

Een kopje koffie dat geen naam mag hebben

Nieuwe kaders voor de ongrijpbare grenzen van commerciële uitingen

Rechtspraak

Liesbeth Berkouwer en
Joran Spauwen*

Het Commissariaat voor de Media heeft in 2012 niet stilgezeten. Commerciële media-instellingen zien zich geconfronteerd met een veelheid aan nieuwe regels over sponsoring, reclame en productplaatsing, regels die niet op alle punten even helder zijn en waarbij hier en daar vraagtekens te plaatsen zijn. In dit artikel geven de auteurs een overzicht van de nieuwe kaders en leggen zij de vinger op een aantal onduidelijkheden.

Inleiding

Op 1 september 2012 zijn de door het Commissariaat voor de Media (hierna: 'het Commissariaat') vastgestelde Beleidsregels reclame commerciële media-instellingen 2012 (hierna: 'Beleidsregels reclame') en de Beleidsregels sponsoring commerciële media-instellingen 2012 (hierna: 'Beleidsregels sponsoring') in werking getreden. In deze beleidsregels geeft het Commissariaat een (nadere) interpretatie van voorschriften uit de Mediawet.¹

Daarnaast heeft het Commissariaat een Regeling productplaatsing commerciële media-instellingen (hierna: 'de Regeling productplaatsing') ter goedkeuring voorgelegd aan de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (hierna: 'Minister van OCW'). In de Regeling productplaatsing geeft het Commissariaat regels over de voorwaarden waaronder productplaatsing door commerciële media-instellingen toegestaan is.² In dit artikel zullen wij de inhoud van beide beleidsregels en de Regeling productplaatsing uiteenzetten en in een nadere context plaatsen. Wij zullen daarbij een paar kanttekeningen plaatsen, omdat de beleidsregels en de Regeling enige onduidelijkheden bevatten en vragen oproepen. Verder zullen wij in dit artikel in het bijzonder aandacht besteden aan het onderscheid tussen de begrippen sponsoring, sponsoruitingen, reclame, sluikreclame en productplaatsing. Voorafgaand hieraan schetsen wij allereerst het wettelijk kader waarop het beleid en de Regeling productplaatsing gebaseerd zijn en gaan wij in op het juridische karakter van beleidsregels en regelingen.

De Mediawet als basis voor beleid en algemeen verbindende voorschriften

Mediawet, commerciële mediadiensten en commerciële communicatie

Hoofdstuk 3 van de Mediawet bevat regels voor commerciële mediadiensten, waaronder de voorschriften voor commerciële communicatie.³ De voorschriften hebben kort gezegd betrekking op twee onderwerpen: het tonen van commerciële communicatie (de reclame-uiting) en het leveren van een bijdrage ten behoeve van commerciële communicatie (de bijdrage).

Allereerst schrijft artikel 3.5a Mediawet voor dat reclameboodschappen, gesponsord programma-aanbod en productplaatsing 'als zodanig herkenbaar' zijn. Vormgeving waarbij de suggestie wordt gewekt dat het niet om (bijvoorbeeld) reclame, maar om objectieve berichtgeving gaat, is niet toegestaan.⁴ Sluikreclame is op grond van artikel 3.5a, derde lid, Mediawet verboden.⁵

Afdeling 3.2.2 handelt over *reclame en telewinkelen*. Artikel 3.7 Mediawet bepaalt dat reclameboodschappen door akoestische, visuele of ruimtelijke middelen duidelijk zijn te onderscheiden van de overige inhoud van het programma-aanbod.⁶ Het artikel bevat verder een beperking ten aanzien van reclame voor medische behandelingen en alcohol. Het programma-aanbod op een programmakanaal mag voor ten hoogste twaalf minuten uit reclameboodschappen bestaan (artikel 3.8 Media-

* Mr. E.C. Berkouwer en mr. J.R. Spauwen zijn beiden advocaat te Amsterdam (Kennedy Van der Laan).

1 De beleidsregels zijn te downloaden op het website van het Commissariaat voor de Media, zie www.cvdmm.nl.

2 De Regeling productplaatsing behoeft op grond van artikel 3.19b Mediawet goedkeuring van de Minister van OCW. Bij het inleveren van kopij voor dit artikel was de Regeling productplaatsing nog niet goedgekeurd. In december 2012 hebben meetings plaatsgevonden bij het Commissariaat om het concept te bespreken.

3 De term audiovisuele commerciële communicatie stamt uit Richtlijn 2007/65/EU, waarmee is beoogd een niveau van minimumharmonisatie te bieden voor mediaregulering binnen de Europese Unie. De term komt in de Nederlandse

wetgeving niet voor, maar biedt evenwel de meest omvattende definitie voor reclame en aanverwante commerciële uitingen in en rondom media-aanbod.

4 Vgl. F.W. Grosheide e.a., *Hoofdstukken Communicatie- en mediarecht*, Nijmegen: Ars Aequi 2007, p. 313.

5 Sluikreclame is ingevolge artikel 1.1, eerste lid, Mediawet 'het anders dan op grond van deze wet vermelden of tonen van namen, (beeld)merken, producten, diensten of activiteiten van personen, bedrijven of instellingen als redelijkerwijs kan worden aangenomen dat daarmee wordt beoogd of mede wordt beoogd reclame te maken, met dien verstande dat het oogmerk in elk geval aanwezig is als de vertoning of vermelding tegen betaling of soortgelijke vergoeding geschiedt'.

6 Een reclameboodschap wordt gedefinieerd als 'uiting in welke vorm dan ook

wet). Afzonderlijke reclames zijn slechts ‘bij uitzondering’ toegestaan, tenzij het programma-aanbod bestaat uit het verslag of de weergave van sportevenementen. De duur van reclameboodschappen is op grond van artikel 3.9 beperkt in tijd. In programma’s mogen verder alleen reclameboodschappen worden opgenomen als die geen afbreuk doen aan de integriteit, het karakter of de samenhang van het desbetreffende programma of aan de rechten van rechthebbenden, zo bepaalt artikel 3.10 Mediawet. Verder bepaalt artikel 3.11 dat bij films, nieuws en kinderprogramma’s ten hoogste eenmaal per geprogrammeerd tijdvak van dertig minuten reclameboodschappen mogen worden opgenomen. Op grond van artikel 3.13 worden alleen reclameboodschappen opgenomen in het verslag van een evenement, tijdens de gebruikelijke pauzes of tussen de daarin voorkomende zelfstandige onderdelen.

Afdeling 3.2.3 voorziet in voorschriften over *sponsoring*.⁷ Zo bepaalt artikel 3.15 dat programma-aanbod alleen wordt gesponsord als in het redactiestatuut waarborgen zijn opgenomen voor de redactionele onafhankelijkheid. Het tweede lid van artikel 3.15 verbiedt sponsoring van nieuws- en actualiteitenprogramma’s. Uit artikel 3.16 volgt dat ter informatie van het publiek vermeld moet worden dat en door wie het programma-aanbod is gesponsord (artikel 3.16 Mediawet).⁸ Aan deze sponsorvermelding zijn eisen verbonden, bijvoorbeeld over de vermelding van alcohol sponsors. In andere gevallen vindt sponsorvermelding plaats door het tonen of vermelden van naam, beeldmerk of ander onderscheidend teken. Als voorwaarde geldt dat het publiek door de vermelding niet rechtstreeks door middel van specifieke aanprijzingen mag worden aangespoord tot afname van producten of diensten van de sponsors. De sponsorvermelding mag aan het begin of aan het eind van het programma plaatsvinden, of aan het begin of aan het einde van de reclameboodschappen. In gesponsord programma-aanbod mogen – naast het vermelden van de sponsor zelf – ook producten of diensten van de sponsors worden gemeld of getoond. Hier geldt eveneens de voorwaarde dat het publiek niet door middel van specifieke aanprijzingen wordt aangespoord tot afname van producten of diensten van die sponsor (artikel 3.17 Mediawet). Het Commissariaat kan nadere regels stellen voor de vertoning of vermelding in de titel van het programma(-aanbod).⁹ In 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 namen of beeldmerken van sponsors worden vermeld of getoond.

