



Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap

Hoorzitting d.d. 23 juni 2010 te 14.00 uur

Aantekeningen

Namens

De Nederlandse Dagbladpers (NDP) e.a.

Vereniging Satelliet Televisie en Radio
Programma Aanbieders (VESTRA) e.a.

Gemachtigde: mr. P.J. Kreijger

Ten behoeve van de hoorzitting in de procedure ex hoofdstuk 3.4 Awb inzake de aanvraag van de Nederlandse Publieke Omroep tot goedkeuring van voorgenomen aanbodkanalen in bijlage 3b van het Concessiebeleidsplan 2010-2015 (Staatscourant 2010, 8218).

Inleiding

1. Namens VESTRA en NDP en hun leden zal ik vandaag kort ingaan op een aantal aspecten van het ontwerp-besluit dat het voorwerp is van deze consultatie.
2. Voor de goede orde bevestig ik nogmaals dat een schriftelijke zienswijze zal volgen binnen de wettelijke termijn van zes weken. In zoverre wordt deze hoorzitting als “extra” beschouwd. Dat kan ook moeilijk anders nu de hoorzitting al na drie weken wordt gehouden, terwijl de informele toelichting van OCW nog niet aan alle belanghebbenden is gegeven (VESTRA komt pas vrijdag a.s. aan de beurt).
3. Uiteraard stellen wij op prijs dat het ministerie, meer dan voorheen het geval was, bereid lijkt “de markt” te raadplegen. Dat is ook niet meer dan logisch, want ook op die markt gebeurt veel wat de moeite waard is en bescherming en zorgvuldige



afweging verdient, zoals de Raad voor Cultuur opmerkt in het advies van 3 mei 2010 over het Concessiebeleidsplan 2010-2016:

Het plan is naar de mening van de Raad ook enigszins defensief. Het is begrijpelijk dat de NPO vermeend commentaar voor wil zijn, maar de Raad vindt dat de NPO zich in het plan te veel afzet tegen de commerciële sector, in het bijzonder tegen de commerciële omroep. Bij dagbladen en van nieuwsprogramma's van commerciële omroepen vindt evengoed onafhankelijke journalistiek plaats. In de Toekomstverkenning landelijke publieke omroep (maart 2010) schreef de Raad al dat de publieke omroep niet het 'alleenrecht' heeft op publieke functies. Deze functies kunnen ook in een commerciële omgeving het beschermen waard zijn. Hierbij merkt de Raad overigens op dat de publieke omroep zelf ook deels commercieel functioneert. Hij wordt voor 25% gefinancierd uit reclamegeld en werkt mee aan de commercie en reclames rondom sportevenementen als de Champions League.

4. Er bestaat dus meer dan voldoende aanleiding zorgvuldig met de belangen van marktpartijen om te gaan bij de goedkeuring van de voornemens van de PO.

Achtergrond

5. In het ontwerp-besluit stelt de minister

De publieke taak is dus geen afgeleide van hetgeen commerciële partijen op enig moment doen of juist laten. Dit betekent dat ook diensten die vergelijkbaar zijn met diensten die door commerciële marktpartijen worden aangeboden tot de publieke taak kunnen behoren.

6. Deze overweging geeft de kern van het probleem weer: diensten die ook door commerciële partijen worden aangeboden, “kunnen” tot de taak van de PO gerekend worden. De vraag waarom dat zo is en wanneer en onder welke omstandigheden dat gebeurt en wenselijk zou zijn, en de vraag wanneer de marktimpact op private partijen aan een aangevraagde taakuitbreiding in de weg staat, wordt niet serieus gesteld en beantwoord.
7. De PO maakt geen keuzes en wordt daar door de uitermate ruime wettelijke taakopdracht in de Mediawet 2008 ook niet toe gedwongen. De consequentie daarvan is dat private partijen op de mediamarkt niet weten waar ze aan toe zijn waar het gaat om de mogelijkheid van concurrentie door de PO.



8. De vaak vanuit het ministerie gehoorde doodoener dat de PO “nu eenmaal concurrentievervalsend” is, is illustratief. In feite is de redenering: de PO heeft nu eenmaal een brede taakopdracht, en daarom “pech gehad” voor private partijen.
9. Wij zijn niet de enigen die op het gebrek aan keuzes wijzen:

De publieke omroep heeft zijn wettelijke taakopdracht vertaald in een kernachtige missie: “De publieke omroep is van en voor iedereen. De publieke omroep bindt de Nederlandse samenleving met programma’s die informeren, inspireren en amuseren.” Wat wij nog missen is een vertaling van deze missie in operationele termen.

