

Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap  
T.a.v. de Staatssecretaris  
Postbus 16375  
2500 BJ Den Haag

Amsterdam, 25 augustus 2017  
Onderwerp: consultatie wijziging Mediawet

Geachte heer Dekker,

Graag maken NDP Nieuwsmedia en VCO Nederland, brancheorganisaties van respectievelijk de Nederlandse nieuwsbedrijven en commerciële omroepen, van de gelegenheid gebruik om te reageren op het wetsontwerp *Wijziging Mediawet 2008 onder meer in verband met aanscherping van de nieuwwedienstenprocedure*. Deze consultatiebijdrage spitst zich toe op de nieuwwedienstenprocedure. In een separate bijdrage reageert VCO Nederland op de aanpassing van het standaardprogrammapakket.

Om een pluriform en vitaal Nederlands media-ecosysteem te behouden, dienen negatieve effecten van de publieke omroep op private media-instellingen zoveel mogelijk te worden voorkomen. De aanscherping van de nieuwwedienstenprocedure kan daaraan een bijdrage leveren. NDP Nieuwsmedia en VCO spreken daarom hun steun uit voor de verbeteringen die in het wetsontwerp zijn opgenomen. Dat geldt in het bijzonder voor het beleggen van de verantwoordelijkheid voor de markteffectenanalyse bij de ACM. Ook de wettelijke vastlegging van de procedure en het creëren van een extra moment voor het indienen van zienswijzen juichen we toe.

Op 24 november 2016 stuurde u een brief aan de Tweede Kamer met daarin de maatregelen om de nieuwwedienstenprocedure aan te scherpen. U kondigde daarin aan dat belanghebbenden voortaan een verzoek kunnen indienen om een procedure te starten, dat er een nieuw moment van inspraak wordt geboden en dat de marktimpactanalyse en de criteria voor de marktimpactanalyse worden verankerd in de Mediawet. Tijdens de behandeling van die Kamerbrief heeft u de Tweede Kamer toegezegd de aanpassingen in wetgeving te zullen omzetten. Het voorstel daartoe heeft u nu in consultatie gebracht. Deze bijdrage aan de consultatie volgt de volgorde van de verbeteringen zoals u die heeft aangekondigd in de Kamerbrief uit november 2016.

**A. Belanghebbenden kunnen een onderbouwd verzoek indienen om een goedkeuringsprocedure te starten**

Zowel in de beleidsreactie van 2015 als de Kamerbrief van 2016 heeft u voorgesteld om belanghebbenden de mogelijkheid te bieden een onderbouwd verzoek in te dienen om een

goedkeuringsprocedure te starten voor een nieuwe of significant gewijzigde dienst van de publieke omroep. Deze mogelijkheid zou een aanvulling zijn op de aanvragen die de NPO zelf indient.

De nu voorgestelde wijziging van art. 2.21 Mediawet 2008 maakt het starten van de nieuwdienstenprocedure echter afhankelijk van het al dan niet indienen van een aanvraag in de jaarlijks door de NPO te publiceren documenten (concessiebeleidsplan of begroting), en beperkt het bovendien tot nieuwe of significant gewijzigde aanbodkanalen. Het vierde lid stelt dat immers als voorwaarde voor het (door de minister) aanvragen van een markttoets bij ACM. Het voorliggende wetsontwerp geeft daarmee geen invulling aan de toezegging die aan de Tweede Kamer is gedaan.

Het verleden laat zien dat de NPO soms bestaande aanbodkanalen wijzigt of nieuwe activiteiten ontplooit zonder daarvoor een instemmingsprocedure (inclusief markttoets) te doorlopen. Een voorbeeld daarvan was het journalistieke portal NPO Journalistiek, gestart onder de naam Incontxt. De NPO diende in 2013 géén aanvraag in om te mogen starten met het aanbodkanaal, maar deed dat wél om het kanaal in 2015 te mogen beëindigen. Dat voorbeeld onderstreept dat duidelijkere regels noodzakelijk zijn. Het is van belang dat marktpartijen te allen tijde, dus ook op eigen initiatief en los van de timing van de aanvragen van de NPO, in staat zijn gemotiveerd om een markttoets te verzoeken als zij daar aanleiding toe zien. Ook sterk gewijzigde markteffecten kunnen wijzen op een significante wijziging van een eerder goedgekeurde dienst en moeten voor marktpartijen aanleiding kunnen vormen een verzoek in te dienen.

