

AALBORG UNIVERSITET

KANDIDATSPECIALE

Regulering af skjult reklame på livestreaming-platforme og streamingtjenester



19. maj 2020

Nicolai Skovmose Kjær
Studienummer: 20155035

Mathias Villadsen Laibjörn
Studienummer: 20153100

Vejledt af Marie Jull Sørensen

Abstract

In the last decade, there has been rapid advancements in the field of technology, including an increased accessibility to the internet all over the world. The internet presents a broad span of possibilities to conduct businesses and market products. The internet consists of multiple types of platforms, hereinunder online shops, video-sharing platforms, on-demand services, social networks etc. Traders from all over the world has seen the potential to market their products to a greater a circle of customers, with the increased accessibility to the internet and through new platforms. However, sometimes it can be difficult to pinpoint the exact regulations that applies to the marketing of products and services on a specific platform. This is especially due to the fact that some new platforms contain both elements of video-sharing and social networking. Covert advertising continues to be a widespread phenomenon and with the advent of new platforms and a wider range of customers there are new ways that the trader can conduct covert advertising.

The purpose of this judicial thesis is to determine which regulation governs covert advertising on livestreaming platforms and on-demand streaming services. Covert advertising can take many different forms depending on the media it appears in. On livestreaming platforms covert advertising will often take the form of personal opinions instead of commercial communication and on on-demand services it will often be in the form of surreptitious commercial communication, product placement or product sponsoring.

The Danish Marketing Practices Act is neutral in terms of the technology used for commercial practices, which means it should always be applied unless a more specific regulation governs the subject matter. It will undoubtedly apply to livestreaming platforms, but it is unclear how the regulations should be exercised on these platforms. This thesis seems to analyze the applicable law and determine how it should be used to ensure that advertising on livestreams is not in conflict with the prohibition on covert advertising.

The Audiovisual Media Services Directive and The Danish Radio and Television Act regulates on-demand audiovisual media services. What statutes an on-demand audiovisual media service is somewhat unclear. This thesis aims to analyze the requirements for what statutes an on-demand

audiovisual media service and determine whether the regulation set in the abovementioned directive and act applies to on-demand streaming services such as Viaplay.

If the on-demand streaming service meets the requirements for on-demand audiovisual media services, it is subject to the regulation of surreptitious commercial communication, product placement and product sponsoring, in this sectorial legislation.

Regardless of whether covert advertising is brought on livestreaming platforms or on-demand streaming services it will always depend on a specific assessment to determine which regulation applies and whether the rules are complied with.

Indholdsfortegnelse

ABSTRACT.....	2
KAPITEL I – INDLEDNING.....	6
1.1. PROBLEMFORMULERING	7
1.2. AFGRÆNSNING	8
1.3. RETSKILDER OG METODE	8
KAPITEL II - SKJULT REKLAME PÅ LIVE-STREAMING PLATFORME	13
2.1. INDLEDNING	13
2.2. BEGREBET ”SKJULT REKLAME”	13
2.3. DEN RETLIGE RAMME	14
2.3.1. BAGGRUND OG FORMÅL FOR REGULERING SKJULT REKLAME	14
2.3.1.1. Implementering af EU's handelspraksisdirektiv.....	14
2.3.2. ANVENDELSESOMRÅDE	16
2.3.2.1. Territorialt anvendelsesområde.....	16
2.3.2.2. Materielt anvendelsesområde.....	17
2.3.2.2.1. Teknologineutralitet.....	18
2.3.2.3. Det personelle anvendelsesområde	18
2.3.3. MARKEDSFØRINGSLOVENS REGULERING AF SKJULT REKLAME.....	19
2.3.3.1. Væsentlig forvridning af forbrugerens økonomiske adfærd	19
2.3.3.2. Identifikation af den kommercielle hensigt.....	21
2.3.3.3. Oplysning om, på hvis vegne den kommercielle kommunikation sendes.....	22
2.3.3.4. Begrænsninger i mediet	22
2.3.3.5. Virksomhedens instruktionsforpligtelse og ansvar	23
2.3.4. DELKONKLUSION	25
2.4. CASE-EKSEMPEL – SKJULT REKLAME PÅ LIVESTREAMING-PLATFORMEN, TWITCH	27
2.4.1. REGLERNES ANVENDELIGHED PÅ LIVESTREAMING-PLATFORME	27
2.4.2. STREAMERS AKTIVITET I ERHVERVSØJEMED	27
2.4.3. UDSEENDET AF LIVESTREAMING-PLATFORMEN, TWITCH.....	29
2.4.3.1. Opsætning af platformen	29
2.4.3.1.1. Streamerens kanal	30
2.4.3.1.2. Indholdet på streamerens kanal.....	30
2.4.3.2. Videobilledet i en livestream	34
2.4.3.2.1. Reklamer i livestreams.....	34
2.4.4. PRAKTISK ANVENDELSE AF MARKEDSFØRINGSREGLERNE PÅ LIVE-STREAMING	36
2.4.4.1. Typer af livestreams.....	37
2.4.4.1.1. Livestreams, der er specielt udarbejdet med henblik på promovring af et produkt.....	37
2.4.4.1.2. Livestreams, hvori der optræder reklameindhold.	38
2.4.4.2. Oplysning om de kommercielle hensigter.....	38

2.4.4.2.1. Oplysning om kommercielle hensigter i livestreams, der er specielt udarbejdet med henblik på promovring af et produkt.	39
2.4.4.2.2. Oplysning om kommercielle hensigter i livestreams, hvori der optræder reklameindhold.....	41
2.4.5. KONKLUSION PÅ SPØRGSMÅLET, HVORDAN ANVENDES REGLERNE OM SKJULT REKLAME PÅ LIVESTREAMING-PLATFORME	42

KAPITEL III - SKJULTE REKLAMER PÅ STREAMINGTJENESTER..... 43

3.1. INDLEDNING	43
3.2. RADIO- OG FJERNSYNSLOVENS REGULERING AF ON DEMAND-AUDIOVISUELLE MEDIETJENESTER..	46
3.2.1. BAGGRUNDEN FOR REGULERING AF ON DEMAND-AUDIOVISUELLE MEDIETJENESTER	46
3.2.2. RADIO- OG FJERNSYNSLOVENS TERRITORIALE ANVENDELSESOMRÅDE	47
3.2.2.1. Oprindelseslandsprincipets indhold	47
3.2.2.1. Undtagelser til senderlandsprincippet.....	49
3.2.3. RADIO- OG FJERNSYNSLOVENS MATERIELLE ANVENDELSESOMRÅDE	50
3.2.3.1. Betingelserne for on demand-audiovisuelle medietjenester:.....	52
3.2.3.2. – Diskussion af betingelserne for on demand-audiovisuelle medietjenester.....	55
3.2.4. RADIO- OG TV-NÆVNETS AFGØRELSE AF 5. MARTS 2018 (FØTEX' FACEBOOKSIDE)	57
3.2.4.1. Sagens baggrund.....	57
3.2.4.2. Radio- og tv-nævnets afgørelse	58
3.2.4.3. Afgørelsens bidrag til forståelsen af on demand-audiovisuelle medietjenester	59
3.2.5. CASE-EKSEMPEL – ER STREAMINGTJENESTEN VIAPLAY OMFATTET AF RADIO- OG FJERNSYNSLOVENS REGULERING AF ON DEMAND-AUDIOVISUELLE MEDIETJENESTER	60
3.2.6. DELKONKLUSION	62
3.3. REGULERING AF SKJULT REKLAME (OG DET DER LIGNER) PÅ ON DEMAND-AUDIOVISUELLE MEDIETJENESTER.....	64
3.3.1. REGULERING AF SKJULT REKLAME	64
3.3.2. REGULERING AF PRODUKTPLACERINGER.....	69
3.3.3. REGULERING AF PRODUKTSponsoreringer	73
3.4. KONKLUSION PÅ SPØRGSMÅLET, HVORDAN REGULERES SKJULT REKLAME (OG DET DER LIGNER) PÅ STREAMINGTJENESTER?	77
3.5. FREMTIDEN FOR ON DEMAND-AUDIOVISUELLE MEDIETJENESTER	78

KAPITEL IV – KONKLUSION

LITTERATURLISTE

BILAG.....

Kapitel I – Indledning

I takt med den digitale udvikling er der kommet stadigt flere nye internetbaserede tjenester til. I løbet af de seneste år er anvendelsen af livestreaming-platforme og streamingtjenester som underholdningsmedier, blevet mere og mere udbredt, særligt blandt de yngre generationer.

På markedet for livestreaming-platforme skete der i 2019 en stigning på 23%, i relation til antallet af timers materiale, der blev streamet blandt de 4 største platforme. Med denne stigning taget i betragtning, er der sammenlagt streamet 12,7 milliarder timers materiale.¹ Henset til livestreamings popularitet, særlig blandt unge, må denne stigning forventes at fortsætte yderligere, i de kommende år. En livestream vil ofte bestå af en privatperson, der udsender en video i realtid af sig selv, der spiller computerspil. Dog er livestreaming også blevet en platform, som erhvervsdrivende kan anvende til at markedsføre sin virksomhed eller produkter. Markedsføring gennem brugen af livestreaming-platforme kan foretages af den erhvervsdrivende selv eller af privatpersoner, der på vegne af den erhvervsdrivende, omtaler dennes virksomhed eller produkter.

Livestreaming-platforme stiller et overvæld af forskellige teknologiske markedsføringsmuligheder til rådighed, der indtil videre ikke har været anvendt på videodelingsplatforme eller sociale medier. En kombination disse markedsføringsmuligheder og det betydelige antal af potentielle aftagere, har gjort det særligt fordelagtigt for erhvervsdrivende at markedsføre sig, på disse platforme.

Foruden livestreaming-platforme, er streamingtjenester som Netflix og Viaplay, blevet et udbredt underholdningsmedie i hjemmet.² Disse tjenester danner mange lighedspunkter med traditionelt fjernsyn, men adskiller sig i forhold til måden hvorpå, programmer vises. På streamingtjenester får tjenestens brugere frihed til selv at vælge specifikt hvad der ønskes vist, og hvornår dette skal vises. I en undersøgelse foretaget af YouGov i februar 2020 fremgik det, at 62% af den danske befolkning anvender én eller flere streamingtjenester til at se spillefilm og tv-serier.³ Dette har medført, at det tillige kan være fordelagtigt for en erhvervsdrivende at markedsføre sig enten på selve tjenesten eller i de programmer, der udbydes på denne.

¹ Streamelements & Arsenal: "State of Stream 2019", www.streamelements.com

² Danmarks Statistik: "Over halvdelen af de 16-74 streamer", www.dst.dk

³ YouGov: "Hvor mange streamingtjenester er danskerne villige til at betale for?", www.yougov.dk

En erhvervsdrivendes markedsføring på de ovenstående medier, vil ofte komme til udtryk gennem brug af reklamer. Anvendelse af reklamer til at promovere et produkt eller en virksomhed er lovligt, såfremt de kommercielle hensyn bag reklamen, er tydelige.

Problemet opstår dog i de tilfælde, hvor det ikke er tydeligt at der forekommer reklamebudskaber. Dette betegnes som ”skjult reklame” og kan have en utilbørlig effekt på den målgruppe, reklamen retter sig til. Forekomsten af skjult reklame er et stadigt stort problem. Med tilkomsten af nye internettjenester og markedsføringsmuligheder taget i betragtning, er det nødvendigt at fastlægge hvorledes skjult reklame reguleres på de ovenstående medier, herunder også hvordan reglerne i lovgivningen bør anvendes på medierne.

1.1. Problemformulering

I nærværende speciale søges en afklaring på reguleringen af skjult reklame på henholdsvis livestreaming-platforme og streamingtjenester,⁴ herunder reglernes anvendelse på disse. Dertil er det nødvendigt at foretage en opdeling af problemstillingen.

Første del vil relatere sig til skjult reklame der bringes på livestreaming-platforme. Denne problemstilling vil søges afklaret gennem en analyse af Markedsføringslovens regulering af skjult reklame, med inddragelse af E-handelslovens regulering.

Anden del vil relatere sig til skjult reklame (*og det der ligner*), der bringes i programmer og spillefilm på streamingtjenester. Her bliver en afklaring af problemstillingen imidlertid mere kompliceret, idet det er uklart om disse tjenester vil blive reguleret af den generelle lovgivning der følger af Markedsføringsloven eller af den mere specifikke lovgivning for udøvelse af programvirksomhed, der følger af Radio- og fjernsynsloven. Problemstillingen vil derfor indledningsvist søges afklaret ved en analyse af sektorlovgivningens anvendelsesområde, for derigennem at fastlægge, om streamingtjenester omfattes. Dernæst vil reglerne om skjult reklame (*og det der ligner*) i denne lovgivning, blive analyseret for at besvare spørgsmålet, hvorledes reguleres skjult reklame på streamingtjenester.

⁴ Se hertil begrebslisten under afsnit 1.4.

1.2. Afgrænsning

Nærværende speciale forsøger at tage sigte på reguleringen af skjult reklame på livestreaming-platforme og streamingtjenester, herunder også hvorledes reglerne bør anvendes på de angivne medier. Dertil er det ikke alle aspekter ved reguleringen af reklamer, der bringes på disse medier, der vil blive behandlet. Der vil være et primært fokus på Markedsføringslovens regulering af skjult reklame, med inddragelse af aspekter fra E-handelsloven. Dette begrundes i, at E-handelsloven ikke er strafsanktioneret, og en overtrædelse heraf vil sanktioneres efter Markedsføringsloven.⁵ E-handelsloven vil dog kun blive inddraget i analysen i det omfang, det anses for nødvendigt for den problemstilling, projektet søger at afklare.

Radio- og fjernsynsloven og de dertilhørende bekendtgørelser, er en omfattende sektorlovgivning, der regulerer en lang række forskellige aspekter ved udøvelsen af programvirksomhed.⁶ Projektet søger imidlertid at afklare spørgsmålet om, hvorledes skjult reklame reguleres på streamingtjenester. Derfor er det ikke alle aspekter på dette område, der vil blive genstand for en analyse. Analysen vil navnlig relatere sig til Radio- og fjernsynslovens anvendelsesområde og regulering af skjult reklame, produktplaceringer og -sponsoreringer. Ansvar for indhold der bringes på streamingtjenester, kan også være reguleret i E-handelslovens §§ 14-16. Disse bestemmelser vil dog ikke blive gennemgået i nærværende speciale.

1.3. Retskilder og metode

Til nærværende speciale anvendes national lovgivning, herunder Lov nr. 426 af 3. maj 2017 (*herefter: Markedsføringsloven*), Lov nr. 227 af 22. april 2002 (*herefter: E-handelsloven*) og Lovbekendtgørelse nr. 248 af 16. marts 2019 (*herefter: Radio- og fjernsynsloven*). Dertil vil der også blive anvendt bekendtgørelser, idet omfang disse skønnes nødvendige for afklaring af projektets problemstilling. Den nationale regulering, på de områder projektet søger at afklare, tager afsæt i en række forskellige direktiver udstedt af EU-kommissionen. I medfør af Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (*herefter: TEUF*) art. 288, stk. 3, er direktiver bindende for medlemsstaterne, under hensyn til direktivets formål. For nærværende speciale vil følgende direktiver blive anvendt til at belyse baggrundsretten på de områder, direktiverne regulerer:

⁵ 2001/2 LSF 61, *Forslag til Lov om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel*, almindelige bemærkninger C, pkt. 17 – Sanktioner.

⁶ Se hertil Lovbekendtgørelse nr. 248 af 16. marts 2019 (Radio- og fjernsynsloven) § 1, stk. 3.

Direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 (*herefter: Handelspraksisdirektivet*), Direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 (*herefter: Direktivet om Elektronisk Handel*), Direktiv 2010/13/EU af 10. marts 2010 (*herefter: AVMS-direktivet*) og Direktiv 89/552/EØF af 3. oktober 1989 (*herefter: Direktivet om "fjernsyn uden grænser"*).

Fælles for disse direktiver er, at deres anvendelse i den nationale lovgivning forudsætter en implementering af reglerne. I medfør af TEUF art. 288, stk. 3, overlades det til medlemsstaterne at bestemme både form og midler til at sikre en implementering. Implementeringen i den nationale lovgivning vil dog afhænge af den type direktiv, der skal gennemføres. Dertil sondres der mellem harmoniseringsdirektiver og minimumsdirektiver. Harmoniseringsdirektiver har til formål at sikre en ensartet regulering på tværs af landegrænserne indenfor EU. Minimumsdirektiver overlader en betydelig grad af frihed til, at medlemsstaterne selv kan fastsætte de gældende regler på området, under en forudsætning af, at direktivets overordnede mål sikres.

Dertil vil der, i det omfang det er tilgængeligt og relevant for afklaring af projektets problemstilling, blive anvendt praksis på de relevante områder. Dette praksis relaterer sig til såvel domme afsagt af EU-Domstolen og afgørelser afsagt af tilsynsmyndigheder indenfor de områder, projektet søger at afklare.

Projektets problemstilling vil først og fremmest blive behandlet efter den retsdogmatiske metode, der har til formål at beskrive gældende ret.⁷ Metoden indebærer tre elementer, en beskrivelse, en fortolkning og systematisering af gældende retsregler på et givent område.⁸ Henset til projektets 2-strengede struktur, vil den retsdogmatiske metode indledningsvist blive anvendt på markedsføringslovens regulering af skjult reklame, med inddragelse af E-handelslovens regulering, hvor dette anses for nødvendigt. Dernæst vil den retsdogmatiske metode blive anvendt på Radio- og Fjernsynslovens regulering af on demand-audiovisuelle medietjenester, herunder også reglerne for skjult reklame, produktplaceringer og -sponsoreringer, der bringes på disse tjenester.

Efter anvendelse af den retsdogmatiske metode, til nærmere at beskrive gældende ret på områderne, vil den praktiske juridiske metode anvendes på et case-eksempel. Denne metode indebærer

⁷ Tvarnø, Christina D. og Ruth Nielsen: *Retskilder & Retsteorier* (4. udgave, 2014), s. 34.

⁸ Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori* (1. udgave, 2014), s. 202f.

anvendelse af retsreglerne (*jus*) på et konkret tilfælde (*faktum*), for derigennem at opnå det korrekte juridiske resultat (*subsumption*).⁹

⁹ Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori* (1. udgave, 2014), s. 191-192.

1.4. Begrebsliste

Med henblik på en nærmere og enslydende forståelse for en række af de tekniske begreber, der anvendes i nærværende projekt, er det udarbejdet nedenstående begrebsliste. Begrebslisten er et udtryk for forfatterens egen definition af de tekniske begreber, der anvendes i specialet.

Audiovisuel medietjeneste; En tjeneste, der leverer programmer under redaktionelt ansvar af en medietjenesteudbyder til offentligheden, for at informere, underholde eller uddanne ved hjælp af elektroniske kommunikationsnetværk, enten udsendt eller on-demand.

Chat-bot; En software, der er skabt med henblik på at give informationer via tekst. Kan anvendes til at give informationer efter tidspunkter eller til at aktivere ved angivelse af bestemte nøgleord.

Hosting platform; En platform, der drives af en fysisk eller juridisk person, der giver brugerne af platformen mulighed for at opbevare eller videresende deres indhold via internettet.

Livestreaming; Udsendelse af brugergeneret audiovisuelt indhold, der udarbejdes og kan ses i realtid gennem anvendelse af internettet.

Livestreaming-platform; Anvendes som et samlebegreb for platforme, hvor brugergeneret audiovisuelt indhold kan tilgås og ses i realtid.

On demand; En metode hvorpå audiovisuelt indhold kan tilgås, på egen anmodning og på et selvvalgt tidspunkt.

On demand-audiovisuel medietjeneste; En audiovisuel medietjeneste, der leveres af en medietjenesteudbyder, til visning af programmer på et brugervalgt tidspunkt, og på brugerens individuelle anmodning på baggrund af et programkatalog udvalgt og tilrettelagt af medietjenesteudbyderen.¹⁰

Platform; Et samlebegreb for en hjemmesides helhed, en softwares udseende eller en teknik, der kan anvendes på en hjemmeside eller i en software.

¹⁰ Se hertil også AVMS-direktivets art. 1, nr. 1, litra a samt Radio- og fjernsynslovens § 2, stk. 3.

Server; En nødvendighed for at lagre indhold på internettet. En server består af en computer der anvendes til at opbevare informationer om hjemmesider, videoer, musik mv. Det oplagrede indhold kan derefter tilgås via internettet.

Stream; En udsendelse af audiovisuelt indhold, der sendes til en enhed via internettet og derved vises samtidig med at dette downloades.

Streamer; En person, der udsender audiovisuelt indhold via en livestreaming-platform, til en ubestemt kreds af modtagere.

Stream-chat; Et medie hvorigennem det er muligt for seere at kommunikere med streameren eller hinanden via tekst.

Streamingtjeneste; En on demand-baseret tjeneste, hvor brugerne på baggrund af et programkatalog, kan vælge hvilke programmer der ønskes vist samt tidspunktet for selve visningen. Disse kan enten være tilgængelige gratis på internettet eller gennem en abonnementsbaseret adgang. Som eksempler herpå kan nævnes, Netflix, D-play, HBO og Viaplay.

Twitch; En kommerciel virksomhed, ejet af Amazon.com, Inc., der giver tjenestens brugere mulighed for at udsende og se audiovisuelt indhold i realtid.

Vandmærke; Et visuelt billede, der er delvist gennemsigtigt, der kan anvendes til angivelse af brugerbestemte oplysninger.

Videodelingsplatformstjeneste; En tjeneste, der tilbyder programmer eller brugergenererede videoer til offentligheden, som udbyderen ikke har noget redaktionelt ansvar for.

Kapitel II - Skjult reklame på live-streaming platforme

2.1. Indledning

Livestreaming er en voksende industri. I 2019 så de fire største udbydere af livestreaming-platforme en stigning i antallet timer hvor materiale blev vist på platformen fra 10,3 mia. timer til 12,7 mia. timer. En stigning på 2,4 mia. timer svarende til 23%.¹¹ Over de seneste år har denne tendens været tydelig. Det er ikke kun blandt brugere af livestreaming-platforme at denne popularitet kan ses. Erhvervsdrivende har set potentialet i at markedsføre sig på disse platforme, henset til markedets størrelse og antallet af potentielle aftagere af virksomhedens produkter.

Som følge heraf er det nødvendigt at fastlægge, hvorledes reglerne for skjult reklame bør anvendes på livestreaming-platforme. Dertil er det også relevant at afgøre hvilke parter der er ansvarlige for overholdelse af reglerne.

I Markedsføringslovens § 6, stk. 4 og E-handelslovens § 9, stk. 1, findes en nogenlunde enslydende regulering af skjult reklame. Efter begge bestemmelser kræves det, at kommercielle hensigter tydeligt fremgår. E-handelsloven er imidlertid en anelse mere restriktiv end Markedsføringsloven, idet det kræves at der tillige oplyses, hvem den kommercielle kommunikation foretages på vegne af.¹²

Idet Markedsføringsloven er den mere generelle lovgivning, der vil finde anvendelse uafhængigt af hvilket medium reklamen bringes på, og da denne lov giver mulighed for en effektiv regulering gennem sanktionsbestemmelser,¹³ vil nærværende kapitel hovedsageligt forholde sig til denne regulering, med enkelte perspektiveringer til E-Handelsloven.

2.2. Begrebet ”skjult reklame”

For en bedre baggrundsforståelse for den regulering som nærværende speciale søger at afklare, findes det nødvendigt at foretage en sontring mellem almindelig reklame og skjult reklame.

Som det fremgår af udtrykket ”*skjult reklame*”, vil den kommercielle intention bag reklamen være kamufleret for modtageren. Følgevirkningen heraf er, at modtageren ukritisk tager imod reklamens

¹¹ Streamelements & Arsenal: “*State of Stream 2019*”, www.streamelements.com

¹² E-handelslovens § 9, stk. 1, sidste pkt.

¹³ Se hertil også 2001/2 LSF 61, *Forslag til Lov om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel*, almindelige bemærkninger C, pkt. 17 – Sanktioner.

budskab, hvor denne normalt ville have en sund skepsis. Det vil heller ikke være tydeligt for modtageren af reklamebudskabet, at afsenderen reelt set forsøger at afsætte et produkt.

2.3. Den retlige ramme

2.3.1. Baggrund og formål for regulering skjult reklame

Skjult reklame reguleres i den nationale ret, i henholdsvis Markedsføringsloven og E-handelsloven. Reguleringen i Markedsføringsloven skete senest ved lovændringen i 2017 ved en tilnærmelse af Handelspraksisdirektivet.¹⁴ E-handelsloven kom til i 2002, ved implementeringen af Direktivet om Elektronisk Handel.¹⁵

I den tidligere Markedsføringslov af 2005, var skjult reklame reguleret ved reglerne om reklameidentifikation i den dagældende § 4.¹⁶ Herefter skulle reklamer altid fremstå let identificerbare. Forinden 2005 havde man i Danmark allerede anskuet problematikken ved brugen af skjulte reklamer. Forbrugerombudsmanden havde i sin praksis inden da, fundet brugen af skjult reklame i strid med den dagældende Markedsføringslov § 1 om god markedsføringsskik.¹⁷

På baggrund heraf blev det besluttet at indføre en separat og udtrykkelig bestemmelse med et forbud mod skjult reklame. Idet praksis illustrerede et behov for skærpelse af reglerne, blev der i samme anledning indført bødestraf for overtrædelse af forbuddet i lovens § 30, stk. 3.¹⁸

2.3.1.1. Implementering af EU's handelspraksisdirektiv

I 2005 satte EU større fokus på virksomheders brug af urimelig handelspraksis overfor forbrugere, med vedtagelsen af det såkaldte ”Handelspraksisdirektiv”. I medfør af direktivets art. 7, stk. 2 skal de kommercielle hensigter ved erhvervsdrivendes handelspraksis **angives** eller **tydeligt fremgå** af sammenhængen.

Handelspraksisdirektivets bestemmelser suppleres af direktivets bilag I, der populært betegnes som ”Sortelisten”. Sortelisten oplister en række forskellige typer af handelspraksis, som efter

¹⁴ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005.

¹⁵ Direktivet er implementeret i Lov nr. 227 af 22. april 2002 - *Lov om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel*.

¹⁶ Lov nr. 1389 af 21. december 2005 - *Lov om markedsføring* § 4.

¹⁷ Møgelvang-Hansen, Peter m.fl.: *Markedsføringsretten* (3. udgave, 2017), s. 112.