10. Aldus het Commissariaat voor de Media in zijn reactie d.d. 27 april 2010 op de consultatie inzake de toekomst van de publieke omroep. De VESTRA en NDP missen die operationele termen evenzeer. Het Commissariaat stelt even verderop:

Essentieel voor het bestaansrecht van de publieke omroep is dat hij zich in zijn media-aanbod onderscheidt van de commerciële omroepen. De publieke omroep verkeert daarbij in de bekende spagaat dat aan de ene kant van hem verwacht wordt dat hij relevante kijktijdaandelen en internetbereik realiseert en dat hij aan de andere kant kleinere doelgroepen moet aanspreken en ook aandacht moet besteden aan kunst en cultuuruitingen die doorgaans geen groot publiek trekken.

Commerciële omroepen hebben geopperd dat bepaalde programmaformats net zo goed door hen uitgezonden zouden kunnen worden. De visitatiecommissie signaleerde dat een omroepvereniging als de TROS een programmering hanteert die hier en daar wel erg dicht tegen die van de commerciële omroep aanligt. Dit soort geluiden legt op de publieke omroep de verantwoordelijkheid om haar public value nadrukkelijk te bewaken en duidelijk te maken. Voor de legitimatie van de publieke omroep in de toekomst moet de vraag worden beantwoord welke programmasoorten eigenlijk niet in het bestel thuishoren.

11. Ook de Raad voor Cultuur merkt in haar reactie op de consultatie (30 maart 2010) op:

De Raad is een voorstander van een publieke omroep die zich primair richt op nieuwsvoorziening, opinievorming & achtergrond en kunst & cultuur. Daarbij moet hij niet worden beperkt tot bepaalde genres en moet hij ook de mogelijkheid krijgen alle denkbare platforms te bespelen. Met een belangrijke restrictie: hij zal telkens moeten kunnen aangeven wat zijn toegevoegde waarde is.



12. De Raad is daarbij wel voorstander van een relatief “brede” PO, maar dat is niet hetzelfde als de theorie van het totaalaanbod die steeds door de (vorige) minister is uitgedragen:

Een tweede mogelijkheid is dat de publieke omroep ‘breed’ is en alle genres beslaat, maar binnen die breedte altijd laat zien dat hij een toegevoegde waarde heeft. De Raad is van mening dat de publieke omroep niet moet worden beperkt tot bepaalde genres. Hij is dan ook voorstander van deze laatste vorm. Het is zaak een juiste balans te vinden: de commerciële omroepen niet kopiëren, maar ook niet slechts aanvullend zijn ten aanzien van deze omroepen.

13. Raad en Commissariaat reageren hier weliswaar op een consultatie over de periode na 2016, maar de PO kan, en moet vanaf vandaag aan de verantwoordelijkheid worden gehouden om haar “public value” duidelijk te maken. Ook de Europese Commissie heeft daar op gewezen, ik kom daar zo op terug. Helaas laat de PO dat tot op heden na, zonder gecorrigeerd te worden door het ministerie.

Het ontwerp-besluit en de gevolgde procedure

14. De diensten die de NPO in het Concessiebeleidplan 2010-2016 (bijlage 3b) aanvraagt zijn eerder aangevraagd in 2008 en goedgekeurd op 21 april 2009. Het beroep loopt thans bij de Rechtbank Amsterdam. De openbare voorbereidingsprocedure is inhoudelijk in alle opzichten een herhaling van zetten. De PO verwijst naar haar eerdere aanvraag, de wettelijk adviseurs wijzen op hun eerdere adviezen en de motivering van het ontwerp-besluit is ook niet wezenlijk anders.
15. Dit is opmerkelijk. Sinds het vorige goedkeuringsbesluit heeft de Commissie op basis van toezeggingen van Nederland een beschikking vastgesteld, waarin zonder voorbehoud kritisch wordt geoordeeld over de Mediawet 2008 en de concessiebeidsplannen.
16. De Commissie eist dat Nederland in het (procedurele) kader van de openbare voorbereidingsprocedure zorg draagt voor een duidelijke omschrijving van de publieke taak, nu Mediawet noch concessiebeidsplan die duidelijkheid biedt.
17. We moeten helaas vaststellen dat deze toezeggingen niet, of gebrekkig, worden nagekomen:

1. Het ontwerp-besluit bevat niet “een zo gedetailleerde, duidelijke en



specifieke uiteenzetting van zowel de aard als de omvang van de nieuwe diensten [...] dat derden in staat worden gesteld om onderbouwde opmerkingen in te dienen” (randnr. 221 beschikking).