Afdeling 3.2.3a van de Mediawet bevat ten slotte voorschriften voor *productplaatsing*.¹⁰ De artikelen 3.19a, 3.19b en 3.19c strekken ter uitvoering van artikel 11 van Richtlijn 2010/13/EU

van 10 maart 2010 (hierna: ‘AVMD-richtlijn’).¹¹ Uitgangspunt is dat productplaatsing in het programma-aanbod niet is toegestaan (artikel 3.19a, eerste lid, Mediawet). Daarop geldt een uitzondering voor programma-aanbod dat bestaat uit films, series, sportprogramma’s en lichte amusementsprogramma’s, waarbij van belang is dat die uitzonderingen weer niet van toepassing zijn wanneer het programma-aanbod bestemd is voor kinderen jonger dan twaalf jaar. Productplaatsing mag – net als sponsoring – alleen voorkomen wanneer een redactiestatuut voldoende waarborgen biedt voor de redactionele onafhankelijkheid van werknemers (artikel 3.19b, eerste lid). Verder moet (ook) productplaatsing in het programma-aanbod zodanig zijn vormgegeven dat het publiek niet rechtstreeks door middel van specifieke aanprijzingen wordt aangespoord tot afname van producten en diensten, en mag het betrokken product geen overmatige aandacht krijgen. Dat programma-aanbod productplaatsing bevat moet duidelijk ter informatie van het publiek worden vermeld, en wel op passende wijze aan het begin en aan het einde van het programma, alsook aan het begin of aan het einde van de daarin opgenomen reclameboodschappen (artikel 3.19b, vierde lid, Mediawet). Het Commissariaat kan nadere regels stellen over de toepassing van productplaatsing in programma-aanbod, die de goedkeuring moeten krijgen van de Minister van OCW. Ten slotte bevat artikel 3.19c Mediawet een bepaling over productplaatsing in uit het buitenland aangekocht programma-aanbod.

Beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften

Voordat wij de beleidsregels en de Regeling productplaatsing onder de loep nemen, is het van belang om kort in te gaan op het juridische karakter van beide. Een beleidsregel is volgens artikel 1:3, vierde lid, Algemene wet bestuursrecht (hierna: ‘Awb’), een bij besluit vastgestelde algemene regel omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid door een bestuursorgaan.¹² Het gaat hierbij om een algemene regel die niet een algemeen verbindend voorschrift is (zie hierna). De bevoegdheid tot het vaststellen van beleidsregels vloeit voort uit artikel 4:81 Awb¹³ in samenhang met de bestuursbevoegdheid zelf ten aanzien waarvan beleid wordt vastgesteld. Beleidsregels hebben betrekking op de wijze waarop een bestuursorgaan een bestaande bevoegdheid zal uitoefenen. Beleidsregels scheppen geen nieuwe bevoegdheden en kunnen evenmin inbreuk maken op rechten van anderen.¹⁴ Dat brengt ons op het (grote) verschil tussen beleidsregels enerzijds en algemeen verbindende voorschriften anderzijds. Een algemeen verbindend voorschrift is een naar buiten werkende, voor de daarbij betrokkenen bindende regel, die uitgaat

[...] waarmee onmiskenbaar wordt beoogd het publiek te bewegen tot het kopen van een bepaald product of het gebruik maken van een bepaalde dienst, dan wel gunstig te stemmen ten aanzien van een bepaald bedrijf, een bedrijfstak of een bepaalde instelling teneinde de verkoop van producten of de afname van diensten te bevorderen’ (artikel 1.1, eerste lid, Mediawet).

7 Sponsoring wordt omschreven als ‘het verstrekken van financiële of andere bijdragen door een onderneming of een natuurlijke persoon die zich gewoonlijk niet bezighoudt met de verzorging van mediadiensten of media-aanbod, ten behoeve van de totstandkoming van media-aanbod teneinde de verspreiding daarvan naar het algemene publiek of een deel daarvan te bevorderen of mogelijk te maken’ (artikel 1.1, eerste lid, Mediawet). Zie voor een recente – strikte – uitleg van het begrip ‘sponsoring’ de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 27 juni 2012 (nummer 201008858/1/A3).

8 Hoewel het doel van deze bepaling is de kijker te beschermen, wordt de verplichte vermelding in de praktijk veelal ervaren als een extra mogelijkheid om ‘reclame’ te maken.

9 Overigens gold voorheen een titelsponsoringsverbod en ontheffingsmogelijkheid. De Beleidsregels ontheffing programmatitel commerciële omroep 2007

heeft inmiddels geen betekenis meer.

10 Productplaatsing is ‘het tegen betaling of soortgelijke vergoeding opnemen van of het verwijzen naar een product, dienst of (beeld) merk binnen het kader van een programma [...]’ (artikel 1.1, eerste lid, Mediawet).

11 De bepalingen uit deze Richtlijn (2010/13/EU) zijn eerder geïntroduceerd door de Wijzigingsrichtlijn 2007/65/EU, die strekte tot aanpassing van richtlijn 89/552/EEG betreffende de coördinatie van wettelijke en bestuursrechtelijke bepaling in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten. De gewijzigde Richtlijn 89/552/EEG is ingetrokken met vaststelling van de gecodificeerde versie van de AVMD-richtlijn van 10 maart 2010 (2010/13/EU). Laatste richtlijn wordt momenteel – en ook in dit artikel – als de AVMD-richtlijn aangeduid.

12 Het Commissariaat voor de Media is een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, eerste lid, Awb.

13 Dit artikel bepaalt kort gezegd dat een bestuursorgaan bevoegd is beleidsregels vast te stellen met betrekking tot een hem toekomende bevoegdheid.

14 Zie over het verschil nader Van Wijk/Konijnenbelt, *Hoofdstukken van Bestuursrecht* (2011), p. 231.

van het openbaar gezag dat de bevoegdheid daartoe aan de wet ontleent.¹⁵ Algemeen verbindende voorschriften berusten op een bevoegdheid tot het geven van regels. De voorschriften moeten berusten op een expliciete wettelijke grondslag en zijn uitgevaardigd krachtens een uitdrukkelijke regelgevende bevoegdheid. Met de vaststelling van algemeen verbindende voorschriften worden – anders dan bij de vaststelling van beleidsregels, die alleen het bestuursorgaan direct binden – rechten en plichten voor derden in het leven geroepen. Wij schetsen dit onderscheid hier expliciet, omdat wij merken dat in de praktijk de termen nogal eens door elkaar worden gebruikt.

Beleidsregels sponsoring commerciële media-instellingen 2012

Beschrijving inhoud

In de Beleidsregels sponsoring heeft het Commissariaat beleid vastgesteld op het gebied van de sponsoring van programma-aanbod van commerciële media-instellingen. Het gaat hier om beleid met betrekking tot bevoegdheden als opgenomen in de artikelen 7.11 en 7.12 van de Mediawet (toezicht en handhaving) en de wettelijke voorschriften inzake sponsoring.¹⁶ De beleidsregels vervangen de beleidsregels sponsoring commerciële omroep van 1 augustus 2005 (ook wel ‘BSCO’ genoemd), die met ingang van 1 september 2012 zijn ingetrokken. Hierna zal gefocust worden op de wijzigingen in tekst van de Beleidsregels (of de toelichting daarop) ten opzichte van de ingetrokken BSCO.

Van belang is allereerst dat de Beleidsregels sponsoring niet alleen zien op ‘programma-aanbod’ – een term die van oudsher is gereserveerd voor zgn. lineair programma-aanbod en omroepdiensten¹⁷ – maar ook op ‘met een programma overeenkomend onderdeel van het media-aanbod’ (artikel 3, derde lid). Daarmee zijn de mediadiensten op aanvraag ook onder het bereik van de Beleidsregels sponsoring gebracht; hiermee wordt verder uitvoering gegeven aan de AVMD-richtlijn en de daarop aangepaste Mediawet.

