



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Mediadiensten op aanvraag en audiovisuele commerciële communicatie: eerste rapport van de Studiegroep Audiovisuele Commerciële Communicatie van de Vereniging voor Reclamerecht

Ancion, P.; Blokhuis, F.; Doorman, L.; van Eijk, N.A.N.M.; Evelein, K.; Helberger, N.; Kabel, J.J.C.; Kramer, A.; Kroon, L.; Ribbert, R.; van der Straaten, R.

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Ancion, P., Blokhuis, F., Doorman, L., van Eijk, N., Evelein, K., Helberger, N., ... van der Straaten, R. (2011). Mediadiensten op aanvraag en audiovisuele commerciële communicatie: eerste rapport van de Studiegroep Audiovisuele Commerciële Communicatie van de Vereniging voor Reclamerecht. [Rotterdam]: Vereniging voor Reclamerecht.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <http://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

MEDIADIENSTEN OP AANVRAAG EN AUDIOVISUELE COMMERCIËLE COMMUNICATIE

*Eerste rapport van de Studiegroep Audiovisuele Commerciële Communicatie van de
Vereniging voor Reclamerecht*

Voorwoord

De Studiecommissie Audiovisuele Commerciële Communicatie is in het leven geroepen op 26 februari 2009. Zij heeft zich aanvankelijk vooral tot taak gesteld een discussieforum te zijn voor mogelijke knelpunten bij de implementatie van Richtlijn 2007/65 inzake Audiovisuele Mediadiensten in de Nederlandse mediawetgeving. Haar samenstelling is erop gericht een zo breed mogelijke groep van deskundigen bij de mediawetgeving in haar werkzaamheden te betrekken.¹ De Studiecommissie is tot nu toe 12 maal bijeengekomen. Onderstaand eerste rapport is een tussentijdse rapportage van haar werkzaamheden. Zij zal haar werkzaamheden voorzetten. De leden van de Studiecommissie hebben op persoonlijke titel meegewerkt aan het Rapport.

¹ Prisca Ancion (Stichting Reclame Code), Fulco Blokhuis (Voorzitter van de studiecommissie, advocaat, Boekx advocaten), Louise Doorman (mediajurist, Denkk), Nico van Eijk (Instituut voor Informatierecht), Klaas Evelein (Unilever), Natali Helberger (Instituut voor Informatierecht), Jan Kabel (Instituut voor Informatierecht), Arjo Kramer (SBS6), Leonie Kroon (advocaat, DLA Piper), Radboud Ribbert (advocaat, Ribbert Advocaten) en Raneë van der Straaten (advocaat, DLA Piper), allen op persoonlijke titel.

Inhoud

I.	Inleiding	5
1.	Taakstelling	5
2.	Signalering algemene knelpunten.....	5
3.	Focus op mediadiensten op aanvraag	5
4.	Knelpunten bij audiovisuele mediadiensten op aanvraag: plan van behandeling	5
4.1.	Jurisdictie.....	5
4.2.	Toepasselijkheid	6
4.3.	Transparantie	6
4.4.	Samenloop	6
4.5.	Privaat toezicht en handhavingssystemen	6
4.6.	Overgangsprikelen	7
II.	Huidige regelgeving in het kort	8
III.	Jurisdictie: het vestigingscriterium van de Richtlijn audiovisuele mediadiensten.....	11
1.	Rechtsmacht: land van oorsprongbeginsel	11
2.	Het vestigingscriterium	11
3.	Verschillen met oude Richtlijn Televisie Zonder Grenzen	12
3.1	Aanbieders van mediadiensten	12
3.2	Redactionele verantwoordelijkheid	12
4.	Beïnvloeding rechtsmacht door aanbieders	13
5.	Omzeiling van strengere regels	14
6.	Rechtsmacht ten aanzien van mediadiensten op aanvraag uit derde landen.....	14
7.	Conclusie.....	15
IV.	Toepasselijkheidsproblemen.....	16
1.	Strikte regels voor audiovisuele mediadiensten op aanvraag	16
2.	In beginsel een brede definitie van audiovisuele mediadiensten	16
3.	Vragen omtrent de toepassing van de nieuwe definities.....	17
3.1	Niche-markten	17

3.2	Particulier aangeboden	18
3.3	YouTube & Co.	19
3.4	Zoekmachines en websites die functioneren op basis van een catalogus	20
3.5	Non-commerciële diensten	21
3.6	Streaming.....	21
3.7	Websites van kranten.....	21
3.8	Connected tv, Settop boxen en andere devices	22
4.	Conclusie.....	22
V.	Sponsoring, productplaatsing en (sluik)reclame in mediadiensten op aanvraag	23
1.	Inleiding	23
2.	Sponsoring & productplaatsing	23
3.	Sponsoring en productplaatsing toegepast in een mediadienst op aanvraag	24
4.	Aansprakelijkheid.....	25
5.	Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken	26
6.	Nederlandse Reclame Code.....	28
7.	Conclusie.....	28
VI.	Privaat toezicht en handhavingmodellen	29
1.	Inleiding	29
2.	Algemene randvoorwaarden voor zelfregulering	30
3.	Alternatieven	31
4.	Conclusie.....	31
VII.	Overgangsrecht.....	32
1.	Toezicht op verleners van mediadiensten op aanvraag.	32
2.	Productplaatsing	32
VIII.	Besluit	34
	BIJLAGE: REGELGEVING & TOELICHTING AUDIOVISUELE COMMERCIËLE COMMUNICATIE IN EN ROND AUDIOVISUELE MEDIADIENSTEN OP AANVRAAG (MEDIAWET 2008).....	35

I. Inleiding

1. Taakstelling

De Studiecommissie Audiovisuele Commerciële Communicatie is in het leven geroepen door de Vereniging voor Reclamerecht. Doel van de Vereniging voor Reclamerecht is het bevorderen van de kwaliteit van wetgeving, rechtspleging en de beroepsuitoefening door juristen op het gebied van reclame en marketing. Onderwerp van de Studiecommissie betreft bestudering van de regelgeving voor audiovisuele commerciële communicatie na implementatie van Richtlijn 2007/65 inzake Audiovisuele Mediadiensten (hierna: Richtlijn AVMD)². De Studiecommissie heeft zich vooral ten doel gesteld de regelgeving met betrekking tot haar onderwerp te toetsen op consistentie, gevolgen voor de praktijk en handhaafbaarheid. De implementatie van de Richtlijn AVMD heeft plaatsgevonden door wijziging van de Mediawet (hierna Mediawet) en de Tabakswet.³

2. Signalering algemene knelpunten

Bij de aanvang van haar werkzaamheden heeft de Studiecommissie een aantal mogelijke knelpunten gesignaleerd. Het ging daarbij onder meer over problemen met betrekking tot overgangsrecht, toepasselijkheidproblemen, materiële en procedurele samenloopproblemen, om jurisdictieperikelen en het verschil tussen productplaatsing, sponsoring en (sluik)reclame. Een belangrijke andere vraag bleek die naar nut, noodzaak en toelaatbaarheid van zelfregulering op het terrein van de audiovisuele commerciële communicatie. Door de gehele problematiek loopt verder de vraag naar de rol van het publiek als niet alleen consument, maar ook als producent van audiovisuele informatie.

3. Focus op mediadiensten op aanvraag

De focus van dit rapport is exclusief gericht op de problematiek met betrekking tot audiovisuele mediadiensten op aanvraag en dan met name voor zover in die diensten audiovisuele commerciële communicatie voorkomt. De verplichting deze diensten van regelgeving te voorzien is nieuw en leidt volgens de Studiecommissie tot nogal wat onduidelijkheid. Het accent ligt op een aantal vraagstukken die de Studiecommissie als algemene knelpunten heeft geformuleerd. Omdat de Richtlijn AVMD techniek onafhankelijke regelgeving tot doelstelling heeft, zal hierna het begrip *mediadienst op aanvraag* gehanteerd worden. De Studiecommissie signaleert echter dat de regelgeving met name gevolgen zullen hebben voor diensten in een internetomgeving.

4. Knelpunten bij audiovisuele mediadiensten op aanvraag: plan van behandeling

4.1. Jurisdictie

De jurisdictiebepalingen in de Richtlijn AVMD zijn niet fundamenteel gewijzigd. Dat betekent dat voormalige televisie-criteria worden toegepast op mediadiensten op aanvraag die veelal via het internet worden aangeboden. Welke consequenties heeft dit? Mediadiensten op

² Richtlijn 2007/65/EG betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten.

³ Wijziging van de Mediawet 2008 en de Tabakswet ter implementatie van de richtlijn Audiovisuele mediadiensten (TK, 2008-2009, 31 876, nr. 2).

aanvraag komen overal vandaan; voor een groot deel ook uit zgn. niet EU-landen. Is regulering van dat aanbod mogelijk en wenselijk?

4.2. Toepasselijkheid

Enkele begrippen uit de Richtlijn AVMD zijn niet één op één overgenomen in de Mediawet. Dat is bijvoorbeeld het geval met het begrip *audiovisuele commerciële communicatie*. De vraag is welke gevolgen dit heeft. De uitleg van wel overgenomen begrippen, zoals het begrip *mediadienst op aanvraag* kan uiteraard van lidstaat tot lidstaat verschillen, totdat het Hof van Justitie EG daar een uitspraak over heeft gedaan. De Nederlandse uitleg is vooralsnog een beperkte. Het begrip *mediadienst op aanvraag* lijkt vooral van toepassing op televisie programma's die online (bijvoorbeeld via uitzendinggemist.nl of veamer.nl) beschikbaar zijn. Dat betekent dat de rest van het online aanbod niet in het bijzonder wordt geregeld en er reguleringconcurrentie ontstaat tussen het aanbod van televisie-omroepen en andere aanbieders van audiovisuele mediadiensten. De betrekkelijk ruime definitie in de Richtlijn AVMD geeft aanleiding tot de vraag of met de beperkte Nederlandse uitleg wel de juiste weg gekozen is. Die ruime definitie kan echter op haar beurt tot rechtsonzekerheid en onwenselijke overregulering van het online media aanbod leiden. Tussen die Scylla en Charybdis moet een aanvaardbare en werkbare balans worden gevonden.

4.3. Transparantie

Productplaatsing, sponsoring en (sluik)reclame hebben in een online context andere functies en andere verschijningsvormen dan in de context van een televisieprogramma. In beginsel zijn de regels voor traditionele omroep in de onlineomgeving van overeenkomstige toepassing. Dat uitgangspunt levert fascinerende problemen op: Op welke wijze dient aan informatieplichten bij productplaatsing en sponsoring online te worden voldaan? Daar komt bij dat tegelijkertijd een betrekkelijk nieuw begrip wordt ingevoerd, *productplaatsing*, zowel voor televisieprogramma's als voor on line-aanbod. De vraag is wat dat begrip onderscheidt van het sponsoringbegrip - waarin het vroeger min of meer was opgenomen. Ten slotte valt op dat in het toezicht van het Commissariaat voor de Media (hierna: het Commissariaat) de omlijsting met banners, rollovers en andere niet in het programma zelf verwerkte reclame e.d. van het videoaanbod vooralsnog niet wordt meegenomen.

4.4. Samenloop

Naast de specifieke regels voor productplaatsing, sponsoring en sluikreclame, gelden op het punt van de transparantie tevens algemene regels, zoals die zijn opgenomen in de e-commerce wetgeving en in de wetgeving met betrekking tot oneerlijke handelspraktijken. Samenloop van die verschillende regimes kan tot problemen leiden en het is interessant om te bezien wat die problemen zijn en hoe ze kunnen worden opgelost.

4.5. Privaat toezicht en handhavingssystemen

De Richtlijn AVMD wil co- en zelfregulering stimuleren. In hoeverre is dat een reële optie op het terrein van het online media-aanbod, mede gelet op de wijze van regulering van het televisie-aanbod? Zijn moderne wijzen van (zelf)regulering op afstand (compliance systemen, keurmerksystemen) niet meer aangewezen?

4.6. Overgangsverikelen

Tot slot komt het overgangsrecht aan bod. Hierbij wordt er gekeken naar de termijn die dienstverleners van mediadiensten op aanvraag hadden om zich aan te melden, alsmede naar onduidelijkheid met betrekking tot de overgangsregeling voor productplaatsing.

II. Huidige regelgeving in het kort⁴

De Richtlijn AVMD was een reactie op de technologische ontwikkelingen waardoor nieuwe manieren zijn gevonden om kijkers met audiovisuele content te bedienen. Doel van de Richtlijn AVMD was het creëren van vergelijkbare voorwaarden voor televisie en televisieachtige diensten en daarnaast het bieden van aanvullende bescherming van de kijkers.

Een *mediadienst op aanvraag* is ingevolge artikel 1 Mediawet een mediadienst die bestaat uit het verzorgen van media-aanbod dat op individueel verzoek en op ieder gewenst moment naar keuze kan worden afgenomen. De brochure van het Commissariaat *Commerciële mediadiensten op aanvraag* van september 2010 spitst dat aanbod toe op video's door aan die definitie toe te voegen: "Gebruikers kunnen video's kiezen uit een catalogus. Het media-aanbod heeft betrekking op producten met bewegende beeldinhoud, al dan niet met geluid." In de concept-beleidsregels classificatie commerciële mediadiensten op aanvraag 2010 van december 2010 is dit verder uitgewerkt.

De Studiecommissie signaleert dat het begrip *programma*⁵ uit de Richtlijn AVMD niet in de Mediawet is overgenomen, maar dat er door het Commissariaat twee nieuwe begrippen worden geïntroduceerd, *bewegende beeldinhoud* en *video*.

Art 2 aanhef,:

- a. *bewegende beeldinhoud*: een reeks van elkaar snel opvolgende beelden die de gebruiker ervaart als een vloeiend geheel;
- d. *video*: een elektronisch product met bewegende beeldinhoud, al dan niet met geluid, dat één geheel vormt en als zodanig herkenbaar onder een afzonderlijke titel op aanvraag van de gebruiker wordt verspreid;

Er moet aan zes cumulatieve voorwaarden zijn voldaan, wil een bepaalde dienst als een commerciële mediadienst op aanvraag gekwalificeerd worden en daarmee onder toezicht van het Commissariaat vallen:

1. De video's worden verspreid via een openbaar elektronisch netwerk;
2. De video's worden aangeboden aan de hand van een catalogus (zie artikelen 2 en 4 van voornoemde beleidsregels);
3. De dienst heeft als hoofddoel het aanbieden van video's (zie artikel 5 van voornoemde beleidsregels);
4. Het videoaanbod valt onder redactionele verantwoordelijkheid van de media-instelling die de dienst aanbiedt (zie definitie artikel 1.1, eerste lid, Mediawet 2008, rekening houdend met artikel 8 van voornoemde beleidsregels);
5. De dienst heeft een massamediaal karakter (artikel 6 van voornoemde beleidsregels);
6. De dienst is als een economische dienst te beschouwen (artikel 7 van voornoemde beleidsregels).

⁴ Zie voor tekst en toelichting van de relevante bepalingen de bijlage.

⁵ Artikel 1 sub b): *programma*: "een reeks bewegende beelden, al dan niet met geluid, die een afzonderlijk element van een door een aanbieder van mediadiensten opgestelde schema of catalogus vormt en waarvan de vorm en de inhoud vergelijkbaar zijn met die van televisie-uitzendingen. Voorbeelden van programma's zijn bioscoopfilms, sportevenementen, komische series, documentaires, kinderprogramma's en origineel drama;

Het begrip *audiovisuele commerciële communicatie* is afzonderlijk gedefinieerd in de Richtlijn AVMD, maar als zodanig niet in de Mediawet 2008. Deze hanteert nog de bekende omschrijving van reclameboodschap en reclame-uiting waarbij het eerste begrip de intentie tot reclame maken tot uitgangspunt neemt en de tweede het effect. Daarnaast kent de Mediawet de begrippen *sponsoring*, *productplaatsing* en *telewinkelen* die in gevolge de definitie in de Richtlijn AVMD ook onder audiovisuele commerciële communicatie vallen. De Richtlijn AVMD bestempelt audiovisuele commerciële communicatie tot een afzonderlijke audiovisuele mediadienst en definieert deze als volgt:

“beelden, al dan niet met geluid, welke dienen om rechtstreeks of onrechtstreeks de goederen, de diensten of het imago van een natuurlijke of rechtspersoon die een economische activiteit verricht, te promoten. Dergelijke beelden vergezellen of maken deel uit van een programma, tegen betaling of een soortgelijke vergoeding of ten behoeve van zelfpromotie. Vormen van audiovisuele commerciële communicatie zijn onder meer televisiereclame, sponsoring, telewinkelen en productplaatsing;”

De Mediawet stelt evenals de Richtlijn AVMD minder zware eisen aan een mediadienst op aanvraag in vergelijking met die voor een lineaire mediadienst. Voor *commerciële mediadiensten op aanvraag* zijn ingevolge artikel 3.29d Mediawet de artikelen 3.5, 3.5a (reclame is herkenbaar, geen subliminale technieken en geen slukreclame), 3.6 (aangesloten bij SRC), 3.7, tweede lid, aanhef en onder a (geen reclame voor medische behandelingen en alcohol), 3.15 (sponsoring) tot en met 3.19c (productplaatsing) en 3.26 (film windows) van overeenkomstige toepassing met uitzondering van de artikelen 3.16, vierde lid,⁶ en 3.19b, derde lid, onderdeel b. In voornoemde brochure *Commerciële mediadiensten op aanvraag* van september 2010 worden de op basis van 3.29d Mediawet geldende voornaamste eisen met betrekking tot reclame, sponsoring en productplaatsing genoemd. Daarvan is opvallend dat in de brochure staat dat eisen met betrekking tot reclameboodschappen in beginsel alleen gelden voor de videocontent, niet voor de vormgeving, zoals banners op een website.

Op grond van artikel 3.29d jo 3.7 onder b mogen commerciële mediadiensten op aanvraag wel alcohol reclame tussen 06.00 en 21.00 uitzenden, maar is het verboden om reclame te maken voor medische behandelingen. Waar het lineaire televisie betreft, geldt het verboderegime voor alcoholreclame en medische behandelingen voor zowel publieke (2.94) als commerciële (3.7) mediadiensten.

