

BEZWAARSCHRIFT
Ex artikel 82K lid 5 Mediawet

Aan het Commissariaat voor de Media
Te Hilversum

Geeft eerbiedig te kennen:

De Programmaraad Alkmaar (hierna: "de Programmaraad") gevestigd te Langestraat 97 te Alkmaar (Postbus 8040, 1802 KA Alkmaar), richt zich met dit bezwaarschrift tegen het besluit dat door het Commissariaat voor de Media ("het Commissariaat") is genomen op 28 maart 2006 met kenmerk ZKZ-001309-do, op verzoek van de Programmaraad, welk verzoek zich richtte tegen de besloten vennootschap UPC Nederland B.V. ("UPC"), teneinde UPC de Mediawet te doen naleven met betrekking tot het met ingang van 1 juli 2006 opvolgen van zijn Radioadvies 2006-2007.

De bezwaren die de Programmaraad heeft tegen voornoemd besluit van het Commissariaat (hierna: "het Besluit") zet de raad hieronder uiteen.

Inleiding

1. In zijn verzoek aan het Commissariaat heeft de Programmaraad gesteld dat de UPC het advies van de Programmaraad tot doorgifte van 25 radiozenders zoals opgenomen in het Radioadvies 2006/2007 van 27 december 2005 (hierna: het Advies), zonder zwaarwichtige redenen naast zich heeft neergelegd. UPC weigert het Advies op 1 juli 2006 te implementeren omdat zij pas per 1 juli 2007 een radioadvies van de Programmaraad zal opvolgen. Deze weigering betekent feitelijk dat UPC de implementatie van het Advies een jaar uitstelt. Dit uitstel is ingegeven door de wens van UPC om in plaats van jaarlijks, eens in de twee jaar door de Programmaraad geadviseerde wijzigingen in het radiopakket door te voeren (zie brieven d.d. 26 april en 21 september 2005 zijdens UPC).
2. De Programmaraad heeft aangegeven dat hij daarmee niet instemt en dat de raad, conform zijn Reglement, dat ingevolge artikel 82n Mediawet is vastgesteld door de gemeenteraad van Alkmaar, aan UPC jaarlijks advies over de samenstelling van het wettelijk minimumpakket radio en televisie zal blijven geven.
3. Dit Reglement komt grotendeels overeen met het Modelreglement Programmaraden d.d. 20 november 2001 zoals opgesteld door het Commissariaat voor de Media. In de toelichting op dit Modelreglement stelt het Commissariaat: "Geldigheidsduur advies Programmaraad:
*" Het is niet goed mogelijk een minimum geldigheidsduur van langer dan één jaar van een Programmaraad-advies in het Modelreglement op te nemen. **Een jaarlijks advies sluit aan bij de huidige praktijk.** Daar waar in het Modelreglement sprake is van advies wordt steeds bedoeld het integrale advies van de Programmaraad dat betrekking heeft*

op alle uit te zenden radio- en televisieprogramma's. (...)"

