


Uitspraken

ZAAKNUMMER	200906186/1/H3
DATUM VAN UITSPRAAK	woensdag 12 mei 2010
TEGEN	het Commissariaat voor de Media (hierna: het Commissariaat)
PROCEDURESORT	Hoger beroep  ___
RECHTSGEBIED	Kamer 3 - Hoger Beroep - Bestuursdwang  ___ / Dwangsom

200906186/1/H3.

Datum uitspraak: 12 mei 2010.

AFDELING
BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Ziggo B.V., gevestigd te Groningen, als rechtsopvolgster van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Casema B.V. (hierna: Ziggo),
appellante,

tegen de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 9 juli 2009 in zaak nr. 08/2233 in het geding tussen:

Ziggo

en

het Commissariaat voor de Media (hierna: het Commissariaat).

1. Procesverloop

Bij besluit van 10 juli 2007 heeft het Commissariaat, voor zover thans van belang, besloten het door de Programmaraad Amstelveen ingediende verzoek om handhavend op te treden tegen Ziggo wegens het zonder zwaarwichtige redenen afwijken van zijn advies om de Concertzender op te nemen in het wettelijke minimumpakket, niet in behandeling te nemen.

Bij besluit van 4 december 2007 heeft het Commissariaat het door de Programmaraad daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. De Programmaraad heeft daartegen beroep ingesteld.

Bij besluit van 29 april 2008 heeft het Commissariaat het besluit van 4 december 2007 ingetrokken voor zover het betreft de weigering van Ziggo de Concertzender uit te zenden in het wettelijke minimumpakket, het bezwaar van de Programmaraad alsnog gegrond verklaard, het besluit van 10 juli 2007 in zoverre herroepen, aan Ziggo op grond van artikel 134 en artikel 135, eerste lid, aanhef en onder a, van de Mediawet een boete opgelegd van € 1,00 en aangekondigd dat het een nader besluit tot handhaving zal nemen indien Ziggo niet binnen twee maanden na bekendmaking van dit besluit de Concertzender uitzendt in de gemeente Amstelveen.

Tegen dit besluit heeft Ziggo beroep ingesteld. De Programmaraad heeft zijn beroep tegen het besluit van 4 december 2007 ingetrokken.

Bij besluit van 9 juli 2008 heeft het Commissariaat het besluit van 29 april 2008 ingetrokken voor zover daarbij op grond van artikel 135, eerste lid, aanhef en onder a, van de Mediawet aan Ziggo een boete is opgelegd en dat besluit voor het overige gehandhaafd.

Naar aanleiding van het verhandelde tijdens de zitting van 11 juli 2008 bij de

voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam heeft het Commissariaat bij besluit van 11 juli 2008 aan Ziggo op grond van artikel 134 en artikel 135, eerste lid, aanhef en onder c, van de Mediawet opnieuw een boete opgelegd van € 1,00.

Bij uitspraak van 9 juli 2009, verzonden op dezelfde dag, heeft de rechtbank Amsterdam het door Ziggo ingestelde beroep tegen het besluit van 29 april 2008 niet-ontvankelijk verklaard en het beroep tegen het besluit van 11 juli 2008 ongegrond. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft Ziggo bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 18 augustus 2009, hoger beroep ingesteld.

Het Commissariaat heeft een verweerschrift ingediend.

De Programmaraad heeft een schriftelijke uiteenzetting ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 18 februari 2010, waar Ziggo, vertegenwoordigd door mr. P.M. Waszink, advocaat te Amsterdam, en mr. J.J.R. Lautenbach, advocaat te Rotterdam, en het Commissariaat, vertegenwoordigd door mr. G.H.L. Weesing, advocaat te Amsterdam, zijn verschenen. Voorts is ter zitting de Programmaraad, vertegenwoordigd door zijn [secretaris], bijgestaan door J.P. Meegdes, als belanghebbende gehoord.

2. Overwegingen

2.1. Ingevolge artikel 31, eerste lid, van Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Universeledienstrichtlijn) (PB 2002 L 108; hierna: de Universeledienstrichtlijn) kunnen de lidstaten ten aanzien van nader bepaalde radio- en televisieomroepnetten en -diensten aan de onder hun bevoegdheid ressorterende ondernemingen die elektronische communicatienetwerken aanbieden welke voor de distributie van radio- of televisie-uitzendingen naar het publiek worden gebruikt, redelijke doorgifteverplichtingen opleggen indien deze netwerken voor een significant aantal eindgebruikers het belangrijkste middel zijn om radio- en televisie-uitzendingen te ontvangen. Dergelijke verplichtingen worden alleen opgelegd indien zij noodzakelijk zijn om duidelijk omschreven doelstellingen van algemeen belang te verwezenlijken en moeten evenredig en transparant zijn.

Ingevolge artikel 1 van de Mediawet, zoals deze wet luidde ten tijde thans van belang, wordt in deze wet en de daarop berustende bepalingen verstaan onder:

[...];

f. programma: een elektronisch product met beeld- of geluidsinhoud, dat bedoeld is te worden uitgezonden en bestemd is voor ontvangst door het algemene publiek of een deel daarvan, met uitzondering van datadiensten, diensten die uitsluitend op individueel verzoek beschikbaar zijn, en andere interactieve diensten;

[..];

j. radioprogramma: een programma met geluidsinhoud;

[..].

