

Programmaraad Culemborg
T.a.v. drs. G.J.P. Staals
Putterweg 9
4105 WP CULEMBORG

Datum	Onderwerp		
7 november 2006	verzoek handhaving art. 82k Mediawet		
Uw kenmerk	Ons kenmerk	Contactpersoon	Doorkiesnummer
	ZKZ-004074-ho	H.F. Ottenhoff	(035) 7737 761

Geachte heer Staals,

Hierbij doen wij u onze beslissing van 7 november 2006 toekomen op het verzoek van de Programmaraad Culemborg om bestuursrechtelijke handhaving van het bepaalde in artikel 82k, vijfde lid, van de Mediawet, inzake de weigering van N.V. Casema, het door de Programmaraad Casema geadviseerde televisieprogramma MBC uit te zenden op haar omroepnetwerk in de gemeente Culemborg. Wij hebben het verzoek afgewezen.

Hoogachtend,
COMMISSARIAAT VOOR DE MEDIA,

prof. dr. Tineke Bahlmann
commissaris

Aantal bijlagen: 2

Het Commissariaat voor de Media

Gezien het verzoek van de Programmaraad Culemborg bij brief van 25 april 2006 om bestuursrechtelijke handhaving van het bepaalde in artikel 82k, vijfde lid, van de Mediawet, jegens N.V. Casema, inzake de weigering van N.V. Casema het door de Programmaraad Culemborg geadviseerde televisieprogramma MBC uit te zenden in het wettelijk minimumpakket.

Gelet op de artikelen 82k, vijfde lid, 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) van 9 oktober 2001,

Overwegende:

1. Procedure

Bij brief van 25 april 2006, ontvangen op 8 mei 2006, verzoekt de Programmaraad Culemborg het Commissariaat voor de Media (hierna: het Commissariaat) om bestuursrechtelijke handhaving van het bepaalde van artikel 82k, vijfde lid, van de Mediawet, omdat N.V. Casema (hierna: Casema) het advies om het Arabische televisieprogramma MBC in het wettelijke minimumpakket op te nemen, niet wenst uit te voeren.

Bij brief van 10 mei 2006 verzoekt het Commissariaat, gelet op het bepaalde in artikel 2.2, onder d, van de Beleidsregels inzake afwijken door aanbieder van een omroepnetwerk van programmaraadadvies (hierna: de Beleidsregels), Casema de motivering, die aan haar standpunt over het niet opvolgen van het advies van de Programmaraad Culemborg ten grondslag ligt, aan hem te doen toekomen.

Bij telefax van 26 mei 2006 doet Casema haar standpunt aan het Commissariaat toekomen.

Op grond van het bepaalde in artikel 4:7 en artikel 4:8 van de Algemene wet bestuursrecht en artikel 2.3, onder b, van de Beleidsregels, heeft het Commissariaat de Programmaraad Culemborg en Casema op 3 juli 2006 gehoord. Het verslag van de hoorzitting is bijgevoegd.

In een nader onderzoek na de hoorzitting heeft het Commissariaat op 21 augustus 2006 inzage gekregen in vertrouwelijke documentatie inzake de overeenkomst die is gesloten tussen Casema en MBC.

Bij brief van 2 oktober 2006 heeft het Commissariaat de Programmaraad Culemborg in de gelegenheid gesteld schriftelijk te reageren op de informatie van Casema.

Bij brief van 13 oktober 2006 heeft de Programmaraad Culemborg schriftelijk gereageerd.

Per e-mail van 20 oktober 2006 heeft Casema schriftelijk haar reactie gegeven.

2. Relevante feiten

Casema is de aanbieder van het omroepnetwerk in de gemeente Culemborg. De Programmaraad Culemborg is de door de gemeenteraad van Culemborg ingestelde programmaraad, die Casema adviseert over het wettelijk minimumpakket van 15 televisie- en 25 radioprogramma's.

