

De nieuwe definitie 'reclame': van 'openbaar' naar 'systematisch'

Vizier

1

Per 1 januari 2011 is het begrip 'reclame'¹ in de Nederlandse Reclame Code sterk verruimd. Vanaf die datum geldt als reclame (aanvullingen onderstreept):

- *iedere openbare en/of systematische directe dan wel indirecte aanprijzing van goederen, diensten en/of denkbelden;*
- *door een adverteerder of geheel of deels ten behoeve van een adverteerder;*
- *al dan niet met behulp van derden.*

Ook in de nieuwe definitie geldt het vragen van diensten als reclame. Wat meteen opvalt is dat behalve *openbare* aanprijzingen uit de oude definitie ('iedere openbare aanprijzing') nu ook niet openbare, maar systematische, aanprijzingen onder het nieuwe 'reclame'-begrip vallen.

De Stichting Reclame Code geeft als argumentatie voor de uitbreiding onder meer dat de oude definitie achterhaald is door technologische ontwikkelingen op het gebied van reclame. Nieuwe digitale communicatievormen maken immers gebruik van elektronisch verzamelde gegevens. Promoties worden steeds meer afgestemd op de persoonlijke situatie van de consument. Strikt genomen is dan geen sprake van een *openbare* aanprijzing. Onder de nieuwe definitie hoeft reclame niet meer per se openbaar te zijn. Werkelijke 1-op-1 verkoopgesprekken, uitsluitend op één enkele individuele ontvanger toegepast, blijven wel buiten het bereik van het reclamebegrip vallen.

Over deze nieuwe – niet perse openbare – marketingvormen kan nu toch bij de Reclame Code Commissie worden geklaagd zolang het gaat om een '*systematische*' aanprijzing '*al dan niet met behulp van derden*'. Denk aan de apotheker die aan iedere klant die een antibioticumkuur komt ophalen, een specifiek melkproduct aanbeveelt dat hij zelf verkoopt. Of de Hyves-gebruiker die een persoonlijke commercial ziet met zijn eigen foto en een persoonlijke boodschap. Het is dus niet noodzakelijk dat de adverteerder zelf reclame maakt. Wel moet er enige betrokkenheid van de adverteerder bij de reclame zijn.

De verruiming van de definitie zal naar ik vermoed binnenkort tot principiële procedures leiden. Wanneer is een aanprijzing *systematisch*? Is een handjevol positieve mededelingen op Hyves die qua formulering op elkaar lijken maar toch, afgezien van de persoonsgegevens, in tekst variëren een systematische aanprijzing?

Onder het oude recht was het persoonlijke gesprek van de accountmanager van de bank met zijn bestaande klant aan huis geen reclame. De geadresseerde brief over het zojuist besproken verzekeringsproduct die hij na afloop van het gesprek op tafel achterliet voor zijn klant evenmin.² Nu wel.

Voer voor discussie is ook de toevoeging *door een adverteerder of geheel of deels ten behoeve van een adverteerder, al dan niet met behulp van derden*. Ruimer kan bijna niet. De vraag wordt wel: hoe ruim legt de Reclame Code Commissie 'ten behoeve van een adverteerder' uit? Klager lijkt slechts te hoeven stellen dat een uiting geheel, of zelfs maar deels, ten behoeve van (= voor) de adverteerder een aanprijzend effect heeft. Dat kan ook het geval zijn bij uitingen waar de adverteerder geen enkele invloed op heeft, maar wel blij

1. Zie ook www.reclamecode.nl.

2. RCC 2010-00359 ABN AMRO Groenbankbrief, afwijzing.

van wordt. Ik denk aan positieve teksten op user generated websites van fans van een merk.

In de Toelichting op de nieuwe definitie wordt aangekondigd dat uitingen van derden aan de adverteerder zullen worden toegerekend. Die tendens was al langer gaande blijkens uitspraken van het College van Beroep. In de alcohol-branche wordt de adverteerder aansprakelijk en verantwoordelijk gehouden voor reclame-uitingen van witgoedhandelaren (gratis bier bij een biertender), ook als de inhoud daarvan buiten medeweten van de adverteerder tot stand is gekomen. En talloos zijn de uitspraken waarin affiliates³ aansprakelijk worden gehouden voor schending van de Reclame Code. *IER* signaleerde en publiceerde hierover in een themanummer van 2009.⁴ Met de nieuwe definitie zal de toerekening aan de adverteerder alleen maar toenemen. De toelichting bij de nieuwe definitie stelt als voorwaarde dat sprake dient te zijn van 'enige betrokkenheid van adverteerder'. Dat is in de definitie zelf niet terug te vinden. Het is te hopen dat de Reclame Code Commissie deze toelichtende voorwaarde serieus neemt.

Tot Oudejaarsnacht wist buzz-marketing zich nog veilig; de Reclame Code Commissie had immers bepaald dat de concrete uitingen van de buzzende consumenten geen reclame zijn en had zich onthouden van een oordeel over het mechanisme als zodanig.⁵ Met de nieuwe definitie in de hand ontstaat een nieuwe situatie: is buzz-marketing een 'niet openbare maar wel systematische aanprijzing ten behoeve van een adverteerder door middel van een derde?'. En wat als de buzzer mededelingen doet die, als het als reclame wordt betiteld, vallen onder de categorie 'verboden medische claims' of strijdig met de Claimsverordening of de Geneesmiddelenwet?

Bovendien: hoe verhoudt de nieuwe, zeer ruime, definitie zich met de vrijheid van meningsuiting? Een schurkende grens die – als we niet oppassen – dreigt té ruw te gaan schuren.

Zoals vaker bij de Stichting Reclame Code geldt een zeer krappe overgangstermijn. De overgangsregeling is uitgebreid geformuleerd. Maar de slotsom van de opsomming is even kort als opvallend: klachten die gaan over reclame-uitingen die alleen in 2010 zijn gepubliceerd vallen nog onder de oude definitie, mits de uitingen in 2011 niet meer zullen worden gepubliceerd! Alle andere klachten worden beoordeeld aan de hand van de nieuwe definitie van reclame. Conclusie: sinds 1 januari vallen alle lopende en nieuwe campagnes onder de nieuwe definitie. Dus ook lopende hogerberoepprocedures? Door de vergaande uitbreiding van de definitie kan het gebeuren dat in hoger beroep ineens een mededeling toch als reclame wordt beoordeeld. Stel dat het College van Beroep direct einduitspraak zou doen dan is daarmee de adverteerder van een instantie beroofd. In zelfregulering mogen de aangesloten partijen zelf vergaande beperkende afspraken maken. Het is dan aan de toetsende instantie om zorg te dragen voor een zo evenwichtig mogelijke rechtspleging. Terugverwijzing naar de Reclame Code Commissie zou mijns inziens in zo'n geval een goede koers zijn.

De nieuwe definitie gaat met zijn tijd mee, maar de toepassing daarvan moet ook niet doorslaan. De praktijk zal het leren.

3. Een onderneming of persoon die op eigen initiatief, met medeweten en instemming van de adverteerder, op internet reclame maakt voor die adverteerder.
4. Themanummer: Vluchten kan niet meer: aansprakelijkheid van derden: J.A. Schaap en E. Veldhoen, 'Aansprakelijkheid van de adverteerder voor affiliate uitingen', *IER* 2009/56, p. 238 en E.H. Hoogenraad 'Extensieve aansprakelijkheid moet terug binnen de perken', *IER* 2009/57, p. 244 en de in dit themanummer gepubliceerde uitspraken.
5. RCC 2008-0130 STAP/Grolsch (buzzmarketing), afwijzing.