

Publieke media op internet: zorgplicht en concurrentievervalsing

Wouter Hins[■]

INLEIDING

Op een deur van de afdeling eLaw@Leiden hangt een papier dat groot ontzag inboezemt. Het is een fotokopie van een wetenschappelijk artikel, waarvan de titel luidt: *Technologie komunikacyjno-informatyczne a s¸downictwo w Holandii – aktualna sytuacja*. De publicatie is afkomstig uit de *Monotor Prawniczy*, zeg maar het Nederlands Juristenblad van Polen, aflevering 16 van het jaar 2006. De naam van de schrijver staat eronder: 'A. Schmidt, eLaw@Leiden, Centrum Prawa i Spo¸ecze¸stwa Informatycznego'. Het moge duidelijk zijn: Aernout Schmidt, ter ere van wie deze bundel verschijnt, heeft zijn vleugels tot ver in Oost-Europa uitgeslagen. Onderstaande bijdrage is mede geïnspireerd door de indrukwekkende Poolse titel. Mijn onderwerp heeft ook te maken met informatie- en communicatietechnologie, Europese ontwikkelingen en de 'aktualna sytuacja' in Nederland. Veiligheidshalve heb ik wel gekozen voor een onderwerp waarbij ik mij thuis voel, te weten het mediarecht. Dit vakgebied, dat zich bezighoudt met de openbare communicatie, kent als belangrijke beginselen de vrijheid van meningsuiting en het streven naar een eerlijke mededinging.

Een kort woord ter inleiding. Vroeger was het medialandschap scherp onderverdeeld in een publieke en een private sector. Aan de ene kant lag het gebied van de geschreven pers, waar het vrije ondernemerschap kon floreren. De overheid hield zich afzijdig, indachtig artikel 7, eerste lid, van de Grondwet: 'Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren (..)'. Aan de andere kant lag het gebied van de omroep, waarmee de overheid zich juist heel stevig bemoeide. Er was immers een schaarste aan frequenties en de invloed op de openbare meningsvorming van radio en televisie was groot. Illustratief is het uitgangspunt van artikel 7, tweede lid, van de Grondwet: 'De wet stelt regels omtrent radio en televisie (..)'. In 1989 – een maand voor het vallen van de Berlijnse muur – blijkt de Nederlandse wetgeving echter niet in staat commerciële televisie vanuit Luxemburg te weren. De voorloper van RTL4 doet zijn intrede.¹ Vanaf die tijd is het gebied van de omroep gesplitst. Het geheel van door

■ Wouter Hins is hoogleraar Mediarecht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid in Leiden. Hij is daarnaast universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

1 V.zr. 29 september 1989, NOS e.a. vs CvdM, KG 1989, 393 en AB 1991, 371 m.nt. B.P. Vermeulen. De uitspraak werd bekend gemaakt op 4 oktober 1989.

de Staat gefinancierde en gereguleerde verenigingen en stichtingen wordt aangeduid als de ‘publieke omroep’. Dit in tegenstelling tot de commerciële omroep, die bestaat uit private ondernemingen. Sedert een wetswijziging van 1991 hoeven zij niet meer via de achterdeur binnen te sluipen.² Zij kunnen zich gewoon in Nederland vestigen. Wat betreft de geschreven pers blijft de overheid afzijdig, afgezien van een beperkte steunregeling.

Op 1 januari 2009 is de Mediawet geheel herzien.³ De wetgever overwoog ‘dat het wenselijk is de taakopdracht van de publieke omroep te wijzigen in het licht van ontwikkelingen in technologie, media-aanbod, media-productie, distributie en mediagebruik’ en heeft de publieke omroep ruim baan gegeven om nieuwe elektronische media te gebruiken. Eigenlijk mag men niet meer spreken van publieke omroepinstellingen. Het nieuwe woord luidt ‘publieke media-instellingen’. De bedoeling is duidelijk. Er moet een publieke sector komen in de sfeer van digitale televisie, IPTV, mobiele televisie en ‘video on demand’. Zou de publieke omroep zich moeten beperken tot zijn oorspronkelijke domein, dan dreigt hij te marginaliseren. Probleem is echter dat de geschreven pers ook in zijn oorspronkelijke domein beknedd is geraakt. Wil een krant overleven, dan zal ook zij haar vleugels moeten uitslaan naar het internet.⁴ De vraag rijst dan of de aanwezigheid van door de overheid gesubsidieerde themakanalen en on-line-content moet worden beschouwd als concurrentievervalsing. Moet de publieke omroep terug in zijn hok of is een vruchtbare werkrelatie mogelijk?

PUBLIEKE MEDIADIENSTEN

De expansie van de publieke omroep naar nieuwe platforms is een geleidelijk proces geweest. Een belangrijk moment was de vaststelling van de zogeheten Concessiewet van 23 maart 2000.⁵ De wet introduceerde in artikel 13c van de vorige Mediawet een taakomschrijving voor de publieke omroep. Blijkens het eerste lid, onderdeel a, kreeg de publieke omroep onder meer tot taak: ‘het op landelijk, regionaal en lokaal niveau verzorgen van een veelzijdig en kwalitatief hoogstaand aanbod van programma’s voor algemene omroep op het gebied van informatie, cultuur, educatie en verstrooiing en deze uit te zenden of te doen uitzenden op open netten’. In het tweede lid van hetzelfde artikel stonden kwaliteitseisen die grotendeels overeenkomen

² Wet van 18 december 1991, *Stb.* 769.

