

uitspraak

RECHTBANK AMSTERDAM

Sector Bestuursrecht

zaaknummer: AWB 08/2233 WET

uitspraak van de meervoudige kamer

in de zaak tussen:

Ziggo B.V.,
gevestigd te Groningen,
als rechtsopvolger van Casema B.V.,
gevestigd te 's-Gravenhage,
eiseres,
gemachtigde mr. P.M. Waszink mr. J.J. Allen,

en

het Commissariaat voor de Media,
verweerder,
gemachtigde mr. G.H.L. Weesing.

Tevens heeft als partij aan het geding deelgenomen:

de Programmaraad Amstelveen,
gevestigd te Amstelveen,
belanghebbende,
gemachtigde mr. E.A. Dijkstra.

1. Procesverloop

Bij brief van 14 mei 2007 heeft de PRA) verweerder verzocht om bestuursrechtelijke handhaving jegens eiseres wegens het niet opvolgen van het advies van de PRA ingevolge artikel 82k van de Mediawet om – onder meer – de Concertzender op te nemen in het wettelijke minimumpakket.

Bij besluit van 10 juli 2007 heeft verweerder het verzoek om handhaving van de Programmaraad Amstelveen (PRA) vanwege het door eiseres niet opvolgen van het advies van de PRA tot het opnemen van de Concertzender in het wettelijk minimumpakket niet in behandeling genomen.

Tegen dit besluit heeft de PRA tijdig bezwaar gemaakt.

Bij beslissing op bezwaar van 4 december 2007 heeft verweerder het bezwaar ongegrond verklaard en het primaire besluit gehandhaafd. Tegen dit besluit heeft de PRA tijdig beroep ingesteld (geregistreerd onder nummer AWB 08/225 WET).

Bij beslissing op bezwaar van 29 april 2008 (hierna bestreden besluit 1) heeft verweerder met gebruikmaking van artikel 6:18 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) de beslissing op bezwaar van 4 december 2007 ingetrokken, het bezwaar van de PRA alsnog gegrond verklaard en aan eiseres op grond van het bepaalde in artikel 134 en artikel 135, eerste lid aanhef en onder a, van de Mediawet een bestuurlijke boete opgelegd van € 1,00 ter zake van het zonder zwaarwichtige redenen afwijken van het advies van de PRA.

Eiseres heeft op 5 juni 2008 beroep ingesteld.

De PRA heeft zijn beroep, geregistreerd onder nummer AWB 08/225 WET, op 8 juli 2008 ingetrokken.

Bij faxbrief van 9 juli 2008 heeft verweerder de opgelegde bestuurlijke boete ingetrokken en het bestreden besluit van 29 april 2008 voor het overige gehandhaafd.

Bij besluit van 11 juli 2008 heeft verweerder op grondslag van het bepaalde in artikel 134 en 135, eerste lid, aanhef en onder c, van de Mediawet eiseres een bestuurlijke boete opgelegd van € 1,00 vanwege overtreding van het bepaalde in artikel 82k, vijfde lid van de Mediawet. Verweerder heeft daarbij overwogen dat het besluit van 29 april 2008 ter zake van het zonder zwaarwichtige redenen afwijken van het advies van de PRA voor het overige wordt gehandhaafd (hierna: bestreden besluit 2).

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

De rechtbank heeft de zaak ter zitting van de meervoudige kamer behandeld op 23 april 2009, waarvoor verweerder is opgeroepen. Namens eiseres is verschenen mr. A.C. Ykema, bijgestaan door gemachtigde mr. P.M. Waszink. Namens verweerder is verschenen H.F. Ottenhof, bijgestaan door voornoemde gemachtigde. Namens belanghebbende is verschenen H.J. Janssens, bijgestaan door voornoemde gemachtigde.

