

Hoge Naarderweg 78 ■■■ 1217 AH Hilversum ■■■
Postbus 1426 ■■■ 1200 BK Hilversum ■■■ cvdm@cvdn.nl ■■■ www.cvdn.nl ■■■
T 035 773 77 00 ■■■ F 035 773 77 99 ■■■

Programmaraad Haarlem
t.a.v. W. Rutten
Postbus 3333
2001 DH HAARLEM

Datum	Onderwerp		
30 maart 2006	verzoek handhaving artikel 82k Mediawet (UPC; implementatie radioadvies)		
Uw kenmerk	Ons kenmerk	Contactpersoon	Doorkiesnummer
-	ZKZ-001231-do	mr. D. Oudenaarden	(035) 7737 760

Geachte heer Rutten,

Bijgaand treft u aan ons besluit d.d. 28 maart 2006, waarbij wij het verzoek van de Programma Raad Haarlem om bestuursrechtelijke handhaving van artikel 82k, vijfde lid, van de Mediawet hebben afgewezen. UPC weigert het Radioadvies 2006-2007 van de Programma Raad Haarlem met ingang van 1 juli 2006 op te volgen. Korthedshalve verwijzen wij u naar de inhoud.

Hoogachtend,
COMMISSARIAAT VOOR DE MEDIA,

mr. Dirk Oudenaarden
hoofd Zendtijd- en Kabelzaken

Aantal bijlagen: 2

Het Commissariaat voor de Media

Gezien het verzoek van de Programma Raad Haarlem bij brief d.d. 8 februari 2006 tot bestuursrechtelijke handhaving van het bepaalde in artikel 82k, vijfde lid, van de Mediawet, ter zake van de weigering van UPC zijn Radioadvies 2006-2007 met ingang van 1 juli 2006 op te volgen,

Gelet op de artikelen 82k, 134 en 135 van de Mediawet,

Gelet op de Beleidsregels inzake afwijken door aanbieder van een omroepnetwerk van programmaraadadvies (handhaving van artikel 82k, tweede lid, van de Mediawet) d.d. 9 oktober 2001,

Overwegende:

De procedure

Bij brief d.d. 8 februari 2006, ontvangen op 9 februari 2006, verzoekt de Programma Raad Haarlem (hierna: PRH) het Commissariaat voor de Media (hierna: Commissariaat) om UPC Nederland B.V. (hierna: UPC) de Mediawet te doen naleven met betrekking tot het met ingang van 1 juli 2006 opvolgen van zijn Radioadvies 2006-2007 d.d. 14 december 2005 (hierna: Advies). Bij brief d.d. 10 februari 2006 verzoekt het Commissariaat, gelet op het bepaalde in artikel 2.2., onder b, van de Beleidsregels inzake afwijken door aanbieder van een omroepnetwerk van programmaraadadvies (hierna: Beleidsregels), UPC de motivering, die aan haar standpunt over het niet opvolgen van het Advies van de PRH ten grondslag ligt, aan hem te doen toekomen. Bij brief d.d. 27 februari 2006 doet UPC haar standpunt aan het Commissariaat toekomen.

Op grond van het bepaalde in artikel 4:7 en artikel 4:8 van de Algemene wet bestuursrecht heeft het Commissariaat de PRH, UPC en de andere programmaraden, van wie UPC weigert de respectievelijke adviezen met betrekking tot de samenstelling van het pakket radioprogramma's op te volgen, op 2 maart 2006 gehoord. De Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA) heeft afgezien van de, op grond van artikel 2.3., onder c, van de Beleidsregels geboden mogelijkheid te worden gehoord. Het verslag van de hoorzitting treft u bijgaand aan.

De relevante feiten

UPC is de aanbieder van het omroepnetwerk in de gemeente Haarlem. De PRH is de door de raad van de gemeente Haarlem ingestelde programmaraad, die UPC op grond van het bepaalde in artikel 82k, eerste lid, van de Mediawet adviseert welke 15 televisie- en welke 25 radioprogramma's ten minste worden uitgezonden naar alle aangeslotenen op het omroepnetwerk.

