

Nr. 3 Zelfpromotie

Hof van Justitie van de EU 30 januari 2024
ECLI:EU:C:2023:588 (C-255/21)

In de zaak betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) bij beslissing van 25 maart 2021, ingekomen bij het Hof op 21 april 2021, in de procedure Reti Televisive Italiane SpA (RTI) tegen
Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM), in tegenwoordigheid van:
Elemedia SpA,
Radio Dimensione Suono SpA,
RTL 102, 500 Hit Radio Srl,
wijst
HET HOF (Derde kamer), samengesteld als volgt: K. Jürimäe, kamerpresident, N. Piçarra (rapporteur), M. Safjan, N. Jääskinen en M. Gavalec, rechters, advocaat-generaal: J. Kokott, griffier: C. Di Bella, administrateur, gezien de stukken en na de terechtzitting op 14 september 2022, gelet op de opmerkingen van:

- Reti Televisive Italiane SpA (RTI), vertegenwoordigd door F. Lepri, M. Molino en G. Rossi, avvocati,
- Elemedia SpA, Radio Dimensione Suono SpA en RTL 102,500 Hit Radio Srl, vertegenwoordigd door F. Di Ciommo, avvocato,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door R. Guizzi, avvocato dello Stato,
- de Poolse regering, vertegenwoordigd door B. Majczyna als gemachtigde,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Braun en L. Malferrari als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 13 juli 2023, het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 23, lid 1, en lid 2, onder a), van 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 (richtlijn audiovisuele mediadiensten) (PB 2010, L 95, blz. 1), en van overweging 43 van richtlijn (EU) 2018/1808 van het Europees Parlement en de Raad van 14 november 2018 (PB 2018, L 303, blz. 69), waarbij eerstgenoemde richtlijn is gewijzigd, maar die ratione temporis niet van toepassing is op het hoofdgeding.

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Reti Televisive Italiane SpA (RTI) en de Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) (toezichthoudende autoriteit voor de communicatiesector, Italië) over de rechtmatigheid van drie besluiten van deze autoriteit waarbij aan RTI sancties zijn opgelegd wegens overschrijding door de televisiezenders Canale 5, Italia 1 en Rete 4 van de krachtens de Italiaanse regeling toegestane maximale zendtijd voor reclame per uur.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

Richtlijn 2010/13

3 De overwegingen 23, 25, 87, 96 en 97 van richtlijn 2010/13 luiden:

„(23) Voor de toepassing van deze richtlijn dient de term ‚audiovisueel‘ naar bewegende beelden met of zonder geluid te verwijzen, waardoor deze wel betrekking heeft op stomme films, maar niet op de doorgifte van geluid of radiodiensten. [...]

[...]

(25) Het begrip ‚redactionele verantwoordelijkheid‘ is essentieel voor de definiëring van de rol van de aanbieder van mediadiensten en derhalve ook voor de definitie van audiovisuele mediadiensten.

De lidstaten kunnen bij de aanneming van de bepalingen ter uitvoering van deze richtlijn bepaalde aspecten van de definitie van redactionele verantwoordelijkheid, met name het begrip ‚effectieve controle‘, nader specificeren. [...]

[...]

(87) Een maximum van 20 % televisiereclamespots en telewinklereclamespots per klokuur, dat ook van toepassing is gedurende ‚prime time‘, moet worden vastgelegd. Onder televisiereclamespot dient te worden verstaan een televisiereclame in de zin van artikel 1, lid 1, onder i), met een duur van niet meer dan 12 minuten.

[...]

(96) Het is nodig te verduidelijken dat zelfpromotieactiviteiten een bijzondere vorm van reclame zijn, waarbij de omroeporganisatie haar eigen producten, diensten, programma's of netten aanprijst. Vooral trailers die bestaan in programma-uittrekels moeten als programma's worden beschouwd.

(97) De dagelijkse zendtijd besteed aan aankondigingen door de omroeporganisatie in verband met haar eigen programma's en met rechtstreeks daarvan afgeleide ondersteunende producten of aan mededelingen van de overheid en liefdadigheidsgroepen die gratis worden uitgezonden, dient niet tot de maximale zendtijd per dag of per uur voor reclame en telewinkelen te worden gerekend.”

4 Artikel 1, lid 1, van die richtlijn bevat de volgende definities:

„[...]

a) ‚audiovisuele mediadienst‘:

i) een dienst in de zin van de artikelen 56 en 57 [VWEU] die valt onder de redactionele verantwoordelijkheid van een aanbieder van mediadiensten, met als hoofddoel de levering aan het algemene publiek van programma's ter informatie, vermaak of educatie [...];

ii) audiovisuele commerciële communicatie;

b) ‚programma‘: een reeks bewegende beelden, al dan niet met geluid, die een afzonderlijk element van een door een aanbieder van mediadiensten opgestelde schema of catalogus vormt en waarvan de vorm en de inhoud vergelijkbaar zijn met die van televisie-uitzendingen. Voorbeelden van programma's zijn bioscoopfilms, sportevenementen, komische series, documentaires, kinderprogramma's en origineel drama;

c) ‚redactionele verantwoordelijkheid‘: het uitoefenen van effectieve controle over de keuze van programma's en de organisatie ervan in hetzij een chronologisch schema, in het geval van televisie-uitzendingen, hetzij een catalogus, in het geval van audiovisuele mediadiensten op aanvraag. Redactionele verantwoordelijkheid behelst niet noodzakelijkerwijs een wettelijke aansprakelijkheid voor de inhoud of de aangeboden diensten krachtens het nationale recht;

d) ‚aanbieder van mediadiensten‘: de natuurlijke of rechtspersoon die de redactionele verantwoordelijkheid draagt voor de keuze van de audiovisuele inhoud van de audiovisuele mediadienst en die bepaalt hoe deze wordt georganiseerd;

e) ‚televisieomroep‘ of ‚televisie-uitzending‘: (d.w.z. een lineaire audiovisuele mediadienst) een door een aanbieder van mediadiensten aangeboden audiovisuele mediadienst voor het gelijktijdig bekijken van programma's op basis van een programmaschema;

f) ‚omroeporganisatie‘: een aanbieder van mediadiensten die televisie-uitzendingen aanbiedt;

[...]

h) ‚audiovisuele commerciële communicatie‘: beelden, al dan niet met geluid, welke dienen om rechtstreeks of onrechtstreeks de goederen, de diensten of het imago van een natuurlijke of rechtspersoon die een economische activiteit verricht, te promoten. Dergelijke beelden vergezellen of maken deel uit van een programma, tegen betaling of een soortgelijke vergoeding of ten behoeve van zelfpromotie. Vormen van audiovisuele commerciële communicatie zijn onder meer televisiereclame, sponsoring, telewinkelen en productplaatsing;

i) 'televisiereclame': de door een publieke of particuliere onderneming of natuurlijke persoon, tegen betaling of soortgelijke vergoeding dan wel ten behoeve van zelfpromotie uitgezonden boodschap – in welke vorm dan ook – in verband met de uitoefening van een commerciële, industriële, ambachtelijke activiteit of van een beroep, ter bevordering van de levering tegen betaling van goederen of diensten, met inbegrip van onroerende goederen, rechten en verplichtingen;

[...]"

5 Artikel 23 van richtlijn 2010/13 bepaalt:

„1. Het aandeel van televisiereclame- en telewinkelspots, mag per klokuur niet meer dan 20 % bedragen.

