

Noot bij Rb Amsterdam 13 juni 2006, BNR Nieuwsradio vs. CvdM (Mediaforum 2006-7/8, nr. 24)

Wouter Hins

1. Het verhaal begint op 5 april 2004. Die dag zond de Nederlandse commerciële omroep BNR Nieuwsradio een aflevering uit van haar vaste radiatorubriek 'ICT-nieuws'. In deze rubriek, die drie keer per week wordt uitgezonden, komen actuele ontwikkelingen in de ICT-branche aan de orde. Aan het begin en aan het einde van een aflevering pleegt de naam van een sponsor te worden vermeld. Het is deze vermelding die tot problemen zou leiden. Artikel 71k, vijfde lid, van de Mediawet luidt namelijk: 'Programma-onderdelen van commerciële omroepinstellingen die toestemming hebben verkregen, bestaande uit *nieuws, actualiteiten of politieke informatie*, worden niet gesponsord'. Het Commissariaat voor de Media stelde zich op het standpunt dat de aflevering van 'ICT-nieuws' van 5 april 2004 – iedere aflevering wordt afzonderlijk beoordeeld – een *actualiteitenprogramma* was. Hoewel het Commissariaat aanvankelijk een boete wilde opleggen van €13.500, zag het daar later vanaf. Reden daarvoor was dat zich nog geen praktijk had gevormd inzake de handhaving van artikel 71k, vijfde lid, waarop BNR haar gedrag had kunnen afstemmen. Vandaar dat het Commissariaat besloot te volstaan met een waarschuwing. BNR meende echter volkomen rechtmatig gehandeld te hebben. Zij diende tegen de waarschuwing een bezwaarschrift in. Op 22 februari 2005 verklaarde het Commissariaat het bezwaarschrift ongegrond, maar die beslissing is nu door de rechtbank vernietigd.

2. De uitspraak van de Amsterdamse rechtbank is om verschillende redenen interessant. Ik stip drie vragen aan:

- a. Was de waarschuwing een 'besluit' in de zin van de Awb?
- b. Hoe ver reikt het verbod van artikel 71k, vijfde lid, van de Mediawet?
- c. Is artikel 71k, vijfde lid, van de Mediawet in strijd met het EG-verdrag?

Ad a. Was de waarschuwing een besluit?

3. Zowel het Commissariaat als BNR stelden zich op het standpunt dat de beslissing van het Commissariaat een waarschuwing te geven een 'besluit' was in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht. Met andere woorden: de waarschuwing zou zijn gericht op een publiekrechtelijk rechtsgevolg. De rechtbank moest ambtshalve nagaan of deze kwalificatie juist was. Zou de waarschuwing geen 'besluit' zijn, dan had het Commissariaat het bezwaarschrift van BNR niet-ontvankelijk moeten verklaren in plaats van ongegrond. De vraag naar het rechtskarakter is niet zo simpel te beantwoorden. De waarschuwing creëerde geen betalingsplicht, zoals een boetebesluit zou hebben gedaan. Bovendien kent de Mediawet de sanctie van een waarschuwing niet. Zijn voorganger, de Omroepwet van 1967, noemde in artikel 61 (oud) de 'berisping', maar dat instrument is met de inwerkingtreding van de Mediawet verdwenen. Wel zou men kunnen betogen dat het

Commissariaat een bestuurlijk rechtsoordeel uitsprak over de toepasselijkheid van artikel 71k, vijfde lid, van de Mediawet. BNR heeft er belang bij te weten of dat oordeel juist is om te kunnen bepalen of zij haar gedrag nu wel of niet moet wijzigen. De jurisprudentie laat zien dat een dergelijk rechtsoordeel in uitzonderingsgevallen als een besluit kan gelden.

4. Uitzonderingen zijn echter uitzonderingen. Het ziet er zelfs naar uit dat de jurisprudentie de laatste tijd terughoudender wordt. Kenmerkend is de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State d.d. 18 januari 2006, LJN-nr. AU9822, die de rechtbank noemt. In deze zaak had de burgemeester van Den Haag een waarschuwing gegeven, dat de exploitanten van een sexinrichting in strijd hadden gehandeld met bepaalde voorschriften uit de APV. Bij een herhaling zou de burgemeester een zwaardere maatregel kunnen nemen, zoals een tijdelijke sluiting van de inrichting. De waarschuwing was gebaseerd op een beleidsregel die het volgende stappenplan bevatte: bij de eerste overtreding een waarschuwing, bij de tweede een sluiting voor een maand, bij de derde een sluiting voor drie maanden en bij de vierde een definitieve sluiting. Was de waarschuwing een ‘besluit’? Nee, zo besliste de Afdeling. De Afdeling overwoog:

‘2.6. Anders dan voorheen, bijvoorbeeld in de uitspraak van 8 september 2004, no. 200308336/1 (gepubliceerd in AB 2005, nr. 107), is de Afdeling thans van oordeel dat een waarschuwing die is gebaseerd op een op schrift gesteld en bekendgemaakt beleid en die volgens dat beleid vooraf moet gaan aan het mogelijk opleggen van een zwaardere bestuurlijke maatregel, niet kan worden aangemerkt als een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb.