Voor *publieke mediadiensten op aanvraag* geldt in gevolge artikel 2.98 Mediawet dat de eisen voor lineaire mediadiensten als vervat in de artikelen 2.94 tot en met 2.97 zo veel mogelijk van overeenkomstige toepassing zijn op het overige media-aanbod van de publieke mediadiensten. Voor artikel 2.96, eerste lid, onderdeel a, geldt zulks uitsluitend voor het overige media-aanbod met beeldinhoud, al dan niet mede met geluidsinhoud. Telewinkelen en productplaatsing in publieke mediadiensten is verboden. Voor sponsoring geldt dat die vorm van commerciële communicatie in publieke mediadiensten behoudens enkele uitzonderingen ook is verboden. De hiervoor genoemde eisen met betrekking tot commerciële mediadiensten op aanvraag zijn zonder meer van toepassing op het publieke aanbod van diensten op aanvraag.

⁶ Artikel 3.16, vierde lid wordt wel genoemd in artikel 3.29d, maar artikel 3.16 zelf kent slechts drie leden.

Een belangrijk verschil tussen commerciële mediadiensten op aanvraag en publieke mediadiensten is dat al het media-aanbod van een publieke mediadienst onder toezicht van het Commissariaat valt. Het kan dan gaan om video, audio, tekst of afbeeldingen. Het regime voor commerciële mediadiensten op aanvraag is primair beperkt tot video's.

In de brochure van september 2010 heeft het Commissariaat een aantal wettelijke eisen samengevat. In deze brochure zijn ondermeer vereisten opgenomen waaraan de media-instelling moet voldoen, zoals:

- Een commerciële media-instelling brengt in overeenstemming met de werknemers die zijn belast met de verzorging en samenstelling van het media-aanbod een redactiestatuut tot stand waarin de journalistieke rechten en plichten van deze werknemers worden geregeld.
- De media-instelling zendt slechts reclameboodschappen uit indien zij zich heeft aangesloten bij de Stichting Reclame Code.
- Mediadiensten op aanvraag bevatten geen ernstig schadelijke beelden voor personen jonger dan zestien jaar. Deze beelden mogen alleen worden aangeboden als deze voor jongeren zijn afgeschermd. Dit kan door toegangscontrole of gecodeerde abonnementsdiensten.

III. Jurisdictie: het vestigingscriterium van de Richtlijn audiovisuele mediadiensten

De Richtlijn AMVD kent een aangepast regime met betrekking tot de jurisdictie. In dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op de nu geldende regels en meer in het bijzonder op wat de impact is op mediadiensten op aanvraag.

1. Rechtsmacht: land van oorsprongbeginsel

Om te bepalen welke lidstaat rechtsmacht heeft, kende de Richtlijn Televisie zonder Grenzen (Richtlijn 89/552EEG) (hierna: Richtlijn TZG) het land van oorsprongbeginsel, hetgeen inhoudt dat de lidstaat waarin de televisieomroep gevestigd is rechtsmacht heeft. Het land van oorsprongbeginsel is ook in de Richtlijn AVMD het uitgangspunt.

In artikel 2 van de Richtlijn AVMD zijn de criteria opgenomen op basis waarvan wordt bepaald welke lidstaat rechtsmacht heeft over “aanbieders van mediadiensten”. Deze criteria zijn als volgt.

Aanbieders van mediadiensten vallen onder de bevoegdheid van een lidstaat indien ze:

- in die lidstaat gevestigd zijn (artikel 2 lid 2 onder a);
- gebruikmaken van een aarde-satellietverbinding in die lidstaat (artikel 2 lid 4 onder a);
- gebruikmaken van een tot die lidstaat behorende satelliet-capaciteit (artikel 2 lid 4 onder b).

Aangezien dit rapport van de Studiecommissie zich beperkt tot de bestudering van de problematiek van mediadiensten op aanvraag zijn de laatste twee satellietcriteria thans minder relevant. Er worden weliswaar internettoegangsdiensten via satelliet aangeboden alsmede bepaalde vormen van interactiviteit, maar de omvang daarvan is vooralsnog beperkt. Hierna zal daarom uitsluitend worden ingegaan op het vestigingscriterium en de uitwerking hiervan ten aanzien van mediadiensten op aanvraag. Daarbij zal met name de vraag aan de orde komen of, en zo ja in hoeverre, lidstaten rechtsmacht hebben ten aanzien van mediadiensten op aanvraag die afkomstig zijn uit niet EU-landen.

Wel past hier nog de kanttekening dat doordat de satelliet geen of slechts zeer beperkt een rol speelt bij het aanbod van mediadiensten op aanvraag, er minder vaak rechtsmacht aanwezig zal zijn dan het geval is bij het klassieke - lineaire - aanbod van programma's.

2. Het vestigingscriterium

Het eerste rechtsmachtcriterium, dat van de vestigingsplaats, is nader uitgewerkt in artikel 2 lid 3 Richtlijn AVMD. Daarin is aangegeven wanneer een aanbieder van mediadiensten wordt geacht in een lidstaat gevestigd te zijn. De in het artikel genoemde vestigingscriteria beogen de rechtsmacht neer te leggen bij de lidstaat waarmee de aanbieder de nauwste economische band heeft. De vestigingscriteria zijn als volgt.

De vestigingsplaats van een aanbieder van mediadiensten is:

- de lidstaat waar de aanbieder zijn hoofdkantoor heeft én de redactionele beslissingen neemt;

- indien het hoofdkantoor in een andere lidstaat is gevestigd dan die waar de redactionele beslissingen worden genomen, is de vestigingsplaats de lidstaat waar een aanzienlijk deel van het personeel werkzaam is;
- indien zowel in lidstaat van hoofdkantoor als in lidstaat van de redactionele beslissingen, een aanzienlijk deel van het personeel werkzaam is, is de vestigingsplaats de lidstaat waar de aanbieder zijn hoofdkantoor heeft;
- indien noch in lidstaat van hoofdkantoor, noch in lidstaat van de redactionele beslissingen, een aanzienlijk deel van het personeel werkzaam is, is de vestigingsplaats de lidstaat waar de aanbieder voor het eerst met zijn activiteiten is begonnen, mits hij een duurzame reële economische band met die lidstaat heeft;
- indien een aanbieder zijn hoofdkantoor in een lidstaat heeft, maar de redactionele beslissingen in een niet-lidstaat worden genomen, of andersom, is de vestigingsplaats de lidstaat waar het hoofdkantoor is gevestigd, mits tevens een aanzienlijk deel van het personeel daar werkzaam is.

3. Verschillen met oude Richtlijn Televisie Zonder Grenzen

De bepaling over rechtsmacht in de Richtlijn AVMD is nagenoeg gelijk aan die van de oude Richtlijn TZG. Er is echter een aantal verschillen: de term *omroeporganisaties* is gewijzigd in *aanbieders van mediadiensten*, de term *programmeringsbesluiten* is gewijzigd in *redactionele beslissingen* en de jurisprudentie is verwerkt (met name de Mediakabel-zaak⁷). Daarnaast is het frequentie criterium (een omroeporganisatie valt onder de bevoegdheid van een lidstaat, indien deze gebruik maakt van een door die lidstaat toegekende frequentie, artikel 2 lid 4 onder a Richtlijn TZG) niet meer in de Richtlijn AVMD opgenomen.

3.1 Aanbieders van mediadiensten

De wijziging van het begrip *omroeporganisaties* in *aanbieders van mediadiensten* komt voort uit het ruimere toepassingsbereik van de Richtlijn AVMD. Anders dan de Richtlijn TZG reguleert de Richtlijn AVMD immers niet alleen gewone televisieomroep (lineaire mediadienst), maar ook mediadiensten op aanvraag (non-lineaire mediadienst). Het begrip *omroeporganisaties* is dan ook te beperkt en derhalve gewijzigd in het overkoepelende begrip *aanbieders van mediadiensten*.

Een aanbieder van mediadiensten wordt gedefinieerd als (artikel 1 sub d Richtlijn AVMD): “*de natuurlijke of rechtspersoon die de redactionele verantwoordelijkheid draagt voor de keuze van de audiovisuele inhoud van de audiovisuele mediadienst en die bepaalt hoe deze wordt georganiseerd*”. Het gaat dus om het orgaan dat de inhoud en organisatie van het programma-aanbod bepaalt, althans hiervoor de redactionele verantwoordelijkheid draagt.

3.2 Redactionele verantwoordelijkheid

Met het begrip *redactionele verantwoordelijkheid* wordt het volgende bedoeld (artikel 1 sub c Richtlijn AVMD):

“*het uitoefenen van effectieve controle over de keuze van programma's en de organisatie ervan in hetzij een chronologisch schema, in het geval van televisie-uitzendingen, hetzij een catalogus, in het geval van audiovisuele mediadiensten op aanvraag.*”

⁷ HvJ 2 juni 2005, zaak C-89/04, Mediaforum 2005-7/8, nr. 24 m.nt. R.D. Chavannes (Mediakabel/Commissariaat).

Daarbij wordt voorts de volgende opmerking geplaatst:

“Redactionele verantwoordelijkheid behelst niet noodzakelijkerwijs een wettelijke aansprakelijkheid voor de inhoud of de aangeboden diensten krachtens het nationale recht.”

Anders gezegd: het gaat erom wie in hoofdzaak bepaalt welke programma's op welke wijze in een programmaschema of een programmacatalogus worden opgenomen, ongeacht of dit orgaan daarvoor ook de wettelijke aansprakelijkheid draagt.

Overigens wordt in de considerans van de Richtlijn AVMD nog een opmerking gemaakt over de definitie van “redactionele verantwoordelijkheid” (overweging 23). Overwogen wordt dat de lidstaten de vrijheid hebben om bepaalde aspecten van de definitie, met name het begrip *effectieve controle*, nader te specificeren.

De concrete invulling van begrippen als *redactionele verantwoordelijkheid* en *effectieve controle* is dus in beginsel overgelaten aan de lidstaten. Verschillen in interpretatie, met daarmee samenhangende gevolgen voor de rechtsmacht, zijn zodoende niet uitgesloten ofschoon bijvoorbeeld ten aanzien van ‘redactionele verantwoordelijkheid’ kan worden aangenomen dat er sprake is van volledige harmonisatie.⁸ De Nederlandse wetgever heeft overweging 23 ook niet anders opgevat en in de Mediawet vrijwel dezelfde definitie van *redactionele verantwoordelijkheid* opgenomen als in de Richtlijn AVMD.

Ten aanzien van de wijziging van *redactionele beslissingen* door *redactionele verantwoordelijkheid* en van *programmeringsbesluiten* door *redactionele beslissingen* wordt hier als uitgangspunt genomen dat deze wijzigingen primair taalkundig van aard zijn en geen impact beogen c.q. hebben met betrekking tot de rechtsmacht.

In de concept beleidsregels van het Commissariaat is in artikel 8 een bepaling opgenomen omtrent redactionele verantwoordelijkheid om te voorkomen dat er dubbele jurisdictie ontstaat, waarneer aanbieders uit verschillende EU-landen samenwerken bij het aanbieden van een mediadienst:

1. *Onverminderd het bepaalde in artikel 1.1, eerste lid van de Mediawet inzake de definitie van redactionele verantwoordelijkheid, geldt dat voor de toepassing van deze regeling voor een afzonderlijke commerciële mediadienst op aanvraag maar één aanbieder redactioneel verantwoordelijk is.*

2. *Als meerdere aanbieders invloed hebben op keuze en organisatie, dan is de aanbieder met de doorslaggevende invloed op de keuze van het videoaanbod redactioneel verantwoordelijk.*

Hoe het begrip *doorslaggevende invloed* moet worden uitgelegd is nog onzeker. Is dat de exploitant van een settop box die contracten sluit met rechthebbenden van video content en hen bepaalde restricties oplegt, of is dat de leverancier van de video's, die hoofdzakelijk bepaalt welke content er via de settop box aangevraagd kan worden?

4. Beïnvloeding rechtsmacht door aanbieders

In artikel 3 bis Richtlijn AVMD is een informatieverplichting opgenomen waaraan alle aanbieders moeten voldoen. Aanbieders moeten vermelden welke entiteit de aanbieder heeft, wat zijn vestigingsadres is en wie zijn nationale toezichthouder is. Deze bepaling lijkt

⁸ Zie R. Chavannes, ‘Wetsvoorstel Audiovisuele Mediadiensten: een eigenzinnige implementatie van een gebrekkige richtlijn’, *Mediaforum* 2009-5, p. 190-201.

aanbieders de mogelijkheid te bieden om lidstaten eenvoudig te misleiden door op hun website te vermelden dat niet X maar Y de aanbieder is, en dat Y gevestigd is in een voor de aanbieder gunstige vestigingsplaats. Het is aan de toezichthouder(s) om er voor te waken dat via de informatieplicht geen vervuiling ten aanzien van de jurisdictievraag optreedt. De kans daarop bij mediadiensten op aanvraag is groter dan bij een televisieomroep aangezien het naar alle waarschijnlijkheid om een zeer groot aantal aanbieders gaat en het ‘minder gevestigde’ partijen betreft.⁹

5. Omzeiling van strengere regels

Mediadiensten op aanvraag zijn veelal grensoverschrijdend en vergen tegelijkertijd weinig voorzieningen die aan een specifieke locatie gebonden zijn. Aanbieders kunnen zich dus eenvoudig in een voor hun gunstige lidstaat vestigen. Lidstaten hebben in bijzondere gevallen de mogelijkheid om strengere regels te stellen aan aanbieders van mediadiensten (artikel 3, lid 1). Teneinde omzeiling van dergelijke strengere regels door “buitenlandse” aanbieders tegen te gaan, bevat de Richtlijn AVMD een voorziening in artikel 3, leden 2 tot en met 5. Het gaat om de situatie dat een aanbieder in een bepaalde lidstaat is gevestigd, maar de uitzendingen volledig of hoofdzakelijk gericht op een andere lidstaat met strengere regels. De lidstaat met strengere regels maar zonder rechtsmacht, kan in dat geval contact opnemen met de lidstaat onder wiens bevoegdheid de aanbieder valt. Beide lidstaten proberen dan tot een oplossing te komen. Indien dit niet tot het gewenste resultaat leidt, kan de lidstaat zonder rechtsmacht zelfstandig “passende maatregelen” nemen, mits deze lidstaat kan aantonen dat de aanbieder zich in de andere lidstaat heeft gevestigd om haar strengere regels te omzeilen.

De vraag is evenwel of deze omzeilingsregels als zodanig van toepassing zijn op de aanbieders van mediadiensten op aanvraag. Artikel 3, leden 2 tot en met 5 spreken namelijk over televisie-uitzendingen en omroeporganisaties. Mediadiensten op aanvraag worden niet geadresseerd en derhalve lijkt het standpunt te moeten worden ingenomen dat lidstaten ten aanzien van mediadiensten op aanvraag niet gebonden zijn aan deze procedure en vrij zijn om – binnen de grenzen van het algemene gemeenschapsrecht - eigen nationale regels te stellen. Overigens staan de omzeilingsregels mogelijk op gespannen voet met de vrijheid van meningsuiting, zeker wanneer beperkingen worden gesteld vanwege de inhoud. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft in bijvoorbeeld de Groppera-zaak¹⁰ aangegeven dat beperkingen in het concrete geval waren toegestaan juist omdat zij niet de inhoud als zodanig betroffen.

6. Rechtsmacht ten aanzien van mediadiensten op aanvraag uit derde landen

De in de Richtlijn AVMD opgenomen voorziening tegen omzeiling biedt uitsluitend uitkomst indien het gaat om mediadiensten op aanvraag die worden aangeboden vanuit een lidstaat. Indien de mediadienst wordt aangeboden vanuit een derde land én er op grond van het vestigingscriterium geen bevoegde lidstaat kan worden aangewezen, dan kan niet tegen de betreffende aanbieder worden opgetreden, althans niet op grond van de Richtlijn AVMD. Dit is ook niet zo verwonderlijk. De Richtlijn AVMD is immers een Europese richtlijn, die alleen werking heeft ten opzichte van lidstaten en derhalve slechts een “level playing field” bewerkstelligt tussen deze lidstaten onderling. Dit betekent dat aanbieders van mediadiensten

⁹ Zie B.J. Drijber, ‘Jurisdictie in de Richtlijn audiovisuele mediadiensten’, *Mediaforum* 2008-2, p. 62-67.

¹⁰ EHRM 28 maart 1990, NJ 1991, 739 (Groppera).

op aanvraag die op grond van de Richtlijn AVMD niet onder enige rechtsmacht van een lidstaat vallen afhankelijk zijn van wat individuele lidstaten in hun nationale recht hebben geregeld. Zo zou het kunnen zijn dat lidstaten bijzondere vestigingseisen stellen (bijvoorbeeld een vergunningsstelsel) of zwaardere eisen met betrekking tot het aanbieden en de inhoud van de betreffende diensten. Lidstaten die geen regels stellen aan dergelijke aanbieders creëren daarmee mogelijk een situatie die voor de betreffende aanbieders gunstiger is dan voor partijen ten aanzien waarvan de Richtlijn AVMD wel van toepassing is. Nederland behoort tot de lidstaten die dergelijke regels niet hebben gesteld. Tegelijkertijd zijn dergelijke aanbieders mogelijk in een goede positie om - voorzover zij onder Europese rechtsmacht willen vallen (omdat daarmee toegang tot de gehele Europese markt wordt gerealiseerd) - aan *cherry picking* te doen en de lidstaat uit te kiezen die het meeste gunstige regime kent.