¹⁸ Møgelvang-Hansen, Peter m.fl.: *Markedsføringsretten* (3. udgave, 2017), s. 112.

direktivet altid vil anses for urimelige og dermed forbudte. Blandt punkterne på denne liste, er der alene én der har relation til skjult reklame. Dette er de såkaldte ”advertorials”. Ved advertorials forstås reklame, der forklædes som værende redaktionelt indhold.¹⁹ Anvendelsen af redaktionelt indhold til at foretage promovering af et produkt, er som udgangspunkt forbudt, medmindre det tydeligt angives, at der er tale om en reklame og denne angivelse tydeligt kan identificeres af forbrugeren.²⁰

I medfør af Danmarks EU-retlige forpligtelser, skulle der ske en implementering af Handelspraksisdirektivet, der blev gennemført ved en lovændring i december 2006.²¹ Med Handelspraksisdirektivet søgte EU en totalharmonisering af medlemsstaternes lovgivning i relation til erhvervsdrivendes urimelige handelspraksis overfor forbrugere.²² Ved totalharmoniseringsdirektiver må medlemsstaterne ikke gå videre end det, der foreskrives i direktivet. Det princip er tillige statueret af EU-Domstolen, navnlig i de forende sager C-261/07 og C-299/07, *VTB-VAB* og *GALATEA*. I dommens præmis 52, blev det af EU-Domstolen fastslået, at medlemsstaterne ikke kan vedtage foranstaltninger, der er mere restriktive end de, der fremgår af et totalharmoniseringsdirektiv.

Ved Handelspraksisdirektivets implementering i Markedsføringsloven tilbage i 2006, gik Danmark imidlertid videre end direktivets regulering. Dette særligt under hensyn til, at kravet om reklameidentifikation i den dagældende Markedsføringslovs § 4, forsat var gældende.²³ Problemstillingen vedrørende den dagældende nationale regulering, blev imidlertid aldrig prøvet ved EU-Domstolen.

Alligevel blev der gennemført en ændring af Markedsføringsloven i 2017, der bl.a. optog Sortelisten fra Handelspraksisdirektivet, som lovens bilag 1. Bilaget er enslydende med det originale fra Handelspraksisdirektivet, hvorfor det dermed også alene er advertorials, som den eneste reklameform, der nævnes.²⁴

¹⁹ Trzaskowski, Jan m.fl.: *Internetretten* (3. udgave, 2017), s. 239.

²⁰ Handelspraksisdirektivet, bilag 1, nr. 11.

²¹ Lov nr. 1547 af 20. december 2006 - *Lov om ændring af lov om markedsføring*.

²² Handelspraksisdirektivet, 14. betragtning.

²³ Møgelvang-Hansen, Peter m.fl.: *Markedsføringsretten* (3. udgave, 2017), s. 113.

²⁴ Lov nr. 426 af 3. maj 2017 (markedsføringsloven), bilag 1, nr. 11.

Selvom der ikke er nævnt yderligere handelspraksis der relatere sig til skjult reklame på Sortelisten, kan det af Markedsføringslovens § 6, stk. 4 udledes, at skjult reklame rettet mod forbrugere generelt er forbudt. Der skal dog foretages en konkret vurdering ved den anvendte handelspraksis, forinden denne kan betegnes som værende skjult reklame og dermed vildledende.

2.3.2. Anvendelsesområde

Markedsføringslovens anvendelsesområde følger af lovens § 1, stk. 1. Herefter finder loven anvendelse på al privat og offentlig erhvervsvirksomhed i det omfang, der udbydes produkter på markedet.

I de følgende afsnit, vil både Markedsføringslovens territoriale, materielle og personelle anvendelsesområde blive analyseret.

2.3.2.1. Territorialt anvendelsesområde

Markedet, som nævnt i Markedsføringslovens § 1, stk. 1, skal forstås som det danske marked. Hovedreglen er dermed at Markedsføringsloven er gældende for virksomheder, der markedsfører sig på det danske marked.²⁵ Dette er overensstemmende med grundlæggende folkeretlige principper, navnlig virkningsprincippet og territorialhøjhedsgrundsætningen.²⁶ Disse principper indebærer, at Markedsføringsloven ikke finder anvendelse på territorier udenfor Danmarks grænser.

Markedsføringsloven er dog en implementering af Handelspraksisdirektivet, der som totalharmoniseringsdirektiv, sikrer en enslydende regulering i hele EU. Det er herefter overladt til de enkelte medlemsstater selv at udføre kontrol og håndhæve reglerne på effektiv vis.²⁷

Under særlige omstændigheder kan hovedreglen fraviges og således medføre at Markedsføringsloven finder anvendelse på markedsføring uden for dansk territorium. Disse tilfælde finder grund i E-handelsloven²⁸ og Direktivet om Elektronisk Handel, hvori der er bestemmelser om hjemlandskontrol. Hjemlandskontrol indebærer, at den stat hvori en virksomhed er etableret, har pligt til at efterse overholdelse af lovgivningen.²⁹

²⁵ 2016/1 LSF 40 - *Forslag til Lov om markedsføring*, s. 41.

²⁶ Møgelvang-Hansen, Peter m.fl.: *Markedsføringsretten* (3. udgave, 2017), s. 50.

²⁷ Handelspraksisdirektivet, art. 11.

²⁸ E-handelslovens § 3, stk. 1, jf. § 2, nr. 8.

²⁹ Møgelvang-Hansen, Peter m.fl.: *Markedsføringsretten* (3. udgave, 2017), s. 50.

I det omfang, hvor E-handelsloven finder anvendelse på en dansk etableret virksomheds handelspraksis, der foretages i andre lande, vil Markedsføringslovens anvendelsesområde tillige udstrækkes dertil.³⁰ Dette kan begrundes i bemærkningerne til E-handelsloven, hvorefter det fremgår at sanktioner til dennes bestemmelser skal findes Markedsføringsloven.³¹

Dette betyder også, at handelspraksis af virksomheder etableret i en anden medlemsstat skal reguleres af den pågældende medlemsstats lovgivning, og ikke af den danske. Dette har dog ikke stor betydning idet reguleringen på det EU-retlige marked er enslydende, jf. ovenstående.

2.3.2.2. Materielt anvendelsesområde

Markedsføringsloven finder anvendelse på alt privat og offentlig erhvervsvirksomhed, i det omfang der udbydes produkter eller tjenesteydelser. Dette indebærer, at loven finder anvendelse på alle handlinger der udføres i et erhvervsøjemed.³² Det er ikke et direkte krav, at handlingen udføres med henblik på øget salg. Det kræves dog, at handlingen skal have en vis relation til det danske marked. Denne relation skal forstås i en meget bred forstand.³³

En erhvervsdrivende kan efter Markedsføringsloven, være såvel en fysisk som juridisk person. Lovens § 2, nr. 2 fastslår at virksomheden skal udøves som ”... *handlende, håndværker eller industridrivende eller udøver et liberalt erhverv, og enhver, der handler i en erhvervsdrivendes navn eller på en erhvervsdrivendes vegne.*”

Andels- og forbrugsforeninger, privatskoler og virksomheders interessesammenslutningers handlinger kan også være omfattet af anvendelsesområdet.³⁴

³⁰ Møgelvang-Hansen, Peter m.fl.: *Markedsføringsretten* (3. udgave, 2017), s. 50.

³¹ 2001/2 LSF 61, Forslag til Lov om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel, almindelige bemærkninger C, pkt. 17 – Sanktioner.

³² 2016/1 LSF 40 - *Forslag til Lov om markedsføring*, s. 41.

³³ Møgelvang-Hansen, Peter m.fl.: *Markedsføringsretten* (3. udgave, 2017), s. 42.

³⁴ Møgelvang-Hansen, Peter m.fl.: *Markedsføringsretten* (3. udgave, 2017), s. 42.

2.3.2.2.1. Teknologineutralitet

Idet det teknologiske samfund hastigt forandrer sig, kan det være svært for lovgiver at vedtage reguleringer der fortsat vil opretholde den ønskede retstilstand. I Markedsføringsloven er der taget højde for dette problem gennem princippet om teknologineutralitet.³⁵

Med udtrykket teknologineutral menes det, at loven finder anvendelse på alle medier, hvori markedsføring optræder.³⁶ Loven anvendes dermed også på nyere platforme, som ikke nødvendigvis fandtes på tidspunktet for lovens vedtagelse. Loven vil derfor altid regulere nye markedsføringsmetoder, som disse udvikles.

I E-handelsloven opererer ikke eksplicit med princippet om teknologineutralitet. Dog vil loven finde anvendelse på alle tjenester og platforme, såfremt disse er tilgængelige på informationssamfundstjenester, herunder internettet.³⁷

2.3.2.3. *Det personelle anvendelsesområde*

Som nævnt ovenfor finder markedsføringsloven anvendelse på alt privat og offentlig erhvervsvirksomhed.

En erhvervsdrivende defineres i markedsføringsloven som en fysisk eller juridisk persons udøvelse af virksomhed som handlende, håndværker eller industridrivende eller udøver af et liberalt erhverv, jf. § 2, stk. 1, nr. 2. Forinden en person falder under lovens anvendelsesområde, skal personen således være erhvervsdrivende og handle i erhvervsøjemed.

Der er ikke tvivl om, at en erhvervsdrivende der betaler andre for at fremhæve den erhvervsdrivendes produkter, handler i et erhvervsmæssigt øjemed. Denne erhvervsdrivende vil dermed være omfattet af markedsføringslovens bestemmelse om skjult reklame i § 6, stk. 4.

I helt særlige tilfælde kan der dog opstå tvivl om, hvorledes den person som modtager betaling eller anden modydelse, for at omtale eller fremvise en erhvervsdrivendes produkter, handler i et erhvervsøjemed.

³⁵ 2016/1 LSF 40 - *Forslag til Lov om markedsføring*, s. 20f.

³⁶ 2016/1 LSF 40 - *Forslag til Lov om markedsføring*, s. 20f.

³⁷ E-handelslovens § 1, stk. 1.

Det afgørende moment i vurderingen af, hvorvidt en person handler i et erhvervsøjemed eller ej, findes i hensigten med handlingen. Såfremt den egentlige hensigt bag handlingen er at opnå en form for fortjeneste eller anden kommerciel fordel, må handlingen anses for udført i erhvervsøjemed. Det kan ikke udelukkes at en handling udføres i erhvervsøjemed, blot fordi der ikke opnås en fortjeneste eller anden kommerciel fordel. Såfremt der ved handlingens udførelse opnås en fortjeneste eller anden kommerciel fordel, men dette ikke har været hensigten, anses handlingen ikke for at være udført i et erhvervsøjemed.³⁸

Der skal derfor foretages en konkret vurdering i hvert enkelt tilfælde, hvor det undersøges hvorvidt der drives erhvervsvirksomhed. Ved private aktiviteter på internettet i form af udarbejdelse af YouTube-videoer, en privat blog og lign. vil man anses for erhvervsdrivende, såfremt der genereres reklameindtægter.³⁹

I afsnit 2.4.2. vil dette undersøges nærmere i forhold til streamere på livestreaming-platforme.

Med afsæt i ovenstående analyse kan det fastslås, at Markedsføringsloven alene finder anvendelse på fysiske eller juridiske personer der kan betragtes som handlende i erhvervsøjemed.

2.3.3. Markedsføringslovens regulering af skjult reklame

Markedsføringslovens regulering af skjult reklame følger af lovens kapitel 2 om handelspraksis overfor forbrugere. Bestemmelserne i Markedsføringslovens kapitel 2 regulerer god erhvervsskik, vildledende handlinger, vildledende udeladelser og aggressiv handelspraksis. Fælles for alle bestemmelser er, at betingelsen i Markedsføringslovens § 8 skal være opfyldt. I de følgende afsnit vil der indledningsvist blive foretaget en analyse af betingelsen i Markedsføringslovens § 8. Hernæst vil der blive foretaget en uddybende analyse af lovens regulering af skjult reklame, herunder også begrænsninger i mediet. Efterfølgende vil den erhvervsdrivendes instruktionsforpligtelser og ansvar blive gennemgået.

2.3.3.1. Væsentlig forvridning af forbrugerens økonomiske adfærd

Efter Markedsføringslovens § 8 kræves det, at en handelspraksis væsentligt skal kunne forvride eller kunne forventes væsentligt at forvride, den økonomiske adfærd hos gennemsnitsforbrugeren. Såfremt

³⁸ Møgelvang-Hansen, Peter m.fl.: *Markedsføringsretten* (3. udgave, 2017), s. 43 øverst.

³⁹ Møgelvang-Hansen, Peter m.fl.: *Markedsføringsretten* (3. udgave, 2017), s. 43 nederst.

en given handelspraksis ikke kan anses for at opfylde betingelsen, vil den pågældende handelspraksis ikke anses for værende i strid med Markedsføringslovens §§ 4-7.

Hvad der nærmere forstås ved ”væsentlig forvridning af forbrugerens økonomiske adfærd” følger af Markedsføringslovens definitionsbestemmelse.⁴⁰ Herefter skal der være tale om en handelspraksis, der mærkbart medfører en indskrænkning i forbrugerens evne til at træffe en informeret transaktionsbeslutning.⁴¹ Hermed skal forstås, at forbrugeren sættes i en position, hvor denne træffer en transaktionsbeslutning, som denne ikke ville have truffet på et mere velinformeret grundlag. Det afgørende for vurderingen heraf er, hvorvidt forbrugeren ville have truffet en anderledes disposition, såfremt den pågældende handelspraksis ikke eksisterede.⁴² På trods af ordvalg som ”væsentlig” og ”mærkbart” i lovteksten, sættes der ikke strenge krav til, hvornår en given handelspraksis udgør en væsentlig forvridning af forbrugerens økonomiske adfærd.⁴³

En transaktionsbeslutning er i Markedsføringsloven defineret som værende, ”*En beslutning, der træffes af en forbruger, om, hvorvidt, hvordan og på hvilke betingelser forbrugeren vil købe, foretage fuld eller delvis betaling for, beholde eller afhænde et produkt eller udøve en aftalemæssig rettighed i forbindelse med produktet, uanset om forbrugeren beslutter at foretage en transaktion eller at undlade dette.*”⁴⁴

Som ovenstående uddrag fastlægger, er det irrelevant hvorvidt forbrugeren træffer en beslutning om køb eller ej, afgørende er imidlertid, at forbrugeren er i besiddelse af alle nødvendige oplysninger for at en sådan beslutning træffes på informeret grundlag.

EU-Domstolen har fortolket begrebet *transaktionsbeslutning* meget bredt således, at dette ikke alene omfatter beslutninger om køb af produkter eller ej, men også beslutninger der har en direkte tilknytning dertil. Således vil en beslutning om at gå ind i en forretning, også falde under.⁴⁵ Idet begrebet udstrækkes til også at omfatte den blotte beslutning om at træde ind i en forretning eller

⁴⁰ Markedsføringslovens § 2.

⁴¹ Markedsføringslovens § 2, nr. 6.

⁴² Møgelvang-Hansen, Peter m.fl.: *Markedsføringsretten* (3. udgave, 2017), s. 116 øverst.

⁴³ Møgelvang-Hansen, Peter m.fl.: *Markedsføringsretten* (3. udgave, 2017), s. 116 nederst.

⁴⁴ Markedsføringslovens § 2, nr. 5.

⁴⁵ C-281/12 *Trento Sviluppo og Centrale Adriatica*, præmis 35 og 36 samt Møgelvang-Hansen, Peter m.fl.: *Markedsføringsretten* (3. udgave, 2017), s. 116 nederst.

besøge en hjemmeside, vil der formentlig ikke skulle meget til, forinden en handelspraksis forventes væsentligt at forvride forbrugerens økonomiske adfærd.⁴⁶ Jævnfør bestemmelsens ordlyd, er det ikke et krav, at den pågældende handelspraksis har den direkte effekt, at forbrugerens økonomiske adfærd væsentligt forvrides. Denne blotte omstændighed, at en sådanne effekt vil kunne forventes, er tilstrækkeligt til at betingelsen anses for opfyldt. I almindelighed vil dette uden videre kunne antages ved angivelse af oplysninger om den udbudte ydelse, herunder kvalitet, pris m.v.⁴⁷

2.3.3.2. Identifikation af den kommercielle hensigt

I medfør af Markedsføringslovens § 6, stk. 1, må en erhvervsdrivendes handelspraksis ikke vildlede ved at udelade eller skjule væsentlige oplysninger eller præsentere væsentlige oplysninger på en uklar, uforståelig, dobbelttydig eller uhensigtsmæssig måde.

Markedsføringslovens forbud mod skjult reklame følger af samme bestemmelse. I lovens § 6, stk. 4 fastslås, at en erhvervsdrivende klart skal oplyse om den kommercielle hensigt med enhver form for handelspraksis, herunder reklame. Bestemmelsen indeholder dermed et tydeligt forbud mod skjult reklame.

Der findes et væld af metoder, hvorved den erhvervsdrivende kan markedsføre sig på, herunder ved brugen af reklamer. Ofte ses reklamer i reklameblokke imellem udsendelse i fjernsynet eller i egentlige reklameaviser for diverse virksomheder. Der findes dog betydeligt flere metoder, hvorfor det kan være svært at lave en egentlig definition af begrebet ”reklame”. Desuagtet hvorledes reklamen bringes har de alle det tilfældes, at der er en bagvedliggende kommerciel hensigt. Den kommercielle hensigt bag en erhvervsdrivendes handelspraksis, skal være klar og tydelig overfor forbrugerne. Den kommercielle hensigt kan allerede i kraft af sin natur fremstå tydelig. Dette vil navnlig være tilfældet ved reklameaviser. Såfremt den kommercielle ikke fremstår tydeligt ud fra omstændighederne, har den erhvervsdrivende pligt til at gøre forbrugerne tydeligt opmærksom herpå.⁴⁸

Ved vurdering af om den kommercielle hensigt fremgår tydeligt nok, skal der både lægges vægt på den målgruppe som reklamen henvender sig til og karakteren af det medie, hvori reklamen bringes.⁴⁹

⁴⁶ Møgelvang-Hansen, Peter m.fl.: *Markedsføringsretten* (3. udgave, 2017), s. 116 nederst.

⁴⁷ Møgelvang-Hansen, Peter m.fl.: *Markedsføringsretten* (3. udgave, 2017), s. 117 midt for.

⁴⁸ 2016/1 LSF 40 - *Forslag til Lov om markedsføring* – bemærkninger til § 6.

⁴⁹ Møgelvang-Hansen, Peter m.fl.: *Markedsføringsretten* (3. udgave, 2017), s. 114 midt og 2016/1 LSF 40 - *Forslag til Lov om markedsføring*, s. 55, 2. spørgsmål.

I relation til målgruppen, bør kravet om tydelig fremhævelse af den kommercielle hensigt, vurderes ud fra den gennemsnitlige forbruger i den gruppe reklamen rettes imod. Såfremt reklamen rettes mod børn, bør det vurderes om det gennemsnitlige barn i målgruppen, kan vurdere de bagvedliggende kommercielle hensigter. Hvis det herefter kan konkluderes, at den gennemsnitlige forbruger ikke kan identificere den kommercielle hensigt bag den erhvervsdrivendes handelspraksis, vil denne være i strid med Markedsføringslovens § 6, stk. 4.

2.3.3.3. Oplysning om, på hvis vegne den kommercielle kommunikation sendes

Markedsføringsloven stiller ikke krav om, at det angives på hvis vegne der udsendes kommerciel kommunikation. Dette krav følger imidlertid af E-handelslovens § 9, stk. 1, 2. pkt., der supplerer Markedsføringsloven.

E-handelsloven er, som ovenfor anført, gældende såfremt reklamen bringes på en informationssamfundstjeneste. Af netop denne årsag, skal E-handelslovens regulering af skjult kommerciel kommunikation også overholdes. Såfremt disse regler og krav ikke efterleves, kan der imidlertid ikke ske sanktionering gennem E-handelsloven, idet loven ikke indeholder sanktionsbestemmelser. En eventuel overtrædelse heraf, vil derfor muligvis skulle sanktioneres gennem Markedsføringslovens bestemmelse om god markedsføringsskik. Dette er tillige behandlet i bemærkningerne til E-handelsloven.⁵⁰ Det forholder sig imidlertid således, at disse bemærkninger alene henviser til § 1 om god markedsføringsskik i den tidligere Markedsføringslov af 17/07/2000. Bestemmelsen om god markedsføringsskik har dog ikke ændret sig betydeligt, idet principperne heri er videreført til den nugældende lovs § 3. Det kan derfor lægges til grund, at en handling der udføres i strid med E-handelslovens § 9, forsat vil kunne straffes efter reglen om god markedsføringsskik.

2.3.3.4. Begrænsninger i mediet

I medfør af Markedsføringslovens § 6, stk. 5, skal der ved vurderingen af, hvorvidt en oplysning om de kommercielle hensigter er blevet udeladt, tages hensyn til det medie, hvori reklamen bliver bragt.

Bestemmelsen er udarbejdet med henblik på at dække de medier, hvor der alene gives begrænset plads eller begrænsede muligheder, for at give oplysninger. Som et eksempel på et sådanne medie,

⁵⁰ 2001/2 LSF 61, Forslag til Lov om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel, almindelige bemærkninger C, pkt. 17 – Sanktioner.

nævner Markedsføringslovens forarbejder, bannerreklamer.⁵¹ Såfremt et sådanne medium giver den erhvervsdrivende mulighed for at gøre oplysningerne tilgængelige på anden vis, skal den erhvervsdrivende gøre brug af denne mulighed. Dette kan eksempelvis gøres, ved at henvise forbrugeren til at hente oplysningerne via det anvendte medium eller ved at videreføre forbrugeren til et nyt medium, hvor oplysninger ligger tilgængelige.⁵²

Bestemmelsen finder alene anvendelse i de tilfælde, at den kommercielle hensigt ikke allerede fremgår tydeligt af omstændighederne. Det er alene i særlige tilfælde, at den erhvervsdrivende kan undgå en eksplicit angivelse af den kommercielle hensigt. Dette kan enten begrundes i begrænset tid eller plads på det pågældende medium.⁵³

2.3.3.5. Virksomhedens instruktionsforpligtelse og ansvar

I Markedsføringslovens § 2, nr. 4 defineres handelspraksis, som værende en handling foretaget af en erhvervsdrivende med direkte relation til salg af produkter til forbrugerne. I forbindelse med skjult reklame, kan der imidlertid være flere aktører. Først og fremmest vil der være den erhvervsdrivende virksomhed, der ønsker at sælge produkter. Dertil kan der være flere parter, som den erhvervsdrivende antager til at promovere produkterne, overfor en nærmere ubestemt kreds af potentielle aftagere.

En metode, der i praksis er ganske udbredt, er virksomheders brug af influencere til at foretage denne promovering. Ved brug af denne markedsføringsmodel, kan det argumenteres, at der er to erhvervsdrivende aktører i Markedsføringslovens forstand. Dette vil navnlig kun være tilfældet, hvor begge parter handler i et erhvervsøjemed. Virksomhedens handelspraksis vil i dette tilfælde være i erhvervsøjemed, idet promovering af produkterne er med det direkte formål at kunne sælge disse. Den influencer der foretager omtale eller visning af virksomhedens produkt, vil også kunne anses for at handle i erhvervsøjemed, såfremt influenceren har til hensigt at opnå en fortjeneste eller anden kommerciel fordel.

I det tilfælde, hvor begge parter anses for erhvervsdrivende, vil begge være ansvarlige såfremt markedsføringen sker i strid med Markedsføringslovens § 6, stk. 4.⁵⁴

⁵¹ 2016/1 LSF 40 - Forslag til Lov om markedsføring, bemærkninger til § 6, s. 56

⁵² 2016/1 LSF 40 - Forslag til Lov om markedsføring, bemærkninger til § 6, s. 56

⁵³ Møgelvang-Hansen, Peter m.fl.: *Markedsføringsretten* (3. udgave, 2017), s. 175 midt.

⁵⁴ Møgelvang-Hansen, Peter m.fl.: *Markedsføringsretten* (3. udgave, 2017), s. 179 nederst.

Udgangspunktet i loven er, at en erhvervsdrivende selv er ansvarlig for den handelspraksis den pågældende udfører.⁵⁵

I de tilfælde hvor erhvervsdrivende anvender privatpersoner, f.eks. bloggere og influencers, til at promovere virksomhedens produkter, er det den erhvervsdrivendes ansvar at sikre at den kommercielle hensigt tydeligt fremgår.⁵⁶ Det fremgår af forarbejderne til Markedsføringsloven, at den erhvervsdrivende har mulighed for at blive ansvarsfri, såfremt denne har gjort hvad der er muligt, for at sikre overholdelse af reglerne.⁵⁷ Det stilles bl.a. krav om at den erhvervsdrivende bør instruere influenceren om tydelig reklamemarkering og efterfølgende kontrollere at instrukserne efterleves. Såfremt den erhvervsdrivende bliver opmærksom på, at reglerne ikke overholdes, bør den erhvervsdrivende tage kontakt til influenceren med henblik på at få dette rettet.

Hvorvidt den erhvervsdrivende kan stille sig fuldstændig ansvarsfri, er dog omdiskuteret i litteraturen. Jan Trzaskowski anfører i *Internetretten*, s. 241f., at der ikke er fokus på en aktørs tilregnelser ved en vildledningsvurdering efter Markedsføringsloven og Handelspraksisdirektivet. Dette følger tillige af EU-Domstolens praksis, navnlig i sagen C-388/13 *UPC Magyarország*. I dommen blev det fastslået, at der ikke kan stilles krav om hverken forsæt eller grov uagtsomhed fra den erhvervsdrivende. Den blotte omstændighed, at den erhvervsdrivende har givet en objektivt forkert oplysning der kan påvirke forbrugerens transaktionsbeslutning, er tilstrækkelig.⁵⁸

I den ovenstående sag, var det imidlertid den erhvervsdrivende selv, der havde angivet en forkert oplysning. Spørgsmålet om, hvorvidt den erhvervsdrivende kan stilles ansvarsfri i det tilfælde, hvor den forkerte oplysning hidrører fra en tredjepart, er ikke afgjort. EU-Domstolens afgørelse må dog alligevel tillægges betydelig værdi. Dette særligt da Markedsføringsloven er baseret på Handelspraksisdirektivet, der som totalharmoniseringsdirektiv, fastlægger retstilstanden i hele EU.

Når det skal vurderes om den erhvervsdrivende bør bære ansvaret for fejlagtig eller manglende identificering af kommercielt indhold, når denne har anvendt privatpersoner i sin markedsføring, bør

⁵⁵ Trzaskowski, Jan m.fl.: *Internetretten* (3. udgave, 2017), s. 241 øverst.

⁵⁶ Trzaskowski, Jan m.fl.: *Internetretten* (3. udgave, 2017), s. 241 nederst samt 2016/1 LSF 40 - *Forslag til Lov om markedsføring*, s. 56.

⁵⁷ 2016/1 LSF 40 - *Forslag til Lov om markedsføring*, s. 56.