2. Overwegingen

2.1. Eiseres is aanbieder van een omroepnetwerk als bedoeld in artikel 1, sub r, van de Mediawet. De gemeente Amstelveen valt onder haar verzorgingsgebied. De PRA heeft voor 2007 advies als bedoeld in artikel 82k, eerste lid, van de Mediawet uitgebracht om de Concertzender als één van de 25 radiozenders via het omroepnetwerk in Amstelveen uit te zenden. Hetzelfde advies is uitgebracht voor 2008.

2.2. Eiseres heeft aangevoerd dat betreden besluit 1 en bestreden besluit 2 niet kunnen worden aangemerkt als besluiten zoals bedoeld in artikel 6:18 van de Awb, maar dat zij dienen te worden aangemerkt als een primair besluit. De rechtbank vermag niet in te zien dat een nieuwe beslissing op bezwaar hangende het beroep van de PRA leidt tot een nieuw primair besluit, en evenmin dat het met toepassing van artikel 6:18 van de Awb intrekken van een eerdere beslissing op bezwaar leidt tot een nieuw primair besluit.

2.3. De rechtbank volgt eiseres evenmin in haar stelling dat verweerder niet bevoegd was tot wijziging van het besluit op bezwaar van 4 december 2007, omdat de Mediawet hiervoor geen uitdrukkelijke wettelijke basis kent. Nu de beslissing op bezwaar van 4 december 2007

is herroepen en het daartegen door PRA ingestelde beroep is ingetrokken komt de rechtbank niet toe aan een oordeel over dat besluit.

2.4 Nu bestreden besluit 1 valt binnen de feitelijke grondslag van het besluit van 4 december 2007 is het een besluit als bedoeld in artikel 6:18 van de Awb. Eiseres wordt hierdoor niet in haar belangen geschaad aangezien eiseres als derde-belanghebbende was betrokken in de bezwaarprocedure voorafgaand aan het besluit van 4 december 2007 en op de in die procedure gehouden hoorzitting haar standpunten naar voren heeft kunnen brengen. De rechtbank acht voorts van belang dat eiseres zelf heeft aangegeven geen prijs te stellen op een nieuwe bezwaarschriftprocedure en – voor zover sprake zou zijn van een primair besluit – daarom zou verzoeken om toepassing van artikel 7:1a van de Awb.

2.5 Ook bestreden besluit 2 is naar het oordeel van de rechtbank een besluit als bedoeld in artikel 6:18 van de Awb. Bij bestreden besluit 2 heeft verweerder wederom een bestuurlijke boete opgelegd van € 1,00, echter thans op grond van een andere wettelijke grondslag. In het kader van artikel 6:18 van de Awb is, binnen de grenzen van het geding, een wijziging van de juridische grondslag mogelijk.

2.6 Vanwege bestreden besluit 2 heeft eiseres geen belang meer bij een oordeel over bestreden besluit 1. De rechtbank zal het beroep van eiseres tegen bestreden besluit 1 daarom niet-ontvankelijk verklaren. De rechtbank ziet geen aanleiding tot vergoeding van proceskosten, nu bestreden besluit 1 en 2 vrijwel identiek zijn en het beroepschrift tegen bestreden besluit 1 geacht kan worden te zijn ingediend ten behoeve van bestreden besluit 2. Ook het betaalde griffierecht wordt geacht te zijn voldaan voor het beroep tegen bestreden besluit 2.

2.7 Ten aanzien van de stelling van eiseres dat PRA niet bevoegd was tot het advies 2007 omdat bij de vergaderingen waarin het advies werd vastgesteld slechts vier leden aanwezig waren en er verder 2 vacatures waren en de stelling dat de Concertzender geen radioprogramma is in de zin van artikel 1, sub j, van de Mediawet omdat het (ook) via het internet wordt verspreid, verwijst de rechtbank naar de overwegingen op dit punt van de voorzieningenrechter van 28 juli 2008 (LJN: BD9071) en maakt de daarin weergegeven overwegingen, tot de hare.

