

VRIJ VERKEER VAN DIENSTEN

Voorgenomen besluitvorming EU

Het voorstel voor een verordening betreffende de verkoopbevordering in de interne markt

Mr. E.R. Vollebregt*

Op 2 oktober 2001 maakte de Commissie haar Mededeling betreffende de verkoopbevordering in de interne markt openbaar ('de Mededeling'), waarin een voorstel is vevat voor een verordening van de Raad en het Parlement betreffende de verkoopbevordering in de interne markt ('het Voorstel').¹ In het navolgende wordt eerst een korte recapitulatie van het EG-beleid en de rechtspraak op het gebied van verkoopbevordering gegeven. Daarna komt de keuze voor het instrument van een verordening aan de orde. Vervolgens wordt ingegaan op de materiële bepalingen in het Voorstel, de verhaalsregeling en wederzijdse erkenning van nationale maatregelen op het gebied van verkoopbevordering. Ten slotte worden de gevolgen voor Nederlands recht en zelfreguleringsregels besproken.

Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verkoopbevordering in de interne markt (COM(2001) 546 def. - 2001/0227(COD)), ingediend door de Commissie op 4 oktober 2001, Pb. EG 2002, C75E, p. 11.

EG-Beleid en rechtspraak inzake verkoopbevordering

Alvorens in te gaan op het Voorstel is een korte recapitulatie van het EG-beleid en rechtspraak op het gebied van verkoopbevordering op zijn plaats. Centraal in dit beleid en in de rechtspraak staat de gedachte dat reclame een wezenlijk element is om markttoegang van nieuwe producten te bevorderen.² Het Voorstel gaat van dezelfde gedachte uit wat verkoopbevordering betreft.³

Beleid van de Commissie

Sinds het verschijnen van het Groenboek Commerciële Communicatie in 1996 is de Commissie begonnen met het voeren van een beleid met betrekking tot commerciële communicatie dat coherent beoogt te zijn. Het beleid is gericht op het scheppen van een regelkader dat rechtszekerheid biedt voor bedrijven op het gebied van commerciële communicatie, omdat commerciële communicatie een van de belangrijkste drijvende krachten achter grensoverschrijdende

handel is. Indien bedrijven in iedere lidstaat zonder goede reden daarvoor hun commerciële communicatie zouden moeten aanpassen, worden barrières voor grensoverschrijdende handel opgeworpen. Het Voorstel is een uitvloeisel van het beleid aangekondigd in het Groenboek Commerciële Communicatie⁴ en het streven van de Commissie om het hanteren van een enkel businessmodel voor de hele EG mogelijk te maken.⁵ Ook moet het Voorstel in samenhang worden gezien met het Groenboek over consumentenbescherming in de Europese Unie, dat de Commissie op dezelfde datum openbaar maakte.⁶ Volgens de Commissie vullen de voorstellen elkaar aan, omdat de verordening een gerichte maatregel op het gebied van de verkoopbevordering is die een hoog niveau van bescherming van het algemeen belang, inclusief de consumentenbescherming, waarborgt.⁷ De interne markt staat of valt bij de bereidheid van de consument om grensoverschrijdende aanbiedingen te aanvaarden.⁸ Daarom moeten voorwaarden geschapen worden om te zorgen dat de consument hieromtrent geïnformeerd kan worden, maar ook een niveau van bescherming om een voldoende mate van rechtszekerheid voor consument en bedrijf te verzekeren.

Met het voorstel poogt de Commissie ook haar 'kettingreactiemethode' te implementeren, welke ingevolge de proportionaliteitsbeoordelingsmethode uit het Groenboek en Follow-Up toegepast

* Rozemarijn Kalkman verdient bijzondere vermelding vanwege haar bijdrage aan het onderzoek ten behoeve van dit artikel.

¹ COM(2001) 546 def., gepubliceerd in Pb. EG 2002, C75E, p. 11.

² Vergelijk Timmermans, C., *Werbung und Grundfreiheiten in: Werbung und Werbeverbote im lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts*, J. Schwarze (ed.), Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 27.

³ Zie overweging 2 van het Voorstel.

⁴ COM(1996) 192 def. en Follow Up daarop COM(1998) 121 def. Zie voor het Groenboek NTER 1996, p. 193.

⁵ Zie COM(2001) 888, *An Internal Market Strategy for Services*.

⁶ COM(2001) 531 final; zie het Voorstel, p. 4.

⁷ COM(2001) 546, p. 4.

⁸ COM(2001) 531, p. 3 en Groenboek Commerciële Communicatie, COM(1996) 192 def.

wordt, om beperking van het vrij verkeer van met reclame voor een goed of dienst gemoeide reclamediensten te meten.⁹

Een probleem bij de beleidsvorming van de Commissie is dat ten minste drie directoraten-generaal betrokken zijn bij commerciële communicatie. DG SANCO vanuit de invalshoek volksgezondheid en consumentenbescherming, DG ENTERPRISE voor het audiovisuele beleid en DG MARKT omdat zij waakt over de interne markt. Dit probleem doet zich bijvoorbeeld voelen bij het Groenboek over consumentenbescherming in de Europese Unie. Hoewel er samenhang is met het Voorstel, lopen de voorstellen bepaald niet synchroon. Dan is er nog de juridische dienst die beslist over de opportuniteit van vervolging van lidstaten op grond van klachten ex artikel 226 EG over regelgeving op het gebied van commerciële communicatie. Wat de beleidsvorming op het gebied van commerciële communicatie betreft is de coherentie door de betrokkenheid van een aantal verschillende onderdelen van de Commissie allerminst verzekerd.

