



## **Annotatie bij College van Beroep Stichting Reclamecode 25 april 2002 (Teaser voor Head & Shoulders)**

Verschenen in *IER* 2002-5, p. 269-271.

### **J.J.C. Kabel**

1. Het gaat hier om twee verschillende geboden waarvan er maar één (het laatste) relevant is voor het eindoordeel. Het eerste gebod is dat reclame als zodanig herkenbaar moet zijn, het tweede dat de boodschap herleidbaar moet zijn tot een identificeerbare adverteerder. Beide geboden zijn ten onzent in wettelijke vorm neergelegd in de Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel. Art. 3:15e lid 1 BW zal op grond van die wet immers als volgt komen te luiden: 'Indien commerciële communicatie deel uitmaakt van een dienst van de informatiemaatschappij of een dergelijke dienst vormt, zorgt degene in wiens opdracht de commerciële communicatie geschiedt dat: a. de commerciële communicatie duidelijk als zodanig herkenbaar is; b. de commerciële communicatie zijn identiteit vermeldt. (...)'. Voor andere vormen van reclame zijn beide geboden rechtstreeks neergelegd in gedragscodes en af te leiden uit de regeling inzake misleidende reclame in art. 6:194 BW; de misleiding vindt dan plaats omtrent de aard van de aanbieding (commercieel of niet) dan wel de aanleiding of het doel van het aanbod of de identiteit van de adverteerder. Het herkenbaarheidsgebod voor televisie- en radioreclame is te vinden in art. 50 lid 8 Mediawet en art. 52c Mediabesluit.

2. De rechtvaardiging voor beide geboden kan als volgt worden aangegeven.

a. Terwille van de bescherming van de consument, in het verlengde van de informatieplichten bij het aangaan van een overeenkomst die ertoe dienen dat hij zich een beeld kan vormen van de verlener van de dienst teneinde een aansprakelijke wederpartij te kunnen vinden. De eisen aan identificeerbaarheid van de adverteerder in gedragscodes zijn dan ook strenger al naargelang de relatie met de potentiële klant rechtstreeks aanleiding kan zijn tot een overeenkomst. Zie bijvoorbeeld Bijzondere Reclame Codes, sub e (Thuiswerk), art. 2 Code Brievenbusreclame, Huissampling en Direct Response Advertising, en art. 1.2 van de Code Verspreiding Ongeadresseerd Reclamedrukwerk.

b. Teneinde misleiding te voorkomen.

c. Om het consumenten mogelijk te maken te kunnen onderscheiden tussen uitingen die ongevraagde commerciële communicatie bevatten en andere uitingen. Bij nakoming van beide geboden kan immers de ontvanger van ongevraagde commerciële post die ongevraagde post gemakkelijker verwijderen en gebruik maken van opt-outfaciliteiten (zie voor ongevraagde e-mail de toelichting op bovengenoemde Aanpassingswet: *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 19-20 en 42).

d. Teneinde het de zelfreguleringsinstanties die toezien op het maken van reclame mogelijk te maken degenen die verantwoordelijk zijn voor een reclame-uiting op te sporen en zonodig te belasten met het bewijs van de juistheid van de uiting. Deze rechtvaardigingsgrond volgt uit de aanvaarding door organisaties van adverteerders en reclamebureaus van (het stelsel van) de NRC. Zij geldt in beginsel niet voor anderen.

e. De rechtvaardiging voor het verbod van niet als reclame aangeduide boodschappen van adverteerders in de programma's van publieke omroepinstellingen (zgn. sluikreclame) is daarnaast ook nog te vinden in de regel dat deze instellingen niet dienstbaar mogen zijn aan het maken van winst door derden (art. 55 Mw).

3. Art. 10 van de NRC luidt: 'Reclame dient duidelijk als zodanig herkenbaar te zijn, door opmaak, presentatie, inhoud of anderszins, mede gelet op het publiek waarvoor zij is bestemd.' Art. 7, slotzin bepaalt: 'Duidelijk behoort ook te zijn door wie de producten worden aangeboden.' Zoals we hiervoor hebben gezien, zijn er duidelijke rechtvaardigingen voor beide geboden, maar die rechtvaardigingen dekken natuurlijk niet het gehele terrein van sluikreclame of van anonieme reclame. Anderzijds zijn er in het algemeen argumenten te vinden op grond waarvan het nu juist aangewezen is om reclame 'mee te nemen' in andere uitingen dan wel anoniem te publiceren en de vraag is of die argumenten ook voor bepaalde vormen van reclame kunnen gelden.

