

Volledige harmonisatie en zelfregulering van reclame: Is het Nederlandse systeem in strijd met Europees recht?

(Dit artikel is peer reviewed)

IER 2020/50

De Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken voorziet in volledige harmonisatie. Als gevolg hiervan mogen lidstaten niet méér bescherming bieden aan consumenten dan wordt geboden door de richtlijn zelf. Men gaat er in het algemeen terecht van uit dat volledige harmonisatie niet in de weg staat aan nationale zelfregulering. Dat zijn immers private afspraken: van overheidswetgeving is geen sprake. Op het eerste gezicht geeft de Richtlijn zelfs ruim baan aan zelfregulering. Dit artikel laat echter zien dat de wettelijke inbedding van nationale zelfregulering mogelijk toch leidt tot strijdigheid met de voorgeschreven volledige harmonisatie. Dit wordt toegelicht aan de hand van het Nederlandse systeem van zelfregulering bij de Nederlandse Reclame Code.

1. Inleiding

Lezers van dit tijdschrift weten: zelfregulering speelt een belangrijke rol in de Nederlandse reclamepraktijk. Nederland kent al sinds 1964 zelfreguleringsregels en een commissie die oordeelt over de handhaving daarvan.² Jaarlijks velt de Reclame Code Commissie een groot aantal oordelen, in de periode 2014-2019 variërend van 648 tot 1375 per jaar. Van de toegewezen klachten wordt vervolgens ongeveer 96-97% van de zaken geregistreerd als 'compliant'.³ De zelfregulering van de Stichting Reclame Code bestaat uit algemene regels over bijvoorbeeld misleiding, maar ook allerlei specifieke regels voor bepaalde soorten marketing (zoals reclame gericht op kinderen) en voor bepaalde producten (zoals personenauto's en alcohol). Ook

in veel andere Europese landen speelt zelfregulering een prominente rol in de regulering van reclame.⁴

Tegelijk geldt vanuit "Brussel" het principe van vrije handel binnen Europa. De mogelijkheden om op nationaal niveau maatregelen te nemen worden sterk beperkt door de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken (Richtlijn 2005/29/EC, hierna ook: "Richtlijn" of "Richtlijn OHP"). De Richtlijn voorziet in volledige harmonisatie (ook wel genoemd: "maximumharmonisatie") van het reclame- en marketingrecht in B2C-relaties. Dat betekent dat lidstaten niet méér (en ook niet minder) bescherming mogen bieden aan consumenten dan is voorzien in de Richtlijn.

Dit artikel onderzoekt in hoeverre het Nederlandse systeem van reclamezelfregulering in lijn is met de eis van volledige harmonisatie zoals opgenomen in de Richtlijn OHP. Deze vraag wordt beantwoord aan de hand van een analyse van Europese wetgeving en rechtspraak, gevolgd door de toetsing van het Nederlandse systeem voor zelfregulering aan de voorgeschreven volledige harmonisatie.

Dit artikel behandelt eerst de basis voor volledige harmonisatie in de Richtlijn OHP en hoe deze vorm heeft gekregen in de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie (paragraaf 2). Vervolgens komt de verhouding tussen de Richtlijn OHP en zelfregulering aan bod (paragraaf 3). Daarna wordt de stap gemaakt naar het Nederlandse recht, met eerst een bespreking van het Nederlandse systeem van zelfregulering bij de SRC (paragraaf 4), gevolgd door de toetsing van dit systeem aan de voorgeschreven volledige harmonisatie (paragraaf 5). De conclusie zal voor velen verrassend zijn: het Nederlandse systeem is vermoedelijk niet in lijn met het Europese recht. De mogelijke oplossing voor dit probleem wordt besproken in de discussie (paragraaf 6).

2. Richtlijn OHP en volledige harmonisatie

2.1 Reikwijdte Richtlijn OHP

De Richtlijn OHP is veelomvattend. De term 'handelspraktijk' wordt gedefinieerd als 'iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een handelaar, die rechtstreeks verband houdt met de ver-

¹ Bram Duivenvoorde is universitair docent bij de Universiteit Utrecht.

² C.J.J.C. van Nispen, J.L.R.A. Huydecoper en T. Cohen Jehoram, *Industriële eigendom – deel 3: vormen, namen en reclame*, Deventer: Kluwer 2012, p. 371.

³ De compliance-registratie werkt als volgt: de Stichting Reclame Code stuurt een adverteerder naar aanleiding van een aanbeveling van de Reclame Code Commissie over een concrete reclame-uiting een compliance-formulier. Wanneer de adverteerder via dat formulier toezegt de betreffende uiting niet meer op de gewraakte wijze te zullen gebruiken (of verspreiden), of als de adverteerder op andere wijze laat weten dat de uiting is ingetrokken of aangepast, wordt de adverteerder voor dat specifieke dossier aangemerkt als 'compliant'. Zie voor de cijfers Stichting Reclame Code, *Jaarverslag 2018*, beschikbaar via www.reclamecode.nl/wp-content/uploads/2019/05/JAARVERSLAG-2018-Stichting-Reclame-Code.pdf (laatst geraadpleegd 2 mei 2020) en Stichting Reclame Code, *Jaarverslag 2019*, beschikbaar via www.reclamecode.nl/wp-content/uploads/2019/05/SRC-Jaarverslag-2019.pdf (laatst geraadpleegd 3 juni 2020).

⁴ Zie P. Verbruggen, *Enforcing transnational private regulation: a comparative analysis of advertising and food safety*, Cheltenham: Edward Elgar 2014.

koopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten'.⁵ Dit omvat vrijwel elke vorm van commerciële communicatie, waaronder reclame en (in ieder geval in sommige gevallen) aftersalesinformatie. Regels over goede smaak en fatsoen vallen niet onder de reikwijdte van de Richtlijn, omdat de EU erkent dat deze (door culturele verschillen) sterk uiteenlopen per lidstaat.⁶

De definitie van 'handelspraktijk' is van groot belang omdat deze in belangrijke mate de reikwijdte van de richtlijn bepaalt en daarmee ook de onderwerpen die worden bestreken door de volledige harmonisatie. Een niet-handelspraktijk (zoals de promotie van denkbeelden) valt niet onder de reikwijdte van de Richtlijn, zodat lidstaten hierover zelf regels kunnen stellen.

De Richtlijn kent een algemeen verbod op oneerlijke handelspraktijken (artikel 5) en verschillende meer specifieke verboden ten aanzien van misleidende handelspraktijken (artikel 6-8) en agressieve handelspraktijken (artikel 9 en 10). Dit zijn open normen, waarbij per geval moet worden getoetst of sprake is van een oneerlijke handelspraktijk. Daarnaast is bij de Richtlijn OHP een "zwarte lijst" opgenomen (zie Bijlage I bij de Richtlijn) met praktijken die onder alle omstandigheden zijn verboden.

2.2 Volledige harmonisatie

De Richtlijn OHP beoogt uniforme regels vast te stellen op het gebied van oneerlijke handelspraktijken, om zo belemmeringen voor het vrije verkeer van diensten, goederen en vestiging weg te nemen.⁷ Dat de Richtlijn hiermee volledige harmonisatie voorschrijft blijkt expliciet uit overwegingen 14 en 15 van de preambule bij de Richtlijn. Daarnaast volgt de voorgeschreven volledige harmonisatie ook uit artikel 4 Richtlijn OHP: lidstaten mogen geen beperkingen opleggen aan het vrije verkeer van goederen en diensten om redenen die vallen binnen het bij de Richtlijn OHP geharmoniseerde gebied.⁸

Volledige harmonisatie moet bijdragen aan een *level playing field*, waardoor handelaren hun goederen en diensten in de gehele Europese Unie kunnen aanbieden en aanprij-

zen zonder aan uiteenlopende nationale regels te moeten voldoen. Dit past bij de doelstelling van de Richtlijn om de onbelemmerde werking van de interne markt via harmonisatie te bevorderen.⁹ Tegelijk was de keuze voor volledige harmonisatie in de Richtlijn OHP omstrede, omdat lidstaten hiermee de soevereiniteit verloren om – binnen de reikwijdte van de Richtlijn – zelf het gewenste niveau van consumentenbescherming vast te stellen.¹⁰ Met de keuze voor volledige harmonisatie werd destijds afgeweken van de traditie in het Europese consumentenrecht om minimumharmonisatie voor te schrijven.¹¹ Lidstaten waren dus gewend om op nationaal niveau een hoger niveau van bescherming te kunnen bieden aan consumenten.

