

Besluit tot afwijzing van de ontheffingsverzoeken en tot het opleggen van een last onder dwangsom

Kenmerk: 632204/633468

Betreft: Ontheffingsverzoeken 6.14d van de Mediawet 2008 en last onder dwangsom.

Besluit van het Commissariaat voor de Media op de ontheffingsverzoeken van M7 Group S.A. betreffende de doorgifteplicht van de televisie- en radioprogrammakanalen van de Nederlandstalige landelijke Belgische openbare omroepdienst en tot het opleggen van een last onder dwangsom aan M7 Group S.A. wegens overtreding van artikel 6.13, derde lid, aanhef en onder f, van de Mediawet 2008

a. Verloop van de procedure

1. Bij brief van 31 juli 2014, ontvangen door het Commissariaat voor de Media (hierna: het Commissariaat) op 1 augustus 2014, heeft M7 Group S.A. (hierna: M7) gereageerd op een informatieverzoek van het Commissariaat van 9 juli 2014.¹ In de brief van 31 juli 2014 gaat M7 in op de doorgifteplicht zoals die in artikel 6.13, derde lid, aanhef en onder f, vierde lid, aanhef en onder e, van de Mediawet 2008 is opgenomen. M7 doet in haar brief van 31 juli 2014 een ontheffingsverzoek ten aanzien van de doorgifteplicht van programmakanalen van de Nederlandstalige landelijke Belgische openbare omroepdienst voor het programmapakket DVB-T van Online.nl. Het Commissariaat heeft de brief van 31 juli 2014 van M7 tevens aangemerkt als een voorwaardelijk verzoek om ontheffing van de doorgifteplicht van de televisieprogrammakanalen van de Nederlandstalige landelijke Belgische openbare omroepdienst in verschillende programmapakketten van CanalDigitaal. Hierna worden beide verzoeken om ontheffing samen aangeduid als 'de ontheffingsverzoeken'.
2. Per brief van 14 augustus 2014 heeft het Commissariaat besloten om ingevolge artikel 4:14, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) de beslissing op de ontheffingsverzoeken met acht weken te verdagen.²
3. In de brief van 14 augustus 2014 heeft het Commissariaat M7 verzocht om overzichten van de radio- en televisieprogrammakanalen die worden doorgegeven in verschillende pakketten van CanalDigitaal, te weten het 'Basis-pakket', het 'HD Actie-pakket', het 'Basis-HD-pakket' en het 'Recreatiepakket'. Bij brief van 29 augustus 2014 heeft M7 een overzicht verstrekt van het huidige zenderaanbod in de hiervoor genoemde pakketten van CanalDigitaal.
4. Bij brief van 3 september 2014 heeft het Commissariaat M7 op de hoogte gesteld van het voornemen tot afwijzing van de ontheffingsverzoeken en het opleggen van een last onder dwangsom wegens overtreding van artikel 6.13, derde lid, aanhef en onder f, van de Mediawet 2008.³ In de brief van 3 september 2014 is M7 uitgenodigd voor een hoorzitting.
5. Op 19 september 2014 heeft een hoorzitting plaatsgevonden, waarin M7 haar zienswijze mondeling naar voren heeft gebracht. Het verslag van de hoorzitting is als bijlage bij dit besluit gevoegd.

¹ Kenmerk: 626143/630245.

² Kenmerk: 632210/632232.

³ Kenmerk: 632204/632218.

6. Bij mail van 30 september 2014, ontvangen door het Commissariaat, heeft M7 gereageerd op een aanvullend informatieverzoek naar aanleiding van de hoorzitting.

b. Relevante feiten

7. Het Commissariaat gaat op grond van de schriftelijke stukken en wat mondeling is aangevoerd tijdens de hoorzitting op 19 september 2014, uit van de volgende feiten en omstandigheden.
8. M7 is een Europese aanbieder van satellietdiensten voor consumenten en zakelijke klanten. M7 is de moedermaatschappij van de Nederlandse dochtermaatschappijen Online.nl en CanalDigitaal.nl en biedt onder die merknamen als pakketaanbieder in Nederland programmapakketten aan.
9. Op grond van artikel 6.13, derde lid, aanhef en onder f, van de Mediawet 2008 dient een pakketaanbieder drie televisieprogrammakanalen van de Nederlandstalige landelijke Belgische openbare omroepdienst in het standaardprogrammapakket op te nemen. De doorgifteplicht voor de Nederlandstalige landelijke Belgische openbare omroepdienst voor pakketaanbieders geldt per 1 januari 2014.
10. Een pakketaanbieder valt onder de Mediawet 2008 indien zijn activiteiten op Nederland zijn gericht en de pakketaanbieder minimaal 100 000 abonnees heeft. M7 richt zich met de pakketten van CanalDigitaal en Online.nl op de Nederlandse markt en M7 heeft in Nederland meer dan 100 000 abonnees. M7 dient daarom aan bovengenoemde doorgifteplicht te voldoen.
11. De verplichte doorgifte is onafhankelijk van het type netwerk en het eigendom van het netwerk. Met de verplichte doorgifte wordt beoogd dat alle pakketaanbieders zoveel als mogelijk meedelen in dezelfde maatschappelijke opdracht. Voorts is de regeling betreffende de doorgifte techniekneutraal.
12. Op grond van de wetsgeschiedenis ontvangen digitale abonnees in elk geval een standaardprogrammapakket en dit is onafhankelijk van op welke digitale pakketten een abonnee zich ook abonneert. Tot het abonnement behoort in elk geval het standaardprogrammapakket.⁴

c. Juridisch kader

13. Voor de relevante juridische bepalingen wordt verwezen naar bijlage 1.

d. De ontheffingsverzoeken

14. Hieronder zal worden weergegeven wat M7 ten aanzien van de ontheffingsverzoeken en de verschillende programmapakketten heeft aangevoerd.

