

Aan: De Minister van Jeugd en Gezin
Van: mr.dr. W. de Wit/prof.dr. B.J.M. Terra
Datum: 26 september 2008

Rapport beperking verkoop zoete zwak alcoholhoudende dranken tot slijterijen

1. Inleiding

In de Hoofdpijnenbrief alcoholbeleid van 20 november 2007 heeft het kabinet aangegeven dat het drempels wenst op te werpen tegen zoete alcoholhoudende dranken. De reden die daarvoor wordt aangevoerd is de toename van het alcoholgebruik bij jonge kinderen ten gevolge van de introductie van zoete mixdranken aan het eind van de vorige eeuw. Daarbij wordt vermeld dat zoete dranken riskant zijn, omdat de zoetheid de smaak van alcohol camoufleert, met als gevolg dat de natuurlijke remmingen van kinderen tegen alcohol verdwijnen. In de hoofdpijnenbrief wordt aangegeven dat de haalbaarheid van twee beleidsalternatieven wordt onderzocht, te weten de inzet van het prijsinstrument en een beperking van de verkoop van deze dranken tot het zogenoemde slijterijkanaal. In dit rapport wordt de juridische haalbaarheid van de beperking van verkopen van zoete alcoholhoudende dranken tot het slijterijkanaal in het licht van het EG Verdrag besproken.

2. Onderzoeksvraag en uitgangspunten

De vraag die in dit rapport behandeld zal worden is: kan Nederland zonder strijdigheid met het EG-recht wettelijk vastleggen dat de verkoop van zoete alcoholhoudende dranken, ongeacht hun alcoholgehalte, beperkt wordt tot het slijterijkanaal? Deze vraag rijst met name naar aanleiding van het arrest van het EFTA Hof van 15 maart 2002. Hierin wordt geoordeeld dat de Noorse regelgeving in strijd komt met het EER Verdrag. Bij deze Noorse regelgeving ging het om ontoelaatbare discriminatie tussen concurrerende alcoholhoudende dranken (in dit geval bier en premixdranken). Hierbij speelde ook een rol dat premixdranken in Noorwegen worden ingevoerd, terwijl het aldaar geconsumeerde bier in eigen land wordt geproduceerd.

Naar wij begrijpen is de groep zoete zwak alcoholische dranken een ruime groep met daarin diverse producten, zoals premix dranken, likorettes en rosé-bier. Deze worden weliswaar zowel in Nederland als in andere Lidstaten geproduceerd, maar de Nederlandse consumptie van zoete zwak alcoholische dranken bestaat toch hoofdzakelijk uit ingevoerde dranken. Met andere woorden: de productie in Nederland van de door de maatregel te raken zoete zwak alcoholhoudende dranken is zeer bescheiden in verhouding tot de totale consumptie van deze dranken. Het in Nederland geconsumeerde (traditionele) 'pils' bier is voor een groot deel in Nederland geproduceerd. De invoer van dit bier in Nederland ligt verhoudingsgewijs laag. In dit rapport gaan we er dan ook vanuit dat de voorgestelde maatregel in overwegende mate ingevoerde dranken zal raken, terwijl de meest concurrerende in Nederland geproduceerde dranken (pils bier) niet door de maatregel worden geraakt. Dat betekent dat in de zin van het

EG-Verdrag al snel wordt toegekomen aan materiële discriminatie. Hiervoor zal een rechtvaardiging aanwezig moeten zijn.

3. Arrest EVA Hof en de relevantie voor het EG Verdrag

Een eerste vraag die rijst is in hoeverre een arrest van het EFTA Hof relevant is voor de uitleg van het EG Verdrag. In dat kader is van belang dat het Verdrag inzake de Europese Economische Ruimte (EER Verdrag) identieke bepalingen bevat inzake het vrije verkeer van goederen en de vrije mededinging als het EG Verdrag. Bij de uitleg van het EER Verdrag wordt door het EFTA Hof ook veelvuldig verwezen naar de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (HvJ EG).

De overwogen maatregel is anders dan in het geval Noorwegen niet verbonden aan een staatshandelsmonopolie. In de Noorse zaak vond toetsing plaats aan de bepalingen inzake handelsbeperkingen als gevolg van staatshandelsmonopolies. In het onderhavige geval wordt de verkoop van zoete zwak alcoholische dranken beperkt tot slijterijen. Daarop kunnen de bepalingen inzake staatshandelsmonopolies niet worden toegepast (de bepaling inzake staatshandelsmonopolies in het EG-Verdrag is artikel 31). Dat betekent dat uitsluitend toetsing zal moeten plaatsvinden aan artikel 28 EG-Verdrag. Die toetsing is overigens vergelijkbaar aan de toetsing aan de staatshandelsmonopoliebepaling (artikel 31 EG-Verdrag), al heeft artikel 28 een veel ruimere werking dan deze laatste bepaling.

4. Kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking

Artikel 28 EG-Verdrag verbiedt kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking in het handelsverkeer tussen de EU Lidstaten. Volgens vaste rechtspraak wordt onder kwantitatieve beperking in artikel 28 EG-Verdrag verstaan: alle „maatregelen welke, al naar het geval, de invoer, uitvoer of doorvoer geheel of ten dele beletten” (onder meer: HvJ EG, 12 juli 1973, Geddo, zaak 2/73), en onder maatregel van gelijke werking: „iedere handelsregeling der lidstaten die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren” (HvJ EG, 11 juli 1974, Dassonville, zaak 8/74).

Het begrip ‘maatregel van gelijke werking’ is in de jurisprudentie van het HvJ EG zeer ruim uitgelegd, hetgeen ook blijkt uit de door het HvJ EG gegeven definitie. Iedere maatregel die de intracommunautaire handel kan belemmeren, valt in beginsel onder de reikwijdte. Het doet daarbij zelfs niet terzake dat het slechts een potentiële belemmering is. De daadwerkelijke belemmering van de intracommunautaire handel hoeft niet te worden aangetoond of meetbaar zijn.

Gelet op de kenmerken van de voorgestelde maatregel kan worden verwacht dat deze wordt aangemerkt als een maatregel van gelijke werking in de zin van artikel 28 EG-Verdrag.

5. Uitzonderingen op artikel 28 EG-Verdrag

Er zijn uitzonderingen mogelijk op de werking van artikel 28 EG-Verdrag. In de eerste plaats worden 'verkoopmodaliteiten' uitgezonderd van het verbod (5.1.). Daarnaast kan op basis van artikel 30 EG-Verdrag een verdragsrechtelijke exceptie van toepassing zijn (5.2.)

5.1. Uitgezonderde verkoopmodaliteiten?

Het HvJ EG heeft van de maatregelen van gelijke werking de zogenoemde 'verkoopmodaliteiten' uitgezonderd. In het arrest 't Heukske formuleerde het HvJ EG dit als volgt (HvJ EG, 2 juni 1994, gevoegde zaken C-401/92 en C-402/92):

'12 Als een maatregel die de handel tussen de Lid-Staten al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren in de zin van de Dassonville-rechtspraak, kan evenwel niet worden beschouwd de toepassing op produkten uit andere Lid-Staten van nationale bepalingen die bepaalde verkoopmodaliteiten aan banden leggen of verbieden, mits die bepalingen van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën, en mits zij zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale produkten en op die van produkten uit andere Lid-Staten. Wanneer aan die voorwaarden is voldaan, heeft immers de toepassing van dergelijke regelingen op de verkoop van produkten uit een andere Lid-Staat, die aan de door die staat vastgestelde voorschriften voldoen, niet tot gevolg, dat voor die produkten de toegang tot de markt wordt verhinderd of meer wordt bemoeilijkt dan voor nationale produkten het geval is. Die regelingen vallen derhalve niet binnen de werkingssfeer van artikel 30 (*thans artikel 28, EY*) van het Verdrag (zie arrest van 24 november 1993, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, Keck en Mithouard, Jurispr. 1991, blz. I-6097, r.o. 16 en 17).'

Onder deze rechtspraak zijn onder meer nationale regelingen op het gebied van winkelsluitingstijden en reclameregels buiten de werkingssfeer van het verbod van artikel 28 EG-Verdrag gehouden. Naar wij menen is deze uitzondering evenwel niet van toepassing, nu de maatregel een verschillende uitwerking heeft op nationale produkten (pils bier) enerzijds en produkten uit andere lidstaten anderzijds (zoete zwak alcoholhoudende dranken). Er wordt immers een wettelijk onderscheid gemaakt tussen (pils) bier en zoete zwak alcoholhoudende dranken.

Een en ander betekent dat de verplichte verkoop via het slijterijkanaal getoetst zal moeten worden aan artikel 28 van het EG-Verdrag.

5.2. Uitzondering op basis van artikel 30 EG-Verdrag van toepassing?

Nu is vastgesteld dat de hier besproken maatregel onder het toepassingsbereik van artikel 28 EG-Verdrag valt, rijst de vraag of een succesvol beroep zou kunnen worden gedaan op de in artikel 30 EG-Verdrag opgenomen exceptie. Dit laatste artikel bepaalt namelijk dat artikel 28:

'(...) geen beletsel vormt voor verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van 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 bescherming van de industriële en commerciële eigendom.