Het wetsontwerp verduidelijkt dat publieke media-instellingen uitsluitend media-aanbod verspreiden via aanbodkanalen waarmee voorafgaand is ingestemd. De toelichting stelt dat marktpartijen straks een handhavingsverzoek kunnen indienen bij het Commissariaat voor de Media. De toelichting verklaart echter niet hoe de indiening van een handhavingsverzoek zou kunnen leiden tot het inventariseren van de markteffecten van een niet aangevraagd nieuw of significant gewijzigd aanbodkanaal. Het zijn verschillende wettelijke kaders. Immers, op grond van de wet is altijd instemming vereist, terwijl de markttoets alleen zal worden aangevraagd door de minister als hij van oordeel is dat sprake is van een significant gewijzigde of nieuwe dienst. Het wetsontwerp voorziet niet in een aanvraagmogelijkheid voor partijen die menen dat ten onrechte geen markttoets wordt gevraagd. Het indienen van een handhavingsverzoek kan daarom geen bevredigende invulling zijn van de toezegging dat belanghebbenden een onderbouwd verzoek kunnen indienen om een marktimpactanalyse te starten. NDP Nieuwsmedia en VCO roepen u op het wetsontwerp op dit voor marktpartijen belangrijke punt te verbeteren en voluit recht te doen aan de toezegging die u aan de Tweede Kamer heeft gedaan.

#### *Beleidsregel*

Met veel belangstelling zien NDP Nieuwsmedia en VCO uit naar de beleidsregel waarin de minister zal verduidelijken hoe hij uitleg geeft aan de begrippen 'aanbodkanaal' en 'nieuw of significant gewijzigd'. Voor een goed functionerende nieuwdienstenprocedure zijn de definitie en de uitleg van beide begrippen cruciaal. Nu de beleidsregel nog niet is uitgewerkt, is een goede beoordeling van de effecten van de beoogde wetswijziging nauwelijks mogelijk.

Duidelijk moet zijn dat de nieuwe beleidsregel er niet toe zal leiden dat specifiek media-aanbod straks mogelijk buiten de reikwijdte van de nieuwdienstenprocedure zal vallen. Dat zou een

effectieve werking van de nieuwdienstenprocedure ernstig kunnen ondermijnen. NDP Nieuwsmedia en VCO verzoeken u de begrippen uit te leggen in de geest van de Omroepmededeling 2009. Activiteiten van de publieke omroep die concurreren met die van commerciële media, dienen aan toetsing te worden onderworpen. Dat geldt ook voor eerder goedgekeurde activiteiten waarvan de markteffecten na verloop van tijd sterk gewijzigd zijn.

In 2016 schreef u aan de Tweede Kamer dat er “vragen rijzen of sprake is van media-aanbod bij websites van de publieke omroep met overwegend tekst”. Dit punt heeft de bijzondere aandacht van NDP Nieuwsmedia. De definitie van ‘media-aanbod’ in de wet omvat ook tekstbeelden, zoals blijkt uit de toelichting op de Mediawet. Die laat er geen twijfel over bestaan dat ook websites daaronder vallen. Nu de publieke omroep zich online in grote mate toelegt op geschreven content – zie bijvoorbeeld de NOS-app – zouden tekstgedreven activiteiten beslist aan toetsing onderhevig moeten zijn. Het is merkwaardig dat de populaire NOS-app, die één op één concurreert met apps van nieuwsbedrijven, buiten de huidige definitie en uitleg van ‘aanbodkanaal’ zou vallen. Op markteffecten is deze dienst van de NOS nooit beoordeeld.