⁵⁸ C-388/13, *UPC Magyarország*, præmis 48 og 49.

der lægges vægt på privatpersonens platform og grad af professionalisme. Desto større grad af professionalisme, desto mindre ansvar kan placeres hos den erhvervsdrivende.⁵⁹

2.3.4. Delkonklusion

På baggrund af ovenstående analyse og fortolkning af Markedsføringslovens regulering af skjult reklame, kan der udledes en række punkter, der kan bidrage til en forståelse for, hvorledes reklame på livestreaming-platforme bør udformes for at overholde reglerne.

Indledningsvist finder Markedsføringsloven anvendelse indenfor dansk jurisdiktion. Den nationale regulering er imidlertid kommet til udtryk gennem et totalharmoniseringsdirektiv, hvorfor reguleringen vil være enslydende indenfor den Europæiske Unions grænser.

Dertil finder loven anvendelse på alle handlinger, der udføres i et erhvervsøjemed. Når det skal afgøres om en given handling udføres i et erhvervsøjemed, skal der foretages en konkret vurdering af den hensigt der ligger bag handlingen. Såfremt en handling udføres med henblik på at opnå en økonomisk- eller anden kommerciel fordel, vil denne være udført i erhvervsøjemed.

Forinden en given handelspraksis kan anses for at være i strid med Markedsføringslovens § 6, stk. 4 om skjult reklame, skal betingelsen i lovens § 8 opfyldes. Herefter skal den pågældende handelspraksis forvride, eller i det mindste kunne forventes at forvride, den økonomiske adfærd hos gennemsnitsforbrugeren. Der kræves dog ikke meget, forinden denne betingelse vil anses for opfyldt.

Når erhvervsdrivende gør brug af handelspraksis, herunder også reklamer, er det essentielt at den kommercielle hensigt er klar og tydelig for forbrugerne. Såfremt dette ikke sker, vil den pågældende handelspraksis være at betegne som skjult reklame, der rammes af forbuddet i Markedsføringslovens § 6, stk. 4. Den erhvervsdrivende har dermed en pligt til at oplyse om kommercielle hensigter, medmindre disse allerede fremgår af sammenhængen. Særligt hvis den erhvervsdrivendes handelspraksis er rettet mod børn eller unge, er der skærpede krav til identificeringen af den kommercielle hensigt.

⁵⁹ Møgelvang-Hansen, Peter m.fl.: *Markedsføringsretten* (3. udgave, 2017), s. 181.

De krav der stilles til identifikation af kommercielle hensigter, kan under visse særlige omstændigheder, være mere lempelige. Dette vil navnlig være tilfældet, på specielle medier, hvor der gives begrænset plads, tid eller tekniske muligheder til at foretage reklameidentifikation.

Såfremt erhvervsdrivende anvender privatpersoner til at foretage markedsføring af virksomhedens produkter, bliver den erhvervsdrivendes forpligtelser efter Markedsføringsloven udvidet markant. Den erhvervsdrivende får i disse tilfælde, en instruktionsforpligtelse. Denne forpligtelse indebærer, at den erhvervsdrivende skal informere privatpersonen om reglerne for korrekt reklamemarkering. Dertil har den erhvervsdrivende også en forpligtelse til at føre kontrol med, at instruktionerne også efterkommes. Såfremt den erhvervsdrivende tilsidesætter disse forpligtelser, kan den erhvervsdrivende blive ansvarlig for privatpersonens manglende identifikation af de kommercielle hensigter. Det vil dog igen, bero på en konkret vurdering hvor bl.a. privatpersonens professionalisme vil kunne indgå som et moment.

I det følgende afsnit, vil ovenstående regler og betragtninger blive anvendt på en konkret livestreaming-plattform, navnlig twitch.tv (herefter benævnt: twitch).

2.4. Case-eksempel – Skjult reklame på livestreaming-platformen, Twitch

Nærværende case-eksempel søger at belyse, hvorledes Markedsføringslovens regler for skjult reklame anvendes på en konkret livestreaming-platform, mere specifikt Twitch. Twitch er en internetbaseret platform, der anvendes til streaming af videoer i realtid. Platformen, der blev startet i 2011, kan anvendes af privatpersoner såvel som erhvervsdrivende.⁶⁰ Platformen indeholder også elementer fra de gængse sociale medier, hvor brugere bl.a. har mulighed for at følge de streamere som de kan lide, kommentere på videoer og skrive med hinanden. Twitch blev i 2014 købt af Amazon.com, Inc. for 970 millioner dollars.⁶¹

2.4.1. Reglernes anvendelighed på livestreaming-platforme

De markedsføringsretlige regler, som er gennemgået ovenfor, finder også anvendelse på markedsføring via livestreaming. Dette er mere specifikt begrundet i markedsføringslovens teknologineutralitet, der indebærer at loven omfatter alle nutidige og fremtidige muligheder for markedsføring. Markedsføring på livestreaming-platforme reguleres tillige af E-handelsloven, idet livestreaming sker over en informationssamfundstjeneste, navnlig internettet.

Twitch er en platform, der både giver brugerne mulighed for at udsende indhold i realtid samt at følge med i andre brugeres udsendelser. Både fysiske og juridiske personer, har mulighed for at udsende indhold på platformen. Twitch stiller en platform til rådighed, som bl.a. indeholder en hjemmeside, serverkapacitet og potentielle seere.

Som seer på platformen har man mulighed for at følge med i et overvæld af forskellige udsender, der bringes i realtid samt adgang til, at gense tidligere udsendelser som video on demand (VoD).

Det bemærkes, at man som registreret bruger på platformen både har mulighed for at optræde som streamer og seer.

2.4.2. Streamers aktivitet i erhvervsøjemed

I medfør af Markedsføringslovens § 6, stk. 4, skal den kommercielle hensigt bag enhver form for handelspraksis, tydeligt oplyses. Markedsføringsloven finder alene anvendelse, såfremt en handling

⁶⁰ TheNextWeb: "Twitch.tv: Justin.tv's killer new esports project", www.thenextweb.com

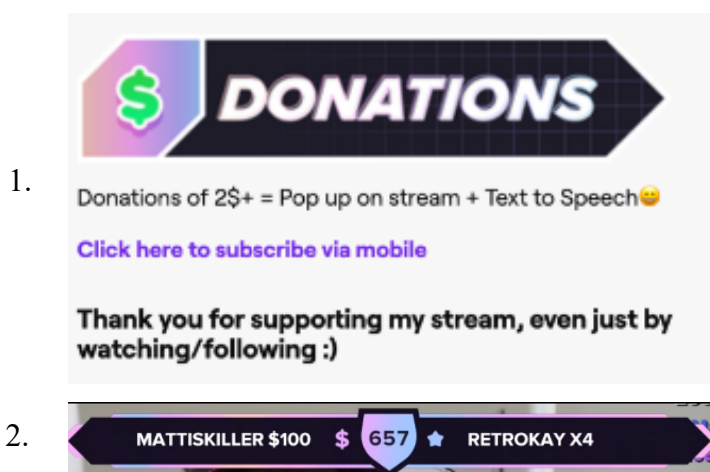
⁶¹ Business insider: "Amazon Buys Twitch For \$US970 Million In Cash", www.businessinsider.com

udføres i et erhvervsøjemed. Dermed kan livestreaming foretaget af en fysisk eller juridisk person, anses for omfattet af Markedsføringsloven, såfremt dette har karakter af erhvervsvirksomhed. Nærværende case-eksempel vil imidlertid beskæftige sig med det tilfælde, hvor en fysisk person markedsfører produkter på vegne af en virksomhed. Såfremt streameren havde været en juridisk person, vil aktiviteterne stort set altid udøves i et erhvervsøjemed.

Afgørelsen af, om der handles i et erhvervsøjemed, beror på en konkrete vurdering.⁶² Såfremt en fysisk person ikke kan anses for at handle i erhvervsøjemed, vil denne person ikke være et ansvarssubjekt i henhold til Markedsføringsloven. Ansvar vil i stedet udelukkende blive placeret hos den erhvervsvirksomhed, der markedsføres på vegne af. Hvorvidt en fysisk person er ansvarssubjekt efter Markedsføringsloven, ændrer ikke på lovligheden af den skjulte reklame.⁶³

Ved afgørelsen af, om en privatperson som streamer udøver erhvervsvirksomhed, skal der ses på hensigten med den pågældende handling. Som udgangspunkt, vil en streamer altid blive anset som værende erhvervsdrivende, såfremt denne modtager reklameindtægter for sine videoer eller livestreams.⁶⁴ Dette skyldes at streameren i disse tilfælde aktivt har taget stilling til betaling for udførelsen af reklame eller aktivt har udført handlinger som denne er bekendt med, vil kunne generere indtægter.

Foruden reklameindtægter, har en streamer på Twitch også mulighed for indtægtsgenerering i form af donationer.



Billede 1 illustrerer et donationslink på Twitch.

Billede 2 illustrerer den pop-up besked der kommer på en livestream når en donation foretages.

⁶² Se hertil afsnit 2.3.2.3

⁶³ Se hertil afsnit 2.3.3.5.

⁶⁴ Møgelvang-Hansen, Peter m.fl.: *Markedsføringsretten* (3. udgave, 2017), s. 43 nederst.

Hvorvidt en indtjening i form af donationer er tilstrækkeligt til at fastslå, at streameren handler i et erhvervsøjemed, er ikke afklaret i praksis eller litteraturen. Det vil dog igen, afhænge af en konkret vurdering.

Foruden reklameindtægter og indtægter fra donationer, kan der forekomme tilfælde, hvor en nærmere vurdering er nødvendig. Dette vil eksempelvis være tilfældet, hvor en ”amatør-streamer” modtager et produkt som gave fra en erhvervsvirksomhed, uden nærmere instruktioner fra denne. I sådanne tilfælde er det nødvendigt at vurdere streamerens motivation for at anvende gaven i sin udsendelse. Såfremt gaven anvendes med en forhåbning om at tilfredsstille gavens afsender, for derved at etablere et muligt samarbejde, vil forholdet kunne betegnes som udført i erhvervsøjemed. Hvis streameren alene anvender gaven, uden at gøre sig yderligere tanker om et fremtidigt samarbejde eller lignende, er aktiviteten ikke udført i erhvervsøjemed. I praksis kan det imidlertid være svært at fastlægge en streamers motivation for, at anvende et produkt denne har modtaget i gave. Dertil bliver man nødt til at undersøge nærmere i forhold til streamerens ageren under dennes udsendelser. Såfremt streameren ofte fremhæver det tilsendte produkt, eller virksomheden bag, er dette et moment der taler for, at streameren handler i erhvervsøjemed. I vurderingen bliver det også tillagt betydelig vægt, såfremt afsenderen af gaven tilskynder streameren til at bruge og omtale gaven.

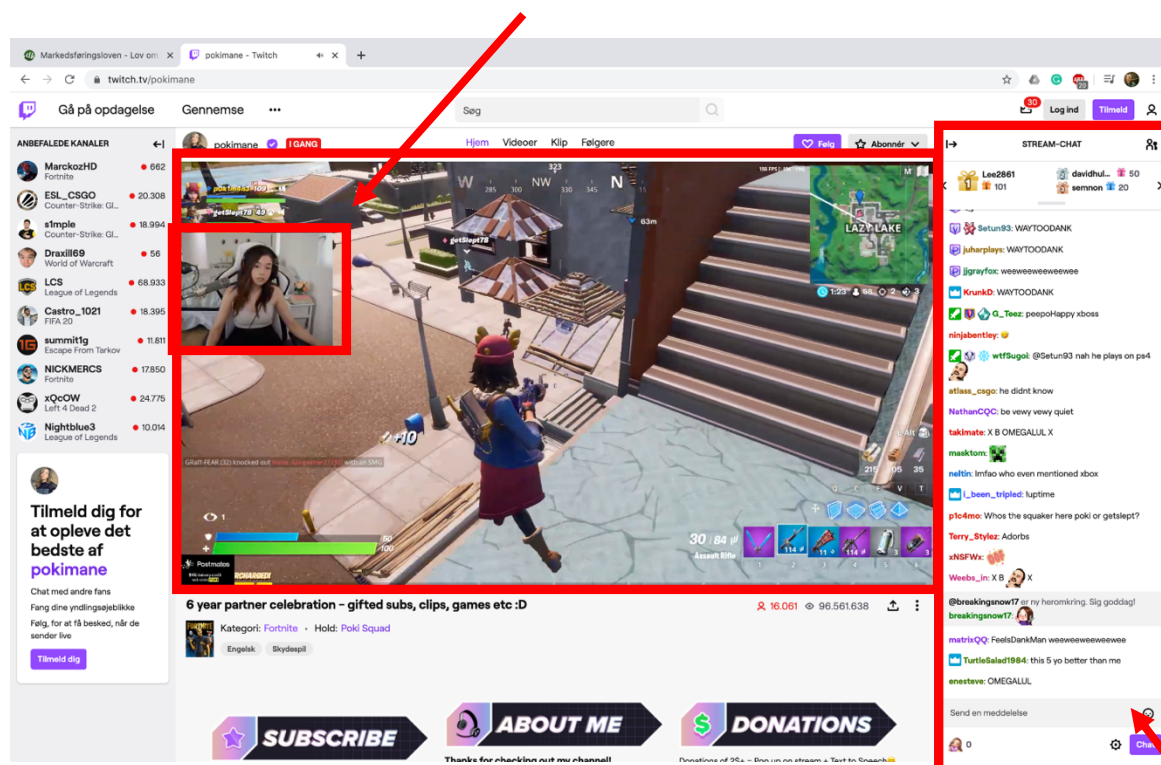
2.4.3. Udseendet af livestreaming-platformen, Twitch

For en bedre forståelse af de kommende afsnit, er det nødvendigt at illustrere udseendet af livestreaming-platformen, Twitch. Dette særligt under hensyn til den mængde af tekniske muligheder platformen indeholder, til både at foretage reklame og markere disse. For at kunne give læseren et nærmere indblik i disse muligheder, vil der i nærværende afsnit blive anvendt skærmbilleder, taget i forbindelse med en live-udsendelse foretaget af streameren, Pokimane, den 22. marts 2020.

2.4.3.1. Opsætning af platformen

Platformen Twitch, er en basalt set en hjemmeside, der kan tilgås via URL-adressen, www.twitch.tv. Ved tilgang af linket, vil man blive præsenteret for platformens startside. Her har brugerne mulighed for enten at vælge blandt de verserende live-udsendelser, der præsenteres på forsiden, eller anvende platformens søgefunktion, til enten at finde en specifik streamer eller specifikt indhold. Idet formålet med nærværende kapitel, er at fastlægge anvendelsen af Markedsføringslovens regler om skjult

reklame på livestreaming-platforme, vil der i det følgende tages udgangspunkt i én specifik streamers ”kanal”.⁶⁵



Kanal tilhørende streameren, Pokimane.⁶⁶

2.4.3.1.1. Streamerens kanal

En kanal på livestreaming-platformen Twitch, er svarende til en profilside. Hermed forstås, at det er en underside på platformen tilhørende en specifik brugerkonto. Denne side er offentligt tilgængelig og kan tilgås uafhængigt af, om man har en brugerkonto på platformen eller ej.

Ved tilgang til en kanal med en igangværende livestream afspilles denne automatisk. På kanalen kan der tillige findes tidligere udsendelser der er gemt som VoD, samt andre informationer som streameren ønsker at oplyse om.

2.4.3.1.2. Indholdet på streamerens kanal

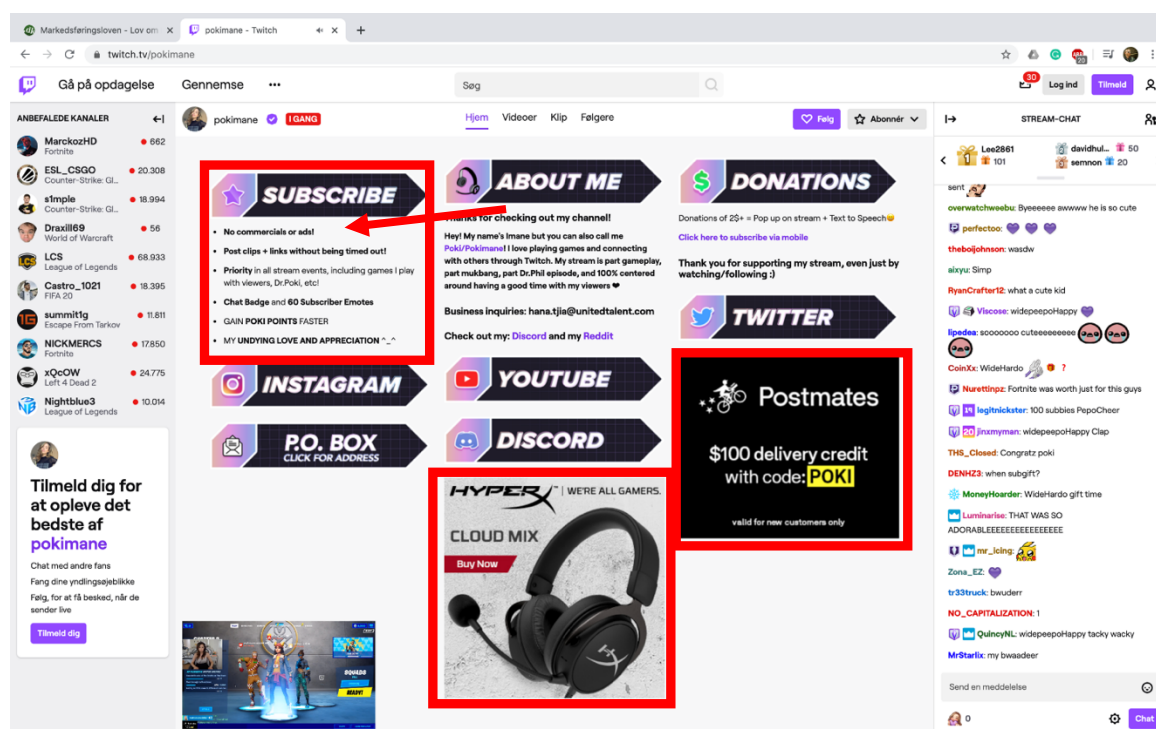
Som ovenstående billede illustrerer, er kanalen opsat med særligt fokus på selve livestreamen, der findes som et stort videobillede i centrum af hjemmesiden.

⁶⁵ Hermed forstås den underside på platformen, der tilhører en specifik konto.

⁶⁶ Hjemmesidelink: <https://www.twitch.tv/pokimane/> - besøgt den 22. marts 2020, kl. 18:30

Til højre for streamen findes det, der betegnes ”*stream-chatten*”. Denne chat er forbundet med selve livestreamen og giver seerne mulighed for at kommentere på det viste indhold, i realtid. Chatten er også offentlig tilgængelig, hvorfor alle de øvrige seere samt selve streameren, har mulighed for at følge med i det der bliver skrevet. Der kræves dog en brugerkonto, forinden chatten kan anvendes. Streameren har betydelig valgfrihed i forhold til opsætning af denne chat. Heriblandt kan streameren sætte begrænsninger i forhold mængden af beskeder hver brugerkonto kan sende i chatten. Streameren har også mulighed for at anvende det der betegnes som en ”*chat-bot*”. En chat-bot kan anvendes til at sende forhåndsbestemte meddelelser i chatten. Streameren kan dertil bestemme, hvorefter disse beskeder skal fremgå af chatten. En chat-bot anvendes ofte til at formidle vigtige oplysninger til seerne. Henset til det betydelige antal seere, der på samme tid kan skrive beskeder i chatten, kan det imidlertid være svært for streameren at komme igennem med disse vigtige informationer. Dette problem kan løses ved at streameren låser en besked fast i toppen af chat-vinduet (også betegnet som ”*pinned-besked*”). En *pinned-besked* vil forblive i toppen af chat-vinduet, indtil streameren aktivt fjerner denne igen.

Under selve live-udsendelsen findes en sektion, hvor streameren selv kan angive en række forskellige oplysninger. Nedenstående billede illustrerer, hvorledes en sådanne sektion kan være udformet.



Streamereren gives en betydelig grad af frihed til at opsætte denne sektion som vedkommende ønsker. Denne sektion kan, som ovenstående billede illustrerer, indeholde reklamer, links til streamerens øvrige sociale medier og små faktabokse om streameren selv. Dertil forekommer også en boks, med oplysning om abonnering til kanalen.

2.4.3.1.3. Abonnering

På ovenstående billeder, under feltet "Subscribe", er der oplistet en række punkter der omtaler, hvad man som seer får ud af at abonnere til kanalen. Det første punkt herunder medfører, at man som abonnent ikke vil blive udsat for reklamer på kanalen, jf. formuleringen "*No commercials or ads!*". Dette er særligt problematisk, idet man ved abonnering alene kan undgå reklamer, der vises af platformen selv (Twitch). Denne problemstilling vil blive gennemgået yderligere herunder.

Reklamer på platformen Twitch.tv, kan deles op i to hovedkategorier:

1. Reklamer, der vises af streameren
2. Reklamer, der vises af Twitch

For at abonnere til en streamers kanal skal man betale for det. Det koster 4,99 Euro pr. måned at abonnere til en kanal. Med dette abonnement får man nogle mindre fordele, herunder reklamefri visning. Denne reklamefri visning består dog alene af, at der ikke længere vises reklamer frembragt af Twitch, som platformsudbyderen.

Abonnement

The screenshot shows the Twitch subscription interface for the channel 'pokimane'. At the top, there's a header with the channel name and a close button. Below it, the 'Niveau 1-abonnement' (Tier 1 Subscription) is highlighted, showing a monthly price of 4,99 €. A red arrow points to the text 'Reklamefri visning på pokimane-kanalen (med begrænsede undtagelser)' (Ad-free viewing on the pokimane channel (with limited exceptions)). Below this, there are icons representing different subscription durations: 1 måned, 3 måneder, 6 måneder, 9 måneder, and 1 år. A section titled '60 brugerdefinerede humørikoner' (60 custom emotes) shows various emote icons. The 'To måder at abonnere på' (Two ways to subscribe) section shows two options: a standard subscription for 4,99 € and a 'Gratis abonnement med Twitch Prime' (Free subscription with Twitch Prime). The 'Højere niveauer' (Higher tiers) section shows 'Niveau 2' for 9,99 € and 'Niveau 3' for 24,99 €, both including all Tier 1 benefits plus additional emotes.

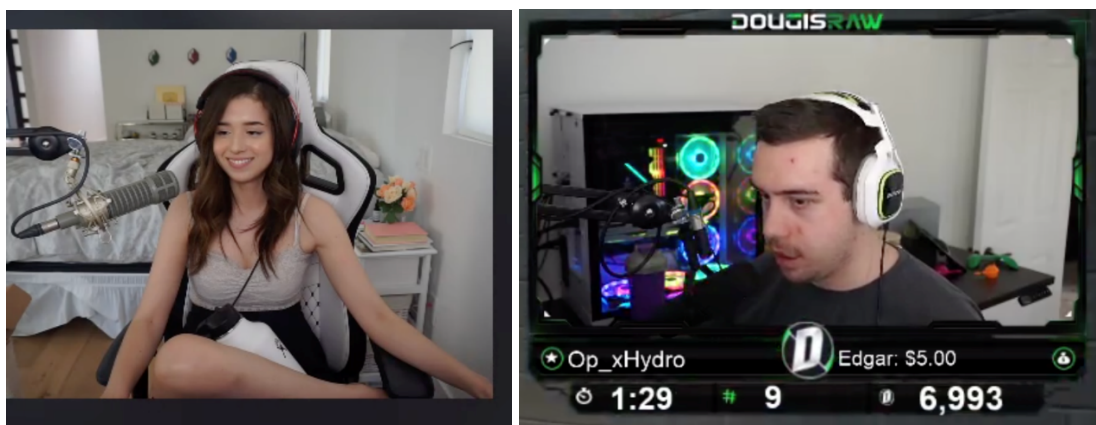
Ovenstående billeder illustrerer de forskellige abonnementsmuligheder samt hvilke fordele disse indebærer. Teksten, der beskriver hvilke fordele et givent abonnement medfører, er en standardtekst der er udarbejdet af Twitch. Teksten forekommer ved indgåelse af abonnement, på alle platformens kanaler. Som det fremhæves på ovenstående billede, gør Twitch brugeren opmærksom på, at denne modtager reklamefri visning med begrænsede undtagelser. Hvad der mere specifikt menes hermed, fremgår ikke. Dog kunne man forestille sig, at dette er en ansvarsfraskrivelse fra Twitch, såfremt streameren selv skulle vælge at bringe reklamer, der er uden for platformsudbyderens kontrol.

2.4.3.2. Videobilledet i en livestream

Når streameren foretager en live-udsendelse, er det op til streameren selv at bestemme det indhold som vises. Oftest ses det, at streameren spiller computerspil, som vist på ovenstående billeder. Der kan dog også vises andet indhold. Særligt større streamere vil ofte tilpasse videobilledet med forskellige figurer og effekter, herunder også reklamer.

Med den teknik som Twitch på nuværende tidspunkt anvender, er det ikke muligt for streameren at differentiere mellem abonnenter og ikke-abonnenter, når reklamerne optræder i selve videobilledet.

Foruden selve hovedelementet der vises i udsendelsen, vil der oftest optræde en mindre ramme med et webcam-billede af streameren selv. Dette gøres ofte for at opbygge et stærkere og mere personligt forhold til seerne. Nedenstående billeder viser, hvorledes en sådanne webcam-video af streameren selv, kan være udformet.



Live-billeder af streamere under livestream

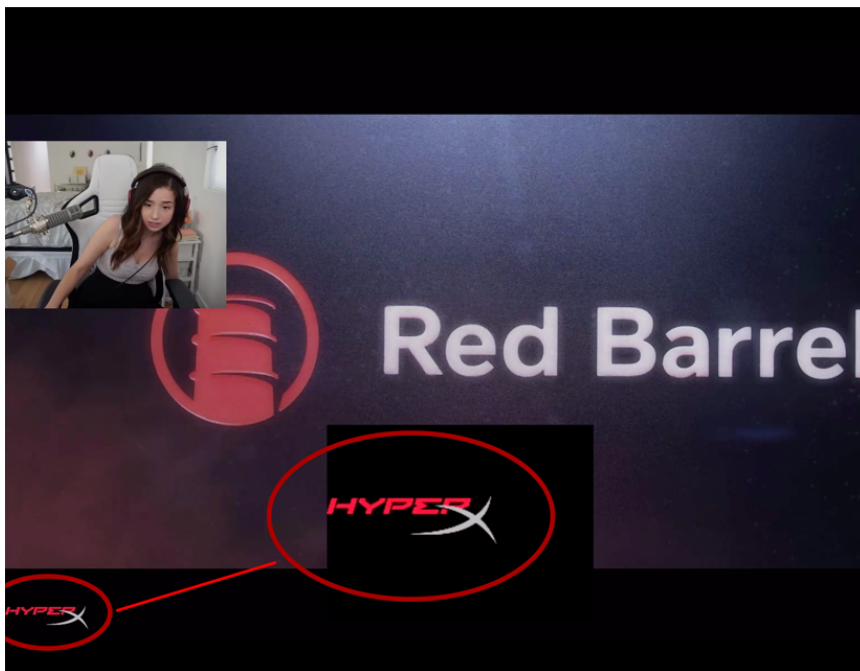
Som det kan ses, er streameren oftest centralt placeret og dermed hovedsageligt i fokus. Det forekommer, at det udstyr der anvendes af streamerne, eksempelvis mikrofoner og hovedtelefoner, er blevet tilsendt som gave fra en erhvervsdrivende virksomhed. Dermed kan der, allerede i kraft af den betydelige eksponering, forekomme reklame.

