

---

## Reclamerecht

*IER* 2021/51

### RECLAME CODE COMMISSIE

16 juni 2021

m.nt. E.H. Hoogenraad

#### **Bang Energy**

*Eerste uitspraak van de Reclame Code Commissie ('RCC') over de invulling van de zorgplicht van adverteerders die gebruikmaken van influencer marketing. De adverteerder dient zich actief in te spannen. Dit betekent het actief inspannen om ervoor te zorgen dat de ingehuurd influencer zich houdt aan de Reclamecode voor Social Media en Influencermarketing 2019 (RSM) en het actief optreden als de influencer die regels overtreedt.*

Reclamecode Social Media & Influencer marketing 2019; art. 5 lid 3, 6 lid 4 Reclamecode voor Voedingsmiddelen (RVV); art. 8 lid 4 Kinder- en Jeugd reclamecode (KJC); art. 61, 84 en 85 Geneesmiddelenwet

2021/00189

#### **De bestreden reclame-uiting**

Het betreft een videopost op TikTok van ongeveer 15 seconden, waarin de influencer zichzelf filmt terwijl hij een blikje energiedrank vasthoudt. Hij stelt aan twee jonge dames de vraag: 'kan ananas op een pizza?' en eindigt de video met de vraag: 'wat vinden jullie mensen?'. In de onderwerpregel bij de videopost staat de tekst:

'Wat vind jij? Kan ananas op een pizza?'  
'@bangenergy @bangenergy.ceo #BangEnergy'

---

<sup>1</sup> BIE 2019/1, m.nt. D.M. Mulder.

<sup>2</sup> Voor een voorbeeld van een zaak waarin dat niet gebeurde, zie Vzr. Rb. Rotterdam 1 oktober 2021, IEF 20219; ECLI:NL:RBROT:2021:9551, IEF 20219 (LONGi/Hanwha).

### Samenvatting van de klacht

Het bezwaar van klaagster tegen de bestreden videopost ziet op de volgende gronden:

1) Volgens klaagster heeft influencer meerdere filmpjes op het platform geplaatst, waarin hij het energiedrankje 'Bang Energy' promoot, maar nergens in de video's noch in de onderschriften wordt aangegeven dat sprake is van een samenwerking of advertentie. Het product komt telkens zeer duidelijk in beeld. In het onderschrift staat wel de volgende beschrijving: '@bangenergy @bangenergy.ceo #BangEnergy', maar er wordt niet gespecificeerd dat het om een advertentie gaat. Influencer is aan te merken als een verspreider in de zin van de Reclamecode Social Media & Influencer Marketing 2019 (hierna: RSM). Volgens klaagster blijkt niet voldoende uit de uiting dat sprake is van een samenwerking of een relatie, waardoor de uiting in strijd is met de RSM.

2) Daarnaast is volgens klaagster sprake van een overtreding van de Kinder- en Jeugdclamecode (hierna: KJC). De gebruikersvoorwaarden van TikTok stellen dat een persoon voor het gebruik van het platform minimaal 13 jaar dient te zijn. In de praktijk werkt dit volgens klaagster anders, aangezien kinderen onder de 13 jaar gemakkelijk een account kunnen aanmaken door de leeftijd aan te passen. Hierdoor bestaat de mogelijkheid dat onder de volgers van influencer ook kinderen zullen zijn. Energiedrank bevat veel suiker en is daarmee schadelijk voor de gezondheid (bijvoorbeeld voor kinderen bestaat het risico op ernstig overgewicht). Volgens klaagster zet verspreider aan tot de aankoop van het product door te profiteren van de onervarenheid van kinderen. Influencer spoort kinderen (en andere -minderjarigevolgers) indirect aan om het energiedrankje te kopen. Voorts merkt klaagster op dat op basis van artikel 8 lid 1 van de Reclamecode voor Voedingsmiddelen (RVV 2019), reclame voor voedingsmiddelen gericht op kinderen tot en met 12 jaar niet is toegestaan.

### Het verweer van influencer

Influencer geeft aan dat de video is gemaakt voor een Amerikaans bedrijf. Het bedrijf bepaalt de caption (lees: het onderschrift) onder de video. In de caption wordt Bang Energy twee keer getagd en een keer genoemd door middel van een hashtag. In totaal wordt Bang Energy drie keer genoemd en influencer is er dus vanuit gegaan dat dit voldoende was om kenbaar te maken dat in de video sprake is van een gesponsorde samenwerking. Influencer en Bang Energy hebben contact gehad en de hashtag #ad zal vanaf nu in de caption worden vermeld.