Deze verboden of beperkingen mogen echter geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen.'

De hier besproken maatregel is bedoeld om de gezondheid van de (jonge) mens te beschermen, en zou aldus een rechtvaardigingsgrond kunnen opleveren in bovenbedoelde zin. Het enkel invoeren van een rechtvaardigingsgrond is evenwel onvoldoende voor het succesvol invoeren van de uitzondering van artikel 30 EG-Verdrag. Verwezen kan bijvoorbeeld worden naar het arrest *Ahokainen en Leppik* (HvJ EG 28 september 2006, zaak C-434/04). Daarin erkende het HvJ EG het sturen van alcoholgebruik als maatregel ter bescherming van de volksgezondheid:

"28 Het staat vast dat een regeling als aan de orde in het hoofdgeding, die als doel heeft om het alcoholgebruik te sturen ter voorkoming van schadelijke gevolgen voor de gezondheid van mensen en voor de maatschappij door alcoholhoudende substanties, en die derhalve alcoholmisbruik probeert tegen te gaan, onder de in artikel 30 EG erkende aandachtsgebieden van volksgezondheid en openbare orde valt.

29 Wil echter een belemmering als het in het hoofdgeding aan de orde zijnde stelsel van voorafgaande invoervergunning gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de volksgezondheid of de openbare orde, is het nodig dat de maatregel evenredig is aan het te bereiken doel en geen middel tot willekeurige discriminatie vormt, noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten."

Het HvJ EG geeft in de laatste overweging echter ook aan dat een dergelijke maatregel een noodzakelijkheids- en evenredigheidstoets moet ondergaan. Deze houdt in dat de maatregel in de eerste plaats geschikt moet zijn om het ingeroepen belang werkelijk te beschermen. Het komt ons voor dat het beperken van de verkoop van zoete zwak alcoholhoudende dranken tot slijterijen geschikt kan zijn om het volksgezondheidsbelang te beschermen. Daar ligt naar onze mening niet de grootste problematiek (tenzij uit onderzoek zou blijken dat in slijterijen de controle op leeftijd bij de verkoop van alcoholhoudende producten zwakker is dan bijvoorbeeld in supermarkten).

De bedoelde toets houdt namelijk verder in dat de maatregel noodzakelijk moet zijn om het ingeroepen belang te beschermen. Dit houdt in dat er geen minder ingrijpende of belemmerende maatregelen voorhanden zijn die het belang even effectief kunnen beschermen. Tenslotte zal ook aan het evenredigheidsbeginsel moeten worden voldaan: de handelsbelemmering die door de maatregel wordt teweeggebracht moet in verhouding staan tot het te bereiken resultaat van de maatregel.

In de praktijk van het HvJ EG is de uitkomst van de noodzakelijkheids- en evenredigheidstoets een ongewisse zaak. Enkele praktijkvoorbeelden tonen dit aan, waaronder ook de eerder aangehaalde zaak van het EFTA Hof. Omtrent een onderdeel van de Noorse wetgeving waarin het regime voor het schenken van bier in de horeca minder stringent was dan voor andere alcoholische dranken (waaronder de concurrerende alcopops), wordt het volgende overwogen over de toepassing van het noodzakelijkheids en evenredigheidsbeginsel, een en ander overigens in verband met de artikelen 11 en 13 van het EER Verdrag, die equivalent zijn aan artikel 28 en 30 EG-Verdrag:

“56. Overmatig alcoholgebruik veroorzaakt gezondheidsproblemen en aanzienlijke sociale problemen. Er bestaat een verband tussen de beschikbaarheid van alcohol en de schadelijke gevolgen veroorzaakt door het gebruik daarvan. Desondanks oordeelt het Hof dat de verweerder niet in staat is gebleken om aan te tonen dat er aan de bovengenoemde voorwaarden voor de rechtvaardiging van artikel 13 EEA is voldaan. Het verschil in de behandeling van bier en andere dranken met hetzelfde alcoholpercentage blijkt noch noodzakelijk, noch proportioneel te zijn in verband met de nagestreefde gezondheidsdoelen. In dit verband dient vermeld te worden dat de Noorse alcoholwet het verbiedt om alcohol te serveren aan een ieder die jonger is dan 18 jaar in etablissementen met een alcoholvergunning. De verweerder heeft zijn zorgen geuit over de toename van het alcoholgebruik onder personen, die jonger zijn dan 18. Om aan deze eis te voldoen en omwille van de handhaving daarvan, dienen de goed te keuren maatregelen, in zoverre passender en minder beperkende maatregelen te behelzen. In dit verband merkt het Hof voorts op dat het in Noorwegen niet is toegestaan om te adverteren voor alcoholische dranken.