Gedeeltelijk nieuw is artikel 4 van de Beleidsregel sponsoring: dit artikel geeft nadere invulling aan een aantal begrippen zoals opgenomen in artikel 3.15 Mediawet. Het tweede lid van artikel 3.15 verbiedt als gezegd het sponsoren van programma-aanbod dat bestaat uit nieuws, actualiteiten of politieke informatie. Artikel 4 van de Beleidsregel sponsoring definieert ‘programma-aanbod bestaande uit nieuws of actualiteiten’ als ‘programma-aanbod dat frequent, minimaal een keer per week wordt uitgezonden en dat bericht over gebeurtenissen van maximaal zeven dagen oud’.¹⁸ ‘Programma-aanbod bestaande uit politieke informatie’ wordt gedefinieerd als ‘programma-aanbod dat bericht over politici, (standpunten van) politieke partijen en het politieke besluitvormingsproces’. Ook onder de nieuwe Beleidsregels sponsoring geldt geen verbod op sponsoring van weerberichten of verkeersinformatie (artikel 4, derde lid).

Wanneer sprake is van sponsoring van programma-aanbod en wanneer niet, wordt nader uitgelegd in artikel 7 van de Beleidsregels. De nieuwe Beleidsregels kwalificeren – net als de BSCO dat deden – bepaalde bijdragen niet als sponsoring. De verstrekking van een niet-financiële bijdrage die in het programma niet of niet-identificeerbaar wordt getoond of vermeld, die door een derde in bruikleen is gegeven of waarvan de waarde in verhouding tot de totale kosten in de totstandkoming of aankoop van het programma van ondergeschikte betekenis is, levert geen sponsoring van programma-aanbod in de zin van artikel 1.1 Mediawet. Verschil ten opzichte van de BSCO is dat de maxima zijn opgehoogd: de waarde van de bijdrage mag het bedrag van € 1.000,- (televisie) en € 200,- (radio) niet te boven gaan. Achtergrond is de bedoeling van de wetgever om niet-financiële bijdragen van ondergeschikte betekenis zonder welk het programma-aanbod ook tot stand was gekomen en uitgezonden, niet als sponsorbijdrage in de zin van de wet aan te merken.¹⁹ Financiële bijdragen blijven ongeacht de omvang ervan in geen geval van ondergeschikte betekenis, aldus de toelichting.

Artikel 8 van de Beleidsregels sponsoring handhaaft een apart regime voor bijdragen van – kort gezegd – overheidsinstellingen en non-profitorganisaties:²⁰ dergelijke bijdragen worden niet als sponsoring aangemerkt. Verder is geen sprake van sluikreclame wanneer (overheids)instellingen, die geen onderneming voeren, vermeld worden aan het begin of het einde van het programma-aanbod. De regels sluiten aan bij de BSCO. In de toelichting formuleert het Commissariaat het uitgangspunt dat bepaalde categorieën organisaties geen onderneming in de zin van de sponsoring definitie voeren (zoals goede-doelenstichtingen, zelfstandige bestuursorganen en niet-commerciële stichtingen). Vermelding of vertoning van de sponsor of eventensponsor op een andere plaats dan aan het begin of aan het einde, wordt aangemerkt als sluikreclame (artikel 9, tweede lid).²¹ Het melden of tonen van een naam of beeldmerk van een eventensponsor in de titel of leader van het programma dat bestaat uit het verslag of de weergave van een evenement wordt geacht niet te geschieden met het oogmerk om sluikreclame te maken voor zover die vermelding niet overheersend is. Het Commissariaat gaat er blijkens de toelichting van uit dat de media-instelling de naam vermeldt zonder reclame-oogmerk.

De sponsorvermelding ter informatie van het publiek voldoet in ieder geval wanneer duidelijk hoorbaar of leesbaar de mededeling wordt gedaan ‘dit programma is (mede)mogelijk gemaakt door’ of ‘dit programma is gesponsord door’. Mededelingen als ‘in samenwerking met’ en ‘met medewerking van’ zijn onvoldoende duidelijk, omdat zulke mededelingen niet ondubbelzinnig aangeven dat diegene een bijdrage heeft verstrekt en dus sponsor is. Sponsorvermelding levert sluikreclame of een niet-toegestane reclameboodschap op, wanneer aan de naam of aan het beeldmerk kwalificaties worden gegeven, slagzinnen worden vermeld of getoond die aansporen tot het afnemen van producten of diensten in het bijzonder door specifieke aanprijzingen van die diensten of producten van een sponsor, een herkenningmelodie wordt gespeeld, of adres en telefoonnummers of faxnummers worden vermeld of

15 Kamerstukken II 23 700, nr. 3, pagina 105. Zie hierover ook Van Wijk/Konijnenbelt, *Hoofdstukken van Bestuursrecht* (2011), p. 207

16 De wettelijke voorschriften waarop het beleid ziet staan vermeld in een bijlage bij de Beleidsregels sponsoring. Het gaat hier om de artikelen die wij hierboven op een rijtje hebben gezet.

17 Zie ook alinea 4 van de toelichting op de Beleidsregels sponsoring.

18 Onder de BSCO gold dat programmaonderdelen die mede bestaan uit enkele nieuwsfeiten of enige actualiteiten niet onder het sponsorverbod vielen (artikel

12).

19 Kamerstukken II 1994/95, 23 752, nr. 5, p. 5.

20 Uit de toelichting blijkt dat het moet gaan om publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganen, goededoelenstichtingen en -fondsen en overige niet-commerciële organisaties.

21 Een vergelijkbare bepaling was te vinden in BSCO, zij het dat daarin niet verwezen werd naar het sluikreclamebegrip dat op dat moment nog niet expliciet in de Mediawet was opgenomen.

getoond (artikel 12).²² Deze opsomming is niet-limitatief: ook in andere gevallen kan in strijd met het sluikreclameverbod of reclameregels worden gehandeld. Uit de toelichting blijkt dat het vermelden van internetadressen bij de sponsorvermelding is toegestaan.

Ten slotte beschrijft artikel 13 – dat aansluit bij het eerdere artikel 11 van BSCO – wanneer het publiek geacht wordt door middel van specifieke aanprijzingen of anderszins te zijn aangespoord tot het afnemen van producten of diensten (hetgeen niet is toegestaan bij sponsorvermelding of vermelding van producten van sponsors). Daarvan is sprake indien de producten of diensten ‘in een wervende context’ worden geplaatst. De toelichting geeft hiervan een aantal voorbeelden en werkt dit nader uit. Zo mogen producten of diensten van de sponsor alleen neutraal in beeld worden gebracht. Een wervende context is in ieder geval het geven van verkoopinformatie, een oproep of een aanprijzing, een te nadrukkelijke of te uitgebreide vermelding of vertoning en het gebruik van publiciteitsmateriaal van de sponsor.

Kanttekeningen

Zoals gezegd vervangen de beleidsregels sponsoring de eerdere BSCO. Op de meeste punten sluit de inhoud aan bij de vorige beleidsregels; hier en daar worden dingen verduidelijkt.

Een belangrijk verschil is allereerst dat de nieuwe beleidsregels duidelijk maken dat de inhoud daarvan voortaan ook te gelden heeft voor non-lineair media-aanbod, dat wil zeggen voor mediadiensten op aanvraag (artikel 3, derde lid).²³ Artikel 3.29d Mediawet – dit artikel kwam in de Mediawet terecht in het kader van de implementatie van de AVMD-richtlijn – verklaart een aantal bepalingen uit de Mediawet van overeenkomstige toepassing op commerciële mediadiensten op aanvraag. Daaronder vallen ook de artikelen die zien op sponsoring (artikel 3.15 t/m 3.19 Mediawet). Het ligt voor de dat het beleid daar nu op aangepast is.

De beleidsregels die gaan over de toegestane wijze van sponsorvermelding en over het vermelden of tonen van producten of diensten van sponsors, sluiten verder grotendeels aan bij de eerdere beleidsregels daarover.²⁴ Dat de waarde van de bijdrage van ondergeschikte betekenis – niet zijnde sponsoring – is opgehoogd ten opzichte van de oude grenzen, ligt verder voor de hand.