7. Conclusie

Voor wat betreft de jurisdictie heeft de gewijzigde Richtlijn AVMD ten aanzien van mediadiensten op aanvraag meerdere consequenties. In de eerste plaats vallen mediadiensten op aanvraag onder deze richtlijn, waar dat in het verleden niet het geval was. De jurisdictie bepalingen zijn dusdanig geformuleerd dat mediadiensten op aanvraag eerder buiten de rechtsmacht van de lidstaten zullen vallen dan lineaire diensten. Dit heeft te maken met het feit dat het gebruik van satellieten bij mediadiensten op aanvraag minder gebruikelijk is dan bij lineaire-diensten. De informatieplicht op grond van de Richtlijn AVMD biedt zekere mogelijkheden om de rechtsmachtvraag te beïnvloeden en vraagt zorgvuldig toezicht. Lidstaten hebben de ruimte om strengere regels te stellen ten aanzien van mediadiensten, maar de procedurele omzeilingsregels richten zich tot televisiediensten. Lidstaten lijken daarmee ruimere mogelijkheden te hebben om omzeiling via mediadiensten op aanvraag te reguleren. Tegelijkertijd is de kring van non-lineaire diensten die buiten de werking van de Richtlijn AVMD vallen groter dan die van lineaire diensten. Lidstaten hebben derhalve ruimere bevoegdheden ten aanzien van deze aanbieders uit niet EU-landen.

IV. Toepasselijkheidsproblemen

1. Strikte regels voor audiovisuele mediadiensten op aanvraag

De Richtlijn AVMD heeft striktere regels voor bepaalde mediadiensten op aanvraag ingevoerd. Voor de komst van deze richtlijn vielen deze diensten onder het lichtere rechtsstelsel van de e-commerce richtlijn en richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Nu vallen audiovisuele mediadiensten op aanvraag mede onder het toezicht van de nationale toezichthouders, en moeten aan een veeltal regels voldoen die eerder alleen maar voor televisiediensten golden. Deze betreffen:

- de plicht uitgebreide informatie aan ontvangers te volstrekken;
- inhoudelijke regels (het verbod tot aanzetten van haat);
- reclameregels (herkenbaarheidsvereiste, verbod van sluikreclame en subliminale technieken, verbod van discriminerend en schadelijke reclame, beperkingen van sponsoring en productplaatsing, etc.);
- regels over de bescherming van minderjarigen (verbod op reclame voor alcoholische producten en schadelijke reclame voor minderjarigen, en de plicht tot het opstellen van een gedragscode voor reclame voor minderjarigen);
- uitzendregels (toegankelijkheid voor gehandicapten, geen uitzending buiten de met de houders van rechten overeengekomen tijdvakken, beperkte toegankelijkheid van bepaalde programma's voor minderjarigen) en
- andere regels, zoals de plicht om de vervaardiging van en de toegang tot Europese producties te bevorderen.

De Mediawet verplicht in het verlengde daarvan sinds december 2009 commerciële audiovisuele mediadiensten op aanvraag een redactiestatuut op te stellen, zich bij de Reclame Code Commissie aan te sluiten, melding te maken bij het Commissariaat en toezichtkosten te betalen.

Aanbieders van audiovisuele mediadiensten op aanvraag worden dus opeens met een uitgebreid rechtsstelsel van nieuwe regels geconfronteerd. De vraag welke non-lineaire diensten voortaan onder het nieuwe begrip *mediadienst* vallen is dus van groot (economisch en organisatorisch) belang. In de praktijk zal de toepassing van de nieuwe definities een aantal moeilijke maar belangrijke vragen opwekken. In paragraaf 3 wordt een aantal discussiegevallen besproken. Maar eerst volgt in paragraaf 2 een overzicht over de relevante definities in de gewijzigde Mediawet 2008.

In december 2010 heeft het Commissariaat een consultatiedocument houdende *Beleidsregels omtrent de classificatie van commerciële mediadiensten op aanvraag* openbaar gemaakt, waarin hij verdere criteria voor de classificatie van audiovisuele mediadiensten op aanvraag uitwerkt.¹¹

2. In beginsel een brede definitie van audiovisuele mediadiensten

De Mediawet geeft de volgende definitie van een mediadienst: “dienst die bestaat uit het verzorgen van media-aanbod door middel van openbare elektronische

¹¹ Commissariaat voor de Media, Concept beleidsregels classificatie commerciële mediadiensten op aanvraag 2010, Consultatiedocument, december 2010 (hierna: ‘Beleidsregels classificatie commerciële mediadiensten op aanvraag 2010’ of ‘beleidsregels 2010’).

communicatienetwerken als bedoeld in artikel 1.1, onderdeel h, van de Telecommunicatiewet, waarvoor de verzorger redactionele verantwoordelijkheid draagt” (Art. 1.1). Onder media-aanbod wordt verstaan als “één of meer elektronische producten met beeld- of geluidsinhoud die bestemd zijn voor afname door het algemene publiek of een deel daarvan.”

Dit is een redelijke brede definitie die een groot aantal websites zou kunnen omvatten, zeker naarmate het invoegen van beeld en geluidselementen op websites makkelijker en gebruikelijker wordt. De Nederlandse definities zijn op een aantal punten breder dan de definities in de AVMD. De interpretatie van de criteria *redactionele verantwoordelijkheid* en *bestemd voor afname door het algemene publiek* is dan ook belangrijk om te voorkomen dat bijna iedere website met beeld- of geluidsinhoud in de toekomst onder de Mediawet valt (zie ook paragraaf 3).

Binnen de mediadiensten wordt nog verder onderscheid gemaakt tussen omroepdiensten die via traditionele omroepkanalen worden verspreid,¹² en mediadiensten op aanvraag die bestaan uit *het verzorgen van media-aanbod dat op individueel verzoek en op een moment naar keuze kan worden afgenomen*. Dit richt zich op de zogenoemde *on demand diensten*, die via traditionele omroepkanalen (bijvoorbeeld de kabel) of via internet verkrijgbaar zijn.

3. Vragen omtrent de toepassing van de nieuwe definities

In de volgende paragraaf gaan we aan hand van de definities van de Mediawet op een aantal discussiegevallen in.

3.1 Niche-markten

Volgens de definitie in de Mediawet (*voor afname door het algemene publiek of een deel daarvan*) zijn audiovisuele mediadiensten alleen massamediale diensten, d.w.z. diensten die door een significant deel van het publiek ontvangen kunnen worden, en ook daarvoor bestemd zijn.

Volgens vele communicatie experts worden non-lineaire mediadiensten door toenemende fragmentarisering van het publiek gekenmerkt. Het begrip *significant deel van het publiek*, dat nog uit de pre-internet tijd stamt, kan zeker niet één-op-één op het internet toegepast worden. Vele audiovisuele mediadiensten op aanvraag zullen maar weinig kijkers trekken, of ten minste minder dan vergelijkbare themakanalen in bijv. Pay-TV programma's. Vanaf welk moment vallen niche mediadiensten op aanvraag niet meer onder de Mediawet? En welk publiek telt bij de bepaling mee: alleen het Nederlandse publiek, het Nederlandstalige publiek, of de hele wereld?

Ook biedt convergentie toegang tot nieuwe niches in het publiek. Dankzij convergentie kunnen bijvoorbeeld videodiensten zich nu specifiek op gamers richten en via spelcomputers toegankelijk gemaakt worden. ‘Videodiensten die te ontvangen zijn met settop boxen of spelcomputers kunnen ook tot massamedia worden gerekend, ook als zij zich op bepaalde niche-markten begeven’, zo schrijft de Commissariaat in de toelichting op de concept beleidsregels december 2010.

¹² Mediadienst die betrekking heeft op het verzorgen van media-aanbod dat op basis van een chronologisch schema dat is vastgesteld door de instelling die verantwoordelijk is voor het media-aanbod, al dan niet gecodeerd door middel van een omroepzender of een omroepnetwerk wordt verspreid voor gelijktijdige ontvangst door het algemene publiek of een deel daarvan.

3.2 Particulier aangeboden

Zoals hiervoor aangegeven, vallen alleen massamedia onder de definitie van een audiovisuele mediadienst. Overweging 16 van de Richtlijn AVMD voegt daaraan nog toe dat audiovisuele mediadiensten een duidelijke impact op het publiek moeten kunnen hebben. Websites van particuliere websites die niet gericht zijn op het publiek zijn in principe van de definitie uitgesloten, maar mogen niet concurreren met televisie-uitzendingen. Met deze eis wilde men voorkomen dat websites van particuliere gebruikers, het verspreiden van audiovisuele inhoud door particulieren via sociale netwerken, zogenoemde User Generated Content Platformen of filesharing voortaan ook gereguleerd zouden worden. In de Mediawet is deze specificatie niet terug te vinden.

Het is aannemelijk dat websites van particulieren (met beeld en geluidselementen) die *duidelijk niet bestemd zijn* voor ontvangst door het brede publiek, niet onder de Mediawet vallen (zie 4.1). Dat zou bijvoorbeeld voor persoonlijke profielen op sociale netwerken gelden die door een password beschermd zijn. Maar hoe zit het met bijv. particuliere themakanalen op sites als YouTube, 123video of onbeveiligde websites? Deze richten zich over het algemeen aan iedereen die de inhoud wil zien. Door het ontbreken van de kwalificerende criteria *duidelijke impact op het publiek* en *niet mogen concurreren met televisie-uitzendingen* is de kans groter dat dergelijk particuliere aanbod onder de Mediawet zou kunnen vallen.

Toegegeven, ook de criteria *duidelijke impact op het publiek* en *niet mogen concurreren met televisie-uitzendingen* zijn nogal vaag en weinig meetbaar. Er ontbreken in de Mediawet dus ook meer meetbare criteria om websites en bijdragen van particulieren uit te sluiten, zoals bijv. in de Duitse mediawet.¹³ In tegenstelling tot de situatie in Duitsland lijkt het nieuwe Vlaamse Mediadecreet van 27 maart 2009 wel particuliere bijdragen te omvatten, maar onderwerpt deze alleen aan enkele regels (bijv. het verbod tot haat en geweld aan te sporen).

In Nederland was overweging 16 van de Richtlijn AVMD ook aanleiding voor vragen in de Eerste Kamer. De vraag was o.a. of de regering hierover een opvatting heeft of het oordeel geheel overlaat aan het Commissariaat. Het laatste is het geval. Het Commissariaat heeft vervolgens bepaald dat van een massamediaal karakter alleen dan sprake is als de dienst zich primair richt op informatie, educatie of vermaak van het algemene publiek of delen daarvan, leunend op de definitie in de AVMD.¹⁴ De definitie van het Commissariaat sluit particuliere diensten nog niet per se uit. Op het internet hebben alle openbaar toegankelijke diensten een massamediaal karakter.

Een andere vraag is of het vanuit de uitgangspunten van bescherming van het publiek en de mededinging onder omstandigheden wenselijk kan zijn bepaalde regels van de Mediawet op de particuliere aanbieder van publiek toegankelijke video inhoud van toepassing te verklaren. Noch de Nederlandse wetgever, noch het Commissariaat buigen zich over deze vraag. Voor de vraag of particuliere diensten wel of niet als dienst te kwalificeren zijn is het niet noodzakelijk dat de amateur zelf inkomsten genereert. Het Europese Hof heeft voor het geval van amateursporters geoordeeld dat ook amateurs een commerciële activiteit kunnen

¹³ Duitsland heeft een minimum aantal van potentiële gebruikers aan de definitie van mediadienst bijgevoegd. Alle diensten die onder dit limiet vallen, of die duidelijk persoonlijke of familiale doelen dienen vallen niet onder het Duitse begrip mediadienst.¹³

¹⁴ Art. 6 Beleidsregels classificatie commerciële mediadiensten op aanvraag 2010.

beoefenen als niet zij maar de organisatoren van sport evenementen commercieel profiteren.¹⁵ De situatie van amateursporters is vergelijkbaar met die van gebruikers van commerciële UGC sites, met het gevolg dat ook particuliere amateurs als aanbieder van een mediadienst op aanvraag gezien zouden kunnen worden. Ook volgens het Commissariaat is het ontbreken van een winsttoegmerk op zich niet voldoende om een activiteit als niet-economisch te beschouwen.¹⁶

3.3 YouTube & Co.

Niet minder onduidelijk is de positie van zogenoemde *User Generated Content* platformen. Anders dan de Richtlijn AVMD aanneemt, zouden bepaalde User Generated Content platformen wel kunnen concurreren met televisie uitzendingen (en doen het al). Ook richten diensten zoals YouTube, Veoh, Dailymotion of PandoraTV zich vaak op het hele internet publiek. Naarmate hun populariteit stijgt, zouden ze dus wel een behoorlijke impact kunnen hebben op het publiek. Betekent dat dat Nederlandse versies van YouTube¹⁷ & Co, zoals 123Video, Dumpert of MyVideo wel onder de Mediawet zouden kunnen vallen?

Een belangrijk aspect hierbij is de vraag of User Generated Content platformen redactionele verantwoordelijkheid uitoefenen. In Nederland wordt redactionele verantwoordelijkheid gedefinieerd als: “het uitoefenen van effectieve controle over: a. de keuze van het media-aanbod; en b. de ordening van het media-aanbod in een chronologisch schema voor wat betreft programma’s, of in een catalogus voor wat betreft het media-aanbod van mediadiensten op aanvraag”(Art 1.1 Mediawet). Het Commissariaat voegt in haar consultatiedocument toe dat een catalogus “de ordening van het videoaanbod in een databank die het videoaanbod voor de gebruiker toegankelijk maakt”.¹⁸ Het valt op dat de definitie van het Commissariaat alleen betrekking heeft op het videoaanbod, niet op het audioaanbod.

Volgens deze definitie zullen vele User Generated Content platformen geen redactionele verantwoordelijkheid uitoefenen omdat gebruikers het initiatief nemen om content te posten, en niet de beheerders van de platformen. Daarbij rijst de vraag of er een onderscheid gemaakt dient te worden tussen het platform en de diensten die via de platform aangeboden worden. Zelfs als een YouTube-achtig platform geen redactionele controle uitoefent, kunnen aanbieders van themakanalen op dit platform dit wel doen.

Andere platformen zullen wel redactionele controle uitoefenen. Een toenemend aantal van User Generated Content platformen sluiten inmiddels ook contracten met professionele aanbieders van mediacontent om deze op hun sites aan te bieden (bijv. YouTube) of selecteren amateur content en bieden deze op een prominente plek aan (bijv. in het kader van DailyMotion’s *Motionmaker programma*). Het onderscheid waarover de aanbieder wel en waarover hij geen redactionele controle uitoefent vervaagt dan.

Onduidelijk is de situatie als een User Generated Content platform niet zelf controle over keuze en ranking uitoefent maar deze aan gebruikers overlaat. Denk aan de toenemende populaire peer-review systemen op bijvoorbeeld 123Video, waar gebruikers zelf bepalen op

¹⁵ HvJ EG, 11 april 2000, gevoegde zaken C-51/06 en C-191/96 (Deliège).

¹⁶ Beleidsregels classificatie commerciële mediadiensten op aanvraag 2010, Toelichting, No. 21.

¹⁷ Voor gegevens over de vraag of YouTube zelf onder het Mediawet zou kunnen vallen, zie Hoofdstuk III (jurisdictie) in dit rapport.

¹⁸ Art. 2.b Beleidsregels classificatie commerciële mediadiensten op aanvraag 2010.

welke positie content komt te staan. Er ontbreken nog criteria onder welke voorwaarden deze vorm van controle ook de aanbieder van het platform toegerekend kan worden.

In de toelichting op het concept beleidsregels sluit het Commissariaat op basis van het criterium *redactionele verantwoordelijkheid* video hosting sites in beginsel uit als commerciële mediadienst op aanvraag, omdat de exploitant van de site over het algemeen geen redactionele verantwoordelijkheid heeft. Deze situatie kan veranderen. Bovendien signaleert de Studiecommissie dat er video hosting sites zijn die via contracten met rechthebbenden wel redactionele verantwoordelijkheid lijken te dragen en daarnaast User Generated Content aanbieden (geen verantwoordelijkheid).

3.4 Zoekmachines en websites die functioneren op basis van een catalogus

Zoals hiervoor aangegeven, zijn de Nederlandse en de Europese definities van redactionele verantwoordelijkheid behoorlijk breed. Effectieve controle kan ook geautomatiseerde controle omvatten, met als gevolg dat bijvoorbeeld audiovisuele zoekmachines onder de Mediawet zouden kunnen vallen.

Ook het begrip *catalogus* in de Mediawet en de Richtlijn AVMD is breed. Bijna iedere website die media content aanbiedt heeft een catalogus om de site doorzoekbaar te maken. Betekent dit dat sites zoals de van de Stichting Beeld en Geluid, www.islaam.nl of www.consumentenbond.nl, die ook videocontent op aanvraag aanbieden onder de Richtlijn AVMD en de Mediawet vallen?

Volgens de Richtlijn AVMD zal de site van de consumentenbond niet onder de Mediawet vallen, omdat audiovisuele mediadienst alleen diensten zijn “met als hoofddoel de levering aan het algemene publiek van *programma*’s ter informatie, vermaak of educatie” (Art. 1 van de Richtlijn AVMD). Het is zeker niet de primaire bedoeling van de consumentenbond audiovisuele programma’s te leveren.

De Nederlandse wetgever heeft deze kwalificatie niet overgenomen met als gevolg dat de definitie van een audiovisuele mediadienst breder is. Het Commissariaat lijkt een afwijkend criterium te willen hanteren en bepaalt dat het hoofddoel van commerciële mediadiensten op aanvraag het aanbieden van *video*’s moet zijn. Deze video’s mogen “geen zuiver ondergeschikt belang dienen en de commerciële mediadienst op aanvraag moet een volwaardig, zelfstandig te gebruiken dienst” zijn.¹⁹ Dit komt volgens het Commissariaat tot uiting in “de geboden functionaliteit en de presentatie van de dienst, en daarmee de herkenbaarheid voor het publiek”.²⁰ Het lijkt inderdaad nuttig om, zoals het Commissariaat het doet, naar de presentatie van de dienst en het perspectief van de gebruiker te kijken. De zoekmachine of de site van de consumentenbond zijn op grond hiervan duidelijk geen commerciële mediadiensten.

De Mediawet kent wel een definitie van *programma*, en ook op grond van deze definitie zal de website van de consumentenbond niet onder de Mediawet vallen: “elektronisch product met beeld- of geluidsinhoud dat duidelijk afgebakend is en zodanig herkenbaar *onder een afzonderlijke titel via een omroepdienst* wordt verspreid.” Maar het begrip *programma* maakt, verwarrend genoeg, niet deel uit van de definitie van een mediadienst. Ook lijkt het verzorgen

¹⁹ Art 5 Concept beleidsregels Commissariaat.

