

Rechtbank 's-Gravenhage
sector bestuursrecht
tweede afdeling, meervoudige kamer

Reg. nr. AWB 03/1673 BESLU

UITSPRAAK
als bedoeld in artikel 8:77
van de Algemene wet bestuursrecht (Awb)

Uitspraak in het geding tussen

N.V. Casema, eiseres,

en

het Commissariaat voor de Media (hierna: commissariaat), verweerder.

Ontstaan en loop van het geding

Op 14 juni 2002 heeft de programmaraad Bollenstreek (hierna: programmaraad) geadviseerd over de samenstelling van het programmapakket (hierna: wettelijk minimumpakket) dat ingevolge artikel 82i van de Mediawet naar alle aangeslotenen op het omroepnetwerk moet worden uitgezonden.

Bij brief van 28 augustus 2002 heeft eiseres medegedeeld het advies met betrekking tot de opname van de programma's RLT 4, Yorin en SBS 6 niet te kunnen overnemen, omdat de programma-aanbieders van deze programma's geen toestemming geven voor doorgifte van bedoelde programma's in het basispakket.

Bij brief van 17 september 2002 heeft de programmaraad verweerder gevraagd over te gaan tot bestuursrechtelijke handhaving van het bepaalde in artikel 82k, tweede lid, van de Mediawet jegens eiseres.

Bij besluit van 10 december 2002 heeft verweerder eiseres een bestuurlijke boete van € 22.500,= opgelegd ter zake van het zonder zwaarwichtige redenen afwijken van het advies van de programmaraad.

Tegen dit besluit heeft eiseres een bezwaarschrift ingediend.

Dit bezwaar is door verweerder bij besluit van 1 april 2003 gegrond verklaard voor wat betreft het onderdeel van de boeteoplegging en voor het overige ongegrond. Bij dit besluit heeft verweerder het primaire besluit herzien voor zover het de boeteoplegging betreft en bepaald dat de opgelegde boete eerst wordt geëffectueerd als eiseres niet binnen twee

maanden na dagtekening van het bestreden besluit het advies van de programmaraad opvolgt. Voor het overige wordt het primaire besluit gehandhaafd.

Hiertegen heeft eiseres bij schrijven van 17 april 2003 beroep bij deze rechtbank ingesteld.

Verweerder heeft de op de zaak betrekking hebbende stukken overgelegd en tevens een verweerschrift ingediend.

De zaak is op 27 oktober 2003 ter zitting behandeld. Eiseres heeft zich laten vertegenwoordigen door drs. P.M. Waszink en mr. J.J. Allen. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. G.H.L. Weesing.

Motivering

De rechtbank dient te beoordelen of het bestreden besluit, waarbij het bezwaar gedeeltelijk gegrond en voor het overige ongegrond is verklaard, in rechte kan standhouden.

Eiseres heeft - kort samengevat - het volgende aangevoerd.

Eiseres had een zwaarwichtige reden om af te wijken van het advies van de programmaraad. Er was geen toestemming om de programma's RTL 4, Yorin en SBS 6 te verspreiden via het basispakket. Van eiseres kan niet worden gevergd dat zij inbreuk maakt op de rechten van de commerciële omroepen en zich blootstelt aan civielrechtelijke acties en strafrechtelijke vervolging. De wetsgeschiedenis noemt deze situatie als een voorbeeld waarin sprake is van een zwaarwichtige reden als bedoeld in artikel 82k, tweede lid, van de Mediawet. Met betrekking tot de argumenten van verweerder ter motivering van het standpunt dat geen sprake is van zwaarwichtige redenen, stelt eiseres dat deze onjuist dan wel onvoldoende gemotiveerd zijn.

Het besluit van verweerder wijkt verder af van vaste beleidslijnen, zoals die blijken uit eerdere beslissingen en correspondentie, en is derhalve in strijd met het vertrouwensbeginsel.

Eiseres meent dat haar belang moet worden gesteld boven het belang van de programmaraad, gelet op de omstandigheid dat het merendeel van de aangeslotenen niet verstoken blijft van ontvangst van de betreffende programma's en gelet op het feit dat zij wordt blootgesteld aan vorderingen uit hoofde van wanprestatie en auteursrechtinbreuk en gezien de grote gevolgen voor haar bedrijfsvoering.

De opgelegde boete is in feite een verkapte last onder dwangsom; eiseres wordt opgedragen een bepaalde situatie ongedaan te maken. Deze mogelijkheid heeft verweerder echter niet. De rechtszekerheid verzet zich hiertegen. De boete is voorts disproportioneel, nu de overtreding het resultaat is van de wijze waarop de commerciële omroepen hun rechten uitoefenen en er dus geen sprake is van verwijtbaarheid. Verweerder heeft geen blijk gegeven van enige afweging van belangen.

Verweerder heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

Het geschil in de onderhavige zaak spitst zich toe op de vraag of verweerder zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat eiseres zich onder de omstandigheden van dit geval niet met succes kan beroepen op zwaarwichtige redenen als bedoeld in artikel 82k, tweede lid van de Mediawet.