In dat kader is de brief van 26 januari 2010 waarin de Europese Commissie de toezeggingen van Nederland over de goedkeuring van aanbodkanalen vastlegt relevant. De Commissie signaleert het risico dat dagbladuitgevers “een levensvatbaar bedrijfsmodel voor onlinediensten moeten ontwikkelen of anders de mediemarkt moeten verlaten”. “Een ongecontroleerde uitbreiding van het aanbod van de publieke omroep met alle mogelijke media-activiteiten [...] zou het mediapluralisme in Nederland [...] ernstige schade toebrengen,” zo schreef de Commissie. NDP Nieuwsmedia en VCO verzoeken u daar rekening mee te houden bij de uitleg van de begrippen ‘aanbodkanaal’ en ‘nieuw of significant gewijzigd’. De beleidsregel dient aan te sluiten bij de begripsbepaling in de Mediawet en duidelijk te maken dat websites steeds onder ‘media-aanbod’ vallen.

#### *Verduidelijking art. 2.51 en 2.72*

Het begrip ‘aanbodkanaal’ heeft het in verleden vaak tot onduidelijkheid geleid. Soms was onduidelijk of activiteiten van de NPO wel aanbodkanalen waren of werden activiteiten als zodanig gepresenteerd maar werd nooit instemming van de minister verkregen. NDP Nieuwsmedia en VCO zijn daarom voorstander van de voorgestelde verduidelijking van art. 2.51 en 2.72 Mediawet 2008. Hoewel beide brancheorganisaties menen dat ook de huidige wet al aanleiding gaf om handhavend op te treden, is het zinvol in de wet te verduidelijken dat publieke media-instellingen hun media-aanbod alleen via (goedgekeurde) aanbodkanalen mogen verspreiden. Deze verduidelijking brengt met zich mee dat ook duidelijker is wat voorwerp van toetsing is.

Sluitend is het systeem dan nog steeds niet, zoals hiervoor is opgemerkt. De minister kan in de beoogde situatie instemmen met aanbodkanalen zonder een markttoets bij de ACM aan te vragen. Aan de norm van het voorgestelde art. 2.51/2.72 is dan voldaan, maar de markteffecten worden dan niet geanalyseerd.

#### **B. Een nieuw formeel moment van inspraak aan het begin van de procedure**

NDP Nieuwsmedia en VCO verwelkomen de mogelijkheid voor marktpartijen om direct na publicatie van het concessiebeleidsplan of de begroting zienswijzen in te dienen. De wettelijk

adviseurs en de minister kunnen op die manier de zienswijzen meewegen en eventueel gerichte remedies voorstellen voordat de minister een ontwerpbesluit neemt. Alleen als de nieuwe of gewijzigde diensten van de NPO voldoende gedetailleerd zijn beschreven, zijn marktpartijen in staat om zinvolle, inhoudelijke zienswijzen in te dienen. In deel D van deze bijdrage gaan we daarom nader in op de aanvragen van de NPO.

Er dient geen misverstand over te bestaan dat de mogelijkheid om zienswijzen in te dienen bij de minister geen belemmering mag vormen voor de wettelijk adviseurs, waaronder de ACM, om ook zelf rechtstreeks contact met marktpartijen te leggen. De toelichting zou dit nog kunnen verduidelijken. Daarnaast moet helder zijn dat de coördinerende rol van het Commissariaat voor de Media geen 'filter' mag zijn voor het contact tussen de ACM en marktpartijen.

De term 'belanghebbenden' in het beoogde vierde lid van art. 2.21 kan bij gebrek aan een eigen definitie in de Mediawet 2008 worden uitgelegd in de zin van art. 1:2 Awb. Hoewel marktpartijen die (potentieel) geraakt (kunnen) worden door de voorgenomen activiteiten in de regel belanghebbenden zullen zijn, verdient het de voorkeur om discussies over het belanghebbendenbegrip in concrete situaties te vermijden. Een manier om dat te realiseren is het gebruik van een meer juridisch-neutrale term die buiten twijfel stelt dat eenieder zienswijzen kan indienen. Op zijn minst kan in de toelichting worden opgenomen dat mediabedrijven en hun brancheorganisaties te allen tijde als belanghebbenden worden beschouwd.

