

|                  |                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ECLI             | ECLI:NL:RVS:2012:BW4558                                                                                                                                                                                                                                                  |
| Datum uitspraak  | 2 mei 2012                                                                                                                                                                                                                                                               |
| Inhoudsindicatie | Bij brief van 18 november 2008 heeft het Commissariaat de AVRO medegedeeld dat een nevenactiviteit van de AVRO, inhoudende het uitgeven van het omroepblad TV Film, sinds 1 september 2007 in strijd is met artikel 57a, eerste lid, aanhef en onder a, van de Mediawet. |

Volledige tekst

201105453/1/A3.

Datum uitspraak: 2 mei 2012

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

de vereniging Algemene Omroepvereniging AVRO en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Bindinc B.V., voorheen: de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid B.V. Programmabladen AKN, beide gevestigd te Hilversum, appellanten,

tegen de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 5 april 2011 in zaak nr. 09/3279 in het geding tussen:

de AVRO en AKN

en

het Commissariaat voor de Media.

## 1. Procesverloop

Bij brief van 18 november 2008 heeft het Commissariaat de AVRO medegedeeld dat een nevenactiviteit van de AVRO, inhoudende het uitgeven van het omroepblad TV Film, sinds 1 september 2007 in strijd is met artikel 57a, eerste lid, aanhef en onder a, van de Mediawet.

Bij besluit van 9 juni 2009 heeft het Commissariaat het door de AVRO en AKN daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 5 april 2011, verzonden op dezelfde dag, heeft de rechtbank het door de AVRO en AKN daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak hebben de AVRO en Bindinc bij brief, bij de Raad van State ingekomen

op 11 mei 2011, hoger beroep ingesteld. De gronden van het hoger beroep zijn bij brieven van 9 juni 2011 en 28 februari 2012 aangevuld. Voorts hebben zij nadere stukken ingediend. Het Commissariaat heeft een verweerschrift en nadere stukken ingediend.

Bij brief van 12 augustus 2011 hebben de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Veronica Uitgeverij B.V. en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid SBS Broadcasting B.V., daartoe in de gelegenheid gesteld, een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 26 maart 2012, waar de AVRO en Bindinc, beide vertegenwoordigd door J.P.C. Pannekeet, B. Momma, E. Beckx, A. Deen en W. Poot, RA, bijgestaan door mr. J.R. van Angeren, advocaat te Amsterdam, en het Commissariaat, vertegenwoordigd door H.F. Ottenhoff, bijgestaan door mr. G.H.L. Weesing, advocaat te Amsterdam, zijn verschenen. Voorts zijn ter zitting Veronica Uitgeverij B.V. en SBS Broadcasting B.V., beide vertegenwoordigd door J. de Jong en E. Versteeg, bijgestaan door mr. P.J.M. Koning, advocaat te Amsterdam, als belanghebbenden gehoord.

## 2. Overwegingen

2.1. Ingevolge artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) wordt onder besluit verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.

Ingevolge artikel 9.5 van de Mediawet 2008 blijft voor overtredingen van het bepaalde bij of krachtens de Mediawet, zoals die wet luidde op de dag voorafgaande aan het tijdstip waarop deze wet in werking treedt, en ten aanzien van voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet aangevangen bezwaar- en beroepsprocedures de Mediawet, zoals die wet luidde op de dag voorafgaande aan het tijdstip waarop deze wet in werking treedt, van toepassing.

Ingevolge artikel 57a, eerste lid, van de Mediawet, zoals deze gold ten tijde hier van belang, is het instellingen die zendtijd hebben verkregen, uitsluitend toegestaan nevenactiviteiten te verrichten, indien:

- a. het verrichten van de nevenactiviteit geen nadelige invloed heeft of kan hebben op de uitvoering van de taak, bedoeld in artikel 13c, met uitzondering van de activiteiten, bedoeld in artikel 13c, derde lid;
- b. de nevenactiviteit verband houdt met of ten dienste staat van de taak, bedoeld in artikel 13c, met uitzondering van de activiteiten, bedoeld in artikel 13c, derde lid; en
- c. het verrichten van de nevenactiviteit niet leidt of kan leiden tot concurrentievervalsing ten opzichte van andere aanbieders van dezelfde of vergelijkbare goederen of diensten.

Ingevolge artikel 134, eerste lid, aanhef en onder a, voor zover thans van belang, is het Commissariaat belast met de bestuursrechtelijke handhaving van het bepaalde bij of krachtens artikel 57a van deze wet.

Ingevolge het derde lid, voor zover thans van belang, zijn met het toezicht op de naleving van artikel 57a van deze wet belast de leden van het Commissariaat en de bij besluit van het Commissariaat aangewezen medewerkers van het Commissariaat.

Ingevolge artikel 135, eerste lid, aanhef en onder b, voor zover thans van belang, kan het Commissariaat de verzorger van een programma dat door middel van een omroepzender of een omroepnetwerk wordt uitgezonden een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste €

135.000,00 per overtreding, bij overtreding van het bepaalde bij of krachtens artikel 57a van deze wet.

