CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL M. DARMON

van 15 september 1992 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Is een nationale wettelijke regeling die „indringende" reclame met behulp van vergelijking van gedurende verschillende perioden voor hetzelfde produkt gehanteerde prijzen verbiedt, in strijd met artikel 30 EEG-Verdrag? Dat is, zakelijk weergegeven, de vraag die het Bundesgerichtshof het Hof stelt.

2. Aan deze vraag liggen de volgende feiten ten grondslag:

De vennootschap Yves Rocher GmbH verkoopt in Duitsland, hoofdzakelijk op postorder, schoonheidsprodukten die haar worden geleverd door haar moedermaatschappij, de Franse vennootschap Yves Rocher. De reclame voor deze produkten is door de moedermaatschappij op uniforme wijze opgezet voor de meeste staten van de Gemeenschap en bestaat uit catalogi en verkoopprospectussen. Zo vermeldde in een in Duitsland verspreid prospectus, onder de kop „Bespaar tot 50 % en meer op 99 favoriete produkten van Yves Rocher", de nieuwe, lagere prijs van het produkt in grote, rode letters naast de doorgestreepte oude prijs in het gewone lettertype. [1]

3. Het Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft (een vereniging tot bestrijding van oneerlijke mededinging) heeft tegen Yves Rocher GmbH een vordering tot beëindiging [2] ingesteld, op grond dat de betrokken reclame in strijd was met de Duitse wetgeving inzake de oneerlijke mededinging.

4. § 6e van het Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (hierna: „UWG"), zoals gewijzigd bij wet van 25 juli 1986, bepaalt met name het volgende:

„1. Tegen degene die in het economisch verkeer met de eindgebruiker in openbare aankondigingen of in mededelingen die voor een ruime kring van personen bedoeld zijn, de werkelijk gevraagde prijzen voor afzonderlijke, uit het uit het gehele assortiment naar voren gehaalde goederen of diensten vergelijkt met hogere prijzen, dan wel prijsverlagingen met een bepaald bedrag of percentage aankondigt en daarbij de indruk wekt, dat hij die hogere prijzen vroeger heeft gevraagd, kan een vordering tot beëindiging worden ingesteld."

2. Lid 1 is niet van toepassing:

* Oorspronkelijke taal: Frans.

1 — Zie bijlage 5 bij de opmerkingen van Yves Rocher.

2 — De vordering tot beëindiging kan een volledig rechterlijk verbod van de gewraakte reclame tot gevolg hebben.

„1. op prijsvermeldingen die niet op indringende wijze worden geaccentueerd;

2. indien zonder indringende accentuering wordt verwezen naar een hogere prijs die is opgenomen in een vroegere catalogus of een soortgelijk verkoopprospectus voor het gehele aangeboden assortiment goederen of diensten (...)"

5. Van oordeel dat de nieuwe prijs zodanig was vermeld dat van een indringende accentuering sprake was, heeft het Landgericht de vordering tot beëindiging toegewezen.

6. De beroepsinstantie was daarentegen van mening, dat Yves Rocher GmbH zich kon beroepen op de uitzondering van § 6e, lid 2, punt 2, UWG.

7. Het Bundesgerichtshof, waarbij beroep in „Revision" is ingesteld, neemt als vaststaand aan dat i) de nieuwe prijs indringend geaccentueerd is, ii) de afwijkingsbepaling van § 6e, lid 2, punt 2, UWG niet van toepassing is, en iii) de in geding zijnde reclame onder de werking van § 6e, lid 1, van die wet valt. [3]

8. Aangezien het Bundesgerichtshof van mening is dat het in die bepaling gegeven verbod van invloed is op het intracommunautaire verkeer, stelt het het Hof de volgende vraag: moet artikel 30 EEG-Verdrag aldus worden uitgelegd, dat het zich verzet tegen de toepassing van een wettelijke bepaling van Lid-Staat A, op grond waarvan het een in die Lid-Staat gevestigde onderneming die op basis van een catalogus of verkoopprospectus uit Lid-Staat B ingevoerde produkten op postorder verkoopt, verboden is reclame met prijzen te maken waarbij met een indringende accentuering van de nieuwe prijs wordt verwezen naar een hogere prijs die in een vroegere catalogus of prospectus was vermeld? [4]

9. Laat ik allereerst beklemtonen, dat de verwijzende rechter de vraag buitengewoon nauwkeurig heeft geformuleerd. Er wordt namelijk niet gevraagd naar de verenigbaarheid met artikel 30 van het Verdrag van het verbod van reclame met prijsvergelijkingen in het algemeen, maar van een bepaalde vorm van dat type reclame. [5]