Veel van de vroege rechtspraak van het Europees Hof over de Richtlijn OHP betreft het onderwerp van volledige harmonisatie.¹² De rechtspraak van het Europees Hof van Justitie laat duidelijk zien dat nationale regels die ten opzichte van de Richtlijn OHP strenger zijn voor handelaren niet zijn toegestaan.¹³ In de woorden van het Europees Hof in *VTB-VAB/Total & Galatea/Sanoma*:¹⁴

"De richtlijn brengt [...] volledige harmonisatie van deze regels op communautair niveau tot stand. Zoals artikel 4 van de richtlijn uitdrukkelijk bepaalt kunnen de lidstaten dus, anders dan VTB en de Franse regering beweren, geen strengere maatregelen vaststellen dan die welke in de richtlijn zijn neergelegd, ook niet om een hoger niveau van consumentenbescherming tot stand te brengen."

Lidstaten kunnen bijvoorbeeld geen algemene verboden uitvaardigen op praktijken zoals koppelverkoop¹⁵ en het vereisen van een aankoop om deel te kunnen nemen aan een promotioneel kansspel of prijsvraag.¹⁶ Met andere woorden: een handelspraktijk kan slechts aangepakt wor-

5 Artikel 2 sub d Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.

6 Overweging 7 Richtlijn OHP. Zie ook Europese Commissie, 'Guidance on the implementation/application of Directive 2005/29 on unfair commercial practices', SWD(2016) 163 final, p. 8-9. Overigens noemt deze overweging als voorbeeld voorschriften over het op straat aanklappen van personen. Daarmee lijkt de Richtlijn een bredere definitie van (goede) smaak en fatsoen aan te houden dan wij in Nederland gewend zijn op basis van artikel 2 Nederlandse Reclame Code. Gezien de uitleg van de Europese Commissie (zie de voorgaande verwijzing) valt onder deze uitzondering in ieder geval wel: "protecting human dignity, preventing sexual, racial and religious discrimination or on the depiction of nudity, violence and antisocial behaviour."

7 Overwegingen 5 en 6 preambule en artikel 1 Richtlijn OHP.

8 Zie de Opinie van Advocaat-Generaal Trstenjak van 21 oktober 2008 in C-261/07 en C-299/07, ECLI:EU:C:2008:581 (*VTB-VAB/Total en Galatea/Sanoma*), r.o. 76. Zie ook J. Stuyck, 'The Court of Justice and the Unfair Commercial Practices Directive', *Common Market Law Review* 2015, p. 725.

9 Artikel 1 Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.

10 G. Howells, H. Micklitz en T. Wilhelmsson, *European fair trading law; the Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot: Ashgate 2006, p. 1.

11 Zie bijvoorbeeld de Richtlijn Consumentenkoop (1994/44/EC), de Richtlijn Misleidende en Vergelijkende Reclame (2006/114/EC) en de Richtlijn Oneerlijke Bedingen (1993/13/EEC). Zie ook N. Reich et al., *European consumer law*, Cambridge: Intersentia 2014, p. 85-86. Overigens is de Richtlijn OHP niet de eerste richtlijn op het gebied van het consumentenrecht die in volledige harmonisatie voorziet. Zo schrijven ook de Richtlijn Productaansprakelijkheid (85/374/EEC) en de Richtlijn E-commerce (2000/31/EC) volledige harmonisatie voor.

12 Zie B.B. Duivenvoorde, 'Kroniek oneerlijke handelspraktijken', *TvC* 2016, p. 16-23.

13 Zie ook J. Stuyck, 'The Court of Justice and the Unfair Commercial Practices Directive', *Common Market Law Review* 2015, p. 726-728.

14 HvJ EG 23 april 2009, C-261/07 en C-299/07, ECLI:EU:C:2009:244, *Jur.* 2009, p. I-2949 (*VTB-VAB/Total en Galatea/Sanoma*), r.o. 52.

15 HvJ EG 23 april 2009, C-261/07 en C-299/07, ECLI:EU:C:2009:244, *Jur.* 2009, p. I-2949 (*VTB-VAB/Total en Galatea/Sanoma*). Zie over deze zaak ook E. Terryn, 'Afbakingsproblemen en maximumharmonisatie: een pingpongspel met weinig rechtszekerheid of nog een reden om omzichtig om te springen met maximumharmonisatie', *TvC* 2009, afl. 5, p. 169-175.

16 HvJ EU 9 november 2010, C-540/09, ECLI:EU:C:2010:660, *Jur.* 2010, p. I-10909 (*Mediaprint*).

den indien deze volgens de Richtlijn oneerlijk is.¹⁷ Dit moet per geval bekeken worden, aan de hand van de open normen in de Richtlijn OHP. De enige uitzondering op de geval-specifieke toetsing op grond van de open normen doet zich voor indien een handelspraktijk staat vermeld op de “zwarte lijst” van de Richtlijn (zie Bijlage I bij de Richtlijn OHP). Dergelijke handelspraktijken zijn als zodanig verboden.¹⁸

Het bovenstaande betekent echter niet dat elke vorm van nationale wetgeving op het gebied van reclame die de consument méér bescherming biedt dan de Richtlijn verboden is. Ten eerste moet in elk individueel geval vastgesteld worden of de nationale regel valt onder de reikwijdte van de Richtlijn. Daarbij is de definitie van “handelspraktijk” het belangrijkste onderscheidende criterium. Zoals hiervoor besproken (paragraaf 2.1) is die definitie zeer breed. Wanneer de nationale wetgeving echter bijvoorbeeld B2B-praktijken verbiedt, valt een dergelijke regel niet binnen de reikwijdte van de Richtlijn en dus ook niet binnen het door de Richtlijn geharmoniseerde gebied.

Ten tweede vallen nationale maatregelen die niet tot doel hebben om consumenten te beschermen niet onder de reikwijdte van de Richtlijn.¹⁹ Daarbij kan gedacht worden aan maatregelen die alléén tot doel hebben om concurrenten te beschermen. Zodra een nationale maatregel echter *mede* tot doel heeft om consumenten te beschermen, valt deze onder de reikwijdte van de volledige harmonisatie.²⁰ Het is aan de nationale autoriteiten om te bepalen of een nationale maatregel (*mede*) bedoeld is om consumenten te beschermen.²¹

Ten derde is een aantal onderwerpen expliciet uitgezonderd van het toepassingsbereik van de Richtlijn.²² Daarbij gaat het onder andere om het verbintenissenrecht,²³ voor-

schriften op het gebied van gezondheids- en veiligheidsaspecten van producten²⁴ en regels voor geregementeerde beroepen zoals artsen en advocaten.²⁵ Zo werd een Belgisch reclameverbod voor tandartsen niet in strijd geacht met de door de Richtlijn OHP voorgeschreven volledige harmonisatie.²⁶

Ten vierde bepaalt artikel 3 lid 4 van de Richtlijn OHP dat in geval van strijdigheid tussen de bepalingen van de Richtlijn OHP en andere EU-voorschriften over specifieke aspecten van oneerlijke handelspraktijken de laatstgenoemde voorschriften prevaleren en dus van toepassing zijn op die specifieke aspecten. Daarmee wordt voorkomen dat Europese regels op specifieke onderwerpen worden *overruled* door de Richtlijn OHP. Zo is het gebruik van de term ‘biologisch’ aan strikte Europese regels gebonden en wordt die Europese wetgeving niet aangetast door de Richtlijn OHP.²⁷

Tot slot schrijft de Richtlijn op een tweetal onderwerpen (namelijk: financiële diensten en onroerend goed) minimumharmonisatie voor in plaats van volledige harmonisatie. Op die onderwerpen, die wél onder de reikwijdte van de Richtlijn vallen, kunnen lidstaten dus nog altijd strengere nationale regels hanteren. Zo is een verbod op koppelverkoop bij financiële dienstverlening bijvoorbeeld toegestaan.²⁸ Overigens introduceert de Richtlijn Modernisering Consumentenrechten (2019/2161/EU) twee nieuwe beperkingen ten aanzien van de volledige harmonisatie in de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.²⁹ Het gaat om verkoopexcursies en ongevraagde verkoop aan de deur.³⁰ Ook op die onderwerpen kunnen lidstaten dus in de toekomst strengere regels hanteren.