Voor de beoordeling van deze vraag zijn de volgende wettelijke bepalingen van belang.

Artikel 82k van de Mediawet bepaalt – voor zover hier van belang – het volgende.

- “1. In gemeenten waar een omroepnetwerk aanwezig is, stelt de gemeenteraad een programmaraad in die de aanbieder van het omroepnetwerk adviseert welke programma's voor algemene omroep hij krachtens artikel 82i ten minste uitzendt naar alle aangeslotenen op het omroepnetwerk.
2. De aanbieder van een omroepnetwerk kan slechts om zwaarwichtige redenen afwijken van het advies, bedoeld in het eerste lid.”

Uit de wetsgeschiedenis (EK, 1996-1997, 24 808, nr. 227b, p. 5) blijkt dat de zwaarwegende 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 dat in strijd met het recht zou komen, bijvoorbeeld 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 de wettelijke taakopdracht van de programmaraad.

De rechtbank stelt vast dat de programmaraad op 14 juni 2002 een advies heeft uitgebracht over de samenstelling van het wettelijk minimumpakket van (onder meer) 15 televisiezenders. Dit advies houdt - voor zover hier van belang - in dat de programma's RTL4, Yorin en SBS6 moeten worden opgenomen in het wettelijk minimumpakket, dat moet worden aangeboden aan alle aangeslotenen.

Dit wettelijk minimumpakket dient eiseres in ieder geval aan iedere aangeslotene door te geven. Eiseres doet dit in de vorm van verstrekking van het basispakket. Daarnaast verstrekt eiseres aan de aangeslotenen die daarvoor gekozen hebben een standaardpakket dat naast het basispakket nog andere televisiezenders bevat.

Op 29 mei 2001 zijn eiseres en SBS Broadcasting B.V. (hierna: SBS) overeengekomen dat eiseres het programma SBS zal aanbieden in het standaardpakket, waardoor dit programma geen deel uit zal maken van het basispakket.

Op 6 november 2001 heeft eiseres ten aanzien van de programma's RTL4, RTL5 en Yorin eenzelfde soort overeenkomst gesloten met RTL/De Holland Media Groep S.A. (hierna: RTL).

Zowel eiseres als RTL en SBS hebben aangegeven dat deze afspraken zijn ingegeven door de wens om verzekerd te zijn van continuïteit van doorgifte in één pakket van alle programma's RTL 4, RTL 5 en Yorin, dan wel door de garantie voor een groot bereik.

Naar het oordeel van de rechtbank moet voorop gesteld worden dat – anders dan eiseres veronderstelt – het enkele feit dat programma-aanbieders geen toestemming verlenen voor doorgifte van hun programma's via het wettelijk minimumpakket, niet de conclusie rechtvaardigt dat reeds op basis daarvan met succes een beroep kan worden gedaan op het bestaan van zwaarwichtige redenen voor de kabelexploitant om af te wijken van het advies van de programmaraad. Naar het oordeel van de rechtbank doet een dergelijke veronderstelling onvoldoende recht aan allerlei nuances die bij de beantwoording van de vraag of met succes een beroep kan worden gedaan op het bestaan van zwaarwichtige redenen, moeten worden betrokken.

Op grond van artikel 82k, tweede lid van de Mediawet rust op de kabelexploitant de verplichting om het advies van de programmaraad voor zover dit het wettelijk minimumpakket betreft, op te volgen. Met die verplichting wordt bewerkstelligd dat alle aangeslotenen de beschikking hebben over een pluriform minimumpakket. Deze verplichting brengt met zich dat de kabelexploitant in beginsel al het nodige moet doen om te voldoen aan deze verplichting. Anders gezegd: op de kabelexploitant rust een verplichting zich ervoor in te spannen dat gevolg kan worden gegeven aan het advies van de programmaraad. Dat betekent dat van de kabelexploitant verwacht mag worden dat hij niet zonder slag of stoot gehoor geeft aan de wens van de programma-aanbieders. Dat is niet anders als de belangen van de kabelexploitant en de programma-aanbieders bij doorgifte van de programma's in het standaardpakket parallel lopen. Ook in dat geval zal moeten worden bezien of het standpunt van de programma-aanbieders ruimte laat voor onderhandelingen ten einde te voorkomen dat men in een situatie belandt waardoor het opvolgen van het advies van de programmaraad onmogelijk wordt. De kabelexploitant heeft in dezen een eigen verantwoordelijkheid. Hij kan dus niet in alle gevallen waarin de programma-aanbieder te kennen heeft gegeven dat hij niet langer wenst dat zijn programma's in het basispakket worden uitgezonden, los van de omstandigheden van die concrete situatie, zonder meer gevolg geven aan de wens van de programma-aanbieder om zich vervolgens met succes te beroepen op het bestaan van zwaarwichtige redenen.

