

The Angel's Share



Essays voor
Anne Looijestijn-Clearie

HENRI DE WAELE, CATALIN RUSU,
JOHAN VAN DE GRONDEN (RED.)

CHEERS! DE INVLOED VAN SCHOTSE WHISKY EN NEDERLANDSE KOFFIE OP HET UNIERECHT

Pieter Kuypers en Tiele van de Poll-Kuypers

1. Inleiding

We mogen de brouwers van 'Schotse trots' dankbaar zijn hoe zij het Unierecht hebben geholpen zich te ontwikkelen. Als Schotlands belangrijkste exportproduct heeft Schotse whisky in verschillende uitspraken van het Hof van Justitie een doorslaggevende rol gespeeld bij de ontwikkeling van het vrij verkeer van goederen binnen de Unie. Enige relativering is daarbij gepast. Schotlands belangrijkste exportproduct moet wel gezien worden tegen het licht van misschien een nog essentiëler 'exportproduct', namelijk Anne Looijestijn-Clearie als persoon zelf, ter ere van wie wij deze bijdrage schrijven. Vele jaren geleden kwam zij, gebruikmakend van het vrij verkeer van personen – of was het misschien toch het vrij verkeer van werknemers – naar Nederland en is ze omwille van de liefde van haar leven in Nederland blijven 'hangen'. In alle jaren dat zij voor de Radboud Universiteit heeft gewerkt, heeft zij haar kennis van het Unierecht op vele studenten overgebracht (niet in de laatste plaats met het houden van een whiskyproeverij voor studenten). Daarmee heeft zij misschien niet zozeer de ontwikkeling van het vrij verkeer van goederen als zodanig beïnvloed, behoudens de whiskyconsumptie tijdens de genoemde proeverijen, maar de verbreiding en verspreiding van de kennis hiervan des te meer. Die inzichten over het Unierecht zullen ook na haar afscheid blijven bestaan bij de volgende generaties.

Anne is uiteindelijk in Nederland gebleven. Ondanks haar inspanningen blijft whisky een relatief weinig genuttigde drank. Koffie is daarentegen een lijfdrank voor de Nederlanders. Wereldwijd staat Nederland op de 5^e plaats met een consumptie van 8,4 kg koffie per hoofd van de bevolking per jaar.¹ In plaats van de Schotse kop thee is het drinken van koffie een belangrijke, dagelijkse bezigheid waar Anne aan heeft moeten wennen nadat ze in Nederland is gaan wonen. Ook deze drank zullen we daarom meenemen in deze bijdrage. De Faculteit der Rechtsgeleerdheid koopt al jaren koffie in via een Europese aanbestedingsprocedure. De vraag daarbij is in hoeverre Radboud Universiteit daarbij tegemoet kan komen aan de smaak van de medewerkers, en in het bijzonder Anne, zonder in strijd te handelen met de

¹ <https://nl.wikipedia.org/wiki/Lijst_van_landen_naar_koffieconsumptie_per_hoofd_van_de_bevolking>.

regels van het vrij verkeer en de Europese aanbestedingsregels in het bijzonder.

De essentiële verspreiding van haar kennis over het Unierecht laat zich moeilijk meten. De ontwikkeling van het vrij verkeer van goederen door Schotse whisky- en Nederlandse koffiezaken daarentegen wel. En niet alleen het vrij verkeer van goederen, ook mededinging en verboden steunmaatregelen hebben de nodige beslissingen voortgebracht en het Unierecht verder ontwikkeld. In deze bijdrage willen wij hiervan een overzicht geven.

Wij zullen met name een aantal uitspraken van het Hof van Justitie, enkele beslissingen van de Europese Commissie en uitspraken van Nederlandse rechters over het vrij verkeer en aanbestedingen bespreken, waarmee de beïnvloeding van het Unierecht door Schotse whisky – en in mindere mate Nederlandse koffie – nader zal worden verduidelijkt. Daarbij zal eerst worden ingegaan op het vrij verkeer van goederen (par. 2), vervolgens mededinging (par. 3) en openbare aanbesteding (par. 4). Tenslotte zullen de gevolgen van Brexit voor het vrij verkeer van Schotse whisky worden gezien (par. 5). Wij sluiten af met een conclusie.

2. Vrij verkeer van goederen

Er zijn talrijke uitspraken van het Hof van Justitie geweest over Schotse whisky, waarbij het Hof een onderdeel of onderdelen van het vrij verkeer nader heeft verduidelijkt. Met betrekking tot het vrij verkeer van goederen kunnen de volgende elementen worden genoemd: het begrip 'maatregel van gelijke werking' in de zin van artikel 34 VWEU (par. 2.1), toepassing van de definitie MGW op nationale handelsmaatregelen (par. 2.2), en tarifaire belemmeringen, bedoeld in artikel 110 VWEU (par. 2.3).

2.1 Het begrip MGW

De beroemdste zaak rondom de verhandeling van Schotse whisky binnen de Unie is wel de zaak *Dassonville*.² Men zou kunnen zeggen dat 'Schotse whisky', waar het in deze zaak om ging, een blijvend stempel op het Unierecht heeft gezet. In de *Dassonville*-zaak heeft het Hof van Justitie – zoals bekend een definitie gegeven van het begrip 'maatregelen van gelijke werking' (MGW): "iedere handelsregeling der lid-staten die de intracommunautaire handel al

² HvJ EG 11 juli 1974, C-8/74, ECLI:EU:C:1974:82 (*Dassonville*).

dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren".³ Een definitie die zo ruim is dat bijna elke handelsregeling (potentieel) eronder valt: van verpakkingsvoorschriften tot gebruiksvoorschriften, van reclameverboden tot minimumprijzen, van winkelsluitingstijden tot internetverkoopverboden. Zoals het Hof van Justitie ten aanzien van nationale maatregelen heeft benadrukt:

maatregelen, [...], in ieder geval krachtens het beginsel in de tweede volzin van dit artikel omschreven [mogen] geen middel tot willekeurige discriminatie noch ook een verkapte beperking van de handel tussen de Lid-Statens vormen.

In de *Dassonville*-zaak ging het om een vereiste van oorsprongscertificaat voor whisky die in België werd geïmporteerd vanuit andere landen dan Schotland. Schotse whisky kon niet in België worden verhandeld zonder dat een oorsprongscertificaat was bijgevoegd. Een discriminerende maatregel, nu het alleen voor ingevoerde Schotse whisky geldt. Het Hof stelde dat de Belgische maatregel de tussenstaatse handel beperkte, en als maatregel van gelijke werking in de zin van artikel 34 VWEU moest worden beschouwd, nu dit certificaat minder makkelijk kon worden verkregen door importeurs van Schotse whisky die het vanuit Frankrijk, waar het rechtmatig in het vrije verkeer was gebracht, in België wilden invoeren dan door importeurs die de Schotse whisky rechtstreeks uit Schotland in België invoerden.

De definitie van MGW van het Hof is geïnspireerd op Richtlijn 70/50⁴ van de Commissie, waarin de Commissie maatregelen beschrijft die het vrij verkeer van goederen belemmeren.⁵ De richtlijn heeft echter nadrukkelijk alleen betrekking op "andere dan zonder onderscheid"-maatregelen. Bij de formulering van het begrip MGW gaat het Hof evenwel een stap verder. Met

³ Idem, r.o. 5.

⁴ Richtlijn 70/50/EEG van de Commissie van 22 december 1969 gebaseerd op de bepalingen van artikel 33, lid 7, houdende opheffing van de maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperkingen, niet bedoeld in andere krachtens het EEG-Verdrag vastgestelde bepalingen (*PbEG* 1970, L 13/29). W. Wils, 'Wat betekent "gelijke werking (als een kwantitatieve invoerbeperking)" in art. 30 E.E.G.-Verdrag?', <<https://www.law.kuleuven.be/apps/jura/public/art/26n3/wils.pdf>>, p. 323.