4. Zoals uit het Reglement blijkt, mag voorts niet worden onderscheiden tussen advies dat betrekking heeft op uit te zenden radioprogramma's en advies dat betrekking heeft op uit te zenden televisieprogramma's.
5. In haar reactie op het verzoek van de Programmaraad heeft UPC kenbaar gemaakt (zie het verweerschrift zijdens UPC d.d. 27 februari 2006) dat het niet de Programmaraad zelf, maar de aanbieder van het omroepnetwerk is die mag uitmaken of Programmaraden ieder jaar danwel tweejaarlijks (of zelfs driejaarlijks) hun advies op de voet van artikel 82K Mediawet uitbrengen.
6. UPC heeft dit advies daarbij ten onrechte gesplitst in televisieadvies en radioadvies en heeft bepaald dat het televisieadvies jaarlijks wordt gegeven, terwijl het radioadvies één keer in de twee jaar zal worden gegeven met ingang van 1 juli 2005.
7. UPC heeft dit – samengevat - als volgt gemotiveerd:
 - de 25 radiozenders in het wettelijk minimumpakket kenden weinig wijzigingen de afgelopen jaren;
 - bij een geldigheidsduur van twee jaar blijft er ruimte voor tussentijdse wijzigingen;
 - bij een langere looptijd van het radioadvies zijn programmabieders verzekerd voor een langere periode van doorgifte;
 - het jaarlijks implementeren van (beperkte) wijzigingen in het radioadvies vormt een te zware belasting.
8. Met deze zienswijze miskent UPC dat de adviesbevoegdheid van de Programmaraad niet afhankelijk mag worden gesteld van het initiatief van de aanbieder van een omroepnetwerk. De Programmaraad is op grond van art. 82k Mediawet zelfstandig bevoegd tot het geven van advies.
9. Indien de zienswijze van UPC wordt gevolgd, zal dit tot gevolg kunnen hebben dat de adviezen van Programmaraden gedurende meerdere jaren bevroren blijven, totdat de aanbieder van een omroepnetwerk aan de Programmaraden advies vraagt over de samenstelling van een wettelijk minimumpakket voor radio of televisie. Als het Commissariaat de zienswijze van UPC onderschrijft, wordt de Programmaraad een slapend orgaan.
10. De onderbouwing van de zienswijze van UPC is innerlijk tegenstrijdig. UPC voert aan dat de bevroering van het radioadvies van één jaar tot twee jaar voortkomt uit de constatering dat *"de adviezen van (het merendeel van) de Programmaraden de afgelopen jaren relatief weinig wijzigingen hebben gekend en slechts hebben geleid tot een beperkt aantal wijzigingen in het radiopakket"* (zie pag. 3 verweerschrift zijdens UPC bovenaan). Die verklaring is niet te rijmen met de stelling dat het jaarlijks implementeren van wijzigingen in de radioadviezen voor een zware operationele belasting zorgt en de rust verstoort in de markt (zie sub 3 en sub 5 pag. 3 verweerschrift zijdens UPC).
11. De Programmaraad meent bovendien dat UPC best meerjarige contracten aan kan gaan met radiozenders, mits dit gebeurt onder voorbehoud van tussentijdse wijzigingen van

het zenderpakket op grond van adviezen van de Programmaraad.

12. Naar aanleiding van het verzoek van de Programmaraad heeft het Commissariaat geoordeeld:

- dat het reglement als bedoeld sub art. 82n, eerste lid, aanhef en onder B van de Mediawet uitsluitend de Programmaraad regarderen en de aanbieder van een omroepnetwerk niet kunnen binden. De geldigheidsduur van het advies van de Programmaraad zou op die grond niet eenzijdig door de Programmaraad kunnen worden vastgesteld.
- dat verlenging van de geldigheidsduur van het Advies van één jaar naar twee jaar de pluriformiteit van het wettelijk minimumpakket van 25 radioprogramma's niet aan tast. UPC mag op die grond de geldigheidsduur van het advies van een Programmaraad verlengen van één jaar tot twee jaar.
- dat het belang om aan programma-aanbieders een meerjarige zekerheid te bieden voor wat betreft het uitzenden van hun radioprogramma's een hoger belang dient dan de mogelijkheid voor Programmaraden om tenminste één keer per jaar advies uit te brengen over de samenstelling van het radioprogrammapakket (zie pag. 7, 2e alinea van het Besluit).

13. Het Commissariaat heeft met deze overwegingen miskend:

- A** dat de weigering van UPC om jaarlijks radioadvies van de Programmaraad op te volgen en te implementeren in strijd is met art. 82k van de Mediawet, en dat de zelfverklaarde bevoegdheid tot verlenging van het radioadvies van één jaar tot twee jaar in strijd is met (de strekking van) art. 82n van de Mediawet;
- B** dat de vrijheid van een aanbieder van een omroepnetwerk om een nieuw advies van een Programmaraad naast zich neer te leggen, zolang het huidige wettelijk minimumpakket nog als pluriform kan worden gekwalificeerd, regelrecht indruist tegen (de strekking van) artikel 82k;
- C** dat het in strijd is met art. 82K lid 5 Mediawet om afwijking c.q. weigering van het advies van een Programmaraad te legitimeren door afweging van belangen van Programma-aanbieders en aanbieder van een omroepnetwerk enerzijds en de belangen van Programmaraden anderzijds.