³ Wet van 29 december 2008, *Stb.* 583 (Mediawet 2008). De wet trad grotendeels in werking op 1 januari 2009 krachtens koninklijk besluit van 29 december 2008, *Stb.* 585. Inmiddels is die wet weer gewijzigd bij Wet van 2 juli 2009, *Stb.* 300, deels in werking getreden op 17 juli 2009 krachtens koninklijk besluit van 3 juli 2009, *Stb.* 301.

⁴ Zie het rapport ‘De volgende editie’ van de Tijdelijke Commissie Innovatie en Toekomst Pers (Commissie-Brinkman) d.d. 23 juni 2009, p. 34.

⁵ Wet van 23 maart 2000, *Stb.* 138 (Wet tot wijziging van de Mediawet in verband met de invoering van een vernieuwd concessiestelsel voor de landelijke publieke omroep).

met artikel 2.1 van de huidige Mediawet. Over nieuwe distributieplatforms bepaalde artikel 13c, derde lid: 'De publieke omroep kan mede invulling geven aan zijn taak, bedoeld in het eerste lid, door tevens te voorzien in andere dan de in het eerste lid, onderdeel a, bedoelde wijzen van aanbod en verspreiding van programmamateriaal.' De publieke omroep hoefde zich dus niet te beperken tot *open netten*. Andere wijzen van verspreiding, bijvoorbeeld themakanalen op de kabel of op internet, werden in de Kamerstukken aangeduid als 'neventaken'. Zij hoorden weliswaar niet tot de hoofdtak, maar mochten wel worden bekostigd uit de omroepmiddelen.

Om te bevorderen dat investeringen in neventaken doelmatig zouden worden gedaan voegde de Concessiewet van 2000 ook een nieuw artikel 55b aan de Mediawet toe. Het artikel bepaalde in de eerste plaats dat niet iedere omroepvereniging op eigen houtje een geprofileerd themakanaal mocht gaan opzetten. Dat zou afbreuk doen aan de samenhang van de publieke omroep als geheel en leiden tot geldverspilling. Als AVRO, EO, KRO en andere omroepen ieder apart gaan onderhandelen met kabelexploitanten om een themakanaal door te geven, vliegen de uitzendkosten de hoogte in. Vandaar dat een meldplicht werd voorgeschreven bij de Raad van Bestuur van NPO. Binnen twee maanden kon de Raad van Bestuur een veto uitspreken ter bescherming van het gemeenschappelijk belang van de landelijke omroep. Daarnaast stelde artikel 55b, tweede lid, enige grenzen aan het verrichten van neventaken. Door een verwijzing naar een ander artikel gold onder meer de eis dat de activiteit niet mocht leiden of kunnen leiden tot 'concurrentievervalsing ten opzichte van andere aanbieders van dezelfde of vergelijkbare goederen of diensten'.⁶

Er heeft een zich een kluwen van juridische procedures afgespeeld over de vraag of de publieke omroep nu wel of niet gerechtigd was speciale themakanalen op de kabel aan te bieden zoals Colorful Radio voor jongeren en de Concertzender voor liefhebbers van klassieke muziek.⁷ Commerciële omroepen zoals Radio 538 en Classic FM meenden dat sprake was van ongeoorloofde staatssteun en concurrentievervalsing. Hier kan volstaan worden met de opmerking dat het omroepbeleid van de regering zeer kritisch gevolgd werd door de Europese Commissie. Nederland stond niet als enige in het verdachtenbankje. Op basis van artikel 88, tweede lid, van het EG-verdrag besloot de Europese Commissie diverse regeringen op te dragen verleende steun aan publieke omroepen terug te vorderen. Nederland kreeg daartoe een bevel op 22 juni 2006, al had dit bevel vooralsnog geen betrek-

6 Artikel 55b, tweede lid, verwees naar artikel 57a, eerste lid, van de Mediawet. Zie ook de Notitie neventaken publieke omroep 2002 van het Commissariaat voor de Media d.d. 4 december 2001, welke notitie gewijzigd werd op 8 april 2003, *Stcrt.* 86, p. 25.

7 Chavannes 2004; Kroes 2005, in het bijzonder p. 254; Robichon-Lindenkamp 2007.

king op de financiering van neventaken.⁸ De wetenschap dat er een EG-rechtelijk probleem dreigde was voor de regering wel aanleiding de teugels strakker aan te trekken. Er zou scherper gecontroleerd worden of een concrete taak niet beter aan de vrije markt kan worden overgelaten. Dit leidde tot een algemene maatregel van bestuur die inhield dat elke neventaak vooraf door de minister van OCW moest worden goedgekeurd.⁹

Zoals gezegd is er sinds 1 januari 2009 een geheel vernieuwde Mediawet. Volgens de memorie van toelichting gaat het om een 'multimediawet' omdat het wetsvoorstel de regelgeving 'aanpast aan de digitale en multimediale praktijk'.¹⁰ In het digitale tijdperk horen, aldus de regering, themakanalen, websites en audiovisuele diensten als 'Uitzending gemist' onlosmakelijk bij de publieke taak. Om dat duidelijk te maken, schrapte het wetsvoorstel het onderscheid tussen hoofd- en neventaken.¹¹ Een kernbegrip in artikel 1.1 van de Mediawet 2008 is het begrip 'mediadienst'. Dat is een dienst die bestaat uit het verzorgen van media-aanbod door middel van elektronische communicatienetwerken als bedoeld in artikel 1.1, onderdeel h, van de Telecommunicatiewet, waarvoor de verzorger redactionele verantwoordelijkheid draagt. Mediadienst is een zeer ruim begrip dat elke elektronische communicatie naar een publiek omvat: niet alleen omroepdiensten, maar ook informatiediensten die op individueel verzoek worden geleverd.