Op 21 september 2005 heeft de Programmaraad Culemborg het concept televisie- en radioadvies 2005-2006 uitgebracht. De Programmaraad Culemborg adviseert onder meer het programma MBC in het wettelijk minimumpakket van 15 televisieprogramma's door te geven. Het programma TRT wordt als alternatief geadviseerd, indien door Casema duidelijk en onderbouwd, mocht blijken dat opname van het programma MBC in het wettelijk minimumpakket niet mogelijk is.

Op 31 oktober 2005 deelt Casema aan de Programmaraad Culemborg mee dat zij het advies zal opvolgen, met uitzondering van het programma MBC, omdat dit programma een betaal-tv programma is, hetgeen opname in het wettelijk minimumpakket onmogelijk maakt. Casema deelt daarbij mee dat zij het door de Programmaraad Culemborg, als reserve aangewezen, programma TRT in het wettelijke minimumpakket zal doorgeven.

Bij brief van 20 december 2005 deelt de Programmaraad Culemborg aan Casema mee dat het conceptadvies van 21 september 2005 zonder wijzigingen wordt omgezet in een definitief advies. De Programmaraad Culemborg verzoekt Casema om een nadere toelichting voor het niet overnemen van het advies ten aanzien van het programma MBC.

Bij brief van 24 februari 2006 deelt Casema aan de Programmaraad Culemborg mee, dat de aanbieder van het programma MBC slechts toestemming heeft gegeven voor digitale doorgifte van het programma en niet voor doorgifte in het (analoge) wettelijk minimumpakket.

Per emailbericht van 12 en 24 mei 2006 verzoekt Casema aan de vertegenwoordiging van MBC in Europa of zij schriftelijk kan bevestigen dat haar programma alleen beschikbaar is voor digitale doorgifte.

3. Bevoegdheid

Op grond van artikel 134 van de Mediawet is het Commissariaat belast met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens hoofdstuk VI van de Mediawet, waarin de artikelen 82i en 82k zijn opgenomen. Op grond van artikel 135 van de Mediawet is het Commissariaat bevoegd ter zake een boete op te leggen van ten hoogste € 225.000,-. 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, vijfde lid, van de Mediawet, voor zover het gaat om het al dan niet opnemen van een programma in het wettelijk minimumpakket. Aangezien het verzoek van de Programmaraad Culemborg strekt tot naleving van het bepaalde in artikel 82k, vijfde lid, van de Mediawet, acht het Commissariaat zich bevoegd om op dit verzoek te beslissen.

4. Beoordeling van het geschil

4.1 Standpunt Programmaraad Culemborg

De Programmaraad Culemborg heeft bij het samenstellen van het tv-advies rekening gehouden met de voorkeuren en de opbouw van de bevolking in de gemeente Culemborg.

De Programmaraad Culemborg is van mening dat Casema geen zwaarwichtige reden heeft om van het advies af te wijken. Volgens de Programmaraad Culemborg heeft de kabelexploitant de verplichting zich in te spannen om het advies op te volgen. De programmaraad is er in dit geval niet van overtuigd dat Casema al het mogelijke in het werk heeft gesteld om met de programma-aanbieder van MBC tot overeenstemming te komen tot doorgifte van haar programma in het (analoge) wettelijk minimumpakket. De programma-aanbieder geeft namelijk wel toestemming tot doorgifte in het digitale pakket. Door Casema is niet nader onderzocht onder welke voorwaarden de programma-aanbieder van MBC eventueel bereid is om toestemming te geven voor analoge doorgifte van dit programma.

De Programmaraad Culemborg beseft dat het ontbreken van toestemming een zwaarwichtige reden is om het advies van de programmaraad niet op te volgen. De Programmaraad Culemborg gaat er echter vanuit dat Casema alles in het werk zal stellen om op basis van het advies de vereiste toestemming alsnog te verkrijgen. De Programmaraad Culemborg verwijst daartoe naar het standpunt dat het Commissariaat heeft ingenomen in zijn beslissingen inzake de kwestie Programmaraad Haarlem/UPC/France Culture.