Een wijziging ten opzichte van de vorige beleidsregels waar bij vraagtekens te plaatsen zijn, is de uitleg van het begrip ‘nieuws, actualiteiten of politieke informatie’. Zoals wij aangaven, is het sponsoren van programma-aanbod dat bestaat uit nieuws, actualiteiten of politieke informatie niet toegestaan. Om de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling goed te begrijpen, is het noodzakelijk terug te gaan naar de eerste regelingen op dit punt. Zo bepaalde artikel 17 (derde lid) van de inmiddels

vervangen Richtlijn ‘Televisie Zonder Grenzen’ (‘TZG-richtlijn’)²⁵ dat televisiejournalen en politieke informatieprogramma’s niet mogen worden gesponsord. De AVMD-richtlijn²⁶ wijzigde de formulering tot ‘nieuws en actualiteitenprogramma’s’. De Nederlandse wetgever heeft vervolgens als volgt bepaald: ‘Programma-aanbod bestaande uit nieuws, actualiteiten of politieke informatie wordt niet gesponsord’. Een uitleg van de gehanteerde begrippen en achtergronden hebben wij in de memorie van toelichting – zowel die voorafgaand aan de totstandkoming van de huidige Mediawet als die in het kader van de wijziging van de Mediawet in verband met de AVMD-richtlijninterpretatie – niet aangetroffen.²⁷

Opvallend is dat het Commissariaat in de Beleidsregels sponsoring deze wettelijke bepaling en de begrippen daarin tamelijk ruim uitlegt, ruimer bovendien dan onder de oude BSCO het geval was. Programma-aanbod bestaand uit politieke informatie is geduid als programma-aanbod dat bericht over politici, standpunten van politieke partijen en het politieke besluitvormingsproces. Deze interpretatie ligt voor de hand en lijkt in lijn te zijn met de bedoeling van de (nationale en Europese) wetgever. De kwalificatie van programma-aanbod bestaande uit nieuws of actualiteiten als ‘programma aanbod dat frequent, minimaal een keer per week, wordt uitgezonden en dat bericht over gebeurtenissen van maximaal zeven dagen oud’ lijkt daarentegen verder te gaan dan de wetgever voor ogen stond (en staat). Veel media-aanbod zal al snel aan dit criterium voldoen, zonder dat een sponsorverbod objectief gerechtvaardigd is. Het Commissariaat heeft dit mogelijke knelpunt deels onderkend: de toelichting meldt dat commerciële beïnvloeding niet voor de hand ligt als het gaat om actuele berichtgeving over sport en cultuur. Het Commissariaat overweegt over dergelijke berichtgeving als volgt: ‘Programma’s die uitsluitend daarover berichten mogen worden gesponsord’.²⁸ Dit betekent een aanscherping ten opzichte van het vorige sponsorregime, waarin programmaonderdelen die mede enkele nieuwsfeiten of enige actualiteiten bevatten niet onder het sponsorverbod vielen. Programma’s die naast sport en cultuur ook iets aan Haagse berichtgeving doen, komen daarmee onder de nieuwe Beleidsregels sponsoring in de gevarenzone. Wij vragen ons af of dergelijk beleid de reikwijdte van het wettelijke sponsorverbod ex artikel 3.15 Mediawet niet onnodig oprekt. Daarnaast is de definitie ons inziens niet in lijn met de vereiste rechtszekerheid; voor aanbieders valt uit de term ‘gebeurtenissen’ niet met zekerheid af te leiden wanneer zij in aanraking komen met het sponsorverbod.

Beleidsregels reclame commerciële media-instellingen 2012

Inhoud beleidsregels

In de Beleidsregels reclame geeft het Commissariaat invulling aan een aantal begrippen zoals die in de Mediawet zijn opgenomen voor commerciële mediadiensten.²⁹ Voordat deze

22 De bepaling sluit aan bij artikel 10 van de BSCO.

23 In de Regeling van 22 september 2011 houdende beleidsregels omtrent de classificatie van commerciële mediadiensten op aanvraag zoals bedoeld in artikel 1.1, eerste lid, van de Media uit 2008 heeft het Commissariaat invulling gegeven aan de wijze waarop het in de praktijk bepaalt of sprake is van een onder zijn toezicht vallende commerciële mediadienst op aanvraag.

24 Hier en daar heeft verduidelijking plaatsgevonden of is overlap eruit gehaald. Zo bepaalde artikel 11 van BSCO dat ‘publiek geacht wordt door middel van specifieke aanprijzingen te zijn aangespoord indien de producten anders dan neutraal in beeld worden gebracht en indien de producten in een wervende context

worden geplaatst.’ In de nieuwe beleidsregels bepaalt artikel 13 dat ‘sprake is van aansporen door middel van specifieke aanprijzingen indien de producten of diensten in een wervende context worden geplaatst’; de toelichting besteedt ter uitwerking vervolgens aandacht aan de neutrale vermelding.

25 Richtlijn 89/552/EEG van 3 oktober 1989, nadien meerdere malen gewijzigd.

26 Artikel 10, vierde lid (2010/13/EU).

27 Kamerstukken II 31 356, nr. 3, p. 69 en Kamerstukken II 31 876, nr. 3.

28 Zie alinea 10 van de toelichting. Cursivering door auteurs.

29 Zie de beschrijving hierboven.

beleidsregels in werking traden, had het Commissariaat geen specifieke beleidsregels vastgesteld op het gebied van reclame voor commerciële media-instellingen. De Beleidsregels reclame zien ook op commerciële mediadiensten op aanvraag, voor zover daarop de betreffende bepalingen van de Mediawet van toepassing zijn (artikel 3.29d Mediawet).

Reclameboodschappen moeten als gezegd *‘als zodanig herkenbaar’* te zijn, schrijft artikel 3.5a Mediawet voor. Het Commissariaat definieert dit zo dat de boodschappen voor de gemiddeld oplettende consument door de vorm en inhoud duidelijk herkenbaar zijn als reclame (of als telewinkeloederschap). Tot voor kort werd voor de duiding van dit begrip het criterium van de gemiddelde kijker gehanteerd.³⁰ Dit criterium volstaat niet meer, aldus het Commissariaat. Het ligt meer voor de hand om aan te sluiten bij de maatman ‘consument’ van het Europese Hof van Justitie, en dus bij de ‘gemiddelde oplettende consument’.³¹ Artikel 4 geeft invulling aan het voorschrift ex artikel 3.7 Mediawet dat reclameboodschappen *‘duidelijk onderscheiden’* moeten zijn van de overige inhoud van het programma-aanbod. Daaraan is voldaan wanneer de boodschappen worden voorafgegaan door en afgesloten met een zicht- en/of hoorbare aankondiging en afkondiging.

Artikel 5 adresseert de zgn. splitscreenreclame. Splitscreenreclame is het gelijktijdig en parallel plaatsen in één beeld van redactionele inhoud en reclameboodschappen.³² In artikel 5, eerste lid van de Beleidsregel reclame legt het Commissariaat vast wanneer splitscreenreclame door middel van ruimtelijke middelen duidelijk onderscheiden is van de redactionele inhoud van het programma. Daarvoor moet sprake zijn van een afzonderlijk stilstaand kader dat geen onderdeel uitmaakt van het programma en dat maximaal tweederde van het totaal beschikbare beeld beslaat. Verder moet de reclame worden voorzien van voortdurend zichtbare en duidelijke vermelding van *‘reclame’* en moet het redactionele deel van het programma volledig zichtbaar blijven en onverkort en zonder onderbrekingen worden doorgegeven. Splitscreenreclame is verder alleen maar toegestaan bij het verslag of de weergave van een sportevenement of tijdens de live verslaggeving van een evenement. Het aantal reclameboodschappen in de vorm van splitscreen telt mee voor de maximale hoeveelheid toegestane reclame.

In artikel 6 geeft het Commissariaat invulling aan artikel 3.8 van de Mediawet op grond waarvan afzonderlijke reclames weliswaar in programma-aanbod bestaande uit het verslag of de weergave van sportevenementen zijn toegestaan, maar in het overige programma-aanbod slechts *‘bij uitzondering’* zijn toegestaan. ‘Bij uitzondering’ legt het Commissariaat zo uit, dat de frequentie beperkt moet blijven tot maximaal twee per uur.