2. Lid 1 is niet van toepassing op boodschappen van de omroeporganisatie in verband met haar eigen programma's en rechtstreeks daarvan afgeleide ondersteunende producten, sponsorboodschappen en productplaatsing.”

Richtlijn 2018/1808

6 In overweging 43 van richtlijn 2018/1808 staat te lezen:

„De zendtijd die is toegewezen aan aankondigingen door de omroeporganisatie in verband met haar eigen programma's en met rechtstreeks daarvan afgeleide ondersteunende producten of aan mededelingen van de overheid en liefdadigheidsinstanties die gratis worden uitgezonden, met uitzondering van de kosten die worden gemaakt voor het uitzenden van die oproepen, mag niet tot de maximale zendtijd voor televisiereclame en telewinkelen [...] worden gerekend. Daarnaast maken veel omroepen deel uit van grotere omroeporganisaties en zenden zij boodschappen uit die niet alleen betrekking hebben op hun eigen programma's en rechtstreeks daarvan afgeleide ondersteunende producten, maar ook op programma's en audiovisuele mediadiensten van andere entiteiten die tot dezelfde omroeporganisatie behoren. Zendtijd die is toegewezen aan die boodschappen dient evenmin tot de maximale zendtijd voor televisiereclame en telewinkelen te worden gerekend.”

7 Volgens artikel 1, punt 21, van deze richtlijn wordt artikel 23 van richtlijn 2010/13 vervangen door de volgende tekst:

„1. Het aandeel televisiereclame- en telewinkelspots bedraagt tussen 6.00 uur en 18.00 uur niet meer dan 20 % van dat tijdvak. Het aandeel televisiereclame- en telewinkelspots bedraagt tussen 18.00 uur en 24.00 uur niet meer dan 20 % van dat tijdvak.

2. Lid 1 is niet van toepassing op:

a) boodschappen van de omroeporganisatie in verband met eigen programma's en rechtstreeks daarvan afgeleide ondersteunende producten of met programma's en audiovisuele mediadiensten van andere entiteiten die tot dezelfde omroeporganisatie behoren;

b) sponsorboodschappen;

c) productplaatsing;

d) neutrale frames tussen redactionele inhoud en televisiereclame of telewinkelspots, en tussen individuele spots”.

Italiaans recht

8 Artikel 38, leden 2 en 6, van decreto legislativo n. 177 – Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici (wetsbesluit nr. 177 houdende de gecoördineerde voorschriften betreffende audiovisuele en radiomediadiensten) van 31 juli 2005 (GURI nr. 208 van 7 september 2005, gewoon supplement nr. 150), in de op het hoofdgeding toepasselijke versie (hierna: “decreto legislativo nr. 177/2005”), bepaalt:

„2. De zendtijd voor reclamespots uitgezonden door andere vrij toegankelijke zenders op nationaal niveau, met inbegrip van analoge vrij toegankelijke zenders, dan de zendgemachtigde voor de algemene publieke omroep, mag niet meer bedragen dan 15 % van de dagelijkse zendtijd en 18 % van elk afzonderlijk klokuur. Een eventuele overschrijding, die per uur niet meer dan 2 % mag bedragen, moet worden gecompenseerd in het voorafgaande of daaraanvolgende uur. [...]

[...]

6. Leden 2 tot en met 5 zijn niet van toepassing op boodschappen van omroeporganisaties, met inbegrip van analoge omroeporganisaties, in verband met hun eigen programma's en rechtstreeks daarvan afgeleide ondersteunende producten, sponsorboodschappen en productplaatsing.”

Hoofdeding en prejudiciële vragen

9 RTI is een vennootschap naar Italiaans recht die nationale audiovisuele mediadiensten aanbiedt via haar televisiezenders Canale 5, Italia 1 en Rete 4. Zij bezit 80 % van de aandelen van Monradio Srl, die de radiozender R101 exploiteert; de overige 20 % van de aandelen is in handen van een andere vennootschap die net als RTI tot de groep Mediaset behoort.

10 Bij drie afzonderlijke besluiten van 19 december 2017, waarvan kennis is gegeven op 8 januari 2018 en die betrekking hadden op de zenders Canale 5, Italia 1 en Rete 4, heeft de AGCOM sancties aan RTI opgelegd wegens schending van artikel 38, lid 2, van decreto legislativo nr. 177/2005. Voor de berekening van de zendtijd voor televisiereclame waarvoor de in deze bepaling vastgestelde maxima gelden, heeft AGCOM rekening gehouden met de reclameboodschappen voor het radiostation R101 die worden uitgezonden op de televisiezenders Canale 5, Italia 1 en Rete 4.

11 RTI heeft tegen deze besluiten drie beroepen ingesteld bij de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Latium, Italië). Volgens haar moeten de reclameboodschappen voor het radiostation R101 worden aangemerkt als boodschappen in verband met de “eigen programma's” van RTI in de zin van artikel 38, lid 6, van decreto legislativo nr. 177/2005 en mogen zij bijgevolg niet worden meegeteld bij de berekening van de zendtijd voor televisiereclame.

12 Bij vonnissen van 16 april 2019 heeft de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio deze beroepen verworpen op grond dat reclameboodschappen voor de uitzendingen van een radio-omroeporganisatie geen boodschappen in verband met de “eigen programma's” van een televisieomroeporganisatie kunnen zijn, ook al behoort deze radio-omroeporganisatie tot dezelfde ondernemingsgroep als de televisieomroeporganisatie, zoals in casu.

13 RTI heeft tegen deze vonnissen hoger beroep ingesteld bij de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië), de verwijzende rechter. Haar argumentatie daarbij was dat, aangezien zij en radio R101 tot dezelfde groep van vennootschappen behoren, de economische eenheid gevormd door de mediagroep en niet de afzonderlijke rechtspersonen in aanmerking moet worden genomen voor de berekening van de maximale zendtijd voor reclame en dus voor de toepassing van artikel 38, lid 6, van decreto legislativo nr. 177/2005.

14 RTI voegt daaraan toe dat deze uitlegging wordt bevestigd door de bij richtlijn 2018/1808 doorgevoerde wijziging van artikel 23, lid 2, onder a), van richtlijn 2010/13. Aangezien deze wijziging rekening houdt met de thans wijdverbreide praktijk van „crossmediale” zelfpromotie, moet zij in aanmerking worden genomen bij de uitlegging van het voordien geldende recht, ook al is richtlijn 2018/1808, die op 18 december 2018 in werking is getreden, ratione temporis niet van toepassing.

15 De verwijzende rechter merkt op dat in het hoofdgeding de vraag aan de orde is of een moedermaatschappij – een omroeporganisatie – op rechtmatige wijze de programma's mag promoten van een radiozender die haar dochteronderneming is, en niet de vraag of de moedermaatschappij binnen die groep invloed uitoefent op de dochterondernemingen, maar benadrukt dat alle aan dit geding ten grondslag liggende feiten dateren van vóór de wijziging van richtlijn 2010/13 bij richtlijn 2018/1808.

16 Deze rechter is bovendien van oordeel dat de door RTI voorgestane uitlegging van het nationaal recht en vooral van het Unierecht niet de enige mogelijke is. Volgens hem is de tegenovergestelde uitlegging, die zowel door AGCOM als door de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio is aangenomen, „niet kennelijk onredelijk”, aangezien zij uitgaat van de bewoordingen van decreto legislativo nr. 177/2005, waarin de ratione temporis toepasselijke bepalingen van richtlijn 2010/13 zijn overgenomen, en niet voorbijgaat aan de potentiële mededingingsversturende gevolgen van de door RTI verdedigde uitlegging ten aanzien van radiozenders die geen deel uitmaken van televisieomroeporganisaties of mediaorganisaties.