Tot 1 januari 2009 droeg het grootste hoofdstuk van de Mediawet het opschrift 'De publieke omroep'. Nu heet het grootste hoofdstuk 'Publieke mediadiensten' (artikel 2.1 tot en met 2.188). Dat is een inhoudelijke verandering. Hieruit blijkt dat de 'publieke omroep' zich niet hoeft te beperken tot het verzorgen van omroep.¹² Een beetje inconsequent is dat het coördinerende orgaan van de landelijke publieke mediadienst wel de wettelijke naam Nederlandse Publieke Omroep heeft gekregen. Het zal een praktische reden hebben: de naam was al ingeburgerd. Hoofdstuk 2 blijkt vervolgens uit drie soorten bepalingen te bestaan. Men moet de definities van artikel 1.1 bij de hand houden om ze uit elkaar te houden. Bevat een bepaling de woorden 'media-aanbod' of 'aanbodkanaal' dan heeft zij betrekking op alle audiovisuele diensten. Leest men de woorden 'programma', 'programma-aanbod' of 'programmakanaal', dan is de reikwijdte van het artikel beperkt tot

8 De beschikking aan het adres van Nederland d.d. 22 juni 2006 is gepubliceerd in *Pb L 49* van 22 februari 2008, p. 1. Beschikkingen aan het adres van diverse andere lidstaten worden vermeld in voetnoten 29 en 37 van de herziene Omroepmededeling 2009 van de Europese Commissie d.d. 2 juli 2009.

9 K.B. van 28 september 2006, Stb. 448 (Besluit tot wijziging van het Mediabesluit in verband met nadere regels inzake het verrichten van neventaken door publieke omroepinstellingen). Zie in het bijzonder het hierin opgenomen artikel 32d, derde lid, van het Mediabesluit.

10 *Kamerstukken II* 2007-08, 31 356, nr. 3, p. 1.

11 *Kamerstukken II* 2007-08, 31 356, nr. 3, p. 2.

12 Een omroepdienst wordt volgens artikel 1.1. van de Mediawet 2008 gekenmerkt door een chronologisch uitzendschema en gelijktijdige ontvangst door het publiek.

omroepdiensten.¹³ Dat begrip omvat mede abonneetelevisie, IPTV en omroep voor mobiele telefoons.¹⁴ De derde categorie ten slotte wordt gevormd door bepalingen die verwijzen naar 'de algemene programmakanalen'. Zo'n bepaling heeft betrekking op wat vroeger de 'hoofdtaak' heette, de traditionele radio en televisie.¹⁵

Wat de publieke mediaopdracht inhoudt, staat in zeer algemene bewoordingen omschreven in artikel 2.1 van de Mediawet. Om een idee te geven: de publieke mediadiensten moeten voldoen aan democratische, sociale en culturele behoeften van de Nederlandse samenleving. Dat blinkt niet uit door scherpte. De nadere invulling van de opdracht geschiedt – althans op landelijk niveau – op voorstel van de Nederlandse Publieke Omroep (NPO). Eens in de vijf jaar stelt de NPO een concessiebeleidsplan op, waarin onder meer moeten zijn opgenomen:

- a. een beschrijving van de wijze waarop in de komende vijf jaar de publieke mediaopdracht op landelijk niveau wordt uitgevoerd, tevens uitgewerkt in kwantitatieve en kwalitatieve doelstellingen voor het media-aanbod en het publieksbereik van de landelijke publieke mediadienst;
- b. aard en aantal van de programmakanalen en de daarvoor gewenste frequentieruimte;
- c. aard en aantal van de overige aanbodkanalen.

(..)¹⁶

De onderwerpen genoemd onder b en c behoeven de instemming van de minister van OCW, zo bepaalt artikel 2.21 Mediawet. Vervolgens wordt op basis van het beleidsplan een prestatieovereenkomst gesloten.

In de ogen van de pers is de uitbreiding van de publieke taak te ver gegaan. In een open brief van 14 december 2008 aan de minister van OCW sprak een groot gezelschap van hoofdredacteuren en uitgevers bezorgdheid uit over de economische situatie van de gedrukte media. Minister Plasterk had een maand eerder aan de Tweede Kamer geschreven niets te voelen voor overheidssteun aan de pers, omwille van haar onafhankelijkheid.¹⁷ Akkoord, zo stelde de open brief, maar bescherm ons dan in ieder geval tegen oneerlijke concurrentie. De brief vervolgde:

"De ondertekenaars willen zich zeker niet keren tegen al het goede dat de publieke omroepen te bieden hebben, maar vragen zich wel af of het

13 Verwarrend is dat de EG-richtlijn audiovisuele mediadiensten het begrip 'programma' in een ruimere betekenis hanteert dan de Mediawet. Volgens artikel 1 onderdeel b van de richtlijn betekent het een reeks bewegende beelden die hetzij via een uitzendschema, hetzij op aanvraag, aan het publiek worden aangeboden. Richtlijn 2007/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van Richtlijn 89/552/EEG van de Raad (Richtlijn audiovisuele mediadiensten).

14 *Kamerstukken II* 2007-08, 31 356, nr. 3, p. 22.