2. Evenmin is het Concessiebeleidsplan 2010-2015, waaronder bijlage 3b, “voldoende gedetailleerd [...] om derden in staat te stellen te weten hoe de publieke omroep voornemens is zijn publieke taak uit te voeren” (randnr. 223 beschikking).
18. Ten opzichte van de gang van zaken vóór de beschikking van Commissie en de toezeggingen van Nederland is helemaal niets veranderd. Bijlage 3b schetst de aangevraagde activiteiten in zeer open bewoordingen en geeft geen evaluatiecriteria – volstaat wordt met de opmerking dat de experimenten zullen worden geëvalueerd, maar wat die evaluatie inhoudt blijft onduidelijk.
19. Evenmin is een deugdelijke omgevingsanalyse gedaan door de PO. Uit het ontwerp-besluit blijkt niet dat de minister voornemens is zelf in deze lacune te voorzien. Ook in dit opzicht is niets veranderd ten gevolge van de toezeggingen.
20. Dit is in zoverre begrijpelijk dat het ministerie altijd fel oppositie tegen de markttoets heeft gevoerd en vervolgens steeds publiekelijk de indruk heeft gewekt dat de beschikking van de Commissie haar opvattingen bevestigt. Dit bleek al meteen uit het persbericht dat het ministerie deed uitgaan op 26 januari 2010. Lezing van de beschikking leert echter dat het tegendeel het geval is: de Commissie legt een zware hypotheek op de *ad hoc* beoordeling van nieuwe activiteiten van de PO, omdat in die procedure de nalatigheid van de wetgever en de PO een duidelijk kader te verschaffen alsnog moet worden hersteld.
21. Die hypotheek wordt niet ingelost. De inhoud van de ex ante procedure blijft onduidelijk. De invulling is beperkt tot het toepasselijk verklaren van de openbare voorbereidingsprocedure in de Awb. Voor overige is niets veranderd. Die procedure is in zoverre winst (en om die reden door ons bij de Commissie ter sprake gebracht) dat daarmee tenminste een zeker procedureel kader wordt geboden voor de beoordeling, anders dan de gang van zaken rond het besluit van 21 april 2009. Maar inhoudelijk zegt de keuze voor de openbare voorbereidingsprocedure nog niets: de Awb is nu eenmaal een algemeen bestuursrechtelijk kader, geen specifieke mediawetgeving.
22. De presentatie van OCW aan stakeholders (ingeval van VESTRA vindt deze eerst plaats na de hoorzitting) is uiteraard te waarderen, maar roept tal van vragen op. Er lijkt een in zekere mate uitgewerkt beleid te bestaan, zonder dat dit vooraf



duidelijk is gemaakt en ten gronde is toegelicht. Daarmee kan dus ook niet in de lacune worden voorzien.

Markttoets

23. Nederland heeft – op het laatste moment - toegezegd op basis van de zienswijzen een markttoets conform randnr. 88 van de Omroepmededeling uit te voeren. De markttoets is geen overbodige luxe. De (vorige) minister noemt de PO immers “per definitie” concurrentievervalsend. Kernvraag is dan waarom en in welke mate die gegeven concurrentieverstoring acceptabel is.
24. In het ontwerp-besluit is daarvan niets terug te vinden. Dit formuleert al een goedkeuring en laat slechts ruimte voor een aparte, nader in te vullen, paragraaf “zienswijzen van derden”. De afweging is dus in feite al grotendeels gemaakt. De minister laat verder na toe te lichten hoe de markttoets concreet wordt uitgevoerd en opgezet. In de beschikking van de EC blijkt dat de minister stelt “zo nodig” externe adviseurs in te roepen, maar VESTRA en NDP tasten in het duister wanneer dit aan de orde is.
25. Enig wantrouwen van de kant van VESTRA en NDP is dan niet onbegrijpelijk. De procedure is ten opzichte van de procedure zoals deze voor de gedane toezeggingen werd gevolgd, niet gewijzigd. Van de PO is geen duidelijkere omschrijving van de aangevraagde diensten verlangd. De beschikking van de Commissie is door de minister als een overwinning gepresenteerd en niet als de terechtwijzing die het in feite is. Destijds heeft de minister steeds volgehouden dat belangen van concurrenten bij de verlening van de publieke mediaopdracht per definitie geen rol moeten spelen (randnr. 14, slot, ambtsbericht in de bezwaarprocedure tegen het besluit van 21 april 2009):