Ingevolge artikel 82i, eerste lid, voor zover thans van belang, zendt de aanbieder van een omroepnetwerk onverkort, ongewijzigd en gelijktijdig met de oorspronkelijke uitzending naar alle aangeslotenen op het omroepnetwerk ten minste vijftien televisieprogramma's voor algemene omroep en ten minste vijfentwintig radioprogramma's voor algemene omroep uit.

Ingevolge artikel 82k, eerste lid, stelt in gemeenten waar een omroepnetwerk aanwezig is de gemeenteraad een programmaraad in die de aanbieder van het omroepnetwerk adviseert welke

vijftien televisieprogramma's voor algemene omroep en vijftwintig radioprogramma's voor algemene omroep hij krachtens artikel 82i, eerste lid, ten minste uitzendt naar alle aangesloten op het netwerk.

Ingevolge het vijfde lid volgt de aanbieder van een omroepnetwerk het advies, bedoeld in het eerste lid, tenzij zwaarwichtige redenen zich daartegen verzetten.

Ingevolge artikel 82m, eerste lid, is de programmaraad representatief voor de belangrijkste in de gemeente of gemeenten voorkomende maatschappelijke, culturele, godsdienstige en geestelijke stromingen en beschikt als geheel over voldoende kennis van de informatiebehoeften van bevolkings- en leeftijdsgroepen van verschillende omvang en samenstelling binnen het kijk- en luisterpubliek.

Ingevolge het tweede lid, voor zover thans van belang, bepaalt de gemeenteraad de omvang van een programmaraad, met dien verstande dat een programmaraad bestaat uit ten minste zeven en ten hoogste vijftien leden.

Ingevolge artikel 82n, eerste lid, aanhef en onder b, beschikt een programmaraad over een reglement, waarin in ieder geval regels zijn opgenomen over de totstandkoming, de inhoud, de vaststelling, de openbaarmaking en de geldigheidsduur van het advies van de programmaraad.

Ingevolge artikel 134, eerste lid, aanhef en onder a, is het Commissariaat 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, 40 tot en met 41, 41b en 41c.

Ingevolge artikel 135, eerste lid, aanhef en onder c, voor zover thans van belang, kan het Commissariaat de aanbieder van een omroepnetwerk een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste € 35.000,00 per overtreding, bij overtreding van het bepaalde bij of krachtens enig ander bij of krachtens de Mediawet gesteld voorschrift of artikel 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb).

Ter invulling van zijn bevoegdheid tot bestuursrechtelijke handhaving van artikel 82k van de Mediawet heeft het Commissariaat op 9 oktober 2001 de Beleidsregels inzake afwijken door aanbieder van een omroepnetwerk van programmaraadadvies vastgesteld (Stcrt. 2001, 213; hierna: de Beleidsregels).

Volgens artikel 2.3, onder d, van de Beleidsregels kan het Commissariaat ingeval financieel-economische aspecten bij de zaak zijn betrokken, bij de toezending van afschriften van de op het verzoek tot handhaving betrekking hebbende stukken tevens een adviesaanvraag aan het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: de OPTA) doen.

Volgens hoofdstuk 3, "Toetsingscriteria", zijn zwaarwichtige redenen die een afwijking van het advies van een programmaraad kunnen rechtvaardigen onder meer:

- a. gevolg geven aan het advies komt in strijd met het recht;
- b. gevolg geven aan het advies brengt de financieel-economische exploitatiemogelijkheden van het betrokken omroepnetwerk in gevaar;
- c. gevolg geven aan het advies leidt tot een onvoldoende pluriform programma aanbod op het betrokken omroepnetwerk;
- d. het advies bevat teveel dure programma's.

2.2. Ziggo is in de gemeente Amstelveen de aanbieder van een omroepnetwerk als bedoeld in de Mediawet. Op 21 februari 2007 heeft de Programmaraad aan Ziggo onder meer geadviseerd om de Concertzender, een radiostation van de Nederlandse Publieke Omroep (hierna: de NPO), als één van de vijftwintig radioprogramma's als bedoeld in artikel 82i, eerste lid, van de Mediawet uit te zenden. Omdat Ziggo aan dat advies geen gevolg heeft gegeven, heeft de Programmaraad

bij het Commissariaat het verzoek om handhaving ingediend.

Het Commissariaat heeft dat verzoek afgewezen en heeft die afwijzing bij besluit van 4 december 2007 in bezwaar gehandhaafd, omdat uit een brief van 21 september 2007 van de NPO blijkt dat de vereiste toestemming van de NPO voor het doorgeven van de Concertzender ontbreekt, en dat voor Ziggo een zwaarwichtige reden is om af te wijken van het advies van de Programmaraad.

Bij besluit van 29 april 2008 is het Commissariaat, naar aanleiding van een brief van 11 april 2008 van de NPO, evenwel tot het nadere inzicht gekomen dat de enige reden waarom de Concertzender niet wordt uitgezonden, is gelegen in de door Ziggo van de NPO gevraagde vergoeding van de kosten van doorgifte voor die zender. Hierin is volgens het Commissariaat geen zwaarwichtige reden gelegen voor het afwijken van het advies van de Programmaraad, zodat Ziggo ingevolge artikel 82k, vijfde lid, van de Mediawet gehouden is dat advies op te volgen. Dat standpunt heeft het Commissariaat gehandhaafd bij de latere besluiten van 9 juli 2008 en 11 juli 2008.

