

Social Media Influencers: liever door de hond of door de kat gebeten?

Een analyse van de nieuwe Europese regelgeving voor influencer-marketing

IER 2019/24

De nieuwe Europese Richtlijn voor Audiovisuele Mediadiensten (Richtlijn AVMD 2018) onderwerpt ‘influencers’ aan stringente regelgeving. Na de implementatie in de Nederlandse Mediawet met als uiterste datum 19 september 2020, zullen influencers niet alleen zelfstandig verantwoordelijk gehouden worden door het Commissariaat voor de Media (CvdM) voor o.a. transparantie over reclame, maar kunnen ze ook rekenen op maatregelen van videoplatforms (VSP’s) zoals YouTube die daartoe eveneens op grond van Richtlijn AVMD 2018 gehouden zijn. Mochten laatstgenoemde maatregelen ondoeltreffend blijken dan kan de toezichthouder in het land van vestiging van de VSP bovendien ingrijpen. In deze bijdrage worden deze verschillende regimes voor influencers kritisch geanalyseerd, niet alleen in het licht van de inmiddels door influencers tot stand gebrachte zelfregulering maar ook in verband met de potentiële effecten ervan voor hun uitingsvrijheid.

1. Inleiding

Nadat adverteerders decennia lang door middel van traditionele televisiereclame de consument bereikten, richten ze zich inmiddels meer en meer op de onlinewereld.² Steeds minder mensen kijken nog naar lineaire televisie en vooral jongeren zijn grotendeels overgestapt naar YouTube of andere digitale platforms.

YouTube is om twee redenen een aantrekkelijk alternatief geworden voor adverteerders. Allereerst zijn er de pre-roll advertenties die met behulp van gebruikersprofielen doelgericht, voorafgaand aan specifieke video’s kunnen worden geplaatst. Influencers op YouTube vormen zo een krachtig marketingkanaal voor adverteerders. Ten tweede hebben

de op YouTube figurerende moderne sterren met hun vlogs³ en influencer-marketing⁴ een vrijwel dagelijks bereik bij hun grote schare fans. Actief in vele sectoren van lifestyle en beauty, gezondheid en fitness tot games, delen social media influencers op hun kanalen video content over hun glamourvolle levens waarbij intussen verschillende producten en diensten worden getoond.

Deze vorm van influencer-marketing roept vragen op omdat influencers niet altijd duidelijk zijn over het feit dat ze worden betaald of gesampeld door de bedrijven achter de producten en diensten. Voor volgers is het daarom vaak onduidelijk wanneer sprake is van eerlijke positieve meningen en wanneer van betaalde aanbevelingen.

Op dit moment is er binnen de advertentiemarkt sprake van een ongelijk speelveld. Commerciële communicatie, sponsoring en productplaatsing op (lineaire) televisie is sterk gereguleerd, terwijl de markt voor online reclame mediawettelijk vrijwel ongeregeerd is. Na de implementatie van de Europese Richtlijn voor Audiovisuele Mediadiensten (Richtlijn AVMD 2018) op uiterlijk 19 september 2020⁵ zal dit speelveld in ieder geval wat gelijkjer worden gemaakt. Vanaf dat moment zijn influencers niet alleen onderworpen aan mediawettelijke regelgeving zoals die nu al geldt voor Video on Demand-diensten zoals Netflix, maar zullen ook de VSP’s zoals YouTube die de influencers een platform bieden, erop moeten gaan toezien dat YouTubers transparant zijn over commerciële communicatie. Doen ze dat onvoldoende dan zullen ze daarop kunnen worden aangesproken door de Europese mediatoezichthouder onder wiens jurisdictie ze vallen.

In deze bijdrage zal allereerst de context van de nieuwe Europese regelgeving worden geschetst door middel van een overzicht van de situatie vóór de implementatie van

1 M. de Cock Buning is hoogleraar Digital Politics, Economy and Society aan de School of Transnational Governance (STG), European University Institute (EUI), Florence, Italië; Hoogleraar Communicatie- en Mediarecht en Auteursrecht aan de Universiteit van Utrecht, voormalig voorzitter Commissariaat voor de Media (2009-2019) en van ERGA (2016 en 2017). Met dank aan Linde Verhoeven, student-assistent Montaigne Centrum voor Rechtspleging.

2 Mediamonitor 2018, Reuters Institute Digital News Report Nederland 2018 <https://www.cvdM.nl/wp-content/uploads/2018/06/Mediamonitor-2018-Reuters-Institute-Digital-News-Report-Nederland-2018.pdf> geraadpleegd op 28 augustus 2019.

3 Een Vlog (een afkorting voor *video weblog*) is de benaming van een dagboek (Engels: *log*) op internet, waarbij het grootste deel van het dagboek bestaat uit videobeelden. De vlog is een variant op het blog (afkorting voor *weblog*), waarbij de inhoud voornamelijk tekst is. Iemand die een vlog maakt wordt een vlogger of vlogster genoemd. Een vlog is een van de genres van filmpjes op sites als YouTube, bron: Wikipedia, geraadpleegd op 28 augustus 2019.

4 Influencer-marketing is een vorm van marketing via sociale media waarbij geprobeerd wordt om met behulp van invloedrijke mensen, de zogeheten *influencers*, potentiële klanten te beïnvloeden. Bron: Wikipedia, geraadpleegd op 28 augustus 2019.

5 Richtlijn (EU) 2018/1808 van het Europees Parlement en de Raad van 14 november 2018 tot wijziging van Richtlijn 2010/13/EU betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten (richtlijn audiovisuele mediadiensten) in het licht van een veranderende marktsituatie [2018] PB L 303.

de nieuwe Europese regelgeving en onder (?) de inmiddels totstandgebrachte zelfregulering (deel 2). Ook zal daarbij aandacht worden besteed aan de Nederlandse reactie daarop in de vorm van de 'Social Code YouTube'. In deel 3 zal de nieuwe Richtlijn AVMD 2018 worden geanalyseerd aan de hand van een gedetailleerde uiteenzetting van de twee daarin opgenomen stelsels ten aanzien van influencers. In het vierde deel zal vanuit het perspectief van de influencer gekeken worden naar een, ook voor influencer-marketing, wenselijke en toekomstbestendige aanpak.

2. Influencer-marketing voor Q3 2020

2.1 De Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten 2010

Momenteel vallen de activiteiten van influencers buiten het toepassingsbereik van de Europese Richtlijn voor Audiovisuele Mediadiensten 2010 (Richtlijn AVMD 2010). Ook de diensten van YouTube zelf vallen buiten het bereik van die richtlijn.⁶

In 2010 claimde de Europese Commissie nog 'in het kader van de interne markt een samenhangend raamwerk te zullen creëren voor de diensten van de informatiemaatschappij en mediadiensten door het wetgevingskader voor audiovisuele diensten te moderniseren'.⁷ Het in 2010 tot stand gebrachte kader bleek echter beperkt houdbaar, o.a. door de komst van diverse nieuwe diensten en spelers in het medialandschap. Richtlijn AVMD 2010 sluit expliciet toepassing uit van 'activiteiten die (...) niet concurreren met televisie-uitzendingen, zoals (...) diensten die bestaan in het leveren of verspreiden van audiovisuele inhoud die door particuliere gebruikers wordt gegenereerd om te worden gedeeld en uitgewisseld met groepen met gemeenschappelijke belangen'.⁸ Daarmee bleven de steeds populairder wordende influencers grotendeels buiten het bereik van de Richtlijn AVMD 2010. Binnen het bereik van de richtlijn vielen alleen commerciële mediadiensten op aanvraag die vergelijkbaar zijn met lineaire televisie, het zogenaamde *TV-like criterium*:

'Eigen aan audiovisuele mediadiensten op aanvraag is dat zij 'met televisie te vergelijken' zijn, dit wil zeggen dat zij wedijveren om hetzelfde publiek als televisie-uitzendingen, en dat vanwege de aard van, en wijze van toegang tot, de dienst de gebruiker redelijkerwijs kan veronderstellen aanspraak te kunnen maken op regulerende bescherming binnen de kaders van deze richtlijn'.⁹

Daar komt nog bij dat er onderscheid gemaakt wordt tussen regels voor lineaire en voor non-lineaire media. Op het moment van inwerkingtreding van de Richtlijn AVMD 2010

werd de impact van lineaire mediadiensten als veel groter aangemerkt dan van non-lineaire mediadiensten. Het gebruik van non-lineaire diensten is in de daaropvolgende jaren echter snel toegenomen evenals de impact ervan. De Richtlijn AVMD 2010 bepaalt nog dat 'audiovisuele mediadiensten op aanvraag verschillen van televisieomroep in de keuze en de invloed van de gebruiker'¹⁰ en in de gevolgen ervan voor de samenleving'.¹¹ Het in 2010 veronderstelde verschil in impact vormde de rechtvaardiging voor het opleggen van een veel lichter regime voor audiovisuele mediadiensten op aanvraag dan voor televisie.¹² Eerstgenoemde diensten behoeften slechts aan een set basisregels te voldoen.

Het heeft acht lange jaren geduurd voordat de Richtlijn AVMD 2018 de regelgeving tussen lineaire en non-lineaire audiovisuele mediadiensten meer gelijktrekt en de materiële reikwijdte van de richtlijn aanzienlijk uitbreidt naar de belangrijkste nieuwe mediadiensten en -content. De videokanalen van social media influencers behoren daar nu ook toe, o.a. omdat de Richtlijn AVMD 2018 expliciet afstand doet van het bovengenoemde '*TV-like criterium*'. De gevolgen van deze uitbreiding worden in deel 5 besproken.

2.2 Zelfregulering

In sectoren met een relatief hoge innovatiegraad, zoals de audiovisuele mediasector, kan zelfregulering een goed alternatief bieden voor wetgeving. De Richtlijn AVMD 2010 laat daarvoor nadrukkelijk ruimte door te verwijzen naar de mededeling van de Commissie aan het Europese Parlement en de Raad over 'betere regelgeving met het oog op economische groei en meer banen in de Europese Unie'.¹³ In dat document benadrukt de Commissie het belang van het zorgvuldig analyseren van de situatie in een sector alvorens de regelgevingsaanpak te bepalen. Daarbij dient steeds afgewogen te worden of wetgeving de voorkeur verdient of dat alternatieven zoals co- of zelfregulering geschikter zijn. De Commissie benadrukt dat de ervaring leert dat zowel co- als zelfreguleringsinstrumenten een belangrijke rol kunnen spelen bij het bewerkstelligen van een hoog niveau van consumentenbescherming in de mediasector.¹⁴ Zelfregulering stelt private actoren, sociale partners en non-gouvernementele organisaties in staat om gemeenschappelijk gedragen richtsnoeren vast te stellen.¹⁵ In Nederland kennen we twee voor influencers relevante systemen van zelfregulering.

6 Richtlijn 2010/13/EU van het Europees Parlement en de Raad van 10 maart 2010 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten [2010] OJ L 95.