2.4.3.2.1. Reklamer i livestreams

Som anført ovenfor, under pkt. 2.4.3.1.3, kan reklamer i livestreams opdeles i to hovedkategorier: 1) reklamer, der vises af streameren selv, og 2) reklamer, der vises af platformsudbyderen, Twitch.

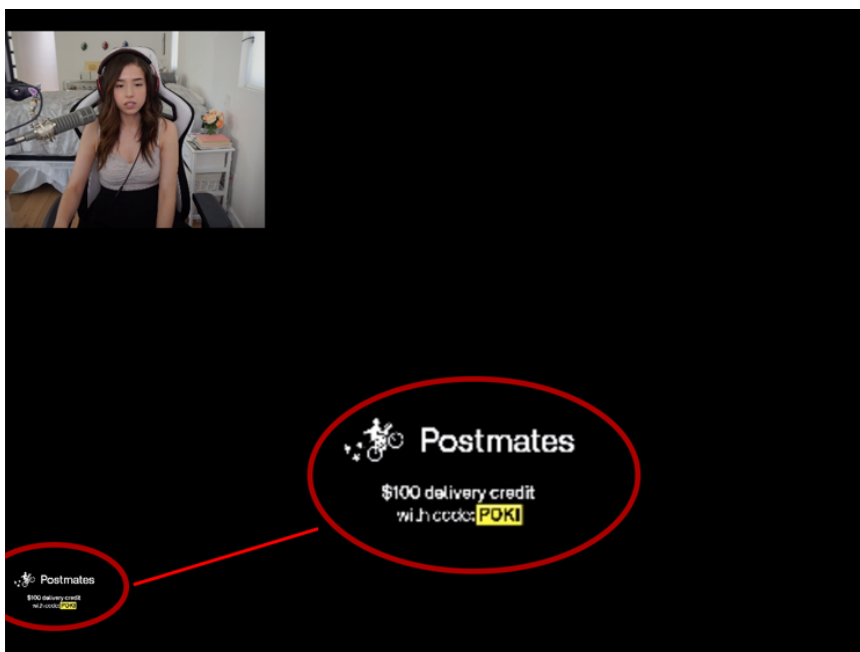
2.4.3.2.1.1. Reklamer vist af streameren

Nedenstående billeder illustrerer en række tilfælde, hvor reklamer bliver bragt i en livestream af streameren selv.



På skærbilledet til venstre, ses et eksempel på reklame af streameren.

Reklamepanelet nederst i venstre side er forstørret og flyttet længere ind i billedet for bedre at vise det.



Skærbilledet til venstre er endnu et eksempel på reklame fra streameren.

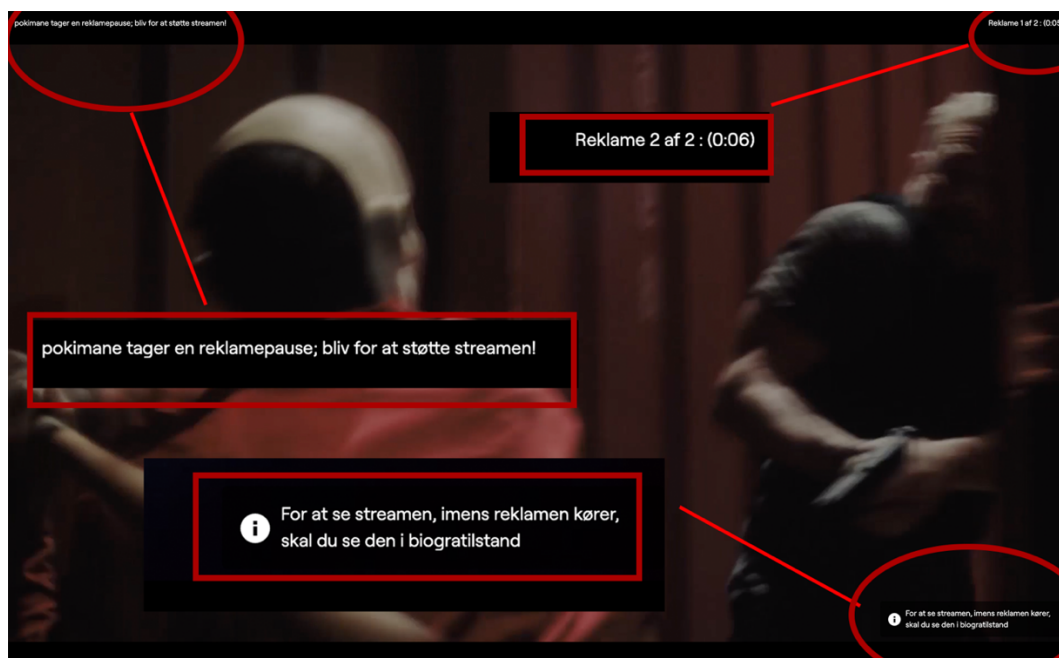
Reklamepanelet er forstørret og flyttet ind i billedet.

Ovenstående billeder viser alene de tilfælde, hvor streameren har indført en direkte reklame i videobilledet. Foruden de ovenstående tilfælde, har streameren også mulighed for at reklamere på

andre måder. Dette kan bl.a. ske ved betydelig eksponering eller omtale af et produkt under udsendelsen.

2.4.3.2.1.2. Reklamer vist af platformsudbyderen, Twitch

Nedenstående billede, illustrerer det tilfælde hvor reklamen bringes af platformens udbyder:



Disse reklamer bringes alene, når streameren igangsætter en reklamepause. Som anført ovenfor under pkt. 2.4.3.1.3, vil disse reklamer alene blive vist for ikke-abonnenter. Denne type af reklamer danner mange lighedstræk med traditionelle tv-reklamer. Dette særligt fordi reklamerne ofte bringes i blokke, bestående af 2 reklamer ad gangen, og idet reklamepladserne oftest sælges til eksterne virksomheder, der ønsker at promovere deres produkter.

Idet formålet med nærværende kapitel er at fastslå anvendelsen af Markedsføringslovens regler om skjult reklame på livestreaming-platforme, vil reklamer bragt af Twitch som platformsudbyder, ikke blive behandlet yderligere.

2.4.4. Praktisk anvendelse af markedsføringsreglerne på live-streaming

Det er uomtvistet, at Markedsføringslovens regler tillige finder anvendelse på livestreaming-platforme såfremt der handles i erhvervsøjemed.⁶⁷ I det følgende afsnit lægges det til grund, agerer i et erhvervsøjemed.

⁶⁷ Se hertil afsnit 2.3.2. om markedsføringslovens anvendelsesområde.

I vurderingen af om der foreligger skjult reklame skal der foretages en konkret afvejning af, om den kommercielle hensigt er tydeligt oplyst, enten som følge af omstændighederne eller ved markering. Dertil skal de tekniske muligheder for at foretage en reklamemarkering på mediet også tages i betragtning.

I relation til skjult reklame på livestreaming-platforme, eller generelt videoer der udsendes i realtid, foreligger der ikke praksis fra Danmark eller EU. Forholdet er heller ikke behandlet i Forbrugerombudsmandens vejledning til influencere.⁶⁸ Forbrugerombudsmandens vejledning forholder sig alene til de mere traditionelle sociale medier, som Facebook, Instagram og YouTube. Der kan dog udledes visse momenter fra denne vejledning, som muligvis ville kunne gøres gældende på livestreaming-platforme. Disse vil blive behandlet nedenfor.

Anvendelse af reklamer i livestreams er ganske udbredt. Der er dog materielle forskelle på, hvorledes disse reklamer bringes. Det er derfor nødvendigt at specificere de måder, hvorpå markedsføring i livestreams kan ske. Hertil er det nødvendigt at sondre imellem hvilke type livestream, der er tale om. Dette kan have sin betydning i forhold til hvornår, oplysninger om kommercielt indhold bør foreligge.

2.4.4.1. *Typer af livestreams*

Der forekommer en del forskellige typer af livestreams, men overordnet kan disse inddeles i:

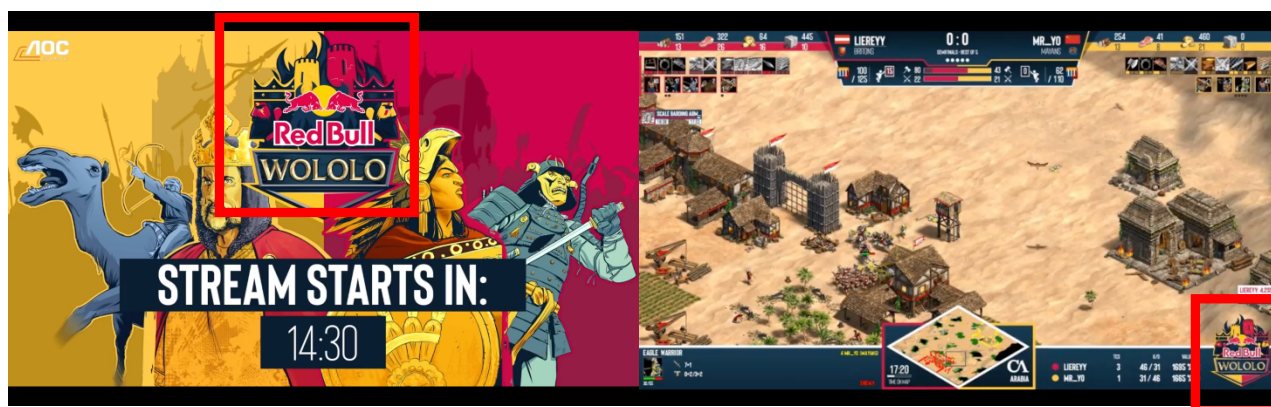
1. En livestream, der er specielt udarbejdet med henblik på promovering af et produkt.
2. En livestream, hvori der optræder reklameindhold.
3. En livestream, hvori der ikke findes reklameindhold.

Af de ovennævnte typer, er det alene de to første hvori der kan forekomme skjult reklame.

2.4.4.1.1. *Livestreams, der er specielt udarbejdet med henblik på promovering af et produkt.*

Denne type livestream kan kendetegnes ved, at formålet er fuldstændigt eller delvist, at promovere et produkt, en tjenesteydelse eller en virksomhed. Der vil dermed være en betydelig eksponering af produktet, tjenesteydelsen eller virksomheden. På platformen ses den type livestream ofte i forbindelse med afholdelse af turneringer eller ved lancering af nye computerspil. Udtryk som ”i samarbejde med” eller ”sponsoreret af” anvendes her til at markere den kommercielle hensigt.

⁶⁸ Forbrugerombudsmanden: ”Gode råd til influenter om skjult reklame”, www.forbrugerombudsmanden.dk



Billedeksempler på livestreams, der er specielt udarbejdet med henblik på promovering af et produkt.⁶⁹

2.4.4.1.2. Livestreams, hvori der optræder reklameindhold.

Denne type livestream kan kendetegnes ved, at hovedformålet med udsendelsen er at underholde seerne, hvor der samtidigt kan forekomme reklamer undervejs. I modsætning til den type livestreams, der er behandlet ovenfor, vil der ikke være et gennemgående fokus på samme produkt, tjenesteydelse eller virksomhed gennem hele udsendelsen. Reklameindholdet vil i stedet forekomme i små segmenter i løbet af udsendelsen. De reklamer der bringes, kan være vidt forskellige i relation til både indhold og udformning. Dertil har streameren også muligheden for at reklamere for flere forskellige produkter eller virksomheder i løbet af samme livestream.

Måden hvorpå en streamer kan reklamere for et produkt mv., kan bl.a. være ved omtale eller anbefalinger, panelreklamer, reklamelinks og produktplaceringer. Denne liste er ikke udtømmende og der vil forsat kunne komme nye markedsføringsmetoder til, i takt med at de teknologiske muligheder udvikler sig.

2.4.4.2. Oplysning om de kommercielle hensigter

Efter Markedsføringslovens § 6, stk. 4 skal de kommercielle hensigter ved enhver handelspraksis, herunder reklame, tydeligt oplyses.⁷⁰ Kommercielle hensigter kan, i kraft af den sammenhæng de optræder i, allerede være tydelige. Reglerne om identifikation af kommercielle hensigter, vil kunne anvendes forskelligt, afhængig af den pågældende livestream-type.

⁶⁹ Hjemmesidelink: <https://www.twitch.tv/videos/610008707>, skærmbilleder taget d. 8. maj 2020, kl. 16:10

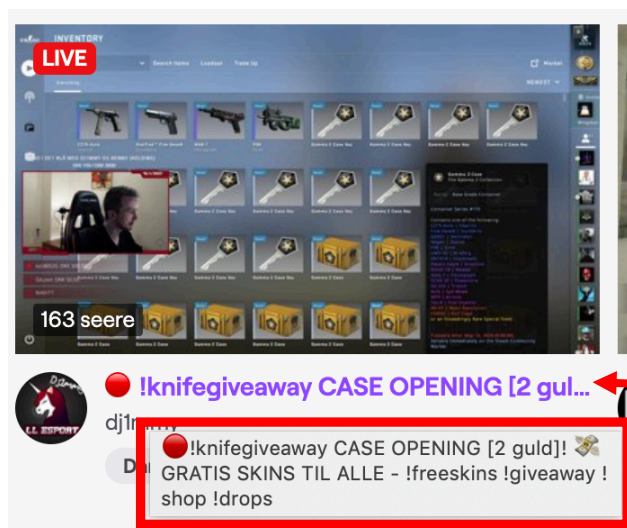
⁷⁰ Se hertil også afsnit 2.3.3.2.

I det følgende vil der blive opstillet nogle retningslinjer for hvorledes en reklameidentifikation kan foretages i livestreams, under hensyn til typen og de tekniske muligheder platformen stiller til rådighed.

2.4.4.2.1. Oplysning om kommercielle hensigter i livestreams, der er specielt udarbejdet med henblik på promovering af et produkt.

Ved denne type livestream er reklameindholdet ofte konstant og der sker kun markedsføring for én eller få virksomheder. Det konstante reklameindhold medfører, at seerne vil blive eksponeret for de kommercielle hensigter allerede ved at tilgå livestreamen eller i hvert fald ganske kort tid efter. Det er derfor essentielt, at seerne gøres opmærksomme på de kommercielle hensigter ved tilgang til den pågældende livestream eller inden da. Særligt på livestreams kan det være kompliceret at foretage en tydelig angivelse af de kommercielle hensigter, i selve udsendelsen. Dette er navnlig fordi platformens brugere kan tilgå udsendelsen på et vilkårligt tidspunkt og dermed også på et tidspunkt, hvor oplysningen om reklame allerede er blevet givet.

Problemet vil formentligt kunne løses med en reklamemarkering i livestreamens titel, forudsat at dette kan gøres på en tydelig måde. Særligt på Twitch forekommer det almindeligt, at livestreams angives med lange titler, hvoraf kun en mindre del vises. Til illustration heraf, se nedenstående billede.⁷¹



Som det ses på billedet til venstre, er der begrænset plads til titlen. Denne fulde titel kan ikke ses før musemarkøren holdes over titlen i et par sekunder.

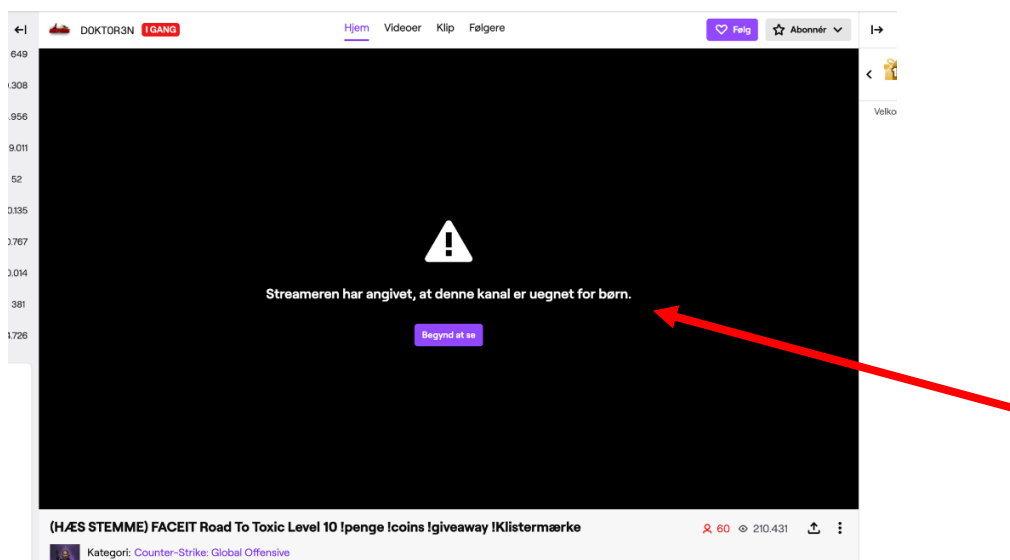
Den normalt viste titel er udpeget med pilen, mens den fulde titel er markeret i den røde boks.

Ovenstående billede illustrerer, at alene en meget begrænset del af livestreamens fulde titel vises, forinden denne tilgås. Dette problem kan løses ved at følge principperne i Forbrugerombudsmandens

⁷¹ Hjemmesidelenk: <https://www.twitch.tv>, skærbillede taget d. 8. maj 2020, kl. 17:20

vejledning. Heri angives, at der ved reklamevideoer bør angives enten ”reklame” eller ”annonce” i starten af videoens titel.⁷²

En alternativ løsningsmulighed, kan findes blandt de tekniske foranstaltninger på platformen. Twitch indeholder en funktion, hvorefter streameren kan angive at indholdet der bringes i den pågældende udsendelse, er uegnet for børn. Som billedet herunder illustrerer, skal en seer aktivt acceptere at ville se indholdet, efter at være blevet gjort bekendt hermed.⁷³



Den samme teknologi, der lader streameren angive om der er i udsendelse forekommer indhold der er upassende for børn, kunne tillige anvendes til at lade streameren angive, såfremt der forekommer kommercielle hensigter i løbet af udsendelsen. Denne mulighed er dog ikke implementeret del af platformen på nuværende tidspunkt.

En tredje måde hvorpå problematikken kunne løses, ville være ved anvendelsen af vandmærker der angiver at der forekommer reklame i udsendelsen.⁷⁴ Et vandmærke skal dog placeres et sted i videobilledet, hvor denne tydeligt fremgår.

Såfremt en identifikation af kommercielle hensigter følger ovenstående retningslinjer, vil det formentlig være tydeligt for den gennemsnitlige seer, at der forekommer reklame i udsendelsen.

⁷² Forbrugerombudsmanden: ”Gode råd til influenter om skjult reklame”, www.forbrugerombudsmanden.dk, s. 3.

⁷³ Hjemmesidelink: <https://www.twitch.tv/d0ktor3n/videos>, skærbillede taget d. 22. marts 2020, kl. 19:15.

⁷⁴ Se begrebslisten.

2.4.4.2.2. Oplysning om kommercielle hensigter i livestreams, hvori der optræder reklameindhold

I denne type livestream kan reklameindhold, som anført i afsnit 2.4.4.1.2., bringes på mange forskellige måder og på forskellige tidspunkter under udsendelsen. Ofte vil der også bringes flere forskellige reklamer, for forskellige produkter, i løbet af den samme udsendelse. Hvorvidt kravet om reklamemarkering kan anses for opfyldt ved en generel angivelse i udsendelsens titel eller om der kræves en særskilt reklameidentifikation for hver gang reklameindhold bringes, kan diskuteres.

En generel oplysning om reklameindhold i udsendelsen er ikke nødvendigvis tilstrækkelig, idet det skal være tydeligt for seeren, hvad der er reklameindhold. Det kan særligt være problematisk i tilfælde, hvor der vises forskellige reklametyper for flere produkter eller virksomheder i samme udsendelse. I sådanne tilfælde, er der risiko for, at den gennemsnitlige seer ikke vil kunne identificere den kommercielle hensigt bag hver reklamevisning. Såfremt dette er tilfældet, vil en generel angivelse af reklameindhold ikke være tilstrækkelig, idet det er et krav, at den kommercielle hensigt er tydelig ved hver enkelt reklamevisning.

Dette er tillige problematisk i forhold til E-handelslovens § 9, hvorefter det kræves oplyst, hvem den kommercielle kommunikation vises på vegne af. Ved en generel angivelse af, at der vises reklameindhold i udsendelsen, efterleves dette krav ikke.

Det må derfor være nødvendigt at oplyse om den kommercielle kommunikation og hvem den vises på vegne af, i forbindelse med hver enkelt reklamevisning, såfremt det ikke allerede fremgår tydeligt sammenhængen. Denne markering af det kommercielle indhold skal fremgå tydeligt af livestreamens helhed og bør i de fleste tilfælde vises på samme måde som reklamen. Såfremt reklamen vises i form af et panel der ligger over udsendelsens videobillede, skal angivelsen af den kommercielle hensigt tillige vises i form af et panel. Angivelsen må senest ske samtidig med visningen af reklamen.

2.4.5. Konklusion på spørgsmålet, hvordan anvendes reglerne om skjult reklame på livestreaming-platforme

Livestreaming-platforme opstiller mange tekniske muligheder for visning af reklame, som ikke nødvendigvis findes på andre platforme. Livestreaming kan udføres såvel af fysiske som juridiske personer. Størstedelen af streamerne er imidlertid privatpersoner, hvorfor det er nødvendigt at udstede klare retningslinjer for, hvorledes reklamemarkeringer på disse platforme bør foretages.

Ved vurderingen af, om en reklamemarkering kan anses for tilstrækkelig, indgår en række forskellige momenter. Heriblandt skal der tages højde for den type livestream reklamerne bringes i, måden hvorpå reklamerne bliver bragt samt målgruppen for livestreamen og dermed også reklamen.

Den kommercielle hensigt bag enhver handelspraksis, herunder også reklame, skal kunne tydeligt identificeres af det gennemsnitlige medlem af målgruppen. Såfremt en livestream henvender sig til børn eller unge, bør reklamemarkeringen vurderes ud fra, om det gennemsnitlige medlem af denne gruppe finder den tydelig. Afhængig af reklamens form og tidspunktet denne bringes på, kan reklamen allerede fremstå tydelig ud fra sammenhængen den bringes i. I modsat fald, vil en særskilt oplysning om den kommercielle hensigt være nødvendig. Denne oplysning skal fremgå senest samtidig med, at reklameindholdet bringes.

For at sikre tilstrækkelig reklamemarkering i livestreams, hvor reklameindholdet er mangfoldigt, bør der ske en særskilt angivelse af de kommercielle hensigter, for hver reklame. I andre tilfælde, som værende hvor hele livestreamen er udarbejdet med henblik på promovning af et produkt eller en virksomhed, kan en generel angivelse i videoens titel anses for at være tilstrækkelig.

Generelt set, vil reklamemarkeringens tilstrækkelighed bero på en konkret vurdering. For at streamere kan sikre sig bedst muligt, bør reklamemarkeringer formentlig indsættes i udsendelsens titel såvel som i forbindelse med hver individuel reklame der bringes. Dog bemærkes det, at nogle platforme indeholder tekniske begrænsninger der ikke gør det muligt at foretage lange reklamemarkeringer i bl.a. videotitler. Dette bevirker at streameren ikke vil kunne angive både de kommercielle hensigter og hvem disse bringes på vegne af, som kræves efter E-handelslovens § 9, stk. 1.

Kapitel III - Skjulte reklamer på streamingtjenester

3.1. Indledning

Foruden reklamering på livestreaming-platforme med brugergenereret indhold, såsom YouTube og Twitch, kan det også være særligt fordelagtigt for en erhvervsdrivende at markedsføre sig i spillefilm og tv-programmer. Denne form for markedsføring vil oftest komme til udtryk gennem brugen af produktplaceringer eller -sponsoreringer. Foruden disse særlige reklametyper, kan der også forekomme almindelige skjult reklame.

Siden 1920'erne har forekomsten af produktplaceringer og -sponsoreringer i spillefilm været stadigt stigende.⁷⁵ Dertil er forekomsten af disse reklametyper også begyndt at finde sin vej ind i tv-serier. I et historisk perspektiv blev film og tv-serier alene vist og set i fjernsynet gennem en traditionel lineær spredning. Med lineær spredning forstås en envejskommunikation fra tv-foretagendet til en ubestemt kreds af modtagere, hvor modtagerne ikke har muligheden for at kommunikere tilbage til afsenderen og dermed ikke har nogen indflydelse på hverken det indhold der vises eller tidspunktet for visningen.⁷⁶

I takt med den digitale udvikling, har spillefilm og tv-serier flyttet sig gradvist fra den traditionelle visningsform, til visning på on demand streamingtjenester. Det er utvivlsomt, at Markedsføreløven pr. sin teknologineutralitet vil regulere skjult reklame på disse tjenester. Dertil forefindes størstedelen af streamingtjenester på internettet, der som en informationssamfundstjeneste, vil blive reguleret i E-handelsloven. Spørgsmålet bliver dog, om disse i stedet bør reguleres ved en mere specifik lovgivning. Idet streamingtjenester danner mange lighedspunkter med traditionelt fjernsyn, kan det diskuteres, om disse reguleres i Radio- og fjernsynsloven med dertilhørende bekendtgørelser. Radio- og fjernsynsloven regulerer det, der blive betegnet som ”on demand-audiovisuelle medietjenester”. Ved en ”on demand-audiovisuel medietjeneste” forstås en ikke-lineær spredning, hvor udbyderen af medietjenesten stiller et programkatalog til rådighed for modtagerne, hvor programmerne kan vises på brugervalgte tidspunkter og på den enkelte brugers anmodning.⁷⁷

I en undersøgelse af Danmarks Statistik fra 2018, viste det sig at 54% af den danske befolkning i aldersgruppen 16-74 år streamer film og serier fra globale kommercielle streamingtjenester, såsom

⁷⁵ Walton, Alex: *“The Evolution of Product Placement in Film”*, www.elon.edu, s. 5. Nærværende kilde er et udgivet bachelorprojekt fra Elon University.

⁷⁶ Jakobsen, Søren Sandfeld & Sten Schaumburg-Müller: *Medieretten* (1. udgave, 2013), s. 612.