2.6.1. Een waarschuwing als hier bedoeld, die geen wettelijke grondslag heeft, brengt geen wijziging in de rechtspositie van degene die wordt gewaarschuwd. Betrokkene wordt daarbij geen verplichting opgelegd, doch hij wordt slechts gewezen op een reeds bestaande verplichting, noch wordt hem enig recht onthouden. (..)’.

5. In de BNR-zaak laat de Amsterdamse rechtbank zien dat zij de bovengenoemde jurisprudentie van de Afdeling kent. Zij komt echter tot een andere conclusie. De waarschuwing aan BNR is volgens de rechtbank wel een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb. De rechtbank noemt drie redenen waarom de onderhavige zaak anders is dan die van de Haagse sexinrichting. In de eerste plaats overweegt zij dat de waarschuwing aan BNR een bestraffend karakter heeft, terwijl in de Haagse zaak sprake zou zijn van een ordemaatregel. In de tweede plaats vloeide de waarschuwing van de burgemeester van Den Haag – anders dan de waarschuwing van het Commissariaat – voort uit een beleidsregel. Tenslotte acht de rechtbank van belang dat de gemachtigde van het Commissariaat ter zitting desgevraagd heeft verklaard dat het Commissariaat in plaats van een waarschuwing ook een boete van €1,- aan BNR had kunnen opleggen.

6. De drie argumenten die de rechtbank noemt, zijn op zichzelf niet erg overtuigend. Hoezo heeft de waarschuwing aan BNR een ‘bestraffend’ karakter? Er is toch juist afgezien van het opleggen van een geldboete? Een berisping op grond van artikel 61 (oud) van de voormalige Omroepwet zou een bestraffend karakter hebben gehad, maar de Mediawet bevat geen vergelijkbare bepaling. Ook is niet duidelijk hoe het

ontbreken van een beleidsregel ervoor kan zorgen dat een beslissing tot het verrichten van een feitelijke handeling, zoals het geven van een waarschuwing, wordt gepromoveerd naar de status van 'besluit'. Juist de aanwezigheid van een beleidsregel kan een beslissend duwtje naar boven geven. Voorbeelden zijn beslissingen tot het toekennen van nadeelcompensatie of tot actieve openbaarmaking van informatie, die als besluiten kunnen gelden als zij conform een beleidsregel zijn genomen. Dat het ontbreken van een beleidsregel hetzelfde effect zou hebben, klinkt onlogisch. Het argument tenslotte dat het Commissariaat ook een symbolische boete had kunnen opleggen overtuigt evenmin. Een voor de hand liggende tegenwerping is: waarom heeft het Commissariaat dat dan niet gedaan?

7. Toch denk ik dat de conclusie van de rechtbank juist is: de waarschuwing aan BNR is ook naar mijn mening een besluit. Ik zou echter een andere argumentatie volgen, die te vinden is in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel voor de vierde tranche van de Awb, ingediend op 22 juli 2004. De regering schreef in de toelichting op artikel 5.4.2.3, tweede lid, van het wetsvoorstel:

'De kennisgeving dat geen bestuurlijke boete zal worden opgelegd is een besluit in de zin van artikel 1:3; zij is naar haar objectieve strekking immers gericht op het rechtsgevolg, dat de bevoegdheid om voor deze overtreding aan deze overtreder een bestuurlijke boete op te leggen, komt te vervallen'¹.

In het vervolg van haar betoog veronderstelde de regering ten onrechte dat het praktische belang van de vraag gering zou zijn, omdat hooguit derde-belanghebbenden het besluit zouden willen aanvechten. De onderhavige procedure toont aan dat ook de eerste belanghebbende – de geadresseerde van het besluit – daartoe de behoefte kan voelen. Niet omdat hij een boete opgelegd wil krijgen, maar omdat hij er bezwaar tegen heeft door het bestuursorgaan als overtreder te worden aangemerkt².

Ad b. Hoe ver reikt artikel 71k, vijfde lid, van de Mediawet?