⁵ Artikel 2 richtlijn 70/50/EEG: "Deze richtlijn heeft betrekking op de maatregelen, andere dan die welke zonder onderscheid op nationale en op ingevoerde producten van toepassing zijn, die een belemmering vormen voor de invoer, die mogelijk zou zijn indien deze maatregelen niet bestonden, met inbegrip van de maatregelen die de invoer moeilijker of duurder maken dan de afzet van de nationale produktie."

een vooruitziende blik omschreef het Hof het begrip MGW zo ruim dat ook zonder onderscheid maatregelen eronder konden vallen. Dit zal het Hof ongetwijfeld gedaan hebben met het oog op de doelstelling van de EEG om een gemeenschappelijke markt te ontwikkelen. Vijf jaar later zou het Hof in het beroemde *Cassis de Dijon*-arrest – ook een arrest over een alcoholhoudende drank – de vervolgstap zetten en uitdrukkelijk het begrip MGW toepassen op een ‘zonder onderscheid’-maatregel.⁶ Interessant is dat de Belgische maatregel voor het vereisen van een certificaat van oorsprong zoals die ter discussie stond in het *Dassonville*-arrest tevens ter discussie stond in de inbreukprocedure die de Commissie aanspande tegen België.⁷ In 1974 overwoog het Hof dat de Belgische maatregel niet gerechtvaardigd kon worden onder artikel 36 VWEU, nu het certificaat van oorsprong vereiste een willekeurige discriminatie of een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten kon vormen, aangezien vrijwel alleen rechtstreekse importeurs aan het Belgische certificaat van oorsprong vereiste konden voldoen.⁸ Bijna vijf jaar later keurde het Hof de Belgische regeling wel goed om toe te passen op Schotse whisky, omdat parallelimporteurs inmiddels veel makkelijker certificaten van oorsprong konden verkrijgen. Het beroep van de Commissie in de inbreukprocedure werd verworpen. Een interessante uitspraak, nu het bleef gaan om een ‘met onderscheid’-maatregel die in het belang van de consumentenbescherming en de voorkoming van oneerlijke mededinging gerechtvaardigd werd geacht door het Hof. Bijzonder, want volgens het 3 maanden daarvoor gewezen *Cassis de Dijon*-arrest zijn de zgn. *rule of reason*-uitzonderingen alleen van toepassing op ‘zonder onderscheid’-maatregelen. Hier paste het Hof dit kennelijk destijds nog niet zo nauwkeurig toe.

2.2 Toepassing MGW op diverse nationale handelsmaatregelen

2.2.1 Minimumprijzen

Een bijzonder interessante uitspraak is die van het Hof omtrent in Schotland gehanteerde minimumprijzen voor alcoholhoudende dranken, waarbij de minimumprijs werd berekend aan de hand van het alcoholgehalte.⁹ In deze zaak stelt de Scotch Whisky Association de verenigbaarheid van deze regeling

⁶ HvJ EG 20 februari 1979, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (*Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*); geen arrest over Schotse whisky, maar over *Cassis de Dijon*.

⁷ HvJ EG 16 mei 1979, C-2/78, ECLI:EU:C:1979:128 (*Commissie/ België*).

⁸ HvJ EG 11 juli 1974, C-8/74, ECLI:EU:C:1974:82 (*Dassonville*), r.o. 8.

⁹ HvJ EU 23 december 2015, C-333/14, ECLI:EU:C:2015:845 (*Scotch Whisky Association e.a./Lord Advocate en Advocate General for Scotland*).

met het vrij verkeer van goederen ter discussie voor de Schotse rechter. Eerder had het Hof in het *Van Tiggele*-arrest¹⁰ al vastgesteld dat het hanteren van een minimumprijs de afzet van geïmporteerde producten kan benadelen, omdat deze geïmporteerde producten hun lagere kostprijs – bijvoorbeeld ten gevolge van efficiëntere productie – niet kunnen doorgeven in de koopprijs en zodoende hun marktaandeel te vergroten en toegang te krijgen tot de markt. Het *Van Tiggele*-arrest is gewezen vóór het *Keck*-arrest¹¹, waarin het Hof verkoopmodaliteiten uitzonderde van het begrip MGW, mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan.

In de Schotse zaak omtrent de minimumprijzen voor alcohol kreeg het Hof de gelegenheid te verduidelijken of minimumprijzen moeten worden gezien als verkoopmodaliteiten en derhalve beoordeeld moeten worden volgens de *Keck*-test, zoals Ierland had betoogd. De Advocaat-Generaal¹² liet het in het midden of een minimumprijzenregeling wel of niet een verkoopmodaliteit is en stelde vast dat in elk geval onder het begrip MGW vallen alle maatregelen die de toegang tot de markt belemmeren. Als daarvan sprake is – zoals uit eerder genoemd *Van Tiggele*-arrest met betrekking tot minimumprijzen blijkt – hoeft niet meer onderzocht te worden of er sprake is van een verschillende behandeling (rechtens of feitelijk) tussen nationale en geïmporteerde producten.

Het Hof volgde de A-G in deze.¹³ En eigenlijk lijkt in dit arrest een beetje afstand te worden genomen van de tweedeling die het Hof maakte in het *Keck*-arrest tussen (1) producteisen en (2) verkoopmodaliteiten. Later zou het Hof in de zaak *Commissie t. Italië*¹⁴ daar nog als derde categorie aan toevoegen: gebruikersvoorwaarden.¹⁵ Maar ook andere indelingen van MGW in de zin van artikel 34 VWEU zijn gangbaar, zoals: (1) maatregelen die import-producten ongelijk behandelen ten opzichte van nationale producten

¹⁰ HvJ EG 24 januari 1978, C-82/77, ECLI:EU:C:1978:10 (*Openbaar Ministerie/Van Tiggele*).

¹¹ HvJ EG 24 november 1993, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, ECLI:EU:C:1993:905 (*Keck en Mithouard*).

¹² Conclusie van A-G Bot van 15 september 2015, C-333/14, ECLI:EU:C:2015:527 (*Scotch Whisky Association e.a. v. Lord Advocate en Advocate General for Scotland*), punten 56 en 58.

¹³ HvJ EU 23 december 2015, C-333/14, ECLI:EU:C:2015:845 (*Scotch Whisky Association e.a./Lord Advocate en Advocate General for Scotland*), r.o. 31-32.

¹⁴ HvJ EG 10 februari 2009, C-110/05, ECLI:EU:C:2009:66 (*Commissie/Italië*).

¹⁵ Zie eveneens HvJ EG 4 juni 2009, C-142/05, ECLI:EU:C:2009:336 (*Åklagaren/Mickelsson en Roos*).

(discriminerende maatregelen), (2) producteisen ten aanzien van goederen die rechtmatig in andere lidstaten in het vrij verkeer zijn gebracht, zelfs wanneer deze eisen zonder onderscheid van toepassing zijn; (3) iedere maatregel die de toegang tot de nationale markt beperkt voor producten afkomstig uit andere lidstaten.¹⁶

Interessant is dat het Hof – bewust – voorbijgaat aan deze (academische) onderverdelingen van MGW, en eigenlijk het begrip terugbrengt tot de kern: een belemmering voor de toegang tot de nationale markt. Als we door die bril naar de verschillende, onderscheiden categorieën MGW kijken, zien we dat discriminerende maatregelen per definitie importproducten de toegang tot de markt belemmeren of moeilijker maken dan voor nationale producten nu ongelijke voorwaarden voor beide soorten producten worden gehanteerd. Producteisen (zowel de ‘met’ als de ‘zonder onderscheid’-maatregelen) zullen door de extra eisen die ze opleggen aan producten, de toegang tot de markt (potentieel) belemmeren of bemoeilijken. Wat betreft verkoopmodaliteiten zien we dat de nationale regeling van toepassing moet zijn op alle marktdeelnemers, waarmee een *level playing field* wordt geschapen voor het desbetreffende product (of de desbetreffende producten), en mogen deze noch rechtens noch feitelijk onderscheid maken, waarbij rechtens onderscheid ziet op ‘met onderscheid’-maatregelen, en feitelijk onderscheid ziet op de feitelijke toegang tot de markt. Deze toegang mag voor ingevoerde producten niet moeilijker zijn dan voor nationale producten. Eigenlijk komen alle drie de toetsen (alle marktdeelnemers, rechtens niet discriminerend en feitelijk niet discriminerend) neer op een beoordeling van de toegang tot de markt. Een *level playing field* garandeert gelijke voorwaarden voor de toegang tot de markt voor ingevoerde en nationale producten, net zoals de toets ‘rechtens en feitelijk niet discriminerend’ waarborgt dat ingevoerde en nationale producten gelijk behandeld worden en gelijke toegang hebben tot de markt. Deze lijn lijkt het Hof ook in latere rechtspraak door te zetten.¹⁷

¹⁶ A. Alemanno, ‘Balancing Free Movement and Public Health: The Case of Minimum Unit Pricing of Alcohol in Scotch Whisky’, *Common Market Law Review* (53) 2016, p. 1037.