Online.nl

15. In haar brief van 31 juli 2014 verzoekt M7 om ontheffing van de doorgifteplicht van één televisieprogrammakanal van de Nederlandstalige landelijke Belgische openbare omroepdienst, te weten de zender Ketnet/Op12, en de vijf radioprogrammakanalen van de Nederlandstalige landelijke Belgische openbare omroepdienst in het standaardprogrammapakket van Online.nl (het DVB-T pakket).

⁴ TK, vergaderjaar 2012-2013, 33 426, nr. 3, p. 8.

16. M7 wijst er ten aanzien van het DVB-T pakket van Online.nl op dat zij in dit programmapakket "1 op 1" het programmapakket van Digitenne van KPN aan haar abonnees doorgeeft. Online Breedband B.V. heeft in 2010 een Wholesale Overeenkomst met Digitenne B.V. van KPN afgesloten. Op grond van deze overeenkomst levert Digitenne B.V. haar DVB-T pakket op een wholesale basis aan Online Breedband B.V. die het pakket dan weer "1 op 1" aan haar abonnees doorgeeft. Deze overeenkomst is op 1 februari 2014 aan M7 overgedragen evenals de daarbij behorende overeenkomst met abonnees.
17. M7 heeft noch het contractuele recht, noch de technische mogelijkheid om enige wijziging in het DVB-T pakket van Digitenne aan te brengen. M7 merkt op dat zij voor de inhoud van het pakket geheel afhankelijk is van Digitenne van KPN.
18. M7 verwijst naar het door KPN ingediende ontheffingsverzoek betreffende Digitenne en verzoekt haar een zelfde ontheffingstermijn te gunnen.

CanalDigitaal

19. In haar brief van 31 juli 2014 gaat M7 in op verschillende programmapakketten van CanalDigitaal. M7 gaat in op het 'Basis-pakket', het 'HD Actie-pakket', het 'Basis HD-pakket' en het 'Recreatiepakket'.
20. M7 wijst er ten aanzien van het 'Basis-pakket' van CanalDigitaal op dat dit een historisch pakket is, dat momenteel niet meer wordt aangeboden. Het standaardprogrammapakket is nu het 'Basis HD-pakket' geworden.
21. [VERTROUWELIJK]
22. [VERTROUWELIJK]
23. Indien abonnees worden gedwongen over te stappen naar een ander programmapakket dan leidt dit tot klantverlies, aldus M7.
24. Indien M7 wordt gedwongen om de televisieprogrammakanalen van de Nederlandstalige landelijke Belgische openbare omroepdienst toe te voegen aan het 'Basis-pakket', of te wisselen met andere zenders, dan leidt tot technische aanpassingen. Deze technische aanpassingen kunnen volgens M7 niet van de ene op andere dag plaatsvinden. Voorts dienen dan de abonnees van het 'Basis-pakket' hierover te worden geïnformeerd en dit leidt tot kosten, aldus M7.
25. Ten aanzien van het 'Recreatiepakket' merkt M7 op dat dit pakket niet als een thuispakket is bedoeld, maar als een pakket voor recreatiedoeleinden bijvoorbeeld voor op de camping of op de boot. Bij het 'Recreatiepakket' hoort de 'Recreatie set', bestaande uit een schotel en een statief (driepoot). Het 'Recreatiepakket' is jaarlijks actief in de periode 21 maart tot en met 21 september. Om deze reden is het 'Recreatiepakket' volgens M7 geen standaardprogrammapakket. M7 verwijst hier naar de Memorie van Toelichting op de Mediawet 2008 en merkt op dat hieruit volgt dat een 'standaardprogrammapakket' gericht is op huishoudens.
26. M7 verzoekt om voorwaardelijke ontheffing op grond van artikel 6.14a (het Commissariaat leest 6.14d) van de Mediawet 2008, voor het geval het Commissariaat zich op het standpunt dat het 'Recreatiepakket' onder de reikwijdte van artikel 6.13 van de Mediawet 2008 valt.

e. Overwegingen Commissariaat ontheffingsverzoeken

27. Hieronder zal het Commissariaat de ontheffingsverzoeken beoordelen. Eerst zal worden ingegaan op de doorgifteplicht en hoe deze moet worden uitgelegd en de met de doorgifteplicht te beschermen belangen.
28. Per 1 januari 2014 dienen pakketaanbieders aan de doorgifteplicht zoals opgenomen in artikel 6.13, derde lid, aanhef en onder f, vierde lid, aanhef en onder e, van de Mediawet 2008 te voldoen. Dit betekent dat een pakketaanbieder drie televisieprogrammakanalen en vijf radioprogrammakanalen van de Nederlandstalige landelijke Belgische openbare omroepdienst moet doorgeven.
29. De doorgifteplicht beoogt te realiseren dat op welk abonnement een abonnee zich ook abonneert, de abonnee in ieder geval de hierboven genoemde zenders ontvangt. De verplichte doorgifte dient zoveel als mogelijk voor pakketaanbieders een gelijk speelveld te creëren en voor consumenten minimumwaarborgen te realiseren, onafhankelijk van bij welke pakketaanbieder zij een abonnement hebben.⁵ Om dit gelijk speelveld niet te verstoren en consumenten te verzekeren dat zij programmapakketten ontvangen die aan de minimumwaarborgen voldoen, dienen alle aanbieders van digitale programmapakketten aan de doorgifteplicht te voldoen.
30. Onderhavige doorgifteplicht komt er op neer dat in ieder programmapakket minimaal de verplichte drie programmakanalen van de Nederlandstalige landelijke Belgische openbare omroepdienst moet worden doorgegeven. Deze verplichting geldt dus voor ieder programmapakket dat de abonnee van de pakketaanbieder ontvangt. Het is niet relevant of de pakketaanbieder het betreffende pakket wel of niet heeft aanmerkt als 'standaardprogrammapakket'. De term 'standaardprogrammapakket' dient hier te worden opgevat als het deel van het programmapakket dat aan de minimumwaarborgen voldoet en zonder dat hiervoor uitbreiding van het programmapakket door de abonnee noodzakelijk is. Het staat de abonnee vervolgens vrij het programmapakket uit te breiden. Schematisch weergegeven ziet het voorgaande er als volgt uit:



31. Op grond van artikel 6.14d van de Mediawet 2008 kan het Commissariaat geheel of gedeeltelijke ontheffing verlenen van de verplichtingen bedoeld in artikel 6.13 van de Mediawet 2008, als het onverkort nakomen daarvan leidt tot disproportionele kosten,

⁵ TK, vergaderjaar 2012-2013, 33 426, nr. 3, p. 6.

tot een belemmering van de innovatie of tot anderszins onredelijke uitkomsten. Aan een ontheffing kan het Commissariaat voorschriften verbinden.