Bij gelegenheid van een tweetal bijeenkomsten op 7 en 8 december 2004 en vervolgens bij brieven d.d. 26 april en 21 september 2005 heeft UPC de PRH en de overige betrokken programmaraden laten weten dat UPC vanaf 1 juli 2005 de geldigheidsduur van de adviezen over de samenstelling van het pakket radioprogramma's verlengt tot 2 jaar. De beweegredenen daartoe heeft UPC steeds met de programmaraden gecommuniceerd. In dit kader heeft het Commissariaat de Stichting Algemene Programma Raad (hierna: APR) bij brief d.d. 31 oktober 2005 desgevraagd laten weten niet op voorhand vast te kunnen stellen dat UPC in strijd handelt met de Mediawet indien zij aan het advies van de APR een geldigheidsduur van 2 jaar verbindt.

Bij brief d.d. 20 december 2005 zendt de PRH niettemin zijn Advies aan UPC. Hij wijst UPC erop dat het advies ingaat op 1 juli 2006 en in beginsel een looptijd heeft van een kalenderjaar. Bij brief

d.d. 18 januari 2006 bericht UPC de PRH nogmaals dat UPC, sinds de implementatie van het thans geldende advies van de PRH over het radioprogrammapakket per 1 juli 2005, uitgaat van een geldigheidsduur van 2 jaar van programmaraadadviezen over de samenstelling van het radioprogrammapakket.

De bevoegdheid van het Commissariaat

Op grond van het bepaalde in artikel 2.1, onder a en b, van de Beleidsregels kan het Commissariaat op verzoek van de programmaraad van wiens advies wordt afgeweken overgaan tot bestuursrechtelijke handhaving van het bepaalde in artikel 82k, tweede lid, van de Mediawet, voor zover het gaat om het al dan niet opnemen van een programma in het wettelijke minimumpakket.

Het standpunt van de PRH

Artikel 82n, eerste lid, aanhef en onder b, van de Mediawet schrijft voor dat een programmaraad over een reglement beschikt waarin in ieder geval, voor zover hier van belang, regels zijn opgenomen over de geldigheidsduur van het advies. De looptijd van een programmaraadadvies wordt derhalve niet door de aanbieder van het omroepnetwerk bepaald. Door de looptijd van het vorige advies van de PRH te bepalen op 2 jaar mengt UPC zich eenzijdig in het functioneren van de programmaraad. Hierdoor doet UPC afbreuk aan de autonomie van de PRH en kunnen de belangen van de programma-aanbieders en van de aangeslotenen worden geschaad. De omstandigheid in Haarlem, in welke gemeente 2 aanbieders van een omroepnetwerk actief zijn, kan ertoe leiden dat de ene aanbieder een looptijd van 1 jaar en de andere aanbieder een looptijd van 2 jaar aan het PRH-advies verbindt. De concurrentie die aldus ontstaat tussen de beide omroepnetwerken op basis van het wettelijke minimumpakket, is onwenselijk en in strijd met de doelstelling van dat wettelijke minimumpakket.

De PRH verwacht, in tegenstelling tot UPC, dat zich (ook) de komende jaren veel wijzigingen in de samenstelling van het radioprogrammapakket zullen voordoen. Gezien de ontwikkelingen in het radiolandschap (zaken in de overnamesfeer) is het noodzakelijk om snel en accuraat te kunnen handelen. In geval van overnames is het van belang jaarlijks te kunnen beoordelen of de betrokken radioprogramma's nog in voldoende mate (kunnen) bijdragen aan de pluriformiteit van het wettelijke minimumpakket. Het voornemen van UPC de geldigheidsduur van het vorige programmaraadadvies met een jaar te verlengen werpt voor nieuwe programma-aanbieders een extra barrière van een jaar op. Deze nieuwe programma-aanbieders moeten een jaar langer wachten voordat zij hun radioprogramma via het omroepnetwerk kunnen uitzenden. Voor wat betreft de door UPC naar voren gebrachte waarborging van de continuïteit (de kans om een luisterpubliek op te bouwen) bij een langere looptijd van het programmaraadadvies merkt de PRH op dat UPC het desbetreffende radioprogramma, indien niet meer geadviseerd door de programmaraad, op kan nemen in het pakket overige programma's (standaardpakket). De PRH is voorts van oordeel dat de stabiliteit van de samenstelling van het pakket radioprogramma's niet opweegt tegen de wens van de aangeslotenen om zo snel mogelijk, en niet pas over 2 jaar, een nieuw radioprogramma te kunnen beluisteren.