### **C. Vastleggen marktimpactanalyse en advisering over een aangevraagd aanbodkanaal**

NDP Nieuwsmedia en VCO steunen de keuze om de ACM verantwoordelijk te maken voor de analyse van de markteffecten van nieuwe en gewijzigde diensten van de publieke omroep. Geen enkele andere toezichthouder of (ad hoc) adviseur van de overheid is beter geëquipeerd om mededingingsvraagstukken te beoordelen dan de ACM. Het onafhankelijk analyseren van bijvoorbeeld de marktstructuur, substitueerbaar aanbod, de mate van concurrentie en marktposities van partijen (elementen van de toets die de Omroepmededeling 2009 voorschrijft) behoren tot de kerncompetenties van de ACM. Bovendien heeft de ACM onder meer vanwege de Wet Markt en Overheid ervaring met kwesties waarbij private en publieke organisaties vergelijkbare activiteiten ontplooiën. De wettelijke verankering van de markteffectenanalyse door de ACM achten NDP Nieuwsmedia en VCO daarom een goede zaak.

#### *Regionale publieke media-instellingen*

Het is NDP Nieuwsmedia en VCO niet duidelijk waarom het voorgestelde art. 2.60m lid 4 onder b een 'kan-bepaling' is. Op grond van die bepaling heeft de minister ten aanzien van nieuwe en significant gewijzigde aanbodkanalen van de Regionale Publieke Omroep (RPO) een discretionaire bevoegdheid om de ACM al dan niet om een markteffectenanalyse te vragen. De toelichting op dit punt (p.12) overtuigt niet. NDP Nieuwsmedia en VCO zijn van mening dat landelijke en regionale aanbodkanalen op gelijke wijze moeten worden behandeld.

De verplichting de marktimpact te analyseren vloeit voort uit het Europees recht. Regionale publieke media vallen daar niet buiten. Ook is onduidelijk waarop de minister de verwachting baseert dat de omvang en de complexiteit van markteffecten op regionaal niveau per definitie geringer zullen zijn. Vanuit het perspectief van een private regionale of lokale media-instelling zijn

de markteffecten van nieuwe, concurrerende aanbodkanalen van de regionale publieke omroep mogelijk allerminst gering. Een zorgvuldige weging van de markteffecten is beslist noodzakelijk, mede met het oog op het behoud van pluriformiteit. Juist nu u onderzoek laat verrichten naar de lokale en regionale journalistiek is het opmerkelijk dat u mogelijke markteffecten op lokale en regionale journalistieke organisaties niet zonder meer laat inventariseren. Het regionale nieuwsecosysteem krijgt daarmee niet de aandacht die het verdient.

Bovendien vergt uitoefening van deze discretionaire bevoegdheid dat de minister eerst zelf afweegt of van onevenredige negatieve markteffecten sprake zal zijn, voordat hij eventueel de ACM inschakelt. Dat vereist dat de minister zelf een inschatting maakt van de mogelijke markteffecten. Dat is hoogst opmerkelijk, omdat deze wetswijziging juist beoogt die inschatting van de markteffecten te beleggen bij de partij die daartoe het beste geëquipeerd is: de ACM.

De vaststelling van de omvang van de marktimpact, ook van regionale aanbodkanalen, dient een taak van de ACM te zijn. Omdat de ACM dusdanig snel toetst bij reguliere meldingen van fusies en overnames (als de ACM constateert dat de zaak eenvoudig is kan zij ruim binnen de wettelijke termijn van vier weken een oordeel vellen), kunnen efficiencyoverwegingen geen aanleiding zijn voor deze discretionaire bevoegdheid van de minister. Advisering van het Commissariaat voor de Media en de Raad voor Cultuur is toch al voorgeschreven in art. 2.60m lid 2, zodat de parallelle advisering van de ACM niet tot additioneel tijdsbeslag leidt.

NDP Nieuwsmedia en VCO achten de voorgestelde regeling voor de regionale publieke media-instellingen niet consistent met de aanscherping van de nieuwdienstenprocedure. Zowel vanuit het oogpunt van het Europees recht als de mogelijke gevolgen voor marktpartijen is het lichtere regime voor regionale aanbodkanalen onwenselijk. We roepen u op het wetsontwerp op dit punt te herzien.