3. Richtlijn OHP en zelfregulering

De Richtlijn OHP staat dus (in beginsel) geen nationale wetgeving toe die méér bescherming biedt dan de Richtlijn. Hoe zit dat met zelfregulering? In de eerste plaats geldt dat het voorschrift van volledige harmonisatie zich richt op na-

17 Zie ook HvJ EU 17 januari 2013, C-206/11, ECLI:EU:C:2013:14, TvC 2013, afl. 5, m.nt. Stuyck (*Köck*) en de in de annotatie aangehaalde uitspraken.

18 Overigens is er vaak wel ruimte voor discussie over de vraag of concreet gedrag van een handelaar wel of niet valt onder een via de zwarte lijst verboden praktijk. Zie bijvoorbeeld HvJ EU 3 april 2014, ECLI:EU:C:2014:211 (*Afinance*) (over het verbod op het uitbaten van piramidespelen) en HvJ EU 13 september 2018, ECLI:EU:C:2018:710 (*AGCM/Wind en Vodafone*) (over het verbod te vragen om betaling of terugzending van ongevraagd aan de consument toegezonden producten).

19 Zie ook Europese Commissie, ‘Guidance on the implementation/application of Directive 2005/29 on unfair commercial practices’, SWD(2016) 163 final, p. 10.

20 HvJ EU 14 januari 2010, C-304/08, ECLI:EU:C:2010:12 (*Plus*). Zie ook J. Stuyck, ‘The Court of Justice and the Unfair Commercial Practices Directive’, *Common Market Law Review* 2015, p. 729-730.

21 HvJ EU 8 september 2015, C-13/15, ECLI:EU:C:2015:560 (*Cdiscount*). Zie ook Europese Commissie, ‘Guidance on the implementation/application of Directive 2005/29 on unfair commercial practices’, SWD(2016) 163 final, p. 10.

22 Zie artikel 3 Richtlijn OHP.

23 Artikel 3 lid 2 Richtlijn OHP. Overigens zal de Richtlijn OHP als gevolg van de Moderniseringsrichtlijn wél een aantal regels voorschrijven op het vlak van het verbintenissenrecht. Zie B.B. Duivenvoorde, ‘The upcoming changes in the Unfair Commercial Practices Directive: a better deal for consumers?’, *Journal for European Consumer and Market Law* 2019, p. 227-228. Zie ook (in relatie tot de Moderniseringsrichtlijn zoals voorgesteld door de Europese Commissie in april 2018) M.B.M. Loos, ‘The Modernisation of European consumer law: a pig in a poke?’, *European Review of Private Law* 2018, p. 117.

24 Artikel 3 lid 3 Richtlijn OHP.

25 Artikel 3 lid 8 Richtlijn OHP. Zie hierover HvJ EU 4 mei 2017, C-339/15, ECLI:EU:C:2017:335 (*Luc Vanderborgh*).

26 HvJ EU 4 mei 2017, C-339/15, ECLI:EU:C:2017:335 (*Luc Vanderborgh*). Zie hierover meer uitgebreid B.B. Duivenvoorde, ‘Kroniek oneerlijke handelspraktijken 2016-2017’, TvC 2018-1, p. 30.

27 Zie Verordeningen 834/2007 en 889/2008. Op 1 januari 2022 treedt de nieuwe Verordening 2018/848 in werking.

28 HvJ EU 18 juli 2013, C-265/12, ECLI:EU:C:2013:498 (*Citroën Belux*). Zie ook G. Howells en G. Straetmans, ‘The interpretive function of the CJEU and the interrelationship of EU and national levels of consumer protection’, *Perspectives on Federalism*, vol. 9, afl. 2 (2017) p. E-196.

29 De Moderniseringsrichtlijn presenteert aanpassingen van verschillende Europese richtlijnen op het gebied van het consumentenrecht, waaronder de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. Zie hierover ook M.B.M. Loos, ‘The Modernisation of European consumer law: a pig in a poke?’, *E.R.P.L.* 2019, afl. 1, p. 113-134; C. Twigg-Flesner, ‘Bad hand? The “new deal” for EU consumers’, *European Union Private Law Review* 2018, afl. 4, p. 166-175 en B.B. Duivenvoorde, ‘The upcoming changes in the Unfair Commercial Practices Directive: a better deal for consumers?’, *EuCML* 2019, afl. 6, p. 219-228.

30 Zie artikel 3 lid 2 Moderniseringsrichtlijn (2019/2161/EU), die leidt tot wijziging van artikel 3 lid 5 en 6 Richtlijn OHP.

tionale maatregelen van de lidstaten. Dit staat dus logischerwijs niet in de weg aan onderlinge afspraken tussen private partijen.³¹ Bij zelfregulering gaat het om brancheafspraken en is geen sprake van overheidswetgeving. Artikel 10 Richtlijn OHP maakt expliciet duidelijk dat de Richtlijn niet in de weg staat aan de regulering en het toezicht door houders van gedragscodes op het gebied van oneerlijke handelspraktijken. Zulke praktijken mogen zelfs worden aangemoedigd door de lidstaten:³²

“Deze richtlijn sluit eventueel door de lidstaten aangemoedigd toezicht op oneerlijke handelspraktijken door houders van gedragscodes en het inschakelen van deze instanties door de in artikel 11 bedoelde personen of organisaties niet uit, indien de mogelijkheid van behandeling door dergelijke instanties bestaat naast de gerechtelijke of de administratieve procedure bedoeld in dat artikel. Inschakeling van deze controle-instanties sluit in geen geval een beroep op de in artikel 11 bedoelde administratieve of rechtsmiddelen uit.”

Met andere woorden: het aanmoedigen door lidstaten van zelfregulering is toegestaan, zolang handhaving via zelfregulering maar niet in de plaats komt van handhaving via de rechter of het bestuursrecht. Wel mogen lidstaten bepalen dat handhaving via de rechter of het bestuursrecht alleen open staat wanneer eerst een klachtprocedure is doorlopen bij een houder van een gedragscode.³³ Met “gedragscode” wordt kort gezegd bedoeld op niet-wettelijke normen die tussen private partijen zijn vastgesteld.³⁴

Overigens legt de Richtlijn OHP op een aantal punten een expliciete link tussen gedragscodes en de door de Richtlijn verboden oneerlijke handelspraktijken. Zo is onder omstandigheden sprake van misleiding wanneer een handelaar verplichtingen die opgenomen zijn in een gedragscode waaraan hij zich heeft gebonden niet nakomt.³⁵ Verder verbiedt de Richtlijn OHP handelaren via de zwarte lijst om te

beweren een gedragscode te hebben ondertekend wanneer dit niet het geval.³⁶

4. Het systeem van zelfregulering van reclame in Nederland

4.1 Nederlandse Reclame Code en Stichting Reclame Code

De Nederlandse Reclame Code (NRC) is het product van de samenwerking tussen enerzijds het bedrijfsleven (adverteerders, reclamebureaus en media) en anderzijds consumentenorganisaties.³⁷ Deelnemende partijen zijn onder meer de Bond van Adverteerders, de Stichting Etherreclame (STER), de Vereniging van Communicatieadviesbureaus (VEA) en de Consumentenbond.³⁸ Samen nemen zij deel aan de Stichting Reclame Code en keuren zij de inhoud van de NRC goed. Daarmee is de NRC een goed voorbeeld van breed gedragen zelfregulering.