“De minister beoordeelt de activiteiten van de publieke omroep dus in het licht van de wettelijke taakopdracht en de criteria die in die taakbeschrijving zijn opgenomen. Dat vormt een duidelijk beoordelingskader. Dat de positie van concurrenten daar geen onderdeel van uitmaakt is logisch: de publieke omroep heeft een eigenstandige taak die niet afhankelijk is van wat commerciële partijen al dan niet doen.”

26. In feite laat de minister het thans volledig aan de markt over om een *eigen* markttoets uit te voeren, op eigen kosten en dat binnen een termijn van zes weken (Ofcom bijvoorbeeld, neemt er zes maanden voor). Hier lopen echter twee zaken door elkaar: uiteraard mag van de markt verlangd worden zienswijzen te geven en



zelf met informatie te komen, maar dat is nog iets anders dan van de markt te verlangen dat zij zelf met de inhoudelijke toetsing komt om vervolgens maar af te wachten wat de minister daar mee doet. De verplichting van zorgvuldige besluitvorming in art 3:2 Awb ligt echter bij de minister. De openbare voorbereidingsprocedure doet daar niets aan af. Die procedure kan niet worden gebruikt als excuus om de eigen zorgvuldigheidsverplichting aan de markt te delegeren.

27. Het contrast met markttoetsen in andere lid-staten is treffend. In de bezwaarprocedure naar aanleiding van het besluit van 21 april 2009 is gewezen op de markttoetsen zoals deze in de andere lid-staten van de EU, zoals Duitsland en het Verenigd Koninkrijk, worden gehanteerd. Aan de hand van duidelijke criteria wordt door een onafhankelijke instantie een zelfstandige beoordeling gemaakt van de gevolgen voor private aanbieders. Ook als de minister zichzelf als een onafhankelijke instantie beschouwt moet hij natuurlijk nog wel wat doen.
28. Wij wezen ook op de toets die art. 2.132, lid 3, Mediawet 2008, ten aanzien van de nevenactiviteiten voorschrijft en die door het Commissariaat voor de Media wordt uitgevoerd op basis een marktafbakening volgens mededingingsrechtelijke maatstaven, waarin de positie van private partijen in kaart wordt gebracht en bij de toepassing waarvan zo nodig met de NMa wordt overlegd. De toets is in beleidsregels uitgewerkt. Dat is in elk geval een rudimentair kader, wat in deze zaak ontbreekt. Het is zelfs niet eens precies helder wat nu wel en niet onder de procedure valt.

Omschrijving aangevraagde activiteiten

29. Toepassing van een markttoets veronderstelt dat het object van die toetsing helder is afgebakend. Hoe minder vooraf duidelijk is wat de activiteiten inhouden die de minister zou moeten goedkeuren, hoe lastiger de gevolgen voor private aanbieders zijn af te bakenen.
30. De Raad voor Cultuur heeft in haar reactie op de Meerjarenbegroting 2009-2013 aangegeven dat de PO met name in het kader van de Europese discussie over marktverstoring door nieuwe mediadiensten van publieke omroepen duidelijk aangeven wat hij met de verschillende platforms wil en waarom hij daar een taak voor zichzelf ziet. De Raad heeft in het advies van 3 mei jl. naar dit eerdere advies terugverwezen. De PO is nog altijd niet duidelijk.



31. Tal van activiteiten zijn nu denkbaar onder “dekking” van de omschrijving in bijlage 3b. De leden van NDP en VESTRA zullen dit straks toelichten.
32. Ik merk nog op dat waar de PO stelt aan te haken bij bestaand aanbod en bestaande themakanalen of zich beperkt tot het herverpakken van bestaand media-aanbod (mixkanalen video, p. 117 rechterkolom), dit geen werkelijke beperking vormt, omdat het bestaande aanbod evenmin duidelijk is afgebakend.

