



Vereniging voor Reclamerecht

Advies Code Social Media Marketing

Vereniging voor Reclamerecht (VvRr)
Studiecommissie Code Social Media Marketing¹

21 oktober 2013

Secretariaat:

Postbus 711
3000 AS Rotterdam

T: 010 – 440 6455
F: 010 – 440 6405
w.leppink@ploum.nl

¹ Ady van Nieuwenhuizen, Menno Heerma van Voss, Daniël Haije

Inhoudsopgave

| | | |
|----------|--|----------------|
| 1 | Inleiding | Blz. 2 |
| 2 | Conclusie | Blz. 2 |
| 3 | Probleemstelling en aanpak | Blz. 4 |
| 4 | Code Social Media Marketing van de DDMA | Blz. 7 |
| | Toelichting | Blz. 8 |
| | Artikelen | Blz. 9 |
| | Addendum | Blz. 9 |
| | De Code SMM samengevat: drie kernthema's | Blz. 10 |
| 5 | De Nederlandse Reclame Code ("NRC") | Blz. 10 |
| | Ad. 1 – Reclame | Blz. 11 |
| | Ad. 2 – Toerekenbaarheid | Blz. 11 |
| | Ad. 3 – Herkenbaarheid | Blz. 12 |
| 6 | Analyse | Blz. 13 |
| | Ad. 1 – Reclame | Blz. 13 |
| | Ad. 2 – Toerekenbaarheid | Blz. 14 |
| | Ad. 3 – Herkenbaarheid | Blz. 16 |
| | Ad. 4 – Transparantie | Blz. 16 |
| | Ad. 5 – Manipulatie | Blz. 17 |
| | Ad. 6 – Kinderstimulatieverbod | Blz. 18 |

1. Inleiding

Doel van de Vereniging voor Reclamerecht (“**VvRr**”) is het bevorderen van de kwaliteit van wetgeving, rechtspleging en de beroepsuitoefening door juristen op het gebied van reclame en marketing. Wet- en regelgeving worden kritisch getoetst op proportionaliteit, doelmatigheid en zorgvuldigheid. Onderzoek of de (voorgestelde) regelgeving al is voorzien in (Europese) regelgeving is daar een onderdeel van. De VvRr is onafhankelijk en behartigt niet de belangen van brancheorganisaties.

De BVA heeft de VvRr gevraagd om een advies uit te brengen over de Code Social Media Marketing (“**Code SMM**” of “**Code**”). De VvRr heeft een Studiecommissie Code Social Media Marketing in het leven geroepen om te adviseren over de Code SMM (“**Studiecommissie**”). De Studiecommissie heeft de Code beoordeeld met inachtneming van de doelstellingen en uitgangspunten van de VvRr. Dit advies vormt de weerslag van de bevindingen van de Studiecommissie.

2. Conclusie

Wij menen dat de Code SMM een proactief initiatief is van de DDMA, dat getuigt van een grote betrokkenheid en verantwoordelijkheid van de branche, gezien de onderwerpen (de problematiek) die de DDMA met de Code SMM wenst te ondervangen en te normeren. Wij begrijpen dat de DDMA voor haar leden en de branche meer duidelijkheid en richtlijnen wenst te bewerkstelligen voor de wijze waarop Social Media Marketing kan en mag worden ingezet. Immers: het gaat om een relatief nieuw marketingfenomeen dat nog steeds in ontwikkeling is en nog veel vragen oproept.

Naar onze mening wordt de geconstateerde problematiek echter al voldoende genormeerd en ondervangen door de huidige NRC, waardoor er eigenlijk geen echte noodzaak is om de Code SMM in haar huidige vorm, noch in aangepaste vorm, onderdeel te maken van de Nederlandse Reclame Code (NRC), al dan niet als een aparte bijzondere code.

De additionele onderwerpen die de Code SMM adresseert (transparantie, manipulatie en verbod op stimulatie van kinderen) zijn volgens ons geen onderwerpen die behoeven te worden genormeerd in de NRC of in een bijzondere code.

Wel adviseren wij om nadere invulling te geven aan de open normen uit de NRC door middel van het noemen van op sociale media toegesneden voorbeelden in de

toelichting op de NRC. Zo zouden in de toelichting op artikel 1 NRC enkele concrete voorbeelden kunnen worden genoemd waarin een reclame-uiting als gevolg van stimuleren door een adverteerder geacht wordt toerekenbaar te zijn aan die adverteerder. Ook adviseren wij om in de toelichting op artikel 11 NRC enkele voorbeelden op te nemen, die duidelijk maken op welke wijze (zoals aanduidingen als: “advertorial”, #ad of #spon) een reclame-uiting op sociale media als reclame kan worden aangeduid, zonder daarmee te bepalen dat andere aanduidingen niet geoorloofd zijn.