8. BNR heeft aangevoerd dat de aflevering van 'ICT-nieuws' d.d. 5 april 2004 niet viel onder de termen van artikel 71k, vijfde lid, van de Mediawet. Deze bepaling zou een 'één op één implementatie' zijn van artikel 17, vierde lid, van de EG-Televisierichtlijn. Laatstgenoemd artikel luidt: '*Televisiejournaals en politieke informatieprogramma's* mogen niet worden gesponsord'. Een programma dat actuele ontwikkelingen in de ICT-branche bespreekt is, aldus BNR, geen 'journaal of politiek informatieprogramma'. Het Commissariaat voor de Media meende evenwel dat het verbod van artikel 71k, vijfde lid, van de Mediawet een ruimere betekenis heeft dan het verbod in de richtlijn. In de eerste plaats betreft het verbod in de Mediawet niet alleen televisie, maar ook radio. In de tweede plaats heeft de wetgever, zo vervolgde het Commissariaat, gebruik gemaakt van de mogelijkheid om strengere regels vast te stellen. Artikel 3 van de Televisierichtlijn maakt het uitdrukkelijk mogelijk dat lidstaten voor de onder hun bevoegdheid vallende televisie-omroepen strengere of

¹ Kamerstukken II, 2003/04, 29702, nr. 3, p. 149-150.

² Zie J.A.M.A. Sluysmans, 'De Mededingingswet als boetewet' in: Jonge VAR-reeks 4, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag: 2006, p. 115.

meer gedetailleerde voorschriften vaststellen dan het minimum dat de richtlijn verplicht stelt.

9. De rechtbank gaat uitvoerig in op de vraag of de Televisierichtlijn ook betrekking heeft op het medium radio. Zij beantwoordt die vraag ontkennend, waarna zij de richtlijn verder buiten beschouwing laat. Dat doet zij iets te makkelijk. Artikel 71k, vijfde lid, van de Mediawet maakt immers geen onderscheid tussen radio en televisie. Als het begrip ‘actualiteiten’ met het oog op de richtlijn zeer restrictief zou moeten worden opgevat, heeft dat gevolgen voor beide media. Overigens is zo’n richtlijnconforme interpretatie niet verplicht. Zelfs als de Mediawet onduidelijk is, hoeft de rechter niet te kiezen voor de meest beperkte uitleg. Dat blijkt uit twee recente uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak. Zie ABRvS 3 augustus 2005, Mediaforum 2005-9, nr. 29, inzake reclameborden langs een voetbalveld, en vooral ABRvS 31 mei 2006, LJN-nr. AX6366, inzake het onderbreken van films voor reclame. In de laatstgenoemde zaak kon aannemelijk worden gemaakt dat de regering in 1992 had beoogd geen strengere regel te maken dan de richtlijn. Zes jaar later bleek dat het Hof van Justitie de richtlijn soepeler uitlegde dan de regering had verwacht³. Deze nieuwe jurisprudentie had volgens de Afdeling echter geen gevolgen voor het Nederlandse recht.

10. Het behoeft geen betoog dat dit slecht nieuws is voor commerciële omroepen die onder Nederlands toezicht vallen. Concurrenten die vanuit Luxemburg opereren, zoals RTL4, RTL5 en RTL6, hoeven zich alleen te houden aan het liberale regime van de Luxemburgse overheid. De Tweede Kamer vindt dat oneerlijk. Eind vorig jaar dienden de leden Van Dam (PvdA) en Örgü (VVD) een motie in, waarin staat ‘dat het onwenselijk is dat Nederlandstalige commerciële zenders wel op dezelfde markt concurreren, maar niet op dezelfde voorwaarden’. De regering werd gevraagd bij de eerstvolgende wijziging van de Mediawet ‘een vergaande deregulering door te voeren, zodat een gelijk speelveld ontstaat’. Op 13 december 2005 werd de motie met grote meerderheid aangenomen⁴. Moties zijn echter geen geldend recht. In het wetsvoorstel voor een nieuwe Mediawet, op 24 mei 2006 bij de Tweede Kamer ingediend, ontbreken voorstellen zoals door de motie gevraagd⁵. Wel hebben de leden Van Dam en Örgü op 13 juni 2006 een amendement ingediend op een ander wetsvoorstel, om een gedeeltelijke deregulering naar het Europese minimum te bereiken⁶. Artikel 71k, vijfde lid, van de Mediawet wordt echter niet door dit amendement gewijzigd.