²⁰ Art. 5.1 en 2 Beleidsregels classificatie commerciële mediadiensten op aanvraag 2010.

van een programma onder de Mediawet beperkt te zijn tot diensten die via traditionele omroepkanalen worden verspreid.

Bij wijze van tussenconclusie valt op te merken dat het begrip *redactionele controle* vaag is en vele vragen open laat. De Richtlijn AVMD laat het aan de lidstaten over om bepaalde aspecten van de definitie van redactionele verantwoordelijkheid, vooral het begrip *effectieve controle*, nader te specificeren (Overweging 23). In Nederland is dat niet gebeurd. Dat neemt niet weg dat andere landen dit wel kunnen doen. Het blijft de vraag in hoeverre dit zal leiden tot afwijkende oplossingen in de lidstaten met als gevolg dat harmonisatie op het punt van de toepasselijkheid niet kan worden bereikt.

3.5 Non-commerciële diensten

Vele bepalingen in de Mediawet richten zich vooral op zogenoemde *commerciële mediadiensten op aanvraag*: diensten die door een commerciële media-instelling worden verzorgd en waarbij het media-aanbod betrekking heeft op producten met bewegende beeldinhoud al dan niet mede met geluidsinhoud (Art. 3.29a Mediawet).

De vraag is hoe het Commissariaat het begrip *commercieel* zal interpreteren. Vooral op het internet zullen vele diensten niet (alleen) door reclame gefinancierd worden, maar ook bijv. door het verzamelen van persoonlijke data. Een voorbeeld is de verspreiding van audiovisuele content via sociale netwerken (zogenoemde social broadcasting sites), zoals hyves.tv, kyte.tv of blog.tv. Het Europees Hof hanteert terzake een ruime opvatting van het begrip ‘commercieel’.²¹

3.6. Streaming

De Mediawet maakt onderscheid tussen commerciële omroepdiensten, i.e. diensten die via de traditionele kanalen worden uitgezonden, en commerciële mediadiensten op aanvraag. Onder geen van beide definities vallen zogenoemde streaming diensten als KanalenKiezer.nl of Cinematvlive.nl, die, onder meer, traditionele programma’s tegelijkertijd via het internet uitzenden. Daarbij gaat het om vormen van streaming, waarbij de kijker niet kan bepalen, wanneer het programma begint, vergelijkbaar met traditionele (lineaire) televisie. Dit leidt tot de merkwaardige situatie dat hetzelfde programma onder verschillende regels valt (mediarecht en e-commerce recht), afhankelijk of gebruikers het via een TV-kanaal of internet bekijken.

3.7 Websites van kranten

Volgens de Richtlijn AVMD vallen elektronische versies van kranten en tijdschriften niet onder het mediarecht (overweging 21). Nederland lijkt daar een kanttekening bij te zetten. Volgens de minister vallen websites van kranten “die als hoofddoel het aanbieden van programma’s hebben” wel onder de werking van de Mediawet.²² In praktijk bieden kranten en tijdschriften op hun websites in toenemende mate ook video aan en zullen daarmee wel onder de Mediawet kunnen vallen. Het Commissariaat voegt hieraan toe dat de commerciële mediadienst op aanvraag wel een volwaardige, zelfstandig te gebruiken dienst moet zijn.²³ Het valt te bezien hoe handhaafbaar dit onderscheid in de praktijk is.

²¹ HvJ, C-196/87 (*Udo Steymann v Staatssecretaris van Justitie*), 5 oktober 1988, Rec.1988, p.6159, paragraaf 14; HvJ, C-157/99 (*Smits en Peerbooms*), 12 juli 2001, Rec.2001, p.I-5473, paragraaf 58.

²² Nota naar aanleiding van het verslag, p. 4.

²³ Art. 5.1 en 2 Beleidsregels classificatie commerciële mediadiensten op aanvraag 2010.

3.8 Connected tv, Settop boxen en andere devices

De Studiecommissie signaleert dat er diverse ontwikkelingen zijn waarbij de consument video via de tv kan zien, door middel van *devices*, zoals een settop box, spelcomputer, of gewoon via de smart tv (ook wel *connected tv* genoemd). Daarbij is er in sommige gevallen sprake van een veelvoud van kanalen, op diverse platforms (kabel, ether, satelliet, internet of mobiele netwerken). Ook is het soms mogelijk om een laag over het beeld te laten zien. Hierbij werken vaak verschillende partijen samen, en daardoor kan het lastig kan zijn om te bepalen wie redactionele verantwoordelijkheid heeft. Volgens het Commissariaat kan maar één aanbieder redactioneel verantwoordelijk zijn. Hebben meerdere aanbieders invloed op de keuze en organisatie van de programma's, dan moet de aanbieder met de *'doorslaggevende invloed op de keuze van het aanbod'* als verantwoordelijke partij worden aangewezen.²⁴

Voorts zal bij connected tv vaak sprake zijn van een mix van mediadiensten: lineaire tv, mediadiensten op aanvraag en streaming diensten. Het zal niet altijd duidelijk zijn welk deel van welke dienst onder welk regime valt.

4. Conclusie

De Mediawet heeft een grote hoeveelheid nieuwe regels voor diensten op aanvraag ingevoerd. Deze regels zijn gemotiveerd vanuit het streven voor televisie en voor televisie-achtige diensten een vergelijkbaar *level playing field* te scheppen.

Door de redelijk brede definitie van mediadienst op aanvraag is het aannemelijk dat straks een grote hoeveelheid websites formeel onder de Mediawet valt. Daaronder zullen ook diensten kunnen vallen als zoekmachines, User Generated Content Platforms, particuliere websites en bepaalde website van kranten. De twee belangrijkste vragen voor de toekomst zullen dan ook zijn: hoe valt schadelijke overregulering te voorkomen? En: hoe gaat het Commissariaat met de onvermijdelijke rechtsonzekerheid onder particulieren en iedereen die geluid- en beeldmateriaal op zijn site aanbiedt om? Het gevaar van overregulering is bijzonder evident voor het geval van particuliere aanbieders die onder de bestaande definities zouden kunnen vallen. Ook is te vrezan dat, nu de Richtlijn AVMD de lidstaten expliciet ruimte laat om sleutelbegrippen als *redactionele controle* nadere invulling te geven, harmonisatie alleen maar deels zal kunnen worden bereikt. Het resultaat kan rechtsonzekerheid en forum shopping opleveren. Niet minder van belang is de vraag hoe het Commissariaat met *mixed* diensten omgaat, i.e. sites die zowel streaming als ook inhouden op aanvraag en/of lineaire tv aanbieden. Als het Commissariaat in toekomst niet alleen een grote hoeveelheid sites in de gaten moet houden, maar ook per onderdeel verschillende regels moet toepassen is effectief toezicht op mediadiensten op aanvraag moeilijk.

²⁴ Art. 8.1 en 2 Beleidsregels classificatie commerciële mediadiensten op aanvraag 2010.

V. Sponsoring, productplaatsing en (sluik)reclame in mediadiensten op aanvraag

1. Inleiding

Zowel de AMVD richtlijn als Titel 3.2 van de Mediawet onderscheiden drie verschillende vormen van audiovisuele commerciële communicatie: (i) sponsoring, (ii) productplaatsing en (iii) reclame en telewinkelen.

De regels ten aanzien van reclame- en telewinkelm maxima en programmaonderbrekende reclame betreffen in de Mediawet voornamelijk televisie-uitzendingen. De inhoudelijke reclamebepalingen zijn opgenomen in de Nederlandse Reclame Code waarop hieronder wordt teruggekomen.

Voor mediadiensten op aanvraag zijn dus voornamelijk de regels met betrekking tot sponsoring en productplaatsing van belang. De vraag dringt zich op of de regelgeving, die aanvankelijk voor commerciële communicatie via lineaire diensten is ontwikkeld, wel op dezelfde manier kan worden toegepast op mediadiensten op aanvraag. Er zijn bijvoorbeeld veel meer mogelijkheden tot het doen van concrete uitnodigingen tot aankoop bij non-lineaire productplaatsing en sponsoring. Het is de vraag hoe de Wet Oneerlijke Handelspraktijken zich hiertoe verhoudt.

2. Sponsoring & productplaatsing

De Europese wetgever heeft voor productplaatsing een restrictiever regime voorgesteld dan voor sponsoring. Voor sponsoring schrijft de Richtlijn AVMD een "ja, mits-regime" voor, voor productplaatsing geldt een "nee, tenzij-regime".

Het onderscheid tussen sponsoring en productplaatsing is echter minder groot dan het in eerste instantie lijkt. Voor het tonen van producten van sponsors kent het Nederlandse systeem een vrij uitgebreide regeling in de toelichting op artikel 11 van de Beleidsregels Sponsoring Commerciële Omroep 2005 (BSCO). De noties die ten grondslag liggen aan deze regeling zijn dezelfde als die ten grondslag hebben gelegen aan het invoeren van het productplaatsingsregime: de redactionele onafhankelijkheid moet zijn gewaarborgd, de betreffende producten mogen niet worden aangeprezen of overmatige aandacht krijgen en in beide gevallen geldt dat de productplaatsing- respectievelijk de sponsorovereenkomst duidelijk kenbaar moet zijn voor de kijker.

Het belangrijkste verschil is dat, in het geval van productplaatsing, de verwijzing naar een product is ingebed in de actie van een programma. Dit verklaart ook waarom in de definitie in artikel 1 onder m de bewoording "binnen het kader van" is opgenomen. Verwijzingen naar een sponsor kunnen daarentegen worden getoond tijdens een programma, maar maken geen onderdeel van de plot, zo verduidelijkt punt 61 van de Considerans in de Richtlijn AVMD.

Verder geldt bij productplaatsing een zwaardere informatieplicht: het publiek moet niet alleen aan het begin en aan het eind van het programma worden geïnformeerd, maar ook aan het begin of eind van de programmaonderbrekende reclameboodschappen. In de praktijk zal dit echter weinig verschil uitmaken omdat sponsorvermeldingen op grond van de BSCO in

vrijwel alle gevallen ook rond de programmaonderbrekende reclameblokken worden uitgezonden. Productplaatsing mag ook maar in een beperkt aantal programmacategorieën worden opgenomen. Het zal vooral van de door het Commissariaat nader in te vullen categorie *lichte amusementsprogramma's* afhangen of deze beperking in de praktijk ook daadwerkelijk effect zal hebben. Tot slot kan bij productplaatsing in de contracten worden opgenomen dat de adverteerder betaalt voor het tonen en vermelden van zijn producten. Bij het tonen en vermelden van producten van een sponsor levert betaling hiervoor door de sponsor een bewijs van sluikreclame op (definitie sluikreclame in artikel 1.1 Mediawet).

Gelet op de overwegingen van de wetgever waarin wordt gesteld dat het doel van productplaatsing *het promoten* van een product is en dit product in positieve zin genoemd mag worden lijkt de verwachting gerechtvaardigd dat het Commissariaat, bij het vaststellen van een beleidsregel inzake productplaatsing, een iets ruimere interpretatie zal geven aan het huidige sponsorregime waar het gaat om productplaatsing.²⁵

Het onderscheid tussen productplaatsing en sponsoring doet dus enigszins gekunsteld aan en is te meer in een online/non-lineaire omgeving moeilijk te maken omdat sponsors daar de gelegenheid hebben gelijktijdig met de verspreiding van het door hen gefinancierde programma te adverteren, waardoor hun producten misschien wel geen deel uitmaken van de plot maar daar door het publiek wel mee geassocieerd zullen worden.

3. Sponsoring en productplaatsing toegepast in een mediadienst op aanvraag

Stel dat in een nationale soapserie productplaatsing/sponsoring wordt gebruikt om reclame te maken voor een online postorderbedrijf, dat we voor het gemak hier *Click&Buy* noemen. Via de site van de betrokken omroep, kan (de gemiste uitzending van) het programma opnieuw worden bekeken. Voorafgaand aan de soap krijgt de kijker een mediarechtelijk juiste melding van productplaatsing danwel sponsoring in beeld te zien, met daaronder de naam Click&Buy. De informatievoorziening voldoet in principe aan de informatieverplichting uit de Wet Oneerlijke Handelspraktijken en de Mediawet 2008. Op de site waar het programma aangeboden wordt, staat vervolgens vermeld: "Bestel nu online de producten die u ziet in de serie op www.click-buy.nl".

De eerste vraag is of hier sprake is van sponsoring dan wel productplaatsing. Door de gelijktijdigheid van de uitzending en de advertentie, is daar vooralsnog geen eenduidig antwoord op te geven: hier zou sprake kunnen zijn van sponsoring omdat het product geen onderdeel uitmaakt van de plot (de sponsor adverteert slechts aanhakend) terwijl ook goed valt te betogen dat het product door deze wijze van aanhakend adverteren binnen het kader van het programma wordt uitgezonden.

De hamvraag is of een in het programma toelaatbare vorm van productplaatsing of sponsoring toch kan worden verboden wanneer deze te sterk wordt benadrukt door omringende reclame-uitingen. Met betrekking tot bovengenoemd voorbeeld kan worden betoogd dat de kijker rechtstreeks wordt aangespoord tot aankoop van Click&Buy-goederen maar ook valt te beargumenteren dat de vermelding op de website buiten het programma is geplaatst, vergelijkbaar met bijvoorbeeld een krantenadvertentie, en daardoor niet meer relevant is in de beoordeling van de toelaatbaarheid van de productplaatsing of sponsoring.

²⁵ TK, vergaderjaar 2008-09, 31 876, nr. 3, pag. 8 en 23/24.

Een volgende vraag is of banners of andere aanhakende reclame-uitingen op een website een indicator kunnen zijn dat de redactionele verantwoordelijkheid in het gedrang is gekomen. Alhoewel een aanhakend reclamespot in op een televisieprogramma aansluitend reclameblok op televisie niet geheel ongebruikelijk is (denk aan uitzendingen van internationale voetbalevenementen), is de volgtijdelijkheid daarvan nog altijd minder direct dan de gelijktijdige uitingen in een non-lineaire omgeving. Het op elkaar afstemmen van uitzending en advertentie zou kunnen worden opgevat als een schending van de redactionele onafhankelijkheid maar een redactie zou er ook zelf voor kunnen kiezen om deze aansluiting bij de adverteerder te zoeken.

Dat de advertentie, nu deze stilstaand beeld betreft, niet tot het onder toezicht staande media-aanbod wordt gerekend en daarmee niet relevant is in de beoordeling van dit soort vragen lijkt een te makkelijke uitweg: de gelijktijdigheid waarmee dit soort uitingen in mediadiensten op aanvraag kunnen worden geplaatst kan dermate indringend zijn dat deze niet zondermeer kan worden genegeerd in de beoordeling van de toelaatbaarheid van dit soort uitingen. Oude noties als scheiding tussen redactie en commercie en vooral de kenbaarheid van sponsoring en productplaatsing zullen waarschijnlijk de sleutel kunnen zijn om hier in de toekomst een consistent antwoord op te vinden. Duidelijke informatie aan het publiek over de belangen die een adverteerder heeft bij commerciële uitingen in een programma en een scheiding, op wat voor wijze dan ook, tussen commerciële uitingen en de redactionele inhoud, lijken de instrumenten om sponsoring en productplaatsing mediarechtelijk toepasbaar te maken bij mediadiensten op aanvraag.

4. Aansprakelijkheid

We moeten ons realiseren dat de websiteaanbieder niet dezelfde partij hoeft te zijn als de mediadiensten-aanbieder van het non-lineaire programma. Daarnaast hoeft de websiteaanbieder ook niet de handelaar van het product te zijn. In theorie zijn er dus minstens drie partijen mogelijk aansprakelijk voor een reclame-uiting op het Internet die de grenzen van het toelaatbare overschrijdt. Wie dient uiteindelijk te worden aangesproken? De websiteaanbieder die de *reclame-uitingen* heeft geplaatst, de handelaar voor wiens product reclame wordt gemaakt, of de mediadiensten-aanbieder wegens zijn ontoelaatbare productplaatsing dan wel sponsoring in de non-lineaire-content? Wat als het een het ander beïnvloedt? Kunnen zij dan alleen worden aangesproken op dezelfde gronden? Een omroep kan naast aanbieder van audiovisuele mediadiensten,²⁶ tevens worden beschouwd als handelaar in de zin van de Richtlijn OHP.²⁷ Dit volgt uit het gegeven dat ook degene die in naam van of voor rekenschap van de handelaar optreedt, wordt aangemerkt als 'handelaar'.²⁸ Het is dus aannemelijk dat een omroep als provider van audiovisuele mediadiensten, die ten behoeve van een handelaar/adverteerder handelt door middel van audiovisuele commerciële communicatie, zelf ook wordt aangemerkt als handelaar. Dit heeft gevolgen voor de aansprakelijkheid van de omroep. Terwijl de handelaar/adverteerder slechts onderworpen is aan de regels uit de Richtlijn OHP, kan de omroep in geval van overtreding van regels

²⁶ Art. 1 sub a en d Richtlijn AVMD.

²⁷ Art. 2 sub b en d Richtlijn OHP.

²⁸ Art. 2 sub b Richtlijn OHP. Onder handelaar wordt verstaan: een natuurlijke persoon of rechtspersoon die die handelspraktijken verricht die onder deze richtlijn vallen en die betrekking hebben op zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit, alsook degene die in naam van of voor rekenschap van hem optreedt.

betreffende sluikreclame of productplaatsing, zowel aansprakelijk worden gesteld op grond van geïmplementeerde regelgeving uit de Richtlijn AVMD als uit de Richtlijn OHP.