De PRH is van oordeel dat een aanbieder van een omroepnetwerk niet bevoegd is zonder instemming van de programmaraad een wijziging te brengen in de looptijd van een programmaraadadvies, ondanks de omstandigheid dat de Mediawet daaromtrent niets regelt. De wetgever heeft beoogd, door het niet nader in de Mediawet aanduiden van een geldigheidsduur, maar het de programmaraad verplichten deze op te nemen in een reglement, de vaststelling daarvan te laten behoren tot de beleidsvrijheid van de programmaraad. In dit verband merkt de PRH op dat gedurende de jaren dat er nog geen programmaraden in de zin van de Mediawet

bestonden, het de gewoonte was de samenstelling van de programmapakketten jaarlijks te herzien. Dat is ook de reden waarom in de Verordening Programmaraad Kabel Haarlem daarover niets is opgenomen. Echter het Huishoudelijk Reglement van de PRH bepaalt dat hij jaarlijks adviseert. Het door het Commissariaat opgestelde Modelreglement, waarin in artikel 2.8 is bepaald dat een *door de programmaraad uitgebracht advies geldt voor maximaal drie jaar en, behoudens onvoorziene omstandigheden, voor minimaal één jaar*, is niet bindend. De verlenging van de looptijd van het programaraadadvies heeft gevolgen voor het voortbestaan van de programmaraden. De programmaraden kunnen voor langere tijd, tot 3 jaar, buitenspel worden gezet.

De PRH is gezien het bovenstaande van oordeel dat UPC geen zwaarwichtige reden heeft om van zijn Advies af te wijken.

Het standpunt van UPC

De beleidswijziging van UPC om de programmaraden met ingang van 1 juli 2005 tweejaarlijks om een advies te vragen over de samenstelling van het pakket radioprogramma's is een van de gevolgen van de evaluatie van het distributiebeleid en de advisering van de programmaraden van de afgelopen jaren. Het andere gevolg van deze evaluatie is de harmonisatie van de implementatiedata (1 juli) van de adviezen betreffende de samenstelling van het pakket radioprogramma's en betreffende de samenstelling van het pakket televisieprogramma's.

De beweegredenen van UPC om de programmaraden te vragen om een advies betreffende de samenstelling van het pakket radioprogramma's met een geldigheidsduur van 2 jaar zijn:

- het merendeel van de programmaraadadviezen kende de afgelopen jaren relatief weinig wijzigingen en leidde slechts tot een beperkt aantal (reguliere) wijzigingen van de samenstelling van het pakket radioprogramma's; indien een programmaraad een wijziging adviseert ten aanzien van het wettelijke minimumpakket, dan is het desbetreffende radioprogramma dikwijls al opgenomen in het pakket overige programma's (standaardpakket); wijzigingen, na advies van de programmaraad, die daadwerkelijk leiden tot een wijziging in de samenstelling van het programmapakket houden dikwijls verband met overnames, faillissementen of anderszins een vroegtijdige beëindiging van de overeenkomst tussen UPC en de programma-aanbieder;
- een advies met een geldigheidsduur van 2 jaar laat ruimte voor tussentijdse wijzigingen; indien het een programma betreft uit het wettelijke minimumpakket dan vindt overleg met de desbetreffende programmaraad plaats; een nieuwe aanbieder van een radioprogramma met een (naar verwachting groot) potentieel luisterpubliek zal UPC niet 2 jaar laten wachten voordat het kan worden uitgezonden, maar zij zal zoeken naar een geschikt moment voor tussentijdse opname in het wettelijke minimumpakket;
- het is voor (beginnende) programma-aanbieders, gezien de investeringen, minder aantrekkelijk om een overeenkomst voor slechts 1 jaar te sluiten; een langere geldigheidsduur van het advies verzekert de programma-aanbieders een langere periode van uitzendingen, hetgeen hen een reëlere kans biedt om een luisterpubliek en –bereik op te bouwen en zo de continuïteit te waarborgen;
- een advies met een geldigheidsduur van 2 jaar biedt ook meer stabiliteit en rust aan de aangeslotenen, die niet zit te wachten op extra, doch minimale wijzigingen;
- het jaarlijks implementeren van de beperkte wijzigingen in de adviezen over de samenstelling van het pakket radioprogramma's zorgt voor een zware operationele belasting die in geen verhouding staat tot het vaak marginale karakter van de wijzigingen;
- de impact van de beleidswijziging ten aanzien van de radio is beperkter dan die zou zijn bij televisie, aangezien kabelradio een kleiner marktaandeel heeft dan etherradio; de