17 Gelet op het voorgaande heeft de Consiglio di Stato de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

“1) Kan – met het oog op de communautaire regeling inzake de maximale zendtijd voor reclame, gelet op het belang dat in het [Unie]recht in het algemeen wordt gehecht aan het begrip ‘groep’ of ‘één economische eenheid’, dat blijkt uit meerdere bronnen van mededingingsrecht (maar voor de onderhavige zaak uit overweging 43 van [richtlijn 2018/1808] en uit de bewoordingen van het gewijzigde artikel 23 van [richtlijn 2010/13]), en onverminderd het in het Italiaanse recht bestaande onderscheid tussen vergunningen voor televisie- en radio-omroeporganisaties waarin artikel 5, lid 1, onder b), van decreto legislativo nr. 177/2005 voorziet – worden geacht in overeenstemming te zijn met het Unierecht een uitlegging van de nationale omroepwetgeving volgens welke uit artikel 1, lid 1, onder a), van decreto legislativo nr. 177/2005 [...] volgt dat het proces van convergentie van verschillende vormen van communicatie (elektronische communicatie, publicatie, ook online, en alle toepassingen van internet) a fortiori geldt voor aanbieders van televisie- en radiodiensten, met name indien zij reeds deel uitmaken van groepen van onderling verbonden ondernemingen, en dat bedoeld convergentieproces algemene gelding heeft, met de daaruit voortvloeiende gevolgen voor de uitlegging van artikel 38, lid 6, van genoemd [decreto legislativo], zodat de omroeporganisatie ook de groep kan zijn, beschouwd als één economische eenheid? Of staan de genoemde communautaire beginselen, aangezien de regeling inzake de maximale zendtijd voor reclame losstaat van het algemene mededingingsrecht, daarentegen eraan in de weg dat – vóór 2018 – belang wordt gehecht aan groepen en het voornoemde proces van convergentie en zogeheten crossmedialiteit, en moet voor de berekening van de maximale zendtijd voor reclame uitsluitend de afzonderlijke omroeporganisatie in aanmerking worden genomen, ook al maakt zij deel uit van een groep (en wel omdat dat belang uitsluitend is vermeld in de geconsolideerde tekst van artikel 23 van [richtlijn 2010/13], na bij [richtlijn 2018/1808] te zijn gewijzigd?

2) Kan, in het licht van de genoemde beginselen van Unierecht op het gebied van groepen en de onderneming als economische eenheid, met het oog op de maximale zendtijd voor reclame en de vermelde opeenvolgende versies van het genoemde artikel 23, onverminderd het voornoemde onderscheid tussen de vergunningen, ook uit de mededingingsrechtelijke regeling van het [geïntegreerde communicatiesysteem], als bedoeld in artikel 43 van decreto legislativo nr. 177/2005, worden afgeleid dat het begrip groepsgewijze ‘aanbieder van mediadiensten’ (of in de woorden van verzoeker: ‘mediagroep’) relevant is om crossmediale promotieboodschappen binnen de groep te kunnen uitsluiten van de maximale zendtijd als bedoeld in artikel 38, lid 6, van decreto legislativo nr. 177/2005, of moet dit begrip integendeel worden geacht vóór 2018 niet relevant te zijn omdat het mededingingsrecht betreffende televisierechten losstaat van de regeling inzake de maximale zendtijd voor reclame?

3) Wordt in de gewijzigde bewoordingen van artikel 23, lid 2, onder a), van [richtlijn 2010/13] een reeds bestaand beginsel van mededingingsrecht betreffende de algemene relevantie van groepen erkend, of levert de nieuwe tekst een novum op? Wordt in deze bepaling, in het eerste geval, dus een reeds in het Unierecht besloten juridische werkelijkheid beschreven – die dus ook geldt voor de onderhavige zaak, die dateert van vóór de inwerkingtreding van de nieuwe tekst, en van invloed is op de uitleggingen van de [nationale regulerende autoriteit] zodat deze het begrip groepsgewijze ‘aanbieder van mediadiensten’ hoe dan ook dient te erkennen, of staat deze bepaling, in het tweede geval, eraan in de weg dat de relevantie van ondernemingsgroepen wordt erkend in zaken die dateren van vóór de invoering daarvan, omdat zij, aangezien zij een novum behelst, ratione temporis niet van toepassing is op situaties die zich vóór de invoering daarvan hebben voorgedaan?

4) Vormen, in elk geval en ongeacht het vergunningsstelsel van artikel 5 van decreto legislativo nr. 177/2005 en de nieuwe versie van artikel 23 [van richtlijn 2010/13] die in 2018 is ingevoerd, dat wil zeggen indien de nieuwe bepaling geen erkenning maar een novum behelst als bedoeld in de [derde vraag], de geïntegreerde betrekkingen van radio en televisie die in het algemeen in het mededingingsrecht in aanmerking worden genomen, gelet op de algemene en transversale gelding van de begrippen ‘economische entiteit’ en ‘groep’, de sleutel voor de uitlegging van de maximale zendtijd voor reclame – die dus hoe dan ook impliciet is gereguleerd met betrekking tot de ondernemingsgroep (of meer bepaald, de zeggenschapsverhoudingen

tussen de ondernemingen van de groep) en de functionele eenheid van die ondernemingen, zodat reclame voor televisieprogramma’s via de radio of andersom binnen de groep –, of zijn deze integratiebetrekkingen daarentegen niet relevant voor de vaststelling van de maximale zendtijd voor reclame, en moet bijgevolg worden aangenomen dat programma’s in artikel 23 [van richtlijn 2010 (oude versie)] bedoelde ‘eigen’ programma’s zijn voor zover zij toebehoren aan de omroeporganisatie die ze aanprijst en niet aan de ondernemingsgroep in zijn geheel, aangezien [artikel 23 van deze richtlijn] op zichzelf staat en geen systematische uitlegging toelaat op grond waarvan zij van toepassing is op groepen die als één economische eenheid worden beschouwd?

5) Moet tot slot artikel 23 [van richtlijn 2010 (oude versie)], indien deze bepaling niet kan worden uitgelegd als een norm die in het licht van het mededingingsrecht moet worden gelezen, hoe dan ook worden uitgelegd als een stimulerende bepaling die de bijzondere eigenschap beschrijft van promotie die uitsluitend ter informatie dient en niet ertoe strekt personen ervan te overtuigen andere goederen en diensten te verwerven dan de aangeprezen programma’s, en als zodanig moet worden geacht buiten de werkingssfeer van de bepalingen inzake de maximale zendtijd te vallen, en bijgevolg met betrekking tot de ondernemingen die deel uitmaken van dezelfde groep in elk geval van toepassing is op geïntegreerde crossmediale promotie? Of moet dit artikel worden aangemerkt als een bepaling die afwijkt van een uitzondering is op de regel inzake de berekening van de maximale zendtijd voor reclame, en als zodanig restrictief moet worden uitgelegd?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

18 Met zijn vragen, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of artikel 23, lid 2, van richtlijn 2010/13 aldus moet worden uitgelegd dat het begrip „boodschappen van de [televisie]omroeporganisatie in verband met haar eigen programma’s” ook ziet op reclameboodschappen die deze organisatie uitzendt voor een radiostation dat tot dezelfde groep van vennootschappen behoort als deze organisatie.

