

Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State 22 december 2010

Uitspraak op het hoger beroep van:

de stichting Stichting Nederlandse Publieke Omroep (hierna: de NPO), gevestigd te Hilversum, appellante,

tegen de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 2 april 2010 in zaak nr. 08/4207 in het geding tussen:

de NPO

en

het Commissariaat voor de Media.

**1. Procesverloop**

Bij besluit van 13 mei 2008 heeft het commissariaat een boete van € 20.000,- opgelegd aan de NPO.

Bij besluit van 16 september 2008 heeft het commissariaat het door de NPO daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 2 april 2010, verzonden op dezelfde dag, heeft de rechtbank het door de NPO daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft de NPO bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 27 april 2010, hoger beroep ingesteld. De gronden ervan zijn aangevuld bij brief van 26 mei 2010.

Het commissariaat heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 8 november 2010, waar de NPO, vertegenwoordigd door mr. R.S. Le Poole, advocaat te Amsterdam, en mr. R. Vecht, werkzaam bij de NPO, en het commissariaat, vertegenwoordigd door mr. G.H.L. Weesing, advocaat te Amsterdam, en mr. N. van den Brink, werkzaam bij het commissariaat, zijn verschenen.

**2. Overwegingen**

2.1. Ingevolge artikel 1, aanhef en onder z, van de Mediawet, zoals die luidde ten tijde van belang, wordt in deze wet en de daarop berustende bepalingen verstaan onder Stichting: de Nederlandse Omroep Stichting (hierna: de NOS), genoemd in artikel 16.

Ingevolge artikel 16, eerste lid, is de Nederlandse Omroep Stichting het samenwerkings- en coördinatieorgaan van de landelijke omroep.

Ingevolge artikel 55, eerste lid, zijn instellingen die zendtijd hebben verkregen met al hun activiteiten, behoudens het bepaalde in de artikelen 26, 43a, 52 en 52b, niet dienstbaar aan het maken van winst door derden. Desgevraagd tonen zij dit ten genoegen van het commissariaat aan.

Ingevolge artikel 135, eerste lid, aanhef en onder b, voor zover thans van belang, kan het commissariaat de Stichting een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste € 135.000,- per overtreding, bij overtreding van het bepaalde bij of krachtens de artikelen 53a tot en met 58.

Volgens artikel 2.4 van de Beleidslijn sanctie maatregelen 2007 (Stcrt. 2006, 133, p. 21; hierna: het sanctiebeleid) hanteert het commissariaat voor de vaststelling van de hoogte van de bestuurlijke boete, met inachtneming van de in artikel 135 van de Mediawet neergelegde boetemaxima, drie boetecategorieën met bijbehorende bandbreedtes. De plaatsing van een overtreding in een boetecategorie is afhankelijk van de aard, ernst en voor zover relevant de duur van de overtreding. Aan de hand van boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden wordt vervolgens de hoogte van de boete vastgesteld. De vaststelling van de boetecategorie laat de mogelijkheid onverlet dat door toepassing van artikel 2.14 en/of de aanwezigheid van boeteverhogende en boeteverlagende factoren buiten de berekeningsmethodiek en/of de bandbreedte van de desbetreffende boetecategorie wordt getreden. Voor een ernstige overtreding van artikel 135, eerste lid, aanhef en onder b, van de Mediawet is volgens het sanctiebeleid de bandbreedte van € 20.000,- tot € 80.000,-. Voor een lichte overtreding van die

Reporter', om de uitgaven van externe inhuur over het jaar 2009 (gedeeltelijk) openbaar te maken. Een belanghebbende, Capgemini Nederland BV, maakt bezwaar tegen deze besluiten en verzoekt de voorzieningenrechter om bij wijze van voorlopige voorziening de besluiten te vernietigen voor zover het betreft de openbaarmaking van concurrentiegevoelige gegevens van haarzelf.

De voorzieningenrechter die een verzoek om een voorlopige voorziening moet beoordelen, maakt op grond van art. 8:81, eerste lid, Awb een belangenafweging. Art. 8:81 bepaalt dat de voorzieningenrechter op verzoek een voorlopige voorziening kan treffen indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen dat vereist. De belangenafweging vindt plaats bij de beslissing van de voorzieningenrechter om de gevraagde voorziening toe of af te wijzen. In die belangenafweging wordt betrokken het belang van verzoeker, in dit geval dat van Capgemini, om informatie niet openbaar te maken en het belang dat de redactie van 'KRO reporter' heeft bij het openbaar maken van informatie. Zijn dit betrokken belangen als bedoeld in art. 8:81 Awb of mogen hier alleen die belangen meegewogen worden die op grond van de Wob een rol spelen?

Maar allereerst dient de voorzieningenrechter bij wijze van een voorlopig rechtmatigheidsoordeel te onderzoeken of het bestuursorgaan een rechtmatig besluit heeft genomen. Daarbij geldt het toetsingskader uit de Wob, zoals hierboven weergegeven. In deze uitspraak betreft de voorzieningenrechter in r.o. 2.11 echter het journalistieke belang als belang dat moet worden meegewogen in de belangenafweging op grond van art. 10, tweede lid Wob. Dat is onjuist, dat belang moet in dit kader niet meegewogen worden. In r.o. 2.15 komt de voorzieningenrechter tot het oordeel dat de besluiten om de informatie te verstrekken naar verwachting in stand zullen blijven. Het voorlopige rechtmatigheidsoordeel valt daarmee positief uit.