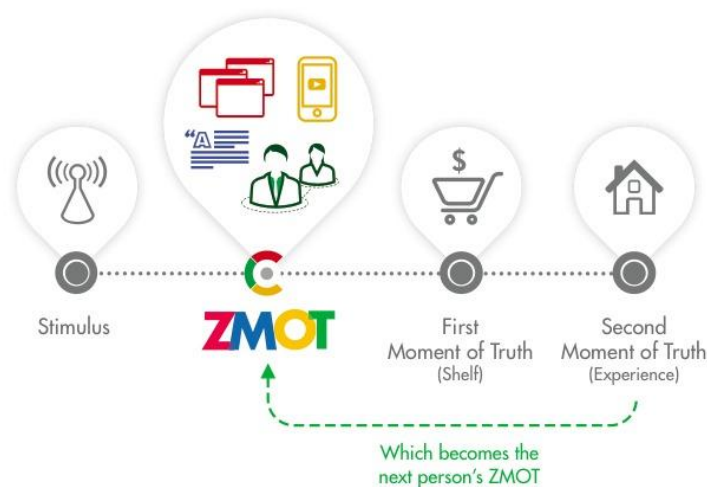
Indien de Code SMM wordt opgenomen in de NRC als bijzondere code, dan adviseren wij om zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij (de begrippen uit) de NRC, met name voor wat betreft de definities van reclame en adverteerder. Daarnaast adviseren wij in dat geval om met betrekking tot de onderwerpen toerekenbaarheid en herkenbaarheid zoveel mogelijk aan te sluiten bij de (toelichting op de) NRC.

3. Probleemstelling en aanpak

De snelle opkomst van sociale media heeft grote verandering gebracht in de manier waarop bedrijven communiceren met de consument. In commerciële communicatie verschuift het accent van zenden naar interactie. Iedere internetgebruiker kan sociale media (en andere online-platformen) benutten om zich – al dan niet positief – uit te laten over bedrijven, goederen en diensten. Mond-tot-mondreclame heeft een online dimensie gekregen.

Traditioneel besliste de consument in de winkel welk product hij kocht, maar die aankoopbeslissing is als gevolg van de digitale ontwikkelingen opgeschoven naar voren. De consument oriënteert zich online en gaat bij zijn aankoopbeslissing in toenemende mate af op productreviews en gebruikerservaringen die hij op het internet aantreft. Dit wordt ook wel het *zero moment of truth* genoemd.¹

¹ <http://www.frankwatching.com/archive/2011/08/19/het-zero-moment-of-truth-social-media-zorgen-voor-een-nieuw-marketingmodel/> en <http://www.youtube.com/watch?v=g4orrWBx2ok>.



Marketeers spelen in op deze ontwikkeling. Internetgebruikers worden op allerlei manieren gestimuleerd om zich online (al dan niet positief) uit te laten over producten en diensten. Adverteerders zetten “verspreiders” in (al dan niet via gespecialiseerde bedrijven, zoals Spread the Brand²) om hun producten en diensten via de eigen kanalen van de verspreider aan te prijzen – bijvoorbeeld via een weblog of Twitteraccount. Vaststaat dat berichten omtrent een bedrijf, product of dienst worden verstuurd door derden die bijvoorbeeld:

- in opdracht handelen van de belanghebbende partij;
- werknemer zijn van de belanghebbende partij;
- worden gesponsord door de belanghebbende partij;
- in meer of mindere mate worden gestimuleerd door een belanghebbende partij (bijvoorbeeld gratis verkrijging van het product om te reviewen of kans op een gratis product of korting).

Hoe groter de groep volgers/lezers/vrienden van de verspreider, hoe groter het bereik van zijn/haar berichten, hetgeen interessant is voor de adverteerder (belanghebbende).



Voorbeeld social media marketing: betaalde tweets

² www.spreadthebrand.com/.

Daarnaast kunnen social media accounts/internetplatforms onder redactionele controle staan van de adverteerder of van een derde partij die in opdracht van de adverteerder het account of platform beheert. Bij die accounts en platforms is het mogelijk dat de adverteerder een of meer berichten bewerkt en/of verwijdert, waardoor het (totaal)beeld van die berichten (in positieve zin) kan veranderen.

Op deze manieren wordt *social media marketing* ingezet om de aankoopbeslissing van de consument te beïnvloeden.

Omdat ingeval van *social media marketing* de reclameboodschap niet altijd direct afkomstig is van de adverteerder, kan onduidelijkheid ontstaan over de aard van de boodschap. De grens tussen objectieve informatie of persoonlijke mening enerzijds en reclame anderzijds vervaagt. Het is voor de consument moeilijker om een uiting als reclame te herkennen. De consument zal daardoor minder goed in staat zijn om reclame-uitingen op hun juiste waarde te schatten.

Goede normering van *social media marketing*, waarbij het hiervoor geschetste “herkenbaarheidsprobleem” wordt ondervangen, vergt naar onze mening het adequaat adresseren van drie deelonderwerpen:

1. Reclame (wanneer is een uiting als reclame aan te merken?);
2. Toerekenbaarheid (onder welke omstandigheden kan een reclame-uiting aan de adverteerder worden toegerekend?);
3. Herkenbaarheid (hoe dient de commerciële aard van een reclame-uiting kenbaar te worden gemaakt?).

Deze drie deelonderwerpen worden in de NRC en de Code SMM ook aan de orde gesteld. De Code SMM behandelt daarnaast nog drie andere onderwerpen:

4. Transparantie (informatie over de relatie tussen verspreider bericht en adverteerder, voor zover sprake is van een “relevante relatie”);
5. Manipulatie (kenbaar maken van het wijzigen c.q. verwijderen van berichten, waardoor een ander (positiever) beeld kan ontstaan);
6. Kinderstimulatieverbod (een verbod op het stimuleren van kinderen van jonger dan 12 jaar tot het plaatsen (verspreiden) van berichten).

De Studiecommissie heeft conform de doelstelling van de VvRr onderzocht of de voorgestelde Code SMM de mogelijke problemen op het gebied van *social media marketing* op een proportionele, doelmatige en zorgvuldige wijze normeert. Daarnaast heeft de Studiecommissie onderzocht of al in de door de Code SMM geboden normering is voorzien middels de bestaande regelgeving.