32. Over de mogelijkheid tot het verlenen van ontheffing merkt het Commissariaat op dat het verlenen van een (gedeeltelijke) ontheffing een discretionaire bevoegdheid is van het Commissariaat. In artikel 6.14d van de Mediawet 2008 is opgenomen dat het Commissariaat geheel of gedeeltelijke ontheffing 'kan' verlenen. Gezien de belangen, die de doorgifteplicht beoogt te beschermen dient er terughoudend naar ieder verzoek om ontheffing te worden gekeken en dient er niet snel te worden aangenomen dat aan de vereisten voor het verlenen van ontheffing wordt voldaan. Een geheel of gedeeltelijke ontheffing wordt alleen in uitzonderlijke gevallen verleend.
33. M7 heeft de vrijheid zelf de programmapakketten van Online.nl en CanalDigitaal samen te stellen, maar dient daarbij net als andere pakketaanbieders, rekening te houden met de verplichtingen die voortvloeien uit de Mediawet 2008. De wetgever heeft in artikel 6.14b van de Mediawet 2008 specifieke uitzonderingen van de doorgifteplicht opgenomen voor satelliet-aanbieders, maar deze uitzondering nadrukkelijk niet opgenomen voor de doorgifte van de programmakanalen van de Nederlandstalige landelijke Belgische openbare omroepdienst.

Online.nl

34. De vraag is of M7 voor een ontheffing van de doorgifteplicht van de televisie- en radioprogrammakanalen in aanmerking komt wat betreft het DVB-T pakket van Online.nl, nu zij niet voldoet aan de doorgifteplicht in dit programmapakket. Twee (Eén en Canvas) van de drie televisieprogrammakanalen een geen enkel radioprogramma van de Nederlandstalige landelijke Belgische openbare omroepdienst worden doorgegeven in het DVB-T pakket van Online.nl.
35. Online.nl heeft met betrekking tot het DVB-T pakket een overeenkomst gesloten met Digitenne, op basis waarvan zij het programmapakket Digitenne van KPN "1 op 1" doorgeeft aan haar abonnees. Online.nl beschikt niet over de technische mogelijkheid om wijzigingen aan te brengen in dit pakket of de doorgifte daarvan. Op grond hiervan stelt het Commissariaat vast dat de programmakanalen die zijn opgenomen in het programmapakket DVB-T van Online.nl gezien de overeenkomst met Digitenne, buiten de invloedssfeer liggen van M7. Het ontheffingsverzoek van M7 ten aanzien van het programmapakket DVB-T van Online.nl dient te worden afgewezen. Aan M7 wordt voor het programmapakket DVB-T van Online.nl een zelfde implementatietermijn gegund, als is gegund aan KPN voor het programmapakket Digitenne. Het Commissariaat verwijst hier naar zijn besluit met kenmerk 629031/629780 te vinden op de website van het Commissariaat (www.cvdm.nl).
36. Aan M7 wordt een implementatietermijn gegund tot 1 oktober 2014 om het programmapakket DVB-T van Online.nl in overeenstemming te brengen met de Mediawet 2008. Dit betekent dat het programmapakket DVB-T van Online.nl per 1 oktober 2014 moet voldoen aan de doorgifteplicht zoals geregeld in artikel 6.13, derde lid, aanhef en onder f, vierde lid, aanhef en onder e, van de Mediawet 2008.

CanalDigitaal

37. M7 heeft aangegeven dat het 'Basis-pakket' een historisch pakket is dat niet meer wordt aangeboden. Volgens M7 is het standaardprogrammapakket van CanalDigitaal het 'Basis HD-pakket'. Dit pakket voldoet aan de doorgifteplicht, waaruit M7 blijkbaar afleidt dat CanalDigitaal aan de doorgifteplicht voldoet. Gezien het voorgaande is het niet relevant dat M7 het 'Basis HD-pakket' (thans) aanmerkt als het standaardprogrammapakket van CanalDigitaal en dit pakket voldoet aan de

doorgifteplicht. Ieder programmapakket dient aan de doorgifteplicht te voldoen, dus ook het 'Basis-pakket' en het 'Recreatiepakket'.⁶ Ook de pakketten van CanalDigitaal die door M7 niet worden aangemerkt als 'standaardprogrammapakket' dienen te voldoen aan de doorgifteplicht.

- Het 'Basis-pakket'

38. M7 heeft tijdens de hoorzitting op 19 september 2014 desgevraagd erkend dat de doorgifteplicht op het 'Basis-pakket' van toepassing is en dat de minimumwaarborgen ook gelden voor de abonnees van het 'Basis-pakket'.

39. Het Commissariaat constateert op basis van de door M7 verstrekte informatie en de algemene informatie op de website van CanalDigitaal dat het 'Basis-pakket' niet voldoet aan de verplichte doorgifte van de drie programmakanalen van de Nederlandstalige landelijke Belgische openbare omroepdienst. In dit pakket worden geen televisieprogrammakanalen van de Nederlandstalige landelijke Belgische openbare omroepdienst doorgegeven. Dit is door M7 ook erkend.

40. M7 heeft verzocht om ontheffing van de doorgifteplicht voor wat betreft het 'Basis-pakket'. Op dit verzoek zal hieronder sub 53 worden ingegaan.