57. Het Hof is, in dat verband, niet overtuigd door het argument van de verweerder, dat het gebruik van alcopops of andere voorverpakte alcoholische dranken met minder dan 4,75 % alcohol, slechts bijkomstig is ten opzichte van de consumptie van bier. Zoals hierboven in paragraaf 37 e.v. uiteen is gezet, verschaffen deze producten, ten minste voor een deel, mogelijk alternatieve keuzes voor bepaalde groepen consumenten. Het Hof accepteert dat alcopops producten zijn die in het bijzonder jonge mensen aanspreken, maar dit doet niets af aan de vaststelling dat bier en alcopops met hetzelfde alcoholpercentage in zekere mate concurrerende producten zijn. Voorts kan de aantrekkingskracht die dergelijke dranken hebben op jonge mensen het verschil in behandeling van dergelijke producten niet rechtvaardigen. Het Hof merkt op dat maatregelen die noodzakelijk blijken voor de bescherming van de menselijke gezondheid en het menselijk leven mogen worden aangenomen, zolang die maatregelen, zowel wettelijk als feitelijk, gelijkelijk van toepassing zijn op bier en andere dranken met hetzelfde alcoholpercentage.”
(*onofficiële vertaling EY*)

Het EFTA Hof verricht hier een evenredigheidstoets en komt tot de conclusie dat een versterkte handhaving en afdwinging van de leeftijdsgrens een meer geschikt en minder belemmerend middel is. Het feit dat alcopops een sterke aantrekkingskracht uitoefenen op jongeren, kan geen rechtvaardiging vormen voor de ongelijke behandeling van alcopops ten opzichte van bier.

In het arrest Rosengren (HvJ EG, 5 juni 2007, zaak C-170/04) werd een invoerverbod van alcoholhoudende dranken voor particulieren in Zweden onder meer strijdig geacht met artikel 28 EG-Verdrag omdat de maatregel niet evenredig werd geacht met het doel jongeren te beschermen tegen de nadelige gevolgen van alcoholgebruik. Het HvJ EG kwam onder meer tot deze conclusie nadat de Europese Commissie had gesteld dat er andere methoden waren waarmee het nagestreefde doel even effectief kon worden bereikt, maar met minder belemmerende gevolgen voor het handelsverkeer.

6. Conclusie

De Nederlandse regering heeft in de hoofdlijnenbrief alcoholbeleid diverse maatregelen aangekondigd om het drankgebruik van jongeren binnen de perken te houden. Zo worden onder meer een verscherpt toezicht op naleving van de leeftijdsgrenzen voorgesteld in de horeca en handel, en wordt overwogen het bezit van alcohol door jongeren beneden de leeftijdsgrenzen strafbaar te stellen. Er is kortom een omvattend pakket maatregelen

voorgesteld ter beperking van het drankgebruik van jongeren. Deze voorgestelde maatregelen streven het zelfde doel na als de in dit rapport besproken slijterijmaatregel, maar kennen geen handelsbelemmerende neveneffecten ten aanzien van zoete zwak alcoholhoudende dranken. De in de hoofdlijnenbrief voorgestelde andere maatregelen maken met andere woorden geen onderscheid tussen (traditioneel) bier en zoete zwak alcoholhoudende dranken.

Gegeven het feit dat het in de hoofdlijnenbrief voorgestelde maatregelenpakket geen handelsbelemmerende effecten oplevert, en dezelfde doeleinden nastreeft als de slijterijmaatregel, achten wij de kans groot dat deze laatste maatregel de evenredigheidstoets niet zal doorstaan. De voorstellen gedaan in de hoofdlijnenbrief kunnen dus de conclusie ondersteunen dat er andere maatregelen mogelijk zijn, die minder belemmerend zijn voor het handelsverkeer en die het beoogde doel evenzeer kunnen bereiken. Mogelijk dat over enkele jaren de situatie geheel anders ligt indien het voorgestelde maatregelenpakket uit de hoofdlijnenbrief niet effectief is gebleken. Niet uit te sluiten valt dat de slijterijmaatregel dan wel de evenredigheidstoets zou kunnen doorstaan. Dit zal dan echter op dat moment beoordeeld moeten worden.

Zeer waarschijnlijk zal het beperken van de verkoop van zoete zwak alcoholhoudende dranken tot slijterijen dan ook in strijd komen met artikel 28 EG-Verdrag.