

Programmaraad Haarlem
t.a.v. L. Verrier
Postbus 3333
2001 DH HAARLEM

Datum	Onderwerp		
24 april 2008	handhavingverzoek ex artikel 82k Mediawet (UPC/Concertzender)		
Uw kenmerk	Ons kenmerk	Contactpersoon	Doorkiesnummer
-	ZKZ-000415-do	mr. D. Oudenaarden	(035) 7737 760

Geachte mevrouw Verrier,

Bijgaand treft u aan ons besluit van 22 april 2008, waarbij wij het verzoek van de Programmaraad Haarlem om bestuursrechtelijke handhaving van artikel 82k, vijfde lid, van de Mediawet hebben toegewezen. UPC weigert het Advies radiopakket 2007-2008 te volgen voor zover het betreft het webradioprogramma de Concertzender. Kortheidshalve verwijzen wij naar de inhoud.

Overigens treft u bijgaand nog aan een afschrift van de brief van 11 april 2008 van de NPO betreffende de beschikbaarheid van de Concertzender.

Hoogachtend,
COMMISSARIAAT VOOR DE MEDIA,

mr. Dirk Oudenaarden
hoofd Zendtijd- en Kabelzaken

Aantal bijlagen: 3

Het Commissariaat voor de Media

Gezien het verzoek van de Programmaraad Haarlem bij brief van 2 oktober 2007 om bestuursrechtelijke handhaving van het bepaalde in artikel 82k, vijfde lid, van de Mediawet, ter zake van de weigering van UPC zijn Advies en motivatie radiopakket 2007-2008 te volgen voor zover het betreft het programma de Concertzender,

Gelet op de artikelen 82k, 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:

De procedure

Bij brief van 2 oktober 2007, ontvangen op 5 oktober 2007, verzoekt de Programmaraad Haarlem (hierna: PRH) het Commissariaat voor de Media (hierna: Commissariaat) om UPC Nederland B.V. (hierna: UPC) de Mediawet te doen naleven met betrekking tot het volgen van zijn Advies en motivatie radiopakket 2007-2008 (hierna: Advies) voor zover het betreft het programma de Concertzender. Bij brief van 4 januari 2008 verzoekt het Commissariaat UPC de motivering, die aan haar standpunt over het niet opvolgen van het Advies ten grondslag ligt, aan hem te doen toekomen. Bij brief van 18 januari 2008 ontvangt het Commissariaat het standpunt van UPC.

Op grond van het bepaalde in artikel 4:7 en artikel 4:8 van de Algemene wet bestuursrecht heeft het Commissariaat de PRH, UPC en de Nederlandse Publieke Omroep (hierna: NPO, de aanbieder van het programma de Concertzender) op 22 januari 2008 in de gelegenheid gesteld te worden gehoord. De NPO heeft met kennisgeving afgezien van de mogelijkheid te worden gehoord. Het verslag van de hoorzitting wordt nagezonden.

De relevante feiten

UPC is de aanbieder van het omroepnetwerk in de gemeente Haarlem. De PRH is de door de raad van de gemeente Haarlem ingestelde programmaraad, die UPC op grond van het bepaalde in artikel 82k, eerste lid, van de Mediawet adviseert welke 15 televisie- en welke 25 radioprogramma's op grond van artikel 82i, eerste lid, van de Mediawet ten minste worden uitgezonden naar alle aangeslotenen op het omroepnetwerk (het wettelijk minimumpakket)

