeerregels in het VWEU onverkort van toepassing. Daarnaast zijn op reclamediensten specifieke secundaire EU-regels van toepassing. Een reclameverbod kan wel als effect hebben dat een bepaalde vervoersdienst minder aantrekkelijk wordt en dat de toegang van buitenlandse vervoersdiensten tot de Nederlandse markt wordt belemmerd. Op een dergelijk effect is, als geen geharmoniseerde regels bestaan, het non-discriminatieverbod van artikel 92 en/of artikel 18 VWEU van toepassing.

<u>EU-Handvest</u>
Lidstaten zijn aan het EU-Handvest gebonden voor zover zij het EU-recht ten uitvoer brengen (artikel 51, eerde lid, EU-Handvest). Het begrip 'ten uitvoer brengen' heeft niet alleen betrekking op de nationale wet- en regelgeving ter implementatie van EU-recht, maar ook op de situatie waarin een nationale regeling het vrije verkeer beperkt en de lidstaat zich daarbij beroept op een rechtvaardigingsgrond. In relatie tot een fossiel reclameverbod zijn de relevante vrijheden en rechten van het EU-Handvest de vrijheid van meningsuiting (artikel 11), de vrijheid van beroep en het recht te werken (artikel 15), de vrijheid van ondernemerschap (artikel 16) en recht op eigendom (artikel 17). Uit de jurisprudentie volgt dat de vrijheid van ondernemerschap onder meer de vrijheid omvat om een economische of commerciële activiteit uit te oefenen.[26]

Beperkingen van deze EU-Handvestrechten en vrijheden zijn op grond van artikel 52, eerste lid, mogelijk, mits de beperking:
1. bij wet is gesteld,
2. noodzakelijk is voor een legitiem doel of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen,
3. evenredig is, en
4. de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigt.

Het EU-Handvest bepaalt dat de inhoud en reikwijdte van de rechten die corresponderen met rechten die zijn gegarandeerd door het EVRM, dezelfde zijn als die door het EVRM daaraan worden toegekend (artikel 52, derde lid, EU-Handvest).
Bij de uitlegging van het EU-Handvest moet dan ook als minimum het beschermingsniveau van de corresponderende rechten in het EVRM in aanmerking worden genomen. Uit de toelichting bij het EU-Handvest blijkt dat de vrijheid van meningsuiting en het recht op eigendom corresponderen met deze EVRM-vrijheid en dit recht van artikel 1 van het aanvullende protocol bij het EVRM. Overeenkomstig artikel 52, derde lid, van het EU-Handvest heeft dit recht dezelfde inhoud en reikwijdte als het recht dat is gewaarborgd door het EVRM.

Vanwege deze koppeling tussen EU-Handvest en EVRM kijkt het HvJ EU naar de jurisprudentie van het EHRM over corresponderende rechten en vrijheden van het EVRM.

Voor zover een nationaal verbod de vrijheid van meningsuiting en/of het recht op eigendom kan beperken, wordt verwezen naar de corresponderende EVRM-artikelen.

aanbieder van een bemiddelingsdienst via een app die een chauffeur en passagier met elkaar in contact brengt om een stadstraject af te leggen, tegelijkertijd een aanbod van stadsvervoerdiensten. Deze bemiddelingsdienst is daarom een integrerend deel van een dienstenpakket waarvan het hoofelement bestaat in de stadsvervoerdienst, waardoor deze moet worden gekwalificeerd als dienst op het gebied van vervoer. Zie arrest van 20 december 2017, Asociación Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain SL, C-434/15 ECLI:EU:C:2017:981, punten 35-40.
[25] Zie bijvoorbeeld arrest van 30 mei 2024, Expedia/Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, C-663/22, ECLI:EU:C:2024:433, waarin de onderneming Expedia, die een informatieplatform voor het aanbieden van onlinereserveringsdiensten voor accommodatie en reizen beheert, kwalificeert als een onderneming die een 'onlinetussenhandeldienst' verleent.
[26] Arrest van 22 januari 2013, Sky Österreich, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, punt 42.