### Samenvatting van het verweer van Bang Energy

Bang Energy is zich bewust van het feit dat zij op grond van artikel 6 lid 4 RSM als adverteerder ervoor verantwoordelijk is dat de uiting duidelijk als zodanig herken-

baar is en dat in de uiting uitdrukkelijk dient te worden vermeld dat de verspreider een geldelijke vergoeding ontvangt. Zij begrijpt dat in de bestreden uiting niet conform de toelichting bij artikel 3 RSM is weergegeven dat sprake is van reclame en dat influencer een geldelijke vergoeding van Bang Energy ontvangt. Om misverstanden bij het publiek te voorkomen heeft Bang Energy influencer inmiddels verzocht om de bewuste uiting offline te halen en een nieuwe video online te plaatsen met de hashtag #ad.

Onverminderd het voorgaande is Bang Energy van oordeel dat zij haar verplichtingen uit hoofde van de RSM is nagekomen. In de overeenkomst tussen partijen is opgenomen dat influencer zich aan alle toepasselijke wet- en regelgeving dient te houden. Het feit dat de RSM niet specifiek in het contract is genoemd doet aan het voorgaande niet af, aangezien volgens Bang Energy van influencer verwacht mag worden dat hij zich bewust was van het feit dat onder deze contractsbepaling ook de RSM moet worden begrepen. Daarnaast is een andere contractuele bepaling opgenomen waaruit volgt dat influencer contractueel verplicht is om de bepalingen uit de RSM na te leven. Zo is influencer verplicht om ofwel expliciet op te nemen dat hij betaald wordt door adverteerder, ofwel dat hij de hashtags #ad of #sponsor opneemt. Deze contractuele verplichting is in lijn met de toelichting bij artikel 3 RSM, aldus Bang Energy.

Bang Energy erkent dat in de video's van influencer waarin tevens het energiedrankje te zien is, in de periode tot en met de video van 14 april 2021, in de video's zelf of in het onderschrift geen hashtag zoals #ad of #spon en/of expliciete benoeming van de samenwerking was opgenomen. Echter, nadat de klacht is doorgestuurd, is in de beschrijving van alle video's (van na 14 april 2021) de hashtag #ad opgenomen. Hieruit volgt dat Bang Energy de maximale inspanning heeft verricht die redelijkerwijs van haar mag worden verwacht om ervoor te zorgen dat influencer de regels van de RSM naleeft.

Bang Energy wijst erop dat uit het onderschrift bij de bewuste uiting duidelijk volgt dat sprake is van reclame en van een samenwerking. Ruim de helft van de beschrijving bestaat uit hashtags die verwijzen naar Bang Energy, te weten: @bangenergy; @bangenergy.ceo; en #bangenergy. Daarnaast is het product voortdurend in beeld. Ondanks dat niet expliciet is aangegeven dat sprake is van een samenwerking, blijkt dit wel uit de overdaad aan hashtags en uit het feit dat het product voortdurend in beeld is.

Bang Energy heeft niet gehandeld in strijd met de Kinder- en Jeugdclamecode (hierna: KJC). In de bewuste uiting wordt niet geprofiteerd van de onervarenheid of goedgelovigheid van minderjarigen, zij worden niet aangezet om anderen over te halen tot aankoop van het product, er wordt niet geprofiteerd van het vertrouwen dat minderjarigen hebben in anderen en de minderjarigen worden niet in gevaarlijke situaties getoond. Voorts is de reclameuiting niet in strijd met de Reclamecode voor Voedingsmiddelen (hierna: RVV). In de bewuste uiting is van de criteria zoals genoemd in de toelichting bij artikel 8 lid 4 RVV

geen sprake. Uit de onderwerpen blijkt dat de video's van influencer zich richten op een publiek van jong volwassene en oudere tieners, dat wil zeggen tieners van tenminste boven de 15 jaar. Niet kan worden vastgesteld dat het publiek waarvoor de bewuste uiting is bestemd voor 25% of meer bestaat uit kinderen tot en met 12 jaar.

### De mondelinge behandeling

Het standpunt van Bang Energy is gehandhaafd en nader toegelicht, mede aan de hand van een vóór de zitting toegezonden pleitnota. Voor zover nodig wordt op hetgeen ter zitting is aangevoerd ingegaan in het hierna volgende oordeel.