Ten slotte heeft het Commissariaat in artikel 8 vastgelegd dat het aandeel reclameboodschappen beperkt moet zijn in hoeveelheid en duur en niet overheersend mag zijn. Daaraan is in ieder geval niet voldaan wanneer het aandeel reclameboodschappen meer bedraagt dan de maxima genoemd in de

Mediawet of het Mediabesluit, aldus het tweede lid van artikel 8. Deze bepalingen gelden ook voor uitzendingen via internet, omdat ook daar sprake is van programma-aanbod in de zin van artikel 1 van de wet.³³

Kanttekeningen

De introductie van beleidsregels voor reclame lijkt een verbetering ten opzichte van de voorgaande situatie waarin die beleidsregels ontbraken. De wijziging in het toepassingsbereik van de Mediawet – commerciële mediadiensten op aanvraag – noopte tot de introductie van reclamebeleid voor commerciële aanbieders, ter nadere invulling van de wettelijke regels.

Een vraag die de Beleidsregels reclame bij ons oproept, is in hoeverre slechts het beperkt toestaan van splitscreenreclame in lijn is met de bedoeling van de wetgever. En daarmee samenhangend dringt zich de vraag op of het Commissariaat de bevoegdheid heeft om deze beperking te introduceren.

In zijn brief van 19 juni 2006 liet het Commissariaat de Minister van OCW weten te hechten aan restrictieve voorwaarden voor splitscreenreclame.³⁴ De Minister werd verzocht om splitscreenreclame alleen toe te staan bij sportwedstrijden. Een dergelijke beperking heeft de wetgever echter niet noodzakelijk geacht. Op 24 mei 2007 gaf de minister van OCW in een brief aan de Tweede Kamer een toelichting op verschillende dereguleringsmaatregelen die ertoe moeten dienen een gelijk speelveld (*‘level playing field’*) voor commerciële omroepen te creëren. In dat kader noemde de Minister de mogelijkheid van splitscreen als een mogelijke en gewenste dereguleringsmaatregel.³⁵ De wetgever heeft in het kader van de totstandkoming van de nieuwe Mediawet³⁶ dan ook als volgt overwogen:

Dit biedt de ruimte voor splitscreentechnieken. [...] Als de reclame niet buitensporig veel plaats inneemt, maakt deze techniek het de kijker mogelijk tijdens de reclamespot het programma te blijven volgen. Splitscreen wordt vooral toegepast bij (sport)evenementen zonder natuurlijke pauzes. Splitscreen valt binnen de grenzen van de televisierichtlijn. Deze vorm van reclame is echter alleen verenigbaar met de richtlijn wanneer ook aan alle overige bepalingen voor reclame en telewinkelen wordt voldaan.³⁷

Bij de wijziging van de Mediawet naar aanleiding van de implementatie van de AVMD-richtlijn, overwoog de wetgever:

Een wettelijke mogelijkheid om voor bepaalde categorieën programma's vrijstellingen te verlenen van de verplichting om reclame in blokken uit te zenden, is bij de afschaffing van de verplichting voor reclameblokken niet langer opportuun. Splitscreen mag dan zonder meer, mits de overige regels voor reclame in acht worden genomen.³⁸

Daarmee dringt zich hier de vraag op of het Commissariaat hier beleid heeft geformuleerd dat indruist tegen de bedoeling van de wetgever. De wetgever heeft immers expliciet overwogen dat splitscreenreclame zonder meer is toegestaan, als maar aan de eisen van de Mediawet wordt voldaan. Die wettelijke eisen bieden ons inziens geen handvat voor het formuleren van

30 Zie de uitspraak ABRvS 21 augustus 1997, *Omroep & Commercie* 1996-1997 (Tros Aktua in Bedrijf).

31 Hof van Justitie EG 16 juli 1998, zaak C-210/96, (*Gut Springenheide*).

32 Zie ook paragraaf 41 van de interpretatieve mededeling van de Europese Commissie nr. 2004/C 102/02.

33 De maxima waar het hier om gaat zijn vastgelegd in artikel 3.8, eerste lid, waarin is vastgelegd dat het programma-aanbod voor ten hoogste 12 minuten per uur uit reclame- en telewinkeloedenschappen mag bestaan, en artikel 3.11 Mediawet dat bepaalt dat ten hoogste eenmaal per geprogrammeerde tijdvak

van dertig minuten reclame- of telewinkeloedenschappen mogen worden opgenomen in bepaalde programma's.

34 Brief van 19 juni 2006, kenmerk JuZa-003039-ibo.

35 Kamerstukken II 2006/07, 29 692, nr. 17, p. 2.

36 Aanleiding voor deze overweging was de toen nog op te nemen mogelijkheid om voor bepaalde categorieën vrijstelling te verlenen van de verplichting om reclame in blokken uit te zenden.

37 Kamerstukken II 2007/08, 31 356, nr. 3, p. 68.

38 Kamerstukken II 2008/09, 31 876, nr. 3, p. 23.

beleid dat splitscreenreclame zo ver inperkt. Ook de regel dat reclame alleen mag worden opgenomen wanneer geen afbreuk wordt gedaan aan de integriteit, het karakter of de samenhang van het programma (artikel 3.10, eerste lid, Mediawet) biedt dat handvat volgens ons niet. Niet valt in te zien waarom de opname van splitscreenreclame bij (sport)evenementen niet, en bij andere programma's wel in strijd zou komen met artikel 3.10, eerste lid Mediawet.

Daarbij is van belang te beseffen dat het Commissariaat op dit punt geen bevoegdheid tot normstelling heeft: de Mediawet kent het Commissariaat geen bevoegdheid toe om ten aanzien van splitscreenreclame nadere regels – te weten: algemeen verbindende voorschriften, zie hierboven – te stellen.³⁹ Het enkel toestaan van splitscreenreclame bij evenementen en live verslaggeving impliceert het verbieden van splitscreenreclame in overige gevallen. Hier wordt een beleidsregel geformuleerd die het kader van de bevoegdheid te buiten gaat; de zelfstandige normstelling die daarin vervat lijkt te zijn, overschrijdt de grenzen van de wettelijke regeling.

Regeling productplaatsing commerciële instellingen 2011 (concept)

Inhoud regeling

Het Commissariaat heeft bij het opstellen van de Regeling productplaatsing grotendeels het stramen gevolgd van de hiervoor besproken beleidsregels, ondanks dat de Regeling productplaatsing naar haar aard een wezenlijk ander karakter heeft aangezien dit een algemeen verbindend voorschrift betreft. Waarschijnlijk is dat de wetgever vanwege dit algemeen verbindende karakter ervoor heeft gekozen deze nadere regelstelling aan haar goedkeuring te onderwerpen.

De Mediawet voorziet zelf in een relatief uitgebreide normstelling voor productplaatsing, door dit eerst te verbieden en vervolgens geclausuleerd toe te staan in de artikelen 3.19a en 3.19b Mediawet. Deze wettelijke bepalingen zien met name op een beperking van het media-aanbod waarbinnen productplaatsing mag voorkomen (films, series, sport en licht amusement), het uitsluiten van productplaatsing van medische behandelingen en alcoholhoudende dranken (tussen 06.00 en 21.00 uur) en het verbieden van productplaatsing in kinderprogramma's. De kern van de Regeling productplaatsing is gelegen in de definitie van het begrip productplaatsing in artikel 4. Deze bepaling omschrijft dit als 'het opnemen van een product, dienst of (beeld)merk in de verhaallijn van het programma' of een verwijzing daarnaar die deel uitmaakt van de verhaallijn. Hiermee bevestigt het Commissariaat de scheiding tussen productplaatsing en het in artikel 3.17 mogelijk gemaakte 'vermelden van een product van de sponsor'. Op het belang van deze scheiding zullen wij hierna ingaan. Artikel 5 bepaalt wat volgens het Commissariaat een (beeld)merk kan zijn. In artikel 6 stelt het Commissariaat een ruime, uitsluitende interpretatie van het begrip lichte amusementsprogramma's. Dit omvat 'programma's van verstrooiende aard die geen nieuws, actualiteiten of politieke informatie bevatten'.⁴⁰ In de twee aanvul-