jaarlijkse advisering van de programmaraad over de samenstelling van het pakket televisieprogramma's wordt gehandhaafd.

Bij de wijziging van de geldigheidsduur van het programmaraadadvies is geen sprake van het afwijken van de geadviseerde samenstelling van het programmapakket, waarop artikel 82k van de Mediawet ziet. Indien niettemin aansluiting wordt gezocht bij het vijfde lid van dit artikel dan benadrukt UPC dat een advies ten aanzien van de geldigheidsduur geen zwaarwichtig karakter heeft. In dit verband wijst UPC op het bepaalde in artikel 82n van de Mediawet, welk artikel aan de Mediawet is toegevoegd teneinde meer duidelijkheid over en transparantie in te scheppen betreffende de taken en het functioneren van de programmaraden. In het eerste lid, aanhef en onder b, van dit artikel is bepaald dat een programmaraad een reglement moet vaststellen waarin onder meer regels over de geldigheidsduur van haar advies zijn opgenomen. UPC is van oordeel dat dit artikellid geen uitsluitende bevoegdheid aan de programmaraden geeft om dwingend de geldigheidsduur van een advies voor te schrijven. De oprichtingsstatuten van de programmaraden en de door de programmaraden opgestelde (interne) reglementen regaderen uitsluitend die programmaraden en niet (ook) UPC. In de Memorie van Toelichting (TK 2002-2003, 28 639, nr. 3, p. 8 e.v.) bij het wetsvoorstel waarbij artikel 82n is ingevoegd, wordt met betrekking tot het reglement aansluiting gezocht bij het Modelreglement Programmaraden (21 november 2001) van het Commissariaat. In dit reglement is ten aanzien van de geldigheidsduur bepaald dat een door een programmaraad uitgebracht advies voor maximaal 3 jaar, en behoudens onvoorziene omstandigheden, voor minimaal 1 jaar geldt. Een geldigheidsduur van 2 jaar is derhalve toelaatbaar en vormt naar het oordeel van UPC een prima middenweg. UPC verwijst in dit verband naar de brief d.d. 31 oktober 2005 van het Commissariaat aan de APR, waarin het Commissariaat het volgende opneemt.

Nu op grond van het modelreglement de geldigheidsduur van een programmaraadadvies kan variëren tussen 1 en 3 jaar, kunnen wij op voorhand niet vaststellen dat UPC in strijd handelt met de Mediawet indien zij aan uw advies een geldigheidsduur van 2 jaar verbindt. Het door UPC afwijken van de gangbare praktijk is ook op voorhand niet in strijd met de Mediawet of met enige andere wettelijke bepaling.

Gelet op de omvang van het totale pakket radioprogramma's (standaardpakket inclusief wettelijke minimumpakket) dat wordt uitgezonden door UPC, de mogelijkheid van tussentijdse wijziging en op de eisen die aan de programmaraadadviezen worden gesteld, is het voor UPC duidelijk dat de pluriformiteit van de samenstelling van het pakket radioprogramma's evenzeer bij een advies dat voor 2 jaar geldt, gewaarborgd is.

