KULTUR STYRELSEN

28. september 2015

Radio- og tv-nævnet

Louise Nygaard Andersen
Fuldmægtig, cand.jur.

lna@kulturstyrelsen.dk
www.kulturstyrelsen.dk

DR Byen
Emil Holms Kanal 20
0999 København C

Att.: DR Jura, Politik og Strategi

Klage over skjult reklame for Ben & Jerry's i et programafsnit af The Tonight Show med Jimmy Fallon vist på DR3

Sammendrag

Anders Christiansen, der er journalist på Radio24syv, har ved mail af 25. februar 2015 klaget over skjult reklame for Ben & Jerry's i "The Tonight Show" sendt på DR3.

Radio- og tv-nævnet har nu taget stilling i sagen og truffet afgørelse om, at indslaget om Ben & Jerry's i det påklagede programafsnit indeholder skjult reklame for Ben & Jerry's i strid med radio- og fjernsynslovens § 72 og reklamebekendtgørelsens § 2, stk. 1.

Sagens oplysninger

Klagen vedrører et afsnit af det amerikanske talkshow "The Tonight Show" med værten Jimmy Fallon.

Programafsnittet blev vist på DR3 den 24. februar 2015 kl. 18.30.

Klager anfører, at programmet er i strid med § 2, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 801 af 21. juni 2013 om reklamer og sponsorering mv. af programmer i radio, fjernsyn og on demand-audiovisuelle medietjenester samt indgåelse af partnerskaber (reklamebekendtgørelsen), fordi det indeholder skjult reklame for isproducenten Ben & Jerry's.

Beskrivelse af indslaget

DR har som bilag til høringssvar af 26. august 2015 vedlagt en kopi af det pågældende programafsnit, der har en samlet varighed af ca. 41 minutter. Det påklagede indslag om Ben & Jerry's har en samlet varighed af 4 minutter og 31 sekunder.

Showet indledes med live musik og en præsentation af Jimmy Fallon (herefter værten) i studiet, hvorefter forskellige indslag følger. Showet har en humoristisk stil og indeholder forskellige satiriske og musikalske indslag, interviews mv.

Ca. 13 minutter inde i programmet begynder det påklagede indslag.

Værten indleder indslaget med følgende præsentation:

"You know I used to have a Ben & Jerry's ice cream flavor called Late Night Snack. That was a big deal at one point… It was great but this isn't the Late Night anymore. This is The Tonight Show! This is the big league. We've got to raise the bar, we've got to up our game! And that is exactly what we did. We hold up in the Ben & Jerry's lab. We tried thousands of ice cream flavor combinations. We sampled millions of ingredients."

Under værtens præsentation vises en række komiske billeder af ham iført en hvid kittel i et laboratorium, hvor han håndterer forskelligt laboratorieudstyr fyldt med småkager, kagedej og isvafler. På to af billederne ses Ben & Jerry's isbæger tydeligt.

Værten fortsætter:

"Look at this exclusive footage of me doing a taste test."

Herefter vises en simpel computeranimation, hvor en computeranimeret mand vifter med to isvafler mens han siger:

"I like ice cream. Ice cream is cold".

Værten fortsætter:

"Now look, we didn't stop. You are welcome. Exclusive footage. I didn't even know that the cameras were rolling. Yeah. We didn't stop until we found the perfect flavor. I am talking about a brand new Tonight Show ice cream. And guess what, we are about to unveil it right now for the very first time. Here to help me, ladies and gentlemen, give it up for Ben and Jerry!"

Et blåt forhæng åbnes, og de to skabere af Ben & Jerry's, Jerry Greenfield og Ben Cohen, træder frem på scenen og hilser.

Herefter har værten følgende dialog med Ben og Jerry:

- "My God, that's the guys right there. They do it. They do it. Thank you so much for coming. I appreciate you being here, you guys. I know you had to travel a long way."

- "We are excited to be here. We don't show up for a lot of these late night things."

- "I love what you do. You make the best ice cream out there, but you also do so much for charity out there. And you do stuff for fair trade. And our ice cream is made all of fair trade ingredients. Can you explain what fair trade is? This is very cool."