7 Richtlijn 2010/13/EU, overweging 14.

8 Richtlijn 2010/13/EU, overweging 21.

9 Richtlijn 2010/13/EU, overweging 24.

10 Vgl. Zaak C-89/04 Mediakabel BV v Commissariaat voor de Media [2005] ECR I-4891.

11 Richtlijn 2010/13/EU, overweging 58.

12 Richtlijn 2010/13/EU, overweging 58: "Audiovisuele mediadiensten op aanvraag verschillen van televisieomroep in de keuze en de invloed van de gebruiker en in de gevolgen ervan voor de samenleving. Dit rechtvaardigt dat minder strenge wetgeving wordt vastgesteld voor audiovisuele mediadiensten op aanvraag, die uitsluitend aan de basisvoorschriften van deze richtlijn hoeven te voldoen."

13 Europese Commissie, 'Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement - Betere regelgeving met het oog op economische groei en meer banen in de Europese Unie' (Europese Commissie, 2005).

14 Richtlijn 2010/13/EU, overweging 43.

15 Richtlijn 2010/13/EU, overweging 43.

2.2.1 De Reclamecode Social Media (RSM)

In het jaar 2014, niet lang na de Nederlandse implementatie van de Richtlijn AVMD 2010, kwam de Nederlandse Stichting Reclame Code (SRC) met zelfregulering voor influencers: de Reclamecode Social Media (RSM). De RSM richt zich primair op adverteerders. De SRC heeft al sinds 1964 een uitstekende reputatie als zelfreguleringsorgaan voor de reclamesector. Klachten van consumenten en concurrenten over het niet-naleven van de Nederlandse Reclame Code (NRC) door adverteerders worden voorgelegd aan de Reclame Code Commissie (RCC). Besluiten worden gepubliceerd. Tegen een besluit kan beroep worden ingesteld bij het interne College van Beroep (CvB).

Naast het algemene gedeelte van de NRC is er een gedeelte in de NRC met daarin een aantal specifieke codes, waaronder de RSM. Laatstgenoemde code is herzien in 2019. Bij die herziening hebben influencers zelf te kennen gegeven het van belang te vinden dat adverteerders zich aan de regels houden en geen druk uitoefenen op influencers om bijvoorbeeld niet transparant te zijn over het feit dat het om betaalde aandacht voor een product gaat. De code is in 2019 niet alleen verder verduidelijkt maar ook omgedoopt tot Reclamecode Social Code Media and Influencer Marketing. De noodzaak voor nadere duiding van de code bleek onder andere uit het feit dat er een beperkte nalevingsbereidheid leek te bestaan bij influencers en dat er onduidelijkheid was over welke influencer-campagnes wel of niet toelaatbaar zouden moeten worden geacht. Belangrijke verduidelijking van de RCC kwam overigens al in 2017 in de *Happy Healthy Kokosolie* uitspraak over video's van een influencer die verschillende soorten kokosolie vergelijkt en afdoet als 'geraffineerde rommel' met uitzondering van het product van De Witte Parel dat als zeer positief wordt beoordeeld.¹⁶ RCC beantwoordt hier eerst de preliminaire vraag of er überhaupt sprake was van reclame in de zin van Artikel 1 NRC alvorens er vastgesteld kon worden of er een inbreuk gemaakt was op de RSM.¹⁷ De RCC maakte in deze uitspraak duidelijk dat als een influencer niet handelt door of namens een adverteerder, dat er dan geen sprake is van reclame. De RSM is dan niet van toepassing. Sinds 2017 is deze uitspraak leidend. Ook in de zaak van een vijfjarige influencer die verscheidene snoepjes test, heeft de RCC deze lijn doorgezet.¹⁸ Deze influencer maakte geen 'reclame' in de zin van Artikel 1 NRC, omdat hij alle snoepjes zelf op eigen initiatief en zonder tussenkomst van de merken waarover hij het had, heeft beoordeeld. De RCC achtte zich daarom niet bevoegd.

In augustus 2019 is de RCC een publiciteitscampagne gestart waarin influencers en adverteerders opgeroepen worden bij te dragen aan de herkenbaarheid van online reclame. Op de website van RCC is een adviestool geïnstalleerd waarmee influencers in vijf stappen kunnen zien hoe ze reclame zichtbaar kunnen maken. Daarbij wordt het overigens aan de influencer overgelaten te kiezen of hij kenbaar wil maken in de beschrijving onder de video of in de video zelf. Uit onderzoek blijkt echter dat alleen vermelden in de beschrijving onder de video vaak onvoldoende is voor daadwerkelijk brede herkenbaarheid. Daarover hieronder sub 2.2.2 onder het kopje *vervolgonderzoek* meer.

2.2.2 Social Code: YouTube

Hoewel mediatoezichthouders op grond van de Richtlijn AVMD 2010 daartoe nog niet gehouden waren, heeft de Nederlandse toezichthouder, het Commissariaat voor de Media (CvdM) in 2016 besloten op dit vlak een aantal initiatieven te nemen omdat influencer-marketing verschillende kernwaarden van de toezichthouder raakt; bescherming van minderjarigen, redactionele onafhankelijkheid¹⁹ en het bewaken van een gelijk speelveld en daarmee de diversiteit van het Nederlandse medialandschap. Sterk gereguleerde mediadiensten worden op de reclamemarkt immers sterk beconcurrereerd door vrijwel ongereguleerde influencer-marketing. Dit kan schadelijk zijn voor de diversiteit van het medialandschap wanneer dergelijke "oneerlijke concurrentie" leidt tot faillissement van mediadiensten.

Bovendien was in 2016 duidelijk dat het herzieningsproces voor de AVMD-richtlijn 2018 ertoe zou leiden dat influencers gereguleerd worden en onder het toezicht van de toezichthouder zouden komen.

Onderzoeksresultaten

Begin 2017 heeft het CvdM een momentopname gemaakt van de stand van zaken door middel van onderzoek naar de belangrijkste Nederlandse influencers.²⁰ Onderzocht werd hoe groot de kans is dat een Nederlandse kijker in video's van influencers geconfronteerd wordt met merken en producten. Daarbij werd ook nagegaan of de kijker op de hoogte werd gebracht van het feit dat een product door de influencer zelf was aangeschaft, gratis was ontvangen of dat de influencer betaald kreeg om een product te bespreken. Daartoe werden honderd video's van de twintig meest populaire Nederlandstalige influencers op YouTube met het grootste aantal abonnees onderzocht.

De resultaten waren opzienbarend. Van de 100 video's werden er in maar liefst 89 merken, bedrijven of producten getoond. Van deze 89 video's besteedde 68% expliciet aan-

16 RCC 22 december 2017, dossier 2017/00767, IER 2019/1, m.nt. E.H. Hoogenraad (*Happy healthy kokosolie*).

17 Volgens Artikel 1 NRC, wordt er onder reclame verstaan: 'Iedere openbare en/of systematische directe dan wel indirecte aanprijzing van goederen, diensten en/of denkbeelden door een adverteerder of geheel of deels ten behoeve van deze, al dan niet met behulp van derden. Onder reclame wordt mede verstaan het vragen van diensten. Toelichting: Mededelingen over een goed/dienst/denkbeeld, waarbij op geen enkele wijze sprake is van uitlokking of beïnvloeding door een adverteerder, zijn geen reclame in de zin van dit Artikel.'

18 RCC 29 mei 2018, dossier 2018/00214 (*Snoeptest*).

19 Onafhankelijkheid van redactionele beslissingen komt in het geding bij sommige vormen van influencer-marketing. Verhaallijnen kunnen worden beïnvloed en beoordelingen kunnen positief worden gestuurd op aandringen van adverteerders.

20 CvdM, 'Tegen betaling of niet? Dat is bij veel vlogs onduidelijk' (CvdM, 17 april 2017) <https://www.cvdM.nl/nieuws/betaling-is-vlogs-onduidelijk/geraadpleegd> op 7 juli 2019.

dacht aan het merk of het bedrijf. Interessant was na te gaan of daarin voor de kijker transparant wordt gemaakt of er sprake is van influencer-marketing. Uit het onderzoek bleek dat in het overgrote deel van de video's (77%) geen transparantie werd betracht. Het bleef voor de kijker onduidelijk of sprake was van influencer-marketing. Slechts in 19 van de 89 video's is men daarover transparant, door het te melden in de video, door een logo of tekst in de video te plaatsen of door daartoe een tekstje onderin bij de video-beschrijving op te nemen. Overigens verdient nog vermelding dat het merendeel van de video's (63%) een evenwichtig oordeel had over het getoonde merk, bedrijf of product. Slechts 19% was volledig positief, 11% was overwegend positief en 7% was zelfs negatief. In maar 3% van de video's was een oproep voor de kijkers opgenomen om het besproken product te kopen. De resultaten van het onderzoek werden gepubliceerd op de website van het CvdM en kort daarna besteedde het TV-programma 'Nieuwsuur' uitgebreid aandacht aan het meest in het oog springende element van het onderzoek nl. dat bijna 80% van de populairste video's van Nederlandse influencers niet transparant was over reclame en zette zo influencers in een tamelijk negatief daglicht in de publieke opinie. Daarop nam landelijk populaire influencer Saske de Schepper - van het influencer duo 'Fat Cozy' - contact op met het CvdM teneinde de mogelijkheden voor zelfregulering te verkennen. Reputatieschade en inspanningen om de reputatie van een sector te verbeteren kunnen een reden vormen om zelfregulering te initiëren.²¹ Juist voor influencers is reputatie uiterst relevant gebleken. Ze zijn in sterke mate afhankelijk van de waardering van hun volgers, waarbij authenticiteit en eerlijkheid met name positief gewaardeerd worden, terwijl "stiekeme reclame" in de *comment lines* onder de video's merkbaar door volgers wordt afgestraft. Wanneer influencers hun verantwoordelijkheid nemen en transparant zijn over reclame blijven hun video's authentiek en dat draagt bij aan hun populariteit en geloofwaardigheid. Bovendien heeft het een positief effect op de reputatie van de gehele Nederlandse influencer-sector en geeft het vertrouwen aan de adverteerders en aan de ouders en verzorgers.

Lancering van de Social Code YouTube

In de loop van 2017 werd onder regie van het CvdM de De Social Code: Youtube (de Code)²² tot stand gebracht door bekende influencers samen met hun marketingorganisaties, de Multi Channel Networks (MCN's), met wetenschappers en met verschillende brancheorganisaties. Influencers kunnen zich vrijwillig aansluiten bij de Code. De Code geeft aan op welke wijze influencers transparant dienen te zijn over commerciële communicatie. Transparantie is het hoofddoel van de Code: commerciële intenties dienen *altijd* herkenbaar te zijn. In de Code worden influencers omschreven als

'mensen en bedrijven die videos plaatsen op YouTube'.²³ De Code bevat richtlijnen voor vier situaties:

- Situatie 1: de influencer wordt betaald voor het tonen van een merk, product of dienst. Voor deze gevallen schrijft de Code voor dat de influencer dit expliciet vermeldt in zijn of haar video. Daarnaast dient de influencer een tekst op te nemen in de beschrijving onder de video waarin melding wordt gemaakt van het feit dat de video een samenwerking met een bepaald merk bevat.
- Situatie 2: de influencer wordt betaald om reclame te maken voor een officieel erkend goed doel of om aandacht te besteden aan een bepaalde maatschappelijk kwestie. Dit moet volgens de Code duidelijk gemaakt worden op exact dezelfde manier als in de eerste situatie.
- Situatie 3: de influencer heeft een product of dienst gratis of met korting gekregen. In deze situatie dient in ieder geval tekst te worden toegevoegd die duidelijk maakt dat de video een product of dienst bevat dat gratis is ontvangen of dat het product of de dienst is gekocht met korting.
- Situatie 4: de influencer heeft een product of dienst op eigen initiatief gekocht. In dergelijke situaties neemt de influencer altijd een tekst in de beschrijving van zijn of haar video op waarin staat dat de video geen enkele vorm van influencer-marketing bevat, met als doel om de authenticiteit van de beoordeling van het product of de dienst te garanderen.