2.3. Ziggo betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat het Commissariaat bevoegd was het besluit van 4 december 2007 in te trekken en te vervangen door het besluit van 29 april 2008, waarbij aan haar alsnog een boete werd opgelegd. Volgens Ziggo is hiervoor op grond van het legaliteitsvereiste een uitdrukkelijke wettelijke grondslag vereist en bevatten de Mediawet noch de artikelen 6:18 en 6:19 van de Awb die bevoegdheid. Het is Ziggo bovendien niet duidelijk of de latere besluiten op bezwaar intrekkingen of wijzigingen inhouden, hetgeen volgens haar in strijd is met het in de artikelen 3:2, 3:4 en 3:26 van de Awb neergelegde motiverings- en zorgvuldigheidsvereiste.

Voorts is het besluit van het Commissariaat om vijf maanden na het besluit van 4 december 2007 alsnog tot handhavend optreden over te gaan, volgens Ziggo in strijd met het uitgangspunt dat bij een punitieve sanctie de toetsing in bezwaar ex tunc moet plaatsvinden, met het uit artikel 7:11 van de Awb voortvloeiende verbod van reformatio in peius, en met de rechtszekerheid. Volgens Ziggo heeft het Commissariaat eveneens in strijd gehandeld met het verbod van détournement de pouvoir, omdat het bij het besluit van 29 april 2008 zijn bevoegdheid tot boetoplegging heeft aangewend om een verkapte last onder dwangsom op te leggen.

2.3.1. De Afdeling volgt Ziggo niet in haar betoog dat het niet duidelijk is of de latere besluiten op bezwaar intrekkingen of wijzigingen inhouden. Het besluit van 29 april 2008 is blijkens zijn bewoordingen kennelijk een gedeeltelijke intrekking van het besluit van 4 december 2007, namelijk voor zover het de overwegingen en beslissing ten aanzien van de Concertzender betreft. Het besluit van 9 juli 2008 is blijkens zijn bewoordingen kennelijk een gedeeltelijke intrekking van het besluit van 29 april 2008, voor zover bij dat besluit een boete is opgelegd. Het besluit van 11 juli 2008 strekt tot het opleggen van een boete op een andere wettelijke grondslag ter vervanging van de boete die was opgelegd bij besluit van 29 april 2008. Nu de inhoud en strekking van de genoemde besluiten duidelijk zijn, bestaat geen grond voor het oordeel dat die besluiten om die reden in strijd zijn met de zorgvuldigheid dan wel dat de motivering daarvan niet deugdelijk is.

Evenmin bestaat grond voor het oordeel dat het Commissariaat hangende het beroep van de Programmaraad tegen het besluit van 4 december 2007 niet bevoegd was om dat besluit in te trekken. Het Commissariaat heeft zich bij het besluit van 29 april 2008 op het standpunt gesteld dat er bij het nemen van het besluit van 4 december 2007 ten onrechte van is uitgegaan dat niet was gebleken van een overtreding van artikel 82k, vijfde lid, van de Mediawet. Anders dan Ziggo betoogt, heeft het Commissariaat aan beide besluiten hetzelfde recht en dezelfde feiten ten grondslag gelegd. Naar aanleiding van de brief van 11 april 2008 van de NPO is het Commissariaat echter tot een gewijzigd inzicht over die feiten gekomen en heeft het op grond daarvan het besluit van 4 december 2007, voor zover het betreft de weigering van Ziggo de Concertzender uit te zenden, ingetrokken. Niet valt in te zien dat het Commissariaat aan de artikelen 134, eerste lid, en 135, eerste lid, van de Mediawet niet de bevoegdheid kon ontnemen om op basis van het gewijzigd inzicht alsnog tot handhaving door middel van het opleggen van een bestuurlijke boete over te gaan. Met deze bepalingen is voldaan aan het beginsel dat voor

het opleggen van een bestraffende sanctie een specifieke, wettelijke bevoegdheidsgrondslag dient te bestaan. De handelwijze van het Commissariaat is voorts in overeenstemming met artikel 6:18 van de Awb, dat aan het bestuursorgaan de mogelijkheid biedt om hangende het beroep tegen een besluit, op grond van gewijzigde inzichten, tot een nieuw besluit te kunnen komen waarmee tegemoet wordt gekomen aan de indiener van het beroep. In deze zaak is dat het geval geweest, nu de Programmaraad zijn beroep tegen het besluit van 4 december 2007 heeft ingetrokken naar aanleiding van het besluit van 29 april 2008. Voorts kan niet worden geoordeeld dat laatstgenoemd besluit in strijd is met het beginsel dat een bezwaarde door het maken van zijn bezwaar niet in een ongunstigere positie mag komen te verkeren dan het geval zou zijn geweest als hij geen bezwaar had gemaakt, reeds omdat niet Ziggo, maar de Programmaraad bezwaar heeft gemaakt tegen het besluit van 10 juli 2007 en deze niet in een ongunstiger positie is geraakt door het besluit van 29 april 2008.

Ook het beroep van Ziggo op de rechtszekerheid treft geen doel. Aangezien de Programmaraad beroep had ingesteld tegen het besluit van 4 december 2007, stond de rechtmatigheid van dat besluit niet onherroepelijk vast. Ziggo kon er dan ook niet gerechtvaardigd op vertrouwen dat het Commissariaat hangende deze beroepsprocedure niet tot een andere lezing van de brief van 21 september 2007 zou komen en tot intrekking van dat besluit zou overgaan. Dat Ziggo naar zij stelt afspraken moet kunnen maken met andere programma-aanbieders, maakt evenmin dat het Commissariaat niet op zijn eerste besluit op bezwaar terug mocht komen. Zoals hiervoor overwogen, heeft het Commissariaat gehandeld overeenkomstig hetgeen artikel 6:18 van de Awb mogelijk maakt.