- "It is a program, that guarantees fair prices for small farmers in developing countries for commodities like vanilla, cocoa, coffee. Ben & Jerry's is now 100 percent fair trade and a 100 percent free of GMO."

- "I couldn't be more excited. Everyone is going to love this new flavor. Let's show them what it is. Orchestra, could I get a drum roll please."

Herefter går værten sammen med Ben Cohen og Jerry Greenfield over til et tildækket isbæger i overdimensioneret størrelse. Under tromme-hvirvler fjerner værten stoffet fra det store isbæger, der er større end ham selv. Isbægeret er udformet i klassisk Ben & Jerry's-stil, påtrykt skriften "The Tonight Dough by Jimmy Fallon" og viser et billede af værten ved siden af en stor kugle is. Bægeret indeholder information om isens smagssammensætning, fair trade-mærket og Ben & Jerry. logoet.

Værten præsenterer isen:
"The Tonight Show Dough. This is it right there. That's the new dough by Jimmy Fallon. Guys, this ice cream is the greatest. It is the best tasting ice cream, I swear, you will ever ever have in your life. Can you tell us what is in it, you guys."

Ben og Jerry svarer:
"Chocolate and caramel ice cream, cookie dough and peanut butter cookie dough and a chocolate cookie swirl."

Værten fortsætter:
"That is what we are talking about! Peanut butter cookie dough and chocolate chip cookie dough, it is basically the greatest ice cream I

ever had and all the profits, all my profits, goes to charity, is that correct?"

En mand træder halvvejs frem bag isbægeret og rækker alle tre et bæger med is. Mens de spiser denne, siger Ben:

"The SeriousFun Childrens network that has camps all over the world for kids that are seriously ill."

Værten fortsætter:

"That is great. It is a great ice cream, it is a great cause. Guys, go to the nearest Ben & Jerry's scoop shop and demand it! When this Sunday's New York Times best-selling ice cream list comes out I wanna be number one! I am going to start right here because there is Tonight Dough ice cream for everyone in Tonight studio audience! Check out http://benjerry.com to see where you can find Tonight Dough in store. Thanks to Ben and Jerry! Thanks guys for coming! We will be right back for Taylor Swift everybody."

Da værten henviser til Ben & Jerry's hjemmeside ses webadressen i ca. to sekunder på skærmen.

Indslaget slutter således, at der zoomes ud fra scenen, hvor man ser værten og Ben og Jerry stå ved siden af det overdimensionerede isbæger.

Høringssvar

DR:
DR opdeler DR's høringssvar af 26. august 2015 på følgende måde:

<u>Sagens faktuelle forhold:</u>
DR oplyser, at "The Tonight Show" er en institution i amerikansk tv. Programmet er et værtsbåret underholdnings- talkshow, der har defineret genren og været inspiration for hundredvis af talkshows over hele verden. NBC har sendt programmet siden 1954, hvilket dermed er det længst løbende talkshow i amerikansk fjernsyn. "The Tonight Show" har igennem tiderne været præsenteret af værter/komikere som Johnny Carson, Jay Leno og senest Jimmy Fallon.

Programmet består typisk af en stand up –komiker eller -vært, der laver satire over aktuelle begivenheder, musikindslag samt interviews med to-tre gæster. Disse gæster er typisk berømte skuespillere, komi-

kere eller musikere, men kan også være politikere, forfattere eller kendte erhvervsfolk. Desuden indeholder programmet ofte en eller flere sketches eller selskabslege med værten.

"The Tonight Show" bliver produceret af NBC Universal, der bl.a. ejer tv-stationen NBC.

I programmet præsenteres "The Tonight Dough", en ny issmag af isproducent Ben & Jerry's. Ben & Jerry's er en meget kendt, internationalt opererende isproducent, der i 1978 blev grundlagt af Jerry Greenfield og Ben Cohen, men som i dag ejes af Unilever-koncernen.