De initiatiefnemers hebben sinds 2017 heel actief mede-influencers overtuigd zich aan te sluiten. Zodra er voldoende support van de 'top' YouTubers was, lanceerden ze de Code ook op hun eigen kanalen. Daarnaast startten de influencers een website gewijd aan de 'Social Code: YouTube' om zo breed mogelijke bekendheid te krijgen. Daarop is onder meer een tweetal geanimeerde video's te zien die de Code op een eenvoudige manier uitleggen aan influencers, kijkers, MSNs en adverteerders. Daarbij is bewust gebruik gemaakt van voice-overs van de populaire influencers: Mascha Feoktistova en Dylan Haegens.

De Code moet vooral gezien worden als eerste vrijwillige stap van influencers tot naleving van transparantieregels. Omdat het doel was zo veel mogelijk influencers over te halen om zich bij het initiatief aan te sluiten diende de drempel voor de tot dan toe mediawettelijk ongereguleerde influencers om zich bij de Code aan te sluiten niet al te hoog te zijn. Daarom is de Code eenvoudig geformuleerd en relatief eenvoudig na te leven. Naast een toenemend aantal influencers, ondersteunen inmiddels ook MCN's de Code en zij hebben deze onderdeel gemaakt van hun briefing documenten bij marketingcampagnes. Deze steun van MCN's kan niet worden overschat, gezien hun rol als intermediair tussen influencer en adverteerder. Naar verwachting zal de

21 M. de Cock Buning, 'Towards a Future-Proof Framework for the Protection of Minors in European Audiovisual Media' *Utrecht Law Review* 2014, 10 (5), p. 9-30.

22 De Social Code: Youtube werd gelanceerd op 17 november 2017, <https://www.desocialcode.nl> geraadpleegd op 7 juli 2019.

23 Social Code: Youtube <https://www.desocialcode.nl> geraadpleegd op 7 juli 2019.

eerste versie van de Code worden opgevolgd door volgende versies waarin ervaringen en verder onderzoek zullen worden verwerkt. Ook is de Code tot nu toe uitsluitend gericht op influencers op YouTube, maar zou in een later stadium het bereik moeten worden verbreed naar andere platforms die gebruikt worden door influencers, zoals Instagram.

Vervolgonderzoek

In 2018 heeft het CvdM een vervolg gegeven aan het onderzoek uit 2017. De (ongepubliceerde) resultaten laten zien dat influencers weliswaar transparanter zijn dan dat zij in 2017 waren, maar dat er zeker nog ruimte is voor verbetering. Opnieuw zijn honderd video's beoordeeld: vijf willekeurig geselecteerde video's van de top twintig kanalen van de Nederlandstalige influencers op YouTube met het hoogste aantal abonnees. Van deze top twintig influencers beveelt meer dan de helft de Code in 2018 expliciet aan. De beschrijvende tekst onder de video geeft bijna altijd correct weer of er een vorm van marketing in de video voorkomt. Helaas wordt nog lang niet in alle gevallen (ook) binnen de video zelf, in tekst of gesproken woord, expliciet aangegeven dat er sprake is van reclame.

Ook heeft het CvdM in 2018 twee universiteiten opdracht gegeven onafhankelijk onderzoek te doen naar de ervaringen van minderjarigen met betrekking tot transparantie.²⁴ Uit dat onderzoek komt ten eerste naar voren dat duidelijke vermelding van een commerciële relatie in een video door een influencer niet negatief wordt beoordeeld door zijn of haar kijkers. Ten tweede is in het onderzoek vastgesteld dat het voor jongeren onder 12 jaar en laagopgeleide minderjarigen erg moeilijk is om zelfstandig te herkennen of in een video sprake is van influencer-marketing, *zelfs* indien dit in de beschrijving onder de video wordt aangegeven. Dit wordt nog verstrekt door het feit dat ze zelf wel in de veronderstelling verkeren dat ze goed weten wanneer er sprake is van betaald enthousiasme voor producten of diensten, terwijl dat in de praktijk niet zo blijkt te zijn. Uit het onderzoek blijkt dat vermelding van commerciële banden, sponsorship etc. het best begrepen worden als de influencer aan het begin van de video daarover een gesproken mededeling doet. Zo een mededeling heeft veel meer impact dan de vermeldingen in de beschrijvingen onder de video's, die niet goed worden gelezen. Minderjarigen die het moeilijk vinden om te herkennen wanneer een video reclame bevat geven zelf aan dat ze het belangrijk vinden dat influencers in hun video's open en eerlijk zijn over hun commerciële relaties.²⁵ Het onderzoek van het CvdM uit 2018 en het on-

afhankelijk wetenschappelijk onderzoek bevestigen samen dat er niet alleen ruimte is voor verbetering, maar dat daar-toe ook noodzaak bestaat.

Zelfregulerend vermogen

Vanuit het oogpunt van doeltreffend overheidsbeleid kan zelfregulering een zeer goed (aanvullend) alternatief zijn voor regelgeving, zeker binnen rechtsgebieden met een hoog niveau van technologische innovatie.²⁶ Zelfregulering moet dan wel effectief zijn. Voorkomen moet worden dat zelfregulering primair wordt ingezet om regelgeving te vermijden terwijl de nalevingsbereidheid feitelijk beperkt is. Relevant is dan ook om na te denken over de vraag of er in het domein van influencer-marketing een redelijk niveau van nalevingsbereidheid mag worden verwacht.

Uiteraard zijn er redenen waarom bepaalde influencers zelfregulering niet willen onderschrijven of naleven. Een van die redenen is de angst voor een mogelijk negatieve impact op de hoeveelheid volgers wanneer ze eerlijk zouden zijn over de door hen gemaakte commerciële afspraken. Nu uit het bovengenoemd onafhankelijk wetenschappelijk onderzoek is gebleken dat kijkers niet negatief reageren op transparantie, zou dat een gedragsmatig duwtje in de rug kunnen zijn voor influencers om transparantie meer te omarmen.²⁷ Ook sommige adverteerders zien voordeel in het niet-transparant zijn over commerciële banden in de video's. De (valse) perceptie dat influencers volledig onafhankelijk en objectief enthousiast zijn over hun producten en diensten kan immers op korte termijn aantrekkelijk lijken. Adverteerders kunnen influencers onder druk zetten. Daarom is het positief dat de RCC tegen dergelijke adverteerders kan optreden door middel van het publiceren van zijn uitspraken.²⁸

Aan de andere kant wijst een aantal factoren er juist op dat het redelijkerwijs kan worden verwacht dat influencers wel degelijk vrijwillig hun inspanningen zullen opvoeren en meer verantwoordelijkheid voor transparantie zullen ne-

24 E. Rozendaal & E. van Reijmersdal, *Hoe kan de transparantie van reclame in online video's vergroot worden voor minderjarigen? Een literatuuronderzoek naar de effecten van vermeldingen*, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2017 <https://www.cvdM.nl/wp-content/uploads/2017/11/Literatuuronderzoek-Transparantie-Rozendaal-Van-Reijmersdal.pdf> geraadpleegd op 7 juli 2019.

25 E. Rozendaal & E. Van Reijmersdal, *Hoe kan de transparantie van reclame in online video's vergroot worden voor minderjarigen? Een literatuuronderzoek naar de effecten van vermeldingen*, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2017 <https://www.cvdM.nl/wp-content/uploads/2017/11/Literatuuronderzoek-Transparantie-Rozendaal-Van-Reijmersdal.pdf> geraadpleegd op 7 juli 2019.

26 M. de Cock Buning & L. Senden, *Private Regulation in Europe*, Oxford: Hart 2019 (forthcoming); M. de Cock Buning, *Auteursrecht en informatietechnologie, over de beperkte houdbaarheid van technologie specifiek recht*, Amsterdam: Cramwinckel 1998, p. 19 ev; WODC, 'Technologie en recht', *Justitiële Verkenningen* 1992/18, nr. 4 https://www.wodc.nl/binaries/jv9204-volledige-tekst_tcm28-76337.pdf geraadpleegd op 7 juli 2019: in het voorwoord van dit rapport wordt gesteld dat de technologische ontwikkelingen niet alleen ingrijpend zijn, maar ook steeds moeilijker te voorzien en te verwerken in wetgeving. M. de Cock Buning, 'Towards a Future-Proof Framework for the Protection of Minors in European Audio-visual Media', *Utrecht Law Review* 2014, 10 (5), p. 9-30.

27 M. de Cock Buning & L. Senden, *Private Regulation in Europe*, Oxford: Hart 2019 (forthcoming); M. de Cock Buning, *Auteursrecht en informatietechnologie, over de beperkte houdbaarheid van technologie specifiek recht*, Amsterdam: Cramwinckel 1998, p. 19 ev; WODC, 'Technologie en recht', *Justitiële Verkenningen* 1992/18, nr. 4 https://www.wodc.nl/binaries/jv9204-volledige-tekst_tcm28-76337.pdf geraadpleegd op 7 juli 2019: in het voorwoord van dit rapport wordt gesteld dat de technologische ontwikkelingen niet alleen ingrijpend zijn, maar ook steeds moeilijker te voorzien en te verwerken in wetgeving. M. de Cock Buning, 'Towards a Future-Proof Framework for the Protection of Minors in European Audio-visual Media', *Utrecht Law Review* 2014, 10 (5), p. 9-30.