11. Blijft over de vraag naar de reikwijdte van het Nederlandse sponsorverbod. De begrippen ‘nieuws en actualiteiten’ zijn volgens het spraakgebruik ruimer dan het begrip ‘journaals’ uit de Televisierichtlijn. In de Beleidsregels sponsoring commerciële omroep (BSCO), gepubliceerd op www.cvdm.nl, heeft het Commissariaat wel enkele beperkingen aangebracht. Niet onder het verbod tot

³ HvJ EG 28 oktober 1998, C-6/98 (ARD / Pro Sieben Media AG).

⁴ Kamerstukken II, 2005/06, 30300 VIII, nr. 65 en Handelingen II, 13 december 2005, p. 2269.

⁵ Kamerstukken II, 2005/06, 30571, nrs. 1-4. Een uitzondering is de regeling voor het onderbreken van films door reclame, die alsnog is versoepeld (art. 3.12). Bovendien is de inhoud van het huidige artikel 71m van de Mediawet stilletjes verdwenen.

⁶ Kamerstukken II, 2005/06, 30402, nr. 12.

sponsoring vallen: a. ‘programmaonderdelen bestaande uit een weerbericht’, b. ‘programmaonderdelen bestaande uit verkeersinformatie’ en c. ‘programmaonderdelen die mede bestaan uit enkele nieuwsfeiten of enige actualiteiten’. In zijn besluit van 22 februari 2005, waarbij het bezwaarschrift van BNR werd afgewezen, gaf het Commissariaat een positieve invulling: ‘Wij hebben de bewuste uitzending als een actualiteitenprogramma aangemerkt omdat het programmaonderdeel achtergronden bij het nieuws gaf. Daarnaast was de uitzending gebonden aan tijd, in die zin dat de aflevering niet na een aantal weken of maanden uitgezonden had kunnen worden. Overigens is de naamgeving van een programmaonderdeel niet relevant voor de vraag of artikel 71k, vijfde lid, van de Mediawet is overtreden. De vraag is of het programmaonderdeel bestaat uit actualiteiten.’

Ad c. Strijd met het EG-verdrag?

12. De rechtbank oordeelt dat het sponsorverbod een beperking oplevert van het vrij verrichten van diensten in de zin van artikel 49 van het EG-verdrag. Welke diensten bedoelt de rechtbank? Zij zegt daarover: ‘Dit verbod beperkt (...) het vrij verrichten van radio-uitzendingen, doordat radio-omroepen sponsors moeten weigeren indien programmaonderdelen worden uitgezonden die bestaan uit nieuws, actualiteiten of politieke informatie. In dit geval is het in geding zijnde programma gesponsord door BT Syntegra, waarbij BT staat voor British Telecom’. Kennelijk doelt de rechtbank dus op de diensten die een omroep en een sponsor aan elkaar willen verlenen. De sponsor levert een bijdrage aan het programma, de omroep vermeldt in ruil daarvoor de naam van de sponsor. Die sponsor kan in een andere lidstaat gevestigd zijn. Artikel 71k, vijfde lid, van de Mediawet is niet discriminatoir, zodat naast de verdragsrechtelijke excepties ook de ‘rule of reason’ excepties in het vizier komen. Toch gaat het mis. Volgens de rechtbank is onvoldoende ‘gebleken’ dat het sponsorverbod een legitiem doel dient en dat het verbod noodzakelijk is om dat doel te bereiken. Het Commissariaat krijgt de opdracht dat beter te motiveren.

13. Het is lastig uit de wetgeschiedenis op te maken welk doel de wetgever beoogde met artikel 71k, vijfde lid, Mediawet. De bepaling is een letterlijke kopie van artikel 52h, zesde lid (oud), Mediabesluit, dat werd vastgesteld bij koninklijk besluit van 22 juni 1992, Stb. 334. De bijbehorende nota van toelichting maakt ons niet veel wijzer. Aan te nemen valt dat de opstellers gedacht hebben aan het belang van het publiek bij een objectieve en onafhankelijke informatieverschaffing. Die bedoeling heeft ook voorgezeten bij artikel 71k, eerste lid, dat de invloed van sponsors op de samenstelling van programma’s beoogt te beperken. Illustratief is bovendien de toelichting bij artikel 52b van de Mediawet, luidende:

‘Dikwijls wordt – ook door de omroep – vergeten dat de bepalingen omtrent sponsoring in de [Televisierichtlijn] niet in de eerste plaats tot doel hebben het bedrijfsleven een alternatieve vorm van reclame te bieden. Integendeel, de sponsorregeling is opgenomen in het belang van de consument (de kijker en

luisteraar), die beschermd moet worden tegen een verborgen commerciële beïnvloeding van programma's⁷.