2.3.2. Gelet op de volledige heroverweging die ingevolge artikel 7:11 van de Awb in bezwaar dient plaats te vinden, mocht het Commissariaat het besluit van 10 juli 2007 waarbij aan Ziggo geen boete was opgelegd, naar aanleiding van het bezwaar van de Programmaraad herroepen en Ziggo alsnog een boete opleggen.

Zoals reeds werd overwogen, is de grondslag van de bevoegdheid hiertoe gelegen in artikel 134 van de Mediawet, volgens welke bepaling het Commissariaat is belast met de bestuursrechtelijke handhaving van die wet, en kan het Commissariaat ingevolge artikel 135, eerste lid, aanhef en onder c, een boete opleggen bij overtreding van artikel 82k, vijfde lid, van de Mediawet.

Evenmin bestaat grond voor het oordeel dat het besluit van 29 april 2008 een verkapte last onder dwangsom behelst. Het Commissariaat heeft Ziggo bij dat besluit een onvoorwaardelijke boete opgelegd, die zij in ieder geval dient te voldoen. Daarnaast heeft het Commissariaat aangekondigd dat het een nader besluit tot handhaving zal nemen indien Ziggo niet binnen twee maanden na bekendmaking van het besluit van 29 april 2008 de Concertzender uitzendt in de gemeente Amstelveen. Deze aankondiging van een boetebesluit, waartoe het Commissariaat in beginsel bevoegd is, kan niet worden aangemerkt als een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb. Reeds daarom kan het betoog van Ziggo dat sprake is van strijd met het beginsel dat men niet tweemaal vervolgd mag worden voor dezelfde overtreding, niet slagen.

Bij het besluit van 11 juli 2008 heeft het Commissariaat aan Ziggo, nadat het de boete van € 1,00 bij het besluit van 9 juli 2008 had ingetrokken, opnieuw een boete van € 1,00 voor dezelfde vermeende overtreding opgelegd. Het besluit van 11 juli 2008 is genomen naar aanleiding van het verhandelde tijdens de zitting van 11 juli 2008 bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam. De voorzieningenrechter heeft het Commissariaat en Ziggo er tijdens die zitting op gewezen dat het beroep van Ziggo tegen het besluit van 29 april 2008, door de intrekking van de boete bij het besluit van 9 juli 2008, niet-ontvankelijk zou moeten worden verklaard. Het Commissariaat heeft daarop opnieuw een boete opgelegd. Ter zitting bij de Afdeling heeft Ziggo desgevraagd verklaard dat de thans gevoerde procedure het karakter heeft van een proefproces over een boete van € 1,00 en dat Ziggo daarom geen bezwaar had en heeft tegen deze handelwijze van het Commissariaat, waarbij in strijd met het beginsel dat men niet tweemaal vervolgd mag worden voor hetzelfde feit, opnieuw een boete van € 1,00 is opgelegd. Ziggo wil haar belang bij het beroep in het licht van de in het uitzicht gestelde zwaardere boete graag behouden. Gelet op de opstelling van Ziggo, die door voormeld beginsel wordt beschermd, en de door haar aangevoerde omstandigheden van dit geval ziet de Afdeling in dit geval geen reden om

wegens het intrekken en opnieuw opleggen van de boete tot vernietiging van de aangevallen uitspraak en het besluit van 11 juli 2008 over te gaan.

2.4. Ziggo betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de Concertzender een radioprogramma is in de zin van artikel 1 van de Mediawet, omdat de zender door de NPO als radiozender wordt aangeboden en op vele kabelnetten alsmede via de ether wordt uitgezonden. Volgens Ziggo is de Concertzender een webstation dat via internet programma's doorgeeft in de vorm van datapakketjes, zodat sprake is van een datadienst. Eerst na technische omzetting van het internetsignaal en verspreiding via het omroepnetwerk is sprake van een programma in de zin van de Mediawet, aldus Ziggo. Voorts is de Concertzender volgens Ziggo technisch niet beschikbaar, omdat de benodigde omzetting van het internetsignaal om de zender geschikt te maken voor de kabel in dit geval niet heeft plaatsgevonden. Daarnaast hebben webstations volgens Ziggo geen omroepstatus.

2.4.1. Het betoog faalt. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 1, aanhef en onder f, van de Mediawet blijkt dat voor een programma in de zin van die bepaling van essentieel belang is dat het een waarneembaar, herkenbaar en identificeerbaar beeld of geluid behelst en bedoeld is voor ongerichte uitzending (Kamerstukken II 1996/97, 25 533, nr. 3, blz. 54-56). Naar het oordeel van de Afdeling dient bij het bepalen of een programma een programma is in de zin van de Mediawet, dan ook voorop te staan de vraag of het aan die essentiële kenmerken voldoet en is de techniek waarmee het beeld of geluid wordt doorgegeven niet doorslaggevend. Deze van de gebruikte techniek onafhankelijke uitleg van het begrip 'programma' strookt bovendien met het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 22 december 2008, C-336/07, Kabel Deutschland (www.curia.europa.eu), waarin het Hof uitleg geeft aan het begrip televisiedienst als bedoeld in artikel 31, eerste lid, van de Universeledienstrichtlijn. Nadat het Hof in punt 58 heeft overwogen dat voor de uitleg van het begrip televisiedienst de bewoordingen en het oogmerk ervan dienen te worden onderzocht in het licht van de doelstelling van de Universeledienstrichtlijn, komt het in de punten 64 en 66, onder verwijzing naar zijn eerdere arrest van 2 juni 2005, C-89/04, Mediakabel (www.curia.europa.eu), tot de conclusie dat het doorslaggevende criterium bij de uitleg van dat begrip is de vraag of 'voor ontvangst door het publiek' bestemde televisieprogramma's worden uitgezonden en dat de techniek waarmee beelden worden doorgegeven, voor deze beoordeling niet doorslaggevend is. Aangezien artikel 31, eerste lid, van de Universeledienstrichtlijn radio- en televisieomroepnetten en -diensten naast elkaar noemt, bestaat geen grond om aan te nemen dat het Hof voor radioprogramma's tot een andere uitleg zou komen.