lende leden haakt het Commissariaat aan bij de omschrijving van de begrippen nieuws, actualiteiten of politieke informatie in de Beleidsregels sponsoring, zoals hiervoor is besproken. In artikel 7 zoekt het Commissariaat voor de uitleg van het begrip medische behandeling – waarvoor een productplaatsingsverbod geldt – aansluiting bij artikel 7:446 BW, dat de overeenkomst inzake geneeskundige behandeling regelt.⁴¹ De Regeling productplaatsing bevestigt in artikel 8 dat de uitzondering voor de sponsorbijdrage van ondergeschikte betekenis ook van toepassing is op de productplaatsing daarvan (in overeenstemming van artikel 7 Beleidsregels sponsoring) en dat de hiervoor genoemde voorschriften niet gelden als de bijdrage kleiner is dan € 1.000,- bij televisie en € 200,- bij radio. Het Commissariaat eist echter wel dat deze ondergeschikte (niet-financiële) bijdrage die in het programma geplaatst wordt niet-identificeerbaar is. De vraag is of bij een op niet-identificeerbare wijze geplaatst product überhaupt sprake is van productplaatsing in de zin van de wet. Indien dit niet het geval is, dan is onduidelijk waar het Commissariaat de bevoegdheid op stoelt om regels te stellen voor de productplaatsing van een bijdrage van ondergeschikte betekenis. In artikel 9 is bepaald op welke wijze de kijker moet worden geïnformeerd over de productplaatsing. De Nederlandse wetgever heeft er niet voor gekozen om, zoals in België (Vlaanderen) het geval is, het tonen van een productplaatsingslogo verplicht te stellen.⁴² Commerciële media-instellingen dienen echter wel duidelijk leesbaar de waarschuwing 'dit programma bevat productplaatsing' te tonen op hetzelfde moment dat de sponsorvermelding plaatsvindt. Ten slotte regelt artikel 10 dat het verbod om het publiek aan te sporen tot afname van een product of dienst door middel van specifieke aanprijzingen is overtreden, als deze producten (of diensten) in een wervende context worden geplaatst.

Wat betreft specifieke voorschriften bevat de Regeling productplaatsing in verhouding tot de Mediawet weinig nieuws onder de zon. Het meest opzienbarend is de systematische positionering van het begrip productplaatsing ten opzichte van de andere mogelijkheden om producten in een programma te tonen en de mate van commercialiteit die het Commissariaat door de gekozen definitie toelaat. De toelichting op de Regeling productplaatsing gaat verder in op deze systematiek, die wij hieronder proberen te duiden.

Kanttekeningen

Los van het wettelijke kader en de juridische voorgeschiedenis waarin productplaatsing gezien moet worden, is het een tamelijk eenvoudig begrip. Productplaatsing is het tegen betaling opnemen van, of verwijzen naar een product, dienst of merk binnen het kader van een programma, aldus artikel 1.1 Mediawet. De meeste mensen kunnen zich bij deze moderne reclamevorm waarschijnlijk zonder al te grote moeite een voorstelling maken, met name als wordt gedacht aan de in het oog springende wijze waarop Hollywood met deze praktijk omgaat. Auto's, horloges, mobieltjes, zonnebrillen, maar ook complete locaties, zijn producten die veelvuldig een positieve en prominente rol spelen op het witte doek. Hierbij zal de regisseur bijvoorbeeld niet schromen volledig in te zoomen op het automerklogo terwijl de topspion met piepende banden net op tijd achteruit scheurt. Dit gebruik van producten in

39 Zoals bijvoorbeeld artikel 3.19b, vijfde lid, Mediawet dat wél doet: 'Het Commissariaat kan nadere regels stellen over de toepassing van productplaatsing [...]'

40 Verstrooien is een term uit de oude Mediawet en omvat naar wij aannemen iedere vorm van aanbod anders dan met een informatief en educatief karakter.

41 Reclame voor geneesmiddelen wordt uiteraard gereguleerd en beperkt door

hoofdstuk 9 van de Geneesmiddelenwet.

42 De Vlaamse regering verplicht omroeporganisaties voor en na programma's en na elke hervatting het PP-logo rechts boven in beeld te tonen (een rondje met twee p's), zie artikel 1 e.v. Besluit van de Vlaamse Regering betreffende het gebruik van een logo voor de aanduiding van productplaatsing.

media-aanbod komt ook in Nederlandse televisieprogramma's voor, zij het misschien op iets minder opzichtige wijze. In ieder geval biedt productplaatsing media-instellingen een advertentiemiddel dat de kijker niet kan ontwijken door middel van nieuwe technieken die al wel gevolgen hebben gehad voor het klassieke reclameblok (zoals video-on-demand en digitale opnamemiddelen).⁴³ Het idee is dat de advertentie niet langer rondom het programma getoond wordt, maar in het media-aanbod verwerkt is. Productplaatsing is vanuit de media-instellingen bezien dan ook een tamelijk eenduidig begrip.

Kanttekeningen: de positie van productplaatsing ten opzichte van artikel 3.17 Mw

De complexiteit van productplaatsing in de zin van artikel 3.19a Mediawet en de Regeling productplaatsing wordt pas duidelijk als artikel 3.17 Mediawet in ogenschouw wordt genomen. Deze bepaling voorziet immers in een mogelijkheid om producten van de sponsor binnen het programma te tonen of te vermelden. Aan dit artikel komt ten opzichte van productplaatsing zelfstandige betekenis toe, zo blijkt uit het feit dat artikel 3.17 Mediawet van toepassing is onverminderd de afdeling over productplaatsing. Het tonen en vermelden van een product van de sponsor in de zin van artikel 3.17, was ook onder de oude Mediawet toegestaan.⁴⁴ Op aanzet van de Europese Unie is met de AVMD-richtlijn onder voorwaarden de mogelijkheid gecreëerd productplaatsing toe te passen.⁴⁵ Daarbij is expliciet rekening gehouden met de bestaande mogelijkheid om producten van een sponsor te tonen of te vermelden.⁴⁶ Alhoewel het onderscheid tussen beide vormen van commerciële communicatie enigszins arbitrair lijkt, is het van groot belang voor de praktijk. Zo is productplaatsing uitgesloten voor kinderprogramma's en nog op andere punten aan strengere eisen onderworpen. Bovendien verwachtte de praktijk dat productplaatsing een aanvulling zou betekenen op het bestaande regime en dat daarmee meer ruimte zou worden geboden voor advertenties binnen het programma dan onder artikel 3.17 Mediawet en haar voorganger was toegestaan.⁴⁷ Het is daarom van belang waar de grens tussen beide reclamevormen ligt en welke mate van commercialiteit toelaatbaar wordt geacht.

Enigszins verwarrend in dit verband is dat het Commissariaat in de Regeling productplaatsing de term 'sponsoring' gebruikt voor het 'tonen of vermelden van een product van een sponsor' (artikel 3.17 Mediawet). Dit is onjuist, omdat 'sponsoring' in de Mediawet wordt gedefinieerd als 'het verstrekken van financiële of andere bijdragen' (zie artikel 1.1 Mediawet). Buiten het feit dat de gekozen terminologie in de Regeling productplaatsing wettechnisch niet klopt, bestaat kans op onduidelijkheid. Hierdoor wordt namelijk de schijn gewekt dat bij productplaatsing geen sprake is van sponsoring in de zin van artikel 1.1 Mediawet, terwijl inherent aan productplaatsing is dat een bijdrage wordt geleverd in de vorm van geld of het product dat vertoond wordt ('bartering'). Het begrip sponsoring krijgt hierdoor een dubbele betekenis.⁴⁸

Vooropgesteld: beide advertentievormen zijn gelijk voor wat betreft het tonen van een product of dienst in het programma en beide vormen zijn dus niet als afzonderlijke reclame gescheiden van het inhoudelijke media-aanbod. Het verschil zit in de toevoeging 'binnen het kader van het programma' aan de definitie van productplaatsing (artikel 1.1). Helaas biedt deze toevoeging op zichzelf weinig duidelijkheid. Het is daarom niet verbazingwekkend dat het Commissariaat in de toelichting op de Regeling productplaatsing de nodige aandacht besteedt aan het onderscheid tussen productplaatsing en artikel 3.17 Mediawet. Het beschrijft in randnummer 4 dat:

bij productplaatsing sprake moet zijn van het vertonen [...] van een (gesponsord) product [...] dat op natuurlijke wijze past binnen de verhaallijn van het programma. Dit in tegenstelling tot het tonen van producten of diensten van de sponsor waarbij het product of de dienst wordt getoond/genoemd maar geen onderdeel uitmaakt van de verhaallijn. Productplaatsing heeft daarmee impact op de redactionele inhoud van het programma.