In het Advies 2007/2008 heeft de PRH onder meer het radioprogramma Concertzender Classic geadviseerd in het wettelijke minimumpakket. In een brief van 27 september 2007 van de NPO aan UPC memoreert de NPO dat zij recentelijk met onder meer UPC een overeenkomst heeft gesloten over de uitzending van de reguliere televisieprogramma's Nederland 1, 2 en 3, de themakanalen en de radioprogramma's 1 t/m 6 en FunX. De uitzending van de diverse (web)radioprogramma's is, aldus de NPO in deze brief, niet begrepen in deze overeenkomst. Naar aanleiding van een programmaraadadvies is vervolgens overleg geweest tussen de NPO en UPC of een van die (web)radioprogramma's, te weten de Concertzender, zou kunnen worden uitgezonden op basis van de standaardvoorwaarden die UPC hanteert voor de uitzending van radioprogramma's. UPC heeft daarmee ingestemd, mits de NPO vooraf akkoord zou gaan met de gebruikelijke (financiële) condities van UPC die aan een dergelijke uitzending verbonden zijn. Daarop heeft NPO aangegeven geen budget beschikbaar te hebben voor de uitzending van de Concertzender, zodat de NPO en UPC hebben geconcludeerd dat het programma Concertzender niet zal worden uitgezonden in de FM-radioprogrammapakketten van UPC. Deze conclusie is overigens ook getrokken met Casema, @Home en Multikabel.

In een emailbericht van 9 december 2007 van de NPO aan de PRH is een en ander bevestigd. Desgevraagd heeft de NPO het Commissariaat met emailbericht van 28 januari 2008 meegedeeld dat het bovengenoemde emailbericht van 9 december 2007 in geen enkel opzicht het standpunt van de NPO wijzigt, zoals dat verwoord is in de genoemde brief van 27 september 2007. Daarop heeft het Commissariaat de NPO met brief van 27 maart 2008 gevraagd of de NPO de Concertzender niet beschikbaar stelt voor uitzending in het wettelijke minimumpakket. Bij brief van 11 april 2008 meldt de NPO dat zij niet bereid was en is middelen uit te trekken voor de kosten die verbonden zijn aan de uitzending van de Concertzender, en dat de betrokken aanbieders van omroepnetwerken de NPO hebben laten weten dat zij eveneens niet bereid zijn deze kosten voor hun rekening te nemen, waardoor de facto de Concertzender niet beschikbaar is voor betaalde uitzending in de (analoge) FM-radiopakketten, aldus de NPO.

De bevoegdheid van het Commissariaat

Het Commissariaat is op grond van het bepaalde in artikel 134 van de Mediawet belast met het toezicht op de naleving van onder meer het bepaalde in artikel 82k, vijfde lid, van de Mediawet. 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 wettelijke minimumpakket.

Het standpunt van de PRH

In de brief van 27 september 2007 is niet meer te lezen dan dat de Concertzender wel beschikbaar is voor uitzending maar dat de NPO daarvoor niet wenst te betalen. De PRH ziet hierin geen zwaarwichtige reden voor UPC om het Advies niet te volgen. Het Commissariaat heeft immers in eerdere besluiten aangegeven, dat een kleine vergoeding geen zwaarwichtige reden is om een programmaraadadvies niet te volgen. Nu de NPO geen vergoeding vraagt voor de uitzending van de Concertzender en slechts gratis wenst te worden uitgezonden ziet de PRH daartoe voor UPC geen enkele belemmering. De Concertzender is beschikbaar voor uitzending, zij het niet onder de voorwaarden (betaling) die UPC stelt.

Het standpunt van UPC

Uit de hiervoor aangehaalde brief van 27 september 2007 van de NPO aan UPC volgt dat de vereiste toestemming voor het uitzenden van de Concertzender ontbreekt. De NPO stelt de Concertzender niet beschikbaar voor uitzending via het omroepnetwerk van UPC. Dit is voor UPC een zwaarwichtige reden om af te wijken van het Advies. UPC verwijst hierbij naar de beslissing van het Commissariaat van 4 december 2007 op het bezwaar van de Programmaraad Amstelveen (hierna: PRA) betreffende de weigering van Casema het advies van de PRA te volgen voor zover het betreft onder meer de Concertzender.