Dan volgt in r.o. 2.16 de afweging in het kader van de gevraagde voorziening. Kan dan het journalistieke belang wel een rol spelen? Nergens staat in art. 8:81 Awb dat de belangenafweging die de voorzieningenrechter op grond van deze bepaling moet maken dezelfde is, als die het bestuursorgaan in het primaire besluit moet maken. Alle betrokken belangen worden meegewogen. De voorzieningenrechter laat hier dan ook terecht het belang van 'KRO Reporter' bij het verkrijgen van de informatie meewegen. Maar, gelet op de formulering van art. 8:81, eerste lid, Awb, had de voorzieningenrechter hier ook een ander spoedeisend belang mee mogen laten wegen, dat in een afweging op grond van de Wob geen rol mag spelen en in een voorlopige voorziening wel.

Conclusie: Speelt het journalistieke belang nu een rol bij de vraag of informatie verstrekt moet worden? Hoewel de voorzieningenrechter dit belang in deze uitspraak een rol laat spelen bij die afweging, is het antwoord nog steeds: nee. Het kan zijn dat de voorzieningenrechter hier jurisprudentie van het EHRM mee heeft willen laten wegen, waarin het EHRM een aparte status toekent aan journalisten of daarmee vergelijkbare 'waakhonden' bij het verzoeken om overheidsinformatie (EHRM 14 april 2009, nr. 37374/05, LJN BJ2197, *Társaság a Szabadságjogokért/Hongarije*). Maar dit is speculeren over de intenties van de rechter. Het lijkt mij, dat een rechter die op grond van een uitspraak van het EHRM afwijkt van Nederlandse wetgeving en jurisprudentie, dit expliciet noemt in de uitspraak. Dat is hier niet gebeurd. Het meewegen van het journalistieke belang in r.o. 2.11 bij het voorlopig rechtmatigheidsoordeel had dan ook niet gemeeten.

Dit belang weegt wél mee in de beoordeling van de voorlopige voorziening. In casu was de voorziening er op gericht om de informatie *niet* openbaar te maken. Maar de ministers hadden al besloten om de informatie *wel* openbaar te maken. In combinatie met het oordeel dat dit besluit waarschijnlijk zowel in bezwaar als in beroep wel in stand zou blijven, zou de gevraagde voorziening ook zonder dit journalistieke belang mee te wegen waarschijnlijk niet zijn toegekend. Journalisten die wachten op meer openheid van de overheid en een versterking van hun positie bij verzoeken om informatie, moeten naar aanleiding van deze uitspraak dan ook nog niet al te hard juichen. Wel maakt deze uitspraak duidelijk dat het in een voorlopige voorzieningenprocedure zeker kan lonen om een beroep te doen op het belang van een journalist die in verband met de nieuwswaarde van informatie belang heeft bij spoedige openbaarmaking van informatie.

bepaling is volgens het sanctiebeleid de bandbreedte van € 0,- tot € 20.000,-.

Volgens artikel 2.11 wordt met uitzondering van de overtredingen die de toegang tot de kabel betreffen, in geval een overtreding een radio programma (onderdeel) of het internet betreft de naast lagere bandbreedte in de boetecategorie gekozen. In het geval er reeds sprake is van een lichte overtreding, dan wordt de hoogte van de boete, onverminderd mogelijke boeteverhogende omstandigheden, vastgesteld in de onderste helft van de bandbreedte.

Volgens artikel 2.12 neemt het commissariaat bij de vaststelling van de hoogte van de boete boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden in aanmerking. Boeteverhogende omstandigheden zijn onder meer:

- de omstandigheid dat sprake is van recidive van een overtreding van eenzelfde aard;
- de omstandigheid dat de overtreder in het verleden genoegzaam op de hoogte is gebracht van de toepassing van regelgeving;
- de omstandigheid dat sprake is van grove onachtzaamheid of (voorwaardelijk) opzet;
- de omstandigheid dat met de overtreding een wederrechtelijk geldelijk of op geld waardeerbaar voordeel is verkregen.
- een groot geografisch bereik van de aanbieder van een omroepnetwerk.

Boeteverlagende omstandigheden zijn onder meer:

- de interpretatie van de geschonden norm is niet eerder in het toezichtbeleid van het commissariaat betrokken;
- de omstandigheid dat de overtreding heeft plaatsgevonden hoewel de overtreder voorzorgsmaatregelen had getroffen;
- de omstandigheid dat de overtreder inmiddels adequate maatregelen heeft genomen ter voorkoming van herhaling van de overtreding;
- een gebrek aan financiële draagkracht van de overtreder;
- een beperkt geografisch bereik van de aanbieder van een omroepnetwerk.

2.2. Het commissariaat heeft de NPO een boete opgelegd omdat zij artikel 55, eerste lid, van de Mediawet heeft overtreden. Volgens het besluit van 13 mei 2008 is die bepaling overtreden door het houden van een actieweek van 28 juli 2007 tot en met 3 augustus 2007 op de radiozender 3FM. De actieweek stond in het teken van de film 'The Simpsons Movie'. Volgens het besluit van 13 mei 2008 hield de actie in dat luisteraars met verschillende spelopdrachten in totaal 170 toegangskaarten konden winnen voor een exclusieve voorpremière van de Nederlandstalige versie van die film. Volgens dat besluit werd zeven maal per dag een promo uitgezonden van 30 seconden, werd aan de start van ieder uur een promo van 15 seconden uitgezonden en werd voorafgaand aan de prijsuitreiking een jingle met de duur van ongeveer 8 seconden uitgezonden. Volgens het besluit van 13 mei 2008 is de NPO met de actieweek dienstbaar geweest aan het maken van winst door derden, in dit geval de Nederlandse distributeur van de film, 20th Century Fox. Dat besluit is bij besluit van 16 september 2008 in stand gelaten.