4. RCC en CvB kiezen voor de formele aanpak, zonder verwijzing naar eventuele rechtsvaardigingsgronden voor het (tweede) gebod. De RCC doet het als volgt: het gaat om een uiting die deel uitmaakt van een reclamecampagne van Head & Shoulders, die uiting vermeldt noch de (merk)naam van het artikel noch degene van wie de uiting afkomstig is en is daarom in strijd met art. 7 NRC. Het College doet het ietsje anders, erkent dat het gaat om een campagne met meer reclame-uitingen, maar kwalificeert de eerste uiting als een zelfstandige reclame-uiting en oordeelt dat die uiting in strijd is *met de strekking* van art. 7, welks strekking is dat de adverteerder kenbaar en bereikbaar behoort te zijn voor het publiek. Dat art. 10 NRC niet in de beoordeling wordt betrokken, komt kennelijk omdat nu reclame in de definitie van de NRC ook denkbeelden omvat, de eerste uiting zelfstandig bezien als een denkbeeld kan worden gekwalificeerd, op een billboard is gepubliceerd en daarom is voldaan aan de eis dat reclame door opmaak e.d. duidelijk als zodanig herkenbaar is.

5. In de Novartis-zaak (CvB 5 december 2001, *IER* 2002, p. 162-166 m.nt. EHH) heeft het College reclame voor een denkbeeld waarin de naam van de adverteerder ontbrak, veroordeeld wegens strijd met art. 7 NRC en is dat oordeel uitdrukkelijk gemotiveerd met een beroep op het misleidend karakter van de uiting. Het ontbreken van de naam van de adverteerder kon in dit geval namelijk de indruk wekken dat de uiting afkomstig was van een in het algemeen belang optredende instelling in plaats van een commerciële producent van geneesmiddelen die reclame wilde maken voor een bepaald merkgeneesmiddel. Zuivere anonimiteit is voorzover ik kan overzien ook niet eerder aan de orde geweest. De uitspraken van de RCC op art. 7 hebben doorgaans alleen van doen met de vraag hoeveel gegevens nu precies moeten worden vermeld omtrent de identiteit van de adverteerder. Daarnaast zijn er gevallen beoordeeld waarin een andere identiteit dan de werkelijke wordt gesuggereerd, bijvoorbeeld doordat een autobedrijf zijn reclameboodschap in een blauwe belastingenvelop verstuurt.

6. Van de rechtvaardigingsgronden voor art. 7 komt eigenlijk alleen maar die genoemd in par. 2 onder d onder in aanmerking. Ik zie althans niet dat er sprake is van misleiding. Er wordt immers geen andere identiteit van de adverteerder gesuggereerd. Het ontbreken van de naam van de adverteerder kan in dit geval geen enkele indruk wekken. Nieuwsgierigheid wellicht, maar dat is juist het doel van de 'teaser'. Als men, zoals het College eigenlijk doet, alleen naar de eerste uiting kijkt en die als een (door klager als kwetsend beschouwd) denkbeeld kwalificeert, dan hebben we het bovendien

niet meer over commerciële reclame en lijken de rechtvaardigingsgronden voor de herkenbaarheidseisen die immers duidelijk zijn toegesneden op commerciële reclame minder valide. Wat overblijft als rechtvaardigingsgrond is handhaving van het systeem van de Stichting Reclame Code. Is dat voldoende? Ja, voor diegenen die dat systeem hebben onderschreven. Voor anderen hoeft dat niet te gelden.

7. Voor die anderen gelden wellicht argumenten die nu juist pleiten voor anonimiteit. Levert dat nog wat op? Wanneer is anonimiteit onrechtmatig? Het uitgangspunt dient immers te zijn dat anonimiteit is toegestaan. Dat uitgangspunt is echter geworteld in democratische beginselen waar m.i. commerciële adverteerders geen beroep op kunnen doen. Ik citeer uit de rechtspraak van het Amerikaanse Supreme Court: [\[1\]](#) 'anonymous pamphlets, leaflets, brochures and even books have played an important role in the progress of mankind. Persecuted groups and sects from time to time throughout history have been able to criticize oppressive practices and laws either anonymously or not at all.' (*Talley v. California*) En: 'Under our Constitution, anonymous pamphleteering is not a pernicious fraudulent practice, but an honorable tradition of advocacy and of dissent. Anonymity is a shield from the tyranny of the majority.' (*McIntyre v. Ohio*). Dat zijn bepaald geen argumenten waar de adverteerder voor een middel tegen roos zich op beroepen kan.

---

[\[1\]](#) Onder dankzegging aan mr. Anton Ekker van het Instituut voor Informatierecht. Zie resp. [Talley v. California, 362 U.S. 60 \(1960\)](#); [McIntyre v. Ohio, 514 U.S. 334 \(1995\)](#).