- Het 'Recreatiepakket'

41. Artikel 6.13, derde lid, aanhef en onder f, van de Mediawet 2008 bepaalt dat er in het standaardprogrammapakket drie televisieprogrammakanalen van de Nederlandstalige landelijke Belgische openbare omroepdienst moeten worden doorgegeven. Het Commissariaat stelt op grond van het voorgaande vast het 'Recreatiepakket' niet voldoet aan de doorgifteplicht. Het Commissariaat zal hieronder aangeven waarom de doorgifteplicht ook geldt voor het 'Recreatiepakket'.

42. M7 stelt dat de doorgifteplicht niet van toepassing is op het 'Recreatiepakket' omdat dit abonnement niet is bedoeld voor thuis, maar voor bijvoorbeeld op de camping, en dit abonnement niet gedurende het gehele jaar is af te nemen. Deze stelling slaagt niet.

43. De doorgifteplicht zoals die is opgenomen in artikel 6.13 van de Mediawet 2008 maakt geen onderscheid naar waar gebruik wordt gemaakt van het programmapakket. De doorgifteplicht is techniekneutraal en geldt ongeacht het netwerk. Voorts is er in de Mediawet 2008 geen uitzondering opgenomen van de doorgifteplicht voor tijdelijke abonnementen c.q. abonnementen die jaarlijks gedurende een aantal maanden kunnen worden afgenomen. Het Commissariaat ziet niet in waarom de voor consumenten opgenomen minimumwaarborgen niet zouden gelden bij het 'Recreatiepakket'.

44. De opname van het woord 'huishoudens' in de Memorie van Toelichting en de daaraan door M7 verbonden conclusie dat de doorgifteplicht alleen voor 'thuis' geldt en dus niet voor abonnementen die buitenshuis kunnen worden afgenomen slaagt niet. In de Memorie van Toelichting wordt geen koppeling gemaakt tussen het abonnement dat een 'huishouden' afsluit en het ook thuis gebruik moeten maken van het programmapakket. 'Huishouden' moet in samenhang met de Mediawet 2008 worden gelezen als 'abonnee' en ruim worden uitgelegd. 'Huishouden' verwijst hier naar de eventuele gezinsleden van de abonnee die ook gebruik maken van het abonnement. In artikel 6.9a is de definitie van het woord 'abonnee' opgenomen, te weten de natuurlijke

⁶ In het voorgenomen besluit van 2 september 2014 wordt het 'Recreatiepakket' abusievelijk aangeduid als het 'Basis-pakket in combinatie met de HD Recreatieset'. Dit is onjuist omdat het 'Recreatiepakket' ook is af te sluiten zonder combinatie met het 'Basis-pakket'. Waar in het voorgenomen besluit staat 'het 'Basis-pakket in combinatie met de HD Recreatieset' moet worden gelezen het 'Recreatiepakket'.

persoon of rechtspersoon die partij is bij een overeenkomst met een pakketaanbieder met betrekking tot de ontvangst van een of meer programmapakketten.

45. Dat het begrip 'huishouden' met betrekking tot de Mediawet 2008 ruim dient te worden uitgelegd volgt uit de Memorie van Toelichting op de Mediawet 2008 waar het gaat over hoe huishoudens televisie ontvangen:

*"Het hier genoemde aantal huishoudens met een RTV-abonnement van circa 8 miljoen is hoger dan het aantal particuliere huishoudens in Nederland van circa 7,5 miljoen volgens de statistieken van het CBS, omdat sommige mensen ontvangst via kabel en satelliet combineren of bijvoorbeeld een extra aansluiting hebben in een tweede (vakantie)verblijf."*⁷

46. Traditioneel gezien werd een abonnement op een programmapakket thuis afgenomen door de abonnee c.q. zijn gezinsleden. Dit hoeft echter niet. Dit blijkt ook uit het 'Recreatiepakket' dat M7 aanbiedt en de wetsgeschiedenis:

*"De grote pakketaanbieders maken zich op om hun abonnees overal en altijd te bedienen, thuis op grote schermen, in en rondom het huis en onderweg op kleine mobiele schermen."*⁸

47. Uit het voorgaande volgt dat het begrip 'huishouden' ruim moet worden uitgelegd en dus ook de abonnees omvat die een extra aansluiting hebben in een tweede (vakantie)verblijf en dat het begrip huishouden hier niet is gekoppeld aan in huis via een traditionele tv gebruik maken van het programmapakket.
48. Volledigheidshalve merkt het Commissariaat op dat het 'Recreatiepakket' van CanalDigitaal ook in en rondom het huis is te gebruiken en dat het 'Recreatiepakket' ook voor nieuwe abonnees is aan te schaffen, als 'los'/ zelfstandig abonnement.
49. Op grond van voorgaande overwegingen is de doorgifteplicht van toepassing op het 'Recreatiepakket' van CanalDigitaal en dient ook dit pakket aan de minimumwaarborgen te voldoen.

Tussenconclusie

50. Uit bovenstaande volgt dat op het 'Basis-pakket' en het 'Recreatiepakket' de doorgifteplicht van toepassing is, en dat M7 ten aan deze programmapakketten niet voldoet aan de doorgifteplicht. De vraag is of er voor deze pakketten ontheffing op grond van artikel 6.14d van de Mediawet 2008 dient te worden verleend. Voordat hierop wordt ingegaan, zal eerst nog kort worden ingegaan op het 'HD Actie-pakket'.
- Het 'HD Actie-pakket'
51. In haar brief van 31 juli 2014 geeft M7 aan dat het 'HD Actie-pakket' specifiek is bedoeld voor abonnees van het 'Basis-pakket'. Het 'HD Actie-pakket' is een upgrade/ add-on van het 'Basis-pakket'.
52. In het voorgenomen besluit van 2 september 2014 heeft het Commissariaat voorlopig geconstateerd dat het 'HD Actie-pakket' niet voldoet aan de doorgifteplicht. In het voorgenomen besluit van 2 september 2014 is voorlopig geconcludeerd dat in het HD Actie-pakket één televisieprogrammakanal van de Nederlandstalige landelijke Belgische openbare omroepdienst wordt doorgegeven in plaats van de verplichte drie. Het Commissariaat heeft zich hierbij gebaseerd op de informatie op de website van

⁷ TK, vergaderjaar 2012-2013, 33 426, nr. 3, p. 4, voetnoot 1.