Ten aanzien van de Concertzender acht de Afdeling het aannemelijk dat deze zender via het internet aan een onbepaald aantal potentiële luisteraars tegelijkertijd hetzelfde waarneembare, herkenbare en identificeerbare geluid doorgeeft, zodat die zender kan worden aangemerkt als een programma in de zin van de Mediawet. Gelet op het voorgaande doet de omstandigheid dat het internetsignaal moet worden omgezet om de Concertzender voor de kabel geschikt te maken, daar niet aan af. De rechtbank is, zij het op andere gronden, terecht tot het oordeel gekomen dat de Concertzender een programma in de zin van de Mediawet is.

Voorts doet de omstandigheid dat over de techniek nog nadere onderhandelingen gevoerd zouden moeten worden tussen Ziggo en de NPO er niet aan af dat het technisch mogelijk is om de Concertzender door te geven via de kabel. Er is dan ook geen grond voor het oordeel dat de Concertzender technisch niet beschikbaar is voor doorgifte. Evenmin bestaat grond voor het oordeel dat de Concertzender als webradiostation geen omroepstatus heeft, nu niet in geschil is dat de Concertzender ten tijde hier van belang een themakanaal was dat onderdeel uitmaakte van de taak van de NPO, zijnde een omroep.

2.5. Ziggo betoogt voorts dat de rechtbank heeft miskend dat zij zwaarwichtige redenen heeft om van het advies van de Programmaraad af te wijken.

Uit de brief van 21 september 2007 blijkt volgens Ziggo dat zij en de NPO gezamenlijk tot de conclusie zijn gekomen dat de Concertzender niet voor doorgifte beschikbaar is. Op Ziggo rust niet een inspannings- of resultaatverplichting om te bewerkstelligen dat de NPO zijn standpunt

herziet en alsnog toestemming voor doorgifte van de Concertzender verleent. Het Commissariaat is volgens Ziggo niet bevoegd te treden in de onderhandelingen en afspraken tussen haar en de NPO, en kan haar dan ook niet verplichten de met doorgifte van de Concertzender gemoeide kosten voor eigen rekening te nemen.

Voorts zou het betalen van de kosten van doorgifte de financieel-economische exploitatie van haar omroepnetwerk in gevaar brengen, aldus Ziggo. Ziggo heeft een groot verzorgingsgebied, en als geoordeeld wordt dat zij de kosten van doorgifte voor de Concertzender moet betalen, bestaat volgens Ziggo het gevaar dat ook andere programma-aanbieders dat van haar gaan eisen. De rechtbank heeft volgens haar ten onrechte alleen de gemeente Amstelveen in haar overwegingen betrokken. Bovendien is het opleggen van een doorgifteverplichting met daarbij de verplichting dat de kabelexploitant de kosten van doorgifte moet betalen, onredelijk en onevenredig en derhalve in strijd met artikel 31 van de Universeledienstrichtlijn, aldus Ziggo.

2.5.1. Ingevolge artikel 82i, eerste lid, gelezen in verbinding met artikel 82k, eerste lid, van de Mediawet, is de aanbieder van een omroepnetwerk verplicht tot doorgifte van ten minste vijftien televisieprogramma's en vijftwintig radioprogramma's voor algemene omroep (hierna: het wettelijke minimumpakket), waaromtrent een programmaraad adviseert. In artikel 82k, vijfde lid, van de Mediawet is bepaald dat een aanbieder van een omroepnetwerk alleen om zwaarwichtige redenen van het advies van een programmaraad mag afwijken. Daarvan is - naar ook in de nota naar aanleiding van het verslag (Kamerstukken I 1996/97, 24 808, nr. 227b, blz. 5) wordt opgemerkt - onder meer sprake als het opvolgen van het advies ertoe leidt dat de kabelexploitant in strijd met de Mediawet dan wel andere wettelijke bepalingen zou handelen, of als de financieel-economische exploitatiemogelijkheden van het kabelnet in gevaar worden gebracht.

2.5.2. Ten aanzien van de eerste door Ziggo aangevoerde reden wordt overwogen dat, zoals volgt uit de uitspraak van de Afdeling van 28 juli 2004 in zaak nr. [200400154/1](#), het ontbreken van toestemming van een programma-aanbieder voor uitzending van zijn programma zich onder omstandigheden laat vergelijken met het ontbreken van auteursrechtelijke toestemming en derhalve een zwaarwichtige reden vormt om af te wijken van het advies van een programmaraad. Onder verwijzing naar die uitspraak stelt Ziggo zich terecht op het standpunt dat op een kabelexploitant in dat geval niet de verplichting rust om met een programma-aanbieder in onderhandeling te treden over de doorgifte van het geadviseerde programma. Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, is de zaak die leidde tot de uitspraak van 28 juli 2004 echter niet vergelijkbaar met deze zaak. In die zaak hadden de programma-aanbieders inhoudelijke en commerciële bezwaren tegen de opname van hun programma's in het wettelijke minimumpakket. In deze zaak blijkt uit de brieven van de NPO van 21 september 2007 en 11 april 2008 dat de Concertzender alleen niet voor doorgifte beschikbaar was, omdat de NPO noch Ziggo bereid was de kosten van die doorgifte te betalen. Nu het afbreken van de onderhandelingen uitsluitend is ingegeven door dit kostenaspect, onderscheidt de daardoor ontstane situatie zich in wezen niet van de situatie waarop Ziggo zich met haar tweede aangevoerde reden beroept, namelijk dat van haar in redelijkheid niet kan worden verwacht dat zij de kosten van doorgifte voor haar rekening moet nemen. De Afdeling zal derhalve tot beoordeling van die reden overgaan.