Rechtspraak HvJ EG inzake verkoopbevordering

Ook het HvJ EG schaarde zich, nog eerder dan de Commissie, achter het idee van commerciële communicatie als bevorderaar van grensoverschrijdende handel. In de *alma mater* van de rechtspraak inzake verkoopbevordering – het Oosthoek-arrest – overwoog het

HvJ EG dat het moeten opgeven van een voor dat bedrijf bijzonder doeltreffende verkoopmethode of het in diverse lidstaten moeten hanteren van verschillende methoden van verkoopbevordering het vrij verkeer van goederen beperkte.¹⁰ Door het Keck & Mithouard-arrest is de rechtspraak nader gepreciseerd.¹¹ Nationale maatregelen inzake verkoopbevordering kunnen buiten artikel 28 EG vallen indien ze zowel wettelijk als feitelijk hetzelfde effect hebben op binnenlandse en buitenlandse handelaren.¹² Hoewel het HvJ EG in zijn latere rechtspraak het begrip verkoopmodaliteit niet duidelijk nader heeft gepreciseerd, hintte het HvJ EG in het Familiapress-arrest dat verkoopbevordering in ieder geval geen verkoopmodaliteit is indien de verkoopbevordering deel uitmaakt van het product zelf.¹³ Ook weigerde het HvJ EG het begrip verkoopbevordering gelijk te stellen aan het concept verkoopmodaliteit in de zin van de Keck-rechtspraak.¹⁴ De vraag of een bepaalde verkoopbevorderende actie een verkoopmodaliteit is, wordt zo naar het 'van geval tot geval'-strijdperk verwezen. Verder bepaalde het HvJ EG in dat arrest dat de vrijheid van dienstverlening niet van toepassing is voorzover verkoopbevordering niet een autonome rol speelt als dienst betrokken bij het product, maar in plaats daarvan deel uitmaakt van de redactionele inhoud van het product.¹⁵ In latere rechtspraak is de afgrenzing tussen verkoopmodaliteit en maatregel van gelijke werking beschouwd gaan worden in termen van markttoegang¹⁶, nadat het Keck & Mithouard-arrest daarvoor de deur had opengezet.¹⁷

In het vrij verkeer van diensten is nog geen rechtspraak van het HvJ EG over verkoopbevorderende maatregelen maar slechts over het gebruik van bepaalde reclametechnieken¹⁸ en de uitwerking van bepaalde reclameverboden op diensten die met de reclame gemoeid waren.¹⁹ Dit is interessant in het licht van de kettिंगreactiemethode van de Commissie, omdat deze gebouwd is op de uitwerking van reclamemaatregelen op met de reclame gemoeide diensten.²⁰ De nog onbeantwoorde vraag is nu hoe ver het HvJ EG bereid is de effecten van een beperking op de verkoop of verrichting van een dienst in een lidstaat door te laten werken in de keten van met de marketing ervan gemoeide diensten. Het HvJ EG heeft namelijk al bij eerdere gelegenheid nationale regels buiten het bereik van de vrij-verkeerbepalingen gebracht indien het maatregelen waren die zonder onderscheid van toepassing waren en waarvan het effect op het vrije verkeer onzeker en indirect was.²¹

Op het gebied van de rechtvaardigingsgronden zijn eveneens interessante ontwikkelingen op til. De Commissie legt bij haar kettिंगreactiemethode de nadruk op de vraag naar de proportionaliteit van de nationale maatregelen.²² Aan de andere kant laat het HvJ EG het steeds meer aan de nationale rechter over om te beoordelen of een beperking van het vrije verkeer proportioneel is.²³ Wanneer een lidstaat het niet eens is met de evenredigheidsbeoordeling van de Commissie in een 226 EG zaak zal het HvJ EG zich uit moeten laten over de juridische merites van de door de Commissie voorgestane evenredigheidsbeoordeling in de kettिंगreactiemethode.

Het belang van de consument en interne markt dat de consument kennis kan nemen van grensoverschrijdende verkoopbevordering werd onderstreept in het GB-INNO-BM-arrest. Hierin was een nationale regel omtrent duur en vroegere prijzen in het geval van aanbiedingen aan de orde. Het arrest is opgebouwd rond het EG-beleid van voorlichting aan de consument als hoeksteen van het consumentenbeschermingsbeleid.²⁴

⁹ COM (1996) 192 def., p. 9, Follow Up, p. 12; Voorstel, p. 28.

¹⁰ C-286/81 Oosthoek, Jur. 1982, 4575, par. 15.

¹¹ Zie omtrent de uitwerking van het Keck & Mithouard-arrest op de Oosthoek-rechtspraak zeer uitgebreid: V. Schmidt, Die Kommerzielle Kommunikation im Binnenmarkt im Lichte der neueren Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit, Nomos, Baden-Baden, 2000.

¹² Gevoegde zaken C-267 en 268/91, Keck & Mithouard, Jur. 1993, p. I-6097.

¹³ C-368/95, Familiapress, Jur. 1997, p. I-3689, par. 10-11; hiermee sluit het HvJ EG aan bij C-470/93, Mars, Jur. 1995, p. I-1923.

¹⁴ C-368/95, Familiapress, Jur. 1997, p. I-3689, par. 10-11.

¹⁵ C-368/95, Familiapress, Jur. 1997, p. I-3689, par. 23.

¹⁶ Zie E.R. Vollebregt, Het accent verschuift naar markttoegang, NTER 2001, p. 145; C. Timmermans, Werbung und Grundfreiheiten in: Werbung und Werbeverbote, J. Schwarze, (ed.), Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 26 en verder.

¹⁷ Zie gevoegde zaken C-267 en 268/91, Keck & Mithouard, Jur. 1993, p. I-6097, par. 17.

¹⁸ Cold calling, zie C-384/93, Alpine Investments, Jur. 1995, p. I-1141.