10. § 6e UWG, dat de aanleiding was tot de vraag van de verwijzende rechter, stoelt op de grondslag, dat een vordering tot beëindiging mogelijk is tegen reclame die bestaat uit het tegenover elkaar stellen van de oude en de nieuwe prijs van hetzelfde produkt, *ongeacht of de genoemde oude prijs in overeenstemming met de waarheid is.*

11. Het verbod geldt niet, wanneer de reclame zich niet bedient van op indringende wijze geaccentueerde prijsaanduidingen. [6] Uit de wetsgeschiedenis van de wet van 25 juli 1986 tot wijziging van de UWG blijkt, dat deze afwijking beoogt de detaillist toe te staan, bij een prijsdaling de oude prijs door te strepen en de nieuwe prijs ernaast te vermelden zonder een nieuw etiket te hoeven gebruiken. [7]

3 — Zie verwijzingsbeschikking.

4 — Men merke op, dat de verwijzende rechter doelt op de wetgeving die dat type reclame met prijsvergelijkingen verbiedt, en niet op de wetgeving die het mogelijk maakt tegen die reclame een vordering tot beëindiging in te stellen, welke een gerechtelijk verbod daarvan tot gevolg kan hebben.

5 — Over het algemeen wordt immers onder vergelijkende reclame verstaan de reclame die bestaat uit vergelijking van de prijzen van een produkt met de prijzen van de concurrenten.

6 — § 6e, lid 2, punt 1, UWG.

7 — Zie opmerkingen van verweerster.

12. Een tweede uitzondering is gemaakt voor „niet indringende" reclame in catalogi. [8] Aldus is de prijsvergelijkende reclame in een catalogus onrechtmatig, wanneer de nieuwe prijs op indringende wijze wordt geaccentueerd, ongeacht of de genoemde prijzen juist zijn. Dit laatste verbod legt het Bundesgerichtshof het Hof ter beoordeling voor. Anders gezegd, kan een Lid-Staat een prijsvergelijking, *ook als die juist is*, verbieden op grond dat die vergelijking zo wordt gedaan, dat de aanduiding van de nieuwe prijs in het oog springt?

13. Dit soort reclame is binnen de Gemeenschap slechts geregeld voor zover het *misleidende* reclame betreft. Deze laatste is het voorwerp van richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake misleidende reclame. [9] De verwijzende rechter legt het Hof evenwel een regeling voor, die een verbod inhoudt van prijsvergelijkingen die *waar* kunnen zijn. Voorts merk ik op, dat een voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake vergelijkende reclame en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame [10], die onder bepaalde voorwaarden prijsvergelijkende reclame toestaat, nog niet van kracht is geworden. Overigens heeft dit voorstel geen betrekking op reclame die bestaat uit het vergelijken van verschillende, achtereenvolgende prijzen van hetzelfde produkt. [11]

14. Uit 's Hofs vaste rechtspraak inzake het vrije verkeer van goederen blijkt het volgende:

„Bij gebreke van een gemeenschappelijke regeling voor de produktie en de verhandeling van het betrokken produkt staat het aan de Lid-Staten om, ieder op zijn grondgebied, voor al hetgeen de produktie, de verhandeling en de consumptie daarvan raakt, een regeling te treffen, met dien verstande evenwel, dat deze regeling de intracommunautaire handel niet al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, mag belemmeren". [12]

15. Indien de daardoor optredende dispariteiten tussen de nationale wettelijke regelingen leiden tot belemmeringen van het vrije verkeer, moeten deze

„worden aanvaard voor zover dringende behoeften, onder meer verband houdend met (...) de eerlijkheid der handelstransacties en de bescherming van consumenten, ze noodzakelijk maken". [13]

16. Laat ik allereerst onderzoeken, of wetgeving van het type dat de verwijzende rechter het Hof voorlegt en die, waar de prijsvergelijkende reclame verboden is ongeacht de herkomst van de betrokken produkten, op geen enkele wijze discrimineert ten aanzien van ingevoerde produkten, de intracommunautaire handel ongunstig kan beïnvloeden.

17. Een wetgeving die reclame regelt, richt zich op een dienst. Zij stelt geen rechtstreekse voorwaarden voor de invoer van goederen. Kan zij leiden tot een beperking

8 — § 6c, lid 2, punt 2, UWG. Indien de reclame van de Franse vennootschap Yves Rocher niet op „indringende" wijze was opgesteld, zou de door haar gemaakte prijsvergelijking rechtmatig zijn geweest.