2.5.3. De artikelen 82i en 82k van de Mediawet, die zien op de doorgifteverplichting, kunnen worden aangemerkt als de omzetting van artikel 31 van de Universeledienstrichtlijn. Gelet op het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 11 juli 2002, C-62/00, Marks & Spencer (www.curia.europa.eu), dienen deze bepalingen en de daarop gebaseerde Beleidsregels te worden uitgelegd en toegepast in het licht van artikel 31 van de Universeledienstrichtlijn. De rechtbank heeft dat ten onrechte niet onderkend.

Omtrent de in artikel 31, eerste lid, van de Universeledienstrichtlijn geboden mogelijkheid voor de lidstaten om voor nader bepaalde radio- en televisieomroepnetten en -diensten aan kabelexploitanten redelijke doorgifteverplichtingen op te leggen, heeft het Hof van Justitie in zijn eerder vermelde arrest van 22 december 2008, C-336/07, Kabel Deutschland, in de punten 46 en 55 overwogen dat de doorgifteverplichtingen geen onredelijke economische gevolgen voor de kabelexploitant mogen hebben. Bij de beoordeling of de economische gevolgen onredelijk zijn, moet worden onderzocht of ze van dien aard zijn dat de kabelexploitant daaraan, in voorkomend

geval gelet op het geheel van zijn activiteiten, niet kan voldoen onder economisch aanvaardbare omstandigheden.

Naar het oordeel van de Afdeling is artikel 82k, vijfde lid, van de Mediawet noch de wijze waarop het Commissariaat in de Beleidsregels aan die bepaling invulling heeft gegeven, in strijd met de uitleg die het Hof geeft aan de redelijke doorgifteverplichting als bedoeld in artikel 31, eerste lid, van de Universeledienstrichtlijn. Door bij de beoordeling geen acht te slaan op het geheel van Ziggo's activiteiten en hierbij alleen de kabelactiviteiten van Ziggo in de gemeente Amstelveen te betrekken, heeft het Commissariaat gelet op voormeld arrest, evenwel een te beperkte uitleg gegeven aan de als zwaarwichtig aanvaarde reden dat het opvolgen van het advies van de Programmaraad de financieel-economische exploitatie van het omroepnetwerk niet in gevaar mag brengen. Tot het geheel van de activiteiten dienen alle activiteiten van Ziggo in haar gehele verzorgingsgebied te worden gerekend, voor zover deze binnen de reikwijdte van de Universeledienstrichtlijn vallen. Om te bepalen of Ziggo onder economisch aanvaardbare omstandigheden kan voldoen aan de in het geding zijnde doorgifteverplichting, die met zich brengt dat zij de kosten van doorgifte moet betalen, dienen niet alleen de kosten maar ook de baten van de door Ziggo geëxploiteerde activiteiten in de zin van de Universeledienstrichtlijn in de beschouwingen te worden betrokken.

De Afdeling volgt Ziggo niet in haar standpunt dat doorgifte een kwestie is van privaatrechtelijke afspraken tussen programma-aanbieders en kabelexploitanten, zodat strijd met het in artikel 31 van de Universeledienstrichtlijn neergelegde transparantievereiste zou bestaan. Het transparantievereiste heeft betrekking op de regelingen die de lidstaten uitvaardigen ten aanzien van de doorgifteverplichting en ziet derhalve niet op de relatie tussen programma-aanbieders en kabelexploitanten. Er bestaat geen grond voor het oordeel dat de artikelen 82i en 82k van de Mediawet en de daarop gebaseerde Beleidsregels niet transparant zijn.

2.5.4. Gelet op het onder 2.5.3. overwogene slaagt het betoog, voor zover de rechtbank niet heeft onderkend dat het Commissariaat een verkeerde maatstaf heeft gehanteerd bij de toetsing of het opvolgen van het advies van de Programmaraad de financieel-economische exploitatie van het kabelnetwerk van Ziggo in gevaar zou brengen. In verband met de volgende overwegingen, behoeft thans geen bespreking de vraag of uitgaande van de juiste maatstaf afwijking van dat advies op grond van die zwaarwichtige reden in dit geval is gerechtvaardigd.