Virksomheden har i tidens løb markeret sig ved dens sociale engagement, som f.eks. ved udelukkende at gøre brug af fair trade-produkter og GMO-frie ingredienser, samt kun at bruge miljøvenlige emballager. Hertil kommer Ben & Jerry's støtte til velgørenhedsorganisationer som Childrens Defend Fund og Childline.

Ben & Jerry's har tidligere samarbejdet med kendte personer med det formål at understøtte sociale initiativer. Dette skete eksempelvis via et samarbejde med The Dave Mathews Band (issmag "One Sweet Whirled"), hvor dele af overskuddet fra salget gik til en kampagne til bekæmpelse af den globale opvarming. Overskuddet fra salget af "The Late Snack by Jimmy Fallon" gik til Fair Trade-organisationer, mens (dele af) overskuddet af salget af "AmeriCone Dream", et samarbejde med talkshow vært Stephen Colbert, går til The Stephen Colbert AmeriCone Dream Fund, der støtter forskellige sociale formål.

"The Tonight Dough" is kan købes i en begrænset periode på det amerikanske marked, og overskuddet fra salget går til velgørenhedsorganisation "SeriousFun Children's network", der har til formål at hjælpe alvorligt sygdomsramte børn og deres pårørende. Isen kan ikke købes i Danmark.

Ben Cohen og Jerry Greenfield er ikke længere involveret i den daglige drift af Ben & Jerry's og optræder kun sjældent offentligt.

"The Tonight Show" er en udenlandsk, færdigproduceret programserie, hvor DR ikke har redaktionel indflydelse på programindholdet. DR har udsendt "The Tonight Show" siden 2014 efter at have sendt "The Late Show", ligeledes med vært Jimmy Fallon, siden 2012.

Produktplacering eller skjult reklame:
DR anfører, at det afgørende kriterie for adskillelsen mellem produktplacering og skjult reklame er, hvorvidt NBC har modtaget betaling eller anden form for ydelse for at præsentere isen "The Tonight Dough" i "The Tonight Show" fra virksomheden "Ben & Jerry's".

DR har rettet henvendelse til både tv-stationen NBC og NBC Universal for at få oplyst, hvorvidt der er tale om produktplacering i det pågældende afsnit af "The Tonight Show".

DR oplyser herefter følgende:

"NBC Universal er ikke kontraktligt forpligtet til at oplyse om eventuel produktplacering i "The Tonight Show".

NBC Universal har meddelt, at der ikke er tale om produktplacering fra Ben & Jerry's, men at man har indgået en aftale, hvor både Tonight Show og Jimmy Fallon frasiger sig royalty-indtægter ved salget af isen, som i stedet for doneres til de anførte sociale formål."

Der er således ikke tale om produktplacering med henblik på "The Tonight Dough", og reglerne om skjult reklame finder hermed efter DR's opfattelse anvendelse.

Efter reglerne om skjult reklame er det et afgørende kriterium, om præsentationen af "The Tonight Dough" og virksomheden Ben & Jerry's går udover, hvad der vil være berettiget i forhold til udsendelsens redaktionelle indhold.

DR henviser til Radio- og tv-nævnets afgørelse af 6. marts 2007 vedr. skjult reklame for Apples IPod i "Letterman Late Show", hvor nævnet fandt, at vurderingen af, om der er tale om skjult reklame i indkøbte programmer, skulle være mindre restriktiv end for egenproduktioner.

Lægges dette til grund, er det DR's opfattelse, at en fremhævelse af "The Tonight Dough" eller Ben & Jerry's i videre omfang kan anses som redaktionelt berettiget, end hvis DR selv havde produceret programmet.

The Tonight Show er præget af værtens (amerikanske) stil, som generelt omtaler eller beskriver både personer og begivenheder i store, ofte billedrige vendinger. Han udtaler sig altid meget positivt, engageret og begejstret om sine gæster, begivenheder mv. "The Tonight Show"s facon er uhøjtidelig og spreder en positiv "feel good" stemning.

Det påklagede indslag har til formål at informere seerne om det fornyede samarbejde mellem showets vært og isproducenten Ben & Jerry's til fordel for velgørenhed.