4.2 Standpunt Casema

Casema verwijst naar de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) van 28 juli 2004 inzake Programmaraad Bollenstreek/Casema. In die uitspraak heeft de Afdeling onder meer overwogen dat uit de wetsgeschiedenis van de totstandkoming van artikel 82k van de Mediawet kan worden afgeleid, dat de wetgever heeft willen voorkomen dat de aanbieder van een omroepnetwerk door een advies van een programmaraad in een positie wordt gebracht waarin hij door opvolging daarvan in strijd met (het doel of de strekking van) de Mediawet dan wel andere wettelijke bepalingen zou handelen. Een aanbieder van een omroepnetwerk kan zich in een zodanige positie bevinden, indien een programma-aanbieder geen toestemming geeft voor uitzending van zijn programma('s) in het wettelijke minimumpakket, welke situatie zich laat vergelijken met het ontbreken van auteursrechtelijke toestemming.

Anders dan de Rechtbank Den Haag in deze kwestie had overwogen, was de Afdeling van oordeel dat op Casema, in de omstandigheden van dat geval, niet een (inspannings)verplichting rustte om met de programma-aanbieders in onderhandeling te treden over opname in het wettelijke minimumpakket. De Afdeling nam daarbij in ogenschouw dat in antwoord op vragen van verschillende programmaraden, het Commissariaat zich op het standpunt heeft gesteld, dat in het geval een programma-aanbieder uitdrukkelijk te kennen heeft gegeven dat is gekozen voor een andere wijze van verspreiding dan via het wettelijk minimumpakket, er sprake is van een zwaarwichtige reden om af te wijken van het advies.

De stelling van de Programmaraad Culemborg, dat op Casema de verplichting rust zich ervoor in te spannen dat gevolg kan worden gegeven aan het advies van de programmaraad, is niet in lijn met de wet en de daaraan in de geldende jurisprudentie gegeven uitleg.

De Programmaraad Culemborg citeert enkel uit de uitspraak van Rechtbank Den Haag en slaat daarmee geen acht op de in hoger beroep genomen uitspraak van de Afdeling, waarin de Afdeling van oordeel was dat de rechtbank een onjuiste uitleg gaf aan de op grond van de Mediawet op Casema rustende verplichtingen. Casema is dan ook van oordeel dat, nu er geen sprake is van een inspanningsverplichting als door de Programmaraad Culemborg bedoeld, en het verzoek van de Programmaraad Culemborg strekt tot beoordeling door het Commissariaat of Casema aan die (niet bestaande) verplichting heeft voldaan, het verzoek van de Programmaraad dient te worden afgewezen.

4.3. Standpunt Commissariaat

Algemeen

Ingevolge artikel 82k, eerste lid, van de Mediawet, stelt de gemeenteraad van de gemeente waar een omroepnetwerk aanwezig is, een programmaraad in die de aanbieder van een omroepnetwerk adviseert welke programma's voor algemene omroep hij krachtens artikel 82i tenminste uitzendt naar alle aangeslotenen op het omroepnetwerk. Ingevolge het vijfde lid van dit artikel kan een aanbieder van een omroepnetwerk slechts om zwaarwichtige redenen afwijken van het advies, bedoeld in het eerste lid.

Artikel 82k, vierde lid, van de Mediawet, schrijft voor dat onverminderd het bepaalde in artikel 82i van de Mediawet, de programmaraad in zijn advisering uitgaat van een pluriforme samenstelling van het pakket programma's voor algemene omroep, waarbij hij rekening houdt met de in de gemeente(n) levende maatschappelijke, culturele, godsdienstige en geestelijke stromingen. Voorts kan het Commissariaat op basis van het vijfde lid van artikel 82k van de Mediawet, toetsen of er zwaarwichtige redenen zijn op grond waarvan de aanbieder van het omroepnetwerk van het advies van de programmaraad kan afwijken dan wel had moeten afwijken.