28 Zie hierboven 2.2.1.

men. Ten eerste is er het eigenbelang; er bestaat een intrinsieke motivatie het eigen imago te beschermen. Authenticiteit draagt in sterke mate bij aan populariteit; het blijkt dat dit voor de huidige generatie volgers een belangrijke factor is voor trouw aan influencers.²⁹ Het kan daarmee dus aantrekkelijk voor influencers zijn om hun eigen volgers goed te informeren, met betrekking tot commerciële communicatie. Datzelfde geldt voor de reputatie van influencers richting adverteerders die zelf transparantie en geloofwaardigheid hoog in het vaandel hebben. Niet naleving van zelfregulering kan een negatieve impact hebben op het professionele imago van influencers richting adverteerders. Bovendien zal de aanstaande implementatie van de Richtlijn AVMD 2018, op grond waarvan mediatoezichthouders en VSP's maatregelen zullen kunnen nemen, als stevige stok achter de deur voor de nalevingsbereidheid werken.³⁰

3. Influencer-marketing na Q3 2020

Ons mediagebruik is sinds de invoering van de Richtlijn AVMD in 2010 drastisch veranderd. We kijken naar onze favoriete programma's en video's uit de hele wereld, wanneer we maar willen, direct online of via social media op onze mobiele apparaten of op Connect TV. Bovendien maken alle door consumenten (*prosumers*)³¹ zelf gemaakte video's een steeds belangrijker deel uit van ons dagelijks media-menu. Daarnaast hebben aanbieders van nieuwe diensten zoals video-op-aanvraag en *video sharing platforms* (VSP's) een steeds belangrijker plaats verworven in het medialandschap. Deze ontwikkelingen vormden, tezamen met de sterke internationalisering van het Europese medialandschap, voor de Europese Commissie aanleiding over te gaan tot herziening van de Richtlijn AVMD 2010. De Commissie beoogt daarmee evenwicht te vinden tussen de toegang tot online contentdiensten, consumentenbescherming en eerlijke concurrentie door middel van het creëren van een zo gelijk mogelijk speelveld tussen de belangrijkste diensten in het medialandschap.³²

Daartoe trekt de Richtlijn AVMD 2018 allereerst de regulering van lineaire en niet-lineaire diensten uit Richtlijn AVMD 2018 meer gelijk.³³ Voor wat betreft commerciële communicatie is er daarbij over de hele linie sprake van liberalisering; productplaatsing wordt onder voorwaarden toegestaan en de reclamelimiet voor lineaire mediadiensten per uur wordt geschrapt. Bovendien brengt de nieuwe Richtlijn ook VSP's binnen zijn toepassingsbereik. De Richtlijngever motiveert deze uitbreiding met het steeds grootschaliger gebruik van laatstgenoemde diensten, met name door jongeren. VSP's concurreren niet alleen met audiovi-

suele mediadiensten om hetzelfde publiek, ook erkent de commissie dat de impact van de video's die getoond worden op de diensten van VSP's substantieel is.³⁴

Enerzijds dienen VSP's voortaan maatregelen te nemen om hun gebruikers, zoals influencers, te laten voldoen aan regels op het gebied van commerciële communicatie. Daarbij wordt nadruk gelegd op het belang van zelf- en coregulering als instrument om de beleidsdoelstellingen uit de Richtlijn AVMS 2018 te bereiken.

Belangrijk is nog dat het hier minimumharmonisatie betreft; lidstaten van de EU dienen in ieder geval de basisregels van de Richtlijn AVMS 2018 toe te passen, maar het staat hun vrij om strengere of meer gedetailleerde regels op te leggen.³⁵

Terug naar het hoofdonderwerp van deze bijdrage; influencer-marketing. Uit de definitie in de Richtlijn AVMS 2018 blijkt dat influencer-marketing aangemerkt dient te worden als audiovisuele commerciële communicatie:

'[...] beelden, al dan niet met geluid, welke dienen om rechtstreeks of niet-rechtstreeks de goederen, de diensten of het imago van een natuurlijke of rechtspersoon die een economische activiteit verricht, te promoten; dergelijke beelden vergezellen of maken deel uit van een programma³⁶ of van een door gebruikers gegenereerde video, tegen betaling of een soortgelijke vergoeding of ten behoeve van zelfpromotie. Vormen van audiovisuele commerciële communicatie zijn onder meer televisiereclame, sponsoring, telewinkelen en productplaatsing.' (onderstreping, MdCB)³⁷

In de Richtlijn AVMS 2018 is gekozen voor een tweedelig stelsel voor influencer-marketing. Enerzijds zijn de aanbieders van VSP's gehouden door middel van private regulering en (technische) maatregelen toe te zien op influencers-marketing (3.1). Anderzijds dient een influencer zich met zijn videokanaal als audiovisuele mediadienst op grond van de implementatie van de nieuwe richtlijn direct te kunnen ver-

29 S. Elmhirst, *Its genuine you know why the online influencer industry is going authentic*, the Guardian 5 April 2019, <https://www.theguardian.com/media/2019/apr/05/its-genuine-you-know-why-the-online-influencer-industry-is-going-authentic>, benaderd op 25 augustus 2019.

30 Rozendaal and Reijmersdal (n 16) deel 3.

31 I. Brown & C. Marsden, (2013) *Regulating code: good governance and better regulation in the information age*, Cambridge: MA 2018: MIT Press, hoofdstuk 8.

32 Richtlijn (EU) 2018/1808, overweging 1.

33 Zie 2.1.

34 Richtlijn (EU) 2018/1808, overweging 4.

35 Richtlijn (EU) 2018/180, artikel 4.1. Om, in de woorden van Paul Kreijger, het risico van een regulatorische *race to the bottom* te beperken, bevat artikel 4 Richtlijn AVMS 2018 een mechanisme om u-bocht constructies te voorkomen, waarbij is voorzien in een overlegmechanisme tussen lidstaten. Lidstaten kunnen daarbij uitsluitend na goedkeuring van de Europese Commissie beperkingen stellen, omdat daarmee gebroken wordt met het voor de Richtlijn fundamentele uitgangspunt dat alleen het oorsprongslid waar de redactionele beslissingen worden genomen en/of waar de onderneming is gevestigd reguleert. Daarbij wordt de bewijslast voor bewuste omzeiling versoepeld en krijgt de aanbieder het recht zich uit te laten over de voorgenomen maatregelen. In een nieuw sub b in artikel 4 lid 4 (e), waarover P. Kreijger, 'De herziening van de Richtlijn audiovisuele mediadiensten - een (eerste) overzicht', *Mediaforum* 2019-2, p. 38 ev.

36 Richtlijn (EU) 2018/1808, artikel 1(1) b) "programma": een reeks bewegende beelden, al dan niet met geluid, die ongeacht de duur ervan een afzonderlijk element vormt van een door een aanbieder van mediadiensten opgesteld schema of een door een aanbieder van mediadiensten opgestelde catalogus, met inbegrip van bioscoopfilms, videoclips, sportevenementen, komische series, documentaires, kinderprogramma's en origineel drama."

37 Richtlijn (EU) 2018/1808, artikel 1(1).

antwoorden aan de mediatoezichthouder (3.2). Hierna zullen beide stelsels nader worden geanalyseerd.

3.1 Nieuwe regels voor video sharing platforms

Op grond van het eerste element van het tweeledige systeem dienen VSP's die in een van de lidstaten van de EU zijn gevestigd, passende maatregelen te nemen jegens influencers die hun platforms gebruiken in strijd met de regels van de Richtlijn AVMS 2018.³⁸ Een video sharing platform is in de Richtlijn gedefinieerd als:

'Een dienst in de zin van de Artikelen 56 en 57 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, indien het hoofddoel van de dienst of een daarvan losstaand gedeelte of een essentiële functie van de dienst bestaat in het aanbieden van programma's, door gebruikers gegenereerde video's, of beide, aan het algemene publiek, waarvoor de aanbieder van het videoplatform geen redactionele verantwoordelijkheid draagt, ter informatie, vermaak of educatie via elektronische-communicatienetwerken in de zin van Artikel 2, onder a), van Richtlijn 2002/21/EG en waarvan de organisatie wordt bepaald door de aanbieder van het videoplatform, onder meer met automatische middelen of algoritmen, met name door weergeven, taggen en rangschikken.'³⁹

Het is duidelijk dat het in Ierland gevestigde YouTube onder deze definitie valt en waarschijnlijk ook het Nederlandse Dumpert. Voorzover hoofddoel noch essentiële functie het aanbieden van *programma's* of door gebruikers gegenereerde *video's* is, lijken social media platforms zoals Facebook en Instagram hier vooralsnog buiten te vallen. Het door de Europese Commissie met de Richtlijn AVMS 2018 beoogde gelijke speelveld voor media-aanbieders en adverteerders is daarmee al direct serieus beperkt. Wel is het zo dat de definitie blijkens de Richtlijnconsiderans nadrukkelijk bedoeld is als toekomstbestendig ingroeimodel. Erkend wordt dat sociale media platforms met traditionele audiovisuele mediadiensten concurreren om dezelfde doelgroep en inkomsten.⁴⁰

Hoewel het doel van de Richtlijn niet is het reguleren van sociale media diensten als zodanig zal "een sociale media dienst eronder vallen indien de levering van programma's en door gebruikers gegenereerde video's een essentiële functie van die dienst vormen".⁴¹ Dit moet blijkens de considerans relatief ruim worden opgevat. "De levering van programma's en door gebruikers gegenereerde video's kan worden beschouwd als een essentiële functie van de sociale mediadienst indien de audiovisuele inhoud niet louter een aanvulling vormt op of een klein deel uitmaakt van de activiteiten van die sociale media dienst".⁴² Wanneer de audiovisuele inhoud dus meer dan een aanvulling vormt op of een meer dan klein deel uitmaakt van de activiteiten van die sociale media dienst zou deze kunnen worden aangemerkt als VSP onder de definitie van de Richtlijn AVMS 2018. Zo zullen Facebook Live en Instagram TV daar waarschijnlijk als aparte dienst onder vallen,⁴³ maar is het vooralsnog onhelder of videorubrieken binnen Facebook zoals "Videos on Watch" als zelfstandige VSP aangemerkt zullen worden. Ook valt nog te bezien wanneer er op Facebook of Instagram zelf zoveel video's zullen staan - waarin bovendien organisatie is aangebracht - dat het delen van video's daarvan een essentieel onderdeel is geworden. Laatstgenoemde onduidelijkheden zullen ongetwijfeld onderwerp zijn van verschillende procedures en het is voor de rechtszekerheid te hopen dat de aangekondigde richtsnoeren die de Europese Commissie - na raadpleging van het contactcomité⁴⁴ - zal opstellen (?) voldoende helderheid zullen bieden.⁴⁵ Formele status zullen deze overigens niet hebben, zodat het voorlopig wachten zal zijn op de verlossende woorden van het Europees Hof van Justitie, dat daarbij uiteraard ook de begrenzing uit de E-commerce richtlijn zal meewegen nu de Richtlijn AVMD 2018 deze met zoveel woorden onverlet laat.⁴⁶

Op basis van de Richtlijn AVMD 2018 zullen aanbieders van VSP's overigens niet alleen verplicht zijn passende maatregelen te nemen jegens hun eindgebruikers op het gebied van commerciële communicatie, maar dienen ze ook minderjarigen te beschermen tegen onverhoedse confrontatie met (ernstig) schadelijke content en dienen ze het algemene publiek te beschermen tegen confrontatie met content die aanzet tot geweld of haat of andere illegaal materiaal zoals terroristische content, kinderporno etc.⁴⁷

3.1.1 Verzwaarde inspanningsplicht voor aanbieders van VSP's

De Richtlijn AVMD 2018 onderscheidt commerciële communicatie (reclame) waarop de VSP-aanbieder zelf invloed heeft, en reclame die in de video's van gebruikers van die

38 Richtlijn (EU) 2018/1808, artikel 28bis(2), bevat gedetailleerde bepalingen over rechtsgebieden voor aanbieders van platforms voor het delen van video's die niet in de EU zijn gevestigd: 'Een aanbieder van videoplatforms die niet op grond van lid 1 op het grondgebied van een lidstaat is gevestigd, wordt geacht (...) op het grondgebied van een lidstaat te zijn gevestigd indien die aanbieder van videoplatforms: a) een moederonderneming of een dochteronderneming heeft die op het grondgebied van die lidstaat is gevestigd; of (b) deel uitmaakt van een groep en een andere onderneming van die groep op het grondgebied van die lidstaat is gevestigd. Voor de toepassing van dit artikel wordt verstaan onder: (a) "moederonderneming": een onderneming die zeggenschap heeft over een of meer dochterondernemingen; (b) "dochteronderneming": een onderneming waarover een moederonderneming zeggenschap heeft, met inbegrip van elke dochteronderneming van een uiteindelijke moederonderneming; (c) "groep": een moederonderneming, al haar dochterondernemingen en alle andere ondernemingen die er op organisatorisch gebied economische en juridische banden mee hebben.'