Både visningen og omtale af "The Tonight Dough" samt omtale af Ben & Jerry's er efter DR's opfattelse en fremhævelse.

Fremhævelsen af Ben & Jerry's:
DR er af den opfattelse, at fremhævelsen af isproducenten Ben & Jerry's er berettiget i forhold til indslagets redaktionelle formål, idet der informeres om isproducentens sociale engagement i form af brug af fair trade-ingredienser og støtte af velgørenhedsorganisationer. Fallons omtale af virksomheden Ben & Jerry's er ikke anprisende, bortset fra hans bemærkning *"You guys make the best ice cream out there".* Under hensyntagen til den ovenfor anførte praksis samt Jimmy Fallons stil kan denne enkeltstående bemærkning om virksomheden dog stadig anses for at være indenfor det tilladte.

Fremhævelsen af "The Tonight Dough" is:
DR erkender, at der sker en mere udpræget fremhævelse af "The Tonight Dough" . Det overdimensionerede isbæger vises gentagne gange, og værten omtaler isen i rosende vendinger, eksempelvis ved udsagnene: *"the best tasting ice cream, I swear, you will ever have in your life"* eller *"it is basically the greatest ice cream I ever had"* og til sidst opfordrer han til at købe isen: *"Guys, go to the nearest Ben & Jerry's scoop shop and demand it!".*

Men fordi der gælder videre rammer for indkøbte programmer, og fordi programmet har en meget typisk amerikansk "feel good" facon, der skal være sjov, underholdende og skaber en positiv, god stemning, er DR af den opfattelse, at fremhævelsen af "The Tonight Dough" stadigvæk kan betegnes som redaktionelt begrundet.

DR anfører endvidere, at værtens omtale af isen tydeligvis er præget af, at overskuddet ved salget af isen skal doneres til velgørenhed, og at hans anprisende omtale sker med henblik på at fremme og hjælpe SeriousFun Children's network's arbejde i den periode, hvor isen kan købes i USA.

I den forbindelse anfører DR, at selvom en omtale af et givet produkt, der indebærer en fremhævelse, og som endda har et kommercielt præg, kan være tilladt, hvis omtalen sker i en særlig kontekst. DR henviser her til Radio- og tv-nævnets afgørelse af 12. august 2004

vedrørende bl.a. anmeldelse af påskebryg, herunder en særlig øl ("Crown") brygget i anledning af Kronprinsparrets bryllup den 14. maj 2004. Her fandt nævnet, at omtalen af denne øl var en massiv fremhævelse med et kommercielt islæt. Imidlertid var fremhævelsen berettiget i den konkrete kontekst, da der var tale om en øl, der blev brygget i et begrænset antal og som udelukkende var på markedet i en kort periode i anledning af brylluppet.

Det er på den baggrund DR's opfattelse, at nævnet i sin afgørelse tillod en kommerciel præget fremhævelse af et produkt, som kun kunne købes på det tidspunkt, det pågældende program blev vist, og som blev lanceret i denne særlige kontekst.

Selvom offentliggørelsen af isen "The Tonight Dough" ikke direkte kan sammenlignes med en enestående begivenhed som kronprinsparrets bryllup, er DR af den opfattelse, at fremhævelsen af "The Tonight Dough" ligeledes sker i en særlig kontekst. Isen bliver produceret i en begrænset periode og med det formål at understøtte en velgørenhedsorganisations arbejde. Historien bag produktet er Jimmy Fallons fornyede engagement i forhold til sociale formål – tidligere i form af støtte til fair trade-organisationer, og aktuelt i form af støtte til sygdomsramte børn og deres pårørende.

DR anfører endvidere, at "The Tonight Dough" – i modsætning til øllen "Crown" – ikke kan købes på det danske marked.

Da isen ikke kan købes på det danske marked, anser DR det for tvivlsomt, hvorvidt danske seere af "The Tonight Show" kan blive vildledt med henblik på, om indslaget er en af medietjenesteudbyderne tilsigtet reklame, idet isen "The Tonight Dough" ikke er tilgængelig for danske kunder.