Artikel 3 van de Beleidsregels geeft een aantal zwaarwichtige redenen aan die een afwijking van het programmaraadadvies kunnen rechtvaardigen. Hierbij is, aldus de toelichting op artikel 3, aansluiting gezocht bij hetgeen daarover in de wetsgeschiedenis naar voren is gebracht. Uit de wetsgeschiedenis (EK 1996-1997, 24 808, nr. 227b, blz. 5/6) blijkt dat zwaarwichtige redenen gelegen kunnen zijn in het in gevaar brengen van de financieel-economische exploitatiemogelijkheden van het kabelnet. Ook kan het zijn dat de auteursrechtelijke aspecten niet kunnen worden geregeld, of dat er door de programmaraad te veel dure programma's worden geadviseerd en daardoor het abonnement voor de aangeslotenen fors dient te stijgen. Tenslotte kan de kabelexploitant ook afwijken van het advies indien het een illegaal programma betreft waarvoor geen binnen- of buitenlandse toestemming is gegeven of een van de verplicht door te geven programma's niet in het advies is opgenomen, dan wel de programmaraad een onvoldoende divers programmapakket adviseert, hetgeen in strijd is met wettelijke taakopdracht van de programmaraad. In de toelichting bij artikel 3 van de Beleidsregels staat aangegeven dat deze opsomming van zwaarwichtige redenen niet uitputtend is bedoeld en dat niet valt uit te sluiten dat in voorkomende gevallen andere gronden als zwaarwichtige redenen een rechtvaardiging kunnen vormen om af te wijken van het advies van een programmaraad. Daaraan toegevoegd wordt, dat voor een aanwijzing dat onevenredig hoge kosten een rechtvaardiging kunnen vormen voor afwijken van het advies, door middel van een analoge redenering kan worden verwezen naar het bepaalde in artikel 82i, vierde lid (thans vijfde lid), van de Mediawet.

De zaak ten gronde

In de besluiten inzake de *APR/KTA/CNN* (15 februari en 1 augustus 2000), de *Programmaraad Rotterdam/Eurosport/UPC* (27 januari 2004) en de *Programmaraad Friesland/Eurosport/UPC* (22 juni 2004), heeft het Commissariaat geoordeeld dat de omstandigheid dat een programma-aanbieder niet wenst dat zijn programma beschikbaar is voor opname in het wettelijk minimumpakket, vergelijkbaar is met het niet kunnen regelen van auteursrechten. Hierbij dient te zijn vastgesteld dat de programma-aanbieder uitdrukkelijk te kennen heeft gegeven dat gekozen is voor een andere wijze van verspreiding van het programma dan naar alle aangeslotenen. In dat geval ontbreekt de toestemming van de programma-aanbieder die een aanbieder van een omroepnetwerk nodig heeft om het advies ter zake het wettelijke minimumpakket op te kunnen volgen. De rechtbanken te Amsterdam en Rotterdam hebben dit beleid van het Commissariaat in beroepsprocedures onderschreven.

In haar uitspraak 28 juli 2004 (kenmerk: 200400154/1) inzake het hoger beroep van het Commissariaat in de zogeheten Bollenstreekzaak heeft de Afdeling uit de wetsgeschiedenis ten aanzien van zwaarwichtige redenen afgeleid, dat de wetgever hiermee heeft willen voorkomen dat de kabelexploitant door het advies in een positie wordt gebracht waarin hij door opvolging daarvan in strijd met (het doel of de strekking van) de Mediawet dan wel andere wettelijke bepalingen zou handelen. Naar het oordeel van de Afdeling kan een kabelexploitant in een dergelijke positie geraken als een programma-aanbieder geen toestemming geeft voor uitzending van zijn programma in het wettelijke minimumpakket, welke situatie zich laat vergelijken met het ontbreken van auteursrechtelijke toestemming.

De Afdeling komt dan tot de conclusie, gelet op de omstandigheden van het geval, dat er voor Casema geen mogelijkheden waren om te bewerkstelligen dat de programma's RTL4, Yorin en SBS 6 toch via het wettelijke minimumpakket mochten worden doorgegeven. Op Casema rustte in dat geval geen inspanningsverplichting om met de programma-aanbieders in onderhandeling te treden over opname in het wettelijke minimumpakket. Volgens de Afdeling is het een programma-aanbieder toegestaan om zijn programma niet voor analoge distributie in aanmerking te laten komen, indien hij om hem moverende redenen hiervoor kiest.