19 Volgens artikel 23, lid 1, van richtlijn 2010/13 mag het aandeel van televisiereclame- en telewinkelspots per klokuur niet meer dan 20 % bedragen. Overeenkomstig artikel 23, lid 2, van deze richtlijn is lid 1 niet van toepassing op met name „boodschappen van de omroeporganisatie in verband met haar eigen programma’s”. Voor deze boodschappen geldt dus niet de in artikel 23, lid 1, van die richtlijn vastgestelde limiet.

20 Om te bepalen of reclameboodschappen voor een radiostation, uitgezonden door een omroeporganisatie die meerderheidsaandeelhouder van dat radiostation is, binnen de werkingssfeer van artikel 23, lid 2, van richtlijn 2010/13 vallen, moet in de eerste plaats worden onderzocht of een onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds reclameboodschappen die ertoe strekken aan te zetten tot de aankoop van een product of dienst, en anderzijds neutrale boodschappen die enkel tot doel hebben informatie te verstrekken over programma’s en die als zodanig niet onder het begrip „televisiereclame” in de zin van dat artikel vallen en bijgevolg zijn uitgesloten van de werkingssfeer van de in die richtlijn opgenomen bepalingen inzake televisiereclame en telewinkelen.

21 Het begrip „televisiereclamespots”, dat volgens artikel 23, lid 1, van richtlijn 2010/13 in het betrokken aandeel van de zendtijd moet worden opgenomen, wordt blijkens overweging 87 van deze richtlijn gedefinieerd onder verwijzing naar het begrip „televisiereclame” in de zin van artikel 1, lid 1, onder i), van die richtlijn. Volgens die bepaling slaat „televisiereclame” op de door een publieke of particuliere onderneming of natuurlijke persoon, tegen betaling of soortgelijke vergoeding dan wel ten behoeve van zelfpromotie uitgezonden boodschap – in welke vorm dan ook – in verband met de uitoefening van een commerciële, industriële, ambachtelijke activiteit of van een beroep, ter bevordering van de levering tegen betaling van goederen of diensten.

22 In dit verband wordt in overweging 96 van richtlijn 2010/13 verklaard dat zelfpromotieactiviteiten een bijzondere vorm van reclame zijn, waarbij de omroeporganisatie met name haar eigen programma’s en netten aanprijst. Zelfpromotie wordt derhalve geregeld door de bepalingen van deze richtlijn betreffende televisiereclame en telewinkelen.

23 Volgens artikel 1, lid 1, onder h), van deze richtlijn is “televisiereclame” een van de vormen van “audiovisuele commerciële communicatie”, die wordt omschreven als “beelden, al dan niet met geluid, welke dienen om rechtstreeks of onrechtstreeks de goederen, de diensten of het imago van een natuurlijk of rechtspersoon die een economische activiteit verricht, te promoten” en “[een programma vergezellen of er deel van uitmaken], tegen betaling of een soortgelijke vergoeding of ten behoeve van zelfpromotie”.

24 Uit deze bepalingen, in hun onderlinge samenhang gelezen, volgt dat richtlijn 2010/13 bij de definitie van televisiereclame het betrokken beeld of de betrokken televisieboodschap weliswaar in aanmerking neemt wanneer het beeld of de boodschap reclamedoel-einden dient, maar niet wanneer dit beeld of deze boodschap slechts informatie verstrekt.

25 Bijgevolg vormen televisieboodschappen voor de programma’s of uitzendingen van een radiozender, ook wanneer zij neutraal en louter informatief van aard zijn, „televisiereclame” in de zin van artikel 1, lid 1, onder i), van richtlijn 2010/13, aangezien zij tot doel hebben de kijkers ertoe aan te zetten naar de betrokken programma’s te kijken en dus het verrichten van diensten onder bezwarende titel te bevorderen.

26 Voor deze boodschappen geldt dan ook de in artikel 23, lid 1, van deze richtlijn vastgestelde maximale zendtijd voor televisiereclame per uur, tenzij zij kunnen worden aangemerkt als „boodschappen van de omroeporganisatie in verband met haar eigen programma’s” in de zin van lid 2 van dat artikel.

27 Daartoe moet in de tweede plaats worden onderzocht of de programma’s van een radiostation waarvoor de omroeporganisatie boodschappen uitzendt, „programma’s” als bedoeld in artikel 23, lid 2, van richtlijn 2010/13 vormen.

28 Volgens artikel 1, lid 1, onder b), van deze richtlijn wordt onder „programma” verstaan „een reeks bewegende beelden, al dan niet met geluid, die een afzonderlijk element van een door een aanbieder van mediadiensten opgestelde schema of catalogus vormt en waarvan de vorm en de inhoud vergelijkbaar zijn met die van televisie-uitzendingen”.

29 Het begrip „televisieomroep” of „televisie-uitzending” wordt in artikel 1, lid 1, onder e), van die richtlijn gedefinieerd als „een door een aanbieder van mediadiensten aangeboden audiovisuele mediadienst voor het gelijktijdig bekijken van programma’s op basis van een programmaschema”, terwijl het begrip „audiovisuele mediadienst” overeenkomstig artikel 1, lid 1, onder a), i), van deze richtlijn ziet op een „dienst [...] met als hoofddoel de levering [...] van programma’s”.

30 Uit de in deze definities gebruikte termen „bewegende beelden, al dan niet met geluid”, „televisie”, „audiovisueel” en „bekijken”, gelezen in het licht van met name overweging 23 van richtlijn 2010/23, vloeit voort dat radiodiensten, die normaliter bestaan uit uitzendingen of programma’s met geluidsinhoud en dus zonder beelden, van haar werkingssfeer zijn uitgesloten, ook wanneer deze uitzendingen of programma’s vergezeld gaan van een onlosmakelijk daarmee verbonden audiovisueel aspect (zie naar analogie arrest van 21 oktober 2015, *New Media Online*, C-347/14, EU:C:2015:709, punten 34 en 37).

31 Een uitlegging als die van RTI, namelijk dat televisieboodschappen met betrekking tot uitzendingen of programma’s van een radiostation normaliter onder artikel 23, lid 2, van richtlijn 2010/13 vallen, zou erop neerkomen dat de werkingssfeer van deze richtlijn verder wordt verruimd dan op grond van de bewoordingen van deze richtlijn is toegestaan, zoals de advocaat-generaal in punt 52 van haar conclusie heeft opgemerkt. Een dergelijke uitlegging zou er bovendien toe kunnen leiden dat de concurrentie wordt verstoord ten koste van radiomediadiensten die geen deel uitmaken van een omroepgroep.

32 In de derde plaats moet, ingeval de uitgezonden boodschappen programma’s in de zin van artikel 23, lid 2, van richtlijn 2010/13 zijn, worden onderzocht of deze boodschappen, wanneer de omroeporganisatie die ze uitzendt en de radio-omroep allebei tot dezelfde groep van vennootschappen behoren en als economische eenheid een onderneming vormen, kunnen worden aangemerkt als „boodschappen van de omroeporganisatie in verband met haar eigen program-

ma’s” in de zin van artikel 23, lid 2, van richtlijn 2010/13, zoals RTI betoogt.