In beginsel kan het risico van 'verborgen commerciële beïnvloeding' worden afgewend door open kaart te spelen. Een sponsorvermelding is dan genoeg. Bij sommige programma's neemt de Televisierichtlijn echter het zekere voor het onzekere en wordt sponsoring geheel verboden.

14. Sommigen zullen zeggen dat de opstellers van de Televisierichtlijn overbezorgd waren. Die bezorgdheid bestond overigens in de meeste lidstaten. De bestaande nationale verbodsbepalingen werden door de Commissie als rechtmatig beschouwd, anders had zij geen harmonisatie voorgesteld. Ook het ontwerp voor de nieuwe Richtlijn audiovisuele mediadiensten, eind vorig jaar gepresenteerd als opvolger voor de Televisierichtlijn, bevat een verbod tot sponsoring van 'news and current affairs'⁸. Het is niet aan de Nederlandse rechter om eigenmachtig te oordelen dat het sponsorverbod, zoals neergelegd in de richtlijn, een onevenredige beperking is van het vrije dienstenverkeer. Zou de Amsterdamse rechtbank twijfels hebben gehad op dit punt, dan had zij prejudiciële vragen kunnen stellen aan het Hof⁹. Nu zij dat niet heeft gedaan, staat de geldigheid van artikel 17, vierde lid, van de Televisierichtlijn buiten discussie. Voorzover artikel 71k, vijfde lid, van de Mediawet uitvoering geeft aan de richtlijn, moet de rechter ook dat respecteren. Een nader onderzoek naar eventuele strijd met het EG-verdrag kan dus alleen plaats vinden voorzover artikel 71k, vijfde lid, meer verbiedt dan de richtlijn eist. Denk met name aan de toepasselijkheid van dit artikel op radioprogramma's.

15. Theoretisch is het denkbaar dat een sponsorverbod voor radio eerder sneuvelt dan hetzelfde verbod voor televisie. Bijvoorbeeld op grond van de redenering dat de effecten van commerciële beïnvloeding bij televisie ernstiger zouden zijn dan bij radio. Het Commissariaat voor de Media wordt nu met politiek gevoelige vragen geconfronteerd. De rechtbank vraagt het Commissariaat alsnog te formuleren wat het doel is van artikel 71k, vijfde lid, van de Mediawet en te onderzoeken welke maatregelen nodig zijn voor het realiseren van dat doel. Is de zorg voor commerciële beïnvloeding alleen gerechtvaardigd als het gaat om programma's die van rechtstreeks belang zijn voor de politieke meningsvorming? Hoe te oordelen over een consumentenrubriek of kerkelijk nieuws? Misschien kunnen er inderdaad wat randjes van het sponsorverbod worden weggesneden. Ik denk aan programma's over 'actualiteiten' uit de sportwereld of de show business. Een algemene discussie over het afslanken van artikel 71k, vijfde lid, van de Mediawet hoort echter gevoerd te worden in de Tweede Kamer en niet in de binnenkamer van een zelfstandig bestuursorgaan, zoals het Commissariaat voor de Media¹⁰.

⁷ Kamerstukken II, 1993/94, 23752, nr. 3, p. 4.

⁸ Artikel 3h, lid 4, van de ontwerp-Richtlijn. Vgl. P.J. Kreijger, 'Het ontwerp voor een nieuwe richtlijn audiovisuele mediadiensten', Mediaforum 2006-5, p. 122-127.

⁹ HvJ EG 22 oktober 1987, zaak 314/85, Jur. 4199 (Foto Frost).

¹⁰ Wetsvoorstel 30571 voor een nieuwe Mediawet bevat in artikel 3.15, derde lid, een sponsorverbod dat inhoudelijk gelijk is aan het huidige artikel 71k, vijfde lid, Mediawet.

16. Samenvattend. De rechtbank heeft niet geoordeeld dat artikel 71k, vijfde lid, van de Mediawet in strijd is met artikel 49 van het EG-verdrag inzake het vrije dienstenverkeer. Zij heeft wel vastgesteld dat er een beperking is die een rechtvaardiging behoeft. Het Commissariaat voor de Media moet onderzoeken of die rechtvaardiging er inderdaad is. Daarbij kan het zich beperken tot de specifieke omstandigheden van het geschil: sponsoring van een radioprogramma met – grof gezegd – nieuws voor consumenten. Een relevante vraag zal zijn of een sponsorverbod voor dergelijke programma's ook in andere lidstaten voorkomt of dat Nederland een buitenbeentje is.