39 Richtlijn (EU) 2018/1808, artikel 1 lid 1.

40 Richtlijn (EU) 2018/1808, overweging 4.

41 Richtlijn (EU) 2018/1808, overweging 5.

42 Richtlijn (EU) 2018/1808, overweging 5.

43 Zie hierover ook A. Strijbos & D. Verhulst, "Videoplatformdiensten in de herziene Richtlijn audiovisuele mediadiensten", *Mediaforum* 2019-2 p. 43 ev.

44 Orgaan waarin alle bevoegde nationale ministeries van de lidstaten zitting hebben.

45 Richtlijn (EU) 2018/1808, overweging 5.

46 Richtlijn (EU) 2018/1808, artikel 28ter lid 1 en 6.

47 Richtlijn (EU) 2018/1808, artikel 28ter lid 1.

dienst is opgenomen, zoals influencers. Wat betreft de eerste categorie van commerciële communicatie die door de aanbieders van VSP's zelf in de handel wordt gebracht, verkocht of georganiseerd, dienen aanbieders van VSP's aan dezelfde eisen te voldoen als audiovisuele mediadiensten zoals die zijn verwoord in de nieuwe richtlijn, waarover onderstaand 3.2.⁴⁸

Passende maatregelen

Ten aanzien van de tweede categorie, de reclame in de door eindgebruikers geplaatste video's waarop de VSP's geen directe invloed uitoefenen, dienen alle in Europa gevestigde VSP's op basis van het nieuwe artikel 28 ter lid 2 van de AVMD-richtlijn 2018:

“passende maatregelen te nemen om te garanderen dat hun gebruikers zullen voldoen aan de in artikel 9.1 bedoelde voorschriften met betrekking tot audiovisuele commerciële communicatie.”

Op grond van het nieuwe artikel 9.1 geldt het volgende:⁴⁹

- reclame dient als zodanig herkenbaar te zijn; sluikreclame en subliminale technieken zijn verboden;
- reclame mag niet de menselijke waardigheid aantasten, mag geen discriminatie bevatten of bevorderen, en ook niet aansporen tot ongezond, onveilig gedrag of voor het milieu schadelijk gedrag;
- tabaksreclame en reclame voor elektronische sigaretten en navulverpakkingen is verboden;
- reclame voor receptgeneesmiddelen en reclame voor medische behandelingen is verboden;
- alcoholreclame mag niet specifiek gericht zijn op minderjarigen en mag niet tot overmatig gebruik aanzetten;
- reclame mag minderjarigen geen lichamelijke, geestelijke of morele schade berokkenen; zo mag reclame minderjarigen niet rechtstreeks aanzetten tot aankoop van een product of dienst en mag deze ook niet aanmoedigen om ouders te overreden de aangeprezen goederen of diensten te kopen.
- jongeren mogen in commerciële communicatie niet ongerechtvaardigd in gevaarlijke situaties worden getoond.

Hoewel in de Richtlijn AVMD 2018 expliciet wordt erkend dat aanbieders slechts beperkte controle hebben over audiovisuele commerciële communicatie op hun platforms,⁵⁰ zijn de verplichtingen voor aanbieders van VSP's op grond van de Richtlijn AVMD 2018 aanzienlijk te noemen. Het gaat daarbij steeds om interventies in de civielrechtelijke verhouding tussen de eindgebruiker en de VSP, zoals Strijbos en Verhulst terecht opmerken.⁵¹

48 Richtlijn (EU) 2018/1808, artikel 28ter lid 2.

49 Richtlijn (EU) 2018/1808, artikel 9.1.

50 Richtlijn (EU) 2018/1808, artikel 28ter lid 2.

51 A. Strijbos & D. Verhulst, “Videoplatformdiensten in de herziene Richtlijn audiovisuele mediadiensten”, *Mediaforum* 2019-2 p. 45.

De lidstaten dienen er in ieder geval voor te “zorgen dat aanbieders van videoplatforms gebruikers duidelijk informeren indien programma's en door gebruikers gegenereerde video's audiovisuele commerciële communicatie bevatten mits die communicatie overeenkomstig 28 lid 3, derde alinea, onder c), wordt vermeld of de aanbieder van dat feit op de hoogte is”. Om op de hoogte te geraken van het feit dat een geüpload video reclame bevat, zullen de videoplatformdiensten op grond van laatstgenoemd artikel onder andere maatregelen moeten nemen die eindgebruikers bij het uploaden de mogelijkheid biedt aan te geven dat de video reclame bevat. Denk daarbij aan een bij het uploaden van een video aan te klikken button “bevat reclame”.

De Richtlijn AVMD 2018 noemt daarnaast nog verschillende andere door aanbieders van VSP's te nemen maatregelen, maar licht in artikel 28ter lid 3 toe dat die maatregelen praktisch uitvoerbaar en evenredig moeten zijn, rekening houdend met de omvang van de videoplatformdienst en de aard van de geleverde dienst, en dat die maatregelen niet mogen leiden tot controlemaatregelen vooraf en evenmin tot vormen van *upload-filtering* van content in strijd met de Europese Richtlijn inzake elektronische handel uit 2000.⁵² Op grond van de E-commerce Richtlijn is het niet toegestaan voorafgaande vergunning, algemeen voorafgaand toezicht of een ander vereiste met gelijke werking te verlangen,⁵³ waardoor het voor aanbieders van VSP's lastig balanceren zal worden tussen de neutrale opstelling die verwacht wordt op grond van de E-commerce Richtlijn en de nieuwe verplichtingen uit Richtlijn AVMS 2018.⁵⁴

Wat in het kader van Richtlijn AVMS 2018 als een passende maatregel kan worden beschouwd, dient volgens artikel 28ter lid 3 bovendien te worden bepaald in het licht van de aard van de content, de schade die deze kan veroorzaken, de kenmerken van de te beschermen categorie personen, alsmede de rechten en legitieme belangen die in het geding zijn, met inbegrip van de belangen van videoplatform aanbieders, de gebruikers die de content hebben gegenereerd of geüpload en het algemeen openbaar belang.⁵⁵ Kort en goed; er dient een belangenafweging plaats te vinden waarbij zal gelden dat hoe groter de maatschappelijke impact is, des te stringenter de maatregelen zijn die van de aanbieders van VSP's verwacht zullen worden. Aanbieders van op jongeren gerichte VSP's zullen bijvoorbeeld meer maatregelen moeten nemen, dan zij die zich op volwassenen richten.⁵⁶ Terwijl

52 Richtlijn 2000/31/EC van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (“richtlijn inzake elektronische handel”) [2000] OJ L 178.

53 Richtlijn 2000/31/EC van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (“richtlijn inzake elektronische handel”) [2000] OJ L 178, artikel 4(1) and artikel 15.

54 A. Strijbos & D. Verhulst, “Videoplatformdiensten in de herziene Richtlijn audiovisuele mediadiensten”, *Mediaforum* 2019-2 p. 47.

55 Richtlijn (EU) 2018/1808, artikel 28ter lid 3.

56 A. Strijbos & D. Verhulst, “Videoplatformdiensten in de herziene Richtlijn audiovisuele mediadiensten”, *Mediaforum* 2019-2 p. 46.

grote gevestigde platforms zoals YouTube meer maatregelen zullen moeten nemen dan kleine onbekendere platforms.

Als we alle ten aanzien van commerciële communicatie (influencer-marketing) geformuleerde maatregelen uitlichten dan komen we tot het volgende beeld waarbij aanbieders van VSP “naar gelang van de omstandigheden van het geval” in ieder geval gehouden zijn de volgende maatregelen te nemen:⁵⁷

- het beschikken over een functie waarmee eindgebruikers die door eindgebruikers gegenereerde video's uploaden, kunnen verklaren of die video's audiovisuele commerciële communicatie bevatten, voor zover zij zulks weten of redelijkerwijs zouden kunnen weten (de hierboven genoemde button “bevat reclame”);
- het opnemen en toepassen in de algemene voorwaarden van de videoplatformdiensten van het in 28ter lid 1, vermelde voorschrift om het algemene publiek te beschermen tegen door gebruikers gegenereerde video's en audiovisuele commerciële communicatie die aanzet tot geweld of haat jegens een groep personen of een lid van een groep op een van de in het non-discriminatieartikel 21 van het Handvest⁵⁸ genoemde gronden;
- tot stand brengen en gebruiken van transparante en gebruiksvriendelijke mechanismen waarmee gebruikers van een videoplatform bovengenoemde content bij die aanbieder kunnen rapporteren of markeren;
- tot stand brengen en gebruiken van systemen waarmee aanbieders van videoplatforms aan de gebruikers ervan kunnen uitleggen welk gevolg er is gegeven aan de hiervoor genoemde rapportage en markeringen;
- tot stand brengen en gebruiken van gemakkelijk te bedienen systemen waarmee de gebruikers van videoplatforms een beoordeling aan deze content kunnen geven;
- tot stand brengen en gebruiken van transparante, gemakkelijk te gebruiken en doeltreffende procedures voor de behandeling en afhandeling van klachten van de gebruikers bij de aanbieder van videoplatforms omtrent de uitvoering van alle hierboven genoemde maatregelen.