¹⁹ Zie gevoegde zaken C-34, 35 en 36/95, De Agostini, Jur. 1997, p. I-3843 en C-405/98, Gourmet International Products, Jur. 2001, p. I-1795.

²⁰ Zie ook de Mededeling, p. 7-8.

²¹ Zie bijvoorbeeld C-379/92, Peralta, Jur. 1994, p. I-3453, C-140-142/94, Dip, Jur. 1995, p. I-3257 en C-96/94, Centro Servizi Spediporto, Jur. 1995, p. I-2883.

²² M. Fröhlinger, Assessing proportionality A practical guide to the proposed methodology, Commercial Communications, Sept. 1996, p. 25-32; Follow Up op het Groenboek Commerciële Communicatie, COM (1998) 121 def., p. 12.

²³ Zie de arresten C-368/95, Familiapress, Jur. 1997, p. I-3689, gevoegde zaken C-34, 35 en 36/95, De Agostini, Jur. 1997, p. I-3843 en C-405/98, Gourmet International Products, Jur. 2001, p. I-1795, besproken in Vollebregt (2001), zie noot 16.

²⁴ C-362/88 GB-INNO-BM, Jur. 1990, p. I-667, par. 14-18.

Het instrument van een verordening

Tot aan het indienen van het Voorstel heeft de Commissie volgens eigen zeggen steeds gekozen voor harmonisatie van wetgeving op het gebied van commerciële communicatie door middel van richtlijnen.²⁵ Karakteristiek voor richtlijnen is dat ze verbindend zijn ten aanzien van het te bereiken resultaat, maar de lidstaten de bevoegdheid laten om vorm en middelen te kiezen.²⁶ Daarbij lieten deze richtlijnen de lidstaten vaak ruime bevoegdheid om afwijkende regels op bepaalde niche-gebieden te handhaven of aan te nemen.²⁷ Op het gebied van de harmonisatie van commerciële communicatie heeft dit geleid tot een onbevredigend resultaat in de vorm van een lappendeken van in grote lijnen geharmoniseerde wetgeving²⁸, die voor internationaal actieve bedrijven gerust een mijnenveld genoemd mag worden. Door de ruimte die de lidstaten gelaten wordt bij de implementatie van harmonisatiewetgeving op het gebied van commerciële communicatie en daarmee gepaard gaande rechtsonzekerheid, blijft het voor bedrijven nodig grote kosten te maken voor juridisch onderzoek naar de mogelijkheden per lidstaat. Hieraan wil de Commissie door het voorstellen van een verordening een einde maken.²⁹

In tegenstelling tot een richtlijn is een verordening verbindend in al haar onderdelen en rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat. In de toelichting op het Voorstel geeft de Commissie vier redenen voor het gebruik van een verordening:

- uniforme regels betreffende zeer specifieke vraagstukken vaststellen;
- prijstransparantie garanderen en de rechtszekerheid vergroten;
- voldoen aan de dringende behoefte aan uniforme regels aan de vooravond van de invoering van de euro; en
- zorgen voor overeenstemming met de nieuwe aanpak van de Gemeenschap ter verbetering van de regelgeving.³⁰

Het algemene thema, in de toelichting bij het Voorstel, is de noodzaak om rechtstreeks toepasselijke, zeer precieze en onvoorwaardelijke communautaire bepalingen met een in de hele EG gelijke werkingsfeer in te voeren.³¹ Wat betreft de noodzaak om aan de vooravond van de invoering van de euro maatregelen in te voeren heeft de Commissie in ieder geval al grandioos de doelstelling niet gehaald.

Het belangrijkste gevolg van een verordening op het gebied van verkoopbevordering is dat daarmee niet verenigbare nationale regels het veld moeten ruimen, omdat de lidstaten niet langer de bevoegdheid hebben verbindende voorschriften op het betrokken gebied uit te vaardigen of ermee strijdige voorschriften in stand te houden.³² In het geval van het Voorstel gaat het niet om een uitputtende regeling van het verkoopbevorderingsvraagstuk³³, zodat ruimte bestaat voor de lidstaten om aanvullende of uitvoerende maatregelen te nemen.

Materiële bepalingen

Het materiële kader van het Voorstel is gebouwd rondom artikelen 3, 4 en 5. Artikel 3 bevat een soort van 'verbod op het verbod', gesterkt door een bepaling van wederzijdse erkenning in het tweede lid. Wederzijdse erkenning wordt hieronder besproken in de paragraaf 'Wederzijdse erkenning'. Artikel 4 bevat voorschriften op het gebied van transparantie. Artikel 5 ten slotte beschermt minderjarigen tegen bepaalde verkoopbevordering.

Artikel 3: verbod op verbod en wederzijdse erkenning

Artikel 3 lid 1 bepaalt dat lidstaten en niet-publieke regulerende organisaties niet mogen opleggen: (1) een algemeen verbod op het

gebruik van of commerciële communicatie voor een verkoopbevorderende actie; (2) een beperking van de waarde van een verkoopbevorderende actie (uitzondering voor kortingen op boeken); (3) een verbod op kortingen voorafgaande aan seizoenuitverkoop en (4) een verplichting om vooraf toestemming te vragen voor het gebruik van of commerciële communicatie voor een verkoopbevorderende actie.

Om de verordening toe te kunnen passen is het noodzakelijk om een onderscheid te kunnen maken tussen de soort verkoopbevorderingsmaatregelen die onder artikel 3 lid 1 verboden worden en die welke voorwerp zijn van wederzijdse erkenning onder artikel 3 lid 2. Dit onderscheid is niet eenvoudig. Blijkens de toelichting op het voorstel gaat de Commissie uit van het bestaan van vier soorten maatregelen met betrekking tot verkoopbevordering:

- 1 algemene, niet-sectorale voorschriften voor verkoopbevordering in het algemeen;
- 2 algemene voorschriften voor verkoopbevordering van bepaalde producten;
- 3 sectorspecifieke voorschriften ten aanzien van verkoopbevordering; en
- 4 algemene reclamevoorschriften voor bepaalde goederen of diensten die ook van toepassing kunnen zijn op verkoopbevordering voor die goederen of diensten.