⁸ TK, vergaderjaar 2012-2013, 33 426, nr. 3, p. 4.

CanalDigitaal. M7 heeft tijdens de hoorzitting op 19 september 2014 aangegeven dat de informatie op de website over welke programmakanalen worden doorgegeven in het 'HD Actie-pakket' onjuist was. De foutieve informatie op de website is door M7 aangepast. Het Commissariaat is van oordeel dat het 'HD Actie-pakket' voldoet aan de doorgifteplicht en zal daarom in dit besluit verder niet ingaan op dit programmapakket.

Afwijzing ontheffingsverzoeken

53. De vraag die hier voorligt of is M7 voor het 'Basis-pakket' en 'Recreatiepakket' voor ontheffing van de doorgifteplicht in aanmerking komt.
54. Uit het voorgaande leidt het Commissariaat af dat M7 zich op het standpunt stelt dat het voldoen aan de doorgifteplicht voor haar onredelijk bezwarend is. Het Commissariaat stelt vast dat M7 haar stellingen hierover niet nader heeft onderbouwd. M7 heeft niet aangetoond en het Commissariaat is ook niet anderszins gebleken dat het voldoen aan de doorgifteplicht zoals die is opgenomen in artikel 6.13 van de Mediawet 2008 voor 'Basis-pakket' en het 'Recreatiepakket' van CanalDigitaal leidt tot disproportionele kosten, een belemmering van de innovatie of tot anderszins onredelijke uitkomsten. M7 heeft aangegeven dat het voldoen aan de doorgifteplicht leidt tot kosten, maar heeft M7 nagelaten deze kosten nader te onderbouwen en nagelaten te onderbouwen waarom deze kosten voor haar onredelijk bezwarend zijn.
55. Noch is het Commissariaat duidelijk geworden waarom er in het geval van M7 sprake is van een zodanig uitzonderlijk geval dat er ontheffing zou moeten worden verleend. Hierbij heeft het Commissariaat ook in overweging genomen dat de doorgifteplicht per 1 januari 2014 geldt en M7 niet eerder dan 31 juli 2014 om voorwaardelijke ontheffing heeft gevraagd en M7 niet kan aangeven wanneer zij aan de doorgifteplicht voor het 'Basis-pakket' en het 'Recreatiepakket' gaat voldoen.
56. [VERTROUWELIJK]
57. Tot slot verwijst M7 in haar email van 30 september 2014 naar de overgangsregeling, artikel IV van de Mediawet 2008. De overgangsregeling ziet alleen op abonnementen die voor 5 oktober 2012 zijn aangegaan en op dat moment minder dan 30 zenders doorgaven. Gezien het feit dat zowel het 'Basis-pakket' als het 'Recreatiepakket' 32 zenders bevatten en ook in het verleden bevatten, stelt het Commissariaat vast dat de overgangsregeling niet van toepassing is.
58. Het Commissariaat komt tot de conclusie dat het verzoek van M7 om ontheffing van de doorgifteplicht van de Nederlandstalige landelijke Belgische openbare omroepdienst, voor het 'Basis-pakket' en het 'Recreatiepakket' van CanalDigitaal gelet op voorgaande overwegingen, niet voor inwilliging in aanmerking komt en wijst het verzoek om ontheffing af.

f. Overwegingen Commissariaat last onder dwangsom

59. Nu er niet wordt voldaan aan de doorgifteplicht zoals genoemd in artikel 6.13, derde lid, aanhef en onder f, van de Mediawet 2008 met betrekking tot het 'Basis-pakket' en het 'Recreatiepakket' van CanalDigitaal en er ook geen ontheffing wordt verleend, is M7 in overtreding. In verband met deze overtreding zal het Commissariaat handhavend optreden.
60. De doorgifteplicht beoogt dat iedere abonnee, bij welke pakketaanbieder of op welke digitale pakketten een abonnee zich ook abonneert, een standaardprogrammapakket

ontvangt. Dit belang dient volgens het Commissariaat te worden beschermd. Het Commissariaat ziet dan ook geen reden van handhaving af te zien.