14. De Programmaraad maakt om deze gronden A,B en C bezwaar tegen de beslissing van het Commissariaat van 28 maart 2006. Voor zover de inleiding hierboven niet tevens de toelichting vormt, benadrukt de Programmaraad het volgende.

15. **Ad A.**

De centrale vraag is niet zozeer of UPC bevoegd is om de geldigheidsduur van het advies van de Programmaraad te verlengen van één tot twee jaar; de centrale vraag luidt *a priori of UPC de Programmaraad mag ontzeggen om jaarlijks advies uit te brengen over het wettelijk minimumpakket radio en televisie*. Tussen partijen is in confesso dat tot op heden de bestendige gedragslijn van aanbieders van omroepnetwerken en

Programmaraden meebrengt dat jaarlijks wordt geadviseerd. De Programmaraad is daarnaast gebonden aan de jaarlijkse advisering die is voorgeschreven in artikel 8 van zijn Reglement.

16. De opvatting van het Commissariaat dat UPC niet gebonden zou zijn aan de door Programmaraad gekozen periodiek voor haar adviezen, brengt mee dat het Commissariaat art. 82K Mediawet aldus opvat dat de adviestaak van de Programmaraad passief is en slechts bestaat bij de gratie van een voorafgaand verzoek tot advisering door de aanbieder van een omroepnetwerk. De Programmaraad stelt dat deze opvatting geen steun vindt in de Mediawet.
17. Evenmin is juist dat een reglement als bedoeld sub artikel 82n, eerste lid, aanhef en sub b van de Mediawet, geen externe werking heeft en niet bindend is voor aanbieders van omroepnetwerken. Het kan niet zo zijn dat dit reglement uitsluitend dient ter zelfregulering.
18. De maatschappelijke ratio achter de programmaraad was de overname van de (gemeentelijke) CAI's door private partijen als UPC. De (gemeentelijke) overheid voelde daarbij de behoefte minimum-eisen te stellen aan het programma-aanbod. Bij de introductie van de programmaraad in de Mediawet is destijds overwogen dat deze besluiten over de inhoud van het programma-aanbod een democratische legimatie behoefden. Aan deze democratische legimatie is invulling gegeven in de artikelen 82k lid 1 en 82l lid 1. De gemeentelijke bemoeienis met de kabel werd daarmee vormgegeven in een driehoek bestaande uit gemeenteraad-programmaraad-kabelmaatschappij, waarbij de gemeenteraad de programmaraad instelt en zijn leden benoemt, de programmaraad autonoom het advies bepaalt en de kabelmaatschappij dit advies uitvoert. De institutionele bevoegdheden zijn derhalve in handen van de gemeenteraad. Dit valt niet slechts af te leiden uit de tekst van de artikelen 82k lid 1 en 82l lid 1 van de Mediawet maar vloeit ook voort uit de ontstaansgeschiedenis van de programmaraden en is daarnaast een democratisch vereiste.
19. In artikel 82n Mediawet is in het midden gelaten wie het reglement opstelt. Gezien het bovenstaande ligt het voor de hand dat dit de gemeenteraad is: in de gekozen systematiek is de gemeenteraad immers institutioneel bevoegd (en verantwoordelijk).
20. In elk geval moet er van uit worden gegaan, dat, indien, zoals in Alkmaar het geval is, de gemeenteraad het reglement heeft vastgesteld, dit reglement niet slechts interne werking heeft omdat de in het reglement geregelde zaken (zie ook het Modelreglement) enerzijds het huishoudelijk niveau ver overstijgen (zie bijvoorbeeld ook de onverenigbaarheden in artikel 4 lid 4 van het Reglement) en anderzijds feitelijk invulling geven aan het institutionele kader dat zich, zoals gezegd, bevindt in het exclusieve domein van de gemeenteraad. De Programmaraad Alkmaar noch UPC is derhalve bevoegd de looptijd van adviezen te wijzigen.
21. Uit artikel 82o Mediawet blijkt (a contrario) dat de wetgever wel degelijk heeft beoogd dat artikel 82n Mediawet (ook) bindend is voor de aanbieders van omroepnetwerken:

” De artikelen 82k tot en met **82n** zijn niet van toepassing op de aanbieder van een omroepnetwerk waaraan het Commissariaat voor de Media ontheffing heeft verleend op grond van artikel 82i, vijfde lid.”