¹⁷ HvJ EU 19 november 2020, C-663/18, ECLI:EU:C:2020:938 (*B S en C A*) en HvJ EU 11 juni 2020, C 581/18, ECLI:EU:C:2020:453 (*RB/TÜV Rheinland LGA Products GmbH en Allianz IARD SA*). A-G Bobek probeert in zijn conclusie van 6 februari 2020, C-581/18, ECLI:EU:C:2020:77, (*RB/TÜV Rheinland LGA Products GmbH en Allianz IARD SA*) de rode draad weer te geven in de rijke rechtspraak van het Hof van Justitie. Met name brengt hij de *Keck*-uitzondering (verkoopmodaliteiten die aan bepaalde vereisten voldoen) en het nabijheidsvereiste (geen MGW zijn die maatregelen die zonder

Was deze minimumprijsregeling, gekoppeld aan het alcoholgehalte, gerechtvaardigd onder artikel 36 VWEU ter bescherming van de volksgezondheid? Een minimumprijs is zeker geschikt om de volksgezondheid te beschermen. Maar is ook het ook de minst beperkende maatregel? Deze laatste vraag moet ontkennend worden beantwoord, nu met accijns eenzelfde effect kan worden bereikt (consumenten worden geremd om alcohol te kopen door de hogere aanschafprijs), maar anders dan bij minimumprijzen laten accijnzen wel mogelijkheden voor ingevoerde alcoholproducten om eventueel lagere productiekosten door te berekenen aan consumenten, zodat zij onder de verkoopprijs van nationale producten de markt kunnen betreden.

2.2.2 Reclameverboden

Ook reclameverboden kunnen evident de toegang tot de markt belemmeren voor ingevoerde producten, zeker wanneer de reclameverboden voor ingevoerde producten strenger zijn dan voor nationale producten. Dit speelde in de strafzaken tegen Alex Waterkeyn.¹⁸ In Frankrijk mocht vrijelijk reclame worden gemaakt voor natuurlijke zoete wijnen uit Frankrijk (zoals Sauternes en Pinot de Charante), maar niet voor ingevoerde natuurlijke zoete wijnen. Evenzo mocht voor typisch nationaal gedistilleerde rum en wijn wel reclame gemaakt worden, maar niet voor ingevoerde, met name uit graan gedistilleerde producten zoals whisky en jenever. Het Hof had in een eerder arrest¹⁹ vastgesteld dat deze regeling vanwege haar discriminerende trekken in strijd was met artikel 34 VWEU en ook niet gerechtvaardigd kon worden onder artikel 36 VWEU (bescherming volksgezondheid). Dit hing samen met de ongelijke toepassing van reclameverboden op ingevoerde en op nationale alcoholproducten. Immers hoewel reclameverboden gerechtvaardigd zijn ter bescherming van de volksgezondheid, leidt het tot willekeurige discriminatie

onderscheid van toepassing zijn en niet als doel hebben het handelsverkeer met de andere lidstaten te regelen, en waarvan de beperkende gevolgen voor het vrije verkeer van goederen zo onzeker en indirect zijn dat de in de regeling vervatte verplichting niet kan worden geacht de handel tussen de lidstaten te belemmeren) bij elkaar: "Alhoewel zij in verschillende rubrieken worden behandeld, delen het arrest *Keck en Mithouard* en het nabijheidsvereiste (of het ontbreken van afstand) dezelfde logica: met name alle nationale regels die geen betrekking hebben op het goederenverkeer of op onmiddellijk daaropvolgende of daarmee verband houdende stappen die een duidelijk effect hebben op de toegang en waardoor de toegang zelf dus wordt belemmerd, worden van de werkingssfeer van artikel 34 VWEU uitgesloten." (punt 70).

¹⁸ HvJ EG 14 december 1982, gevoegde zaken C-314-316/81 en C-83/82, ECLI:EU:C:1982:430 (*Alex Waterkeyn e.a.*).

¹⁹ HvJ EG 10 juli 1980, C-172/78, ECLI:EU:C:1980:187 (*Commissie/Frankrijk*).

wanneer reclame voor ingevoerde alcoholproducten wel verboden is, terwijl reclame voor nationale alcoholproducten niet verboden is, ofschoon beide even slecht voor de volksgezondheid zijn.

Dit is niet verrassend. Wel is het opvallend te zien het verschil in effect van deze strijdigheid met het vrij verkeer van goederen. De uitspraak van het Hof in de inbreukprocedure tegen Frankrijk strekte zich alleen uit tot ingevoerde producten. Alleen voor zover ingevoerde alcoholproducten, waaronder bijv. Schotse whisky, minder gunstige reclamevoorschriften genoot dan nationale, concurrerende producten, is de Franse regeling nietig verklaard. Dit betekent dat voor nationale alcoholproducten (interne situatie) de Franse regeling wel in stand kan blijven, en dat er dus zelfs een situatie van omgekeerde discriminatie zou kunnen ontstaan wanneer de nationale alcoholproducten wel gebonden zijn aan de Franse reclameregeling, maar de ingevoerde alcoholproducten niet.

In *Gourmet* kwam een algeheel reclameverbod voor alcoholische dranken in Zweden ter sprake, dat – hoewel zonder onderscheid van toepassing – toch als MGW werd gezien.²⁰ Het reclameverbod is een verkoopmodaliteit en het Hof toetste aan de *Keck*-voorwaarden. Doordat de toegang tot de markt voor ingevoerde alcoholische dranken uit andere lidstaten moeilijker is dan voor nationale alcoholische dranken, nu consumenten al vaker bekend zijn met eigen nationale alcoholische dranken dan met ingevoerde, werkt in de ogen van het Hof een algeheel reclameverbod feitelijk discriminerend en dus een MGW. Saillant detail is wel dat in casu de invoer van (Schotse) whisky juist in Zweden relatief was toegenomen, terwijl de verkoop van nationaal geproduceerde wodka juist was achterbleven. Deze feiten bewijzen op zichzelf natuurlijk niets, maar nuanceren wel de aanname wat betreft de bemoeilijking van de toegang tot de markt voor ingevoerde producten ten opzichte van nationale producten.

Overigens was het Zweedse reclameverbod waarschijnlijk wel gerechtvaardigd ter bescherming van de volksgezondheid (artikel 36 VWEU). Het Hof laat dit ter beoordeling over aan de nationale rechter.

2.2.3 Bescherming merkenrecht

Een ander gebied, waar Schotse whisky van zich heeft laten horen is het

²⁰ HvJ EG 8 maart 2001, C-405/98, ECLI:EU:C:2001:135 (*Konsumentombudsmannen/ Gourmet International Products AB*).

merkenrecht. Frits Loendersloot, een transportondernemer en parallelhandelaar, hield zich bezig met het 'decoderen' van Schotse whisky voor de parallelimport. Bij dit decoderen worden flessen Schotse whisky vaak van een nieuw etiket voorzien, zodat deze flessen gebruikt kunnen worden voor de parallelimport. In sommige gevallen worden alleen de identificatienummers die door de producent (merkenhouder) op etiketten of op flessen zijn aangebracht, verwijderd, zodat de merkhouders niet kan nagaan op welke wijze (parallel)import heeft plaatsgevonden. Er zijn dus twee mogelijkheden: een etiket wordt in zijn geheel vervangen door een nieuw etiket (zonder dat de herkomst valt vast te stellen) of het product wordt alleen ontdaan van zijn identificatienummers zodat *track and trace* niet meer mogelijk is. Volgens vaste rechtspraak van het Hof kan het verzet van merkhouders tegen herverpakking leiden tot afscherming van de markten van de lidstaten.²¹ Anderzijds kan het aanbrengen van identificatienummers op flessen noodzakelijk zijn om als levensmiddel een partij te kunnen traceren en zo nodig uit de markt te nemen. De vraag is of een merkgerechtigde zich kan beroepen op zijn merkrecht om zich te verzetten tegen heretikettering of het verwijderen van identificatienummers. Het Hof bepaalde in zijn rechtspraak dat een merkhouders zich mag verzetten tegen ompakking/heretikettering, tenzij:

- a) komt vast te staan, dat het merkrecht door de merkhouders gebruikt wordt om zich te verzetten tegen de verhandeling van opnieuw geëtiketteerde producten onder dit merk, tot kunstmatige afscherming van de markten van lidstaten zal bijdragen;
- b) wordt aangetoond dat de heretikettering de oorspronkelijke toestand van het product niet kan aantasten;
- c) de presentatie van het opnieuw geëtiketteerde product de reputatie van het merk en van de merkhouders niet kan schaden, en
- d) de persoon die zich met de heretikettering bezighoudt, de merkhouders tevoren informeert dat opnieuw geëtiketteerde producten ten verkoop worden aangeboden.