61. Het Commissariaat is op grond van artikel 7.11 van de Mediawet 2008 belast met de bestuursrechtelijke handhaving van het bepaalde bij of krachtens de Mediawet 2008. Op grond van artikel 7:12, eerste en derde lid, van de Mediawet 2008 kan het Commissariaat in het geval van overtreding van de doorgifteplicht zoals opgenomen in artikel 6.13 aan de overtreder een boete of een last onder dwangsom opleggen.
62. De Beleidslijn Sanctiemaatregelen 2011 bepaalt de criteria die in geval van overtreding bij of krachtens de in de Mediawet 2008 gestelde voorschriften bij het opleggen van sanctiemaatregelen worden gehanteerd.
63. Op grond van artikel 2.2 van de Beleidslijn Sanctiemaatregelen 2011 dient het Commissariaat bij de beoordeling van de vraag of, en zo ja, welke sanctiemaatregel dient te worden getroffen, rekening te houden met de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan belanghebbende kan worden verweten. Daarbij houdt het Commissariaat rekening met de relevante omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.
64. In verband met de overtreding legt het Commissariaat aan M7 een last onder dwangsom op, zodat de overtreding van artikel 6.13, derde lid, aanhef en onder f, van de Mediawet 2008 wordt beëindigd. Het Commissariaat acht het opleggen van een last onder dwangsom in plaats van een bestuurlijke boete in onderhavig geval het meest geschikte handhavingsinstrument. Met het opleggen van een last onder dwangsom beoogt het Commissariaat te bewerkstelligen dat M7 wat betreft het 'Basis-pakket' en het 'Recreatiepakket' van CanalDigitaal zo spoedig mogelijk aan de doorgifteplicht van de televisieprogrammakanalen van de Nederlandstalige landelijke Belgische openbare omroepdienst zal voldoen.
65. Het Commissariaat is niet gebleken van omstandigheden die het zouden rechtvaardigen van de toepassing van de last onder dwangsom in dit geval af te zien. M7 heeft niet aangetoond dat zij wat betreft het 'Basis-pakket' en het 'Recreatiepakket' van CanalDigitaal in aanmerking komt voor ontheffing van de wettelijke doorgifteplicht zoals opgenomen in artikel 6.13, derde lid, aanhef en onder f, van de Mediawet 2008 en het niet voldoen aan deze bepaling niet aan haar kan worden verweten.
66. M7 heeft tijdens de hoorzitting op 19 september 2014 geen enkele stelling aangevoerd tegen het voornemen om aan M7 een last onder dwangsom op te leggen met eventuele te verbeuren dwangsommen van € 800 per dag met een maximum van € 45.600 met een begunstigingstermijn tot 4 november 2014. Het Commissariaat ziet geen reden om terug te komen op deze voorgenomen last onder dwangsom.
67. In de Beleidslijn Sanctiemaatregelen 2011 is een berekeningsmethodiek neergelegd die fungeert als leidraad en niet als dwingend voorschrift bij het opleggen van boetes (artikel 2.13 van de Beleidslijn Sanctiemaatregelen 2011). Bij het opleggen van deze last onder dwangsom zoekt het Commissariaat voor het bepalen van de aard, de ernst en de duur van de overtreding aansluiting bij de Beleidslijn Sanctiemaatregelen 2011. Het zoeken van aansluiting bij de Beleidslijn Sanctiemaatregelen 2011 ten aanzien van de aard en de ernst van de overtreding verhoogt de rechtszekerheid en transparantie.
68. In artikel 2.4 van de Beleidslijn Sanctiemaatregelen 2011 worden drie boetecategorieën met bijbehorende bandbreedtes genoemd. De plaatsing van een overtreding in een boetecategorie is afhankelijk van de aard, ernst en voor zover relevant de duur van de

overtreding. Overtreding van artikel 6.13 van de Mediawet 2008 valt in Boetecategorie A.

69. Overtreding van de doorgifteplicht is een ernstige overtreding zoals omschreven in artikel 2.8 van de Beleidslijn Sanctiemaatregelen 2011. In artikel 2.8 van de Beleidslijn Sanctiemaatregelen 2011 is uiteengezet aan welke omstandigheden bij ernstige overtredingen moet worden gedacht. Het overtreden van de doorgifteplicht van de programmakanalen van de Nederlandstalige landelijke Belgische openbare omroepdienst sluit aan bij de omstandigheden die in artikel 2.8 van de Beleidslijn Sanctiemaatregelen 2011 worden genoemd.
70. De hoogte van de dwangsom is gerelateerd aan de ernst van de overtreding, waarbij aansluiting is gezocht bij de Beleidslijn Sanctiemaatregelen 2011. Op grond van de Beleidslijn Sanctiemaatregelen 2011 dient overtreding van de doorgifteplicht te worden aangemerkt als een ernstige overtreding. Dit volgt uit artikel 2.2 in samenhang gelezen met artikel 2.4 van de Beleidslijn Sanctiemaatregelen 2011. De hoogte van de dwangsom wordt daarom vastgesteld op € 800 per dag met een maximum van € 45.600.
71. Bij het bepalen van de hoogte van de eventueel te verbeuren dwangsommen dient rekening te worden gehouden met eventuele verhogende of verlagende omstandigheden die de dwangsommen zouden moeten verhogen of verlagen. Van dergelijke omstandigheden die nog van invloed zouden moeten zijn op de hoogte van de eventueel te verbeuren dwangsommen, is het Commissariaat niet gebleken.
72. De hoogte van de eventueel te verbeuren dwangsommen dient in redelijke verhouding te staan tot de zwaarte van het geschonden belang. Het Commissariaat acht de hoogte van de eventueel te verbeuren dwangsommen in dit specifieke geval in overeenstemming met de zwaarte van de geschonden belangen.
73. Het Commissariaat gaat ervan uit dat de hoogte van de dwangsom voor M7 een voldoende prikkel zal zijn om aan deze lastgeving te voldoen. De dwangsom is niet zodanig hoog dat deze niet in verhouding staat tot de overtreding. Het Commissariaat heeft de hoogte van de maximaal te verbeuren dwangsommen in alle redelijkheid vast kunnen stellen.
74. Gelet op het voorgaande legt het Commissariaat op grond van artikel 7.12, derde lid, van de Mediawet 2008 aan M7 voor overtreding van de doorgifteplicht in het 'Basis-pakket' en het 'Recreatiepakket' van CanalDigitaal een last onder dwangsom op. Het Commissariaat stelt 4 november 2014 als uiterste datum voor het beëindigen van de geconstateerde overtreding. Daarmee heeft M7 naar het oordeel van het Commissariaat voldoende tijd om de gevolgen van de overtreding ongedaan te maken door de drie verplichte televisieprogrammakanalen van de Nederlandstalige landelijke Belgische openbare omroepdienst door te geven in het 'Basis-pakket' en het 'Recreatiepakket' van CanalDigitaal en de betreffende abonnees hierover te informeren.

g. Publicatie

75. Op grond van artikel 8 van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) besluit het Commissariaat de volledige tekst van dit besluit twee weken na bekendmaking daarvan op zijn website te publiceren. Het Commissariaat ziet daartoe geen belemmering op grond van artikel 10 van de Wob.

