

Noot bij ABRvS 3 augustus 2005, SBS Broadcasting vs Commissariaat voor de Media (Mediaforum 2005-9, nr. 29)

Wouter Hins

1. Niet één, niet twee, maar drie regiems voor sluikreclame. Dat is het resultaat van bovenstaande uitspraak, gewezen na hoger beroep van het Commissariaat voor de Media tegen de uitspraak van de rechtbank Amsterdam d.d. 3 september 2004, *Mediaforum* 2004-11/12, nr. 42 m.nt. P. Burger. De drie regiems zijn:

1. Nederlandse voorschriften voor de publieke omroep.
2. Nederlandse voorschriften voor commerciële omroep.
3. Voorschriften van de EG-Televisierichtlijn.

De Televisierichtlijn vormt de ondergrens waar nationale voorschriften aan moeten voldoen (richtlijn 89/552/EEG, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/36/EG). Over de betekenis van de voorschriften inzake reclame heeft de Europese Commissie een interpretatieve mededeling gepubliceerd in het Publicatieblad van 28 april 2004 (PbEG C102/2).

2. De procedure begon met een bestuurlijke boete, opgelegd door het Commissariaat voor de Media aan de commerciële omroepinstelling SBS. Anders dan het Luxemburgse CLT – verantwoordelijk voor RTL4, 5 en 7 – valt SBS Broadcasting BV onder de bevoegdheid van Nederland. De boete werd opgelegd wegens het in beeld brengen van opvallende borden met bewegende reclame tijdens een live-televisieverlag van het Ajax 2001-toernooi. Was dat verboden sluikreclame? Ja, zei het Commissariaat en legde een boete op wegens overtreding van artikel 52j (oud) van het Mediabeluit. Nee, zei de rechtbank Amsterdam. De rechtbank benadrukte dat er een belangrijk verschil bestaat tussen publieke en commerciële omroep. Artikel 52j (oud) Mediabeluit moest niet worden uitgelegd conform de strenge regels voor de NOS c.s., maar conform de minimumnormen van de EG-Televisierichtlijn. De uitspraak van de rechtbank is in hoger beroep door de Afdeling bevestigd, maar met verbetering van gronden. Commerciële omroepen hebben inderdaad meer armslag dan de publieke omroep. Het Mediabeluit is echter strenger dan de EG-Televisierichtlijn. Goed nieuws voor RTL4, 5 en 7, die elke extra beperking voor hun Nederlandse concurrenten zullen toejuichen.

3. Artikel 52j (oud) van het Mediabeluit komt vrijwel letterlijk overeen met het huidige artikel 71m van de Mediawet. De overheveling uit een algemene maatregel van bestuur naar een wet in formele zin geschiedde bij wet van 30 oktober 2003, Stb. 485. Uit de memorie van toelichting bij het desbetreffende wetsvoorstel blijkt dat geen inhoudelijke wijziging is beoogd (Kamerstukken II, 2001/02, 28476, nr. 3, p. 10-11). De uitleg die de Afdeling nu gegeven heeft aan artikel 52j (oud) Mediabeluit is dus relevant voor het huidige recht.

4. Als SBS deel had uitgemaakt van de publieke omroep, had het Commissariaat ongetwijfeld ook een boete opgelegd. Programma's van de publieke omroep mogen volgens artikel 52 Mediawet geen vermijdbare reclame-uitingen bevatten, behoudens

uitzonderingen die bij amvb zijn omschreven. Reclameborden rond een voetbalwedstrijd kunnen gemakkelijk worden vermeden, namelijk door geen beelden van de wedstrijd uit te zenden. Het komt dus aan op de uitzonderingen. De meest relevante uitzondering voor de tv-verslaglegging van wedstrijden die in Nederland plaats vinden, staat in artikel 30a, eerste lid, van het Mediabesluit. Het verslag mag worden uitgezonden als de reclame-uitingen niet overheersend zijn. Over de uitleg van het begrip ‘overheersend’ heeft het Commissariaat op 13 juni 2000 beleidsregels vastgesteld (Str. 125). In casu was het Commissariaat van oordeel dat de reclameborden overheersend waren, dus deze uitzondering zou de publieke omroep niet baten.