Zoals het Commissariaat in voorgaande zaken heeft overwogen en uit de jurisprudentie is af te leiden, inclusief voormelde Bollenstreekzaak, dient een programma-aanbieder uitdrukkelijk aan te geven dan wel uit de stukken dient onomstotelijk te blijken, dat de programma-aanbieder gekozen heeft voor een andere wijze van verspreiding dan via het wettelijke minimumpakket. Naar het oordeel van het Commissariaat rust op de kabelexploitant dan geen (inspannings)verplichting met de programma-aanbieder in onderhandeling te treden ten einde gevolg te kunnen geven aan het advies van de programmaraad.

Casema heeft aangevoerd dat ze met de aanbieder van het programma MBC overeenstemming heeft bereikt over de voorwaarden waaronder de distributie van het programma plaatsvindt. Door de programma-aanbieder van MBC en Casema is een overeenkomst gesloten waarbij onder andere is vastgelegd dat aan Casema toestemming is gegeven de Arabische betaaltelevisieprogramma's ART Variety Europe en MBC via het "Digital Cable Networks" te distribueren. Uit deze overeenstemming en hetgeen daarover is opgemerkt ter hoorzitting blijkt, althans is voldoende aannemelijk, dat de voorwaarden waaronder doorgifte van de programma's kan plaatsvinden, betrekking hebben op de digitale doorgifte van die programma's. Het Commissariaat stelt vast dat de toestemming van de aanbieder om het programma ook analoog door te geven ontbreekt.

Zoals uit voormelde jurisprudentie blijkt, zijn partijen gerechtigd om voor een bepaalde vorm van distributie te kiezen. In dit kader heeft MBC er voor gekozen haar programma's in Nederland alleen digitaal beschikbaar te stellen. Het is ook aan een programma-aanbieder, als auteursrechthebbende, om te bepalen of en hoe een programma aan aanbieders van omroepnetwerken wordt aangeboden.

De verwijzing van de Programmaraad Culemborg naar het standpunt dat het Commissariaat in de kwestie Programmaraad Haarlem/UPC/France Culture, heeft ingenomen treft evenmin doel. Hiertoe wordt overwogen dat in die zaak andere feiten en omstandigheden aan de orde waren dan die thans voorliggen, waardoor geen sprake is van gelijke gevallen. Immers in voornoemde zaak had de programma-aanbieder van France Culture, Radio France, geen bezwaar tegen de doorgifte van dit programma in wettelijk minimumpakket. Het geschil betrof louter en alleen het regelen van de auteursrechtelijke aspecten ten aanzien van de openbaarmaking van dat programma. In de onderhavige kwestie heeft de programma-aanbieder van MBC in het geheel geen toestemming gegeven voor doorgifte in het wettelijk minimumpakket.

5. Conclusie

Op grond van het bovenstaande is het Commissariaat van oordeel dat Casema terecht een zwaarwichtige reden aanwezig heeft geacht op grond waarvan zij van het advies van de Programmaraad Culemborg ten aanzien van het programma MBC is afgeweken. Het verzoek van de Programmaraad Culemborg om bestuursrechtelijke handhaving van het bepaalde in artikel 82k, vijfde lid, van de Mediawet, komt dan ook niet voor inwilliging in aanmerking.

6. Consultatie OPTA

Met inachtneming van het bepaalde in artikel 2.3., onder e, van de Beleidsregels is het ontwerp van dit besluit toegezonden aan OPTA. De OPTA heeft geen aanleiding gezien opmerkingen te maken.

7. Besluit

Het verzoek van de Programmaraad om bestuursrechtelijke handhaving van het bepaalde in artikel 82k, vijfde lid, van de Mediawet, wordt afgewezen.

Het Commissariaat voor de Media, 7 november 2006

Mr. Inge Brakman
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.