Uit de toelichting lijkt te volgen dat alleen de eerste variant onder artikel 3 lid 1 valt. Het verbod op het verbod en de wederzijdse erkenning voorzien in het Voorstel geldt derhalve ook alleen voor de eerste variant. Artikel 3 lid 2 geldt voor varianten 2 en 3, terwijl variant 4 buiten de reikwijdte van het Voorstel valt.

De voorbeelden die de Commissie noemt om dit te illustreren zijn verwarrend. Als voorbeeld van een algemeen, niet-sectoraal voorschrift noemt de Commissie de bepaling dat het premium of geschenk

²⁵ Zie considerans 9 van het Voorstel; in een aantal landbouwverordeningen zijn echter ook regels met betrekking tot commerciële communicatie opgenomen, zie bijvoorbeeld Verordening (EEG) nr. 1907/90 van de Raad van 26 juni 1990 betreffende bepaalde handelsnormen voor eieren, Pb. EG 1990, L 173/5, welke aan de orde kwam in C-210/96, Gut Sprinzenheide, Jur. 1998, p. I-4657.

²⁶ Artikel 249 EG.

²⁷ Zie bijvoorbeeld de vrije-beroepenclausule in Richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake misleidende reclame Pb. EG 1984, L250/17 zoals gewijzigd door Richtlijn 97/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame teneinde ook vergelijkende reclame te regelen Pb. EG 1997, L290/18, artikel 7.

²⁸ Zie F. Henning-Bodewich, *Vergleichende Werbung - Liberalisierung des Deutschen Rechts?*, GRUR Int. 1999-5, p. 385.

²⁹ Zie overweging 4 van het Voorstel.

³⁰ COM(2001) 546 def., p. 24-25.

³¹ COM(2001) 546 def., p. 24; overweging 6 van het Voorstel.

³² Kapteyn/VerLoren van Themaat (1995), p. 202 en arresten van 29 november 1978, Redmond, 83/78, Jur. p. 2347, punt 56.

³³ Vergelijk overweging 8 van het Voorstel: 'De verordening behandelt slechts specifieke vraagstukken die op de interne markt voor problemen zorgen en is derhalve volledig coherent met de noodzaak het in artikel 5 van het Verdrag vervatte subsidiariteitsbeginsel te eerbiedigen.'

nauw verband moet houden met het gepromote goed of de gepromote dienst.³⁴ Daarentegen zijn blijkens de toelichting 'de *bijzonder Franse voorschriften inzake levende dieren en de Belgische bepaling dat de consument bij een "drie voor de prijs van twee"-aanbieding het betrokken product ook afzonderlijk de volle prijs moet kunnen kopen*' geen algemene, niet-sectorale voorschriften.³⁵ Het lijkt moeilijk te betwisten dat een verbod op verkoopbevordering voor levende dieren geen algemeen, niet-sectoraal voorschrift is. De problemen beginnen bij het verschil tussen een 'drie voor de prijs van twee'-voorschrift en het 'nauw verband tussen premium en product'-voorschrift. Dat verschil is namelijk helemaal niet evident, omdat geen van beide betrekking heeft op bepaalde producten of bepaalde sectoren.

De toelichting op artikel 3 lid 2 vermeldt dat '[d]it lid betreft alleen beperkingen van verkoopbevorderende acties als zodanig. Het omvat bijvoorbeeld niet algemene beperkingen inzake de *reclame* voor bepaalde goederen of diensten'.³⁶ Hieruit moet dan worden afgeleid dat het lid wel betreft 'algemene verkoopbevorderende maatregelen voor bepaalde goederen of diensten' of sectorspecifieke voorschriften ten aanzien van verkoopbevordering, ergo varianten 2 en 3.

Aan de verwarring draagt nog bij dat onder artikel 3 lid 1 bij punt 2 een expliciete uitzondering gemaakt wordt voor kortingen op boeken, wat juist een algemeen voorschrift voor verkoopbevordering van bepaalde producten is. Als we er van uitgaan dat alleen algemene, niet-sectorale voorschriften voor verkoopbevordering in het algemeen onder artikel 3 lid 1 vallen, dan zou het niet nodig te zijn om een dergelijke expliciete uitzondering op te nemen. Kortom, in de huidige formulering is de reikwijdte van artikel 3 en met name de verhouding tussen de leden 1 en 2 spectaculair onduidelijk.

Een interessante vraag in het licht van het Tabaksrichtlijn-arrest

is of de EG wel de bevoegdheid heeft verkoopbevordering te regelen voorzover het om verkoopmodaliteiten gaat.³⁷ Het Voorstel is namelijk net als de vernietigde Tabaksrichtlijn gebaseerd op artikel 95 EG. De reikwijdte van artikel 95 heeft het HvJ EG in het Tabaksrichtlijn-arrest in zoverre beperkt dat merkbare (toekomstige) beperkingen op het handelsverkeer moeten worden bestreden.³⁸ Voor verkoopmodaliteiten in het goederenverkeer heeft het HvJ EG juist bepaald dat die naar hun aard geen beperkingen op het handelsverkeer vormen.³⁹ Dan is er nog de groep bepalingen die een effect op de interstatelijke handel hebben dat te zijdelings en indirect is om een inbreuk op het vrije verkeer op te leveren⁴⁰, in het Engels ook wel aangeduid als de *rule of remoteness*.⁴¹ Er is verdedigd in de literatuur dat uit het Tabaksrichtlijn-arrest volgt dat ook in die gevallen de EG geen bevoegdheid onder artikel 95 EG heeft.⁴² Het is niet uitgesloten dat bepaalde nationale regelingen in verband met verkoopbevordering onder die jurisprudentie gebracht kunnen worden.