Dit alles staat ter beoordeling van de nationale rechter.

Al met al een belangenafweging die het Hof van Justitie maakt tussen enerzijds het merkenrecht en anderzijds het belang van de interne markt en het vrij verkeer. Een ander opvallend aspect van de uitkomst in deze zaak is de positie van whisky in het vrij verkeer ten opzichte van farmaceutische

²¹ HvJ EG 11 november 1997, C-349/95, ECLI:EU:C:1997:530 (*Loendersloot/Ballantines*), r.o. 23.

producten.²² Loendersloot had aangevoerd dat de reeds bestaande rechtspraak van het Hof van Justitie over merkenrechtelijke bescherming voor farmaceutische producten (in geval van parallelimport) niet behoort op te gaan voor whisky.²³ Kort gezegd: whisky is niet het beste medicijn en moet ook anders worden gereguleerd dan medicijnen. Daarmee heeft Loendersloot zich vergist in het belang van het product whisky. Het Hof van Justitie verwierp de stellingen van Loendersloot en oordeelde dat whisky op eenzelfde wijze moet worden behandeld als farmaceutische producten.²⁴ Whisky bevindt zich daarbij overigens in goed gezelschap van de Franse nationale trots: cognac en champagne.²⁵

2.2.4 Bescherming geografische aanduiding

De benaming "Schotse whisky" is een beschermde geografische aanduiding.²⁶ Alleen in Schotland vervaardigde whisky mag ook daadwerkelijk de benaming "Schotse whisky" gebruiken. Ook verwijzingen naar deze geografische aanduidingen, zgn. indirecte verwijzingen, zijn niet toegestaan. In de zaak *Scotch Whisky Association t. Michael Klotz*²⁷ rees de vraag of de indirecte verwijzingen naar "Glen" in *Glen Buchenbach* een verboden indirecte verwijzing kan zijn naar Schotse whisky. Glen Buchenbach betrof een in Duitsland geproduceerde whisky. Doordat in Schotland veelvuldig het woord Glen gebruikt wordt, roept het bij de beoogde kopers een associatie op met Schotse whisky. Het Hof wees deze claim evenwel af, nu indirecte verwijzingen alleen verboden zijn, wanneer "een vorm wordt gebruikt die identiek is aan of vanuit fonetisch en/of visueel oogpunt vergelijkbaar is met deze aanduiding".²⁸ Het volstond niet dat de aanduiding (in casu het woord

²² Zie bijv. HvJ EG 11 juli 1996, gevoegde zaken C-427/93, C-429/93 en C-436/93, ECLI:EU:C:1996:282 (*Bristol-Myers Squibb e.a./Paranova*).

²³ HvJ EG 11 november 1997, C-349/95, ECLI:EU:C:1997:530 (*Loendersloot/Ballantines*), r.o. 47.

²⁴ Idem, r.o. 27 en 48.

²⁵ Rb. Den Haag 3 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6874 (*Hennessy/Smizi*), r.o. 4.32 en 4.34.

²⁶ Verordening 2019/787 betreffende de definitie, omschrijving, presentatie en etikettering van gedistilleerde dranken, het gebruik van de namen van gedistilleerde dranken in de presentatie en etikettering van andere levensmiddelen en de bescherming van geografische aanduidingen van gedistilleerde dranken, het gebruik van ethylalcohol en distillaten uit landbouwproducten in alcoholhoudende dranken, en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 110/2008 (*PbEU* 2019, L 130/1).

²⁷ HvJ EU 7 juni 2018, C-44/17, ECLI:EU:C:2018:415 (*Scotch Whisky Association/Michael Klotz*).

²⁸ Idem, r.o. 39.

Glen) op enige wijze een associatie met de geregistreerde geografische aanduiding of het daarmee verbonden geografische gebied oproept. Het beroep van de Scotch Whisky Association werd daarom afgewezen.

2.3 *Tarifaire belemmeringen*

Ook met betrekking tot zgn. tarifaire belemmeringen heeft Schotse whisky voor de nodige rechtspraak gezorgd.²⁹ Deze rechtspraak is gebaseerd op artikel 110 VWEU. Deze bepaling ziet enerzijds op gelijke belastingheffing op ingevoerde en op soortgelijke nationale goederen (1e alinea, gelijke behandlingsbeginsel). Anderzijds bepaalt artikel 110 VWEU dat belastingheffing niet zodanig mag worden geheven dat nationale producties zijdelings worden beschermd (2e alinea, protectionistische maatregelen met betrekking tot concurrerende producten).

In de jaren 70, begin jaren 80 van de vorige eeuw probeerden lidstaten hun eigen nationaal geproduceerde, gedistilleerde dranken te beschermen tegen ingevoerde gedistilleerde dranken door toepassing van een gedifferentieerd stelsel van accijnzen en belastingen. De differentiatie gebeurde zo dat de lokaal geproduceerde ouzo, wijn, cognac of brandewijn tegen een lager belastingtarief werden belast dan ingevoerde whisky en jenever. Op het eerste gezicht evenwel was de differentiatie in de belastingstelsels voor alcoholische producten gebaseerd op objectieve criteria, zoals het aanwezige alcoholgehalte in dranken,³⁰ de grondstof waaruit het vervaardigd was³¹ of consumptiegewoonten.³² Maar schijn bedriegt, en het Hof heeft er op een efficiënte manier mee afgerekend.

In alle zaken was de grote vraag of het gedifferentieerde belastingstelsel

²⁹ HvJ EG 27 februari 1980, C-168/78, ECLI:EU:C:1980:51 (*Commissie/Frankrijk*); HvJ EG 27 februari 1980, C-169/78, ECLI:EU:C:1980:52 (*Commissie/Italië*); HvJ EG 27 februari 1980, C-171/78, ECLI:EU:C:1980:54 (*Commissie/Denemarken*); HvJ EG 15 juli 1982, C-216/81, ECLI:EU:C:1982:275 (*COGIS/Administratie van de Staatsfinanciën*); HvJ EG 5 oktober 1983, gevoegde zaken C-186/82 en C-187/82, ECLI:EU:C:1983:262 (Minister van Financiën/*Mellina Agosta*); HvJ EG 27 februari 1980, C-55/79, ECLI:EU:C:1980:56 (*Commissie/Ierland*); HvJ EG 18 april 1991, C-230/89, ECLI:EU:C:1991:156 (*Commissie/Griekenland*); HvJ EG 5 oktober 2004, C-475/01, ECLI:EU:C:2004:585 (*Commissie/Griekenland*); HvJ EU 11 juli 2019, C-91/18, ECLI:EU:C:2019:600 (*Commissie/Griekenland*).

³⁰ Bijv. HvJ EG 15 juli 1982, C-216/81, ECLI:EU:C:1982:275 (*COGIS/Administratie van de Staatsfinanciën*).

³¹ Bijv. HvJ EG 27 februari 1980, C-169/78, ECLI:EU:C:1980:52 (*Commissie/Italië*).