15 Zie artikel 2.1, derde lid, van de Mediawet.

16 Artikel 2.20, tweede lid, van de Mediawet.

17 Brief van de minister van OCW over het persbeleid d.d. 14 november 2008, *Kamerstukken II*, 2008-09, 31 777, nr. 1.

publiceren van tijdschriften en het bouwen van websites niet wat te ver staan van de oorspronkelijke taak van de publieke omroep. In elk geval zorgen deze activiteiten, samen met het uitzenden van reclame, voor concurrentievervalsing. De gedrukte media moeten immers opboksen tegen een concurrent die zich financieel gesteund weet door de overheid, waardoor het extra moeilijk is voldoende gelden te vergaren die weer nodig zijn om innovaties te plegen.”¹⁸

ZORGPLICHT VAN DE OVERHEID

Het kan nooit kwaad af en toe stil te staan bij de vraag waarom de overheid zich überhaupt met de media moet bemoeien. Waarom zijn er door de overheid georganiseerde en gefinancierde media? Natuurlijk, het verschijnsel van een publieke naast een private sector komt wel vaker voor. Wij komen dit model tegen op allerlei terreinen van het maatschappelijk leven, zoals onderwijs, volkshuisvesting, gezondheidszorg, vervoer en cultuur. Daarmee staat echter nog niet vast dat een duaal bestel ook voor de media passend is. Zeker bij het verstrekken van informatie over zaken van algemeen belang moet de staat de vrijheid meningsuiting respecteren. Dat grondrecht dwingt tot terughoudendheid. Theoretisch zou de staat kunnen besluiten de media vrijwel geheel aan de vrije markt over te laten, om slechts bij een falen van de markt corrigerend in te grijpen. Bijvoorbeeld door diensten die commercieel niet rendabel zijn, maar die wel van maatschappelijk belang worden geacht, in het openbaar aan te besteden. Of door een zeer beperkte steunregeling te handhaven, zoals bij dagbladen en opinietijdschriften.

Binnen de Raad van Europa is echter de algemene opvatting dat een publieke mediadienst gewenst is. Deze hoeft niet beperkt te blijven tot een steeds kleiner wordend reservaat van radio en televisie. Dit blijkt uit een Recommendation van het Comité van Ministers van 31 januari 2007 ‘on the remit of public service media in the information society’.¹⁹ De tekst mondt uit in aanbevelingen aan de regeringen van de lidstaten om de volgende dingen te doen:

- “i. guarantee the fundamental role of the public service media in the new digital environment, setting a clear remit for public service media, and enabling them to use new technical means to better fulfil this remit and adapt to rapid changes in the current media and technological landscape, and to changes in the viewing and listening patterns and expectations of the audience;

18 De brief van de hoofdredacteuren en de uitgevers d.d. 14 december 2008 is gepubliceerd op www.nrc.nl/redactie/media/krantenbriefaanplasterk.pdf.

19 Recommendation CM/Rec(2007)3 of the Committee of Ministers to Member States on the remit of public service media in the information society, adopted by the Committee of Ministers on January 31, 2007 at the 985th meeting of the Ministers’ Deputies. Zie ook de eerdere Recommendation 1641 (2004) of the Parliamentary Assembly on Public Service Broadcasting, January 27, 2004.

- ii. include, where they have not already done so, provisions in their legislation/regulations specific to the remit of public service media, covering in particular the new communication services, thereby enabling public service media to make full use of their potential and especially to promote broader democratic, social and cultural participation, inter alia, with the help of new interactive technologies;
- iii. guarantee public service media, via a secure and appropriate financing and organisational framework, the conditions required to carry out the function entrusted to them by member states in the new digital environment, in a transparent and accountable manner;
- iv. enable public service media to respond fully and effectively to the challenges of the information society, respecting the public/private dual structure of the European electronic media landscape and paying attention to market and competition questions;
- v. ensure that universal access to public service media is offered to all individuals and social groups, including minority and disadvantaged groups, through a range of technological means;
- vi. disseminate widely this recommendation and, in particular, bring to the attention of public authorities, public service media, professional groups and the public at large, the guiding principles set out below, and ensure that the necessary conditions are in place for these principles to be put into practice.

(..)”

Recommendations van het Comité van Ministers zijn geen bindende besluiten, maar hebben wel een juridische relevantie. Vaak ziet men dat dergelijke teksten invloed hebben op de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. De Recommendation over de publieke omroep is al geciteerd in een arrest tegen Polen van 16 juli 2009.²⁰ De klacht was ingediend door een journaliste van ‘Telewizja Polska Spółka Akcyjna’, de Poolse publieke televisie, die openlijk kritiek had geuit op de culturele verschraving van het programma-aanbod. Zij had voor deze uiting een berisping gekregen van haar werkgever, wat door het Hof – mede in het licht van de Recommendation – in strijd met de vrijheid van meningsuiting wordt geoordeeld. Denkbaar is dat in de toekomst de vraag zal worden gesteld hoe een uitbreiding van de taken van de publieke omroep naar het internet moet worden beoordeeld in het licht van artikel 10 EVRM. Is het subsidiëren van nieuwe diensten geoorloofd? Bestaat er zelfs een positieve verplichting om dit te doen?

Het belang van pluralisme is al in een vroeg stadium door het EHRM onderkend. Reeds in het Handyside-arrest van 1976 overwoog het Hof dat pluralisme een onmisbare voorwaarde is voor het bestaan van een democratische samenleving.²¹ Deze woorden zijn dikwijls herhaald, zodat men kan spreken van vaste jurisprudentie. Anders dan artikel 11, tweede lid, van het Handvest Grondrechten van de Europese Unie²² maakt artikel 10 EVRM niet

20 EHRM 16 juli 2009, appl. no. 20436/02, Wojtas-Kaleta vs Polen.

21 EHRM 7 december 1976, Handyside vs UK, NJ 1978, 236, r.o. 49. Zie ook Komorek 2009.

22 *PbEG* 2000, C 364/1.