⁷⁷ AVMS-direktivets art. 1, stk. 1, nr. 1, litra g.

HBO og Netflix.⁷⁸ I DR's medieudviklingen 2019 blev det fastslået at 39% af den danske befolkningsgruppe over 12 år, anvender Netflix ugentligt, og 37% anvender DRTV ugentligt.⁷⁹

Det er heller ikke uden årsag, at flere og flere danskere er begyndt at anvende streamingtjenester enten som supplement til eller som erstatning for traditionelt tv. Fordelene ved streamingtjenester er mange, herunder bl.a. den betydelige frihed der overlades til brugeren, hvor denne både kan vælge det specifikke program der ønskes vist, og det tidspunkt hvor programmet skal vises.

Det er ikke alene de kommercielle udbydere som HBO og Netflix, der har indtaget markedet for on demand streaming. De allerede veletablerede tv-foretagender som DR og TV2, har tillige flyttet deres programflade over på digitale platforme.⁸⁰

På streamingtjenester som DRTV og TV2 Play stiller udbyderen deres live-programmer til rådighed for streaming i realtid, hvor brugerne kan tilgå den pågældende app eller hjemmeside, og dermed følge med i tv-programmerne som de forløber på den traditionelle tv-platform. For denne type streaming besidder udbyderen stadig evnen til at fastsætte rammerne for den programflade, der sendes og streames i realtid. Dertil stiller disse udbydere også de allerede viste programmer til rådighed således brugerne har mulighed for at gense disse programmer, når dette ønskes (betegnet: Catch-up tv).

Streamingtjenester som Netflix, HBO mv. udbyder ikke funktionen, hvor brugerne kan følge med i en forudbestemt programflade i realtid, men stiller i stedet et programkatalog til rådighed, hvor brugerne selv kan vælge hvilket program der skal vises samt tidspunktet for visningen. Denne type af streaming betegnes enten som Video on Demand (VoD) eller Subscription Video on Demand (SVoD). Den fundamentale forskel imellem disse typer er, at SVoD-tjenester forudsætter køb af et abonnement, der giver adgang til tjenestens programkatalog.

At navigere sig rundt på de diverse streamingtjenester kan være særligt vanskeligt. Dette særligt hvis man i et juridisk øjemed søger at belyse reguleringen af reklamer i de givne programmer og spillefilm

⁷⁸ Danmarks Statistik: "Over halvdelen af de 16-74 årige streamer", www.dst.dk

⁷⁹ Danmarks Radio: "Medieudviklingen 2019", www.dr.dk, s. 6-7.

⁸⁰ For DR's vedkommende, hedder online-tjenesten, DRTV. For TV2's vedkommende, hedder online-tjenesten, TV2 Play.

på tjenesten. Denne vanskelighed bygger til dels på, at det kan være kompliceret at afgøre hvorvidt en given streamingtjeneste egentlig er underlagt sektorlovgivningen for tv-foretagender, navnlig Radio- og fjernsynsloven, eller om platformene falder under den mere generelle regulering der følger af Markedsføringsloven eller E-handelsloven.

I det følgende vil der blive redegjort for baggrunden af den danske regulering af on demand-audiovisuelle medietjenester, herunder vil der blive inddraget aspekterne af den EU-retlige regulering, der danner de ydre rammer for den nationale regulering. Herefter vil der blive foretaget en analyse af Radio- og fjernsynslovens betingelser for on demand-audiovisuelle medietjenester med inddragelse af relevant praksis på området. Dernæst vil reglerne anvendes på et case-tilfælde, for at fastlægge hvorvidt en konkret streamingtjeneste i et hypotetisk tilfælde, vil anses for omfattet af sektorlovgivningen. Dernæst vil der blive draget en delkonklusion på spørgsmålet, er streamingtjenester omfattet af Radio- og fjernsynsloven?

Når det er fastslået, hvorvidt streamingtjenesterne er omfattet af sektorlovgivningen for medietjenesteudbydere, vil der blive foretaget en analytisk tilgang til de særlige reklameregler i lovgivningen, med særligt henblik på reguleringen af skjulte reklamer, og de reklametyper der ligner, navnlig produktplaceringer og -sponsoreringer. Slutteligt vil der blive draget en konklusion på spørgsmålet, hvordan reguleres skjult reklame i programmer, der udbydes på streamingtjenester?

3.2. Radio- og fjernsynslovens regulering af on demand-audiovisuelle medietjenester

3.2.1. Baggrunden for regulering af on demand-audiovisuelle medietjenester

Den nationale regulering af on demand-audiovisuelle medietjenester følger af Radio- og fjernsynsloven. Reguleringen i den nationale ret skete ved lovændringen 2009, efter gennemførelsen af Direktivet om audiovisuelle medietjenester (herefter: AVMS-direktivet). AVMS-direktivet reviderede det hidtil gældende direktiv, Rådets direktiv 89/552/EØF (herefter: direktivet om ”fjernsyn uden grænser”). Forinden der kan ses uddybende på reguleringen af on demand-audiovisuelle medietjenester, er det relevant at skabe en forståelse for de fundamentale principper, der danner baggrunden for reguleringen.

Direktivet om ”fjernsyn uden grænser” pålagde EU-medlemsstaterne, at indføre visse minimumsstandards for traditionelt lineært tv, som er underlagt den pågældende medlemsstats myndighed. Direktivet har også pålagt medlemsstaterne, at sikre modtagefrihed af tv-udsendelser fra de øvrige medlemsstater, et indre marked med fri bevægelighed for tv-udsendelsen.

I medfør af AVMS-direktivet blev anvendelsesområdet udvidet til, foruden at omfatte traditionel tv-virksomhed, også at omfatte on demand-audiovisuelle medietjenester. Formålet med AVMS-direktivet er indledningsvist at sikre, at udbyderen af en on demand-audiovisuel medietjeneste kan udnytte de samme fordele ved det indre marked, på lige linje med almindelige tv-foretagender.⁸¹

AVMS-direktivet viderefører en række grundprincipper og fælles minimumsstandards, fra direktivet om ”fjernsyn uden grænser”. Blandt disse findes oprindelseslandsprincippet, der tillige er kernen i AVMS-direktivet.⁸² Princippet er videreført til AVMS-direktivets art. 2 og 3. Princippet er en lovvalgsregel, der relaterer sig til tv-udsendelser, der kan sendes og modtages på tværs af landegrænser i EU. I den nationale lovgivning er oprindelseslandsprincippet implementeret i Radio- og fjernsynslovens kapitel 8 og Registreringsbekendtgørelsens § 2.

⁸¹ Se hertil også AVMS-direktivets 10. betragtning

⁸² AVMS-direktivets 33. betragtning

3.2.2. Radio- og fjernsynslovens territoriale anvendelsesområde

3.2.2.1. Oprindelseslandsprincippet indhold

Oprindelseslandsprincippet bygger på to grundsætninger, grundsætningen om hjemlandskontrol og grundsætningen om gensidig anerkendelse.

Grundsætningen om hjemlandskontrol følger af AVMS-direktivets art. 2, hvorefter hver medlemsstat har pligt til at føre kontrol med, at alle tv-foretagender som sender i eller fra det pågældende land, overholder landets lovgivning på området.

Grundsætningen om gensidig anerkendelse fremgår af AVMS-direktivets art. 3. Herefter må en medlemsstat ikke lægge hindringer i vejen for udsendelser hidrørende fra andre medlemsstater og må ikke begrænse den frie bevægelighed for udsendelser.⁸³

Overordnet set fastlægger oprindelseslandsprincippet, at lovgivningen i det land, hvor en audiovisuel medietjeneste eller et tv-foretagende er etableret, finder anvendelse på udsendelsen, uafhængigt af hvor udsendelsen kan modtages og hvilket sprog denne bringes på.

Det bemærkes i den forbindelse, at AVMS-direktivet og Direktivet om ”fjernsyn uden grænser” begge er minimumsdirektiver, hvorfor lovgivningen på området kan variere fra medlemsstat til medlemsstat. Dertil anvendes oprindelseslandsprincippet alene for de forhold, der er reguleret ved direktivet. Såfremt et forhold falder udenfor direktivets anvendelsesområde, vil lovvalgsspørgsmålet skulle afgøres efter almindelige principper.⁸⁴ For on demand-baserede tjenester, vil spørgsmålet blive afgjort efter E-handelslovens §§ 3 og 4. Disse bestemmelser indeholder et afsenderlandsprincip, der også er bygget på grundsætningerne om hjemlandskontrol og gensidig anerkendelse.⁸⁵

Som ovenfor anført, er oprindelseslandsprincippet implementeret i den nationale lovgivning, i henholdsvis Radio- og Fjernsynslovens kapitel 8 og Registreringsbekendtgørelsens § 2.

⁸³ Jakobsen, Søren Sandfeld & Sten Schaumburg-Müller: *Medieretten* (1. udgave, 2013), s. 617 samt 2009/1 LSF 25 - *Forslag til lov om ændring af lov om radio- og fjernsynsvirksomhed og lov om ophavsret* – Almindelige bemærkninger, pkt. 2.2., s. 4.

⁸⁴ Jakobsen, Søren Sandfeld & Sten Schaumburg-Müller: *Medieretten* (1. udgave, 2013), s. 617.

⁸⁵ Jakobsen, Søren Sandfeld & Sten Schaumburg-Müller: *Medieretten* (1. udgave, 2013), s. 617.

Registreringsbekendtgørelsens § 2 opstiller en række tilfælde, hvor et tv-foretagende eller en udbyder af en on demand-audiovisuel medietjeneste er underlagt dansk myndighed.

For at holde et stabilt fokus på projektets mål, vil der i det følgende alene blive gennemgået hvilke tilfælde, en udbyder af on demand-audiovisuelle medietjenester, er omfattet. Dette vil navnlig være:

1. Såfremt udbyderen har sit hovedkontor i Danmark, og de redaktionelle beslutninger vedrørende tjenesten også træffes i Danmark.⁸⁶
2. Såfremt udbyderen har sit hovedkontor i Danmark og de redaktionelle beslutninger vedrørende tjenesten træffes i en anden EU- eller EFTA-medlemsstat, eller omvendt, samt en betydelig del af det personale der er beskæftiget med tjenesten, arbejder i Danmark.⁸⁷
3. Såfremt udbyderen har sit hovedkontor i Danmark, og en betydelig del af det personale der er beskæftiget med tjenesten, arbejder såvel i Danmark som i en anden EU- eller EFTA-medlemsstat.⁸⁸
4. Såfremt udbyderen begyndte sin on demand-audiovisuelle programvirksomhed i Danmark og i overensstemmelse med dansk lovgivning, og samtidig har en stabil og effektiv økonomisk forbindelse til Danmark, selvom en betydelig del af det beskæftigede personale ikke arbejder i Danmark, EU- eller EFTA-staterne.⁸⁹
5. Såfremt udbyderens hovedkontor er beliggende i Danmark og beslutningerne om medietjenesten træffes i tredjeland, eller omvendt, forudsat at en betydelig del af det personale der er beskæftiget med den on demand-audiovisuelle medietjeneste, arbejder i Danmark.⁹⁰

Registreringsbekendtgørelsens § 2, stk. 2 fastslår dertil, at en udbyder, som ikke hører under nogen myndighed i Danmark, EU eller EFTA, anses for at høre under dansk myndighed, såfremt udbyderen benytter et satellit-uplink fra Danmark eller benytter satellitkapacitet tilhørende Danmark.

⁸⁶ Jf. Registreringsbekendtgørelsen § 2, stk. 1, nr. 1

⁸⁷ Jf. Registreringsbekendtgørelsen § 2, stk. 1, nr. 2

⁸⁸ Jf. Registreringsbekendtgørelsen § 2, stk. 1, nr. 3

⁸⁹ Jf. Registreringsbekendtgørelsen § 2, stk. 1, nr. 4

⁹⁰ Jf. Registreringsbekendtgørelsen § 2, stk. 1, nr. 5

Bekendtgørelsens § 2, stk. 3 er en opsamlingsbestemmelse, der fastslår at hvis det ikke kan afgøres efter stk. 1 eller 2, hvorvidt en udbyder af on demand-audiovisuel medietjeneste hører under myndighederne i Danmark, EU eller EFTA, vil tv-foretagendet eller udbyderen være underlagt myndighed i det land, hvor foretagendet eller udbyderen er etableret iht. TEUF art. 49-55.

Ved vurderingen af, hvorvidt en streamingtjeneste henhører under dansk myndighed, bør det indledningsvist fastslås, hvor streamingtjenesten er etableret. Spørgsmålet om, i hvilket land medietjenesteudbyderen anses for at være etableret, afgøres overordnet set ud fra hovedkontorets beliggenhed, stedet hvor de redaktionelle beslutninger vedrørende tjenesten træffes, og eventuelt også med vægt på det land, hvor størstedelen af tjenestens personale er beskæftiget.

3.2.2.1. Undtagelser til senderlandsprincippet

Oprindelseslandsprincippet er dog ikke uden undtagelser, disse følger af AVMS-direktivets art. 3, stk. 2 og stk. 4. AVMS-direktivets art. 3, stk. 2 relaterer sig alene til traditionelt fjernsyn, hvorfor denne bestemmelse ikke vil blive gennemgået yderligere i dette afsnit.

Undtagelsen i AVMS-direktivets art. 3, stk. 4 relaterer sig til on demand-audiovisuelle medietjenester. Bestemmelsen fastsætter en række kriterier, hvorefter en medlemsstat kan træffe foranstaltninger til fravigelse af grundsætningen om gensidig anerkendelse.

Indledningsvist skal foranstaltningen være nødvendigt ud fra en række af de samme alment tyngende hensyn, der kan berettige en medlemsstat til at fravige princippet om fri bevægelighed for varer og tjenesteydelser.⁹¹ Bestemmelsen oplister de specifikke hensyn, der kan begrunde en fravigelse. Disse er ufravigelige retsgrundsætninger, beskyttelse af den offentlige sundhed, offentlig sikkerhed og beskyttelse af forbrugere.⁹²

Selve foranstaltningen skal træffes overfor en on demand-audiovisuel medietjeneste, der enten krænker disse hensyn, eller udgør en alvorlig og tungtvejende risiko for krænkelse heraf. Dertil skal foranstaltningen også være proportionel, hvorved den ikke må være mere vidtgående end det der er nødvendigt for at beskytte ovennævnte hensyn.

⁹¹ Jakobsen, Søren Sandfeld & Sten Schaumburg-Müller: *Medieretten* (1. udgave, 2013), s. 619.

⁹² AVMS-direktivets art. 3, stk. 4, litra a, nr. 1

Forinden en foranstaltning træffes, skal udbyderens hjemlandsstat opfordres til selv at træffe foranstaltninger mod udbyderen. Foranstaltningen kan således ikke træffes, medmindre hjemlandsstaten enten undlader at træffe foranstaltninger, eller de foranstaltninger der blev truffet, er utilstrækkelige til at sikre de beskyttelsesværdige hensyn.

Dertil skal den medlemsstat der ønsker at træffe foranstaltninger mod en udbyder der er hjemhørende i en anden medlemsstat, meddele disse foranstaltninger til EU-Kommissionen og til udbyderens hjemlandsstat.⁹³

Forinden en samlet diskussion af, hvorvidt streamingtjenester etableret i Danmark er omfattet af Radio- og fjernsynslovens regler om produktplaceringer og -sponsoreringer, skal det nærmere undersøges, hvad der i henhold til loven anses som værende on demand-audiovisuelle medietjenester.

3.2.3. Radio- og fjernsynslovens materielle anvendelsesområde

Radio- og fjernsynsloven regulerer udøvelse af programvirksomhed, jf. lovens § 1, stk. 3. Hvad der nærmere forstås med ”udøvelse af programvirksomhed” defineres i lovens § 2. Særligt relevant for nærværende speciale, er lovens § 2, stk. 1, nr. 4. Her defineres udøvelse af programvirksomhed som værende:

*”udbud af on demand-audiovisuelle medietjenester, hvis hovedformål er at udbyde informerende, underholdende eller oplysende billedprogrammer med eller uden lyd til almenheden via elektroniske kommunikationsnet, som defineret i lov om elektroniske kommunikationsnet og -tjenester.”*⁹⁴

Ovenstående bestemmelse i Radio- og fjernsynsloven skal ses i lyset af AVMS-direktivets art. 1, nr. 1, litra a, hvor audiovisuelle medietjenester tillige defineres. Herefter skal der være tale om en medietjenesteudbyder, der har det redaktionelle ansvar for tjenester, hvis hovedformål er at udbyde informerende, underholdende eller oplysende programmer til almenheden via elektroniske kommunikationsnet.⁹⁵

Definitionen af audiovisuelle medietjenester afgrænses af AVMS-direktivets 21. betragtning. Herefter skal audiovisuelle medietjenester, uanset om disse er traditionelle tv-udsendelser eller on

⁹³ AVMS-direktivets art. 3, stk. 4, litra b, nr. 1-2

⁹⁴ Radio- og fjernsynslovens § 2, stk. 1, nr. 4

⁹⁵ AVMS-direktivets art. 1, nr. 1, litra a

demandbaserede, have samme karakter som et traditionelt massemedium. Hermed forstås, at de er bestemt for og vil kunne have en klar indvirkning på, en betydelig del af offentligheden.⁹⁶ Et medium, der alene retter sig mod en nærmere afgrænset gruppe af modtagere, vil dermed ikke være omfattet.

Dertil omfattes alene tjenester, der falder inden for TEUF's definition af tjenesteydelser. Dermed forstås, at definitionen af audiovisuelle medietjenester bør omfatte enhver form for økonomisk virksomhed. Virksomhed af mere privat og ikke-økonomisk karakter, omfattes ikke.⁹⁷

Med henblik på forståelse for reguleringen af on demand-audiovisuelle medietjenester, bør der foretages en sondring mellem "tv-spredning" (eller "fjernsynsudsendelser") og "on-demand-audiovisuelle medietjenester".

I AVMS-Direktivets art. 1, nr. 1, litra e defineres "tv-spredning" eller "fjernsynsudsendelser" som værende en audiovisuel medietjeneste, der udbydes af en medietjenesteudbyder med henblik på samtidig modtagelse af programmerne på basis af en programflade. Det vil sige en lineær audiovisuel medietjeneste, hvor udbyderen foretager en lineær transmission af programmerne til brugerne, og hvor brugerne samtidig modtager de udbudte programmer på baggrund af en af udbyderen valgt programflade.

Ved "on-demand audiovisuel medietjeneste" efter direktivets art. 1, nr. 1, litra g, forstås en audiovisuel medietjeneste, der udbydes af en medietjenesteudbyder med henblik på modtagelse af programmer på et brugervalgt tidspunkt og på den enkelte brugers anmodning på grundlag af et programkatalog udvalgt af medietjenesteudbyderen. Her er der, i modsætning til traditionel tv-spredning, tale om en ikke-lineær audiovisuel medietjeneste.

Særligt kendetegnende for on demand-audiovisuelle medietjenester er, at de ligner traditionelt tv. Hermed forstås, at de konkurrerer om de samme seere som traditionelle fjernsynsudsendelser. Dertil kommer også, at deres art og måden hvorpå man får adgang til dem, med rimelighed giver brugeren en forventning om, at tjenesten er reguleret ved AVMS-direktivet.⁹⁸

⁹⁶ AVMS-direktivets 21. betragtning og Jakobsen, Søren Sandfeld & Sten Schaumburg-Müller: *Medieretten* (1. udgave, 2013), s. 615.

⁹⁷ AVMS-direktivets 21. betragtning og Jakobsen, Søren Sandfeld & Sten Schaumburg-Müller: *Medieretten* (1. udgave, 2013), s. 615.

⁹⁸ AVMS-direktivets 24. betragtning, 1. pkt.

3.2.3.1. Betingelserne for on demand-audiovisuelle medietjenester:

Forinden en tjeneste kan anses som værende en audiovisuel medietjeneste i direktivets forstand, og dermed også lovens, er der opstillet en række betingelser der kan udledes af AVMS-direktivets art. 1, nr. 1, litra a:

*Herefter skal der være tale om en medietjenesteudbyder, der har det redaktionelle ansvar for tjenester, hvis hovedformål er at udbyde informerende, underholdende eller oplysende programmer til almenheden via elektroniske kommunikationsnet.*⁹⁹

Ovenstående artikel så sin implementering i Radio- og fjernsynslovens § 2, stk. 3, hvorefter der skal være tale om en audiovisuel medietjeneste, der udbydes af en medietjenesteudbyder med henblik på, at programmer kan modtages på et brugervalgt tidspunkt og på den enkelte brugers anmodning på grundlag af et programkatalog udvalgt af medietjenesteudbyderen.

Medietjenesteudbyderen kan være såvel en fysisk som en juridisk person. Afgørende er, at medietjenesteudbyderen har det redaktionelle ansvar for valget og tilrettelæggelsen af det indhold, der tilbydes på den audiovisuelle medietjeneste.¹⁰⁰ Præambelbetragtningerne til AVMS-direktivet afgrænser definitionen og fastlægger, at fysiske og juridiske personer, der blot transmitterer programmer, hvor det redaktionelle ansvar påhviler tredjemand, ikke omfattes.¹⁰¹

Redaktionelt ansvar indebærer, at udbyderen udøver en effektiv kontrol over både udvælgelsen af de programmer der udbydes på platformen og tilrettelæggelsen af disse. Dette taget i betragtning vil således medføre, at sociale medier, såsom Facebook, YouTube mv., hvor tjenestens brugere frit kan gøre indhold offentligt tilgængeligt på platformen, uden tjenesteudbyderens forudgående kontrol og redigering, umiddelbart ikke vil være omfattet.¹⁰² De mere specifikke aspekter af definitionen på ”redaktionelt ansvar”, herunder hvad der må forstås ved ”effektiv kontrol”, er overladt til medlemsstaterne at specificere nærmere.¹⁰³

Udvælgelse og tilrettelæggelse af programmerne på platformen, kan ske på forskellige måder. Såfremt der er tale om traditionelle lineære fjernsynsudsendelser, vil dette ske i en kronologisk

⁹⁹ AVMS-direktivets art. 1, nr. 1, litra a.

¹⁰⁰ AVMS-direktivets art. 1, nr. 1, litra d og Radio- og Fjernsynslovens § 2, stk. 4

¹⁰¹ AVMS-direktivets 26. betragtning

¹⁰² Jakobsen, Søren Sandfeld & Sten Schaumburg-Müller: *Medieretten* (1. udgave, 2013), s. 615.

¹⁰³ AVMS-direktivets 25. betragtning

programflade. Er det derimod en on demand-audiovisuel medietjeneste, som er det primære subjekt for nærværende kapitel, vil udvælgelsen og tilrettelæggelsen ske i et programkatalog.¹⁰⁴ Som ovenfor anført, er det kendetegnende ved on demand-tjenester, at brugeren selv vælger programmer til visning og tidspunktet for visningen, dette sker dog på baggrund af det programkatalog, udbyderen stiller til rådighed på platformen.

Redaktionelt ansvar efter AVMS-direktivet, er ikke nødvendigvis ensbetydende med et juridisk ansvar for indholdet eller tjenesten i henhold til national lovgivning.¹⁰⁵ I henhold til AVMS-direktivets 25. betragtning, berører direktivet ikke de ansvarsfritagelsesbestemmelser, der følger af direktivet om elektronisk handel.¹⁰⁶

Disse ansvarsfritagelsesbestemmelser er i det nationale retssystem, implementeret i E-handelslovens §§ 14-16.¹⁰⁷ Idet formålet med nærværende kapitel er at fastlægge hvorvidt streamingtjenester omfattes af Radio- og fjernsynsloven og efterfølgende fastlægge de specifikke regler for reklamer der følger af denne sektorlovgivning, vil E-handelslovens ansvarsfritagelsesbestemmelser ikke blive gennemgået yderligere i dette projekt.

Hovedformålet ved tjenesten skal være udbud af informerende, underholdende eller oplysende programmer til almenheden via elektroniske kommunikationsnet. Dette kan også nærmere betegnes som udbud af ”*audiovisuelt indhold*”, hvorved der forstås et sæt levende billeder med eller uden lyd.¹⁰⁸

Dermed vil tjenester, hvor udbuddet af audiovisuelt indhold alene er en bi-omstændighed ved tjenesten, ikke være omfattet af reglerne.¹⁰⁹ Dette vil navnlig være hjemmesider, der kun indeholder audiovisuelle elementer, der fungerer til støtte for hjemmesidens hovedindhold, eksempelvis korte reklamespots, grafiske elementer mv.¹¹⁰

¹⁰⁴ AVMS-direktivets art. 1, nr. 1, litra c, 1. led.

¹⁰⁵ AVMS-direktivets art. 1, nr. 1, litra c, 2. led.

¹⁰⁶ Direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000.

¹⁰⁷ Disse bestemmelser omhandler navnlig hvornår udbyderen af en tjeneste, der enten foretager ren videreformidling af information (*mere conduit*), caching eller hosting, fritages for ansvar for det indhold, der ligger tilgængeligt på tjenesten.

¹⁰⁸ AVMS-direktivets 23. betragtning.

¹⁰⁹ AVMS-direktivets 22. betragtning, 2. pkt.

¹¹⁰ AVMS-direktivets 22. betragtning, 3. pkt.

I relation til betingelsen om udbud af informerende, underholdende eller oplysende programmer, er det nødvendigt, at der først sker en nærmere forståelse for begrebet ”program” efter direktivet. Et program er, som ved audiovisuelt indhold, et sæt levende billeder med eller uden lyd, der udgør en individuel del af en programflade eller -katalog, der udarbejdes af en medietjenesteudbyder, og hvis form og indhold kan sammenlignes med form og indhold af tv-spredning.¹¹¹ Programmer kan eksempelvis være spillefilm, sportsbegivenheder, tv-serier mv.

For at hindre skævheder med hensyn til den frie bevægelighed og konkurrence skal begrebet ”program” fortolkes dynamisk under hensyntagen til udviklingen inden for tv-spredning.¹¹²

Selvom hovedformålet med audiovisuelle medietjenester er at udbyde programmer, dækker definitionen også tekstbaseret indhold, der ledsager programmerne. Dette er eksempelvis underteksttjenester og elektroniske programoversigter (tekst-tv mv.).¹¹³ Idet der stilles krav om, at det tekstbaserede indhold skal *ledsage* programmerne, vil selvstændige tekstbaserede tjenester ikke anses for omfattet af direktivet.

Idet udbuddet af audiovisuelt indhold skal ske til almenheden, dækker definitionen alene tjenester, der anses for massemedier. Hermed forstås, som anført ovenfor, medier som er bestemt for og vil kunne have en klar indvirkning på en betydelig del af offentligheden.¹¹⁴ Nærmere bestemt, finder direktivet kun anvendelse på audiovisuelle medietjenester, der kan modtages direkte eller indirekte af offentligheden ved brug af almindeligt forbrugerudstyr.¹¹⁵ Det er i direktivet overladt til medlemsstaternes kompetente myndigheder at afgøre, hvad der anses for almindeligt forbrugerudstyr.