9 — PB 1984, L 250, blz. 17.

10 — COM(91) 147 def. — SYN 343 (PB 1991, C 180, blz. 14).

11 — Ibidem, artikel 1.

12 — Arrest van 26 juni 1980, zaak 788/79, Gilli en Andres, Jurispr. 1980, blz. 2071, r. o. 5.

13 — Arrest van 20 februari 1979, zaak 120/78, Rewe, Jurispr. 1979, blz. 649, r. o. 8.

van het invoervolume, doordat zij de mogelijkheden van verhandeling van ingevoerde produkten ongunstig beïnvloedt?

18. Het verbod van maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen, opgenomen in artikel 30 van het Verdrag, strekt zich volgens de vaste rechtspraak sinds het arrest van 11 juli 1974 (Dassonville [14]) uit tot iedere handelsregeling der Lid-Staten

„die de intracommunautaire handel *al dan niet rechtstreeks,* daadwerkelijk of *potentieel,* kan belemmeren". [15]

Voldoende is, dat de maatregel objectief gezien een belemmering voor het handelsverkeer kan vormen, zonder dat behoeft te worden vastgesteld of zij daadwerkelijk tot een vermindering van het invoervolume heeft geleid dan wel het intracommunautaire handelsverkeer merkbaar beïnvloedt. [16]

19. In de zaak Oosthoek [17] werd 's Hofs oordeel gevraagd over de verenigbaarheid met de artikelen 30 en 34 EEG-Verdrag van de Nederlandse wetgeving die beperkingen oplegde aan het geven van geschenken in natura in het kader van een commerciële activiteit.

20. Een Nederlandse uitgever gaf boeken ten geschenke aan inschrijvers op encyclopedieën die deels uit België werden ingevoerd. Het Hof stelde vast, dat er in dat geval sprake was van „intracommunautaire handelstransacties" [18], en aangaande bepalingen als die van de Nederlandse wet, bezien in het licht van artikel 30 van het Verdrag, oordeelde het:

„Een wettelijke regeling die bepaalde vormen van reclame of bepaalde methoden van verkoopbevordering beperkt of verbiedt, zou ook zonder rechtstreeks voorwaarden voor de invoer te stellen, de omvang hiervan kunnen beperken doordat zij de verhandelingsmogelijkheden van de ingevoerde produkten ongunstig beïnvloedt. Ook indien een dergelijke regeling zonder onderscheid van toepassing is op nationale en ingevoerde produkten, is het niet uitgesloten dat het feit dat de betrokken onderneming gedwongen is, in de diverse Lid-Staten verschillende methoden van reclame of verkoopbevordering te hanteren of een door haar bijzonder doeltreffend geachte methode op te geven, een invoerbelemmering oplevert." [19]

21. Het Hof heeft zelfs vastgesteld, dat de Luxemburgse wet die leidde tot het verbod van de verspreiding in het Groothertogdom van reclamefolders van de Belgische vennootschap GB-INNO-BM, waarmee in Luxemburg woonachtige consumenten werden aangespoord inkopen te doen bij in België gelegen supermarkten, onder de werking van artikel 30 viel. [20]

22. Zoals de Commissie opmerkt, moet dit a fortiori het geval zijn, indien het volstrekt duidelijk is dat het verbod van reclame in de

14 — Zaak 8/74, Jurispr. 1974, blz. 837.

15 — Ibidem, r. o. 5, cursivering van mij.

16 — Zie arresten van 20 februari 1975, zaak 12/74, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1975, blz. 181, r. o. 14, en 13 maart 1984, zaak 16/83, Prantl, Jurispr. 1984, blz. 1299, r. o. 20.

17 — Arrest van 15 december 1982, zaak 286/81, Jurispr. 1982, blz. 4575.

18 — R. o. 9.

19 — R. o. 15; zie ook r. o. 11 van het arrest van 10 juli 1980, zaak 152/78, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1980, blz. 2299; r. o. 7 van het arrest van 7 maart 1990, zaak C-362/88, GB-INNO-BM, Jurispr. 1990, blz. I-667; r. o. 29 van het arrest van 12 december 1990, zaak C-241/89, SARPP, Jurispr. 1990, blz. I-4695, en r. o. 10 en 11 van het arrest van 25 juli 1991, gevoegde zaken C-1/90 en C-176/90, Aragonesa de Publicidad Exterior SA en Publivía, Jurispr. 1991, blz. I-4151.