Inhoudelijk kent de NRC een algemeen deel en een aantal bijzondere codes. Het algemene deel bestaat overwegend uit regels die afkomstig zijn uit de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken en die zijn toegespitst op reclame (in plaats van op handelspraktijken in het algemeen).³⁹ Ook zijn er regels die voortkomen uit andere Europese richtlijnen, zoals de Richtlijn Misleidende en Vergelijkende Reclame (2006/114/EG).⁴⁰ Daarnaast kent de NRC voorschriften die niet zijn terug te leiden tot Europese wetgeving, zoals de bepaling dat reclame niet strijdig mag zijn met de goede smaak en het fatsoen (artikel 2 NRC) en de regel dat reclame niet onnodig mag appelleren aan gevoelens van angst of onzekerheid (artikel 6 NRC).

Via de bijzondere codes bij de NRC worden specifieke soorten marketing gereguleerd, zoals telemarketing en reclame gericht op kinderen.⁴¹ Daarnaast zijn er bijzondere codes die reclame reguleren van specifieke producten. Denk bijvoorbeeld aan de Reclamecode voor alcoholhoudende dranken (RVA) en de Code voor personenauto's (CVP).

4.2 Juridische status NRC en oordelen RCC en CVB

Een ieder die van mening is dat een reclame-uiting niet voldoet aan de NRC (inclusief de bijbehorende bijzondere co-

31 Zie in deze zin ook C.M.D.S Pavillon, 'The interplay between the Unfair Commercial Practices Directive and codes of conduct', *Erasmus Law Review* 2012, p. 270.

32 Zie in lijn hiermee ook overweging 20 van de preambule bij de Richtlijn OHP. Daarin staat onder meer: “Het op nationaal of communautair niveau uitoefenen van controle door codehouders om oneerlijke handelspraktijken uit te bannen, kan het inschakelen van een administratieve of rechterlijke instantie voorkomen en moet dan ook worden aangemoedigd.”

33 Artikel 11 lid 1 Richtlijn OHP: “(...) Elke lidstaat beslist welke van deze procedures wordt gevolgd en of de rechterlijke of administratieve instantie mag eisen dat afdoening van de klacht eerst langs andere wegen, waaronder die bedoeld in artikel 10, wordt beproefd. (...)”

34 In de woorden van de Richtlijn OHP (artikel 2 sub f) is een gedragscode “een overeenkomst of een aantal niet bij wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen van een lidstaat voorgeschreven regels waarin wordt vastgesteld hoe handelaren die zich aan de code binden, zich moeten gedragen met betrekking tot een of meer bepaalde handelspraktijken of bedrijfssectoren.”

35 Artikel 6 lid 2 onder b Richtlijn OHP.

36 Punt 1 Bijlage I Richtlijn OHP. Ook punten 2, 3 en 4 Bijlage I Richtlijn OHP kunnen betrekking hebben op de relatie van de handelaar tot een zelfreguleringsinstantie. Zie ook Europese Commissie, 'Guidance on the implementation/application of Directive 2005/29 on unfair commercial practices', SWD(2016) 163 final, p. 61-62.

37 Zie ook D.W.F. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten* (Monografieën BW nr. B49a), Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 88. Zie over de achtergrond en opzet van de zelfregulering via de Stichting Reclame Code ook P. Verbruggen, *Enforcing transnational private regulation: a comparative analysis of advertising and food safety*, Cheltenham: Edward Elgar 2014, p. 69-71.

38 Zie de website van de SRC: www.reclamecode.nl/over-src/organisatie (laatst geraadpleegd 3 juni 2020).

39 Zie ook D.W.F. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten* (Monografieën BW nr. B49a), Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 88.

40 Artikel 13 NRC.

41 Code voor Telemarketing 2020 resp. Kinder- en Jeugdreclamecode.

des) kan een klacht indienen bij de Stichting Reclame Code (SRC).⁴² Klachten worden behandeld door de Reclame Code Commissie (RCC),⁴³ met een beroepsprocedure bij het College van Beroep (CvB).⁴⁴ Wanneer de RCC of het CvB van oordeel is dat een reclame-uiting in strijd is met de Nederlandse Reclame Code, zal dit in de regel leiden tot een aanbeveling. De adverteerder wordt dan aanbevolen de reclame niet langer te verspreiden.⁴⁵ Die aanbeveling is in beginsel vrijblijvend. Wie een aanbeveling negeert, kan bijvoorbeeld geen boete krijgen van de SRC. Wel kan de SRC een adverteerder die niet heeft aangegeven compliant te zullen zijn aan de uitspraak, als “non-compliant” vermelden op de eigen website.⁴⁶ In bijzondere gevallen kan de SRC bovendien een persbericht verspreiden in de vorm van een “alert”.⁴⁷ Dit is in feite een waarschuwing aan het publiek voor een adverteerder die op ernstige wijze of bij herhaling de NRC aan zijn laars lapt.

Toch kan een uitspraak van de RCC of het CvB grote gevolgen hebben voor de adverteerder. Daarbij gaat het in de eerste plaats om mogelijke reputatieschade. Daarnaast is het zo dat etherreclame (reclame via radio of tv) ten aanzien waarvan een aanbeveling is gedaan door de RCC of het CvB niet langer wordt uitgezonden door de bij de SRC aangesloten media-instellingen (zoals de publieke en commerciële omroepen). De media-instellingen verplichten zich hiertoe ten opzichte van de SRC. Dit is een belangrijke uitzondering op het verdere vrijblijvende karakter van de aanbevelingen van de RCC en het CvB. Verderop in dit artikel (paragraaf 4.4) meer over deze verplichting.

4.3 Relatie tot handhaving ACM en rechter

Op grond van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) kan de overheid partijen aanwijzen als organisatie met een rechtmatig belang bij het beëindigen of het verbieden van inbreuken op het Europese consumentenrecht.⁴⁸ De SRC is als zodanig aangewezen met betrekking tot misleidende en agressieve handelspraktijken op het gebied van reclame en ten aanzien van vergelijkende reclame.⁴⁹ Als gevolg hiervan kan de SRC onder meer wor-

den ingeschakeld bij verzoeken om wederzijdse bijstand in de zin van Verordening (EU) 2017/2394. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een informatieverzoek van een handhavingsautoriteit in een andere EU-lidstaat in geval van een grensoverschrijdende oneerlijke handelspraktijk. Om de samenwerking tussen de SRC en de ACM te verbeteren is een protocol opgesteld.⁵⁰ Deze ziet niet alleen op samenwerking bij verzoeken tot rechtsbijstand op grond van Verordening 2017/2394, maar ook op de onderlinge uitwisseling van informatie buiten dergelijke gevallen.⁵¹

Interessant is overigens dat de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State heeft uitgemaakt dat de SRC ondanks haar rol als “organisatie met een rechtmatig belang” géén bestuursorgaan is.⁵² Ondanks de formele samenwerking tussen de SRC en de Consumentenautoriteit (nu: ACM) op grond van de Whc én de aansluitplicht op grond van de Mediawet (zie paragraaf 4.4 hierna), zijn aan de SRC géén publiekrechtelijke bevoegdheden toegekend. Ook beschikt de SRC niet over bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen.⁵³

Omdat de SRC een zelfreguleringsorgaan is, is verder niet verrassend dat de burgerlijke rechter niet gebonden is aan de oordelen van de RCC en het CVB. Wel heeft het Gerechtshof Den Haag in de zaak *Hotels.nl/Hotel Bookers* erkend dat de oordelen van de RCC vanwege haar expertise serieus genomen moeten worden.⁵⁴

“Ten overvloede merkt het hof op dat hoewel de uitspraken van de RCC partijen niet binden, deze uitspraken doorgaans een belangrijke indicatie vormen over hoe het bepaalde in Afdeling 3A van titel 3 van Boek 6 BW dient te worden opgevat, mede gezien de bijzondere deskundigheid van de RCC op dit terrein.”