Aan de andere kant kan men betogen dat het mee regelen van de verkoopmodaliteiten en nationale bepalingen met een onzeker en indirect effect op de interstatelijke handel een vorm van *collateral regulation* is die gesanctioneerd wordt door het HvJ EG in het Tabaksrichtlijn-arrest⁴³, omdat de competentie op grond van artikel 95 bepaald moet worden naar het doel van de regeling en niet strikt *ratione materiae*.⁴⁴ Bovendien blijft onder het Tabaksreclamerichtlijn-arrest de mogelijkheid open om verkoopmodaliteiten te verbieden om omzeiling van bepaalde reclameregels tegen te gaan.⁴⁵ Voor beide standpunten is het een en ander te zeggen.

Artikel 4: transparantievereisten

Artikel 4 heeft als doel consumentenbescherming en verwijst voor de informatie die in verband met verkoopbevorderende acties door de promotor moet worden verstrekt naar de bijlage bij het Voorstel. Het betreft alle informatie die nodig is om te beslissen of de actie het de moeite waard maakt het gepromote goed of dienst te kopen. De informatie moet direct bij de start van de actie beschikbaar zijn. In de bijlage wordt per soort actie aangegeven welke informatie direct in de commerciële communicatie moet worden verstrekt en welke informatie op verzoek moet worden verstrekt, ongeacht of de klant gehouden is het gepromote goed of de gepromote dienst te kopen.

Bescherming van minderjarigen

Artikel 5 gaat over bescherming van kinderen en adolescenten. Over kinderen mogen geen persoonsgegevens verzameld worden zonder verifieerbare toestemming vooraf van de ouders. Verder mogen geen geschenken of premiums rechtstreeks aan hen aangeboden worden, als dit schade zou kunnen veroorzaken aan de fysieke gezondheid van het kind. Aan personen jonger dan 18 jaar mogen geen alcoholische dranken aangeboden worden.

Verhaalsregeling/handhaving

Volgens de artikelsgewijze toelichting zijn er niet voldoende betaalbare grensoverschrijdende verhaalsmogelijkheden. Daarom worden bepalingen opgenomen die de consument beschermen en vertrouwen in de interne markt bevorderen. Artikel 6 omvat bepalingen met betrekking tot verhaal. De promotor moet de juistheid van de in het kader van artikel 4 vereiste informatie kunnen aantonen door middel van bewijsstukken, indien een rechter of bestuursorgaan daarom verzoekt. Deze omkering van de bewijslast is bekend uit artikel 6 van de misleidende Reclamerichtlijn.⁴⁶ Voor de handhaving is het Voor-

³⁴ COM (2001) 546, p. 28.

³⁵ COM (2001) 546, p. 27-28.

³⁶ COM (2001) 546, p. 28; onderstreping toegevoegd.

³⁷ C-376/98, Duitsland/Parlement en Raad, Jur. 2000, p. I-8419.

³⁸ Zie F. Amtenbrink en J.F. Appeldoorn, *Is er leven na het Tabaksreclamearrest?*, SEW 2001, p. 413; C-376/98, Duitsland/Parlement en Raad, Jur. 2000, p. I-8419, par. 84 e.v., m.n. 106.

³⁹ Zie gevoegde zaken C-267 en 268/91, Keck & Mithouard, Jur. 1993, p. I-6097.

⁴⁰ Zie bijvoorbeeld zaken C-379/92, Peralta, Jur. 1994, p. I-3453, C-140-142/94, Dip, Jur. 1995, p. I-3257 en C-96/94, Centro Servizi Speditorto, Jur. 1995, p. I-2883.

⁴¹ Zie P. Oliver, *Some further reflections on the scope of articles 28-30 (ex 30-36) EC*, CMLRev 1999, p. 789.

⁴² Zie F. Amtenbrink en J.F. Appeldoorn, *Is er leven na het Tabaksreclamearrest?*, SEW 2001, p. 413, op p. 417, verwijzend naar Reich, *Verbraucher und Recht*, 2001, p. 203-206; Mortelmans/Van Ooik, *Ars Aequi* 2001, p. 114-130 en Barents, R., *De Tabaksrichtlijn in rook opgegaan*, NTER 2000, p. 327.

⁴³ C-376/98, Duitsland/Parlement en Raad, Jur. 2000, p. I-8419, par. 78.

⁴⁴ Vergelijk A-G Fennelly in C-376/98, Duitsland/Parlement en Raad, Jur. 2000, p. I-8419, par. 62.

⁴⁵ Zie F. Amtenbrink en J.F. Appeldoorn, zie noot 38.