2.2. De Afdeling ziet zich ambtshalve gesteld voor de vraag of de brief van 18 november 2008 een besluit is, als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, van de Awb. Het in de brief vervatte oordeel van het Commissariaat dat de nevenactiviteit in strijd is met artikel 57a, eerste lid, aanhef en onder a, van de Mediawet, heeft geen rechtsgevolg. Dat het de AVRO op grond van die bepaling niet langer is toegestaan de nevenactiviteit uit te voeren, vloeit rechtstreeks voort uit de wet en is niet een uit de brief voortvloeiend rechtsgevolg. Voorts is bij deze brief de AVRO geen boete of een andere handhavingsmaatregel opgelegd. Met de aankondiging in de brief dat het Commissariaat zes maanden na de verzending ervan zal toetsen of de nevenactiviteit nog wordt verricht, is geen wijziging in de rechtspositie van de AVRO en Bindinc aangebracht en is derhalve evenmin een rechtsgevolg tot stand gekomen. Ingevolge artikel 134, derde lid, van de Mediawet zijn de leden van het Commissariaat bevoegd tot het uitoefenen van toezicht.

Voormelde aankondiging doet daaraan niet toe of af.

Wanneer een bestuursorgaan, los van een handavingsprocedure, een oordeel geeft over de vraag of een bepaalde gedraging in strijd is met de wet, kan dit oordeel in het algemeen niet als een publiekrechtelijke rechtshandeling in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb worden aangemerkt. Zoals volgt uit de uitspraak van de Afdeling van 14 maart 2012 in zaak nr. 201108518/1/A3, kan op het voorgaande een uitzondering worden gemaakt indien het afwachten van het resultaat van besluitvorming over het treffen van handhavingsmaatregelen onevenredig bezwarend is.

Naar het oordeel van de Afdeling is het niet onevenredig bezwarend een geschil als het onderhavige in een procedure naar aanleiding van een boetebesluit aan de orde te stellen. Ter zitting bij de Afdeling heeft het Commissariaat aangevoerd dat nevenactiviteiten als hier in geding aanzienlijke investeringen vereisen en het afwachten van een boetebesluit daarom kapitaalvernietiging tot gevolg heeft. In dit geval zijn de investeringen voor de nevenactiviteit, waarmee de AVRO in september 2004 is aangevangen, echter reeds gedaan. Die investeringen maken het afwachten van een boetebesluit daarom niet tot een onevenredig bezwarende weg. De Afdeling stelt overigens vast dat het Commissariaat de AVRO inmiddels een boete heeft opgelegd wegens het overtreden van artikel 57a, eerste lid, aanhef en onder a, van de Mediawet door het uitgeven van het blad TV Film en dat de AVRO en Bindinc tegen dat besluit bezwaar hebben gemaakt.

Het Commissariaat heeft, gelet op het vorenoverwogene, de brief van 18 november 2008 ten onrechte aangemerkt als een besluit waartegen rechtsmiddelen konden worden aangewend. De rechtbank heeft dit niet onderkend.

2.3. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep van de AVRO en AKN gegrond verklaren, het besluit op bezwaar van 9 juni 2009 vernietigen, het bezwaar van de AVRO en AKN tegen de brief van 18 november 2008 niet-ontvankelijk verklaren en bepalen dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit.

2.4. Het Commissariaat dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

### 3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

I. verklaart het hoger beroep gegrond;

II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 5 april 2011 in zaak nr. 09/3279;

III. verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep gegrond;

IV. vernietigt het besluit van het Commissariaat voor de Media van 9 juni 2009, kenmerk 15687/2009004498;

V. verklaart het bezwaar van de vereniging Algemene Omroepvereniging AVRO en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid B.V. Programmabladen AKN tegen de brief van het Commissariaat voor de Media van 18 november 2008, kenmerk SBO-lvdz, niet-ontvankelijk;

VI. bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit;

VII. veroordeelt het Commissariaat voor de Media tot vergoeding van bij de vereniging Algemene Omroepvereniging AVRO en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Bindinc B.V. in verband met de behandeling van het beroep en het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1.518,00 (zegge: vijftienhonderdachttien euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

VIII. gelast dat het Commissariaat voor de Media aan de vereniging Algemene Omroepvereniging AVRO en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Bindinc B.V. het door hen betaalde griffierecht ten bedrage van € 751,00 (zegge: zevenhonderdeenenvijftig euro) voor de behandeling van het beroep en het hoger beroep vergoedt.

Aldus vastgesteld door mr. M. Vlasblom, voorzitter, en mr. D. Roemers en mr. A. Hammerstein, leden, in tegenwoordigheid van mr. J. de Vries, ambtenaar van staat.

w.g. Vlasblom w.g. De Vries  
voorzitter ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 2 mei 2012

582-598.