Het standpunt van het Commissariaat

Algemeen

Ingevolge artikel 82k, eerste lid, van de Mediawet adviseert de programmaraad de aanbieder van een omroepnetwerk over de samenstelling van het verplichte pakket van 25 radioprogramma's (en 15 televisieprogramma's). Dit verplichte pakket wordt aangeduid als het wettelijke minimumpakket. In dit pakket dienen in ieder geval de programma's van de landelijke publieke omroepinstellingen, de regionale publieke omroepinstelling, de lokale publieke omroepinstelling en de Nederlandstalige publieke omroepinstellingen uit België te zijn opgenomen. Slechts om zwaarwichtige redenen kan de aanbieder van een omroepnetwerk van dit advies afwijken. Het Commissariaat stelt vast dat de PRH een programmaraad is als bedoeld in artikel 82k, eerste lid, van de Mediawet. De PRH adviseert zwaarwegend over de 25 radioprogramma's die UPC moet uitzenden (het wettelijke minimumpakket).

Het Commissariaat stelt voorts vast dat de PRH bij brief d.d. 17 december 2004 aan UPC zijn Radioadvies 2005-2006 d.d. 8 december 2004 heeft doen toekomen. Dit advies behelsde de samenstelling van het wettelijke minimumpakket dat UPC vanaf 1 juli 2005 tot 1 juli 2006 op grond van het bepaalde in artikel 82i, eerste lid, van de Mediawet moet uitzenden. Bij brief d.d. 20 december 2005 zendt de PRH zijn Advies over de samenstelling van het wettelijke minimumpakket dat UPC vanaf 1 juli 2006 tot 1 juli 2007 op grond van dit artikel moet uitzenden. Bij brief d.d. 18 januari 2006 bericht UPC de PRH echter andermaal – bijeenkomsten van 7 en 8 december 2004, brieven d.d. 26 april en 21 september 2005 – dat zij het advies waaraan de PRH een geldigheidsduur van een jaar heeft verbonden, van 1 juli 2005 tot 1 juli 2006, een jaar langer, en wel tot 1 juli 2007, als het in artikel 82k, eerste lid, van de Mediawet bedoelde advies beschouwt. UPC neemt het PRH-advies met betrekking tot de periode van 1 juli 2006 tot 1 juli 2007 niet in behandeling. Het Commissariaat is van oordeel dat UPC haar beleidswijziging om de geldigheidsduur van de programmaraadadviezen over de samenstelling van het pakket radioprogramma's te verlengen tot 2 jaar, op een zorgvuldige wijze ter kennis heeft gebracht van de betrokken programmaraden.

Strijd met artikel 82n, eerste lid, aanhef en onder b, van de Mediawetwet

Artikel 82n, eerste lid, aanhef en onder b, van de Mediawet bepaalt dat een programmaraad beschikt over een reglement waarin in ieder geval regels zijn opgenomen over de geldigheidsduur van het advies van een programmaraad. De Memorie van Toelichting (TK 2002-2003, 28 639, nr. 3, p. 11) geeft aan dat als leidraad hierbij kan dienen het door het Commissariaat vastgestelde Modelreglement Programmaraden d.d. 20 november 2001 en dat programmaraden die dit modelreglement overnemen in ieder geval voldoen aan de in dit artikel gestelde eisen. In het Modelreglement Programmaraden is met betrekking tot de geldigheidsduur van het advies van een programmaraad het volgende opgenomen:

Hoofdstuk 2. Het Modelreglement

2.8 Geldigheidsduur advies programmaraad

Een door de programmaraad uitgebracht advies geldt voor maximaal drie jaar en, behoudens onvoorziene omstandigheden, voor minimaal één jaar.

Indien een programmaraad beschikt over een reglement als bedoeld in artikel 82n, eerste lid, aanhef en onder b, van de Mediawet, waarin is vastgelegd dat de geldigheidsduur van zijn aan de aanbieder van het omroepnetwerk te geven advies 1, 2 of 3 jaar is, dan voldoet die programmaraad aan deze mediawettelijke eis. In dit reglement, vastgesteld door of ten behoeve van de programmaraad, zijn regels opgenomen die betrekking hebben op het functioneren van uitsluitend die programmaraad. Deze regels kunnen ook alleen de desbetreffende programmaraad binden. Uit dien hoofde is de aanbieder van een omroepnetwerk niet gebonden aan de uit dit reglement voortvloeiende verplichtingen, die zoals gezegd, uitsluitend de programmaraad regarderen. Naar het oordeel van het Commissariaat handelt UPC, gezien het bovenstaande, niet in strijd met artikel 82n, eerste lid, aanhef en onder b, van de Mediawet door het advies van de PRH, waaraan door deze programmaraad op grond van zijn reglement een geldigheidsduur is verbonden van 1 jaar, te laten gelden voor 2 jaar.