Hierna volgt een beschrijving van de Code SMM (H4) en de NRC (H5), waarbij aandacht wordt gegeven aan de manier waarop de Code SMM en de NRC de geschetste problematiek rondom *social media marketing* normeren. Daarna volgt in H6 een analyse van de proportionaliteit, doelmatigheid en zorgvuldigheid van de Code SMM, waarbij ook de mate waarin reeds in normering is voorzien door de NRC wordt onderzocht.

4. Code Social Media Marketing van de DDMA

De Dutch Dialogue Marketing Association (DDMA) is in 2012 gekomen met de Code Social Media Marketing. De code beoogt transparantie in *social marketing* te bevorderen, door te zorgen dat reclame via social marketing als zodanig herkenbaar is. De code vindt zijn oorsprong in de ethische Code van de Amerikaanse Word Of Mouth Marketing Association (WOMMA) en is tot stand gekomen na een consultatie van de branche via een publiek debat en online discussieforum, en na input van de Consumentenbond en de DDMA Commissie Regelgeving. De DDMA geeft aan dat het doel van de code is om zichtbaar te maken wanneer een mening of boodschap die consumenten/klanten over producten verspreiden, via social media of word-of-mouth, is “ontstaan in het kader van marketingprogramma’s”.³ De code is begin 2012 aangenomen door de Algemene ledenvergadering van de DDMA. De 270 leden van de DDMA hebben zich daarmee gecommitteerd aan de code (te vinden op <http://ddma.nl/juridisch-loket/ddma-codes/> (**Bijlage I**)).

Een aangepaste versie van de code (Code SMM) (**Bijlage II**) is nadien door de DDMA ingediend bij de Stichting Reclame Code (“SRC”) met de bedoeling dat de code onderdeel wordt van de Nederlandse Reclame Code (“NRC”) als een van de bijzondere reclamecodes.

De SRC onderzoekt momenteel of de Code SMM onderdeel kan worden van de NRC, en zo ja, in welke vorm. Verschillende belanghebbende organisaties zijn inmiddels gehoord in een consultatieronde over de Code SMM. De Bond van Adverteerders (BVA), de Nederlandse Uitgeversbond (NUV) en SPOT hebben inmiddels hun opmerkingen geleverd.

De Code SMM kent drie onderdelen: een toelichting, de artikelen en een addendum.

³ <http://ddma.nl/social-marketing/ddma-lanceert-code-social-media-marketing>.

Toelichting

In de toelichting wordt beschreven wat het doel is van de Code SMM:

De Code Social Media Marketing maakt een begin met het reguleren van reclame- en marketingactiviteiten via social media. De Code beoogt transparantie in social marketing te bevorderen, door de relatie tussen de adverteerder en degene die de reclame-uiting verspreidt openbaar te maken.

De toelichting geeft daarnaast een globale beschrijving van wat onder “social marketing” zou moeten worden verstaan:

Kenmerkend voor social marketing is dat de verspreiding van de reclameboodschap niet gebeurt door één of meerdere partijen in opdracht van een adverteerder, maar door verspreiders (consumenten en rechtspersonen) die hiertoe veelal geen directe opdracht van de adverteerder hebben gekregen, maar hiertoe wel door de adverteerder zijn gestimuleerd.

Ook de doelstelling van de Code SMM komt aan bod: een “relatie” tussen een adverteerder en een verspreider van een reclameboodschap (zoals een contract, sponsoring of het aanbieden van gratis producten) moet in de reclame-uiting zichtbaar worden gemaakt als die relatie “van invloed kan zijn op de waardering van de reclame-uiting door de consument”. De adverteerder wordt verantwoordelijk gehouden voor uitingen van verspreiders waarmee hij een “relevante relatie” heeft. Als voorbeelden van een relevante relatie worden genoemd: een arbeidsovereenkomst, een opdracht en giften die “*uitgaan boven de gebruikelijke recensie-exemplaren*”.

De adverteerder is volgens de toelichting ook verantwoordelijk voor uitingen “*die hij kan verwijderen*”. Het is niet meteen duidelijk of de desbetreffende uitingen in dat geval moeten zijn gedaan door verspreiders waarmee de adverteerder een relevante relatie heeft of niet. Ook moet de adverteerder ervoor zorgen dat een beeld over een product of dienst dat uit blogposts opdoemt niet misleidend is. Iedere vorm van selectie of wijziging van posts dient openbaar te worden gemaakt. Een “*spontaan ontstaan onjuist beeld*” moet door de adverteerder voor zover mogelijk worden gecorrigeerd.

De toelichting vermeldt ten slotte dat de bepalingen van de Code SMM in aanvulling gelden op de wet en de NRC, en dat de Code SMM voorgaat boven “*eigen reglementen van offline en online communicatiemedi*a”.