⁴⁶ Richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake misleidende reclame Pb. EG 1984, L250/17, zoals gewijzigd door Richtlijn 97/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame teneinde ook vergelijkende reclame te regelen, Pb. EG 1997, L290/18.

stel aan deze richtlijn gekoppeld: niet naleven van de informatie-eisen wordt beschouwd als misleidende reclame in de zin van de richtlijn.⁴⁷ Het opnemen van dezelfde bewijsbepaling in het Voorstel lijkt daarom dubbelop. De Nederlandse burger zou dan door de link met de richtlijn op grond van artikel 6:194-196 BW de materiële bepalingen van het Voorstel kunnen handhaven. De vraag is echter waarom dit niet in het dispositief van het Voorstel is opgenomen maar alleen in de considerans als het om een belangrijk voorschrift gaat. Het is sowieso bevreemdend dat het niet-naleven van de informatievereisten als misleidende reclame zou moeten worden gekwalificeerd, omdat het sowieso strijd met een wettelijke plicht (de rechtstreeks toepasselijke bepaling van de verordening) zou zijn. Verder is de verwijzing naar de misleidende reclamerichtlijn inconsistent: de e-commerce-richtlijn bevat een soortgelijk systeem van verplicht bij commerciële communicatie te verstrekken informatie, waarbij het niet naleven van die plicht niet gekarakteriseerd wordt als misleiden de reclame.⁴⁸

De promotor dient verder een adres voor klachten te verstrekken, die binnen 6 weken van ontvangst beantwoord moeten worden in de taal van de oorspronkelijke commerciële communicatie. Een eventuele telefonische advieslijn dient gratis en bereikbaar te zijn. De promotor vermeldt, indien van toepassing, of hij aangesloten is bij een systeem voor buitengerechtelijke geschillenregeling of bij een gedragscode en verstrekt hierover op verzoek informatie.

Wederzijdse erkenning

Artikel 3 lid 2 bepaalt dat het vrij verkeer niet beperkt mag worden door maatregelen van lidstaten en zelfreguleringslichamen gericht op het gebruik van of commerciële communicatie voor een verkoopbevorderende actie. Dit geldt voor algemene voorschriften voor verkoopbevordering van bepaalde producten en voor sectorspecifieke voorschriften ten aanzien van verkoopbevordering.

Het inbouwen van een wederzijdse erkenningsclausule die ook geldt op het gebied van verkoopbevordering is niet nieuw. In de televisie zonder grenzen-richtlijn en de e-commerce-richtlijn werden al dergelijke bepalingen ingebouwd.⁴⁹ Ook buiten artikel 3 geldt overigens een plicht tot wederzijdse erkenning, zowel in het vrij verkeer van goederen als de vrijheid van dienstverlening.⁵⁰ Wat echter opvalt met betrekking tot artikel 3 lid 2, is de onvoorwaardelijkheid ervan. In de e-commerce en televisie zonder grenzen richtlijnen is de wederzijdse erkenning namelijk ondergeschikt gemaakt aan een catalogus van rechtvaardigingsgronden in de richtlijn zelf, op grond waarvan een lidstaat kan afwijken van het beginsel van wederzijdse erkenning.⁵¹ Het Voorstel echter bevat niets van die aard. Aldus wordt er door het Voorstel een extra laag van wederzijdse erkenning in het leven geroepen en bestaan er straks door het Voorstel en de overige regelgeving drie verschillende modaliteiten van wederzijdse erkenning in het veld van reclame:

- onvoorwaardelijke wederzijdse erkenning voor de verkoopbevorderingsregels die binnen artikel 3 lid 2 van het Voorstel vallen;
- voorwaardelijke wederzijdse erkenning van reclameregels die ook betrekking kunnen hebben op verkoopbevordering onder de e-commerce en televisie zonder grenzen richtlijnen; en
- wederzijdse erkenning van reclameregels die ook betrekking kunnen hebben op verkoopbevordering onder de algemene vrij verkeer van goederen en dienstverleningsrechtpraak van het HvJ EG.

Op het gebied van wederzijdse erkenning wordt het er dus niet overzichtelijker op. Aan de andere kant gaat de onvoorwaardelijke wederzijdse erkenning waarschijnlijk een nuttig instrument worden, waarvan de lidstaten zich wellicht nog niet gerealiseerd hebben wat voor wapen het de industrie in handen geeft.

Gevolgen voor de Nederlandse wetgeving en zelfregulering

Inleiding

De gevolgen voor de Nederlandse wetgeving in zelfregulering hangen nauw samen met de gevolgen van het inzetten van het instrument van een verordening. Zoals in de paragraaf 'Materiële bepalingen' hierover is uiteengezet, verhindert een verordening dat daarmee strijdige nationale regels blijven bestaan of worden aangenomen. Verder geldt er het verbod van implementatie: adressanten van de verordening mogen geen nadere regels ter precisering of implementatie van de verordening nemen.

Gevolgen voor Nederlands recht

Bijzonder aan het Voorstel is dat het niet alleen van toepassing is op de maatregelen van lidstaten, maar ook op die van 'niet-publieke regulerende organisaties' (NPRO's). Deze zullen door de inwerkingtreding van het Voorstel direct door Brussel 'beregeld' worden, omdat DG MARKT het standpunt heeft ingenomen dat ook NPRO's door middel van hun regels interstatelijke handel kunnen belemmeren. In dit verband spreekt men ook wel over de 'oorlogsverklaring aan de Schützverbände' door DG MARKT.⁵² Aan de andere kant is een verordening algemeen verbindend, dus ook voor zelfreguleren-

⁴⁷ Zie overweging 10 van het Voorstel.

⁴⁸ Zie artikel 6 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 ('e-commerce-richtlijn'), Pb. EG 2000, L178/1.

⁴⁹ Zie artikel 2 Richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten, Pb. EG 1989, L298/23, gewijzigd bij Richtlijn 97/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 tot wijziging van Richtlijn 89/552/EEG van de Raad betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten, Pb. EG 1997, L 202/60, 'televisie zonder grenzen-richtlijn' en artikel 3 van e-commerce-richtlijn.

⁵⁰ C-120/78, Cassis de Dijon, Jur. 1979, p. 649 en C-353/89, Mediawet, Jur. 1991, p. I-4069.

⁵¹ Zie artikel 3 e-commerce-richtlijn en artikel 2 televisie zonder grenzen-richtlijn.