Voor zover de websiteaanbieder niet dezelfde partij is als de aanbieder van de audiovisuele mediadiensten, is het maar de vraag of de websiteaanbieder gebonden is aan het bepaalde in de Richtlijn AVMD. Immers, onder de definitie van audiovisuele mediadienst vallen alleen massamedia. Websites die niet als hoofddoel het aanbieden van programma's hebben, vallen hier in beginsel buiten. Als voorbeeld geeft de Richtlijn AVMD websites die weliswaar audiovisuele elementen bevatten, maar enkel en alleen ter ondersteuning, zoals grafische animaties, korte advertentiespots of informatie in verband met een product.²⁹ Wat te doen met een website waarop verscheidene producten van verschillende handelaren worden aangeboden, waarbij de website eveneens (stukken van) een soapserie toont waarin het product voorkomt, maar deze soapserie slechts dient ter ondersteuning van de non-lineaire reclame op de rest van de website? De hoofdzaak van de website is dan niet het aanbieden van programma's, maar het adverteren voor producten. Toch vindt ook hier productplaatsing plaats waarbij overmatige aandacht aan het product wordt gegeven door de overige informatie op de website.

5. Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken

Internet biedt meer technische mogelijkheden dan de wetgever wellicht heeft voorzien. Is dit een probleem of dekt de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken (hierna: Richtlijn OHP) zoals deze is geïmplementeerd in het Burgerlijk Wetboek (art. 6:193a BW e.v.) bovenstaande voorbeelden al voldoende af?

Ook in gevallen dat de Richtlijn AVMD van toepassing is, kan de Richtlijn OHP van toepassing zijn. Dit blijkt onder meer uit het verbod op sluikreclame, dat zowel is opgenomen in bijlage 1, punt 11 van de Richtlijn OHP, als in art. 3 sexies lid 1 sub a Richtlijn AVMD. Als gevolg hiervan kunnen adverteerder (o.g.v. Richtlijn OHP) én omroep (o.g.v. Richtlijn OHP en Richtlijn AVMD) aansprakelijk worden gesteld voor misleidende handelspraktijken.

In de Richtlijn AVMD wordt deze dubbele toepassing nog eens bevestigd. Zo wordt in ov. 56 vermeld dat de Richtlijn OHP, *de onder de AVMD-richtlijn vallende activiteiten daargelaten*, van toepassing is op oneerlijke handelspraktijken, zoals misleidende en agressieve praktijken die in audiovisuele mediadiensten worden toegepast.³⁰ De cursief gedrukte bijzin houdt in dat de toepassing van bepalingen uit de Richtlijn OHP geen afbreuk mag doen aan de door de Richtlijn AVMD gecoördineerde activiteiten ten aanzien van de productie (zoals sponsorregels), presentatie (waaronder reclame en sluikreclame) en inhoud (zoals regels betreffende tabak en alcohol). Een aanvullende werking van de Richtlijn OHP is echter niet uitgesloten. Sponsoring en/of productplaatsing in een mediadienst op aanvraag mag dan ook geen oneerlijke handelspraktijk zijn.

De Richtlijn OHP, waarop de Wet Oneerlijke Handelspraktijken is gebaseerd, schrijft volledige harmonisatie voor. Dit betekent dat de Lidstaten geen strengere, maar ook geen minder strenge regels mogen stellen.

²⁹ Ov 16-18 Richtlijn AVMD.

³⁰ Ov. 56 AVMD-richtlijn.

In de Wet Oneerlijke Handelspraktijken staat sluikreclame op de zwarte lijst van praktijken die onder alle omstandigheden misleidend zijn. De wettekst van artikel 193g aanhef en sub k BW luidt hierover als volgt: *'De volgende handelspraktijken zijn onder alle omstandigheden misleidend: (...) k. redactionele inhoud in de media, waarvoor de handelaar heeft betaald, gebruiken om reclame te maken voor een product zonder dat dit duidelijk uit de inhoud of uit duidelijk voor de consument identificeerbare beelden of geluiden blijkt.'*³¹ Deze bepaling moeten we in het licht van de Richtlijn OHP lezen. In de Richtlijn OHP heeft de Europese wetgever aan deze bepaling over sluikreclame toegevoegd, dat zulks onverminderd het bepaalde in de Richtlijn TZG heeft te gelden. Wat betekent dit nu?

De Richtlijn OHP verbiedt sluikreclame in haar zwarte lijst. Vormen van productplaatsing en sponsoring die niet aan de voorwaarden uit de Richtlijn AVMD voldoen, kunnen onder het sluikreclame-verbod van zowel de Richtlijn OHP als de Richtlijn AVMD vallen. Het verbod op sluikreclame in de Richtlijn OHP ziet echter niet op vormen van productplaatsing en sponsoring die toelaatbaar zijn onder de Richtlijn AVMD. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat de lidstaten op grond van de Richtlijn AVMD uiteraard wel strengere regels hebben mogen opstellen voor productplaatsing en sponsoring.

Zoals uit het bovenstaande blijkt, dient productplaatsing te voldoen aan de voorwaarde uit de Richtlijn AVMD, onder meer dat de kijkers duidelijk moeten worden gewezen op de aanwezigheid van productplaatsing. Programma's die productplaatsing bevatten dienen als zodanig op passende wijze te zijn aangeduid om verwarring bij de kijker te voorkomen. Gebeurt dit niet, dan is er sprake van (zowel in de Richtlijn OHP als in de Richtlijn AVMD verboden) sluikreclame.

Dit betekent echter nog niet, dat toegestane productplaatsing niet misleidend kan zijn in de zin van de Wet Oneerlijke Handelspraktijken. In het geval informatie over een product niet overmatig of aanprijzend in een programma is verwerkt maar wel evident onjuist is kan het zo zijn dat de uiting als toelaatbare productplaatsing wordt aangemerkt maar in strijd komt met de Wet Oneerlijke Handelspraktijken. Immers, ook productplaatsing is commerciële communicatie en dus een handelspraktijk in de zin van art. 193a lid 1 sub d BW.

De Wet Oneerlijke Handelspraktijken schrijft onder meer in art. 193d lid 2 BW voor dat in iedere handelspraktijk geen essentiële informatie, die nodig is om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, mag ontbreken waardoor de gemiddelde consument een besluit neemt of kan nemen, welke hij anders niet had genomen. Ook is van een misleidende omissie sprake wanneer essentiële informatie op een onduidelijke of dubbelzinnige wijze verstrekt wordt of het commerciële oogmerk niet laat blijken. Bij de beoordeling of essentiële informatie is weggelaten, wordt rekening gehouden met de beperkingen van het communicatiemedium. Dit betekent dat waar ruimte is om de naam van de handelaar te plaatsen, men dat zou moeten doen. Informatie over de klantenservice of de geschiktheid voor het gebruik zou echter, gelet op de beperkingen van het medium, achterwege kunnen blijven. Overigens wordt bij de beoordeling of essentiële informatie bij het programma met productplaatsing ontbreekt ook rekening gehouden met maatregelen die de handelaar genomen heeft om de informatie langs andere wegen ter beschikking van de consument te stellen. Denk daarbij bijvoorbeeld aan een vermelding van de website van de handelaar. Heeft

³¹ Dit artikellid is eveneens in de reclamecode opgenomen in artikel 8.5 bijlage 1 sub 10 NRC, met dit verschil dat artikel 6:193 g sub k BW spreekt van "handelaar", en artikel 8.5 bijlage 1 sub 10 NRC spreekt van adverteerder.

de adverteerder daaraan gedacht, dan is er minder snel sprake van een omissie. Echter, de grens tussen voldoen aan een informatieverplichting (goed!) en overmatige aandacht (fout!) is voorsnog onduidelijk.

6. Nederlandse Reclame Code

De regels uit de Richtlijn OHP zijn niet alleen door de Nederlandse wetgever geïmplementeerd in de Wet Oneerlijke Handelspraktijken, maar ook door de Stichting Reclame Code (SRC) in de Nederlandse Reclame Code (NRC). Zo bepaalt artikel 7 dat reclame niet oneerlijk mag zijn, waarbij geldt dat misleidende en agressieve reclame in ieder geval oneerlijk zijn. Wat onder misleidende reclame valt, wordt gedefinieerd in artikel 8 NRC. De NRC zoekt daarbij een duidelijke aansluiting bij de Richtlijn OHP. Een belangrijk verschil is echter dat, in tegenstelling tot de Richtlijn OHP, de NRC ook van toepassing is op business-to-businessrelaties. Ter illustratie: stel dat de eerder genoemde nationale soapserie weer een van haar soap-afleveringen met daarin productplaatsing, dit keer voor afslankpillen, via een website aanbiedt. Deze keer geven de banners rondom het programma echter misleidende informatie over het beloofde resultaat van deze afslankpillen. Op grond van de NRC kan ook een concurrent een klacht indienen bij de SRC. Dit voorbeeld geeft aan dat, ook als er sprake is van rechtmatige productplaatsing in het non-lineaire te bekijken programma, en de mediadiensten-aanbieder niet zal worden aangesproken op grond van de Richtlijn AVMD, de reclame-uitingen in banners om dit programma heen wel als oneerlijk kunnen worden aangemerkt. De vraag is dan of, wanneer er voldoende samenhang tussen de desbetreffende productplaatsing en banners is, de concurrent naast de adverteerder ook de websiteaanbieder en mediadiensten-aanbieder kan aanspreken.

7. Conclusie

De toepassing van regels met betrekking tot sponsoring en productplaatsing in mediadiensten op aanvraag roept veel vragen op vanwege de gelijktijdigheid van redactionele en commerciële uitingen en daarmee de ruimere (aanhakende) exposuremogelijkheden die een online omgeving aan sponsors en adverteerders biedt. Scheiding tussen redactie en commercie en de kenbaarheid van sponsoring en productplaatsing zullen waarschijnlijk de sleutel kunnen zijn om hier in de toekomst een consistent antwoord op te vinden.

Een vraag die bij mediadiensten op aanvraag steeds prangender zal worden, is welke partij aansprakelijk is voor schendingen van de Mediawet dan wel de Wet Oneerlijke Handelspraktijken. Deze wetten zijn op productplaatsing en sponsoring in mediadiensten op aanvraag van toepassing waarbij eenzelfde casus onder de ene wet toelaatbaar kan blijken terwijl de andere deze verbiedt: zo kan op basis van de Mediawet toegestane productplaatsing als misleidend in de zin van de Wet Oneerlijke Handelspraktijken worden aangemerkt. De toekomst zal uitwijzen hoe toezichthouders en/of zelfregulerende organen hiermee zullen omgaan.

VI. Privaat toezicht en handhavingmodellen

1. Inleiding

De Richtlijn AVMD introduceert deels een nieuw begrippenkader (zoals productplaatsing) en een groot aantal nieuwe verantwoordelijkheden (onder andere doordat mediadiensten op aanvraag onder de reikwijdte van de Richtlijn AVMD vallen). Bij de nationale implementatie vertaalt een en ander zich in nieuwe/aanvullende toezichtregimes. De Richtlijn AVMD laat daarbij ruimte voor zelfregulering en maakt dat expliciet in artikel 3 lid 7: ‘de lidstaten stimuleren co- en/of zelfregulering op nationaal niveau op de door deze richtlijn gecoördineerde gebieden, voor zover hun rechtsstelsels dat toestaan. De betrokken regelingen zijn dusdanig dat ze in brede kring worden aanvaard door de belangrijkste belanghebbenden in de betrokken lidstaten en in effectieve handhaving voorzien’.

De considerans voegt daar in overweging 36 aan toe:

“In haar mededeling aan het Europees Parlement en de Raad getiteld „Betere regelgeving met het oog op economische groei en meer banen in de Europese Unie” heeft de Commissie benadrukt dat een zorgvuldige analyse van de passende regelgevingaanpak moet worden gemaakt, met name om vast te stellen of voor de betrokken sector en het betrokken probleem wetgeving de voorkeur moet krijgen of dat alternatieven zoals coregulering en zelfregulering moeten worden overwogen. De ervaring heeft voorts uitgewezen dat zowel coregulerings- als zelfreguleringsinstrumenten die worden uitgevoerd overeenkomstig de verschillende wetgevingstradities van de lidstaten, een belangrijke rol kunnen spelen bij het bereiken van een hoog niveau van consumentenbescherming. Maatregelen tot verwezenlijking van doelen van publiek belang in de opkomende sector van audiovisuele mediadiensten zijn doelmatiger als zij worden genomen met actieve steun van de aanbieders van de diensten zelf.

Zelfregulering is op deze manier een soort vrijwillig initiatief dat economische actoren, de sociale partners, niet-gouvernementele organisaties of verenigingen in staat stelt onderling voor zichzelf gezamenlijke richtsnoeren vast te stellen. De lidstaten moeten, overeenkomstig hun uiteenlopende rechtstradities, de rol erkennen die doelmatige zelfregulering kan spelen als aanvulling op de wetgeving en de bestaande gerechtelijke en/of bestuursrechtelijke mechanismen en de nuttige bijdrage die zij kan leveren tot verwezenlijking van de doelen van deze richtlijn. Zelfregulering kan dus een aanvullende manier zijn om bepaalde voorschriften van deze richtlijn toe te passen, maar kan niet volledig in de plaats treden van de verplichting van de nationale wetgever.

Coregulering in haar minimale vorm verschaft de „juridische schakel” tussen zelfregulering en de nationale wetgever overeenkomstig de wetgevingstradities van de lidstaten. Coregulering dient de mogelijkheid te bieden voor overheidsop treden indien de doelstellingen ervan niet worden bereikt. Onverminderd de formele verplichtingen van de lidstaten inzake omzetting, moedigt deze richtlijn het gebruik van coregulering en zelfregulering aan. Zulks verplicht de lidstaten echter niet te voorzien in co- en/of zelfregulering, en leidt evenmin tot een verstoring of het in gevaar brengen van reeds bestaande, daadwerkelijk functionerende co- en/of zelfreguleringsinitiatieven in de lidstaten.”

Zeker waar het gaat om een nieuw domein als mediadiensten op aanvraag dient opnieuw te worden bezien wat voor toezicht en handavingsmodel passend is. Daar is bijzondere reden toe aangezien mediadiensten op aanvraag tot op heden niet op vergelijkbare wijze (lees: als online dienst) binnen het toezicht van de Mediawet vielen en – zoals eerder aangegeven – de kring van aanbieder groter zal zijn dan van televisieomroep. Maar ook tellen mee de complexiteit van de problematiek, het vergroten van de afstand tussen overheid en de media bij zaken die de inhoud aangaat (denk aan het onderscheid tussen productplaatsing en sponsoring dat afhangt van de vraag of een product onderdeel uitmaakt van de plot van een programma of video) en – het is al genoemd – de ruimte die er in richtlijn is om via co- en zelfregulering invulling te geven aan de regels van de Richtlijn AVMD.

In het kader van dit rapport wordt als beperking meegenomen dat de implementatie van de Richtlijn AVMD al deels invulling heeft gegeven aan toezicht en handhaving. Ten aanzien van de relevante bepalingen, zoals deze met name zijn terug te vinden in Titel 3.2a (Commerciële mediadiensten op aanvraag), ligt de verantwoordelijkheid bij het Commissariaat op grond van artikel 7.11 Mediawet. Rechtstreekse handhaving – in lijn met eventueel opgestelde beleidsregels - is het uitgangspunt.

Dit neemt niet weg dat - binnen de randvoorwaarden voor zelfregulering - tenminste twee alternatieven (al dan niet in combinatie met elkaar) nadere overweging verdienen, nl. toetsing op basis van een bijzondere sectorcode (vergelijkbaar met de codes waarop al door de Stichting Reclame Code wordt toegezien) of een compliance systeem. Alvorens op deze alternatieven in te gaan, worden hier eerst de randvoorwaarden voor zelfregulering besproken.

2. Algemene randvoorwaarden voor zelfregulering

Om zelfregulering te kunnen toepassen moet een branche voldoen aan een aantal randvoorwaarden:

- er moet een bepaald niveau van kennis aanwezig zijn binnen de sector;
- er moet draagvlak zijn binnen de sector;
- de organisatiegraad van de betrokken branche/beroepsgroep moet voldoende hoog zijn;³²
- zelf opgestelde regels mogen niet in strijd zijn met dwingend rechtelijke wetsbepalingen.³³

Verondersteld mag worden dat binnen de sector van aanbieders van mediadiensten op aanvraag voldoende kennis aanwezig is, zowel in kwantitatieve als kwalitatieve zin. Ofschoon het een sector is met veel en diverse spelers, komt daarbinnen een belangrijke rol toe aan ervaren marktpartijen zoals de bestaande commerciële omroeporganisaties.

Een vereiste voor zelfregulering is draagvlak en organisatiegraad binnen een bepaalde sector. Marktpartijen dienen zich vrijwillig – bijvoorbeeld op basis van een overeenkomst – te committeren aan een gedragscode, een orgaan of handhavings sancties. Waar een aantal partijen in de markt zich niet wenst aan te sluiten kan algemeen verbindend verklaring van een gedragscode uitkomst bieden. Ook kan een wettelijke verplichting tot aansluiting hierbij een oplossing zijn. Hier komt de zojuist genoemde ondersteuning van de overheid terug. Echter, de dwingende ondersteuning van de overheid tast door het publiekrechtelijke karakter ervan de privaatrechtelijke basis van zelfregulering aan. Hierbij heeft te gelden dat sancties

³² B. Baarsma e.a., *Zelf doen? Inventarisatiestudie van zelfreguleringsinstrumenten*, Amsterdam april 2003.

³³ F.W. Grosheide e.a., *Communicatie & Mediarecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 205.

van de overheid een formeel wettelijke grondslag dienen te hebben (legaliteitsbeginsel).³⁴ Ook dient rekening te worden gehouden met het uit de Richtlijn AVMD voortvloeiende vereiste van effectieve handhaving.

3. Alternatieven

Een tweetal alternatieven (al dan niet in combinatie met elkaar) kan opnieuw worden gezien wanneer het gaat om het toezicht en de handhaving van regels met betrekking tot mediadiensten op aanvraag.