3.1.2 Toezichthouder beoordeelt geschiktheid van de maatregelen

In het kader van de Richtlijn AVMS 2018 zullen de lidstaten mechanismen moeten invoeren om te beoordelen of de maatregelen die door de aanbieders van VSP's zijn genomen, passend zijn. Die beoordeling wordt belegd bij de

nationale mediatoezichthouders in het vestigingsland van de VSP.⁵⁹ Deze toezichthouders dienen daarbij niet primair de resultaten van de maatregelen te toetsen maar vooral de geschiktheid ervan. Dat is gezien de hierboven geschetste complexe belangenafweging bepaald geen eenvoudige taak en leidt bovendien potentieel tot aanzienlijke verschillen tussen lidstaten. De in 2014 opgerichte en in de Richtlijn AVMS 2018 verankerde Europese groep van regulerende instanties (ERGA),⁶⁰ zou hier een harmoniserende rol op zich kunnen nemen door het formuleren van een aantal uitgangspunten voor toetsing door nationale toezichthouders in het kader van ERGA's taak tot waarborging van de samenhang van de richtlijn. In zekere zin is er hierbij sprake publiekrechtelijke controle van outsourcing van wetgeving naar private partijen.⁶¹ Dat kan schadelijk zijn voor de uitingsvrijheid wanneer de aanbieders van VSP's om problemen met de publieke toezichthouder te voorkomen meer maatregelen zullen nemen en meer content zullen verwijderen dan op grond van de implementatiewetgeving strikt noodzakelijk is.⁶²

3.1.3 Gedragscodes aanmoedigen; niet vrijblijvend

Ook via de met *regulatory back stop* gesanctioneerde gedragscodes wordt de druk richting de aanbieders van VSP's flink opgevoerd. Dat werkt als volgt. Om ervoor te zorgen dat maatregelen effectief worden genomen, verplicht het nieuwe artikel 28ter lid 4 Richtlijn AVMD 2018 de lidstaten co-regulering aan te moedigen, terwijl de Commissie op grond van lid 9 van hetzelfde artikel aanbieders van VSP's aanmoedigt *best practices* van gedragscodes op basis van co-regulering te delen. Dergelijke codes kunnen ook op het niveau van de Unie worden vastgesteld, welke Uniegedragscodes dan naast de nationale gedragscodes kunnen gelden.⁶³ Gedragscodes zijn blijkens artikel 4bis lid 1 overigens geenszins vrijblijvend nu daaraan diverse vereisten gesteld dienen te worden.⁶⁴ Die gedragscodes:

- zijn dusdanig dat zij in brede kring worden aanvaard door de belangrijkste belanghebbenden in de betrokken lidstaten;
- vermelden duidelijke en ondubbelzinnige doelstellingen;
- voorzien in regelmatige, transparante en onafhankelijke toezicht- en evaluatiemaatregelen ten aanzien van de mate waarin de doelstellingen worden bereikt; en
- voorzien in doeltreffende handhaving, met inbegrip van doeltreffende en evenredige sancties.

57 A. Strijbos & D. Verhulst, “Videoplatformdiensten in de herziene Richtlijn audiovisuele mediadiensten”, *Mediaforum* 2019-2 p. 46.

58 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie artikel 21.1. Iedere discriminatie, met name op grond van geslacht, ras, kleur, etnische of sociale afkomst, genetische kenmerken, taal, godsdienst of overtuiging, politieke of andere denkbeelden, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, een handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid, is verboden.

2. Binnen de werkingssfeer van de Verdragen en onverminderd de bijzondere bepalingen ervan, is iedere discriminatie op grond van nationaliteit verboden.

59 Richtlijn (EU) 2018/1808, artikel 28ter lid 5.

60 Richtlijn (EU) 2018/1808, artikel 30ter.

61 Vgl. A. Strijbos & D. Verhulst, “Videoplatformdiensten in de herziene Richtlijn audiovisuele mediadiensten”, *Mediaforum* 2019-2 p. 46.

62 Zie over dit onderwerp de levendige blog discussie tussen Joan Barata en Lubos Kuklis; <https://cyberlaw.stanford.edu/blog/2018/10/new-audio-visual-media-services-directive-turning-video-hosting-platforms-private-media/>; <https://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2019/05/28/avmsd-and-video-sharing-platforms-regulation-toward-a-user-oriented-solution/>; <https://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2019/02/21/new-eu-rules-on-video-sharing-platforms-will-they-really-work/>, geraadpleegd op 31 augustus 2019.

63 Richtlijn (EU) 2018/1808, artikel 4bis lid 2.

64 Richtlijn (EU) 2018/1808, artikel 4bis lid 1.

Specifieke verwijzing naar gedragscodes voor aanbieders van VSP's vinden we in de Richtlijn AVMD 2018 terug bij de invulling van reclame voor voedingsmiddelen en alcohol in relatie tot kinderen, waarvoor naast co-regulering ook zelf-regulering gestimuleerd wordt.⁶⁵

“De lidstaten moedigen het gebruik van co-regulering en de toepassing van zelfregulering aan middels gedragscodes als bepaald in artikel 4bis, lid 1, teneinde de blootstelling van kinderen aan audiovisuele commerciële communicatie over voedingsmiddelen en dranken die voedingsstoffen bevatten, en stoffen met nutritionele en fysiologische effecten, met name vetten, transvetzuren, zout of natrium en suikers, waarvan een buitensporig gebruik in het algehele voedingspatroon niet aanbevolen is, daadwerkelijk te verminderen. Via dergelijke gedragscodes moet ervoor worden gezorgd dat in deze audiovisuele commerciële communicatie geen nadruk wordt gelegd op de positieve kwaliteit van de nutritionele aspecten van dergelijke voedingsmiddelen en dranken.”

Dit lijkt vrijwilliger dan het feitelijk is. Want wanneer influencers, zoals Enzo Knol, met grote scharen minderjarige fans op YouTube in de praktijk vrolijk doorgaan met het in hun vlogs enthousiast eten van Doritos en andere ongezonde heerlijkheden, dan kan daarop een regelgevend antwoord (*regulatory backstop*) volgen. Mochten zulke gedragscodes namelijk niet doeltreffend blijken, dan kunnen lidstaten naleving van meer gedetailleerde en strengere regels eisen mits ze dat onverwijld aan de Europese Commissie melden.⁶⁶ Het plaatsen van een dergelijk wettelijk vangnet is gebaseerd op eerdere positieve ervaringen van de Commissie. Gedragscodes gebaseerd op Richtlijn AVMD 2010 blijken in overeenstemming met de ‘Beginnelsen voor betere zelf- en co-regulering’ van de Europese Commissie goed te functioneren.⁶⁷ Het bestaan van een *backstop* wordt beschouwd als een belangrijke succesfactor bij het bevorderen van de naleving van gedragscodes maar zet wel de nodige druk op de ketel bij de geadresseerden van zulke codes met potentiële gevolgen voor de uitingvrijheid van de eindgebruikers zoals influencers.

3.1.4 Buitengerechtigde verhaalsmogelijkheden

Teneinde de potentieel grote gevolgen voor de uitingvrijheid van eindgebruikers te mitigeren, dienen aanbieders van VSP's voor situaties waarin concrete maatregelen tegen influencers tot een conflict kunnen leiden, mechanismen

voor buitengerechtigde geschillenbeslechting in te regelen. Volgens de nieuwe richtlijn moeten dergelijke mechanismen zodanig zijn ontworpen dat geschillen onpartijdig kunnen worden beslecht en mogen zij de gebruiker niet de rechtsbescherming ontnemen die de nationale wetgeving biedt.⁶⁸ De lidstaten moeten er bovendien voor zorgen dat influencers hun rechten met betrekking tot aanbieders van videoplatforms in alle gevallen voor de onafhankelijke rechter kunnen doen gelden.⁶⁹

3.1.5 Tussenconclusie VSP

Influencers zullen in hun dagelijks werk niet alleen verplicht worden commerciële communicatie in hun video's te melden via de door de VSP's getroffen voorzieningen (reclame button), maar zullen ook moeten voldoen aan de in de algemene voorwaarden van de aanbieder van het VSP neer te leggen vereisten op het gebied van commerciële communicatie, zoals ten aanzien van minderjarigen, alcohol, sigaretten, geneesmiddelen en medische behandelingen. Hoe aanbieders van VSP's hun nalevingssystemen voor influencer-marketing exact zullen inrichten, valt nog te bezien. Ik zie daarbij in elk geval voor de uitingvrijheid van de influencers in de praktijk een drietal risico's.

In de eerste plaats kan het zo zijn dat, anticiperend op negatieve rapportages van mediatoezichthouders over de mate van passendheid van de door aanbieders van VSP's genomen maatregelen, bepaalde aanbieders meer en strengere maatregelen zullen nemen dan op grond van de richtlijn strikt genomen noodzakelijk zou zijn. Dat kan doorwerken in de uitingvrijheid van influencers, zeker indien zo een maatregel behelst dat op grond van (overtreding van bepalingen van) de algemene voorwaarden de account van de influencer kan worden afgesloten.

In de tweede plaats is het systeem van Richtlijn AVMD 2018 zo ingericht dat de effectiviteit van gedragscodes verbonden is aan een *regulatory backstop*. Wanneer gedragscodes in de praktijk slecht blijken te functioneren dan kunnen lidstaten naleving van meer gedetailleerde en strengere regels eisen.⁷⁰

Gezien de druk die op de aanbieders van VSP's wordt uitgeoefend, valt het tot slot niet uit te sluiten dat, mede gezien de gigantische hoeveelheden content die dagelijks worden gedeeld op videoplatforms, zij voor vormen van geautomatiseerd toezicht zullen kiezen en daarvoor gebruik zullen maken van algoritmische besluitvorming met behulp van Artificiële Intelligentie (AI). Daarbij kunnen door AI-gestuurde nalevingssystemen beoordelingsfouten

65 Richtlijn (EU) 2018/1808, artikel 9 lid 3, 4 en 5, artikel 28ter lid 2 en lid 9.
 66 Richtlijn (EU) 2018/1808, artikel 4bis lid 3. ‘Het staat de lidstaten vrij om van de onder hun bevoegdheid vallende aanbieders van mediadiensten naleving van meer gedetailleerde of strengere regels te eisen, met inachtneming van deze richtlijn en het Unierecht, onder meer indien hun nationale onafhankelijke regulerende instanties of organen concluderen dat een gedragscode of delen ervan niet doeltreffend genoeg blijken te zijn. De lidstaten melden dergelijke regels onverwijld aan de Commissie’.
 67 Richtlijn (EU) 2018/1808, overweging 12; European Commission, *Principles for Better Self- and Co-regulation*, Brussel: Europese Commissie 2015 <https://ec.europa.eu/digital-single-market/sites/digital-agenda/files/CoP%20-%20Principles%20for%20better%20self-%20and%20co-regulation.pdf> geraadpleegd 7 juli 2019.

68 Richtlijn (EU) 2018/1808, artikel 28ter lid 7.
 69 Richtlijn (EU) 2018/1808, artikel 28ter lid 7 en 8.
 70 Richtlijn (EU) 2018/1808, artikel 4bis lid 3. ‘Het staat de lidstaten vrij om van de onder hun bevoegdheid vallende aanbieders van mediadiensten naleving van meer gedetailleerde of strengere regels te eisen, met inachtneming van deze richtlijn en het Unierecht, onder meer indien hun nationale onafhankelijke regulerende instanties of organen concluderen dat een gedragscode of delen ervan niet doeltreffend genoeg blijken te zijn. De lidstaten melden dergelijke regels onverwijld aan de Commissie’.

maken. Dergelijke fouten kunnen leiden tot onterechte beperking van de uitingsvrijheid van influencers, zeker indien influencers de toegang tot het videoplatform wordt onzegd op grond van (meerdere gevallen van) schending van de algemene voorwaarden.⁷¹ In dit opzicht zal het buitengerechtigde verhaalsmechanisme zoals voorzien in de Richtlijn AVMD 2018 een centrale rol moeten gaan spelen. Het valt echter nog te bezien of in dergelijke interne procedures de grondrechten in volle omvang zullen worden gewogen. Ook al zal op grond van de nieuwe richtlijn tegen deze buitengerechtigde beslissing beroep dienen open te staan bij een onafhankelijke gerechtelijke instantie, is het de vraag of de relatief kostbare gang naar de civiele rechter voor vaak kleine influencers in de praktijk een reële optie is. Bovendien is het onzeker hoe hard claims op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad in rechte zullen kunnen worden gemaakt, mede gezien het feit dat het leerstuk van de horizontale werking van de grondrechten nog relatief onderontwikkeld is⁷² en het hier bovendien gaat om commerciële communicatievrijheid, die relatief minder bescherming geniet.⁷³ Bij de belangenafweging die uiteindelijk zou kunnen leiden tot een zekere beperking van de partij-autonomie en contractsvrijheid op basis van de horizontale werking van de grondrechten, kan o.a. meegewogen worden de marktomvang van een VSP; YouTube beschikt over een enorm marktaandeel en heeft jegens influencers een machtspositie, alsmede de ingrijpende gevolgen die een accountbeëindiging heeft.