33 Volgens artikel 1, lid 1, onder f), van richtlijn 2010/13 wordt onder een „omroeporganisatie” verstaan „een aanbieder van mediadiensten die televisie-uitzendingen aanbiedt”. Het begrip „aangebieder van mediadiensten” wordt in artikel 1, lid 1, onder d), van deze richtlijn gedefinieerd als „de natuurlijke of rechtspersoon die de redactionele verantwoordelijkheid draagt voor de keuze van de audiovisuele inhoud van de audiovisuele mediadienst en die bepaalt hoe deze wordt georganiseerd”.

34 Verder bepaalt artikel 1, lid 1, onder a), i), van die richtlijn dat een „audiovisuele mediadienst” een dienst is “die valt onder de redactionele verantwoordelijkheid van een aanbieder van mediadiensten”. In overweging 25 van die richtlijn staat te lezen dat het begrip “redactionele verantwoordelijkheid” essentieel is voor de definitie van de rol van de aanbieder van mediadiensten en derhalve ook voor de definitie van audiovisuele mediadiensten.

35 Zoals de advocaat-generaal in de punten 66 en 67 van haar conclusie heeft benadrukt, volgt uit deze bepalingen dat voor de uitlegging van het begrip „eigen programma’s” in artikel 23, lid 2, van richtlijn 2010/13 niet – zoals in het mededingingsrecht of in het aanbestedingsrecht – rekening moet worden gehouden met de juridische en organisatorische banden tussen de ondernemingen die rechtvaardigen dat de handelingen en de draagkracht binnen de bedrijfseenheid onderling aan elkaar worden toegerekend, maar veeleer met de redactionele verantwoordelijkheid voor de betrokken programma’s.

36 Een dergelijke benadering vindt steun in de met artikel 23 van deze richtlijn nagestreefde doelstelling om de kijkers als consumenten te beschermen tegen te veel reclame. De door richtlijn 2010/13 opgelegde regels inzake de zendtijden voor televisiereclame zijn erop gericht de financiële belangen van televisieomroeporganisaties en adverteerders te verzoenen met de belangen van de kijkers (zie in die zin arrest van 18 juli 2013, *Sky Italia*, C-234/12, EU:C:2013:496, punten 17 en 18).

37 Hieruit volgt dat de in deze richtlijn vastgestelde regels inzake de maximale zendtijd voor reclame per klokuur deel uitmaken van een eigen regeling en een andere logica en doelstellingen hebben dan de mededingingsregels of de regels die van toepassing zijn op overheidsopdrachten.

38 De criteria om te bepalen welke natuurlijke of rechtspersonen de redactionele verantwoordelijkheid voor een programma dragen, vloeien voort uit artikel 1, lid 1, onder c), van richtlijn 2010/13. In die bepaling wordt het begrip „redactionele verantwoordelijkheid” gedefinieerd als „het uitoefenen van effectieve controle over de keuze van programma’s en de organisatie ervan in hetzij een chronologisch schema, in het geval van televisie-uitzendingen, hetzij een catalogus, in het geval van audiovisuele mediadiensten op aanvraag”. In het bijzonder moet worden nagegaan of de betrokken persoon de mogelijkheid heeft om als laatste te beslissen over het audiovisuele aanbod als zodanig, wat veronderstelt dat hij over voldoende middelen en mensen beschikt om een dergelijke verantwoordelijkheid te kunnen dragen (zie in die zin arrest van 4 juli 2019, *Baltic Media Alliance*, C-622/17, EU:C:2019:566, punten 40 en 43).

39 Hieruit volgt dat de programma’s van een radiostation dat tot dezelfde groep van vennootschappen als de betrokken omroeporganisatie behoort, slechts kunnen worden aangemerkt als „eigen” programma’s van deze omroeporganisatie in de zin van artikel 23, lid 2, van richtlijn 2010/13, indien deze omroeporganisatie de redactionele verantwoordelijkheid voor de betrokken programma’s draagt in de zin van artikel 1, lid 1, onder c), van deze richtlijn. Deze aansprakelijkheid kan dus niet uitsluitend worden gebaseerd op de economische, organisatorische en juridische banden die er binnen dezelfde groep van vennootschappen bestaan tussen een omroeporganisatie en een radiozender.

40 Gelet op een en ander dient op de gestelde vragen te worden geantwoord dat artikel 23, lid 2, van richtlijn 2010/13 aldus moet worden uitgelegd dat het begrip „boodschappen van de [televisie]omroeporganisatie in verband met haar eigen programma’s” niet ziet op reclameboodschappen die deze organisatie uitzendt voor een radiostation dat tot dezelfde groep van vennootschappen behoort als deze organisatie, tenzij, ten eerste, de programma’s waarop deze reclameboodschappen betrekking hebben, „audiovisuele mediadiensten” in de

zin van artikel 1, lid 1, onder a), van deze richtlijn zijn, hetgeen veronderstelt dat zij kunnen worden afgescheiden van de hoofdactiviteit van deze radiozender, en, ten tweede, die omroeporganisatie daarvoor de „redactionele verantwoordelijkheid” in de zin van artikel 1, lid 1, onder c), van deze richtlijn draagt.

Kosten

41 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Derde kamer) verklaart voor recht:

Artikel 23, lid 2, van 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 (richtlijn audiovisuele mediadiensten)

moet aldus worden uitgelegd dat

het begrip „boodschappen van de [televisie]omroeporganisatie in verband met haar eigen programma's” niet ziet op reclameboodschappen die deze organisatie uitzendt voor een radiostation dat tot dezelfde groep van vennootschappen behoort als deze organisatie, tenzij, ten eerste, de programma's waarop deze reclameboodschappen betrekking hebben, „audiovisuele mediadiensten” in de zin van artikel 1, lid 1, onder a), van deze richtlijn zijn, hetgeen veronderstelt dat zij kunnen worden afgescheiden van de hoofdactiviteit van deze radiozender, en, ten tweede, die omroeporganisatie daarvoor de „redactionele verantwoordelijkheid” in de zin van artikel 1, lid 1, onder c), van deze richtlijn draagt.

Noot

Paul Kreijger

Mr. P.J. Kreijger is advocaat te Amsterdam (Visser Schaap & Kreijger) en redacteur van dit blad.

De hier geannoteerde zaak verdient opmerking omdat relatief weinig voorkomt dat het Hof van Justitie zich uitlaat over de hoeksteen van de Europese (en daarmee Nederlandse) mediaregulering, de richtlijn Audiovisuele Mediadiensten, en het bovendien gaat om een begrip, “zelfpromotie”, waarvan de contouren lange tijd niet helemaal leken te zijn uitgekristalliseerd. Hoewel de uitkomst niet bijzonder spectaculair is, komt een aantal belangrijke definities uit de richtlijn, en de samenhang daartussen nadrukkelijk aan de orde.

Inzet is artikel 23 van de richtlijn, waarin, kort gesteld, de hoeveelheid televisiereclame en telewinkelen is beperkt tot 20% van het tijdvak tussen 6.00 uur en 18.00 uur en 20% van het tijdvak tussen 18.00 uur en 24.00 uur (eerste lid), en waarbij onder meer van deze maxima zijn uitgezonderd “boodschappen van de omroeporganisatie in verband met eigen programma's en rechtstreeks daarvan afgeleide ondersteunende producten of met programma's en audiovisuele mediadiensten van andere entiteiten die tot dezelfde omroeporganisatie behoren” (tweede lid). Dergelijke boodschappen worden ook als “zelfpromotie” aangeduid, namelijk de promotie van de omroeporganisatie voor de eigen programma's. Die hoeft niet te worden meegeteld voor deze maxima.