In de eerste plaats kan worden overgegaan tot het vaststellen van branchecode, vergelijkbaar met andere codes zoals deze binnen het raamwerk van de Stichting Reclame Code worden gehandhaafd. Binnen het huidige wettelijk kader kan aansluiting niet worden voorgeschreven, maar dit zou alsnog via wetswijziging - naar analogie met artikel 2.92 Mediawet - kunnen worden gerealiseerd. Bij de verdere invulling zullen vragen die ook nu al deels spelen opnieuw moeten worden meegenomen, zoals de bijdrage van de overheid aan de zelfregulering aangezien deze mede in het algemeen belang is en eventuele voorzieningen ten einde aan het legaliteitsbeginsel te voldoen. Wat dit laatste aspect betreft zou bijvoorbeeld gedacht kunnen worden aan een model waarbij een aanbeveling wordt gedaan met betrekking tot een specifieke sanctie aan het Commissariaat, dat vervolgens binnen een zelfstandige afweging besluit tot oplegging ervan. Dit ligt voor de hand omdat SRC ook al toezicht houdt op de inhoud van reclameboodschappen en alle mediadiensten zich bij SRC moeten aansluiten.

Het tweede alternatief is het aanbrengen van diversificatie binnen het bestaande reguleringsmodel. Aanbieders van mediadiensten op aanvraag kunnen er voor kiezen zichzelf te onderwerpen aan een compliancemodel.³⁵ Zij garanderen de aanwezigheid van eigen interne procedures, opleiding/informatievoorziening, en dergelijke met betrekking tot het geldende reguleringskader. Daarmee zijn zij gevrijwaard van pro-actief toezicht. Vinden toch overtredingen plaats, dan worden die bij de toezichthouder gemeld, waarop deze bij het opleggen van een eventuele sanctie rekening houdt met de mate waarin de complianceregels zijn nageleefd. Is daar sprake van, dan leidt dat tot het afzien van of matigen van sancties. Partijen die geen compliance model hanteren zijn onderworpen aan verzwaaard toezichtsregime.

In een combinatie maakt een compliance model onderdeel uit van de branchecode. De Studiecommissie is zich er van bewust dat deze alternatieven slechts een schets op hoofdlijnen zijn, maar beveelt nadere uitwerking aan.

4. Conclusie

De Richtlijn AVMD geeft nadrukkelijk ruimte voor zelf/co-regulering. Van deze ruimte is bij de implementatie geen gebruik gemaakt. Het wettelijk kader in de Mediawet geeft – anders dan dat het geval is bij reclame-uitingen - geen expliciete rol voor regulering door de branche. Er zijn diverse redenen voor een heroverweging. Daarbij kunnen ook alternatieven aan de orde komen. Alternatieven die overigens ook deels binnen de bestaande reguleringscontext te realiseren zijn.

³⁴ Zie in dit verband CvB 9/2/2005, AWB 04/327 (Stic).

³⁵ Vergelijk in deze het compliance handvest dat is overeengekomen tussen OPTA en KPN.

VII. Overgangsrecht

De Richtlijn AVMD heeft een verandering teweeg gebracht op het gebied van de regulering van mediadiensten op aanvraag en de mogelijkheden tot productplaatsing. De Mediawet is gewijzigd en op 19 december 2009 in werking getreden.

1. Toezicht op verleners van mediadiensten op aanvraag.

Dienstverleners van mediadiensten op aanvraag dienen zich aan te melden bij het Commissariaat. Hiervoor gold een termijn van twee maanden na inwerkingtreding van de Mediawet 2008.³⁶ Het Commissariaat heeft aangegeven dat zij na 1 juli 2010 zal aangeven welke aangemelde dienstverleners onder toezicht vallen. Het Commissariaat heeft gemeld dat zij primair toezicht zal houden op de naleving van de basisregels: het verbod op haatzaaien en discriminatie, de bescherming van minderjarigen tegen ernstig schadelijke content en het waarborgen van een duidelijk onderscheid tussen redactie en commercie. Op termijn zal een kostenvergoeding van EUR 175,- per jaar in rekening worden gebracht.

2. Productplaatsing

Een vraag in het kader van de naleving van de regels ten aanzien van productplaatsing is per wanneer dit nieuwe regime geldt.

In artikel 3.19a lid 1 van de Mediawet is het volgende bepaald:

Productplaatsing in het programma-aanbod, voor zover dat aanbod is geproduceerd na 19 december 2009, is niet toegestaan.

De Studiecommissie heeft gesignaleerd dat het voor marktpartijen onduidelijk is wanneer er sprake is van ‘geproduceerd’. Wordt er daarbij bijvoorbeeld gekeken naar het moment waarop de productie gereed is, of het moment waarop er een aanvang is genomen met de productie? Aangezien zowel de Richtlijn AVMD waar deze wijziging op is gebaseerd alsmede de Memorie van Toelichting bij de Mediawet hier verder niet op ingaat, is getracht hier op andere wijze duidelijkheid over te verschaffen. Uiteindelijk heeft dit geleid tot een vraag die tijdens de plenaire zitting op 9 december 2009 in de Eerste Kamer over deze rechtsonzekerheid is gesteld door de senator Asscher (VVD):

(...) De commissie is er ook nog op gewezen dat er een onduidelijkheid is ten aanzien van productplaatsing voor zover dat aanbod geproduceerd is na de datum waarop deze wet in werking zou kunnen treden. Zou de minister hier duidelijk willen maken wat hij bedoelt met geproduceerd? Is dat het moment waarop de productie gereed is of het moment waarop de productie is begonnen? Is hij het met ons eens dat dit het moment van aanvang moet zijn en dat het verbod dus geldt voor productplaatsing in het programma-aanbod waarvoor met het tot stand brengen geen aanvang is gemaakt voordat de wet in werking gaat treden?

Minister Plasterk van Justitie antwoordde hierop als volgt: *(...) De heer Asscher vroeg terecht om precisering van de inwerkingtreding van de wet en vroeg met name hoe die zich verhoudt tot het moment van productie. Ik ben het eens met de impliciete strekking van de vraag, namelijk dat het verbod moet gelden voor programma's waarvoor nog geen aanvang is gemaakt met de totstandkoming op het moment waarop de wet in werking treedt. Het toezicht daarop ligt, zoals altijd, bij het commissariaat.*

³⁶ Artikel III Wijzigingswet Mediawet 2008 10 december 2009, enz. (implementatie richtlijn Audiovisuele mediadiensten)

Uit dit antwoord kan derhalve geconcludeerd worden dat het nieuwe regime niet van toepassing is op producties waarmee al op enige wijze is begonnen met de totstandkoming voor 19 december 2009.

VIII. Besluit

In dit rapport zijn een aantal problemen geschetst met betrekking tot mediadiensten op aanvraag. De jurisdictie bepalingen voor mediadiensten op aanvraag zijn dusdanig geformuleerd dat mediadiensten op aanvraag eerder buiten de rechtsmacht van de lidstaten zullen vallen dan lineaire diensten. Lidstaten lijken – binnen de grenzen van het algemene gemeenschapsrecht - ruimere mogelijkheden te hebben om omzeiling bij mediadiensten op aanvraag te reguleren. Tegelijkertijd is de kring van mediadiensten op aanvraag die buiten de werking van de Richtlijn AVMD vallen groter dan die van lineaire diensten. Lidstaten hebben derhalve ruimere bevoegdheden ten aanzien van deze aanbieders en kunnen hen dus onder een strenger regime reguleren.

De Mediawet tracht een *level playing field* te scheppen voor televisie en voor televisieachtige diensten een vergelijkbaar. Het is echter erg onduidelijk welke mediadiensten nu onder het regime van de Mediawet vallen. De Studiecommissie ziet graag dat er meer duidelijkheid komt omtrent de definities van de voorwaarden van de mediadiensten op aanvraag. De twee meest belangrijke vragen voor de toekomst zullen dan ook zijn: hoe valt schadelijke overregulering te voorkomen? En: hoe gaat het Commissariaat om met de onvermijdelijke rechtsonzekerheid onder particulieren en iedereen die beeldmateriaal op zijn site aanbiedt? Het is maar de vraag in hoeverre de gewenste harmonisatie zal kunnen worden bereikt. Het resultaat kan nog meer rechtsonzekerheid, en forum shopping zijn.

Hoe gaat het Commissariaat met mixed diensten om? De wereld van mediagebruik verandert snel de afgelopen jaren. Als het Commissariaat in de toekomst niet alleen een grote hoeveelheid sites in de gaten moet houden, maar ook per onderdeel verschillende regels moet toepassen, is effectieve toezicht op mediadiensten op aanvraag moeilijk.

Daarnaast roept de toepassing van regels met betrekking tot sponsoring en productplaatsing in mediadiensten op aanvraag veel vragen op vanwege de gelijktijdigheid van redactionele en commerciële uitingen en daarmee de ruimere (aanhakende) exposuremogelijkheden die een online omgeving aan sponsors en adverteerders biedt. Scheiding tussen redactie en commercie en de kenbaarheid van sponsoring en productplaatsing zullen waarschijnlijk de sleutel kunnen zijn om hier in de toekomst een consistent antwoord op te vinden. Daarbij kan de toepassing van wetten op productplaatsing en sponsoring in mediadiensten op aanvraag van toepassing op eenzelfde casus onder de ene wet toelaatbaar kan blijken terwijl de andere deze verbiedt.

Zeker waar het gaat om een nieuw domein als mediadiensten op aanvraag dient opnieuw te worden bezien wat voor toezicht en handhavingmodel passend is. De Richtlijn AVMD geeft nadrukkelijk ruimte voor zelf/co-regulering. Van deze ruimte is bij de implementatie geen gebruik gemaakt. Er zijn diverse redenen voor een heroverweging. De Studiecommissie beveelt nadere uitwerking van zelf/co-reguleringsmodellen aan. Het is interessant om te zien hoe het Commissariaat met deze nieuwe regels om zal gaan.

De cumulatieve voorwaarden waaraan een mediadienst op aanvraag moet voldoen wil de regelgeving van toepassing zijn, evenals diverse begrippen vragen om verduidelijking. De eerste handhavingsonderzoeken zullen hierover vermoedelijk meer duidelijkheid scheppen. Daarbij is het de vraag of de consument – die beschermd moet worden – nog het onderscheid kan maken tussen de verschillende regimes.

BIJLAGE: REGELGEVING & TOELICHTING AUDIOVISUELE COMMERCIEËLE COMMUNICATIE IN EN ROND AUDIOVISUELE MEDIADIENSTEN OP AANVRAAG (MEDIAWET 2008)

Wettekst Mediawet en MvT 31 876

mediadienst op aanvraag: mediadienst die bestaat uit het verzorgen van media-aanbod dat op individueel verzoek en op een moment naar keuze kan worden afgenomen;

Artikel 2.88

1. De publieke media-instellingen bepalen, onverminderd het bepaalde bij of krachtens deze wet, vorm en inhoud van het door hen verzorgde media-aanbod en zijn daar verantwoordelijk voor.
2. De publieke media-instellingen, met uitzondering van de kerkgenootschappen en genootschappen op geestelijke grondslag, brengen in overeenstemming met hun werknemers die zijn belast met de verzorging en samenstelling van het media-aanbod een redactiestatuut tot stand.
3. Het redactiestatuut bevat de journalistieke rechten en plichten van de werknemers, waaronder in elk geval:
 - a. waarborgen dat normen inzake journalistieke deontologie en kwaliteit worden gehanteerd; en
 - b. waarborgen voor redactionele onafhankelijkheid ten opzichte van adverteerders, sponsors en anderen die bijdragen hebben verstrekt voor de totstandkoming van media-aanbod.

Artikel 2.88a

1. Reclame- en telewinkeloordschappen en gesponsord media-aanbod zijn als zodanig herkenbaar.
2. In reclame- en telewinkeloordschappen en gesponsord media-aanbod worden geen subliminale technieken gebruikt.
3. Het media-aanbod bevat geen:
 - a. sluikreclame; of
 - b. productplaatsing.

Artikel 2.89

1. Tenzij dit bij of krachtens deze wet is toegestaan, bevat het media-aanbod van de publieke mediadiensten geen:
 - a. reclame- of telewinkeloordschappen; en
 - b. vermijdbare andere uitingen die onmiskenbaar tot gevolg hebben dat de afname van producten of diensten wordt bevorderd.
2. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald in welke gevallen vermijdbare uitingen zijn toegestaan en wanneer uitingen onvermijdbaar zijn.

Artikel 2.90

Behoudens toestemming van het Commissariaat bevat het media-aanbod van de publieke mediadiensten geen oproepen in het kader van ledenwerving, andere verenigingsactiviteiten of nevenactiviteiten.

Artikel 2.91

1. In het media-aanbod van de publieke mediadiensten mogen reclame- en telewinkelboodschappen die zijn aangeboden door derden worden opgenomen.
2. Reclame- en telewinkelboodschappen, inclusief omlijsting daarvan, in het media-aanbod van de landelijke publieke mediadienst en de Wereldomroep worden uitsluitend verzorgd door de Ster.
3. De Ster kan op verzoek van regionale en lokale publieke media-instellingen reclame- en telewinkelboodschappen, inclusief omlijsting daarvan, verzorgen die worden opgenomen in het media-aanbod van die instellingen.

Artikel 2.92

1. De Ster en de regionale en lokale publieke media-instellingen die reclame- of telewinkelboodschappen in het media-aanbod opnemen, zijn aangesloten bij de Nederlandse Reclame Code of een vergelijkbare door de Stichting Reclame Code tot stand gebrachte regeling en ter zake onderworpen aan het toezicht van de Stichting Reclame Code.
2. Aansluiting wordt aangetoond door een schriftelijke verklaring van de Stichting Reclame Code aan het Commissariaat over te leggen.

Artikel 2.93

Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld over de wijze waarop inzicht wordt gegeven in de financiën die betrekking hebben op de verzorging van reclame- en telewinkelboodschappen in het media-aanbod van de regionale en lokale publieke mediadiensten.

Artikel 2.98

De artikelen 2.94 tot en met 2.97 zijn zo veel mogelijk van overeenkomstige toepassing op het overige media-aanbod van de publieke mediadiensten. Voor artikel 2.96, eerste lid, onderdeel a, geldt de vorige volzin uitsluitend voor het overige media-aanbod met beeldinhoud, al dan niet mede met geluidsinhoud.

Artikel 2.94

1. Reclame- en telewinkelboodschappen zijn door akoestische of visuele middelen duidelijk onderscheiden van de overige inhoud van het programma-aanbod.
2. Het programma-aanbod bevat geen reclame- en telewinkelboodschappen voor:
 - a. medische behandelingen; en
 - b. alcoholhoudende dranken tussen 06.00 uur en 21.00 uur.

Artikel 2.95

1. Het aandeel reclame- en telewinkelboodschappen, inclusief omlijsting, in het programma-aanbod bedraagt:
 - a. per programmakanaal niet meer dan een bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen percentage van de totale duur van het programma-aanbod op het programmakanaal per jaar, welk percentage niet meer bedraagt dan tien en voor radio- en televisieprogramma-aanbod kan verschillen;

- b. per programmakanaal niet meer dan vijftien procent van de totale duur van het programma-aanbod op het programmakanaal per dag; en
 - c. per uur niet meer dan twaalf minuten.
2. Ten hoogste een derde van de tijd die wordt gebruikt voor reclame- of telewinkeloordschappen in het programma-aanbod wordt gebruikt voor omlijsting.

Artikel 2.96

1. Reclame- en telewinkeloordschappen in het programma-aanbod worden zodanig geplaatst dat zij:
- a. zijn opgenomen in blokken, welke blokken voor televisieprogramma-aanbod inclusief omlijsting ten minste één minuut duren;
 - b. op zondagen niet direct vooraf gaan aan of direct aansluiten op programma's van kerkelijke of geestelijke aard, tenzij de instelling die voor de inhoud van zodanig programma verantwoordelijk is daartegen geen bezwaar heeft gemaakt; en
 - c. niet in programma's worden opgenomen, behoudens het bepaalde in artikel 2.97.
2. Telewinkeloordschappen in het programma-aanbod duren elk ten hoogste één minuut en een blok als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, bestaat voor ten hoogste tweederde van de duur uit telewinkeloordschappen.
3. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen regels gesteld worden over de plaatsing van reclame- en telewinkeloordschappen in en rond programma-aanbod dat in het bijzonder bestemd is voor kinderen jonger dan twaalf jaar.

Artikel 2.97

1. In programma's worden alleen reclame- of telewinkeloordschappen opgenomen als:
- a. het desbetreffende programma langer duurt dan anderhalf uur voor televisie, dan wel drie kwartier voor radio;
 - b. het desbetreffende programma bestaat uit het volledige verslag of de volledige weergave van een evenement;
 - c. zij worden opgenomen tijdens de in het evenement voorkomende gebruikelijke pauzes of tussen de in het evenement voorkomende zelfstandige onderdelen in blokken die ten minste een minuut duren;
 - d. de instelling die verantwoordelijk is voor de inhoud van het desbetreffende daartegen geen bezwaar heeft gemaakt op grond van afbreuk aan de integriteit, het karakter of de samenhang van het programma; en
 - e. dit geen afbreuk doet aan de rechten van rechthebbenden.
2. In programma's van kerkelijke of geestelijke aard en in programma's die in het bijzonder bestemd zijn voor kinderen jonger dan twaalf jaar worden geen reclame- of telewinkeloordschappen opgenomen.

Artikel 2.106

1. Media-aanbod van de publieke mediadiensten wordt niet gesponsord.
2. Het eerste lid is niet van toepassing op media-aanbod:
- a. van culturele aard;
 - b. van educatieve aard;
 - c. bestaande uit het verslag of de weergave van een of meer sportevenementen of sportwedstrijden; en
 - d. bestaande uit het verslag of de weergave van evenementen ten behoeve van ideële doelen.

3. Media-aanbod als bedoeld in het tweede lid wordt niet gesponsord als het:
 - a. geheel of gedeeltelijk bestaat uit nieuws, actualiteiten of politieke informatie; of
 - b. in het bijzonder is bestemd voor kinderen jonger dan twaalf jaar.