Kortom: de oordelen van de RCC zijn wél gezaghebbend, maar uiteindelijk zal de rechter in een zaak die vooraf is gegaan door een klachtprocedure bij de RCC een eigen oordeel moeten vormen.

4.4 Relatie tot Mediawet

Op het vrijblijvende karakter van nakoming van aanbevelingen van de RCC bestaat, zoals hiervoor in paragraaf 4.2 al aangestipt, één belangrijke uitzondering. Bij de SRC aangesloten media-instellingen zenden commercials die on-

42 Zie ook R.W. Holzhauser en S.L. Gellaerts, *Van idee naar IE*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 9.4.

43 Artikel 7 Reglement Reclame Code Commissie en College van Beroep. Een deel van de klachten wordt afgedaan door de voorzitter van de RCC op grond van artikelen 11 en 12 Reglement Reclame Code Commissie en College van Beroep.

44 Artikel 23 Reglement Reclame Code Commissie en College van Beroep.

45 Artikel 18 lid 1 Reglement Reclame Code Commissie en College van Beroep. Bij reclame voor denkbeelden geldt een afwijkend regime: in dat geval wordt geen aanbeveling gedaan maar een “vrijblijvend advies”. Het oordeel van de RCC heeft daarmee qua bewoording een meer vrijblijvend karakter.

46 C.J.J.C. van Nispen, J.L.R.A. Huydecoper en T. Cohen Jehoram, *Industriële eigendom – deel 3: vormen, namen en reclame*, Deventer: Kluwer 2012, p. 371.

47 Artikel 18 lid 4 Reglement Reclame Code Commissie en College van Beroep.

48 Artikel 6 lid 2 Whc. Deze bepaling vindt haar oorsprong in het Europees recht: zie artikel 3 lid 8 Verordening 2017/2394, over de samenwerking tussen lidstaten op het vlak van de handhaving van het Europees consumentenrecht. Dit is de opvolger van Verordening 2006/2004.

49 Besluit aanwijzing instanties met een rechtmatig belang van 5 juni 2007. Zie ook de overwegingen bij het Samenwerkingsprotocol tussen de Autoriteit Consument en Markt en de Stichting Reclame Code, *Stb.* 2016, 32094, p. 1.

50 Samenwerkingsprotocol tussen de Autoriteit Consument en Markt en de Stichting Reclame Code, *Stb.* 2016, 32094.

51 Artikelen 3 en 7 Samenwerkingsprotocol.

52 ABRvS 26 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1040, AB 2014/161, m.nt. H. Peters. Zie in het bijzonder r.o. 4.2.

53 In zijn annotatie bij de uitspraak nuanceert Peters dit oordeel, overigens zonder een fundamenteel andere conclusie te bereiken. Zie ABRvS 26 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1040, AB 2014/161, m.nt. H. Peters. Zie in het bijzonder par. 5 van zijn annotatie.

54 Hof Den Haag 23 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4446, *IER* 2015/19, m.nt. D. Haije (*Hotels.nl/Hotel Bookers*), r.o. 4.8.

derwerp zijn van een aanbeveling van de RCC namelijk niet langer uit.

De aansluiting van media-instellingen is voor publieke omroepen verplicht op grond van artikel 2.92 Mediawet.⁵⁵ Deze bepaling luidt als volgt:

“(1) De Ster en de regionale en lokale publieke media-instellingen die reclame- of telewinkelboodschappen in het media-aanbod opnemen, zijn aangesloten bij de Nederlandse Reclame Code of een vergelijkbare door de Stichting Reclame Code tot stand gebrachte regeling en ter zake onderworpen aan het toezicht van de Stichting Reclame Code.

(2) Aansluiting wordt aangetoond door een schriftelijke verklaring van de Stichting Reclame Code aan het Commissariaat over te leggen.”

Eenzelfde verplichting geldt op basis van artikel 3.6 Mediawet ook voor commerciële omroepen.⁵⁶ Op basis van de Mediawet zijn media-instellingen die reclame uitzenden dus verplicht om zich aan te sluiten bij de SRC. Zonder aansluiting bij de SRC mogen de media-instellingen geen reclame in hun media-aanbod opnemen.⁵⁷ Publieke omroepen zijn aangesloten bij de SRC via STER.⁵⁸

De aansluitplicht moet mede gezien worden in het licht van de Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten (“Richtlijn AVMD”),⁵⁹ De Richtlijn AVMD kent namelijk een aantal specifieke regels op het gebied van commerciële communicatie in audiovisuele mediadiensten in het algemeen en televisiereclame in het bijzonder.⁶⁰ Denk bijvoorbeeld aan het voorschrift dat reclame gemakkelijk als zodanig herkenbaar moet zijn, een verbod op discriminerende reclame, regels voor tabaks- en alcoholreclame en voorschriften over sponsoring en

productplaatsing.⁶¹ Het grootste deel van deze regels is in Nederland geïmplementeerd in de Mediawet.⁶² Een deel van de voorschriften is echter alleen opgenomen in de Nederlandse Reclame Code.⁶³ Daarbij gaat het onder andere om het voorschrift dat commerciële communicatie via audiovisuele media niet de menselijke waardigheid mag aantasten, niet mag discrimineren en niet mag aanzetten tot gedrag dat schadelijk is voor de gezondheid, de veiligheid of het milieu.⁶⁴ Ook de voorschriften voor verantwoorde alcoholreclame uit de Richtlijn AVMD zijn alleen opgenomen in de Nederlandse Reclame Code en niet in de Mediawet.⁶⁵ Deze bepalingen uit de Richtlijn AVMD zijn dus via de aansluitplicht in de Mediawet geïmplementeerd in de Nederlandse Reclame Code.⁶⁶

Voor de aansluiting bij de SRC op grond van de Mediawet gelden voorwaarden. De website van de SCR zet de belangrijkste voorwaarden op een rij:⁶⁷

“Aansluiting betekent o.a. dat bovengenoemde media-instellingen:

- de werkwijze van de Reclame Code Commissie (RCC) en/of het College van Beroep (CvB) onderschrijven
- zich verplichten een reclame-uiting (ingevolge de definitie van artikel 1 van de Nederlandse Reclame Code) waarover de (voorzitter van de) Reclame Code Commissie en/of het College van Beroep een aanbeveling heeft gedaan, niet meer te uiten
- de praktische aanwijzingen opvolgen wat betreft het bewaren van uitgezonden reclameboodschappen in-

55 Zie ook P. Verbruggen, *Enforcing transnational private regulation: a comparative analysis of advertising and food safety*, Cheltenham: Edward Elgar 2014, p. 71 en 136.

56 Zowel artikel 2.92 als artikel 3.6 Mediawet blijven overigens ongewijzigd in de aanpassing van de Mediawet in het kader van de aangepaste Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten. Zie (meest recentelijk) *Kamerstukken I 2019/20*, 35361, nr. A, p. 7. Zie ook paragraaf 6.

57 Zie ook de Memorie van Toelichting bij de Mediawet 2008: *Kamerstukken II 2007/08*, 31356, nr. 3, p. 45-46 (in relatie tot publieke omroepen) en p. 67 (in relatie tot commerciële omroepen). Zie de aangehaalde tekst verderop in deze paragraaf.

58 Stichting Reclame Code, ‘Media-instellingen en verantwoorde reclame: de aansluitplicht op basis van de Mediawet’ (februari 2016), p. 2.