De vraag was nu of die uitzondering ook gold ten aanzien van reclamespots op drie commerciële tv-zenders van de vennootschap RTI, onderdeel van het Mediaset-concern, voor een radiozender die eveneens onderdeel is van dat concern maar wel in een afzonderlijke entiteit wordt geëxploiteerd onder, en dat blijkt beslissend, afzonderlijke redactionele verantwoordelijkheid die binnen die andere entiteit is gesitueerd. De Italiaanse toezichthouder AGCOM meende van niet, en legde de exploitant van de zenders een sanctie op wegens overschrijding van de maxima voor reclamezendtijd die waren overtreden als de spots voor de radiozender bij die zendtijd worden meegeteld, maar niet als die buiten beschouwing worden gelaten. In de daaropvolgende procedure tussen RTI en AGCOM ziet de Italiaanse bestuursrechter reden een vijftal prejudiciële vragen te stellen aan het Hof, dat die terugbrengt tot één simpele vraag, namelijk de vraag

of artikel 23, lid 2, van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het begrip “boodschappen van de [televisie]omroeporganisatie in verband met haar eigen programma's” ook ziet op reclameboodschappen die deze organisatie uitzendt voor een radiostation dat tot dezelfde groep van vennootschappen behoort als deze organisatie.

Om tot de uiteindelijke conclusie te komen dat dat niet het geval is, moet het Hof een aantal stappen nemen. Vanaf r.o. 20 stelt het Hof de vraag of een onderscheid gemaakt moet worden tussen reclameboodschappen enerzijds en neutrale, informatieve boodschappen anderzijds, welke laatste niet onder de richtlijn vallen. Uit de uitspraak blijkt niet dat nog ter discussie stond in hoeverre de betrokken commercials al of niet louter neutraal en louter informatief waren, maar uit r.o. 33 van de conclusie A-G blijkt dat RTI inderdaad heeft bepleit dat dat het geval was. Dat baat RTI niet, nu het Hof in r.o. 25 concludeert dat “...televisieboodschappen voor de programma's of uitzendingen van een radiozender, ook wanneer zij neutraal en louter informatief van aard zijn, ‘televisiereclame’ in de zin van artikel 1, lid 1, onder i), van richtlijn 2010/13 [zijn], aangezien zij tot doel hebben de kijkers ertoe aan te zetten naar de betrokken programma's te kijken en dus het verrichten van diensten onder bezwarende titel te bevorderen.” Kortom, zelfpromotie is altijd reclame, zo lees ik althans r.o. 25.

Daarmee tellen de spotjes dus mee voor het reclamemaximum van het eerste lid van artikel 23. De uitzondering van het tweede lid komt dan uitsluitend in beeld als reclame wordt gemaakt voor “programma's” in de zin van de richtlijn, want artikel 23 lid 2 van de richtlijn heeft ook alleen betrekking op “boodschappen van de omroeporganisatie in verband met haar eigen programma's”. Zoals het Hof vanaf r.o. 27 uiteenzet, zijn die programma's er alleen als er bewegende beelden bij te pas komen, want radiodiensten vallen buiten de richtlijn. Promotie voor radiodiensten is daarmee per definitie ook geen zelfpromotie die voor het reclamemaximum buiten beschouwing mag worden gelaten. Een andere uitleg zou er volgens het HvJ EU toe leiden dat radiozenders die onderdeel zijn van een groep waarin ook een televisiezender is opgenomen, een voordeel zouden hebben (hun reclames tellen dan niet mee voor het maximum) ten aanzien van hun concurrenten die niet zo'n verbandenheid hebben.

Uit de conclusie A-G is nog op te maken dat een beroep is gedaan op websites van radiozenders, waarop per definitie beeld is te zien – zijn het dan niet tóch “programma's” zodat reclame daarvoor dan dus toch zelfpromotie is? Het Hof ziet daarin niet meer dan een “onlosmakelijk verbonden visueel aspect” met de radiozender en geen aparte audiovisuele mediadienst, naar analogie met het arrest New Media Online, waarin werd geoordeeld dat een video op de website van een krant onder de richtlijn kan vallen, wanneer deze een autonome inhoud en functie heeft ten opzichte van de journalistieke activiteit van de internetkrant. In dat geval is sprake van een afzonderlijke dienst die als *hoofddoel* het aanbieden van programma's heeft (het “hoofddoel” is namelijk bestanddeel van de definitie van audiovisuele mediadienst). De analogie is er dan in gelegen dat een radiodienst die weliswaar met beeld gepaard gaat toch een radiodienst blijft, zolang dit beeld maar geen autonome inhoud en functie heeft ten opzichte van de radiodienst.

Hoewel het pleit hiermee eigenlijk al beslecht lijkt, gaat het Hof ook in op het andere centrale element in de definitie van “zelfpromotie”: niet alleen moet zelfpromotie zien op “programma's” (zodat reclame voor louter auditieve radiodiensten er dus al buiten valt, ook als de radiozender een website heeft), maar deze moet ook afkomstig zijn van een “omroeporganisatie” (wier “eigen programma's” worden gepromoot). De vraag die RTI in de procedure aan de orde stelt, is of (ook) een *concern* als zodanig als “omroeporganisatie” kan worden gezien, zodat de promotie voor radiodiensten binnen het concern op een televisiezender binnen datzelfde concern gezien kan worden als promotie voor *eigen* programma's. Ook hier is het antwoord: nee, dat kan niet. In het stelsel van de richtlijn staat de redactionele verantwoordelijkheid centraal: alleen die programma's van de radiozender waarvoor de adverterende omroeporganisatie redactioneel verantwoordelijk is, zijn *eigen* programma's. Zeggenschap in concern- of mededingingsrechtelijke zin, is daarvoor irrelevant. Kortom, zelfpromotie is altijd reclame, en het is alleen zelfpromotie als degene die promoot ook redactionele verantwoordelijkheid draagt voor de gepromote programma's (die dus bewegend beeld moeten bevatten). Niet heel verrassend maar wel duidelijk.

Heeft dit arrest nog gevolgen voor (de uitleg van) de Nederlandse Mediawet? Dit lijkt mee te vallen, waarbij meteen opmerking verdient dat de wettelijke regeling over zelfpromotie weliswaar niet in

een oogopslag inzichtelijk is (met name lastig te traceren is de implementatie van het tweede lid van artikel 23), maar ook niet enorm controversieel lijkt te zijn: er zijn weinig handhavingsbesluiten van het Commissariaat en maar één (gepubliceerde) procedure waarin het begrip zelfpromotie uit de Mediawet aan de orde is. Die procedure eindigde met de uitspraak van de Afdeling Bestuursrecht uit 2004¹ (die een uitspraak van de rechtbank Amsterdam² bevestigde). Het ging hier om een procedure waarin (de toenmalige exploitant van) SBS6 opkwam tegen een boete van het Commissariaat voor overtreding van het destijds geldende artikel 52j van het Mediabesluit, door aan het eind van het toen bekende programma “Breekijzer” een tekst in beeld te brengen met een telefoonnummer van de Breekijzer Hulplijn en een voice-over: “Wilt u juridisch advies over uw problemen, dan kunt u bellen met de Breekijzer Hulplijn. (...) deze service kost f 1,50 per minuut”. Het betoog dat dit zelfpromotie en dus geen reclame was, slaagde niet:

2.6. Het betoog van appellante dat de rechtbank heeft miskend dat de onderhavige uitingen van zelfpromotie niet als reclameboodschap in de zin van de Mediawet moeten worden aangemerkt, slaagt niet. Dit betoog berust op een onjuiste interpretatie van een passage uit de Nota van Toelichting bij het besluit van 7 december 1999, houdende wijziging van het Mediabesluit (implementatie wijziging richtlijn “Televisie zonder grenzen”), Stb. 1999, 545, waarin is vermeld dat aankondigingen van omroepinstellingen in verband met de eigen programma's en met rechtstreeks daarvan afgeleide ondersteunende producten tot de hoofdtaak van de omroepinstelling worden gerekend en derhalve niet als reclame worden aangemerkt. De rechtbank heeft met juistheid geoordeeld dat ook zelfpromotie als reclame dient te worden aangemerkt en dat aan die passage geen ruimere strekking kan worden gegeven dan dat uitingen van zelfpromotie slechts voor de berekening van de reclamemaxima niet als reclame worden aangemerkt. Voor dit oordeel kan voorts steun worden gevonden in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel Wijziging van de Mediawet met het oog op noodzakelijke verbeteringen van de wet en de uitvoering daarvan, Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 476, nr. 3, p. 10.

De Afdeling oordeelde ook dat het Commissariaat heeft kunnen aannemen dat de betrokken uitingen geschikt waren om een positieve houding van het publiek ten opzichte van de Breekijzer Hulplijn en de door de Breekijzer Hulplijn verleende diensten te bevorderen, en dus als reclame konden worden aangemerkt. In essentie dus dezelfde redenering waarmee het HvJ EU in de RTI-zaak tot de conclusie komt dat zelfpromotie een vorm van reclame is.

Toch is er door de jaren heen wel periodiek opgeworpen dat nog niet zo eenvoudig is te bepalen wanneer zelfpromotie al of niet moet worden meegeteld voor het bepalen van de maximale zendtijd. Zo wordt al in de overwegingen van de richtlijn uit 1997 tot wijziging van de Televisierichtlijn uit 1989 opgemerkt (r.o. 39) “... dat zelfpromotie een nieuw en relatief onbekend verschijnsel is en dat speciaal de desbetreffende bepalingen daarom bij een latere toetsing van deze richtlijn herzien kunnen worden.” Ten tijde van de bezuinigingen op de publieke omroep leidde de op NPO 1, 2 en 3 uitgedragen boodschap “Onze programma's bezuinig je niet 1, 2, 3 weg” tot Kamervragen aan toenmalig staatssecretaris Dekker: wordt hier geen propaganda voor het eigen organisatiebelang gemaakt, waarvoor ieder ander zendtijd bij de STER zou moeten inkopen? Volgens Dekker mag dit; het is goed gebruik dat de politiek niet ingrijpt in de inhoud van programma's en daarbij “... behoort — en ook dat is zo geregeld in de Mediawet — enige zelfpromotie, in bepaalde mate. Je zou dit daar eventueel onder kunnen vatten”, aldus het toch wat aarzelende antwoord.³ Enkele jaren later merkte Nederland in reactie op het Europees Groenboek “voorbereiding op een volledig geconvergeerde audiovisuele wereld”⁴ nog op dat de regels over zelfpromotie en cross-promotie lastig te interpreteren zouden zijn door zowel omroepen als toezichthouders.⁵ Het jaarverslag 2015 van het Commissariaat meldt:

“Een van de onderwerpen waaraan in EPRA-verband in 2015 aandacht is besteed is zelfpromotie, dat volgens de AVMD-Richtlijn een bijzondere vorm van reclame is. Uitgangspunt van die regelgeving is dat de tijd die een media-instelling besteedt aan zelfpromotie niet meetelt bij berekening

van het aandeel reclame waarvoor een uur maximum van 12 minuten geldt. Als een media-instelling reclame maakt voor producten en diensten eist de Richtlijn dat deze ondersteunend zijn en rechtstreeks afgeleid zijn van de programma's om buiten het reclamemaximum te kunnen vallen. Er zijn veel varianten van zelfpromotie mogelijk in de praktijk en in veel landen zijn tussen toezichthouders en media-instellingen discussies over de juiste interpretatie van het begrip zelfpromotie.”

Het hier besproken arrest bevestigt in elk geval nog maar eens (voor wie daar nog aan twijfelde) dat zelfpromotie (mits betrekking hebbend op “programma's” van een “omroeporganisatie”), in welke vorm dan ook, en ook als deze informatief is, in elk geval valt onder het begrip televisiereclame en dus onder het regime van artikel 23 van de richtlijn: ze telt dus steeds mee voor de reclamemaxima, tenzij beroep op het tweede lid kan worden gedaan. De wetgever had dat overigens ook al in 2001 nog eens bevestigd, bij de opheldering van een verwarrende passage uit de toelichting bij implementatie van de gewijzigde Televisierichtlijn jaren eerder.⁶

Naast de vraag in hoeverre zelfpromotie als reclame nu meetelt in de reclamemaxima, is er ook nog de vraag waar in het media-aanbod die zelfpromotie geplaatst mag worden, en dan met name of dat ook buiten reclameblokken kan. Voor wat betreft de (landelijke) publieke omroep komt daar nog bij dat de Mediawet voorschrijft dat reclamen telewinkelboodschappen uitsluitend door de Ster verzorgd mogen worden (artikel 2.91 lid 2 Mediawet). Betekent dat dan niet dat ook alle zelfpromotie van de omroepen door de Ster verzorgd zou moeten worden? De toelichting op de Beleidsregels reclame publieke media-instellingen 2019⁷ gaat daar niet van uit:

Dergelijke zelfpromotie is een bijzondere vorm van reclame die niet hoeft te worden meegeteld voor de reclamemaxima. Dit wordt ook tot uitdrukking gebracht in artikel 23, tweede lid, van de Europese Audiovisuele mediadiensten richtlijn (Richtlijn 2010/13/EU). Dit betekent dat bijvoorbeeld imagospotjes voor aanbodkanalen van de publieke mediadienst, uitgezonden in Ster-zendtijd, niet hoeven mee te tellen voor de reclamemaxima. Maar deze moeten, aangezien het om een (bijzondere vorm van) reclame gaat, wel worden uitgezonden in Ster-zendtijd. Andere vormen van zelfpromotie, te weten programma-aankondigingen in de vorm van trailers, moeten als programma's worden beschouwd (overweging 39 Richtlijn 97/36/EG). Omdat het hier dus gaat om redactionele inhoud, tellen deze aankondigingen evenmin mee voor de reclamemaxima.”