2.3. De rechtbank heeft geoordeeld dat het commissariaat bevoegd was om de NPO een boete op te leggen. Zij heeft overwogen dat het selecteren van één bepaalde film, waaraan één week lang speciale aandacht wordt geschonken door verschillende omroepen, in de omvang en frequentie als onder 2.2 beschreven, niet valt onder het normaal economisch handelen van een publieke radiozender. De rechtbank heeft verder overwogen dat het onder de aandacht brengen van een film op de radio een verkoopbevorderend effect heeft en dat van het commissariaat niet kan worden gevergd dat het bewijst dat dat effect daadwerkelijk is opgetreden. De onschuldpresumptie staat niet in de weg aan het doen van aannames op basis van feit of wet, zo heeft de rechtbank verder overwogen. Zij heeft voorts het beroep van de NPO op het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel verworpen. De rechtbank heeft ten slotte geoordeeld dat het commissariaat het gegeven dat de actie zenderbreed en landelijk werd uitgezonden als verzwarende omstandigheid mocht aanmerken.

2.4. De NPO betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat het commissariaat ten onrechte al dan niet positieve mededelingen in radio-programma's over de film 'The Simpsons Movie' tijdens de actieweek die in het teken stond van die film in het besluit van 13 mei 2008 aan haar heeft toegerekend. Zij heeft uitsluitend een coördinerende taak

over de zender 3FM en zelf geen zendtijd op die zender, aldus NPO. Zij betoogt verder dat het aan het commissariaat is te bewijzen dat zij artikel 55, eerste lid, van de Mediawet heeft overtreden. Het commissariaat moet daartoe volgens de NPO bewijzen dat de actieweek rond de film 'The Simpsons Movie' heeft geleid tot 'meer dan normale winst' voor 20th Century Fox; het bewijzen van een verkoopbevorderend effect daarvan is onvoldoende. Voorts heeft de NPO al het mogelijke gedaan om het vermoeden te weerleggen dat de betreffende actieweek tot een 'meer dan normale winst' van 20th Century Fox heeft geleid en heeft het commissariaat op geen enkele wijze bewijs geleverd dat het door haar aangeleverde bewijs tegensprekt. De NPO betoogt verder dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat het commissariaat zich op het standpunt mocht stellen dat het selecteren van één bepaalde film, waaraan één week lang speciale aandacht wordt geschonken door verschillende omroepen, in de omvang en frequentie als onder 2.2 beschreven, niet valt onder het normaal economisch handelen van een publieke radiozender. Volgens de NPO gaat de rechtbank er met deze overweging aan voorbij dat op de zender 3FM sinds jaar en dag in actieweeken aandacht wordt besteed aan bijvoorbeeld één artiest, cd, film, computerspel of concert en daarmee altijd wordt gekozen voor één onderwerp. Deze werkwijze past bij de doelgroep van de zender 3FM. Daarnaast dienen de actieweeken volgens de NPO ter promotie van de zender 3FM en geldt dit ook voor de actieweek rond de film 'The Simpsons Movie'. De rechtbank heeft voorts miskend dat het commissariaat in het bij de rechtbank bestreden besluit onvoldoende rekening heeft gehouden met het gegeven dat de criteria 'normaal economisch handelen' en 'meer dan normale winst' open normen zijn en bovendien het commissariaat zelf van oordeel is dat het criterium 'meer dan normale winst' aan herformulering toe is, aldus de NPO.

2.4.1. De NPO was ten tijde van de actieweek 'The Simpsons Movie' onderdeel van de NOS, een instelling die zendtijd heeft. Nu artikel 55 van de Mediawet van toepassing is op alle activiteiten van instellingen die zendtijd hebben verkregen, heeft de rechtbank terecht die bepaling van toepassing geacht op de coördinerende activiteiten van de NPO.

De rechtbank heeft terecht overwogen dat het op opvallende wijze en niet in negatieve zin onder de aandacht brengen van een film op de radio een verkoopbevorderend effect heeft en heeft daarbij terecht verwezen naar de uitspraak van de Afdeling van 21 augustus 1997 in zaak nr. Ro1392121 (AB 1998, 216). Zij heeft onder verwijzing naar die uitspraak verder met juistheid overwogen dat het commissariaat niet hoeft te bewijzen dat het verkoopbevorderende effect daadwerkelijk is opgetreden. Gelet hierop heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat het commissariaat niet hoefde te onderzoeken of 20th Century Fox door het houden van de actieweek rond de film 'The Simpsons Movie' meer winst heeft behaald.

2.4.2. De rechtbank heeft met juistheid overwogen dat het commissariaat zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat de NPO artikel 55, eerste lid, van de Mediawet heeft overtreden door één bepaalde film te selecteren en daaraan aandacht te besteden zoals zij heeft gedaan als omschreven onder 2.2, en dat zij aldus dienstbaar was aan het maken van winst door 20th Century Fox. Zoals de rechtbank heeft overwogen, valt het handelen van de NPO in het kader van de actieweek rond de film 'The Simpsons Movie' niet onder het criterium 'normaal economisch handelen', welk handelen volgens de memorie van toelichting bij artikel 55 van de Mediawet (*Kamerstukken II, 1984/85, 19 136, nrs. 1-3, p. 116*) toegestaan is. Voor de actieweek is één film geselecteerd en is specifiek aandacht besteed aan die film. Daarnaast heeft de rechtbank met juistheid overwogen dat het commissariaat zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat de NPO het vermoeden dat de actieweek heeft geleid tot meer winst door 20th Century Fox niet heeft weerlegd. Dat zij mondiale winstcijfers, Nederlandse omzetcijfers en bezoekersaantallen heeft overgelegd is niet voldoende om dat vermoeden te weerleggen. Hieruit volgt immers niet dat de film 'The Simpsons Movie' hetzelfde aantal bezoekers in Nederland zou hebben gehad en met de film dezelfde omzet zou zijn behaald als de actieweek niet zou zijn georganiseerd. Daarbij speelt voorts niet de vraag of de 170 vrijkaarten die voor de voorpremière beschikbaar zijn gesteld invloed hebben gehad op de omzet en de bezoekersaantallen, maar de aandacht die de film heeft gehad op de zender 3FM.