h. Besluit

76. Het Commissariaat:

- I. Besluit gezien het voorgaande en gelet op artikel 6.14d van de Mediawet 2008, het verzoek van M7 Group S.A. om ontheffing van de doorgifteplicht van artikel 6.13, derde lid, aanhef en onder f, en vierde lid, onder e, van de Mediawet 2008 voor het DVB-T pakket van Online.nl af te wijzen. Aan M7 Group S.A. wordt voor het DVB-T pakket van Online.nl een termijn gegund tot 1 oktober 2014 waarbinnen dit pakket in overeenstemming met voornoemde verplichtingen van de Mediawet 2008 moet zijn;
- II. Besluit gezien het voorgaande en gelet op artikel 6.14d van de Mediawet 2008, het verzoek van M7 Group S.A. om ontheffing van de doorgifteplicht van artikel 6.13, derde lid, aanhef en onder f, van de Mediawet 2008 voor het 'Basis-pakket' en het 'Recreatiepakket' van CanalDigitaal af te wijzen;
- III. Besluit gezien het voorgaande en gelet op artikel 6.13, derde lid, aanhef en onder d, artikel 7.12, derde lid, van de Mediawet 2008 tot het opleggen van een last onder dwangsom aan M7 Group S.A. voor het 'Basis-pakket' en het 'Recreatiepakket' van CanalDigitaal ten einde voortduring van overtreding van de doorgifteplicht van artikel 6.13, derde lid, aanhef en onder f, van de Mediawet 2008 te voorkomen;
- IV. Besluit dat M7 Group S.A. bovengenoemde last uiterlijk 4 november 2014 moet hebben uitgevoerd. Voor elke dag, gerekend vanaf 4 november 2014, dat M7 Group S.A. geen uitvoering geeft aan deze last, zal M7Group een dwangsom verbeuren van € 800 met een maximum van € 45.600;
- V. Besluit dat M7 Group S.A. het Commissariaat voor de Media uiterlijk 4 november 2014 informeert over de wijze waarop zij aan, de onder IV., genoemde termijn heeft voldaan;
- VI. Besluit dat de last eindigt op 31 december 2014;
- VII. Publiceert op grond van artikel 8 van de Wet openbaarheid van bestuur de volledige tekst van dit besluit over twee weken op zijn website.

Hilversum, 7 oktober 2014
COMMISSARIAAT VOOR DE MEDIA,

prof. mr. dr. Madeleine de Cock Buning
voorzitter

drs. Eric Eljon
commissaris

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen op grond van de Algemene wet bestuursrecht binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt bezwaar maken bij het Commissariaat voor de Media, postbus 1426, 1200 BK te Hilversum.

Bijlage 1: Juridisch kader

Voor zover hier van belang:

Mediawet 2008

Artikel 6.9a

“In deze afdeling wordt verstaan onder:

- a. <<*abonnee*>>: natuurlijke persoon of rechtspersoon die partij is bij een overeenkomst met een pakketaanbieder met betrekking tot de ontvangst van een of meer programmapakketten;
- b. <<*pakketaanbieder*>>: een natuurlijk persoon of rechtspersoon die een of meer programmapakketten tegen betaling verspreidt of laat verspreiden door middel van een omroepnetwerk of een omroepzender;
- c. <<*programmapakket*>>: een door een natuurlijk persoon of rechtspersoon samengesteld geheel van televisie- en radioprogrammakanalen die hoofdzakelijk door derden zijn geproduceerd;
- d. <<*standaardprogrammapakket*>>: een programmapakket als bedoeld in artikel 6.13 of in artikel 6.14.”

Artikel 6.12

“1. Deze paragraaf is van toepassing op pakketaanbieders die een of meer programmapakketten naar ten minste 100.000 abonnees in Nederland verspreiden of laten verspreiden.”

Artikel 6.13

- “1. Als een pakketaanbieder een of meer digitale programmapakketten verspreidt of laat verspreiden, ontvangen alle abonnees die met hem een overeenkomst met betrekking tot de ontvangst van een of meer digitale programmapakketten hebben gesloten, in elk geval een digitaal standaardprogrammapakket.
2. Het standaardprogrammapakket bestaat uit ten minste dertig televisieprogrammakanalen en een door de pakketaanbieder met inachtneming van het vierde lid te bepalen aantal radioprogrammakanalen. De programmakanalen worden ongewijzigd verspreid. Bij ministeriële regeling kunnen diensten worden aangewezen waarvan het signaal als integraal onderdeel van de programmakanalen moet worden doorgegeven en kunnen nadere regels worden gesteld voor de doorgifte van deze diensten.
3. Voor zover het betreft televisieprogrammakanalen, bevat het standaardprogrammapakket in elk geval:
- e. (...)
 - f. één televisieprogrammakanaal van de Nederlandstalige landelijke Belgische openbare omroepdienst.’
4. Voor zover het betreft radioprogrammakanalen, bevat het standaardprogrammapakket in elk geval:
- e. vijf radioprogrammakanalen van de Nederlandstalige landelijke Belgische openbare omroepdienst.”

Artikel 6.14b

“Het digitale standaardprogrammapakket dat een pakketaanbieder door middel van een satelliet verspreidt of laat verspreiden, bevat in afwijking van artikel 6.13, derde en vierde lid, niet het programma-aanbod op programmakanalen als bedoeld in de onderdelen b, c, d en e van artikel 6.13, derde lid, onderscheidenlijk de onderdelen b, c, d van artikel 6.13, vierde lid.”

Artikel 6.14d

“Het Commissariaat kan geheel of gedeeltelijk ontheffing verlenen van de verplichtingen, bedoeld in de artikelen 6.13, 6.14, 6.14b en 6.14c, als het onverkort nakomen daarvan leidt tot disproportionele kosten, tot een belemmering van innovatie of tot anderszins onredelijke uitkomsten. Het Commissariaat kan aan een ontheffing voorschriften verbinden.”