Idet tjenesterne skal have karakter af massemedier, udelukkes dermed enhver form for privat korrespondance som eksempelvis e-mails der afsendes til et nærmere bestemt og afgrænset antal af modtagere.¹¹⁶

Selve udbuddet af audiovisuelt indhold, skal ske via elektroniske kommunikationsnet. Dette er defineret som enhver form for radiofrekvens- eller kabelbaseret teleinfrastruktur, der anvendes til

¹¹¹ AVMS-direktivet art. 1, nr. 1, litra b.

¹¹² AVMS-direktivets 24. betragtning, 2. pkt.

¹¹³ AVMS-direktivets 23. betragtning.

¹¹⁴ AVMS-direktivets 21. betragtning.

¹¹⁵ AVMS-direktivets 39. betragtning.

¹¹⁶ AVMS-direktivets 22. betragtning.

formidling af elektroniske kommunikationstjenester.¹¹⁷ Mest relevant for nærværende projekt og for de platforme der søges en afklaring på, er internettet.

3.2.3.2. – *Diskussion af betingelserne for on demand-audiovisuelle medietjenester*

Det har længe været omdiskuteret i praksis, særligt i forbindelsen med vedtagelsen af AVMS-direktivet tilbage i 2007, hvad der egentlig statuerer en on demand-audiovisuel medietjeneste i henhold til direktivets definition heraf. Søren Sandfeld Jakobsen har hertil anført ”*Endelig synes der i definitionen af audiovisuelle medietjenester at være indbygget flere uklare skønsbetonede begreber, der indebærer, at det forsat ikke er helt klart, hvor grænsen mellem audiovisuelle medietjenester og andre medietjenester går*”.¹¹⁸

I forbindelse med vedtagelsen af lovændringen, hvori AVMS-direktivet blev implementeret,¹¹⁹ var det Kulturministeriets samlede opfattelse, at formentlig kun ganske få typer af internettjenester ville omfattes af reglerne, idet disse i medfør af direktivet og dets betragtninger, skulle have en betydelig stor lighed med traditionelle tv-udsendelser.¹²⁰ Dermed var det praktikkernes opfattelse, at reglerne formentlig kun ville omfatte de veletablerede tv-foretagendes internettjenester, hvor programmer, der allerede har været sendt i fjernsynet, ligger tilgængelige on demand.¹²¹

Sandfeld anførte hertil, at egentlige on demand-tjenester, der kan findes på internettet og har så tv-lignende karakter, at de må antages at opfylde betingelserne i Radio- og fjernsynslovens § 2, stk. 3, formentlig også vil være omfattet.¹²²

Platforme med brugerskabt indhold vil, som anført under pkt. 3.3.3.1., ikke være omfattet af reglerne.¹²³ Dette særligt under hensyntagen til, at platformsudbyderen ikke besidder det

¹¹⁷ Radio- og Fjernsynslovens § 2, stk. 1, nr. 4, jf. lovbekendtgørelse nr. 128 af 7. februar 2014 om elektroniske kommunikationsnet og -tjenester.

¹¹⁸ Jakobsen, Søren Sandfeld, *Direktivet om audiovisuelle medietjenester*, U 2008B.68.

¹¹⁹ 2009/1 LSF 25 - *Forslag til lov om ændring af lov om radio- og fjernsynsvirksomhed og lov om ophavsret*.

¹²⁰ 2009/1 LSF 25 - *Forslag til lov om ændring af lov om radio- og fjernsynsvirksomhed og lov om ophavsret*, pkt. 4.2.2.

¹²¹ Jakobsen, Søren Sandfeld & Sten Schaumburg-Müller: *Medieretten* (1. udgave, 2013), s. 616 og 2009/1 LSF 25 - *Forslag til lov om ændring af lov om radio- og fjernsynsvirksomhed og lov om ophavsret*, pkt. 4.2.2.

¹²² Jakobsen, Søren Sandfeld & Sten Schaumburg-Müller: *Medieretten* (1. udgave, 2013), s. 616.

¹²³ 2009/1 LSF 25 - *Forslag til lov om ændring af lov om radio- og fjernsynsvirksomhed og lov om ophavsret*, pkt. 4.2.2.

redaktionelle ansvar som kræves efter Radio- og fjernsynslovens § 2, stk. 3 og AVMS-direktivets art. 1, nr. 1, litra b, nr. 1.

En fortolkning af, hvilke tjenester der reelt set omfattes af AVMS-direktivets uklare betingelser, må overlades til EU-Domstolen. Der foreligger imidlertid ingen retspraksis fra EU-Domstolen, der kan bidrage til en afklaring af dette spørgsmål, hvorfor inspirationen må søges andetsteds.

Siden 2007 er der kommet stadig flere aktører ind på streamingmarkedet. I 2007 annoncerede Netflix deres indtræden på markedet. Det samme gjorde tv-foretagendet Viasat, da denne i 2007 lancerede tjenesten, Viasat OnDemand, der sidenhen i 2011 skiftede navn til Viaplay.¹²⁴ Den 1. november 2019 lancerede elektronikgiganten Apple, deres streamingtjeneste, Apple TV+.¹²⁵

Omfanget af aktører på markedet, samt et ønske fra EU-Kommissionen om at etablere et effektivt digitalt indre marked, har sidenhen ført til et behov for at revitalisere AVMS-direktivet.

Idet det fra EU-Kommissionen side af, var særligt kompliceret at danne sig et tilstrækkeligt overblik over samtlige borgere og aktører på medieområdet, der ville blive berørt af en sådanne regulering, besluttede EU-kommissionen sig for at foretage en "public consultation" tilbage i 2015. Denne consultation blev foretaget med henblik på at kunne besvare spørgsmål om den gældende regulering og den fremtidige.¹²⁶

En opsummering af de mest populære spørgsmål, blev udgivet på EU-kommissionens hjemmeside den 3. juli 2015. Heriblandt blev der stillet spørgsmålet: "*Are online video sharing platforms covered by this Directive?*".

Hertil besvarede EU-Kommissionen, at direktivet ikke regulerer platforme, hvor udbyderen ikke har kontrollen, det såkaldte redaktionelle ansvar. Hertil tilføjede Kommissionen, at streamingplatformen Netflix eksempelvis vil være reguleret af direktivet, idet Netflix besidder retten til at udvælge og organisere de programmer, der tilbydes on demand på deres platform. I modsætning hertil, vil

¹²⁴ Digitalt.tv: "*Viasat On Demand bliver til Viaplay*", www.digitalt.tv

¹²⁵ Apple: "*Apple TV+, der har alle Apple Originals fra verdens største historiefortællere, er tilgængelig nu.*", www.apple.com/dk

¹²⁶ European Commission: "*Questions and answers on the public consultation on the Audiovisual Media Services Directive (AVMSD)*", ec.europa.eu/digital-single-market

platforme såsom YouTube ikke anses for omfattet af direktivet, idet platformen er baseret på brugergenereret indhold, som YouTube ikke har kontrollen over.¹²⁷

Det bemærkes, at EU-kommissionens udtalelser ved en public consultation, som sådan ikke har en retskildemæssig værdi, men det kan dog af besvarelsen udledes, at EU-Kommissionen i det mindste har haft til hensigt, at lade streamingtjenester som Netflix være omfattet af direktivets bestemmelser om on demand-audiovisuelle medietjenester. En konkret fastlæggelse heraf, vil selvfølgelig stadig være et spørgsmål der må overlades til EU-Domstolen.

Selvom det på nuværende tidspunkt forsat er helt uklart, hvilket resultat EU-Domstolen ville nå til i en potentiel sag, kan nedenstående afgørelse fra Radio- og tv-nævnet bidrage til en nærmere afklaring af betingelsernes omfang og indhold.

3.2.4. Radio- og tv-nævnets afgørelse af 5. marts 2018 (Føtex' Facebookside)

3.2.4.1. Sagens baggrund

I nærværende sag behandlede Radio- og tv-nævnet en klage over en reklame for Føtex, der blev vist på Føtex' Facebook-side. Reklamevideoen, der blev offentliggjort på Facebook-siden den 6. april 2017, viste to små børn der skulle handle til en påskefrokost ved brug af børneindkøbsvogne og børnevenlige indkøbssedler.¹²⁸

Klageren anførte i sin klage, at reklamens brug af børn i markedsføring, ikke blev udført i overensstemmelse med Markedsføringslovens regler herfor. I medfør af bekendtgørelse nr. 801 af 21. juni 2013 om reklame og sponsorering mv. af programmer i radio, fjernsyn og on demand-audiovisuelle medietjenester samt indgåelse af partnerskaber (herefter: Reklamebekendtgørelsen) § 7, stk. 1, skal reklamer på on demand-audiovisuelle medietjenester være lovlig, sømmelig, hæderlig og sandfærdig samt være udformet med behørig social ansvarsførelse.¹²⁹

Føtex blev i den forbindelse opfordret til at komme med et høringssvar i sagen. I dette høringssvar anførte Føtex, at Facebook-profilen efter deres opfattelse ikke kunne anses som værende en on

¹²⁷ European Commission: "Questions and answers on the public consultation on the Audiovisual Media Services Directive (AVMSD)", ec.europa.eu/digital-single-market

¹²⁸ Radio- og tv-nævnets afgørelse af 5. marts 2018, *Klage over reklame for Føtex vist på Facebook*, s. 2.

¹²⁹ Radio- og tv-nævnets afgørelse af 5. marts 2018, *Klage over reklame for Føtex vist på Facebook*, s. 1.

demand-audiovisuel medietjeneste i henhold til Radio- og fjernsynsloven. Dette punkt blev i høringssvaret understøttet ved henvisning til lovens forarbejder, hvori det er anført, at platforme med brugerskabt indhold ikke omfattes af regler for on demand-audiovisuelle medietjenester.¹³⁰

Idet reklamebekendtgørelsens § 1, stk. 1 fastslår, at alene reklamer i radio, fjernsyn og on demand-audiovisuelle medietjenester reguleres ved bekendtgørelsen, vil reglerne heri ikke finde anvendelse på forholdet.

For Radio- og tv-nævnet var hovedspørgsmålet dermed, hvorvidt nævnet var kompetente til at behandle klagen, ved at undersøge hvorvidt den konkrete udformning af Facebook-siden kunne udgøre en on demand-audiovisuel medietjeneste omfattet af Radio- og fjernsynsloven med dertilhørende bekendtgørelser.

3.2.4.2. Radio- og tv-nævnets afgørelse

For nævnet, skulle det først undersøges hvorvidt Føtex kunne anses som værende en medietjenesteudbyder henhørende under dansk myndighed. Dette var nødvendigt at fastslå, idet Radio- og tv-nævnet er tilsynsmyndighed for on demand-audiovisuelle medietjenester, etableret i Danmark. Dernæst skulle det undersøges, hvorvidt Facebook-sidens konkrete udformning, kunne anses for at udgøre en on demand-audiovisuel medietjeneste, omfattet af Radio- og Fjernsynsloven.

Efter Reklamebekendtgørelsens § 2, stk. 1, nr. 1 anses udbyderen for at høre under dansk myndighed, såfremt udbyderens hovedkontor er beliggende i Danmark og de redaktionelle beslutninger vedrørende tjenesten træffes i Danmark.¹³¹

Supermarkedskæden Føtex er underlagt Dansk Supermarked A/S. Dansk Supermarked A/S har deres hovedkontor i Danmark og træffer alle de redaktionelle beslutninger vedrørende Føtex' Facebook-side i Danmark. Dermed kunne det fastslås, at Facebook-siden var underlagt dansk jurisdiktion.

Nævnet tog derefter stilling til spørgsmålet om, hvorvidt undtagelsen i Radio- og fjernsynslovens forarbejder, udelukkede Facebook-siden fra at kunne anses for en on demand-audiovisuel

¹³⁰ Radio- og tv-nævnets afgørelse af 5. marts 2018, *Klage over reklame for Føtex vist på Facebook*, s. 2.

¹³¹ Radio- og tv-nævnets afgørelse af 5. marts 2018, *Klage over reklame for Føtex vist på Facebook*, s. 4.

medietjeneste. Dertil vurderede Nævnet, at undtagelsen navnlig vedrører brugerskabt indhold og privat kommunikation. Føtex' Facebook-side var derimod oprettet af en kommerciel virksomhed, og størstedelen af det indhold der deltes på siden, var skabt af Føtex selv, som erhvervsvirksomhed. Undtagelsen i lovens forarbejder, fandt derfor ikke anvendelse på Facebook-siden.¹³²

Dermed var det afgørende, hvorvidt Facebook-siden samlet set, kunne opfylde betingelserne for on demand-audiovisuelle medietjenester i Radio- og fjernsynsloven. Det kræves herefter, at der sker udbud af audiovisuelt indhold på tjenesten og at hovedformålet med tjenesten er at udbyde informerende, underholdende eller oplysende programmer.

Facebook-siden blev anvendt til at dele mange forskellige typer af opslag, herunder både i form af tekst, billeder og videoer. Videoindholdet på siden var bestående af bl.a. madopskrifter, nyheder, konkurrencer og reklamefilm. En stor del af opslagene på siden, var imidlertid billeder med nyheder, fotos fra tilfredse kunder mv.¹³³

Efter en samlet vurdering af Facebook-siden og indholdet derpå, fandt Nævnet at Facebook-siden ikke opfylder betingelserne for on demand-audiovisuelle medietjenester. Dette fordi, at hovedformålet med siden ikke kunne anses for at være udbud af informerende, underholdende eller oplysende programmer til almenheden.¹³⁴

3.2.4.3. Afgørelsens bidrag til forståelsen af on demand-audiovisuelle medietjenester

På trods af at resultatet i afgørelsen blev, at Føtex' Facebook-side ikke kunne anses for at udgøre en on demand-audiovisuel medietjeneste, kan afgørelsen bidrage til hvordan en vurdering af spørgsmålet bør foretages.

Som et afgørende moment i sagen blev det fastslået, at man ikke uden videre kan anskue en platform, der hovedsageligt er beregnet til deling af brugerskabt indhold, som værende udenfor Radio- og fjernsynslovens regulering af on demand-audiovisuelle medietjenester. En internettjeneste som Facebook, der betegnes som værende et socialt netværk, bliver i et meget vidt omfang anvendt af erhvervsdrivende virksomheder til markedsføring. På dette punkt, er det ikke afgørende hvorvidt

¹³² Radio- og tv-nævnets afgørelse af 5. marts 2018, *Klage over reklame for Føtex vist på Facebook*, s. 8.

¹³³ Radio- og tv-nævnets afgørelse af 5. marts 2018, *Klage over reklame for Føtex vist på Facebook*, s. 8.

¹³⁴ Radio- og tv-nævnets afgørelse af 5. marts 2018, *Klage over reklame for Føtex vist på Facebook*, s. 9.

tjenesten er beregnet til privat kommunikation eller deling af brugerskabt indhold, men nærmere relevant at anskue hvad platformen egentlig anvendes til.

Dertil er et andet interessant moment i afgørelse, at Nævnet ikke anskuede Facebook som værende medietjenesteudbyderen, men nærmere sagt Føtex selv, som værende den virksomhed der har oprettet Facebook-siden. Dette medfører, at der på tjenester hvor undersider eller kontoer kan oprettes af erhvervsdrivende eller andre, vil der ikke længere skulle ses om den overordnede tjeneste er en on demand-audiovisuel medietjeneste, men nærmere bestemt, om den enkelte underside eller konto i kraft af sin konkrete udformning, kan opfylde betingelserne. Dette vil eksempelvis medføre, at en erhvervsdrivendes YouTube-konto, kan anses for at opfylde betingelserne i loven på trods af, at EU-Kommissionen ikke har anset YouTube for omfattet af reguleringen.

I det følgende afsnit vil der blive opstillet et case-eksempel, hvor det vil undersøges mere konkret, om en given streamingtjeneste er omfattet af betingelserne for on demand-audiovisuelle medietjenester i Radio- og fjernsynsloven med dertilhørende bekendtgørelser. Idet nogle af betingelserne kræver adgang til oplysninger, der ikke nødvendigvis er offentligt tilgængelige, vil det følgende case-eksempel alene være hypotetisk.

3.2.5. Case-eksempel – Er streamingtjenesten Viaplay omfattet af Radio- og Fjernsynslovens regulering af on demand-audiovisuelle medietjenester

I nærværende case-eksempel vil det blive undersøgt, hvorvidt streamingtjenesten Viaplay, er at anse som værende en on demand-audiovisuel medietjeneste omfattet af Radio- og Fjernsynsloven med dertilhørende bekendtgørelser.

Idet det ikke er muligt at komme besiddelse af alle oplysninger nødvendige for endegyldigt at fastlægge hvorvidt tjenesten opfylder betingelserne og er underlagt dansk myndighed, vil der blive foretaget en række antagelser, der ikke nødvendigvis er faktisk korrekte.

Forinden en gennemgang af betingelserne for on demand-audiovisuelle medietjenester i Radio- og Fjernsynsloven og AVMS-direktivet, er det nødvendigt at afgøre hvorvidt streamingtjenesten er underlagt dansk myndighed.

Hvorvidt tjenesten er henhørende under dansk myndighed, afgøres efter oprindelseslandsprincippet som er uddybet under afsnit 3.2.2. Princippet er i den nationale ret implementeret i Registreringsbekendtgørelsens § 2. Bestemmelsen opstiller under stk. 1, fem tilfælde, hvor udbyderen af en audiovisuel medietjeneste, vil anses for at være underlagt dansk myndighed.

For Viaplay's tilfælde vil det navnlig være Registreringsbekendtgørelsens § 2, stk. 1, nr. 2, der kan være relevant. Herefter er udbyderen underlagt dansk myndighed, såfremt hovedkontoret er beliggende i Danmark og de redaktionelle beslutninger vedrørende tjenesten træffes i en anden EU- eller EFTA-medlemsstat, eller omvendt. Dertil forudsættes det også, at en betydelig del af det personale, der beskæftiges med tjenesten, arbejder i Danmark.¹³⁵

Viaplay har hovedkontor i Sverige. Det afgørende moment vil derfor være, hvorvidt de redaktionelle beslutninger vedrørende tjenesten træffes i Danmark og om en betydelig del af personalet, arbejder sammesteds. Idet det ikke er muligt at få adgang til nærmere oplysninger om, hvorvidt Viaplay har en dansk afdeling, hvor et personale er beskæftiget og træffer redaktionelle beslutninger vedrørende indholdet på den danske side, vil dette for nærværende case blive lagt til grund. Det bemærkes igen, at dette ikke nødvendigvis er faktuel korrekt.

Forinden det kan konkluderes, om Viaplay kan anses for at udgøre en on demand-audiovisuel medietjeneste, skal det afgøres hvorvidt tjenesten i sin konkrete udformning opfylder betingelserne herfor.

Som anført ovenfor i afsnit 3.2.3. skal der således være tale om en medietjenesteudbyder med redaktionelt ansvar for tjenester, hvis hovedformål er at udbyde informerende, underholdende eller oplysende programmer til almenheden via elektroniske kommunikationsnet.¹³⁶

Medietjenesteudbyderen defineres i Radio- og Fjernsynslovens § 2, stk. 4. Herefter kan udbyderen enten være en fysisk eller en juridisk person, der har det redaktionelle ansvar og dermed udøver effektiv kontrol over indholdet på tjenesten og tilrettelæggelsen heraf. Viaplay leverer både egenproducerede og indkøbte programmer på tjenesten. Dertil tilrettelægger Viaplay også

¹³⁵ Registreringsbekendtgørelsens § 2, stk. 1, nr. 2.

¹³⁶ AVMS-direktivets art. 1, nr. 1, litra a.

programmerne i tjenestens programkatalog. Viaplay er dermed en juridisk person, der besidder det redaktionelle ansvar for indholdet der udbydes på tjenesten samt tilrettelæggelsen heraf.

Ydermere kræves det, at tjenestens hovedformål er udbud af audiovisuelt indhold, dermed menes udbud af informerende, underholdende eller oplysende programmer til almenheden. Idet Viaplay som streamingtjeneste, udelukkende foretager udbud af audiovisuelt indhold, hvad end dette er spillefilm eller tv-serier, kan det med nogenlunde sikkerhed antages, at dette er hovedformålet med tjenesten.

Ydermere er det en betingelse, at udbuddet af audiovisuelt indhold skal ske til almenheden, hvorved der forstås at tjenesten skal have karakter af et massemedium. I AVMS-direktivets 39. betragtning fremgår det, at tjenesten skal kunne modtages direkte eller indirekte ved anvendelse af almindeligt forbrugerudstyr. Viaplay's tjeneste kan tilgås enten på hjemmesiden www.viaplay.dk eller ved brug af tjenestens app, der kan downloades på android- og iOS-telefoner (*smartphones*).¹³⁷ Disse elektroniske apparater kan på nuværende tidspunkt anses, som værende almindeligt forbrugerudstyr. Viaplay vil dermed kunne anses som værende et massemedium, på lige fod med traditionelle tv-kanaler.

Sidste betingelse indebærer, at udbuddet af audiovisuelt indhold skal ske gennem brug af elektroniske kommunikationsnet. Som anført ovenfor i afsnit 3.2.3.1., er internettet at anse som værende et elektronisk kommunikationsnet. Ved at tilgå Viaplay via computer eller smartphones, anvendes internettet til at skaffe sig adgang til det indhold der udbydes på tjenesten.

Med baggrund i de ovenstående betragtninger, kan det konkluderes at streamingtjenesten Viaplay, opfylder betingelserne for on demand-audiovisuelle medietjenester i medfør af Radio- og fjernsynsloven og AVMS-direktivet.

3.2.6. Delkonklusion

Det kan til tider være ganske kompliceret at afgøre hvad der egentlig statuerer en on demand-audiovisuel medietjeneste i medfør af Radio- og fjernsynsloven samt AVMS-direktivet. Særligt

¹³⁷ Android-styresystemet anvendes på telefoner som eks. Samsung og Huawei, iOS-styresystemet anvendes på iPhones.

betingelserne syntes til tider, at overlade meget til en vurdering hvor retningslinjerne for hvilke momenter der bør indgå i afgørelsen, ikke altid er lige klare.¹³⁸

Alligevel kan det konkluderes, at der bør foretages en samlet vurdering af streamingtjenestens konkrete udformning. Som Facebook-afgørelsen ovenfor i afsnit 3.2.4.2. illustrerer, kan man ikke udelukke, at en given tjeneste er omfattet, blot fordi tjenesten er beregnet til deling af brugergenereret indhold. Særligt de sociale medier, såsom Facebook og Instagram, bliver i et større omfang anvendt af erhvervsdrivende til at sprede kommercielle budskaber. Såfremt disse kommercielle budskaber bliver bragt i form af audiovisuelt indhold, dvs. levende billeder med eller uden lyd, vil tjenesten formentlig omfattes af reglerne for on demand-audiovisuelle medietjeneste. Afgørende er dog, at tjenestens hovedformål er at udbyde audiovisuelt indhold.

Dertil er det også vigtigt, at der er tale om en medietjenesteudbyder i besiddelse af det redaktionelle ansvar. Redaktionelt ansvar på streamingtjenester indebærer, at udbyderen fører effektiv kontrol med både indholdet på tjenesten og dettes tilrettelæggelse. På de fleste streamingtjenester vil dette betyde, at udbyderen bestemmer hvilke programmer der tilbydes i tjenestens programkatalog og bestemmer hvorledes disse placeres på tjenesten.

Desuagtet, at det til tider kan være vanskeligt at fastlægge, hvorvidt en given streamingtjeneste kan anses for at opfylde betingelserne for on demand-audiovisuelle medietjenester i Radio- og Fjernsynsloven, er det alene få regler i loven med de dertilhørende bekendtgørelser, der finder anvendelse på disse tjenester. For nærværende projekt søges der en afklaring af, hvorledes skjult reklame (*og det der ligner*) reguleres på streamingtjenester. Reglerne om skjult reklame, produktplacering og -sponsoreringer i Radio- og fjernsynsloven og bekendtgørelserne, er også gældende for on demand-audiovisuelle medietjenester, hvorfor disse vil blive gennemgået i de følgende afsnit.

¹³⁸ Se bl.a. også Jakobsen, Søren Sandfeld, *Direktivet om audiovisuelle medietjenester*, U 2008B.68.

3.3. Regulering af skjult reklame (og det der ligner) på on demand-audiovisuelle medietjenester

Reguleringen af reklamer på on demand-audiovisuelle medietjenester følger til dels af Radio- og Fjernsynslovens kapitel 11 og af Reklamebekendtgørelsen. Reglerne er i et vidt omfang kommet til gennem implementering af de EU-retlige direktiver på området, navnlig Direktivet om ”Fjernsyn uden grænser” og efterfølgende AVMS-direktivet.

Foruden de særlige reklameregler, der gælder i denne sektorlovgivning, skal reklamer, uanset hvilket medium de bringes på, overholde de generelle regler der følger af markedsføringsloven.¹³⁹ Dertil kommer også en række øvrige retsakter, der på samme tid regulerer reklamerne, desuagtet om disse bringes i fjernsynet, på on demand-audiovisuelle medietjenester eller andetsteds, herunder bl.a. E-handelsloven og bekendtgørelse nr. 1155 af 22. oktober 2014 om reklame mv. for medicinsk udstyr.

Reklamereglerne i Radio- og fjernsynsloven og Reklamebekendtgørelsen regulerer en lang række aspekter ved reklamer, der bringes i fjernsynet og på on demand-audiovisuelle medietjenester. For reklamer der bringes i fjernsynet, reguleres blandt andet reklamernes omfang, deres placering i sendefladen mv.

Reglerne om reklamernes placering i sendefladen og omfanget heraf, gør sig ikke umiddelbart gældende på on demand-audiovisuelle medietjenester, herunder særligt idet reklamerne ikke bliver sendt i reklameblokke mellem programmerne. Derimod vil reklamerne på disse tjenester oftest indgå som en del af selve programmet, hvorfor særligt reglerne om skjult reklame, produktplaceringer og -sponsoreringer vil blive gennemgået uddybende i det følgende.

3.3.1. Regulering af skjult reklame

I medfør af Radio- og fjernsynslovens § 72, skal reklamer klart kunne identificeres. Reklamerne skal både i relation til deres indhold og præsentation, adskille sig fra de ordinære programmer.¹⁴⁰ I Reklamebekendtgørelsens § 2, stk. 1, findes en nærmest enslydende bestemmelse, der fastlægger, at reklamer klart skal kunne identificeres som værende det, de egentligt er. Dette identifikationskrav er

¹³⁹ Reklamebekendtgørelsens § 7, stk. 2 og Jakobsen, Søren Sandfeld & Sten Schaumburg-Müller: *Medieretten* (1. udgave, 2013), s. 669.