Het standpunt van het Commissariaat

Algemeen

Ingevolge artikel 82k, eerste lid, van de Mediawet adviseert de programmaraad de aanbieder van een omroepnetwerk over de samenstelling van het op grond van artikel 82i, eerste lid, van de Mediawet verplichte pakket van 25 radioprogramma's (en 15 televisieprogramma's). Dit verplichte pakket wordt aangeduid als het wettelijke minimumpakket. Slechts om zwaarwichtige redenen kan de aanbieder van een omroepnetwerk van dit advies afwijken. Het Commissariaat stelt vast dat de PRH een programmaraad is als bedoeld in artikel 82k, eerste lid, van de Mediawet. De PRH adviseert zwaarwegend over de 25 radioprogramma's die UPC moet uitzenden (het wettelijke minimumpakket).

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) komt naar voren dat zwaarwichtige redenen gelegen kunnen zijn in het in gevaar brengen van de financieel-economische exploitatiemogelijkheden van het omroepnetwerk. 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 de abonnementsprijs voor de aangeslotenen fors dient te stijgen. Tevens kan de aanbieder van het omroepnetwerk afwijken van het advies indien het een illegaal programma betreft waarvoor geen binnen- of buitenlandse toestemming is gegeven of een van de op grond van artikel 82i, eerste lid, van de Mediawet 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. In de toelichting bij artikel 3 van de Beleidsregels is voorts 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 het advies van een programmaraad niet te volgen.

De Concertzender

Het Commissariaat stelt vast dat tussen de NPO en UPC, voor zover van belang in het kader van het onderhavige verzoek van de PRH, geen overeenstemming is bereikt over de uitzending van de Concertzender. Het Commissariaat volgt UPC niet in haar opvatting dat, nu UPC en de NPO geen overeenstemming hebben bereikt over wie de kosten van het uitzenden van de Concertzender voor haar rekening neemt, de NPO de Concertzender niet beschikbaar stelt en UPC derhalve een zwaarwichtige reden heeft om van het PRH-advies af te wijken. Vast te stellen is immers dat de enige reden waarom de Concertzender niet wordt uitgezonden, is gelegen in de door UPC van NPO gevraagde vergoeding van de kosten van doorgifte. De vraag is dus of in de bij deze door UPC gestelde voorwaarde betrokken financieel-economische belangen voor UPC een zwaarwichtige reden is gelegen om af te wijken van het advies van de PRH.

Het Commissariaat overweegt dat gelet op de wetsgeschiedenis van artikel 82k van de Mediawet, niet kan worden aangenomen dat hier sprake is van een zwaarwichtige reden. Uit de wetsgeschiedenis blijkt immers niet dat het betalen van een geringe vergoeding dan wel het voor eigen rekening nemen van geringe kosten – het betreft het uitzenden van een radioprogramma naar circa 66.000 aangeslotenen op het omroepnetwerk in Haarlem – als zwaarwichtige reden moet worden beschouwd. Integendeel, ten tijde van de totstandkoming van artikel 82i en 82k van de Mediawet werd in diverse exploitatiegebieden voor de uitzending van de televisieprogramma's Eurosport en Discovery door aanbieders van omroepnetwerken reeds een vergoeding betaald. De wetgever achtte dit toelaatbaar. Dit blijkt uit de Nota naar aanleiding van het verslag (Tweede Kamer 1996-1997, 24808, nr. 5, blz. 17) in het kader van de discussie over de omvang, indeling en prijs van de wettelijk minimum- en standaardpakketten. Bij die gelegenheid is aangegeven dat de regering niet heeft willen verbieden dat een aanbieder van een omroepnetwerk in voorkomende gevallen een geringe vergoeding betaalt aan een programma-aanbieder voor de uitzending van het desbetreffende programma. De regering geeft in voormeld verslag voorts aan dat zij geen problemen verwacht wanneer programma's in het wettelijke minimumpakket komen, waarvan de programma-aanbieder een geringe vergoeding verlangen. De regering komt tot deze conclusie, omdat dit ook al het geval is met de programma's Eurosport en Discovery. Slechts in het geval een programma-aanbieder een substantiële vergoeding verlangt is er naar het oordeel van de regering plaats voor de vraag of een programma van een dergelijke aanbieder in het wettelijke minimumpakket thuishoort. Het Commissariaat is van oordeel dat deze opvatting van de wetgever over het verlangen door de programma-aanbieder van een geringe vergoeding evenzeer gewicht toekomt voor een geval als dit waarin een programma-

aanbieder niet wenst te voldoen aan de voorwaarde tot betaling van de door de aanbieder van het omroepnetwerk te maken kosten.