Dat de actieweek is bedoeld ter promotie van de zender 3FM en in de promo's voornamelijk is verwezen naar de voorpremière die exclusief voor 3FM is georganiseerd maakt niet dat niet geoordeeld kan worden dat het handelen van de NPO dienstbaar is aan het maken van winst door 20th Century Fox. Het bestaan van een voorpremière maakt duidelijk dat de film binnen afzienbare tijd in bioscopen te zien zal zijn.

De stelling van de NPO dat het criterium 'normaal economisch handelen' een open norm is en het commissariaat van oordeel is dat dat criterium dient te worden hergeformuleerd doet niet af aan het juiste oordeel van de rechtbank dat het commissariaat zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat zij artikel 55, eerste lid, van de Mediawet heeft overtreden. Dat criterium is voldoende duidelijk. Voorts diende het commissariaat de wet toe te passen zoals die op het moment van de overtreding gold, ongeacht zijn opinie daarover.

Anders dan de NPO betoogt, heeft het commissariaat met de verwijzing naar mededelingen in radioprogramma's van de afzonderlijke omroepverenigingen over de film 'The Simpsons Movie' tijdens de actieweek niet beoogd die aan haar toe te rekenen, maar heeft het hiermee zijn stelling toegelicht dat de NPO een coördinerende rol heeft gespeeld en dat de afspraken die zijn gemaakt tussen NPO en 20th Century Fox en die zijn vastgelegd in verscheidene e-mails, anders dan zij heeft betoogd, wel zijn uitgevoerd.

Het betoog faalt.

2.5. De NPO betoogt dat zij in het verleden acties heeft georganiseerd die vergelijkbaar zijn met de actieweek rond de film 'The Simpsons Movie' die niet zijn beoogd. Zij mocht er daarom, mede omdat het hier de toepassing van een open norm betreft, op vertrouwen dat het commissariaat voor de actieweek geen boete zou opleggen. Daarnaast heeft de rechtbank miskend dat het commissariaat het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden door voor de actieweek een boete op te leggen, omdat in de acties die zij op 3FM in het verleden heeft georganiseerd en waarvoor geen boetes zijn opgelegd tevens promo's en jingles zijn gebruikt en prijzen zijn uitgedeeld, aldus de NPO. Zij verwijst ter ondersteuning van haar betoog onder meer naar de actieweek die zij in 1997 heeft georganiseerd op de zender 3FM rond het nieuwe album van Michael Jackson.

2.5.1. De Afdeling begrijpt het betoog van de NPO aldus dat de rechtbank heeft miskend dat het commissariaat heeft gehandeld in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel door haar een boete op te leggen voor de actieweek rond de film 'The Simpsons Movie'.

Het commissariaat heeft ter zitting van de Afdeling betoogd dat de actieweken waarnaar de NPO verwijst niet zijn onderzocht, omdat het slechts een beperkte capaciteit heeft om alle aan hem toebedeelde taken uit te voeren en daarom niet elke actieweek kan worden onderzocht. Daarnaast heeft het commissariaat zich ter zitting van de Afdeling op het standpunt gesteld dat, mochten de door de NPO genoemde actieweken inderdaad vergelijkbaar zijn met de actieweek rond de film 'The Simpsons Movie', dit een reden kan zijn die actieweken alsnog te onderzoeken en er boetes voor op te leggen.

Het ter zitting gehouden betoog van het commissariaat komt de Afdeling niet onjuist voor. Aan het enkele feit dat het commissariaat niet is opgekomen tegen mogelijke eerdere overtredingen, kan de NPO niet het vertrouwen ontlenen dat het commissariaat niet tegen nieuwe vergelijkbare overtredingen zal optreden.

2.5.2. De rechtbank heeft voorts terecht overwogen dat het commissariaat zich op het standpunt mocht stellen dat het beroep van de NPO op het gelijkheidsbeginsel niet slaagt. Dat de rechtbank niet heeft onderkend dat in de door de NPO aangehaalde actieweken waarvoor geen boete is opgelegd eveneens promo's en jingles zijn gedraaid, maakt dat niet anders. De rechtbank heeft verder terecht overwogen dat het in de actieweken waar de NPO naar verwijst ging om CD's en het steeds muziek betrof, terwijl in de actieweek die onderwerp van geding is een film het onderwerp van de actie was. Daarbij is tevens van belang dat de zender 3FM hoofdzakelijk muziek uitzendt. De actieweken waarnaar de NPO verwijst ter ondersteuning van haar beroep op het gelijkheidsbeginsel verschillen daarom op een belangrijk punt. Het betoog van de NPO dat de rechtbank haar beroep op het gelijkheidsbeginsel ten onrechte heeft verworpen, faalt.

2.6. De NPO betoogt ten slotte dat de rechtbank heeft miskend dat de hoogte van de boete die het commissariaat heeft opgelegd te hoog is, omdat de overtreding niet ernstig was. Daarnaast had het commissariaat bij het bepalen van de hoogte van de boete rekening moeten houden met het gegeven dat het verbod van artikel 55, eerste lid, van de Mediawet is gebaseerd op open normen die in de praktijk onduidelijkheid opleveren en daarnaast aan herformulering toe zijn.