¹⁴⁰ Radio- og fjernsynslovens § 72.

gældende, desuagtet om reklamerne bringes i radio, fjernsyn eller på on demand-audiovisuelle medietjenester.¹⁴¹ Princippet om identifikation af kommercielle herunder, herunder reklamer, er almindeligt kendt i markedsføringsretten. Forinden ændringen af markedsføringsloven i 2017, gjaldt tillige et krav om reklameidentifikation.¹⁴²

Reklamebekendtgørelsens § 2, stk. 2-5 uddyber nærmere i forhold til, hvad der egentlig kræves for tilstrækkelig identifikation af en reklamer. Dette vil dog være afhængig af det medium, reklamen bringes på. For on demand-audiovisuelle medietjenester kræves det, at der sker en tydelig angivelse af, hvornår der foreligger en reklame.¹⁴³

I AVMS-direktivet defineres det, der i den nationale ret betragtes som værende skjult reklame, som *skjult audiovisuel kommerciel kommunikation*. Den nærmere afgrænsning af begrebet, følger af direktivets art. 1, litra j. Herefter skal der være tale om ”*præsentation i ord eller billeder af varer eller tjenesteydelser, en vareproducents eller tjenesteyders navn, varemærke eller virksomhed i programmer, når præsentationen fra medietjenesteudbyderens side er ment som reklame og ville kunne vildlede offentligheden med hensyn til sin art*”.¹⁴⁴ Særligt hvis en sådanne præsentation ydes mod betaling eller anden modydelse, vil denne anses for at være tilsigtet fra medietjenesteudbyderens side.¹⁴⁵

Med ovenstående bestemmelse taget i betragtning, kan der opstilles 3 betingelser forinden en præsentation vil udgøre skjult reklame:

- For det første, skal medietjenesteudbyderen have tilsigtet den pågældende præsentation af varen, tjenesteydelsen eller varemærket.
- For det andet, skal præsentation være ment, som en egentlig reklame.
- For det tredje, skal præsentationen være egnet til at vildlede offentligheden.¹⁴⁶

¹⁴¹ Reklamebekendtgørelsens § 2, stk. 1.

¹⁴² Lov nr. 1389 21. december 2005 - Lov om markedsføring § 4.

¹⁴³ Reklamebekendtgørelsens § 2, stk. 5.

¹⁴⁴ AVMS-direktivets art. 1, litra j, 1. led.

¹⁴⁵ AVMS-direktivets art. 1, litra j, 2. led.

¹⁴⁶ AVMS-direktivets art. 1, litra j og 2004/C 102/02 Kommissionens fortolkningsmeddelelse om visse aspekter ved bestemmelserne i direktivet om ”fjernsyn uden grænser” i forbindelse med tv-reklamer, Skjult reklame, pkt. 31.

Hvorvidt udbyderen modtager betaling for fremhævelsen af den pågældende vare mv., er selvsagt et væsentligt moment, der kan indgå i vurderingen af, hvorvidt der foreligger skjult reklame, men er ikke en selvstændigt nødvendig betingelse.¹⁴⁷

I AVMS-direktivets art. 1, litra j, 2. pkt. anvendes ordlyden: ”*En sådan præsentation anses navnlig for at være tilsigtet, når den foretages mod betaling eller anden modydelse*”.¹⁴⁸ Med anvendelsen af udtrykket ”*navnlig*”, opstilles der alene et tilfælde, hvorefter præsentationen ville være at betragte som skjult reklame. I EU-Domstolens sag C-52/10, *Alter Chanel*, fastslog EU-Domstolen, at bestemmelsen ikke kan underlægges en restriktiv fortolkning, således at alene de tilfælde hvor der ydes betaling eller præsteres anden modydelse for præsentationen af en vare mv., vil være at anse som skjult reklame.¹⁴⁹

Specielt den anden betingelse, hvorefter præsentationen af en vare mv. skal være ment som en egentlig reklame, kan være svær at vurdere i praksis.¹⁵⁰ Dette særligt fordi, fremhævelsen netop kan forekomme som en almindelig del af programmet, der kan redaktionelt begrundes. EU-Kommissionen har i sin fortolkningsmeddelelse om visse aspekter ved bestemmelserne i direktivet om ”fjernsyn uden grænser” i forbindelse med tv-reklamer (2004/C 102/02), pkt. 33 anført, at de nationale myndigheder kan anvende kriteriet ”uberettiget fremhævelse” til at skelne mellem lovlige henvisninger og skjult reklame.¹⁵¹ Kriteriet indebærer til dels en undersøgelse af, i hvilket omfang der sker fremhævelse af et produkt mv. sammenholdt med udsendelsens redaktionelle indhold. Såfremt en fremhævelse ikke vil kunne begrundes i udsendelsens redaktionelle indhold og formål, vil der formentlig foreligge skjult reklame.¹⁵²

Problemstillingen blev blandt andet behandlet i Radio- og tv-nævnets afgørelse af 8. oktober 2008, *Starbucks Coffee*. Nærværende sag omhandlede programmet ”*Kaffens Historie*”, der blev vist på DR2. I programmet blev Starbucks Coffee nævnt adskillige gange, der skete flere fremhævelser af virksomhedens logo samt blev foretaget små interviews med virksomhedens ejer, der udtalte sig om

¹⁴⁷ Jakobsen, Søren Sandfeld & Sten Schaumburg-Müller: *Medieretten* (1. udgave, 2013), s. 671.

¹⁴⁸ AVMS-direktivets art. 1, litra j, 2. led

¹⁴⁹ C-52/10, *Alter Chanel*, præmis 31

¹⁵⁰ Jakobsen, Søren Sandfeld & Sten Schaumburg-Müller: *Medieretten* (1. udgave, 2013), s. 671.

¹⁵¹ 2004/C 102/02 Kommissionens fortolkningsmeddelelse om visse aspekter ved bestemmelserne i direktivet om ”fjernsyn uden grænser” i forbindelse med tv-reklamer, Skjult reklame, pkt. 33.

¹⁵² 2004/C 102/02 Kommissionens fortolkningsmeddelelse om visse aspekter ved bestemmelserne i direktivet om ”fjernsyn uden grænser” i forbindelse med tv-reklamer, Skjult reklame, pkt. 33.

Starbucks koncept, historie mv.¹⁵³ Klageren i sagen mente dermed, at der skete en uberettiget fremhævelse af Starbucks i programmet. Radio- og tv-nævnet fastslog indledningsvist i deres vurdering, at forinden fremhævelsen udgør skjult reklame, skal denne opfylde 3 kumulative betingelser: fremhævelsen skal være tilsigtet, den skal være sket i reklameøjemed og den skal kunne vildlede offentligheden.¹⁵⁴ Efter en samlet vurdering fandt nævnet, at fremhævelsen af Starbucks var berettiget under hensyn til programmets redaktionelle indhold, der netop var at oplyse om kaffekæders historie.

I den modsatte boldgade ligger nævnets afgørelse af 24. november 2011, *Select*. I denne sag blev der indgivet klage over ca. 20. sekunders fremvisning af en fodbold, af mærket Select, som led i TV2 Nyhederne. Særligt anførte klageren, at nyhedsværten omhyggeligt rettede på fodbolden efter hvert kameraskift, således at Select-logoet altid var i fokus. I sin vurdering fastslog nævnet indledningsvist, at forinden fremhævelsen kunne udgøre skjult reklame, skulle fremhævelsen opfylde de 3 kumulative betingelser, som nævnt ovenfor¹⁵⁵. For nævnet skulle det bl.a. afgøres hvorvidt fremhævelsen af fodboldproducents varemærke, kunne begrundes redaktionelt. Under nyhedsudsendelsen blev der bragt et indslag omhandlende et forsøg på at sætte en verdensrekord for længste indkast i fodbold. Select-mærket var dog ikke en del af dette indslag. Dermed fandt nævnet, at fremhævelsen af varemærket ”Select” var unødvendig og uberettiget.¹⁵⁶ På denne baggrund traf Radio- og tv-nævnet afgørelse om, at TV2-Nyhederne indeholdt skjult reklame.

Ovenstående afgørelser illustrerer, at en betydelig eksponering af en bestemt virksomhed eller deres produkt, kan være berettiget, såfremt fremhævelsen er en naturlig del af udsendelsen indhold og formål.

I redaktionelle udsendelser forekommer det ofte, at der anvendes eksperter fra bestemte virksomheder og det er en naturlig følge heraf, at virksomheden bliver omtalt i programmet. Ligesom ved øvrige fremhævelser af produkter, virksomheder mv. i programmer, kræves det at fremhævelsen kan

¹⁵³ Radio- og tv-nævnets afgørelse af 6. oktober 2008, *Klage over skjult reklame for Starbucks Coffee i tv-program sendt på DR2*.

¹⁵⁴ Radio- og tv-nævnets afgørelse af 6. oktober 2008, *Klage over skjult reklame for Starbucks Coffee i tv-program sendt på DR2*, s. 13.

¹⁵⁵ Radio- og tv-nævnets afgørelse af 24. november 2011, *Klage over skjult reklame for fodboldmærket ”Select” i nyhedsudsendelse vist på TV 2*, s. 4.

¹⁵⁶ Radio- og tv-nævnets afgørelse af 24. november 2011, *Klage over skjult reklame for fodboldmærket ”Select” i nyhedsudsendelse vist på TV 2*, s. 5.

redaktionelt begrundes. Særligt for brugen af eksperter kræves, at valget af den pågældende ekspert, kan begrundes i udsendelsen redaktionelle indhold og at den fremhævelse der sker af virksomheden, som eksperten repræsenterer, ikke er uberettiget eller unødvendig.¹⁵⁷

Forbuddet mod skjult reklame er generelt og sonderer ikke mellem, om der sker en fremhævelse i egenproducerede programmer eller indkøbte programmer. Ved egenproducerede programmer er medietjenesteudbyderen imidlertid nærmere til at bære ansvaret for forekomsten af skjult reklame, idet udbyderen har større indflydelse på indholdet i programmet.

I Radio- og tv-nævnets afgørelse af 6. marts 2017, *Letterman – Late Show*, blev det fastslået at de nationale tv-foretagender skal sikre sig, at indkøbte programmer overholder forbuddet mod skjult reklame.¹⁵⁸ Vurderingen af skjult reklame i indkøbte programmer, bør dog være mindre restriktiv end ved egenproducerede programmer.¹⁵⁹ Selve afgørelsen forholdt sig alene til et indkøbt program, der blev bragt i fjernsynet af et tv-foretagende. Hvorvidt en udbyder af en on demand-audiovisuel medietjeneste ligeledes bør sikre sig, at der ikke forekommer skjult reklame i indkøbte programmer, er endnu ikke blevet taget stilling til i praksis. Eftersom reglerne om skjult reklame tillige er gældende på on demand-audiovisuelle medietjenester, må det formodes at udbyderen ligeledes bør føre kontrol med forekomsten af skjult reklame i indkøbte programmer.

Forbuddet mod skjult reklame er et almindeligt kendt princip indenfor markedsføringsretten. Radio- og fjernsynsloven opererer dertil, med to specielle reklametyper, der oftest vil forekomme i fjernsynet eller på on demand-audiovisuelle medietjenester. Disse reklametyper bliver i loven, med dertilhørende bekendtgørelser, defineret som produktplaceringer og -sponsoreringer. Idet disse reklametyper kan forekomme i spillefilm og tv-serier, der netop er hovedindholdet på streamingtjenester, vil reglerne for disse reklametyper blive gennemgået yderligere i det følgende.

¹⁵⁷ Jakobsen, Søren Sandfeld & Sten Schaumburg-Müller: *Medieretten* (1. udgave, 2013), s. 673.

¹⁵⁸ Radio- og tv-nævnets afgørelse af 6. marts 2017, *Klage over skjult reklame for Apples iPod i programmet "Letterman – Late Show" sendt på TV 2 Zulu*, s. 6.

¹⁵⁹ Radio- og tv-nævnets afgørelse af 6. marts 2017, *Klage over skjult reklame for Apples iPod i programmet "Letterman – Late Show" sendt på TV 2 Zulu*, s. 6.

3.3.2. Regulering af produktplaceringer

Produktplaceringer defineres i AVMS-direktivet som værende ”*enhver form for audiovisuel kommerciel kommunikation, der viser eller omtaler en vare, tjenesteydelse eller et varemærke som led i et program mod betaling eller anden modydelse*”.¹⁶⁰

Som det kan udledes af ovenstående definition, vil omtalen eller visningen ske som led i handlingen i en spillefilm eller et tv-program. På dette punkt danner produktplaceringer mange ligheder med traditionel skjult reklame, idet linjen mellem hvad der er redaktionelt indhold og hvad der er kommercielle hensigter, bliver sløret.¹⁶¹

Forinden vedtagelsen af AVMS-direktivet i 2007, var produktplaceringer ikke eksplicit reguleret. Direktivet om ”fjernsyn uden grænser”, der forinden var det gældende direktiv på området, regulerede alene skjult reklame. Under det daværende direktiv betragtede mange medlemsstater alligevel produktplaceringer som værende forbudte, idet disse i kraft af deres karakter fremstod som skjult reklame.¹⁶² Det var dog ikke alle produktplaceringer der automatisk blev anset for forbudt, idet disse, forinden at blive ramt af forbuddet mod skjult reklame, skulle opfylde de 3 kumulative betingelser som er behandlet ovenfor under afsnit 3.3.1.

Idet produktplaceringer alligevel var en realitet i såvel spillefilm som tv-serier, blev det besluttet, at eksplicitte regler for produktplaceringer var en nødvendighed.¹⁶³ Særligt da produktplaceringer er hyppige i amerikanske spillefilm og tv-serier, var reguleringen krævet for til dels at sikre lige konkurrencevilkår og for at styrke konkurrenceevnen for den europæiske mediebranche.¹⁶⁴

AVMS-direktivet er, som ovenfor anført, et minimumsdirektiv. Dermed kan medlemsstaterne frit fastsætte regler, der er mere vidtgående end de bestemmelser, der følger af direktivet.

¹⁶⁰ AVMS-direktivets art. 1, nr. 1, litra j.

¹⁶¹ Jakobsen, Søren Sandfeld & Sten Schaumburg-Müller: *Medieretten* (1. udgave, 2013), s. 683.

¹⁶² Jakobsen, Søren Sandfeld & Sten Schaumburg-Müller: *Medieretten* (1. udgave, 2013), s. 684.

¹⁶³ AVMS-direktivets 91. betragtning.

¹⁶⁴ AVMS-direktivets 91. betragtning.

Udgangspunktet i medfør af AVMS-direktivet er, at produktplacering er forbudt.¹⁶⁵ Det bemærkes i den forbindelse, at udgangspunktet alene finder anvendelse på programmer, der er produceret efter den 19. december 2009.¹⁶⁶

Ovenstående udgangspunkt er dog underlagt en rimelig bred undtagelsesbestemmelse, der følger af AVMS-direktivets artikel 11, stk. 3. Herefter kan produktplaceringer være tilladt under visse betingelser. Heriblandt kræves det, at seerne tydeligt skal have oplyst, hvis der i programmet forekommer produktplacering.¹⁶⁷

I den nationale lovgivning følger reglerne om produktplacering af Radio- og fjernsynslovens § 85a og Reklamebekendtgørelsens §§ 31 og 32. Den nationale definition på produktplacering er meget nærliggende definitionen i AVMS-direktivet. I loven og bekendtgørelsen er produktplacering defineret som værende *”visning eller omtale af en vare, en tjenesteydelse eller et varemærke som led i et program mod betaling eller anden modydelse.”*¹⁶⁸

Et afgørende moment der peger i retningen af, at der foreligger produktplacering, er præstationen af en modydelse for omtalen eller visningen af den pågældende vare mv. Såfremt et produkt medtages i en tv-serie eller spillefilm på producents eget initiativ, og denne ikke har indgået en aftale med en virksomhed om præstation af en evt. modydelse, vil der per definitionen ovenfor, ikke foreligge produktplacering. I stedet kan der være tale om skjult reklame, som behandlet ovenfor, eller produktsporsoreringer, som vil blive gennemgået i næste afsnit.

Udgangspunktet i den nationale ret er, at produktplaceringer ikke er tilladt.¹⁶⁹ Dertil kommer, som ved AVMS-direktivet, en ganske bred undtagelsesbestemmelse, der følger af Reklamebekendtgørelsens § 32. Undtagelsesbestemmelsen relaterer sig alene til indkøbte programmer, produceret i tredjeland, der indeholder produktplaceringer. Dette kan eksempelvis være amerikanske programmer der bringes i fjernsyn eller på streamingtjenester i Danmark.

¹⁶⁵ AVMS-direktivets art. 11, stk. 2.

¹⁶⁶ AVMS-direktivets art. 11, stk. 1.

¹⁶⁷ AVMS-direktivets art. 11, stk. 3, litra d.

¹⁶⁸ Radio- og Fjernsynslovens § 85a, stk. 2 og Reklamebekendtgørelsens § 31, stk. 2.

¹⁶⁹ Radio- og Fjernsynslovens § 85a, stk. 1 og Reklamebekendtgørelsens § 31, stk. 1.

Ydermere er undtagelsesbestemmelsen alene gældende, såfremt produktplaceringen finder sted indenfor bestemte genrer af programmer. De genrer der omfattes af bestemmelsen er:

*”kort- og dokumentarfilm, spillefilm, film og serier produceret til fjernsyn eller on demand-audiovisuelle medietjenester, sportsprogrammer og lette underholdningsprogrammer.”*¹⁷⁰

Som ovenstående udsnit af bestemmelsen illustrerer, er det alene kun ganske få typer af programmer indkøbt i tredjeland, hvor produktplaceringer aldrig vil være tilladt. Disse vil navnlig være programmer der henvender sig til børn under 14 år og nyheds- og aktualitetsprogrammer.¹⁷¹

Blot fordi et indkøbt program falder indenfor de i bestemmelsen oplistede genrer, er produktplaceringer ikke uden videre tilladt. Undtagelsesbestemmelsen opstiller en række nærmere regler som produktplaceringer skal efterkomme, for at være lovlige.

For det første må produktplaceringen ikke påvirke det program det bringes i, på en sådan måde, at dette har en indvirkning på medietjenesteudbyderens redaktionelle selvstændighed og ansvar.¹⁷² I relation til udbyderens redaktionelle selvstændighed, kan det overordnet siges, at produktplaceringerne ikke bør have en sådan fremtræden rolle, at disse ikke passer ind i programmet på en naturlig måde. Såfremt programmet struktureres udelukkende med henblik på at et givent produkt skal have en særligt fremtrædende rolle, vil produktplaceringen ikke anses for lovlig. I AVMS-direktivets betragtninger er dette tilfælde tillige nævnt, som værende et eksempel på hvornår produktplaceringen vil have en indvirkning på udbyderens uafhængighed.¹⁷³ Populært betegnes dette som værende *”temaplacering”*.

Det kan imidlertid være svært at fastlægge, hvornår en produktplacering vil have en indvirkning på medietjenesteudbyderens ansvar. Udbyderen er det eneste pligt- og dermed ansvarssubjekt i sektorlovgivningen. Såfremt der i et program bringes en ulovlig produktplacering, vil udbyderen i medfør af Radio- og fjernsynsloven med dertilhørende bekendtgørelser, være den eneste part der kan ifalde ansvar.¹⁷⁴

¹⁷⁰ Reklamebekendtgørelsens § 32, stk. 1

¹⁷¹ Jakobsen, Søren Sandfeld & Sten Schaumburg-Müller: *Medieretten* (1. udgave, 2013), s. 687.

¹⁷² Reklamebekendtgørelsens § 32, stk. 1, nr. 1

¹⁷³ AVMS-direktivets 93. betragtning.

¹⁷⁴ Jakobsen, Søren Sandfeld & Sten Schaumburg-Müller: *Medieretten* (1. udgave, 2013), s. 688-689.

For det andet må programmet ikke tilskynde seerne til at købe eller leje af de produkter, der er genstand for produktplacering.¹⁷⁵ Dette skal nærmere forstås som et forbud mod anvendelsen af salgsfremsættende foranstaltninger, enten i form af ord eller særlig eksponering af produktet.

For det tredje må et produkt ikke have en unødigt fremtrædende rolle i programmet.¹⁷⁶ Dette krav dækker formentlig de tilfælde, hvor fremhævelsen af produktet hverken har indvirkning på udbyderens redaktionelle selvstændighed efter bekendtgørelsens § 32, stk. 1, nr. 1 eller opfordrer til køb eller leje efter bekendtgørelsens § 32, stk. 1, nr. 2. Søren Sandfeld Jakobsen anfører i Medieretten, at *”dette vil kunne være tilfældet, fx hvor den pågældende vare vises gentagne gange, uden at dette forekommer logisk eller nødvendigt, eller vare vises på en måde, der virker unaturligt eller overdrevent i forhold til programmets forløb og handling”*.¹⁷⁷

For det fjerde kræves det, at produktplaceringerne identificeres. Dette identifikationskrav er almindeligt kendt, både i forhold til sektorlovgivningens regulering af skjult reklame, men også i den generelle markedsføringsret.¹⁷⁸ I medfør af Reklamebekendtgørelsens § 2, stk. 1, nr. 4 skal identifikationen af produktplaceringer ske på *”passende vis”* både ved starten og slutningen på et program. Særligt for programmer der bringes i fjernsynet, skal identifikationen tillige ske efter enhver reklameafbrydelse. Idet reklameafbrydelser ikke finder sted på streamingtjenester, vil det ikke blive behandlet yderligere i dette afsnit.

Hvad der nærmere menes med ordvalget *”passende vis”*, uddybes ikke yderligere i den nationale lovgivning eller forarbejderne dertil. Der kan dog hentes en smule inspiration i AVMS-direktivets præambelbetragtninger. Her foreslås det, at identifikationen eksempelvis kan ske ved visningen af et neutralt logo, der oplyser seerne om, at produktplacering finder sted i det pågældende program.¹⁷⁹ Logoet bør være neutralt, idet selve fremvisningen af logoet tilhørende den virksomhed der sker produktplacering på vegne af, i sig selv vil udgøre en kommerciel kommunikation.

¹⁷⁵ Reklamebekendtgørelsens § 32, stk. 1, nr. 2.

¹⁷⁶ Reklamebekendtgørelsens § 32, stk. 1, nr. 3.

¹⁷⁷ Jakobsen, Søren Sandfeld & Sten Schaumburg-Müller: *Medieretten* (1. udgave, 2013), s. 689.

¹⁷⁸ Navnlig E-Handelslovens § 9, stk. 1 og Markedsføringslovens § 6, stk. 4.

¹⁷⁹ AVMS-direktivets 90. betragtning, sidste pkt.

Foruden ovenstående, er der tillige et forbud mod produktplaceringer af tobaksvarer (samt disses producenter) og receptpligtige lægemidler.¹⁸⁰

Den adgang, der med undtagelsesbestemmelsen gives, til visning af programmer der indeholder produktplaceringer, gælder ikke, hvis programmet er rettet mod børn under 14 år.¹⁸¹ Der er således et totalforbud mod produktplaceringer i børneprogrammer.

Ovenstående regler for produktplaceringer gælder for alle audiovisuelle medietjenester, herunder også on demand-audiovisuelle medietjenester, hvorfor udbydere af disse tjenester også skal overholde reglerne.

Produktplaceringer i streamingtjenester, der ikke opfylder betingelserne for at kunne anses som on demand-audiovisuelle medietjenester efter Radio- og fjernsynsloven, reguleres i stedet af de generelle regler om skjult reklame i Markedsføringsloven § 6, stk. 4 og E-handelslovens § 9, stk. 1, som også er omtalt ovenfor i Kapitel II.

3.3.3. Regulering af produktsponsoreringer

Ved produktsponsoreringer forstås, at en erhvervsdrivende virksomhed enten udlåner eller forærer genstande til produktionen af en spillefilm eller tv-serie, med henblik på at disse genstande kan medtages som rekvisitter.

Foruden tilrådighedsstillelsen af selve produktet, yder den erhvervsdrivende ikke andet vederlag for medtagelsen. På dette punkt adskiller produktsponsoreringer sig fra produktplaceringer, idet der jo netop ved produktplaceringer skal ske betaling eller præsteres anden modydelse, for visningen eller omtalen af produktet.

Reglerne om produktsponsoreringer findes i Radio- og fjernsynslovens § 85a, stk. 3 og Reklamebekendtgørelsens § 33. Lovteknisk er reglerne udformet som en undtagelse til reglerne om produktplaceringer.

¹⁸⁰ Reklamebekendtgørelsens § 32, stk. 1, nr. 5 og nr. 6.

¹⁸¹ Reklamebekendtgørelsens § 32, stk. 4.

Bestemmelserne fastlægger, at reglerne om produktplaceringer ikke forhindrer omtale eller visning af en vare, tjenesteydelse eller en erhvervsdrivendes varemærke, såfremt 2 kumulative betingelser opfyldes.¹⁸²

- For det første må den vare, tjenesteydelse eller varemærke der medtages, vises eller omtales i programmet, ikke være af betydelig værdi.¹⁸³
- For det andet må hverken medietjenesteudbyderen eller en person tilknyttet til denne, have modtaget betaling eller anden modydelse, for medtagelsen af produktet mv. i programmet.

Hvis ikke begge ovenstående betingelser kan opfyldes, vil reglerne om produktsponsoreringer som udgangspunkt ikke finde anvendelse, og i stedet skal reglerne om produktplaceringer følges i det hele.

Hvad der nærmere skal forstås med den første betingelse, hvorefter produktet mv. ikke må have en betydelig værdi, følger af Reklamebekendtgørelsens § 33, stk. 2. Herefter er der tale om ”*en residualværdi, som ikke er af underordnet karakter.*”¹⁸⁴ En residualværdi er en økonomisk værdi for medietjenesteudbyderen, der ligger udover den udgift som vedkommende har sparet, ved ikke selv at skulle anskaffe sig produktet mv.¹⁸⁵

Hvorvidt varen, tjenesteydelsen eller varemærket har en betydelig værdi, vil derfor blive afgjort ved en beregning og sammenligning af den værdi, som medtagelsen af rekvisitten tilfører medietjenesteudbyderens produktion og den udgift, som udbyderen sparer ved at undgå leje eller køb af rekvisitten.¹⁸⁶ Kan det derefter konkluderes, at residualværdien ikke er af underordnet karakter, vil der være tale om ”betydelig værdi” og reglerne om produktsponsorering vil således ikke finde anvendelse.