⁵² Deze Duitse zelfregulerende verenigingen hebben een behoorlijke hoeveelheid Europese jurisprudentie op het gebied van reclame en verkoopbevordering opgeleverd vanwege hun felle optreden tegen de rest van de wereld op grond van de Duitse Gesetz gegen Unlauteren Wettbewerb (met name het 'Irreführungsverbot' uit § 3); zoals bijvoorbeeld C-126/91, Yves Rocher, Jur. 1993, p. I-2361; C-315/92 Clinique, Jur. 1994, p. I-317. Een en ander doet ook in Duitsland vragen rijzen naar de verenigbaarheid van dat *Irreführungsverbot* met artikel 28 EG, zie bijvoorbeeld: K.-P. Reuthal, *Verstosst das deutsche Irreführungsverbot gegen Artikel 30 EGV?*, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 1997, p. 1154.

de organen. Men kan dus zijn vraagtekens zetten bij de toegevoegde waarde van het expliciet beregelen van de NPRO's door middel van het Voorstel.

Als de verordening in werking treedt, wordt daardoor automatisch de daarmee strijdige wetgeving aan de kant gezet. De wetgeving is echter niet zonder meer nietig; op grond van artikelen 10 EG en 249 EG is de lidstaat verplicht om de betrokken regelgeving niet meer te handhaven. Doet de lidstaat dat toch, dan kunnen private partijen zich in beginsel beroepen op het rechtstreeks toepasselijke karakter van de verordening, waaruit voortvloeit dat de daarin neergelegde rechten en plichten ten opzichte van eenieder kunnen worden ingeroepen voor de nationale rechter.⁵³ Er zijn een aantal bepalingen van Nederlands recht die het veld moeten ruimen voor de verordening als deze in de huidige vorm wordt aangenomen. De Wet op de Kansspelen bevat bijvoorbeeld een verbod prijsvragen te organiseren zonder voorafgaande vergunning indien de prijs een waarde heeft van meer dan NLG 5000. Dit verbod wordt verboden door de verordening, omdat de verordening voorafgaand toestemming voor dit soort verkoopbevordering verbiedt.

Gevolgen voor zelfregulering in Nederland

Een verordening staat in de weg aan het uitvaardigen van *verbindende* maatregelen op het door de verordening bestreken gebied. Door het hybride karakter⁵⁴ van zelfregulering op het gebied van commerciële communicatie in Nederland zouden hierdoor lastige vragen opgeroepen worden, als het Voorstel niet bepaalde dat het ook van toepassing is op NPRO's. In de definitie van het Voorstel is een NPRO 'een niet onder het publiek recht vallende organisatie of vereniging die haar eigen rechtsbevoegdheid uitoefent om op collectieve wijze economische activiteiten te regelen'.⁵⁵ Daaronder valt dan ook in ieder geval de Reclame Code Commissie en de andere bij de Stichting Reclamecode aangesloten zelfreguleringsorganen.

Het gevolg van het hanteren van het instrument van een verordening is dat het hiervoor besproken verbod op implementatie van de verordening ook geldt voor NPRO's. NPRO's mogen derhalve geen verbindende regels meer handhaven die in strijd zijn met de verordening. Private partijen kunnen zich jegens een NPRO rechtstreeks op de verordening beroepen: de verordening heeft rechtstreekse werking en is gericht aan NPRO's. De normale problemen

met horizontale werking van Gemeenschapsrecht gericht aan lidstaten doen zich in dit geval dus niet voor.⁵⁶ Voorzover een particulier na inwerkingtreding van het Voorstel schade lijdt als gevolg van de toepassing van regels van een NPRO die niet in overeenstemming zijn met het Voorstel, kan de particulier de NPRO in rechte betrekken. Het gaat dan simpelweg om een onrechtmatige daad door de NPRO in de vorm van een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht. Dit instrument is een duidelijk uitvloeisel van DG MARKT's oorlogsverklaring aan de Schützverbände.

Op het gebied van prijsvragen bijvoorbeeld zou men kunnen betogen dat sub c van de bijzondere reclamecode van de Reclame Code Commissie inzake prijsvragen met betrekking tot eventuele uitsluiting van deelneming ongeldig is straks omdat het ter zake van prijsvragen een eis stelt die niet in de bijlage bij het Voorstel wordt gesteld. Eveneens voldoet de Code voor Sweepstakes van de DMSA nog niet aan de vereisten, bijvoorbeeld het vereiste dat de werkelijke of geschatte kans op winst in de commerciële communicatie bekend moet worden gemaakt.⁵⁷ Zelfreguleerders zullen dus hun codes nog eens na moeten kijken met het oog op inwerkingtreding van het Voorstel.

Artikel 3 lid 2 legt een plicht van wederzijdse erkenning op NPRO's. Was er eerder discussie mogelijk over de vraag of NPRO's in concrete gevallen verplicht waren onder artikelen 28 of 49 EG wederzijdse erkenning toe te passen, met de inwerkingtreding van de verordening wordt aan deze discussie voor het gecoördineerde gebied van de verordening een einde gemaakt.

Een en ander heeft gevolgen voor de procedure van wederzijdse erkenning door de EASA. Deze gevolgen zijn reeds ingetreden op grond van het algemene beginsel van wederzijdse erkenning voorzover artikelen 28 en 49 van toepassing zijn op een NPRO, maar komen door het Voorstel weer pregnant op de voorgrond, nu de NPRO's in het Voorstel een expliciete plicht tot wederzijdse erkenning wordt opgelegd.