2.6.1. Dit betoog faalt. De rechtbank heeft terecht overwogen dat het commissariaat zich op het standpunt mocht stellen dat de overtreding van artikel 55, eerste lid, van de Mediawet een ernstige over-

treding was. Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen mocht het commissariaat aan de omvang van de actie, het gegeven dat de actie de hele zender 3FM besloeg, en het gegeven dat die zender een landelijk bereik heeft als verzwarende omstandigheden aanmerken. Geen grond bestaat voor het oordeel dat het commissariaat de boete had moeten matigen omdat het in artikel 55, eerste lid, van de Mediawet vervatte verbod is gebaseerd op open normen die in de praktijk onduidelijkheid opleveren en waarvan het commissariaat, naar de NPO stelt, van oordeel is dat die aan herformulering toe zijn. Zoals onder 2.4.2 is overwogen is het in artikel 55 van de Mediawet vervatte verbod voldoende duidelijk. Dat het commissariaat voorts van oordeel is dat het criterium 'normaal economisch handelen' dient te worden hergeformuleerd leidt evenmin tot het oordeel dat het een lagere boete had moeten opleggen, nu dat begrip niet relevant is voor het bepalen van de hoogte van de boete maar slechts voor de vraag of de NPO artikel 55, eerste lid, van de Mediawet heeft overtreden met het organiseren van de actieweek rond de film 'The Simpsons Movie'.

2.7. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

2.8. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

### 3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

bevestigt de aangevallen uitspraak.

Aldus vastgesteld door mr. C.H.M. van Altena, voorzitter, en mr. D. Roemers en mr. J.A. Hagen, leden, in tegenwoordigheid van mr. W. van Hardeveld, ambtenaar van staat.

## Noot

*Machteld Robichon-Lindenkamp*

*Mr. M.I. Robichon-Lindenkamp is advocaat te Amsterdam (Kennedy Van der Laan).*

Deze uitspraak handelt over een overtreding van de Mediawet: het verbod voor de publieke omroep om dienstbaar te zijn aan het maken van winst door derden (dienstbaarheidsverbod). Het Commissariaat voor de Media legde op 13 mei 2008<sup>1</sup> aan de Nederlandse Publieke Omroep (NPO) een boete op van € 20.000,- voor overtreding van dit verbod. Aanleiding was 'The Simpsons Movie actieweek' in de zomer van 2007. Tijdens deze actie stond een week lang op radiozender 3FM de première van de Nederlandse versie van de film 'The Simpsons Movie' centraal. Volgens het Commissariaat had de NPO met deze actie excessieve exposure gegenereerd voor de film en zich hiermee dienstbaar gemaakt aan het maken van winst door de filmstudio, 20th Century Fox.

Tussen de NPO en filmstudio waren afspraken gemaakt op basis waarvan 3FM gratis een exclusieve voorpremière kreeg van de Nederlandse versie van de film plus gratis toegangskarten voor deze première. 3FM diende als tegenprestatie de officiële première van de film onder de aandacht te brengen en actiepromo's uit te zenden. Tijdens de actieweek werd zeven maal per dag een promotiespot van ongeveer 30 seconden uitgezonden. Daarnaast startte ieder uur met een speciale jingle: '3FM presents de exclusieve voorpremière van The Simpsons Movie'. De toegangskarten die de luisteraars tijdens elk uur met spelopdrachten konden winnen werden eveneens vooraf gegaan door een speciale jingle. Kortom er was erg veel aandacht voor de film en dat ging niet onopgemerkt voorbij.

Volgens het Commissariaat had de NPO, toen nog de Nederlandse Omroep Stichting (NOS), met het organiseren en uitvoeren van 'The Simpsons Movie actieweek' artikel 55 Mediawet (oud) overtreden. Op grond van het verbod in artikel 55 lid 1 Mediawet (oud) zijn instellingen die zendtijd hebben met al hun activiteiten niet dienstbaar aan het maken van winst door derden. Desgevraagd tonen zij dit ten genoegen van het Commissariaat aan. Dit verbod geldt alleen voor publieke omroepen en niet voor commerciële omroepen. Dit verbod

<sup>1</sup> Kenmerk: JuZa-001900-iw. Beslissing op bezwaar van 16 september 2008 met kenmerk JuZa-005445.ivs. De besluiten zijn terug te vinden op de website van het Commissariaat.

geldt naast het verbod op sluikreclame. Zoals blijkt uit de parlementaire geschiedenis geeft artikel 55 Mediawet uitdrukking aan het beginsel van non-commercialiteit van de publieke omroep.<sup>2</sup> Normaal economisch handelen, ook als dat winst voor derden ten gevolge heeft, is in beginsel toegestaan. Als er door derden meer dan normale winst wordt gemaakt, wordt het verbod overtreden.

Het dienstbaarheidsverbod is in de Mediawet 2008 gehandhaafd en terug te vinden in artikel 2.141 lid 1 Mediawet 2008. Het verbod is inhoudelijk niet gewijzigd. De uitspraak van de Afdeling is zodoende van belang voor de huidige praktijk. Volgens de memorie van toelichting bij de huidige wet<sup>3</sup> mogen derden uit de samenwerking met de publieke omroep niet meer dan normale winst of andere concurrentievoordelen behalen.

Dit betekent in de praktijk dat de publieke omroep niet teveel aandacht voor de producten en diensten van derden mag genereren. Daarnaast mag de publieke omroep geen diensten leveren zonder daarvoor een marktconforme vergoeding te vragen. Bij het laatste valt te denken aan het verstrekken van licenties of het beschikbaar stellen van faciliteiten zonder dat daar een (gelijkwaardige) prestatie tegenover staat. Zo kreeg de NPO op 1 juli 2008<sup>4</sup> een boete omdat zij zich dienstbaar had gemaakt aan het maken van winst door EMI bij de productie van een album van Trijntje Oosterhuis, onder meer omdat door EMI niet voor de studiofaciliteiten was betaald. De hoogste boete tot op heden van € 135.000,- is opgelegd aan de Tros.<sup>5</sup> Het Commissariaat oordeelde dat de Tros met het uitzenden van het programma Bibaboerderij Schuitema, eigenaar van supermarktketen C1000, in de gelegenheid had gesteld om het concept Bibaboerderij op grote schaal onder de aandacht van het publiek te brengen en meer dan normale winst te maken.