Artikel 2.107

1. Bij gesponsord media-aanbod wordt ter informatie van het publiek duidelijk vermeld dat en door wie het media-aanbod is gesponsord.
2. De vermelding geschiedt door neutrale vermelding of vertoning van naam, (beeld)merk of ander onderscheidend teken van de sponsor.
3. Bij een gesponsord programma vindt de vermelding plaats aan het begin of het einde van het programma en kan de vermelding daarnaast plaatsvinden aan het begin of het einde van een reclameblok dat in het programma is opgenomen.
4. Ten aanzien van de vermelding geldt dat zij:
 - a. ten hoogste vijf seconden duurt;
 - b. voor zover deze niet plaatsvindt op de aan- of aftiteling, uitsluitend uit stilstaande beelden bestaat; en
 - c. niet beeldvullend is.
5. Het derde en vierde lid zijn zo veel mogelijk van overeenkomstige toepassing op het overige media-aanbod van de publieke mediadiensten.

Artikel 2.108

1. In gesponsord media-aanbod mogen producten of diensten van een sponsor worden vermeld of getoond, behalve als deze een bijdrage in geld heeft gegeven en onverminderd artikel 2.88a, derde lid, aanhef en onderdeel b.
2. Het Commissariaat kan toestemming verlenen voor het vermelden of vertonen van de naam, het (beeld)merk, producten of diensten van sponsors in de titel van gesponsord media-aanbod, mits het publiek niet rechtstreeks door middel van specifieke aanprijzingen wordt aangespoord tot het kopen of huren van producten of afname van diensten van de sponsors.
3. Het Commissariaat kan aan het verlenen van toestemming voorschriften verbinden.

Artikel 2.109

Sponsorbijdragen worden rechtstreeks van de sponsors en door middel van een schriftelijke overeenkomst bedongen of aanvaard.

Artikel 2.110

De landelijke publieke media-instellingen sturen een afschrift van een sponsorovereenkomst aan de raad van bestuur:

- a. binnen één week na het tot stand komen daarvan; of
- b. als het media-aanbod eerder wordt verspreid naar het publiek, vóór laatstgenoemd moment.

Artikel 2.111

1. Als de raad van bestuur binnen twee weken na ontvangst van het afschrift van de sponsorovereenkomst, of in het geval van artikel 2.110, onderdeel b, vóór de beoogde datum van verspreiding, schriftelijk heeft meegedeeld dat de sponsorovereenkomst in strijd is met het gemeenschappelijke belang van de landelijke publieke mediadienst, wordt het media-aanbod waarop de overeenkomst betrekking heeft niet verspreid, tenzij de overeenkomst wordt ontbonden of gewijzigd.

2. In het geval de raad van bestuur aanvullende informatie verlangt, moet voor de toepassing van het eerste lid de schriftelijke mededeling zijn gegeven binnen twee weken nadat de aanvullende informatie is ontvangen.

Artikel 2.112

De artikelen 2.110 en 2.111 zijn van overeenkomstige toepassing op de wijziging van een sponsorovereenkomst.

Artikel 2.113

De publieke media-instellingen brengen jaarlijks via de jaarrekening verslag uit over de inkomsten uit sponsorbijdragen, het gesponsorde media-aanbod en de hoedanigheid van de sponsors, gespecificeerd per onderdeel van het media-aanbod.

Artikel 2.114

1. Als een gesponsord programma uit het buitenland is aangekocht en daar als programma naar het publiek is verspreid, zijn de artikelen 2.106 tot en met 2.113 van toepassing voor zover sponsorbijdragen worden gegeven voor de aankoop van het programma.
2. De artikelen 2.107 tot en met 2.113 zijn van overeenkomstige toepassing als een andere instelling dan bedoeld in de begripsomschrijving van sponsoring in artikel 1.1 een bijdrage heeft gegeven voor de productie of aankoop van media-aanbod om de verspreiding daarvan te bevorderen of mogelijk te maken.

Artikel 2.141

1. De NPO en de publieke media-instellingen zijn met al hun activiteiten niet dienstbaar aan het maken van winst door derden en tonen dat desgevraagd naar genoegen van het Commissariaat aan.

MvT implementatievoorstel Onderdelen C, D en E (artikelen 2.88a en 2.94)

De bestaande wettelijke voorschriften over herkenbaarheid van reclame- en telewinkelboodschappen, verbod op subliminale technieken en sluikreclame in de Mediawet worden volgens artikel 3 sexies, eerste lid, onderdelen a en b, van de AVMD-richtlijn uitgebreid. Het in artikel 3 octies, eerste lid, van de richtlijn opgenomen verbod op productplaatsing wordt in de Mediawet toegevoegd. De afwijkingen op dat verbod die de richtlijn toestaat, worden voor de publieke mediadiensten niet mogelijk gemaakt, zoals eerder aangegeven.

De richtlijn geeft algemene voorschriften over herkenbaarheid, gebruik subliminale technieken en sluikreclame voor alle vormen van audiovisuele commerciële communicatie, onder welke vormen wordt verstaan televisiereclame, telewinkelen, sponsoring en productplaatsing. Soortgelijke voorschriften waren in de voorlaatste richtlijn alleen opgenomen voor televisiereclame en telewinkelen. Voor de publieke mediadiensten heeft de uitbreiding dus betrekking op gesponsord media-aanbod, nu productplaatsing daar niet wordt toegestaan.

Daar de voorschriften het terrein van reclame en telewinkelen overstijgen, zijn de desbetreffende onderdelen uit artikel 2.94 ondergebracht in een nieuw artikel 2.88a in de voorafgaande afdeling binnen dezelfde titel, die ten aanzien van al het media-aanbod geldt. Met de vervanging van «optische middelen» door «visuele middelen» in artikel 2.94 wordt verder uitvoering gegeven aan artikel 10, eerste lid, van de AVMD-richtlijn. In dat artikellid wordt ook het zogenaamde split screen gereguleerd door de mogelijkheid te geven ruimtelijke middelen te gebruiken om televisiereclame en telewinkelen te onderscheiden van niet-

reclameonderdelen. De regering kiest ervoor deze vorm van reclame bij de publieke mediadiensten niet toe te voegen aan de bestaande mogelijkheid van programmaonderbreking. Zij vindt het van groot belang dat de programma's van de publieke omroep onafhankelijk van commerciële invloeden worden gemaakt. Het reclameregime voor de publieke omroep is en blijft daarom strenger dan het regime voor commerciële omroepen. Zo mag de publieke omroep procentueel minder reclame uitzenden, is programmaonderbrekende reclame niet toegestaan en mag sponsoring alleen onder voorwaarden bij enkele programmacategorieën.

Artikel 2.95

1. Het aandeel reclame- en telewinkeloordschappen, inclusief omljsting, in het programma-aanbod bedraagt:
 - a. per programmakanaal niet meer dan een bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen percentage van de totale duur van het programma-aanbod op het programmakanaal per jaar, welk percentage niet meer bedraagt dan tien en voor radio- en televisieprogramma-aanbod kan verschillen;
 - b. per programmakanaal niet meer dan vijftien procent van de totale duur van het programma-aanbod op het programmakanaal per dag; en
 - c. per uur niet meer dan twaalf minuten.
2. Ten hoogste een derde van de tijd die wordt gebruikt voor reclame- of telewinkeloordschappen in het programma-aanbod wordt gebruikt voor omljsting.

Artikel 2.96

1. Reclame- en telewinkeloordschappen in het programma-aanbod worden zodanig geplaatst dat zij:
 - a. zijn opgenomen in blokken, welke blokken voor televisieprogramma-aanbod inclusief omljsting ten minste één minuut duren;
 - b. op zondagen niet direct vooraf gaan aan of direct aansluiten op programma's van kerkelijke of geestelijke aard, tenzij de instelling die voor de inhoud van zodanig programma verantwoordelijk is daartegen geen bezwaar heeft gemaakt; en
 - c. niet in programma's worden opgenomen, behoudens het bepaalde in artikel 2.97.
2. Telewinkeloordschappen in het programma-aanbod duren elk ten hoogste één minuut en een blok als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, bestaat voor ten hoogste tweederde van de duur uit telewinkeloordschappen.
3. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen regels gesteld worden over de plaatsing van reclame- en telewinkeloordschappen in en rond programma-aanbod dat in het bijzonder bestemd is voor kinderen jonger dan twaalf jaar.

Artikel 2.97

1. In programma's worden alleen reclame- of telewinkeloordschappen opgenomen als:
 - a. het desbetreffende programma langer duurt dan anderhalf uur voor televisie, dan wel drie kwartier voor radio;
 - b. het desbetreffende programma bestaat uit het volledige verslag of de volledige weergave van een evenement;
 - c. zij worden opgenomen tijdens de in het evenement voorkomende gebruikelijke pauzes of tussen de in het evenement voorkomende zelfstandige onderdelen in blokken die ten minste een minuut duren;
 - d. de instelling die verantwoordelijk is voor de inhoud van het desbetreffende daartegen geen bezwaar heeft gemaakt op grond van afbreuk aan de integriteit, het karakter of de samenhang van het programma; en
 - e. dit geen afbreuk doet aan de rechten van rechthebbenden.

2. In programma's van kerkelijke of geestelijke aard en in programma's die in het bijzonder bestemd zijn voor kinderen jonger dan twaalf jaar worden geen reclame- of telewinkelboodschappen opgenomen.

MvT Implementatie wetsvoorstel Onderdeel F (artikel 2.107)

Artikel 2.107, tweede lid, van het wetsvoorstel geeft de verplichting de vermelding van de sponsoring van het media-aanbod neutraal weer te geven aan de hand van naam of beeldmerk van de sponsor. Ter implementatie van artikel 3 septies, eerste lid, onderdeel c, van de AVMD-richtlijn kan die vermelding op grond van dit onderdeel ook worden duidelijk gemaakt door een ander teken dat de sponsor kenmerkt en mag de vermelding ook voor of na programmaonderbrekende reclame voorkomen. Programmaonderbrekende reclame kan bij de publieke mediadiensten alleen voorkomen bij programma's die evenementen verslaan of weergeven op basis van artikel 2.97. Sponsorvermelding daaraan voorafgaand of daaropvolgend mag dan ook alleen bij die programma's.

Onderdeel G (artikel 2.108)

Wijzigingen van dit artikel strekken ter uitvoering van artikel 3 septies, eerste lid, onderdeel b, van de AVMD-richtlijn en hangen deels samen met het door de richtlijn gelanceerde begrip productplaatsing.

De Nederlandse regering houdt voor de publieke mediadiensten vast aan het strikte regime van sponsoring. Daarbij mogen alleen binnen het kader van een programma producten of diensten worden getoond als de sponsor geen bijdrage in geld heeft gegeven. Productplaatsing is nooit toegestaan (zie artikel 2.88a).

Artikel 3.29a

In deze titel wordt onder commerciële mediadienst op aanvraag verstaan: mediadienst op aanvraag die door een commerciële media-instelling wordt verzorgd en waarbij het media-aanbod betrekking heeft op producten met bewegende beeldinhoud al dan niet mede met geluidsinhoud. Daaronder worden ook begrepen bijbehorende ondertitelingsdiensten en elektronische programmagidsen.

Commerciële mediadiensten op aanvraag, Brochure Commissariaat September 2010

Een commerciële mediadienst op aanvraag verzorgt media-aanbod dat mensen op individueel verzoek en op ieder gewenst moment kunnen bekijken. Gebruikers kunnen video's kiezen uit een catalogus. Het media-aanbod heeft betrekking op producten met bewegende beeldinhoud, al dan niet met geluid. Een media-instelling die een commerciële mediadienst op aanvraag verzorgt, dient dit aan het Commissariaat te melden.

De video's worden aangeboden aan de hand van een catalogus (zie artikelen 2 en 4 van onderhavige beleidsregels);

- De dienst heeft als hoofddoel het aanbieden van video's (zie artikel 5 van onderhavige beleidsregels);
- Het videoaanbod valt onder redactionele verantwoordelijkheid van de media-instelling die de dienst aanbiedt (zie definitie artikel 1.1, eerste lid, Mediawet 2008, rekening houdend met artikel 8 van onderhavige beleidsregels);
- De dienst heeft een massamediaal karakter (artikel 6 van onderhavige beleidsregels)
- De dienst is als een economische dienst te beschouwen (artikel 7 van onderhavige beleidsregels)

NB, de eis dat de mediadienst wordt verspreid via een openbaar elektronisch communicatienetwerk wordt hier niet genoemd

Artikel 3.29d

Op commerciële mediadiensten op aanvraag zijn de artikelen 3.5, 3.5a, 3.6, 3.7, tweede lid, aanhef en onder a, 3.15 tot en met 3.19c en 3.26 van overeenkomstige toepassing met uitzondering van de artikelen 3.16, vierde lid, en 3.19b, derde lid, onderdeel b.

Commerciële mediadiensten op aanvraag, Brochure Commissariaat September 2010

Onder meer gelden de volgende eisen aan de inhoud van het media-aanbod van commerciële mediadiensten op aanvraag:

Reclame Eisen met betrekking tot reclameboodschappen gelden in beginsel alleen voor de videocontent, niet voor de vormgeving, zoals banners op een website.

- Reclameboodschappen dienen door hun vorm en inhoud als zodanig herkenbaar te zijn.
- Reclameboodschappen dienen duidelijk onderscheiden te worden van de overige inhoud. Zij worden voorafgegaan door en afgesloten met een zichtbare en/of hoorbare omlijsting onder vermelding van «reclame», «advertentie» of woorden van gelijke strekking.
- Sluikreclame is in alle gevallen verboden.
- Reclame voor medische behandelingen is niet toegestaan.

Sponsoring en productplaatsing

- Bij gesponsord media-aanbod worden in ieder geval aan het begin of aan het einde alle sponsors vermeld, om het publiek te informeren. De sponsorvermelding is niet wervend.
- Sponsorvermeldingen zijn ook bij de onderbrekingen toegestaan, mits deze sponsoren ook aan het begin of aan het einde van de video worden vermeld.
- Een redactiestatuut beschermt de redactionele onafhankelijkheid van de werknemers die betrokken zijn bij de verzorging en samenstelling van het media-aanbod.
- Media-aanbod dat bestaat uit nieuws, actualiteiten of politieke informatie mag niet worden gesponsord.
- Productplaatsing (het tegen betaling opnemen van een product in een programma) is toegestaan in films, series, sportprogramma's en lichte amusementprogramma's, behalve als dit media-aanbod bedoeld is voor kinderen jonger dan twaalf jaar. Net als bij sponsoring geldt dat het publiek moet worden geïnformeerd. Bij productplaatsing geldt een zwaardere informatieplicht: het publiek moet niet alleen aan het begin en aan het eind van de video worden geïnformeerd, maar ook aan het begin of eind van de reclameboodschappen die de video onderbreken.

MvT, 31 876, nr. 3 Onderdelen J en K (opschriften hoofdstuk 3 en titel 3.1)

De AVMD-richtlijn zorgt voor een uitbreiding van het toepassingsbereik van de oorspronkelijke richtlijn door regulering van audiovisuele mediadiensten op aanvraag. In hoofdstuk 3 van de Mediawet wordt deze uitbreiding vooral verwerkt. Het nieuwe opschrift bij dat hoofdstuk: «Commerciële mediadiensten», geeft uitdrukking aan de uitbreiding en is het verzamelbegrip voor omroepdiensten en mediadiensten op aanvraag tezamen. Sommige wettelijke voorschriften blijven echter uitsluitend gelden voor commerciële omroepdiensten, zoals de titel over vereiste voorafgaande toestemming door het Commissariaat.

Onderdelen L, M en N (artikelen 3.5a en 3.7)

Zie toelichting bij onderdelen C, D en E. Voor de commerciële mediadiensten vindt de uitbreiding van de richtlijn naar bepalingen voor audiovisuele commerciële communicatie, in de Mediawet plaats naar bepalingen voor gesponsord programma-aanbod en productplaatsing. De onderdelen uit artikel 3.7 over herkenbaarheid, subliminale technieken en sluikreclame zijn ondergebracht in een nieuw artikel 3.5a in de voorafgaande afdeling binnen dezelfde titel,

die ten aanzien van al het programma-aanbod van de commerciële mediadiensten geldt. Deze bepalingen zijn verder, via de weg van artikel 3.29c van het onderhavige wetsvoorstel, van overeenkomstige toepassing op commerciële mediadiensten op aanvraag.

Conform de richtlijn wordt de mogelijkheid van het zogenaamde split screen expliciet opgenomen door toevoeging van «ruimtelijke middelen». De mogelijkheid voor split screen is geregeld in het huidige artikel 3.8, derde lid, van de Mediawet 2008, waarin is geregeld dat het Commissariaat vrijstelling kan verlenen om reclameboodschappen in blokken te plaatsen. Die bepaling kan komen te vervallen (zie de toelichting bij artikel 3.8).

Onderdelen O en P (artikelen 3.8 en 3.9)

De artikelen 18 en 18 bis van de AVMD-richtlijn hebben de bepalingen met betrekking tot de daglimiet voor reclame en telewinkelen laten vervallen, omdat deze bepalingen in de praktijk weinig betekenis hebben. Ongewijzigd blijft het voorschrift dat het programma-aanbod voor ten hoogste twaalf minuten per uur (niet meer dan 20% per klokuur) bestaat uit reclame- of telewinkelboodschappen. De eerste leden van de artikelen 3.8 en 3.9 van het wetsvoorstel geven hieraan uitvoering.

Het tweede lid van artikel 3.8 van het wetsvoorstel geeft uitvoering aan artikel 10, tweede lid, van de AVMD-richtlijn. In artikel 3.8, eerste lid, is geregeld dat individuele reclame-telewinkelboodschappen bij uitzondering worden toegestaan. De richtlijn laat onverlet dat individuele spots mogen worden toegepast in uitzendingen van sportevenementen, welk voorschrift nu ook met zoveel woorden in artikel 3.8 van de Mediawet wordt opgenomen.