Ook deze toelichting stelt dus voorop dat zelfpromotie als bijzondere vorm van reclame moet worden uitgezonden in de zendtijd van de Ster, maar de suggestie dat dat niet geldt voor “andere vormen van zelfpromotie” omdat die als programma's zouden moeten worden beschouwd, lijkt mij niet sterk. Nog daargelaten dat de richtlijn uit 1997 waar hier naar verwezen wordt al in 2010 (dus bijna een decennium voor de Beleidsregels) is ingetrokken, is in de aangehaalde overweging niet te lezen dat programma-aankondigingen in de vorm van trailers zélf als programma zouden moeten worden beschouwd:

Overwegende dat het nodig is te verduidelijken dat zelfpromotieactiviteiten een bijzondere vorm van reclame zijn, waarbij de omroeporganisatie haar eigen producten, diensten, programma's of netten aanprijst; dat vooral trailers die bestaan in programma-uittreksels als programma's moeten worden beschouwd; dat zelfpromotie een nieuw en relatief onbekend verschijnsel is en dat speciaal de desbetreffende bepalingen daarom bij een latere toetsing van deze richtlijn herzien kunnen worden;

Waar het in deze overweging dus om gaat, is dat het aanprijzen van programma's als reclame moet worden beschouwd en dat óók trailers van programma's als het aanprijzen van programma's moet worden gezien. In het hier besproken arrest wordt deze uitleg bevestigd: het HvJ stelt in r.o. 22 vast dat omdat overweging 96 van de richtlijn van 2010 zelfpromotieactiviteiten als een bijzondere vorm van reclame aanduidt, de bepalingen in de richtlijn over televisiereclame en telewinkelen ook op zelfpromotie van toepassing zijn.

1 ABRvS 28 januari 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO2392.

2 Rb. Amsterdam 14 januari 2003, ECLI:NL:RBAMS:2003:AF3259.

3 Kamerstukken II 2013/14, Handelingen nr. 7, item 3 (29 januari 2014).

4 Gepubliceerd op 24 april 2013, COM(2013) 231 final.

5 <https://www.ie-forum.nl/artikelen/nederlandse-concept-reactie-groenboek-geconvergeerde-audiovisuele-wereld>

6 Kamerstukken II 2001/02, 28 476, nr. 3 p. 10: “De toelichting op bladzijde 9 van het genoemde besluit van 7 december 1999 moet dan ook zo worden verstaan dat aankondigingen voor eigen programma's en voor rechtstreeks daarvan afgeleide ondersteunende producten slechts voor de toepassing van de regels omtrent de maximumhoeveelheid reclame niet als reclame worden meegeteld.”

7 Strct. 2019, nr. 23380.

De tot 1 januari 2009 geldende Mediawet uit 1987 bepaalde in artikel 52 dat de programma's van publieke omroepen geen reclameboodschappen en geen andere reclame-uitingen⁸ mochten bevatten tenzij die niet vermijdbaar waren (thans artikel 2.89 lid 1 Mediawet), en ook toen gold uiteraard dat reclame alleen via de Ster mocht worden uitgezonden. Bij Amvb kon worden bepaald welke uitingen niet-vermijdbaar waren en kon ook worden toegestaan dat programma's reclame-uitingen bevatten. Daarnaast voorzag de wet in een specifieke ontheffingsmogelijkheid voor bijzondere gevallen, die ook aan het Commissariaat gedelegeerd kon worden, wat vrijwel direct na inwerkingtreden van de wet, in 1988, is gebeurd. Op die basis heeft het Commissariaat een generieke ontheffing uitgevaardigd ("Besluit ontheffing zelfpromotie publieke omroep"), waarvan de meest recente versie gold vanaf 1 juli 2007, en waarin publieke omroepen werd toegestaan in hun programma's nader omschreven vormen van zelfpromotie te tonen. Zoals uit de toelichting blijkt, heeft juist het Commissariaat op deze regeling aangedrongen:

De wetgever heeft bij het overbrengen van de bepalingen met betrekking tot sponsoring en reclame voor commerciële omroepen van het Media-besluit naar de Mediawet aangegeven dat het niet voor de hand ligt dat op bepaalde vormen van zelfpromotie, zoals bijvoorbeeld aankondigingen van eigen programma's of het in beeld brengen van het eigen logo van de omroepinstelling het sluikreclameverbod onverkort van toepassing is. Dat zou immers betekenen dat bijvoorbeeld aankondigingen van eigen programma's in een reclameblok moeten worden opgenomen. Om die reden is op uitdrukkelijk verzoek van het Commissariaat de mogelijkheid opgenomen om ontheffing te verlenen. Uitgangspunt zal een terughoudend beleid zijn (Kamerstukken II 2001/02, 28 476, nr. 3, p. 10).

Hoewel voor commerciële omroepen natuurlijk geen reclame via een orgaan als de Ster was (en is) voorgeschreven, gold ook voor hen het uitgangspunt dat reclame in aparte reclameblokken is opgenomen, zodat ook voor hen een ontheffingsbesluit is opgesteld (het Besluit ontheffing zelfpromotie commerciële omroep, in dat geval gebaseerd op artikel 71m lid 3 Mediawet (oud)). Beide generieke ontheffingen zijn nog altijd geldend recht op grond van artikel 9.4 van de huidige Mediawet.⁹ Hoewel al met al een tamelijk complex stelsel is neer-gezet, staat dat nog altijd, ook na het hier besproken arrest.

De meest recente toevoeging aan de Mediawet op het vlak van zelfpromotie is te vinden in hoofdstuk 3a inzake videoplatformdiensten, waarin zelfpromotie in artikel 3a.1 onder de definitie van audiovisuele commerciële communicatie wordt geschaard. Het Commissariaat heeft recent haar informatie voor "video-uploaders" (en dan met name influencers) bijgewerkt, waarbij ook het thema zelfpromotie onder hun aandacht wordt gebracht:

Voorbeelden van zelfpromotie zijn het aanprijzen van jouw eigen producten, diensten, video's en merchandising in eigen beheer. Zelfpromotie zien wij als een bijzondere vorm van reclame. Indien duidelijk uit de context van de video blijkt dat er sprake is van zelfpromotie, dan is deze vorm van reclame waarschijnlijk als zodanig voldoende herkenbaar voor de kijker. Blijkt uit de context niet dat het gaat om zelfpromotie, dan dien je duidelijk te vermelden dat er sprake is van commerciële beïnvloeding.

De praktijk zal moeten uitwijzen of de grens tussen promotie en zelfpromotie juist in de sfeer van de influencers feitelijk wel steeds zo scherp te trekken is. Wellicht dat het thema zelfpromotie in de toekomst toch meer aanleiding tot controversen zal geven.

⁸ Het begrip reclame-uiting was een meeromvattend begrip, dat naast reclameboodschappen ook telewinkelloodschappen en andere reclameuitingen omvatte, artikel 1 onder j Mediawet (oud): "reclameboodschap, telewinkelloodschap of andere uiting die onmiskenbaar ten gevolge heeft dat het publiek wordt bewogen tot het kopen van een bepaald product of het gebruik maken van een bepaalde dienstverlening, dan wel gunstig wordt gestemd ten aanzien van een bepaald bedrijf, een bedrijfstak of een bepaalde instelling zodat de verkoop van producten of de afname van diensten wordt bevorderd".

⁹ Daarnaast geldt een tweetal generieke regelingen van het Commissariaat (één voor de NPO en één voor andere instellingen) waarin het ten tijde van inwerkingtreden van de huidige Mediawet bestaande beleid voor zover relevant van toepassing werd verklaard op de nieuwe wet, omdat men er (zoals de considerans stelt) niet in slaagde tijdig per 1 januari 2009 het bestaande beleid aan de toen nieuwe regeling aan te passen. Zie de Regeling toepasselijkheid beleid onder de Mediawet 2008, *Stcrt.* 2009, 13 en de Regeling toepasselijkheid beleid NPO onder de Mediawet 2008, *Stcrt.* 2009, 83.