Som eksempel på, hvor et produkt ikke vil have en betydelig værdi, nævner forarbejderne til Radio- og fjernsynsloven det tilfælde, hvor en erhvervsdrivende stiller et produkt til rådighed for et program, hvor produktet skal indgå som præmie. Såfremt produktet udleveres til vinderen af konkurrencen

¹⁸² Radio- og Fjernsynslovens § 85a, stk. 3 og Reklamebekendtgørelsens § 33, stk. 1.

¹⁸³ Radio- og Fjernsynslovens § 85a, stk. 3, nr. 1 og Reklamebekendtgørelsens § 33, stk. 1, nr. 1.

¹⁸⁴ Reklamebekendtgørelsens § 33, stk. 2, 1. pkt.

¹⁸⁵ Reklamebekendtgørelsens § 33, stk. 2, 2. pkt.

¹⁸⁶ Jakobsen, Søren Sandfeld & Sten Schaumburg-Müller: *Medieretten* (1. udgave, 2013), s. 694.

eller leveres tilbage til producenten, hvis en vinder ikke findes, vil produktet ikke være af betydelig værdi.¹⁸⁷

Den anden betingelse fastslår, at udbyderen (eller en person tilknyttet denne) ikke må modtage betaling eller anden modydelse for medtagelsen eller omtalen af produktet mv. i programmet.

Særligt ordvalget ”anden modydelse” kan fremstå uklar, idet en vederlagsfri levering eller udlån af et produkt mv., jo i sig selv kan anskues som værende en anden modydelse, der præsteres netop for medtagelse af produktet i programmet.¹⁸⁸ Søren Sandfeld Jakobsen har hertil anført, at ”forholdet kan vel mere præcist udtrykkes således, at der ikke må erlægges en modydelse ud over selve forpligtelsen til at medtage eller henvise til den leverede vare i programmet.”¹⁸⁹

Såfremt det kan konstateres, at der er tale om produktsponsoring, skal dette udføres efter reglerne i Reklamebekendtgørelsen §§ 24-30 og § 32, stk. 2 og 3.¹⁹⁰ Reklamebekendtgørelsens §§ 24-30 omhandler sponsoring af programmer mv., og reglerne herom vil kun blive behandlet i det omfang, det anses for nødvendigt til fastlæggelse af de gældende regler for produktsponsoreringer.

Reglerne om sponsoring af programmer mv. danner mange lighedspunkter med reguleringen af produktplaceringer. Herunder må der eksempelvis ikke ske tilskyndelse til køb, ligesom der heller ikke må foretages hverken produktsponsoring eller -placering af tobaksvarer.¹⁹¹

Der er dog en række materielle forskelle på regelsættene, herunder bl.a. i forhold til identifikationskravet. I medfør af Reklamebekendtgørelsens § 26, stk. 1, skal sponsoring kunne identificeres tydeligt ved angivelse af sponsorens navn, logo eller andet symbol, samt en angivelse af selve produktet, tjenesteydelsen eller andet særligt kendetegn herfor. I forhold til hvor angivelsen bør ske, er der imidlertid lidt mere frihed, end ved produktplaceringer. For sponsoring af programmer,

¹⁸⁷ 2009/1 LSF 25 - Forslag til lov om ændring af lov om radio- og fjernsynsvirksomhed og lov om ophavsret, pkt. 4.3.2.

¹⁸⁸ Jakobsen, Søren Sandfeld & Sten Schaumburg-Müller: *Medieretten* (1. udgave, 2013), s. 694.

¹⁸⁹ Jakobsen, Søren Sandfeld & Sten Schaumburg-Müller: *Medieretten* (1. udgave, 2013), s. 694-695.

¹⁹⁰ Reklamebekendtgørelsens § 34

¹⁹¹ Jakobsen, Søren Sandfeld & Sten Schaumburg-Müller: *Medieretten* (1. udgave, 2013), s. 695.

For tilskyndelse til køb se hertil Reklamebekendtgørelsens § 32, stk. 1, nr. 2 (Produktplaceringer) og § 28, stk. 1 (Sponsoring af programmer mv.) For tobaksvarer se § 29 (sponsoring) og § 32, stk. 1, nr. 5 (produktplaceringer)

herunder også produktsponsoreringer, skal angivelse enten ske ved programmets start, slutning eller begge steder.¹⁹²

Identifikationskravet er dermed mere lempeligt end ved produktplaceringer, idet medietjenesteudbyderen ved produktsponsoreringer, kan nøjes med at foretage identifikationen ved programmets slutning i rulleteksterne, hvor de færreste vil blive opmærksomme på dem.¹⁹³

Dertil kan opstå et mindre problem på streamingtjenester, hvor der anvendes ”auto-play”. ”Auto-play” er en funktion, der automatisk påbegynder det næste afsnit af en tv-serie, ved afslutning af det afsnit, der lige er blevet vist. På mange streamingtjenester, herunder bl.a. Netflix, medfører ”auto-play”-funktionen, at rulleteksterne i et vidt omfang springes over og brugerne af tjenesten bliver derfor ikke opmærksomme på eventuelle oplysninger om produktsponsorering. Denne problemstilling er imidlertid ikke omtalt hverken i litteraturen eller i praksis, hvorfor dette ikke bliver behandlet yderligere i nærværende speciale.

¹⁹² Reklamebekendtgørelsens § 26, stk. 1

¹⁹³ Jakobsen, Søren Sandfeld & Sten Schaumburg-Müller: *Medieretten* (1. udgave, 2013), s. 695.

3.4. Konklusion på spørgsmålet, hvordan reguleres skjult reklame (og *det der ligner*) på streamingtjenester?

Idet det til tider kan være svært at anskue, hvorvidt en given streamingtjeneste omfattes af Radio- og fjernsynsloven med dertilhørende bekendtgørelser, er det en fortrøstningsfuld tanke, at disse tjenester som udgangspunkt altid vil være reguleret i den mere generelle lovgivning der følger af Markedsføringsloven og E-handelsloven.

Dette er imidlertid ikke tilstrækkeligt, idet retstillingen for disse tjenester bør være mere klar. I AVMS-direktivets 24. betragtning anføres det, at det er kendetegnende for en on demand-audiovisuel medietjeneste, at tjenesten med hensyn til dennes art og måden hvorpå adgang hertil skaffes, med rimelighed giver brugeren en forventning om, at tjenesten er reguleret ved direktivet.¹⁹⁴

Idet streamingtjenester, på så mange punkter svarer til traditionelt fjernsyn, bør disse være reguleret ved direktivet. Særligt fordi mange brugere, som anført ovenfor, netop anvender disse tjenester enten som et supplement til, eller erstatning for, almindeligt fjernsyn.

Betingelserne for on demand-audiovisuelle medietjenester, som oplistes i Radio- og fjernsynslovens § 2, stk. 1, nr. 4 og AVMS-direktivets art. 1, nr. 1, litra a, kan til tider være uklare og komplekse, særligt for personer uden en juridisk baggrund. Dette er særligt problematisk, da det kan være svært for en forbruger at afgøre, hvor klager vedrørende disse tjenester bør rettes til.

På trods af adskillige momenter der taler for, at streamingtjenester som Viaplay og HBO vil være omfattet af sektorlovgivningen der forefindes i AVMS-direktivet og Radio- og fjernsynsloven, vil en konkret fastlæggelse heraf, forsat afhænge af EU-Domstolens stillingtagen til spørgsmålet.

Selvom det kan være svært at afgøre hvorvidt en tjeneste er reguleret i denne lovgivning, er reglerne om skjult reklame (og *det der ligner*) imidlertid mere klare.

Sektorlovgivningen indeholder et forbud mod skjult reklame (skjult audiovisuel kommerciel kommunikation), men opstiller dog 3 kumulative betingelser, forinden en præsentation reelt set udgør skjult reklame. Såfremt en præsentation af en vare mv. er tilsigtet, denne er ment som en reklame og

¹⁹⁴ AVMS-direktivets 24. betragtning, 1. pkt.

den er egnet til at kunne vildlede offentligheden, vil forholdet rammes forbuddet mod skjult reklame.¹⁹⁵

Dertil indeholder sektorlovgivningen et formelt forbud mod anvendelsen af produktplaceringer. I realiteten kan i stedet anføres, at produktplaceringer er lovlige under bestemte forudsætninger. Overordnet set kan det konkluderes, at produktplaceringer skal fremkomme som en naturlig del af det program de bringes i, og det skal oplyses på en passende vis overfor seerne, at programmet indeholder produktplacering.

Som en undtagelse til lovens regler om produktplaceringer, findes reguleringen af produktsponsoreringer. Disse vil tillige anses for lovlige under nærmere betingelser, herunder at det produkt mv. der medtages, ikke må have en betydelig værdi samt at der ikke må være ydet betaling eller anden modydelse for medtagelsen.

3.5. Fremtiden for on demand-audiovisuelle medietjenester

På tidspunktet for udarbejdelsen af nærværende speciale, er AVMS-direktivet blevet revideret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2018/1808 af 14. november 2018 om ændring af direktiv 2010/13/EU om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne om udbud af audiovisuelle medietjenester (direktiv om audiovisuelle medietjenester) i betragtning af de ændrede markedsforhold (*herefter: Direktiv 2018/1808*).

Implementeringen i den nationale lovgivning, skal foretages senest den 19. september 2020.¹⁹⁶ På nuværende tidspunkt er gennemførelsen af Direktiv 2018/1808 afsluttet i 1. behandling og er henvist til udvalgsbehandling.¹⁹⁷ Dette udelukker dog ikke, at der kan knyttes en række bemærkning til, hvorledes reguleringen af on demand-audiovisuelle medietjenester, vil se ud i fremtiden.

¹⁹⁵ Jf. AVMS-direktivets art. 1, litra j.

¹⁹⁶ Direktiv 2018/1808, art. 2.

¹⁹⁷ Folketingstidende, Kulturminister Joy Mogensen, "L 108 Forslag til lov om ændring af lov om radio- og fjernsynsvirksomhed og lov om film", www.folketingstidende.dk

Revisionen af AVMS-direktivet, har sin primære baggrund i tilkomsten af nyere tjenester og ændrede seervaner.¹⁹⁸ I betragtningerne til Direktiv 2018/1808 anerkendes det, at fjernsynet forsat er et relevant medie, men at mange seere er begyndt at se audiovisuelt indhold via andre medier.¹⁹⁹

Direktiv 2018/1808 adskiller sig på en række punkter, fra det AVMS-direktiv, der i skrivende stund er implementeret i Radio- og fjersynsloven med dertilhørende bekendtgørelser.

For det første bliver betingelsen om, at hovedformålet med tjenesten bør være at udbyde informerende, underholdende eller oplysende programmer, gjort mere lempelig. Hermed forstås, at såfremt tjenesten indeholder audiovisuelle elementer, der kan adskilles fra tjenestens hovedindhold, og efterfølgende kan anses for selvstændige dele af den samlede tjeneste, vil betingelsen anses for opfyldt.²⁰⁰

For det andet udvides direktivets anvendelsesområde til også at omfatte sociale medietjenester. Baggrunden herfor er, at disse tjenester konkurrerer om samme målgruppe og indtægter, som de øvrige audiovisuelle medietjenester.²⁰¹ Betragtningerne til direktivet fastslår, at formålet ikke er at regulere de sociale medier. Dog bør et socialt medie være omfattet, såfremt at udbud af programmer og brugergenererede videoer udgør en væsentlig del af tjenesten.²⁰² Dertil vil internettjenester med brugergenereret videoindhold, såsom YouTube, Twitch mv., kunne anses for omfattet af den nye regulering.

Det skal dog bemærkes, at oprindelseslandsprincippet, som omtalt ovenfor i afsnit 3.2.2., forsat er gældende. Den nationale lovgivning vil derfor alene regulere de tjenester, der er underlagt dansk myndighed. Afgørelsen af hvorvidt en tjeneste er underlagt jurisdiktionen i en medlemsstat, vil afhænge af en konkret vurdering af en række faktiske omstændigheder.²⁰³

Det er på nuværende tidspunkt uvist, hvilke konsekvenser Direktiv 2018/1808 vil have i den nationale ret, hvorfor indholdet heraf, ikke vil blive omtalt yderligere.

¹⁹⁸ Direktiv 2018/1808, 1. betragtning.

¹⁹⁹ Direktiv 2018/1808, 1. betragtning.

²⁰⁰ Direktiv 2018/1808, 3. betragtning.

²⁰¹ Direktiv 2018/1808, 4. betragtning.

²⁰² Direktiv 2018/1808, 5. betragtning.

²⁰³ Se hertil også Direktiv 2018/1808, 8. betragtning, hvor jurisdiktionsspørgsmålet bliver behandlet.

Kapitel IV – Konklusion

Formålet med nærværende speciale har været at undersøge reguleringen af skjult reklame på livestreaming-platforme og streamingtjenester, samt hvorledes reglerne bør anvendes på disse medier. For at kunne opnå dette på en klar og forståelig måde, har det været nødvendigt at foretage en opdeling af analysen.

Til at kunne afklare den problemstilling, som har været hovedgenstanden for nærværende speciale, er der blevet inddraget national regulering på de respektive områder, med en inddragelse af den bagvedliggende europæiske regulering, der sætter de overordnede rammer for medlemsstaternes lovgivninger. Dertil er der, i det omfang det har været nødvendigt, været inddraget praksis fra EU-Domstolen eller anden relevant tilsynsmyndighed indenfor de områder, specialet har beskæftiget sig med.

Det kan indledningsvist konkluderes, at Markedsføringsloven pr. dennes teknologineutralitet, altid kan finde anvendelse på erhvervsdrivendes handelspraksis, uanset hvilken form eller på hvilket medium denne optræder i. E-handelsloven supplerer Markedsføringsloven, men finder alene anvendelse på informationssamfundstjenester, herunder navnlig internettet. E-handelsloven er imidlertid ikke strafsanktioneret, hvorfor enhver straf for overtrædelse af denne særlovgivning, sker gennem Markedsføringsloven. Dertil kommer Radio- og fjernsynsloven med bekendtgørelser som en sektorlovgivning, der regulerer udøvelse af programvirksomhed. Forinden denne lovgivning vil kunne finde anvendelse på en tjeneste, kræves det, som anført i afsnit 3.2.3.1, at en række nærmere og til dels komplicerede betingelser opfyldes.

Desuagtet om en tjeneste eller platform reguleres ved Markedsføringsloven, E-handelsloven eller Radio- og fjernsynsloven, er udgangspunktet nogenlunde det samme. Kommercielle hensigter skal altid præsenteres for brugeren på en sådanne måde, at brugeren tydeligt ville kunne identificere dem. Reklamer skal derfor altid kunne identificeres som værende det, de i virkeligheden er. Hvorvidt en reklame kan anses for skjult, vil altid afhænge af en konkret vurdering, hvor der blandt andet skal inddrages aspekter fra subjektive forhold.

I relation til livestreaming-platforme, findes der mange tekniske muligheder til visning af reklame, der ikke som sådanne har kunnet anvendes på andre platforme. Livestreaming-platforme er blevet et populært medie blandt erhvervsdrivende såvel som privatpersoner. Størstedelen af platformens brugere, er imidlertid privatpersoner. Idet nogle af de streamere, der anvender platformen til live-udsendelser, kan betragtes som værende internetberømtheder, kan det være særligt fordelagtigt for erhvervsdrivende at anvende disse til at foretage markedsføring for virksomhedens produkter. På baggrund heraf, samt det betydelige publikum der er at finde på disse platforme, er det nødvendigt at udstede klare retningslinjer, der aktivt forholder sig til skjult reklame på livestreaming-platforme.

Som anført ovenfor, er det en betingelse at de kommercielle hensigter tydeligt oplyses, eller i det mindste fremgår tydeligt af den sammenhæng de bringes i. Dertil er det nødvendigt at sondre mellem hvilke type livestream, der bringes reklameindhold i.

Hvor en given reklame bringes i en erhvervsdrivendes egen livestream eller en livestream der er udarbejdet udelukkende med henblik på promovering af et produkt mv., kan der formentlig nøjes med en generel reklamemarkering, der enten fremgår af udsendelsens titel eller af et banner på videobilledet, der vil være synligt under hele udsendelsen.

Ved en livestream, der udsendes af en privatperson, hvori reklameindholdet alene er et mindre segment af hele udsendelsen, vil en reklamemarkering kunne foretages ved anvendelsen af de tekniske muligheder, en livestreaming-platform stiller til rådighed. Herunder kan en reklamemarkering eventuelt foretages ved brug af et banner, der indsættes på videobilledet i forbindelse med reklameindholdet.

Tilstrækkeligheden af en reklamemarkering vil dog altid bero på en konkret vurdering, både i forhold til den pågældende reklamevisning og tydeligheden af de bagvedliggende kommercielle hensigter.

I relation til skjult reklame på streamingtjenester, skal det indledningsvist fastslås, hvilket regelsæt en given tjeneste er underlagt. Såfremt en streamingtjeneste ikke kan anses for underlagt den særlige lovgivning, der følger af Radio- og fjernsynsloven med bekendtgørelser, vil tjenesten i stedet reguleres efter Markedsføringsloven og E-handelsloven.

Såfremt det kan konstateres at streamingtjenesten, i kraft af sin konkrete udformning, opfylder betingelserne for on demand-audiovisuelle medietjenester i Radio- og fjernsynsloven, vil en række særlige regler heri finde anvendelse på tjenesten. Herunder de regler, der har været genstand for analyse i nærværende speciale. Som ved den generelle lovgivning, er der forsat forbud mod skjult reklame. Forekomsten af reklameindhold, skal derfor tydeligt oplyses.

Foruden reguleringen af skjult reklame, reguleres også to særlige reklameformer, der deler visse lighedstræk med traditionel skjult reklame, navnlig produktplaceringer og -sponsoreringer. I Radio- og fjernsynsloven samt Reklamebekendtgørelsen, er der formelt set forbud mod anvendelsen af produktplaceringer. Produktplaceringer kan dog anses for lovlige, såfremt en række nærmere betingelser, som gennemgået i afsnit 3.3.2., opfyldes. Mest nævneværdigt skal produktplaceringer identificeres. Denne betingelse svarer meget til den generelle oplysningspligt om kommercielle hensigter, der bl.a. følger af Markedsføringsloven. Produktsponsorering adskiller sig fra produktplaceringer, idet der ikke ydes betaling eller anden modydelse for at medtage et produkt. Ved vurderingen af hvorvidt en produktsponsorering er lovlig, kræves der kendskab til værdien af det produkt der medtages og den udgift som producenten har sparet derved.

Det kan konkluderes, at der ved afgørelsen af hvilket regelsæt der finder anvendelse og om reglerne heri er overholdt, altid vil blive foretaget en konkret vurdering. Afgørelsen af hvilket regelsæt der bør anvendes, bliver formentlig mere klar efter implementeringen af Direktiv 2018/1808 i medlemsstaternes lovgivning. Direktivet medfører, at livestreaming-platforme med brugergenereret audiovisuelt indhold, vil blive omfattet.

Hvorledes udbyderen af livestreaming-platforme skal efterkomme reglerne heri, er på nuværende tidspunkt usikker. Der vil formentlig komme en tilpasningsperiode, hvori afgørelse fra EU-Domstolen samt fortolkningsmeddelelser fra Kommission, vil være nødvendige for at fastlægge den endelige retstilstand.

Litteraturliste

Bøger

Munk-Hansen, Carsten (2014): *Retsvidenskabsteori*, 1.udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Sandfeld Jakobsen, Søren & Schaumburg-Müller, Sten (2013): *Medieretten*, 1.udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Trzaskowski, Jan m.fl. (2017): *Internetretten*, 3. udgave, Ex Tuto Publishing A/S.

Møgelvang-Hansen, Peter m.fl. (2017): *Markedsføringsretten*, 3. udgave, Ex Tuto Publishing A/S.

Tvarnø, Christina D. og Ruth Nielsen (2014): *Retskilder & Retsteorier*, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Tidsskrifter mv.

Jakobsen, Søren Sandfeld, *Direktivet om audiovisuelle medietjenester*, U 2008B.68

Lovgivning mv.

Lovgivning

Lovbekendtgørelse nr. 699 af 17. juli 2000 - *Bekendtgørelse af lov om markedsføring*

Lov nr. 227 af 22. april 2002 - *Lov om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel*

Lov nr. 1389 af 21. december 2005 - *Lov om markedsføring*

Lov nr. 1547 af 20. december 2006 - *Lov om ændring af lov om markedsføring*

Lovbekendtgørelse nr. 477 af 6. maj 2010 - *Bekendtgørelse af lov om radio- og fjernsynsvirksomhed*

Lovbekendtgørelse nr. 128 af 7. februar 2014 - *Bekendtgørelse af lov om elektroniske kommunikationsnet og -tjenester*

Lov nr. 426 af 03/05/2017 - *Lov om markedsføring*

Lovbekendtgørelse nr. 248 af 16. marts 2019 - *Bekendtgørelse af lov om radio- og fjernsynsvirksomhed*

Bekendtgørelser

Bekendtgørelse nr. 100 af 28. januar 2010 - *Bekendtgørelse om programvirksomhed på grundlag af registrering samt on demand audiovisuel programvirksomhed*

Bekendtgørelse nr. 801 af 21. juni 2013 - *Bekendtgørelse om reklamer og sponsorering m.v. af programmer i radio, fjernsyn og on demand-audiovisuelle medietjenester samt indgåelse af partnerskaber*

Lovforslag, forarbejder mv.

2001/2 LSF 61 - *Forslag til Lov om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel*

2009/1 LSF 25 - *Forslag til lov om ændring af lov om radio- og fjernsynsvirksomhed og lov om ophavsret*

2016/1 LSF 40 - *Forslag til Lov om markedsføring*

Direktiver

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked
(*Direktivet om elektronisk handel*)

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af Rådets direktiv 84/450/EØF

og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004

(*Handelspraksisdirektivet*)

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2010/13/EU af 10. marts 2010 om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne om udbud af audiovisuelle medietjenester (*AVMS-direktivet*)

Rådets direktiv 89/552/EØF af 3. oktober 1989 om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af tv-radiospredningsvirksomhed

(*Direktiv om "fjernsyn uden grænser"*)

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2018/1808 af 14. november 2018 om ændring af direktiv 2010/13/EU om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne om udbud af audiovisuelle medietjenester (direktiv om audiovisuelle medietjenester) i betragtning af de ændrede markedsforhold

National praksis

Radio- og tv-nævnets afgørelse af 6. oktober 2008, *Klage over skjult reklame for Starbucks Coffee i tv-program sendt på DR2*

Radio- og tv-nævnets afgørelse af 24. november 2011, *Klage over skjult reklame for fodboldmærket "Select" i nyhedsudsendelse vist på TV 2*

Radio- og tv-nævnets afgørelse af 6. marts 2017, *Klage over skjult reklame for Apples iPod i programmet "Letterman – Late Show" sendt på TV 2 Zulu*

Radio- og tv-nævnets afgørelse af 5. marts 2018, *Klage over reklame for Føtex vist på Facebook*

Praksis fra EU-Domstolen

C-52/10, *Alter Chanel*

C-281/12 *Trento Sviluppo og Centrale Adriatica*

C-388/13 *UPC Magyarország*

Internettet

Apple (2019), *Apple TV+, der har Apple Originals fra verdens største historiefortællere, er tilgængelig nu*. www.apple.com/dk. <https://www.apple.com/dk/newsroom/2019/11/apple-tv-plus-is-now-available/> (senest besøgt 18. maj 2020)

d0ktor3n, *kanal på Twitch.tv*, <https://www.twitch.tv/d0ktor3n/videos> (senest besøgt 18. maj 2020)

Danmarks Radio (2020), *Medieudviklingen 2019*, https://www.dr.dk/static/documents/2020/01/22/medieudviklingen2019_0c11d1cb.pdf (senest besøgt 17. maj 2020)

Danmarks statistik (2018), *Over halvdelen af de 16-74 årige streamer*, <https://www.dst.dk/da/Statistik/nyt/NytHtml?cid=24592#> (senest besøgt 18. maj 2020)

Digitalt.tv (2011), *Viasat On Demand bliver til Viaplay*, <https://digitalt.tv/viasatondemand-bliver-til-viaplay/> (senest besøgt 18. maj 2020)

European Commission (2015), *Questions and answers on the public consultation on the Audiovisual Media Services Directive (AVMSD)*, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/questions-and-answers-public-consultation-avmsd?fbclid=IwAR3sYj50DXqbdp8lk4CiAn0HsydyV-eNGB3twl5Mwy1xL38LAW-b72Ku1JY> (senest besøgt 18. maj 2020)

Forbrugerombudsmanden, *Gode råd til influenter om skjult reklame*, https://www.forbrugerombudsmanden.dk/media/49742/17-10423-20-gode-raad-til-influenter-om-skjult-reklame_m-billeder-3044183_1_1.pdf (senest besøgt 18. maj 2020)

Business insider (2014), *Amazon Buys Twitch For \$US970 Million In Cash*, <https://www.businessinsider.com.au/amazon-buys-twitch-2014-8> (senest besøgt 18. maj 2020)

Folketingstidende, Kulturminister Joy Mogensen, *L 108 Forslag til lov om ændring af lov om radio- og fjernsynsvirksomhed og lov om film*,

<https://www.folketingstidende.dk/samling/20191/lovforslag/L108/index.htm> (senest besøgt 18. maj 2020)

pokimane, kanal på Twitch.tv, <https://www.twitch.tv/pokimane/> (senest besøgt 18. maj 2020)

Red Bull, *Red Bull Wololo: Age Of Empires II: Definitive Edition Tournament - Day 4 - FINALS DAY!*, <https://www.twitch.tv/videos/610008707> (senest besøgt 18. maj 2020)

Streamelements & Arsenal. (2019). *State of Stream 2019*, www.streamelements.com.
<https://cdn.streamelements.com/static/State-of-Stream-2019.pdf> (senest besøgt 18. maj 2020)

TheNextWeb (2011), *Twitch.tv: Justin.tv's killer new esports project*,
<https://thenextweb.com/media/2011/06/06/twitchtv-justin-tvs-killer-new-esports-project/> (senest besøgt 18. maj 2020)

YouGov (2020), *Hvor mange streamingtjenester er danskerne villige til at betale for?*,
<https://yougov.dk/news/2020/02/25/hvor-mange-streamingtjenester-er-danskerne-villige/> (senest besøgt 18. maj 2020)

Walton, Alex (2019), *The Evolution of Product Placement in Film*, <http://www.elon.edu/docs/e-web/academics/communications/research/07waltonejspring10.pdf> (senest besøgt 18. maj 2020)

Øvrige

Fortolkningsmeddelelser

2004/C 102/02 Kommissionens fortolkningsmeddelelse om visse aspekter ved bestemmelserne i direktivet om "fjernsyn uden grænser" i forbindelse med tv-reklamer

Traktater

Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF)

Bilag

Bilag I – Samarbejdsaftale af 1. februar 2020

Bilag II – Procesafsnit

Bilag III – Skærmpoint af ordoptælling