³² Bijv. HvJ EG 18 april 1991, C-230/89, ECLI:EU:C:1991:156 (*Commissie/Griekenland*).

verenigbaar was met artikel 110 VWEU. Daarbij werd voor het Hof uitgebreid gediscussieerd over de vraag in hoeverre bijv. whisky soortgelijk was met bijv. cognac. Voor de gelijksoortigheid van dranken moet gekeken worden naar de gebruiker (de consument) en zijn behoeften. Zo claimde de Commissie dat alle gedistilleerde dranken gelijksoortig zijn ongeacht de grondstoffen die gebruikt zijn voor de vervaardiging en voldoen zij aan dezelfde behoefte van verbruikers. De lidstaten bestreden de gelijksoortigheid, wijzende op het verschil in smaak en drinkgewoonten bij consumenten, de verschillende grondstoffen die gebruikt zijn voor de vervaardiging van de dranken en de specifieke eigenschappen en kenmerken van de verschillende dranken zelf. Het Hof omzeilde deze discussie door op te merken dat de alcoholische dranken gemeenschappelijke generieke kenmerken vertonen. Zij zijn allen verkregen door distillatie en alle bevatten als hoofdbestanddeel voor menselijke consumptie geschikte alcohol van een betrekkelijk hoge concentratiegraad. Binnen deze groep zijn er producten die eigen, min of meer uitgesproken karakteristieken vertonen. Daarbij zou bijv. aan jenever of whisky kunnen worden gedacht. Tegelijkertijd zijn er ook talrijke producten die als basis 'neutrale' alcohol hebben, waaraan bepaalde aroma's worden toegevoegd. Deze laatste producten zijn wel gelijksoortig.

Aldus kwam het Hof tot de conclusie dat er binnen de groep 'gedistilleerde dranken' een grote groep ten minste als gelijksoortig kan worden gezien. En dat, voor zover deze gelijksoortigheid niet kan worden vastgesteld vanwege hun uitgesproken eigenschappen, deze producten niettemin in een gedeeltelijke of potentiële concurrentieverhouding staan tot elkaar. Dit betekent dat gedistilleerde producten ten minste moeten voldoen aan het bepaalde in artikel 110, 2e alinea, in die zin, dat de belastingheffing niet protectionistisch mag zijn. In verschillende zaken heeft het Hof derhalve onderzocht of de belastingheffing beschouwd kan worden als protectionistisch. Dit bleek vrijwel steeds het geval. Zo wordt er in Frankrijk en Italië niet of nauwelijks jenever of whisky geproduceerd (gedistilleerd uit graan), terwijl deze producten veel zwaarder worden belast dan gedistilleerde dranken uit wijn of vruchtenbrandewijn.³³ In Griekenland viel de gehele nationale productie van gedistilleerde dranken (o.a. ouzo, brandewijn en likeuren) in het lagere tarief, terwijl de ingevoerde gedistilleerde dranken (o.a.

³³ HvJ EG 27 februari 1980, C-168/78, ECLI:EU:C:1980:51 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 25; HvJ EG 15 juli 1982, C-216/81, ECLI:EU:C:1982:275 (*COGIS/Administratie van de Staatsfinanciën*), r.o. 11; HvJ EG 27 februari 1980, C-169/78, ECLI:EU:C:1980:52 (*Commissie/Italië*), r.o. 35.

whisky) in het hogere tarief vielen.³⁴ De differentiaties werden door het Hof dan ook verboden voor zover deze protectionistisch waren.

Een zaak waar deze differentiatie geen rol speelt is die tegen Ierland.³⁵ In Ierland werden ingevoerde en nationaal geproduceerde alcoholhoudende dranken weliswaar gelijkelijk belast, maar konden producenten van gedistilleerde dranken (bijv. Ierse whisky) de betaling van accijns vier tot zes weken uitstellen, terwijl ingevoerde gedistilleerde dranken (bijv. Schotse whisky) de accijnzen direct moesten voldoen op het moment van invoer in Ierland. Ierland achtte dit betalingsuitstel 'gerechtvaardigd' nu Ierse whisky-producenten in hun mededinging met *Scotch whisky* nadeel ondervonden van het verschil in de wisselkoers van het Ierse en het Britse 'groene pond'.

Het Hof bepaalde allereerst dat de ongelijke behandeling de nationale producenten een voordeel bood, ook al was het slechts een klein voordeel. Het argument van het koersverschil tussen het Ierse en het Britse pond werd door het Hof afgewezen, nu hiervoor binnen het monetaire beleid een oplossing moet worden gezocht en niet via discriminerende fiscale bepalingen. Derhalve concludeerde het Hof dat de Ierse regeling een ongelijke behandeling betreft in de zin van artikel 110, 1e alinea, VWEU en dan ook verboden is.

3. Mededinging

Ook op het gebied van mededinging speelt whisky een rol. Een oude zaak over whisky brengt ons terug naar het begin van de carrière van Anne. Onder de toenmalige Verordening 17³⁶ moesten partijen overeenkomsten en besluiten van ondernemersverenigingen aanmelden bij de Europese Commissie, indien betrokkenen een beroep wensten te doen op de vrijstelling van artikel 85 lid 3 EEG-Verdrag. De laatste bepaling maakt het ook toen mogelijk een overeenkomst of het besluit te laten ontsnappen aan het verbod van artikel 85 lid 1 EEG-Verdrag. Na melding onderzocht de Commissie de voorwaarden voor een vrijstelling onder artikel 85 lid 3 EEG-Verdrag (thans artikel 101 lid 3 VWEU) in een administratieve procedure. De Europese Commissie verleende een vrijstelling mits aan de voorwaarden was voldaan.³⁷

³⁴ HvJ EG 18 april 1991, C-230/89, ECLI:EU:C:1991:156 (*Commissie/Griekenland*), r.o. 10.

³⁵ HvJ EG 27 februari 1980, C-55/79, ECLI:EU:C:1980:56 (*Commissie/Ierland*).

³⁶ EEG Verordening Nr. 17: Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (*PbEG* 1962, L 13/204).

³⁷ Artikel 4 lid 2 van Verordening 17 beperkte overigens de mogelijkheid om aan te melden, bijvoorbeeld verticale overeenkomsten.

Ten slotte was artikel 6 lid 1 Verordening 17 van belang: een ontheffing kon slechts werking hebben vanaf de datum van aanmelding bij de Commissie.

Distillers Company Ltd (DCL), één van de grootste Schotse whiskyproducenten, hanteerde voor de toetreding van het Verenigd Koninkrijk tot de Europese Economische Gemeenschap een systeem van exportbeperkingen. Na toetreding tot de EEG had DCL dit in haar algemene voorwaarden vervangen door een systeem van prijsdifferentiatie voor binnen- en buitenland. De nieuwe algemene voorwaarden kenden gunstigere voorwaarden voor consumptie in het VK dan voor consumptie in de rest van de EU. Een slechte zaak voor continentaal Europa en de export van Schotse whisky. Gelukkig voor Anne – die toen nog niet was verhuisd naar het continent – maakte het Hof van Justitie korte metten met de redeneringen van DCL.³⁸ De Commissie had namelijk via krantenberichten deze inbreuken ontdekt en DCL hierop aangesproken. DCL was niet zo verstandig geweest de hulp van Anne in te roepen die zeker zou hebben geadviseerd in ieder geval tot aanmelding over te gaan om de formele fout die DCL maakte te vermijden.³⁹ Artikel 4 Verordening 17 bepaalt:

Overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, bedoeld in artikel 85, lid 1, van het Verdrag, die tot stand zijn gekomen na het tijdstip waarop deze verordening in werking treedt en ten gunste waarvan de betrokken ondernemingen een beroep willen doen op artikel 85, lid 3, moeten worden aangemeld bij de Commissie. Zolang deze aanmelding niet heeft plaatsgevonden, kan de beschikking, bedoeld in artikel 85, lid 3, niet worden gegeven.

Het Hof van Justitie oordeelde kort en krachtig:

As the Commission rightly maintains, in the absence of notification in accordance with the requirements of the regulation the price terms may not have exemption under Article 85 (3). The simple fact that for administrative reasons the same reference number may have been used for the correspondence in relation to the conditions of sale which were duly notified and the correspondence relating to the price terms which were not is irrelevant.⁴⁰

³⁸ HvJ EG 10 juli 1980, C-30/78, ECLI:EU:C:1980:186 (*Distillers Company Limited/Commission*).