### Het oordeel van de Commissie

1) De klacht komt erop neer dat de bestreden videopost op TikTok in strijd is met artikel 3 onder a en b van de Reclamecode Social Media & Influencer Marketing (RSM) 2019 en tevens in strijd is met de Kinder- en Jeugd-reclamecode (KJC) en de Reclamecode voor Voedingsmiddelen (RVV) 2019. De Commissie oordeelt hierover als volgt.

2) Reclamecode Social Media & Influencer Marketing (RSM) 2019

In artikel 3 van de RSM staat dat reclame via Social Media (a) duidelijk als zodanig herkenbaar dient te zijn en dat (b) het uitdrukkelijk vermeld dient te worden in de uiting indien een Verspreider (hier: influencer) een vergoeding in geld of natura ontvangt van de Adverteerder (hier: Bang Energy). Aan deze eis kan in ieder geval worden voldaan als de inhoud en aard van de Relevante Relatie duidelijk en op eenvoudig toegankelijke wijze geopenbaard wordt, bijvoorbeeld door opmaak en/of presentatie, aldus artikel 3 onder c RSM.

Aangezien door influencer en door Bang Energy niet is betwist dat sprake is van een Relevante Relatie die strekt tot aanprijzing van de energiedrank 'Bang Energy' in de videopost, dient de Commissie de vraag te beantwoorden of de aard van de uiting (reclame) en de Relevante Relatie in de bestreden uiting duidelijk respectievelijk uitdrukkelijk als zodanig herkenbaar zijn voor het publiek. De Commissie overweegt hierover als volgt.

Uit de inhoud en de context van de reclame-uiting blijkt niet duidelijk dat de bewuste energiedrank wordt aangeprezen. Het product van Bang Energy is weliswaar voortdurend in beeld en het valt op dat dit door de influencer wordt vastgehouden, maar een vermelding dat het om reclame voor dit product gaat ontbreekt terwijl dit ook niet op andere wijze duidelijk uit de uiting blijkt. De videopost lijkt immers over een ander onderwerp dan de energiedrank te gaan, te weten de vraag of men ananas op een pizza moet doen. In het onderschrift bij de video zijn door influencer weliswaar de volgende mededelingen geplaatst '@bangenergy @bangenergy.ceo #BangEnergy', maar deze mededelingen maken voor de consument onvoldoende

duidelijk dat het om reclame voor de energiedrank gaat. Hierdoor is de uiting in strijd met artikel 3 onder a RSM.

De mededelingen '@bangenergy @bangenergy.ceo #BangEnergy' volstaan evenmin om te vermelden dat er sprake is van een samenwerking tussen influencer en Bang Energy waarvoor de influencer een vergoeding in geld (of natura) heeft ontvangen. Nu een uitdrukkelijke vermelding van de relevante relatie ontbreekt, en de inhoud en de aard van de Relevante Relatie naar het oordeel van de Commissie ook niet anderszins duidelijk en op eenvoudig toegankelijke wijze geopenbaard wordt, is de uiting voorts in strijd met artikel 3 onder b RSM. De Commissie wijst er in dit verband op dat het enkele gebruik van een '@' met daarachter de (merk)naam van een adverteerder, onvoldoende is om te spreken van een uitdrukkelijke vermelding zoals bedoeld in artikel 3 onder b RSM, omdat een dergelijke vermelding niet als gesponsorde (vergoeding in geld of in natura) content hoeft te worden begrepen.

3) Bang Energy voert aan dat zij aan de zorgplicht, zoals bedoeld in artikel 6 RSM, heeft voldaan en dat de maximale inspanning is verricht die redelijkerwijs van haar verwacht mag worden om ervoor te zorgen dat influencer de regels naleeft. De Commissie volgt Bang Energy niet in dit verweer. Op grond van artikel 6 onder d RSM dient een adverteerder zich 'actief in te spannen' om de verspreider te houden aan de onder artikel 6 onder b en c RSM bedoelde verplichtingen en actief op te treden tegen de onder artikel 6 onder b en c RSM genoemde overtredingen. Er kan bij eerstgenoemde verplichting, gelet op de combinatie van de woorden 'actief' en 'inspannen', niet worden volstaan met een enkele inspanning, zoals het opleggen een contractuele verplichting. Er dient meer inspanning verricht te worden om te kunnen spreken van een 'actieve inspanning'. Niet is gebleken dat Bang Energy actief heeft opgetreden tegen de onder artikel 6 onder b en c RSM genoemde overtredingen. Bang Energy heeft volstaan met het opleggen van een contractuele verplichting en pas nadat zij op de hoogte is gesteld van de klacht heeft zij influencer verzocht om de bestreden uiting offline te halen, hetgeen op grond van het voorgaande onvoldoende is om aan de zorgplicht als bedoeld in artikel 6 RSM te hebben voldaan.