Terug naar 'The Simpsons Movie actieweek'. De NPO stelde dat de actieweek kwalificeerde als 'normaal economisch handelen'. De actieweek beoogde de luisteraars van 3FM te informeren over actualiteiten die aansluiten bij hun belevingswereld, zoals muziek, films en games, aldus de NPO. Met de actie wilde 3FM de zender profileren en geen winst door derden genereren. Naar het oordeel van de rechtbank kwalificeerde het selecteren van één bepaalde film, waaraan vervolgens een week lang speciale aandacht werd geschonken door verschillende oproepen, gezien de vorm, omvang en frequentie niet als normaal economisch handelen.<sup>6</sup>

In hoger beroep overweegt de Afdeling dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat het op opvallende wijze en niet in negatieve zin onder de aandacht brengen van een film op de radio een verkoopbevorderend effect heeft. Ter ondersteuning heeft de rechtbank verwezen naar de uitspraak van de Afdeling van 21 augustus 1997<sup>7</sup> inzake 'Actua in bedrijf', waarin de Afdeling op vergelijkbare wijze oordeelde. Deze uitspraak is ook van belang omdat de Afdeling daarin bepaalde dat het Commissariaat niet hoeft aan te tonen dat het verkoopbevorderende effect daadwerkelijk is opgetreden.

De NPO stelde niettemin dat het Commissariaat niet had voldaan aan zijn bewijslast en niet had aangetoond dat de NPO artikel 55 Mediawet (oud) had overtreden. In dat kader heeft de NPO een beroep gedaan op de onschuldpresumptie uit artikel 6 lid 2 EVRM en verwezen naar het arrest *Salabiaku*.<sup>8</sup> Dit beroep faalt echter in beide instanties. De rechtbank overweegt in lijn met de geldende jurisprudentie<sup>9</sup> dat uit dit arrest niet blijkt dat de onschuldpresumptie in de weg staat aan het doen van aannames op basis van feit of wet, zolang deze aannames weerlegbaar zijn door de overtreder. De tweede zin van artikel 55 Mediawet, waarin staat dat de omroep desgevraagd aantoont dat geen sprake is van dienstbaarheid, strijdt volgens de rechtbank niet met de jurisprudentie van het EHRM. De Afdeling gaat op dit onderwerp niet expliciet in, terwijl hieraan in het hoger beroep uitgebreid aandacht is besteed. De Afdeling concludeert in r.o. 2.4.2 dienaangaande, in lijn met de uitspraak 'Actua in bedrijf', dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat het Commissariaat niet hoeft te onderzoeken of 20th Century Fox door het houden van de actieweek meer winst had behaald. Meer woorden maakt de Afdeling daaraan niet

vuil. De NPO heeft in de procedure mondiale winstcijfers van 20th Century Fox overgelegd. Daaruit kon niet worden afgeleid dat de film in Nederland meer succes had. Uit de cijfers bleek volgens de Afdeling niet dat de film hetzelfde aantal bezoekers in Nederland zou hebben gehad en dezelfde omzet behaald zou zijn, als de actieweek niet zou zijn georganiseerd. In geval van een vermeende overtreding moet de betrokken omroep dus aantonen dat een actie geen winst heeft opgeleverd. Dat zal in de praktijk niet eenvoudig zijn. De bewijslast voor de vermeende overtreder wordt daarmee zwaar. Volgens de Afdeling botst dit kennelijk niet met de onschuldpresumptie.

De Afdeling overweegt dat het criterium 'normaal economisch handelen' voldoende duidelijk is, ook al zou het Commissariaat van oordeel zijn dat het criterium opnieuw geformuleerd zou moeten worden. Dit had het Commissariaat kennelijk ter zitting betoogd. Bovendien diende het Commissariaat artikel 55 Mediawet (oud) te handhaven, ongeacht zijn opinie daarover. De Afdeling besteedt daarbij geen aandacht aan het feit dat het dienstbaarheidsverbod in de Mediawet 2008 inhoudelijk ongewijzigd is gehandhaafd.

De NPO betoogde dat het Commissariaat een inbreuk had gemaakt op het vertrouwensbeginsel, omdat de NPO eerder vergelijkbare acties had georganiseerd die niet waren beboet. Het Commissariaat verweerde zich ter zitting dat deze actieweken, mede gezien de beperkte capaciteit van het Commissariaat, (nog) niet waren onderzocht. Volgens de Afdeling mag de NPO aan het enkele feit dat het Commissariaat niet tegen eventuele eerdere overtredingen is opgekomen geen vertrouwen ontnemen. Deze conclusie kan niet verrassen, aan een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel stelt de Afdeling strenge eisen: daarvoor was een ondubbelzinnige concrete toezegging nodig van een bevoegd persoon dat de actieweek geoorloofd was, welke toezegging aan het Commissariaat kon worden toegerekend.<sup>10</sup>

Ook het beroep op het gelijkheidsbeginsel mocht de NPO niet baten. De NPO verwees naar eerdere acties rondom de introductie van nieuwe albums. De rechtbank constateerde dat het in de genoemde gevallen ging om cd's die werden aanbevolen en niet een film het onderwerp van een actieweek was. Ook werden er geen jingles en promo's ingezet. Het beroep op het gelijkheidsbeginsel faalde daarom. De Afdeling constateert in hoger beroep dat 3FM hoofdzakelijk muziek uitzendt. Ook de Afdeling overweegt dat de eerdere acties waarnaar de NPO verwijst zagen op muziek en niet op een film. De actieweken verschilden daarom op een belangrijk punt. Dat de rechtbank in beroep had miskend dat bij de door de NPO aangehaalde acties ook jingles en promo's werden gebruikt, maakte dat volgens de Afdeling niet anders. Het beroep op het gelijkheidsbeginsel had daarom in beroep terecht gefaald.