59 Richtlijn 2010/13/EU. Richtlijn 2018/1808 heeft recentelijk wijzigingen aangebracht in de Richtlijn AVMD. Hieronder wordt verwezen naar de bepalingen in de geconsolideerde Richtlijn AVMD (zie EU-document 02010L0013 van 18 december 2018), tenzij expliciet anders aangegeven. Zie over de wijzigingen op basis van Richtlijn 2018/1808: P. Kreijger, ‘De herziening van de Richtlijn audiovisuele mediadiensten – een (eerste) overzicht’, *Mediaforum* 2019 afl. 2, p. 38-42.

60 Zie ook P. Verbruggen, *Enforcing transnational private regulation: a comparative analysis of advertising and food safety*, Cheltenham: Edward Elgar 2014, p. 106-107.

61 Zie artikelen 9 t/m 11 Richtlijn AVMD. Richtlijn 2018/1808 heeft deze bepalingen, afgezien van een verruiming van de mogelijkheden voor productplaatsing, niet fundamenteel gewijzigd. Zie ook de artikelen 19 t/m 26 Richtlijn AVMD waarin specifiek voor televisiereclame regels worden gegeven, onder meer ten aanzien van herkenbaarheid (artikelen 19 en 24), geneesmiddelenreclame (artikel 21) en alcoholreclame (artikel 22).

62 Zo zijn bijvoorbeeld de voorschriften over de herkenbaarheid van reclame (inclusief subliminale reclame en sluikreclame) opgenomen in de artikelen 2.88b en 3.5b Mediawet en geldt op grond van de artikelen 2.94 lid 2 en 3.7 lid 2 het verbod op het uitzenden van reclame voor medische behandelingen en, overdag, het uitzenden van alcoholreclame. Enkele regels zijn zowel terug te vinden in de Mediawet als in de NRC. Dat geldt in het bijzonder voor de voorschriften voor de herkenbaarheid van reclame (artikelen 2.88b en 3.5b Mediawet en artikel 11 NRC).

63 Zie ook P. Verbruggen, *Enforcing transnational private regulation: a comparative analysis of advertising and food safety*, Cheltenham: Edward Elgar 2014, p. 136-137.

64 Zie artikel 9 lid 1 sub c Richtlijn AVMD en (in ieder geval voor het aanzetten tot gedrag dat schadelijk is voor de gezondheid, veiligheid) artikel 4 NRC. Het voorschrift dat reclame niet mag aanzetten tot schadelijk gedrag voor het milieu is terug te vinden in artikel 11 Milieu Reclame Code.

65 Zie artikel 22 Richtlijn AVMD en de Reclamecode voor Alcoholhoudende Dranken.

66 Zie ook P. Verbruggen, *Enforcing transnational private regulation: a comparative analysis of advertising and food safety*, Cheltenham: Edward Elgar 2014, p. 136-137. Overigens bestaat discussie over de vraag of deze implementatie voldoet aan de Richtlijn AVMD. Zie hiervoor het advies van de Raad van State bij het wetsvoorstel ter aanpassing van de Mediawet in verband met de herziene Richtlijn AVMD: *Kamerstukken II 2019/20*, 35361, nr. 4. Voor de duidelijkheid: de aansluitplicht in de Mediawet is niet beperkt tot de specifieke bepalingen in de NRC die afkomstig zijn uit de Richtlijn AVMD maar geldt deze voor de NRC als zodanig (inclusief de bijzondere codes).

67 Zie www.reclamecode.nl/mediawet (laatst geraadpleegd: 16 april 2020).

clusief de uitzendschema's en het beschikbaar stellen van uitingen waarover bij de RCC klachten worden ingediend

- een Eigen Verklaring m.b.t. de aansluitingsplicht op basis van artikel 3.6 Mediawet volledig invullen, ondertekenen en retourneren aan de SRC
- een financiële bijdrage aan de Stichting Reclame Code leveren”

Deze verplichtingen zijn ook terug te vinden in de door de SRC opgestelde brochure “Media-instellingen en verantwoorde reclame: de aansluitplicht op basis van de Mediawet”.⁶⁸ Deze brochure richt zich tot media-instellingen. Hierin staat onder meer het volgende:

“De aansluiting betekent dat u aangeboden reclame-uitingen op hoofdlijnen toetst en kijkt of deze voldoen aan de Nederlandse Reclame Code (‘marginale toets’). Ook dient u in het kader van een klachtenprocedure bij te houden welke reclame-uitingen u uitzendt en deze op verzoek beschikbaar te stellen aan het secretariaat van de SRC. Als een reclame-uiting volgens de Reclame Code Commissie of het College van Beroep in strijd is met de regels, wordt u geacht deze niet meer uit te zenden.”

De verplichting om reclame-uitingen die onderwerp zijn van een aanbeveling van de RCC of CVB niet meer uit te zenden komt ook duidelijk naar voren in de brief die (nieuwe) media-instellingen ontvangen van de SRC over aansluiting, wanneer zij bij het Commissariaat voor de Media hebben aangegeven reclame en/of telewinkellooschappen op te nemen in hun programma-aanbod. In deze brief staat:⁶⁹

“U verplicht zich een reclame-uiting (ingevolge de definitie van artikel 1 van de Nederlandse Reclame Code) waarover de (voorzitter van de) Reclame Code Commissie en/of het College van Beroep een aanbeveling heeft gedaan, op eerste verzoek niet meer te uiten.”

De media-instellingen dienen na ontvangst van de brief een “eigen verklaring” in te vullen, waarin de media-instelling onder meer moet aangeven of zij reclame en/of telewinkellooschappen uitzendt of zal uitzenden. De brief van de SRC benadrukt dat betaling van de factuur betekent dat de media-instelling zich conformeert aan de voorwaarden voor aansluiting zoals vervat in de brief en in de eigen verklaring. De SRC geeft hierbij aan dat het Commissariaat voor de Media sancties kan opleggen als een commerciële media-instelling reclame- of telewinkellooschappen in het programma-aanbod opneemt en niet is aangesloten bij de SRC.

68 Stichting Reclame Code, ‘Media-instellingen en verantwoorde reclame: de aansluitplicht op basis van de Mediawet’ (februari 2016). Te raadplegen via www.reclamecode.nl/wp-content/uploads/2018/05/SRC_brochure_media_instellingen_feb16_ONLINE.pdf (laatst geraadpleegd 3 juni 2020).

69 Brief opgevraagd door de auteur bij de Stichting Reclame Code.

Interessant is dat de link tussen de Mediawet en naleving van zelfregulering ook voorzien is in het wetgevingsproces. De Memorie van Toelichting bij de Mediawet benadrukt niet alleen dat de aansluiting van media-instellingen bij de SRC verplicht is, maar ook dat hierdoor gewaarborgd wordt dat reclame bij de publieke omroep voldoet aan de zelfregulering bij de SRC:⁷⁰

“Artikel 2.92 regelt net als onder de huidige Mediawet de verplichte aansluiting bij de Reclame Code Commissie door de STER en de regionale en lokale publieke media-instellingen die reclame verzorgen. Daarmee is gewaarborgd dat reclame en telewinkelen bij de publieke omroep voldoet aan de regels die op basis van zelfregulering, mede ter uitvoering van de Europese regels, zijn gesteld aan het aanbieden van reclame en telewinkelen. Zonder aansluiting bij de Reclame Code Commissie mag geen reclame in het media-aanbod van de publieke omroep worden opgenomen.”

Op grond van de Mediawet kan het Commissariaat voor de Media een boete opleggen van € 225.000 wanneer een media-instelling zich niet aansluit bij de SRC en wél reclame of telewinkellooschappen in haar aanbod opneemt.⁷¹

5. Toetsing: Is het Nederlandse systeem in strijd met volledige harmonisatie?

5.1 Knelpunt: wettelijke inbedding van naleving NRC via aansluitplicht

Zoals besproken in paragraaf 2, mogen lidstaten vanwege de door de Richtlijn OHP voorgeschreven volledige harmonisatie niet méér (en ook niet minder) bescherming bieden aan consumenten dan is voorzien in de Richtlijn. Deze regel staat echter niet in de weg aan strengere zelfregulering (zie paragraaf 3). Bij zelfregulering gaat het immers om branche-afspraken en niet om overheidswetgeving. Uitgangspunt is dus dat zelfregulering op nationaal niveau is toegestaan, ook wanneer die zelfregulering binnen de reikwijdte valt van de Richtlijn OHP.