³⁹ Ook al was de kans van slagen van een positief besluit klein, want het leek om exportbeperkingen te gaan.

⁴⁰ HvJ EG 10 juli 1980, C-30/78, ECLI:EU:C:1980:186 (*Distillers Company Limited/*

De consequentie van de fout van DCL was voor het Hof van Justitie eveneens duidelijk:

The applicant does not deny that the price terms infringe Article 85 (1). Since however it omitted to notify the said terms to the Commission the applicant has deprived itself by its own act of any possibility of obtaining in the proceedings to which the present application relates a decision granting exemption under Article 85 (3).⁴¹

In wezen was het systeem van artikel 85 lid 3 EEG-Verdrag niet vergelijkbaar met de werking van artikel 88 lid 3 EEG-Verdrag voor steunmaatregelen: er was geen *standstill* tot het moment dat de Europese Commissie een eindbeslissing had genomen. Een vrijstelling ex artikel 85 lid 3 EEG Verdrag kon dus terugwerken tot vóór het uitvaardigen van het besluit, maar deze terugwerking kon niet plaatsvinden tot vóór de datum van aanmelding. Een merkwaardige situatie, want een systeem van artikel 88 lid 3 EEG-Verdrag (thans artikel 108 lid 3 VWEU) zorgt voor een grotere druk om tot melding over te gaan. De mate van compliance wordt hierdoor bevorderd.

Een tweede interessante zaak laat zien dat whisky weliswaar een Schotse trots is, maar in belangrijke mate ook voorwerp van Europeesrechtelijke geschillen buiten Schotland.⁴² Daarbij geldt dat de Ieren, anders dan het VK, nog altijd in de EU verblijven en nog steeds voor de handel in Ierse whisky gebruik maken van het vrij verkeer. Deze zaak gaat over 'Wild Geese', niet de bekende pub in Brussel waar veel medewerkers van het Directoraat-Generaal Mededinging komen, maar het teken (de merknaam) voor Ierse whisky. Weliswaar de verkeerde whisky, namelijk Ierse whisky. Gelukkig ging de zaak niet over de vraag of Ierse whisky lekkerder was, maar of de producent misbruik maakte van zijn machtspositie op de whiskymarkt door een beroep op zijn merkenrecht. Wat het Hof van Justitie in concreto moest beantwoorden was of Pernod Ricard (opvallend: een Franse onderneming die Schotse whisky produceert) met het merkrecht 'Wild Turkey' misbruik maakte van haar machtspositie door de zich te verzetten tegen inschrijving van het teken 'Wild Geese' als merk voor whisky. Tot een inhoudelijk antwoord komt het Hof van Justitie uiteindelijk echter niet. De klacht over misbruik van machtspositie tegen Pernod Ricard had de Europese Commissie niet in behandeling genomen, en

Commission), r.o. 24.

⁴¹ Idem, r.o. 26.

⁴² Gerecht EU 13 september 2012, T-119/09, ECLI:EU:T:2012:421 (*Protégé International/Commissie*).

het Hof van Justitie meent dat dat terecht is. In zijn onderzoek komt het Hof van Justitie tot een interessante conclusie over whisky (wellicht waren er toch echte kenners onder de raadsheren?):

En outre, si la requérante fait valoir qu'aucun consommateur ne pourrait sérieusement confondre des marques désignant en tant que produit le whiskey irlandais, comme celles de la requérante, avec une marque désignant en tant que produit le whiskey américain, comme celle d'Austin Nichols, il convient de relever, aux seules fins du présent litige, que la perception des consommateurs à l'égard, notamment, des types de whiskey et la capacité de distinguer ces derniers conformément à leur origine peut varier selon les différents pays. Dans ces circonstances, à supposer même que les consommateurs d'un certain pays puissent distinguer aisément un whiskey irlandais d'un whiskey américain, comme cela serait, ainsi que la requérante le fait valoir, le cas en l'Irlande, la perception des consommateurs dans ce pays ne saurait être nécessairement la même que celle d'un consommateur dans un autre pays. [onderstreping toegevoegd, auteurs].⁴³

Deze overweging had evenzeer voor Schotse (de echte) kunnen gelden: de perceptie van de consument van whisky verschilt van land tot land. Verder struikelde de eiser in deze zaak over de misbruikvraag: zij had niet aangetoond dat Pernod Ricard misbruik maakte van haar (beweerde) machtspositie door de oppositie tegen de inschrijving van 'Wild Geese'.⁴⁴ Verder vormt het arrest een bevestiging van het oordeel in *ITT Promedia* over het misbruik maken van gerechtelijke procedures:

Ingevolge het eerste van de twee door de Commissie in de bestreden beschikking gehanteerde cumulatieve criteria levert een rechtsgeding pas misbruik in de zin van artikel 86 van het Verdrag op, indien het niet redelijkerwijs kan worden geacht tot vrijwaring van de rechten van de betrokken onderneming te strekken, en dus uitsluitend kan dienen om de tegenpartij te tergen. Om na te gaan of aan dit criterium is voldaan, moet dus rekening worden gehouden met de situatie op het ogenblik waarop het geding wordt aangespannen.

Bovendien gaat het er bij de toepassing van dat criterium niet om, vast te stellen of de rechten die de betrokken onderneming deed gelden toen zij het geding aanspande, daadwerkelijk bestonden, noch of het geding

⁴³ Idem, r.o. 54 (onderstreping toegevoegd).

⁴⁴ Idem, r.o. 60.

zelf gegrond was. Wel moet daarbij worden nagegaan, of de betrokken onderneming met het geding de rechten beoogde te doen gelden waarvan zij op dat ogenblik redelijkerwijs mocht aannemen dat zij haar toekwamen. Uit het laatste gedeelte van de formulering van het criterium blijkt, dat daaraan alleen dan is voldaan, wanneer dit niet het doel is van het aangespannen geding, en dat uitsluitend in dit geval kan worden aangenomen, dat het geding alleen bedoeld kan zijn om de tegenpartij te tergen.⁴⁵

Dit oordeel is nog steeds actueel, bijvoorbeeld in de geschillen over verleningen van octrooien van geneesmiddelen en de vorderingen tegen producenten van generieke geneesmiddelen. En zo kan weer een verband worden gelegd tussen whisky en geneesmiddelen en is men terug bij het arrest *Loendersloot* dat wij hiervoor bespraken.

4. Vrij verkeer en aanbesteding

Uit het voorgaande blijkt dat whisky een belangrijke rol heeft gespeeld in het denken over vrij verkeer van goederen en effectieve mededinging in de EU. Het vrij verkeer dient echter niet te leiden tot een eenvormigheid van dranken, ondanks de benadering van het Hof van Justitie om gedistilleerde dranken als één groep te beschouwen voor de toepassing van artikel 110 VWEU. Smaak is een belangrijke eigenschap van een gedistilleerde drank. Ook dat aspect van whisky speelt een rol in het vrij verkeer. In het EU-aanbestedingsrecht zijn smaaktesten een regelmatig onderdeel van de Europese aanbestedingsprocedure.⁴⁶ Whisky is tot nu toe nog geen gepubliceerd onderdeel geweest van een aanbestedingsprocedure, maar andere dranken zoals koffie wel.

Wij vragen ons dan ook af of de smaak van Schotse whisky – ten slotte de enige echte – in het EU aanbestedingsrecht, een onderdeel van het recht van de interne markt, een rol mag spelen. Het bevoordelen van nationale gedistilleerde dranken in een aanbesteding zou kunnen plaatsvinden door te laten toetsen op smaak van de gedistilleerde dranken. Over deze vraag heeft het Hof van Justitie zich nog niet direct uitgelaten. In het *Max Havelaar*-arrest heeft het Hof wel verduidelijkt dat *fair trade* labels onder voorwaarden zijn

⁴⁵ GvEA EG 17 juli 1998, T-111/96, ECLI:EU:T:1998:183 (*ITT Promedia/Commissie*), r.o. 72 e.v.