Bij gelegenheid van de beroepsprocedure die volgde op een vergelijkbaar handhavingverzoek van de PRH jegens UPC betreffende het radioprogramma France Culture heeft UPC tijdens de rechtbankzitting op 6 april 2006 desgevraagd voorgerekend dat de kosten voor UPC voor het uitzenden van dat radioprogramma naar 66.000 aangeslotenen slechts € 2640,- (€ 0,04 per aansluiting) tot € 5280,- (€ 0,08 per aansluiting) per jaar bedragen. De Rechtbank Amsterdam overwoog daarbij het niet aannemelijk te achten dat de financieel-economische exploitatiemogelijkheden van UPC als gevolg van deze kosten in gevaar werden gebracht. Het Commissariaat acht het niet aannemelijk dat de omvang van de kosten voor UPC van het uitzenden van de Concertzender naar de 66.000 aangeslotenen in Haarlem substantieel afwijkt van die voor het uitzenden van France Culture. In het gegeven dat door de NPO niet de door UPC te maken kosten voor het uitzenden van de Concertzender zullen worden vergoed is voor UPC derhalve geen zwaarwichtige reden gelegen om af te wijken van het PRH-advies. Een en ander leidt dan ook tot de conclusie dat het niet volgen van dit advies door UPC is aan te merken als een overtreding van het bepaalde in artikel 82k, vijfde lid, van de Mediawet, zodat het Commissariaat op grond van het bepaalde in de artikelen 134 en 135 van de Mediawet bevoegd is tot het opleggen van een bestuurlijke boete aan UPC.

Ter afwering van deze conclusie heeft UPC nog gewezen op de beslissing van het Commissariaat van 4 december 2007 op het bezwaar van de PRA, waarbij door het Commissariaat niet is teruggekomen op zijn eerdere weigering om op verzoek van die programmaraad jegens Casema handhavingmaatregelen te treffen, terwijl daardoor Casema om dezelfde reden als hier door UPC geweigerd is om het programmaraadadvies op te volgen om het programma Concertzender door te geven in haar omroepnetwerk te Amstelveen. Het Commissariaat wijst er op dat hij bij nader inzien besloten heeft de beslissing op bezwaar van 4 december 2007 ambtshalve in te trekken en besloten heeft alsnog de bezwaren van de PRA gegrond te verklaren en onder herroeping van de eerdere weigering een bestuurlijke boete aan Casema wegens overtreding van het bepaalde in artikel 82k, vijfde lid, van de Mediawet op te leggen. De door UPC getrokken vergelijking van de onderhavige zaak met die zaak gaat dan ook niet (meer) op.

Besluit

Ingevolge het bepaalde in artikel 134, eerste lid, en artikel 135, eerste lid, aanhef en onder a, van de Mediawet legt het Commissariaat UPC een boete op van € 1,- vanwege overtreding van het bepaalde in artikel 82k, vijfde lid, van de Mediawet.

UPC is gehouden het advies van de PRH tot opnemen van het programma Concertzender in het wettelijke minimumpakket op te volgen. Indien UPC niet binnen 2 maanden na bekendmaking van dit besluit de Concertzender alsnog uitzendt via haar omroepnetwerk in Haarlem, zal het Commissariaat een nader besluit nemen ter handhaving van het bepaalde in artikel 82k, vijfde lid, van de Mediawet.

Het Commissariaat voor de Media, 22 april 2008

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.