Commerciële omroepen die in Nederland gevestigd zijn, zijn volgens het huidige artikel 3.8 van de Mediawet gebonden aan de basisregel dat reclame- en telewinkelboodschappen moeten worden geplaatst in blokken van ten minste één minuut. Alleen het Commissariaat kan, voor bepaalde categorieën programma's, van die verplichting vrijstelling verlenen. Daarmee kunnen individuele reclameboodschappen nauwelijks voorkomen. Het vervallen van de zogenoemde «20-minutenregel» in de AVMD-richtlijn (geïmplementeerd bij de invoering van de Mediawet 2008; zie par. 1 van de algemene toelichting) brengt meer flexibiliteit voor commerciële omroepen met zich. Programma's kunnen daardoor in het vervolg vaker onderbroken worden voor reclame. Hierdoor bestaat bij commerciële omroepen meer behoefte aan kortere reclameblokken. Daarom wordt, in aansluiting bij de terminologie van de richtlijn, de huidige regel in de Mediawet vervangen door de regel dat in sportprogramma's individuele spots worden toegestaan en in andere programma's bij uitzondering. Daar het maximumpercentage voor televisiereclame- en telewinkelboodschappen in de AVMD-richtlijn gelijk blijft, mag er dus niet méér reclame gemaakt worden. De hoeveelheid reclame kan wel flexibeler worden ingedeeld.

Het Commissariaat zal in een beleidslijn, mede op basis van de praktijk, vastleggen in welke gevallen en in welke mate individuele spots zijn toegestaan. Het Commissariaat zal daarbij rekening houden met het beginsel van «gelijk speelveld» tussen de Nederlandse commerciële zenders en de RTL-zenders die op Nederland zijn gericht.

In samenhang met het vervangen van de regeling over de reclameblokken, wordt de vrijstellingsprocedure van artikel 3.8, derde lid, verlaten. Een wettelijke mogelijkheid om voor bepaalde categorieën programma's vrijstelling te verlenen van de verplichting om reclame in blokken uit te zenden, is bij de afschaffing van de verplichting voor reclameblokken niet langer opportuun. Split screen mag dan zonder meer, mits de overige regels voor reclame in acht worden genomen.

Onderdeel Q (artikelen 3.11 en 3.12)

In artikel 3.11 van het wetsvoorstel is artikel 11, tweede lid, van de AVMD-richtlijn geïmplementeerd.

Door amendering op het wetsvoorstel Mediawet is de bepaling dat in films vaker programma-onderbrekende reclame kon worden opgenomen grotendeels aangepast aan artikel 11, tweede lid, van de AVMD-richtlijn (zie par. 1 van de algemene toelichting). Dit onderdeel van het wetsvoorstel laat nog de regel over de tweede onderbreking bij films vervallen, namelijk bij films met een geprogrammeerde duur die ten minste twintig minuten langer is dan twee of meer tijdvakken 45 minuten. Verder regelt het wetsvoorstel conform de richtlijn dat programma's bestaande uit nieuws of commentaar op het nieuws ook vaker onderbroken mogen worden, namelijk eenmaal per geprogrammeerd tijdvak van dertig minuten. Programma's bestemd voor kinderen mogen ook eenmaal per geprogrammeerd tijdvak van dertig minuten worden onderbroken mits de geprogrammeerde duur van het programma meer dan 30 minuten bedraagt. Van belang is hierbij dat het woord «geprogrammeerd» is opgenomen. Hierdoor kunnen kinderprogramma's toch vaker worden onderbroken door reclameboodschappen. Voorheen door de «Televisierichtlijn» gereguleerde categorieën programma's die niet meer in deze bepaling van de AVMD-richtlijn terugkomen, namelijk documentaires en godsdienstige uitzendingen (niet-zijnde uitzendingen van religieuze erediensten) worden dan alleen nog in algemene zin gereguleerd door de limiet voor reclame per klokuur. Een en ander wordt omgezet in artikel 3.11 van de Mediawet 2008. De versoepeling van deze reclamebepalingen wordt ook zichtbaar in de samenvoeging van de artikelen 3.11 en 3.12 van de Mediawet in één artikel.

Onderdeel S (artikel 3.16)

Zie de toelichting bij onderdeel F. Het onderdeel van de richtlijn dat de verplichte vermelding van gesponsorde programma's ook mogelijk maakt tijdens het programma, is voor de commerciële omroep noodzakelijkerwijs anders verwoord dan voor de publieke omroep, vanwege het vervallen in artikel 3.8 van het voorschrift dat reclame- en telewinkelboodschappen moeten worden geplaatst in blokken van ten minste één minuut.

Onderdelen T en V (artikelen 3.17, 3.19a, 3.19b en 3.19c)

Deze onderdelen van het wetsvoorstel strekken tot uitvoering van artikel 3 octies, van de AVMD-richtlijn.

Productplaatsing is een nieuw begrip in de AVMD-richtlijn. Productplaatsing is het opnemen van of verwijzen naar een product (of dienst) binnen het kader van een programma met het doel dit product te promoten. De richtlijn verbiedt in artikel 3 octies, eerste lid, productplaatsing maar maakt in bepaalde situaties en onder bepaalde voorwaarden afwijking daarvan mogelijk (artikel 3 octies, tweede lid).

Programmacategorieën waar productplaatsing is toegestaan zijn films, series, sportprogramma's en lichte amusementsprogramma's. Deze laatste categorie is geen bestaande categorie in de Mediawet 2008. Deze richtlijnbevestigingen zijn omgezet in artikel 3.19a van het wetsvoorstel. Het Commissariaat zal bepalen wat onder licht amusement wordt verstaan. In beginsel is productplaatsing in kinderprogramma's niet toegestaan, tenzij goederen of diensten van de sponsor gratis worden geleverd.

De voorwaarden voor productplaatsing zoals opgenomen in de richtlijn, zijn strikt (artikel 3.19b van het wetsvoorstel). Ten eerste mag de verantwoordelijkheid en de redactionele onafhankelijkheid niet worden aangetast. Dit wordt gewaarborgd doordat het verplicht stellen van een redactiestatuut waarin de onafhankelijke positie van de redactie is vastgelegd,

op gelijke wijze als bij sponsoring voor de commerciële omroep. Ten tweede mag het vertonen of vermelden van producten niet rechtstreeks aansporen tot aankoop. Met name de specifieke aanprijzing van producten is niet toegestaan. Wel mag het product in positieve zin genoemd worden. Ten derde mag het product geen overmatige aandacht te krijgen. Een te prominente plaats van het product wordt beschouwd als een reclameboodschap waarvoor eigen regels gelden. Tenslotte dient het publiek duidelijk gewezen te worden op het bestaan van productplaatsing in een programma. Een vermelding van productplaatsing moet aan het begin en aan het einde van programma's plaatsvinden, maar ook tijdens het programma na een reclamepauze en wel op passende wijze. De regering stelt zich daarbij bijvoorbeeld het tonen van een neutraal logo voor. Het Commissariaat zal aangeven wat daaronder wordt verstaan. Aan alle voorwaarden dient te worden voldaan om te voorkomen dat het publiek wordt misleid over de aard van de vertoning of vermelding van producten. Anders is sprake van sluikreclame, wat verboden is.

De richtlijn geeft aan het slot van artikel 3 octies, tweede lid, de lidstaten een mogelijkheid tot het weglaten van de vermelding als het programma niet is geproduceerd of besteld door de aanbieder van de mediadienst. In het wetsvoorstel is die bepaling omgezet in artikel 3.19c voor uit het buitenland aangekochte producties. Als de buitenlandse productie van het programma zonder tussenkomst van een Nederlandse media-instelling (of een onderneming die aan haar verbonden is) tot stand is gekomen, dan hoeven ook de overige voorwaarden voor productplaatsing van artikel 3.19b niet te gelden. Het ontbreekt de Nederlandse media-instelling in die gevallen aan een mogelijkheid de programmering te beïnvloeden en de redactionele onafhankelijkheid van de Nederlandse media-instelling is in die situaties niet in het geding.

Onderdeel Y (artikelen 3.29a, 3.29b, 3.29c en 3.29d)

In deze nieuw voorgestelde titel van de Mediawet worden verplichtingen van de richtlijn die gelden voor commerciële mediadiensten op aanvraag geïmplementeerd.

De bepalingen die in hoofdstuk II bis van de richtlijn zijn opgenomen voor alle audiovisuele mediadiensten, dus inclusief mediadiensten op aanvraag, worden in de bestaande structuur van de Mediawet ingebed. Dat betekent enerzijds dat de regels voor commerciële omroepdiensten (lineaire mediadiensten) volgens de bepalingen van de AVMD-richtlijn worden geactualiseerd, meestal strekkende tot versoepeling, en anderzijds dat voor de nieuw geïntroduceerde categorie mediadiensten op aanvraag (mediadiensten op aanvraag) een groot aantal van die regels van overeenkomstige toepassing wordt verklaard (artikel 3.29d). Verder wordt artikel 3 decies uit hoofdstuk II ter van de richtlijn – bepalingen die uitsluitend gelden voor audiovisuele mediadiensten op aanvraag – in dit onderdeel omgezet in een wettelijke bepaling (artikel 3.29c).

Zoals hiervoor aangegeven, beperken commerciële mediadiensten op aanvraag zich tot diensten op aanvraag die bestaan uit bewegende beeldinhoud. Deze diensten kunnen ook bestaan uit het verzorgen van media-aanbod dat bijvoorbeeld betrekking heeft op de bijzondere doelen van titel 6.2 van de Mediawet 2008. Relevant is de beoordeling of sprake is van een commerciële mediadienst op aanvraag volgens de wet.

Artikel 3.29b geeft uitvoering aan artikel 3 bis van de AVMD-richtlijn. De richtlijn bepaalt in dat artikel dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat aanbieders van audiovisuele mediadiensten informatie over zichzelf gemakkelijk, rechtstreeks en permanent ter beschikking stellen. Anders dan voor de publieke mediadiensten en commerciële omroepdiensten die, vanwege

het systeem van (voorlopige) erkenningen respectievelijk toestemming, voor het publiek steeds kenbaar zijn, is voor de aanbieders van commerciële mediadiensten op aanvraag een apart voorschrift nodig ter implementatie van het genoemde artikel 3 bis. Behalve om contactgegevens gaat het daarbij ook om de naam van het toezichthoudende orgaan, zodat gebruikers van mediadiensten op aanvraag steeds kunnen onderscheiden of de betreffende media-instelling onder de Nederlandse toezichthouder of een toezichthouder van een andere lidstaat valt. In samenhang daarmee worden de aanbieders van commerciële mediadiensten op aanvraag verplicht zich te melden bij het Commissariaat die moet toezien op de naleving van de geïmplementeerde richtlijnvoorschriften.

Artikel 3.29c geeft uitvoering aan artikel 3 decies van de AVMD-richtlijn. Het laatstgenoemde artikel bepaalt dat de lidstaten ervoor zorgen dat de onder hun bevoegdheid vallende aanbieders van audiovisuele mediadiensten op aanvraag, voor zover haalbaar en met passende middelen, de vervaardiging van en toegang tot Europese producties bevorderen. De manier waarop aanbieders van mediadiensten op aanvraag uitvoering geven aan die verplichting, is vrij. De richtlijn geeft een aantal voorbeelden van passende maatregelen: een financiële bijdrage aan de vervaardiging van en de verwerving van rechten van Europese producties, of een aandeel en/of de prominente aanwezigheid van Europese producties in de aangeboden programmacatalogus. Het Commissariaat ziet toe op de naleving van het artikel. In zijn beoordeling zal hij de situatie van de aanbieder meewegen: de richtlijn stelt de mate waarin bevorderd moet worden namelijk afhankelijk van haalbaarheid en passende middelen.

Artikel 3.5a

1. Reclame- en telewinkellooschappen, gesponsord programma-aanbod en productplaatsing zijn als zodanig herkenbaar.
2. In reclame- en telewinkellooschappen, gesponsord programma-aanbod en programma-aanbod met productplaatsing worden geen subliminale technieken gebruikt.
3. Het programma-aanbod bevat geen sluikreclame.

Artikel 3.6

1. Een commerciële media-instelling die reclame- of telewinkellooschappen in het programma-aanbod opneemt, is aangesloten bij de Nederlandse Reclame Code of een vergelijkbare door de Stichting Reclame Code tot stand gebrachte regeling en ter zake onderworpen aan het toezicht van de Stichting Reclame Code.
2. Aansluiting wordt aangetoond door een schriftelijke verklaring van de Stichting Reclame Code aan het Commissariaat over te leggen.

Artikel 3.7

1. Reclame- en telewinkellooschappen zijn door akoestische, visuele of ruimtelijke middelen duidelijk onderscheiden van de overige inhoud van het programma-aanbod.
2. Het programma-aanbod bevat geen reclame- en telewinkellooschappen voor:
 - a. medische behandelingen; en
 - b. alcoholhoudende dranken tussen 06.00 uur en 21.00 uur.
3. In de naam van een programmakanaal mogen namen of (beeld-)merken van personen, bedrijven of instellingen op neutrale wijze worden vermeld of getoond.
4. Het Commissariaat kan nadere regels stellen voor de vermelding of vertoning, bedoeld in het derde lid, welke regels de goedkeuring behoeven van Onze Minister.

Artikel 3.15

1. Programma-aanbod wordt alleen gesponsord als in het redactiestatuut, bedoeld in artikel 3.5, tweede lid, waarborgen zijn op genomen voor de redactionele onafhankelijkheid van de werknemers die belast zijn met de verzorging en samenstelling van het programma-aanbod ten op zichte van de sponsors.
2. Programma-aanbod bestaande uit nieuws, actualiteiten of politieke informatie wordt niet gesponsord.

Artikel 3.16

1. Bij gesponsord programma-aanbod wordt ter informatie van het publiek duidelijk vermeld dat en door wie het programma-aanbod is gesponsord.
2. De vermelding is zodanig vormgegeven dat:
 - a. tussen 06.00 uur en 21.00 uur de vermelding van sponsors die zich bezighouden met de productie of verkoop van alcoholhoudende dranken, geschiedt door neutrale vermelding of vertoning van naam of (beeld)merk; en
 - b. in andere gevallen dan bedoeld in onderdeel a, de vermelding geschiedt door vermelding of vertoning van naam, (beeld)merk of ander onderscheidend teken en het publiek niet rechtstreeks door middel van specifieke aanprijzingen wordt aangespoord tot het kopen of huren van producten of afname van diensten van de sponsors.
3. Bij een gesponsord programma vindt de vermelding plaats aan het begin of het einde van het programma en kan de vermelding daarnaast plaatsvinden aan het begin of het einde van de in het programma opgenomen reclameboodschap of reclameboodschappen.

Artikel 3.17

1. In gesponsord programma-aanbod mogen:
 - a. onverminderd afdeling 3.2.3A, producten of diensten van sponsors worden vermeld of getoond; en
 - b. in de titel de naam, het (beeld)merk, producten of diensten van sponsors worden vermeld of getoond.
2. Het vermelden en vertonen als bedoeld in het eerste lid mogen het publiek niet door middel van specifieke aanprijzingen aansporen tot het kopen of huren van producten of afname van diensten van de sponsors.
3. Het Commissariaat kan nadere regels stellen voor de vertoning of vermelding in de titel, welke regels de goedkeuring behoeven van Onze Minister.

Artikel 3.18

1. Als gesponsord programma-aanbod uit het buitenland is aangekocht en daar als programma naar het publiek is verspreid, zijn de artikelen 3.15 tot en met 3.17 van toepassing voor zover sponsorbijdragen worden verstrekt voor de aankoop van het programma.
2. Artikel 3.16, eerste tot en met derde lid, is van overeenkomstige toepassing als een andere instelling dan bedoeld in de begripsomschrijving van sponsoring in artikel 1.1 een bijdrage heeft gegeven voor de productie of aankoop van programma-aanbod om de verspreiding daarvan te bevorderen of mogelijk te maken.

Artikel 3.19

1. Bij programma-aanbod dat bestaat uit het verslag of de weergave van een evenement dat niet voornamelijk bestemd is om als programma te worden uitgezonden, mogen de namen of (beeld)merken van die personen, bedrijven of instellingen, die een financiële of andere

bijdrage hebben gegeven voor de totstandkoming van het evenement worden vermeld of getoond.

2. Artikel 3.16, tweede en derde lid, is van overeenkomstige toepassing.
3. Het eerste en tweede lid zijn niet van toepassing op situaties die vallen onder het verbod op sponsoring op grond van artikel 5 van de Tabakswet.

Artikel 3.19a

1. Productplaatsing in het programma-aanbod, voor zover dat aanbod is geproduceerd na 19 december 2009, is niet toegestaan.
2. Tenzij het programma-aanbod in het bijzonder bestemd is voor kinderen jonger dan twaalf jaar, is het eerste lid niet van toepassing op programma-aanbod bestaande uit:
 - a. films;
 - b. series;
 - c. sportprogramma's; en
 - d. lichte amusementsprogramma's.

Artikel 3.19b

1. Productplaatsing mag alleen voorkomen als in het redactiestatuut, bedoeld in artikel 3.5, tweede lid, waarborgen zijn opgenomen voor de redactionele onafhankelijkheid van de werknemers die belast zijn met de verzorging en samenstelling van het programma-aanbod in verband met productplaatsing.
2. Productplaatsing in het programma-aanbod is zodanig vormgegeven dat:
 - a. het publiek niet rechtstreeks door middel van specifieke aanprijzingen wordt aangespoord tot het kopen of huren van producten of afname van diensten; en
 - b. het betrokken product geen overmatige aandacht krijgt.
3. Productplaatsing is niet toegestaan voor:
 - a. medische behandelingen; en
 - b. alcoholhoudende dranken tussen 06.00 uur en 21.00 uur.
4. Bij programma-aanbod waarin productplaatsing is opgenomen wordt ter informatie van het publiek duidelijk vermeld dat het programma-aanbod voorzien is van productplaatsing. De vermelding geschiedt op passende wijze en vindt plaats aan het begin en het einde van het programma en eveneens aan het begin of het einde van de in het programma opgenomen reclameboodschap of reclameboodschappen.
5. Het Commissariaat kan nadere regels stellen over de toepassing van productplaatsing in programma-aanbod, welke regels de goedkeuring behoeven van Onze Minister.

Artikel 3.19c

Als programma-aanbod waarin productplaatsing is opgenomen uit het buitenland is aangekocht en daar als programma naar het publiek is verspreid, is artikel 3.19b, eerste tot en met derde lid, niet van toepassing als dat aanbod niet is geproduceerd door of in opdracht van de commerciële media-instelling dan wel door of in opdracht van een aan haar verbonden onderneming die het programma-aanbod heeft aangekocht.