3.2 Kanalen van influencers als audiovisuele mediadiensten

Het tweede stelsel waar influencers mee te maken zullen krijgen, is de regelgeving voor audiovisuele mediadiensten op grond waarvan ze direct verantwoording af zullen moeten leggen aan de mediatoezichthouder van de lidstaat waar hun redactionele beslissingen zijn genomen. Daartoe is in Richtlijn AVMD 2018 de omschrijving van audiovisuele mediadienst in de zin van artikel 1 lid 1 a sub i subtiel, maar niet onbelangrijk gewijzigd. Vermeldingswaardig is in dit verband nog dat onder deze definitie diensten vallen die als hoofddoel de levering van programma's ter informatie, vermaak of educatie hebben. Louter op commerciële communi-

catie gerichte content valt hier dus in beginsel buiten.⁷⁴ Het is dus denkbaar dat influencers losse pure reclame video's opnemen, mits maar duidelijk onderscheiden van de rest van hun content en duidelijk kenbaar gemaakt. In dat geval vallen ze buiten het hier omschreven systeem, maar zullen tenminste rekening moeten houden met de door de aanbieders van VSP's te nemen maatregelen.

In dit deel onderzoeken we het tweede stelsel dat vanaf september 2020 zeer relevant zal worden voor influencers. Om zeker te stellen dat kanalen van influencers binnen de omschrijving van audiovisuele mediadienst vallen, wordt in de Richtlijn AVMD 2018 niet alleen afstand gedaan van het eerdergenoemde *TV-like* criterium dat in de oorspronkelijke versie van de richtlijn werd gebruikt,⁷⁵ maar brengt de richtlijn ook expliciet de content van influencers die op VSP's wordt gedeeld, binnen het toepassingsgebied van de richtlijn:

'Zodoende kunnen kanalen of andere audiovisuele diensten die onder de redactionele verantwoordelijkheid van een aanbieder vallen, op zichzelf audiovisuele mediadiensten vormen, zelfs als deze worden aangeboden op een videoplatform waarvoor geen redactionele verantwoordelijkheid geldt. In dergelijke gevallen zijn het de aanbieders met redactionele verantwoordelijkheid die Richtlijn 2010/13/EU moeten naleven.'⁷⁶

Influencers die diensten leveren die voldoen aan de voor audiovisuele mediadiensten op aanvraag geldende criteria zullen dus moeten voldoen aan de voor audiovisuele mediadiensten geldende regels. Om als audiovisuele mediadienst op aanvraag te worden gekwalificeerd, gelden vijf voorwaarden:⁷⁷

- (i) het gaat om een dienst in de zin van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie;⁷⁸
- (ii) het hoofddoel van de dienst bestaat uit de levering van programma's voor het algemene publiek ter informatie, vermaak of educatie;⁷⁹
- (iii) de aanbieder draagt de 'redactionele verantwoordelijkheid' voor deze programma's of video's;
- (iv) die dienst dient massamedia te bestrijken;⁸⁰ en
- (v) de dienst wordt aangeboden via een elektronisch communicatienetwerk.

Hoofdstuk III van de Richtlijn AVMD 2010 zoals herzien in 2018 stelt basisregels voor alle audiovisuele mediadiensten.⁸¹ Zo legt het nieuwe Artikel 6 bis de lidstaten de verplichting op passende maatregelen te nemen om ervoor te

71 YouTube, 'Community Guidelines' (YouTube, 2019) <https://www.youtube.com/intl/nl/yt/about/policies/#reporting-and-enforcement> geraadpleegd op 7 juli 2019; Zie ook YouTube, 'Channel Termination' (YouTube, 2019) <https://support.google.com/youtube/answer/2802168?hl=nl> geraadpleegd op 7 juli 2019.

72 Zie bijvoorbeeld A. Nieuwenhuis, M. den Heijer & A. Hins, *Hoofdstukken Grondrechten*, Ars Aequi Libri Nijmegen 2017; E. Frantziou, 'The Constitutional Foundations of Horizontality', in: E. Frantziou, *The Horizontal Effect of Fundamental Rights in the European Union*, Oxford University Press 2019; N. van Leuven, *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen - Oxford: Intersentia 2009.

73 J. Kabel, 'vijfentwintig jaar uitingsvrijheid voor handelsreclame in de Rechtspraak', in: A. Hins, *van ontvanger naar zender Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.M. de Meij*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgeverij 2003; R. van Hellemond, A. Hendriks & M. Breuning, 'Het beperken van de vrijheid van meningsuiting voor gezondheidsdiensten bezien vanuit EU-en grondrechtelijk perspectief', *TvCR* 2013-3; EHRM 20 november 1989, app. 10572/83 (*Markt Intern v. Germany*), r.o. 33.

74 HvJ EU 21 februari 2018, C-132/17, ECLI:EU:C:2018:85 (*Peugeot Deutschland*), *Mediaforum* 2018-4, p. 105-108, m.nt. Q.R. Kroes.

75 Zie paragraaf 2.1.

76 Richtlijn (EU) 2018/1808, overweging 3.

77 Richtlijn (EU) 2010/13, artikel 1(1)(a).

78 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (geconsolideerde versie) (TFEU) [2016] OJ C202/1.

79 Richtlijn (EU) 2010/13, overwegingen 22 en 24.

80 Richtlijn (EU) 2010/13, overweging 22.

81 Richtlijn (EU) 2018/1808, artikelen 5-11.

zorgen dat audiovisuele mediadiensten die van invloed kunnen zijn op de geestelijke, lichamelijke of morele ontwikkeling van minderjarigen op een zodanige wijze beschikbaar worden gesteld dat minderjarigen er niet mee zullen worden geconfronteerd. Bovendien dienen ze te voldoen aan de regels inzake commerciële communicatie, sponsoring en productplaatsing zoals neergelegd in de Artikelen 9, 10 en 11 van de Richtlijn AVMD 2018.

3.2.1 *Audiovisuele commerciële communicatie*

Van influencers wier diensten te gelden hebben als audiovisuele mediadiensten zal om te beginnen verwacht worden dat ze de hierboven omschreven normen van artikel 9.1 Richtlijn AVMD 2018 zelfstandig zullen naleven.⁸² Afgezien daarvan zullen deze influencers ook worden geconfronteerd met verschillende andere vereisten op het gebied van commerciële communicatie. Mochten influencers bijvoorbeeld audiovisuele commerciële communicatie voor alcoholische dranken in hun inhoud opnemen, dan zullen zij ook moeten voldoen aan alle criteria van artikel 22 van de Richtlijn AVMD 2010, volgens welke een dergelijke mededeling:⁸³ niet specifiek gericht mag zijn tot minderjarigen en in het bijzonder geen minderjarigen in beeld mag brengen die deze dranken gebruiken; geen verband mag leggen tussen alcoholgebruik en een verbetering van fysieke presentaties of gemotoriseerd rijden; niet de indruk mag wekken dat alcoholgebruik bijdraagt aan sociale of seksuele successen; niet mag suggereren dat alcoholhoudende dranken therapeutische kwaliteiten bezitten, dan wel een stimulerend, kalmerend of spanningsreducerend effect hebben; geen onmatig alcoholgebruik mag aanmoedigen, dan wel onthouding of matig alcoholgebruik in een negatief daglicht stellen en tot slot geen nadruk mag leggen op het hoge alcoholgehalte van dranken als positieve eigenschap.⁸⁴

Ook ten aanzien van audiovisuele commerciële communicatie voor snacks en zoete soda wordt in Richtlijn AVMD 2018 van de lidstaten verlangd dat zij het gebruik zullen stimuleren van co-regulering en zelfregulering⁸⁵ aanmoedigen. Het gaat daarbij in het bijzonder om *“ongeschikte audiovisuele commerciële communicatie voor voedingsmiddelen en dranken die voedingsstoffen en andere stoffen met nutritionele en fysiologische effecten bevatten - met name vetten, transvetzuren, zout of natrium en suikers - waarvan een buitensporig gebruik in het algehele voedingspatroon niet aanbevolen is”*.⁸⁶ Dergelijke codes hebben tot doel de blootstelling van

kinderen aan audiovisuele commerciële communicatie voor dergelijke levensmiddelen en dranken doeltreffend te beperken. Zij moeten ervoor zorgen dat in deze audiovisuele commerciële communicatie niet de nadruk wordt gelegd op de positieve kwaliteit van de voedingsaspecten van dergelijke levensmiddelen en dranken.

3.2.2 *Sponsoring*

Een influencer die audiovisuele mediadiensten op aanvraag aanbiedt, zal zich ook rekenschap moeten gaan geven van de relevante regels van de Richtlijn AVMD op het gebied van sponsoring. Sponsoring wordt in de Richtlijn AVMD 2018 gedefinieerd als *“elke bijdrage van publieke of particuliere ondernemingen of natuurlijke personen die zich niet bezighouden met het aanbieden van audiovisuele mediadiensten of videoplatformdiensten of met de vervaardiging van audiovisuele werken, aan de financiering van audiovisuele mediadiensten, videoplatformdiensten, door gebruikers gegenereerde video's of programma's met het doel hun naam, handelsmerk, imago, activiteiten of producten meer bekendheid te geven”*.⁸⁷

Volgens het (ongewijzigde) artikel 10 van de Richtlijn AVMD moeten audiovisuele mediadiensten of programma's die worden gesponsord, aan de volgende eisen voldoen:

“hun content mag nimmer dusdanig worden beïnvloed dat hun verantwoordelijkheid en redactionele onafhankelijkheid wordt aangetast; zij mogen in gesponsorde content niet rechtstreeks aansporen tot de aankoop of huur van goederen of diensten, in het bijzonder door specifieke aanprijzingen van die goederen of diensten en de kijkers moeten duidelijk worden gewezen op het bestaan van een sponsorovereenkomst; gesponsorde programma's moeten duidelijk als zodanig worden aangemerkt doordat aan het begin, tijdens en/of aan het einde van het programma op passende wijze naam, logo en/of ander symbool van de sponsor, zoals een verwijzing naar product(en) of dienst(en) of een onderscheidingsteken daarvan, worden vermeld.”