2.8. Ingevolge artikel 82k, eerste lid, van de Mediawet stelt de gemeenteraad in gemeenten waar een omroepnetwerk aanwezig is 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. Ingevolge het tweede lid van dit artikel kan een aanbieder van een omroepnetwerk slechts om zwaarwichtige redenen afwijken van het advies, bedoeld in het eerste lid. Ingevolge artikel 134, eerste lid, aanhef en onder a, van de Mediawet, is het Commissariaat voor de Media belast met de bestuursrechtelijke handhaving van het bepaalde bij of krachtens de hoofdstukken III tot en met VI, met uitzondering van de artikelen 18 tot en met 24, 31 tot en met 38, en 40 tot en met 41, 41b en 41c. Ingevolge artikel 135, eerste lid, aanhef en onder het tweede gedachtestreepje, van de Mediawet kan het Commissariaat voor de Media bij overtreding van artikel 82k, tweede lid, van deze wet een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste € 22.500,00.

2.9 De rechtbank stelt vast dat uit dit wettelijk kader blijkt dat het advies van de Programmaraad Amstelveen om de Concertzender op de kabel door te geven moet worden

opgevolgd, en dat eiseres alleen kan afwijken van dit advies als sprake is van zwaarwichtige redenen. Het geschil spitst zich mitsdien toe op de vraag of sprake is van zwaarwichtige redenen als bedoeld in artikel 82k, tweede lid, van de Mediawet.

2.10 De rechtbank stelt voorop dat uit de wetsgeschiedenis (Eerste Kamer, vergaderjaar 1996-1997, 24 808, nr. 227b, p. 5) blijkt dat zwaarwichtige redenen om van het advies van de programmaraad af te wijken gelegen kunnen zijn in het in gevaar brengen van de financieel-economische exploitatiemogelijkheden van het kabelnet.

2.11 De voorzieningenrechter heeft in de uitspraak van 27 juli 2008 overwogen dat verweerders ten aanzien van het ontbreken van de zwaarwegende redenen onvoldoende onderzoek heeft gedaan. Bij brief van 28 augustus 2008 heeft verweerder eiseres in de gelegenheid gesteld te onderbouwen welke financiële en technische gevolgen het voor eiseres heeft om het programma van de Concertzender in de gemeente Amstelveen door te geven en tevens verzocht gemotiveerd aan te geven dat deze financiële en technische gevolgen zwaarwichtige redenen zijn om het advies van de PRA niet te volgen. Bij brief van 18 september 2008 heeft eiseres geantwoord het niet opportuun te achten om "thans te inventariseren wat de precieze financiële en technische impact is". Eiseres heeft mitsdien niet aannemelijk gemaakt dat het opvolgen van het advies van de PRA haar exploitatiemogelijkheden financieel-economisch in gevaar brengt.

2.12 Ook overigens zijn er geen aanwijzingen dat het door eiseres doorgeven van de Concertzender via de kabel aan haar abonnees een verantwoorde exploitatie van de kabel in gevaar brengt. Bij brief van 6 januari 2008 heeft de PRA aangegeven niet te begrijpen waarom de Concertzender in Amstelveen niet op de kabel kan worden doorgegeven terwijl dat elders in het land wel kan, bijvoorbeeld REKAM (€ 6,60 per maand per aansluiting) en UPC. Rekam heeft gesteld dat de eenmalige kosten ongeveer € 5000,- kunnen zijn. Uit de reactie van de Concertzender blijkt dat haar signaal voor € 50 per maand van de zogenaamde BackBone gehaald kan worden maar ook voor € 50,- eenmalig via DVB-T ter beschikking kan komen van eiseres. Gelet hierop komt de rechtbank tot de conclusie dat niet gebleken is van zwaarwichtige redenen waardoor eiseres het advies van de PRA niet hoeft op te volgen.