20 — Arrest, reeds aangehaald, r. o. 8.

Lid-Staat waar de potentiële kopers woonachtig zijn, de verkoop van goederen treft die uit een andere Lid-Staat worden ingevoerd. [21]

23. Een wetgeving die voorwaarden stelt welke de meeste andere Lid-Staten niet kennen, en die reclame verbiedt die bestaat uit het vermelden van de oude, hogere prijs en de nieuwe prijs op een zodanige wijze, dat deze laatste in het oog springt, kan aldus gevolgen hebben voor het verkoopvolume en dus voor het intracommunautaire handelsverkeer. Dit geldt te meer wanneer

1) de betrokken produkten uitsluitend ingevoerd worden,

2) de gebruikte reclametechniek bijzonder doeltreffend blijkt te zijn.

24. De Duitse regering kan toch niet volhouden dat reclame die uitsluitend bestemd is voor de markt van *één* Lid-Staat, geen gevolgen kan hebben voor de handel binnen de Gemeenschap. Wanneer de reclame nu juist gericht is op de verkoopbevordering in dat land van goederen die worden ingevoerd, heeft die wetgeving een ongunstige invloed op de handel binnen de Gemeenschap.

25. Het verbod van prijsvergelijkende reclame, dat ten grondslag ligt aan de door de verwijzende rechter gestelde vraag, kan leiden tot een beperking van de invoer van goederen van de ene in de andere Lid-Staat en is dus een maatregel van gelijke werking in de zin van artikel 30 van het Verdrag.

21 — Opmerkingen van de Commissie.

26. De belemmering die dit verbod inhoudt, moet volgens 's Hofs rechtspraak worden aanvaard, indien bij gebreke van een gemeenschappelijke regeling het verbod zonder onderscheid van toepassing is op nationale en ingevoerde produkten en kan worden gerechtvaardigd door dwingende vereisten, onder meer verband houdend met de bescherming van de consument en de eerlijkheid van de handelstransacties. [22] Uitdrukkelijk zeg ik „dwingende vereisten" en niet slechts „redenen" — hoe gewichtig ook —, zoals gesuggereerd wordt door de verzoekende vereniging in het hoofdgeding, die het criterium „dwingend vereiste" niet absoluut acht. [23]

27. Zonder enige twijfel kan een regeling als de onderhavige de doeleinden van bescherming van de consument en de eerlijkheid van de handelstransacties dienen, want zij voorkomt in voorkomend geval misleidende prijsvergelijkingen. Maar voldoet zij aan het evenredigheidsvereiste, wanneer zij ook het vergelijken van juiste prijzen kan treffen en dus de informatie van de consument zonder reden kan beperken?

28. Zoals wij zagen, is het in geding zijnde verbod van toepassing wanneer de prijsaanduidingen, *of zij nu juist zijn of niet,* in het oog springen. De ratio van een dergelijke regeling blijkt uit de redenen voor het regeringsvoorstel inzake § 6e UWG, zoals door de verwerende vennootschap in het hoofdgeding nog eens genoemd: een einde maken aan de talrijke gevallen van misbruik bij het gebruik van doorgestreepte prijzen en soortgelijke aanduidingen, het voorkomen van de risico's die voortvloeien uit de bijzondere aantrekkingskracht en uit het gevaar te worden misleid. [24] Volgens de Duitse regering

22 — Arrest van 20 februari 1979, Rewe, reeds aangehaald, r. o. 8, en vaste rechtspraak sindsdien; zie met name arrest van 7 maart 1990, GB-INNO-BM, reeds aangehaald, r. o. 10.

23 — Opmerkingen van verzoekster in het hoofdgeding.

24 — Zie de opmerkingen van Yves Rocher.