Artikelen

Hieronder wordt de inhoud van de Code SMM artikelsgewijs geparafraseerd weergegeven.

| Artikel | Inhoud |
|---------|--|
| 1. | Artikel 1 beperkt de reikwijdte van de Code SMM tot Reclame via sociale media waarbij de Adverteerder gebruik maakt van Verspreiders. |
| 2. | Definities van enkele kernbegrippen uit de Code SMM: Reclame via sociale media, Adverteerder, Verspreider, Relevante Relatie, Geadresseerde en Social Media Marketing. |
| 3. | Centrale norm van de Code SMM: Reclame via sociale media dient duidelijk als zodanig herkenbaar te zijn. Aan die norm kan worden voldaan door de identiteit en aard van de Relevante Relatie duidelijk openbaar te maken (transparantie). Als de suggesties in het addendum bij de Code SMM worden gevolgd, is in ieder geval voldaan aan de herkenbaarheids (transparantie)eis. |
| 4. | Regels ten aanzien van het bewerken van uitingen op sociale media. Manipulatie van dergelijke uitingen ter aanprijzing van producten en diensten dient kenbaar te worden gemaakt. |
| 5. | Artikel 5 verbiedt adverteerders om kinderen jonger dan twaalf jaar oud te stimuleren tot het maken van reclame op sociale media. |
| 6. | Artikel 6 gaat in op de zorgplicht en verantwoordelijkheid van de adverteerder . Het eerste lid legt de adverteerder een aantal verplichtingen op die er op neerkomen dat de adverteerder de verspreider moet verplichten om zich te houden aan “ <i>alle relevante wet- en regelgeving</i> ” waaronder de bepalingen van de Code SMM. De zorgplicht van de adverteerder beperkt zich tot deze verplichtingen – als de adverteerder zich daaraan houdt dan heeft hij de maximale inspanning verricht die van hem verwacht mag worden. |
| 7. | Hiërarchie tussen de NRC en de Code SMM : het bepaalde in de NRC gaat voor. |
| 8. | Klachten over het niet naleven van de code kunnen worden ingediend bij de RCC volgens de statuten en het reglement van de SRC. |
| 9. | Artikel 9 bepaalt dat de code periodiek zal worden geëvalueerd, en bevat de datum van inwerkingtreding . |

Addendum

Het addendum meldt nog eens dat een Relevante Relatie dient te worden openbaar gemaakt, en meldt daarnaast dat een adverteerder die uitingen manipuleert dit “op duidelijke en toegankelijke wijze” kenbaar moet maken. Het addendum geeft voor verschillende online media voorbeelden van hoe een Relevante Relatie openbaar moet worden gemaakt (*“Persoonlijke weblogs”, “Review / thema weblogs”, Reacties in online fora, “Microblogs”, Status updates in sociale netwerken, “Video & foto communities” en Podcasts*).

De Code SMM samengevat: drie kernthema's

De Code SMM wil regelen dat reclame in sociale media die onder de verantwoordelijkheid van de adverteerder valt duidelijk als zodanig herkenbaar moet zijn. Daartoe wordt gedefinieerd wat moet worden verstaan onder “reclame in sociale media”; worden de verantwoordelijkheden van de adverteerder beschreven en worden bepalingen gegeven voor de invulling van de herkenbaarheids- en transparantie-eis.

De Code SMM kent dus drie kernthema's: (1) wat is reclame?, (2) wat valt onder de verantwoordelijkheid van de adverteerder? en (3) hoe moet invulling worden gegeven aan het herkenbaarheids- en transparantievereiste. Deze drie kernthema's sluiten aan bij de drie door de Studiecommissie onderscheiden te adresseren deelonderwerpen (Reclame, Toerekenbaarheid, Herkenbaarheid), met uitzondering van het door de Code SMM gestelde transparantievereiste. De Code SMM regelt drie additionele specifieke onderwerpen: transparantie, manipulatie en het kinderstimulatieverbod. Het feit dat de Code SMM deze drie extra onderwerpen aan de orde stelt, getuigt naar onze mening van een groot verantwoordelijkheidsgevoel bij de (leden van de) DDMA.

5. De Nederlandse Reclame Code (“NRC”)

Het doel van de SRC is te bevorderen dat het maken van reclame in Nederland op een verantwoorde wijze gebeurt. Dit doel probeert zij onder meer te verwezenlijken door het opstellen van regels die bij het maken van reclame in acht dienen te worden genomen (de Nederlandse Reclame Code en de daarbij behorende Bijzondere Codes), en het doen controleren van de naleving van die regels door de Reclame Code Commissie.

In het kader van dit advies onderzoekt de Studiecommissie onder meer hoe de NRC de geschetste problematiek bij social media marketing normeert. Daarbij zijn drie deelonderwerpen onderscheiden:

1. Reclame (wanneer is een uiting als reclame aan te merken?);
2. Toerekenbaarheid (onder welke omstandigheden kan een reclame-uiting aan de adverteerder worden toegerekend?);
3. Herkenbaarheid (hoe dient de commerciële aard van een reclame-uiting kenbaar te worden gemaakt?).

Hierna zal de relevante regelgeving uit de NRC per deelonderwerp worden aangegeven.

Ad 1. Reclame

Op grond van artikel 1 NRC wordt onder reclame het navolgende verstaan:

“iedere openbare en/of systematische directe dan wel indirecte aanprijzing van goederen, diensten en/of denkbeelden door een adverteerder of geheel of deels ten behoeve van deze, al dan niet met behulp van derden. Onder reclame wordt mede verstaan het vragen van diensten.”

Er is dus sprake van reclame in de zin van de NRC indien sprake is van:

- een aanprijzing van goederen of diensten;
- door een adverteerder (of geheel of deels ten behoeve van deze);
- al dan niet met behulp van derden.