De wettelijke inbedding van de zelfregulering van de SRC laat op dit punt echter een belangrijk knelpunt zien. Dat knelpunt zit *niet* in de aanwijzing van de SRC als “organisatie met een rechtmatig belang” in de zin van Verordening 2017/2394 en ook niet op samenwerking van de SRC met de ACM op basis van het aangegane samenwerkingsprotocol. Die omstandigheden zorgen er namelijk op geen enkele manier voor dat marktpartijen via overheidsmaatregelen worden onderworpen aan de NRC. Ook de relatie tussen de oordelen van de RCC en het CVB enerzijds en de rechtspraak anderzijds levert geen knelpunten op vanuit het oogpunt van volledige harmonisatie. De rechter is namelijk niet gebonden de oordelen van de RCC en het CVB en overigens ook niet aan de inhoud van de NRC.

70 Kamerstukken II 2007/08, 31356, nr. 3, p. 45-46.

71 Artikel 7.12 lid 1 Mediawet 2008. Zie ook de annotatie van J.R. van Angeren bij Rb. Amsterdam (vzr.) 13 juni 2012, *Mediaforum* 2012, p. 303.

Waar wél een knelpunt ligt tussen de NRC en volledige harmonisatie is de wettelijke inbedding van de naleving van de NRC via de Mediawet. Zoals besproken in paragraaf 4.4 worden media-instellingen via de aansluitplicht op grond van de Mediawet gedwongen om commercials die door de RCC en/of het CvB in strijd zijn bevonden met de NRC niet langer uit te zenden. De naleving van de NRC door omroepen (en daarmee indirect ook door adverteerders) is daarmee wettelijk verankerd. Dat is problematisch vanuit het oogpunt van volledige harmonisatie. Overheden mogen namelijk, zoals gezegd, geen maatregelen nemen die een ander niveau van bescherming bieden dan geboden door de Richtlijn. Via de wettelijke verankering van de naleving van de NRC ten aanzien van radio- en tv-commercials doet de Nederlandse overheid dat wél, aangezien de NRC op verschillende punten méér bescherming biedt dan de Richtlijn OHP. Dat volledige harmonisatie niet in de weg staat aan strengere zelfregulering gaat hier dus niet op: van zuiver vrijwillige afspraken tussen private partijen is gezien de wettelijke inbedding van de naleving van de NRC via de Mediawet geen sprake.

5.2 Mogelijke tegenargumenten

Tegenargumenten zijn denkbaar, maar overtuigen wat mij betreft niet. Ten eerste zou men kunnen stellen dat het feit dat de Richtlijn OHP ruim baan geeft aan zelfregulering ook betekent dat de naleving van die zelfregulering wettelijk mag worden verankerd. Dat argument gaat echter voorbij aan het karakter van zelfregulering en de definitie van “gedragscode” in de Richtlijn OHP: er moet sprake zijn van private afspraken. De omstandigheid dat lidstaten voor handhaving via de rechter of het bestuursrecht de voorwaarde mogen stellen dat eerst geklaagd wordt bij de houder van een gedragscode (artikel 11 Richtlijn OHP) maakt dat niet anders. Deze bepaling doet namelijk niets anders dan de mogelijkheid bieden om handhaving van de normen in de Richtlijn OHP primair via zelfreguleringsinstellingen te handhaven (zie paragraaf 3). Hierin kan niet gelezen worden dat lidstaten mogen kiezen voor wettelijke handhaving van zelfregulering die méér bescherming biedt aan consumenten dan de Richtlijn OHP.

Ten tweede zou men kunnen stellen dat het verband tussen de verplichting om met de NRC strijdig bevonden commercials niet uit te zenden en de wettelijke aansluitplicht te indirect zou zijn. In zekere zin is inderdaad sprake van een indirect verband: de Mediawet schrijft niet letterlijk voor dat media-instellingen commercials die strijdig zijn bevonden met de NRC niet mogen uitzenden. Vast staat echter wel dat media-instellingen zich aan deze verplichting moeten onderwerpen als onderdeel van de wettelijk verplichte aansluiting. Media-instellingen hebben dus geen keuze om zich wel of niet te onderwerpen aan deze verplichting. Van vrijblijvende onderwerping aan de oordelen van de RCC en het CVB is wat betreft het uitzenden van commercials dus geen sprake. Dat geldt voor media-instellingen en daarmee ook voor adverteerders.

Een derde tegenargument zou kunnen luiden dat de aansluitplicht in de Mediawet niet zou dienen om consumenten te beschermen. Nationale regelingen die niet (mede) tot doel hebben om consumenten te beschermen vallen immers niet onder de door de Richtlijn OHP voorgeschreven volledige harmonisatie (zie paragraaf 2.2). Ook dit argument overtuigt wat mij betreft niet. Erg expliciet is de Mediawet niet in haar doelstellingen, maar duidelijk is bijvoorbeeld wél dat bij de specifieke regels in de Mediawet over reclame en sponsoring de bescherming van het publiek voorop staat.⁷² In de context van de regulering van reclame ziet dat logischerwijs mede op bescherming van de economische belangen van de consument en dus op consumentenbescherming in de zin van de Richtlijn OHP. Bovendien benadrukt de Memorie van Toelichting bij de Mediawet het belang dat via de aansluitplicht voor media-instellingen gewaarborgd wordt dat reclame via de omroepen voldoet aan de zelfregulering van de SRC (zie paragraaf 4.4). Die zelfregulering is op haar beurt evident mede bedoeld om consumenten te beschermen.

Ten vierde zou men kunnen stellen dat ten aanzien van televisiereclame de Richtlijn AVMD ruimte zou bieden voor de wettelijke verankering van de naleving van de NRC via de aansluitplicht in de Mediawet. De Richtlijn AVMD kent zoals gezegd een aantal specifieke regels op het gebied van commerciële communicatie in audiovisuele mediadiensten in het algemeen en televisiereclame in het bijzonder (zie paragraaf 4.4). De Richtlijn AVMD moedigt co- en zelfregulering op deze (en andere door de Richtlijn geregelde) onderwerpen aan.⁷³ Voor zover deze specifieke regels in de Richtlijn AVMD (en de nationale implementatie daarvan) méér bescherming bieden dan de Richtlijn OHP, is de Richtlijn OHP inderdaad niet van toepassing (zie artikel 3 lid 4 Richtlijn OHP en paragraaf 2.2).⁷⁴ Dit biedt lidstaten in mijn optiek echter geen vrijbrief om op andere onderwerpen méér bescherming te bieden dan de Richtlijn OHP. De Richtlijn OHP is namelijk – afgezien van de specifieke onderwerpen die worden geregeld in de Richtlijn AVMD – gewoon van toepassing op reclame via audiovisuele media.⁷⁵ Met

⁷² Zie de Memorie van Toelichting bij de Mediawet 2008: *Kamerstukken II 2007/08, 31356, nr. 3*, p. 13.

⁷³ Zie artikel 4a Richtlijn AVMD en, voor enkele bijzondere onderwerpen op het gebied van commerciële communicatie, artikel 9 lid 3 en 4 Richtlijn AVMD. In de oorspronkelijke versie van de Richtlijn AVMD uit 2010 was de aanmoediging van co- en zelfregulering terug te vinden in artikel 4 lid 7 (voor de door de Richtlijn geregelde onderwerpen in het algemeen) en in artikel 9 lid 2 (voor enkele bijzondere onderwerpen op het gebied van commerciële communicatie). Zie ook P. Verbruggen, *Enforcing transnational private regulation: a comparative analysis of advertising and food safety*, Cheltenham: Edward Elgar 2014, p. 106-107.