2.6. Ziggo betoogt voorts dat de rechtbank heeft miskend dat het Commissariaat het besluit van 29 april 2008 niet zorgvuldig heeft voorbereid, omdat Ziggo niet in de gelegenheid is gesteld haar zienswijze over de boeteoplegging naar voren te brengen. Volgens Ziggo is dat in strijd met het in artikel 6 van het EVRM neergelegde beginsel van 'equality of arms' en met artikel 7:2 van de Awb. Volgens Ziggo heeft de rechtbank in dat verband ten onrechte geoordeeld dat het Commissariaat met de brief van 28 augustus 2008, waarin het Ziggo in de gelegenheid heeft gesteld het beroep op de door haar gestelde zwaarwichtige redenen te onderbouwen, voldoende onderzoek heeft gedaan naar de financiële en technische bezwaren van Ziggo tegen doorgifte van de Concertzender. De rechtbank heeft met dat oordeel miskend dat zij de rechtmatigheid van de boeteoplegging ex tunc diende te toetsen, aldus Ziggo. Het is volgens Ziggo, gelet op de gang van de besluitvorming, de verantwoordelijkheid van het Commissariaat om te onderzoeken of het opvolgen van het advies van de Programmaraad de financieel-economische exploitatiemogelijkheden van het kabelnetwerk van Ziggo in gevaar brengt. Het Commissariaat had bij de behandeling van het handhavingsverzoek advies dienen te vragen aan de OPTA, aldus Ziggo.

2.6.1. Vaststaat dat Ziggo tussen het besluit van 4 december 2007 en het besluit van 29 april 2008 door het Commissariaat niet in de gelegenheid is gesteld om te reageren op zijn gewijzigde standpunt over het opvolgen van het advies van de Programmaraad. Gelet op het algemene rechtsbeginsel dat een besluit zorgvuldig moet worden genomen, zoals onder meer tot uitdrukking gebracht in de artikelen 3:2, 7:2 en 7:9 van de Awb, heeft de rechtbank ten onrechte niet onderkend dat het Commissariaat wegens de specifieke omstandigheden van dit geval Ziggo een voornemen tot boeteoplegging had moeten toezenden en haar de gelegenheid had moeten bieden een zienswijze in te dienen tegen dat voornemen, alvorens het besluit van 29 april 2008

te nemen. Het is aan Ziggo om aannemelijk te maken dat er een zwaarwichtige reden is die afwijking van het advies van de Programmaraad rechtvaardigt. Tijdens de bezwaarprocedure die tot het besluit van 4 december 2007 leidde, is echter nagenoeg geen aandacht besteed aan de financieel-economische consequenties die het opvolgen van het advies van de Programmaraad voor Ziggo zou kunnen hebben. Het besluit van 10 juli 2007 en het bezwaar van de Programmaraad daartegen gaven Ziggo, als derde-belanghebbende in de bezwaarprocedure die leidde tot het besluit van 4 december 2007, geen aanleiding om zich erop te beroepen dat het opvolgen van het advies van de Programmaraad de financieel-economische exploitatiemogelijkheden van haar kabelnetwerk in gevaar zou brengen. Ook uit het verslag van de op 2 oktober 2007 gehouden hoorzitting blijkt dat in die bezwaarprocedure de nadruk lag op het al of niet verleend zijn van toestemming door de NPO voor doorgifte van de Concertzender. Dit heeft ertoe geleid dat Ziggo, anders dan het Commissariaat heeft betoogd, geen gelegenheid heeft gehad tijdig in te gaan op de financieel-economische consequenties van een plicht tot doorgifte van de Concertzender.

Ziggo betoogt eveneens terecht dat de rechtbank de rechtmatigheid van het besluit van 29 april 2008, zoals gewijzigd bij besluit van 11 juli 2008, diende te beoordelen naar de feiten zoals die zich voordeden en het recht dat gold ten tijde van het nemen van die besluiten. Zij mocht daarbij de briefwisseling tussen het Commissariaat en Ziggo die na het besluit van 11 juli 2008 plaatsvond, derhalve niet betrekken. Voor zover de rechtbank heeft willen onderzoeken of na een eventuele vernietiging de rechtsgevolgen van het besluit van 29 april 2008, zoals gewijzigd bij besluit van 11 juli 2008, in stand konden blijven, overweegt de Afdeling dat de rechtbank een onjuiste betekenis heeft toegekend aan de reactie van Ziggo van 18 september 2008 op de brief van het Commissariaat van 28 augustus 2008. Ziggo deelt in die reactie uitsluitend mede dat zij de bodemprocedure niet wil doorkruisen en het daarom niet opportuun acht om thans te inventariseren wat de precieze financiële en technische gevolgen van het betalen van de kosten van doorgifte zijn. Op die mededeling kon de rechtbank niet een inhoudelijk oordeel baseren over de vraag of Ziggo aannemelijk heeft gemaakt dat zij een zwaarwichtige reden heeft om van het advies van de Programmaraad af te wijken. Ziggo heeft zich uitdrukkelijk van een nadere onderbouwing onthouden. Nu de rechtbank zich niet harerzijds met het oogmerk van finale geschillenbeslechting tot Ziggo heeft gewend met een verzoek om informatie, heeft zij de mogelijkheid tot een zodanige beslechting kennelijk niet willen benutten.

Het Commissariaat heeft alvorens het besluit van 29 april 2008 te nemen, Ziggo niet in de gelegenheid gesteld haar zienswijze te geven op een voornemen tot boeteoplegging en daarbij desgewenst een onderbouwd beroep te doen op voornoemde zwaarwichtige reden. Daarom is dat besluit genomen in strijd met de zorgvuldigheid. De rechtbank heeft dat ten onrechte niet onderkend. Zoals hiervoor overwogen, heeft het Commissariaat dat gebrek niet kunnen herstellen door Ziggo na dat besluit alsnog die gelegenheid te bieden. Bovendien is het Commissariaat ter beoordeling van de aanwezigheid van een zwaarwichtige reden van de onjuiste veronderstelling uitgegaan dat hiervoor alleen de kabelactiviteiten van Ziggo in de gemeente Amstelveen van belang zijn. Ook in dat opzicht heeft het Commissariaat niet een zorgvuldig onderzoek naar het al dan niet bestaan van een zodanige reden verricht.