Onder “aanprijzen” wordt in de zin van de NRC verstaan: een product of een dienst aantrekkelijk, begeerlijk of aannemelijk maken. Daarbuiten vallen uitingen die negatief zijn over een bedrijf, goederen of diensten. Ook aankondigingen die geen enkel aanprijzend element bevatten zijn geen reclame in de zin van artikel 1 NRC. Bij de beoordeling van de vraag of een uiting als reclame kan worden aangemerkt speelt de totale uiting een rol. Het gaat hierbij niet alleen om de tekst maar ook om de grootte, de opmaak en het kleurgebruik. Het maakt hierbij niet uit of de uiting al dan niet tegen betaling plaatsvindt c.q. heeft plaatsgevonden.

Ad 2. Toerekenbaarheid

Artikel 1 NRC is met ingang van 1 januari 2011 uitgebreid, waardoor onder meer ook reclame “met behulp van derden” onder de definitie van reclame valt.

De toelichting bij artikel 1 NRC zegt hierover het navolgende:

*“Indien er wel van een door een adverteerder gestimuleerde mededeling sprake is, kan er dus sprake van reclame zijn. **

**= of dergelijke mededelingen aan de adverteerder kunnen worden toegerekend, wordt vastgesteld door de Reclame Code Commissie en/of het College van Beroep, zal onderwerp kunnen zijn van een bijzondere reclamecode en zal o.a. afhangen van de vraag of de adverteerder feitelijk invloed kan uitoefenen op de mededeling(en) en zo nee, of de adverteerder zich (van tevoren) voldoende heeft ingespannen of inspannt om er voor te zorgen dat de mededeling aan de NRC voldoet of gaat voldoen.”*

Op de website van de SRC wordt bovenstaande toelichting nader uitgelegd:

“het is niet noodzakelijk dat een adverteerder zelf reclame maakt om te kunnen spreken van reclame in de zin van artikel 1 NRC waarvoor adverteerder verantwoordelijk kan worden gesteld. De reclame kan ook door een derde ten behoeve van die adverteerder worden gemaakt. Te denken valt onder andere aan een affiliate, dat wil zeggen een onderneming of persoon, die indien een adverteerder die mogelijkheid toelaat, op eigen initiatief reclame maakt ten behoeve van die adverteerder. Ook valt te denken aan buzz marketing (mond-tot-mondreclame op initiatief van een adverteerder). Wel dient bij dit alles sprake te zijn van enige betrokkenheid van de adverteerder.

Mededelingen waarbij op geen enkele wijze sprake is van uitlokking of beïnvloeding door een adverteerder, zijn geen reclame in de zin van artikel 1 NRC. Als er sprake is van enige betrokkenheid van de adverteerder bij mededelingen die door derden worden gedaan, dient de Reclame Code Commissie vast te stellen in hoeverre de mededelingen aan de adverteerder kunnen worden toegerekend.”

Het gaat dus om een mededeling door een derde waarbij de adverteerder op de een of andere manier betrokken is. Toerekening is mogelijk indien:

- de adverteerder feitelijk invloed kan uitoefenen op mededeling(en), of
- de adverteerder zich (van tevoren) onvoldoende heeft ingespannen of inspant om er voor te zorgen dat de mededeling aan de NRC voldoet of gaat voldoen.

Uit de beslissingen van de RCC en CvB is op te maken dat het antwoord op de vraag of een reclame-uiting toerekenbaar is aan een adverteerder in hoge mate afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.

Ad 3. Herkenbaarheid

Op grond van artikel 11.1 NRC dient reclame als zodanig herkenbaar te zijn:

“Reclame dient duidelijk als zodanig herkenbaar te zijn, door opmaak, presentatie, inhoud of anderszins, mede gelet op het publiek waarvoor zij is bestemd.”

De RCC en het CvB hanteren een strenge lijn bij de handhaving van artikel 11.1 NRC. Het uitgangspunt is dat reclame “zonder moeite” als zodanig herkenbaar moet zijn. Indien in geval van direct marketing eerst een envelop moet worden geopend om erachter te komen dat het om reclame gaat, is het voorschrift van artikel 11.1 NRC overtreden.⁴ Ook op internet dient een reclame-uiting zonder moeite als zodanig

⁴ Vgl. RCC 17 mei 2011, doss. 2011/00321 en CvB 24 mei 2011, doss. 2011/00080.

herkenbaar te zijn. In geen geval mag de consument op een verkeerd been worden gezet, bijvoorbeeld door hem de indruk te geven dat het om een officieel nieuwsbericht gaat. Zo is bijvoorbeeld in strijd met artikel 11.1 NRC geoordeeld een banner met de mededeling dat zich in een genoemde plaats een belangrijk nieuwsfeit heeft voorgedaan.⁵

6. Analyse

Dit hoofdstuk 6 bevat een analyse van de proportionaliteit, doelmatigheid en zorgvuldigheid van de in de Code SMM voorgestelde regels, waarbij ook de mate waarin reeds in normering is voorzien door de NRC wordt onderzocht. Deze analyse zal worden uitgevoerd aan de hand van de volgende deelonderwerpen:

1. Reclame
2. Toerekenbaarheid
3. Herkenbaarheid
4. Transparantie
5. Manipulatie
6. Kinderstimulatieverbod

Deze analyse van deelonderwerpen mondt uit in de in H2 opgenomen conclusie.

Ad 1. Reclame

Volgens de Code SMM en de toelichting op de Code SMM dienen ook “negatieve referenties” over producten en diensten onder de reikwijdte van de Code SMM te vallen. Zoals hiervoor aangegeven is kenmerkend voor reclame in de zin van de NRC dat sprake is van een aanprijzing voor producten/diensten. Hieronder vallen niet uitingen die neutraal of negatief zijn over een bedrijf, goederen of diensten.