22. De overwegingen van het Commissariaat die aan deze opvatting in het Besluit ten grondslag liggen, zijn voorts in strijd met het besluit van het Commissariaat van 11 juli 2005 (handhavingsverzoek van Programmaraad Gelderland Oost). In dit besluit overwoog het Commissariaat:

“dat van een niet naleven van het advies van de Programmaraad slechts sprake is als een aanbieder onredelijk laat tot implementatie daarvan overgaat, zodanig dat in feite sprake is van het niet uitvoeren daarvan, omdat door het tijdsverloop in redelijkheid geen actualiteitswaarde meer aan het advies kan worden toegekend. In dit geval is van een onredelijk late implementatie niet gebleken. In dit oordeel heeft het Commissariaat betrokken dat UPC de implementatie slechts enkele maanden uitstelt en tot de implementatie van het nieuwe advies het vorige advies van de Programmaraad Oost onverkort uitvoert en UPC de geldingsperiode van één jaar in acht neemt.”
(onderstreping toegevoegd)

23. Ad B

De opvatting van het Commissariaat dat een advies van de Programmaraad tot wijziging van het wettelijk minimumpakket mag worden geweigerd zolang de pluriformiteit niet wordt aangetast, is eveneens onverenigbaar met art. 82k lid 5 Mediawet. Het Commissariaat miskent dat de Programmaraad bij de uitoefening van zijn adviesbevoegdheid ex art. 82k zich niet alleen laat leiden door de pluriformiteit van het wettelijk minimumpakket maar evenzo door de vraag of de door haar vertegenwoordigde abonnees belang stellen in een wijziging van het zenderpakket danwel of nieuwe programma-aanbieders in dat nieuwe zenderpakket een plaats dienen te krijgen. Buiten dat bepaalt art. 82K lid 5 dat uitsluitend om *zwaarwichtige* redenen kan worden afgeweken van het advies van de Programmaraad. Gezien de uitleg van het begrip “zwaarwichtige” in de wetsgeschiedenis en de *Beleidsregels inzake afwijken door aanbieder van een omroepnetwerk van programmaraadadvies (artikel 82k Mediawet)*, zie toelichting op artikel 3, zijn er geen zwaarwichtige redenen waar UPC zich op kan beroepen.

24. Ad C.

De belangenafweging die het Commissariaat heeft gemaakt, door het belang bij meerjarige zekerheid van programma-aanbieders en UPC af te wegen tegen en te laten prevaleren boven het belang van de Programmaraaden (het belang bij “*de zekerheid (..) dat zij tenminste één advies per jaar uitbrengen over de samenstelling van het radioprogrammapakket*”), is onzuiver. UPC heeft zelf aangevoerd dat de radioadviezen van de Programmaraaden in haar verzorgingsgebied relatief weinig wijzigingen kennen. Op grond van die praktijk kan moeilijk veel belang worden gehecht aan het belang om meerjarige zekerheid te bieden aan programma-aanbieders.

25. In aanvulling hierop - en ten overvloede - merkt de Programmaraad op dat de wettelijke adviesbevoegdheid ex art. 82K Mediawet niet opzij gezet kan worden doordat programma-aanbieders belang zouden hebben bij doorgifte contracten met een

gegarandeerde duur van meerdere jaren.

26. Het belang van de meerjarige zekerheid voor programma-aanbieders kwalificeert immers niet als *zwaarwichtige* reden om af te wijken van een advies van de Programmaraad. Niet gesteld noch gebleken is dat de financieel-economische exploitatiemogelijkheden van het kabelnet van UPC in gevaar komen door een jaarlijks Advies van de Programmaraad.

REDENEN WAAROM:

De Programmaraad bezwaar maakt tegen de beslissing van 28 maart 2006 van het Commissariaat en verzoekt opnieuw recht te doen op grond van haar verzoekschrift d.d. 20 februari 2006, met inachtneming van vorenstaande overwegingen.

3 mei 2006

De Programmaraad Alkmaar,

de secretaris

J. Vlug