Deze omschrijving komt overeen met de AVMD-richtlijn, waar in overweging 91 wordt gesproken over: 'ingebed in de actie van het programma' en voor verwijzingen naar een sponsor wordt uitgelegd dat deze moeten 'worden getoond tijdens een programma, maar maken geen deel uit van de plot'.⁴⁹

Het onderscheid tussen productplaatsing en artikel 3.17 Mediawet kan dus worden gevonden in de vraag of een productvertoning plaatsvindt binnen de verhaallijn, is ingebed in de actie van het programma en/of deel uitmaakt van het plot. Hierbij geldt de aanvulling dat de wet voorheen geen ruimte bood voor productplaatsing, waardoor datgene wat onder het oude regime mogelijk was automatisch valt buiten dat wat 'plaatsvindt binnen de verhaallijn'. Het Commissariaat heeft het onderscheid tussen productplaatsing en artikel 3.17 Mediawet in de toelichting nader geïllustreerd door het toevoegen van een aantal voorbeelden, die allemaal draaien om een espressoapparaat van meer dan € 1.000,- dat wordt vertoond in een soap.⁵⁰ In het eerste voorbeeld verschijnt het apparaat identificeerbaar in beeld door een shot van de keuken. Deze situatie valt volgens het Commissariaat onder artikel 3.17. In het tweede voorbeeld zetten de acteurs koffie met het espressoapparaat, terwijl ze met elkaar in gesprek zijn, maar het apparaat zelf niet noemen. Dit voorbeeld betreft volgens het Commissariaat toegestane productplaatsing. Wij zijn van mening dat niet direct duidelijk is waarom hier sprake is van 'deel uitmaken van de verhaallijn'. In feite betreft het voorbeeld niets meer dan willekeurige handelingen met een rekvisiet dat verder niet ter sprake komt. Bovendien zou het interessant zijn te onderzoeken of deze mate van interactie met 'een product van een sponsor' niet ook onder het oude regime was toegestaan. Indien dit het geval is, moeten we constateren dat de Regeling productplaatsing een aanscherping met zich brengt. Dat wat voorheen was toegestaan op grond van de voorganger van artikel 3.17, valt nu immers onder de (strengere) voorschriften van productplaatsing. De vraag is of deze beperking nog gerecht-

43 TNO, Reclame 2.0 De toekomst van reclame in een digitaal televisielandschap, 12 juni 2006, p. 8.

44 Artikel 71k lid 3 Mediawet (oud) en Beleidsregels sponsoring commerciële omroep 2005.

45 Artikel 11 AVMD-richtlijn, zie ook M. Robichon-Lindenkamp, 'De Richtlijn audiovisuele mediadiensten: liberalisering reclameregels voor traditionele televisie en meer regels voor on-demand diensten', *Mediaforum* 2008-2, p. 75.

46 Overweging 91 AVMD-richtlijn.

47 De verwachting was gewekt door berichtgeving van het Commissariaat, zie bijvoorbeeld de brief 'Liberalisering reclame- en sponsorregels commerciële omroep' van 19 juni 2006, kenmerk JuZa-003039-ibo.

48 Het Commissariaat volgt hier overigens de AVMD-richtlijn, waarin dezelfde onduidelijke terminologie gebruikt wordt. In overweging 91 wordt het begrip 'sponsoring' genoemd voor het tonen of vermelden van een sponsor, terwijl 'sponsoring' op grond van artikel 1 lid 1 sub k gedefinieerd wordt als een bijdrage (niet een uiting).

49 Zie ook de overeenkomstige bespreking van dit onderwerp door de Nederlandse wetgever: Nota van het Verslag Wet AVMD, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 876, nr. 7, p. 8.

50 Het voorbeeld dient enkel ter consultatie en zal vermoedelijk niet in de uiteindelijke regeling worden opgenomen.

vaardig is als *de facto* geen ruimte wordt geboden voor meer commercialiteit.

Kanttekeningen: de mate van commercialiteit

De mate van toegelaten commercialiteit is uiteraard in wezen waar het bij productplaatsing om te doen is. Al jaren is sprake van een – vanuit internationaal perspectief bezien – ongelijk speelveld, omdat regulier lineair Nederlands media-aanbod aan veel strengere normen is onderworpen dan media-aanbod uit andere lidstaten, Amerikaanse producties en online video. Dit waren ook de voornaamste redenen dat het Commissariaat ten tijde van het opstellen van de AVMD-richtlijn op de bres sprong voor meer commercialiteit binnen Nederlandse televisieuitzendingen.⁵¹ De mate van commercialiteit wordt echter niet primair bepaald door het onderscheid tussen productplaatsing en artikel 3.17. De Regeling productplaatsing stelt hieraan namelijk nadere voorschriften. Deze voorschriften liggen in het verlengde van artikel 3.19b lid 2, waarin wat betreft de vormgeving van de productplaatsing is bepaald 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'.⁵² Het Commissariaat interpreteert de norm dat geen specifieke aanprijzingen gedaan mogen worden als een verbod dat het product niet in een wervende context geplaatst mag worden (artikel 11 Regeling productplaatsing). In de toelichting wordt dit nader uiteengezet door middel van een opsomming van een aantal specifieke omstandigheden die leiden tot een wervende context.⁵³ Ten slotte staat in de toelichting vermeld dat geen onnatuurlijke beïnvloeding van de verhaallijn mag plaatsvinden.

Het Commissariaat heeft het hiervoor genoemde voorbeeld van het espressoapparaat gebruikt om aan te geven wanneer precies sprake is van een wervende context. Zoals gezegd, is koffiezetten met het identificeerbare apparaat terwijl de acteurs hier verder niets over melden toegestane productplaatsing. Het mag van het Commissariaat nog één stapje commerciëler: 'Een soap-acteur maakt koffie en vraagt aan zijn tegenstander of hij ook koffie wil. Hij zegt: Wil je ook koffie? Ik kan ook een cappuccino voor je maken. Dat gaat allemaal volautomatisch met deze machine.' Niet toegelaten is de volgende gesprekswending tijdens het koffiezetten: 'Wil je ook koffie? Ik kan ook een cappuccino voor je maken. Dat gaat allemaal volautomatisch met deze fantastische machine. Het enige waar je bij dit apparaat op moet letten is het lampje dat aangeeft wanneer je moet ontkalken. Verder heb je er geen omkijken naar.' De kern zit volgens het Commissariaat in het op neutrale wijze aandacht besteden aan het apparaat. Als dit niet gebeurt en de

productplaatsing te wervend is kan dat volgens het Commissariaat leiden tot sluikreclame. Het Commissariaat schrijft in dit kader dat het niet toegestaan is productplaatsing toe te passen met het oogmerk reclame te maken.⁵⁴