uitdrukkelijk melding van een plicht tot het eerbiedigen van de pluriformiteit van de media. Wel is aannemelijk dat artikel 10 EVRM een positieve verplichting impliceert om het belang van het publiek bij een geschakeerd aanbod van informatie zo goed mogelijk te dienen. In het Sunday Times arrest overwoog het Hof dat artikel 10 niet alleen de vrijheid van de media beschermt, maar ook 'the right of the public to be properly informed'.²³ Eerder had de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens geschreven dat het kan voorkomen dat 'a State fails in its duty to protect against excessive press-concentrations', al deed zich die situatie in de onderhavige zaak niet voor.²⁴ In dezelfde lijn ligt het arrest *Lentia*, waarin gesproken wordt van 'the principle of pluralism of which the State is the ultimate guarantor'.²⁵

Hoe kan een geschakeerd aanbod van informatie het beste kan worden bereikt? Is het financieren van een brede publieke mediadienst daarvoor de beste methode? Het zal duidelijk zijn dat deze vraag in hoge mate politiek van aard is. Een VVD'er zal andere antwoorden geven dan een SP'er. Wat dat betreft is er een parallel te trekken met sociale grondrechten. De wetgever moet streven naar een bepaald doel, maar mag zelf de middelen kiezen om dat doel te bereiken. De rechter past een terughoudende opstelling, want hij is niet door het volk gekozen. Zelfs beperkingen van de uitingsvrijheid om het ideaal van pluriformiteit te bereiken zijn niet uitgesloten. Het EHRM heeft nog niet zo lang geleden geoordeeld dat het belang van 'the quality and balance of programmes' kan rechtvaardigen dat een zendvergunning voor televisie wordt geweigerd.²⁶ Echter, net als bij sociale grondrechten moet de rechter ingrijpen wanneer de keuzes van de wetgever volstrekt onredelijk zijn. Het Comité van Ministers wees in bovenstaande Recommendation – onder punt iv – op de noodzaak aandacht te besteden aan vragen van mededingingsrecht. In het bijzonder zou het niet te verkopen zijn wanneer de schrijvende pers geheel wordt opgeofferd ten behoeve van een publieke mediadienst.

CONCURRENTIEVERVALSING

Op 2 juli 2009 publiceerde de Europese Commissie de lang verwachte Omroepmededeling 2009.²⁷ In Nederlandse termen kunnen we spreken van

23 EHRM 26 april 1979, *Sunday Times vs UK*, NJB, 1980, 146, r.o. 66.

24 ECRM 6 juli 1976, *De Geïllustreerde Pers NV vs Nederland*, NJ 1978, 237, r.o. 88.

25 EHRM 24 november 1993, *Lentia vs Oostenrijk*, NJ 1995, 382, r.o. 38. Herhaald in o.a. EHRM 3 mei 2007, appl. no. 1543/06, *Bączkowski and Others v. Poland*, r.o. 64.

26 EHRM 5 november 2002, appl. no. 38743/97, *Demuth vs Zwitserland*, r.o. 33. Zie ook EHRM 28 maart 1990, *Groppera Radio vs Zwitserland*, NJ 1991, 739, r.o. 70.

27 Te vinden op http://ec.europa.eu/competition/index_nl.html. Zie het persbericht van de Commissie IP/09/1072. Commissaris Neelie Kroes van Mededinging is primair verantwoordelijk.

een beleidsregel waarin de Commissie haar beleid inzake staatssteun aan publieke media uiteenzet. Het werd hoog tijd dat de oude Omroepmededeling van 2001 werd vervangen, zowel om juridische als om praktische redenen. Een juridische reden is dat het Hof van Justitie in 2003 duidelijkheid heeft gecreëerd over de vraag wat staatssteun eigenlijk is. In het Altmark-arrest²⁸, dat betrekking had op de financiering van openbaar vervoer, bepaalde het Hof van Justitie dat een compensatie voor de kosten van een openbare dienstverplichting niet als staatssteun is te beschouwen als aan vier voorwaarden is voldaan:

1. De openbare dienstverplichtingen moeten duidelijk zijn afgebakend.
2. De maatstaven voor de berekening van de compensatie moeten vooraf op objectieve en doorzichtige wijze zijn vastgesteld.
3. De compensatie mag niet hoger zijn dan de kosten, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst.
4. Als niet gekozen is voor een openbare aanbesteding, moet de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld aan de hand van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt.

Is een bepaalde subsidie geen staatssteun, dan komt men niet meer toe aan de vraag of staatssteun gerechtvaardigd is op grond van de artikel 86, tweede lid, of artikel 87, tweede en derde lid, van het EG-verdrag.

Er is ook een praktische reden waarom de oude Omroepmededeling moest worden vervangen. Sedert 2001 zijn de distributieplatforms voor audiovisuele diensten veel talrijker geworden, zoals voor digitale televisie, IPTV, mobiele televisie en 'video on demand'. Het traditionele model van passieve consumptie verandert geleidelijk in een model met actieve participatie en controle door consumenten. Publieke en commerciële partijen pogen daarop in te spelen door diversificatie. Dat heeft geresulteerd in concurrentie met nieuwe spelers, zoals netwerkexploitanten en internetbedrijven. Er vindt bovendien een convergentie van audiovisuele diensten plaats nu consumenten steeds meer via één platform of toestel meerdere diensten kunnen ontvangen of één dienst via meerdere platforms of toestellen aangeboden krijgen. De Omroepmededeling van 2001 was niet op deze ontwikkelingen toegesneden. Wel moest de Europese Commissie de afgelopen jaren al oordelen over activiteiten van de Duitse publieke omroepen ARD en ZDF op het terrein van de nieuwe media. Bij het verrichten van deze diensten handelden beide omroepen in opdracht van het Rundfunkstaatsverdrag, een verdrag dat gesloten is tussen de Duitse deelstaten. Nadat Duitsland enkele toezeggingen had gedaan, besloot de Commissie de procedure te staken.²⁹

28 HvJEG 24 juli 2003, zaak C-280/00, Altmark Trans GmbH, Jur. 2003, p. I-7747.

29 Zie de uitvoerige beschikking van de Europese Commissie d.d. 24 april 2007, C(2007)1761 FINAL, alsmede de persberichten IP/07/543 en MEMO/07/150.