Een voorbeeld van een andere actieweek vormde de campagne op 3FM rondom het nieuwe album van Coldplay. Deze actie kon wel door de beugel, hoewel het Commissariaat in eerste instantie voornemens was om een boete op te leggen.<sup>11</sup> Het Commissariaat overwoog dat de keuze voor het betrokken album een artistieke en niet een commerciële reden had. Ook tijdens deze week konden kaarten worden gewonnen. 3FM betaalde voor deze concertkaarten en de daartoe te maken reis. Met de platenmaatschappij was afgesproken dat in de reclameblokken van het programma geen reclamespots mocht worden opgenomen. Deze afspraak is kennelijk nageleefd. De voornoemde elementen maakten dat geen sprake was van een overtreding, aldus het Commissariaat. De belangen van de platenmaatschappij en de filmstudio bij zoveel mogelijk exposure verschilden niet. De Coldplay-actieweek was kennelijk slimmer en behoudender ingestoken. Bovendien bestaat volgens het Commissariaat bij muziek meer ruimte dan bij film, omdat 3FM een muziekzender is.

De boete is opgelegd aan de NPO en niet aan de omroepverenigingen als BNN, AVRO en VARA, die de uitingen in hun programma's hebben uitzonden. Ook de NOS, waarvan de NPO als gesteld toen een onderdeel vormde, beschikt over zendtijd. Volgens het Commissariaat moet de NPO met al haar activiteiten, ook bij haar coördinerende taak binnen de publieke omroep, zich houden aan artikel 55 Mediawet (oud).

2 Kamerstukken II 1984/85, 19 136, nr. 1-3, p. 116, Kamerstukken II 1996/97, 25 216, nr. 34 en EK 1997-1998, 25 216, nr. 49a, p. 18.

3 Kamerstukken II 2007/08, 31 356, nr. 3, p. 57.

4 Kenmerk: JuZa-002264-nvdb. Radio 2 had daarnaast meegewerkt aan het in de markt zetten van het album. De boete bedroeg in totaal € 50.000,-. De boete is in de beslissing op bezwaar van 1 september 2009 gehandhaafd. De beslissing op bezwaar was niet beschikbaar op de website van het Commissariaat. De NPO heeft tegen dat besluit beroep ingesteld.

5 Besluit van 20 oktober 2009, kenmerk 18733/2009015146. Zie ook de beslissing

op bezwaar van 20 juli 2010, kenmerk 20453/2010010914. De Tros heeft hiertegen beroep ingesteld.

6 Rb. Amsterdam, AWB 08/4207, LJN BM2218, r.o. 3.5.

7 AB 1998, 216, LJN AN5637.

8 EHRM 7 oktober 1998, *Salabiaku/France*, NJ 1991, 351. Zie ook CBB 18 november 2010, LJN BO5197.

9 J.P. Heinrich en R.W. Veldhuis, *NTB* 2010-9, nr. 43.

10 Zie voor een recente uitspraak ABRvS 2 september 2009, JB 2009, 221.

11 Besluit van 12 maart 2003 met kenmerk JuZa-001678-tdk.

De rechtbank volgt dit standpunt. Het Commissariaat had de NPO volgens de rechtbank terecht als onderdeel van de NOS aangesproken op de overtreding van het dienstbaarheidsverbod in de uitoefening van haar coördinerende taken. Ter ondersteuning verwijst de rechtbank naar artikel 2.141 Mediawet 2008, dat ook op de huidige NPO van toepassing is. De Afdeling volgt ook hier de rechtbank en oordeelt dat de rechtbank de bepaling terecht op de coördinerende activiteiten van de NPO van toepassing heeft geacht.

In casu had de NPO de afspraken met de filmstudio gemaakt. Dit bleek ook uit de overgelegde emails. De omroepverenigingen hebben slechts aan de gemaakte afspraken uitvoering gegeven. Het Commissariaat heeft zich daarom tot de NPO gericht en niet de omroepen voor (sluik)reclame beboet. Volgens de adviescommissie in bezwaar zou het beboeten van de omroepverenigingen voor het feit dat zij hebben gedaan wat de NPO, bij de uitoefening van haar coördinerende taken, van hen had gevraagd aan de bedoeling van de wetgever afbreuk hebben gedaan. De omroepverenigingen hebben niettemin zelf besloten om de uitingen op te nemen. De coördinerende taak van de NPO strekt niet zo ver dat de omroepverenigingen verplicht kunnen worden om uitingen in hun programma's op te nemen. Op de voet van artikel 44 Mediawet (oud), thans artikel 2.88 Mediawet 2008, bepalen de omroepverenigingen de inhoud van hun programma's en dragen daarvoor verantwoordelijkheid. Het Commissariaat meende niettemin dat de NPO diende te worden aangesproken.

Bij de overtreding speelde overigens geen rol dat verschillende dj's van 3FM de stemmen van de Nederlandse versie hadden ingesproken. Aan deze betrokkenheid is door deze dj's in hun eigen programma's tijdens de actieweek uitgebreid aandacht besteed. Deze aandacht had het Commissariaat mijns inziens in de beoordeling kunnen betrekken.

Tot besluit: in het geval het Commissariaat tegen de individuele publieke zenders had willen optreden, hadden de omroepen naar ik verwacht een boete voor verboden reclame-uitingen gekregen. Een publieke omroep mag namelijk geen namen, beeldmerken, producten of diensten tonen of noemen, tenzij dat bij of krachtens de wet is toegestaan.<sup>12</sup> De uitingen waren overheersend en lijken niet onder een van uitzonderingen op het reclameverbod te vallen. In geval van een commerciële omroep had het Commissariaat moeten aantonen dat de omroep het oogmerk had om (sluik)reclame te maken, blijkt uit de uitspraak van de Afdeling van 3 augustus 2005.<sup>13</sup> Deze uitspraak is nog van belang omdat met de vereenvoudiging van de regels over sluikreclame de wetgever niet heeft beoogd om het bestaande reclameregime en de toepassingspraktijk te wijzigen, aldus de memorie van toelichting op de Mediawet 2008. Het Commissariaat zou voor het bewijs van het oogmerk naast de uitingen in de programma's gebruik kunnen maken van de gewisselde emailcorrespondentie over de door de omroep aan de filmstudio in de programma's te leveren exposure. Of dat ook voldoende is, zal de praktijk moeten uitwijzen.