Hier wringt de schoen. Productplaatsing, en ook 'sponsoring' op grond van artikel 3.17 Mediawet, zijn op grond van de AVMD-richtlijn vormen van audiovisuele commerciële communicatie. Dit betekent dat het beelden betreft, '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' (artikel 1 lid sub h AVMD-richtlijn). Het is daarom merkwaardig dat volgens de toelichting op de Regeling productplaatsing het reclame-oogmerk als verbod is omschreven. Dit past niet binnen het systeem van de Mediawet. Productplaatsing en 'sponsoring' op grond van artikel 3.17 zijn uitdrukkelijk vormen van toegelaten sluikreclame.⁵⁵ Wat betreft artikel 3.17 volgt dit uit de formulering van deze bepaling, die het *toestaat* producten van een sponsor te tonen of te vermelden. De Mediawet bevat geen expliciet verbod op dergelijke vertoningen of vermelding. Daarom moet een ander verbod van toepassing zijn. Dit kan alleen het verbod op sluikreclame zijn (artikel 3.5b lid 3), wat in de wetgeschiedenis wordt bevestigd.⁵⁶ Wat betreft productplaatsing is expliciet in de AVMD-richtlijn vermeld dat rechtmatige productplaatsing een vorm van toegestane sluikreclame is.⁵⁷ Dit wordt eveneens bevestigd in de wetgeschiedenis.⁵⁸ Omdat productplaatsing en artikel 3.17 uitzonderingen op het sluikreclame verbod zijn, moet het tonen van een product voldoen aan definitie van sluikreclame om überhaupt in aanmerking te komen voor één van beide normen. Zo niet, dan lijkt geen van de voorschriften van toepassing. Het belang van deze systematiek is gelegen in het feit dat een uiting pas sluikreclame kan zijn als de verantwoordelijke media-instelling beoogt reclame te maken.⁵⁹ Het Commissariaat lijkt dit bij het opstellen van de Regeling productplaatsing onvoldoende voor ogen te hebben gehad. Productplaatsing is een vorm van commerciële communicatie en dient de ruimte te krijgen om wervend te zijn en daardoor reclame te maken binnen de grenzen van de richtlijn (geen specifieke aanprijzingen of overmatige aandacht). Het is lastig om op dit moment vast te stellen of de espressovoorbeelden in de toelichting passen binnen die juiste systematiek. Het is desalniettemin de vraag of het Commissariaat tot dezelfde scenario's was gekomen als het daaraan voorafgaand de eisen voor productplaatsing binnen het kader van de wet op de hiervoor genoemde wijze had benoemd.

Tot slot

Hiervoor hebben wij geschetst hoe het nieuwe beleid voor

51 Commissariaat voor de Media, Regulerings Nederlandse commerciële televisie markt, mei 2006, p. 16. Zie ook het rapport Reclame 2.0 van TNO, dat gelijktijdig met de aanbeveling van het Commissariaat aan de regering is aangeboden (TNO, Reclame 2.0 De toekomst van reclame in een digitaal televisielandschap. Rapport nr. 33797, 12 juni 2006). Beide rapporten zijn op 6 oktober 2006 bij brief van de minister aan de Kamer verzonden (*Kamerstukken II 2006/07*, 29 692, nr. 15).

52 Beide normen komen voort uit artikel 11 lid 3 AVMD-richtlijn. Zie voor een uitgebreide bespreking van deze normen in communautair opzicht: Angelopoulos, 'Product Placement in European Audiovisual Productions', *IRIS-plus* 2010-13, p. 14 ev.

53 Het geven van verkoopinformatie, een oproep of een aanprijzing, een te nadrukkelijke of te uitgebreide vermelding of vertoning, het gebruik van publiciteitsmateriaal van de productplaatser. Daarnaast mag slechts op een bepaalde wijze worden genoemd wie bepaalde producten ter beschikking heeft gesteld; 'deze prijs wordt u aangeboden door [...] mag niet, 'u wint een Philips televisie' mag wel.

54 Randnummer 4, toelichting op de Regeling productplaatsing.

55 Strikt genomen laat artikel 1.1 Mediawet geen ruimte voor *toegestane* sluikreclame, omdat 'sluikreclame' 'anders dan op grond van deze wet' geen sluikreclame meer is. Met andere woorden als een uiting aan alle materiële eisen van de definitie van sluikreclame voldoet (artikel 1.1 Mediawet), maar op grond van de wet is toegestaan, kan het volgens de wetgever formeel niet als sluikreclame worden gezien. Voor het punt dat hier besproken wordt is het echter niet relevant welke terminologie gevolgd wordt. Het gaat enkel om de materiële norm van het begrip 'sluikreclame' (artikel 1.1 Mediawet), waar ook productplaatsing en artikel 3.17 Mediawet onder vallen.

56 *Kamerstukken II 2007/08*, 31 356, nr. 3, p. 24.

57 Overweging 90 AVMD-richtlijn.

58 *Kamerstukken II 2008/09*, 31 876, nr. 3, p. 9.

59 ABRvS 21 augustus 1997, *Omroep & Commercie* 1996-1997 (*Tros Aktua in Bedrijf*) en ABRvS 3 augustus 2005, *Mediaforum* 2005-9, nr. 29 m.nt. A.W. Hins (*CvdM/SVS*). Zie ook de Interpretatieve Mededeling van de Commissie over bepaalde aspecten van de TZG-richtlijn betreffende televisiereclame (de voorganger van de AVMD-richtlijn) (2004/C 102/2), par. 31.

sponsoring en reclame en de – nog goed te keuren – regeling voor productplaatsing eruit zien. Wij hebben daar een aantal kanttekeningen bij geplaatst. Zo dringt zich de vraag op of de uitleg die het Commissariaat geeft aan het sponsorverbod ex artikel 3.15, tweede lid Mediawet in overeenstemming is met de bedoeling van de wetgever en het vereiste van rechtszekerheid. Bovendien lijkt de formulering voor de praktijk lastig werkbaar. Wij constateerden verder dat de beleidsregel die een beperking van splitscreenreclame tot (sport)evenementen inhoudt, niet in lijn lijkt te zijn met de bedoeling van de wetgever. Een bevoegdheid tot het stellen van algemeen verbindende voorschriften over (splitscreen)reclame ontbreekt bovendien. Ten slotte bespraken wij de Regeling productplaatsing en plaatsten in wij in dat kader kanttekeningen bij de invulling van het begrip productplaatsing ten opzichte van de mogelijkheid om producten van een sponsor te vertonen of te vermelden op grond van artikel 3.17.

De nieuwe beleidsregels en de conceptregeling vormen het sluitstuk van de herziene regulering van commercieel media-aanbod dat werd ingeluid door de AVMD-richtlijn en de daaropvolgende nieuwe Mediawet 2008. Al met al lijkt het er niet op dat het Commissariaat in dit momentum de nieuwe ruimte voor commercialiteit ten volle benut. De kanttekeningen die wij plaatsen bij de beleidsregels laten zien dat het Commissariaat eerder kiest voor een aantal onvoorzien beperkingen. De Regeling productplaatsing lijkt bovendien in zijn geheel strenger te worden dan op voorhand werd aangenomen. Het

Commissariaat impliceert namelijk dat zij productplaatsing die leidt tot reclame wil inperken. Dit is opmerkelijk omdat productplaatsing juist bestemd is om reclame te maken; het betreft immers commerciële communicatie. Bovendien noopt het systeem van de wet tot een interpretatie die promotie van geplaatste producten in verregeande (of in ieder geval in hogere) mate toestaat.

De verwachting was dat het Commissariaat zou overgaan tot liberalisering. Deze verwachting was gestoeld op eerdere communicatie van het Commissariaat aan de regering⁶⁰ en past binnen de doelstelling van zowel de Europese als Nederlandse wetgever om een gelijk speelveld te creëren voor commerciële media-instellingen ten opzichte van buitenlandse producties en media-aanbod via beperkt of ongereguleerde kanalen. De nieuwe beleidsregels en de conceptregeling voldoen uiteraard ten dele aan deze verwachting. De nieuwe Mediawet introduceert immers concrete mogelijkheden die voorheen niet toegestaan waren (zoals splitscreenreclame en productplaatsing). Het Commissariaat bouwt hierop voort, maar lijkt tegelijkertijd onwillig commerciële media-instellingen volledig de ruimte te bieden waar de nieuwe Mediawet en de AVMD-richtlijn de deur voor open zetten. Los van de vraag of deze beperkingen goorloofd zijn, zou het verhelderend zijn als het Commissariaat precies toelicht hoe de beleidsregels en conceptregeling beantwoorden aan de eerdere geschapen verwachtingen en het ten doel gestelde gelijke speelveld.

⁶⁰ Zie bijvoorbeeld de brief van het Commissariaat 'Liberalisering reclame- en sponsorregels commerciële omroep' van 19 juni 2006, kenmerk JuZa-003039-ibo.