DR er derfor samlet set af den opfattelse, at der heller ikke med henblik på "The Tonight Dough" er tale om en fremhævelse, der går udover, hvad der redaktionelt må være begrundet.

Radio- og tv-nævnets vurdering
Radio- og tv-nævnet har i henhold til § 44, nr. 1, i lov om radio- og fjernsynsvirksomhed, jf. lovbekendtgørelse nr. 255 af 20. marts 2014, på sit møde den 25. september 2015 behandlet sagen og skal udtale:

<u>Produktplacering eller skjult reklame:</u>
Det fremgår af reklamebekendtgørelsens § 31, stk. 1, at programmer i bl.a. fjernsyn, som indeholder produktplacering, ikke er tilladte, jf. dog

§ 32. Produktplacering defineres i reklamebekendtgørelsens § 31, stk. 2, som visning eller omtale af en vare, en tjenesteydelse eller et varemærke som led i et program mod betaling eller anden modydelse. For at der skal være tale om produktplacering, skal medietjenesteudbyderen modtage betaling eller anden modydelse for sin omtale eller visning af et bestemt produkt.

DR oplyser i sit høringssvar af 26. august 2015, at NBC har oplyst, at der ikke er indgået aftale om produktplacering. På denne baggrund lægger Radio- og tv-nævnet til grund, at den producerende tv-station NBC ikke har modtaget betaling eller anden modydelse fra den virksomhed, der markedsfører Ben & Jerry's, for at lade virksomhedens produkter indgå i showet.

Radio- og tv-nævnet finder på denne baggrund, at det er reglerne om skjult reklame, der finder anvendelse.

Det følger af § 72 i radio- og fjernsynsloven og § 2, stk. 1, i reklamebekendtgørelsen, at reklamer klart skal kunne identificeres som sådanne, således at de i indhold og præsentation adskiller sig fra ordinære programmer.

Reklamer, der udsendes i strid med reglerne, udgør skjult reklame.

Skjult reklame defineres i artikel 1, litra j) i direktiv 2010/13/EU om audiovisuelle medietjenester (AVMS-Direktivet) som:

"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 vil kunne vildlede offentligheden med hensyn til sin art. En sådan præsentation anses navnlig for at være tilsigtet, når den foretages mod betaling eller anden modydelse".

Definitionen indeholder tre kumulative betingelser, der alle skal være opfyldte, førend der er tale om skjult reklame. Fremhævelsen skal være tilsigtet fra medietjenesteudbyderens side, den skal være ment som en reklame, og den skal kunne vildlede offentligheden med hensyn til sin art.

Da det i praksis kan være vanskeligt at afgøre, om en fremhævelse fra medietjenesteudbyderens side har været tilsigtet og ment som en re-

klame, har Kommissionen i sin fortolkningsmeddelelse[1] bestemt, at det er berettiget at anvende kriteriet "uberettiget fremhævelse". En uberettiget fremhævelse kan bl.a. ligge i, at et varemærke, en tjenesteydelse mv. optræder gentagne gange eller fremhæves på en særlig måde i et program. I den forbindelse skal der tages hensyn til programmets redaktionelle indhold. Hvis en vare f.eks. fremhæves uden berettigelse i forhold til det redaktionelle indhold eller fremhævelsen skyldes, at kommercielle hensyn har påvirket det redaktionelle indhold eller indebærer en risiko for, at seerne vildledes, kan dette indikere, at der foreligger skjult reklame.

Inden selve vurderingen skal det afklares, hvilken betydning det har, at der er tale om et indkøbt, amerikansk program.

Fordi "The Tonight Show" er et indkøbt udenlandsk program, har DR hverken haft indflydelse på indholdet eller tilrettelæggelsen af programmet, herunder de bagvedliggende aftaler eksempelvis mellem NBC og Ben & Jerry's.

Radio- og fjernsynslovens § 72 om skjult reklame er efter sin ordlyd gældende for alle programmer, uagtet om de er indkøbte, stillet vederlagsfrit til rådighed eller egenproducerede. Bestemmelsen har til formål at beskytte seerne. Da et stort antal af de programmer, som vises i dag, er indkøbte, udvandes denne beskyttelse, hvis fortolkningen af radio- og fjernsynslovens § 72 førte til, at bestemte typer af programmer ikke skulle være omfattet.