⁴⁶ Onder een Europese aanbestedingsprocedure verstaan we een procedure met een geraamde waarde boven de EU drempels van de Richtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU of 2014/25/EU.

toegelaten zonder zich uit te spreken over de smaak van de koffie. Een label is voor goede smaak meestal geen graadmeter. Wel heeft de Nederlandse rechter uitspraken gedaan over koffie, de Nederlandse nationale drank.⁴⁷ Welke rode draad kan worden ontdekt betreffende smaaktesten en het EU-recht?

Ten eerste kan een aanbestedende dienst technische specificaties over de kwaliteit van de koffie opnemen in de zin van artikel 42 van Richtlijn 2014/24/EU c.q. artikel 2.75 van de Aanbestedingswet 2012. Dat volgt uit onder meer artikel 42 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU c.q. artikel 2.75 lid 3 Richtlijn 2014/24/EU:

Die kenmerken kunnen ook verband houden met het specifieke proces of de specifieke methode van productie of uitvoering van de gevraagde werken, leveringen of diensten of met een specifiek proces van een ander stadium van de levenscyclus ervan, zelfs wanneer deze factoren niet tot de materiële essentie van de werken, leveringen of diensten behoren, mits zij met het voorwerp van de opdracht verbonden en in verhouding tot de waarde en de doelstellingen ervan zijn.

Een aanbestedende dienst mag dus nauwkeurig omschrijven welke kenmerken whisky of koffie moet hebben. Daarbij mag bijvoorbeeld – gezien de verschillen in het distilleerproces – worden geëist dat het moet gaan om Schotse whisky, en daarmee Ierse whisky worden uitgesloten.⁴⁸ Bij koffie zou bijvoorbeeld een technische eis mogen zijn dat de koffie uitsluitend van arabicabonen moet zijn gemaakt (en dus minder bitter is).⁴⁹ Daarbij definieert punt 1, sub b, van bijlage VI bij Richtlijn 2004/18/EU een “technische specificatie” in geval van overheidsopdrachten voor leveringen als:

⁴⁷ Rb. Den Haag 24 juni 2010, NL:RBSGR:2010:BM9358 (*Douwe Egberts/Staat*); Rb. Den Haag 16 maart 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BP7884 (*Maas International/Staat*); Rb. Amsterdam 24 juni 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BR2781 (*Maas International/UWV*); Hof 's Hertogenbosch 19 februari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:565 (*Vitam/Gemeente Helmond*); Rb. Den Haag 6 november 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:11245 (*Erasmus/Nestlé*).

⁴⁸ Zie voor de verschillen <<https://nl.wikipedia.org/wiki/Whisky#:~:text=Twee%20belangrijk%20verschillen%20met%20Schotse,whiskey%20drie%20keer%20wordt%20gedistilleerd.&text=Een%20uitzondering%20op%20de%20gebruikelijke,Connemara%20Single%20Malt%20Irish%20Whiskey>>.

⁴⁹ <<https://eerlijkkoffie.nl/arabica-koffiebonen>>.

een specificatie die voorkomt in een document ter omschrijving van de vereiste kenmerken van een product [...], zoals het niveau van kwaliteit, het niveau van milieuvriendelijkheid, [...] proefnemingen en proefnemingsmethoden, verpakking, markering en etikettering, gebruiksaanwijzingen, productieprocessen en -methoden, en overeenstemmingsbeoordelingsprocedures.

De kwaliteit van whisky en koffie mag dus nauwkeurig worden bepaald. Daarvoor kan de aanbestedende dienst ook eisen dat de koffiebonen of de mout gebruikt voor de productie van de whisky van biologische oorsprong moet zijn. Dit is geen technische specificatie maar een uitvoeringseis.⁵⁰ Datzelfde geldt voor eventuele keurmerken die op non discriminatoire wijze worden gebruikt. Keurmerken voor whisky of koffie kunnen echter geen gunningscriterium zijn.⁵¹

Voor gunning kan wel een smaaktest worden gebruikt. Op basis van de jurisprudentie en de algemene beginselen van aanbestedingsrecht gelden hiervoor een aantal voorwaarden: de smaaktest zal blind moeten zijn, ingrediënten en oorsprong van bijvoorbeeld de whisky of koffie zullen moeten worden gecontroleerd, de monsters zullen de referentie moeten zijn voor de te leveren whisky of koffie indien een overeenkomst tot stand komt, de gebruikersgroep van een smaaktest zal representatief moeten zijn voor de toekomstige gebruikers,⁵² de test dient voor ieder lid van het panel op dezelfde wijze plaats te vinden (whisky met of zonder ijs (en dezelfde hoeveelheid ijs); koffie met of zonder melk en suiker), de omgeving waarin de smaaktest plaatsvindt zal vergelijkbaar moeten zijn met de omgeving waar de dranken worden genuttigd, de leden van het panel hebben tevoren kennis genomen van het testprotocol en zijn objectief, indien mogelijk zal een controle smaaktest plaatsvinden, zodat de resultaten van de test beter objectiveerbaar zijn, de vragen die de leden van het panel in het kader van de smaaktest moeten beantwoorden zijn duidelijk, precies en ondubbelzinnig geformuleerd, en een neutraal persoon (geen whisky of koffiedrinker) heeft de leiding over het proces van de smaaktest.⁵³

⁵⁰ HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284 (*Commissie/Nederland (Max Havelaar)*), r.o. 74-75.

⁵¹ Idem, r.o. 97.

⁵² De aanbestedende dienst zal dus moeten waken over een spreiding van leden van het panel en tevoren een representatieve samenstelling moeten kunnen onderbouwen.

⁵³ Vgl. de smaaktest in Rb. Den Haag 16 maart 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BP7884 (*Maas International/Staat*).

Afgezien van deze eisen aan de smaaktest, zal de aanbestedende dienst ook zijn contract met de winnaar van de aanbestedingsprocedure moeten managen door de kwaliteit van de leveringen te controleren met de monsters van de smaaktest.⁵⁴ Deze voorwaarden zijn niet uitputtend, maar lijken wel een noodzakelijke basis voor een test die verenigbaar is het EU aanbestedingsrecht.

Hoewel de uitdrukking luidt 'over smaak valt niet te twisten', kan de smaak van (Schotse) whisky of koffie een rol spelen in Europese aanbestedingen. Voorwaarden heeft het Hof van Justitie nog niet geformuleerd. Wel hebben we hiervoor de contouren laten zien voor de toelaatbaarheid van smaaktesten in het licht van de Nederlandse rechtspraak en de algemene beginselen van aanbestedingsrecht.

5. Brexit

Uit het voorgaande moge duidelijk zijn dat Schotse whisky op verschillende wijzen heeft bijdragen aan de ontwikkeling van het Unierecht. Nu Schotland – in elk geval voorlopig – geen deel meer uitmaakt van de EU kunnen we ons afvragen hoe het na de Brexit verder zal gaan. Vele importeurs van Schotse whisky hebben een voorschot genomen op mogelijke douaneheffingen/invoertarieven die op whisky zouden kunnen gaan rusten toen de Brexit een feit werd op 1 januari 2021. Zij hebben een voorraadge Schotse whisky ingeslagen teneinde importheffingen en voorraadtekorten na 1 januari te kunnen opvangen. Gelukkig is hun vrees slechts ten dele bewaarheid geworden, nu er op het laatste nippertje een handelsakkoord (*Trade and Cooperation Agreement*, TCA) tussen de EU en het VK is gesloten.

Dankzij de overeenstemming die op 24 december 2020 is bereikt tussen de EU en het Verenigd Koninkrijk gelden er voor de handel in goederen tussen het VK en de EU geen importheffingen of quota.⁵⁵ Dit overigens alleen voor goederen die van oorsprong zijn uit 'de andere partij'.⁵⁶ Deze goederen moeten ook vergezeld gaan van een attest van oorsprong.⁵⁷ Voor Schotse whisky

⁵⁴ Idem, r.o. 4.10 en 4.15.

⁵⁵ Voor de integrale tekst, zie de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst tussen de Europese Unie en de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie, enerzijds, en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, anderzijds (*PbEU* 2020, L 444/14) (hierna: TCA).

⁵⁶ Zie artikel GOODS.5 TCA.