„gaat het niet om feitelijke misleiding (...) Het gaat om het *abstracte risico van misleiding* dat in het algemeen besloten ligt in een dergelijke ‚Lockvogelwerbung'." [25] Prijsvergelijkende reclame leent zich inderdaad gemakkelijk voor twijfelachtige praktijken, zoals het kunstmatig verhogen van de referentieprijs om een prijsverlaging te kunnen tonen, die in werkelijkheid misleidend is. Bovendien is de consument niet altijd in staat na te gaan, of een oude referentieprijs juist is. Ten slotte vergroot indringende reclame, zoals Reuter heeft opgemerkt, het gevaar van misleiding, „denn der Blickfang verkürzt, und wer verkürzt, sagt häufig nicht die ganze Wahrheit". [26]

29. Deze wetgeving verbindt dus aan „indringende" prijsaanduidingen een soort *vermoeden van bedrog* van de zijde van de adverteerder, hetgeen aanleiding is dit soort reclame, omwille van de bescherming van de consument, te verbieden, zoals die wetgeving ook leugenachtige en misleidende reclame verbiedt. Verboden zijn niet alleen misleidende reclame-uitingen, maar ook die welke door de wijze waarop zij zijn samengesteld, gemakkelijk misleidend zouden kunnen zijn. Aldus is het verbod algeheel, terwijl het bedrog of alleen maar de onnauwkeurigheid bij de prijsaanduidingen slechts *mogelijk en dus onzeker* is.

30. Het is duidelijk dat achter de „indringende" reclame in feite de „misleidende" reclame als doelwit van de regeling schuilgaat. Het verbieden van uitsluitend de misleidende reclame wordt om bewijsredenen onvoldoende geacht. Heel wat misleidende of leugenachtige reclame kan niet worden bewezen; met name in het geval van prijsvergelijkende reclame is het zeer moeilijk vast te stellen dat de vroegere referentieprijs daadwerkelijk is toegepast. Om dit bewijsprobleem te ondervangen, heeft de wetgever een beroep gedaan op het begrip indringende reclame — die materieel gemakkelijk te bewijzen is, al kan het oordeel erover subjectief zijn —, op basis van het vermoeden dat dergelijke reclame een misleiding in zich bergt, of teneinde op zijn minst ieder „abstract risico" op dit gebied vóór te zijn.

31. Laat ik meteen zeggen, dat dit soort verbod mij niet noodzakelijk lijkt om recht te doen aan de dwingende vereisten verband houdend met de bescherming van de consument en de eerlijkheid van de handelstransacties.

32. Het Hof heeft zich bij gelegenheid van het arrest GB-INNO-BM reeds gebogen over nationale wettelijke regelingen inzake prijsvergelijkende reclame.

33. Zo bepaalde de Luxemburgse regeling inzake oneerlijke mededinging van 23 december 1974, dat aanbiedingen met een prijsverlaging noch een aanduiding van de duur van de aanbieding, noch een verwijzing naar de oude prijzen, ook al waren die juist, mocht bevatten.

34. De Belgische vennootschap GB-INNO-BM had in Luxemburg reclamefolders verspreid, waarin gegevens stonden over de beperkte tijdsduur van prijsverlagingen en waarin de verlaagde prijzen werden bekendgemaakt met verwijzing naar de oude prijzen.

35. Het Hof merkte op, dat het belangrijkste gevolg van de Luxemburgse regeling was, dat

25 — *Opmerkingen van de Duitse regering.*

26 — A. Reuter: „Neues zu Euro-Marketing und §§ 6e, 7 UWG", *Betriebsberater*, 1990, blz. 1652.

de consument de toegang tot bepaalde informatie werd *ontzegd,* terwijl de bescherming van de consument, getuige het communautaire beleid ter zake [27], gediend is met *betere informatie,* en het formuleerde het volgende beginsel:

„dat het gemeenschapsrecht op het gebied van de consumentenbescherming de voorlichting van de consument als een van de voornaamste vereisten beschouwt. Bijgevolg kan artikel 30 EEG-Verdrag niet aldus worden uitgelegd, dat een nationale wettelijke regeling die de consument de toegang tot bepaalde informatie weigert, haar rechtvaardiging kan vinden in dwingende vereisten verband houdend met de bescherming van de consument." [28]

36. Daaruit leidde het Hof af, dat artikel 30 van het Verdrag zich ertegen verzet, dat op een reclameactie een nationale wettelijke regeling wordt toegepast, die het verbiedt in handelsreclame de oude prijs te vermelden. [29] Een maatregel die de consument bepaalde informatie onthoudt, kan niet worden beschouwd als een maatregel die tot zijn bescherming strekt.

37. De noodzaak aan de consument de gëïgende informatie te verstrekken om hem in staat te stellen met volledige kennis van zaken de beslissing te nemen om te kopen of niet te kopen, komt mij voor als een van de leidraden van 's Hofs rechtspraak inzake dwingende vereisten verband houdend met diens bescherming van de consument.