4) Op grond van het voorgaande acht de Commissie beide verweerders, influencer en Bang Energy, verantwoordelijk voor het handelen in strijd met artikel 3 onder a en b RSM.

5) Kinder- en Jeugd-reclamecode (KJC) en Reclamecode voor Voedingsmiddelen (RVV) 2019

Voor zover klaagster heeft aangevoerd dat er een mogelijkheid bestaat dat onder de volgers van influencer ook kinderen zullen zijn en dat de bestreden uiting daardoor in strijd is met de KJC en de RVV, oordeelt de Commissie als volgt. Onder 'reclame gericht op kinderen' wordt volgens de KJC begrepen: reclame die geheel of gedeeltelijk tot kinderen wordt gericht.

Bang Energy heeft betwist dat de bestreden uiting is gericht op kinderen, aangezien uit de onderwerpen en video's van influencer blijkt dat deze zich richten op een publiek van jong volwassenen en oudere tieners. Hiertegenover acht de Commissie de enkele stelling van klagster dat de mogelijkheid bestaat dat onder de volgers van influencer ook kinderen zullen zijn, onvoldoende specifiek om te oordelen dat de bestreden uiting geheel of gedeeltelijk is gericht op kinderen (in KJC en RVV gedefinieerd als personen van 12 jaar en jonger). De Commissie oordeelt daarom dat specifieke bepalingen uit de vernoemde codes, betreffende reclame gericht op kinderen, in dit geval niet van toepassing zijn. Dit klachtonderdeel treft derhalve geen doel.

6) De Commissie beslist als volgt.

### De beslissing van de Commissie

De Commissie acht de reclame-uiting in strijd met artikel 3 onder a en b RSM. Zij beveelt beide verweerders aan om niet meer op een dergelijke wijze reclame te maken. Voor het overige wijst de Commissie de klacht af.

### Noot

1. Een belangrijke uitspraak. Voor het eerst geeft de Reclame Code Commissie ('RCC') invulling aan de 'zorgplicht' van de adverteerder die gebruikmaakt van influencer marketing. De adverteerder moet zich daarbij *actief inspannen*. Wat dat inhoudt? Volgens de RCC is dat het actief inspannen om ervoor te zorgen dat de ingehuurd influencer zich houdt aan de Reclamecode voor Social Media en Influencermarketing 2019 (RSM) en het actief optreden als de influencer die regels overtreedt. De adverteerder kan zich niet disculperen door te verwijzen naar contractuele afspraken met de influencer dat hij/zij zich moet houden aan de toepasselijke wet- en regelgeving.
2. Al jaren kent de RSM een best wel mysterieuze zorgplicht voor de adverteerder. Artikel 6 heeft de titel: "zorgplicht/verantwoordelijkheid van de adverteerder jegens de verspreider en derden".
3. Die zorgplicht is verder uitgewerkt in lid 1 onder a tot en met d van artikel 6 RSM: De adverteerder is gehouden om, kort gezegd:
  - a. De influencer bekend te maken met de inhoud van de RSM.
  - b. De influencer te verplichten om zich te houden aan de relevante wet- en regelgeving, waaronder de Nederlandse Reclame code en de RSM.
  - c. De influencer zo nodig erop te wijzen dat ook door hem ingeschakelde derden de verplichting onder b moeten naleven.
  - d. Zich actief in te spannen om de influencer te houden aan de verplichtingen onder b en c en actief op te treden tegen overtredingen van b en c.
4. Kortom: wie een influencer inschakelt moet deze *informer* over de regels, de influencer *verplichten om*

*zich aan alle relevante wet- en regelgeving te houden, en naleving daarvan ook actief te bewerkstelligen en actief te handhaven.* Dit in de vorm van een actieve inspanningsplicht.