Eveneens staat vast dat het Commissariaat niet de OPTA om advies heeft gevraagd. Anders dan Ziggo betoogt, was het Commissariaat daartoe op grond van artikel 2.3, onder d, van de Beleidsregels niet gehouden, ook al wordt in de toelichting bij die bepaling uitdrukkelijk vermeld dat deze mogelijkheid is opgenomen omdat bij de OPTA meer financieel-economische expertise en ervaring aanwezig is. Het Commissariaat is echter wel verplicht om, indien daartoe aanleiding bestaat, zorgvuldig onderzoek te verrichten naar de financieel-economische consequenties van het opvolgen van het advies van een programmaraad. Als bij het Commissariaat zelf daartoe de expertise en ervaring niet of in onvoldoende mate aanwezig is, dient het uit een oogpunt van zorgvuldigheid een ter zake deskundige, zoals bijvoorbeeld de OPTA, te raadplegen. Dat dit in deze zaak niet is gebeurd, zonder dat daarvoor een motivering is gegeven, draagt bij aan het oordeel dat het Commissariaat geen blijk heeft gegeven van een zorgvuldige voorbereiding van het besluit van 29 april 2008, zoals gewijzigd bij besluit van 11 juli 2008. Ook hierbij speelt een rol dat Ziggo niet tijdig in de gelegenheid is gesteld zelf een onderbouwd beroep te doen op de

zwaarwichtige reden dat het opvolgen van het advies van de Programmaraad de financieel-economische exploitatiemogelijkheden van haar kabelnetwerk in gevaar zou brengen.

2.7. Ziggo betoogt tot slot dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de Programmaraad bevoegd was tot het opstellen van het advies van 21 februari 2007. Volgens Ziggo was de Programmaraad daartoe niet bevoegd, aangezien deze ten tijde van dat advies bestond uit minder dan zeven leden, hetgeen in strijd is met de ingevolge artikel 82m van de Mediawet vereiste representativiteit van een programmaraad.

2.7.1. Dit betoog slaagt eveneens. Artikel 82m van de Mediawet schrijft dwingend voor dat een programmaraad uit ten minste zeven leden bestaat. Naar het oordeel van de Afdeling brengt deze bepaling met zich dat een programmaraad ten tijde van de vaststelling van het advies aan die eis moet voldoen. In de geschiedenis van de totstandkoming van die bepaling zijn geen aanknopingspunten te vinden die tot een andere opvatting nopen. Veeleer blijkt hieruit dat een minimum van zeven leden noodzakelijk is geacht om de representativiteit van een programmaraad te waarborgen (Kamerstukken II 2002/03, 28 639, nr. 3, blz. 10-11).

Niet in geschil is dat bij de Programmaraad, die uit zeven leden moet bestaan, ten tijde van het uitbrengen van het advies van 21 februari 2007 twee vacatures bestonden. De Programmaraad voldeed daarmee op dat moment dan ook niet aan de wettelijke eisen, zodat het advies van 21 februari 2007 niet kan worden aangemerkt als een advies als bedoeld in artikel 82k van de Mediawet. Dat meer dan de helft van het aantal leden aanwezig was bij de vaststelling van het advies en dat de twee vacatures zijn vervuld binnen de termijn die het Modelreglement van het Commissariaat als bedoeld in artikel 82n van de Mediawet daarvoor stelt, doet hieraan niet af. De rechtbank heeft dat ten onrechte niet onderkend.

2.8. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep tegen het besluit van het Commissariaat van 29 april 2008, zoals gewijzigd bij besluit van 11 juli 2008, alsnog gegrond verklaren. Dat besluit komt eveneens voor vernietiging in aanmerking, vooreerst omdat het Commissariaat wegens het ontbreken van een rechtsgeldig programmaraadadvies niet bevoegd was tot handhavend optreden tegen Ziggo, en vervolgens omdat aan dat besluit geen zorgvuldig onderzoek ten grondslag ligt. De Afdeling zal zelf in de zaak voorzien door het primaire besluit van 10 juli 2007 te herroepen en te bepalen dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit.

2.9. Het Commissariaat dient op na te melden wijze in de proceskosten te worden veroordeeld.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

I. verklaart het hoger beroep gegrond;

II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 9 juli 2009 in zaak nr. 08/2233;

III. verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep gegrond;

IV. vernietigt het besluit van het Commissariaat voor de Media van 29 april 2008, zoals gewijzigd bij besluit van 11 juli 2008;

V. herroept het besluit van 10 juli 2007;

VI. bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het besluit van 29 april 2008, zoals gewijzigd bij besluit van 11 juli 2008;

VII. veroordeelt het Commissariaat voor de Media tot vergoeding van bij de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Ziggo B.V. in verband met de behandeling van het

beroep en het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1.288,00 (zegge: twaalfhonderdachtentachtig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

VIII. gelast dat het Commissariaat voor de Media aan de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Ziggo B.V. het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 735,00 (zegge: zevenhonderdvijfendertig euro) voor de behandeling van het beroep en het hoger beroep vergoedt.

Aldus vastgesteld door mr. M. Vlasblom, voorzitter, en mr. W. Konijnenbelt en mr. K.J.M. Mortelmans, leden, in tegenwoordigheid van mr. P. Klein, ambtenaar van Staat.

w.g. Vlasblom w.g. Klein
voorzitter ambtenaar van Staat

Uitgesproken in het openbaar op 12 mei 2010.

176-611.