De grensoverschrijdende procedure van de EASA zal waarschijnlijk op de schop moeten. Momenteel is deze procedure gebaseerd op het laten beslissen van een grensoverschrijdende klacht door de NPRO in het land van vestiging van het medium dat de reclame bevat.⁵⁸ Niet van belang daarbij is het land van vestiging van de adverteerder, het reclamebureau of het land waar de reclame vandaan komt.⁵⁹ EASA voert hiervoor als reden aan dat de NPRO in het land van vestiging kan vertrouwen op de steun van de lokale media om een einde aan de bestreden reclame te maken.⁶⁰ Aldus heeft EASA een systeem geconstrueerd waarop zij het stempel wederzijdse erkenning drukt⁶¹, maar dat uit de pas loopt met het systeem van wederzijdse erkenning zoals dat door het HvJ EG in zijn rechtspraak is opgezet⁶². Dit systeem is gebaseerd op toepasselijkheid van het nationale recht van de lidstaat waarin de productiviteit van de goederen of verrichter van diensten gevestigd is en deze daar rechtmatig op de markt brengt. Het EASA-systeem kan ertoe leiden dat bedrijven die in lidstaat A zijn gevestigd en daar hun producten rechtvaardig adverteren en op de markt brengen, in lidstaat B met andere regels van zelfregulering rekening moeten houden, maar ook in lidstaat C, D, E enzovoort. Het EG-systeem beoogt echter te bewerkstelligen dat een producent slechts met een corpus van recht rekening hoeft te houden om toegang tot de EG-markt voor zijn producten te krijgen. Met het EASA-systeem vergelijkbare acties door lidstaten zijn door het HvJ EG steeds afgeschoten. In *Commissie/Verenigd Koninkrijk* bijvoorbeeld veroordeelde het HvJ EG bijvoorbeeld een regel die omroepen reguleerde niet op de plaats van vesti-

⁵³ Zie Barents/Brinkhorst, Grondlijnen van Europees Recht, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 2001, p. 164.

⁵⁴ Zelfregulering op het gebied van commerciële communicatie heeft soms wel, soms niet een (gedeeltelijke) wettelijke basis.

⁵⁵ Artikel 2 (m) van het Voorstel.

⁵⁶ Zie hieromtrent Kaptijn/Verloren van Themaat, Introduction to the law of the European Communities, Kluwer Law International, London, 1998, p. 546.

⁵⁷ Zie artikelen 3 en 5 van de Code voor Sweepstakes afgezet tegen de bijlage bij het Voorstel sub 4.1.

⁵⁸ EASA Blue Book, 1997, p. 35.

⁵⁹ EASA Blue Book, 1997, p. 35.

⁶⁰ EASA Blue Book, 1997, p. 35.

⁶¹ EASA Blue Book, 1997, p. 35.

⁶² Zie bijvoorbeeld C-120/78, Cassis de Dijon, Jur. 1979, p. 649, met betrekking tot goederen en C-353/89, Mediawet, Jur. 1991, p. I-4069 met betrekking tot diensten.

ging maar op de plaats van uplink.⁶³ Een ander argument tegen het EASA-systeem kan worden ontleend aan de *Consumer Injunctions Directive*⁶⁴, welke in overwegingen 3 en 4 aangeeft dat dergelijke vormen van grensoverschrijdende toepassing van nationale regels het functioneren van de interne markt belemmeren.

Het Voorstel maakt voor verkoopbevordering een einde aan de discussie of private personen kunnen optreden tegen regels van NPRO's die niet op de een of andere manier te herleiden zijn op overheidshandelen en daarom onder artikelen 28 en 49 EG kunnen vallen, de 'pure' zelfregulering. Aangezien het bij het Voorstel om een verordening gaat die tevens gericht is tot NPRO's, kunnen private personen het verbod of de plicht tot wederzijdse erkenning in rechte afdwingen. Dat geldt ook voor de overige in het Voorstel opgelegde plichten. Op deze manier maakt de Commissie de NRPO's rechtstreeks verantwoordelijk en aansprakelijk voor hun handelen in strijd met Europees recht. Dit is een positieve ontwikkeling, omdat het de NPRO's dwingt over de grenzen te kijken en protectionistische elementen uit hun regels te verwijderen. Als NPRO's een rol in Europa willen spelen, zullen ze ook Europees moeten gaan denken. Een belangrijke stap daarbij zal het hervormen van de EASA-procedure tot een systeem van werkelijke wederzijdse erkenning zijn.

Conclusie

Het Voorstel luidt een nieuw tijdperk van regulering van reclame in de interne markt in vergeleken met het lappendekensysteem dat door de reclamerichtlijnen ontstaan is. De Commissie is duidelijk van plan greep te krijgen op zelfregulering, doordat het Voorstel ook geldt voor NPRO's. Door middel van het 'verbod op verbod' haalt de Commissie alvast de bezem door de overbodige regels op het gebied van verkoopbevordering, terwijl door de onvoorwaardelijke plicht tot wederzijdse erkenning de rechtszekerheid van deze regel voor ondernemers met sprongen toeneemt.

Het Voorstel is evenwel nogal onduidelijk op een aantal punten, met name ten aanzien van welke regels onder het 'verbod op verbod' vallen en welke onder de onvoorwaardelijke wederzijdse erkenning vallen. Ook kan men zich vragen stellen over de juridische basis van het Voorstel. Dat zullen de *Schützverbände* van deze wereld ook wel doen, als ze hun wereld binnen het gecoördineerde gebied van het Voorstel niet grondig op hun kop gezet willen zien. Voor de grensoverschrijdend verkoopbevorderende ondernemer is het Voorstel ondanks de onduidelijkheden een verworvenheid die beter gebruik maken van de interne markt mogelijk maakt.

⁶³ C-222/94, Commissie/Verenigd Koninkrijk, Jur. 1996, p. I-4025. Een uplink is het omhoog stralen van televisiesignalen naar een satelliet.

⁶⁴ Richtlijn 98/27/EG van het Parlement en de Raad van 19 mei 1998, Pb. EG 1998, L166/51.