2.13 De rechtbank is voorts van oordeel dat het feit dat, indien de Concertzender door eiseres moet worden doorgegeven, een andere zender hiervoor zou moeten wijken dan wel dat dit een wijziging van de bestaande contractuele verplichtingen met andere partijen met zich mee zal brengen, evenmin is aan te merken als zwaarwichtige redenen op grond waarvan eiseres van het advies van de PRA mag afwijken. Dergelijke contractuele afspraken zijn immers een direct gevolg van het feit dat eiseres haar verplichtingen op grond van artikel 82k, vijfde lid, van de Mediawet niet is nagekomen, zodat deze gevolgen voor rekening van eiseres dienen te komen.

2.14 Eiseres heeft verwezen naar de uitspraak van de Afdeling van 28 juli 2004, te vinden op www.rechtspraak.nl onder LJ-nummer AQ5741 en voert aan dat er voor haar geen inspanningsverplichting bestaat om met de NPO in onderhandeling te treden over opname van de Concertzender in het wettelijk minimumpakket. Van een resultaatsverplichting kan volgens eiseres dan ook helemaal geen sprake zijn. De rechtbank overweegt dat in dit geval niet gebleken is dat de programma-aanbieder, te weten NPO, bezwaren heeft tegen opname van de in het wettelijk minimumpakket, zoals wel het geval was in de door eiser aangehaalde uitspraak van de Afdeling. Uit de brief van de NPO van 11 april 2008 blijkt voorts dat de

Concertzender beschikbaar is voor doorgifte. In zoverre is niet gebleken is een belemmering voor eiseres om de Concertzender via de kabel aan de abonnees door te geven.

2.15 Verder overweegt de rechtbank dat, nu niet geconcludeerd kan worden dat de Concertzender niet voor doorgifte in het basispakket beschikbaar is en er geen gegevens bekend zijn over het effect hiervan op de economische bedrijfsvoering van eiseres, niet geconcludeerd kan worden dat sprake is van een onredelijke doorgifteverplichting als bedoeld in artikel 31, eerste lid, van de richtlijn 2002/22/EG van 7 maart 2002, inzake de Universele dienst- en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Universele dienstenrichtlijn). Deze beroepsgrond slaagt daarom niet.

2.16 Aangezien niet is gebleken van zwaarwichtige redenen als bedoeld in artikel 82k, vijfde lid, van de Mediawet, is eiseres gehouden was het advies van de PRA op te volgen en de Concertzender in het basispakket op te nemen. Verweerder heeft dan ook terecht van haar bevoegdheid gebruik gemaakt om op grond van artikel 134, eerste lid, aanhef en onder a en artikel 135, eerste lid, aanhef en onder het tweede gedachtestreepje, van de Mediawet een boete op te leggen. Nu de hoogte van deze boete niet is betwist, ziet de rechtbank geen aanleiding daarop in te gaan.

2.17 Het beroep tegen bestreden besluit 2 is ongegrond. De rechtbank ziet ten aanzien van het beroep tegen bestreden besluit 2 geen aanleiding om verweerder te veroordelen in de proceskosten in beroep en evenmin voor vergoeding van het door eiseres gestorte griffierecht.

3. Beslissing

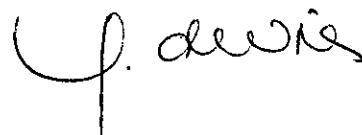
De rechtbank:

- verklaart het beroep tegen bestreden besluit 1 niet ontvankelijk;
- verklaart het beroep tegen bestreden besluit 2 ongegrond.

Deze uitspraak is gedaan door mr. Y.A.A.G. de Vries, voorzitter, mrs. L.C. Bachrach en N.M. van Waterschoot, rechters, in tegenwoordigheid van mr. V. Heijman, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 9 juli 2009.

De griffier is buiten staat,
deze uitspraak te ondertekenen

De voorzitter,



Tegen deze uitspraak kunnen een belanghebbende en het bestuursorgaan gedurende zes weken na toezending van deze uitspraak hoger beroep instellen bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State te 's-Gravenhage.

Afschrift verzonden op:

09 JULI 2009

DOC: B

SB

Voor kopie conform,
de griffier van de Arrondissements-
rechtbank Sector Bestuursrecht
te Amsterdam