Influencers mogen hun video's bovendien niet laten sponsoren door bedrijven waarvan de hoofdactiviteit de productie of verkoop van tabaksproducten of elektronische sigaretten is. Sponsoring door bedrijven die geneesmiddelen en medische behandelingen vervaardigen of verkopen, mag geen promotie van geneesmiddelen of behandelingen die alleen op recept verkrijgbaar zijn bevatten. De Richtlijn AVMD staat de lidstaten bovendien uitdrukkelijk toe om de sponsoring van kinderprogramma's te verbieden.⁸⁸

3.2.3 *Productplaatsing*

Productplaatsing wordt in de AVMD-richtlijn 2018 gedefinieerd als *“elke vorm van audiovisuele commerciële communicatie die bestaat in het opnemen van, of het verwijzen*

82 De definitie van audiovisuele commerciële communicatie uit de Richtlijn AVMD 2018, evenals artikel 9.1 met verschillende ge- en verboden op het gebied op commerciële communicatie kwam hierboven aan de orde in de onderdelen 3 (inleiding) en 3.1.1.

83 Richtlijn (EU) 2018/1808, artikel 9 lid 2, jo., Richtlijn (EU) 2010/13, artikel 22.

84 In Richtlijn AVMD 2018 wordt onder verwijzing naar de criteria zoals neergelegd in artikel 4bis lidstaten bovendien in het bijzonder aangemoedigd gebruik te maken van co-regulering en zelfregulering. Met die codes wordt beoogd de blootstelling van minderjarigen aan audiovisuele commerciële communicatie over alcoholische dranken daadwerkelijk te verminderen. Die codes zullen uiteraard ook voor de audiovisuele mediadiensten van influencers gelden.

85 Richtlijn (EU) 2018/1808, artikel 4bis.

86 Richtlijn (EU) 2018/1808, artikel 9 lid 4.

87 Richtlijn (EU) 2018/1808, artikel 1(1)(k).

88 Richtlijn (EU) 2018/1808, artikel 10 lid 4.

naar, een product of dienst of een desbetreffend handelsmerk in (...) een door gebruikers gegenereerde video, tegen betaling of een soortgelijke vergoeding'.⁸⁹ Doorslaggevend voor het onderscheid tussen sponsoring en productplaatsing is het feit dat bij productplaatsing de verwijzing naar een product is ingebouwd in de actie van de video, terwijl sponsorreferenties geen deel uitmaken van de content of het plot. Als gezegd is er sprake van liberalisering ten opzichte van de Richtlijn AVMD 2010. Artikel 11 van de Richtlijn AVMD 2018 staat productplaatsing toe in alle audiovisuele mediadiensten, met uitzondering van nieuws- en actualiteitenprogramma's, programma's voor consumentenzaken, religieuze programma's én let wel: programma's, gericht op kinderen.

Influencers die kunnen worden aangemerkt als aanbieders van mediadiensten in de zin van de richtlijn moeten daarbij bovendien op grond van artikel 11 lid 3 aan de volgende eisen voldoen:⁹⁰ hun content mag nimmer zodanig worden beïnvloed

“dat (hun) verantwoordelijkheid en redactionele onafhankelijkheid wordt aangetast; zij mogen in hun content niet rechtstreeks aansporen tot aankoop of huur van goederen en diensten, in het bijzonder niet door de specifieke aanprijzing van die goederen of diensten; zij mogen het betrokken product geen overmatige aandacht geven; de kijker moet door middel van een geschikte aanduiding duidelijk gewezen worden op de aanwezigheid van productplaatsing, en wel aan het begin en aan het eind van het programma (onderstreping MdCB) om te voorkomen dat de kijker in verwarring wordt gebracht;⁹¹ programma's mogen in geen geval productplaatsing bevatten voor tabaksproducten, alsmede elektronische sigaretten of specifieke geneesmiddelen of medische behandelingen die alleen op voorschrift verkrijgbaar zijn”.⁹²

Voor al deze verschillende vormen van influencer-marketing - commerciële communicatie, sponsoring en productplaatsing - geldt samenvattend dat influencers in *alle* omstandigheden ervoor dienen te zorgen dat e.a. duidelijk als zodanig herkenbaar is. Gezien de inherente risico's zijn sponsoring en productplaatsing bovendien niet toegestaan wanneer dit de inhoud van programma's zodanig zou beïnvloeden dat de redactionele onafhankelijkheid van de influencers wordt aangetast. Overtredingen kunnen door de toezichthouders worden bestraft met aanzienlijke financiële sancties.

4. **Conclusie: gebeten door de hond én de kat, maar liever eerst sterke zelfregulering**

In de eerste plaats is het nu aan de Nederlandse wetgever om de Richtlijn AVMD 2018 voor 19 september 2020 te im-

plementeren in de Mediawet. Nu het hier om minimum harmonisatie gaat kunnen lidstaten kiezen voor strengere normen zodat de nodige verschillen te verwachten zijn tussen EU lidstaten.

Nederlandse Influencers zullen in ieder geval vanaf september 2020 geconfronteerd worden met ten minste twee - en waarschijnlijk vier - verschillende regimes voor influencer marketing.

In de eerste plaats is dat voor influencers van wie de videokanalen zullen worden aangemerkt als audiovisuele mediadiensten, het mediawettelijk regime zoals dat geldt voor alle audiovisuele mediadiensten op aanvraag op het gebied van commerciële communicatie, productplaatsing en sponsoring. Deze normen kunnen door de media toezichthouder afgedwongen worden met sancties, inclusief aanzienlijke administratieve boetes. Bij het opleggen van sancties is de toezichthouder niet alleen gebonden aan de mediawetgeving, het eigen beleid maar ook aan de Algemene Wet Bestuursrecht met daarin de Algemene Beginselen van Behoorlijk Bestuur met alle bestuursrechtelijke proceswaarborgen van dien, waaronder rechtsmiddelen met een lage drempel en zonder de noodzaak tot (het maken van kosten voor) wettelijke procesvertegenwoordiging. De evenredige en adequate bescherming van de grondrechten zal in elk van deze instanties deel dienen uit te maken van de procedure.

Ten tweede zullen influencers worden geconfronteerd met de maatregelen die de video sharing platforms gehouden zijn te nemen op basis van Richtlijn AVMD 2018, die civielrechtelijk zullen worden gehandhaafd door middel van algemene voorwaarden, technische maatregelen en gedragscodes. Dit kan betekenen dat video's zullen worden geblokkeerd of - na meerdere overtredingen - dat influencers de toegang tot het platform volledig ontegensprekend zal worden. Hoe groter de druk die van buiten af op VSP's zal worden gelegd (*regulatory backstop*), des te groter het risico dat VSP's zullen overcompenseren en (te) snel zullen overgaan tot het nemen van maatregelen. Nu het aannemelijk is dat voor het opsporen van overtredingen ook gebruik gemaakt zal worden van Artificiële Intelligentie, bestaat bovendien het risico op fouten. Zeker indien onvoldoende menselijk toezicht wordt gehouden op de uitkomsten van het algoritme zullen ook daardoor maatregelen soms ten onrechte kunnen worden opgelegd. Mocht de klachtenprocedure binnen de VSP's niet voorzien in een evenredige en adequate bescherming van de grondrechten van influencers, dan kunnen influencers hun zaak aan de nationale rechter voorleggen. Of de gemiddelde influencer zal doorprocederen valt nog te bezien, mede gezien de hoge kosten die daarmee gepaard gaan en de onzekere uitkomst vanwege de relatief beperkte horizontale werking van grondrechten.

Ten derde hebben Nederlandse influencers te maken met de Reclame Code Social Media. Hoewel in dat kader geen boetes kunnen worden opgelegd, worden overtredingen openbaar gemaakt met naam en toenaam. De publiciteit die daaruit volgt is negatief voor het (professionele) imago van de influencer, en kan bovendien terughoudendheid bij

89 Richtlijn (EU) 2018/1808, artikel 1(1)(m).

90 Richtlijn (EU) 2018/1808, artikel 11.

91 Richtlijn (EU) 2018/1808, artikel 11 lid 3.

92 Richtlijn (EU) 2018/1808, artikel 11 lid 4.

adverteerders voor toekomstige samenwerking tot gevolg hebben.

Ten vierde zullen influencers er goed aan doen om hun eigen zelfreguleringscode Social Code YouTube breed en zorgvuldig te gaan naleven, maar zullen ze deze ook in het zicht van de aanstaande regelgeving moeten aanpassen en uitbreiden, mogelijk in samenwerking met of als onderdeel van Reclame Code Social Media & influencer marketing.

4.1 *Niet op handen zitten*

Nu duidelijk is wat influencers te wachten staat, lijkt het verstandig vóór de nationale implementatie van de Richtlijn in 2020 tot actie over te gaan. De Nederlandse Social Code YouTube was vooral een eerste belangrijke stap in het professionaliseren van *influencer marketing*. Het heeft in ieder geval laten zien dat een aanzienlijk deel van de Nederlandse influencers het belang van transparantie over *influencer marketing* inziet. Alles overziend lijkt ook daarom dat verder investeren in de totstandbrenging van meer geavanceerde zelfregulering vooralsnog voor influencers de beste optie is. Een goed functionerende zelfreguleringscode die bovendien is geïntegreerd in de contractuele voorwaarden tussen adverteerders en influencers kan ertoe leiden dat nationale regelgevende instanties meer geneigd zullen zijn te kiezen voor een benadering van vertrouwen in de sector en terughoudend zullen zijn met sancties. Bovendien zou daarvan ook een breed geaccepteerde standaard met (digitaal) keurmerk onderdeel kunnen zijn. Een digitaal keurmerk kan AI-algoritmen nuttige informatie verschaffen, waarmee beoordelingsfouten zoveel mogelijk kunnen worden vermeden, evenals onterechte blokkades. Hoewel dit, mede indachtig de expliciete vereisten voor zelfregulering uit de Richtlijn AVMD 2018, nog heel wat inspanningen zal vergen, lijkt deze optie de moeite waard om te verkennen, niet alleen voor influencers maar ook voor adverteerders, toezichthouders en VSP's.

Ook toezichthouders kunnen intussen hun steentje bijdragen. Nadat de implementatie is voltooid, zullen de individuele Europese mediatoezichthouders niet alleen een nieuwe handhavingspraktijk moeten ontwikkelen voor de duizenden influencers als hun nieuwe normadressaten, maar doen ze er tevens goed aan het veld zo veel mogelijk praktische en technische *guidance* te geven over de gewenste wijze van naleving. In dit opzicht zou een sterke richtinggevende rol van ERGA, die in de Richtlijn AVMD 2018 daartoe bovendien een formele status heeft gekregen, de beoogde Europese harmonisatie ten goede komen.

Tot slot kan het zeker geen kwaad digitale geletterdheid in Nederland serieus te bevorderen zodat met name kwetsbare groepen kijkers niet alleen beter in staat zijn influencer-marketing te herkennen, maar ook de betekenis van symbolen die aangeven dat er sprake is van influencer-marketing, zoals **#ad** of **#spon** beter te begrijpen. Onder de Richtlijn AVMD 2018 zijn alle EU-lidstaten overigens ook verplicht om maatregelen voor de ontwikkeling van vaardigheden op het gebied van mediageletterdheid te bevorderen en te nemen.