In de Omroepmededeling van 2009 wordt veel aandacht besteed aan de uitleg van artikel 86, tweede lid, van het EG-verdrag. Kennelijk gaat de Commissie ervan uit dat het voor een lidstaat heel moeilijk zal zijn aan de Altmark-criteria te voldoen. Dat sluit aan bij de beschikkingenpraktijk van de afgelopen jaren. Het blijkt vooral lastig de opgedragen openbare dienstverrichtingen ‘duidelijk’ af te bakenen. Dat lukt wel op het gebied van openbaar vervoer – laat twee keer per uur een bus rijden van Bussum naar Naarden – maar niet voor informatie, educatie, cultuur en verstrooiing in de media. Ook het vooraf vaststellen van objectieve maatstaven om de hoogte van de vergoeding vast te stellen, levert in de praktijk problemen op. Dat betekent dat er een rechtvaardiging moet worden gevonden voor het verlenen van staatssteun krachtens artikel 86 of 87 van het EG-verdrag. Artikel 87, derde lid onderdeel d, dat betrekking heeft op cultuurbeleid, lijkt een mogelijkheid te bieden. De Commissie meent echter dat deze uitzondering zeer beperkt moet worden uitgelegd. Bedoeld zijn cultuuruitingen in enge zin en niet het brede scala van programma’s dat een publieke omroep pleegt uit te zenden.

Essentieel is dus artikel 86, tweede lid, van het EG-verdrag. Onder bepaalde voorwaarden kan een afwijking van het verdrag worden toegestaan voor bepaalde categorieën diensten. De Omroepmededeling 2009 vat deze voorwaarden als volgt samen:

- i. de betrokken dienst moet een dienst van algemeen economisch belang zijn en duidelijk als dusdanig door de lidstaat zijn omschreven (omschrijving);
- ii. de betrokken onderneming moet door de lidstaat uitdrukkelijk met de verlening van die dienst zijn belast (toewijzing);
- iii. de toepassing van de mededingingsregels uit het Verdrag (in dit geval, het verbod op staatssteun) moet de vervulling van de aan deze onderneming toevertrouwde bijzondere taken verhinderen, en de ontheffing van die regels mag de ontwikkeling van het handelsverkeer niet beïnvloeden in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap (evenredigheidstoets).

De voorwaarde onder i doet een beetje denken aan de eerste voorwaarde van het Altmark-arrest. In het kader van artikel 86, tweede lid, is de eis echter minder streng. De Commissie wijst er namelijk op dat artikel 86 moet worden uitgelegd in het licht van het ‘Protocol betreffende het publieke omroepstelsel in de lidstaten’, behorende bij het Verdrag van Amsterdam.³⁰ In dit interpretatieve Protocol wordt overwogen dat *‘het publieke omroepstelsel in de lidstaten rechtstreeks verband houdt met de democratische, sociale en culturele behoeften van iedere samenleving en met de noodzaak pluralisme in de media te behouden’*. De lidstaten zijn volgens het Protocol in beginsel vrij de publieke omroepdienst van hun land te omschrijven en toe te wijzen. Zij kunnen

30 *PB* 1997, C 340, blz. 109. In een resolutie betreffende de publieke omroep van 25 januari 1999 hebben de Raad en de lidstaten het ‘vitale’ belang van de publieke omroep nog eens bevestigd, *Pb EG* C 30, p. 1.

ervoor kiezen een organisatie te belasten met het uitzenden van een breed scala aan programma's, mits er kwalitatieve eisen worden gesteld.³¹ De omschrijving van de publieke taak mag inhouden dat audiovisuele diensten via nieuwe distributieplatforms worden aangeboden. Aan de Commissie komt slechts een marginale controle toe. Zij kan ingrijpen wanneer de opgedragen activiteiten redelijkerwijs geen verband houden met 'democratische, sociale en culturele behoeften'.

De voorwaarde onder ii is dankzij het Protocol van Amsterdam evenmin erg streng. Wel wijst de Commissie erop dat de toewijzing van taken gepaard moet gaan met een onafhankelijke controle op de uitvoering. De slager moet niet zijn eigen vlees keuren. Wat betreft de controle op wettelijke voorschriften zit Nederland veilig. Het Commissariaat voor de Media, dat toezicht houdt op de naleving van de meeste voorschriften in de Mediawet, is onafhankelijk van de omroepen. Wat betreft de controle op de kwaliteit is het ingewikkelder. Hier is de Raad van Bestuur van NPO bevoegd.³² Weliswaar is dat ook een bestuursorgaan, maar deze raad geeft tevens leiding aan de stichting NPO. Dat is de houdster van de concessie, die zelf het concessiebeleidsplan opstelt en een prestatieovereenkomst sluit met de minister van OCW.³³ Daar komt bij dat de Raad van Bestuur van rechtswege de raad van toezicht vormt van de grootste media-instelling, de Nederlandse Omroep Stichting.³⁴ Het is niet zeker of de Commissie deze combinatie van functies zal accepteren. Zou het op een conflict aankomen dat zal Nederland waarschijnlijk wijzen op de regeling voor taakverwaarlozing in artikel 2.16 Mediawet. Volgens de memorie van toelichting kan de minister van OCW bij taakverwaarlozing door NPO verreichende maatregelen treffen, zoals het aanstellen van tijdelijke bewindvoerders.³⁵

Het venijn zit hem in de derde voorwaarde. Het Protocol van Amsterdam deed geen afbreuk aan de slotzin van artikel 86, tweede lid, van het EG-verdrag: de ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap. De Commissie benadrukt het belang van financiële transparantie, om te voorkomen dat publieke middelen wegvloeien naar commerciële activiteiten. Bij de consultaties ter voorbereiding van de Omroepmededeling is ook veel aandacht uitgegaan naar 'diversificatie'. Steen des aanstoots was de onafhankelijke 'market impact assessment' die de Commissie wilde voorschrij-

31 Twee recente uitspraken van het Gerecht van Eerste Aanleg illustreren dit. GvEA 26 juni 2008, zaak T-442/03, *Sociedade Independente de Comunicação SA vs Commissie*, r.o. 201 en 211.