Wij menen dat het begrip “reclame” niet moet worden uitgebreid met negatieve referenties (“anti-reclame”). Het hoofddoel van het reclamerecht is immers om de consument en andere partijen (concurrenten) te beschermen tegen met name ongeoorloofde (misleidende) uitingen, waardoor de consument een transactiebeslissing zou nemen ten faveure van de adverteerder die hij anders niet zou hebben genomen. Het is niet goed voorstelbaar dat een negatieve uiting over adverteerder (zijn product of dienst) tot een zodanige beslissing zou leiden.

Voor zover in een advertentie van een adverteerder (of een advertentie die aan adverteerder kan worden toegerekend) een negatieve uiting staat ten koste van een

⁵ RCC 17 mei 2011, doss. 2011/00311.

andere partij (concurrent), valt zodanige uiting onder het huidige begrip reclame in de NRC. De uiting, waarin de negatieve uiting voorkomt, zal als reclame worden aangemerkt, nu het achterliggende doel van de uiting is om de adverteerder, zijn product of dienst aan te prijzen (ten koste van de concurrent).

Artikel 1 NRC dekt deze lading van reclame volledig. Ons advies is dan ook om volledig aan te sluiten bij het begrip “reclame” zoals opgenomen in artikel 1 NRC. Wij zien geen reden, noch noodzaak om de definitie van reclame uit te breiden in de context van *social media marketing*.

Ad 2. Toerekenbaarheid

Onder het systeem van de NRC kunnen mededelingen die door derden ten behoeve van de adverteerder worden gemaakt gelden als reclame, mits die mededelingen toerekenbaar zijn aan de adverteerder. Toerekening is mogelijk als de adverteerder invloed heeft op de inhoud van de mededelingen, of zich onvoldoende heeft ingespannen om ervoor te zorgen dat de mededelingen aan de NRC voldoen. De toerekenbaarheid aan de adverteerder wordt van geval tot geval door RCC en CvB beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval. Mededelingen door “verspreiders” vallen onder de definitie van reclame in artikel 1 NRC, en kunnen worden toegerekend aan de adverteerder als de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven.

De Code SMM tracht toerekening aan de adverteerder te fixeren, door de adverteerder te verplichten om een “relevante relatie” tussen hem en de verspreider (verregaand) te openbaren. Een relevante relatie is volgens de Code “een relatie tussen adverteerder en verspreider die de geloofwaardigheid van reclame via social media kan beïnvloeden”. Een relevante relatie zorgt in het systeem van de Code SMM per definitie voor toerekenbaarheid aan de adverteerder – onafhankelijk van de inhoud van de door de verspreider openbaar gemaakte mededeling.

Het lijkt ons onwenselijk om een adverteerder onder alle omstandigheden op voorhand verantwoordelijk te houden voor uitingen van een verspreider, waarbij wordt geabstraheerd van de inhoud van de uiting van de verspreider. Bijvoorbeeld als een verspreider in eerste instantie wel door de adverteerder op enige wijze is gestimuleerd om “reclame” te maken, maar waarna de adverteerder feitelijk geen dan wel moeilijk (contractueel) invloed kan uitoefenen op de inhoud. Een voorbeeld:

Pieter koopt tennisballen en kan door deze aankoop kans maken op tennisschoenen van Rucanor door het plaatsen van een tweet of blog over Rucanor. In principe is er dan sprake van een bericht, wellicht aanprijzend, van Pieter, gestimuleerd door Rucanor. Echter, Rucanor zal op voorhand verder geen feitelijke invloed uitoefenen op de inhoud van de tweet of blog, noch lijkt

het wenselijk en doenlijk dat Rucanor dat wel doet. Het lijkt ook niet wenselijk – want disproportioneel – dat Rucanor aan Pieter op voorhand uitlegt op welke manier Pieter zijn tweet/blog moet opstellen om ervoor te zorgen dat de tweet van Pieter voldoet aan de NRC. Het is immers nog maar de vraag of Pieters tweet of blog als reclame zal kunnen worden aangemerkt. Het is wellicht geen aanprijzend bericht of het is voor de lezer slechts een tweet of blog van Pieter die ondanks de aanprijzing niet als zijn eigen mening van Pieter wordt gezien, omdat men weet uit Pieters voorgaande tweets/blogs dat Pieter heeft meegedongen, waardoor de lezer Pieters uiting wel op waarde kan schatten.

Ook is het nog maar de vraag of ieder bericht van een aan de adverteerder gelieerde persoon (zoals een werknemer of gesponsorde partij) of een professioneel reviewer (ook al krijgt die meer dan het gebruikelijke aantal te reviewen producten gratis) meteen als reclame moet worden bestempeld. Een relevante relatie laat immers onverlet dat uitingen van een verspreider diens persoonlijke mening kunnen vormen.

De Code voorziet in een snelle toerekenbaarheid aan de adverteerder. In dat licht lijkt de aan de toerekenbaarheid gekoppelde zware zorgplicht van de adverteerder (de verspreider te verplichten zich te houden aan de Code en de reclameregels) een te vergaande verplichting. Daarnaast kan het op voorhand opleggen van regels door een adverteerder aan een verspreider ten aanzien van *alle* uitingen van de verspreider via social media een ongewenste beperking van de uitingsvrijheid met zich brengen.