5. Voor commerciële omroepinstellingen geldt niet artikel 52 Mediawet juncto de uitzonderingen van het Mediabesluit, maar een afzonderlijk regiem, neergelegd in artikel 71m Mediawet, de opvolger van artikel 52j (oud) Mediabesluit. Het Commissariaat kan een commerciële omroepinstelling alleen beboeten voor het in beeld brengen van reclameborden wanneer de omroepinstelling ‘naar redelijkerwijs kan worden aangenomen daarmee beoogt of mede beoogt het publiek te bewegen tot het kopen van een bepaald product of het gebruik maken van een bepaalde dienstverlening, dan wel gunstig te stemmen ten aanzien van een bepaald bedrijf, een bedrijfstak of een bepaalde instelling teneinde de verkoop van producten of de afname van diensten te bevorderen’. In het bestreden boetebesluit zocht het Commissariaat aansluiting bij het voorwaardelijk opzetbegrip. Als SBS een programma uitzendt met overheersende reclame, stelt zij zich willens en wetens bloot aan de reële kans dat het publiek wordt bewogen. Effectief krijgen publieke en commerciële omroepen zo dezelfde behandeling.

6. Evenals de rechtbank oordeelt de Afdeling dat het Commissariaat ten onrechte heeft aangenomen dat SBS het bedoelde oogmerk had¹. Uit r.o. 2.4.1 wordt niet geheel duidelijk wanneer dat wel had gekund. De enkele omstandigheid dat reclameborden in beeld zijn gekomen, is onvoldoende. De Afdeling distantieert zich ook niet van het oordeel dat de reclame ‘overheersend’ was. Welk extra element is dan nog nodig om van een verboden oogmerk te spreken? Wellicht heeft de Afdeling bij het bekijken van de videocompilatie gelet op de cameravoering. Mogelijk zou zij ook ten nadele van SBS hebben beslist als de hoeveelheid reclame extreem was geweest². De Afdeling let ‘mede’ op hetgeen de rechtbank heeft overwogen met betrekking tot de totstandkoming van de uitzendingen. De rechtbank herinnerde eraan dat het ging om een internationaal toernooi, waarbij SBS om de uitzendrechten te verwerven moest concurreren met tal van aanbieders, waaronder omroepen die niet onder het toezicht van het Commissariaat voor de Media vallen (RTL4, 5 en 7). Dat verzwakt de mogelijkheid om invloed uit te oefenen op de inrichting van het stadion. Artikel 71m, tweede lid, Mediawet – vroeger artikel 52j, tweede lid, Mediabesluit – noemt uitdrukkelijk één geval waarin het verboden oogmerk geacht wordt aanwezig te zijn:

¹ De beslissing op bezwaar d.d. 18 juni 2002 is gepubliceerd in Omroep & Commercie 2000-2002, p. 229-235.

² Dat de hoeveelheid reclame een relevante factor is bij de toepassing van artikel 52j (oud) Mediabesluit blijkt uit ABRvS 8 januari 2003, LJN-nr. AF2727. Ook dat was een geschil tussen SBS en het Commissariaat voor de Media (‘Robijn Fashion Award 1998’).

als de omroep zich heeft laten betalen. Zo'n betaling zal het Commissariaat echter bijna nooit kunnen bewijzen.

7. Interessant is r.o. 2.3.1, waar de Afdeling afwijkt van de rechtbank. De rechtbank had overwogen dat artikel 52j (oud) Mediabesluit een implementatie beoogde van de Televisierichtlijn. De richtlijn bepaalt in artikel 10, vierde lid, dat 'sluikreclame' is verboden, welk begrip gedefinieerd wordt in artikel 1, aanhef en onder d, van de richtlijn. De definitie bevat twee centrale elementen:

1. de bedoeling van de omroepinstelling reclame te maken en
2. de mogelijkheid dat het publiek kan worden misleid omtrent de aard van de vermelding of vertoning.

Als één van beide elementen ontbreekt, is er geen sluikreclame. Artikel 3 van de richtlijn staat weliswaar toe dat lidstaten voor de onder hun bevoegdheid vallende omroepen strengere of meer gedetailleerde voorschriften vaststellen, maar de rechtbank vond geen aanwijzingen dat de regering gebruik wilde maken van deze bevoegdheid. Omdat in casu geen gevaar bestond voor misleiding, kon artikel 52j (oud) Mediabesluit niet overtreden zijn. De Afdeling kijkt echter naar de tekst van het Nederlandse voorschrift en constateert dat daarin met geen woord gesproken wordt van de mogelijkheid van misleiding. Conclusie: Nederland heeft inderdaad gebruik gemaakt van de bevoegdheid om strengere voorschriften vast te stellen dan het kale minimum van de richtlijn. Het zou duidelijker zijn als de wetgever in zo'n geval uitdrukkelijk verwijst naar zijn bevoegdheid tot aanvulling.