38. Zoals het Hof nationale wettelijke regelingen inzake reclame die de voorlichting van de consument ongerechtvaardigd beperken, strijdig met artikel 30 heeft verklaard [30], zo acht het een nationale wettelijke regeling die de onvoldoende geïnformeerde consument beschermt, verenigbaar met dat artikel. [31]

39. Beperkingen op de informatie van de consument werden slechts aanvaardbaar geacht, wanneer die informatie verwarrend of misleidend kon zijn. [32]

40. Op het gebied van de etikettering van produkten bij voorbeeld, is een verbod van bepaalde informatie op het produkt een door artikel 30 verboden maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking, tenzij die informatie de koper kan misleiden. [33]

41. Kan het feit dat de nieuwe prijs op een „indringende" wijze wordt vermeld, op zich de consument misleiden?

42. De wettelijke regeling waarop de verwijzende rechter het oog heeft, verschilt van de Luxemburgse regeling in het geval GB-INNO-BM — volgens welke de vermel-

27 — Arrest van 7 maart 1990, GB-INNO-BM, reeds aangehaald, r. o. 13 en 14.

28 — R. o. 18.

29 — R. o. 21.

30 — Arrest van 7 maart 1990, GB-INNO-BM, reeds aangehaald.

31 — Zie arrest van 16 mei 1989, zaak 382/87, Buet, Jurispr. 1989, blz. 1235, in het bijzonder r. o. 13, waarin werd geoordeeld, dat de toepassing op ingevoerde produkten van een verbod van colportage van pedagogisch materiaal, vervat in een nationale wettelijke regeling inzake de bescherming van de consument, niet onverenigbaar is met artikel 30 van het Verdrag.

32 — Arrest van 17 maart 1983, zaak 94/82, De Kikvorsch, Jurispr. 1983, blz. 947, r. o. 11 en 12.

33 — Ibidem, r. o. 13. Zie eveneens richtlijn 79/112/EEG van de Raad van 18 december 1978 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten inzake etikettering en presentatie van levensmiddelen bestemd voor de eindverbruiker alsmede inzake de daarvoor gemaakte reclame (PB 1979, L 33, blz. 1).

ding van de oude prijs zonder meer verboden was — en van de wettelijke regelingen in andere Lid-Staten — volgens welke dat soort vermeldingen geoorloofd is — door het begrip „indringende reclame" (wellicht zou de Duitse term „blickfangmäßig" beter met „in het oog springend" kunnen worden vertaald).

43. Dit begrip is hier het doorslaggevende criterium. Al naar gelang de prijsaanduiding al dan niet in het oog springt, is de reclame verboden of geoorloofd. De wet stelt geen sanctie op de informatie, de inhoud van de reclame, maar op de opstelling, de presentatie, in één woord de „zichtbaarheid" ervan.

44. Ik wil niet verhelen dat ik verbijsterd ben. Zonder al te zeer de paradox te willen hanteren, zou men niet kunnen volhouden dat het indringende karakter nu juist de maatstaf is voor goede reclame? Wat is dat voor reclame, die niet indringend is? Is het verbieden van in het oog springende reclame niet hetzelfde als het verbieden van reclame zonder meer? Hoe kan het accentueren van datgene wat het belangrijkste is voor de koper — de nieuwe prijs —, zijn belangen schaden of oneerlijk zijn tegenover de concurrenten?

45. Bovendien, op welk moment wordt een reclame-uiting indringend en kan zij dus verboden worden? Indien reclame indringend wordt geacht wanneer de nieuwe prijs in grote letters in een rode cirkel staat, hoe is het dan gesteld wanneer de cirkel grijs is? Een subjectieve waardering, bron van onzekerheden, is hier onvermijdelijk, zoals ook blijkt uit de verschillende meningen van de rechterlijke instanties in het hoofdgeding. Het lijkt mij dus, dat dit begrip met zekerheid tot rechtsonzekerheid leidt.

46. Het begrip „indringende reclame" wordt, zoals wij zagen, volgens de Duitse regering [34] gerechtvaardigd door het feit dat het „een abstract risico van misleiding" kan voorkomen. Maar wat is dienaangaande de waarde van het criterium „indringende reclame"?