Artikel 7.11

“1. Het Commissariaat is belast met de bestuursrechtelijke handhaving van het bepaalde bij of krachtens deze wet, met uitzondering van:

- a. de artikelen 2.2 tot en met 2.27, 2.29 tot en met 2.33, 2.34a tot en met 2.34j, 2.36 tot en met 2.41, 2.53 tot en met 2.57, 2.59, 2.60, 2.125 tot en met 2.131, 2.143 tot en met 2.145, 2.148a, 2.149, 2.150, eerste lid, 2.151, eerste lid, 2.166 tot en met 2.168, 2.180 tot en met 2.187, 4.2 tot en met 4.5 en 626; en
- b. hoofdstuk 8.”

Artikel 7.12

“1. Bij overtreding van het bepaalde bij of krachtens deze wet, met uitzondering van de artikelen 2.34, eerste lid, 2.58, onderdelen a tot en met c, en e, 2.170 en 2.170a of artikel 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht kan het Commissariaat aan de overtreder een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste € 225 000 per overtreding.

(...)

3. Bij overtreding van het bepaalde bij of krachtens deze wet, met uitzondering van de artikelen 2.34, tweede lid, 2.35, 2.58, onderdeel d, 2.70, 2.71, derde en vierde lid, 2.88b tot en met 2.92, 2.94 tot en met 2.99, 2.106 tot en met 2.108, 2.111, eerste lid, 2.115 tot en met 2.124, 2.150, tweede en derde lid, 2.151, tweede lid, 2.170 en 2.170a, 3.5b tot en met 3.14, 3.15, tweede lid, 3.16, 3.17, 3.19 tot en met 3.19b, 3.20 tot en met 3.26, 3.29, 3.29d, 4.1, 4.6, 5.1 tot en met 5.4, 6.4, 6.6, tweede lid, en 6.23 tot en met 6.25, kan het Commissariaat aan de overtreder een last onder dwangsom opleggen.”

Algemene wet bestuursrecht**Artikel 4:14**

“3. Indien, bij het ontbreken van een bij wettelijk voorschrift bepaalde termijn, een beschikking niet binnen acht weken kan worden gegeven, deelt het bestuursorgaan dit binnen deze termijn aan de aanvrager mede en noemt het daarbij een redelijke termijn waarbinnen welke de beschikking wel tegemoet kan worden gezien.”

Beleidslijn Sanctiemaatregelen 2011**Artikel 2.2**

“Bij de beoordeling van de vraag of en, zo ja, welke sanctiemaatregel dient te worden getroffen, houdt het Commissariaat rekening met de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de belanghebbende kan worden verweten. Het Commissariaat houdt bij de beoordeling rekening met relevante omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.”

Artikel 2.4

“Voor de vaststelling van de hoogte van een bestuurlijke boete hanteert het Commissariaat, met inachtneming van het in artikel 7.12 van de Mediawet 2008 neergelegde boetemaximum, de volgende berekeningsmethodiek. Voor het bepalen van de ernst van een overtreding zijn de te handhaven normen allereerst onderverdeeld in drie categorieën (A, B en C) met verschillende bandbreedtes.

In dit kader wordt vervolgens, voor wat de impact van een overtreding betreft, een onderscheid gemaakt tussen media-instellingen met een landelijk, regionaal of lokaal publieksbereik c.q. verspreidingsniveau.

De plaatsing van de betrokken overtreding binnen de in de boetecategorieën weergegeven bandbreedtes is afhankelijk van de aard, de ernst en voorzover relevant de duur van de overtreding.

Aan de hand van boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden wordt vervolgens beoordeeld of, en zo ja in welke mate, de overtreding verwijtbaar is, en wordt zodoende de hoogte van de op te leggen boete vastgesteld. De vaststelling van de boetecategorie laat de mogelijkheid onverlet dat door toepassing van artikel 2.13 en/of door de aanwezigheid van boeteverhogende en boeteverlagende factoren buiten de berekeningsmethodiek en/of bandbreedte van de desbetreffende boetecategorie wordt getreden.”

Artikel 2.8

“Een ernstige overtreding is een overtreding waarbij sprake is van een of meer van de volgende omstandigheden:

- een publieke media-instelling heeft de beginselen van non-commercialiteit, bijvoorbeeld het dienstbaarheidsverbod, en onafhankelijkheid in meer dan beperkte mate geschonden;
- een publieke media-instelling heeft het beginsel van rechtmatige besteding van middelen of het beginsel van transparantie in de financiële verantwoording in meer dan beperkte mate geschonden;
- geboden die zijn te converteren in percentages zijn meer dan 1/2 maar minder dan 4/5 behaald;
- verboden die zijn te converteren in percentage met een percentage tussen de 1/20 en 2/10 overschreden;
- overtredingen die de toegang tot de kabel betreffen;
- sluikreclame met grote nadruk;
- andere omstandigheden die de overtreding naar het oordeel van het Commissariaat ernstig maken;
- het in ernstige mate niet naleven van de medewerkings- en inlichtingenplicht;
- een herhaalboete van een lichte overtreding.”

Artikel 2.10

“Het Commissariaat bepaalt de bandbreedte van de desbetreffende boetecategorie aan de hand van de omstandigheden als genoemd in 2.7, 2.8 en 2.9. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete binnen de bij de overtreding horende bandbreedte wordt uitgegaan van het midden van de bandbreedte.”

Artikel 2.13

“De in de artikelen 2.4 tot en met 2.12 neergelegde berekeningssystematiek voor de bepaling van de hoogte van boetes fungeert als leidraad en niet als dwingend voorschrift. In daarvoor naar het oordeel van het Commissariaat in aanmerking komende omstandigheden kan van die methodiek worden afgeweken.”

Wet openbaarheid van bestuur

Artikel 8

“Het bestuursorgaan dat het rechtstreeks aangaat, verschaf uit eigen beweging informatie over het beleid, de voorbereiding en de uitvoering daaronder begrepen, zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering.”

Artikel 10

“1. Het verstrekken van informatie ingevolge deze wet blijft achterwege voor zover dit:
(...)

- c. bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld;

2. Het verstrekken van informatie ingevolge deze wet blijft eveneens achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen de volgende belangen:

(...)

- g. het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel derden.”