Strijd met artikel 82k van de Mediawet

Artikel 82k, eerste lid, van de Mediawet bepaalt dat een programmaraad de aanbieder van het omroepnetwerk adviseert welke 25 radioprogramma's hij krachtens artikel 82i, eerste lid, van de Mediawet ten minste uitzendt naar alle aangeslotenen op het netwerk. Het vijfde lid van dit artikel schrijft voor dat de aanbieder van het omroepnetwerk dit advies volgt, tenzij zwaarwichtige redenen zich daartegen verzetten. Het Commissariaat stelt vast dat UPC het PRH-advies d.d. 8 december

2004, waarbij de PRH aan UPC heeft geadviseerd over de samenstelling van het wettelijke minimumpakket betreffende de radioprogramma's gedurende de periode 1 juli 2005 tot 1 juli 2006, heeft gevolgd. Het Commissariaat is van oordeel dat indien een advies van een programmaraad leidt tot het uitzenden van een, naar de opvatting van zowel de programmaraad als de aanbieder van het omroepnetwerk, pluriform samengesteld wettelijk minimumpakket van 25 radioprogramma's in de zin van het vierde lid van artikel 82k van de Mediawet, dan kan in redelijkheid niet worden aangenomen dat die pluriformiteit wordt aangetast indien de geldigheidsduur van dat advies wordt verlengd van 1 jaar naar 2 jaar. Bij zijn oordeel betreft het Commissariaat de bestendige gedragslijn van UPC, dat ingeval een programma-aanbieder op enig moment ophoudt zijn programma voor uitzending via het omroepnetwerk aan te bieden, UPC de betrokken programmaraden in de gelegenheid stelt een nieuw advies uit te brengen betreffende de opengevallen plaats in het programmapakket. Naar het oordeel van het Commissariaat handelt UPC, gezien het bovenstaande, niet in strijd met artikel 82k van de Mediawet door het advies van de PRH, waaraan door deze programmaraad een geldigheidsduur is verbonden van 1 jaar, te laten gelden voor 2 jaar.

Overigens stelt het Commissariaat vast dat het voornemen van UPC de geldigheidsduur van de programmaraadadviezen te verlengen tot 2 jaar, geen aanleiding is geweest voor programma-aanbieders, van wie het radioprogramma (nog) niet in het wettelijke minimumpakket is opgenomen, zich tot hem te wenden met een vergelijkbaar verzoek als dat van de programmaraden. Mede met inachtneming van deze omstandigheid is het Commissariaat van oordeel dat het door UPC, en een aanbieder van een omroepnetwerk in het algemeen, aan de programma-aanbieders verschaffen van een meerjarige zekerheid voor zover het betreft het uitzenden van hun radioprogramma's niet onredelijk is, en een hoger belang dient dan het verschaffen van de zekerheid aan programmaraden dat zij ten minste 1 advies per jaar uitbrengen over de samenstelling van het radioprogrammapakket.

De consultatie van OPTA

Met inachtneming van het bepaalde in artikel 2.3., onder e, van de Beleidsregels is het ontwerp van dit besluit toegezonden aan OPTA.

Besluit

Het Commissariaat besluit het verzoek van de PRH om bestuursrechtelijke handhaving van artikel 82k en artikel 82n van de Mediawet jegens UPC af te wijzen.

Het Commissariaat voor de Media, 28 maart 2006

prof. dr. Jan van Cuilenburg
voorzitter

prof. dr. Tineke Bahlmann
commissaris

Wij wijzen erop dat op grond van de Algemene wet bestuursrecht de natuurlijke persoon of rechtspersoon wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, daartegen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit op de voorgeschreven wijze is bekendgemaakt, een bezwaarschrift kan indienen bij het Commissariaat voor de Media, Postbus 1426, 1200 BK Hilversum.