#### *Prospectieve analyse*

Graag wijzen NDP Nieuwsmedia en VCO op de onzekerheid die inherent is aan een inschatting van toekomstige marktontwikkelingen. In het recente besluit inzake NPO Plus is de minister bij zijn afweging voorbijgegaan aan de “mogelijke, maar niet zekere, gevolgen voor de markt”. Nader onderzoek werd niet opportuun geacht omdat “dergelijk onderzoek ... te maken [zal] krijgen met dezelfde informatie van marktpartijen en dezelfde onzekerheden omtrent marktontwikkelingen.” De toelichting van het wetsontwerp onderkent dat de ACM een prospectieve analyse maakt, die per definitie met enige onzekerheid is omgeven. Ter vergelijking: art. 37 lid 2 Mededingingswet gaat ervanuit dat de ACM diepgaand onderzoek naar een voorgenomen concentratie kan instellen “als zij reden heeft aan te nemen” dat die de concurrentie kan beperken. NDP Nieuwsmedia en VCO benadrukken dat als de ACM op basis van een analyse aanneemt dat een voorgenomen dienst negatieve marktimpact kan hebben, de minister de onzekerheidsmarge die inherent is aan een dergelijke analyse niet mag aangrijpen om de analyse terzijde te schuiven. Over de toekomst zijn nu eenmaal geen harde data beschikbaar.

#### *Zwaarwegend advies*

Zowel nu als straks beslist uiteindelijk de minister of een aangevraagd aanbodkanaal wordt goedgekeurd. De minister baseert zich daarbij op de adviezen en analyses van het Commissariaat voor de Media, de Raad voor Cultuur en de ACM. U schreef daarover in de Kamerbrief van 2016:

“Bij dat besluitvormingsproces wegen de adviezen en analyses van bovenstaande partijen uiteraard zwaar mee.” Het lijkt ons daarom passend om de adviezen en analyses de status van zwaarwegend advies te geven. Dat garandeert dat (ook toekomstige) bewindspersonen slechts zeer goed gemotiveerd kunnen afwijken van de onderbouwde adviezen en analyses van de wettelijk adviseurs.

#### **D. Vastleggen van criteria voor marktimpactanalyse in de Mediawet**

In tegenstelling tot wat u de Tweede Kamer heeft meegedeeld, legt het wetsontwerp de criteria voor de marktimpactanalyse niet vast in de Mediawet. De memorie van toelichting vermeldt alleen dat de criteria in overeenstemming zijn met de Omroepmededeling 2009. NDP Nieuwsmedia en VCO aarzelen of het zinvol is dergelijke criteria in de wet vast te leggen. Het gaat om gedragen en beproefde criteria waarmee de mededingingspraktijk bekend is en die bovendien, gelet op de dynamiek van de mediamarkten, voldoende flexibel moeten zijn. In dat licht is de keuze om de criteria niet wettelijk vast te leggen te begrijpen.

Voor de NPO en de kwaliteit van haar aanvragen zou het vastleggen van de criteria daarentegen wél zinvol kunnen zijn. Aanvragen van de publieke omroep moeten gedetailleerd zijn beschreven, omdat marktpartijen anders onvoldoende in staat zijn inhoudelijk te reageren op de voorgenomen plannen. NDP Nieuwsmedia citeert graag uw eigen woorden over het wettelijk vastleggen van de toetsingscriteria voor de marktimpactanalyse, zoals opgenomen in de Kamerbrief uit november 2016: “Dit heeft onder andere als doel om houvast aan marktpartijen te bieden voor het formuleren van hun inbreng over een aanvraag van de NPO voor een nieuw aanbodkanaal. Bovendien stelt het ook de publieke omroep in staat om een nieuw aanbodkanaal beter te beschrijven in termen van mogelijke impact op de markt. Dit leidt tot scherpere en nog beter onderbouwde aanvragen voor nieuwe aanbodkanalen.”

Hoewel vastlegging van de criteria voor de ACM niet noodzakelijk lijkt, ligt dat anders voor de NPO en in het verlengde daarvan voor marktpartijen. Onder verwijzing naar uw eigen argumenten roepen wij u op te bezien op welke wijze u betere aanvragen van de publieke omroep kunt afdwingen. Dat geldt in het bijzonder in termen van mogelijke impact op de markt. Mogelijk is de ACM bereid richtsnoeren op te stellen die partijen houvast kunnen geven bij hun inbreng in de procedure, langs de in de memorie van toelichting geschetste lijnen.