Radio- og tv-nævnet finder på denne baggrund, at DR som udgangspunkt har pligt til at påse, at også indkøbte programmer overholder gældende regler.

Ifølge Radio- og tv-nævnets praksis indrømmes tv-stationerne dog en videre ramme i vurderingen af, om der er tale om skjult reklame, hvis programmet er indkøbt, og tv-stationen derfor ikke har haft indflydelse på produktionen. Dette ses navnlig ved visning af bannerreklamer og lignende ved transmissioner af sportsbegivenheder mv. Overdreven eksponering af og indzooming på eksempelvis bannerreklamer kan dog stadig udgøre skjult reklame.

---

[1] 2004/C 102/02 om visse aspekter ved bestemmelserne i direktivet om "Fjernsyn uden grænser, Direktiv 89/552/EØF, som senere ændret ved direktiv 2010/13/EU om audiovisuelle medietjenester.

På denne baggrund er det nævnets opfattelse, at vurderingen af, om der er tale om skjult reklame i indkøbte programmer, skal være mindre restriktiv end vurderingen ved egenproduktioner.

Herefter er spørgsmålet, om der er tale om en fremhævelse af Ben & Jerry's.

Indslaget handler om et nyt Ben & Jerry-produkt, der kun vil være på det amerikanske marked i kortere tid. Produktet er udarbejdet i samarbejde mellem isproducenten og The Tonight Show. Indslaget indeholder en lang række kommercielle fremhævelser, ikke alene af produktet, men også af Ben & Jerry's, herunder fremhævelser af isbægerets design med producentens logo og talrige henvisninger til og omtale af producenten.

På denne baggrund finder Radio- og tv-nævnet, at der er tale om en fremhævelse af Ben & Jerry's.

Herefter er spørgsmålet, om fremhævelsen er redaktionelt berettiget.

Programmet indeholder udover massive visuelle fremhævelser af Ben & Jerry's produkter, logo mv. også anprisninger og rosende omtale af Ben & Jerry's.

Ben & Jerry's er et særdeles velkendt brand i Danmark, der sælges over hele landet. Radio- og tv-nævnet finder derfor ikke, at det faktum, at den specifikke variant, "The Tonight Dough", ikke kan købes i Danmark, kan tillægges vægt i vurderingen.

Det følger af Radio- og tv-nævnets praksis, at en fremhævelse af et kommercielt produkt kan være redaktionelt berettiget, hvis den sker i en passende kontekst.

I nærværende sag skal fremhævelsen ses i sammenhæng med formålet med indslaget, som vedrører samarbejdet mellem virksomheden bag Ben & Jerry's og The Tonight Show om salget af den fremhævede isvariant, hvor overskuddet skal doneres til velgørenhed. Nævnet finder imidlertid, at fremhævelserne af den pågældende isvariant og særligt virksomheden (personificeret ved Ben Cohen & Jerry Greenfield) i deres konkrete udformning og karakter går ud over, hvad der er berettiget i forhold til det nævnte formål. Nævnet finder endvidere, at fremhævelserne er egnede til at give seeren det indtryk, at der er tale om reklame, uanset at programmet er en udenlandsk produktion.

Radio- og tv-nævnet finder på den baggrund, at programmet indeholder skjult reklame for Ben & Jerry's.

Programmet "The Tonight Show" er dermed udformet i strid med reklamebekendtgørelsens § 2, stk. 1.

På baggrund heraf har Radio- og tv-nævnet truffet følgende

AFGØRELSE

Indslaget om isen "The Tonight Dough" fra Ben & Jerry's i programafsnittet af "The Tonight Show" vist på DR3 den 24. februar 2015 kl. 18.30 indeholder skjult reklame i strid med radio- og fjernsynslovens § 72 og reklamebekendtgørelsens § 2, stk. 1.

Mads Bryde Andersen
Formand

Louise Nygaard Andersen
Nævnssekretær

Kopi sendt til:
Anders Christiansen