⁷⁴ Zie ook paragraaf 2.2.

⁷⁵ Zie ook overweging 82 van de preambule van de Richtlijn AVMD. Zie ook P. Ancion et al., *Mediadiensten op aanvraag en audiovisuele commerciële communicatie: eerste rapport van de Studiegroep Audiovisuele Commerciële Communicatie van de Vereniging voor Reclamerecht*, Rotterdam: Vereniging voor Reclamerecht, p. 26. Hieruit volgt mijns inziens dus ook dat de reikwijdte van de Richtlijn AVMD wat betreft de regulering van reclame beperkt is tot de specifiek geregelde onderwerpen en dus niet een uitputtende regeling biedt van reclame via audiovisuele communicatie.

andere woorden: de wettelijke verankering van de naleving van de NRC is vanuit het oogpunt van de NRC weliswaar niet problematisch voor regels die afkomstig zijn uit de Richtlijn AVMD, maar is dat wel ten aanzien van de overige voorschriften.⁷⁶

5.3 Kanttekeningen

Een belangrijke kanttekening is wel dat de aansluitplicht in ieder geval *niet* leidt tot strijdigheid van het volledige systeem van zelfregulering via de NRC. De wettelijke verankering van naleving van de NRC geldt in de eerste plaats alléén voor radio- en tv-commercialen. Van strijdigheid met de voorgeschreven volledige harmonisatie kan dus alleen sprake zijn bij handhaving ten aanzien van dergelijke uitingen.

Verder treedt strijdigheid pas op wanneer de specifieke gehandhaafde regel in de NRC valt binnen de reikwijdte van de Richtlijn. Zo zijn regels over goede smaak en fatsoen uitgesloten van de reikwijdte van de Richtlijn (zie paragraaf 2.1) en kan bij handhaving van dergelijke regels dus ook geen strijdigheid optreden. Hetzelfde geldt ten aanzien van regels in de NRC die terug te leiden zijn tot specifieke Unierechtelijke voorschriften die meer bescherming bieden dan de Richtlijn OHP, zoals regels die afkomstig zijn uit de Europese verordeningen op het gebied van het levensmiddelenrecht (zie paragraaf 2.2) en regels die afkomstig zijn uit de Richtlijn AVMD (zie paragraaf 4.4).⁷⁷

Voor strijdigheid met de Richtlijn OHP moet de gehandhaafde regel in de NRC uiteraard ook een ander beschermingsniveau bieden dan de Richtlijn. Ook dat moet per specifiek geval bekeken worden. Wanneer de onderhavige handelspraktijk ook onder de Richtlijn OHP verboden zou zijn, is geen sprake van strijdigheid met de Richtlijn.

Tot slot schrijft de Richtlijn voor een aantal onderwerpen minimumharmonisatie voor (zie wederom paragraaf 2.2). Ook op die onderwerpen kan dus geen sprake zijn van strijdigheid wanneer de NRC méér bescherming biedt dan de Richtlijn. Kortom: het is belangrijk om per specifiek geval te onderzoeken of de gehandhaafde regel wordt geraakt door de voorgeschreven volledige harmonisatie.

6. Discussie

Dit artikel laat zien dat de door de Richtlijn OHP voorgeschreven volledige harmonisatie ingrijpend kan zijn op nationaal niveau. Dat geldt niet alleen voor wetgeving, maar ook voor wettelijk ingebedde zelfregulering. Dit heeft tot

gevolg dat de overheid zich met het oog op volledige harmonisatie van Europese wetgeving terughoudend dient op te stellen ten opzichte van zelfregulering.⁷⁸ Aanmoedigen van zelfregulering mag, maar voorzichtigheid is geboden.

Wat zou de oplossing zijn om de vermoedelijke strijdigheid van het Nederlandse systeem van zelfregulering met de door de Richtlijn OHP voorgeschreven volledige harmonisatie weg te nemen? Die oplossing is betrekkelijk eenvoudig: media-instellingen zouden niet gehouden moeten zijn om zich bij de aansluiting bij de SRC te verplichten om commercials die strijdig zijn bevonden met de NRC niet langer uit te zenden. Als deze voorwaarde voor aansluiting wordt geschrapt, vervalt daarmee de wettelijke inbedding van de naleving van de NRC ten aanzien van radio- en tv-commercialen. Daarmee verliest de Nederlandse zelfregulering mogelijk enige effectiviteit, maar dit lijkt met het oog op de volledige harmonisatie van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken noodzakelijk. De verplichting kan eventueel worden vervangen door een nadrukkelijk vrijwillige toezegging per media-instelling om strijdig geachte radio- en tv-commercialen niet langer uit te zenden. Daartegen bestaat vanuit het oogpunt van volledige harmonisatie geen bezwaar.⁷⁹

Tot slot is van belang de Mediawet wordt aangepast vanwege de herziening (in 2018) van de Richtlijn AVMD. De wettelijke aansluitplicht voor media-instellingen blijft hierbij in stand. Op grond van het huidige wetsvoorstel zullen bovendien ook videoplatforms (zoals YouTube) onderworpen worden aan een aansluitplicht bij de Stichting Reclame Code.⁸⁰ De in dit artikel besproken problematiek zal dus mogelijk ook gaan spelen voor reclame via videoplatforms.⁸¹

76 Dat de Richtlijn AVMD co- en zelfregulering aanmoedigt doet hieraan niet af.

77 Overigens is het de vraag of de regels uit de Richtlijn AVMD die zijn geïmplementeerd in de NRC ook echt in strijd zouden zijn met de Richtlijn OHP. Zo lijken de voorschriften voor verantwoorde alcoholreclame uit de Richtlijn AVMD (opgenomen in de Reclamecode voor Alcoholhoudende Dranken) niet in strijd te zijn met de Richtlijn OHP omdat ze niet het economische gedrag van consumenten beschermen maar zien op de bescherming van de volksgezondheid.

78 Interessant is overigens dat ook andere EU-lidstaten zelfregulering kennen op het gebied van reclame waarbij een link bestaat met nationale mediawetgeving (zie P. Verbruggen, *Enforcing transnational private regulation: a comparative analysis of advertising and food safety*, Cheltenham: Edward Elgar 2014). Daarmee is niet gezegd dat ook in die lidstaten mogelijk sprake is van strijdigheid met de Richtlijn OHP; dit zal afhangen van de wijze waarop de zelfregulering precies is ingebed in de nationale wetgeving.

79 Wel zal moeten worden getoetst of de bepalingen in de Richtlijn AVMD dan voldoende worden geïmplementeerd in het Nederlandse recht. Voor zover de specifieke regels die op grond van de Richtlijn AVMD gelden voor televisiereclame niet in de Mediawet zijn opgenomen (zie paragraaf 4.4), zal moeten worden onderzocht of implementatie zonder een aansluitplicht met een daaraan gekoppeld uitzendverbod toereikend is.

80 Zie artikel 3a.4 van het wetsvoorstel ter wijziging van de Mediawet 2008 in verband met de implementatie van Richtlijn 2018/1808, *Kamerstukken I* 2019/20, 35361, nr. A, p. 7. Het wetsvoorstel is blijkens de wetgevingskalender van de overheid aangenomen door de Eerste Kamer op 29 september 2020. Zie <https://wetgevingskalender.overheid.nl/Regeling/WGK009553> (laatst geraadpleegd: 6 oktober 2020). Zie over de gewijzigde Richtlijn AVMD en videoplatforms M. de Cock Buning, 'Social media influencers: liever door de hond of door de kat gebeten?', *IER* 2019/24.

81 Of dit ook daadwerkelijk het geval zal zijn, zal mede afhangen van de voorschriften die voor aansluiting zullen worden gesteld.