5. Aan het informeren van de influencer schort(te) het nogal eens. Maar steeds vaker gaat het goed. De verplichting om de wet- en regelgeving na te leven wordt inmiddels vaak contractueel afgedicht. Menig adverteerder zal gedacht hebben dat daarmee de kous af is. Toch bepaalt artikel 6 lid 1 onder d RSM dat er nog een tweetal extra eisen zijn voor de adverteerder: een actieve inspanningsplicht om de naleving van de regels te borgen, en zo nodig te handhaven.

6. De RCC verwijst naar de tekst van de bepaling met de grappige formulering: "*gelet op de combinatie van de woorden "actief" en "inspannen", [kan] niet worden volstaan met een enkele inspanning, zoals het opleggen een contractuele verplichting. Er dient meer inspanning verricht te worden om te kunnen spreken van een "actieve inspanning."*"

7. Bang Energy had het contractueel netjes dichtgetimmerd. Maar dat is dus onvoldoende. Bovendien was Bang Energy niet direct in actie gekomen toen de influencer de videopost op TikTok onvoldoende herkenbaar had gedisclosed. En het achteraf, nadat de klacht was ingediend, verwijderen van de videopost op TikTok is te laat. Daarom valt het doek voor Bang Energy.

8. Geldt de zorgplicht onbeperkt? Welnee. De adverteerder hoeft alleen maar de punten a tot en met d na te leven: het informeren/de naleving van de regels borgen/actief de influencer eraan houden/en actief optreden. Want artikel 6 lid 3 RSM zegt daarover: als de adverteerder heeft voldaan aan deze verplichtingen, dan heeft de adverteerder de maximale inspanning verricht die redelijkerwijs van hem verwacht mag worden om ervoor te zorgen dat de verspreider (= influencer) de regels naleeft.

9. Dat maakt het wel interessant: hoe ver gaat 'actief inspannen, over het naleven en optreden?' Een boeteclausule in het contract zou gezien kunnen worden als een handhaafplicht. Vooral als die boete wordt geïncasseerd. Het is in ieder geval zinvol om waarschuwingen aan een te nonchalante influencer vast te leggen in WhatsApp-berichtjes of e-mail-correspondentie. Het na één of meer waarschuwingen beëindigen van de samenwerking is natuurlijk ook een stevig signaal. Maar kennelijk hoeft deze ultieme sanctie niet per se uitgevoerd te worden. Immers het actief inspannen dat de regels worden nageleefd en het vervolgens actief optreden als dat niet gebeurt, is (reeds) omschreven als zijnde de 'maximale zorgplicht'. De achterliggende gedachte van dit alles is natuurlijk dat de adverteerder alleen zélf actie kan ondernemen voor zover dat in zijn macht ligt, maar niet verantwoordelijk kan worden gehouden als de influencer niet luistert naar zijn dringende advies.

10. Hoe dan ook regelt artikel 6 lid 4 RSM dat zowel de adverteerder als de influencer verantwoordelijk zijn voor naleving van deze bepalingen van de RSM. Bij een

klacht worden dan ook beide partijen in de gelegenheid gesteld om verweer te voeren. Bij toewijzing van de klacht kan de RCC of het College van Beroep in de uitspraak aangeven aan welke partij het niet-naleven van de code toe te schrijven is.

11. In dit geval had Bang Energy met de influencer keurig contractueel vastgelegd dat de influencer in de posts door middel van '#ad' zou melden dat hij betaald krijgt voor de samenwerking. Maar dat had de influencer niet gedaan. Wel stond er: "@bangenergy.nl @bangenergy.ceo #BangEnergy" in het onderschrift. Volgens de RCC is dat onvoldoende om herkenbaar te maken voor de consument dat sprake is van reclame voor Bang Energy. Ook maakt dit de zogeheten relevante relatie tussen adverteerder en influencer niet duidelijk. @[merk] is dus niet voldoende, en #[merk] ook niet. Maar '#ad' is dat wel.

12. Het onderdeel van de klacht dat de post gericht is op minderjarigen en daarmee in strijd is met de Kinderen Jeugdreclamecode (KJC) en de Reclamecode voor Voedingsmiddelen (RVV) wordt om feitelijke redenen afgewezen. Het staat namelijk niet vast dat de uiting geheel of gedeeltelijk is gericht op kinderen (in KJC en RVV gedefinieerd als personen van 12 jaar en jonger).

*E.H. Hoogenraad*

---