⁵⁷ Zie artikel ORIG.19 TCA.

verandert er in dat opzicht niet veel en kan er vrijelijk naar de EU worden geëxporteerd. Wel zal dit product aan de grens met extra (administratieve) formaliteiten te maken krijgen en mogelijk met (veiligheids)controles. Voor dergelijke formaliteiten en controles mogen 'retributies' worden geheven, die wel beperkt moeten blijven tot het bedrag bij benadering van de kosten van de verleende diensten.⁵⁸

Nu Schotse whisky een voedingsproduct is, zullen eventuele eisen aan de samenstelling van whisky moeten voldoen aan de artikelen SPS.1 t/m SPS.19 van de TCA. Deze artikelen zien op alle sanitaire en fytosanitaire maatregelen van beide partijen, nodig ter bescherming van de gezondheid van planten, mensen en dieren. Het is mogelijk dat in de toekomst om bepaalde redenen een van beide partijen eisen gaat stellen aan de samenstelling van het product (bijv. met betrekking tot het gebruik van bepaalde additieven in whisky of te verwerken graansoorten als grondstof voor whisky) ter bescherming van bijv. de volksgezondheid. Dergelijke eisen kunnen – in de toekomst – belemmeringen gaan opleveren voor de invoer van Schotse whisky in de EU.

Hetzelfde geldt ook voor technische voorschriften, waaronder etikettering. In de artikelen TBT.1 t/m TBT.13 TCA worden nadere randvoorwaarden gesteld aan dergelijke technische voorschriften. Op dit moment zal Schotse whisky voldoen aan alle technische eisen ten aanzien van gedistilleerde producten en etiketteringsvoorschriften en zal de invoer van Schotse whisky in de EU nog geen problemen ondervinden. Naarmate de EU dan wel het VK andere eisen gaat stellen aan gedistilleerde producten (zoals bijv. etiketterings- of verpakingsvereisten voor gedistilleerde producten) kunnen deze technische eisen belemmeringen opwerpen voor de invoer van Schotse whisky in de EU.

Concluderend kan met betrekking tot tarifaire belemmeringen worden gesteld dat Schotse whisky bij de invoer in de EU is vrijgesteld van invoerheffingen/douanerechten, nu Schotse whisky van oorsprong afkomstig is uit het VK. Dat neemt niet weg dat Schotse whisky wel met enige extra kosten zal worden geconfronteerd, nu bij de grens voldaan zal moeten worden aan formaliteiten en controles, hetgeen kostenverhogend voor Schotse whisky zal werken.

Met betrekking tot non-tarifaire belemmeringen kan worden gesteld dat de TCA geen vergelijkbare bepaling bevat als artikel 34 VWEU tot afschaffing van alle MGW. Wel bepaalt de TCA dat Partijen terughoudend moeten zijn met

⁵⁸ Zie artikel GOODS.7 TCA.

technische voorschriften (artikel TBT.4 TCA) en worden er randvoorwaarden aan etiketteringsvereisten gesteld (artikel TBT.8 TCA). Wat betreft voorschriften ter bescherming van de volksgezondheid gelden er ook randvoorwaarden: bijv. ter zake van officiële certificering (artikel SPS.6 TCA) en het uitvoeren van inspecties (artikel SPS.7 TCA). Sanitaire en fytosanitaire eisen mogen bovendien niet worden gebruikt om ongerechtvaardigde handelsbelemmeringen in te voeren (artikel SPS.5 TCA).

Op dit moment zullen de huidige bestaande technische voorschriften en voedselveiligheidsvoorschriften binnen het VK en de EU nog met elkaar in de pas lopen, zodat deze maatregelen op dit moment de invoer van Schotse whisky in de EU niet zullen belemmeren. Naar de toekomst toe – zodra andere eisen zijn ingevoerd – kan dit veranderen.

Een heleboel maatregelen die wel onder het verbod vallen van MGW in artikel 34 VWEU worden niet bestreken door de TCA, zoals bijv. een verbod tot verkoop van whisky in supermarkten of een reclameverbod voor alcoholproducten. Dit hoeft ook niet per se, nu de TCA echt alleen ziet op de binnenkomst van goederen in de EU. Eenmaal ingeklaard bij de douaneautoriteiten zal Schotse whisky op gelijke voet als nationale producten kunnen deelnemen aan het vrij verkeer van goederen binnen de EU. In dat laatste geval blijft ook de jurisprudentie met betrekking tot artikel 34 VWEU volledig van toepassing op de verhandeling van Schotse whisky in de EU, zoals de toepassing van een reclameverbod of een verbod tot verkoop van whisky in supermarkten.

6. Conclusie

De verhandeling van whisky heeft op bepaalde momenten een cruciale bijdrage geleverd aan de ontwikkeling van het Unierecht, zoals in het meer dan 45 jaren oude *Dassonville*-arrest⁵⁹, waarin het Hof zich uitgesproken heeft over het begrip MGW. Deze definitie wordt thans nog steeds door het Hof gebruikt. Ook de 'nieuwe benadering' van het vrij verkeer van goederen werd door het Hof gelanceerd in een zaak betreffende de verhandeling van Schotse whisky (naar aanleiding van de Schotse minimumprijzenregeling voor alcoholhoudende dranken). Daarbij is het begrip MGW niet langer afhankelijk van het aanknopingspunt om welk soort maatregel het gaat (een producteis, een verkoopmodaliteit of gebruiksvoorwaarde), maar puur en alleen van het criterium 'het al dan niet verkrijgen van toegang tot de markt'.

⁵⁹ HvJ EG 11 juli 1974, C-8/74, ECLI:EU:C:1974:82 (*Dassonville*).

Naast deze fundamentele uitspraken, die tegenwoordig nog altijd als bakens binnen het vrij verkeer van goederen gelden, heeft de rechtspraak omtrent gedistilleerde dranken er zeker toe bijgedragen dat gedifferentieerde belastingheffingen met een protectionistisch karakter meer en meer zijn afgeschaft door lidstaten. Het succes van de afschaffing van deze belemmeringen moet niet worden onderschat. Immers, in welke EU staat vindt per hoofd van de bevolking de grootste consumptie plaats van whisky? Dat is niet het Verenigd Koninkrijk maar Frankrijk. Daar wordt 2,15 liter whisky per hoofd van de bevolking per jaar genuttigd.⁶⁰ In vergelijking met 1,25 liter per hoofd van de bevolking per jaar in het Verenigd Koninkrijk kan whisky als onderdeel van het vrij verkeer dus zonder meer een groot (export)succes worden genoemd.

Vanaf nu kan Anne zich gaan concentreren op de drank der dranken in Nederland: ondanks haar inspanningen blijven de Nederlanders steken op een whiskyconsumptie van 0,52 liter per persoon per jaar.⁶¹ Een mooie uitdaging voor de komende jaren! Daarbij mag smaak een rol spelen, meer dan het juridische belang van whisky voor de ontwikkeling van het materiële EU recht.

Wat betreft Brexit zal tot slot de invoer van Schotse whisky in de EU vooralsnog gewoon door kunnen gaan, zonder al te veel bijkomende kosten. Of de invloed op de ontwikkeling van het Unierecht net zo groot zal zijn als vóór de Brexit moet echter worden afgewacht. *Cheers!*

⁶⁰ <[https://www.whiskywise.nl/blog/de-10-grootste-whiskydrinkers-ter-wereld#:~:text=De%20gemiddelde%20Canadees%20drinkt%201,%2C51%20liter\)%20ruim%20voor](https://www.whiskywise.nl/blog/de-10-grootste-whiskydrinkers-ter-wereld#:~:text=De%20gemiddelde%20Canadees%20drinkt%201,%2C51%20liter)%20ruim%20voor)>. Peildatum consumptie in 2014.

⁶¹ <[https://www.whiskywise.nl/blog/de-10-grootste-whiskydrinkers-ter-wereld#:~:text=De%20gemiddelde%20Canadees%20drinkt%201,%2C51%20liter\)%20ruim%20voor](https://www.whiskywise.nl/blog/de-10-grootste-whiskydrinkers-ter-wereld#:~:text=De%20gemiddelde%20Canadees%20drinkt%201,%2C51%20liter)%20ruim%20voor)>. Peildatum consumptie in 2014.