De rechtbank is van oordeel dat in het onderhavige geval aannemelijk is geworden dat de programma-aanbieders zich van meet af aan op het standpunt hebben gesteld dat hun programma's niet langer mochten worden doorgegeven via het basispakket. Dat er ondanks deze opstelling van de programma-aanbieders nog voldoende ruimte bestond voor eiseres om te bewerkstelligen dat deze programma's toch via het basispakket mochten worden doorgegeven, is niet gebleken. Te minder nu verweerder bij de voorbereiding van het besluit naar dit aspect geen onderzoek heeft ingesteld en voorts deze opstelling van de programma-aanbieders niet heeft

weersproken. Onder deze omstandigheden kan naar het oordeel van de rechtbank eiseres niet worden tegengeworpen dat zij zich niet fermere heeft opgesteld tijdens de onderhandelingen met de programma-aanbieders. Het verwijt van verweerder aan het adres van eiseres dat deze de programma-aanbieders voor het blok had moeten zetten en zonodig had moeten weigeren de programma-aanbieders te contracteren, is naar het oordeel van de rechtbank dan ook niet op zijn plaats.

De rechtbank heeft daarbij tevens in aanmerking genomen het feit dat de nadelige gevolgen voor de consument bij het niet opvolgen van het advies in het onderhavige geval beperkt zijn. Niet gezegd kan worden dat de programma's door de opstelling van de programma-aanbieders niet dan wel in aanzienlijk mindere mate beschikbaar zijn voor de televisie in de regio waarin Casema exploiteert. Ter zitting is mede naar aanleiding van vragen van de rechtbank immers gesteld en niet weersproken dat uitzending van de programma's in het wettelijk minimumpakket niet zal leiden tot een andere verdeling van het percentage aangeslotenen dat kiest voor een standaardpakket dan wel het wettelijk minimumpakket. Ook als de betreffende programma's niet via het wettelijk minimumpakket worden doorgegeven, heeft dus nog steeds 95% van de aangeslotenen – het percentage aangeslotenen dat kiest voor het door eiseres aangeboden (ruimere) standaardpakket - de beschikking over deze programma's.

Resumerend komt de rechtbank tot de volgende conclusie. Gelet op het feit dat eiseres geconfronteerd werd met het ontbreken van toestemming voor doorgifte van de betreffende programma's via het door eiseres aangeboden basispakket en niet gezegd kan worden dat eiseres de haar geboden ruimte in het standpunt van de programma-aanbieders onvoldoende heeft aangegrepen om alsnog toe te werken naar een situatie waarin voldaan kon worden aan het advies van de programmaraad, vormt het ontbreken van toestemming van de programma-aanbieders in het onderhavige geval een zwaarwichtige reden voor Casema om af te wijken van het advies van de programmaraad.

Dit brengt met zich dat naar het oordeel van de rechtbank geen sprake is van een overtreding van het voorschrift dat het advies van de programmaraad moet worden opgevolgd. Dit betekent dat verweerder niet bevoegd was tot het opleggen van een sanctie op grond artikel 135 juncto artikel 82k, tweede lid van de Mediawet.

Gelet op het vorenoverwogene zal de rechtbank het beroep gegrond verklaren en komt het bestreden besluit wegens strijd met de Mediawet in aanmerking voor vernietiging.

Teneinde de procedure niet langer te laten voortduren dan strikt noodzakelijk is, zal de rechtbank, nu zich de situatie voordoet dat rechtens nog maar één beslissing mogelijk is, met toepassing van artikel 8:72, vierde lid, Awb zelf in de zaak voorzien en doen wat verweerder had behoren te doen, door de bezwaren van eiseres gegrond te verklaren en het primaire besluit te herroepen.

De rechtbank ziet in het voorgaande aanleiding om verweerder met toepassing van artikel 8:75 Awb te veroordelen in de door eiseres in verband met de behandeling van dit beroep gemaakte kosten. Deze kosten zijn op de voet van het bepaalde in het Besluit proceskosten bestuursrecht vastgesteld op € 966,= (1 punt voor het indienen van een beroepschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting; zaak van zwaar gewicht).

Beslissing

De Rechtbank 's-Gravenhage,

RECHT DOENDE:

verklaart het beroep gegrond;

vernietigt het bestreden besluit;

verklaart de bezwaren tegen het besluit van 10 december 2002 gegrond;

herroept het primaire besluit van 10 december 2002;

bepaalt dat verweerder aan eiseres het door haar betaalde griffierecht van € 232,= vergoedt;

veroordeelt verweerder in de proceskosten ten bedrage van € 966,=, welke kosten aan eiseres moeten worden vergoed.

Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak kan binnen zes weken na verzending daarvan hoger beroep worden ingesteld bij de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State.

Aldus gegeven door mrs. A.A.M. Mollee, C.I. Blok-Bitter en M. Munsterman, en in het openbaar uitgesproken op 25 november 2003, in tegenwoordigheid van de griffier mr. B.M. van der Meide.



Voor eensluidend afschrift,
de griffier van de Rechtbank 's-Gravenhage,

Verzonden op: **27 NOV. 2003**