GvEA 22 oktober 2008, gevoegde zaken T-309/04, T-317/04, T-329/04 en T-336/04, *TV 2/Danmark A/S e.a. vs Commissie*, r.o. 122-124.

32 Artikel 2.10, tweede lid, juncto 2.54, 2.55 en 2.60 van de Mediawet. De Raad van Bestuur kan media-instellingen bestraffen op grond van artikel 2.154. In extreme gevallen kan 2.33, derde lid, worden toegepast.

33 Artikel 2.19, 2.20 en 2.22 van de Mediawet.

34 Artikel 2.34c van de Mediawet.

35 *Kamerstukken II 2007-08*, 31 356, nr. 3, p. 29.

ven voordat een publieke omroep nieuwe diensten mag aanbieden. Verscheidene landen, waaronder Nederland, zagen hierin een poging de publieke omroep te beperken tot zijn traditionele domein.³⁶ In de definitieve versie zijn de voornemens van de Commissie afgezwakt. De mogelijkheid is open gelaten dat burgers een bijdrage betalen in de transmissiekosten voor extra diensten. Een openbare raadpleging om vooraf te onderzoeken of een activiteit marktversturende effecten heeft, is alleen verplicht wanneer sprake is van 'significant nieuwe' audiovisuele diensten. Belangrijk is dat het in eerste instantie aan de lidstaten wordt overgelaten om uit te maken welke voorgenomen diensten 'significant nieuw' zijn.

EEN VRUCHTBARE WERKRELATIE?

Het lijkt erop dat een aanval uit Brussel in de kiem is gesmoord. Staatssteun voor publieke internetdiensten blijft mogelijk als deze vergelijkbaar zijn met de diensten die de publieke omroep al jaren verricht. In de Omroepmededeling 2009 noemt de Commissie als voorbeeld de gelijktijdige transmissie van het avondjournaal op andere platforms (o.a. internet en mobiele toepassingen).³⁷ Ook een dienst als 'Uitzending gemist' zit niet in de gevaarzone. Alleen bij de invoering van significant nieuwe diensten moet aan de hand van een openbare raadpleging vooraf worden onderzocht wat de gevolgen zijn voor de markt. Een instantie die onafhankelijk is van het management van de publieke omroep moet dan over de invoering beslissen. Aan die eisen kan op grond van de Mediawet worden voldaan. NPO kan niet zelfstandig besluiten tot een wijziging van de aard en het aantal van de 'overige aanbodkanalen'. Haar voornemen behoeft op grond van artikel 2.21 van de Mediawet de instemming van de minister van OCW. Een dergelijke instemming is een voor beroep vatbaar besluit. Omgekeerd zou de stichting NPO in beroep kunnen gaan tegen de afwijzing van een verzoek tot instemming. Als de minister van oordeel is dat wellicht sprake is van een significant nieuwe audiovisuele dienst, kan hij besluiten toepassing te geven aan artikel 3:10 e.v. van de Awb. Een uniforme openbare voorbereidingsprocedure is precies wat de Commissie verlangt.

Naast het algemene mededingingsrecht staat de plicht om waarborgen te scheppen voor pluralisme. Dat is ook de gedachte achter de publieke financiering van mediadiensten. Zou nu blijken dat de staatssteun aan NPO ten koste gaat van de pers, dan wordt deze doelstelling ondergraven. De zorgplicht die inherent is aan artikel 10 EVRM en artikel 11 van het Handvest Grondrechten van de EU geldt voor media in het algemeen. Bij het ver-

36 Brief van de minister van OCW aan de Tweede Kamer d.d. 20 juni 2008, *Kamerstukken II* 2007-08, 31 356, nr. 9 en 21501-34, nr. 105. Zie ook diens brief d.d. 12 januari 2009, *Kamerstukken II* 2008-09, 21 501-34, nr. 111.

37 Omroepmededeling 2009, p. 23, voetnoot 51.

lenen van staatssteun moet de overheid dus letten op nadelige effecten voor persorganen, in het bijzonder die waarop artikel 8.10 van de Mediawet doelt. Dat zijn persorganen die 'in belangrijke mate nieuws, analyse, commentaar en achtergrondinformatie bevatten over een gevarieerd deel van de maatschappelijke actualiteit, mede in het belang van de politieke meningsvorming'. Zij verschijnen niet alleen op gedrukt papier. Persorganen gebruiken internet onder meer voor het openstellen van hun archief, het aanbieden van een discussieforum en het leveren van bewegende beelden. Winst leveren deze activiteiten nauwelijks op, wat mede wordt veroorzaakt door de sterke presentie van NPO online. Om een vruchtbare werkrelatie van beide sectoren te bevorderen, heb ik drie suggesties.