47. Laat ik allereerst opmerken dat indringende reclame, in de zin van de door de verwijzende rechter gestelde vraag, reclame is die de nieuwe prijs benadrukt zonder gebruik te maken van enige slimmigheid, truc of bijzondere subtiliteit. Zij probeert bij voorbeeld niet een getal dat in die reclame voorkomt, voor de prijs te doen doorgaan, terwijl het de prijs niet is. Zij leidt niet tot verwarring bij de consument, want zij maakt een duidelijk onderscheid tussen de oude en de nieuwe prijs. Het „risico van misleiding" vloeit uitsluitend voort uit de omstandigheid dat de aangegeven oude verkoopprijs moeilijk te verifiëren is.

48. In het bijzonder op het gebied van postorderverkoop met catalogi lijkt mij evenwel het verbod van indringende prijsvergelijkingen des te minder gerechtvaardigd, *omdat de oude prijs, die voorkomt in een catalogus, zeer eenvoudig te verifiëren is.* [35] Het probleem om de onjuistheid van de in de reclame vermelde oude prijs te bewijzen, bestaat hier dus niet.

49. Ik zou het begrip indringende reclame kunnen aanvaarden, indien het het mogelijk zou maken onjuistheden bij elke gelegenheid te ontdekken. De zaak die de verwijzende rechter ons voorlegt, toont voldoende

34 — Zie opmerkingen van de Duitse regering.

35 — Zie in deze zin de opmerkingen van de Franse regering.

aan, dat dat begrip kan leiden tot een verbod van het vergelijken van waarheidsgetrouwe prijzen. Het is duidelijk dat het onderscheid indringende reclame/niet-indringende reclame niet samenvalt met het onderscheid misleidende reclame/eerlijke reclame.

50. Het verbod van prijsvergelijkingen met gebruikmaking van in het oog springende prijsvermeldingen zou bovendien tot gevolg kunnen hebben, dat reclame-uitingen met vage formuleringen tot ontwikkeling komen, waarin in algemene termen, zonder vermelding van de oude of de nieuwe prijs, prijsverlagingen worden aangekondigd en die dus veel minder informatie zouden bevatten en veel minder de belangen van de consument zouden beschermen dan prijsvergelijkende reclame, ook als die indringend is. [36]

51. Bovendien moet het mogelijk zijn, met minder restrictieve middelen het nagestreefde doel te bereiken.

52. Onderzoek naar de wettelijke regelingen voor dit soort reclame in de andere Lid-Staten toont aan, dat het mogelijk is de voorlichting van de consument en zijn bescherming met elkaar te verzoenen, door bijzondere eisen te stellen aan de informatie betreffende

1) de periode gedurende welke de referentieprijs gevraagd is,

2) de vermelding van de oude en de nieuwe prijs.

Dit geldt in het Verenigd Koninkrijk voor de Consumer Protection (Code of Practice for Traders on Price Indications) Approval Order van 1988, uitgevaardigd door de Secretary of State. [37] Ook de Belgische wet van 14 juli 1991 op de handelspraktijken en de bescherming van de consument bepaalt, dat iedere reclame die een prijsverlaging vermeldt, moet verwijzen naar de prijs die eerder gewoonlijk voor identieke produkten is toegepast en die een reële verlaging moet zijn, welke met name ten aanzien van de referentieprijs moet kunnen worden aangetoond. [38] In Portugal verplicht besluitwet nr. 253/86 van 25 augustus 1986 betreffende de regels voor de verkoop van produkten met een verlaagde prijs [39] tot vermelding van de „eerder gehanteerde prijs", die gedefinieerd wordt als overeenkomend met de laagste prijs die voor het betrokken produkt op hetzelfde verkooppunt gedurende de 30 dagen voorafgaand aan het begin van de prijsverlaging is toegepast. De verkoper moet het bewijs leveren van de eerder gehanteerde prijs. In het Franse recht waarborgt de zeer strenge regeling [40] inzake de door de adverteerder te kiezen referentieprijs voor vermelding in de reclame, dat die prijs waarachtig is, en is het de handelaar verboden meteen voorafgaand aan de aankondiging van een verlaging de referentieprijs te verhogen. De versterking van de bescherming van de consument wordt dan bereikt door een *verbetering van zijn informatie* en niet door een *beperking* ervan.

53. Alles bijeen genomen, lijkt het verbod van dit soort prijsvergelijkende reclame, wanneer de nieuwe prijs indringend wordt geaccentueerd, niet te kunnen worden gerechtvaardigd door dwingende vereisten verband houdend met de bescherming van de consument.

36 — Zie in deze zin Reuter, op. cit., blz. 1652.

37 — Statutory Instrument 1988, nr. 2078.

38 — Artikel 43 van genoemde wet, *Belgisch Staatsblad* van 29 augustus 1991.