Het systeem van toerekenbaarheid van de NRC is flexibel. RCC en CvB kunnen van geval tot geval bepalen of een uiting van een derde al dan niet kan worden toegerekend aan de adverteerder. Daarbij kan de inhoud van de mededeling een rol spelen. Deze flexibiliteit lijkt ingeval van *social media marketing* wenselijk. *Social media marketing* is een betrekkelijk jong fenomeen, waarvan de mogelijkheden zich nog moeten uitkristalliseren. Daarbij past flexibele regelgeving. Fixatie van de maatstaf voor vaststelling van toerekenbaarheid lijkt ons op dit moment prematuur en onnodig.

Wel lijkt het wenselijk om in de toelichting op de NRC enkele voorbeelden van stimuleren door de adverteerder te noemen, waarvan wordt gemeend dat daardoor de uiting (het bericht) toerekenbaar wordt aan de adverteerder (gedacht kan worden aan situaties waarin de verspreider de uiting doet / het bericht plaatst in uitvoering van een specifieke opdracht van de adverteerder). Langs de band van de toelichting op de NRC kan op een verantwoorde, flexibele manier nadere invulling worden gegeven aan de huidige open norm.

Ad. 3 Herkenbaarheid

Artikel 3(a) Code SMM bepaalt dat reclame via social media als zodanig herkenbaar moet zijn. Artikel 3(b) bepaalt dat aan de herkenbaarheidseis wordt voldaan indien de suggesties uit het addendum waarmee wordt aangegeven hoe reclame via social media herkenbaar moet zijn, worden gevolgd (bijvoorbeeld door vermelding van de aanduidingen #ad, #spon of #paid in het desbetreffende bericht).

Het dwingend voorschrijven van een bepaalde wijze van kenbaar maken van het reclamekarakter van mededelingen lijkt ons onwenselijk. De snelheid van de ontwikkelingen in sociale media vragen om een flexibele normstelling. De centrale norm is dat reclame als zodanig herkenbaar moet zijn. Die norm staat al in artikel 11 NRC. Een afzonderlijke bepaling in de Code is daarom naar onze mening overbodig. Hoe de vereiste herkenbaarheid precies gestalte krijgt is vers twee. De herkenbaarheid kan uit vele omstandigheden volgen, zoals de inhoud van de uiting, de accountnaam van de verspreider, het platform waarop het bericht is geplaatst of een nadere aanduiding in het bericht (zoals #ad of #spon).

Het lijkt ons raadzaam om - zoals in de toelichting van de Code SMM - in de toelichting op artikel 11.1 NRC een niet-uitputtende lijst met voorbeelden op te nemen van hoe reclame-uitingen op verschillende social media platforms als zodanig herkenbaar kunnen worden gemaakt. Bijvoorbeeld door het gebruik van de aanduiding #ad of #spon in tweets of de aanduiding “reclame” of “advertorial” in blogs. Het dwingend voorschrijven van bepaalde oplossingen lijkt onwenselijk, nu daarmee de ontwikkeling van eventuele betere oplossingen in de kiem zouden kunnen worden gesmoord.

Gezien de adequate normstelling in de NRC is een afzonderlijke regeling in de Code ten aanzien van de herkenbaarheid volgens ons overbodig.

Ad. 4. Transparantie

De Code SMM stelt niet alleen verplicht dat reclame als zodanig herkenbaar moet zijn. De adverteerder wordt ook verplicht om de aard en inhoud van zijn “relevante relatie” met de verspreider te openbaren. De Code SMM gaat in dat kader verder dan de NRC.

Transparantie over de relatie tussen adverteerder en verspreider is volgens ons geen separaat belang dat zou moeten worden gediend vanuit het oogpunt van consumentenbescherming. Meer duidelijkheid over de relatie tussen verspreider en adverteerder zou mogelijk (iets) kunnen bijdragen aan de mogelijkheid van de lezer om het reclame-uitingen op waarde te schatten. Het is echter volstrekt onduidelijk of informatie over de aard en inhoud van de “relevante relatie” iets toevoegt boven de

wetenschap dat het gaat om reclame. Een verregaande transparantieplicht (m.b.t. een reclame-uiting die reeds als zodanig herkenbaar is) komt ons bij deze stand van zaken voor als weinig proportioneel. Voor reclame-uitingen in andere media waarin een persoon optreedt die het product aanprijst wordt ook niet de eis gesteld dat kenbaar wordt gemaakt wat de relatie tussen deze persoon en de adverteerder is. De enkele wetenschap dat het gaat om een reclame-uiting stelt de consument voldoende in staat om de uiting op waarde te schatten.

Een bepaling in de NRC of de Code die het kenbaar maken van de aard en inhoud van de relatie tussen adverteerder en verspreider verplicht stelt, achten wij disproportioneel en daarom onwenselijk.

Ad 5. Verbod op (onzichtbare) manipulatie

De Code SMM schrijft voor dat de adverteerder in voorkomende gevallen kenbaar moet maken indien hij uitingen op sociale media zodanig wijzigt of selecteert dat een (totaal)beeld over een product of dienst ontstaat dat het oordeel van de geadresseerde kan beïnvloeden.