1. *Laat de pers profiteren van publieke producties.*

Volgens een bericht in NRC-Handelsblad van 29 juli 2009 heeft de BBC besloten gratis nieuwsbeelden ter beschikking te stellen aan Britse kranten die deze vervolgens kunnen gebruiken op hun eigen sites. Het betreft materiaal dat al is gepubliceerd op de website van de BBC zelf. De beelden vallen in de categorie Brits nieuws, economie, gezondheid en wetenschap/technologie. Uitgezonderd zijn opnames van sportevenementen. Vooralsnog kunnen alleen de *Daily Telegraph*, de *Guardian*, de *Independent* en de *Daily Mail* van het aanbod profiteren. Andere kranten zullen binnenkort volgen, op voorwaarde dat hun website dagelijks een minimumaantal bezoekers trekt. In Nederland deed de Commissie-Brinkman onlangs een vergelijkbaar voorstel. De Nederlandse overheid zou moeten bevorderen dat de stichting NPO tegen redelijke condities videomateriaal levert voor websites van derden die primair gericht zijn op het verschaffen van journalistieke informatie.³⁸ Van een commerciële omroep zou men zoiets niet mogen eisen, maar de situatie van de NPO is anders. Het is goed te verdedigen dat wat met publiek geld is gemaakt beschikbaar wordt gesteld voor hergebruik.

2. *Schaf wettelijke belemmeringen voor samenwerking af*

Samenwerking tussen publieke media-instellingen en de pers stuit op dit moment op allerlei juridische hindernissen. Maakt een uitgever dankzij de samenwerking een meer dan normale winst, dan overtreedt de publieke media-instelling artikel 2.141 van de Mediawet. Levert zo'n instelling video-beelden aan een krant, dan kan sprake zijn een verboden nevenactiviteit (artikel 2.132 Mediawet). Levert een krant informatie aan een publieke media-instelling, dan dreigt het gevaar van verboden sponsoring (artikel 2.106 Mediawet). Bij een gelijkwaardige samenwerking zijn er meer mogelijkheden, maar dan moet eerst worden vastgesteld of een samenwerking inderdaad 'gelijkwaardig' is. Dat is lastig als de ene partij een creatieve inbreng heeft en de andere een organisatorische. Het Commissariaat voor de

38 Rapport 'De volgende editie' van de Tijdelijke Commissie Innovatie en Toekomst Pers (Commissie-Brinkman) d.d. 23 juni 2009, p. 9.

Media heeft in 2008 bepaalde openingen gecreëerd, maar alleen voor zover de wet beleidsvrijheid biedt. In het media-aanbod van een publieke media-instelling mag de naam van een krant bijvoorbeeld niet te vaak genoemd worden, want dat is verboden reclame (artikel 2.89 Mediawet jo. artikel 9 e.v. Mediabesluit). Bovenstaand systeem is veel te ingewikkeld. Ik zou zeggen: maak in de wet een generieke uitzondering voor de pers. NPO en de uitgevers kunnen dan in vrijheid onderhandelen.

3. *Overweeg een openbare aanbesteding*

Stel dat er in Nederland een 'democratische, sociale of culturele behoefte' ontstaat aan een significant nieuwe audiovisuele dienst. Een optie is dat NPO die taak ter hand neemt door een wijziging aan te brengen in het concessiebeleidsplan en dit ter goedkeuring voorlegt aan de minister van OCW. Overeenkomstig de wensen van de Commissie moeten er dan hoorzittingen plaats vinden om te onderzoeken welke invloed een eventuele toewijzing aan NPO zal hebben op het functioneren van de markt. Het valt nu al te voorspellen dat daar langdurig over geprocedeerd gaat worden. Zelfs het overnemen van de Concertzender, een verlieslijdend project, door de publieke omroep leidde tot een procedure tot en met de Raad van State.³⁹ Dat kan simpeler. Als de overheid een budget beschikbaar wil stellen voor een nieuwe voorziening, kan ook een openbare aanbesteding worden gehouden. Misschien komt NPO als beste uit de bus, maar het is ook niet uitgesloten dat een uitgever in staat blijkt betere kwaliteit voor hetzelfde geld te leveren. In het Altmark-arrest liet het Hof van Justitie al doorschemeren een voorkeur te hebben voor het instrument van de openbare aanbesteding. Na zo'n procedure hoeft de staat zich niet meer af te vragen welke kosten een 'gemiddelde, goed beheerde onderneming' voor deze activiteit zou hebben gemaakt. Bijkomend voordeel: over openbare aanbestedingen kan men altijd advies vragen aan Aernout Schmidt.⁴⁰

VERWIJZINGEN

Chavannes 2004

R. Chavannes, 'Neventaakfinanciering, staatssteun en de toekomst van de publieke omroep: back to basics?', *Mediaforum* 2004-10, p. 302-308.

Komorek 2009

E. Komorek, 'Is Media Pluralism a Human Right? The European Court of Human Rights, the Council of Europe and the Issue of Media Pluralism', *European Human Rights Law Review* 2009-3, p. 395-414.

39 ABRvS 1 juni 2005, Commissariaat voor de Media c.s. vs Classic FM c.s., *Mediaforum* 2005-11/12, nr. 37, m.nt. L. Hancher en Q.R. Kroes.

40 Zie o.a. Schmidt & Corvers 2009.

Kroes 2005

Q. Kroes, 'Het Commissariaat als scheidsrechter op een (un)level playing field', *Mediaforum* 2005-7/8, p. 252-257.

Robichon-Lindenkamp 2007

M. Robichon-Lindenkamp, 'Het nieuwe regime voor neventaken: 'Brusselproof' lapmiddel in afwachting nieuwe Mediawet', *Mediaforum* 2007-3, p. 70-79.

Schmidt & Corvers 2009

A.H.J. Schmidt & Corvers, S.F.M. (2009), *Aanbesteding & Innovatie. Juridisch handboek functioneel specificeren van aanbestedingen*, Den Haag, Sdu.