#### **Analyseren van bestaande aanbodkanalen**

Bij de invoering van de Duitse nieuwdienstenprocedure, de zogeheten Drie-Stufen-Test, is het volledige bestaande aanbod van de publieke omroepen getoetst. In Nederland is de procedure alleen doorlopen voor nieuw aangevraagde aanbodkanalen. Nu ook de marktimpact een vaste plaats krijgt in de procedure, dringen NDP Nieuwsmedia en VCO erop aan naar analogie van de Duitse praktijk ook het bestaande aanbod van de Nederlandse publieke omroepen tegen het licht te houden. Van veruit het grootste deel van de meest concurrerende activiteiten van de publieke omroep zijn de nadelige markteffecten nooit afgewogen tegen de publieke meerwaarde ervan. Het is een uitgelezen moment om dat nu alsnog te doen. Groot voordeel is bovendien dat het duidelijkheid schept over de status van alle aanbodkanalen van de publieke omroepen. Nu is daar met regelmaat discussie over, getuige ook de noodzaak die u ziet om het wettelijke systeem te verduidelijken in het voorgestelde art 2.51 en 2.72.

### **Noodzakelijke verbeteringen**

Samengevat dringen de brancheorganisaties van commerciële media aan op verbetering van het wetsontwerp op de volgende punten:

1. Verbeter de mogelijkheid voor marktpartijen om op eigen initiatief een onderbouwd verzoek te kunnen indienen om een goedkeuringsprocedure, inclusief een markteffectenanalyse, te starten.
2. Voorkom dat de uitleg van de begrippen 'aanbodkanaal' en 'nieuw of significant gewijzigd' in de beleidsregel de effectiviteit van de nieuwdienstenprocedure ondermijnt. Houd bij de uitleg rekening met die activiteiten van de publieke omroep die voor private mediaorganisaties het meest marktverstorend werken.
3. Vermijd of verduidelijk de term 'belanghebbenden', zodat duidelijk is dat mediabedrijven en hun brancheorganisaties in ieder geval een zienswijze kunnen indienen. Een juridisch-neutrale term die buiten twijfel stelt dat eenieder zienswijzen kan indienen, verdient de voorkeur.
4. Behandel regionale aanbodkanalen op gelijke wijze als landelijke aanbodkanalen en schrijf ook voor regionale aanbodkanalen steeds een markteffectenanalyse voor. Vanuit het oogpunt van het Europees recht en de mogelijke markteffecten is het voorgestelde onderscheid bijzonder onwenselijk.
5. Als waarborg voor een objectieve procedure in een gepolariseerd beleidsveld dienen de adviezen en analyses van de drie wettelijk adviseurs van de minister te worden voorzien van de status 'zwaarwegend advies'.
6. Voorzie in een regeling waarbij meer gedetailleerde aanvragen van de publieke omroep worden afgedwongen, in het bijzonder op dimensies die markteffecten betreffen.
7. Doorloop voor bestaande, nog niet getoetste aanbodkanalen de nieuwdienstenprocedure, zodat volledige duidelijkheid bestaat over de status van de aanbodkanalen die de publieke media-instellingen op dit moment gebruiken.

### **Tot slot**

Verbetering van de nieuwdienstenprocedure staat al jaren op de agenda. NDP Nieuwsmedia en VCO zijn verheugd dat er nu eindelijk een wetsontwerp gereed is. Wij roepen u op het voorstel af te ronden en met spoed in te dienen bij de Tweede Kamer. Het snel veranderende media-ecosysteem is gebaat bij duidelijke spelregels voor de concurrentiestrijd tussen publieke en private mediaorganisaties. Een aangescherpte nieuwdienstenprocedure draagt daar beslist toe bij.

Tot een nadere toelichting zijn we uiteraard van harte bereid.

Met vriendelijke groet,



Frits Campagne  
voorzitter NDP Nieuwsmedia



Bert Habets  
voorzitter VCO Nederland