De beperking tot aanbodkanalen

33. Opmerkelijk is voorts de beperking van de ex ante procedure tot aangevraagde aanbodkanalen, althans de kennelijke interpretatie van de minister van dit begrip. De beperking tot aanbodkanalen schept ook onduidelijkheid.
34. Die beperking lijkt te zijn ingegeven doordat art. 2.21, lid 3 Mediawet 2008 uitsluitend goedkeuring voorschrijft voor aard en aantal van de in het concessiebeleidsplan opgenomen aanbod- en programmakanalen en de daarvoor benodigde frequentieruimte. Daarnaast zou bij toetsing van andere activiteiten de overheid te dicht op de huid van de PO komen te zitten, aldus de minister.
35. Hiermee hanteert de minister een beperking die niet is te rijmen met de toezegging aan de Commissie: die heeft betrekking op significante diensten, waarbij “diensten” betreft “audiovisuele diensten” (randnr. 220 beschikking) in algemene zin.
36. Zie randnr. 85 van de Omroepmededeling:

Het is aan de lidstaten om, rekening houdende met de kenmerken en de ontwikkeling van de omroepmarkt en het scala diensten dat de publieke omroep al aanbiedt, te bepalen wat als "significant nieuwe dienst" moet gelden. Het "nieuwe" karakter van een activiteit kan onder meer afhangen van zowel de content als de consumptievormen. De "significantie" van de dienst kan bijvoorbeeld rekening houden met de financiële middelen die voor de ontwikkeling ervan vereist zijn en de verwachte impact op de vraag. Significante aanpassingen van bestaande diensten worden op dezelfde wijze beoordeeld als significant nieuwe diensten.

37. Nederland heeft toegezegd langs deze lijnen te toetsen. Die toezegging is bindend zijn op grond van de staatssteunregels. De reikwijdte daarvan kan niet worden ingeperkt aan de hand van een begrip uit de mediawetgeving. De Commissie



onderkent ook in de beschikking dat private aanbieders onder meer van websites aanmerkelijke concurrentie kunnen ondervinden. In eerder verband is het voorbeeld genoemd van de massale internetverslaggeving door de NOS van de Olympische Spelen, in directe concurrentie met private mediaondernemingen. Waarom zou dat geen significante nieuwe dienst zijn? Waarom zouden “tijdelijke” websites worden uitgesloten, en waarom is dit eigenlijk een “tijdelijke” website?

38. De leden van NDP en VESTRA zullen zodadelijk toelichten dat tal van concurrerende activiteiten van de PO denkbaar zijn die een significante impact op private partijen zijn en dus een marktoets rechtvaardigen, ook als ze geen “aanbodkanaal” zouden vormen in de definitie van het ministerie. Nota bene: uitgangspunt van de Mediawet 2008 is dat ook – bijvoorbeeld – websites onderdeel van de publieke taak uitmaken, ook als het geen “aanbodkanalen” zijn, reden waarom het onderscheid tussen hoofd- en neventaken is komen te vervallen. Als dergelijke activiteiten tot de publieke taak worden gerekend en dus met publiek geld worden gefinancierd, moeten ze ook op marktimpact getoetst worden.
39. Enerzijds lijkt een aantal activiteiten die volgens de presentatie van OCW wel aan een voorafgaande toetsing moet worden onderworpen (verspreiding over platforms met schaarse capaciteit, gebruiker betaalt) niet te vallen onder de definitie van “aanbodkanaal” in art. 2.21 lid 3 Mediawet 2008 zoals het ministerie die kennelijk hanteert. Dat geldt ook voor de in het Concessiebeleidsplan aangevraagde diensten: zo is niet in te zien waarom bijvoorbeeld de aangevraagde interactieve service menu’s op digitale televisieplatforms nog binnen de definitie van “aanbodkanaal” vallen. Ook in de visie van de minister zelf is deze bepaling dus niet beslissend voor de mogelijkheid om bepaalde voorgenomen activiteiten aan een voorafgaande toetsing te onderwerpen.
40. Anderzijds is de definitie van “aanbodkanaal” ruim: het gaat om het “geordende geheel van media-aanbod dat onder een herkenbare naam via een elektronisch communicatienetwerk wordt aangeboden”, waarbij “media-aanbod” weer is gedefinieerd als “één of meer elektronische producten met beeld- of geluidsinhoud die bestemd zijn voor afname door het algemene publiek of een deel daarvan”. Voor zover art. 2.21 Mediawet al een grens zou kunnen stellen aan de Europeesrechtelijk vereiste ex ante markttoets, ligt die grens in elk geval ruimer dan de minister nu lijkt te trekken.