39 — *Diário da República* nr. 194 van 25 augustus 1986.

40 — Artikel 3 van decreet nr. 77-105 P van 2 september 1977, BOSP van 3 december 1977.

54. Wat de bescherming van de eerlijkheid van de mededinging betreft, zie ik niet in, hoe de legitieme belangen van de concurrenten van de reclamemaker zouden kunnen worden geschaad, wanneer de prijsvergelijkingen noch onjuist noch misleidend zijn. [41] De eerlijkheid van het handelsverkeer is reeds voldoende beschermd door het verbod van misleidende prijsaanduidingen overeenkomstig artikel 4, lid 1, van richtlijn 84/450 van de Raad van 10 september 1984 (reeds aangehaald).

55. Het vergelijken van juiste prijzen heeft geen ongunstige invloed op de mededingingsvoorwaarden. Daarentegen kunnen deze juist worden verstoord door een wet die kan leiden tot een verbod van dergelijke vergelijkingen, die in andere Lid-Staten wel mogen worden gebruikt.

56. De Duitse regering stelt bovendien, dat het verbod van prijsvergelijkende reclame beoogt een controle op de juistheid van de aangegeven prijzen overbodig te maken, een controle die Duitsland, dat niet over een prijscontroledienst beschikt, zegt niet op zich te kunnen nemen. [42]

57. Dienaangaande merk ik op, dat doeleinden van administratieve vereenvoudiging geen deel uitmaken van de dwingende vereisten die het vrije goederenverkeer kunnen beperken, en dat de controle op de juistheid van de gehanteerde prijzen door zowel consumentenorganisaties als concurrerende ondernemingen wordt verricht. [43]

58. Ten slotte kan een wettelijke regeling als thans in geding niet op grond van het feit dat zij slechts een „zeer geringe" inbreuk op het vrije goederenverkeer zou veroorzaken, als verenigbaar met artikel 30 worden beschouwd. [44] Het Hof heeft op dit gebied de „de minimis"-theorie verworpen. Bovendien „heeft het feit dat een maatregel beperkende gevolgen zou hebben die economisch gezien verwaarloosbaar zijn, geen gevolg voor de toepasselijkheid van artikel 30 van het Verdrag, daar het verbod van dit artikel onverbiddelijk is, ongeacht de omvang van de beperkende gevolgen van de maatregel, ook als deze minimaal zouden zijn". [45]

59. Het komt mij voor, tot slot, dat artikel 7 van de richtlijn van de Raad van 10 september 1984, dat het de Lid-Staten mogelijk maakt bepalingen aan te nemen, die een verdergaande bescherming van de consument beogen, de Lid-Staten niet toestaat een maatregel te nemen die prijsvergelijkingen verbiedt wanneer deze waarheidsgetrouw zijn. Vermeldingen die met de waarheid stroken, lijken mij niet onder de werking van een richtlijn inzake misleidende reclame te kunnen vallen.

41 — Deze opmerking is ook een antwoord op de suggestie van de Duitse regering, die het Hof vraagt hier artikel 36 van het Verdrag van toepassing te verklaren, op grond dat volgens het Verdrag van Parijs de bescherming tegen oneerlijke mededinging tot het gebied van de industriële eigendom behoort.

42 — Ibidem.

43 — Zie in deze zin de conclusie van advocaat-generaal Lenz in de zaak GB-INNO-BM, reeds aangehaald, punt 39.

44 — Opmerkingen van de Duitse regering.

45 — Mattera, *Le marché unique européen*, Jupiter 1990, blz. 235; zie arresten van 13 maart 1984, zaak 16/83, Prantl, Jurispr. 1984, blz. 1299, r. o. 20, en 5 april 1984, gevoegde zaken 177/82 en 178/82, Van de Haar en Kaveka De Meern, Jurispr. 1984, blz. 1797, r. o. 13.

60. Mitsdien stel ik voor, de prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

„Artikel 30 EEG-Verdrag moet aldus worden uitgelegd, dat het zich verzet tegen de toepassing van een wettelijke bepaling van Lid-Staat A, op grond waarvan het een in die Lid-Staat gevestigde onderneming, die op basis van een catalogus of verkoopprospectus uit Lid-Staat B ingevoerde goederen op postorder verkoopt, verboden is reclame met prijzen te maken, waarbij met een indringende accentuering van de nieuwe prijs wordt verwezen naar een hogere prijs die in een vroegere catalogus of prospectus was vermeld."