Indien een adverteerder (het totaalbeeld van) berichten op sociale media manipuleert, moet de gemanipuleerde berichtgeving volgens ons gelden als reclame die door de adverteerder zelf openbaar wordt gemaakt. Dergelijke gemanipuleerde berichtgeving valt dus onder de reikwijdte van de NRC. De gemanipuleerde berichtgeving is toerekenbaar aan de adverteerder, nu de adverteerder de inhoud van de mededeling kan beïnvloeden. De NRC geeft in de artikelen 5 en 7 voorschriften die de hiervoor beschreven manipulatiepraktijken normeren.⁶

Het bepaalde in de artikelen 5 en 7 NRC impliceert dat in voorkomende gevallen op de een of andere wijze aan de lezer duidelijk moet worden gemaakt dat (en op welke manier) de adverteerder berichten heeft gewijzigd of verwijderd. Zodoende kan de lezer het gewijzigde bericht of het totaalbeeld op waarde schatten. De adverteerder kan in een dergelijk geval niet volstaan met de enkele vermelding dat de uiting reclame is. In het bijzonder kan dat niet indien de gewijzigde berichten nog steeds de indruk kunnen wekken dat deze van de originele afzenders afkomstig zijn. Indien zich dat laatste voordoet, menen wij echter dat de gewijzigde uiting - die vanwege de wijziging c.q. verwijdering aan de adverteerder is toe te rekenen en als reclame kan worden aangemerkt - in strijd is met het bepaalde in de artikelen 5 en 7 NRC, in het bijzonder in strijd met (i) het vereiste dat de vorm en inhoud van de reclame zodanig behoort te zijn dat het vertrouwen in reclame niet wordt geschaad en (ii) het vereiste van professionele toewijding van de adverteerder.

⁶ Art. 5: "Reclame behoort naar vorm en inhoud zodanig te zijn dat het vertrouwen in reclame niet wordt geschaad." Art. 7: "Reclame mag niet oneerlijk zijn. Reclame is oneerlijk wanneer zij in strijd is met de vereisten van professionele toewijding en het economische gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij gericht is met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan verstoren. (..)"

Dit kan uitzondering lijden indien de wijzigingen zo minimaal zijn dat de inhoud en strekking van het bericht niet zijn gewijzigd, bijvoorbeeld ingeval slechts spelfouten zijn gecorrigeerd of oude niet meer relevante berichten zijn verwijderd. Het is immers onwaarschijnlijk dat het corrigeren van spelfouten of het archiveren van oude berichten het economisch gedrag van de consument kan beïnvloeden.

Wij menen dat gezien het bepaalde in de artikelen 5 en 7 NRC geen aparte bepaling in de NRC of in een bijzondere code hoeft te worden opgenomen met betrekking tot het manipuleren van social media berichten van derden door de adverteerder. Het lijkt ons wel raadzaam om in de toelichting op artikel 1 NRC aandacht te besteden aan deze problematiek met gebruikmaking van een of meer voorbeelden.

Ad. 6. Kinderstimulatieverbod

De Code SMM verbiedt de adverteerder ten slotte om kinderen (van jonger dan 12 jaar oud) te stimuleren tot het maken van reclame voor zijn producten of diensten via social media. Deze verbodsbepaling beschermt kinderen tegen – al dan niet ongewilde of onbewuste – medewerking aan reclame. Kennelijk gaan de opstellers van de Code er – o.i. terecht – vanuit dat jonge kinderen in het algemeen niet kunnen overzien wat de consequenties van medewerking aan reclame-uitingen kunnen zijn.

Hoe begrijpelijk (en lovenswaardig) het kinderstimulatieverbod ook is: het beschermen van jonge kinderen valt buiten de reikwijdte van de NRC. De NRC reguleert reclame, niet de manier waarop reclame tot stand komt. De NRC kent dan ook geen algemeen kinderstimulatieverbod. Wel is reclame *gericht op* kinderen van 12 jaar en jonger gereguleerd via de bijzondere Kinder- en Jeugdreclamecode (KJC). Gelukkig beschermt het Burgerlijk Wetboek (artikel 1:234 BW⁷) de handelsonbekwame minderjarige (ervanuit gaande dat het op dit moment in het maatschappelijk verkeer nog niet gebruikelijk is dat een kind van 11 jaar of jonger zelfstandig bepaalt om wel of niet medewerking te verlenen aan). Net zo min als de NRC deelname van jonge kinderen aan prijsvragen en andere promotionele acties verbiedt of anderszins reguleert, dient de NRC het inschakelen van jonge kinderen voor het maken van reclame niet te reguleren.

⁷ 1. Een minderjarige is, mits hij met toestemming van zijn wettelijke vertegenwoordiger handelt, bekwaam rechtshandelingen te verrichten, voor zover de wet niet anders bepaalt.
2. De toestemming kan slechts worden verleend voor een bepaalde rechtshandeling of voor een bepaald doel.
3. De toestemming wordt aan de minderjarige verondersteld te zijn verleend, indien het een rechtshandeling betreft ten aanzien waarvan in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is dat minderjarigen van zijn leeftijd deze zelfstandig verrichten.

Gezien het vorenstaande lijkt het ons raadzaam dat adverteerders om toestemming van de wettelijke vertegenwoordigers vragen voor deelname van een minderjarige aan een reclame op social media. Het opnemen van een kinderstimulatieverbod in de NRC of een bijzondere reclamecode – hoe lovenswaardig ook – behoort onzes inziens gezien de doelstellingen van de NRC (en het daaruit volgende mandaat van de SRC) niet tot de taak en de bevoegdheid van de SRC. Wij zien op dit moment ook geen andere reden om dit op een juridische wijze te normeren, temeer nu de door de DDMA-leden aangenomen (eigen) SMM-code dit al regelt.