12 Artikel 52 Mediawet (oud) en 2.88a e.v. Mediawet 2008. Zie ook *Kamerstukken II 2007/08*, 31 356, nr. 3, p. 24. Voor de commerciële omroep wordt verwezen naar artikel 3.5a e.v. Mediawet 2008.

13 Zie de noot van A.W. Hins bij deze uitspraak, *Mediaforum* 2005-9, nr. 29. Het verbod op sluikreclame is opgenomen in artikel 3.5a lid 3 Mediawet 2008.

## Nr. 9 Kabelkrant Dinxperlo en Stichting RVT/OPTA

Vzr. CBB 15 november 2010

Uitspraak op het verzoek om voorlopige voorziening en, met toepassing van artikel 8:86 van de Algemene wet bestuursrecht, op het beroep in de zaak van:

de Stichting Kabelkrant Dinxperlo, te Dinxperlo, en de Stichting Regio Video Televisie, te Winterswijk, verzoeksters, gemachtigde: H. P. M. Swinkels, bestuursrechtconsulent te Dinxperlo,

tegen

de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA), gemachtigde: mr. D. Verduijn, werkzaam bij OPTA,

aan welk geding voorts als partij wordt deelgenomen door: UPC Nederland BV, te Amsterdam, gemachtigde: mr. Q. R. Kroes, advocaat te Amsterdam.

### 1. De procedure

Verzoeksters hebben bij faxbericht van 30 augustus 2010 beroep ingesteld tegen de besluiten van OPTA van 27 augustus 2010 (kenmerk: OPTA/AM/2010/202434 en OPTA/AM/2010/202451), waarbij OPTA zich niet bevoegd heeft verklaard om de geschillen tussen verzoeksters en UPC met betrekking tot de aan UPC opgelegde verplichtingen inzake doorgifte van rtv-signalen op grond van artikel 12.2, eerste en tweede lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) te beslechten.

Verzoeksters hebben zich bij faxbericht van 22 september 2010 tot de voorzieningenrechter van het College gewend met het verzoek om bij wijze van voorlopige voorziening UPC te gelasten de intrekking van de doorgifte van het rtv-signaal van verzoeksters in afwachting van een nadere oordeelsvorming op te schorten. Partijen hebben voor toelichting van hun standpunten verwezen naar stukken, ingebracht in een eerder verzoek om voorziening (AWB10/894), dat niet-ontvankelijk verklaard is.

De voorzieningenrechter heeft van de stukken in dat dossier kennisgenomen.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 8 november 2010. Partijen hebben bij monde van hun gemachtigden hun standpunten toegelicht. Voor OPTA is tevens verschenen mr. P.M.W. Boezaard, werkzaam bij de Afdeling Markten van OPTA. Partijen hebben ter zitting toestemming gegeven onmiddellijk uitspraak te doen in de hoofdzaak.

### 2. De grondslag van het geschil

2.1 In dit geval kan nader onderzoek redelijkerwijs niet bijdragen aan de beoordeling van de zaak en bestaat ook overigens geen beletsel om met toepassing van artikel 8:86, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) gelezen in samenhang met artikel 19 van de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie onmiddellijk uitspraak te doen in de hoofdzaak.

2.2 In de Tw is, voor zover hier van belang, het volgende bepaald:

#### Artikel 6.1

1. Een aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken of openbare elektronische communicatiediensten, die daarbij de toegang tot eindgebruikers controleert, treedt op verzoek van een aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken of openbare elektronische communicatiediensten met die aanbieder in onderhandeling met het oog op het sluiten van een overeenkomst op basis waarvan de nodige maatregelen worden genomen [...] opdat eind- tot eindverbindingen tot stand worden gebracht.

[...]

3. Het college [van OPTA, toevoeging College] kan op aanvraag van een aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken of openbare elektronische communicatiediensten die van mening is dat een andere aanbieder jegens hem de verplichting tot onderhandelen niet nakomt, voorschriften geven met betrekking tot de wijze waarop de onderhandelingen gevoerd moeten worden [...]

#### Artikel 12.2

1. Indien er tussen [...] aanbieders en ondernemingen [...] een geschil is ontstaan inzake de nakoming van een op een [...] aanbieder [...] die [...] openbare elektronische communicatiediensten [...] aanbiedt op grond van een bij of krachtens deze wet [...] rustende verplichting, kan het college op aanvraag van een bij dat geschil betrokken partij het geschil beslechten [...].

2. Onder een geschil als bedoeld in het eerste lid, wordt mede verstaan een geschil inzake de vraag of, indien de in dat lid bedoelde [...] aanbieders en ondernemingen [...] een overeenkomst hebben gesloten op basis van een bij of krachtens deze wet op een of meer van hen rustende verplichting, de ter zake daarvan tussen hen bestaande verbintenissen, of de wijze waarop die verbintenissen worden nagekomen strijdig zijn, onderscheidenlijk strijdig is met het bij of krachtens deze wet bepaalde.'

### 3. De bestreden besluiten

OPTA heeft zich niet bevoegd verklaard tot beslechting van de onderhavige geschillen. Als gevolg van de uitspraak van het College van 18 augustus 2010, AWB 09/536 tot en met 09/539 en 09/541 tot en met 09/548, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), IJN BN4243, is de op UPC rustende verplichting tot het doorgeven van rtv-signalen met terugwerkende kracht komen te vervallen. Om die reden kan er geen sprake meer zijn van een op UPC rustende verplichting, als door verzoeksters bedoeld.